

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (MEDENÎ USÛL ve İCRA-İFLÂS HUKUKU)
ANABİLİM DALI

MEDENÎ USÛL HUKUKU AÇISINDAN

BABALIK DAVASI

DOKTORA TEZİ

HİKMET BİLGİN

ANKARA – 2022

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (MEDENÎ USÛL ve İCRA-İFLÂS HUKUKU)
ANABİLİM DALI

MEDENÎ USÛL HUKUKU AÇISINDAN
BABALIK DAVASI

DOKTORA TEZİ

HİKMET BİLGİN

TEZ DANIŞMANI
DOÇ. DR. EMEL HANAĞASI

ANKARA – 2022

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (MEDENÎ USÛL ve İCRA-İFLÂS HUKUKU)
ANABİLİM DALI

MEDENÎ USÛL HUKUKU AÇISINDAN
BABALIK DAVASI

DOKTORA TEZİ

TEZ DANIŞMANI
DOÇ. DR. EMEL HANAĞASI

TEZ JÜRİSİ ÜYELERİ

Adı-Soyadı

İmzası

1. Prof. Dr. Sema TAŞPINAR-AYVAZ
2. Prof. Dr. Süleyman YILMAZ
3. Doç. Dr. Emel HANAĞASI (Danışman)
4. Dr. Öğr. Üy. Mustafa GÖKSU
5. Dr. Öğr. Üy. Vehbi Umut ERKAN

Tez Savunması Tarihi

15.02.2022

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü'ne,

Doç. Dr. Emel HANAĞASI danışmanlığında hazırladığım “*MEDENÎ USÛL HUKUKU AÇISINDAN BABALIK DAVASI (Ankara, 2022)*” adlı doktora tezindeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu, başka kaynaklardan aldığım bilgileri metinde ve kaynakçada eksiksiz olarak gösterdiğimi, çalışma sürecinde bilimsel araştırma ve etik kurallarına uygun olarak davrandığımı ve aksinin ortaya çıkması durumunda her türlü yasal sonucu kabul edeceğimi beyan ederim.

Tarih:

15 / 02 / 2022

Hikmet BİLGİN

İmza:

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER.....	I
KISALTMALAR CETVELİ.....	X
GİRİŞ.....	1
§ 1. BABALIK DAVASI HAKKINDA TEMEL BİLGİLER.....	5
A. Davanın Tanımı, Sebebi ve Konusu	5
B. Mahkemeden İstenen Hukukî Hımayeye Göre Davanın Türü.....	9
C. Soybağının Reddi ve Nüfus Kaydının Düzeltilmesi İle Mukayesesi.....	14
D. Türk Pozitif Hukukundaki Durumu ve Tarihsel Gelişimi	23
E. Bazı Yabancı Hukuk Düzenlerindeki Görünümü	27
I. İsviçre Hukuku	27
II. Alman Hukuku	35
III. Fransız Hukuku.....	46
IV. Avusturya Hukuku.....	51
V. KKTC Hukuku.....	55
VI. İslam Hukuku.....	62

BİRİNCİ BÖLÜM

BABALIK DAVASININ USUL HUKUKU VE MADDİ HUKUK AÇISINDAN ÖZELLİKLERİ

§ 2. TARAFLAR ve DAVAYA MÜDAHALE	67
A. Taraflar.....	67
I. Davacılar.....	67
1. Ana ve Çocuk.....	67
a. Davacı Sıfatı (Aktif Husumet).....	67
b. Ana	77
aa. Taraf Ehliyeti	77
bb. Dava Ehliyeti ve Davada Temsil	79
c. Çocuk.....	84
aa. Taraf Ehliyeti	84
bb. Dava Ehliyeti ve Davada Temsil	88
d. Heterolog Yapay Döllenme Ürünü Olan Çocuğun Durumu.....	98

2. Ananın ve Çocuğun Mirasçıları	103
3. Biyolojik Babanın Dava Hakkı	105
II. Davalılar	108
1. Biyolojik Baba Olduğu İddia Edilen Kişi	108
a. Davalı Sıfatı (Pasif Husumet).....	108
b. Dava Ehliyeti ve Davada Temsil.....	114
2. Biyolojik Baba Olduğu İddia Edilen Kişinin Mirasçıları	116
III. Dava Arkadaşlığı	118
IV. Cumhuriyet Savcısının Davadaki Konumu	124
1. Genel Olarak	124
2. Babalık Davası Bakımından.....	128
3. Genel Değerlendirme	132
B. Davaya Müdahale	134
I. Genel Olarak.....	134
II. Babalık Davasında İhbarın ve Fer'î Müdahalenin Arz Ettiği Özellikler.....	135
III. Hukuk Muhakemesinde Davanın Resen İhbarı İle İlgili Değerlendirmeler	142
§ 3. GÖREVLİ ve YETKİLİ MAHKEME	146
A. Görevli Mahkeme	146
B. Yetkili Mahkeme.....	149
I. İç Hukukun Yetki Kuralı	149
II. Milletlerarası Yetki Kuralı	152
§ 4. DAVA AÇMA SÜRESİ.....	153
A. Genel Olarak	153
B. Niteliği ve Etkisi	155
C. Doğumdan Önce Dava Açma Süresi	158
D. Doğumdan Sonra Dava Açma Süresi	159
E. Ek Süre Tanınması	165
§ 5. YARGILAMA USULÜ	169
A. Aile Mahkemelerinde Uygulanan Yargılama Usulü	169
I. Genel Olarak.....	169
II. Aile Mahkemelerinde Sulhe Teşvik Ödevi	172
1. Genel Olarak	172
2. Sulhe Teşvik Ödevinin Niteliği ve İşlevi	173

B. Babalık Davasında Uygulanan Yargılama Usulünün Özellikleri	177
I. Genel Olarak.....	177
II. Değerlendirmeler.....	179
§ 6. YARGILAMAYA EGEMEN OLAN İLKELER	183
A. Genel Olarak	183
B. Tasarruf İlkesi	186
I. Genel Olarak.....	186
II. Babalık Davası Açısından Değerlendirme	190
C. Resen Araştırma İlkesi	193
I. Genel Olarak.....	193
II. Taraflarca Getirilme İlkesi İle Mukayesesi	198
III. Hâkimin Taraflarla İşbirliği ve Teksif İlkesi İle İlişkisi	204
IV. Babalık Davası Açısından Değerlendirilmesi.....	209
V. Resen Araştırma İlkesinin Babalık Davası Bağlamında Doğurduğu Sonuçlar	213
1. İddianın ve Savunmanın Genişletilmesi ve Değiştirilmesi Yasağı ile İstisnalarının Uygulanmaması.....	213
a. Genel Olarak.....	213
b. Babalık Davası Bakımından.....	216
2. İkinci Tanık Listesi Verme Yasağının Geçersiz Olması.....	218
3. İkrarın ve Delil Sözleşmesinin Hâkimi Bağlamaması	220
4. Tarafların İsticvap Edilememesi	223
5. Yemin Teklif Edilememesi	226
6. Yargılama Giderlerinin Devlet Hazinesinden Karşılanması.	228
D. Hâkimin Delilleri Serbestçe Değerlendirmesi İlkesi	232
E. Aleniyet İlkesi	234
I. Genel Olarak.....	234
II. Aleniyet İlkesinin Sınırlandırılması	239
1. Genel Olarak	239
2. Aleniyetin Sınırlandırılmasına İlişkin Hukukî Dayanaklar..	240
3. Özel Olarak Çocuğun ve Aile Sırlarının Korunması Amacıyla Aleniyetin Sınırlandırılması	243
III. Babalık Davası Açısından Aleniyet İlkesi	247
1. Yabancı Hukuk Düzenlerindeki Durum.....	247
2. Türk Hukuku Bakımından Değerlendirme.....	250

F. Doğrudanlık İlkesi	253
I. Genel Olarak.....	253
II. Video-Konferans Yöntemiyle Duruşma İcrası.....	257
III. Babalık Davası Açısından Değerlendirme.....	260
G. Sözlülük İlkesi	265
I. Genel Olarak.....	265
II. Yargılamadaki Diğer İlkelerle İlişkisi.....	266
III. Bazı Yabancı Hukuk Düzenlerindeki Yeri	269
1. Alman Hukuku	269
2. Avusturya Hukuku	273
3. İsviçre Hukuku	275
IV. Türk Hukukundaki Yeri ve Uygulanışı	276
1. Genel Olarak	276
2. Sözlülük İlkesi ve Sözlü Yargılama Hakkında Düşünceler ..	278
V. Babalık Davası Bakımından Değerlendirme.....	282

İKİNCİ BÖLÜM

BABALIK DAVASINDA İSPAT ve DELİLLER

§ 7. BABALIK DAVASINDA İSPAT KURALLARI	284
A. Babalık Karinesi	284
I. Genel Olarak.....	284
II. Karinelerin Çakışması	285
B. Babalık Davasında İspat Yükü.....	286
I. Genel Olarak.....	286
II. Davacı Bakımından (Babalık Karinesine Dayanan İspat).....	288
III. Davalı Bakımından (Babalık Karinesinin Çürütülmesi).....	290
1. Genel Olarak	290
2. Davalının Babalığının İmkânsız Olması (İmkânsızlık Defi)	292
3. Üçüncü Bir Kişinin Babalığının Daha Kuvvetli Bir Olasılık	
Olması	294
4. Ananın Evli Olması.....	298
IV. Çürütülen Babalık Karinesinin Yeniden Canlandırılması	299
C. Babalığın (Karineye Dayanmaksızın) Doğrudan Doğruya İspatı	301

§ 8. BABALIK DAVASINDA DELİLLER.....	302
A. Genel Olarak	302
B. Bilirkişi İncelemesi	305
I. Genel Olarak.....	305
II. Tıbbî Bilirkişi İncelemesinde Öne Çıkan Hususlar.....	308
III. Soybağının Tespitine Yönelik İncelemeyi Yapacak Olan Bilirkişiler	311
1. Genel Olarak Resmî Bilirkişilik.....	311
2. Adli Tıp Kurumu.....	314
3. Adli Tıp Kurumu Dışındaki Diğer Resmî Bilirkişiler.....	317
IV. Soybağının Tespitine Yönelik Bilirkişi İncelemesinde Uygulanan Tıbbî Yöntemler.....	319
1. Genel Olarak	319
2. Kan Grupları Muayenesi ve HLA Yöntemi	322
3. Benzerlik Muayenesi (Antropobiyolojik Kalıtsal İnceleme) Yöntemi.....	328
a. Vücut Ölçüleri Orantılarına Göre (Antropobiyometrik) Yöntem	328
b. Yüz ve Vücut Benzerliklerine Göre Yöntem (<i>Similarite</i>).....	329
4. Genetik İncelemeler ve Özellikle DNA Analizi Yöntemi	331
a. Gen ve DNA Hakkında Genel Olarak	331
b. Gen Analizinin Türleri	334
c. DNA Analizinin Bilimsel Esası.....	336
d. DNA Analizinin Yapılış Aşamaları	338
e. DNA Analizinin İspat Ölçüsü ve Analiz Sonucundaki Hata Payının Doğurduğu Sonuçlar.....	346
f. Yargılama Dışında Gizlice Elde Edilen DNA Analizi Raporu	351
g. DNA Analizi Yapan Laboratuvarların Tâbi Olduğu Asgari Standartlar ve Akreditasyon Hakkında Düşünceler.....	354
h. Adlî DNA Analizinin Mevzuattaki Düzenlenme Biçimi	358
aa. Yabancı Hukuk Düzenlerindeki Durum	358

bb. Türk Hukukundaki Durum	363
V. Soybağının Tespitine Yönelik Tıbbi Bilirkişi Raporunun Delil Niteliği ve Bağlayıcılığı	367
C. Diğer Delil Türlerinin Durumu	376
I. Tanık Beyanı.....	376
II. Belge.....	376
III. Kesin Hüküm	378

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

BABALIK DAVASINDA TAHKİKAT USULÜ VE HÜKÜM

§ 9. TAHKİKAT KAPSAMINDA SOYBAĞININ TESPİTİNE YÖNELİK İNCELEME KARARI	382
A. Hukuk Muhakemesinde İnsan Vücudu Üzerinde Yapılan Genetik İncelemeler	382
I. Genel Olarak.....	382
II. Hukuk Muhakemesi Açısından Ortaya Çıkan Düzenleme Boşluğu	383
III. Temel Hak ve Özgürlükler Bakımından Anayasa'ya Uygunluğu ..	389
1. Temel Hakların Sınırlandırılmasına İlişkin Çatışan Menfaatler Yönünden	389
2. Susma Hakkı ve Kendi Aleyhine Delil Gösterme Yasağı Yönünden	396
IV. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Meseleye Bakışı	398
V. İncelemenin Konusu ve Niteliği	403
VI. İncelemenin Zorla Yapılabilmesinin Şartları.....	409
1. Soybağının Tespiti Konulu Derdest Davada Esasa Girilmiş Olması	409
2. Biyolojik Babalığa İlişkin Makul ve Haklı Şüphe Bulunması	410
3. İncelemenin, Soybağının Aydınlatılabilmesi İçin Gerekli ve Zorunlu Olması	412
4. İncelemenin, Bilimsel Esaslara Uygun, Elverişli ve Orantılı Olması	415
5. İncelemenin, Kişinin Sağlığı Yönünden Sakıncasız ve Katlanılabilir Olması.....	418

6. Genetik Verilerin Korunması İçin Gerekli Tedbirlerin	
Alınması	423
a. Genel Olarak.....	423
b. Babalık Davası Bakımından	426
7. İncelemenin Muhatabına Önceden Bildirim Yapılması.....	431
VII. Haklı Sebeplerle İncelemeden Kaçınma Talebi	433
1. Haklı Sebebin Değerlendirilmesi	433
2. Kaçınma Talebinin Usulü	435
B. Soybağının Tespiti İçin İnceleme Kararına Katlanma Zorunluluğu	438
I. Genel Olarak Keşfe Katlanma Zorunluluğu	438
II. Soybağı Tespiti İçin İncelemeye Katlanma Zorunluluğunun	
Kapsamı	440
1. Kişi Bakımından.....	440
2. Konu ve Şekil Bakımından	445
III. Katlanma Zorunluluğunun İhlâli Hâlinde Ortaya Çıkan Sonuçlar .	446
1. 1086 Sayılı (Mülga) HUMK Döneminde	446
2. 6100 Sayılı HMK Döneminde	448
3. TMK m.284/1, b.2 İle İlgili Değerlendirmeler	451
a. Genel Olarak.....	451
b. TMK m.284/1, b.2 Çerçevesinde Keşfe Katlanma	
Zorunluluğunun Niteliği, Yaptırım ve Doğabilecek	
Sorunlar	452
4. HMK m.292 İle İlgili Değerlendirmeler	459
a. TMK m.284/1, b.2 İle Mukayesesi ve Farklılaşan	
Yönleri.....	459
b. HMK m.292 Hükmüne Yönelik Eleştiriler	462
5. HMK m.292 İle TMK m.284 Arasındaki İlişki	470
a. Genel Değerlendirme.....	470
b. Görüşümüz	475
§ 10. YARGILAMA HARÇ ve GİDERLERİ İLE ADLÎ YARDIM	477
A. Yargılama Harç ve Giderleri.....	477
I. Genel Olarak.....	477
II. Yargılama Giderlerinden Sorumluluk	479
1. Türk Hukukundaki Durum	479
2. Yabancı Hukuk Düzenlerindeki Durum.....	480

3. Babalık Davası Bakımından Değerlendirme.....	483
B. Adli Yardım	484
I. Genel Olarak.....	484
II. Koşulları	486
III. Babalık Davası Bakımından Değerlendirme	488
§ 11. DAVANIN SONA ERMESİ ve HÜKÜM.....	490
A. Davaya Son Veren Taraf İşlemleri	490
I. Davadan Feragat	490
II. Davayı Kabul.....	492
III. Sulh	495
B. Hükümün Verilmesi.....	498
I. Genel Olarak.....	498
II. Hükümün Tefhimi	499
III. Babalık Davasındaki Hükümün Usulî Özellikleri	501
1. Davanın Kabulüne Karar Verilmesi Hâlinde	501
a. Genel Olarak.....	501
b. Babalık Hükümünün Hukukî Niteliği, İnşai Etkisi ve İcrası	502
c. Babalık Hükümünün Maddî Anlamda Kesin Hüküm Etkisi.....	508
2. Davanın Esastan Reddine Karar Verilmesi Hâlinde	512
§ 12. KANUN YOLLARI.....	513
A. Olağan Kanun Yolları	513
I. Genel Olarak.....	513
II. İstinaf.....	515
1. Genel Olarak	515
2. İstinaf Başvurusu.....	517
3. İstinaf İncelemesi	522
4. İstinaf İncelemesi Sonunda Verilebilecek Kararlar	529
III. Temyiz	534
B. Olağanüstü Kanun Yolları	539
I. Yargılamanın İadesi.....	539
1. Genel Olarak	539
2. Babalık Davası Bakımından Yargılamanın İadesi Sebepleri	542

3. Yargılamanın İadesi Sebebi Olarak DNA Analizine İlişkin	
Tartışmalar	546
a. Genel Olarak.....	546
b. Yargıtay'ın Görüşü ve AİHM İçtihadı	551
c. Değerlendirmeler	555
II. Kanun Yararına Temyiz	558
SONUÇ	560
KAYNAKÇA.....	574
ÖZET	619
ABSTRACT	620



KISALTMALAR CETVELİ

AB	: Avrupa Birliği
ABD	: Ankara Barosu Dergisi
Abs.	: Absatz
AcP	: Archiv für die civilistische Praxis
AD	: Adalet Dergisi
AGBG	: Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch
AHBVÜHFD	: Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AISUF	: Arbeiten aus dem Juristischen Seminar der Universität Freiburg
AJP	: Aktuelle Juristische Praxis
Art.	: Artikel
ATD	: Adli Tıp Dergisi
ATKKUY	: Adli Tıp Kurumu Kanunu Uygulama Yönetmeliği
AußStrG	: Bundesgesetz über das gerichtliche Verfahren in Rechtsangelegenheiten außer Streitsachen
AÜEHFD	: Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜİFD	: Atatürk Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi
AY	: Anayasa
AYM	: Anayasa Mahkemesi
BeckOK	: Beck'scher Online Kommentar
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	: Bundesgesetzblatt
BGer	: Bundesgerichtsentscheide
BGH	: Bundesgerichtshof
BK	: Berner Kommentar
BMÇHS	: Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi

BMGİY	: Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik
BSK	: Basler Kommentar
BÜHFD	: Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
BÜHFKHD	: Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi
BVerG	: Bundesverfassungsgericht
c.	: cümle
CBK	: Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi
CD.	: Ceza Dairesi
CHD	: Ceza Hukuku Dergisi
CHK	: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht
CHKD	: Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi
çev.	: çeviri
ÇÜHFD	: Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Diss.	: Dissertation
dStPO	: deutsche Strafprozessordnung
dZPO	: deutsche Zivilprozessordnung
E.	: Esas
EDÇY	: Evlilik Dışı Çocuklar Yasası
EDY	: Hukuk Muhakemelerinde Ses ve Görüntü Nakledilmesi Yoluyla Duruşma İcrası Hakkında Yönetmelik
eMK	: Eski Medenî Kanun
E.T.	: Erişim tarihi
ErcÜHFD	: Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
ErzÜHFD	: Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
FamFG	: Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit

FamPra.ch	: Die Praxis des Familienrechts
FamRZ	: Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
GenDG	: Gendiagnostikgesetz
GK	: Grundkurs
GUMG	: Gesetz über genetische Untersuchungen beim Menschen
GÜHFD	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HD.	: Hukuk Dairesi
HGK.	: Hukuk Genel Kurulu
HHFD	: Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HPD	: Hukuki Perspektifler Dergisi
hrsg.	: herausgeber
HUMK	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
IJLM	: International Journal of Legal Medicine
IMGB	: Institut für Deutsches, Europäisches und Internationales Medizinrecht, Gesundheitsrecht und Bioethik der Universitäten Heidelberg und Mannheim
İAÜHFD	: İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İHAD	: İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi
İHM	: İstanbul Hukuk Mecmuası
İKİD	: İlmî ve Kazaî İçtihatlar Dergisi
İKÜHFD	: İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İnÜHFD	: İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İTÜSBD	: İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İÜMHAD	: İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi
İÜSBFD	: İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
İzBD	: İzmir Barosu Dergisi

JA	: Juristische Arbeitsblätter
K.	: Karar
Kap.	: Kapitel
Karş.	: Karşılaştırınız
KBD	: Konya Barosu Dergisi
KKTC	: Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti
kn.	: Kenar numarası
KuKo	: KurzKommentar
m.	: madde
MedR	: Medizinrecht
MHB	: Milletlerarası Hukuk Bülteni
MİHDER	: Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Dergisi
MÜHFD	: Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
MÜHF-HAD	: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi
MüKo	: Münchener Kommentar
N.	: Nummer
OFK	: Orell Füssli Kommentar
örn.	: örneğin
öZPO	: österreichische Zivilprozessordnung
para.	: Paragraf
RG.	: Resmî Gazete
RKD	: Resmî Kararlar Dergisi
Rn.	: Randnummer
Rz.	: Randziffer
s.	: sayfa
S.	: Sayı
s. K.	: sayılı Kanun

SaRegG	: Samenspenderregistergesetz
STED	: Sürekli Tıp Eğitimi Dergisi
STR	: Short Tandem Repeat
sZPO	: schweizerische Zivilprozessordnung
TAAD	: Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
THD	: Terazî Hukuk Dergisi
TMK	: Türk Medeni Kanunu
TNBHD	: Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi
UAÜHFD	: Uluslararası Antalya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
UMD	: Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi
v.d.	: ve diğerleri
vd.	: ve devamı
VDDK	: Vergi Dava Daireleri Kurulu
Y.	: Yargıtay
YD.	: Yargıtay Dergisi
Yön.	: Yönetmelik
YÜHFD	: Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
ZBJV	: Zeitschrift des bernischen Juristenvereins
ZGB	: Zivilgesetzbuch
Ziff.	: Ziffer
ZKE	: Zeitschrift für Kindes- und Erwachsenenschutz
ZPO	: Zivilprozessordnung
ZVW	: Zeitschrift für Vormundtschaftswesen

GİRİŞ

Kanun koyucu, Türk Medeni Kanunu'nda, çocuk ile baba arasındaki soybağı ilişkisinin maddî gerçekliğe uygun olarak tespiti, teknik araçlarla ortaya konulan bu tespit çerçevesinde soybağı ilişkisinin hukuksal zemine kavuşturulması ve çocuğun, soybağına ilişkin düzenlemeler çerçevesinde haklarının korunması amacıyla babalık davası kurumunu düzenlemiş ve yasal dayanaklarını oluşturmuştur. Nitekim Türk Medeni Kanunu'nun 301. ve devamı maddelerinde bu hususlar ele alınarak düzenlenmiş olup, Kanun'un 301. maddesinde *“Çocuk ile baba arasındaki soybağının mahkemece belirlenmesini ana ve çocuk isteyebilirler. Dava babaya, baba ölmüşse mirasçılara karşı açılır. Babalık davası, Cumhuriyet savcısına ve hazineye, dava ana tarafından açılmışsa kayyıma, kayyım tarafından açılmışsa anaya ihbar edilir”* denilmek suretiyle, babalık davasının yasal çerçevesi ortaya konulmuştur.

Babalık davası, evlilik dışı doğan çocuğun biyolojik babasının tespitini ve böylelikle çocuğun biyolojik babasıyla olan soybağı ilişkisinin hukuksal zeminde kurulmasını sağlamaya yönelik bir dava türüdür. Mahkemece, davalı erkeğin, gerçekten çocuğun babası olup olmadığı, eldeki mevcut delillere ve genetik testlere bakılarak tespit edilir ve davalı erkeğin, çocuğun biyolojik olarak gerçek babası olduğu ortaya konulursa babalığına hükmolunur. Babalığa hükmolunmasıyla, davalı erkekle çocuk arasında soybağı (nesep) ilişkisi oluşturulur ve çocuğun aile hukuku ve miras hukuku bağlamında birtakım hakları doğar. Ayrıca velayet, nafaka, maddî tazminat vb. hususlardan kaynaklanan uyuşmazlıklar da aynı mahkemece çözümlenerek karara bağlanır.

Bu itibarla babalık davası, çocuğun haklarının korunması amacıyla öngörölmüş bir dava türü olduğu için, usul hukuku açısından da bu davanın, diğer davalardan ayrılan usulî yönlerinin ve arz ettiği usule ilişkin özel durumların incelenmesinin önemi ve gereği ortadadır. Bu sebeple tezimizin konusunu, genel hatlarıyla babalık davasının usul hukukunu ilgilendiren ve usul hukukunun kapsamına giren bütün yönleri oluşturmaktadır. Bu çerçevede, örneğin babalık davasının taraflarının kimlerden oluşabileceği, bu davanın kim ya da kimlere ihbar edilmesi gerektiği, cumhuriyet savcılarının bu davadaki rolü ve işlevi, bu davanın göröüleceği görevli ve yetkili mahkeme (ya da mahkemeler),

bu dava bağlamında hak düşümü ve zamanaşımı süreleriyle ilgili öne çıkan hususlar, bu davada hangi yargılama hukuku ilkelerinin işlerlik kazanacağı, soybağının ispatında kullanılacak teknik delillerin ve ispat yöntemlerinin nitelik ve özellikleriyle babalık karnesinin bu bağlamda oynadığı rolün yanı sıra babalık davasında verilen hüküm ve bu hükme karşı gidilebilecek kanun yolları gibi usul hukuku konuları genel hatlarıyla inceleme alanımıza girmektedir.

Ayrıca babalık davası, kamu düzenini ve kamu yararını doğrudan ilgilendiren bir niteliğe sahip olduğundan, bu davalarda yargılamaya hâkim olan ilkeler ve yargılama süresince uygulanan prosedür açısından da alelade hukuk davalarından bazı farklılıkları söz konusudur. Tezimizde, bu farklılıkların da ayrıntılı olarak irdelenip değerlendirilmesi amaçlanmaktadır. Öte yandan, babalık davası kurumuna 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu ile getirilen yeniliklerle, bu yeniliklerin medeni usul hukukunda yarattığı sonuçların da, bir usul hukukçusu gözüyle ele alınmasının isabetli olacağı düşünülmektedir. Bir başka ifadeyle, babalık davası, çocuğun âli menfaatlerini doğrudan etkileyen ve bu yüzden kamu yararını ilgilendiren yönlerinden dolayı, diğer tipik hukuk davalarından ayrılarak medenî usul hukuku bakımından birtakım farklı yansımaların ortaya çıkmasına yol açar. Bu itibarla da, çocuğun hem kişisel durumu, hem malî ve sosyal haklar gibi konularda öne çıkan menfaatlerinin korunması hem de hukuk düzeni karşısında çocuğun konumunun sağlamlaştırılması noktasında kamusal menfaatin temini için, bu dava ile amaçlanan hukukî korumaya en üst düzeyde varılması gerekir. Bunun için ise, bu davayla ilgili öngörülen özel usul ve ispat kurallarının, yargılama usullerinin, özellikle de tahkikat çerçevesinde delillerin toplanması aşamasındaki işlemlerin usul hukuku perspektifinden değerlendirilmesi gerekir. Dolayısıyla babalık davasının, usul hukukunda yer edinmiş klasik dava ve yargılamalardan, özellikle malvarlığını ilgilendiren tipik uyuşmazlıklardan ayrılan yönlerinin, usul hukuku açısından detaylı ve kapsamlı ele alınmasının arz ettiği gereklilik ve önem ortadadır.

Tezimizin giriş bölümünde yer alan ilk paragrafında babalık davası hakkında genel bilgiler verilecek olup, babalık davasının tanımı, sebebi, konusu, amacı, türü, hukukî niteliği, bunların yanı sıra bazı yabancı hukuk düzenlerindeki genel görünümü ve

Türk pozitif hukukundaki tarihsel gelişimiyle birlikte, soybağının reddi ve nüfus kaydının düzeltilmesi ile mukayesesini hakkında açıklamalar yer alacaktır. Birinci bölümde ise, babalık davasına özgü usule ve esasa ilişkin temel hususlar kapsamında davanın tarafları, dava ehliyeti ve davada temsile ilişkin özel durumlar, Cumhuriyet savcısının davadaki konumu, işlevi ve dava arkadaşlığı, davanın ihbarı, davaya fer'î müdahale kavramlarının babalık davası nezdindeki görünümü bakımından değerlendirilerek, dava açma süreleri ile görevli ve yetkili mahkemeler hakkında bilgiler de verilecektir. Ayrıca, yine birinci bölümde babalık davasında yargılama usulü, yargılamaya egemen olan usulî ilkeler ve öne çıkan özellikleri ile, her bir ilkenin babalık davasındaki etki ve yansımaları ayrıntılı şekilde gösterilecektir.

Tezimizin ikinci bölümünde, babalık davasında ispata ilişkin olarak babalık karinesi ve ispat yükü kavramları arasındaki ilişki, babalık karinesinin ispat yüküne etkisi, babalık karinesinden bağımsız olarak babalığın doğrudan doğruya ispatına yönelik deliller, tıbbî bilirkişilik ve bu bağlamda soybağının tespitinde başvurulacak olan tıbbî yöntemler, özellikle gen ve DNA analizinin ispat hukukundaki konumu, mevzuattaki düzenlenme biçimi, tıbbî bilirkişi raporunun delil değeri ve niteliğinin yanı sıra, hukuka aykırı yollardan elde edilen delillerin ve usul hukukundaki diğer delil türlerinin babalık davasındaki durumu da irdelenecektir.

Tezimizin üçüncü bölümünde ise, babalık davasının tahkikat aşamasında soybağının tespitine yönelik inceleme kararı, bu kararın niteliği, şartları ve usulü ile ilgili değerlendirmelerde bulunulacaktır. Ayrıca tarafların ve üçüncü kişilerin, soybağı tespiti için verilen inceleme kararına rıza gösterme, yani keşfe katlanma zorunluluğu bağlamında HMK m.292 ile TMK m.284 hükümleri arasındaki çatışmaya değinilerek, bunlardan hangisinin uygulanacağı sorunu ile ilgili analize yer verilecektir. Yine bu bölümde, babalık davasında yargılama giderleri ve adli yardım ile ilgili görüş ve önerilerde bulunulacak olup, genel itibariyle davaya son veren taraf usul işlemlerinden feragat, kabul ve sulhun babalık davasında yeri olup olmadığı ve nasıl işleyeceğine değinilecektir. Son olarak, babalık davasında hükmün niteliği, etkisi, kesinleşmesi ve kesin hüküm

kavramı ile birlikte, hükme karşı gidilebilecek olağan ve olağanüstü kanun yolları hakkında babalık davası özelinde ortaya çıkan ayrıntılara yer verilecektir.



§ 1. BABALIK DAVASI HAKKINDA TEMEL BİLGİLER

A. Davanın Tanımı, Sebebi ve Konusu

Aile hukukunda evlilik dışı doğmuş çocuğunu kendi istek ve rızasıyla gönüllü olarak tanımayan biyolojik¹ babaya karşı yargı yoluna başvurularak babalığın bir mahkeme kararıyla belirlenmesi imkânı mevcuttur². Buna göre, evlilik dışı doğmuş ve herhangi bir erkeğe yasal soybağıyla bağlı bulunmayan çocuğun biyolojik babasının hükmen belirlenmesi ve çocuğun bu biyolojik babanın soybağına bağlanması amacına yönelik davaya babalık davası denir³.

Babalık davasının sebebi, evlilik dışı doğan (nesepsiz) çocuğun anasının, doğumdan önceki 300. gün ile 180. gün arasında kalan zaman diliminde evlilik dışı cinsel ilişkiye girmesi ve bu ilişkiden dolayı gebe kalan kadının, baba yönünden yasal soybağı bulunmayan bir çocuk doğurmasıdır. Bir başka deyişle, davanın temelini oluşturan vakıa, nesepsiz çocuğun, doğumdan önceki 300. gün ile 180. gün arasında kalan zaman diliminde, ana ile davalı erkek arasında yaşanan evlilik dışı cinsel birleşmenin ürünü olarak dünyaya gelmesidir. Dolayısıyla dava sebebinin, aralarında illiyet bağı olan iki ayrı vakıanın (1-Yukarıda anılan takvim aralığında evlilik dışı gerçekleşen bir cinsel ilişki; 2-Evlilik dışı cinsel ilişkiye giren kadının, baba yönünden nesepsiz çocuk doğurması) bir araya gelmesiyle oluştuğu söylenebilir.

Babalık davasının konusu ise, TMK m.301/1 hükmüne göre evlilik dışında doğmuş olan çocuk ile biyolojik baba arasındaki soybağının mahkemece belirlenmesi; yani,

¹ Çalışmanın bütününde tercih edilen bu ifadenin yerine, *genetik, tabii, hakikî* gibi sözcükler de ikâme edilebilir.

² **Hausheer, H./Geiser, T./Aebi-Müller, R. E.:** Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 5. Aufl., Bern 2014, § 16, N.16.63; **Hegnauer, C.:** Grundriss des Kindesrechts und des übrigen Verwandtschaftsrechts, 5. Aufl., Bern 1999, § 9, N.9.02, s.66; **Köprülü, B./Kaneti, S.:** Aile Hukuku, İstanbul 1986, s.272; **Akyüz, E.:** Çocuk Hukuku Çocukların Hakları ve Korunması, Güncelleştirilmiş 4. Bası, Ankara 2015, s.158.

³ **Akıntürk, T./Ateş, D.:** Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku, İkinci Cilt, Yenilenmiş 22. B., Ankara 2020, s.357-358; **Serozan, R.:** Çocuk Hukuku, Genişletilmiş 2. Bası'dan Tıpkı Bası, İstanbul 2017, s.211, n.62; **Duran, H.:** Babalık Davası, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2007, s.60; **Önen, E.:** İnşai Dava, Ankara 1981, s.73-74; **Akar, K.:** Soybağı Tespiti, Ankara 2015, s.38.

hukukî anlamda soybağı ilişkisinin bir mahkeme kararıyla kurulmasıdır⁴. Bu itibarla, babalık davasının amacı da, evlilik dışı cinsel ilişkinin ürünü olan bir çocuğun biyolojik babası tarafından gönüllü olarak tanınmaması sebebiyle, çocuğun babasının bir mahkeme kararıyla belirlenerek çocuk ile baba arasındaki yasal soybağı ilişkisinin kurulmasının sağlanmasıdır. Burada, kanun koyucunun babalık davasını düzenlemesindeki düşüncenin, çocuğun, babası tarafından gönül rızasıyla tanınmamasından ötürü kişisel, sosyal, toplumsal ve ekonomik anlamda uğrayabileceği haksızlıkları, mağduriyetleri ve maddî-manevî her türlü zararları önlemek olduğu söylenebilir⁵.

Evlilik dışı doğan çocuğun anasıyla soybağı ilişkisinde kural, ananın çocuğu doğuran kadın olmasıdır (TMK m.282/1). Doğum olayı, genellikle bilinir ve kolaylıkla saptanabilir. Buna karşılık evlilik dışı çocuğun babasını saptamak daima kolay olmadığı gibi çocuğun baba ile hukukî ilişkisini tespit etmek de hayli güçtür. Bu konuda ileri sürülen görüşlerden birisine göre, evlilik dışı doğan çocuğun biyolojik babasıyla hiçbir hukukî ilişkisi olmamalıdır. Başka bir görüşe göre, evlilik dışı çocukla biyolojik baba arasında sadece malî ilişkiler olmalıdır. Bunlardan ayrı bir başka görüşe göre ise, evlilik dışı çocukla baba arasında sadece aile ve miras ilişkileri bulunmalıdır⁶.

Evlilik dışı çocukların soybağına ilişkin hukukî durumlarının düzenlenmesi hususunda ileri sürülen görüşlere göre, meşru ailenin korunması yönünden evliliğin saygınlığı, ailenin devletin temel yapısını meydana getirmesi sebebiyle, meşru ailenin yararı her şeyden üstün tutularak, evlilik dışı çocukların hukuk dışında tutulması görüşü etkili olduğu gibi; diğer bir eğilim ise, çocuğun korunması yönünden çocuğa, kendi iradesi dışında ana-babasının kusurunun bedelini ödetmek haksız ve insanî olmayan sonuçlara yol açabilir⁷. Evlilik dışı çocuğu toplum ve hukuk düzeni içinde aileden yoksun etmek, sonu belirsiz birçok tehlikeye terk etmek anlamına geleceğinden ve bu durumda ki çocuklar, sayıları her geçen gün biraz daha artması nedeniyle aynı zamanda toplumda

⁴ Baygın, C.: Soybağı Hukuku, İstanbul 2010, s.71; Kılıçoğlu, A.: Aile Hukuku, Ankara 2015, s.550; Akıntürk/Ateş, s.358.

⁵ Öztan, B.: Aile Hukuku, 6. B., Ankara 2015, s.932.

⁶ Şatıroğlu, M.: Babalık Davasında Maddî ve Manevî Tazminat (I) (YD, C.6, S.1980/4, s.492-506), s.497.

⁷ Şatıroğlu- I, s.497.

çözümü zor sosyal bir sorun hâline dönüşeceğinden, hukuk düzeni bu tür çocukların baba ile yasal soybağı ilişkisini düzenleyerek, evlilik içi soybağındaki çocuklarla aynı seviyeye getirmek ister⁸.

2002 yılına kadar yürürlükte olan 743 sayılı (mülga) Türk Kanunu Medenîsi⁹ döneminde babalık davaları, şimdikinden farklı olarak iki şekilde düzenlenmekteydi:

Bu davaların ilk türü olarak “*şahsî sonuçlu babalık davası*” kavramı; ikinci türü olarak ise, “*malî sonuçlu babalık davası*” kavramı kullanılmaktaydı¹⁰. Bu bağlamda, 743 sayılı (mülga) Türk Kanunu Medenîsi’nin 297. maddesinin birinci fıkrası çerçevesinde babalık davası, babanın ana ve çocuk lehine nakdî ödemede bulunması; yani nafaka, maddî tazminat vb talepli olabileceği gibi; Kanun’un belirlediği hususlarda, bu taleplerle birlikte veya ayrıca babalığın bütün şahsî sonuçlarına hükmedilmesi talepli de olabilirdi¹¹. Bu suretle babalık davaları, tüm hukukî sonuçlarıyla babalığa hükmedilen “*şahsî sonuçlu babalık davası*”¹² ve sadece maddî sonuçları olan “*malî sonuçlu babalık davası*”¹³ olmak üzere ikiye ayrıldığı için, her iki türden babalık davasının birbirinden farklı amaca hizmet ettiği ve bu sebeple de hukukî nitelikleri ve türleri itibarıyla de farklılaştığı doktrinde ileri sürülmekteydi¹⁴. Bu bağlamda şahsî sonuçlu babalık davasının konusu evlilik dışı çocuk ile biyolojik babası olduğu iddia edilen erkek arasındaki sahil olmayan nesep ilişkisinin hukuken kurulması ve böylece çocuğun kişisel durumunda (örn. nüfus sicili kayıtlarında) değişiklik yaratılması iken; malî sonuçlu babalık davasının konusu ise, biyolojik babanın anaya ve özellikle de çocuğa karşı bazı parasal yükümlülükler altına sokulması (örn. kural olarak 18 yaşına kadar çocuğa nafaka bağlanması) olarak öngörülmüş idi¹⁵.

⁸ Şatıroğlu- I, s.497.

⁹ Bkz. RG. 04.04.1926, Sa.339.

¹⁰ Tekinay, S. S.: Türk Aile Hukuku, 7. B., İstanbul 1990, s.540; Oğuzman, K./Dural, M.: Aile Hukuku, 2. B., İstanbul 1998, s.336; Köprülü/Kaneti, s.273; Akıntürk/Ateş, s.358, Baygın- Soybağı, s.71; Kılıçoğlu- Aile, s.550; Duran- Babalık Davası, s.61-62.

¹¹ Artus, A.: Babalık Davası (Adliye Ceridesi, C.33, S.2, Ankara 1942, s.166-179), s.167-168.

¹² Almanca karşılığı “*Standesfolge*” kavramıyla ifade edilmektedir.

¹³ Almanca karşılığı “*Zahlvaterschaft*” kavramıyla ifade edilmektedir.

¹⁴ Özsunay, E.: Evlilik Dışı Çocuk Adına Kayyım Tarafından Açılan Babalık Davasında Dava Süresinin Başlangıcı (İÜHF, C. 28, 1962/2, s.508-525), s.511-512; Tekinay- Aile, s.540-542 ve s.553.

¹⁵ Artus, A.: Babalık Davası (Adliye Ceridesi, C.33, S.5, Ankara 1942, s.598-607), s.601 vd.

Yine 743 sayılı (mülga) Medenî Kanun'un 310. maddesinde, şahsî sonuçlu babalık davasının açılabilmesi, davalı erkeğin anaya evlenme vaadinde bulunmuş olmasına ya da onunla girdiği cinsel ilişkinin bir suç niteliğinde olması veya erkeğin nüfuzunu kötüye kullanması hâllerine bağlandığından, babalık hükmünün verilebilmesinin birtakım koşullara tâbi tutulduğu görülür. Bu koşullar yerine getirilmediği takdirde ise, çocuğun biyolojik babasının davalı olduğu tespit edilmesine rağmen onun yasal babalığına karar verilemeyeceği ve dolayısıyla da çocukla baba arasında yasal soybağı ilişkisi kurulamayacağı için biyolojik babaya karşı sadece nafaka ve tazminat isteminde bulunulabileceği sonucuna varılması mümkün olabilmekteydi¹⁶.

Hâlihazırda yürürlükteki 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda ise bu ayırımdan vazgeçilmiş ve 304. madde hükmüyle, davacı ananın, biyolojik baba ile çocuk arasındaki soybağının kurulması sonucunu doğuran, yani aslî talebin yasal soybağının tesisinden ibaret olduğu tek tip babalık davasıyla birlikte (yahut bu davadan ayrı müstakil bir dava ile) bazı malî hakları biyolojik baba olduğu iddia edilen kişiden talep edebileceği öngörülmüştür. Dolayısıyla, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 304. maddesiyle beraber, 743 sayılı (mülga) Türk Kanunu Medenisi'nden farklı olarak, *şahsî sonuçlu/malî sonuçlu* babalık davası ayırımı terk edilmiş olup, tek tip babalık davası¹⁷ ile ananın, hem çocuğun biyolojik babasıyla soybağının hukuken kurulmasını hem de doğrudan doğruya doğum olayından kaynaklanan giderleri, doğum sonrası geçim ve nafaka giderlerini, gebelik ve doğumun gerektirdiği yan giderler gibi maddî tazminat kalemlerinden oluşan birtakım malî haklarını objektif dava yığılması şeklinde talep edebilmesi mümkün kılınmıştır.

Bunun dışında, 4721 sayılı TMK ile birlikte, (eskisinden farklı olarak) *sahih nesep/sahih olmayan nesep* ayırımından da vazgeçildiği için, babalık davasında verilen hükümle kurulan soybağı, evlilik içinde doğan çocukların doğumla kurulan soybağıyla

¹⁶ **Artus, A.:** Babalık Davası (Adliye Ceridesi, C.33, S.3, Ankara 1942, s.232-256), s.243 vd.; **Kutoğlu, T.:** Türk Mevzuatında ve İçtihatlarında Babalık Hükmü [Prof. Dr. Burhan Ceyhan'a Armağan, C.II, İzmir 2012 (DEÜHFD, C.12, Özel Sayı 2010), s.945-984], s.953; **Baygın, C.:** Kan Bağına Dayanan Soybağı (AÜEHFD, C.IV, S.2002/1-4, s.255-284), s.273.

¹⁷ Almanca karşılığı "*Vaterschaftsklage*" kavramıyla ifade edilmektedir.

özdeş hâle getirilmiştir¹⁸. Yani, 4722 sayılı Türk Medenî Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun¹⁹ m.13/2 hükmü gereğince, Türk Medenî Kanunu’nun yürürlüğe girmesinden önceki dönemde olumlu karara bağlanmış olan malî sonuçlu babalık davalarında çocuğun yasal soybağı, 01.01.2002 tarihinden başlayarak 4721 sayılı TMK hükümlerine göre kurulmuş sayıldığı için, “maddî sonuçlu babalık” geriye dönük olarak tüm sonuçlarıyla ortadan kalkmış ve 01.01.2002 tarihinden önce malî sonuçlu babalık davası lehine sonuçlanmış çocuklar da evlilik içi soybağına sahip hâle gelmiştir²⁰.

B. Mahkemeden İstenen Hukukî Himayeye Göre Davanın Türü

Medenî usul hukukunda mahkemenin istenen hukukî himayeye göre yapılan ayırım baz alındığında dava türleri, eda davası, tespit davası ve inşai dava olmak üzere üç başlık altında toplanabilir. Bu çerçevede Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 108. maddesine göre mahkemeden, yeni bir hukuki durumun yaratılması, mevcut bir hukuki durumun içeriğinin değiştirilmesi yahut onun ortadan kaldırılması talebiyle açılan davaya inşai dava denir (HMK m.108/1).

İnşai dava, maddî hukukta öngörülen bir inşai hakkın tek taraflı irade beyanıyla kullanılmasına izin verilmeyen hâllerde, kamu düzeni, hukuk güvenliği, toplumsal yarar vb. türden menfaatlerin ağır bastığı konulara ilişkin hukukî yenilik ve değişikliklerin gerçekleşmesi için mahkeme incelemesine gerek duyulması sebebiyle ortaya çıkan bir dava türüdür²¹. Kanun koyucu, izlemiş olduğu hukuk politikası doğrultusunda önemsemediği menfaat dengelerini gözetmek suretiyle, bazı hâllerde inşai hakka ait hukuki sonucun hak sahibinin tek taraflı iradî işlemiyle derhal doğmasını öngörmüş iken, bazı hâllerde ise hukuk güvenliği ve kamu yararını daha ön planda tutup herhangi bir şüphey-

¹⁸ **Acabey, M. B.:** Soybağı (Kurulması, Genel Olarak Sonuçları, Özellikle Evlilik Dışında Doğan Çocukların Mirasçılığı), İzmir 2002, s.282.

¹⁹ Bkz. RG. 08.12.2001, Sa. 24607.

²⁰ **Kutoğlu,** s.956; “...Türk Medeni Kanununun yürürlüğe girmesinden önce açılmış olan babalık davaları, bu kanun hükümlerine göre karara bağlanır (4722 s. K. m.13).” (Y. 2. HD. 10.05.2010, E.2009/6528, K.2010/9401; **Gençcan, Ö. U.:** 6100 Sayılı HMK Hükümlerine Göre Aile Mahkemesi Davaları, 2. B., Ankara 2016, s.1208).

²¹ **Büyük, E. I.:** Medeni Usul Hukukunda İnşai Dava ve İnşai Hüküm, İstanbul 2021, s.15; **Görgün, Ş./Börü, L./Kodakoğlu, M.:** Medenî Usûl Hukuku, 7251 Sayılı Kanunla Değiştirilmiş, Güncellenmiş 10. Baskı, Ankara 2021, s.279.

yahut güvensizliğe yol açması muhtemel keyfilikleri baştan önlemek amacıyla tarafların ve üçüncü kişilerin inşai davaya konu haklarının mahkemeye incelenmesini zorunlu kılmıştır. Bu itibarla, bir inşai hakkın kullanılması, gerçekleşmesi ve kendisinden beklenen etkiyi doğurması için mahkemeye dava yoluyla başvuru zorunluluğu öngörülen, talep konusu inşai sonucun münhasıran mahkeme kararına bağlandığı bu gibi hâllerde “gerçek inşai dava” söz konusu olur²² (HMK m.108/2).

Her şeyden önce inşai davaların en tipik örneklerinden biri de babalık davasıdır. Babalık davası, soybağına ilişkin diğer davalardan farklı olarak, çocuğun davalı erkekten olduğu iddiasına dayanan ve çocukla o erkek (biyolojik baba) arasında hukuksal soybağını kuran olumlu etkili bir inşai davadır²³. Bu dava yoluyla, çocuk ile biyolojik baba arasındaki genetik soybağı tespit edilerek, davanın kabulü halinde verilen nihaî karardan baba ile çocuğun hukukî statüsü etkilenir ve ikisi arasında hukukî anlamda soybağı ilişkisi, hem şahsî hem de malî neticeleriyle birlikte, çocuğun ana rahmine düştüğü veya yapay döllendiği andan itibaren oluşturulmuş olur²⁴. İnşai davalarda verilen hükümler esas itibarıyla geleceğe etkili olmakla birlikte (HMK m.108/3), biyolojik babalığın hukuken hüküm altına alınmasının amaçlandığı babalık davasının, diğer inşai davalardan farklı olarak, geçmişe etkili (*ex tunc*) inşai (yenilik doğurucu) bir dava olduğu kabul edilir²⁵. Yine, babalık davası sonunda verilen babalık hükmü, daha önceden

²² **Büyük**, s.15. HMK m.108/2 hükmüyle düzenlenen inşai dava türü, mahkeme aracılığıyla kullanılması gereken ve ancak mahkeme hükmü ile hukukî sonuç doğuran inşai haklara yönelik inşai davalardır (bkz. **Kuru, B./Aydın, B.:** İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı, 6. B., Ankara 2021, s.145).

²³ **Önen-** İnşai Dava, s.72-73; **Serozan-** Çocuk, s.211, n.62; **Baygın-** Soybağı, s.72.

²⁴ **Gülümser, İ.:** Tabii Babalık Rabitasının Yokluğundan Dolayı Şahsî Neticelerile Babalık Davasının Reddine Dair Kesin Hükmün İdarî Makamlarca Yapılan Nesebin Tashihi Muamelesine Tesiri ve Bu Muameleye İtiraz Hakkını Düşüren Sürelerin Önemi (İÜHFM., C.20, S.1955/1-4, s.297-307), s.303; **Acabey**, s.282; **Akyüz**, s.158.

²⁵ **Schwenzer, I./Cottier, M.:** Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht (Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB; hrsg. Honsell/Vogt/Geiser), 5. Aufl., Basel 2014, Art.261, N.1; **Reich, J.:** CHK Handkommentar zum Schweizer Privatrecht (Personen- und Familienrecht Partnerschaftsgesetz Art.1-456 ZGB - PartG; hrsg. Breitschmid/Jungo), 3. Aufl., Zürich-Basel-Genf 2016, Art.261, N.1, s.830; **Hausheer/Geiser/Aebi-Müller**, § 16, N.16.63; **Hegnauer-** Kindesrecht, § 9, N.9.02, s.66; **Önen-** İnşai Dava, s.74; **Tekinay-** Aile, s.553; **Serozan-** Çocuk, s.211, n.62; **Sungurbey, İ.:** Medeni Hukuk Eleştirileri, İstanbul 1963, s.31-32; **Feyzioğlu, F. N.:** Aile Hukuku, 3.B., İstanbul 1986, s.543, 569; **Hatemi, H./Serozan, R.:** Aile Hukuku, İstanbul 1993, s.393; **Arslan, R./Yılmaz, E./Taşpınar-Ayvaz, S./Hanağası, E.:** Medenî Usul Hukuku, 6. B., Ankara 2020, s.302; **Özsunay-** Dava Süresinin Başlangıcı, s.511; **Acabey**, s.237-238, 282; **Gülümser**, s.303; **Duran-** Babalık Da-

hukuk dünyasında mevcut olmayan yeni bir kişisel statü yarattığı için inşâî hüküm²⁶ olarak kabul edilir ve bu hükmün verildiği babalık davasının da, hukukî niteliği itibariyle “kurucu yenilik doğuran dava” olmasına yol açar.

Bunun yanı sıra doktrinde yapılan bir başka ayrıma göre inşâî davalar, “maddî hukuka ilişkin” ve “yargılama ve takip hukukuna ilişkin” olmak üzere iki kategoride sayılabilir²⁷. Boşanma davası, evliliğin butlanı davası, ölüme bağlı tasarrufların iptali davası gibi, babalık davası da maddî hukuka ilişkin inşâî davalar arasında yer alır ve bu davaların kabulüyle ortaya çıkan inşâî hükümler maddî hukuka ilişkin inşâî hükümler olarak görülür²⁸.

Öte yandan, her ne kadar TMK m.301/1 hükmünde “soybağının mahkemece belirlenmesi” ifadesi kullanılarak, babalık davasının sanki bir tespit davası şeklinde kaleme alındığı algısı, yanlış anlaşılmaya yer verecek biçimde yaratılmış olsa da; burada soybağının belirlenmesi, inşâî nitelikteki babalık hükmünün yalnızca bir unsurunu oluşturmaktadır. Anılan yasa hükmü, babalık davasında yalnızca dava hakkını ve bunun sahiplerini düzenler; davanın konusu ise daha geniştir. Bu bağlamda, babalık davasının konusu münhasıran babalığın tespiti olmayıp; bu tespit, babalık hükmünün şahsî ve malî sonuçlarının doğabilmesinin, yani inşâî tesirinin bir ön şartı ve gerekçesi konumundadır²⁹. Nitekim babalık hükmünün içeriğine bakıldığında zaman da, yalnızca babalığa dair bir tespit hükmüyle yetinilmediği; biyolojik babalığın tespitini takip eden birden çok şahsî ve malî nitelikli hukukî sonuçların da ortaya çıktığı görülmektedir. Kaldı ki, yapılan yargılama sonunda davalının biyolojik babalığı vakıası kesin olarak ispatlandığı takdirde, evlilik dışı çocuğun biyolojik babasının davalı taraf olduğu mahkemece tespit edilmek suretiyle, çocukla davalı biyolojik baba arasındaki yasal soybağı ilişkisi aynı

vası, s.60. Karşıt yönde görüş için bkz. **Hatemi, H.:** Aile Hukuku, 8. B., İstanbul 2020, s.169, kn.761; **Karlı, A.:** Medeni Muhakeme Hukuku, 5. Baskı, İstanbul 2020, s.320.

²⁶ Bu konuya § 11, B, III, 1 başlığında ayrıntılı olarak yer verilmektedir.

²⁷ **Sungurtekin-Özkan, M.:** İnşâî Karar ve Özellikleri (75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru’ya Armağan, Ankara 2004, s.553-576), s.557; **Büyük, s.51** vd.

²⁸ Yargılama ve takip hukukuna ilişkin inşâî davalar ise, yargılamanın iadesi davası, tasarrufun iptali davası, değişiklik davası ve hakem kararının iptali davası gibi örnekler verilebilir (bkz. **Sungurtekin-Özkan- İnşâî, s.557-558; Büyük, s.56** vd.).

²⁹ **Hug, B.:** Die gerichtliche Feststellung der Vaterschaft nach dem neuen Schweizer Kindesrecht, Diss. Freiburg 1977, s.69-70; **Gülümser, s.302-303.**

anda hukukî etki ve sonuçlarını doğurmaya başlar. Mahkemenin babalığa hükmetmesi, doğal soybağının tespitini takip eden inşâî hükmün tamamlayıcı unsuru olarak düşünülebilir. Aradaki nüans, doğal soybağı ilişkisinin vakıa, yasal soybağı ilişkisinin ise vakıaya bağlanan hukukî sonuç olması şeklinde kendisini gösterir³⁰.

Ayrıca babalık davası ile ananın hem kendisi hem çocuğu için malî; çocuğun ise kendisi için şahsî birtakım taleplerde bulunması³¹ da mümkün kılınmıştır. Yani ana, kendisi için maddî tazminat (TMK m.304/1), çocuk için iştirak nafakası (TMK m.329) gibi birtakım malî talepleri de babalık davasıyla birlikte objektif dava birleşmesi şeklinde ileri sürebileceği için, malî sonuçlu ifaya yönelik talepleri içeren böyle bu davanın kabul edilmesi halinde, hâkim tarafından biyolojik baba aleyhine verilecek nafaka ve tazminat hükümleri dikkate alındığında, babalık davasının ikincil yönüyle edim yükümlülüğü yükleyen eda davası niteliği kazanabileceğine de vurgu yapmak gerekir³². Ancak belirtmek gerekir ki, ananın objektif dava birleşmesi şeklinde hem babalık hem de nafaka davası açabilmesi için çocukla beraber ihtiyarî dava arkadaşı olarak hareket etmeleri gerekir³³. Yine, malî sonuçlu taleplerin kabulü hâlinde babalık davası esas itibarıyla inşâî dava niteliğini kaybetmeyecek; inşâî hükümle kurulan yasal soybağının uzantısı niteliğindeki edim taleplerinin kabulüyle birlikte bir eda hükmünden de söz edilebile-

³⁰ Hug, s.70.

³¹ “...Yine babalık davası sırasında dinlenen tanık beyanlarından, dosya içerisinde bulunan fotoğraflardan ve gazete haberlerinden davalının davacının yanına babası sıfatıyla gelip gittiği, fakat resmi olarak tanımaktan kaçındığı sabittir. Bir kişinin fiziki, sosyal ve duygusal kişilik değerlerine iradesi dışı saldırma sonucu meydana gelen eksilme ve kayıplar manevi zararı oluşturur. Bu tür kişilik hakları hukuka aykırı olarak saldırıya uğrayan kimse, manevi tazminata hükmedilmesini isteyebilir. Yasalarımız manevi tazminat verilebilecek olguları sınırlamıştır. Bunlar kişinin ve ailenin onur ve saygınlığına yönelik suçlar, kişilik değerlerinin zedelenmesi, isme saldırı, nişan bozulması, evlenmenin feshi, babalığın benimsenmemesi, bedensel zarar ve öldürmedir. **Davalı yıllarca davacının kendi çocuğu olduğunu bildiği halde babalığı benimsemeyerek davacının babası belli olmayan bir çocuk olarak büyümesine sebep olmuş, bu duygu nedeniyle davacının üzüntü ve elem duymasına neden olmuştur.** Açıklanan nedenlerle davacı yararına manevi tazminata hükmedilmesi gerekirken yazılı sebeplerle reddine karar verilmesi yerinde görülmemiş ve bozmayı gerektirmiştir.” (Y. 4. HD. 24.11.2011, E.2010/9681, K.2011/12407; **Gençcan-** Aile Mahkemesi, s.1229-1230).

³² “...4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda babalık davalarında manevi tazminata ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır. Davacının 10.000 TL manevi tazminat talebi aile mahkemelerinin görevi kapsamında olmayıp, genel mahkeme olan asliye hukuk mahkemesinin görevi dahilindedir. Mahkemeye, manevi tazminat talebi yönünden asliye hukuk mahkemesince delillerin değerlendirilmesi yapılmak üzere görevsizlik kararı verilmesi gerekirken, işin esası hakkında karar verilmesi... doğru görülmemiştir.” (Y. 18. HD. 16.02.2015, 1230/2144; **Gençcan-** Aile Mahkemesi, s.1229).

³³ **Zogg, S.:** Das Kind im familienrechtlichen Zivilprozess (FamPra.ch 2017/2, s.404-451), s.419.

cektir³⁴. Zira, malî nitelikli taleplerin kabul edilebilmesi, her şeyden önce evlilik dışı çocuğun, davalının doğal soybağından geldiğinin sübuta ermesine bağlı olduğu için, malî hakların ödenmesine ilişkin yan edim taleplerinin kabulüne ilişkin hükmün icrası, çocukla biyolojik babası arasındaki yasal soybağının inşaî babalık hükmüyle kurulduktan sonraki aşamada ortaya çıkar³⁵.

Diğer bir husus olarak babalık davasının, sırf biyolojik babalık olgusunun tespiti talebiyle, çocuğun ve baba olduğu hüküm altına alınan kişinin hukuksal ve kişisel durumlarında herhangi bir etki doğurmamak üzere, adeta bir müspet tespit davası şeklinde ikame edilmesinin yahut mevcut bir babalık davasında ayrı bir tespit talebinde bulunulmasının mümkün olmadığına değinmek gerekir³⁶. Çünkü sırf babalığın tespiti talebinin ibaret bir dava, hem hukukî yarar eksikliğinden³⁷ hem de biyolojik babalık olgusu bir hukukî ilişki yahut işlemden kaynaklanmadığından dolayı dinlenemez. Nitekim tespit davalarında bir hukukî ilişki yahut işlemin tespit edilmesi istenirken; babalığın maddî bir vakıa olması karşısında, tipik olarak tespit davasına konu edilemeyeceğini belirtmek gerekir. Kaldı ki, davalıya karşı belli bir talebin yöneltildiği tespit davası açılmasına bir engel bulunmasa da, böyle bir dava yoluyla, ancak hukukî bir ilişkinin varlığının ya da yokluğunun tespiti istenebilir. Salt biyolojik babalığın (yani, doğal soybağı ilişkisinin) tespitini konu alan bir tespit davasının, çocukla biyolojik babası arasında soybağını kurmaya elverişli inşaî bir etki doğurduğundan da bahsedilemez. İnşaî etki için, ya inşaî işlem ya da inşaî dava söz konusu olmalıdır. Yani, salt biyolojik babalığın müspet tespiti talepli bir dava, evlilik dışı çocuğun yasal soybağına bağlanan haklarına kavuşmasına ve biyolojik babasıyla aralarında hukuken koruma altına alınan bir soybağı ilişkisinin kurulmasına elverişli değildir. Bu yüzden, böyle bir davanın açılmasında hu-

³⁴ *Önen*'e göre inşaî hükmün uzantısı niteliğinde olan, yan edim taleplerinin kabulüne ilişkin hükümler "fer'î inşaî hüküm" olarak nitelendirilmelidir (bkz. *Önen*- İnşaî Dava, s.196).

³⁵ **Saraçoğlu, N.:** Tespit Hükümlerinin ve İnşaî Hükümlerin İcra Hukuku Bakımından Durumu, Ankara 2022, s.193-194; **Hug**, s.68.

³⁶ **Özsunay-** Dava Süresinin Başlangıcı, s.511-512; **Oğuzman, K.:** Evlilik Dışı Çocukların Babalarına Mirasçılığı Sorunu [Prof. Dr. İlhan Öztrak'a Armağan, Ankara 1994 (AÜSBFD., C.49, 1994/1-2, s.303-310)], s.308. Karşıt yönde bkz. **Koçhisarlioğlu, C.:** Salt Biyolojik Babalık ve Yasal Mirasçılık (AÜHFD., C.42, 1992/1, s.141-179), s.158-159.

³⁷ "...yenilik doğurucu hakkın elde edilmesinin olası olduğu durumlarda tesbit davası dinlenmez. Kaldı ki yasa koyucu babalık konusunda tesbit davası açılabilirliğine ilişkin hüküm bulunmamaktadır." (Y. 2. HD. 27.10.1997, 9675/11392; Legalbank İçtihat).

kukî yarar eksikliği söz konusu olduğu gibi, burada hukuken korunmaya elverişli bir değer veya mânâ bulunduğu da söylenemez³⁸. Ancak inşai davalarda, tespit davalarındaki gibi, dava açmakta hukukî yararın bulunduğunu özel olarak ispatlamaya ihtiyaç yoktur; zira kanunen inşai dava açılması gereken hâllerde hukukî yararın varlığı esastır³⁹.

Bu itibarla, hukukî bir ilişkinin değil de, sadece bir vakıanın (babalık olgusunun) tespiti amacıyla açılmış olan bir dava, iki gerekçeyle dinlenemez: Birincisi, babalığın tespiti halinde verilmesi icap eden babalık hükmünün bir inşai hüküm niteliği taşıması, bu yüzden babalık davasının inşai bir dava olması ve yalnızca inşai dava olarak ikame edilebilmesi; ikincisi ise, 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nda, 743 sayılı (mülga) Türk Kanunu Medenî'si'nden farklı olarak iki tip babalık davası düzenlemesinden vazgeçilip, tek tip olarak bütün hüküm ve sonuçlarıyla hukuk düzeninde etkisini gösterecek olan bir sistemin benimsenmesi ve bu sistemin tespit davasına cevaz vermeyecek şekilde öngörülmesi olmalıdır. Bu itibarla, babalık davasının hukukî niteliğiyle ilgili 743 sayılı (mülga) Türk Kanunu Medenî'si döneminde ileri sürülen görüş ve tartışmaların, güncel mevzuat karşısında bir anlamı ve önemi kalmamıştır⁴⁰.

C. Soybağının Reddi ve Nüfus Kaydının Düzeltilmesi İle Mukayesesi

Her şeyden önce, çocuk ile biyolojik baba arasındaki yasal soybağının, babalık davası yoluyla geçerli şekilde kurulabilmesi için, çocuğun bir başka erkekle hukuken herhangi bir yoldan oluşmuş ve hâlen geçerliliğini koruyan yasal soybağı ilişkisinin mevcut olmaması gerekir⁴¹. Şayet çocuğun, biyolojik babasından başka bir erkek ile aralarında tanıma, evlat edinme, ana ile biyolojik babanın sonradan evlenmesi gibi her-

³⁸ Koçhisarhoğlu, s.153, 158-159.

³⁹ Hanağası, E.: Davada Menfaat, Ankara 2009, s.131-132; Alangoya, H. Y./Yıldırım, M. K./Deren-Yıldırım, N.: Medenî Usul Hukuku Esasları, Genişletilmiş Gözden Geçirilmiş 7. Baskı, İstanbul 2009, s.211; Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz/Hanağası, s.301-302; Görgün/Börü/Kodakoğlu, s.279; Durmuş, R. F.: Yenilik Doğuran Davalar, İstanbul 2021, s.26; Budak, A. C./Karaaslan, V.: Medenî Usul Hukuku, 5. B., İstanbul 2021, s.179, kn.28.

⁴⁰ Bkz. Özsunay- Dava Süresinin Başlangıcı, s.511-512; Tekinay- Aile, s.541-542.

⁴¹ Tuor, P./Schnyder, B./Rumo-Jungo, A.: Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 13. Aufl., Zürich-Basel-Genf 2010, § 40, N.33, s.430; Hausheer/Geiser/Aebi-Müller, § 16, N.16.64; Dural, M./Öğüz, T./Gümüş, M. A.: Türk Özel Hukuku -Cilt III- Aile Hukuku, 15. B., İstanbul 2020, s.306, kn.1475; Öztan, s.933; Baygın- Soybağı, s.72.

hangi bir yolla kurulmuş soybağı ilişkisi mevcutsa yahut çocuk evlilik içi doğan bir çocuk konumunda ise, bu soybağı ortadan kaldırılmadıkça, biyolojik baba olduğu iddia edilen erkeğe karşı babalık davası açılamaz⁴²; açıldığı takdirde, bu davanın özel dava şartı yokluğundan usulden reddi gerekir⁴³. Yine, evlilik birliği içinde doğan çocuğun soybağı reddedilmedikçe, yani dava konusu çocuk evlilik dışına çıkarılmadıkça babalık davası açılamaz; bu husus özel bir dava şartı olarak değerlendirilmelidir⁴⁴. Bu cümleden olarak, soybağının reddi davasıyla babalık davasının birlikte açılmasının da usulen isabetli olmadığına işaret etmek gerekir⁴⁵. Çünkü henüz varlığını koruyan yasal soybağı ilişkisinin genetik gerçeklikle örtüşmediği saptanmadığı sürece, çocuğun biyolojik babasının hukukî babasından bir başkası olduğu iddiası ileri sürülemez. Öncelikle mevcut yasal soybağının bertarafı için, hukukî babanın biyolojik baba olmadığı yönünde bir menfi tespiti içeren hükme ihtiyaç vardır. Kaldı ki, yasal soybağı kaldırılmadan babalık davası açılmasına cevaz vermek, toplumsal değerleri ve aile ilişkilerini zedeleyecek ciddi sonuçlara yol açabilir. Buna rağmen, kanımızca babalık davasından önce açılmış ve hâlihazırda görülmekte olan (derdest) bir soybağının reddi davası, daha sonradan açılıp da her nasılsa usulden reddedilmemiş olan bir babalık davasında, usul ekonomisi gereği bekletici sorun yapılabilmelidir. Aynı tespit, soybağı henüz ananın kocası tara-

⁴² **Stehli, C.:** ZGB Kommentar (Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Orell Füssli Kommentar, hrsg. Kostkiewicz/Wolf/Amstutz/Fankhauser), 3. Aufl., Zürich 2016, Art.261, N.2, s.463; **Tuor/Schnyder/Rumo-Jungo,** § 40, N.33, s.430; **BSK ZGB I-Schwenzer/Cottier,** Art. 261, N.1, 2; **Hegnauer-**Kindesrecht, § 9, N.9.03, s.66-67; **Oğuzman/Dural,** s.337; **Serozan-** Çocuk, s.211, n.62; **Öztan,** s.934; **Baygın-** Soybağı, s.72; **Baygın-** Kan Bağı, s.275.

⁴³ “...Davacı, 1995 doğumlu H.’ın babasının M. olduğunun tespitini istemiştir. A. ile V. 05.12.1995 tarihinde boşanmış ve yabancı mahkemeden verilen bu karar 02.04.1998’de tenfiz edilmiştir. H. evlilik içerisinde doğmuştur. Soybağı, nüfusta baba olarak gözüken V. tarafından reddedilmediği sürece babalık davası dinlenemez. İsteğin reddi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasa-ya aykırıdır.” (Y. 2. HD. 26.02.2003, 1284/2456; **Gençcan, Ö. U.:** Türk Medeni Kanunu, C.2 (m.185-530), 2. B., Ankara 2007, s.2234-2235).

⁴⁴ **Zevkliler, A./Acabey, M. B./Gökyayla, K. E.:** Zevkliler Medenî Hukuk, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 6. Baskı, Ankara 2000, s.996. “...Evlilik içi doğan çocuğun evlilik dışına çıkarılma işlemi babalık davasının devamı sırasında gerçekleşmişse artık dava koşulunun dava tarihinde bulunmadığı gerekçesi ile babalık davası reddedilmez.” (Y. HGK. 03.03.1993, E. 1992/2-773, K. 1993/82; **Gençcan, Ö. U.:** 743 ve 4721 Sayılı Türk Medeni Kanununa Göre Soybağının Kurulması, Reddi, Düzeltilmesi, İtiraz Davaları ve Soybağının Hükümleri, Ankara 2002, s.230-231).

⁴⁵ “...Küçüğün bir başka erkekle soybağı ilişkisi geçersiz kılınmadıkça babalık davasının dinlenmesi mümkün değildir. Dolayısı ile babalığın tespiti talebinin eldeki dosyadan tefriki ile başka bir esasa kaydedilerek, soybağının reddi davasının sonucu beklenip bir karar verilmesi gerektiğinin düşünülmemesi, doğru görülmemiştir.” (Y. 8. HD. 15.03.2018, 4003/9392; Legalbank İçtihat).

findan reddedilmeden önce açılmış olan babalık davası için de yapılabilir. Yani, yasal soybağı ilişkisi hâlihazırda geçerliliğini sürdürürken açılan ve henüz kesin hükümle sonuçlanmamış derdest bir babalık davası mevcut iken, daha sonraki tarihte soybağının reddi davası açıldığı takdirde, bu dava, ilk açılan babalık davasında bekletici sorun teşkil edebilir⁴⁶. Aslında ilk önce açılan babalık davasında mahkeme, yasal soybağı ilişkisinin hukuken varlığını koruduğundan hareketle, derhal davanın usulden reddine karar vermek yerine, soybağının reddi davasını açabilecek kişiler arasında yer alan davacıya bu davayı açması için uygun bir süre de verebilir. Diğer bir ifadeyle, çocuğun yasal soybağı bertaraf edilmeden açılmış bir babalık davası söz konusu olduğunda mahkeme, davanın başında hemen davanın usulden reddine karar vermek yerine; öncelikle usul ekonomisi ilkesini gözeterek yasal soybağının kaldırılmasına yönelik davalardan birinin açılması için Cumhuriyet savcılığı, vesayet makamı vb. gerekli mercilere durumu bildirir. Dolayısıyla burada giderilebilen bir dava şartı eksikliğinin varlığından söz edilebilir. Son olarak, soybağının reddi davası ile babalık davasının birlikte açılmış olması ihtimalinde ise, çocuk ile ananın kocası arasındaki yasal soybağı ilişkisi ortadan kaldırılmadığı sürece babalık davası görülemeyeceğinden, bu davaların ayrılmasına karar verilmeli (HMK m. 167) ve babalık davası ayrı bir esasa kaydedilerek, soybağının reddi davası bu davada bekletici sorun yapıldıktan sonra, soybağının reddi davasının sonucuna göre bir karara bağlanmalıdır⁴⁷.

Öte yandan, babalık davasının nüfus kaydının düzeltilmesine ilişkin yargılama-
dan ayrılan yönlerine de işaret etmek gerekir. Bu çerçevede, toplum içinde sık görüldü-

⁴⁶ Aynı yönde bkz. **Gürsoy, S./Bulut, H.:** Aile Mahkemeleri Uygulaması, İstanbul 2004, s.570-574.

⁴⁷ Aynı yönde bkz. **Tarım, S.:** Soybağının Reddi Davasında İlk Derece Yargılama Usulü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2020, s.116.

Yargıtay kararlarında çoğunlukla kabul edilen, davaların ayrılması ve bekletici sorun yapılması görüşüne rağmen, “*mevcut soybağı reddedilmedikçe babalık davası açılmayacağı*” gerekçesine dayanarak usul ve yasaya aykırı şekilde, babalık davasının dava şartı yokluğundan usulden reddine karar verildiği de görülür; “*...L.B. ile davalı... arasındaki soybağı red edilmeden babalık davasının dinlenmesinin mümkün olmadığı, babalık davasında diğer davalı ...'un da taraf sıfatının olmadığı, davacı tarafından öncelikle küçüğe kayyım tayin ettirerek ... aleyhine soybağının reddi davası açması gerektiği, soybağı davasının kesinleşmesine ve geçerli soybağı ilişkisinin kalkmasına müteakip babalık davasının açılması gerektiği, soybağının reddi davası ile babalık davasının birlikte görülemeyeceğinden, dava şartı yokluğu nedeni ile babalık davasının reddine, babalık davasının reddine karar verildiğinden dolayı da annenin mali haklarına dair davanın ve çocuğun nafaka davasının ayrı ayrı reddine karar verilmesi...*” (Y. 8. HD. 06.07.2017, 6402/10032; Kazancı İçtihat).

ğü üzere, örneğin evli olmayan kadının evlilik dışı cinsel ilişkisinin ürünü olan çocuğun, bu kadının kendi ana ve babasından, yani biyolojik ananın anasından ve babasından dünyaya gelmiş gibi onların nüfus siciline kaydedilmesi yahut evlilik sona erdikten itibaren 300 günlük süre geçirildikten sonra doğan çocuğun evlilik içi çocukmuş gibi ananın boşandığı (eski) kocasının nüfusuna işlenmesi hâllerinde, öncelikle maddî gerçeğe aykırı söz konusu nüfus kaydının düzeltilmesi gerekir⁴⁸.

İlk olasılıkta, çocuğun anası olarak nüfus siciline kaydedilen kişi, aslında biyolojik ana olmadığından, çocuğun babası olarak nüfus sicilinde kayıtlı olan kişi de esasen biyolojik baba değildir. Biyolojik ana olmayan kadının kocası nezdindeki babalık kariyesi işlevini kaybettiğinden, baba yönünden geçerli bir soybağı ilişkisi de varlığını yitirir. Fakat böyle bir olasılıkta, nüfus kaydının maddî gerçeğe uygun olarak düzeltilmesi yoluna gidilmeksizin, doğrudan biyolojik babaya karşı babalık davası açılması mümkün değildir. Çünkü hâlihazırdaki nüfus sicilinde, maddî gerçeklikten farklı biçimde, çocuğun anası ve babası olarak başka kişiler kaydedilmiştir. Bu durumda, biyolojik babaya karşı babalık davası açılabilmesi için, öncelikle soybağına ilişkin nüfus kaydının düzeltilmesi talebine istinaden çocuğu doğuran kadının tespit edilip nüfus siciline işlenmesi

⁴⁸ “...Küçüğün resmi sicildeki doğum tarihi 1.11.2000'dir ve annesinin hanesine Türk Kanunu Medenisinin 290. maddesine göre "evlilik dışı çocuk" olarak annesinin beyanı üzerine, tescil edilmiştir. Resmi sicil ve senetler belgeledikleri olguların doğruluğuna kanıt oluşturur. Bunların içeriğinin doğru olmadığına ispatı, kanunlarda başka bir hüküm bulunmadıkça, her hangi bir şekle bağlı değildir. (TMK. md. 7) Kesinleşmiş mahkeme hükmü olmadıkça nüfus kütüklerinin hiçbir kaydı düzeltilmez. (5490 s. NHK. md. 35/1) Resmi sicilin içeriğine aykırı karar da oluşturulamaz. Verilen ret kararı, "küçüğün evlilik içinde doğduğu, bu halde kocanın baba olduğuna ilişkin karinenin geçerli bulunduğu" şeklindeki yasal gerekçeye dayandığına, başka bir ifade ile nüfusta "evlilik dışı doğum" olarak annesinin hanesinde kayıtlı bulunan çocuk, bu kayıt düzeltilmediği halde, verilen kararlar evlilik içine sokularak kocaya bağlandığına göre hüküm, resmi sicilin içeriğine aykırı olduğu gibi, annenin boşandığı kocanın hak ve hukukunu da etkilemektedir. **O halde, resmi sicildeki doğum tarihine ilişkin kaydın düzeltilmesi yoluna gidilmeden açıklanan şekilde karar verilemez. Bu durumda mahkemece yapılacak iş; doğumun sağlık kuruluşunda olup olmadığına ilişkin beyanına başvurulmak üzere annenin isticvap olunması (HUMK. md. 230-235) ve buna ilişkin varsa doğum belgesinin istenerek dosyaya alınması, doğum sağlık kuruluşunda gerçekleşmiş ve evlilik dışı ise, bu halde nüfustaki doğum tarihinin tashihinin hukuken mümkün bulunmadığı gözetilerek, davanın esasının incelenmesi; aksi takdirde, çocuk adına kayıyımlı tarafından açılmış olan babalığa hüküm isteğinin içinde, başka erkekle soybağı ilişkisinin geçersiz kılınması (soybağının reddi) isteği de mündemiç bulunduğundan, annenin boşandığı kocası dava dışı İ.U.'a da husumetin yöneltilmesi, göstermesi halinde bu kişinin delillerinin de toplanması, bu şahısla çocuğun genetik örneklemesinin de yaptırılması ve hasıl olacak sonucuna göre hüküm kurulması gerekir.**” (Y. 2. HD. 05.04.2010, 3512/6547; Legalbank İçtihat).

gerekir⁴⁹. Yani, babalık karinesinden faydalanmaksızın kocanın nüfusuna kaydedilen çocuk ile koca arasında soybağının kurulmasına ilişkin yasal unsur gerçekleşmediği için, böyle bir durumda çocuk ile koca arasında yasal soybağı ilişkisi bulunmadığını göstermeye yönelik talep, soybağının reddi davasıyla değil, nüfus kaydının düzeltilmesi davasıyla ileri sürülebilir⁵⁰ (TMK m.39). Soybağının reddi davasında, başından beri hukuken geçerli şekilde kurulan babalık karinesi dava yoluyla çürütüldüğü hâlde; nüfus kaydının düzeltilmesinde, gerçeğe aykırı beyanla sicilde meydana getirilen yanlışlığın giderilmesi, yani esasen babalık karinesi geçerli olmadığı halde, bu yolla başından beri hukuka aykırı şekilde oluşturulan yasal soybağı ilişkisinin kopukluğu saptanır⁵¹. Halbuki, çocuğun biyolojik anası ve babasından başka kişilerin nüfus siciline kaydedilmesi hâlinde çocuğun sicilde anası olarak kayıtlı kişiyle arasında soybağı ilişkisi bulunmadığı ortaya konulduğunda, sicilde baba olarak gözüken kişinin (kütük babasının), ana ile evliliği sebebiyle işlerlik kazanan babalık karinesi devre dışı kalır⁵².

Bir diğer örnek olarak, kocanın eşi dışında bir başka bekar kadın tarafından dünyaya getirilen çocuğunu, sanki eşinden doğmuş gibi nüfus siciline kaydettirmesi ya da evliliğin sona ermesinden 300 gün geçtikten sonra doğan çocuğun 300 günlük süre içinde doğmuş gibi nüfusa geçirilmesi hâllerinde de durum benzerdir⁵³. Çocuğun biyolojik anası, evliliğin sona ermesinden itibaren 300 günlük süre geçirildikten sonra doğurduğu

⁴⁹ **Baygın-** Soybağı, s.73. Bu konuda ayrıca bkz. **Akipek, J./Akıntürk, T./Ateş, D.:** Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, 13. B., İstanbul 2016, s.495-496.

⁵⁰ **Öktem-Çevik, S.:** Çocuğun Anne ve/veya Babası Haricindeki Kişilerin Nüfus Siciline Kaydedilmesinden Doğan Sorunların Değerlendirilmesi [MÜHF-HAD, C.22, S.2016/3 (Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, Özel Sayı, C.II), s.2105-2130], s.2117, 2123; **Acabey,** s.118-119; **Baygın-** Soybağı, s.27.

⁵¹ “Eldeki davada, ana ile soybağının kurulması, bir diğer deyişle doğuran kadının tespit edilmesi hâlinde, çocuk ve doğuran kadın arasında soybağı doğrudan kurulacağına göre, davalı ...'i doğuran annenin öncelikle belirlenmesi gereklidir. Gerçek annenin tespit edilmesi sonrasında ise babalık karinesine dayalı olarak babanın belirlenmesi mümkündür. TMK hükümlerine göre soybağının reddi davası ancak babalık karinesi kapsamında yer alan, dolayısıyla babalık karinesinden faydalanan çocukların soybağının ortadan kaldırılmasını ifade eden bir davadır. Babalık karinesinden faydalanma söz konusu olmaksızın kocanın nüfus kütüğüne kaydedilen çocukla koca arasında soybağının kurulması söz konusu olmadığı için böyle bir durumda çocuk ile koca arasında soybağının bulunmadığının tespitine yönelik olarak açılacak dava soybağının reddi davası değil, yanlış kaydın düzeltilmesi amacına yönelik kayıt düzeltme davasıdır.” (Y. HGK. 09.03.2021, E.2020/8-269, K.2021/228; Kazancı İçtihat).

⁵² **Öktem-Çevik,** s.2117.

⁵³ Y. HGK. 13.11.2013, 18-354/1554 (Legalbank İçtihat).

çocuğu eski evlilikteki kocasının nüfusuna kaydettirdiği takdirde, babalık karinesi işletilmeksizin gerçeğe aykırı beyana istinaden kayıta yaratılan bir yanlışlık sebebiyle çocuğun hukuken olması gerekenden başkasının (kütük babasının) soybağına bağlanması, nüfus sicilinin düzeltimi talebinde bulunmayı gerektirir⁵⁴. Bu talep üzerine mahkeme, nüfus sicilinin baba hanesinde kayıtlı gözükken kişinin (kütük babasının) esasen çocuğun hukukî ve hakikî babası olup olmadığı olgusunu inceler. Nüfus sicilindeki babanın hukukî ve hakikî baba olmadığı saptanırsa, mevcut soybağı ilişkisi şeklen sona erer ve çocuk, evlilik dışı çocuk statüsüne girer. Ancak bundan sonra evlilik dışı çocuğun hakikî (biyolojik) babasına karşı babalık davası açması mümkün olabilir⁵⁵.

Bu gibi hâllerde karşılaşılan nüfus kayıtlarına ilişkin düzeltme talepleri, düzeltmeyi isteyen gerçek kişiler ile, konuyla ilgili resmî dairenin (örneğin, Nüfus ve Vatanışık İşleri Genel Müdürlüğü yahut il nüfus müdürlüklerinin) göstereceği lüzum üzerine Cumhuriyet savcıları tarafından muhatabın yerleşim yeri adresinin bulunduğu yerdeki asliye hukuk mahkemesine yöneltilir (5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu m.36/1-a).

5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun "Nüfus Davaları" başlıklı 36. maddesinin lafzına bakıldığında, nüfus kaydının düzeltilmesine ilişkin taleplerin dava kategorisi şeklinde düzenlendiği görülür. Buna karşın, bilindiği üzere, Hukuk Muhakemeleri Ka-

⁵⁴ Buna karşın, biyolojik ananın, evlilik dışı dünyaya gelen çocuğun biyolojik babasından başka bir erkekle doğumdan sonra evlenmesi üzerine kurulan soybağı ise hukuken geçerli bir yasal soybağı ilişkisini meydana getireceği için, çocuğun biyolojik babasından başka birisinin soybağına bağlandığı bu gibi hâllerde nüfus kaydının düzeltilmesi talebinde bulunulamaz. Zira ortada hukuken geçerli bir babalık karinesi mevcut olup, babalık karinesinin yürütülmesi sonradan evlenme yoluyla soybağının kurulmasına itiraz davası yoluyla mümkün olabilir [bkz. **Avcı-Braun, C.:** Nüfus Kaydının Düzeltilmesi Davası Mı, Soybağının Kurulmasına İtiraz Davası Mı? (YÜHFD, C.XVIII, S.2021/2, s.843-859), s.856-857].

⁵⁵ **Öktem-Çevik**, s.2124. Ayrıca bkz. "Aile Mahkemeleri TMK.'nun 282 ve devamı maddelerinde sınırlı olarak belirtilen soybağının reddi (TMK.'nun 286. vd.) babalık, tanıma, tanımanın iptali gibi davalara bakmakla görevlidir. Somut olayda davaname ile A.'nin gayriresmi birlikteliğinden olan oğlu Ş.'u boşandıktan sonra iddet müddeti içerisinde nüfusa kaydettirmesi nedeniyle eski eşi adına nüfusa kaydedildiği, gerçekte babasının A. K. olduğu iddiasıyla Ş.'un nüfus kaydının düzeltilmesini talep edilmiştir. Davanın kabul edilmesi halinde davalının baba adının değiştirilmesinin yanında nüfusta babası ile soybağı kurulacağından, dava bu niteliği itibarıyla bir nesep davasıdır. Soybağı hukuku ile ilgili davalara 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin görev ve yargılama usullerine dair kanunun 4. maddesinde gösterilen davalardan olup TMK.'nun 282 vd. maddelerinde düzenlenen soybağı kurulmasıyla ilgili olan bu davanın Aile Mahkemesinde görülüp sonuçlandırılması gerekir." (Y. 17. HD. 09.07.2014, 11748/10954; Legalbank İçtihat).

nunu'nun 382. maddesinin ikinci fıkrasının (a) bendinin 5. alt bendinde ise, kişisel durum sicilindeki kaydın düzeltilmesi meselesi çekişmesiz yargı işleri arasında sayılır. 5490 sayılı Kanun, niteliği itibarıyla 6100 sayılı Kanun'a nazaran özel kanun konumunda bulunduğundan, Kanun koyucunun anılan Kanun ile tercih ettiği terminolojiye sadık kalmak suretiyle, özellikle soybağından kaynaklanan sebeplerle nüfus kaydının düzeltilmesine ilişkin taleplerin, mahkeme önüne dava yoluyla getirilmesi gerektiği düşüncesindeyiz. Kanımızca HMK m.382/2-a hükmünün 5. alt bendindeki kişisel durum sicilinde değişikliği içeren çekişmesiz yargı işlerinden, ad-soyad, cinsiyet, doğum tarihi ve dinî durum gibi hususlardaki değişiklikler anlaşılmalıdır. Nüfus sicilinin soybağı hanesindeki kayıtların düzeltimi konusunda ise, Kanun koyucunun çekişmesiz yargı işleri bakımından öngördüğü “çekişme yokluğu”, “subjektif hakkın yokluğu” ya da “resen harekete geçme” ölçütlerinden herhangi birisi söz konusu değildir. Zira nüfus sicilindeki soybağı kaydının düzeltilmesi, soybağının yanı sıra hısımlık ve mirasçılık ile ilgili birtakım hakları etkileyebileceğinden, hukuken çekişmeye elverişli konuları kapsayıcı sonuçlar doğurabilir. Ayrıca, soybağının ilgilendiren sebeplerle nüfus sicilindeki kayıtların düzeltilmesinde kamu düzenine ilişkin olma niteliği öne çıkabileceği için kanun koyucu, Cumhuriyet savcılarına da bu konuda açık yetki tanımıştır. Hâlbuki Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun çekişmesiz yargı işleri arasında saydığı kişisel durum sicilindeki kayıtların düzeltilmesi bakımından aynı şeyler söylenemez.

Dolayısıyla, nüfus sicilindeki soybağı hanesine ilişkin kayıtların düzeltilmesi talebi, niteliği itibarıyla tespit davasına vücut vermekle birlikte⁵⁶ bu talep, kişiye sıkı sıkıya bağlı hak niteliği taşıdığı için, muhatabın bizzat kendisi tarafından ileri sürülmelidir. Talepte bulunabilecek muhataplardan maksat ise, nüfusa yanlış kaydedilen çocuğun kendisi veya mirasçıları, biyolojik ana-baba veya bunların mirasçıları, nüfusta ana-baba olarak kayıtlı gözükken kişiler veya bunların mirasçıları ile, Cumhuriyet savcısıdır⁵⁷. Davalı tarafta, il nüfus müdürlüğü, nüfus sicilinin soybağı hanesinde ana-baba olarak

⁵⁶ **Öktem-Çevik**, s.2110; **Acabey**, s.118.

⁵⁷ **Öktem-Çevik**, s.2126. Konuyla ilgili bkz. “Dava nüfustaki kaydın düzeltilmesine ilişkindir. Nüfus Kanununun 46. maddesine göre davaya Cumhuriyet Savcısı ile Nüfus Memurunun katılması yeterlidir. Son mirasçı durumunda olmadıkça husumet Hazineye düşmez. Mahkemece sıfat kendiliğinden dikkate alınması zorunludur. Gerçekleşen bu durum karşısında Hazine hakkındaki davanın reddinin düşünülmemesi usul ve yasaya aykırıdır.” (Y. 2. HD. 07.06.2002, 6836/7687; Kazancı İçtihat).

kayıtlı gözükten kişiler veya bunların mirasçıları, biyolojik ana-baba veya bunların mirasçıları, nüfusa yanlış kaydedilen çocuğun kendisi veya mirasçıları yer alabilir⁵⁸. Bu davaların herhangi bir süre içerisinde açılma zorunluluğundan ise söz edilemez⁵⁹. Yine nüfus kaydının düzeltilmesi davalarının kamu düzenine ilişkin olduğu düşüncesiyle, hâkimin her türlü araştırma ve incelemeyi resen yapabilmesi, DNA testi dahil her türlü delile resen başvurabilmesi gerektiği yönünde kararlar da mevcuttur⁶⁰.

Nüfus kaydının düzeltilmesi davası, nüfus sicilinin soybağı hanesinde gerçeğe aykırı beyana bağlı olarak ortaya çıkan hatanın giderilmesi suretiyle kişisel durumda bir değişiklik yaratılmasını amaçladığından, soybağı yönünden yenilik doğuran diğer kişisel durum davalarıyla belli bir ölçüde benzerlik gösterir. Soybağının reddi davası ve babalık davası gibi, soybağı yönünden kişisel durumda yenilik doğuran davalarda, doğrudan doğruya çocuğun hukukî babasıyla olan doğal soybağı ilişkisi incelenir ve çocuğun baba yönünden kişisel aile statüsü değişir. Bu davalarda nüfus sicilindeki kayıtlara ilişkin beyana bağlı bir hatadan değil; bilakis sicil kayıtlarının hakikâte (biyolojik ger-

⁵⁸ **Öktem-Çevik**, s.2126. Aksi yönde bkz. “Dava, nüfus kayıt düzeltilmesi isteminden ibarettir. Bu davada Hazinesin taraf olmasını gerektiren, kanuni bir zorunluluk yoktur. Bu nedenle davada Hazine taraf olamayacağından Hazine hakkındaki davanın sıfat yokluğundan reddi gerekirken...” (Y. 2. HD. 05.05.2003, 6023/7467; Kazancı İçtihat).

⁵⁹ **Taşpınar-Ayvaz, S.:** Mahkeme Kararıyla Düzeltilmiş Nüfus Kayıtları Hakkında Tekrar Mahkemeye Başvurulabilir Mi? (Prof. Dr. Ejder Yılmaz’a Armağan, C.2, Ankara 2014, s.1851-1878), s.1854. Karş. **Acabey**, s.118. “Önemle vurgulanmalıdır ki; zamanaşımı ve hak düşürücü süreye bağlı olmayan nüfus kaydının düzeltilmesine dair davalarda, her türlü kanıtla başvurulabilir (YHGK, 11.2.1998 gün ve 2-87/77 sayılı). Şu durumda; zamanaşımı veya hak düşürücü süreye bağlı olmaksızın açılabilen nüfus kaydının düzeltilmesine dair davada resmi kayıt ve belgelere başvurulabileceği gibi, tanık da dinlenebilecektir (Bilge Öztan, Şahsın Hukuku Hakiki Şahıslar, Ankara 1997, s. 210).” (Y. HGK. 07.03.2012, E.2011/2-775, K.2012/116; Legalbank İçtihat).

⁶⁰ **Avcı-Braun**, s.855. “...5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Yasasının 36. maddesine göre; ilgililer nüfus kayıtlarına ilişkin düzeltme ve tespit davası açmak hak ve yetkisine sahiptirler. Bir kimsenin ölmesi sonucu kaydı kapalı hale geleceğinden, bu kişilerle ilgili sadece tespit davası açılabilceği Yargıtay uygulamaları ile kabul edilmiştir. Davacılar her ne kadar murisleri Kemal'in nüfus kayıtlarının düzeltilmesini istemişlerse de, çoğun içinde azın da bulunacağı ilkesi gözetildiğinde, düzeltme isteminin, tespit istemini de içerdiğinin kabulü gerekir. Buna göre nüfus kayıt düzeltme davaları diğer bir kısım davalarda olduğu gibi kamu düzeni ile yakından ilgili bulunduğundan tüm bu açıklamalar dikkate alınarak mahkemece öncelikle H. A.'ın varsa veraset belgeleri de dosyaya getirilerek hukukları etkilenecek olan tüm mirasçılar davaya dahil edildikten sonra Hakim, hiç bir kuşku ve duraksamaya neden olmaksızın doğru sicil oluşturmak zorunluluğu bulunduğu gözetilerek, salt tarafların ve tanıkların beyanları ile yetinilmeyip bu iddia ile ilgili olarak DNA testi yaptırılıp alınacak rapor da gözetilerek işin esası hakkında tüm kanıtlar toplanıp oluşacak sonuç doğrultusunda bir karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile davanın reddi doğru görülmemiştir.” (Y. 18. HD. 22.03.2011, 1476/3794; Legalbank İçtihat).

çekliçe) uygun hâle getirilmesinden bahsedilebilir⁶¹. Halbuki nüfus kaydının düzeltilmesi davalarında, beyana bağlı olarak nüfus kayıtlarında meydana gelen yanlışlıktan dolayı hukukî durumla örtüşmeyen, yani hukukun öngördüğü kurala aykırı olan bir sicil kaydının tashihi, hukuka uygun hâle getirilmesi, yani fiilî durumun hukuken doğru zemine oturtulması söz konusudur. Bir başka ifadeyle, nüfus kaydının düzeltilmesi davaları, aynı hanede kayıtlı kalmak şartı ile nüfus kütüklerindeki her türlü düzeltme talebini kapsayan davalar olmasına rağmen, verilecek karar ile, muhatabın nüfus kaydı bir başka haneye taşınıyorsa ortada artık nüfus kaydının düzeltilmesi davasından değil, soybağı davasından söz etmek gerekir. Zira soybağı davalarında, davanın kabulü halinde kişinin kaydı başka bir haneye taşınarak yeni bir yasal soybağı ilişkisi oluşturulur⁶².

Öte yandan, nüfus kaydının düzeltilmesi davası sonucunda çocuk ile nüfus sicilinde baba olarak kayıtlı bulunan kişi (kütük babası) arasında hukuken geçerli bir yasal soybağı ilişkisinin olmadığı saptandıktan sonra, çocuğun biyolojik babası olan kişi ile arasındaki soybağını kurmak üzere babalık davası açılması mümkün hâle gelir. Çocuk ile biyolojik babası arasında yasal soybağının kurulması hususu, nüfus kaydının düzeltilmesi davasının konusu dışında kalır ve bu meselenin ayrı bir yargılamayla çözülmesi şarttır. Dolayısıyla, nüfus kaydının düzeltilmesi davasında davacının, nüfus sicilinde meydana getirilen yanlışlığın giderilmesi talebine ilâveten dava yığılması şeklinde ayrıca ileri sürdüğü yasal soybağının biyolojik babaya bağlanması yönündeki aslî talebi bu davadan ayrılmalı ve aile mahkemesinde ayrı bir esasa kaydedilmeli; ardından nüfus kaydının düzeltilmesi davası, aile mahkemesinde ayrı esasa kayıtlı babalık davası için bekletici mesele yapıp, asliye hukuk mahkemesinin bu davada vereceği karara göre babalık davasının akıbeti belirlenmelidir⁶³. Zira Türk Medeni Kanunu'nda çocuğun

⁶¹ Akipek/Akıntürk/Ateş, s.496.

⁶² Y. HGK. 07.03.2012, E.2011/2-775, K.2012/116 (Legalbank İçtihat).

⁶³ Öktem-Çevik, s.2120-2121. “...Davacının, gerçek babasının M. olduğuna yönelik istemi ise ... babalığa ilişkindir. 4787 Sayılı Yasa'nın 5133 Sayılı Yasa ile değişik 4/1. maddesi gereğince Türk Medeni Kanunu'nun üçüncü bölüm hariç ikinci kitabından kaynaklanan davalara aile mahkemesince bakılacağı hükmü karşısında; mahkemece davanın babalığa ilişkin bölümünün tefrik edilip ayrı bir esasa kaydedilmesi, nüfus kaydının iptaline ilişkin davanın bekletici sorun yapılması ve gerçekleştirilecek sonucuna göre karar verilmesi gerekirken; bu bölüm hakkında da görevsizlik kararı verilmesi doğru görülmemiştir.” (Y. 2. HD. 16.04.2012, E.2011/13999, K.2012/9607); “...mahkemece öncelikle davacının babalıkla ilgili talebinin, bu davadan tefrik edilerek ayrı bir esasa kaydedilmesi,

soybağının kurulmasına ilişkin hukuksal yollar sınırlı şekilde sayılmış ve bunlar arasında nüfus kaydının düzeltilmesi davasına yer verilmemiştir. Dolayısıyla, çocuğun baba yönünden yasal soybağının tesisine ilişkin talep, nüfus kaydının düzeltilmesi davasında kümülatif dava yığılması (objektif dava birleşmesi) şeklinde bir arada ileri sürülmüş olsa bile, mahkemece esastan incelenip karara bağlanamaz (TMK m.282)⁶⁴.

D. Türk Pozitif Hukukundaki Durumu ve Tarihsel Gelişimi

743 sayılı (mülga) Türk Kanunu Medenîsi döneminde geçerli olan soybağı rejimine göre “evlilik içi soybağı” (sahih nesep) – “evlilik dışı soybağı” (gayri sahih nesep) ayrımı benimsenmiş ve soybağının kurulması yönünden evlilik içinde doğan çocuklar ile evlilik dışı doğan çocuklar arasında farklı hükümler sevk edilmişti. Buna göre, evlilik birliği içinde doğan çocukların soybağı, evlilik içi (sahih) soybağı olarak kabul edilmekte; evlilik dışı doğan çocuklar bakımından ise soybağının kurulabilmesi, tanıma ya da şahsî sonuçlu babalık davası yoluyla mümkün olabilmekte idi. Daha önce yukarıda da belirtildiği üzere, şahsî sonuçlu babalık davası çok istisnai koşullara tâbi tutularak, biyolojik babanın evlilik dışı çocuğun anasına evlenme vaadinde bulunmuş olmasına veya cinsel ilişkinin suç teşkil ettiği ya da nüfuzun kötüye kullanılması suretiyle gerçekleştiği hâllere bağlandığından, bu koşulların yokluğunda, davalının biyolojik babalığı ispat edilmiş olsa dahi, mahkemece şahsî sonuçlu babalığa hükmedilemezdi⁶⁵.

Görüldüğü üzere, 743 sayılı (mülga) Medenî Kanun’un 297. maddesinde, konusu itibarıyla şahsî sonuçlu veya malî sonuçlu olmak üzere iki şekilde düzenlenen baba-

tefrik edilen babalık davasına ilişkin bölüme, "aile mahkemesi sıfatıyla" bakılması, nüfus kaydın iptali ve düzeltilmesine ilişkin davanın, babalık davası için bekletici mesele sayılması; isteğin; nüfus kaydının iptali ve düzeltilmesine ilişkin bölümüne münhasır olarak davaya Asliye Hukuk Mahkemesinde devam edilmesi...” (Y. 2. HD. 08.04.2009, 551/6687; Legalbank İçtihat). Aynı yönde bkz. Y. 2. HD. 18.02.2013, E.2012/2712, K.2013/3850; Kazancı İçtihat).

⁶⁴ “Davacının, kütük babası yanındaki kaydın iptali ile genetik baba yanına kaydını istemesi halinde; bu tür nüfus kayıt davaları kademeli olarak açılabilir ve bu tür davalarda iki talep yer alır. İlki, kütük babası yanındaki kaydın iptali, diğeri ise genetik baba yanına kayıt istemidir. Burada davanın kabul edilmesi halinde ilgilinin kaydı bir başka kayda taşınacak; bir başka hanede bulunan kişi ile soybağı oluşturulacaktır. Her iki talebin birlikte açılması halinde görevli mahkeme Asliye Hukuk Mahkemesi değil, Aile Mahkemesi olacaktır. Nitekim bu ilke, H.G.K.’na ait 28.9.2005 gün ve 2005/2-572 E. 2005/551 K.sayılı ilamında da açıkça vurgulanmıştır.” (Y. HGK. 07.03.2012, E.2011/2-775, K.2012/116; Legalbank İçtihat).

⁶⁵ **Acabey**, s.281.

lık davasının şahsî sonuçlu olan türüne başvurulabilmesi ve şahsî sonuçlu babalığa hükmedilebilmesi kanun koyucu tarafından bazı koşullara bağlanmış olup, bu koşullar oluşmadığı takdirde davalı tarafın, evlilik dışı (nesepsiz) çocuğun biyolojik babası olduğu belirlenmesine rağmen yasal soybağı ilişkisinin kurulamayacağı ve bu yüzden dava- lıya karşı sadece nafaka ve tazminat gibi malî sonuçlu taleplerin ileri sürülebileceği ön- görülmekte idi. Fakat hem davalının biyolojik baba olduğu kabulünden hareketle ana lehine tazminat ve çocuk için nafaka gibi malî edimlerin öne sürülebileceğini söylemek hem de davalının biyolojik baba olduğunun tespitine rağmen çocukla arasında yasal soybağı ilişkisinin tesisine cevaz vermemek ciddi bir çelişkiye ve eşitsizliğe zemin ha- zırlıyordu⁶⁶. Bu durumda Medenî Kanun'un 310. maddesindeki koşullar oluşmadığı sürece evlilik dışı çocuk sadece nafakayla yetinmek zorunda kalıyor, fakat babasının soyadını kullanamıyor ve yasal mirasçısı olamıyordu⁶⁷. Dolayısıyla, mahkemece şahsî sonuçlu babalığa karar verilebilmesi için “davalının, evlilik dışı çocuğun yapıldığı cin- sel ilişki sırasında evli olmaması” şeklindeki olumsuz koşulun düzenlendiği Medenî Kanun'un 310. maddenin ikinci fıkrasındaki hüküm, Anayasa Mahkemesi tarafından Anayasa'ya aykırı bulunup iptal edilmişti⁶⁸. Şahsî sonuçlu babalığa hükmedilebilmesi

⁶⁶ Kutoğlu, s.953.

⁶⁷ Kutoğlu, s.953 vd.

⁶⁸ “...İtiraz konusu kural zina ürünü çocukların babalarına sahip olmayan nesep bağı ile bağlanmalarını engellemektedir. Bunun sonucu olarak da, zina ürünü çocuğun yasal olarak babasına karşı na- faka isteminden başka bir başvuru yolu kalmamakta, biyolojik çözümleme, tanık ve başka kanıtlarla babalığı saptanan doğal babayla çocuk arasında nesep ilişkisi kurulamamaktadır. Görüldüğü üzere evlilik dışı, özellikle, zina ürünü çocuklar, toplumda babasız çocuk damgası taşıdıklarından horlan- maları, aşağılanmaları, babalarına karşı nafaka isteminden başka bir hak ileri sürememeleri ve ba- balarının mirasçısı olamamaları nedenleriyle ekonomik ve psikolojik açıdan güç koşullarda bulun-makta ve toplum dışına itilmektedirler. Oysa, Medeni Yasa'ya göre, sahip olmayan nesep bağından çocuk için önemi yadsınamiyacak, kişiliğine sıkı sıkıya bağlı kimi hukuksal sonuçlar doğmaktadır. Sahip olmayan nesepli çocuk bu yolla babasının soyadını taşıyacak ve onun vatandaşlığını kazana- cak (MK. 312. Md.), onun yasal mirasçısı olacaktır (MK. 443. md). Medeni Yasa'nın itiraza konu edilen 310. maddesi kapsamındaki çocuk bu haklardan yoksun kaldığı gibi sahip nesepli olmayan çocuklar için söz konusu edilmeyecek bir tehlike ile de karşı karşıya gelecektir. O da Medeni Ya- sa'nın 92. maddesindeki belli hısımlarla evlenme yasağıdır. Bu tür çocukların, doğal babalık bağı ötesinde, babaları ile hiç bir hukuksal bağ söz konusu olmadığına göre, bu maddenin yasakladığı evlenmelerle, söz gelimi kardeşiyle evlenme gibi çok ağır bir tehlikeyle karşı karşıya gelebilecek ve bilme durumunda olmadığı bu kimselerle evlenebilecektir. Bu ortamın etkenini itiraz konusu hükmün çocuğun babanın nüfusuna kaydedilememesinin sonucunda oluştuğundan kuşku edilmemelidir. Ai- lenin, ananın ve çocuğun korunmasını buyuran Anayasa'nın, bu tür sonuçlar doğuran bir yasa kura- lı ile uyum içinde olduğu söylenemez. Bireyin insan olmaktan doğan kişiliğini özgürce geliştirme

temel hakkıyla da bağdaşmayan bu durum, yasa koyucuyu, Medeni Yasa'nın itiraz konusu hükmü ile buna koşut olan hükümlerinin uygulanmasını engelleyen yasal düzenlemelere gitmeye zorlamıştır. " Af Kanunu" ya da " Tescil edilmeyen birleşmelerle bunlardan doğan çocukların cezasız tescili hakkında kanun" adlarını taşıyan bu yasalar yoluyla bu tür çocukların hukuksal durumlarının düzeltilmesine çalışılmıştır. Böylece hukukumuzda, bir yanda Medeni Yasa hükümleri, öte yandan buna karşıt, bu hükümleri askıya alan af yasaları ikilemi süregelmış ve bu durum kendiliğinden, itiraza konu edilen kuralın Anayasa ile uyum içinde olmadığını ortaya koyarak kuşkulu bir durum yaratmıştır. Şöyle ki Yasa koyucu itiraz konusu kuralı Anayasa'ya uyumlu bulsaydı, af yasaları çıkarılması yoluyla Medeni Yasa'nın koyduğu bir yasağı askıya alma gereğini duymazdı. Çocuk toplum içinde yalnızlığa itilerek, horlanarak ekonomik açıdan güçsüz bırakılarak korunamayacağına göre, yargı yolu ile babaları belirlenen zina ürünü çocukların, babalarına bağlanmalarını engelleyen itiraz konusu kuralın, " çocuğun korunmasına" ilişkin Anayasa buyruğu ile çeliştiği açıktır. Anayasamız, yalnızca çocuğu değil, çocukla birlikte aileyi de korumak suretiyle toplumda aile ile aile dışında yer alan ana ve çocuğun çıkarları arasında adil bir denge kurmak istemektedir. Konuyu bu yönden de ele almak ve itiraz konusu kuralın iptal edilmesi halinde ailenin bundan zarar görüp görmeyeceğini de tartışmak gerekmektedir. Medeni Yasa'nın itiraz konusu kuralın İsviçre Medeni Kanunu'nda yer almasına gerekçe olarak meşru ailenin korunması gösterilmiştir. Bugün ise bu metin, İsviçre Medeni Yasası'ndan çıkarılmıştır. İsviçre Yasa koyucusu, kuşkusuz, aileyi korumaktan vazgeçememiştir. Özellikle, aile hukuku ile ilgili konularda batılı toplumların insan haklarına ilişkin birçok temel metinde yer verdikleri "ailenin korunması" ilkesinden vazgeçmeleri olası değildir. Bu nedenle geriye kalan tek olasılık, bu kuralın ailenin korunması ile doğrudan ilişkili olduğu yönündeki görüşlerini değiştirmeleridir. Öğretide, itiraz konusu kuralın alındığı hükmün, İsviçre Medeni Yasası'na Kilise hukukunun etkisiyle girdiğine işaret edilerek: a) Aile kurumunun etkinliğini ve otoritesini korumak, evli olmayan kadınların, çocuğu ile birlikte veya çocuk vasıtasıyla evli bir erkeğin yuvasına karışıp aile düzenini yıkmasını önlemek, b) Serbest birleşmeleri önlemek veya azaltmak, amaçlarıyla bu yasaklamanın getirildiği ancak, bu hükmün ailenin korunması ile bir ilgisi bulunmadığı belirtilmektedir. Bu düşüncelerden ilki yüzeysel bir görüşü yansıtmaktadır. Çünkü aile sarsıntı geçirecekse bunun nedeni, babanın eşinden başka bir kadınla ilişkide bulunmuş ve bu ilişkiden bir çocuğun doğmuş olmasıdır. Çocuğun babaya sahih veya sahih olmayan nesep bağı ile bağlanması aileyi fazla etkilemeyecektir. Medeni Yasaya göre, zina ürünü çocukların açtığı malî sonuçlu babalık davasında da, baba, yargı kararı ile saptanmaktadır. Öte yandan çocukla baba arasında hukuksal bir nesep bağı kurulması çocuğun kendiliğinden babanın ailesine dahil olması sonucunu da doğurmaz. Medeni Yasa'nın 312. maddesine göre, sahih olmayan nesepli çocuğun velayetinin ana ve babaya verilmesi yargı kararı ile olmakta, hatta, 298. maddenin son tümcesine göre, hâkim gerekli görürse velayeti ne anaya ve ne de babaya vermeyerek çocuğa bir vasi tayin edebilmektedir. Çocuğun velayetinin babaya verilmesinin onun aile birliğini önemli ölçüde sarsacağı yolunda ciddi belirtiler bulunması durumunda mahkemenin bunu dikkate alarak karar vereceği doğaldır. Zina ürünü çocukların babalarına yasal olarak bağlanmalarının aile kurumu zararına serbest birleşmeleri artıracığı düşüncesinde de isabet bulunmamaktadır. Evlilik dışı çocukların babalarına sahih ya da hiç değilse sahih olmayan nesep bağı ile bağlanabilmesine izin verilmesi, hiç kusuru olmadığı halde toplumda çok kötü duruma düşürülen çocuğun korunması ile ilgili bir önlem olup, bunun serbest birleşmeleri artırmaya yönelik bir yanı yoktur. Tersine, serbest birleşmeleri bir ölçüde önlediği savunulabilir. Çünkü evlilik dışı bir ilişkiden doğacak çocuğun soyadını taşımayacağını, mirasçısı olamayacağını bilen kişi hiç bir sorumluluk duymaksızın bu tür bir ilişkiye girebilir. Bu kişinin, doğacak çocuğun malî, sosyal ve hukuksal sorumluluğunu taşıyacağını bilmesi kendisini daha dikkatli davranmaya itebilir. Yeri gelmişken şu yönünde açıklanması gerekir. Medeni Yasa'nın itiraza konu edilen hükmü yürürlükte iken 1933 yılında başlayarak 1974 yılına kadar Yasa Koyucunun af yasaları çıkarma zorunluluğunda kalması, söz konusu hükmün meşru olmayan birleşmeleri engelleyemediğinin açık ve kesin kanıtıdır. Eğer bu hüküm bu tür evlilik dışı ilişkileri engelleyebilmiş olsaydı, Yasa koyucunun af

için aranan koşulların sağlanamadığı hâllerde hâkim, ancak malî sonuçlu babalığa hükmediyordu; fakat malî sonuçlu babalık hükmü, çocuk ile biyolojik babası arasında “sahih olmayan nesep” ilişkisinin dahi kurulabilmesine imkân vermediği için, biyolojik babaya yönelik nafaka ve tazminat dışında hiçbir hak ve yükümlülük doğurmuyordu⁶⁹.

Ayrıca 743 sayılı (mülga) Medenî Kanun, evlilik dışı çocuğun sahili nesep bağıyla babasının soybağına girebilmesi için, şahsî sonuçlu babalık davasından başka, ayrı bir dava türü olarak nesebin tashihi davasını da öngörmüştü. Kanun’un 249. maddesine göre, birbirleri ile evlenme vaadinde bulunup da birinin ölümü veya evlenme ehliyetini yitirmesi sebebiyle evlenemeyen ana-babaya ait müşterek çocuğun soybağının, ana-babadan birisinin veya çocuğun talebi üzerine, hâkim tarafından düzeltilmesini sağlayan bu başvuru yolunda ölüm, evlenme ehliyetinin kaybı dışında gaiplik de soybağının düzeltilmesi için geçerli sebep olarak kabul edilmekteydi⁷⁰. Ayrıca şahsî sonuçlu babalık davasından farklı olarak, çocuğun ölümünden sonra çocuğa ait başvuru hakkı altsoyuna intikal ettiği gibi, ayrıca herhangi bir hak düşürücü süreye de bağlanmamış ve fakat bu yola başvuru için çocuğun evlenme vaadinden önce doğmuş olması şartı getirilmişti⁷¹.

Yine 743 sayılı (mülga) Türk Kanunu Medenîsi, soybağının tespiti meselesinin çözümü noktasında, tıp alanındaki bilimsel imkânların elverişsizliği ve yetersizliğinden dolayı, daha ziyade karinelerle ispat yöntemini benimsemekte ve doğumdan evvelki (geriye doğru hesaplanacak şekilde) 300. gün ile 180. gün arasında davalı erkeğin, evlilik dışı çocuğun anasıyla cinsel ilişkiye girdiğinin sübutu hâlinde, babalığını karineten

yasaları çıkararak evlilik dışı olan çocukları korumak istemesi anlamsız olurdu. Bu nedenlerle itiraz konusu kuralın evlilik dışı ilişkileri engellediği ve bu kuralın bulunmaması halinde bu tür ilişkilerin artacağı yolundaki savlar ve öne sürülen görüşler dayanaksız kaldığı gibi kendi içinde de tutarsızdır. Yukarıdan beri açıklanan nedenlerle 17/2/1926 günlü, 743 sayılı Medeni Yasa’nın 310. maddesinin ikinci fıkrası hükmü Anayasa’nın 10., 12. ve 35. maddelerine aykırıdır ve iptali gerekir.” AYM. 21.05.1981, E.1980/29, K.1981/22 sayılı kararı (RG. 18.08.1981, Sa.17432).

⁶⁹ **Acabey**, s.281. 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu’nun yürürlüğe girdiği tarihe kadar geçen sürede yapılan tartışmalar için bkz. **Kutoğlu**, s.9554-956.

⁷⁰ **Kutoğlu**, s.951.

⁷¹ Nesebin tashihi davası hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Fişek, H.:** Nesebin Tashihi (AÜHFD, C.8, S.1951/3, s.555-594), s.567 vd.; **Berki, Ş.:** Evlilik Dışında Doğan Çocukların Ana ve Babalarına Karşı Durumları (AÜHFD, C.27, S.1970/1, s.93-107), s.93 vd.; **Kılıçoğlu, A.:** 2526 Sayılı Kanuna Göre Fiilî Birleşmelerin Evlilik Olarak Tescili ve Evlilik Dışı Doğan Çocukların Neseplerinin Düzeltilmesi (AÜHFD, C.38, S.1981/1, s.165-207), s.172 vd.; **Aybay, A.:** Evlilik Dışında Doğan Çocuklar Sorunu (ABD, S.1969/3, s.461-467), s.464.

kabul etmekteydi (eMK m.301). Hatta bunun yanı sıra, iffetsiz yaşam süren ana tarafından açılan babalık davası doğrudan reddedilip, iffetsiz anadan doğan çocuğun soybağının araştırılmasına dahi gerek duyulmamaktaydı⁷² (eMK m.303).

Hâlihazırda yürürlükte olan 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'na göre ise, tek tip soybağı öngörülmüş olup, evlilik içi – evlilik dışı ayrımından vazgeçilerek her iki türlü soybağının ortak hükümlere tâbi olması kabul edilmiştir. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'na göre, baba yönünden soybağı, çocuğun anasıyla evlenme, tanıma ya da babalık davası yoluyla hâkim kararına dayanılarak kurulabilmektedir. Daha önceki açıklamalarımızda da değinildiği üzere, 743 sayılı (mülga) Türk Kanunu Medenîsi'nde yer alan şahsî sonuçlu – malî sonuçlu babalık davası ayrımı da yeni kanun ile birlikte terk edilerek, tek tip babalık davası getirilmiş olduğundan, eski kanun döneminde malî sonuçlu babalık davasının soybağını kurucu etkisinin bulunup bulunmadığı hususundaki hukuksal tartışma ortadan kalkmıştır.

E. Bazı Yabancı Hukuk Düzenlerindeki Görünümü

I. İsviçre Hukuku

İsviçre hukukunda kökeni Ortaçağ'a kadar uzanan babalık davası, Ortaçağın sonundan itibaren evlilik dışı çocukların biyolojik babasının saptanması için başvuru hukukî bir yol olmaya başlamıştır. İlk dönemlerde basit bir usule bağlanan babalığın tespitinde kamu yararının ön plânda tutulduğu ve resen araştırmanın egemen olduğu bir süreç işletilmekteydi. İspat bağlamında evlilik dışı çocuk doğuran kadının o dönemin toplum yapısı içindeki konumuna ve toplumsal itibarına endeksli çeşitli kanunî ve fiilî karinelerin yanı sıra, davalının ikrarına ve ananın yeminine de özel bir önem atfedilmiş olan babalık davası, öncelikle ananın doğum masrafları, çocuk için nafaka ve ananın uğramış olduğu zararların tazmini konularını içermekteydi⁷³. Daha sonra, 18. yüzyılın sonlarından itibaren toplumun değer yargıları, genel ahlâk anlayışı, soybağı ilkesinin (*Paternitätsprinzip*) yerleşmesi ve tıp teknolojilerindeki gelişmelere paralel olarak, do-

⁷² **Tüzüner, Ö.:** Soybağının Tespiti Davasında Genetik Analize İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi (AÜHFD, C.62, 2013/4, s.1139-1166), s.1142.

⁷³ **Yılmaz, H.:** Das Problem der Unehelichkeit in der Schweiz und in der Türkei, insbesondere für den Gesetzgeber, Bern-Frankfurt am Main-Las Vegas 1980, s.33.

ğal soybağının tespiti bağlamında ispat araçlarındaki çeşitlilik ve tıbbî araştırma yöntemlerinde kat edilen ilerlemeler sayesinde, çocuk hukuku kuralları güncel gelişmelere paralel olarak yeniden kaleme alınmış; bu bağlamda çeşitli federal ve kantonal kanunlarda düzenlemeler sevk edilmiş ve çocuğun soybağına ilişkin hükümler daha adil, makul, hakkaniyetli ve maddî gerçeklikle örtüşür hâle gelmiştir⁷⁴.

Özellikle İsviçre Medeni Kanunu'nun, 01.01.2011 tarihinden itibaren Federal Medeni Usul Kanunu (sZPO) ile yürürlükten kaldırılmış olan 254. maddesinde, babalık davasında geçerli usul hükümlerinin esas olarak kantonal kanunlarla düzenleneceği; fakat hâkimin dava malzemesinin toplanmasında resen araştırma ilkesine göre hareket edeceği ve delil değerlendirmesinde serbest olacağı hususlarına da açıkça yer verildiği görülmüştür (ZGB Art.254). Hatta aynı maddede, kantonal kanunlara bırakılmayan bir diğer mesele olarak da, babalık davasında taraflar ve ilgili üçüncü kişiler bakımından, soybağının araştırılması için gerekli olan, sağlık yönünden hiçbir tehlike içermeyen ve hâkim tarafından empoze edilebilen testlere katılma/katlanma yükümlülüğü de getirilmiştir⁷⁵ (ZGB Art.254). Üçüncü kişilerin tanıklıktan çekinme hakkına ilişkin hükümlere istinaden bu yükümlülükten kaçınabilmeleri mümkün kılınmış ise de, bunun dışında hem tarafların hem de üçüncü kişilerin sağlık sebeplerinden başka herhangi bir gerekçeyle bu yükümlülüğü ihlâl etmeleri hâlinde hukukî yaptırıma tâbi tutuldukları söylenebilir.

İsviçre Medeni Kanunu'nun 254. maddesinde yer alan usul normunun sonradan yürürlükten kaldırılmasının sebebinin ise, 8 Ekim 2004 tarihinde kabul edilen ve 1 Mayıs 2007'de yürürlüğe giren “İnsan Üzerindeki Genetik İncelemeler Hakkında Federal Kanun” (GUMG)⁷⁶ teşkil eder. Anılan Kanun'la, tıp, çalışma hayatı, sigorta, malî sorumluluk konularına ilişkin alanlarda gerçekleştirilecek olan, insan üzerindeki genetik incelemelerin yanı sıra; soybağının açıklanması için DNA profili oluşturulması ya da kişilerin

⁷⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Yılmaz-** Unehelichkeit, s.49 vd.

⁷⁵ **Aebi-Müller, R./Jaggi, M.:** Streit um die Abstammung- Länderbericht Schweiz (Streit um die Abstammung -ein europäischer Vergleich- Beiträge zum europäischen Familienrecht, *hrsg. Spickhoff/Schwab/Henrich/Gottwald*, Bielefeld 2007, s.343-394), s.367.

⁷⁶ *Bundesgesetz über genetische Untersuchungen beim Menschen* (01.01.2014 tarihli güncel hâli için bkz. <https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/20011087/201401010000/810.12.pdf>) (E.T. 18.02.2018).

kimlik tespiti için yapılması gibi hususlar da yasal düzenlemeye kavuşturulmuştur⁷⁷ (GUMG Art.1, Abs.1-2). İlke olarak soybağı incelemesi amacıyla DNA profili çıkartılması işlemi gerçekleştirilirken ilgililerin cinsiyet haricindeki genel sağlık durumu ve kişilik özellikleri ile ilgili araştırmalar kapsam dışı tutulmuş ve muhataplarından elde edilen numunelerin başka amaçlar doğrultusunda kullanımı da yasaklanmıştır (GUMG Art.31, Abs.1; Abs.3).

Aynı Kanun'un "Soybağının belirlenmesi veya kimlik tespiti amacıyla DNA profili" başlıklı yedinci bölümünde, medeni yargılama bağlamında insan üzerindeki genetik incelemeler konusu ele alınmış olup; taraflar ya da üçüncü kişiler üzerindeki DNA analizinin, ancak bir mahkeme kararıyla yahut muhatapın açık yazılı rızasıyla yapılabileceği öngörülmüştür⁷⁸ (GUMG Art.32, Abs.1). İdarî yargılamada ise, medenî yargılamadan farklı olarak, kişi üzerinde DNA analizi yapılabilmesinin yegâne koşulu, muhatapın açık yazılı rızasının bulunmasıdır. Bu noktada idarî yargı merciinin kararı, incelemenin yapılabilmesi için tek başına yeterli görülmemiştir (GUMG Art.33, Abs.2). Yine, anılan Kanun'a göre, DNA analizi için muhatabından örnek almaya yetkili kılınan laboratuvarlar yahut onların emriyle görevlendirilen doktorlar tarafından alınacak numuneler laboratuvarlarda saklanacak olup; ayrıca, inceleme kararı veren mahkeme, DNA analizinin muhatabının yazılı rızası olmadığı sürece, davada esasa ilişkin nihai kararın kesinleşmesiyle birlikte derhal, elde edilen numunelerin ve tahlil sonuçlarının imhasını gözetecektir (GUMG Art.32, Abs.2). Bunun yanı sıra, dava ya da resmî prosedürler dışında, ihtiyarî ve özel olarak da, muhatapın yazılı rızası bulunduğu müddetçe⁷⁹, soybağının belirlenmesi için DNA analizi yapıp DNA profili oluşturulabilir. Hatta

⁷⁷ Anılan Kanun ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **Büyükcay, Y.:** Gen Analizleri ve Mukayeseli Hukuktaki Düzenlemeler (AÜEHFD, C.IX, S.2005/3-4, s.355-382), s.373-375.

⁷⁸ **Aebi-Müller, R. E.:** Persönlichkeitsschutz und Genetik - Einige Gedanken zu einem aktuellen Thema, unter besonderer Berücksichtigung des Abstammungsrechts (ZBJV 144/2008, S.82, s.82-125), s.89; **Büchler, A.:** Aussergerichtliche Abstammungsuntersuchungen Die neuen Bestimmungen des Bundesgesetzes über die genetischen Untersuchungen beim Menschen (GUMG) (ZVW, 2005/1, s.32-44), s.37; **Aebi-Müller/Jaggi,** s.368-369.

⁷⁹ Muhatap, DNA analizi için kendisinden örnek alınmasından sonra rızasını geri çekebilir ve soybağı incelemesine devam edilmesine izin vermeyebilir; dolayısıyla İsviçre hukuku bakımından kişinin kendi kaderini tayin etme hakkı, soybağı incelemesinin her aşamasında varlığını ortaya koyan bir özellik taşır (bkz. **Büchler,** s.37).

ayırt etme gücünden yoksun bir çocuğun soybağının aydınlatılması amacıyla çocuğun yasal temsilcisi dahi başvuruda bulunup incelemeye çocuk adına rıza gösterebilir⁸⁰. Fakat yasal temsilcinin, ayırt etme gücünden yoksun çocukla arasında soybağı ilişkisi söz konusu olduğu takdirde, menfaatlerin çatışması ihtimâlinde ötürü, artık çocuğun yasal temsiline ilişkin yetkisi ortadan kalkar⁸¹ (GUMG Art.34, Abs.1). Dolayısıyla söz konusu hükmün lafzından anlaşıldığı üzere, yalnızca kendi genetik materyali üzerinde soybağı incelemesi yapılması öngörülen kişilerin buna rıza göstermesi gerektiği; bunun dışında, kendi vücudu üzerinde herhangi bir inceleme yapılmamakla birlikte, muhatabın DNA analizi sonuçlarından dolayı şekilde etkilenmesi muhtemel diğer kişilerin ise rızasının aranmayacağı; yani soybağı testinin sonucu üçüncü kişileri hukuken herhangi bir şekilde etkiliyor olsa bile, örneğin teste katılan muhatabın babalığını imkânsız gösteren ve fakat belirli bir üçüncü kişinin babalığına işaret eden soybağı testi için bu kişilerin rızasına ihtiyaç olmadığı söylenebilir⁸².

Ayrıca DNA analizi yapmaya yetkili laboratuvarlar, DNA analizinin muhatabını, soybağının kurulmasına ilişkin Medenî Kanun hükümleri hakkında yazılı olarak bildirir ve incelemenin fiziksel, sosyal etki ve sonuçları bakımından, ilgilinin dikkatini çeker (GUMG Art.34, Abs.2). DNA analizi için muhatabından alınan numunenin saklanması yahut imhası hakkında ise ilgili kişinin kendisi; eğer kişi ayırt etme gücünden yoksunsa, bu takdirde yasal temsilcisi karar verir (GUMG Art.34, Abs.3). Özellikle biyolojik babanın kimliğinin açıklığa kavuşturulması gerekliliği, numune alınmasına bağlı riskler, gebelikle ilişkili fiziksel, sosyal ve hukukî sorunlar, soybağı belirlendikten sonra alınması gerekli tedbirler ve koruma imkanları hakkında gebe kadınla ayrıntılı bir istişa-

⁸⁰ **Hegnauer, C.:** Nochmals: Aussergerichtliche Abstammungsuntersuchung beim urteilsunfähigen Kind (ZVW, 1999/2, s.81-87), s.82; **Geiser, T.:** Private Vaterschaftsabklärungen Zustimmung des Kindes (ZVW, 2002/6, s.242-248), s.244-245; **Büchler, s.38;** **Aebi-Müller/Jaggi, s.370.**

⁸¹ **Büchler, s.38-39.** Buradan anlaşılmaktadır ki, İsviçre hukuku bakımından ayırt etme gücünden yoksun kişilerin soybağının kesin olarak belirlenmesini güvence altına almak için, soybağı incelemesine rıza gösterme yetkisi, temsilci aracılığıyla kullanılamayan mahiyette kişiye sıkı sıkıya bağlı mutlak haklardan sayılmamıştır (bkz. **Büchler, s.38).**

⁸² **Geiser, s.244.**

re yapıldıktan sonra, doğumdan önceki gebelik döneminde soybağının aydınlatılması hususu da bir doktor marifetiyle teşvik edilebilir⁸³ (GUMG Art.34, Abs.4).

DNA analizi için ölüden örnek alınması hususunda ise, İnsan Üzerindeki Genetik İncelemeler Hakkında Federal Kanun'da herhangi bir ifadeye rastlanılmamakla birlikte, İsviçre hukukunda meseleye olumlu yaklaşan yazarlar mevcut olup; ölen kişinin, sağlığında yalnızca ölümünden sonra geçerli olacak şekilde genetik inceleme yapılmasına rıza göstermesi hâli dışında, ayrıca ölenin aile efradının rızasıyla da, ölü üzerinde DNA analizi yapılabileceği öne sürülmüştür⁸⁴. Soybağı incelemesi hususunda ölen kişinin, sağlığında vermiş olduğu karara riayet edilmesi zorunlu olmakla birlikte; bu noktada eğer ölenin sağlığında vermiş olduğu herhangi bir karar bulunmuyorsa, o takdirde aile efradının kararı doğrultusunda, ölüye itina gösterilerek, DNA analizi için ölünün vücut parçalarından doku ya da kemik örneği alınması söz konusu olabilir. Ancak ceset üzerinde karar verme ve cesede yönelik hukuka aykırı müdahalelere karşı koyma hakkı, her hâlükârda ölüye sıkı bağlılık ve saygı gösterme yükümlülüğü altında bulunan aile efradına aittir⁸⁵. Şayet ölüm olayı çok yakın bir zaman içerisinde vuku bulmuş ve henüz defin işlemi tamamlanmamışsa, o durumda ölüden, organik parça alınmasına gerek kalmaksızın, kan, tükürük, idrar, saç veya deri partikülü şeklinde kullanışlı biyolojik materyal elde edilebildiği takdirde, aile efradının rızasına gerek kalmaksızın ölü kişinin genetik incelemesi DNA analizi yoluyla yapılabilir.

Öte yandan, İsviçre Federal Medeni Usul Kanunu'nun aile hukuku meselelerinde resen araştırma ilkesini düzenleyen 296. madde hükmünün ikinci fıkrasında da, soybağının aydınlatılmasında taraflarla üçüncü kişilerin, sağlık yönünden tehlike arz etmeyen ve gereklilik taşıyan incelemelere katlanmak, yani rıza göstermek zorunda olduğu ele alınmaktadır. Bu noktada tarafların ve üçüncü kişilerin incelemeden kaçınma hakkına ilişkin düzenlemelerin dahi uygulama alanı bulmayacağına ayrıca işaret edildiği göz önüne alınırsa (sZPO Art.296, Abs.2), Türk hukukunda olduğu gibi, İsviçre hukukunda da kamu düzeninden sayılan soybağının tespiti yargılamasında, kişilerin mahkeme kara-

⁸³ **Büchler**, s.41.

⁸⁴ **Büchler**, s.42.

⁸⁵ **Büchler**, s.42.

ıyla genetik incelemeye büyük oranda zorlanabileceği ve bu zorlamanın tanıklıktan çekilme hakkıyla dahi bertaraf edilemeyecek düzeyde kararlılıkla uygulanabilmesi yönünde yasama iradesi taşıdığı görülür⁸⁶. Ancak İsviçre hukukunda, Türk hukukundaki HMK m.292 hükmünden farklı olarak, taraflarca soybağı incelemesi katlanma zorunluluğuna haklı sebep olmaksızın uyulmaması hâlinde incelemenin fiziksel güç kullanma yoluyla gerçekleştirilmesine yönelik açık bir düzenlemeden söz edilemez. Yani, İsviçre Federal Medeni Usul Kanunu'na göre soybağı incelemesine katlanma zorunluluğunun yaptırımını olarak Türk hukukundaki gibi zor kullanma yoluna gidilmesi açıkça tercih edilmediğinden, üçüncü kişilerin bu zorunluluğa aykırı davranışları hâlinde haksız yere tanıklıktan kaçınmaya ilişkin hükümlere göre hareket edileceği söylenebilir. Davanın tarafları açısından ise durum daha karışıktır. Zira İsviçre doktrininde bazı yazarlar⁸⁷, her ne kadar Medeni Usul Kanunu'nda açık hüküm sevk edilmemiş olsa da, soybağı davalarında incelemeye katlanma yükümlülüğüne haksız yere uymayan taraflara karşı, Kanun'un üçüncü kişiler açısından geçerli olan 164. maddesindeki genel kuraldan ayrı ve istisnai şekilde, 296. maddenin ikinci fıkrası gereği kişiye karşı fiziksel güç kullanılarak, incelemenin, tıpkı Alman ve Türk hukuklarında olduğu gibi zorla gerçekleştirilmesinin sağlanması gerektiği yönünde görüş bildirmektedir. Ancak meseleye kişilik hakları ve anayasal hükümler penceresinden yaklaşan diğer yazarlar⁸⁸ ise, incelemeye

⁸⁶ **Tüzüner, Ö.:** Adli Genetik ve Tıbbi Biyoloji Bilimlerinin Soybağı Hukukuna Etkileri, İstanbul 2016, s.30.

⁸⁷ **Hasenböhler, F.:** Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), hrsg. Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, 3. Aufl., Zürich-Basel-Genf 2016, Art.164, N.7; **Higi, P.:** Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) Kommentar, hrsg. Brunner/Gasser/Schwander, 2. Aufl., Zürich-St.Gallen, 2016, Art.164, N.7; **Schwander, I.:** ZPO Kommentar (Schweizerische Zivilprozessordnung, Orell Füssli Kommentar, hrsg. Gehri/Jent-Sorensen/Sarbach), 2. Aufl., Zürich 2015, Art.296, N.4; **Gasser, D./Rickli, B.:** Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) Kurzkomentar, 2. Aufl., Zürich/St.Gallen 2014, ZPO Art.296 Untersuchungs- Offizialgrundsatz, N.2; **Spycher, A.:** Berner Kommentar zum Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO, Band I: Art. 1-149 ZPO; Band II: Art. 150-352 ZPO und Art. 400-406 ZPO, hrsg. Hausheer/Walter), Bern 2012, ZPO Art.296, N.20; **Rüetschi, S.:** Berner Kommentar zum Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO, Band I: Art. 1-149 ZPO; Band II: Art. 150-352 ZPO und Art. 400-406 ZPO, hrsg. Hausheer/Walter), Bern 2012, ZPO Art.164, N.9.

⁸⁸ **Schweighauser, J.:** Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), hrsg. Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, 3. Aufl., Zürich-Basel-Genf 2016, ZPO Art.296, N.29-30; **Baumann, S. P.:** Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) Kommentar, hrsg. Brunner/Gasser/Schwander, 2. Aufl., Zürich-St. Gallen 2016, ZPO Art.296 Untersuchungs- und Offizialgrundsatz,

haksız şekilde karşı koyan taraflara yönelik zor kullanma yolunun işletilemeyeceği ve bunun kanunla açıkça düzenlenmemiş olması sebebiyle anayasaya aykırılık oluşturacağı hususuna dikkat çekmektedir. Aynı görüş sahiplerine göre, mutlaka bir yaptırım uygulanması istenirse, taraflara disiplin para cezası verilmesi, adlî işlemler kapsamında yetkili makamlarca hukuka uygun olarak verilen emre aykırı hareket etmekten dolayı idarî yaptırımlar uygulanması gibi dolaylı araçların yardımıyla mahkeme, inceleme zorunluluğundan haksız yere kaçınan tarafı zorlayabilir ve fiziksel güç haricindeki hukuksal seçeneklerden yararlanarak menfaatleri uzlaştırabilir⁸⁹.

Yine, Federal Medeni Usul Kanunu'nun 160. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi uyarınca taraflar ve üçüncü kişiler, delillerin toplanması faaliyetine katkıda bulunma yükümlülükleri çerçevesinde, bilirkişi tarafından vücut üzerinde gerçekleştirilecek muayene işlemine katlanmakla yükümlü tutulmuş olup Kanun'da, bu zorunluluğa uyulmaması hâlinde ne gibi yaptırımların işlerlik kazanacağına yönelik özel bir düzenlemeye ise yer verilmediği görülür. Dolayısıyla hâkim, genel olarak keşfe katlanma yükümlülüğüne aykırı davranılması hâlinde ne olacağını düzenleyen Federal Medeni Usul Kanunu'nun 164. maddesi uyarınca, keşfe katlanmaktan kaçınan tarafın bu davranışını, delillerin değerlendirilmesi aşamasında göz önüne alır. Keşfe katlanmaktan haklı sebep olmaksızın kaçınan üçüncü kişinin durumu ise, Kanun'un 167. maddesinde ele alınmış olup, buna göre üçüncü kişi disiplin para cezasına çarptırılabilmesi gibi, Ceza Kanunu'na göre mahkeme kararına uyulmaması sebebiyle cezai yaptırıma tâbi tutulabilir. Yine aynı hükümde, keşfe karar veren mahkemenin, keşfin icrasını zor kullanmak suretiyle gerçekleştirebileceği yahut üçüncü kişinin, keşfe katlanmaktan kaçındığı için sebebiyet verdiği yargılama giderlerine mahkum edilebileceği de düzenlenir⁹⁰ (sZPO Art.167, Abs.1).

N.4; **Thormann, T.:** Schweizerische Zivilprozessordnung Stämpflis Handkommentar, hrsg. Baker & McKenzie, Bern 2010, ZPO Art.296, N.8.

⁸⁹ **Schweighauser,** ZPO Art.296 Untersuchungs- und Officialgrundsatz, N.29-30; **Baumann,** ZPO Art.296, N.4; **Thormann,** ZPO Art.296, N.8.

⁹⁰ Federal Medeni Usul Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden önceki dönemde geçerli olan kantonal usul kanunlarından Nöşatel Medeni Usul Kanunu'nun 275. maddesine göre hâkim, bir kamu makamının kararına riayet edilmemesi hâlinde cezai yaptırım sevk eden Ceza Kanunu'nun 292. maddesi çerçevesinde tıbbî, psikiyatrik, antropolojik nitelikteki bilirkişi incelemesi sırasında taraflardan biri-

İsviçre hukukunda ayrıca, babalık davası kapsamında çocuğun davalı ile doğal soybağının bulunduğu tespit edildiği takdirde davalının, çocuğun nafakasına katılması için uygun meblağı depo etmeye yahut geçici olarak ödemeye mahkûm edileceği de düzenlenir (sZPO Art.303, Abs.1). Babalık davasında ihtiyati tedbirleri düzenleyen İsviçre Federal Medeni Usul Kanunu'nun 303. maddesinin ikinci fıkrasına göre, babalık davasıyla birlikte nafaka davası da ikame edildiğinde, davacının istemi üzerine davalı, biyolojik babalığı ispatlandığında, çocuğun doğum masrafları ile ana ve çocuğun nafakası için uygun katkıyı depo etmeye; eğer davalının babalığı karineten kabul edilirse, bu durumda babalık karinesini vasıtasız ve ispata elverişli delillerle çürütemezse, yine çocuğun nafakası için uygun katkıyı ödemeye mahkûm edilir (sZPO Art.303, Abs.2). Depo etme, geçici ödeme, depo edilen tutarın ödenmesi ve geçici ödemelerin iade edilmesi hususlarında babalık davasına bakan mahkeme karar vermeye yetkilidir (sZPO Art.304).

İsviçre hukukunda babalık davasının açıkça düzenlendiği Medenî Kanun'un 261, 262, 263. maddelerinin yanı sıra, Medenî Usul Kanunu'nun 303. maddesindeki düzenlemelerde, Türk Medenî Kanunu'nun 301, 302, 303. maddeleriyle büyük ölçüde örtüşen hükümlerin bulunduğu görülür. Fakat Türk hukukundan farklı olarak, aleyhine babalık davası açılan davalının ölmesi hâlinde, onun hâlihazırdaki eşine, kendi menfaatlerini koruması için davanın mahkemece resen ihbar edileceği hususu, İsviçre Medenî Kanunu'nda ayrıca düzenlenmektedir (ZGB Art.261, Abs.3). Yine Türk Medenî Kanunu'nun 284. maddesinin son cümlesinde ifadesini bulan ve soybağı incelemesine yanaşmayan davalının, bundan dolayı aleyhe sonuca katlanarak onun babalığına karar verilmesini hâkimin takdirine bırakan düzenlemeye İsviçre Medenî Kanunu'nda yer verilmediğini vurgulamak gerekir.

nin ya da üçüncü bir kişinin kan alınmasına, bedensel veya tıbbî bir incelemeye katlanmasına karar verebilmekte ve üçüncü kişi, tanıklıktan çekinmeye ilişkin hükümlere dayanarak incelemeye katılmaktan kaçınma hakkından mahrum bırakılmaktaydı. Bu noktada kan alınması, vücut bütünlüğünün ihlâli anlamına gelmekle birlikte, soybağının tespitinde olduğu gibi açık bir yasal düzenleme bunu gerekli kıldığı takdirde, kişinin sağlığı bakımından tehlike yaratmamak kaydıyla, kamu yararına dayanması ve ölçülülük ilkesine uygun hareket edilmesi hâlinde gerçekleştirilmesinde herhangi bir sakınca bulunmadığı kabul edilmekteydi (bkz. **Bolayır, N.:** Hukuk Yargılamasında Delillerin Toplanması ve Tarafların ve Hâkimin Rolü, İstanbul 2014, s.475-476, dn.442).

II. Alman Hukuku

Alman hukukunda yasal soybağının kurulması, evlenme, tanıma ve babalık hükmü ile gerçekleştirilebileceği gibi (BGB § 1592); evliliğin ölümle sona ermesinden sonraki 300 günlük süre içerisinde doğan çocuklar ile, boşanan kadının bekleme süresi dolmadan tekrar evlenmesi sonrasında doğan çocuklar için babalık karinelerinin çakışması hâlinde, yeni kocanın babalığını kabul eden karineyle dahi çocuğun soybağı belirlenebilir (BGB § 1593). Soybağının babalık hükmüyle kurulmasına ilişkin olarak, Alman Medenî Kanunu'nun soybağının mahkemece tespiti başlıklı § 1600d hükmünün birinci fıkrasına göre, çocuğun baba yönünden soybağı, evlenme, tanıma ya da karinelerle kurulamadığı takdirde, babalığın mahkemece tespiti yoluyla kurulabilir. Soybağının hükümleri itibarıyla, babalığın mahkeme kararıyla tespiti, soybağının evlenme ve tanıma yoluyla kurulması ile eşit ve ortak sonuçları havi şekilde düzenlenmiş olup, yasal soybağının evlenme veya tanıma yoluyla kurulamadığı hâllere alternatif olarak getirilmiştir⁹¹.

Babalığın tespiti yargılamasında çocuğun yerleşim yerindeki aile mahkemesi görevli ve yetkili olup, aile mahkemelerinde yargılama usulünü düzenleyen “Aile Davalarında ve Çekişmesiz Yargı İşlerinde Yargılama Usulü Hakkında Kanun” (FamFG)⁹² § 169 ila § 185 hükümlerinde soybağı işlerinde yargılama usulüne ilişkin özel düzenlemeler öngörülmektedir. Kanun yürürlüğe girdikten sonraki dönemde bütün soybağı işleri çekişmesiz yargı kategorisine alınmış olup, konuyla ilgili herkesin yargılamaya sorunsuz şekilde dahil edilerek şekli çekişmeye son veren esnek nitelikli çekişmesiz yargı usulü benimsenmiş olmakla birlikte; soybağı yargılamasında katı delil sisteminin geçerli olması, babalığın tespitine ilişkin hükmün inşâi etki taşıması ve önceki yargılamada hükmün dayanağı olan bilirkişi raporunun aksini ispatlayan yeni bilirkişi raporu sunul-

⁹¹ **Rauscher, T.:** J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen (Buch 4 Familienrecht §1589-1600d Abstammung), Neubearbeitung 2011, Berlin, BGB § 1600d, Rn.8-9.

⁹² *Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit* (01.09.2009 tarihinde yürürlüğe giren Kanun'un güncel hâli için bkz. <https://www.gesetze-im-internet.de/famfg/FamFG.pdf>) (E.T. 07.04.2019).

ması hâlinde yargılamanın iadesi olanağı tanınması, anılan Kanun'un diğer yönünü göstermektedir⁹³.

Anılan Kanun'un § 171 hükmüne göre, soybağı davaları resen değil, mutlaka bir talep üzerine açılıp görülmeye başlanır. Talepte bulunan, dilekçesinde, belli bir kişinin, çocuğun biyolojik babası olduğunu ve bununla birlikte, onun yasal soybağına girmesi gerektiğini de ileri sürer. Talepte bulunabilecekler arasında, ana, çocuk ve babalığını tespit ettirmek isteyen kişinin kendisi de yer alabilir. Ayrıca ergin ananın, velayet hakkına dayanarak çocuğunu temsil edebilmesi de mümkündür. Dolayısıyla soybağı yargılamasında çocuğa kayyım atanması zorunlu değildir. Yargılamada resen araştırma ilkesi geçerli olup, vakıa ve delillerin toplanmasında, soybağının tespitine yönelik tıp ve biyoloji bilim dallarında uzmanlığı bulunan bilirkişilerin rolü esastır⁹⁴.

Babalığın tespiti yargılamasında kanun koyucu, ispat güçlüğüne hafifletmek için babalık karinesi öngörerek, doğumdan önceki 300. gün ila 181. gün (bu günler dahil) arasında geçen gebelik döneminde çocuğun anasıyla cinsel ilişkiye giren kişinin karine-ten baba sayılacağını düzenlemektedir (BGB § 1600d, 2). Babalık karinesi, yalnızca bu zaman diliminde gerçekleşen cinsel ilişkinin ispatı hâlinde işlerlik kazanır. Şayet bu dönemde bir cinsel ilişkinin vuku bulup bulmadığına ilişkin hâkimde ciddi şüpheler uyanırsa, örneğin babalık şüphesi olan kişi gebelik dönemi boyunca cezaevinde kalmışsa, karine geçerliliğini yitirir. Çocuğun bu zaman dilimi dışında gerçekleşmiş bir cinsel ilişkinin ürünü olduğu belirlenmişse, örneğin çocuğun ana rahminde kaldığı sürenin 300 günü aştığı tıbben raporlanmışsa, yasal gebelik dönemi, değişen duruma göre yeni hâliyle geçerli olur (BGB § 1600d, 3). Ayrıca babalığın tespiti yargılamasında verilen ve kesinleşen babalık hükmü mutlak etkiyi haiz olup, herkese karşı ileri sürülebilen ve aksi öngörülmedikçe kural olarak hükmün verildiği andan geleceğe doğru bütün hukukî sonuçlarıyla geçerli olan yeni bir soybağı ilişkisi yaratır⁹⁵ (BGB § 1600d, 5).

Soybağına ilişkin tüm davalarda olduğu gibi babalığın tespiti yargılamasında da mahkeme, yalnızca tarafların sunduğu vakıalarla bağlı olmayıp, taraflarca getirilmemiş

⁹³ **Schulte-Bunert, K.:** Familienrecht, 2. Aufl., München 2014, s.11, Rn.28.

⁹⁴ **Schwab, D.:** Familienrecht, 23. Aufl., München 2015, s.273.

⁹⁵ **Schwab,** s.274.

olsa dahi, soybağı hakkında verilecek hükme etkili diğer tüm dava malzemesini de gözetebilir (FamFG § 177, 1). Ayrıca soybağı yargılamasında, kural olarak katı delil rejimi geçerli olup, esas itibarıyla mahkemece atanacak bilirkişilerin gerçekleştirdiği inceleme ile bu incelemenin sonuçlarını içeren bilimsel raporun hükme esas alındığı “sınırlı resen araştırma ilkesi” uygulanır. Fakat soybağı yargılamasında doğal soybağı vakıasına ilişkin uyuşmazlığın çözümü bakımından, taraflardan birinin temin ettiği ve diğer tarafın rızasını alarak mahkemeye sunduğu bilirkişi raporu dahi, içeriğinin doğruluğu, güvenilirliği ve uzman bilirkişinin yetkinliği hususunda herhangi bir şüphe oluşmadığı sürece, mahkemenin değerlendirmesine tâbi tutulabilir (FamFG § 177, 2).

Aile Davalarında ve Çekişmesiz Yargı İşlerinde Yargılama Usulü Hakkında Kanun’un “Soybağının Tespitinde İncelemeler” başlıklı § 178 hükmüne göre, soybağının tespiti için gerekli olduğu sürece herkes özellikle kan alımı dahil, bütün incelemelere katlanmak zorundadır. Anılan hükmün, babalığın tespitine yönelik yapılan yargılamada delillerin toplanması bakımından özel düzenleme getiren Medenî Usul Kanunu’nun § 372a hükmüyle eşgüdüm içinde kaleme alındığı görülür. Her iki düzenleme uyarınca, soybağının tespiti için gerekli olması hâlinde herkes, genetik inceleme yapılmasına, özellikle de kan örneği alınmasına katlanmak zorundadır. Ancak bu işlem, üzerinde inceleme yapılacak olan muhatabın sağlığı açısından katlanılamaz ve muhatabın kendisinden beklenemez ölçülerde sonuçlara yol açabilecek nitelikte ise, bu zorunluluk onun için geçerli olmaz⁹⁶ (FamFG § 178, 1; dZPO § 372a, 1). Genetik incelemeye katlanma hususunda tanıklıktan çekinme sebepleri benzer şekilde geçerli olmakla birlikte, haklı sebep olmaksızın katlanma zorunluluğuna defaatle riayet edilmemesi hâlinde, doğrudan zor kullanma, özellikle adlî kolluk vasıtasıyla muhatabın zorla getirilmesi (örn. ihzaren celp) yoluna dahi gidilebilir⁹⁷ (FamFG § 178, 2; dZPO § 372a, 2). Bu noktada haklı sebep olmaksızın genetik inceleme kararının gereğini yerine getirmemekte ilk defa direnen muhatabın, sebep olduğu yargılama giderlerini ödemeye mahkûm edilmesinin yanı

⁹⁶ **Stein/Jonas/Berger**, Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band 5, § 328-510c, hrsg. Bork/Roth, 23. Aufl., Mohr Siebeck Tübingen 2015, § 372a, Rn.13.

⁹⁷ **Wieczorek/Schütze/Ahrens**, Zivilprozessordnung und Nebengesetze, Großkommentar, Band 6, § 355-510c, 4. neu bearbeitete Aufl., Berlin 2014, § 372a, Rn.80; **Zimmermann, W.:** FamFG Einführung in das familiengerichtliche Verfahren und die freiwillige Gerichtsbarkeit, 2. Aufl. München 2011, Rn. 581, s.144.

sıra, genetik numune alınincaya kadar hapisle tazyik yaptırma tâbi tutulması ve adli para cezasına çarptırılması dahi gündeme gelebileceği gibi, bu direnmenin tekrarlanması hâlinde, doğrudan fiziksel güç kullanımına karar verilir⁹⁸.

Görüldüğü üzere, Alman hukukunda kişinin rızasının olmadığı hâllerde dahi, incelemeye katlanma yükümlülüğüne haksız yere riayet etmeyen kişi hakkında hâkim, zorlayıcı tedbirlere karar verebileceği gibi, özellikle incelemeye karşı koymanın tekrarladığı direnme hâllerinde kişiye yönelik fiziksel zorlamaya başvurulmasını da emredebilir⁹⁹. Buradan hareketle, Alman hukukunda soybağının tespiti amacıyla genetik inceleme yapılmasına katlanma zorunluluğu bakımından Türk hukukundaki HMK m.292 hükmüyle uyumlu ve benzer yönde düzenlemelerin yer aldığı söylenebilir.

Bu çerçevede, üzerinde genetik inceleme yapılmasına karar verilen muhatabın genetik incelemeye gelmemesi, genetik numune vermekten tekraren kaçınması hâlinde, şayet tanıklıktan çekinme sebepleri mevcut değilse, hâkimin ara kararıyla kişinin zorla getirilerek genetik numune alınması için uygun yerde hazır bulundurulması sağlanabilir¹⁰⁰. Ancak tanıklıktan çekinme hakkına dayanarak genetik incelemeden kaçınma imkânından yararlanılması hususunda Alman hukukunun Türk hukukundan ayrıldığını vurgulamalıyız. Alman hukukunda genetik incelemeye tâbi tutulacak kişilere böyle bir imkân tanındığı hâlde, Türk hukukunda HMK m.292 çerçevesinde tanıklıktan çekinme sebeplerinin varlığı hâlinde dahi kişilerin genetik incelemeden kaçınması mümkün değildir. Yine burada altını çizmek gerekir ki, Alman Medeni Usul Kanunu'nun § 372a hükmü çerçevesinde soybağı incelemesine katlanma yükümlülüğüne uygun davranmayan kişiye karşı zor kullanılabilmesi için, yükümlüye iki defa bildirimde bulunulması yahut meşruhatlı davetiye gönderilmesi gerekir. Kendisine iki defa yapılan davete rağmen

⁹⁸ **BeckOK-ZPO/Bach**, hrsg. Vorwerk/Wolf, 35. Edition 1.1.2020, ZPO § 372a, Rn.25; **Keidel/Engelhardt**, FamFG Kommentar, 20. Aufl., München 2020, FamFG § 178, Rn.19-20; **Musielak/Borth/Borth/Grandel**, Familiengerichtliches Verfahren, 1. und 2. Buch, Kommentar, 6. Aufl., München 2018, FamFG § 178, Rn.17-18; **Bumiller/Harders/Schwamb/Bumiller**, FamFG, 12. Aufl., München 2019, FamFG § 178, Rn.6-8.

⁹⁹ **Akbıyık, C./Aydın, G. S.:** Hukuk Muhakemeleri Kanunu M.292 Uyarınca Kişilerden Soybağı Tespiti Amacıyla Zor Kullanılarak Kan Veya Doku Alınmasının Kişilik Hakkını İhlal Edip Etmediği Sorunu (İKÜHFD, C.13, S.2014/1, s.7-31), s.10.

¹⁰⁰ **Ahrens, H. J.:** Der Beweis im Zivilprozess, Köln 2015, Kap.24, Rz.110, s.553.

men, randevu tarihinde inceleme için gerekli numuneyi vermeye gelmeyen kişi incele-
menin yapılmasına rıza göstermemiş sayıldığından, üçüncü randevuya zorla getirilebile-
cektir. Ayrıca dZPO § 372a hükmünün uygulanabilmesi için, gerekli incelemeyi yap-
cak kurumdan mahkeme kanalıyla randevu alınıp muhatap yükümlüye randevu hakkın-
da bildirimde bulunulmuş olmalıdır. Bu şekilde tekrarlanma şartıyla uygulama alanı
bulan zor kullanma yetkisinin ölçülülük ilkesini zedelediği ve Federal Anayasa'nın
2. maddesinin ikinci fıkrasının üçüncü cümlesinde belirtildiği üzere, korunması gereken
üstün yarar sebebiyle vücut dokunulmazlığının ancak kanunla sınırlanabileceği hâller-
den sayıldığı ve böylece hukuka uygun sebebinin meydana geldiği kabul edilir¹⁰¹. Nite-
kim Alman hukukunda, bu düzenlemenin gerekçesi olarak gösterilen çocuğun üstün
yararının yanı sıra, soybağının doğru tespit edilebilmesi, ailenin malî kaynaklarının doğ-
ru yönlendirilebilmesi ve toplumdaki enstest ilişkilerin önlenbilmesi gibi, tıbbî incele-
melere zor kullanılarak başvurulmasını haklı kılan diğer başka yararların bulunduğu
da işaret edildiği görülür¹⁰².

Ayrıca, Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin vermiş olduğu bir karar doğrul-
tusunda teklif edilen değişiklik önergesi üzerine, Alman kanun koyucusu tarafından
Alman Medenî Kanunu'na bir hüküm eklenmiş olup, 2008 tarihli “Soybağının Reddi
Yargılamasından Ayrı Olarak Babalığın Aydınlatılması Hakkında Kanun¹⁰³” ile getiri-
len “Doğal Soybağının Aydınlatılmasında Genetik İncelemeye Muvafakat Talebi” baş-
lıklı § 1598a hükmüne göre, evlilik içi çocuğun doğal soybağının aydınlatılmasında
hukukî baba (*rechtlicher Vater*), ana ve ergin çocuk, ilgililer nezdinde genetik soybağı
incelemesi yapılmasına ve bu inceleme için uygun genetik numunenin teminine rıza

¹⁰¹ **Prütting/Gehrlein/Trautwein**, ZPO Kommentar, 8. Aufl. 2016, § 372a, Rn.22; **BeckOK-ZPO/Bach**, ZPO § 372a, Rn.2; **MüKo-ZPO/Zimmermann**, Münchener Kommentar zur ZPO mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzes, 6. Aufl., München 2020, ZPO § 372a, Rn.26; **Rittner, C./Rittner, N.**: Unerlaubte DNA-Gutachten zur Feststellung der Abstammung- Eine rechtliche Grauzone (NJW 2002/24, s.1745-1753), s.1746-1747; **Eichberger, R.**: Aktuelle Probleme der Fests-
tellung der Abstammung (§ 372a ZPO), Diss. Regensburg 1988, s.14-15.

¹⁰² **BeckOK-ZPO/Bach**, ZPO § 372a, Rn.15.

¹⁰³ *Gesetz zur Klärung der Vaterschaft unabhängig vom Anfechtungsverfahren (VatKlärG)* (Bundesge-
setzblatt 2008, Teil I Nr.11, s.441-443). Elektronik ortamdaki doküman için ayrıca bkz.
[https://www.reguvis.de/fileadmin/FamSoz-Portal/Dokumente/Gesetze_und_Gesetzesmaterialien/
Gesetz_zur_Klaerung_der_Vaterschaft.pdf](https://www.reguvis.de/fileadmin/FamSoz-Portal/Dokumente/Gesetze_und_Gesetzesmaterialien/Gesetz_zur_Klaerung_der_Vaterschaft.pdf) (E.T. 08.04.2019).

verilmesi talebiyle mahkemeye başvurabilir¹⁰⁴. Bir başka ifadeyle, genetik kökeni öğrenme hakkının hayata geçirilmesi amacıyla evlilik içi çocuğun hukuken babası olan kişinin, aynı zamanda onun biyolojik babası olup olmadığının, soybağının reddi davasından ayrı ve farklı bir prosedür içerisinde aydınlatılması hukukî baba, ana veya ergin çocuk tarafından talep edilebilir¹⁰⁵.

Alman hukukundaki anılan yasal düzenlemenin kaynağı, Federal Anayasa Mahkemesi'nin bir kararına dayanır¹⁰⁶. Karara konu olayda, soybağının reddi davalarının esastan incelenebilmesi için Temyiz Mahkemesince varlığı aranan ve fakat Kanun'da açıkça öngörülme, "biyolojik babalığı şüpheli kılan olguların somutlaştırılması" şeklindeki ilâve bir ispat koşulunun tamamlanamamış olması; bunun akabinde açılan bir başka davanın ise, davacı tarafça gizli şekilde ele geçirilen genetik numuneler üzerinde özel laboratuvarlarda babalık testi yapılarak hazırlanan ve mahkemeye sunulan DNA raporunun hukuka aykırı yollardan elde edilmiş delillerden sayılması sebebiyle yerel mahkemece dikkate alınmayıp kabul edilmemesi sonucunda¹⁰⁷, yine usule ilişkin gerekçelerle reddedilmesi üzerine davacı, anayasa şikayeti yoluna başvurmuştur. Başvuruyu inceleyen Anayasa Mahkemesi, başvurucunun genetik kökenini öğrenme hakkının ihlâl edildiğine hükmettiği kararında ayrıca, salt biyolojik babalığın aydınlatılmasını içeren bir talebin mahkemece ele alınmasına yönelik yargısal seçeneğin Medenî Kanun'da yer almadığına, bu ihtiyacı karşılayacak yeni bir prosedürün geliştirilmesi gerektiğine işaret etmiştir¹⁰⁸.

¹⁰⁴ **Süß, B.:** Die Feststellung der Vaterschaft unabhängig von Anfechtungsverfahren -Das neue Abstammungs-recht unter besonderer Berücksichtigung der Perspektive der Vater, Peter Lang Frankfurt 2010, s.74 vd.

¹⁰⁵ **Kılıçoğlu, E.:** Gizli Babalık Testlerinin Soybağının Reddi Davasına Etkileri ve Bu Bağlamda Alman Hukukunda "Hukuki Babanın Biyolojik Babalığının Açıklığa Kavuşturulması Talebi"nin Tanınması -Yargılama Hukuku Perspektifinden Bir Bakış- (MÜHF-HAD, C.16, S.2010/3-4, s.279-307), s.281-282, 288.

¹⁰⁶ BVerG 13.02.2007- 1 BvR 421/05 (BVerGE 117, s.202-244).

¹⁰⁷ Alman Federal Mahkemesi genetik inceleme yapan herhangi bir merkezden alınmış DNA analizi raporunun, soybağı davası için ciddi şüphe sayılamayacağı; çocuğun kendisinden olmadığı yönündeki iddiaların başka delillerle de desteklenmesi gerektiği; bu şekilde destekleyici delillerin sunulmaması halinde ise çocuğun bilmeme hakkının ihlâl edileceği sonucuna varmıştır [bkz. BGH, 12.01.2005, XII ZR 227/03, OLG Celle (NJW 2005/8, s.497-499), s.498].

¹⁰⁸ **Genenger, A.:** Erleichterte Abstammungsklä rung ohne Berücksichtigung der biologischen Vater (JZ 2008/21, s.1031-1038), s.1032; **Helms, T.:** Die Stellung des potenziellen biologischen Vaters im

Anayasa Mahkemesi'nin anılan kararı ışığında Medenî Kanun'da yapılan yeni düzenlemeye göre, çocuğun yasal soybağına ve kişisel statüsüne yönelik hukuken herhangi bir etki ve sonuç doğurmayan, salt doğal soybağının gerçekliğinin tespitine, yani biyolojik babalığın teyidine yönelik Alman hukukunda yeni bir prosedür öngörülmüş olup; bu yeni prosedüre göre, hukukî babanın biyolojik baba olup olmadığının mahkemece incelenmesi, buna yönelik gerekli genetik incelemelerin gerçekleştirilmesi için muhatabın rızasını ikâme edip zorla uygulama yapılması ve talebin esasına ilişkin bir karar verilmesi mümkün olabilecektir¹⁰⁹. Ancak yine de, bu prosedür kapsamında elde edilen genetik numunenin, bilimin temel ilkelerine aykırılık oluşturmayacak koşullarda temini şarttır. Başvuru sahibinin bu şartlarda ileri sürdüğü talep üzerine aile mahkemesi, muhatabınca verilmeyen muvafakati ikâme etmeye yönelik karar verip numune alınmasına katlanılmasını emredebilir¹¹⁰ (BGB § 1598a, 1-2). Bu itibarla mahkemenin genetik teste katlanmayı emreden kararı, muhatabın iradesinin yerine geçerek muhtemel bir hukuka aykırılık önlenmiş olur¹¹¹. Yani, doğal soybağı incelemesi için genetik numune vermekten kaçınan muhatapa karşı mahkeme, rıza yerine geçmek üzere emredici bir karar vererek muhataptan gerekli örneklerin alınmasına hükmederse, bu kararla yargısal prosedür amacına ulaşarak sona ermiş olur; ancak, gerekli rızanın bu şekilde mahkeme kararı ile elde edilmesi ihtimalinde dahi DNA raporu, taraflarca yargılama dışında özel olarak alınır¹¹². Buna rağmen, FamFG § 96a hükmünün ilk fıkrası uyarınca, bilimsel ilkelere uygun olarak gerçekleştirilecek olan, özellikle kan ve tükürük gibi genetik numunenin muhataptan zorla alınması işlemine ilişkin Medenî Kanun'un § 1598a hükmü çerçevesinde kesinleşen bir karara istinaden öne sürülen talebin icrası, numune alınması işleminin tarzı muhatap açısından katlanılamaz seviyede görüldüğü hâllerde, mümkün değildir. Yine, anılan hükümde, haklı bir neden olmaksızın birden fazla tekrarlayan surette incelemeden kaçınma durumunda, muhatap üzerinde doğrudan cebir yöntemlerinin uygulanabileceği de düzenlenmektedir (FamFG § 96a, 2).

Abstammungsrecht (FamRZ 2010, Heft 1, s.1-8) s.7; **MüKo-BGB/Wellenhofer**, 7. Aufl. 2017, BGB § 1598a, Rn.5-6, 18-19.

¹⁰⁹ **MüKo-BGB/Wellenhofer**, BGB § 1598a, Rn.38; **Staudinger/Rauscher**, BGB § 1598a, Rn.45.

¹¹⁰ **Genenger**, s.1032.

¹¹¹ **Tüzüner-** Adli Genetik, s.31.

¹¹² **Genenger**, s.1032; **Kılıçoğlu-** Gizli Babalık Testleri, s.289-290.

Ayrıca doğal soybağının aydınlatılması ile, küçükün menfaatleri önemli ölçüde zedelenir ve başvuru sahibinin çocuk üzerindeki yararı dikkate alındığında uygunsuz sonuçlar meydana gelirse, Alman Medenî Kanunu'nu göre aile mahkemesi hâkimi yargılamaya ara verebilir (BGB § 1598a, 3). Örneğin, soybağı incelemesinin idrak yeteneği olan küçük çocuk üzerinde olumsuz psikolojik etkilere sebebiyet verebileceği veya DNA raporunun ortaya çıkaracağı sonuçla yüzleşmenin çocuk açısından ağır travmaya yol açabileceği, özellikle de çocuğun intihar tehlikesinin söz konusu olduğu hâllerde hâkim, çocuğun durumu hakkında bilirkişiden rapor alarak, gerekirse yargılamayı erteleyebilir¹¹³. Ancak çocuğun ergin olması yahut DNA raporunun sonuçlarını idrak edemeyecek kadar küçük olması hâlinde ise erteleme imkânından söz edilemez¹¹⁴.

Genetik soybağı incelemesine rıza gösteren ve numune veren kişi, doğal soybağının aydınlatılmasını ve genetik incelemenin yapılmasını sağlayan kişiden, inceleme sonucuna dair bilirkişi raporunun içeriğini ya da raporun bir nüshasını talep edebilir. Nitekim biyolojik babalığa dair tespitte bulunan rapor, ileride açılması muhtemel soybağının reddi davasında delil olarak kullanılabilir ve mahkemece, doğruluğundan şüphe edilmemesi hâlinde, hükme dayanak gösterilebilir¹¹⁵. Bu istemden doğan uyumsuzluklar hakkında aile mahkemesi karar verir (BGB § 1598a, 4).

Sözü edilen hüküm, evlilik içi çocuğun soybağının reddi prosedüründen bağımsız olarak, salt biyolojik babasının tespiti amacıyla yapılacak genetik incelemelere muvafakat yerine geçen ve bu muvafakati vermeyen kişiyi doğrudan hedef alan mahkeme kararına ilişkin usulü düzenlemekte olup; esas itibarıyla çocuğun babasıyla yasal soybağı ilişkisini ortadan kaldırma veya bir başkasının yasal soybağına dahil etme amacı taşımayan, çocuğun şahsî statüsünü etkilemeyen, nihayetinde soybağının mahkeme dışı tespitinin şartlarını sağlamaya yahut ileride açılacak soybağının reddi davasında delil elde etmeye yönelik bir hüküm konumundadır¹¹⁶. Anılan düzenleme, babalık davasının

¹¹³ **Wellenhofer, M.:** Das neue Gesetz zur Klärung der Vaterschaft unabhängig vom Anfechtungsverfahren (NJW 2008/17, s.1185-1189), s.1187-1188; **Kılıçoğlu-** Gizli Babalık Testleri, s.291.

¹¹⁴ **Wellenhofer-** Klärung der Vaterschaft, s.1188.

¹¹⁵ **Dethloff, N.:** Familienrecht, 31. Aufl., München 2015, § 10, Rn.67, s.301-302; **Wellenhofer-** Klärung der Vaterschaft, s.1187; **Kılıçoğlu-** Gizli Babalık Testleri, s.290.

¹¹⁶ **Dethloff,** § 10, Rn.67, s.301; **Genenger,** s.1037; **Süß,** s.75, dn.399.

doğuracağı hüküm ve sonuçlardan etkilenmek istemeyen evlilik dışı çocuğun, babalık davasından bağımsız olarak, biyolojik babası olduğunu iddia ettiği kişiye karşı salt bir tespit talebinde bulunabilmesine imkân vermediği için eleştirilmekte ve çocuğun genetik kökenini öğrenme hakkını temin eden, babalık davasından başka bir hukukî aracın olmaması, Alman hukukunda önemli bir eksiklik olarak görülmektedir¹¹⁷. Bir başka ifadeyle, hukukî babanın biyolojik babalığını öğrenmeye yönelik anayasal hakkının yanı sıra, evlilik dışı çocuğun ve hatta biyolojik baba olduğunu düşünen üçüncü kişilerin dahi genetik soybağının aydınlatılmasına yönelik taleplerinin kanun koyucu tarafından yasal düzenlemeler yoluyla, babalık davası gibi inşai sonuç doğuran olanaklardan ayrı ve daha kapsamlı olarak yerine getirilmesi gerektiği doktrinde ileri sürülmüş ve § 1598a hükmünün eksik yönlerine işaret edilmiştir¹¹⁸.

Öte yandan, genetik ve biyoteknoloji alanındaki gelişmelere kayıtsız kalamayan Alman hukukunda, insan onuru, özel hayatın gizliliği gibi düşünceler kısmen bir kenara bırakılarak, yasal soybağının doğal soybağı ile en yüksek düzeyde örtüştürülebilmesi için genetik soybağı incelemesi ve özellikle DNA analizi, yargılamada gerçeğe ulaşma amacına da hizmet eden çok önemli bir ispat aracı hâline gelmiş olup, Almanya’da görülen soybağı davalarının %95’inde mahkemelerce genetik teste başvurulması emredilmektedir¹¹⁹. Bu şekilde, Alman Medenî Kanunu’nda öngörülen babalık karinelerinin sebep olduğu kuşku ve tereddütler giderilerek, doğal soybağının neredeyse tam ispat ölçüsünde aydınlatılması sağlanmış olur. Fakat, biyolojik baba olduğu iddia edilen kişinin ölümü hâlinde, ölünün huzuru, cesede saygı ve ölünün yakınlarının ceset üzerindeki korunan hakları, menfaat terazisinde ağır bastığı için imtiyazlı kabul edilir. Dolayısıyla, mezar açma yöntemiyle ölüden numune almak ve bu numune üzerinde genetik inceleme

¹¹⁷ **Heiderhoff, B.:** Die Vaterschaftsklärung und ihre Folgen – von der Vaterschaftsanfechtung zur Vaterschaftsbeendigung? (FamRZ 2010, Heft 1, s.8-16), s.8-9; **Wellenhofer-** Klärung der Vaterschaft, s.1189; **Kılıçoğlu-** Gizli Babalık Testleri, s.292-293.

¹¹⁸ **Wellenhofer-** Klärung der Vaterschaft, s.1189; **Genenger,** s.1037. Anılan düzenleme ile ilgili ayrıntılı tartışma ve değerlendirmeler için bkz. **Aust, K.:** Das Kuckuckskind und seine drei Eltern, Eine kritische Würdigung der bestehenden Rechtslage mit Vorschlägen für interessengerechte Regelungen unter rechtsvergleichenden Aspekten aus dem EMRK-Raum, Frankfurt am Main 2015, s.210-227.

¹¹⁹ **Tüzüner-** Adli Genetik, s.26.

yapmak suretiyle hazırlanan bilirkişi raporu, başka hiçbir şekilde ispat mümkün olmadığı takdirde, son çare olarak başvurulması gereken yegâne delil türü olabilir¹²⁰.

Alman hukukunda soybağının aydınlatılmasına yönelik genetik incelemeler ile ilgili bir diğer yasal düzenlemeyi ise, “İnsan Üzerinde Genetik İncelemeler Hakkında Kanun”¹²¹ oluşturur. Anılan Kanun’un “Soybağının Aydınlatılmasına Yönelik Genetik İncelemeler” başlıklı § 17 hükmü, soybağının tespitine yönelik genetik inceleme prosedürünün bütün ayrıntıları hakkındaki özel düzenlemeleri içerir. Buna göre, soybağının aydınlatılmasına yönelik genetik inceleme, ancak incelemenin muhatabı olan kişinin önceden bilgilendirilmesi ve test için gerekli genetik numunenin temini bakımından rızasının alınması hâlinde gerçekleştirilebilir (GenDG § 17, 1). Bu Kanun çerçevesinde rızanın alınmış sayılabilmesi için, genetik incelemenin muhatabı tarafından, incelemeyi yapacak ve numuneyi alacak olan yetkili sağlık personeline karşı doğrudan doğruya, açıkça ve yazılı şekilde rızaya ilişkin beyanın yönelmesi gerekir. Bu şekilde beyan edilen rıza, hem genetik incelemenin kapsamı hem de test sonuçlarına ilişkin verilerin paylaşımı ya da imhası hususundaki kararı da içerir (GenDG § 8, 1). Anılan çerçevedeki rıza beyanı, yalnızca doğal soybağının aydınlatılmasına yönelik gerçekleştirilecek olan genetik incelemeler ile sınırlı şekilde geçerli olup, bunun dışındaki hususların tespitinde kullanılamaz (GenDG § 17, 1). Ayrıca genetik incelemenin anlam ve önemini kavrayamayıp irade beyanında bulunamayacak durumda olan kişiler üzerinde soybağının aydınlatılmasına yönelik genetik inceleme yapılabilmesi, ancak kişinin muayenesi daha önceden kendisine mümkün mertebe uygun biçimde açıklama yapıp gerçekleştirilmiş ve kendisi de muayene için gerekli genetik numunenin alınmasına açıkça karşı koymamışsa; yahut kişinin temsilcisi muayene hakkında açıkça bilgilendirilmiş ve muayenenin yapılması için gereken genetik numunenin alınmasına rıza göstermişse; veyahut istisnai olarak kişinin, muayeneye ve buna yönelik genetik numune alınması işlemine bağlı tıbbî rizikolardan çok az etkilenmiş ya da hiç etkilenmemiş olması hâlinde mümkündür (GenDG § 17, 3). Yine aynı Kanun’a göre, soybağının aydınlatılmasına yönelik genetik

¹²⁰ Tüzüner- Adli Genetik, s.26.

¹²¹ *Gesetz über genetische Untersuchungen bei Menschen (Gendiagnostikgesetz- GenDG)* (Güncel metin için bkz. <https://www.gesetze-im-internet.de/genDG/GenDG.pdf>) (E.T. 13.07.2019).

incelemeler, yalnızca tıbbî genetik uzmanı hekim ya da adli genetik alanında uzmanlığı bulunan nesep tayininde deneyimli biyologlar aracılığıyla gerçekleştirilebilir (GenDG § 17, 4). Ancak soybağının dava yoluyla tespiti sürecinde mahkemece genetik inceleme yapılmasına karar verildiği hâllerde, mahkemenin bu yöndeki kararı muhatabın rızası yerine geçtiğinden, muhatap tarafından genetik incelemeye karşı konulabilmesi mümkün değildir (GenDG § 17, 7). Bu itibarla, Alman Medenî Kanunu’nun § 1598a hükmüyle GenDG § 17’nin yedinci fıkrası arasında sıkı bir bağ olup, genetik incelemenin koşulu konumundaki rızanın yerini tutan mahkemece verilmiş genetik inceleme kararı, muhatabın incelemeden kaçınma iradesini ve ayrıca rıza beyanında bulunamayacak durumdaki kişiler bakımından özel önem taşıyan muayenenin reddini ekarte eder¹²².

Son olarak Alman hukukunda değinilmesi gereken bir diğer yasal düzenleme ise, 1 Temmuz 2018 tarihinde yürürlüğe giren “Sperm Donörü Sicilinin Kurulması ve Spermin Heterolog Kullanımı Hâlinde Bağışçı Hakkında Bilgi Paylaşımının Düzenlenmesine İlişkin Kanun”¹²³dur. Anılan Kanun’un amacı, heterolog döllenme yoluyla dünyaya gelen kişilerin merkezî bir kuruluş nezdindeki talep üzerine nesepleri hakkında bilgiye erişmelerini sağlamak olup, bu amaç doğrultusunda Alman Tıbbi Dokümantasyon ve Enformasyon Enstitüsü¹²⁴ bünyesinde merkezî bir sperm bilgi bankası kurulmuş ve hizmete sokulmuştur (SaRegG § 1, 1). Bu Kanun uyarınca soybağının (genetik kökenin) bilinmesi hakkının temini için kurumsal (örgütsel) ve yargı yoluna dair koşulların yerine getirilmesi ve heterolog döllenme yoluyla dünyaya gelen bir kişi için sperm donörünün verilerine erişimin, veri koruması çerçevesinde kolaylaştırılması hedeflenir (SaRegG § 1, 2). Böylece yargı içtihatlarıyla geliştirilen soybağını öğrenme hakkının ileri sürülmesi imkânı Kanun ile açıkça düzenlenmiş olmakla birlikte, aynı zamanda sperm donörünün hem çocuk hem de onun ebeveynleri tarafından hukukî baba olarak muamele görmemesi için gereken güvence Kanun ile kendisine sağlanmaktadır.

¹²² **Taupitz, J.:** Genetische Untersuchungen zur Klärung der Abstammung (MedR, C.31, 2013/1, s.1-6), s.2.

¹²³ *Gesetz zur Errichtung eines Samenspenderregisters und zur Regelung der Auskunftserteilung über den Spender nach heterologer Verwendung von Samen (Samenspenderregistergesetz- SaRegG)* (Güncel metin için bkz. <https://www.gesetze-im-internet.de/saregg/SaRegG.pdf>) (E.T. 13.07.2019).

¹²⁴ *Deutsches Institut für Medizinische Dokumentation und Information (DIMDI).*

Anılan bu Kanun'un yasalaşmasını sağlayan asıl normatif düzenleme ise, “Spermin Heterolog Kullanımında Soybağını Öğrenme Hakkının Düzenlenmesine İlişkin Kanun”¹²⁵dur. Bu Kanun'un birinci maddesinde yer alan ve sperm donörü sicilinin oluşturulması ile donörün kimliği hakkında bilgi edinilmesine yönelik yukarıda zikredilen yasal düzenlemenin akabinde, ayrıca aynı Kanun'un ikinci maddesinde ise, Alman Medenî Kanunu'nun § 1600d hükmüne yeni bir fıkra eklenmesi öngörülmüş; getirilen bu yeni düzenleme uyarınca, kanunen yetkili kuruluşlara bağışta bulunan donörün, kanunun izin verdiği sağlık merkezlerinde kendi spermiyle gerçekleştirilen tıbbi destekli heterolog yapay dölleme ürünü olan çocuğun hukukî babası olarak mahkemece tespiti-ne cevaz verilmemiştir (BGB § 1600d, 4). Görüldüğü üzere, Alman hukukunda yasal dayanağı bulunan heterolog yapay dölleme yoluyla dünyaya gelen çocukların biyolojik babalarının kimliği hakkında bilgi edinebilmeleri mümkün olmakla birlikte, öğrendikleri sperm donörüne karşı babalık davası yöneltebilmesi ve mahkemece o kişilerin yasal baba olarak tespit edilmesi mümkün görülmemektedir¹²⁶.

III. Fransız Hukuku

Fransa'da, 1912 yılına kadar, kural olarak babalık davası yasak olup, sadece ananın kaçırılması halinde, kaçırma ile gebe kalma tarihleri birbiriyle uyumlu olduğu takdirde babalık davası açılmasına izin verilmiştir. 16 Kasım 1912 tarihli Kanun ile birlikte babalık davası hukuken kabul edilerek, bu davanın hangi hallerde açılabileceği düzenlenmiş ve kaçırma, ırza geçme, baştan çıkarma, şüpheye mahal bırakmayan yazılı itiraf, erkekle kadının karı-koca gibi yaşaması gibi hâllerde babalık davası açılmasına olanak sağlanmıştır¹²⁷.

Henüz tıp alanında DNA analizi yöntemi keşfedilmeden önceki dönemde, tıbbî verilerin yetersizliği ve güvenilir olmaması sebebiyle karinelere sıkça başvurulduğu görülse de, tıptaki gelişmelerin takip edilmesi ve tıbbî verilerin kesin ve güvenilir so-

¹²⁵ *Gesetz zur Regelung des Rechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung bei heterologer Verwendung von Samen* (BGBl. Jahrgang 2017, Teil I Nr.48, s.2513-2518).

¹²⁶ Alman hukukunda yeni olan bu Kanun ile ilgili ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. aşağıda § 2, A, I, 1, d.

¹²⁷ **Berki, O. F.:** Türk Devletler Hususi Hukukunda Babalık Davası (AÜHFD, C.7, S.1950/3, s.359-377), s.359; **Elöve, M. E.:** Evlilik Dışı Çocukların Himayesi (ABD, C.8, S.99-100, 1952, s.35-52), s.40; **Artus-** I, s.169.

nuçlar vermesi ile birlikte, babalık davalarında DNA analizinden yararlanılmaya başlanmış; bu itibarla, gerçeğin ortaya çıkmasına hizmet eden biyolojik tekniklerin değeri, uygulanan tekniğe ve bu tekniği uygulayan uzmanın kalifikasyonuna göre, sonuçların yeterliliğine bağlı tutulmuş ve değerli biyolojik tekniklerin özel hukukun hizmetine sunulmasıyla elde edilen tıbbî uzmanlık verisi, diğer takdirî delilleri tamamlayan ve kanunî karineleri bertaraf eden müstakil bir delil türü olarak değerlendirilmiştir¹²⁸. Hatta Fransız Yüksek Mahkemesi 2000 yılında içtihat değişikliğine giderek, delil serbestisinin olduğu aile hukuku ve özellikle soybağına ilişkin davalarda DNA analizinin bir kural olduğunu kabul etmiş ve böylelikle taraflara biyolojik test deliline başvuru hakkı tanımıştır¹²⁹. 2004 yılında ise, yine Yüksek Mahkeme tarafından içtihat değişikliğe gidilmiş ve önceden yalnız DNA analizinin sonucuna göre soybağının tespiti ve babalık kararı verilmesinin hukuka aykırı olduğu, DNA analizinin yanı sıra karine ve emarelerle birlikte geçerli bir tespit yapılabileceği yönündeki içtihattan dönülerek, artık yalnızca DNA analizinin sonucuna göre mahkemenin karar verebilmesinin mümkün olduğu, bunun yanında ayrıca diğer karine ve emarelerin incelenmesine ihtiyaç bulunmadığı ifade edilmiştir¹³⁰.

Yine Fransız hukukunda, babalık davasında davalının rızası olmaksızın kan testine zorlanması, ilk başta hâkimin tarafsızlığını ihlâl eden bir işlem olarak değerlendirilse de; ilerleyen zamanlarda değer yargılarının değişmesi ve bilimin çok gelişmesi sebebiyle biyolojik gerçeklik ön plana çıktığından, davanın akıbeti bakımından mutlak role sahip olan zorla gen analizi meşru görülmeye başlanmıştır¹³¹. Nitekim Fransız hukukunda soybağı davaları kapsamındaki genetik soybağı incelemelerinin ispat hakkının bir gereği ve uzantısı olarak değerlendirilir; zira biyolojik babalığın ispatında bilirkişi incelemesinden başka hiçbir delilin babalık iddiasını yeterince ispata elverişli olmadığı düşünüldüğünde, bunun taraflar için bir hak olduğu sonucuna varılabilir¹³². Hal böyle

¹²⁸ **Tüzüner-** Adli Genetik, s.22.

¹²⁹ **Aşık, İ.:** Medenî Usul Hukukunda Keşif, Ankara 2019, s.135.

¹³⁰ **Aşık-** Keşif, s.135.

¹³¹ **Tüzüner-** Adli Genetik, s.23.

¹³² **Toraman, B.:** Medeni Usul Hukukunda İspat Hakkına Dair Bazı Tespit ve Değerlendirmeler [Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, C.II, İzmir 2015 (DEÜHFD, C.16, Özel Sayı 2014), s.1483-1523], s.1512, 1513.

iken, Fransız hukukunda babalık davasındaki bilirkişi incelemesi ispat hakkı kapsamında ele alınsa da, mahkemelerin, muhatabın incelemeye direnmesi olgusunu, kişi üzerinde zor kullanma yaptırımının icra edilmesi için tek başına yeterli görmediği, bunun ancak babalığa bir karine teşkil edebileceği şeklindeki değerlendirmelerine de rastlanır¹³³.

Fransız hukukunda 2005 yılındaki soybağı hukuku reformuna kadar soybağının tespitine yönelik her biri özel rejime tâbi en az dokuz farklı dava türü mevcut olup, 2005 yılında kabul edilen reform kanunu ile birlikte uyumlaştırma ve basitleştirme hedefiyle soybağının ilgilendiren bütün dava türleri yeknesak bir rejime bağlanmıştır¹³⁴. Bu çerçevede bütün soybağı davaları, on yıllık hak düşürücü süreye bağlanmış olup, tek başına dava açabileceği hâller bakımından çocuk 18 yaşından küçük olduğu müddetçe bu sürenin işlemeyeceği; sürenin erginlikten itibaren işlemeye başlayacağı ve böylece 28 yaşını dolduruncaya kadar çocuğun soybağı tespiti konulu davaları açabileceği de yasal düzenlemeyle belirlenmiştir¹³⁵. Yine, 2005 yılındaki soybağı hukuku reformuyla birlikte, soybağının reddi ve babalık davası açabilecek kişilerin kapsamının sınırlandırılması ve hak düşürücü sürenin kısaltılması yoluyla çocuğun soybağı güvence altına alınmıştır.

Fransız Medenî Kanunu'nun 327. maddesine göre, babalık davasının öncül koşulu, çocuğun baba yönünden yasal soybağının bulunmamasıdır. Ayrıca çocuğun küçük olması hâlinde, ana da, küçük olsa bile, tek başına babalık davası açmaya yetkili olup, ananın dava açma süresi çocuğun doğumundan itibaren on yıllık hak düşürücü süreye tâbidir¹³⁶. Bunun yanı sıra, soybağının tespitine yönelik genetik incelemelerin, ancak mahkeme kararına istinaden zor kullanılarak gerçekleştirilebileceği öngörülmüş olup, yargılama süreci haricinde herhangi bir mahkeme kararı olmaksızın özel ya da gizli ba-

¹³³ **Toraman, B.:** Medenî Usul Hukukunda Bilirkişi İncelemesi (6754 Sayılı Bilirkişilik Kanunu İle Getirilen Yenilikler Çerçevesinde), Ankara 2017, s.574-575 ve oradaki dn.1623-1624.

¹³⁴ **Ferrand, F.:** Streit um die Abstammung in Frankreich (Streit um die Abstammung -ein europäischer Vergleich- Beiträge zum europäischen Familienrecht, hrsg. Spickhoff/Schwab/Henrich/Gottwald, Bielefeld 2007, s.93-118), s.101-102.

¹³⁵ **Ferrand,** s.102.

¹³⁶ **Ferrand,** s.103.

balık testlerinin yapılmasına ve raporlanıp satılmasına Tabip Odaları Birliği ve Ulusal Etik Kurulu tarafından izin verilmemektedir¹³⁷.

Öte yandan Fransız Medenî Kanunu'nun, 1994 tarihli Biyoetiğe İlişkin Kanun ile değişik m.16-10 hükmü uyarınca insanın vücut bütünlüğüne, tıbbî zorunluluk olmadıkça veya istisnai şekilde başkasının iyileşmesine yönelik menfaat haricinde dokunulamaz ve insanın genetik karakteri, yalnızca tıbbî veya bilimsel araştırma amacıyla sınırlı olarak inceleme konusu yapılabilir¹³⁸. Ayrıca, anılan genetik incelemenin içeriği ve kapsamı hakkında muhatabın detaylı şekilde bilgilendirilmiş olması ve öncesinde muhatabın yazılı rızasının alınması gerekmekte olup, verilen rızanın şekle bağlı olmaksızın her zaman geri alınabilmesi de mümkündür¹³⁹. Dolayısıyla kanun koyucunun, suiistimal yoluyla elde edilen DNA testlerini ve muhatabına yeterli bilgi verilmeden ve düşünmek için gerekli zaman tanınmadan aceleyle alınmış muvafakat beyanlarını önleyerek ilk etapta bireyleri koruma amacı güttüğü söylenebilir¹⁴⁰.

Medenî Kanun kapsamındaki işlerde, özellikle çocuğun soybağına ilişkin davalarda hâkimin emredici tedbir kararıyla genetik inceleme yapılması mümkün olup, ölümden sonra ceset üzerinde inceleme yapılabilmesi için ise, muhatabın, sağlığında mutlaka açık rızasının alınmış olması gerekir. Bu arada, Fransız Medenî Usul Kanunu'nda soybağının aydınlatılmasına yönelik genetik incelemelerle ilgili doğrudan herhangi bir hüküm bulunmamakla birlikte, yalnızca soybağı davalarında biyolojik baba olduğu iddia edilen kişinin kendisi veya mirasçıları yoksa savcının devleti temsilen davada yer alacağı öngörülür¹⁴¹. Yine, Fransız Medenî Usul Kanunu'nun 11. maddesinin birinci fıkrasında tarafların, tahkikat işlemlerinin icrasında hazır bulunmaları gerektiği, aksi takdirde hâkimin, tarafların yokluğuna yahut tahkikat işleminin icrasına katılmamış olmalarına her türlü sonucu bağlayabileceği belirtilmiş ve bu durumda tarafların soybağının tespiti kapsamında yapılacak genetik incelemelere katılmaları gerektiği hâlde,

¹³⁷ **Ferrand**, s.104.

¹³⁸ **Tüzüner**- Adli Genetik, s.14; **Ferrand**, s.104.

¹³⁹ **Aşık**- Keşif, s.189.

¹⁴⁰ **Ferrand**, s.105.

¹⁴¹ **Tüzüner**- Adli Genetik, s.14.

bundan kaçınan taraf hakkında hâkimin, o kişinin biyolojik baba olduğuna yönelik fiilî karinenin varlığını kabul edebileceği Fransız hukukunda ileri sürülmüştür¹⁴².

Bunun dışında, ölümden sonra mezar açma işlemi yapılarak numune alınması ve genetik inceleme yapılması konusunda cesedin, korunması gereken medenî hukuk eşyası olduğu görüşünün paralelinde düzenleme sevk eden Medenî Kanun'un m.16-11 hükmüne göre kişinin, yaşadığı dönemde açık rızası olmadığı sürece, ölümden sonra (*post mortem*) hiçbir surette DNA analizi yapılamaz¹⁴³. Yine, aynı düzenlemeye göre, medenî hukuktan kaynaklanan meselelerde bir kimsenin genetik incelemeye tâbi tutulabilmesi, yalnızca soybağına yahut nafakaya ilişkin uyuşmazlığın ele alındığı bir yargılamada mahkemece delillerin toplanıp değerlendirildiği tahkikat aşamasında verilen karar üzerine gerçekleşebilir ve muhatabın rızası, mutlaka onun sağlığında vereceği açık yazılı beyanı ile ikmal edilebilir. Bu cümleden olarak, genetik testler, ancak yargılama süreci içerisinde muteber kabul edilerek hukuka uygun şekilde uygulanabilir; muhatabın rıza göstermemesi hâlinde DNA analizi yapılamaz. Muhatabın genetik incelemeye rıza göstermemesi hâlinde ise hâkim, örneğin karinelere başvurmak suretiyle yahut ikrara dayanarak soybağı konusunda sonuca ulaşabilir. Yani soybağı davasında hâkim, inceleme için kendisinden DNA numunesi alınması gereken muhatabın bu davranışını babalığına karine kabul edebilir ya da ikrar olarak değerlendirebilir¹⁴⁴. Ancak Fransız Medeni Kanunu, genetik incelemeye rıza gösterilmemesi hâlinde, incelemenin muhatabı aleyhine sonuca varma yöntemini hâkime dayatmayıp, getirilen çözüm bakımından Türk hukukundan ayırır¹⁴⁵. Nitekim Fransız Medenî Usul Kanunu'nda, soybağının ispatı için genetik incelemeyi düzenleyen herhangi bir hükmün bulunmadığı hususu da gözetildiğinde, rıza olmaksızın soybağı incelemesi yapılamayacağı yönündeki ilkenin, Fransız kanun koyucusu tarafından sessiz kalmak suretiyle yinelenildiği anlamına gelecek şekilde yorumlanması da mümkündür¹⁴⁶.

¹⁴² Bkz. **Bolayır**- Hakimin Rolü, s.477 ve oradaki dn.443.

¹⁴³ **Tüzüner**- Adli Genetik, s.15; **Ferrand**, s.105.

¹⁴⁴ **Ferrand**, s.105-106.

¹⁴⁵ **Tüzüner**- Soybağının Tespiti, s.1156.

¹⁴⁶ **Tüzüner**- Soybağının Tespiti, s.1156.

Böylelikle Fransız hukukunda, ancak ölenin vefatından önce beyan ettiği açık rızasına dayanılarak cesetten numune alınabileceği yönündeki kuralın yasal düzenlemeye kavuştuğu görülür¹⁴⁷. Anılan düzenleme, Fransız Anayasa Mahkemesi tarafından incelenmiş ve 2011 tarihli içtihatla anayasaya aykırı olmadığına karar verilmiştir. Doktrinde Fransız Medenî Kanunu'nun 16. maddesine yöneltile eleştiriler arasında, soybağının korunması ile cesede saygı arasında yoğunlaşan zıt iki menfaat ölçülürken biyolojik delil elde etmenin aslî önemi haiz olduğu ve bu gerekçeyle en azından ölenin sağlığındaki açık rıza beyanının varlığı değil de, açık ret beyanının yokluğu yönünde menfi bir koşulun aranmasının daha isabetli olacağı şeklinde görüşler öne sürülmüştür¹⁴⁸.

IV. Avusturya Hukuku

Avusturya hukukunda, Alman hukukundakine benzer şekilde, evlilik dışı çocuğu tanıma yoluna gitmeyen biyolojik babanın, çocuğuyla arasındaki soybağının hukuken kurulması, babalığın mahkeme kararıyla tespiti üzerine gerçekleşir. Öte yandan, aile ve miras hukuku konularında kapsamlı değişiklik öngören 2004 tarihli Kanun¹⁴⁹ ile Avusturya kanun koyucusu, 01.01.2005 tarihinden itibaren, soybağına ilişkin diğer bütün meselelerde olduğu gibi, Medeni Kanun'un¹⁵⁰ § 148 hükmünde ele alınan evlilik dışı çocuğun soybağının düzeltilmesi meselesini de, esasında çekişmeli yargı kategorisinde kabul edilip dava formatında görülen “babalık davası” şeklinde değil; aksine, Çekişmesiz Yargı Usulü Hakkında Kanun'un (*Außerstreitgesetz*)¹⁵¹ ikinci ana bölümünün “Soy-

¹⁴⁷ Anılan yasal düzenleme getirilmeden önceki dönemde, Fransız Yargıtay'ının, doktrinde *Montand* ismiyle bilinen ve büyük yankı uyandıran 1997 tarihli içtihadında davalının, genetik incelemeye katılmayı sağlığında açıkça reddetmiş olmasına rağmen, babalık davası ilk derece mahkemesinde görülmekte iken vefat etmesi üzerine davalının cesedinden numune alınarak genetik inceleme yapılmış ve onun sağlığındaki ret beyanına açıkça aykırı hareket edilmiş olması, cesede saygı taraftarlarınca şiddetli eleştirilere maruz kalmıştır (bkz. **Tüzüner**- Adli Genetik, s.24).

¹⁴⁸ Bkz. **Tüzüner**- Adli Genetik, s.24, dn.83.

¹⁴⁹ *Familien- und Erbrechts-Änderungsgesetz -FamErbRÄG-* (BGBl. I, Nr.2004/58).

¹⁵⁰ *Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für die gesamten deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie (ABGB)* (JGS Nr. 946/1811). Güncel metin için bkz. <http://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung/Bundesnormen/10001622/ABGB%2c%20Fassung%20vom%2027.10.2021.pdf> (E.T. 27.10.2021).

¹⁵¹ *Bundesgesetz über das gerichtliche Verfahren in Rechtsangelegenheiten außer Streitsachen (AußStrG)* (BGBl. I Nr. 111/2003). Güncel metin için bkz. <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung/Bundesnormen/20003047/Au%2c%20Fassung%20vom%2027.10.2021.pdf> (E.T. 27.10.2021).

bağı” kısmındaki § 82 ila § 85 hükümlerinde düzenleyerek, çekişmesiz yargı işleri arasında kabul etmiştir¹⁵². Dolayısıyla, evlilik dışı çocuğun soybağının düzeltilmesinde, mahkeme tarafından çekişmesiz yargı işlerinde geçerli olan usul kurallarına göre hareket edilerek karar verileceği söylenebilir. Bundan başka, Avusturya hukukunda hâlen bir kısmı yürürlükte olan Aile Hukukuna İlişkin Hükümlerin Uyumlaştırılması Hakkında Tüzüğün¹⁵³ 4. maddesinin § 7 hükmünün ilk fıkrası uyarınca bir davada yahut çekişmesiz yargı işinde soybağının tespitine yönelik gerekli olması hâlinde taraflarla üçüncü kişiler ve hatta icabında onların ana-babalarıyla üstsoyları genetik incelemelere, özellikle de kan grubu muayenesi için kan örneği alınmasına rıza göstermek zorundadır. Anılan katlanma zorunluluğuna haklı gerekçe olmaksızın aykırı davranılması hâlinde ise, soybağı incelemesinin amacı doğrultusunda doğrudan cebir uygulanabilir. Soybağı incelemesinin kişi bakımından tehlike arz ettiği iddiası haklı bulunmadığı takdirde, cezai yaptırımların uygulanması da mümkün olabilir. Soybağı incelemesinin muhatabı, incelemeye haksız şekilde karşı koyduğu mahkeme kararıyla tespit edildiğinde, bu karara karşı bir üst yargı merciine itiraz edebileceği gibi, muhatabın incelemeden kaçınmasının haklı bulunduğu dair karara karşı da taraflar ve müdahiller acele itiraz yoluna gidebilirler (Art.4, § 7, Abs.2).

Öte yandan, Avusturya hukukunda çekişmesiz yargıya dahil edilen soybağına ilişkin bazı işlerde, özellikle hukuken evlilik dışı çocuğun soybağının tespiti meselesinde, en az çekişmeli yargıya ait işler kadar "çekişme" yaşanması, Avusturya kanun koyucusunun, çekişmeli yargı-çekişmesiz yargı ayrımında, salt bir işin kanun tarafından "çekişmesiz yargı işi" olarak kabul edilmesini öngören "şeklî kriteri" esas aldığını gösterir¹⁵⁴. Zaman içerisinde farklı gerekçelerle çekişmesiz yargıya dahil edilen ve aslında

¹⁵² **Ferrari, S.:** Streit um die Abstammung -die Rechtslage in Österreich (Streit um die Abstammung - ein europäischer Vergleich- Beiträge zum europäischen Familienrecht, hrsg. Spickhoff/Schwab/Henrich/Gottwald, Bielefeld 2007, s.183-203), s.185, s.190; **Hinteregger, M./Ferrari, S.:** Familienrecht, 7. Aufl., Wien 2015, s.172.

¹⁵³ *Verordnung zur angleichung familienrechtlicher vorschriften* (Güncel metin için bkz. <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung/Bundesnormen/10001878/Angleichung%20familienrechtlicher%20Vorschriften%2c%20Fassung%20vom%2031.12.2004.pdf?FassungVom=2004-12-31>) (E.T. 09.08.2018).

¹⁵⁴ Nitekim anılan Kanun'un § 1, 2 hükmünde, "bu Kanunda düzenlenen bütün hukuki meselelerde çekişmesiz yargı usulü uygulanır." denilmek suretiyle, bu hususa açıkça yer verildiği görülür.

büyük bir kısmı da çekişmeli olan işlerin sayısı, çeşitliliği ve bunların, içeriklerinden hareketle tek bir şemsiye altında toplanmalarının mümkün olamayacağı da dikkate alındığında, Avusturya hukuku bakımından bir işin çekişmesiz yargıya ait olduğunu kabul etmek için, onun açık bir kanun hükümleriyle çekişmesiz yargıya dahil edilmiş olmasının yeterli görüldüğü söylenebilir¹⁵⁵.

Bu itibarla, evlilik dışı çocuğun talebi üzerine, doğumdan önceki 180 ila 300. gün arasına denk gelen zaman aralığında anayla cinsel ilişkiye giren yahut aynı zaman aralığında anaya uygulanan tıbbi destekli yapay döllenme işleminde kendisine ait sperm kullanılan erkek, çocuğun kendisinden olmadığını ispatlayamadığı takdirde, mahkemece çocuğun babası olarak tespit edilir. Fakat erkeğin ölümünden itibaren 2 yıllık sürenin geçmesiyle, artık evlilik dışı çocuğun soybağının böyle bir tespit kararıyla düzeltilmesi mümkün olmaz; meğer ki, davacı çocuk, davalı erkeğin kendisinden kaynaklanan sebeplerle soybağının başarılı şekilde ispatlanamadığını ortaya koysun¹⁵⁶ (AGBG § 148, 2). Anılan hükümlerle, soybağının tespiti yargılaması kapsamında davacı çocuğun lehine, adi kanunî karine yoluyla ispat kolaylığı getirilmiş olup; bu itibarla davacı çocuk, doğumundan önceki 180. gün ila 300. gün arasındaki zaman kesitinde biyolojik baba olduğunu iddia ettiği kişinin, annesiyle cinsel ilişkiye girdiği olgusunu ispatladığı takdirde, çocuğun kendisinden olmadığını ispat edemeyip karineyi çürütemeyen o kişinin babalığına karar verilir.

Ülkemizde kanunen yasaklanmış olsa da, Avusturya hukukunda geçerli olan sperm bağışısı sebebiyle, doğumdan önceki 180 ila 300. gün arasına denk gelen zaman aralığında bir üçüncü kişinin spermi kullanılarak tıbbi destekli yapay döllenme yoluyla hamile kalan anadan dünyaya gelen çocuğun hukukî babası, bu yapay döllenme işlemine noter senedine bağlı bir beyanla rıza gösteren o üçüncü kişi olur (AGBG § 148, 3). Fakat tıbbi destekli yapay döllenme metodu için yetkilendirilmiş bir sağlık merkezine kendi isteğiyle spermini bağışlayan bir üçüncü kişinin, kendi spermiyle döllenmiş çocu-

¹⁵⁵ **Atalı, M.:** Avusturya Hukukunda Çekişmesiz Yargı [Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı-IV, Medenî Usûl Hukukunda Çekişmesiz Yargı, İcra ve İflâs Kanunu'nda Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi (Ankara, 30 Eylül-11 Ekim 2005), Ankara 2006, s.49-105], s.65-66.

¹⁵⁶ **Hinteregger/Ferrari,** s.177.

ğün babası olarak tespiti karar verilmesi ise hukuken mümkün değildir (AGBG § 148, 4).

Avusturya hukukunda çekişmesiz yargı işleri arasında kabul edilen soybağının tespiti işi, aksi öngörülmedikçe, yalnızca talep üzerine başlatılır ve bu konuda mutlak tasarruf ilkesinin egemen olduğu söylenebilir. Soybağının tespiti yargılamasında, her hâlükârda çocuğun yanı sıra, analığı-babalığı yargı yoluyla kurulabilen veya kaldırılabilen kişilerle birlikte, sağ ve mümeyyiz olması halinde çocuğun diğer ebeveyni de taraf konumunda yer alabilir (AußStrG § 82, 2). Buradan hareketle, biyolojik babanın, sadece tanıma yoluyla değil, aynı zamanda çocuğun soybağının tespiti talebiyle bizatihi mahkemeye başvurusu üzerine, yapılan genetik inceleme sonucu kendisinin babalığına karar verilerek, çocukla aralarında hukukî anlamda soybağı ilişkisinin kurulmasının mümkün hâle getirildiği söylenebilir. Biyolojik babaya yalnızca tanıma yolunun açık tutulması, onun sosyal ve beşeri ilişkilerinde babalığı üzerindeki şüphe ve tereddütleri gidermekte yetersiz kaldığı ve kişinin, kendi talebi üzerine, biyolojik babalığının mahkeme önünde yargısal usullere göre incelenerek hüküm altına alınması ihtiyacını karşılamaya elverişsiz olduğu savunulmuş ve bu gerekçeyle kanun koyucu, biyolojik baba için çocuğun soybağının tespiti talebiyle bizatihi başvuruda bulunabilmesinin önünü açmıştır¹⁵⁷ (AGBG § 148, 1). Fakat soybağının tespiti talebiyle mahkemeye başvuru hakkı bulunan kişiler için ayırt etme gücünün varlığı şart koşulmuş olup; ayırt etme gücü bulunmayan kişiler bakımından ise, çocuğun menfaatini zedelediği yahut ana, çocuğun biyolojik babasının kimliğinin açıklanmamasına ilişkin hakkını kullanmadığı müddetçe, ayırt etme gücünden yoksun başvuru hakkı sahiplerinin yasal temsilcilerine, evlilik dışı çocuğun biyolojik babasının tespiti hususunda yükümlülük getirilmiştir (AGBG § 149).

Öte yandan, Çekişmesiz Yargı Usulü Hakkında Kanun'un § 85 hükmünde, soybağının ispatı kapsamında delil elde edilmesi bakımından özel bir katlanma zorunluluğunun öngörüldüğü de söylenebilir. Anılan hükme göre, soybağının tespiti için gerekli olduğu sürece, tarafların yanı sıra, yargılamanın esasına konu vakıaların aydınlatılması-

¹⁵⁷ Hinteregger/Ferrari, s.177; Ferrari, s.190-191.

na katkı sağlayabilecek konumdaki herkes, mahkemece tayin edilen, özellikle kan ve doku örneği, vücut sıvısı gibi genetik materyalin elde edilmesinde görevini yapan bilir-kişilere, dava malzemesinin toplanması için gerekli işlemlerde iştirak etmek zorundadır (AußStrG § 85, 1). Ancak bu katlanma zorunluluğu, kişilerin yaşam sağlığı için ciddi ve sürekli bir tehlikeye yol açabilecek ölçülerde olduğu sürece ortadan kalkar. Bulguların toplanmasından önce mahkeme, katlanma zorunluluğu bulunan kişilere, kaçınma sebepleri hakkında bilgi vermeli ve buna ilişkin beyanını almalıdır. Kişi sağlığı bakımından kaçınma talebinin hukuka uygun olduğu hallerde ise mahkeme, kişiye özel, müstakil ve kanun yolu açık bir karar vererek, somut olayda soybağı incelemesi için kişi sağlığı yönünden tehlike arz etmeyen yöntemlerin uygulanmasına hükmedebilir (AußStrG § 85, 2). Vücut bütünlüğünün ihlâl edilmediği yöntemlerle kişiden doku örneği elde edilmesine yönelik olarak mahkeme, icabında kolluk kuvvetlerinden yardım talebinde bulunarak ihzaren celp ile birlikte, ölçülü ve doğrudan surette zor kullanılarak uygulama yapılmasına, buna ilişkin masrafların da yine bu kişiye yükletilmesine karar verebilir (AußStrG § 85, 3). Anılan bu yollarla, soybağının aydınlatılması için gerekli olan deliller elde edilemediği sürece, mahkeme, genetik materyal olarak kan, doku ve vücut sıvısı örneğinin verilmesini, halihazırda ölmüş olsalar dahi, işin esasının çözümüne katkı sağlayabilecek konumdaki herkesten isteyebilir (AußStrG § 85, 4).

V. KKTC Hukuku

Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'nde evlilik dışı çocukların soybağının düzeltilmesi hususu “Bölüm 278 Evlilik Dışı Çocuklar Yasası”¹⁵⁸ ile düzenlenmiştir. Anılan düzenlemede, evlilik dışı çocuğun biyolojik babasıyla arasındaki yasal soybağı ilişkisinin kurulması bağlamında babalık davası kurumuna doğrudan doğruya yer verilmemekle birlikte, bunun yerine biyolojik baba tarafından, evlilik dışı çocuğun bakım ve eğitim giderlerine katkıda bulunulması amacıyla mahkemeye başvuru yolunu öngören bir prosedür getirilmektedir. Bu itibarla, evli olmayan bir anaya, evlilik dışı çocuğun bakım ve eğitim giderlerine biyolojik babası tarafından katkı sağlanması için mahkemeye başvuru hakkı verilerek, mahkemenin uygun görmesi hâlinde çocukla baba arasında yasal soy-

¹⁵⁸ http://www.shd.gov.ct.tr/Portals/47/YASALAR/f_278.pdf?ver=2019-10-15-113351-333 (E.T. 25.03.2019).

bağı kurulabilir ve biyolojik babanın gerekli malî katkısı sağlaması mahkemece emredilebilir¹⁵⁹. Yasada böyle bir usul öngörülmüş olmasının esas amacı, evlilik dışı çocuklar için mahkemeye başvurularak, biyolojik babanın çocuğun bakım giderlerine katkıda bulunmasını sağlamak olsa da, bu başvuru yolunun, dolaylı olarak babalık davasına ilişkin bir prosedürü de içerdiği söylenebilir.

Anılan Yasa'nın 8. maddesinin (a) bendine göre, evlilik dışı bir çocuğun anası, çocuğun doğumundan önceki dönemde veya doğumdan sonraki beş yıllık süre içinde veyahut ana öldüyse, çocuğu gözetimi altında bulunduran kişi ya da bakımı devlet bütçesinden karşılanan çocuk için sosyal hizmetler memuru, çocuğun doğumundan sonraki beş yıllık süre içinde, çocuğun bakım giderlerinin ödenmesi için bir emir verilmesi istemiyle mahkemeye başvuruda bulunabilir. Bu başvuru, biyolojik baba aleyhine mahkemede dava açılması için izin verilmesine yönelik olup; başvuran kişi, evlilik dışı çocukla biyolojik babası arasında yasal soybağı ilişkisi olmaması sebebiyle, biyolojik babanın çocukla kişisel ve malî yönden hiçbir bağının bulunmadığını ileri sürerek dava açılmasını talep eder¹⁶⁰. Bu başvuru üzerine mahkeme, biyolojik baba olduğu iddia edilen kişinin cevap vermesi gereken ve ilk bakışta haklı görünen bir dava bulunduğu hususunda tatmin olursa, mahkeme huzurunda ispat için bir celpname düzenler ve duruşma tarihini celpnamede saptayarak celpnamenin ona tebliğ edilmesini sağlar. Ancak mahkeme, çocuğun biyolojik babası olduğu iddia edilen kişinin, aslında o çocuğun biyolojik babası olmadığına veya başvurunun hüsnüniyetle yapılmadığına, gözdağı veya şantaj amacıyla yapıldığına inanmak için makul bir sebep bulunduğu kani olursa, celpname düzenlemeyi reddederek başvuruyu geri çevirebilir (EDÇY m.8/b).

Öte yandan, biyolojik baba aleyhine dava açılması için mahkemeye yapılacak başvuru, çocuğun doğumundan itibaren beş yıllık hak düşürücü süreye tâbi tutulmuş olup, çocuk ile biyolojik baba arasında soybağı kurulması için böyle bir hak düşürücü sürenin öngörülmüş olmasının Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla açılan davada, KKTC

¹⁵⁹ **Hansel, F.:** Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyetinde Yapay Döllenme Uygulamaları [Uluslararası Sağlık Hukuku Sempozyumu (16-17 Ekim 2014, Lefkoşa), *Editörler: Hakeri, H./Doğan, C.*, TBB Yayınları, Ankara 2015, s.149-166], s.165.

¹⁶⁰ **Külahçı, Ş.:** KKTC Hukuku'nda Evlilik Dışı Çocuğun Soybağı İle İlgili Hükümlerinin Değerlendirilmesi (ABD, 2017/4, s.141-161), s.153.

Anayasa Mahkemesi, ilgili hükmün Anayasa'ya aykırı olduğuna karar vermiştir¹⁶¹. KKTC Anayasa Mahkemesi'nin evrensel hukuk ile insan hakları normları çerçevesinde son derece isabetli ve haklı bulduğumuz kararındaki görüşlere burada aynen yer verilmesi gerektiği düşüncesindeyiz:

“...Her çocuğa dünyaya geldiği andan itibaren tüm yasal hakları devlet tarafından, asgari düzeyde sunulmalıdır. Annesi babası evli bir çocuk, evlilik içerisinde dünyaya geldiği için, babası annenin eşi olan erkek olarak kabul edilmekte, anne ile birlikte babanın da çocuğa bakma mükellefiyeti doğmaktadır. Evlilik dışı bir birliktelik neticesinde doğan bir çocuğun ise annesi doğduğu andan resmi makamlar tarafından bilinmekte ve kabul edilmekte, baba ise bilinmemektedir. Fasil 278'in 6. maddesi babanın çocuğu kabul etme ve adına kaydetme hakkını vermekte ve çocuğun soydanlığı bu şekilde belirlenmektedir. Babanın bunu yapmaması veya yapamaması halinde ise, annenin aynı Yasanın 8. maddesi altında mahkemeye müracaat hakkı doğmaktadır. 8. maddenin kullanılması halinde gayrimeşru çocuk, meşru çocuk ile bakım, nafaka ve eğitime katkı bakımından aynı konumda addedilmektedir. Bu noktaya kadar, gayrimeşru çocuğun en temel haklarına saygı duyulduğu kabul edilmelidir. Ancak, gayrimeşru çocuğun bu en temel haklarının var olabilmesi için, annenin bu hakkı çocuğun doğumunu izleyen 5 yılın dolmasına kadar kullanması gereklidir. Anne bu hakkı kullanmadığı veya kullanamadığı takdirde, çocuk babasını öğrenme, babasından bakım ve eğitimi için parasal katkı alma veya talep etme hakkını kaybetmektedir. Gayrimeşru çocuğun vasisi anne olduğu için, Fasil 278'den kaynaklanan böyle bir müracaat hakkını ancak çocuğun annesi kullanabilmektedir. Annenin bu hakkı çocuğun doğumundan itibaren en geç 5 yıla kadar kullanmaması halinde, çocuğun yukarıda ifade edilen hakları ortadan kalkmaktadır. Bu durumda, annenin müracaatının süre ile kısıtlanması, esasen çocuğun haklarını ortadan kaldırabilmekte ve çocuğun haklarının esasını olumsuz bir şekilde etkileyebilmektedir.

Çocuğun doğumu itibarıyla gayrimeşru olması nedeniyle, çocuk sadece vasisi annenin vasıtasıyla hareket edebilmektedir. Fasil 278'in 8. maddesi çocuğun annesine mahkemeye müracaat hakkı tanımakta ve bu yöntem ile çocuğun bakımına, çocuğun babası olduğunu iddia ettiği kişinin, mahkeme tarafından da baba olduğu varsayıldığı takdirde, parasal katkı sağlanmasını mümkün kılmaktadır. Çocuğun eğitim safhasına gelmesi ile bu katkı eğitimi de içine alacak şekilde genişletilebilmektedir. Çocuk anne vasıtasıyla babasını öğrenebilmekte ve ayrıca bakımı ve eğitimi için baba varsayılan kişiden katkı alabilmektedir. Annenin çocuk için bu hakları Yasada belirtilen 5 yıl süre içerisinde herhangi bir nedenle kullanmaması halinde, çocuk babasının kim olduğunun mahkeme tarafından varsayılan kişi olarak tespitinden ve bakımı ve eğitime bu kişinin katkı koyması hakkından ve dolayısıyla makul seviyede bir yaşam hakkından mahrum bırakılmış olmaktadır. Bir çocuğun yaşamı için çok önem arz eden bu hakların, vasisi de olsa başkasının gecikmesi ile tamamen kaybedilmesi mümkün olabilmektedir.

Fasil 278'in yürürlüğe girdiği yıl olan 1955'in koşullarına bakıldığında zaman, o tarihteki koşullar ve bugünün koşullarındaki farklılıklar önem arz etmektedir. 1955 yılında gayrimeşru doğan bir çocuğun babasının kim olabileceği, ancak çevre şahadeti ile ortaya konabilirdi. Bu doğrultuda şahadetin bulunabilmesi, yani kaybedilmemesi için de uzun bir sürenin geçmemesi gerekli idi. Aksi takdirde, şahadet bulma, veya güvenilir şahadet tespit etme olanağı zayıflamaktaydı. Teknolojinin çok geliştiği günümüz koşullarında, bir çocuğun babası basit bir kan testi ile DNA tespiti yapılmasıyla saptanabilmektedir. Dolayısıyla, sadece çevre şahadeti-

¹⁶¹ KKTC Anayasa Mahkemesi'nin 31.03.2016 tarih ve A/M. 5/2015, D. 2/2017 sayılı kararı için bkz. <http://www.mahkemeler.net/cgi-bin/yenikararara3.aspx> (E.T. 25.03.2019).

ne dayanılarak karar verilmesi gereksinimi genelde ortadan kalkmıştır. Bu durumda, bir çocuğun babasının kim olabileceğinin tespiti için zaman kısıtlamasının önemi de artık kalmamıştır.

Çocuğun açısından olaya bakıldığı zaman, bir çocuğun doğumunun ne koşullarda gerçekleştiği, yani bir evlilik birlikteliği içerisinde mi yoksa evlilik dışı bir birliktelik neticesinde mi dünyaya gelmiş olduğu hususu, çocuğun kontrolü dışındaki bir vakadır. Evlilik dışı birliktelikler neticesinde doğan çocuklar toplumu rahatsız ediyorsa, bunun cezasını çocuklar çekmemelidir. Doğum koşullarını belirleyemeyen bir çocuk, kendisinin dünyaya gelmesinden sorumlu olan anne ve babasının hareketlerinin kurbanı olmamalıdır.

Bir çocuğun doğumu ile ilgili koşulları kendisinin belirleyemeyeceği gerçeği ışığında, çocuğun kendi kusurundan kaynaklanmayan, annesinin ve babasının seçimi ile gelişen olaylar zinciri neticesinde bulunduğu konum dolayısıyla haklarının süre ile kısıtlanması veya bu haklarının vasisi tarafından kullanılmaması halinde tamamen elinden alınması, insan haklarına saygılı, hukukun üstünlüğünü benimsemiş bir hukuk devletinde olmaması gereken bir durumdur.

Uluslararası sözleşmeler, yani Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 14. maddesi Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin 2. maddesi ve Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin 24. maddesi açısından, çocukların doğum koşullarına bağlı olarak farklı bir muameleye tabi olmamaları gerektiğinin ifade edildiği göz önünde bulundurularak, Anayasa'nın Başlangıç Kısmında ve 1. madde de yer alan hukukun üstünlüğü ve insan hakları kavramları yorumlanmalıdır.

Fasıl 278 madde 8 (a)(i)'de yer alan 5 yıl süre kısıtlaması ele alındığında, bir gayrimeşru çocuğun, huzurumuzdaki havaleye konu müracaatta iddia edildiği gibi, anne ve babasının birlikteliğinin 5 yıldan uzun sürmesi veya annenin herhangi bir nedenle 5 yıl içerisinde Fasıl 278 madde 8 (a) altında mahkemeye müracaat etmemesi hallerinde, o çocuğun hakları tamamen ortadan kalkmış olmaktadır.

Fasıl 278'in 8. maddesinde yer alan 5 yıl süre ile müracaat yapılması gerektiği şartının, şartın ihtiva ettiği kısıtlamanın insan haklarına ve bunun içerisinde yer alan çocuk haklarına uymayı kabul etmiş, hukukun üstünlüğünü benimsemiş bir hukuk devletinde olmaması gerektiği ve tüm bu kavramlara aykırı olduğu kabul edilir. Dolayısıyla, Fasıl 278 madde (8) (a)'da yer alan 5 yıl süreli sınırlama şartının Anayasa'nın Başlangıç Kısmına ve 1. maddeye aykırılık teşkil ettiğine karar verilir.”

Mahkeme, süresi içinde ve usulüne uygun şekilde yapılan başvuru üzerine, celpnamede belirtilen tarihte talebi incelemeye başlar ve tanık beyanları üzerine, biyolojik baba olduğu iddia edilen kişinin gerçekten çocuğun babası olduğu yönünde yaklaşık bir kanaat oluşursa, o kişinin çocuğun varsayılan babası¹⁶² (putative father) olduğuna, diğer

¹⁶² “Evlilik dışı çocuğun varsayılan babası” ifadesinden maksat, evlilik dışı bir çocukla ilgili olarak mahkemece çocuğun babası olduğuna karar verilen kişidir (EDÇY m.2). Bu, onun her hâlükârda biyolojik baba olduğunu ispatlamamakla birlikte, malî sonuçlu babalığa ilişkin nafaka emri için gerekli bir önlem mahiyetinde görülmelidir. Bir mahkeme kararında da bu husus teyit edilmektedir: “Nafaka emri verilmeden önce Mahkemenin aleyhine nafaka emri verilmesi istenen şahsın gayri meşru doğan çocuğun hakikaten babası olduğuna tatmin olması gerekir. Mahkeme aleyhine nafaka emri verilmesi istenen şahsın gayri meşru çocuğun hakikaten babası olduğuna kanaat getirdikten sonra bu gibi şahsın gayri meşru çocuğun babası (putative father) olduğuna hükmeder ve uygun gördüğü koşullar tahtında, çocuk için nafaka ödemesine emir verir. Mahkemenin esas yetkisi gayri meşru olan çocuğun babasının gayri meşru çocuğa nafaka ödemesi için emir vermektir. Çocuğun hakika-

deyişle malî sonuçlu babalığa hükmeder ve koymayı uygun göreceği kayıt ve koşullara bağlı olarak çocuğun bakım giderlerinin ödenmesi emrini içeren bir emirname düzenler. Ancak mahkeme, bu kanaati oluştururken, tarafların sunduğu tanık beyanlarını ve diğer emareleri yasal mevzuat çerçevesinde değerlendirmelidir. Mahkeme tarafından, evlilik dışı çocuğun anasından beklenen tanıklık, çocuğun ana rahmine düştüğü malum kritik dönem içinde, başka hiçbir erkek bulunmaksızın, sadece çocuğun babası olduğunu iddia ettiği kişi ile birlikte cinsel ilişkiye dayalı bir birliktelik yaşadığına ilişkin olup, bu tanıklığın ayrı ve müstakil bir başka tanık beyanıyla teyit edilmesi de gerekir. Ananın beyanını teyit etmeye yönelik tanıklık direkt veya çevresel tanıklık olup, sadece olasılık ile yetinilmemelidir¹⁶³. Bu şekilde, çocuğun biyolojik babası olduğu ileri sürülen kişiyi işaret eden herhangi bir tanık beyanı ve/veya başkaca delil mevcut olmadıkça ve bu tanık beyanı esas itibarıyla teyit edilmedikçe mahkeme, baba olduğu iddia edilen kişinin çocuğun varsayılan babası olarak hükmedemez (EDÇY m.9/1). Biyolojik baba olduğu iddiasıyla aleyhine dava açılan kişi, evlilik dışı çocuğun ana rahmine düşme ihtimali olan çocuğun doğumundan önceki 181. gün ile 302. gün arasındaki kritik dönemde ana ile birlikte yaşamışsa, ananın böyle bir birliktelikte yaşama süresi içinde çocuğa hamile kal-

ten babası olduğu hususunda verdiği hüküm ancak nafaka emrinin verilebilmesi için gerekli bir önlemdir.” (KKTC Yargıtayı 15.09.1988 tarih ve Aile Hukuk 6/88, D.3/88 sayılı kararına erişim için bkz. <http://www.mahkemeler.net/cgi-bin/yenikararara3.aspx>) (E.T. 25.03.2019).

¹⁶³ “Annenin çocuğun babalığı ile ilgili vereceği şahadet esastır: Bu şahadet babanın rıza göstermemesi veya kabul etmemesine bakılmaksızın verilmelidir. Annenin babalık ile ilgili şahadeti mutlaka esaslı olgular ile teyit edilmelidir. Annenin davalıya babalık ima eden şahadeti esaslı noktalarda bağımsız, direkt veya çevre şahadet ile teyit edilmesi gerekmektedir. Böyle bir şahadetin olasılıklara dayanması yetersizdir. Uzun bir zaman dilimi içerisinde (çocuğun ana rahmine düştüğü zaman da dahil) başka hiçbir erkek bulunmaksızın annenin davalı ile zaman zaman gönül ilişkisi yaşadığını ortaya koyan şahadet Mahkeme tarafından teyit edici şahadet olarak değerlendirilir. Çocuğun doğumundan önce anne ile davalı arasında var olan yakınlık tarafların sosyal durumundaki farklılığa rağmen teyit edici şahadet sayılabilir. Bu bağlamda babalığın kabulü veya davalının çocuğun babası olma ihtimalini gösteren herhangi bir davranış da teyit için yeterli olabilir. Anne çocuğun babası olduğunu el yazısı ile kabul eden davalı tarafından yazılmış bir mektup ile ilgili ehil tanık olarak şahadet verebilir. Mahkeme teyit edici şahadetin var olup olmadığına karar vermelidir. Mahkemenin vereceği hatalı bir karar yetkisizlikten Certiorari Emri ile iptal edilemeyecektir. Anne istintakı (sorgusu) sırasında başka erkeklerle olan ilişkisi ile ilgili sorgulanabilir ancak vereceği cevaplar çocuğun babasının başka biri olduğunu ortaya koymak haricinde inkâr edilemez.” (KKTC Yargıtayı, Aile Hukuk 24.10.2018 tarih ve 6/2016, D.1/2018 sayılı kararına erişim için bkz. <http://www.mahkemeler.net/cgi-bin/yenikararara3.aspx>) (E.T. 25.03.2019).

masının mümkün olmadığı kanıtlanmadığı müddetçe, çocuğun babası sayılır (EDÇY m.9/2).

KKTC hukukunda 1955 yılından beri hâlen yürürlükte olan Evlilik Dışı Çocuklar Yasası ilk yürürlüğe girdiği dönemde babalığın tespitinin klasik usullerle yapılabilceği; bu kapsamda ana ile çocuğun biyolojik babası arasında evlilik dışı cinsel ilişki yaşandığı ve çocuğun da bu cinsel ilişkinin sonucu olarak dünyaya geldiği hususunda mahkemenin ikna edilebileceği kabul edilmekteydi¹⁶⁴. Ancak, tıptaki bilimsel ve teknolojik gelişmelerle çocuk ile biyolojik baba olduğu iddia edilen kişi arasında doğal soybağının bulunup bulunmadığının tespiti, DNA analizi yöntemiyle yapılan genetik testler yoluyla oldukça kolay hâle geldiği için, KKTC Mahkemelerinde de soybağının tespiti için zaman zaman bu teste başvurulmaktadır¹⁶⁵. Ancak, soyut ve gerçeklik temeli bulunmayan salt babalık iddiası, böyle bir genetik testin yapılması için yeterli görülmediğinden, bu testin yapılmasına karar verebilmesi için, öncelikle ana ile biyolojik baba arasında bir cinsel ilişki gerçekleşip gerçekleşmediğine dair mahkemece ciddi kanaate ulaşılması gerektiği söylenebilir¹⁶⁶. Öte yandan, DNA incelemesi için mahkeme kararı, doğrudan doğruya kişinin vücut bütünlüğü ve kişi dokunulmazlığını ilgilendirdiği için, Türk hukukunun aksine, ilgili kişi bu testin yapılmasına mecbur bırakılamaz¹⁶⁷.

¹⁶⁴ **Külahçı**, s.156.

¹⁶⁵ **Külahçı**, s.156.

¹⁶⁶ **Külahçı**, s.156.

¹⁶⁷ **Külahçı**, s.156; benzer yöndeki görüşleri içeren bir mahkeme kararında aynen şu ifadelere yer verilmektedir: “Mahkemenin görevi, huzuruna gelen davayı veya istidayı (başvuruyu) tarafların sunduğu şahadet ve ibraz ettikleri deliller çerçevesinde ve yasal mevzuat uyarınca karar vermekten ibaret olmalıdır. Alt Mahkeme, duruşma sırasında ortaya çıkan hususlarda, emir verme tadir yetkisini haiz olduğu gibi, konunun çözümüne olanak sağlayacağını düşündüğü ve tarafların rıza göstermiş olduğu hususlarda da emir verme yetkisini haizdir. Bu hususa “DNA” testi yaptırılması yetkisi de girmekle birlikte, bu yetkinin keyfi olarak kullanılmaması gerekir. Huzurumuzdaki istinafta konu istida maksatları bakımından, tarafların rızalarının alınmadığı kayıtlardan görülmektedir. İstinafa konu istidada taraflar şahadet vermemiştir. Müstedi (başvuran) ile Müstedaaleyhin (aleyhine başvuru) karı-koca olarak yaşadıkları, aralarında cinsel ilişki olup olmadığı ve küçük Cemre’nin bu ilişkinin bir ürünü olduğu ihtimalinin bulunduğu konusunda şahadet ve deliller sunulmamıştır. DNA testi yaptırılması konusunda tarafların müşterek rızaları yoktur. Mevcut yasal durum, Hukuk veya Ahvali Şahsiye meselelerinde tarafların rıza göstermediği hallerde DNA testi yapılmasının Mahkeme tarafından zorlanabileceğine ilişkin bir kural içermemektedir. Alt Mahkeme bu durumu kabul etmesine rağmen “kesin ve adil bir sonuca ulaşabilmek için tıbbın sağladığı imkanları kullanmaktan çekinmemelidir”, diyerek Müstedaaleyhin DNA testi yaptırmasını zorlayıcı bir emir vermiştir. Genel hukuk ilkelerine göre mahkemeler uygulanabilir emirler vermek zorundadır. Alt Mahkemenin verdi-

Mahkeme, yapılan yargılama sonunda, aleyhine dava açılan kişi ile ilgili elde edilen deliller ışığında evlilik dışı çocukla biyolojik babası arasında doğal soybağının bulunmadığına karar verebileceği gibi; çocuğun ana ile davalı baba arasındaki cinsel ilişkinin bir ürünü olduğuna kanaat getirirse, çocuk ile baba arasında yasal soybağının kurulmasına ve babanın, çocuğun eğitim ve bakım giderlerine katkıda bulunmasına hükmedebilir¹⁶⁸.

Son olarak, KKTC hukukunda 2009 yılında yürürlüğe giren yeni “Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Tüzüğü” çerçevesinde KKTC vatandaşı, TC vatandaşı ya da üçüncü ülke vatandaşı bir karı-koca, her ikisinin de rızası alınmak kaydıyla, embriyo ve sperm bağışı yapabilir ve bu embriyo ve spermeler uygun şartlarda dondurulmak suretiyle merkezlerde saklanabilir. Ancak, bu şekilde saklanan embriyo ve spermeler, en fazla üç yıllık süre içinde, her iki eşin de rızası ile münhasıran bu evli çift üzerinde kullanılabilir. Bu sürede eşlerden birisinin ölmesi veya eşlerin birlikte talepte bulunması ya da boşanmaları hâlinde, saklanan embriyo ve spermeler derhal imha edilir¹⁶⁹. Yürürlükteki tüzük, KKTC, TC ve üçüncü ülkelerin vatandaşı olan evli çiftlerden alınacak olan yumurta, sperm ve bunlardan elde edilen embriyoların bir başka maksatla veya başka adaylarda kullanılması yasaktır. Dolayısıyla KKTC’de üremeye yardımcı tedavi uygulamalarını düzenleyen yürürlükteki Tüzük, kocadan başka birisinin spermelerinin kullanılmasına imkân vermediği için, Tüzüğe uygun gerçekleştirilen üremeye yardımcı tedavi uygulamaları sonucunda dünyaya gelen çocuklarla ilgili Fası 278 Evlilik Dışı Çocuklar Yasası’nın uygulanmasına gerek kalmaz. Ancak, Tüzüğe aykırı biçimde yapılacak uygulamalarla donör spermi kullanılarak oluşturulan embriyolardan dünyaya gelen evlilik dışı çocukların yasal soybağının Fası 278 Evlilik Dışı Çocuklar Yasası doğ-

ğı, DNA testi yaptırılmasına ilişkin emre uyulmaması, istidanın akıbetine tesir etmeyeceği gibi, Mahkeme istidayı dinleyip huzurundaki şahadet ışığında karar vermek zorundadır. Buna göre taraflardan birinin rızası olmadan DNA testi yaptırmaya zorlamanın, istida bakımından uygulanabilir bir çare olduğunu söylemek mümkün değildir. Yukarıda izah edilenler bağlamında, Yasal bir dayanağı olmadan verilen ve uygulanabilir olmayan “DNA” testi yapılmasına dair Alt Mahkemenin kararı hatalıdır ve iptali gerekir.” (KKTC Yargıtayı, 26.06.2015 tarih ve Aile Hukuk 3/2014, D.5/2015 sayılı kararına erişim için bkz. <http://www.mahkemeler.net/cgi-bin/yenikararara3.aspx>) (E.T. 25.03.2019).

¹⁶⁸ **Külahçı**, s.156.

¹⁶⁹ **Hansel**, s.155-157.

rultusunda kurulması ve bu suretle çocuğun soybağının düzeltilmesi talep edilebileceği gibi, evlilik dışı çocuğun anasının da mahkemeye başvurup biyolojik babadan malî giderlere katkı talep etme hakkı doğabilir¹⁷⁰.

VI. İslam Hukuku

İslam hukukuna göre genel olarak yalnızca meşru bir evlilikten doğan çocuğun biyolojik babasıyla arasında soybağı ilişkisi kurulur. Ancak nikah dışı meydana gelen çocuğun (*veled-i zina*) biyolojik babasının aynı zamanda çocuğun hukukî babası da sayılıp sayılamayacağı konusunda iki temel yaklaşım görülür: Bir görüşe göre¹⁷¹ *veled-i zina*, zina edenin soybağına giremez. Yani, çocuk ile biyolojik baba arasında herhangi yoldan soybağı ilişkisi kurulamaz. Zina mahsulü (evlilik dışı) çocukların biyolojik babalarına ilhak edilemeyeceği konusunda objektif kıstas olarak nikah esas alınır. Dolayısıyla bu görüşe göre *veled-i zinanın*, babalık iddiasında bulunan zaniye (biyolojik babasına) ilhakı hiçbir şekilde mümkün değildir. Bir başka ifadeyle, İslam hukukunda, doğal soybağı belli olmayan, kimin soyundan geldiği bilinmeyen bir çocuğu, yaşı itibarıyla onun biyolojik babası olmaya uygun ergin bir erkeğin, “*Bu benim çocuğumdur*” ikrarında bulunup tanınmasıyla soybağı sübuta erdiği hâlde, babalık davası yoluyla nesepsiz (evlilik dışı) çocuğun soybağını düzeltme olanağı tanınmamış ve çağdaş hukuktakine benzer bir babalık davası kurumu öngörülmemiştir¹⁷². Buna karşın, bazı İslam hukukçuları ise, gayri meşru çocukla biyolojik babası arasında soybağının kurulabileceğini savunmuş; bu çerçevede Hanbeli mezhebinde biyolojik babaya nikah dışı çocuğun soybağının mahkeme kararıyla ilhak edileceğine dair bir görüş de ileri sürülmüştür¹⁷³.

Öte yandan, Tanzimat’tan önceki dönemde aile hukukunu düzenleyen ve genel geçer bir kodifikasyon niteliği taşıyan Batı normlarına uygun herhangi bir hukukî metin bulunmamasına rağmen, Osmanlı Devleti’nde 1912 yılında kanunlar ihtilafı ile ilgili olarak kabul edilen geçici bir kanunda, yabancılara ait olan babalık, soybağının reddi gibi aile hukukuna ilişkin davaların Türk mahkemelerinde görüleceği ve kamu düzenine

¹⁷⁰ Hansel, s.165.

¹⁷¹ Erturhan, S.: Fıkî Açından Biyolojik Annelik ve Babalık (İHAD, S.2010/15, s.175-196), s.186.

¹⁷² Şatıroğlu- I, s.504.

¹⁷³ Erturhan, s.193.

aykırı olmamak şartıyla ilgililerin millî kanunlarına ve kanunlar ihtilafı hâlinde devletler özel hukuku kurallarına göre işlem yapılacağı belirtilmiştir¹⁷⁴.

Ayrıca Tanzimat’la birlikte Osmanlı Devleti’nin aile hukukuna ilişkin ilk resmî kodu olan ve çağdaş anlamdaki kanunlaştırma hareketinin son halkasını oluşturan 157 maddeden ibaret 1917 tarihli Hukuk-i Aile Kararnamesi, Mecelle-i Ahkam-ı Adliye’de yer verilmeyen bazı aile hukuku konularını modern tarzda kaleme alarak düzenlemiş ve 1919 yılına kadar yürürlükte kalmıştır¹⁷⁵. Maddî ve şeklî açılardan İslam aile hukukuna önemli yenilikler getiren ilk resmî kodifikasyon niteliğindeki Hukuk-i Aile Kararnamesi’nde daha ziyade evlenme ve boşanmaya ilişkin hükümlere yer verilmiş olsa da; soybağı, nafaka, velayet gibi konulara değinilmediğinden, anılan düzenlemenin şekil ve esas yönünden eksik kaldığı söylenebilir¹⁷⁶. Ancak yine de 1917 tarihli Hukuk-i Aile Kararnamesi’ne gelinceye kadar Tanzimat’tan önceki dönemde Osmanlı Devleti’nde uygulanan İslam hukukunun aile hükümlerini havi hiçbir hukukî metnin bulunmadığı söylenemez. Her ne kadar kaleme alınış tekniği bakımından batılı sistematığe sahip olmasa da, İslam hukukunun aile hükümlerini yansıtan bazı fıkıh kitapları ve kanun mecmualarından da söz etmek gerekir, ki bu bağlamda klasik İslam hukuku kitaplarından sayılan ve fakat modern kanunlar tarzında, Hanefî mezhebi esas alınarak hazırlanan, Mısırlı İslam hukukçusu Kadri Paşa’nın 1865 tarihli *El-Ahkâm Eş-Şer’iyye Fî’l-Ahvâli’ş-Şahsiye* adlı eseri zikredilmelidir. Anılan eserde çocuğun soybağı ve hatta babalık davasıyla yakından alakalı çeşitli hükümler mevcuttur. İslam aile hukukunun babalık davasına bakış açısını yansıtmaları bakımından önemli içeriği haiz bu eserin “Çocuklar” başlıklı dördüncü kitabının dördüncü fasıl (m.348-355) hükümleri doğrudan babalık davası ve soybağının ispatı konularını ele almaktadır. Bu bağlamda anılan eserin 355. maddesine göre biyolojik babalık, iki âdil erkek veya bir âdil erkek ile iki âdil kadının tanıklığıyla sabit olur¹⁷⁷. Ayrıca babalık davasında davalı olan erkek sağ olup,

¹⁷⁴ Cin, H./Akgündüz, A.: Türk Hukuk Tarihi, II. Cilt, İstanbul 1996, s.352.

¹⁷⁵ Ünal, M.: Medenî Kanunun Kabulünden Önce Türk Aile Hukukuna İlişkin Düzenlemeler ve Özellikle 1917 Tarihli Hukuk-i Aile Kararnamesi (AÜHFD, C.34, 1977/1, s.195-231), s.205, 208, 210, 211, 227; Cin, H.: İslam ve Osmanlı Hukukunda Evlenme, Konya 1988, s.293.

¹⁷⁶ Akgündüz, A.: İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı, Özel Hukuk-I, C.II, İstanbul 2012, s.238-239.

¹⁷⁷ Akgündüz, s.1629.

kendisi veya vekili hazır bulunduğu takdirde, biyolojik babalık olgusunun, yani soybağının tek başına ispatı mümkündür; fakat baba veya oğul ölmüşse, salt babalık olgusunun ispatı için artık dava açılamaz¹⁷⁸. Yine, soybağı belli olmayan erkek veya kız çocuk, bir erkeğin kendi babası olduğunu ikrar eder ve o erkek de, çocuğa baba olabilecek bir yaşta bulunması kaydıyla, çocuğun kendisinden olduğunu tasdik ettiği takdirde, o erkeğin babalığı sabit hâle gelir¹⁷⁹.

Öte yandan, İslam hukukunda baba yönünden soybağının evlilik dışında sübutu, ikrar ve tanıklık yoluyla gerçekleştirilebileceği gibi, iz sürme metoduna dayanan, karine, emare ve alamet ile hüküm verilen hâller de bu kapsamda değerlendirilebilir. *Kıyâfe* (fizyonomi) olarak da anılan iz sürme/benzerlik metoduyla ispat, İslam muhakeme hukukunda bilirkişi incelemesiyle çocuğun fizyolojik olarak biyolojik babasına benzerliğinden hareketle soybağının sübutuna yer verir¹⁸⁰. Mezhepler arasında kıyâfeye bakışta farklılıklar görülmüş ve bazı mezheplerce soybağı tespitinde kıyâfe metoduna itibar edildiği ve kaiflerin bilirkişi olarak görüldüğü; bazı mezheplerin ise kıyâfeyi delil olarak görmediği, kaiflerin sözüne göre hareket etmediği ve sırf benzerliğe dayalı ve hiçbir ilmî esasa dayanmayan bu yöntemi dışladığı anlaşılmaktadır¹⁸¹. Bununla birlikte artık çağdaş İslam hukukçuları, çocuğun babasıyla arasındaki müşterek illetten ve kullanılan yöntemden dolayı DNA analizini kıyâfe deliline kıyas ederek buna cevaz verilmesi gerektiğine hükmetmişlerdir¹⁸². Bu itibarla kıyâfe delilinde, çocuk ile biyolojik babasının organları arasındaki fizyolojik benzerlik, soybağının tespitinde ancak bir karine olarak kabul edilip soybağının karine yoluyla ispat edilmiş sayıldığı söylenebilir¹⁸³.

Günümüz İslam hukukçuları ise, teknolojik gelişmeler doğrultusunda keşfedilen DNA parmak iziyle ispat yöntemini de irdelenmişler ve bu yöntemin İslam muhakeme ve

¹⁷⁸ Akgündüz, s.1629.

¹⁷⁹ Akgündüz, s.1629.

¹⁸⁰ Yılmaz, İ.: İslâm (Aile) Hukukunda DNA Parmak İzi Testi İle Nesebin Sübûtu (İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, S.2013/2, s.63-112), s.79-80; Turan, M. F.: İslam Muhakeme Hukukunda İz Bilimi (Kriminalistik) ve Adli Tıp Çalışmalarını Anımsatan Bazı Uygulamalar (AÜİFD, S.33, Erzurum 2010, s.145-169), s.151, 154.

¹⁸¹ Turan, s.156, 158.

¹⁸² Yılmaz- İslam, s.80.

¹⁸³ Yılmaz- İslam, s.88.

ispat hukukundaki yerini tartışmışlardır. Bu tartışmalarda DNA parmak izinin bir karine olmakla birlikte ikrar ve tanıklıkta olduğu gibi hâkimin kanaatini kesin olarak etkilemekte yetersiz olduğu, DNA testinin yapıldığı ortam ve dış koşullardan dolayı hata olasılığı bulunduğu ve sebeple delil değerinin kesinlik ölçüsünde sayılmadığı¹⁸⁴; DNA testinin ilmî esaslar üzerine kurulu müstakil ve doğrudan bir delil olması sebebiyle kıyâfe ile kıyaslanamayacağı, kıyâfenin bir zan bildirmesine rağmen DNA testinin maddî bulgulara dayalı kesinlik ihtiva ettiği¹⁸⁵; DNA testinin diğer şer’i delilleri tamamlayıcı ve destekleyici olarak hâkimin güvenilebileceği, takdir ve kanaatine dayanak oluşturmaya elverişli bir delil niteliği taşıdığı¹⁸⁶ ve son olarak DNA testinin İslam hukuku nazarında soybağının ispatına elverişli kabul edilebilmesi için en az iki uzmanın katılımıyla birden fazla yapılması, uzman kişilerin Müslüman ve tam ehliyetli olması, soybağı uyuşmazlığının taraflarıyla bir yakınlığı veya akrabalığı bulunmaması, laboratuvarların devlete bağlı veya onun denetiminde bir yerde ve tahlil sonucuna olumsuz etkide bulunabilecek bütün olumsuz faktörlerinden arındırılmış olması gibi şartlar öne süren görüşlere de rastlanılır¹⁸⁷.

Görüldüğü üzere, DNA parmak izinin şer’i bir ispat aracı olarak kabulünden önceki dönemde İslam aile hukukunda soybağının ispatı bakımından tanıklığın ve ikrarın bağlayıcı olma özelliğinin öne çıktığı anlaşılmaktadır. Hatta soybağı, evlenme, velayet gibi konulara ilişkin davalarda olayı bizzat görüp bilmeden başkalarından duyulanlara göre tanıklık yapılabileceği belirtilmiş ve bu gibi olayları bizzat görenlerin sayısı az olduğundan, duyarak tanıklık yapmaya istihsân¹⁸⁸ yoluyla cevaz verilmiştir¹⁸⁹. Söz konusu davalarda bir kişinin duyduklarına göre tanıklık yapabilmesi için dava sebebi vakıaların halk arasında yaygınlaşması (şöhret) gerektiği; bu şekilde bir kişinin yanında iki erkek veya bir erkek ile iki kadın tanıklık yaptığında ispata konu olayın, ilgisi olan kişi-

¹⁸⁴ **Yılmaz-** İslam, s.91-92, dn.263-269.

¹⁸⁵ **Yılmaz-** İslam, s.93, dn.270-275, 298.

¹⁸⁶ **Yılmaz-** İslam, s.95, dn.294.

¹⁸⁷ Bkz. **Yılmaz-** İslam, s.104, dn.370-379.

¹⁸⁸ İstihsân; hâkimin, bir olayda, daha kuvvetli gördüğü özel bir husustan dolayı, o olayın benzerlerine verdiği hükümden vazgeçip yeni olay hakkında başka bir hükme yönelmesidir; bkz. **Çalışkan, İ.:** İslâm Hukukunda İstihsân ve İstihsân Çeşitleri (https://acikders.ankara.edu.tr/pluginfile.php/80570/mod_resource/content/0/12-%C4%B0stihs%C3%A2n.pdf) (E.T. 21.12.2021).

¹⁸⁹ **Demir, A.:** Osmanlı Mahkemesi, İzmir 2010, s.127.

ye göre yaygınlık kazanmış sayılacağı da belirtilmiştir¹⁹⁰. Ayrıca İslam ve Osmanlı hukukunda tanıklığın kesin delillerden olduğu; güvenilir tanıkların usulüne uygun yaptıkların tanıklığın hâkimi bağlayıcı nitelik taşıdığı ve hâkimin buna göre hüküm vermek zorunda olduğu; bundan başka, kesin karine, ikrar ve yemin diğer delil çeşitleri arasında sayılarak bunların da hâkimi bağlayıcı nitelikte olduğu ileri sürülmüştür¹⁹¹. Bu bağlamda, şartlarına uygun olarak yapılan soybağı ikrarı, hem ikrar eden hem de başkaları hakkında geçerli olduğundan, bir kişi babalığı hususunda ikrarda bulunduğu takdirde bu ikrarı hem kendisi hem de bütün varisleri bakımından geçerlilik taşır¹⁹². Örneğin, bir erkek, bir kişi hakkında “*Bu benim çocuğumdur*” dediğinde, çocuğun nesebi belirsiz ve ikrarda bulunanın çocuğu olabilecek yaşta ise, çocuk ayırt etme gücü taşır ve ikrar edenin beyanını onaylarsa, babalık ikrarı geçerli olur¹⁹³.

Bütün bu anlatılanları, geçmiş dönemlerin İslam toplumlarında egemen olan sosyokültürel yapıya, hukuk anlayışındaki farklılığa ve tıptaki ilkelliğe dayandırmak mümkün olabilir. Halbuki çağımızın hukuk ve tıp alanındaki gelişen ispat araçları ve yöntemleri dikkate alındığında, 19. yüzyılda itibar edilen tanıklık ve ikrar gibi olguların, soybağının ispatında bugün için hiçbir değerinin kalmadığı tartışmasız kabul edilmektedir. Nitekim, İslam hukukuna göre evlilik dışı doğan çocuğun soybağının tespitinde DNA testinin caiz bir ispat aracı olarak kabulünden sonra, artık tanıklık, yemin, kıyâfe ve benzeri delil türlerine ihtiyaç kalmadığı, bunların soybağının aydınlatılmasında geçerliliğini kaybettiği de söylenebilir.

¹⁹⁰ Demir, s.127-128.

¹⁹¹ Demir, s.113.

¹⁹² Demir, s.178.

¹⁹³ Demir, s.178.

BİRİNCİ BÖLÜM
BABALIK DAVASININ USUL HUKUKU VE MADDÎ
HUKUK AÇISINDAN ÖZELLİKLERİ

§ 2. TARAFLAR ve DAVAYA MÜDAHALE

A. Taraflar

I. Davacılar

1. Ana ve Çocuk

a. Davacı Sıfatı (Aktif Husumet)

Türk Medeni Kanunu’nun 301. maddesinin birinci fıkrasına göre, çocuk ile baba arasındaki soybağının mahkemece belirlenmesini münhasıran ana ve çocuğun kendisi isteyebilir. Kanun koyucu, anılan hükümle birlikte, önceki Medenî Kanun’a paralel olarak, evlilik dışı doğmuş çocuk ile onun biyolojik babası arasındaki hukukî anlamda soybağı ilişkisinin mahkeme kararıyla kurulabilmesi için dava açma hakkı bulunan kişileri açıkça belirlemiştir. Esasında kanun koyucunun, ana ve çocuğun dava haklarını ele aldığı TMK m.301/1 hükmüyle, babalık davasında davacı sıfatını (aktif husumeti) haiz kişileri öngörmek istediği de anlaşılmalıdır. Zira aktif husumet (*Aktivlegitimation*), maddî hukuka göre kişiye bir konuda dava hakkı veren, kişinin o konuya ilişkin maddî hukuk kuralı çerçevesinde dava açmaktaki hukukî yararının dayanağını teşkil eden, diğer bir ifadeyle uyuşmazlık konusu maddî hukuk ilişkisinin gerçek süjesi olduğunu gösteren bir husustur¹⁹⁴. Dolayısıyla, maddî hukuka göre talep hakkının gerçek sahibi olan kimsenin, aktif husumeti taşıdığı kabul edilerek, davadaki haklılık durumu, yerindelik temelinde esasa girilerek incelenir.

Doktrinde “taraf sıfatı” yahut “davada sıfat” (*Sachlegitimation*) şeklinde de ifade edilen husumet, maddî içeriğine göre bir hukukî ilişkinin süjelerinin belirlenmesinde

¹⁹⁴ **Pekcanitez, H./Taş-Korkmaz H.:** Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, 15. B., İstanbul 2017, s.607; **Kuru, B.:** Hukuk Muhakemeleri Usulü, C.I, 6. B., İstanbul 2001, s.1158; **Tanrıver, S.:** Medenî Usul Hukuku, C.I, Temel Kavramlar ve İlk Derece Yargılaması, Tümüyle Gözden Geçirilmiş, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 4. Bası, Ankara 2021, s.564; **Karşı, A.:** Medeni Muhakeme Hukuku, 5. Baskı, İstanbul 2020, s.290.

işlev gören, usule değil; esasa, yani maddî hukuka ilişkin bulunan ve dava konusu subjektif hakkın tarafları (sahibi ve yükümlüsü) bakımından aktif ve pasif şekilde yansıması olan bir kavramdır¹⁹⁵. Bir kimsenin davada gerçekten davacı ya da davalı sıfatını taşıyıp taşımadığı hususu, bir usul hukuku sorunundan ziyade, dava konusu subjektif hakkın özüne ilişkin bir maddî hukuk sorunudur; dolayısıyla maddî anlamda hukukî ilişkinin süjelerinin belirlenmesinde subjektif açıdan belirleyici bir unsur sayılan sıfat, maddî hukuk kapsamında kalan ve ancak davanın esasına girildikten sonra anlaşılabilen bir meseledir¹⁹⁶. Davanın tarafları bakımından sıfat yokluğu söz konusu olduğu takdirde, sıfat bir dava şartı olmadığından, dava usulden değil, esastan reddedilmelidir¹⁹⁷. Bu itibarla kanun koyucu, TMK m.301/1 hükmünü sevk etmek suretiyle, babalık davasında aktif husumet meselesini düzenleyip açık ve dar bir biçimde ana ve çocuğun davacı sıfatını taşıdığını öngördüğü için, aynı zamanda bu kişilerin dava açmakta hukukî menfaatlerinin de bulunduğu evleviyetle kabul edilir¹⁹⁸. Fakat, babalık davasında davacı olabilecek kişilerin kanunda bu şekilde açıkça sayılmış olması daraltıcı bir etki yarattığından, evlilik dışı çocuğun biyolojik babasının tespitinde sosyolojik, psikolojik ya da ekonomik nitelikte herhangi bir menfaati olan her ilgilinin değil; sadece kanunda açıkça zikredilen kişilerin dava açabilmesine imkân tanınır¹⁹⁹. Örneğin Cumhuriyet savcısının, nüfus müdürlüğünün ya da Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı'nın babalık davasında

¹⁹⁵ **Jauernig, O./Hess, B.:** Zivilprozessrecht, 30. Aufl., München 2011, § 22, Rn.1, s.83-84; **Musielak, H. J./Voit, W.:** Grundkurs ZPO, 12. Aufl., München 2014, § 3, Rn.120, s.84; **Pohlmann, P.:** Zivilprozessrecht, 3. Aufl., München 2014, Rn.248, s.106; **Üstündağ, S.:** Medenî Yargılama Hukuku, C.I-II, 7. B., İstanbul 2000, s.301-302; **Kuru-** Usul, C.I, s.1157-1159; **Pekcanitez/Taş-Korkmaz-** Pekcanitez Usûl, s.607; **Börü, L.:** Sıfat ve Dava Takip Yetkisi (BATİDER, C. XXVII, 2011/3, s.249-278), s.252-253. Karş. **Bilge, N./Önen, E.:** Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, 3. B., Ankara 1978, s.411-412.

¹⁹⁶ **Gören-Ülkü, N.:** “Sıfat”ın Bir Dava Şartı Olup Olmadığı Sorunu (MÜHF-HAD, C.13, S.2007/3-4, s.103-115), s.112; **Alangoya, H. Y./Yıldırım, M. K./Deren-Yıldırım, N.:** Medenî Usul Hukuku Esasları, Genişletilmiş Gözden Geçirilmiş 7. Baskı, İstanbul 2009, s.121; **Kuru-** Usul, C.I, s.1159; **Pekcanitez/Taş-Korkmaz-** Pekcanitez Usûl, s.612; **Atalı, M./Ermenek, İ./Erdoğan, E.:** Medenî Usûl Hukuku, 3. B., Ankara 2020, s.226; **Börü-** Sıfat, s.252-253, 255.

¹⁹⁷ **Grundsky, W./Jacoby, F.:** Zivilprozessrecht, 14. Aufl., München 2014, Rn.254, s.75; **Jauernig/Hess,** § 22, Rn.2, s.84; **Musielak/Voit,** GK ZPO § 3, Rn.120, s.84; **Pohlmann,** Rn.248, s.106; **Kuru-** Usul, C.I, s.1194-1197; **Üstündağ,** s.306; **Gören-Ülkü,** s.112; **Börü-** Sıfat, s.256.

¹⁹⁸ **Hanağası, E.:** Davada Menfaat, Ankara 2009, s.180.

¹⁹⁹ **Kuru'**ya göre, aslında çocuğa ait olan babalık davası açma hakkı, yakından ilgisi bulunması sebebiyle çocuğun anasına da tanınmış olduğu için, ana bu davayı çocuğun yasal temsilcisi olarak değil, tek başına ve kendi adına açar (bkz. **Kuru-** Usul, C.I, s.1173).

taraf sıfatının (husumet ehliyetinin) bulunmadığı söylenebilir²⁰⁰. Bu sebeple kanun koyucu, evlilik dışı çocuğun biyolojik babasının tespitinde doğrudan ve kişisel menfaati olan ve bu menfaatin malvarlığı ya da şahısvarlığı üzerinde dolaysız şekilde tezahür ettiği kişilere babalık davası açma hakkı bahşetmektedir. Elbette bu cümleden, ana ve çocuk dışında çocuğun yasal soybağının kurulmasında menfaati bulunan her ilgilinin davacı sıfatını taşıdığı anlamı çıkarılamaz; örneğin, borçlusunun zengin birisinin oğlu olduğunu öğrenen kişi, borçlusunun bu kişiyle soybağının kurulmasında ekonomik menfaati olsa bile, babalık davası açmakta sıfatı yoktur²⁰¹.

Öte yandan, doktrindeki bir görüşe göre²⁰², babalık davasının konusunu oluşturan evlilik dışı çocuğun biyolojik babasıyla yasal soybağının kurulması noktasında çocuğun anası, soybağı ilişkisinin tarafı konumunda olmayıp subjektif hakkı da bulunmadığından, çocuğun soybağına ilişkin bu inşâî hakka yabancı bir üçüncü kişi olarak babalık davası açma konusunda kendisine yetki verildiği; yani anaya, teknik anlamda kendisinden başka birisine (çocuğuna) ait hakkı dava yoluyla takip etme yetkisi tanındığı ileri sürülmüştür. Anılan görüşe göre, biyolojik baba olduğu iddia edilen kişi ile evlilik dışı çocuk arasındaki soybağı ilişkisine yabancı bir üçüncü kişi olduğu hâlde çocuğun anasına, taraf olarak kendi adına babalık davası açma olanağının tanınmış olması, çocuğun dava hakkına hâlel getirmeyip, ananın ve çocuğun birbiriyle yarışan iki ayrı dava takip yetkisine sahip oldukları²⁰³; bu itibarla, babalık davasında davacı olabilecek kişileri düzenleyen TMK m.301/1 hükmünde evlilik dışı çocuğun anasının zikredilmiş olması, taraf sıfatına (aktif husumet ehliyetine) bağlı olarak değil, dava takip yetkisine bağlı olarak açıklanmış ve babalık davası bağlamında çocuğun soybağı yönünden biyolojik

²⁰⁰ “Babalık davasında nüfus müdürlüğüne husumet düşmez. Bu bakımdan nüfus müdürlüğünün davalı olarak gösterilmesi usul ve yasaya aykırıdır” (Y. 2. HD. 18.01.2010, E.2008/18237, K.2010/648; Legalbank İçtihat). “...Babalık davasında nüfus müdürlüğünün taraf ehliyeti yoktur.” (Y. 2. HD. 22.05.2003, 6176/7437; **Gençcan-** Medeni Kanun, s.2230). “...Babalık davasının anne veya çocuk tarafından açılacağı Cumhuriyet savcısının babalık davası açma hakkı olmadığı gözetilmeden Cumhuriyet savcısının açtığı davanın da kabulü doğru değildir” (Y. 2. HD. 29.04.2002, 4236/5592; **Gençcan-** Medeni Kanun, s.2233). “...Cumhuriyet savcısının babalık davası açma hakkı bulunmamaktadır.” (2. HD. 12.03.2012, E.2010/22803, K.2012/5537; **Gençcan-** Aile Mahkemesi, s.1220).

²⁰¹ **Hanağası-** Menfaat, s.180.

²⁰² **Dişel, B.:** Dava Takip Yetkisi, İstanbul 2020, s.58, 278.

²⁰³ **Dişel,** s.278-279.

babasıyla olan soybağı ilişkisinin tarafı olmayan ananın dava hakkının (daha doğru bir ifadeyle dava yetkisinin) usuli açıdan bu kavrama dayandırılması gerektiği belirtilmiştir²⁰⁴. Anılan görüş çerçevesinde ananın açtığı babalık davasında evlilik dışı çocuk taraf teşkil etmediği gibi, ana da, çocuğun kanunî temsilcisi olarak değil, bizzatihi kendi adına davanın tarafı olarak dava takip yetkisine dayandığından, doğal soybağı ilişkisinin maddî hukuk süjesi olmayan ana, çocuğun hakkı (yani, başkasının hakkı) için dava açabilmektedir. Ana, dava takip yetkisi sahibi; çocuk, hak sahibi; biyolojik baba olduğu iddia edilen davalı ise karşı taraf konumundadır²⁰⁵. Yine, aynı görüşü savunan başka yazarlar da, ananın babalık davasındaki davacı konumunu, kanunî dava yetkinliği²⁰⁶ (*gesetzliche Prozeßstandschaft*)²⁰⁷ olarak adlandırılan usul hukuku kavramına dayandırmışlar ve evlilik dışı çocuğun biyolojik babasıyla arasında yasal soybağı ilişkisinin kurulmasına dair inşâî hakkı davacı ananın kendi adına kullanmak suretiyle kanundan dolayı esasa ilişkin hüküm elde etme yetkisini kazandığını, bunun ise dava takip yetkisi (*Prozeßführungbefugnis*) sayesinde mümkün olabildiğini ileri sürmektedir.

Kanımızca, bu görüş salt usul hukuku çerçevesinden bakıldığında mantıklı görünebilir. Fakat usul hukuku kurallarının maddî hukuk ile birlikte ele alınması gerekmekte olup, maddî hukuk tarafından hedeflenen menfaatin korunması için hangi usulî kavramların işlev taşıdığı salt usul hukuku bilgisine dayanarak açıklanamaz. Usul hukuku, maddî hukuk ile birlikte yorumlandığı takdirde nihai amacına ulaşabilir. Bu bağlamda, kanun koyucu tarafından evlilik dışı çocuğun anasına bahsedilen babalık davası açma hakkının usul hukukundaki anlamını irdelerken evlilik dışı çocuk ile onun biyolojik babası arasındaki doğal soybağının hukukî bir statüye, yani yasal soybağına kavuşturulması noktasında çocuğu doğuran ananın doğrudan ya da dolaylı ne gibi subjektif hak

²⁰⁴ **Dişel**, s.114, 278-279.

²⁰⁵ **Dişel**, s.58, 61, 278.

²⁰⁶ **Deren-Yıldırım, N.:** Türk, İsviçre ve Alman Medeni Usul Hukukunda Kesin Hükümün Subjektif Sınırları, İstanbul 1996, s.27 vd.; **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s.118.

²⁰⁷ **Herzig, C. A.:** Prozeßstandschaft im Kindesunterhaltsrecht- quo vadis? (Kaleidoskop des Familien- und Erbrechts Liber amicorum für Alexandra Rumo-Jungo, hrsg. Eitel/Zeiter, Zürich-Basel-Genf 2014, s.147-167), s.156-157. Aksi yönde ise bkz. İsviçre Federal Mahkemesi'nin 19.03.2009 günlü ve 5A_104/2009 sayılı kararının 2.2 no.lu paragrafı (Karar için bkz. https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/de/php/aza/http/index.php?highlight_docid=aza%3A%2F%2F19-03-2009-5A_104-2009&lang=de&type=show_document&zoom=NO&) (E.T. 11.12.2019).

ve menfaatinin olabileceğini düşünmek gerekir. Evlilik dışı çocuk ile biyolojik babası arasındaki soybağı ilişkisi bakımından ananın hiçbir şekilde hak sahibi olmadığı, kişilik haklarının etkilenmediği, hukuken bu ilişkiye tamamen yabancı bir üçüncü kişi olarak konumlandığı ve babalık davasında anaya dava takip yetkisinin ana ile çocuk arasındaki iç ilişkinin sonucunda çocuğun menfaatini korumak amacıyla tanındığı yönündeki *Dişel*'in ifadelerine²⁰⁸ çeşitli gerekçelerle katılamıyoruz.

Her şeyden önce, evlilik dışı çocuğu doğuran kadının, çocuğun biyolojik babasıyla arasındaki doğal soybağının tespit edilip buna bağlı olarak hukuken etki ve sonuç yaratan yasal soybağı ilişkisinin kurulması hâlinde birtakım hak ve menfaatlerinin ortaya çıkması kuvvetle muhtemeldir²⁰⁹. Örneğin, dava kabul edildiğinde, ananın velayetten doğan yükümlülüklerini çocuğun babasıyla paylaşması söz konusu olabileceği gibi, evlilik dışı çocuğun hukukî babasının belirlenmesiyle ana üzerindeki çeşitli toplumsal ve sosyal çevreden yönelen olumsuz psikolojik etkiler kaybolabilir; ana, yaşadığı çevrenin psiko-sosyal tepkilerine (tabiri caizse, mahalle baskısına) ve toplumsal cinsiyet temelli ayrımcılığa maruz kalmaktan kurtulabilir. Çocuk ile biyolojik babasının arasındaki soybağı ilişkisinde ana, teknik olarak üçüncü kişi gibi görünse de, hukuken bu ilişkinin dışında alelade bir kimse olarak kabul edilemez. Çocuğun soybağı, ananın hukuksal alanında da sonuçlar doğurur. Nitekim evlilik dışı çocuğun biyolojik babasının tespit edilip yasal soybağına ilişkin sorunun çözülmesi, ananın kişilik haklarına ve kişisel statüsüne katkı sağlar ve onun özel hayatını doğrudan ilgilendirir. Yine ananın, nispî anlamda kişiye sıkı sıkıya bağlı hakkı doğrultusunda, çocuğun (ya da kayyımın) iradesi hilafına dahi bu davayı ikâme edebileceği göz önüne alındığında, çocuğun hukuku ile anasının hukuku arasında çakışan menfaatler gündeme gelebilir²¹⁰. Ayrıca, çocuk ile ananın dava açmaları için farklı sürelerin öngörülmüş olması, ayırt etme gücünü haiz kısıtlı (sınırlı ehliyetsiz) ananın bizzat kendisi tarafından dava açılabilmesi gibi hususlar, yukarıda anılan yazarın görüşüne karşı argüman olarak gösterilebilir. Nitekim dava takip yetkilisinin sınırlı ehliyetsiz olduğu diğer hâllerde, kanunen kendisine tanınan bu

²⁰⁸ **Dişel**, s.58, 61, 114, 278-279.

²⁰⁹ Ayrıca bkz. **Hanağası, E.**: Davada “Sıfat” Kavramına İlişkin Yeni Bir Yaklaşım Denemesi (MİH-DER, C.11, S.32, 2015/3, s.51-90), s.75-76.

²¹⁰ **Lötscher, C.**: Die Prozessstandschaft im schweizerischen Zivilprozess, Basel 2016, s.421, N.995.

yetkiyi yasal temsilcisi olmaksızın tek başına kullanabilmesi ise, babalık davasındakinin aksine, mümkün değildir.

Ayrıca ananın bu davayı açmaktaki menfaatinin doğrudan ve kişisel değil de, dolaylı ve genel olarak ortaya çıktığı iddiası da haklı değildir. Zira ana için, evlilik dışı çocuğun soybağının kurulmasıyla oluşan bu soybağı ilişkisinin doğurduğu tazminat, nafaka ve diğer malî ödemelere ilişkin talepler yönünden, babalık davasının kazanılması, ananın malvarlığında doğrudan doğruya etki ve sonuçlar meydana getirir. Yani ananın, bizatihi açacağı babalık davasında kendi alacaklarına yönelik talebi, davalının biyolojik babalığının tespitine bağlı olup, bu taleplerin kabulü durumunda bundan direkt ana etkilenir. Dolayısıyla babalık hükmü çocuğun adına verilmekle birlikte, bu hükme bağlı ve onun uzantısı konumundaki fer'î taleplerle ilgili kısım ise ana adına verilir ve onun sübjektif haklarını ilgilendirir. Halbuki sıfatı olmaksızın salt dava takip yetkisine dayanarak davacı olan bir kişinin dava ile elde edeceği yarar, onun malvarlığında doğrudan değil; ancak sıfat sahibinin malvarlığı çerçevesinde dolaylı şekilde ortaya çıkar²¹¹. Bu itibarla, ananın açtığı dava ile çocuğun açtığı dava, konuları itibariyle tamamen aynı olmayabilir ve bire bir örtüşen içerik taşımayabilir²¹².

Öte yandan, çocuğun hak ve yüksek yararının korunması hedefi doğrultusunda davacı sıfatı olmadığı iddia edilen anaya dava takip yetkisi tanınmasına da ihtiyaç yoktur. Zira, evlilik dışı çocuğun doğumuyla birlikte vesayet makamı durumdan haberdar olduğunda, derhal evlilik dışı çocuğa kayyım atayarak çocuğun haklarının korunmasını sağlar. Kaldı ki, TMK m.301/3 hükmünde ana tarafından açılan davanın, çocuğun hakları ile hukukî yararını korumakla ödevli kayyıma ihbarı öngörüldüğünden, ananın, çocuğun inşâî hakkının kullanılmasına yönelik babalık davasını, davacı sıfatından arı, salt dava takip yetkisine dayanarak açmasının hangi amaca hizmet edeceği de belirsizdir.

Bu arada çocuk, tek başına açtığı babalık davasında her hâlükârda kendine ait inşâî hakkını kullanmış sayılır. Fakat ana ile birlikte açılan davada, yani hem çocuğun kendisine ait davacı sıfatıyla hem de ananın dava takip yetkilisi olarak kendi adına kü-

²¹¹ **Hanağası-** Menfaat, s.190.

²¹² **Artus-** I, s.170.

mülâtif dava arkadaşı şeklinde açtıkları babalık davasında çocuğun tek bir hakkının aynı anda talep edildiği iki ayrı davadan söz edilir ki, böyle bir olasılıkta ananın davacı sıfatı olmadan, salt dava takip yetkilisi olarak dava ikâme etmesinde hiçbir mantıklı gerekçeden bahsedilemez²¹³. Çocuk ile ananın birlikte dava açabilmesinin usulî dayanağını sıfat kavramı oluşturur. Zaten uyuşmazlık konusu hukukî ilişkiye yabancı dava takip yetkilisinin, maddî hukuk açısından hak sahibi olan üçüncü kişiyle bir araya gelip aynı anda dava arkadaşı olarak birlikte dava açabilmeleri düşünülemeyeceği için, babalık davası bakımından da ananın kanunen öngörülmüş dava hakkının salt dava takip yetkisiyle açıklanabilmesi mümkün değildir.

Yukarıdaki açıklamalar ışığında, evlilik dışı çocuk doğuran anaya ve çocuğa ayrı ayrı tanınmış olan babalık davası açma hakkının, kural olarak birbirinden bağımsız olduğu; ana ve çocuk, bu davayı birlikte, ihtiyarî dava arkadaşı olarak açabilecekleri gibi, her birinin bu davayı ayrı ayrı da açabileceği ve buna ilişkin herhangi bir usulî engelin bulunmadığı söylenebilir²¹⁴. Ananın tek başına açtığı davada çocuk davanın tarafı konumunda olmadığı için, örneğin nafaka, tazminat vb. malî sonuçlu talepler yönünden feragat sebebiyle davanın sona ermesi, diğerinin de aynı konularda ayrı bir dava açabilmesini engellemeyeceği gibi, dava hakkını ortadan kaldırmaz²¹⁵. Bu itibarla ana ve çocuğun dava haklarının birbirinden bağımsız oluşu, örneğin çocuk adına kayyım tarafından açılan babalık davasının, çocuğun ölü doğması veya biyolojik babası tarafından tanınması sebebiyle konusuz kalması, davanın açılmamış sayılması, davada ileri sürülen

²¹³ **Zogg-** Das Kind, s.419, dn.69. Velayet hakkı kendisinde olan bakım yükümlüsü ananın, babalık davasına bağlı şekilde yahut müstakil olarak, çocuğun bakım giderlerine biyolojik babanın da katılması amacıyla açacağı nafaka davasında, nafaka talepleri (*Unterhaltsansprüche*) yönünden ana, dava takip yetkilisi sıfatıyla dava açabileceğinden, çocuğun hakkı olan bakım nafakasını kendi adına yönelteceği dava yoluyla talep ettiği takdirde dava yetkinliğinden bahsedilebilir [bkz. **Lötscher, C.:** Prozessführung und Vollstreckung durch die Eltern im Lichte des Betreuungsunterhalts (FamPra.ch 2017/3, s.621-648), s.624; yine aynı yönde ayrıca bkz. **Zogg, S.:** Selbständige Unterhaltsklagen mit Annexentscheid über die weiteren Kinderbelange- verfahrensrechtliche Fragen (FamPra.ch 2019/1, s.1-35), s.19 vd.].

²¹⁴ **BSK ZGB I-Schwenzer/Cottier**, Art.261, N.8; **CHK-Reich**, ZGB 261, N.3, s.831; **Hegnauer-Kindesrecht**, § 9, N.9.08, s.68; **Köprülü/Kaneti**, s.273-274; **Öztan**, s.937; **Akyüz**, s.158 (Aynı yönde bkz. Y. 2. HD. 27.05.2003, 6477/7734; Y. 2. HD. 30.10.1986, 8940/9448; Kazancı İçtihat).

²¹⁵ **Tekinay-** Aile, s.574; **Akıntürk/Ateş**, s.359-360; **Dural/Öğüz/Gümüş**, s.306, kn.1476; **Baygın-Soybaşı**, s.74; **Hatemi**, s.170, kn.762; **Feyzioğlu**, s.545; **Özsunay-** Dava Süresinin Başlangıcı, s.512; **Zevkililer/Acabey/Gökyayla**, s.1003; **Velidedeoğlu, H. V.:** Türk Medeni Hukuku, C.II Aile Hukuku, B.5, İstanbul 1965, s.423.

malî taleplerin bazılarında feragat edilmesi yahut dava şartı yokluğundan usulden reddedilmesi, anaya ait babalık davası açma hakkının etkilenmemesini sağlar²¹⁶. Yani, ana ile çocuğun dava haklarının birbirinden bağımsız şekilde kullanılabilmesi ve kanunla korunmak istenen hak ve menfaatlerin özelliği nedeniyle, ana veya çocuktan birinin dava açmadan ölmesi yahut davayı geri alması durumunda da, yine diğerinin dava hakkına hâlel gelmez. Dolayısıyla, ana tarafından açılan babalık davası, tabî babalık rabitasının yokluğu dışındaki bir sebeple, örneğin süre yönünden ya da usulden reddedildiği takdirde, çocuğun dava hakkının varlığını koruduğu ve davacı çocuğa karşı kesin hükmün sirayet etmeyeceği söylenebilir. Ancak ana veya çocuktan birinin ilk önce açtığı babalık davasının, doğal soybağının bulunmaması sebebiyle esastan reddi hâlinde ise, tabî babalık rabitasının yokluğuna ilişkin menfî tespit hükmünün şeklen kesinleşmesiyle, diğeri tarafından daha sonra açılacak olan (ikinci) babalık davasında, önceki davada verilen kesin hükmün kesin delil niteliği ortaya çıkar. Yani, daha sonra ikinci kez açılan babalık davasını gören mahkeme, önceki davada verilen tabî babalık rabitasının yokluğuna ilişkin menfî tespit hükmünü, kesin delil teşkil etmesi sebebiyle resen dikkate alıp, davayı esastan reddetmesi gerekir.

Yine, ana ile çocuğun dava haklarının bağımsız olması, ayrı ayrı açılan her iki babalık davası arasında derdestlik ilişkisinin ortaya çıkmasını da önler. Nitekim derdestliğin söz konusu olabilmesi için tarafları, konusu ve sebebi aynı olan iki ayrı davanın varlığı gerekir. Dolayısıyla bu bağlamda, ana ve çocuk tarafından aynı anda ve fakat ayrı ayrı açılan her iki babalık davası arasında öncelik-sonralık ilişkisi de bulunmadığı için, aynı kişiye karşı, aynı veya benzer sebeplerle açılan davalar arasında HMK m.166/4 çerçevesinde bağlantı bulunduğu ve bu bağlantı sebebiyle davaların birleştirilmesi gerektiği söylenebilir²¹⁷. Fakat bağlantı sebebiyle davaların, ilk davanın açıldığı

²¹⁶ **Hegnauer-** Kindesrecht, § 9, N.9.08, s.68; **Akıntürk/Ateş**, s.358; **Dural/Öğüz/Gümüş**, s.306, kn.1476; **Hug**, s.78; **Öztan**, s.935; **Baygın-** Soybağı, s.75-76; **Özsunay-** Dava Süresinin Başlangıcı, s.512; **Zevkliler/Acabey/Gökyayla**, s.1003. Öte yandan, kanun koyucunun, anadan ayrı olarak evlilik dışı çocuğa da babalık davası açma hakkını tanımış olmasının amacı, evlilik dışı çocuğun baba-sıyla evlenme şansını güvence altına almak için ananın çocuk aleyhine aşırı tavizler vermek zorunda kalması halinde çocuğun haklı menfaatlerini korumaktır (bkz. **Özsunay-** Dava Süresinin Başlangıcı, s.512).

²¹⁷ **Köprülü/Kaneti**, s.274; **Öztan**, s.937; **Hegnauer-** Kindesrecht, § 9, N.9.08, s.68.

mahkemede birleştirilmesine karar verilmedikçe, her iki davanın aynı zaman dilimi içerisinde paralel şekilde görülmesinde de usulî bir engel yoktur. Zira her iki davanın görülmesi bakımından birinin diğerine herhangi bir üstünlüğünden ya da önceliğinden söz edilemez²¹⁸.

Öte yandan evlilik dışı çocuk, biyolojik babası tarafından tanınmış ve çocukla biyolojik babası arasında tanıma yoluyla yasal soybağı ilişkisi kurulmuşsa, her ne kadar ananın babalık davası açma hakkına hâlel gelmeyeceği yukarıda ifade edilmişse de, böyle bir durumda ananın babalık davası açmakta hukuki yararı kalmadığı da söylenebilir. Zira ana, çocuğunu tanıyan babaya karşı doğrudan nafaka veya tazminat içerikli başka türden bir eda davası açarak malî konulara ilişkin haklarını talep edebilir; mutlaka babalık davasıyla çözülmesi gereken –evlilik dışı çocuğun biyolojik babasıyla arasındaki– soybağı sorunu tanıma yoluyla halledildiğinden, ananın babalık davası açmasında hukukî yararı ortadan kalkar. Nitekim 743 sayılı (mülga) Medenî Kanun'un m.297/2 hükmüne göre, çocuğun baba tarafından tanınmış olması hâlinde velayetten kaynaklanan borçların edası çocuğa yapılması gereken ödemelerin yerine geçer denilmek suretiyle tanıma işleminden sonra artık çocuk adına malî haklara ilişkin olsa bile babalık davası açılmayacağı açıkça öngörülmüştür.

Ayrıca ananın, henüz çocuk doğmadan önceki hamileliği döneminde açtığı babalık davası görülmekte iken çocuğun ölü doğması hâlinde ise hâkim, ananın malî haklarına ilişkin taleplerinin karşılanmasına karar verebilir (TMK m.304/2). Yani, ananın babalık davası açtıktan sonra çocuğun ölü doğması hâlinde, babalık davasının yalnızca malî haklara inhisar edeceği söylenebilir. Zira çocuk, ancak sağ doğmakla hukukî kişiliğini kazanacağından, ölü doğmakla kişiliği kalmayan bir çocuğun yasal soybağı da söz konusu olmayacağından, babalık davasına yalnızca ananın malî haklarının ödenmesine ilişkin talepleri üzerinden devam edilmesi gerekir. Bu olasılıkta, babalık davasına devam edilerek ölü doğan çocuğun biyolojik babasının davalı olup olmadığının araştırılması, yani çocuğun her şeyden önce ana ile babanın evlilik dışı cinsel ilişkisinden dün-

²¹⁸ **Hegnauer-** Kindesrecht, § 9, N.9.08, s.68.

yaya geldiğinin sübutu, malî haklar yönünden karar verilebilmesi için şarttır²¹⁹. Çünkü davalının gerçekten biyolojik baba olup olmadığının ortaya konulmadan, ananın, evlilik dışı doğurduğu çocuktan kaynaklanan gebelik, doğum, geçim ve diğer giderleri talep edebilmesi mümkün değildir. Ölü doğan çocuğun biyolojik babasının davalı olmadığı ortaya konursa, ananın malî hakları ile ilgili başkaca incelemeye gerek kalmaksızın davanın reddi gerekir²²⁰.

Son olarak, mutlaka anası ile soybağı bulunan, yani anası hukuken belli olan çocuklar açısından babalık davası açma imkânının bulunduğuna işaret edilmeli ve buradan hareketle anası belirsiz çocuklar hakkında babalık karinesi mantiken kurulamayacağı için, babalık davası açılmasının mümkün olmadığına da değinilmelidir²²¹. Zira, ana yönünden soybağı kurulamayan çocuk hakkında (örneğin, cami avlusuna terk edilmiş şekilde bulunan bir bebek ile ilgili olarak) babalık karinesi ve buna istinaden ispat kuralları uygulanamayacağından, babalık davasında biyolojik babanın kimliği de tespit edilemez. Çünkü, baba yönünden doğal soybağının belirlenebilmesi için ananın kimliğinin bilinmesi elzemdir. Bu noktada doktrindeki egemen görüşe rağmen, dikkat çekici bulduğumuz ve bizim de katıldığımız azınlıktaki bir başka görüşe göre²²² ise, ana yönünden soybağının belli olmasını babalık davası bakımından ön koşul olarak kabul eden anlayış katı bir biçimde uygulanmamalıdır. Kanımızca yasal düzenlemenin lafzından açıkça anlaşılamayan bu koşulun kabul edilmesi çocuğun menfaatlerine hizmet etmeyeceği gibi, anası belli olmayan çocuğun yasal temsilcisi tarafından biyolojik baba olduğundan şüphelenilen kişiye karşı babalık davası açılmasını engelleyen bir hükümden de söz edilemez. Biyolojik baba tarafından çocuğun anasının kimliğinin hiçbir surette ortaya çıkarılamayacağı yahut bunun kendisinden beklenemeyeceği veyahut ananın kimliğini açıklamaktan haklı sebeple kaçınmayı gerektiren ender durumlar söz konusu oldu-

²¹⁹ **Başaklar, E.:** Uygulamada Babalık Davaları (YD, C.1, S.1975/4, s.63-81), s.67.

²²⁰ **Başaklar,** s.67.

²²¹ **Hegnauer-** Kindesrecht, § 9, N.9.03, s.66-67; **Tuor/Schnyder/Rumo-Jungo,** § 40, N.33, s.430; **Dural/Öğüz/Gümüş,** s.306, kn.1475; **Baygın-** Soybağı, s.73; **Serozan-** Çocuk, s.212, n.62; **Öztan,** s.934; **Akyüz,** s.158.

²²² **Biderbost, Y.:** Findelkinder - Gedanken zum Thema aus juristischer Sicht (ZVW, 1999/2, s.49-74), s.63.

ğunda, çocuğun hem anasız hem de babasız bırakılması kabul edilemez²²³. Yine, anası belirsiz çocuğun baba yönünden soybağının tespitine karşı olumsuz tavır takınmanın çocuk açısından doğuracağı dezavantajlar da göz önünde bulundurulduğunda, babalık davasının ana yönünden soybağı koşuluna tâbi tutmak elverişsiz sonuçlara yol açabilir. Biyolojik babanın, anası belirsiz çocuğu tanıma yoluyla kendi yasal soybağına geçirmedığı durumlarda, kategorik olarak babalık davasına karşı çıkmak makul değildir²²⁴. Nitekim annelik davası Türk hukukunda düzenlenmediği için, çocuğun önce ana yönünden soybağının tespiti; ardından ise babalık davası açılması seçeneği de işletilemez. Ayrıca baba yönünden yasal soybağının ana yönünden soybağı koşuluna tâbi tutulmaması gerektiği hususunda benzer bir başka görüşe göre²²⁵, babalık davasında karinelerle ispat, bilimin ulaşmış olduğu gelişmişlik seviyesi ve teknik imkânlar karşısında artık kabul edilemeyecek olup, kanun koyucunun babalık davası bakımından öngördüğü karinelerin uygulama alanını yitirdiği söylenebilir ve genetik soybağı incelemesinin kesin verilere dayandığı, çocuğun yüksek menfaatinin esas alınması gerektiği düşünüldüğünde, anası belirsiz çocuğun babalık davası açamayacağı savunulamaz; bu anlayış aile hukukunun çocuğun yararını baz alan yapısıyla kesinlikle örtüşmez. Bu itibarla, anılan görüş tarafından, anası belirsiz çocuğun da babalık davası açabilmesine imkân sağlanması gerektiği ileri sürülmektedir²²⁶.

b. Ana

aa. Taraf Ehliyeti

Bilindiği gibi, medeni hukuk bağlamında kişinin hak ve borçlara ehil olabilme durumunu ifade eden “hak ehliyeti” ya da diğer ifadeyle “medenî haklardan yararlanma ehliyeti” kavramının usul hukukundaki karşılığını “taraf ehliyeti” oluşturur²²⁷ (HMK

²²³ **Biderbost**, s.63.

²²⁴ **Biderbost**, s.63-64.

²²⁵ **Çilenti-Konuralp, A.:** Anne Yönünden Soybağı Tespit Edilemeyen Çocuğun Baba Yönünden Soybağının Kurulması Sorunu [ÇÜHFD, C.5, S.2020/1 (Arş. Gör. Ceren Damar Şenel Armağanı, C.II, Ankara 2020), s.2071-2090], s.2087.

²²⁶ **Çilenti-Konuralp**, s.2087.

²²⁷ **Hrubesch-Millauer, S.:** Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) Kommentar, hrsg. Brunner/Gasser/Schwander, 2. Aufl., Zürich-St.Gallen 2016, Art.66, N.6; **Tanrıver-** Usul, C.I, s.535; **Kars-**

m.50). Hukukî anlamda hak ve borçlara sahip olabilme, bunları kullanabilme ve üzerinde tasarruf edebilme yetkinliğini ifade eden hak ehliyeti, hukuk düzeninde bir özne olarak yer alabilmeyi sağladığı için, kamu düzenine ilişkin ve mahkemece resen gözetilmesi gereken bir husustur. Bu yönleri itibariyle, hak ehliyetiyle örtüşen taraf ehliyeti, ileride sağ doğmak koşuluyla cenin²²⁸ olarak ana karnına düştüğü andan itibaren her gerçek kişi ile hukuken kişi sayılan her tüzel kişinin sahip olduğu; onun bir davada kendi adına davacı ya da davalı tarafta yer alabilmesini, usul hukuku ilişkisinin süjesi olarak usulî haklardan yararlanabilmesini, yani maddî hukukun kişiye sağladığı subjektif hakların usul hukuku boyutunda ele alınabilmesini sağlayan ehliyetir²²⁹ (TMK m.28/2). Her ne kadar İsviçre hukukunda yalnızca hak ehliyetine sahip olanlar değil, hak ehliyetinden bağımsız şekilde, hukuken kişi sıfatını taşımadığı hâlde, kat malikleri genel kurulu, malvarlığının terki suretiyle konkordatoda borçlunun aktifleri, resmî tasfiye hâlindeki tereke, iflâs masası gibi kişi ve mal topluluklarının dahi usulî sebeplerle özel kanun hükümleri uyarınca davada taraf ehliyetini haiz oldukları kabul edilse de²³⁰, Türk hukuku bakımından hukukî anlamda kişi olabilmek, taraf ehliyetine sahiplik için tek başına yeterlidir; bunun dışında başka herhangi bir koşulun yerine getirilmesine ihtiyaç yoktur (HMK m.50). Dolayısıyla taraf ehliyetinin usul hukukuna ait bir kavram olup, hak ehliyeti ile bire bir aynı anlama gelmemekle birlikte, büyük oranda örtüşen bir nitelik taşı-

İ- Muhakeme, s.277; **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s.113-114; **Budak/Karaaslan**, s.103, kn.7; **Akyüz**, s.115.

²²⁸ Dış ortamda yapay yollarla döllendirilmiş olan embriyo, henüz ana rahminde olmadığı dönemde dahi cenin olarak kabul edildiği için, tıpkı cenin gibi, embriyo da, ana rahmine konulmamış olsa bile, ileride sağ doğmak koşuluyla taraf ehliyetine sahiptir (bkz. **Erişir, E.:** Medenî Usul Hukukunda Taraf Ehliyeti, İzmir 2007, s.120-121; **Tanrıver-** Usul, C.I, s.538).

²²⁹ **Rosenberg, L./Schwab, K. H./Gottwald, P.:** Zivilprozessrecht, 17. Aufl., München 2010, § 43, Rn.2; **Baumbach, A./Lauterbach, W./Albers, J./Hartmann, P.:** Zivilprozessordnung, Band 1, 74. Aufl., München 2016, § 50, Rn.4; **Umar, B.:** Medenî Usul Hukukunda Dâvanın Dinlenme Şartı Olarak Ehliyet (İÜHFM, C.29, S.1963/3, s.591-619), s.592-593.

²³⁰ **Stahelin, E./Schweizer, S.:** Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), hrsg. Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, 3. Aufl., Zürich-Basel/Genf 2016, Art.66, N.2, N.18 vd., N.25 vd.; **Tenchio, K.:** Basler Kommentar (Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., hrsg. Spühler/Tenchio/Infanger), Basel 2017, Art.66, N.1, N.19 vd., N.23 vd.; **Sterchi, M. H.:** Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht (Zivilprozessordnung, Band I: Art.1-149 ZPO; hrsg. Hausheer/Walter), Bern 2012, Art.66, N.3, N.23 vd.; **Domej, T.:** Kurzkommentar ZPO, 2. Aufl., hrsg. Oberhammer/Domej/Haas, Basel 2014, Art.66, N.3 vd.

ması sebebiyle, doktrinde birbirlerinin karşılığı olarak kullanılır²³¹. O hâlde, bu bilgiler ışığında, babalık davası bakımından ana, sağ olduğu müddetçe, evlilik dışı doğmuş ve hâlihazırda bir erkekle herhangi yoldan soybağı ilişkisi kurulmamış olan çocuğun biyolojik babasına karşı açacağı babalık davasında davacı konumunda yer alıp taraf olabilme yetisine, yani taraf ehliyetine sahiptir.

bb. Dava Ehliyeti ve Davada Temsil

Medeni hukuk bağlamında kişinin iradî bir davranışla hukukî sonuç doğuracak şekilde hak elde edebilmesi veya borç altına girebilmesini ifade eden “fiil ehliyeti” (medenî hakları kullanma ehliyeti) kavramının usul hukukundaki karşılığını ise “dava ehliyeti” (usulî işlem ehliyeti) oluşturur²³² (HMK m.51). Fiil ehliyeti, kişinin doğumuyla değil, sonradan kazanılan ve belirli şartlara tâbi kılınan; hukukî etki ve sonuçlar doğurmak amacıyla kişinin kendisine ait iradî fiil ve davranışlarının hukuk zemininde anlam kazanmasını sağlayan yetkinliği gösterir.

Aktif bir ehliyet olan fiil ehliyetinin kapsamına hukukî işlem ehliyeti, sözleşme ehliyeti, haksız fiil ehliyeti, tasarruf ehliyeti gibi kavramlar dahil edilebilir. Alman hukukunda, Medenî Usul Kanunu (ZPO) § 52 hükmü uyarınca “sözleşme yapabilme ehliyeti” ile özdeş ve esasen “hukukî işlem ehliyeti olarak” tanımlanan fiil ehliyetinin usul hukukundaki uzantısı konumundaki dava ehliyeti kavramı ise kişinin, bizzat ya da kendisinin tâyin edeceği iradî temsilci aracılığıyla dava açabilmesine, kendisine karşı açılan davalarda taraf olarak hazır bulunup²³³ muhatap kabul edilebilmesine, iddia ve savunma ileri sürebilmesine ve diğer tüm usul işlemlerini tek başına gerçekleştirebilmesine

²³¹ **Herzig, C. A.:** Das Kind in den familienrechtlichen Verfahren, AISUF Schweiz Band Nr.318, Zürich/Basel/Genf 2012, s.5-6, N.9, 10; **Stahelin/Schweizer,** ZPO Art.66, N.4; **Alangoya/ Yıldırım/ Deren-Yıldırım,** s.114.

²³² **Arens, P./Lüke, W.:** Zivilprozessrecht, 10. Aufl., München 2011, § 9, Rn.113, s.117; **Jauernig/Hess,** § 20, Rn.1, s.75; **Adolphsen, J.:** Zivilprozessrecht, 5. Aufl., Baden-Baden 2016, § 7, Rn.27, s.97; **Rosenberg/Schwab/Gottwald,** § 44, Rn.3; **Stahelin/Schweizer,** ZPO Art.67, N.1; **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım,** s.116.

²³³ Alman ZPO § 51/1 hükmünde zikredilen “*vor Gericht zu stehen*” ifadesi, Müşterek Hukuk’ta mahkeme önüne çıkıp etkili usul işlemleri yapabilme ehliyeti olarak tanımlanan “*legitima persona standi in judicio*” kavramının bir tercümesi olarak ortaya çıkmıştır [bkz. **Deren-Yıldırım-** Kesin Hüküm, s.22; **Rosenberg/Schwab/Gottwald,** § 44, Rn.2; **Atıcı, C.:** Medeni Usûl Hukukunda Tam Ehliyetsizlerin Dava Ehliyeti ve Davada Kanuni Temsilleri (MİHDER, C.15, S.42, 2019/1, s.137-186), s.143, dn.17].

imkân veren; tam ehliyetli, sınırlı ehliyetli ve sınırlı ehliyetsiz kişilerde farklı görünüm-leri bulunan usul hukukuna ilişkin bir ehliyet türü olarak nitelendirilir²³⁴. Kaldı ki, kendi işlem ve eylemleriyle hak ve yükümlülükler doğurabilen kişilerin, hukuk mantığı açı-sından bakıldığında da, mahkeme önünde haklarının tanınmasını talep etmeye ve buna yönelik usul işlemleri gerçekleştirmeye de ehil olabilmesi gerekir²³⁵. Bu itibarla, dava ehliyeti usul hukukuna ait bir kavram olmakla birlikte, kanunlarda aksine hüküm bu-lunmadığı sürece, dava ehliyetinin tâyininde medenî hukukun fiil ehliyetine dair hü-kümlerine göre hareket edileceği belirtilir²³⁶. Nitekim İsviçre hukukunda da, Medenî Usul Kanunu'nun 67. maddesinin ilk fıkrasıyla, dava ehliyeti, fiil ehliyeti (hukukî işlem ehliyeti) ile özdeş kabul edilmiş ve fiil ehliyetine sahip olanların, aynı zamanda dava ehliyetine de sahip olduğu açıkça düzenlenmiştir.

Tam ehliyetli kişilerin dava ehliyetleri de tam olup bu kişiler, her türlü malvarlı-ğı yahut şahısvarlığı haklarını konu alan davaları tek başına açıp yürütebilirler ve kendi-lerine karşı açılmış davalarda da tek başına savunma yapıp usul işlemleri gerçekleştire-bilirler. Sınırlı ehliyetli kişiler bakımından ise, kural olarak ehliyetlilik geçerli olup; bazı istisnai hâllerde, atanan yasal danışmanın fonksiyonuna göre dava ehliyetinde sınırla-malar öngörülmüş olabilir. Fakat bu sınırlamalar, kişinin malvarlığı haklarını konu alan davalar bakımından söz konusu olduğundan, kendisine yasal danışman atanmış olan sınırlı ehliyetli kişilerin, kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların kullanımını konu alan davalar bakımından tam ehliyetli kişilerle aynı statüde bulundukları söylenebilir. Yani, sınırlı ehliyetli kişilerin de, tıpkı tam ehliyetliler gibi, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan olan babalık davası açma hakkını kullanmaya yönelik olarak bu davayı bizzat, tek başına

²³⁴ **Arens/Lüke**, § 9, Rn.113, s.117; **Pohlmann**, § 5, Rn.244, s.104; **Musielak/Voit**, GK ZPO § 3, Rn.118, s.83-84; **Jauernig/Hess**, § 20, Rn.1, Rn.3, s.75; **Adolphsen**, § 7, Rn.27, s.97; **Kale, S.:** Me-denî Yargılamada Taraf Ehliyeti, İstanbul 2010, s.21; **Pekcanıtez/Taş-Korkmaz-** Pekcanıtez Usûl, s.585; **Üstündağ**, s.282; **Erişir**, s.58.

²³⁵ **Herzig, C. A.:** Die Partei- und Prozessfähigkeit von Kindern und Jugendlichen sowie ihr Anspruch auf rechtliches Gehör (AJP, 2013/2, s.182-188), s.184. Konuyla ilgili daha ayrıntılı bilgi için bkz. **Herzig-** Das Kind, s.9-10, N.16.

²³⁶ **Umar-** Ehliyet, s.602.

açıp yürütebilmesi ve kendilerine karşı açılmış babalık davalarında tek başlarına savunma yapıp usul işlemleri gerçekleştirebilmesi mümkündür²³⁷.

Daha önce değinildiği üzere²³⁸ kanun koyucu, evlilik dışı çocuk doğuran anaya, çocuğun biyolojik babasına karşı babalık davası açma hususunda bağımsız bir talep hakkı tanımıştır. Evlilik dışı çocuğun biyolojik babasıyla soybağının kurulmasına yönelik talebi içeren babalık davası açma hakkı, nispî anlamda kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan olduğu için²³⁹, ayırt etme gücünü haiz (mümeyyiz) küçük ana tarafından tek başına kullanılabilir ve ananın sınırlı ehliyetsiz olması buna engel oluşturmaz²⁴⁰. Yine, ergin olmayan ve fakat ayırt etme gücünü haiz ananın babalık davası açabilmesi için yasal temsilcisinin rızasına ihtiyaç yoktur (TMK m.16/1, c.2). Örneğin, ana 18 yaşından küçük ve ayırt etme gücünü haiz ise, kendisi adına (asaleten) biyolojik babaya; biyolojik baba ölmüşse, onun mirasçılarına karşı babalık davası açabilir. Hatta ananın, evlilik dışı çocuğu ile birlikte ihtiyarî dava arkadaşı olarak dava açması hâlinde de, yasal temsilcisinin izni olmasa dahi tek başına bu davayı açıp yürütebileceği ve usul işlemleri yapabileceği söylenebilir.

Ayrıca, babalık davasında ayırt etme gücünü haiz küçük ananın, davayı takip yetkisi münhasıran kendisine ait olup, yasal temsilcisi onun adına davayı takip yetkisini kullanamaz. Bununla birlikte, sınırlı ehliyetsiz ananın babalık davası açması için iradî

²³⁷ Kişiyi sıkı sıkıya bağlı haklar (*höchstpersönliche Rechte*) kavramı Türk Medenî Kanunu'nda açıkça tanımlanmamış olsa da; kullanmaya karar verme yetkisinin bir başkasına devredilemeyeceği, kullanılıp kullanılmayacağına hak sahibinin bizzat kendisinin karar verebileceği, kişinin manevî dünyası ve duygusal yaşamıyla yakından ilişkili haklara 'kişiyi sıkı sıkıya bağlı haklar' denir [bkz. **Dural, M./Sarı, S.:** Türk Özel Hukuku, Cilt I, Temel Kavramlar ve Medenî Kanunun Başlangıç Hükümleri, 7. B., İstanbul 2012, s.170-171, N.1015-1018; **Oğuzman, M. K./Barlas, N.:** Medeni Hukuk, Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar, 19. B., İstanbul 2013, s.165-166, N.570-573]. Kişiyi sıkı sıkıya bağlı haklarla ilgili kapsamlı değerlendirmeler için ayrıca bkz. **Karakaş, F. T.:** Kişiyi Sıkı Sıkıya Bağlı Haklar, Ankara 2015, s.18 vd.

²³⁸ Bkz. yuk. § 2, A, I, 1, a.

²³⁹ Babalık davası açmayı, mutlak anlamda kişiyi sıkı sıkıya bağlı haklardan sayan görüş için bkz. **Kurt, E.:** Türk Hukukunda Kişiyi Sıkı Sıkıya Bağlı Haklar ve Hukuki Sonuçları [Prof. Dr. M. İlhan Ulusan'a Armağan (İKÜHFD, C.15, S.2016/2, Özel Sayı), C.II, Ankara 2016, s.121-187], s.149.

²⁴⁰ **BSK ZPO-Tenchio**, Art 67, N.24; **Hausheer/Geiser/Aebi-Müller**, § 16, N.16.65; **Aebi-Müller/Jaggi**, s.353; **BSK ZGB I-Schwenzer/Cottier**, Art.261, N.7; **Serozan-** Çocuk, s.213, n.63; **Öztan**, s.935; **Baygın-Soybağı**, s.74; **Hatemi/Serozan**, s.389; **Karakaş**, s.142. Karşıt yöndeki bir görüşe göre ise, babalık davası, kişisel açıdan önemli sayılmakla birlikte, malî yönü de bulunan bir dava tipi olduğundan, yalnızca yasal temsilci aracılığıyla açılıp yürütülebilir (bkz. **Özsunay, E.:** Gerçek Kişilerin Hukukî Durumu, 4. B., İstanbul 1979, s.63).

temsilci atayarak vekil marifetiyle davayı takip etmesi ise mümkündür. Zira sınırlı ehliyetsiz ana, kişiye sıkı sıkıya bağlı hakkın kullanılmasına kendisi karar verdikten sonra, davaya ilişkin gerekli işlemlerin yapılması için vekil tâyin edip geçerli bir vekâletnameyle iradî temsilcisini yetkilendirebilir²⁴¹. Soybağı ile ilgili kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların kullanımını konu alan babalık davasını ana adına vekil sıfatıyla açıp yürütmek, iradî temsil yoluyla usul işlemleri yapmak, davaya vekâlette özel yetki verilmesini gerektiren işlemler arasında yer aldığı için (HMK m.74), sınırlı ehliyetsiz ananın vekil marifetiyle babalık davası açabilmesi ve davada usul işlemleri yapıp davayı iradî temsil ile avukata takip ettirebilmesi için avukatın vekâletnamesinde özel yetki verilmiş olduğuna ayrıca dikkat edilmesi gerekir. Bu arada, sınırlı ehliyetsiz ana, kendisine iradî temsilci atanması bakımından yasal temsilciyi de yetkilendirebilir. Yasal temsilci, sınırlı ehliyetsiz anaya vekil tâyin etmişse, ananın sınırlı ehliyetsizlik hâlinde kurtulması ve vekilin görevini sona erdirmesi. Zira davanın başında yasal temsilci tarafından atanan vekil, ayırt etme gücünü haiz ananın kararı doğrultusunda ve onu davada temsil etmesi için belirlenmiş kişidir²⁴². Dolayısıyla, sınırlı ehliyetsiz ana babalık davası açmak istemezse, yasal temsilcisi, iradesi hilafına onun adına bu davayı açamaz; açılan davaya devam edemez; dava açması için ona bir iradî temsilci dahi atayamaz; olsa olsa ona tavsiye ve telkinde bulunabilir²⁴³. Belki bu olasılıkta, ayırt etme gücünü haiz küçük veya kısıtlı ana adına babalık davası açılmasının onun hukukî menfaatlerinin korunması adına yararına olacağı gerekçesiyle vesayet makamı tarafından anaya kayyım atanması düşünülebilir²⁴⁴. Ancak kanımızca sınırlı ehliyetsiz ananın açtığı babalık davasında ana, kendi lehine ayrıca doğum ve bakım masraflarıyla tazminat vb. diğer malî taleplerde bulunduğu takdirde, ananın malvarlığı haklarını ilgilendiren konular da yargılamaya dahil edileceğinden, ananın yasal temsilcisinin, davaya ana adına katılımının sağlanması gerekir²⁴⁵.

²⁴¹ **Elgün-Toğrul, E. Ş.:** Medenî Usul Hukukunda Dava Ehliyeti, Ankara 2021, s.163.

²⁴² **Yılmaz, E.:** “Çocuk Hakları” Açısından: Çocuğun Davada Temsilinin ve İradesinin Önemi [Prof. Dr. Bilge Umar’a Armağan, C.I, İzmir 2010 (DEÜHFD, C.11, Özel Sayı 2009), s.819-841], s.829; **Yılmaz, E.:** Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, C.1, 3. Baskı, Ankara 2017, s.1225.

²⁴³ **Yücel, Ö.:** Çocuğun Kayyım Tarafından Temsili, Ankara 2011, s.21, 29.

²⁴⁴ **Kuru-** Usul, C.I, s.1045.

²⁴⁵ Aynı yönde bkz. **Kuru-** Usul, C.I, s.1039.

Öte yandan ana, ayırt etme gücünden yoksun, yani tam ehliyetsiz konumunda ise, bu durumda doktrindeki birçok yazar²⁴⁶ gibi, bize göre de, ana adına babalık davası açıp yürütme yetkisi, yani dava ehliyeti ananın yasal temsilcisine ait olmalıdır. Zira, hem tam ehliyetsiz ananın babalık davasına ilişkin haklarının korunması ihtiyacı hem evlilik dışı çocuk doğuran ananın şahsında haksız ve adil olmayan sonuçların doğabilecek olması hem de tam ehliyetsizlik hâlinde ana adına yasal temsilcisi marifetiyle babalık davası açılıp açılmayacağı hususunda kanunda açık bir düzenlemeye yer verilmiş olması sebebiyle, ayırt etme gücünden yoksun tam ehliyetsiz ananın yasal temsilcisine de bu davayı açabilme imkânının tanınması gerektiği söylenebilir²⁴⁷. Burada 18 yaşından küçük ve ayırt etme gücünden yoksun ananın, yasal temsilcisi olarak velisi akla gelmelidir. Velinin davada küçük anayı temsil yetkisi temsil edilen küçüğün aslî yetkileriyle örtüştüğünden, veli, usulî yetkileri tamamen haiz olarak (mahkemeden izin alması gerekmeksizin) tüm usul işlemlerini tek başına gerçekleştirebilir²⁴⁸. Fakat ana, 18 yaşından küçük olduğu hâlde herhangi bir nedenle velâyet altında bulunmuyorsa, mahkeme öncelikle davacıya vasi atanması için durumu vesayet makamına bildirmeli ve TMK m.404/1 uyarınca vasi atanmasını istemelidir. Bu şekilde atanan vasi, ayırt etme gücü taşımayan küçüğün yasal temsilcisi sıfatıyla davayı takip edebilir. Yine, ananın küçük olmamakla birlikte akıl hastalığı yahut akıl zayıflığından dolayı tam ehliyetsiz olduğu hâllerde henüz atanmış vasisi bulunmuyorsa, o takdirde TMK m.405 gereği ayırt etme gücünden yoksun anaya vasi atanması için vesayet makamınca resen harekete geçilerek vasi tâyini yoluna gidilmelidir²⁴⁹.

²⁴⁶ **Staehelin/Schweizer**, ZPO Art.67, N.9; **Hausheer/Geiser/Aebi-Müller**, § 16, N.16.65; **CHK-Reich**, ZGB 261, N.3, s.831; **BSK ZGB I-Schwenzer/Cottier**, Art.261, N.7; **Hug**, s.78; **Serozan-Çocuk**, s.213, n.63; **Baygın- Soybağı**, s.74; **Zevkliler/Acabey/Gökyayla**, s.1003; **Akyüz**, s.158; **Karakaş**, s.142; **Akipek/Akıntürk/Ateş**, s.317; **Yücel**, s.134-135.

²⁴⁷ **Açıkgöz, A.:** Dar Anlamda Vesayeti Gerektiren Hâller ve Vesayet Altına Almanın İşlem Ehliyeti Bakımından Sonuçları, İstanbul 2017, s.264-265.

²⁴⁸ **Yılmaz- Çocuk**, s.829.

²⁴⁹ “...Vasi vesayeti altındaki kişinin taraf bulunduğu davalarda onu temsil eder. Ancak vasi yalnız vasi tayini kararı ile vesayeti altındaki kişiyi davada temsil edemez vasinin vesayeti altındaki kişi adına dava açıp takip edebilmesi için Sulh Hukuk Mahkemesi tarafından husumet izni verilmiş olması gerekir. Somut olayda davalıların, tam ehliyetsiz olan davacının verdiği vekalet dayalı olarak vekil vasıtasıyla açılmıştır. Davacıya vasi tayin edildiğine ilişkin dosyada herhangi bir bilgi ve belge yoktur. Bu durumda yapılacak iş, davacıya bir vasi tayin ettirmek ve alınacak husumet izniyle davaya

Ayrıca ananın alkol veya uyuşturucu madde bağımlısı olması, savurganlık veya kötü yaşam tarzı sebebiyle korunmaya ve bakıma muhtaç hâlde bulunması gibi sebeplerle vesayet altına alınması gereken koşullarda da, ayırt etme gücünden yoksun anaya atanacak olan vasi, onun adına babalık davası açabilir. Vesayet makamının vasiye verdiği dava açma izni, davadan feragat, davayı kabul, sulh gibi işlemlere dair yetkileri kapsamadığı için, vasinin dava açıldıktan sonra hüküm sonucunu doğrudan etkileme kapasitesine sahip usul işlemlerini (örn. temyiz talebinden feragat) gerçekleştirebilmesi için vesayet makamından ayrıca izin alması şarttır²⁵⁰. Fakat vasinin izin almadan ayırt etme gücünden yoksun ana adına babalık davası açması hâlinde ise, davaya bakan hâkim, davayı hemen reddetmemeli; husumet izni alıp getirmesi için vasiye uygun süre vermelidir. Bunun üzerine vasi, babalık davası bakımından husumet izni için sulh hukuk mahkemesine başvurduktan sonra mahkeme, vasiye gerekli izni verirse, babalık davasına devam edilmelidir²⁵¹. Bunun yanı sıra vasi, husumet izni almaksızın babalık davası açtığı takdirde, dava reddedilmeden önce vesayet kalkar ve ayırt etme gücünden yoksun davacı ana dava ehliyetine kavuşursa, vasinin izin almadan açtığı davaya icazet vererek davayı devam ettirebilir²⁵².

c. Çocuk

aa. Taraf Ehliyeti

Taraf ehliyeti bakımından ana ile ilgili olarak yukarıda yapılan açıklamalar çocuk için de aynen geçerlidir. Yani tıpkı ana gibi, evlilik dışı doğmuş ve hâlihazırda bir erkekle herhangi yoldan soybağı ilişkisi kurulmamış olan çocuk da, sağ olduğu müddetçe, biyolojik babasına karşı açılan babalık davasında davacı konumunda yer alıp taraf olabilme yetisine, yani taraf ehliyetine sahiptir. Öte yandan, henüz ana rahmindeki cenin, kişiliğin tam ve sağ doğma şartını gerçekleştirmediğinden, kural olarak taraf ehliye-

devam olunarak oluşacak sonuca göre bir karar verilmek gerekirken yazılı şekilde dava ehliyeti bulunmayan davacının açtığı davanın sonuçlandırılması usul ve yasaya aykırıdır...” (Y. 21. HD. 24.01.2008, E.2007/7560, K.2008/858; Legalbank İçtihat).

²⁵⁰ **Yılmaz-** Çocuk, s.830. Husumet izni alan vasinin davayı bir vekil aracılığıyla takip edebilmesi için ayrıca izin almasına ihtiyaç olmadığı, vesayet altındaki kişiye bir vekil tâyin edebileceği yönünde bkz. **Kuru-** Usul, C.I, s.1079.

²⁵¹ **Kuru-** Usul, C.I, s.1077-1078.

²⁵² **Kuru-** Usul, C.I, s.1078.

tine sahip değildir. Bu itibarla, henüz ana rahmindeki cenine veli ya da vasi atanarak yasal temsil aracılığıyla davada taraf konumunda bulunabilmesi mümkün olmaz. Ancak bu kuralın, babalık davası bakımından en önemli istisnası TMK m.427/1, b.3 hükmünde yer alır. Buna göre, evlilik dışı cinsel ilişkinin ürünü olan cenin²⁵³ (*nasciturus*), ileride sağ doğmak koşuluyla, döllenme sonrası ana rahmine düştüğü andan itibaren babalık davasında davacı konumunda yer alıp taraf olabilme ehliyetini kazanmış sayılır²⁵⁴ (HMK m.50; TMK m.28/2; TMK m.427/1, b.3). Bir başka ifadeyle, evlilik dışı cinsel ilişkinin ürünü olup da henüz doğmamış bulunan, ana rahmindeki embriyo dahi, istisnai olarak biyolojik babaya karşı açılan babalık davasında taraf ehliyetini haizdir. Çünkü çocuk, sağ doğmak koşuluyla, hak ehliyetini ve dolayısıyla da taraf ehliyetini, ana rahmine düştüğü andan başlayarak elde eder (TMK m.28/2; ZGB Art.31, Abs.2). Her ne kadar çocuk, hak (ve taraf) ehliyetini tam ve sağ doğduğu anda, yani hukuken kişi hali-ne geldiğinde kazanacak olsa da; hak ehliyeti, hükümlerini, çocuğun tam ve sağ doğu-

²⁵³ “Ana rahmine düşmüş ve fakat henüz sağ olarak doğumu gerçekleşmemiş çocuk” şeklinde tanımlanan cenin, hukuki metinlerde sıkça kullanılsa da, esasen tıp bilimine ait bir kavram olup; tıp literatüründe cinsel ilişki sonrası döllenmeden itibaren ana rahminde yuvalanma süreci denilen 0-2 haftalık evredeki canlıya “zigot”; 2-8 haftalık evrede henüz organları oluşmamış canlıya “embriyo”; 8 haftadan sonra doğuma kadar geçen evrede insan şeklini almaya başlayan canlıya ise “fetüs” ya da “dö-lüt” denir [Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Özsunay, E.:** Rights of Embryo and Foetus in Private Law (Convergence of legal systems in the 21st century, General Reports delivered at the XVI. International Congress of Comparative Law, Brisbane - Australia, 14-20 July 2002, Bruxelles 2006, s.1275-1413), s.1275-1278; **Aydın-Ünver, T.:** Ceninin Hukuki Konumu, İstanbul 2011, s.9]. Türk hukukunda “cenin” kavramının tanımı yasal çerçevede açıkça yapılmamış olsa da; Alman hukukunda “Embriyonun Korunması Kanunu” (*Embryonenschutzgesetz; ESchG*) § 8, (1) (<https://www.gesetze-im-internet.de/eschg/ESchG.pdf>); İsviçre hukukunda “Embriyonal Kök Hücre Araştırmaları Hakkında Federal Kanun” (*Stammzellenforschungsgesetz- StFG*) Art.2 (<https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/20022165/201401010000/810.31.pdf>); Amerika Birleşik Devletleri’nin Louisiana Eyaleti’nde “Medeni Kanun” (*LA Rev Stat*) § 9:121 (<https://law.justia.com/codes/louisiana/2014/code-revisedstatutes/title-9/rs-9-121>); Finlandiya’da “488/1999 no.lu Tıbbi Araştırma Kanunu” (*Act on Medical Research*) Section 2 / (2) - (3) (<https://www.finlex.fi/fi/laki/kaannokset/1999/en19990488.pdf>) hükümlerinde açıkça tanımlanmıştır [Ayrıca bkz. **Özsunay, E.:** Uluslararası Belgelerde ve Bazı Ulusal Hukuk Düzenlerinde Embriyo ve Cenin’in Hukuksal Durumu ve Korunması (Medeni Hukuk Hocalarına Saygı Günleri, Medeni Hukukta Güncel Sorunlar ve Önemli Gelişmeler Sempozyumu, 26-27 Haziran 2008, İstanbul 2011), s.130].

²⁵⁴ **Akyüz, s.102.** Kişiliğin başlangıcını esas alan hak ehliyetine ilişkin bu kuralın geciktirici şarta bağlı olduğunu savunan doktrindeki baskın görüşe göre TMK m.28/2 hükmü, yalnızca ceninin mirasçılığına ve cenin adına doğumdan önceki dönemde babalık davası açılabilmesine imkân tanıyan bir niteliğe sahiptir (Bu konuda bkz. **Grassinger, G. E.:** Türk Medeni Kanununda Yer Alan Velâyet Hükümleri Kapsamında Küçüğün Kişi Varlığının Korunması İçin Alınacak Tedbirler, İstanbul 2009, s.55-56; **Serozan- Çocuk, s.91, n.3; Özsunay- Gerçek Kişiler, s.20).**

mu koşuluna bağlı olarak, ceninin ana rahmine düştüğü âna kadar geriye etkili olarak doğurur²⁵⁵. Nitekim doktrinde²⁵⁶ de, doğumdan önceki dönemde, istisnai olarak hâkim tarafından cenine kayyım atanarak evlilik dışı cinsel ilişkinin ürünü olan cenin adına onu temsilen kayyım tarafından babalık davası açılabilceği kabul edilir. Bu kabulün anayasal ve uluslararası hukuktan doğan başka bazı gerekçeleri de mevcuttur. Herkesin anayasal çerçevede garanti altına alınmış olan temel kişilik haklarının korunması doğumdan önce başladığı için, bu korumaya, sınırlı da olsa, cenin de dahildir. Nitekim cenin müstakbel bir insan olduğundan, insan varlığının esasına dayanarak maddî anlamda insan haklarına giren temel kişilik haklarından ve yine bu çerçevedeki usulî temel ilke ve haklardan mahkemelerce yargılamanın her aşamasında yararlandırılmalıdır²⁵⁷.

Öte yandan, ana karnındaki ceninin ölü doğması yahut ananın düşük yapması durumunda ise, o âna kadar askıda olan hak ehliyeti hiçbir hüküm ve sonuç yaratmadan varlığını yitireceğinden, cenin adına açılmış ve hâlihazırda görülmekte olan babalık davası, taraf ehliyeti (dava şartı) eksikliğinden usulden reddedilir. Doktrinde bir görüş²⁵⁸, ceninin ölü doğması hâlinde davanın, konusuz kaldığı için esas hakkında karar verilmesine yer olmadığına ilişkin usulî bir kararla sona ermesi gerektiğini ileri sürse de; davanın konusuz kalması, dava yoluyla ulaşılmak istenen sonucun dava sona ermeden önce gerçekleşmesi ve bu sebeple de artık yargılamanın sürdürülmesine ve hüküm verilmesine ihtiyaç kalmaması sonucunda ortaya çıkan bir durumdur²⁵⁹. Halbuki babalık davasının konusu, evlilik dışı cinsel ilişki ürünü ceninin yasal soybağının biyolojik babaya bağlanması olup, ceninin ölü doğması ve bu sebeple taraf ehliyetinin hiç varlık kazanamadan kaybolması hâlinde babalık davasının konusu gerçekleşmiş olmaz; yalnızca imkânsızlaşır. Ayrıca davanın konusuz kaldığı gerekçesiyle esas hakkında karar verilmesine yer olmadığı kararı verilebilmesi için, konusu şahısvarlığı haklarını ilgilendiren

²⁵⁵ **Oğuzman, M. K./Seliçi, Ö./Oktay-Özdemir, S.:** Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), 12. B., İstanbul 2012, s.13; **Akıpek/Akıntürk/Ateş,** s.244; **Özsunay-** Gerçek Kişiler, s.20;

²⁵⁶ **Postacıoğlu, İ. E.:** Medeni Usul Hukuku Dersleri, 6. Bası, İstanbul 1975, s.206; **Ansay, S. S.:** Hukuk Yargılama Usulleri, 7. B., Ankara 1960, s.108-109; **Üstündağ,** s.290; **Umar-** Ehliyet, s.594; **Akıpek/Akıntürk/Ateş,** s.245; **Gümüş, A.:** Türk Medeni Hukukunda Kayyım, İstanbul 2006, s.161; **Kale-** Taraf Ehliyeti, s.64.

²⁵⁷ **Herzig, C. A.:** Die Parteistellung von Kindern und Jugendlichen (ZKE, 2017/6, s.461-474), s.466.

²⁵⁸ **Kale-** Taraf Ehliyeti, s.68, dn.35.

²⁵⁹ **Tanrıver-** Usul, C.I, s.1180-1181.

diren davalar bakımından her iki tarafın da davanın başında taraf ehliyetine sahip olup, dava görüldüğü esnada taraflardan birisinin taraf ehliyetini kaybetmesi gerekir. Ceninin ölü doğması hâlinde ise, tam ve sağ doğum şeklindeki geciktirici şarta bağlı olan taraf ehliyeti, davanın başında söz konusu olmayıp sonradan dahi varlık kazanamadığı için, kanımızca, anılan olasılık bakımından davanın, taraf ehliyetinin yokluğu gerekçesiyle, dava şartı eksikliğinden usulden reddine karar verilmesi gerekir²⁶⁰.

Son olarak, ceninin taraf ehliyetinin başlangıcını teşkil eden “ana rahmine düşme” anının tespiti ise, kişiliğin zaman itibarıyla başlaması bakımından önemli bir hukukî/tıbbî mesele olup; burada esas alınan “döllenme” olgusunun, doğal yoldan (*in utero*) döllenmede sperm ile yumurtanın ana rahminde buluşmasından itibaren 24 saat sonra gerçekleştiği ve döllenme anının ispatında genel ispat kurallarının (TMK m.6) geçerli olduğu kabul edilir²⁶¹. Fakat doktrinde, TMK m.287/2 ve m.302/1 (*benzer yönde bkz: ZGB Art.256a, Abs.2; Art.262, Abs.1*) hükümlerinin burada kıyasen uygulanabileceği ve buna göre, babalık karinesinde olduğu gibi, çocuğun, doğumundan önceki 300. gün ile 180. gün arasındaki zaman kesitinde ana rahmine düştüğünün karineten kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmüş; yine aynı görüşe göre bu karinenin, ceninin lehine olarak, onu en uzun süre hak ehliyetinden yararlandıracak biçimde yorumlanabileceği ve böylelikle de, tıbbî inceleme yoluyla aksi ispat edilmedikçe, çocuğun doğumundan geriye doğru hesaplanan 300. günün, onun ana rahmine düştüğü tarih olarak varsayılması gerektiği savunulmuştur²⁶². Kanımızca, doktrinde Kurt²⁶³ tarafından da belirtildiği gibi, kanun

²⁶⁰ Doktrinde, sağ olarak doğum gerçekleşmediği takdirde davanın açılmamış sayılacağı, yapılan muamelelerin ve verilen hükmün de batıl olacağı yönündeki görüş için bkz. **Ansay**, s.109.

²⁶¹ Ceninin taraf ehliyetinin başlangıcı olan “ana rahmine düşme” anının, üremeye yardımcı tedavi yöntemleriyle dış ortamda yapay yoldan (*in vitro*) gerçekleştirilen döllenmede nasıl tespit edileceği ise tartışmalıdır. Doktrinde, yapay döllenme yoluyla elde edilen embriyonun kişiliğinin başlangıcını “tüpte ya da ana karnında döllenme işleminin gerçekleştiği” anı kabul eden görüşlerin yanı sıra; “nidasyon”, yani embriyonun ananın rahim duvarına tutunduğu anı kabul eden görüşler de mevcuttur. Konumuzun kapsamı dahilinde bu tartışmaya ayrıntılı değinmeye gerek olmayıp, daha fazla bilgi için bkz. **Kalkan-Oğuztürk, B.:** Türk Medeni Hukuku’nda Biyoetik Sorunlar, İstanbul 2011, s.220; **Kırkbeşoğlu, N.:** Soybağı Alanında Biyoetik ve Hukuki Sorunlar, İstanbul 2006, s.53.

²⁶² **Deschenaux/Steinauer**, N.461-462 (Naklen: **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s.13, dn.21); **Berretta, P.:** Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht (Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB; hrsg. Honsell/Vogt/Geiser), 5. Aufl., Basel 2014, Art.31, N.12. Aksi ispat edilmedikçe, yaklaşık olarak, doğumdan önceki 270. veya 280. günde çocuğun ana rahmine düştüğünü kabul eden farklı gö-

koyucunun, menfaatlerini geçmişe etkili olarak korumak istediği ceninin daha lehine olması itibariyle, doğumdan önceki 300. günün, aksi tıbben ispat edilmedikçe, çocuğun ana rahmine düştüğü gün olarak karineten kabulü *de lege ferenda* uygun düşer. Döllenmenin yapay (*in vitro*) yollardan gerçekleştiği hâllerde de, taraf ehliyetinin, embriyonun henüz ana rahmine konulup rahim duvarına tutunmamış olsa bile, tüp içerisinde olduğu an itibariyle başladığının kabulü, kanun koyucunun amacına uygun düşer. Böylece embriyo ana rahmine transfer edilmeden önceki dönemde basit bir obje olmaktan kurtulmuş olur²⁶⁴.

bb. Dava Ehliyeti ve Davada Temsil

Evlilik dışı çocuğun velayeti anaya ait olup (TMK m.337/1); kural olarak ana, evlilik dışı çocuğun doğumundan itibaren erginliğine kadar yasal temsilcisi konumundadır. Fakat toplumsal ve sosyal hayatın bazı gerçekleri göz önüne alındığında, evlilik dışı çocuğu doğuran kadının, çocuğun hukuksal hak ve menfaatlerini etkin bir biçimde korumaya her zaman ehil olduğu söylenemez²⁶⁵. Zira ananın, maddî ve manevî birçok sıkıntı içinde tereddütler yaşaması, evlilik dışı çocuğun babasıyla evlenme ümidi taşıması, aşağılanma ve utanma duygusuna kapılmaktan korkması, gerekli hukukî bilgi ve donanımdan yoksun bulunması gibi sebeplerden ötürü çocukla menfaat çatışması içine girebileceği, çocuğun menfaatlerini gereği gibi koruyamayacağı ve biyolojik babayla bir

rüş için ise bkz. **Bucher**, N.214; **Kohler-Vaudaux**, s.207'den naklen: **Kurt, L. M.:** Ceninin Malvarlığı Hakları (InÜHFD, C.2, S.2011/1, s.177-207), s.183-184, dn.27.

²⁶³ **Kurt-** Cenin, s.183-184, dn.27.

²⁶⁴ **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s.13-14, dn.24; **Aydın-Ünver**, s.16 vd. Öte yandan, dondurulmuş embriyonun basit bir obje olmaktan çıkarılıp mirasçılık haklarını korumaya yönelik dava açıldığı hâllere örnek olarak, bir haberde şu ifadeler yer verilmektedir: “ABD’li dizi oyuncusu Sofia Vergara’nın dondurduğu embriyoları adına miras haklarının elinden alındığı gerekçesiyle dava açıldı. ABD basınında yer alan haberlere göre, Modern Family dizisinde rol alan Vergara, eski erkek arkadaşıyla dölediği iki embriyosunu dondurdu. Vergara ve erkek arkadaşı Nick Loeb, 2014 yılında ilişkilerini bitirdi. Dava, Louisiana Eyalet tarafından ‘doğmamış çocuklar’ adına açıldı. Kürtaj karşıtı bir eyalet olan Louisiana yasalarına göre, döllenmiş yumurtalar ‘hukuk nezdinde kişi’ kabul ediliyor. Açılan davada, Emma ve Isabella adındaki iki embriyonun, dünyaya getirilmeyerek kendileri için oluşturulan yatırım fonundan para alma haklarının ellerinden alındığı belirtildi. Embriyolar, California eyaletinde bulunuyor. Ancak isimlerine açılan yatırım fonu ise Louisiana’da yer alıyor. Açılan davada, anne Vergara bu embriyoların taşıyıcı bir anneye verilmesini kabul etmeyerek doğmalarına engel olmakla suçlanıyor ve hayata gelmeleri için babaları Loeb’e teslim edilmeleri isteniyor.” (<https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-38262338>) (E.T. 26.07.2019)

²⁶⁵ **Özsunay-** Dava Süresinin Başlangıcı, s.512; **Baygın-** Soybağı, s.74-75; **Baygın-** Kan Bağı, s.274.

araya gelerek çocuğun zararına sonuçlara yol açabilme ihtimali bulunduğu için, kanun koyucu, evlilik dışı çocuğun velayetini TMK m.337/1 hükmüne göre esasen anaya bırakmış olsa da, vesayet makamınca evlilik dışı çocuğun doğumundan herhangi bir yoldan haberdar olunması yahut ana tarafından evlilik dışı gebeliğin vesayet makamına bildirilmesi durumunda (Türk Medeni Kanununun Velayet, Vesayet ve Miras Hükümlerinin Uygulanmasına Dair Tüzük²⁶⁶ m.10), çocuğun menfaatlerinin korunması amacıyla çocuğa, anası dışında bir kişinin kayyım olarak atanması ve babalık davasının, atanan bu kayyım marifetiyle ikamesi gerekir²⁶⁷. Nitekim 743 sayılı (mülga) Türk Kanunu Medenîsi döneminde de bu konuya ilişkin düzenlemeye yer verilmek suretiyle, vesayet makamınca evlilik haricinde bir doğumdan haberdar olunması veya böyle bir gebeliğin ana tarafından haber verilmesi hâlinde; çocuğun menfaatlerini korumak üzere, hemen bir kayyım atanacağı öngörülmüştür²⁶⁸ (MK m.298).

Doğumdan önceki kayyım tâyininde yer bakımından yetkili vesayet makamı, evlilik dışı gebeliği bildiren ananın yerleşim yerindeki sulh hukuk mahkemesi iken²⁶⁹ (HMK m.384); doğumdan sonraki kayyım tâyininde ise, evlilik dışı çocuğun yerleşim yeri belirlenirken, onun velisi olan ananın yerleşim yeri esas alınacağı için (TMK m.21/1), yine ananın yerleşim yerindeki sulh hukuk mahkemesi yetkili olur. Ananın yerleşim yerinin belli olmaması hâlinde ise, çocuğun menfaatlerinin azamî ölçüde korunabilmesi amacıyla onun hâlihazırda oturduğu yerdeki sulh hukuk mahkemesinin kayyım tayinine yetkili olduğu söylenebilir. Zira, ananın evlilik dışı çocuğu gizlediği hâl-

²⁶⁶ Bkz. RG. 16.09.1965, Sa. 12102.

²⁶⁷ **Aebi-Müller/Jaggi**, s.353; **Köprülü/Kaneti**, s.273; **Özsunay-** Dava Süresinin Başlangıcı, s.512-513; **Akyüz**, s.158-159; **Hatemi/Serozan**, s.389, 393; **Postacıoğlu**, s.213.

²⁶⁸ “...Öte yandan mahkemeler görevleri sırasında öğrendikleri vesayet halini gerektiren durumları Sulh Hâkimine bildirmekle yükümlü kılınmışlardır (MK.354). Bu hükmün amacı mahcurların (olayda küçüğün) yararını korumaya yöneliktir. Hal böyle olunca ananın, sırf kendi adına açacağı davada dahi, Usulün 42. maddesinde olduğu gibi, keyfiyetin Sulh Hâkimine bildirilmesi zorunludur. İşte bu kuralın kaçınılmaz sonucu olarak kayyım, ananın açtığı davada yer almak durumundadır. Bir an için dava sadece ana adına açılmış bir dava bile sayılsa, kayyımın müdahalesine imkân hazırlanması gereklidir.” (Y. HGK. 20.01.1988, E.1987/2-473, K.1988/42; Legalbank İçtihat).

²⁶⁹ Karş. 1086 sayılı (mülga) HUMK m.492: Kocasından boşanmış veya dul kalmış veya hiç evlenmemiş olan her kadın sulh mahkemesine müracaatla gebe olduğunu bildirerek çocuğuna kayyım tâyini talep edebilir.

lerde çoğu zaman yerleşim yerini sık sık değiştirdiği görülebildiğinden, kayyımın, çocuğun bulunduğu yerdeki sulh hukuk mahkemesince atanması daha elverişli olur²⁷⁰.

Türk hukukunda evlilik dışı doğan çocuğa kayyım atanmasına ilişkin olarak açıkça öngörölmüş herhangi bir zorunluluktan söz edilemediği için²⁷¹, çocuğa kayyım tayini hususunun, kanun koyucu tarafından, somut olayın şartları doğrultusunda vesayet makamının, yani sulh hukuk hâkiminin takdirine bırakıldığı söylenebilir²⁷². Bu çerçevede, örneğin vesayet makamınca kayyım tayinine karar verilmeden önce biyolojik babaya, çocuğu tanınması ve çocuğun bakımına yönelik anaya nafaka ödemesi için uygun bir süre verilmesi; verilen bu sürenin sonunda soybağının kurulması ve nafaka ödenmesi sağlanamadığı takdirde çocuğa kayyım tâyini yoluna gidilmesi gerektiğini savunan bir görüş de doktrinde ileri sürölmüştür²⁷³. Ayrıca, çocuğun velayetini elinde bulunduran ana öldüğü, kısıtlandığı (TMK m.337/2) ya da velayetin anadan alınmasını gerektiren hâller (TMK m.348/1) ortaya çıktığı için çocuğa vasi atanmışsa, bu durumda artık TMK m.303/2'ye göre kayyım tâyinine ihtiyaç kalmadığı; çocuğun vasisinin de, çocuk adına, onun yasal temsilcisi sıfatıyla babalık davası açabileceği söylenebilir²⁷⁴.

Öte yandan, çocuğa henüz bir kayyım atanmamış yahut kayyım henüz dava açmamış ise, ananın da çocuk adına dava açabileceğini kabul eden yazarlar²⁷⁵ bulunmakla birlikte, ana ile çocuğun menfaatlerinin çatışabilme ihtimali söz konusu olmasa dahi, çocuğa anadan başka bir kimsenin kayyım olarak atanması ve davanın mutlaka kayyım marifetiyle açılması gerektiği yönünde, TMK m.301/3 hükmüyle de uyumlu Yargıtay kararları vardır²⁷⁶. Öyle ki, ananın vekili olan avukatın çocuğa kayyım olarak atanama-

²⁷⁰ **Özsunay-** Dava Süresinin Başlangıcı, s.515-516; **Yücel**, s.167-168.

²⁷¹ **Grassinger**, s.134-135; **Yücel**, s.94. Karşıt yöndeki görüş için ayrıca bkz. **Gümüş**, s.159-161.

²⁷² **Gümüş**'e göre babalık davasına bakmakta olan aile hâkimi de, TMK m.346 hükmünün kendisine vermiş olduğu geniş takdir yetkisine istinaden, somut olayın şartları gerektiriyorsa çocuğa kayyım tâyin edebilmelidir (bkz. **Gümüş**, s.186-188).

²⁷³ Bkz. **Gümüş**, s.160.

²⁷⁴ **Hegnauer-** Kindesrecht, § 9, N.9.06, s.67; **Tuor/Schnyder/Rumo-Jungo**, § 40, N.34, s.430; **Aebi-Müller/Jaggi**, s.353.

²⁷⁵ **Berki, Ş.:** Medeni Hukuk Umumi Esaslar - Şahıs ve Aile Hukuku, Ankara 1961, s.246; **Belgesay, M. R.:** Türk Kanunu Medenîsi Şerhi, Aile Hukuku C.II, Hısımlar-Velayet-Vesayet, 3. B., İstanbul 1952, s.273.

²⁷⁶ **Kuru-** Usul, C.I, s.1060 vd. (Y. 2. HD. 12.02.2004, 517/1467; Y. 2. HD. 26.02.2004, 1318/2253; Kazancı İçtihat). Benzer yönde olmak üzere Yargıtay, babalığına hükmedilmesi istenilen davalının

yacağı, hatta ana ile çocuğun aynı vekil tarafından (iradî) temsilinin dahi mümkün olmadığı ve 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 38. maddesinin (b) bendi uyarınca ana ile çocuğun çatışan menfaatlerinin aynı vekil tarafından babalık davasında savunulamayacağı ileri sürülmüştür²⁷⁷. Kanımızca da ananın çocuk adına, çocuğun yasal temsilcisi sıfatıyla dava açamayacağını kabul etmek gerekir²⁷⁸. Çünkü daha önce de bahsedildiği üzere, babalık davasında evlilik dışı çocuk doğuran ana ile çocuğun menfaat ve yarar çatışması bulunduğu karineten kabul edilir²⁷⁹ ve kayyım atanmasıyla, bu çatışmanın önlenmesi amaçlanır²⁸⁰. Nitekim menfaat çatışması doğduğu andan itibaren yasal temsilcinin, o konudaki temsil yetkisinin hukuken ortadan kalkacağı ve atanması gereken kayyımın görevine giren işler bakımından yetkisiz temsilci hâline geleceği dahi söylenebilir²⁸¹. Bu noktada kabul edilmesi gereken menfaat çatışması türü soyut ve geniş anlamda menfaat çatışması, yani somut olayda teorik olarak menfaatlerin çatışması olasılığının gündeme gelmesi şeklinde düşünülmeli; menfaatlerin çatıştığı olgusal şekilde açıkça gerçekleşmiş olması beklenmemelidir²⁸². Nitekim TMK m.426 hükmünün ikinci bendinin esas amacı, menfaat çatışması olasılığında çocuğun aleyhine gerçekleşmesi beklenen doğrudan veya dolaylı sonuçların ortaya çıkmadan önce önüne geçilmesi

öz kardeşinin de çocuğa kayyım olarak atanamayacağını, zira çocukla hasım konumunda bulunduğu ve aralarında çıkar çatışması meydana geldiği için bu kişinin babalık davasında çocuğu kayyım sıfatıyla temsil etmesinin kanunen mümkün olmadığına karar vermiştir (Y. 2. HD. 26.01.2009, E.2008/18852, K.2009/623; Legalbank İçtihat).

²⁷⁷ **Akın**, s.30-31; “Dava, ana ve çocuk tarafından birlikte açılmıştır. Çocuğa, davadan önce 21.8.2002 tarihli 2002/271-257 sayılı kararla kayyım atanmış, kayyımın çocuğu temsilen tayin ettiği avukat Ç.A., aynı zamanda ananın da vekili olarak davayı açmış ve takip etmiştir. Böylece ana ve çocuk davada aynı avukat tarafından temsil edilmişlerdir. Avukatlık Kanunu’nun 38/b maddesi gereğince davacı anne ile çocuğun menfaatleri çatıştığından aynı vekille temsil edilmeleri mümkün değildir. Bu yön gözetilmeden hüküm tesisi usul ve yasaya aykırıdır” (Y. 2. HD. 26.02.2004, 1318/2253; Legalbank İçtihat). Aynı yönde: “...Avukat menfaati zıt olanların vekâletini kabul edemez. ...Davacı ile küçüğün menfaatleri arasında zıtlık bulunduğundan hem anne hem de küçüğün aynı avukat tarafından temsili olanaksızdır.”(2. HD. 05.10.2000, 9712/11592; **Gençcan-** Soybağının Kurulması, s.246).

²⁷⁸ Aksi yöndeki görüşü savunan yazarlardan **Zogg** ise, babalık davasının ana ve çocuk tarafından birlikte açılabilceği düşüncesiyle, çocuğun, ana tarafından temsil edilebileceğini ve kayyım tayininin istisnai olması gerektiğini ileri sürmüştür (bkz. **Zogg-** Das Kind, s.418).

²⁷⁹ Aynı yönde bkz. **Atıcı, C.:** Medeni Usûl Hukukunda Dava Ehliyeti, Ankara 2021, s.239-241.

²⁸⁰ **Köprülü/Kaneti**, s.274; **Öztan**, s.936; **Baygın-** Soybağı, s.75; **Yücel**, s.95; **Elgün-Toğrul**, s.329-330. Ayrıca bkz. **Kuru-** Usul, C.I, s.1173.

²⁸¹ **Elgün-Toğrul**, s.333.

²⁸² **Ziyan, A.:** Velayet İlişkisi Bağlamında Çocuğun Ebeveyni Tarafından Temsili, İstanbul 2019, s.164; **Baygın-** Soybağı, s.309; **Yücel**, s.59 vd.

olduğuna göre, babalık davasında doğrudan veya dolaylı olarak ana ile evlilik dışı çocuğu arasında menfaat çatışması kuvvetle muhtemel görülmelidir²⁸³. Bu sebeple, anılan düzenlemeye göre, yasal temsilci ile küçüğün menfaatinin çatışma olasılığının bulunduğu babalık davası kapsamında vesayet makamı, resen temsil kayyımı atayabilir yahut TMK m.301/3 uyarınca, ana tarafından açılmış olan babalık davası resen kayyıma ihbar edilebilir ve böylece anaya karşı çocuğun menfaatlerinin korunması kayyım güvencesine bırakılabilir²⁸⁴.

Benzer şekilde Alman hukukunda da, çocukla ilgili davalarda çocuğun menfaatleri ile yasal temsilcisinin menfaatlerinin ters düştüğü anlaşıldığı takdirde, çocuğun menfaatlerini korumak için mahkeme, çocuğa bir an önce kayyım atar ve davayı çocuk adına kayyım takip eder (FamFG § 158, 2/1). Bu konudaki bir başka düzenleme olan FamFG § 174 hükmünde de aynı hususa değinilerek mahkemenin, soybağı yargılamaları kapsamında küçüğün menfaatlerinin korunması gerektiğinde ona bir kayyım atanmasına karar verebileceği öngörülür.

Babalık davası kapsamında çocuğa atanan kayyımın görevi temsil kayyımlığı olup, bir mesele üzerinde yasal temsilcisiyle küçüğün menfaatlerinin çatıştığı yahut yasal temsilcinin görevini gereği gibi yerine getirmesinin kendisinden beklenemeyeceği hâllerde temsil (veya dava) kayyımlığı²⁸⁵ (*Vertretungs- oder Verfahrensbeistandschaft*) söz konusudur²⁸⁶. Kayyım, çocuğun menfaatlerini belirleyip yargılamada dikkate alarak,

²⁸³ **Ziyan**, s.164, 165, 167; **Atıcı-** Dava Ehliyeti, s.239.

²⁸⁴ “...*Türk Medeni Kanunu'nun 426 maddesinin 2. fıkrasında*” Bir işte yasal temsilcinin menfaati ile küçüğün ya da kısıtlının menfaati çatışıyorsa” kayyım atanacağının belirlendiği, aynı Yasa'nın 430. maddesinde ise ‘temsil kayyımı, kendisine kayyım atanacak kimsenin yerleşim yeri vesayet makamı tarafından atanır’ hükmünü içermektedir. Bu yasal düzenleme dikkate alınarak küçük Yağmur Yalçın'ı temsil etmek üzere Sulh Hukuk Mahkemesi'nce atanacak bir kayyım huzuru ile yargılama yapılması gerekirken bu usule uyulmadan Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı İl Müdürlüğü'nden görevlendirilen kişi katılımı ile yargılama yapılması doğru görülmemiştir.” (Y. 8. HD. 30.03.2017, 1248/4772; Legalbank İçtihat).

²⁸⁵ Alman hukukunda dava kayyımlığı (*Verfahrensbeistandschaft*) olarak geçmektedir (bkz. FamFG § 158, 7).

²⁸⁶ **Açıkgöz**, s.60; **Gümüş**, s.165; **Yücel**, s.57; **Özsunay-** Dava Süresinin Başlangıcı, s.514. Kayyımın, atandığı kişinin şahıs ve malvarlığı haklarına yönelik genel bir özen ve koruma yükümlülüğünün bulunduğundan söz edilemez; kayyım, sadece, atandığı kişinin belirli bir iş ya da işlemle ilgili menfaatlerini korumakla yükümlü olup, bu sebeple kayyımlığın sınırlı bir vesayet önlemi olduğunu söy-

davanın seyri hakkında çocuğu uygun şekilde haberdar eder. Hatta davanın seyri ve gelişen koşulları gerekli kıldığı takdirde mahkeme, çocuğun ebeveynleri ve diğer yakınlarıyla görüşmek ve davanın konusu üzerinde uzlaşma sağlanmasına yönelik müzakereler yürütmek gibi ek ödevleri de kayyıma yükleyebilir (FamFG § 158, 4). Çocuğun bir avukat marifetiyle davada temsil edilmesinin, onun menfaatlerine uygun düşeceği anlaşılır yahut kayyımın yürüttüğü dava kesin hüküm veya diğer hâllerden biriyle sona erer ise, kayyımın görevi de son bulur ve kayyıma kayyımlık görevinden ötürü hiçbir surette masraf yükletilemez; bilakis yürüttüğü bu iş için kendisine uygun ücret ödenir (FamFG § 158, 5-8).

Temsil kayyımının babalık davası açabilmesi yahut açılan davaya çocuk adına katılabilmesi için, ayrıca vesayet makamından husumet izni almasına gerek yoktur²⁸⁷. Vasiye benzemekle birlikte, kayyımın görev ve yetkisi vasininki kadar geniş ve çeşitli olmayıp; kayyım, vasiden farklı olarak sadece belirli işleri görmek veya bir malvarlığını yönetmek üzere tayin edilir²⁸⁸ (*Cura Bonorum*). Bu noktada temsil kayyımının yegâne görevi, çocuk adına babalık davası açıp onu temsilen davayı takip etmek, davada onun adına olağan usul işlemlerini gerçekleştirmektir²⁸⁹. Ancak kayyımın davayı çocuk adına yürütebilmesi için, sırf atanmış olması yetmez; ayrıca usulüne uygun şekilde davaya katılma talebinde bulunması ve davayı sonuna kadar takip etmesi gerekir²⁹⁰. Ayrıca temsil kayyımının bu davaya mahsus atanması zorunlu olduğundan, daha önceden

lemek mümkündür; **Açıkgöz**, s.61. Temsil kayyımlığı hakkında ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. **Gü-müş**, s.13 vd.

²⁸⁷ **Kuru-** Usul, C.I, s.1086. Aksi yönde bkz. **Umar-** Ehliyet, s.614; **Postacıoğlu**, s.213.

²⁸⁸ **Kavasoglu, A.:** Medeni Usul Hukukunda Davada Temsil, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2008, s.168-169; **Yıldız, E./Gürsoy, S.:** Kayyımlık ve Kayyım Katılımıyla Görülmesi Gereken İşler ve Davalar, İstanbul 2007, s.6 vd.

²⁸⁹ Bununla birlikte kayyımın, çocuk adına sulh, kabul, feragat ya da dava dosyasının işleminden kaldırılması gibi konularda vesayet makamının izni olmaksızın işlem yapamayacağına işaret etmek gerekir.

²⁹⁰ “...Kayyım dava devam ettiği sırada en son 16.11.1993 tarihli celsede duruşmaya gelmiş, müteakip celselere gelmemiştir. Bu durumda çocuk adına dava kayyım tarafından takip edilmemiş olmasına göre çocuk yönünden açılan dava yönünden Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun 409. maddesi gereğince işlem yapılması gerekirken davaya devam edilerek hüküm tesisi doğru görülmemiştir.” (Y. HGK. 25.09.1996, 2-364/622; Legalbank İçtihat).

atanmış olan yönetim kayyımının varlığına dayanılarak davaya devam edilmesi doğru değildir²⁹¹.

Babalık davasına özgü atanan temsil kayyımı, diğer kayyımlık türlerinde yahut vasilikte olduğu gibi birden çok meselede farklı görevleri bulunan bir konumda değildir²⁹². Bu itibarla kanun koyucu, babalık davasında ananın her zaman çocuğun yararına hareket edemeyebileceği ilkesinden hareketle, çocuk için kayyım tâyinini ve böylelikle çocuğun yararının korunması amacıyla davada kayyımın yasal temsilci sıfatıyla yer almasını ilke olarak kabul etmiş olup, birtakım gerekçelerle ana ve biyolojik babanın çocuk aleyhine ittifak kurarak onun zararına yol açacak bir duruma sebep olmalarını önlemek istemiştir²⁹³. O halde, babalık davası bakımından, evlilik dışı doğum yapan ana ya, velayet hakkının uzantısı olarak çocuğun yasal temsiline ilişkin kendiliğinden yönelen bir yetki tanınmadığı gibi, ananın kayyım olarak atanamayacağı da açıktır²⁹⁴.

Yine, bir an için hukuken çocuğun velayetini elinde bulunduran ananın, çocuğun yasal temsilcisi sıfatıyla onu davada temsil edebileceği düşünülse de, ana ile çocuğun dava haklarının birbirinden ayrı ve bağımsız şekilde öngörülmesi sebebiyle, bu mümkün olmayıp; babalık davasının özelliğinden dolayı ana, çocuğu adına velayeten değil, ancak

²⁹¹ **Özüğür, A. İ.:** Türk Medeni Kanununun Değişen Yeni Düzenlemeleri İle Açıklamalı İçtihatlı Velâyet Vesayet Soybağı Evlat Edinme Hukuku Diğer Eşin Rıza ve Onamına Bağlı İşlemler, 4. B., Ankara 2010, s.270. Aynı yönde bkz. "... atanan kayyım, soybağının reddi davasında küçüğü temsil etmek üzere atanmış olup, soybağının reddi davasının neticelenmesiyle kayyımın temsil görevi de sona ermiştir (TMK md.477/1). Aynı kayyımın, görevlendirilmediği bir işte küçüğü temsil etmesi mümkün bulunmamaktadır. O halde, bu davada küçüğü temsil etmek, hak ve menfaatlerini korumak amacıyla yetkili vesayet makamınca yeniden küçüğe kayyım tayin ettirilmesinin sağlanması ve kayyımın davaya katılımı ve böylece taraf teşkili sağlanarak, davanın esası hakkında bir karar verilmesi gerekirken..." (Y. 2. HD. 15.06.2011, E.2010/7346, K.2011/10593; **Gençcan-** Aile Mahkemesi, s.1219).

²⁹² **Atıcı-** Tam Ehliyetsizler, s.150 ve aynı yerde dn.40.

²⁹³ **Tekinay-** Aile, s.573, dn.3. Hatta daha da ileriye gidilerek, çocuğa yönelik muhtemel bir zararın önlenmesi amacıyla, babalık davasının Cumhuriyet savcısına ve Hazine'ye dahi ihbarı gerekli kılınmış ve çocuğun gerçek soybağının belirlenmesi hususunda, lüzumu halinde Cumhuriyet savcısının ve Hazine'nin yardımı sağlanmıştır (TMK m.301/3). Ayrıca bkz. **Tekinay-** Aile, s.573-574, dn.3.

²⁹⁴ "...çocukla anne arasında yarar çatışması bulunduğundan anadan başka bir şahsın kayyım olarak tayini ile kayyım huzuru ile yargılamaya devam olunması gerekirken, kayyım olarak tayin olunan annenin huzuru ile duruşmaya devam edilip hüküm verilmiş olması Usul ve Kanuna aykırıdır." (Y. 2. HD. 03.11.1986, 9188/9639; aynı yönde bkz. Y. 2. HD. 08.04.1985, 3067/3285; Y. 2. HD. 04.04.1985, 3186/1158; **Kuru-** Usul, C.I, s.1061).

kendisi adına asaleten bu davayı açıp yürütebilir. Ayrıca ana ile çocuğun dava haklarının birbirinden bağımsız oluşunun bir diğer sonucu olarak da, velayet hakkı sahibi olsa bile ana, velayetten kaynaklanan yetkilerine dayanarak çocuğun babalık davası açma hakkı üzerinde herhangi bir tasarrufta bulunamayacağı gibi, onun dava hakkını kısıtlayıcı ya da önleyici hiçbir işlem ve fiili de gerçekleştiremez²⁹⁵.

Dolayısıyla, babalık davası açma hakkının nispi anlamda kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan olması sebebiyle, ayırt etme gücünü haiz küçük çocuğun bizatihi kendisinin de bu davayı açıp yürütebileceği söylenebilir²⁹⁶. Zira sınırlı ehliyetsiz kategorisinde bulunan ayırt etme gücüne sahip küçük ve kısıtlıların, kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların kullanımını konu alan şahısvarlığı davalarında dava ehliyetini taşıdıkları ve sınırlı ehliyetsiz olsalar bile, bu durum babalık davası bakımından bir engel teşkil etmediği için, yasal temsile yahut yasal temsilcinin rızasına ihtiyaç duymaksızın (TMK m.16/1, c.2) bu davayı tek başlarına açıp yürütebilecekleri kabul edilir²⁹⁷. Dolayısıyla, ayırt etme gücüne sahip küçük çocuk için hâlihazırda bir kayyım atanmamışsa, sırf babalık davası açılması maksadıyla derhal bir kayyım atanması da şart değildir. Ancak ananın kendi adına açmış olduğu bir babalık davası söz konusu olduğu takdirde, aile mahkemesi hâkimi çocuğa bir kayyım atanmasını sulh hâkiminden resen talep eder ve davanın atacak olan kayyıma ihbarına resen karar verir.

Ayırt etme gücüne sahip küçük çocuğun tek başına dava açmasının fiilen mümkün olmadığı hâllerde ise²⁹⁸, babalık davasının kayyım aracılığıyla açılması gerekir. Evlilik dışı çocuğun temsil kayyımı, evlilik dışı gebeliğin vesayet makamına bildirilme-

²⁹⁵ **Hegnauer-** Kindesrecht, § 9, N.9.06, s.67. Konuyla ilgili ayrıca bkz. **Kuru-** Usul, C.I, s.1060.

²⁹⁶ **Hausheer/Geiser/Aebi-Müller**, § 16, N.16.65; **Tuor/Schnyder/Rumo-Jungo**, § 40, N.34, s.430; **BSK ZGB I-Schwenzer/Cottier**, Art.261, N.5; **Serozan-** Çocuk, s.213, n.63; **Akıntürk/Ateş**, s.359-360; **Öztan**, s.936; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s.96; **Akyüz**, s.158; **Karakaş**, s.142.

²⁹⁷ **BSK ZGB I-Schwenzer/Cottier**, Art.261, N.5; **Zogg-** Das Kind, s.424; **Önen, E.:** Medeni Yargılama Hukuku, Ankara 1979, s.64; **Tanrıver-** Usul, C.I, s.549; **Dural/Öğüz/Gümüş**, s.306, kn.1478; **Akipek/Akıntürk/Ateş**, s.333; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s.95-96; **Arsalan/Yılmaz/ Taşpınar-Ayvaz/Hanağası**, s.262. Aynı yönde bkz. **Atıcı-** Dava Ehliyeti, s.177-178, s.202-203.

²⁹⁸ Örneğin, 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu kapsamında çocuğun gözetimine alınması veya tutuklanması, denetim altına alınması yahut çocuk hakkında diğer güvenlik tedbirlerinin uygulanması gibi hâllerde fiili imkânsızlıktan söz edilebilir.

sini takiben, ananın gebelik dönemi boyunca vesayet makamı tarafından atanabileceği gibi, çocuğun doğumundan sonra ananın talebi üzerine yahut resen de atanabilir²⁹⁹.

Yine, soybağı ile ilgili kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların kullanımını konu alan babalık davasını çocuk veya çocuğa atanan kayyım adına vekil sıfatıyla açıp yürütmek, iradî temsil yoluyla usul işlemleri yapmak, davaya vekâlette özel yetki verilmesini gerektiren işlemler arasında yer aldığından (HMK m.74), avukatın, çocuk ya da kayyım adına vekâleten babalık davası açabilmesi ve usul işlemleri yapıp davayı takip edebilmesi için, vekâletnamesinde özel yetki verilmiş olduğuna ayrıca dikkat etmesi gerekir³⁰⁰.

Ayırt etme gücü taşımayan çocuk ise, tam ehliyetsiz (yani, fiil ehliyetinin mutlak şartı olan ayırt etme gücünden yoksun) olduğu için, fiil ve dava ehliyetine sahip değildir. Bu sebeple, ayırt etme gücünden yoksun çocuk, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan olan babalık davası açma hakkını da tek başına kullanamaz; bu davayla ilgili usul işlemleri gerçekleştiremez. Bunun için mutlaka çocuğun yasal temsiline ihtiyaç duyulur³⁰¹. Her ne kadar yasal temsilci, tam ehliyetsiz adına kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların kullanımını konu alan davaları açıp yürütemez ise de, ayırt etme gücünden yoksun olan çocuk ile ilgili olarak, çocuğun üstün menfaatinin korunması ve soybağının belirlenmesi hususunda kamusal bir zaruretin varlığından dolayı, babalık davası, çocuk adına ancak kayyım tarafından açılabilir³⁰². Bir başka ifadeyle, ayırt etme gücünden yoksun çocuğun adına ve hesabına, hem kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların kullanılması niteliğindeki babalık davasının açılması hem de yargılama boyunca yapılacak usul işlemlerinde çocuğun menfaatinin korunması için çocuğa kayyım atanması ve ananın yasal temsil yetkisinin sınırlandırılması gerekir³⁰³. Aksi takdirde çocuğun hukuken tümüyle korunmasız ve

²⁹⁹ Tekinay- Aile, s.575; Köprülü/Kaneti, s.270.

³⁰⁰ Tanrıver- Usul, C.I, s.587-588; Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz/Hanağası, s.284.

³⁰¹ Hegnauer- Kindesrecht, § 9, N.9.06, s.67; Tanrıver- Usul, C.I, s.556; Karakaş, s.142; Yücel, s.17; Atıcı- Dava Ehliyeti, s.162; Elgün-Toğrul, s.199.

³⁰² Tanrıver- Usul, C.I, s.556; Serozan- Çocuk, s.213, n.63; Dural/Öğüz/Gümüş, s.306-307, kn.1479.

³⁰³ Yılmaz- Çocuk, s.831; Ziyan, s.168. Anglo-Amerikan hukukunda davada kendisini temsil yeteneğinden yoksun çocuklar için “guardian ad litem” kurumu ihdas edilmiş ve çocuğun taraf olduğu davalarda, onun adına dava açmak ve menfaatlerini gözetmekle görevli, mahkemece geçici surette atanan vasi tarafından çocuğun ebeveynlerinden bağımsız olarak temsiline imkân sağlanmıştır [Ayrıntılı bilgi için bkz. Hubert, H. L.: In The Child’s Best Interests: The Role of The Guardian Ad Litem

çaresiz bırakılması sonucu doğar ki, bunun kabulü insan hakları ve hak arama hürriyeti çerçevesinde mümkün değildir. Bu itibarla, ayırt etme gücünden yoksun (tam ehliyetsiz) çocuğun tek başına babalık davası açma hak ve yetkisi bulunmamakla birlikte, yasal temsilci marifetiyle ve vesayet makamının da onayıyla onun adına babalık davası açılması mümkün olmalıdır. Burada yasal temsilci, evlilik dışı çocuk velâyet altında ise, temsil kayyımıdır; çocuğun velisi yoksa, bu durumda çocuğa vasi atanması gerekir. Vasinin, çocuğun menfaatlerinin korunmasını gerektiren sınırlı hâllerde, çocuk adına babalık davası açabilmesi için vesayet makamı olan sulh hukuk mahkemesinden ayrıca izin alınması gerekir³⁰⁴ (TMK m.462/1, b.8).

Son olarak, çocuğun taraf ehliyeti konusunda değinildiği gibi, evlilik dışı cinsel ilişkinin ürünü olup da henüz sağ şekilde doğmamış bulunan, ana karnındaki cenin (dölüt), biyolojik babaya karşı açılan babalık davasında taraf ehliyetini haiz kabul edildiğinden, cenin adına babalık davası açabilme yetkisi, yalnızca kayyıma ait olup; ceninin, kayyımdan başka herhangi bir yolla (örneğin velisi tarafından) temsili mümkün değildir³⁰⁵. Zira yasal temsil, ancak gerçek kişiler bakımından mümkündür. Fakat ceninin henüz sağ olarak doğup doğmayacağı belli değildir. Anne karnında iken ceninin, sağ doğum anına kadar hak ehliyeti olmadığından, velisi veya atanacak bir vasi ile temsil edilerek kullanabileceği bir hakkı söz konusu değildir³⁰⁶. Bu noktada kayyımın temsil yetkisi ise, sadece ileride sağ doğma ihtimali olan ceninin hem kişilik haklarına hem de malvarlığı haklarına ilişkin menfaatlerini korumak için babalık davası açmak ile sınırlıdır³⁰⁷. Kayyım tarafından cenin adına babalık davası açabilmesi imkânı, ceninin kişilik haklarının korunması yanında, malvarlığı haklarının korunmasına da hizmet eden bir işlev taşır³⁰⁸. Şayet cenin sağ şekilde doğmadan ana karnında ölürse (yahut ölü doğarsa), daha önceden açılmış ve hâlen görülmekte olan derdest babalık davası, taraf ehliyeti

in Termination of Parental Rights Proceedings (University of Miami Law Review, Vol.49, 1994/2, s.531-566), s.540-541 vd.]. Ayrıca bkz. **Ziyan**, s.168, dn.266.

³⁰⁴ **Umar-** Ehliyet, s.613-614; **Öztan**, s.726.

³⁰⁵ **Özsunay-** Gerçek Kişiler, s.20; **Gümüş**, s.161; **Zevkililer/Acabey/Gökyayla**, s.204; **Akipek/Akıntürk/Ateş**, s.245. İslam hukuku bağlamında aksi yöndeki açıklamalar için bkz. **Demir**, s.94.

³⁰⁶ **Üstündağ**, s.290; **Umar-** Ehliyet, s.594, 606; **Kavasoğlu**, s.86.

³⁰⁷ **Belgesay, M. R.:** Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi- Teoriler, 4. B., İstanbul 1956, s.123.

³⁰⁸ **Aydın, T.:** Kişilik Haklarının Doğum Öncesi Korunması, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2007, s.20.

(dava şartı) yokluğundan usulden reddedilir. Ancak çocuk, tam ve sağ doğup hak ehliyetini kazandıktan sonra açılan babalık davası henüz karara bağlanmadan (derdest iken) ölürse, bu durumda hâkim, davanın konusuz kaldığı gerekçesiyle esas hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar verir. Yine kayyımın cenin adına açacağı davada cenin henüz sağ doğmadan mahkemece hüküm verilir ve fakat çocuğun sağ doğumu gerçekleşmezse, verilen bu hüküm, çocuğun sağ doğmaması sebebiyle etkisiz hüküm hâline gelir³⁰⁹.

d. Heterolog Yapay Döllenme Ürünü Olan Çocuğun Durumu

Heterolog (evlilik dışı) yapay döllenme yoluyla dünyaya getirilmiş çocuğun, sperm bağışçısı (donör) biyolojik babasına karşı babalık davası açma hakkının olup olmadığı literatürde tartışmalıdır. Bilindiği üzere, evli bir kadın ve erkeğin kendi üreme hücreleri dışında başka bir kadın ve erkeğin yumurta veya spermi kullanılarak gerçekleştirilen heterolog döllenmede herhangi bir erkeğin spermi, evli olmayan bir kadının rahmine veya kadın evli olmakla birlikte kocası dışındaki başka bir erkeğin spermleri cinsel ilişki dışında bir yöntemle evli kadının rahmine aktarılmaktadır³¹⁰.

Heterolog yapay döllenmede soybağının tespiti tartışmasına ilişkin mukayeseli hukuktaki örneklerden söz etmek gerekirse, İsviçre hukukunda yürürlükte olan Üreme Tıbbı Kanunu (*Fortpflanzungsmedizingesetz-FMedG*) Art.23, Abs.2 hükmüne göre, sperm bağışı yoluyla dünyaya gelen donör çocuğu, biyolojik babasına karşı babalık davası açamaz. Ancak eğer sperm bağışı, yapay döllenme amacıyla kasten yetkisiz ve izinsiz kişilerin aracılığında vuku bulmuşsa, o takdirde babalık davası hukuken caiz görülebilir. Burada olduğu gibi heterolog döllenme ürünü çocuğun babalık davası açabilmesi imkânının, özel kanun hükümleriyle engellendiği hâllerde dahi³¹¹, doktrinde bir görüşe göre³¹², çocuğun genetik kökenini (orijinini) öğrenme hakkı bağlamında, çocuğun sperm donörünü tanıma ve bilgilenme hakkına sahip olduğu ve sperm vericisinin,

³⁰⁹ **Umar-** Ehliyet, s.594; **Erişir,** s.120; **Atıcı-** Dava Ehliyeti, s.287; **Tanrıver-** Usul, C.I, s.537.

³¹⁰ **Kamacı, M.:** Embriyo Transferi (Aktarımı) ve Ortaya Çıkan Soybağı Sorunları (YD, C.36, S.2010/1-2, s.25-63), s.31.

³¹¹ **CHK-Reich,** ZGB 261, N.6, s.832; **Hausheer/Geiser/Aebi-Müller,** § 16, N.16.67; **BSK ZGB I-Schwenzer/Cottier,** Art.261, N.10.

³¹² **Serozan-** Çocuk, s.213-214, n.63. Karşıt yöndeki görüş için bkz. **Baygın-** Soybağı, s.78.

kimliğinin gizli kalmasına ilişkin menfaatiyle hekimin sır saklama yükümlülüğünün, çocuğun üstün yararı (*Kindeswohl*) karşısında geri plânda tutulması gerektiği ifade edilmiştir. Zira, çocuğa tanınan babalık davası açma hakkının fiiliyata geçirilebilmesi, çocuğun biyolojik babasını (yapay dölleme yoluyla olmuşsa sperm donörünü) öğrenmesine bağlıdır³¹³.

Alman hukukunda ise, “Sperm Donörü Sicilinin Kurulması ve Spermin Heterolog Kullanımı Hâlinde Donör Hakkında Bilgi Paylaşımının Düzenlenmesine İlişkin Kanun” kapsamında, heterolog döllemede çocuğun soybağını öğrenme hakkının layıkıyla uygulanabilmesi ve soybağı yönünden geçmişte yaşanan sorunların yol açtığı belirsizlerin giderilmesi amacıyla Alman Tıbbi Dokümantasyon ve Enformasyon Enstitüsü bünyesinde merkezî bir sperm donörü sicilinin kurulması öngörülmüş olup, bu sicilde heterolog yapay dölleme uygulamasıyla elde edilen ve saklanan verilerin üçüncü kişilerle paylaşımı konusunda bazı yasal düzenlemelere yer verilmiştir. Anılan Kanun’un “Bilgi Paylaşımının Şartları ve Usulü” başlıklı § 10 hükmünün birinci fıkrasına göre, tıbbî destekli heterolog yapay dölleme sonucunda doğduğu kabul edilen kişi (donör çocuğu), 16 yaşını tamamlamadan önce yasal temsilcisi aracılığıyla, 16 yaşını tamamladıktan sonra ise bizzat Tıbbi Dokümantasyon ve Enformasyon Enstitüsü’ne başvurup bilgi edinme talebinde bulunabilir. Bu talep, sperm bağışından elde edilen spermi tıbbî destekli yapay dölleme yoluyla çocuğun anasına uygulanan ve sicilde kayıtlı olan sperm donörünün kişisel verilerine erişim sağlamaya yöneliktir³¹⁴ (SaRegG § 10, 2-3). Bilgi edinme başvurusunu alan Kurum, veri paylaşımından önce gerekli incelemeyi yapıp uygun tedbirleri alarak sperm donörünü mevcut başvuru hakkında bilgilendirdikten son-

³¹³ **Serozan-** Çocuk, s.163; n.27. Ölümden sonra uygulanan yapay döllemede sperm donörüne karşı babalık davası açılıp açılamayacağı hakkında ayrıca bkz. **Aebi-Müller/Jaggi**, s.382-383.

³¹⁴ “Gerçek babasının kim olduğunu bilmek isteyen 21 yaşındaki Sarah adlı kadının açtığı davada mahkeme, Anayasa’da yer alan, kişinin özgürce gelişme hakkının donörün gizli kalma hakkından önce geldiğine karar vererek, sperm bankasının kadının gerçek babasının isminin açıklaması gerektiği görüşüne vardı. Karar sayesinde Almanya’daki sperm bağışıyla doğan çocuklar gerçek babalarını mahkemeye başvurarak öğrenebilme imkânına kavuşmuş oldular. Almanya Anayasa Mahkemesi, 1989 yılında kişinin genetik kökenini bilme hakkı olduğuna hükmetmişti. 2007 yılında çıkan “Doku Yasası” kapsamında sperm bağışı konusundaki bilgilerin 30 yıl saklanması zorunluluğu getirilmişti. Hukukçular son gelişmelerle birlikte sperm bağışıyla dünyaya gelen çocukların muhtemel tazminat ve nafaka taleplerinin de netliğe kavuşturulması gerektiğine dikkat çekiyorlar.” (Deutsche Welle’nin 07.02.2013 tarihli haberinden alıntı için bkz. <https://p.dw.com/p/17a5c>).

ra, sicildeki kişisel verileri paylaşır ve ayrıca genetik test tarama bulgularının olası etkilerini, yarar ve risklerini açıklayan özel bir danışmanlık hizmetinden yararlanılması tavsiyesinde de bulunur (SaRegG § 10, 4-5).

Alman hukukunda daha önce sözü edilen Sperm Donörü Bilgi Bankası Kanunu'nun yasalaşmasını sağlayan asıl düzenleme konumundaki "Spermin Heterolog Kullanımında Soybağını Öğrenme Hakkının Düzenlenmesine İlişkin Kanun"un 2. maddesi uyarınca Medenî Kanun'un § 1600d hükmünde yapılan yeni ek düzenlemeye göre, yetkili sperm bankalarına bağışlanıp da bunların tasarrufu altında ve sperm veri tabanında kayıtlı bulunan spermlerin kullanılmasıyla gerçekleştirilmiş bir heterolog yapay döllemenin ürünü olan donör çocuğu, sperm donörünün biyolojik babası olduğu iddiasıyla soybağının mahkemece tespiti talebini içeren babalık davası açamaz (BGB § 1600d, 4). Bu hükümle birlikte, sperm donörlerinin heterolog yapay dölleme ürünü çocukların nafaka ve miras taleplerine hiçbir şekilde maruz kalmamaları için gerekli yasal güvence öngörülerek, hem donör çocukların, anayasal temeli de olan genetik kökenini bilme hakkı çerçevesinde biyolojik babalarının kimliğini öğrenebilmeleri hem de sperm bankacılığının işlevini koruyup faaliyetine devam edebilmesi amacıyla donörlerin babalık davasından muaf tutulmaları sağlanmıştır³¹⁵.

Türk hukukunda ise, heterolog yapay dölleme, taşıyıcı annelik, başkasına ait üreme hücreleri yoluyla yapay dölleme, üçüncü kişilerce sperm veya yumurta bağışı, bir kadından diğer bir kadına embriyo nakli, Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik³¹⁶ uyarınca yasaktır³¹⁷. Anılan Yönetmeliğin ilk maddesine göre üremeye yardımcı tedavi yöntemlerine ancak

³¹⁵ **Taupitz, J./Theodoridis, A.:** Das Gesetz zur Regelung des Rechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung bei heterologer Verwendung von Samen (MedR, C.36, 2018/7, s.457-466), s.460-461.

³¹⁶ Bkz. RG. 30.09.2014, Sa.29135.

³¹⁷ Anılan mevcut Yönetmeliğin yürürlükten kaldırdığı eski Yönetmelik (RG. 06.03.2010, Sa.27513) ise bu yasağı açıkça düzenlenmiş olup, "ÜYTE Uygulamaları İle İlgili Yasaklar" başlıklı 18. maddenin beşinci fıkrası uyarınca "ÜYTE uygulanacak eşlere sadece kendilerine ait üreme hücreleri uygulanır. Herhangi bir şekilde donör kullanılması, donör kullanılarak embriyo elde edilmesi, adaylardan alınan yumurta ve spermler ile elde edilen embriyoların başka adaylarda, aday olmayanlardan alınanlar da adaylarda kullanılması ve uygulanması yasaktır. Bu yasaklara aykırı olarak elde edilen gebeliklerin herhangi bir aşamada tespit edilmesi durumunda, merkez süresiz kapatılarak bu işlemi yapan kişilerin sertifikaları iptal edilir ve ilgili tüm çalışanların da süresiz olarak ÜYTE merkezlerinde çalışmalarına izin verilmez."

evli çiftler başvurabilir. Evli olmayan çiftlerin bu yöntemlere başvurarak çocuk sahibi olmaları mümkün değildir. Ancak ülkemizde sperm bağı ve evlilik dışı yapay döllenme kanunen yasaklanmış olmakla birlikte, çocuk sahibi olmak isteyen Türk vatandaşı kadınlar, bu yasağa rağmen ya da yasağın olmadığı yabancı ülkelere giderek bu uygulamaları deneyebilmektedir. Dolayısıyla, bir şekilde heterolog yapay döllenme sonucu hamile kalan Türk vatandaşı bekar bir kadının, evlilik dışı çocuğunu doğurması hâlinde, bu çocuğun biyolojik babasının tespiti ve soybağı sorunu gündeme geleceğinden, buna babalık davası yoluyla çözüm bulunup bulunamayacağı hususunun da ayrıca ele alınması gerekir.

Doktrinde bir görüşe göre³¹⁸, çocuk ile sperm donörü biyolojik baba arasındaki yasal soybağı, babalık hükmüyle kurulabilir. Sperm donörünün yapay döllenme işlemine önceden rıza göstermiş olup olmaması önem taşımadığı gibi, önceden yapılacak bir anlaşmayla dahi çocuğun babalık davası açma hakkına sınırlama getirilemez. Anonimlik anlaşması ya da hekimin taahhüdü, sperm donörü biyolojik baba aleyhine çocuk tarafından babalık davası açılmasına engel oluşturmaz³¹⁹. Kanımızca, yurtdışında yahut yasağa rağmen ülkemizde gerçekleştirilen heterolog döllenme yoluyla çocuk sahibi olan Türk vatandaşı bir kadın, sperm donörü biyolojik babaya karşı hiçbir koşulda babalık davası açamaz³²⁰. Ülkemizde heterolog döllenmenin hukuken yasaklanması sebebiyle, hukuka aykırı yollarla dünyaya getirilen evlilik dışı çocuğun soybağının, anası tarafından açılacak babalık davasıyla düzeltilmesine imkân sağlanması hâlinde, hukuka aykırı yöntem olan heterolog yapay döllenmeye dolaylı şekilde bile olsa, hukuken geçerli hüküm ve sonuçlar bağlanmış olur ki, buna kanun koyucunun cevaz vermesi düşünülemez. Kaldı ki, çocuğun doğumunda yurt dışında faal sperm bankalarından temin edilen spermelerin kullanılması hâlinde, taraflar arasında yapılan sözleşme gereği sperm sahibi kişiye karşı herhangi bir talepte bulunulması, bu durumun spermelerin verilme aşamasın-

³¹⁸ **Nomer, H. N.:** Suni Döllenme Dolayısıyla Ortaya Çıkabilecek Nesep Problemleri (Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s.545-594), s.591-592.

³¹⁹ **Nomer,** s.592; **Ateş,** s.75.

³²⁰ **Öztan,** s.937, dn.366; **Baygın-** Soybağı, s.78.

da donör ile sperm bankası arasında yapılan sözleşmede bilhassa belirtilmiş olması sebebiyle, mümkün değildir³²¹.

Türk vatandaşı olmayan bekar bir kadının heterolog döllenme ürünü çocuğunun soybağının kurulması için Türkiye’de babalık davası açması hâlinde ise, olaya MÖHUK m.16 çerçevesinde yaklaşılması gerektiği gözden kaçırılmamalıdır. Bu itibarla MÖHUK m.16’da zikredilen kanunlar ihtilafı kuralına göre, heterolog döllenme yoluyla dünyaya getirilen evlilik dışı çocuğun soybağının babalık hükmüyle kurulması, çocuğun doğum anındaki millî hukukuna ya da mutat meskeni hukukuna yahut ana veya babanın millî hukukuna veyahut doğum anındaki mutat mesken hukukuna tâbi olarak mümkün ise, babalık davasının caiz olduğu kabul edilir. Fakat, anılan kanunlar ihtilafı kuralı doğrultusunda yetkili kılınan yabancı hukukun nesepsiz çocuğun yasal soybağının kurulmasını sağlayan soybağı hükmü Türk kamu düzenine açıkça aykırı olduğu takdirde, yabancı hukukun ilgili hükmü uygulanmaz; gerekli görülen hâllerde, Türk hukuku uygulanır (MÖHUK m.5). Amaç, çocukla biyolojik babası arasındaki yasal soybağını kurmak olduğuna göre, MÖHUK m.16’da öngörülen bağlama noktalarından birinin dikkate alınmasıyla sorunun çözümü mümkündür³²². Bunun yanı sıra, çocuğun genetik kökenini öğrenme hakkı³²³ ve üstün yararı ilkesi ile çocuğun soyunu öğrenme, biyolojik babasını tanıma, ona kişisel olarak bağlanma ve onun tarafından bakılmayı talep hakkı her hâlükârda üstün tutularak, heterolog döllenme yoluyla dünyaya gelen donör çocuğunun

³²¹ **Özdemir, H.:** Yapay Döllenme ve Soybağı (Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan, İstanbul 2013, s.875-908), s.897.

³²² **Uyanık-Çavuşoğlu, A.:** Yeni MÖHUK’a Göre Soy Bağı İlişkisine Uygulanacak Hukuk Sorunu (Maltepe ÜHFD, 10. Yıl Kuruluş Armağanı, S.2008/2, s.315-322), s.321. Aynı yönde bkz. **Pürselim, H. S.:** MÖHUK Kapsamında İddet Müddetinin Soybağının Reddi ve Babalık Davalarına Etkileri (MÜHF-HAD, C.27, S.2021/1, s.513-542), s.538.

³²³ Çocuğun genetik kökenini öğrenmesi, onun fiziksel ve ruhsal durumunu etkilerken, aynı zamanda kişiliğini geliştirmesini ve kimlik bunalımının önüne geçmesini sağlar. Gerçek genetik soyunu öğrenen çocuk, hangi kalıtsal hastalıkları taşıma riski olduğunu öğrenerek daha sağlıklı bir yaşam imkânı elde edebileceği gibi, psikolojik, sosyal ve toplumsal baskı unsuru oluşturabilecek çeşitli unsurlardan korunmuş olur. Hatta, sperm donörü biyolojik babanın öğrenilmesiyle, ileride gerçekleşmesi muhtemel kardeş evliliklerinin de önüne geçilebilir (bkz. **Kalkan-Oğuztürk**, s.386).

anonim kalmayı seçmesine rağmen sperm donörü biyolojik babasına karşı babalık davası açmasına ise izin vermek gerektiği düşünülmektedir³²⁴.

2. Ananın ve Çocuğun Mirasçıları

Evlilik dışı çocuğun anasının ölümü hâlinde, çocuk ile biyolojik baba arasındaki genetik soybağının belirlenmesini konu alan babalık davası açma hakkının ananın mirasçılara geçip geçmeyeceği tartışmalıdır. Bu konuda doktrindeki bir görüş³²⁵ tarafından, ölmüş ananın üstsoyu veya altsoyu varsa, onlara da babalık davası açma hakkının, olması gereken hukuk açısından (*de lege ferenda*) tanınması gerektiği savunulmuşsa da; bizim de katıldığımız karşıt yöndeki egemen görüşe göre³²⁶, ana öldükten sonraki dönemde, anaya ait olan babalık davası açma hakkı, hem kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar arasında sayılması hem de ananın ölümünden sonra mirasçıların babalık davası yoluyla korunmaya değer herhangi bir hukukî menfaatinin kalmaması sebebiyle mirasçılara intikal etmez. Örneğin, ölen ananın evlilik dışı çocuğuyla ilgili olarak, onun evlilik içinde doğmuş diğer çocukları tarafından babalık davası açılamaz. Kanımızca ölen ananın, evlilik dışı doğumdan kaynaklanan ve TMK m.304/1 hükmünde öngörülen doğum giderleri, geçim giderleri ve gebeliğe ilişkin diğer giderlerden oluşan malî hakları, zaten mirasçılara intikal edeceğinden ve ölen ananın mirasçıları, bu malî hakları çocuğun biyolojik babasından eda davası yoluyla talep edebileceğinden, ölen anaya ait babalık davası açma hakkının mirasçılara geçmeyeceği söylenebilir. Mülga Medenî Kanun döneminden farklı olarak, yürürlükteki Türk Medenî Kanunu'nda şahsî sonuçlu/malî sonuçlu babalık davası ayrımı kalktığından ve hâlihazırda Kanun'da düzenlenen babalık davası, önceki dönemde şahsî sonuçlu babalık davası şeklinde anılan dava türüne teka-bül ettiğinden, artık ananın malî haklarına yönelik mirasçıların dava hakkı, babalık da-

³²⁴ **Kalkan-Oğuztürk**, s.388. Bu konuda ayrıca bkz. **Altunkaya, M.:** Tabii Olmayan Yollarla Çocuk Sahibi Olmanın Soybağına Etkisi [Organ ve Doku Naklinde Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sorunları, I. Uluslararası Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Kongresi, (17-20 Ekim 2007, Antalya), Bildiri Kitabı, İstanbul 2007, s.107-109].

³²⁵ **Hatemi**, s.170, kn.764; **Saymen/Elbir**, s.430.

³²⁶ **BSK ZGB I-Schwenzer/Cottier**, Art.261, N.7; **Hegnauer**- Kindesrecht, § 9, N.9.05, s.67; **CHK-Reich**, ZGB 261, N.3, s.831; **Hug**, s.78; **Baygın**- Soybağı, s.75; **Dural/Öğüz/Gümüş**, s.307, kn.1480; **Hatemi/Serozan**, s.393; **Akyüz**, s.158; **Özcan, H.:** Çocuğun Soybağının Kurulması ve Yardımcı Üreme Teknikleri Sonucu Soybağının Tespiti (UAÜHFD, C.3, S.2015/5, s.95-112), s.102.

vası şeklinde değil, nafaka ve/veya tazminat davası şeklinde ikâme edilebilir. Böyle bir davada öne sürülen malî nitelikli taleplerin kabul edilebilmesi için ise, tabîi babalık rabıtası (doğal soybağı ilişkisi) bir ön sorun olarak değerlendirilmeli ve mahkemece bu ön sorunun çözümüne yönelik yargılama yapıldıktan sonra taleplerle ilgili incelemeye geçilmelidir.

Evlilik dışı çocuğa yönelik babalık hükmü ile hem çocuğun yasal soybağının düzeltilip biyolojik babaya bağlanması hem de doğumdan kaynaklanan malî hakların temini amacıyla ananın, sağ iken açmış olduğu babalık davası sürerken ölmesi hâlinde kanımızca, çocuğun yasal soybağının düzeltilerek davalının babalığına hükmedilmesi talebi yönünden babalık davasına mirasçılar tarafından devam edilmesi mümkün olmayıp, davanın taraf ehliyeti yokluğundan usulden reddine karar verilmesi gerekir. Ancak ananın, sağlığında açmış olduğu babalık davasında, çocuğun babalığına hükmedilmesi dışında, ayrıca objektif dava yığılması şeklinde kendi adına maddî tazminat ile nafaka ve diğer malî hakların ödenmesi talebinde bulunmuş olması hâlinde ise, bu talepler yönünden babalık davasına alacak ve tazminat davası şeklinde devam edilmesi mümkün olup, davalının biyolojik baba olduğu ispatlandığı takdirde davalı, tazminat, nafaka ve diğer malî hakları ananın mirasçılarına ödemeye mahkûm edilebilir. Bir başka deyişle, ananın malî haklarının ödenmesi ve tazminat talepleri ile ilgili davaya, önceki Medenî Kanun döneminde malî sonuçlu babalık davası olarak anılan formata benzer şekilde mirasçılar tarafından devam edilebilir³²⁷.

Çocuk öldükten sonra babalık davası çocuğun altsoyu ve diğer mirasçıları tarafından açılabilir mi? Bu sorunun cevabına ilişkin kanunda açık herhangi bir düzenleme mevcut olmamakla birlikte, doktrindeki bir görüşe göre³²⁸, çocuğun ölümünden sonra

³²⁷ “...4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda babalık davalarında manevi tazminata ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır. Davacının 10.000 TL manevi tazminat talebi aile mahkemelerinin görevi kapsamında olmayıp, genel mahkeme olan asliye hukuk mahkemesinin görevi dahilindedir. Mahkemece, manevi tazminat talebi yönünden asliye hukuk mahkemesince delillerin değerlendirilmesi yapılmak üzere görevsizlik kararı verilmesi gerekirken, işin esası hakkında karar verilmesi... doğru görülmüştür.” (Y. 18. HD. 16.02.2015, 1230/2144; **Gençcan-** Aile Mahkemesi, s.1229).

³²⁸ **BSK ZGB I-Schwenzer/Cottier**, Art.261, N.6; **Hug**, s.80. “Babalık davası açma hakkı çocuk ile anaya tanınmış olup, davanın açılabilmesi için öngörülen süreler de kanunda açıkça belirtilmiştir. Bu süreler hak düşürücü süreler olup, mahkemece re'sen dikkate alınmak zorunludur. Toplanan delillerden davanın çocuğun alt soyu tarafından açıldığı gibi, hak düşürücü sürelere de riayet edilme-

babalık davası açma hakkı ne çocuğun altsoyuna ne de mirasçılarına intikal eder; çocuğun ölümüyle bu hak sona erer. Diğer bir görüş ise, bu davanın çocuğun mirasçıları tarafından da açılabileceği yönündedir³²⁹. Olması gereken hukuk açısından (*de lege ferenda*) bakıldığında, kanımızca evlilik dışı çocuğun ölmesi durumunda çocuğun yasal soybağının düzeltilmesi talebiyle babalık davası açma hakkının tüm mirasçılara değilse bile, en azından ölen çocuğun, varsa altsoyuna intikal etmesi gerekir. Çünkü çocuğun ölümü hâlinde onun altsoyunun, tanınmanın iptali davası açabileceğini öngören TMK m.298/1 hükmünün, babalık davası bakımından da kıyasen uygulanması, çocuğun haklarının korunması ve olması gereken hukuk açısından gerekli görülmelidir. Keza, çocuğun babalık davası açma hakkının onun altsoyuna intikalini kabul etmemek, altsoyun nafaka ve miras haklarının kısıtlanmasına ve miras hukuku yönünden hakkaniyete aykırı sonuçlara yol açabileceği gibi; evlilik dışı çocuğun açtığı babalık davası, sadece çocuğun kendi menfaatlerini değil, nüfus kayıtlarının gerçeğe uygun tutulmasından kaynaklanan kamusal menfaati de ilgilendirdiğinden, bu hakkın çocuğun altsoyuna intikal etmesi gerektiği söylenebilir³³⁰.

3. Biyolojik Babanın Dava Hakkı

Esas itibarıyla, daha önce de değinildiği gibi, evlilik dışı dünyaya gelen çocuğun, tek taraflı ve inşai nitelikli bir işlem olan “tanıma” yoluyla biyolojik babasının soybağına dahil olabilmesi ve soybağı ilişkisinin bütün hukukî sonuçlarıyla birlikte kurulabilmesi mümkündür. Dolayısıyla, tanıma yoluyla gerçekleştirilebilecek bir sonuca babalık davası yoluyla ulaşılma istenmesinde korunmaya değer hukukî bir yarar olmadığı düşünülür. Ancak mülga Medenî Kanun dönemine ait önceki kararlarında Yargıtay, kanunda açıkça belirtilmemiş olsa dahi, biyolojik babanın kendisine de babalığın tespi-

diği açıktır. O halde mahkemece davanın reddine karar verilmesi gerekirken yanlış nitelendirme, hatalı değerlendirme ile yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı bulunmuştur.” (Y. 2. HD. 23.12.2008, 19513/17669; Legalbank İçtihat).

³²⁹ **Hegnauer-** Kindesrecht, § 9, N.9.06, s.67; **Tuor/Schnyder/Rumo-Jungo**, § 40, N.34, s.430, Fn.55; **Köprülü/Kaneti**, s.273; **Akıntürk/Ateş**, s.360; **Serozan-** Çocuk, s.213, n.63; **Hatemi/Serozan**, s.393; **Hatemi**, s.170, kn.763; **Akın**, s.32.

³³⁰ Aksi yönde bkz. Y. 2. HD. 23.12.2008, 19513/17669 (Legalbank İçtihat).

tine ilişkin dava açma hakkının tanınması gerektiği yönünde kararlar vermişti³³¹. Daha sonraki kararlarında ise Yargıtay, isabetli şekilde bu görüşünden dönmüş ve biyolojik babanın resmî senet veya ölüme bağlı tasarrufla çocuğu tanınması mümkün olduğu için, dava konusu yapılmaksızın gerçekleştirilebilecek hukukî sonuçlara dava yoluyla ulaşıl- mak istenmesinde hukukî yarar bulunmadığına hükmetmiştir³³².

Öte yandan biyolojik babanın, kendi şahsından kaynaklanan sebeplerle, evlilik dışı çocuğun soybağını tanıma yoluyla kendisine bağlamasının mümkün olmadığı du- rumlarda babalık davası açma hakkının bulunup bulunmadığı hususu ise tartışmalıdır. Bu bağlamda, örneğin babanın ayırt etme gücü taşımadığı hallerde, onun yasal temsilci- sinin (babalık davasını kavram olarak açıkça telaffuz etmemekle birlikte) “babalığın tespiti” talepli bir müspet tespit davası açıp açamayacağı hususunda olumlu görüş belir-

³³¹ “...MK m.295 kadın ve çocuğa dava hakkı verildiği şeklinde yoruma müsait ise de, hüküm gayesine uygun olarak tefsir edildiği takdirde, babaya dava hakkı tanımak kanun koyucunun güttüğü amaca uygun düşer. Kaldı ki MK m.295’in yalnız kadın ve çocuk için dava hakkı tanıdığı farz olursa dahi, babanın dava açmasını engelleyen açık bir hüküm getirmediğine göre, bunu bir kanun boşluğu say- mak ve MK m.1 delaletiyle içtihaden bu boşluğu doldurmak mümkün ve hak duygularına uygun olur.” (Y. 2. HD. 01.07.1973, 1637/1606; Feyzioğlu, s.549, dn.225; aynı yönde bkz. Y. 2. HD. 17.3.1972, 1647/1606). “Dava, babalığa hüküm verilmesi istemini kapsamakta olup, nüfus kaydının düzeltilmesine ilişkin istek, babalık hükmünün feri niteliğidir. ...Babalık davasının ana ve çocuk ta- rafından açılacağı yolundaki hüküm (MK. 295) Babanın dahi bu yolda dava açmasına engel değil- dir. Her ne kadar babaya tanıma yoluyla evlilik dışı doğan çocuğun nesebinin gayri sahih hale ge- tirmek (MK. 291) imkanı verilmişse de Kanunda ona bu hakkını kullanmaya zorlayan bir hüküm yoktur. Baba, çeşitli sebeplerle tanıma yolunu seçmeyi mahsurlu görüp, babalık davasıyla uyumsuz- lüğün hükmen çözülmesini uygun bulabilirler. Bu, çocuğun yararına bir davranıştır. O halde, babalık davası baba tarafından dahi açılabilir.” (Y. 2. HD. 08.01.1973, 7988/59; RKD, 1973, s.161).

³³² “...Babalık davası açma hakkı münhasıran anne ve çocuğa aittir. Babalık davasının yasaca belirle- nen davacılarının dışında bu hakkın yorum yoluyla genişletilerek babaya da tanınması mümkün de- ğildir. Bu itibarla baba olduğunu iddia eden kişinin aktif dava ehliyetinin bulunmaması nedeniyle davanın reddi gerekir. ...Dava konusu yapılmaksızın ulaşılabilir hukuki sonuçlara dava yolu ile erişilmek istenmesinde hukuki yarar da bulunmamaktadır.” (Y. 2. HD. 15.12.1993, 11751/12275; Y. 2. HD. 18.06.1997, 5865/7104; aynı yönde bkz. Y. 2. HD. 05.07.2002, 8021/8978; Legalbank İç- tihat). “...Medeni Kanunun 295. maddesi, babanın da babalık davası açabileceğinden söz etmemiş- tir. Aksine babayı ve onun mirasçılarını aleyhlerine dava açılacak kişiler olarak göstermiştir. Esa- sen Medeni Kanunun 291. maddesi, babaya tanıma imkanını vermiştir. Bu imkan tüm sonuçlarıyla babalık hükmüne eşdeğer niteliktedir. Yasada boşluk olduğundan da sözedilemez. O halde mahke- mece baba tarafından açılmış bulunan davanın bu sebeple reddine karar vermek gerekirken yasanın yorumunda yanılığa düşülerek yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır” (Y. 2. HD. 07.07.1994, 6751/7020; bkz. RG. 12.09.1994, Sa.22049). Aynı yönde bkz. Y. 2. HD. 06.06.2011, E.2010/7036, K.2011/9937 (Kazancı İçtihat).

ten yazarlar³³³ mevcut olduğu gibi, ayırt etme gücü bulunmadığı için tanıma hakkını kullanamayan biyolojik babanın, yasal temsilcisi tarafından babalık davası açmasında hukukî yararının varlığını kabul eden bir başka görüş de dikkat çekmektedir³³⁴. Kanımızca Türk Medeni Kanunu'nun 301. maddesinin açık ve yoruma yer bırakmayan ifadesi göz önüne alındığında, babalık davası açma hakkının sadece anaya, çocuğa ve bunların mirasçılara bahşedildiği; anılan yasal düzenlemede herhangi bir boşluğun bulunmadığı; ayırt etme gücünden yoksun biyolojik babaya böyle bir hakkın verilmesinin kanunun lafzına ve ruhuna uygun düşmeyeceği söylenebilir³³⁵.

Biyolojik babanın tanıma/evlenme gibi hukuksal yollarla soybağını kuramadığı hâllerde bile, evlilik dışı çocuğun kendisi zaten dava hakkına sahiptir ve biyolojik babadan ziyade çocuğun haklarının korunmasını amaçlayan kanun koyucunun biyolojik babanın dava hakkına ilişkin böyle bir tercihi açıkça ortaya koymamasının bir anlamı olduğu düşünülmelidir. Kaldı ki, babalık davası gibi kamu düzeni ve ailenin korunması düşüncesinin ağır bastığı, istisnai özellikler taşıyan davalara ilişkin kanun hükümlerinin dar yorumlanması ve mümkün mertebe lafza bağlı kalınması isabetli olacaktır. Dolayısıyla, kanunda ana ve çocuk tarafından babalık davası açılabileceği öngörüldüğünden, ana ve çocuktan başka bir kişinin babalık davası açabilmesi teorik olarak kabul edilmemelidir. Biyolojik babanın, evlilik dışı birliktelikten meydana gelen çocuğu ile aralarında hukukî anlamda soybağı ilişkisi kurmak isteyip de, bunu tek taraflı ve inşai bir işlem olan tanımayla veya çocuğun anasıyla evlenerek gerçekleştiremediği hâllerde, çocuğun anası bu davayı açmadığı takdirde, bizzatı biyolojik baba, vesayet makamı olan çocuğun yerleşim yerindeki sulh hukuk mahkemesine başvurup, TMK m.426 çerçevesinde küçük çocuğa bir temsil kayyım atanması için talepte bulunabilir. Vesayet makamınca

³³³ **Özmen, İ.:** Babalığın Tespiti Davası (TNBHD, S.2000/107, s.27-32), s.28 vd.; **Özcan,** s.933-934; **Feyzioğlu,** s.549; **BSK ZGB I-Schwenzer/Cottier,** Art.261, N.9 (Bu hususun kritiği için bkz. yuk. § 1. II. No.lu başlık). Yine, bu çerçevede doktrinde, evlilik dışı dünyaya gelen (zina ürünü) çocuğun biyolojik babasının işe bir resmiyet vermek ve sorunu mahkeme kararıyla kesinleştirmek istediği hâllerde biyolojik babaya da istisnai olarak babalık davası açma hakkı verilebileceği bazı yazarlarca ileri sürülmüştür (bkz. **Zevkliler/Acabey/Gökyayla,** s.1002).

³³⁴ **Elgün-Toğrul,** s.173-174.

³³⁵ **CHK-Reich,** ZGB 261, N.4, s.831-832; **Akıntürk/Ateş,** s.360; **Serozan-** Çocuk, s.214, n.63; **Feyzioğlu,** s.549; **Baygın-** Soybağı, s.74; “*Baba olduğunu iddia eden kişi babalık davası açamaz. Tanıma mümkün iken dava açmakta hukuki yarar yoktur.*” (Y. 2. HD. 27.05.2003, 6477/7734; bkz. RG. 27.06.2003, S.25151, s.51).

çocuğa atanan temsil kayyımının babalık davası açmasının önünde bir engel yoktur. Yine, biyolojik babanın ayırt etme gücünü haiz ve fakat küçük ya da kısıtlı olması hâlinde de aynı sonuca varılabilir. Yani, sınırlı ehliyetli biyolojik baba vesayet makamına başvurup çocuğa bir kayyım atanmasını isteyebilir. Çünkü anılan husus kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların kullanımına ilişkindir.

Öte yandan, biyolojik babanın ayırt etme gücünden yoksunluğu hâlinde ise, yasal temsilcisinin, çocuğa kayyım atanmasını onun adına ileri sürebilmesi gerekir. Yani, ayırt etme gücünden yoksun biyolojik babanın yasal temsilcisi de, çocuğa bir temsil kayyımını atanması için vesayet makamına başvurabilmelidir. Ancak ayırt etme gücünden yoksun biyolojik babanın yasal temsilcisi, onun adına doğrudan doğruya tanıma işlemi ni gerçekleştiremez. Zira tanıma, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan olup, yalnızca kişinin kendisi tarafından kullanılabilir.

II. Davalılar

1. Biyolojik Baba Olduğu İddia Edilen Kişi

a. Davalı Sıfatı (Pasif Husumet)

Babalık davası, evlilik dışı çocuğun babası olduğu iddia edilen kişiye karşı açılır. Yani babalık davasında pasif husumet, evlilik dışı çocuğun biyolojik babası olduğu iddia edilen kişiye aittir. Ananın kritik dönemde birden fazla erkekle cinsel ilişkide bulunması sebebiyle birden fazla kişinin baba olma ihtimalinin söz konusu olduğu hâllerde ise, babalık ihtimalinden bahsedilen her bir potansiyel babaya karşı subjektif dava yığılması, diğer deyişle dava arkadaşlığı formatında dava açılması gerekir³³⁶. Çünkü birden fazla kişiye karşı açılacak olan babalık davasında davalılardan biri hakkında verilecek karar diğerini de etkileyecek nitelikte olduğundan; yani her bir davalıya karşı yöneltilen davalar arasında bağlantı bulunduğundan, bu durumda ihtiyarî dava arkadaşlığı

³³⁶ **CHK-Reich**, ZGB 261, N.6, s.832; **Hausheer/Geiser/Aebi-Müller**, § 16, N.16.66. Bu kişilere karşı birbirinden bağımsız olarak dava açılabilmesine ilişkin aksi yöndeki görüş için bkz. **BSK ZGB I-Schwenzer/Cottier**, Art.261, N.15; **Gloor, U./Lukas, B. U.**: Kindes- und Erwachsenenschutzrecht (Fachhandbuch, hrsg. Fountoulakis/Affolter-Fringeli/Biderbost/Steck, Zürich 2016, s.449-479), s.465, N.11.67.

ğından söz edilir³³⁷. Bu durumda hâkim, birlikte açılan davalardan hangisini öncelikle ele alacağına, dosyayı inceleyip karar verir ve tek tek her bir davalı bakımından biyolojik baba olma ihtimalini resen araştırır³³⁸. Biyolojik baba olma ihtimali bulunan bir davalıya yönelik babalık davası derdest iken, sonradan ilk davanın davacısı tarafından başka mahkemede baba olma ihtimali bulunan diğer bir kişiye karşı babalık davası açılırsa, ilk davanın açıldığı mahkeme her iki dava bakımından yetkili olup, ikinci davanın hâkimi, en geç ön inceleme aşamasında, ilk davanın açıldığı mahkemede davaların birleştirilmesine resen karar verir. Bu durumda ilk davanın hâkimi, dosyadaki dava malzemesinden anlaşıldığı kadarıyla baba olma ihtimali en yüksek görünen kişiden başlayarak, nihayetinde usul ekonomisini de gözетerek davalarla ilgili kararını verir³³⁹.

Yasal soybağına sahip olup da, soybağının reddi veya sonradan evlenme yoluyla kurulan soybağına itiraz davasının esastan kabulüne ilişkin kararın kesinleşmesiyle evlilik dışına çıkartılan (nesepsiz) çocuğun, yasal soybağından mahkeme kararıyla çıkarıldığı kişiye karşı, daha sonra babalık davası açması ise kesin hüküm gereği mümkün değildir. Bu olasılıkta, evlilik dışı çocuğun önceki hukukî babasının taraf sıfatı olmadığından, davanın esastan reddine karar verilmesi gerekir.

Ayrıca, davalının ayırt etme gücünü daimî olarak yitirmesi yahut evlilik dışı çocuğun olduğu cinsel ilişki esnasında geçici şekilde kaybetmiş olması, ona karşı babalık davası açılmasına engel teşkil etmez³⁴⁰. Bilindiği gibi, ayırt etme gücünün varlığı ya da yokluğu davacı ya da davalı sıfatında herhangi bir değişiklik yaratmaz. İster geçici ister kalıcı surette olsun, ayırt etme gücünün yitirilmesi dava ehliyeti üzerinde etki yaratır; pasif husumet bakımından davalının hukukî konumunu değiştirmez.

Öte yandan, evlilik dışı çocuk doğuran ananın, babalık davasında husumetin yöneltileceği, yani davalı sıfatını taşıyan kişinin kim olduğu konusunda çocuğa ve atanın kayıma nazaran daha avantajlı bir konumda bulunduğu söylenebilir. Zira ana, babalık davasını yöneltmeyi düşündüğü davalı biyolojik babanın kim olduğunu genellikle bilir

³³⁷ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. aşı. II, C.

³³⁸ **Öztan**, s.939; **Hegnauer**- Kindesrecht, § 9, N.9.18, s.70.

³³⁹ **Hegnauer**- Kindesrecht, § 9, N.9.18, s.70.

³⁴⁰ **Baygın**- Soybağı, s.77.

ya da bilebilecek durumdadır. Fakat çocuk ve kayyım açısından bu bilgiye tam anlamıyla vâkıf olmak her zaman mümkün olmayabilir. Acaba ana, çocuğun kimden olduğunu kayyıma söylemek zorunda mıdır? Bir başka deyişle ana, evlilik dışı çocuğun biyolojik babasının kim olduğunu kayyıma bildirmekle yükümlü tutulabilir mi?

Çocuğun kimden olduğunu söylememesi ve bu husustaki delilleri vermemesi hâlinde ana aleyhine uygulanacak yasal bir yaptırım bulunmamaktadır. Ancak buna rağmen evlilik dışı çocuğun veya ona atanan kayyımın, babalık davasını yönelteceği biyolojik babanın kimliğini öğrenmesi gereklidir. Bunun için, doktrinde bir görüşe göre³⁴¹, bir işin yapılmasına ilişkin ilâmların icrasına muhalefet edenlere uygulanacak yaptırımın düzenlendiği İİK m.343³⁴² hükmü çerçevesinde anaya karşı tazyik hapsine işlerlik kazandırılarak çocuğun, biyolojik babasının kimliğini anası vasıtasıyla öğrenebilmesine imkân sağlanmalıdır.

Bu hususta kanımızca, ilâmlı icra kapsamındaki bir meseleyi düzenleyen İİK m.343 hükmüne başvurmak kanun koyucunun amacını aşan zorlama bir yoruma sebebiyet verir. Bu yüzden, burada daha ziyade, Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi³⁴³, nin 7. maddesi³⁴⁴ ve 8. maddesinin³⁴⁵ ikinci fıkrası, Çocukların Korunması ve Ül-

³⁴¹ Serozan- Çocuk, s.213, n.63 ve s.154, n.18.

³⁴² *Bir işin yapılmasına veya yapılmamasına dair olan ilamların icrası ile irtifak haklarına mütedair ilâmların icrası hükümlerine muhalefet edenlerin cezası:*

Madde 343- Yalnız kendisi tarafından yapılacak olan bir işin yapılması veya bir işin yapılmaması yahut bir irtifak hakkının tesisi veya kaldırılması hakkındaki ilâm hükümlerine makbul mazerete müstenit olmayarak muhalefet eden borçluların, lehine hüküm verilmiş kimsenin şikâyeti üzerine, üç aya kadar tazyik hapsine karar verilir. Hapsin tatbikine başlandıktan sonra ilâmın gereği yerine getirilirse, borçlu tahliye edilir.

³⁴³ Bkz. RG. 27.01.1995, Sa.22184.

³⁴⁴ (1) Çocuk doğumdan hemen sonra derhal nüfus kütüğüne kaydedilecek ve doğumdan itibaren bir isim hakkına, bir vatandaşlık kazanma hakkına ve mümkün olduğu ölçüde ana-babasını bilme ve onlar tarafından bakılma hakkına sahip olacaktır.

(2) Taraf Devletler, özellikle çocuğun tabiiyetsiz kalması söz konusu olduğunda kendi ulusal hukuklarına ve ilgili uluslararası belgeler çerçevesinde üstlendikleri yükümlülüklerine uygun olarak bu hakların işlerlik kazanmasını taahhüt ederler.

³⁴⁵ (1) Taraf Devletler, yasanın tanıdığı şekliyle çocuğun kimliğini; tabiiyeti, ismi ve aile bağları dahil, koruma hakkına saygı göstermeyi ve bu konuda yasa dışı müdahalelerde bulunmamayı taahhüt ederler.

(2) Çocuğun kimliğinin unsurlarının bazılarında veya tümünden yasaya aykırı olarak yoksun bırakılması halinde, Taraf Devletler çocuğun kimliğine süratle yeniden kavuşturulması amacıyla gerekli yardım ve korumada bulunurlar.

kelerarası Evlât Edinme Konusunda İşbirliği'ne Dair Sözleşme³⁴⁶, nin 30. maddesinin³⁴⁷ ikinci fıkrası ile, Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesinin³⁴⁸ 3. maddesinin³⁴⁹ (b) bendi ve 6. maddesinin³⁵⁰ (b) bendi hükümleri çerçevesinde hareket edilmelidir. Buna göre, Taraf Devletlere yüklenen, çocuğun kimliğine kavuşturulması ve aile bağlarının oluşturulması ödevi doğrultusunda, biyolojik babasına karşı babalık davası açmak isteyen çocuğa veya kayyımına gerekli bilgiler temin edilmelidir. Hatta Cumhuriyet Başsavcılığı, Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı Çocuk Hizmetleri Genel Müdürlüğü, il ve ilçelerdeki Aile ve Sosyal Hizmetler Müdürlüklerinin yanı sıra 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu³⁵¹ uyarınca koruyucu ve destekleyici tedbir kararı almakla görevli çocuk hâkimliklerince gereken araştırmanın yapılarak çocuğun biyolojik babasını öğrenme hakkının gereği yerine getirilmelidir. Bu noktada, özellikle çocuk

³⁴⁶ Bkz. RG. 19.04.2004, Sa.25438.

³⁴⁷ (1) Bir Âkit Devletin yetkili makamları çocuğun kökeni hakkında, özellikle anne, babasının kimliği ile geçmişteki sağlığına ilişkin bilgiler de dahil olmak üzere, elde ettikleri bilgilerin gizli tutulmasını sağlayacaklardır.

(2) Yetkili makamlar, çocuğun ve temsilcisinin bu bilgilere, o devletin kanunlarının müsaade ettiği ölçüde gereken rehberliği yaparak erişmesini sağlayacaklardır.”

³⁴⁸ Bkz. RG. 02.05.2002, Sa.24743.

³⁴⁹ **Bölüm II- Çocukların haklarının kullanılmasını geliştirmek için usule ilişkin tedbirler**

A. Çocuğun usule ilişkin hakları

Madde 3- Davalarda bilgilendirilme ve dava sırasında görüşünü ifade etme hakkı

Yeterli idrake sahip olduğu iç hukuk tarafından kabul edilen bir çocuğa, bir adli merci önündeki, kendisini ilgilendiren davalarda, yararlanmayı bizzat da talep edebileceği aşağıda sayılan haklar verilir:

- a) ilgili tüm bilgileri almak;
- b) kendisine danışılmak ve kendi görüşünü ifade etmek;
- c) görüşlerinin uygulanmasının olası sonuçlarından ve her tür kararın olası sonuçlarından bilgilendirilmek.

³⁵⁰ **B. Adli Mercilerin rolü**

Madde 6- Karar süreci

Bir çocuğu ilgilendiren davalarda adli merci, bir karar almadan önce:

- a) Çocuğun yüksek çıkarına uygun karar almak için yeterli bilgiye sahip olup olmadığını kontrol etmeli ve gerektiğinde özellikle velayet sorumluluğunu elinde bulunduranlardan ek bilgi sağlamalıdır.
- b) Çocuğun iç hukuk tarafından yeterli idrak gücüne sahip olduğunun kabul edildiği durumlarda,
 - çocuğun bütün gerekli bilgiyi edindiğinden emin olmalıdır.
 - çocuğun yüksek çıkarına açıkça ters düşmediği takdirde, gerekirse kendine veya diğer şahıs ve kurumlar vasıtasıyla, çocuk için elverişli durumlarda ve onun kavrayışına uygun bir tarzda çocuğa danışmalıdır.
 - çocuğun görüşünü ifade etmesine müsaade etmelidir.
- c) Çocuğun ifade ettiği görüşe gereken önemi vermelidir.

³⁵¹ Bkz. RG. 15.07.2005, Sa.25876.

hâkimliklerince, çocuğun menfaatinin korunması için, yalnızca kanunda ve yönetmelikte açıkça belirtilmiş olan tedbirlere değil, hâkimin takdir yetkisi çerçevesinde hukuken alınması mümkün diğer her türlü (yazılı olmayan) tedbire dahi karar verilebileceği unutulmamalıdır³⁵². Ayrıca, Çocuk Koruma Kanununa Göre Verilen Koruyucu ve Destekleyici Tedbir Kararlarının Uygulanması Hakkında Yönetmelik³⁵³, in 6. maddesi³⁵⁴ doğrultusunda, bu konuda üzerine düşen yükümlülüğü yerine getirmesi adına devletin, gereksinim duyduğu açık yasal dayanaklara sahip olduğundan da söz edilebilir. Keza ana, çocuğun biyolojik babasının kimliğine ilişkin gerekli bilgileri vesayet makamına veya kayyımına vermekle yükümlü olup; ananın, sadece ahlâkî değil, aynı zamanda evlilik dışı çocuğuna karşı bakım borcundan doğduğu kabul edilen bu yükümlülüğü sayesinde, hem evlilik dışı gebeliğin hem de biyolojik babanın kimliğinin öğrenilmesi mümkün olabilir³⁵⁵.

³⁵² Grassinger, s.120.

³⁵³ Bkz. RG. 24.12.2006, Sa.26386.

³⁵⁴ **Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığına başvuru, bildirim mükellefiyeti ve yükümlülükler**

Madde 6– (1) Adli ve idarî merciler, kolluk görevlileri, köy ve mahalle muhtarları, belediye zabıta memurları, sağlık ve eğitim kuruluşları, diğer kamu kurum ve kuruluşlarının görevlileri, sivil toplum kuruluşları ile bir çocuğun korunma ihtiyacı olduğundan haberdar olanlar, durumu il ve ilçelerdeki Aile ve Sosyal Politikalar müdürlüklerine bildirmekle yükümlüdür.

(2) Çocuk veya çocuğun bakımından sorumlu kimseler, çocuğun korunma altına alınması amacıyla il ve ilçelerdeki Aile ve Sosyal Politikalar müdürlüklerine başvurabilir.

(3) İl ve ilçe Aile ve Sosyal Politikalar müdürlükleri, korunma ihtiyacı olan çocuklar hakkında basın ve yayın organları ile benzeri iletişim araçlarında çıkan haberleri ve her türlü duyumu ihbar kabul ederek ayrıca bir resmî duyuru gelmesini beklemeden harekete geçerek bunları araştırmakla yükümlüdür.

(4) İl ve ilçe Aile ve Sosyal Politikalar müdürlükleri, çevrelerinde korunma ihtiyacı olan Kurum hizmetinden yararlanamayan çocukları tespit etmek ve gerekli tedbirleri almak amacıyla ilgili kurum ve kuruluşlarla işbirliği içerisinde bulunur.

(5) Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı kendisine bildirilen olaylar ve yükümlülükleri ile ilgili olarak gerekli incelemeyi derhâl yapar. İnceleme ve müteakip işlemler, Çocuk Hizmetleri Genel Müdürlüğünün çocuklara ilişkin mevzuatına göre yürütülür.

(6) Yapılan inceleme sonucu, müracaatçının gereksinim ve aciliyet durumu göz önünde bulundurularak, Kurumun vermiş olduğu hizmet modellerinden yararlandırılabilir ya da ilgili kurumlara yönlendirilebilir.

(7) Koruyucu ve destekleyici tedbir kararı alınması gereken hâllerde, il veya ilçe Aile ve Sosyal Politikalar müdürlüğünce çocuk hakkında Çocuk Koruma Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usûl ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin 21 inci maddesine uygun olarak hazırlanacak sosyal inceleme raporu, talep yazısı ekinde mahkemeye veya çocuk hâkimine sunulur.

³⁵⁵ Gümüş'e göre, biyolojik babanın kimliğini öğrenen kayyım, babayla çocuk arasında soybağı ilişkisi kurulması halinde çocuğun kişisel varlığının tehlikeye düşeceğini tespit ederse, bu tespiti yol açan

Nitekim Türkiye Cumhuriyeti, 2001 yılında 4620 sayılı Kanun³⁵⁶ ile onayladığı Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin 25.01.1996 tarihli Avrupa Sözleşmesi'nin 1. maddesinin 4. paragrafı çerçevesinde gerçekleştirdiği beyan doğrultusunda, anılan Sözleşme'yi boşanma ve ayrılık davalarında, çocukların velayetine ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına yönelik davaların yanı sıra babalığın mahkeme kararıyla kurulmasına ilişkin davalarda da uygulayacağını açıkça bildirmiş olup³⁵⁷; Sözleşme'nin ilgili hükümleri, babalık davası bağlamında devlete yüklenen yükümlülükleri açıkça öngördüğünden, devletin de, biyolojik babasının kimliği hakkında bilgi sahibi olmayan evlilik dışı çocuğun biyolojik babasının kimliğini öğrenmesi ve ona karşı babalık davası açabilmesi için gerekli her türlü önlemi alması beklenir³⁵⁸.

Son olarak, daha önce değinildiği üzere, yapay döllenme amacıyla sperm bağışında bulunan donörün bağışladığı spermle dünyaya getirilmiş çocuğun söz konusu olduğu hâllerde, sperm bağışçısı (donör) biyolojik babaya karşı Türk mahkemelerinde babalık davası açılması, pozitif hukuk çerçevesinde mümkün gözükmemektedir. Ancak her ne kadar Türk hukukunda yasaklanmış olsa da, İsviçre hukukunda yürürlükte olan Tıbbi Destekli Üreme Hakkında Federal Kanun³⁵⁹,un 27. maddesinin birinci fıkrasına göre, evlilik dışı donör çocuğu 18 yaşını doldurup ergin olduğunda, babalık davasından ayrı ve bağımsız olarak, genetik kökenin öğrenilmesi hakkı çerçevesinde, sperm donörü biyolojik babasının kimliği hakkında bilgi verilmesi için kişisel durum sicilini tutan nüfus idaresine başvuruda bulunabilir³⁶⁰. İsviçre hukukundakine benzer yönde, Türk

hususları vesayet makamına bildirmek kaydıyla babanın kimliğini, ana dahil hiç kimseyle paylaşmamalı ve babalık davası açmaktan da kaçınmalıdır. Ancak vesayet makamı, buna rağmen babalık davası açılması yönünde kayyım talimat verdiği takdirde, kayyım dava açmak zorunda tutulmalıdır (bkz. **Gümüş**, s.162).

³⁵⁶ Bkz. RG. 01.02.2001, Sa.24305. Anılan kanunun gerekçesi için ayrıca bkz. “Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun Tasarısı ve Dışişleri Komisyonu Raporu” (TBMM 21.Dönem, 3.Yasama Yılı, S. Sayısı: 549).

³⁵⁷ **Yılmaz-** Çocuk, s.836.

³⁵⁸ Kaldı ki, sözü edilen Milletlerarası Sözleşme'deki özel hüküm hiç olmasaydı dahi, hukukî dinlenilme hakkını düzenleyen, iç hukuk kuralı konumundaki HMK m.27 ile adil yargılanma hakkına ilişkin AY m.36/1 hükümleri uyarınca, usule ilişkin her türlü hak ve yetkinin çocuğa da tanınması evleviyetle gerekeceğinden, yine aynı sonuca varılabilirdi (bkz. **Tanrıver-** Usul, C.I, s.423).

³⁵⁹ *Bundesgesetz über die medizinisch unterstützte Fortpflanzung (Fortpflanzungsmedizingesetz-FMedG)* (01.09.2017 tarihli güncel metin için bkz. <https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/20001938/201709010000/810.11.pdf>) (E.T. 28.03.2019).

³⁶⁰ **Hausheer/Geiser/Aebi-Müller**, § 16, N.16.67; **Aebi-Müller/Jaggi**, s.354.

hukuku bakımından da, en azından sperm bağışı kanalıyla heterolog yapay dölleme ürünü olarak dünyaya gelen evlilik dışı çocuğun biyolojik babasının kimliğini öğrenebilmesine yönelik hukukî seçeneklerin çocuk lehine türetilmesi gerektiği kanısındayız.

b. Dava Ehliyeti ve Davada Temsil

Babalık davasında davalı konumundaki kişi ayırt etme gücüne sahipse, davada kendisi tek başına savunma yapıp usul işlemleri gerçekleştirebileceği gibi, varsa velisi ya da vasisi konumundaki yasal temsilcisi tarafından temsil edilerek de davayı yürütebilir³⁶¹. Zira kendisine karşı babalık davası açılan ayırt etme gücüne sahip küçük veya kısıtlı, kişiye sıkı sıkıya bağlı hakkın kullanımına ilişkin bu davada davalı tarafta yer alıp usul işlemleri yapabilir; savunma gerçekleştirebilir; yani, dava ehliyetine sahiptir³⁶². Ancak babalık davasının sonucuna göre, yalnızca babalığın tespiti değil, ayrıca davalı aleyhine birtakım malî yükümlülüklerin doğması ihtimali bulunduğundan, ayırt etme gücüne sahip olsa dahi, sınırlı ehliyetsiz davalının yerine davayı yasal temsilcisinin takip etmesi, yani dava takip yetkisinin yasal temsilci tarafından kullanılması, sınırlı ehliyetsizin menfaatleri açısından yerinde olur³⁶³. Örneğin, ayırt etme gücünü haiz bir kısıtlıya karşı açılan babalık davasında, kısıtlının dava ehliyeti olmasına rağmen, çocuğun biyolojik babasının tespit edilip yasal soybağının da buna uygun şekilde kurulmasının dışında, ayrıca annenin tazminat ve nafaka gibi malî nitelikli taleplerini de içeren bir dava söz konusu olduğu takdirde, davada malvarlığı haklarını etkileyen bu tür talepler yönünden kısıtlının dava ehliyeti bulunmadığından, vasi de davaya dâhil edilmelidir³⁶⁴.

³⁶¹ **Hausheer/Geiser/Aebi-Müller**, § 16, N.16.66; **BSK ZGB I-Schwenzer/Cottier**, Art.261, N.10; **Aebi-Müller/Jaggi**, s.353-354; **Hegnauer-** Kindesrecht, § 9, N.9.12, s.69; **Dural/Öğüz/Gümüş**, s.307, kn.1483; **Öztan**, s.938.

³⁶² **Kuru-** Usul, C.I, s.1039. **Elgün-Toğrul**, s.173. Aksi yönde bkz. **KuKo ZPO-Domej**, Art.67, N.4. Ayrıca bkz. BGE 42 II 553.

³⁶³ **Oğuzman/Dural**, s.340. “...Aleyhinde verilmiş bir hükme karşı kanun yollarına başvurusu, ayırt etme gücüne sahip vesayet altındaki kişiyi yükümlülük altına sokucu nitelikte bir işlem değildir. Kanun yollarına başvurma hakkını bu kişi doğrudan kendisi kullanabilir. Bu sebeple ayırt etme gücüne sahip olan kısıtlının ‘tam ehliyetsiz olduğuna’ ilişkin değerlendirme ve buna bağlı olarak bu kişinin temyiz dilekçesinin reddedilmesi maddi yanlışlığa dayanmaktadır.” (Y. 2. HD. 24.10.2011, 15630/16904; **Gençcan-** Aile Mahkemesi, s.1208-1209).

³⁶⁴ **Kuru-** Usul, C.I, s.1039; **Kavasoğlu**, s.131.

Ayırt etme gücüne sahip olmayan davalı ise, her hâlükârda dava ehliyetinden yoksundur. Bu yüzden, kişiliği koruyan davalardan olan babalık davasında tam ehliyet-sizin menfaatlerinin korunması amacıyla tam ehliyetsiz davalı, yasal temsilcisi (veli-si/vasisi) tarafından temsil edilir³⁶⁵. Bu durumda, davalı tarafta yer alan tam ehliyetsiz adına davayı takip yetkisi yasal temsilcisine aittir. Ayırt etme gücünden yoksun kişiye karşı açılması gerektiği hâlde, onun adı zikredilmeksizin doğrudan yasal temsilcisine yönetilen dava ise, sıfat yokluğundan reddedilir. Fakat dava, ayırt etme gücünden yoksun kişiye karşı açılmakla birlikte davacı, davalının yasal temsilcisini hiç göstermez yahut yasal temsilcinin kimliğinde yanılırsa, bu eksiklik veya yanılma davanın reddini gerektirmez; mahkeme, temsilciye ilişkin hatayı düzelterip, gerçek yasal temsilciye karşı davaya devam edilmesini sağlar³⁶⁶.

Yine, kendisine karşı babalık davası açılan kişi, ayırt etme gücünden yoksun olduğu hâlde henüz kendisine yasal temsilci atanmamışsa, bu durumda davanın açıldığı mahkeme, davalıya bir vasi atanması için resen vesayet makamına başvurur ve davalıya vasi atanıncaya kadar davayı bekletir³⁶⁷. Aynı şekilde, açılmış ve görülmekte olan davada davalının yasal temsilcisinin ölmesi yahut temsil yetkisini kaybetmesi sebebiyle ayırt etme gücü taşımayan küçüğün hukuken yetkili bir yasal temsilcisinin olmadığı hâllerde de, mahkemece derhal harekete geçilip davalıya yeniden yasal temsilci atanması için vesayet makamına bildirimde bulunulması ve vesayet makamınca atanan yeni yasal temsilcinin kimliği mahkemeye bildirilinceye kadar yargılamaya ara verilip beklenmesi gerekir³⁶⁸. Nitekim Alman hukukunda da, dava görülürken taraflardan birisinin dava

³⁶⁵ **Helvacı, S.:** Kişilik İşlemi Hakları (Münhasıran Şahsa Bağlı Haklar), Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 1993, s.89; **Gloor/Lukas,** s.464, N.11.65; **Atıcı-** Dava Ehliyeti, s.158, 162, 178.

³⁶⁶ **Kuru-** Usul, C.I, s.1051.

³⁶⁷ **Kuru-** Usul, C.I, s.1052-1053. “...*Davada taraf teşkili yapılabilmesi için, davalıya bir vasi tayini ve ondan sonra davanın açılması gerekirdi. Bu işlem yapılmadan, dava açıldığına ve dava sırasında akıl hastası olduğu saptandığına göre, hacir altına alma yetkisi, boşanma davası açıldığı andaki eşlerin en son altı aydan beri yaşadığı yer mahkemesine aittir. Asliye hukuk mahkemesince bir yetki uyumsuzluğu yaratılmadığına göre, vasi tayini isteklerinde ayrıca yetki araştırmasına gerek yoktur. Davanın açılmasından önce yapılması gereken vasi tayini işlemi, kocaya mevdu olup, müşterek ikametgâhta açılacağına göre, olaya özgü vasi tayini isteğinde de Ankara Sulh Hukuk Mahkemesi yetkilidir...*” (Y. 20. HD. 27.12.1994, 10866/16256; Legalbank İçtihat).

³⁶⁸ **Müller, B.:** Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) Kommentar, hrsg. Brunner/Gasser/Schwander, 2. Aufl., Zürich-St.Gallen, 2016, Art.59, N.65; **BSK ZPO-Tenchio,** Art.67, N.36. “...

ehliyetini sonradan kaybetmesi, yasal temsilcisinin ölmesi ya da temsil yetkisini kaybetmesi hâllerinde, temsil yetkisi sona eren yasal temsilci veya yeni atanan yasal temsilci, bu atamayı mahkemeye bildirinceye kadar yahut karşı taraf davaya devam edilmesine dair iradesini beyan edinceye dek yargılamaya ara verileceği düzenlenmiştir (dZPO § 241, 1). Hâlihazırda vesayet altında bulunan çocuğa karşı dava açılması hâlinde ise vasi, vesayet makamından ayrıca izin aldığı takdirde babalık davasında davalı çocuğu temsil edebilir. Böyle bir durumda vesayet makamının temsil izni vermemesi düşünülemez. Zira, davalı çocuğun menfaatlerinin korunması amacı doğrultusunda gerekli iznin verilmemesi, vesayet altındaki çocuğun davada savunulamaması tehlikesini de beraberinde getirir³⁶⁹.

Son olarak, soybağı ile ilgili kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların kullanımını konu alan babalık davasında davalı adına vekil sıfatıyla savunma yapmak, iradî temsil yoluyla usul işlemleri gerçekleştirmek, davaya vekâlette özel yetki verilmesini gerektiren işlemler arasında yer aldığı için (HMK m.74), davalının vekil marifetiyle babalık davasında savunma yapabilmesi ve usul işlemleri gerçekleştirip davayı iradî temsil ile avukata takip ettirebilmesi için avukatın vekâletnamesinde özel yetki verilmiş olduğuna ayrıca dikkat edilmesi gerekir.

2. Biyolojik Baba Olduğu İddia Edilen Kişinin Mirasçıları

Biyolojik baba olduğu iddia edilen kişinin ölümünden sonra babalık davası, kanun gereği onun yasal ve atanmış tüm mirasçılarına³⁷⁰ karşı açılır³⁷¹ (TMK m.301/2). Biyolojik babanın sağlığında açılan babalık davası derdest iken, davalının ölmesi hâlin-

atanan kayyım, soybağının reddi davasında küçüğü temsil etmek üzere atanmış olup, soybağının reddi davasının neticelenmesiyle kayyımın temsil görevi de sona ermiştir (TMK md.477/1). Aynı kayyımın, görevlendirilmediği bir işte küçüğü temsil etmesi mümkün bulunmamaktadır. O halde, bu davada küçüğü temsil etmek, hak ve menfaatlerini korumak amacıyla yetkili vesayet makamınca yeniden küçüğe kayyım tayin ettirilmesinin sağlanması ve kayyımın davaya katılımı ve böylece taraf teşkili sağlanarak, davanın esası hakkında bir karar verilmesi gerekirken...” (Y. 2. HD. 15.06.2011, E.2010/7346, K.2011/10593; Gençcan- Aile Mahkemesi, s.1219).

³⁶⁹ Yılmaz- Çocuk, s.830.

³⁷⁰ Yasal mirasçılar kapsamına son mirasçı olarak devlet de dahildir (bkz. Velidedeoğlu, s.423; Köprülü/Kaneti, s.274).

³⁷¹ Akıntürk/Ateş, s.361; Dural/Öğüz/Gümüş, s.308, kn.1484; Hatemi/Serozan, s.393; Akyüz, s.159.

de de aynı kural geçerli olup, derdest babalık davasında HMK m.55'e göre taraf teşkili yeniden sağlanarak davalının mirasçılarına karşı davaya devam edilebilir³⁷². Babalık davası, esasen şahısvarlığı haklarını ilgilendiren bir nitelik taşısa da, ölümle birlikte malvarlığı haklarına dönüşen yahut malvarlığı hakları üzerinde sonuç doğuran bazı şahısvarlığı hakları da mevcuttur ki, soybağı meselesi de bunlar arasında yer alır.

Babalık davasının yöneltileceği yasal mirasçıların belirlenmesiyle ilgili olarak, İsviçre Medeni Kanunu'nun 261. maddesinin ikinci fıkrasına göre bu mirasçılar, sırasıyla, önce biyolojik babanın altsoyu; altsoyu yoksa, ana-babası ve diğer üstsoyu; bunlar da yoksa kardeşleridir ve nihayetinde bunlardan hiçbiri yoksa, son mirasçı olarak devlete karşı, ölen kişinin son yerleşim yerindeki resmî merci davalı gösterilerek babalık davası açılabilir³⁷³. Hâl böyleyken, İsviçre hukukundaki bu özel hükme Türk hukukunda yer verilmemiş olup, biyolojik baba öldüğü takdirde babalık davası, onun terekesi üzerinde hak sahibi olan bütün yasal mirasçılarına karşı açılabilceği gibi, dava derdest iken ölen davalı biyolojik babanın mirasçılarına karşı davaya devam edilebilir. Her iki durumda da, davalı mirasçılar arasında, pasif husumet noktasında maddî mecburî dava arkadaşlığı şeklinde bir usul hukuku ilişkisi ortaya çıkar³⁷⁴. Bu durumda davaya bakan mahkeme, ölen davalının mirasını reddetmeyen tüm yasal mirasçılarına resen tebligat yapıp taraf teşkilini yeniden sağlayarak davaya devam etmelidir³⁷⁵.

³⁷² “...Babalığına hükmolunması istenen F. Öztürk 'ün dosyada veraset ilamı bulunmadığı gibi tüm mirasçıları gösterecek şekilde vukuatlı aile nüfus kayıtlarının da dosyada bulunmadığı görülmektedir. ...Dava, mirasçıların miras haklarını etkileyeceğinden, mirasçılık belgesinin veya eksik olan nüfus kayıtlarının celbi, başka mirasçılar varsa onların da davaya dahil edilmesi gerekirken, re 'sen gözetilmesi gereken taraf teşkili sağlanmadan davanın esasına girilerek hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı bulunmuştur.” (Y. 2. HD. 04.12.2003, 14901/16319; Legalbank İçtihat).

³⁷³ **Hausheer/Geiser/Aebi-Müller**, § 16, N.16.66; **Tuor/Schnyder/Rumo-Jungo**, § 40, N.34, s.430-431; **Aebi-Müller/Jaggi**, s.354; **OFK-Stehli**, ZGB 261, N.3; **Gloor/Lukas**, s.464-465, N.11.66. Aynı yönde bkz. **Kılıçoğlu-** Aile, s.551.

³⁷⁴ **BSK ZGB I-Schwenzer/Cottier**, Art.261, N.12; **Hegnauer-** Kindesrecht, § 9, 9.13, s.69; **Gloor/Lukas**, s.465, N.11.66; **OFK-Stehli**, ZGB 261, N.3; **Baygın-** Soybağı, s.77; **Dural/Öğüz/Gümüş**, s.308, kn.1484; **Öztan**, s.938. Ayrıntılı bilgi için bkz. aşa. II, B.

³⁷⁵ Bu durumda yapılacak iş; mahkemece davalının mirasçılarına usulüne uygun olarak tebligat yapmak, mirası reddetmeyen mirasçıların mecburi dava arkadaşı olarak davada yer almalarını sağlamak ve mirasçılar davayı birlikte takip etmekten kaçınırlarsa miras şirketine kayyım tayin ettirmek, taraf sıfatı şartı sağlandıktan sonra yargılamaya devam ederek sonucuna göre karar vermekten ibarettir. Benzer yönde bkz. Y. 21. HD. 26.11.2015, 20127/21189 (Legalbank İçtihat).

Kanımızca biyolojik baba olduğu iddia edilen kişinin borca batık terekesi yüzünden mirası toptan reddeden yasal mirasçılara karşı dahi babalık davası açılabileceği gibi, açılmış davaya da devam edilebilmelidir. Zira, mirasın reddiyle birlikte mirasbırakandan kendilerine intikal eden malvarlığı haklarından vazgeçilmesine rağmen, babalık davasının kabulüyle doğan inşâî etki ve şahısvarlığına ilişkin (şahsî) sonuçlar³⁷⁶, mirası reddeden yasal mirasçıları da kapsayacak şekilde ortaya çıkar. Bir başka deyişle, ölenin soybağı üzerinde inşâî etkiyle doğan yenilikler, mirası reddeden mirasçıların hısımlık ilişkilerini de etkiler. Fakat aynı şey, ana ve çocuk yönünden malî hakları içeren, yani malvarlığı haklarına ilişkin talepler bakımından geçerli değildir. Dolayısıyla, evlilik dışı çocuğun yasal soybağının biyolojik babasına bağlanması talebinden ibaret olan, malî haklara ilişkin herhangi bir talep içermeyen babalık davasının, ölen davalının mirası reddeden mirasçılarına karşı dahi yöneltilebileceği görüşündeyiz³⁷⁷. Zira sırf biyolojik babanın ölümü sebebiyle çocuğun şahsî statüsüne ilişkin dava hakkını kullanamaması hakkaniyet düşüncesiyle bağdaşmaz. Bununla birlikte biyolojik baba, ardında hiçbir mirasçı bırakmadan ve terekesinde hiçbir aktif malvarlığı kalmadan öldüğü takdirde ise, son mirasçı sıfatıyla devlet dahil, husumetin yöneltilebileceği herhangi bir süje bulunmadığı için, babalık davası ikâme edilemez hâle gelir³⁷⁸.

III. Dava Arkadaşlığı

Dava arkadaşlığı (subjektif dava yığılması), tahkikat, yargılama ve hükümle sonuçlanan ve birbirinden bağımsız, çok sayıdaki davada, davacı veya davalı tarafta birlikte yer alan kişiler arasındaki usul hukuku ilişkisine denir³⁷⁹. Birden fazla kişinin birlikte dava açması veya birden fazla kişiye karşı dava açılması şeklinde olabileceği gibi, davanın görülmesi esnasında davaların birleştirilmesiyle yahut tarafta iradî değişiklik yapılmak suretiyle de ortaya çıkabilen dava arkadaşlığı, maddî hukuk ya da usul hukuku

³⁷⁶ Örneğin, ölen davalı mirasbırakanın yasal soybağına giren çocuğun, mirası reddeden mirasçılarla arasında hısımlık ilişkisinin doğması.

³⁷⁷ Aynı yönde bkz. **Feyzioğlu**, s.552; **Tokar, Z.:** Babalık Davası, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2004, s.71; **Yazgı, B.:** Medenî Usul Hukukunda Babalık Davası, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2002, s.23.

³⁷⁸ **Artus- I**, s.174.

³⁷⁹ **Ulukapı, Ö.:** Medeni Usul Hukukunda Dava Arkadaşlığı, Konya 1991, s.25; **Pekcanıtez/Taş-Korkmaz- Pekcanıtez Usûl**, s.685.

kaynaklı şekilde ihtiyarî ve mecburî olmak üzere ikiye ayrılır³⁸⁰. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 57. maddesine göre, davaların temelini oluşturan “vakıaların ve hukukî sebeplerin aynı veya birbirine benzer olması” ile “vakıaların aynı veya benzer fakat hukukî sebeplerin farklı olması” olasılıklarında iradî şekilde meydana getirilebilen ihtiyarî dava arkadaşlığı, aralarında bağlantı bulunan birden fazla davanın birlikte görülüp tahkikat ve yargılama aşamalarının ortak yürütülmesi suretiyle usul ekonomisini sağlamak, çelişkili kararlar verilmesini önlemek ve gerçeğin aydınlatılmasına hizmet etmek amacını taşır³⁸¹. Mecburî dava arkadaşlığı ise, birden fazla kişinin davacı tarafta birlikte yer alıp dava açması yahut birden fazla kişi davalı gösterilerek onlara karşı birlikte dava açılması zorunlu olan hâllerde, maddî ya da şeklî anlamda olmak üzere iki türlü ortaya çıkar:

Maddî anlamda mecburî dava arkadaşlığı, maddî hukuka göre bir hakkın birden fazla kimse tarafından birlikte kullanılması veya birden fazla kimseye karşı birlikte ileri sürülmesi ve tamamı hakkında tek bir hüküm verilmesi gereken hâllerde; yani, birden fazla kişinin hak veya borç üzerinde birlikte hareket etme zorunluluğunun bulunduğu elbirliği mülkiyeti rejimi ile, hak veya borcun bölünemez nitelik taşıdığı hukukî ilişkilerde kendisini gösterir (HMK m.59).

Şeklî anlamda dava arkadaşlığı ilişkisinde ise, birden fazla kişinin davalı tarafta gösterilerek hepsine karşı birlikte dava açılması zorunluluğu maddî hukuktan kaynaklanmamakla birlikte, münferit özel kanun hükümlerinin lafzî itibariyle kanun koyucunun iradesini yansıtan, gerçeğin tam olarak aydınlatılması ve uyuşmazlık konusu hukukî ilişkiyle ilgili en doğru kararın verilmesi amacını pekiştiren hâllerde söz konusu olur.

Bu itibarla, ana ve çocuk tarafından ayrı ayrı açılabileceği gibi birlikte açılması da mümkün olan babalık davasında, ananın ve çocuğun bu davayı birlikte açmaları hâlinde aralarında ihtiyarî dava arkadaşlığı şeklinde bir usul hukuku ilişkisi meydana gelir³⁸². Çünkü, her ikisi tarafından açılan babalık davasının temelini oluşturan vakıalar

³⁸⁰ **Pekcanitez/Taş-Korkmaz-** Pekcanitez Usûl, s.686.

³⁸¹ **Ulukapı-** Dava Arkadaşlığı, s.25-26; **Pekcanitez/Taş-Korkmaz-** Pekcanitez Usûl, s.687.

³⁸² **Gross, B./Zuber, R.:** Berner Kommentar zum Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO, Band I: Art. 1-149 ZPO; Band II: Art. 150-352 ZPO und Art. 400-406 ZPO, *hrsg. Hausheer/Walter*), Bern

ve hukukî sebepler aynı veya büyük ölçüde benzer olduğu gibi, talep sonucu itibariyle de aralarında benzerlikten söz edilebilir (HMK m.57/1-c). Babalık davasının dava sebebi, evlilik dışı dünyaya gelen çocuğun baba yönünden nesepsiz olması; hukukî sebebi ise, bu çocuğun biyolojik babasının tespit edilerek baba yönünden olmayan yasal soybağının mahkemenin babalık hükmüyle kurulmasıdır. Ana ve çocuk tarafından birlikte veya birbirinden ayrı açılan davaların talep sonuçları bakımından da örtüşme söz konusu olup, evlilik dışı çocuğun tespit edilen biyolojik babasıyla arasında yasal soybağı ilişkisinin kurulmasıdır. Dolayısıyla, babalık davasında davacı taraftaki ana ile çocuk arasındaki usul hukuku ilişkisi, mecburî değil, ihtiyarî dava arkadaşlığı şeklinde ortaya çıkar. Çünkü maddî hukuk bakımından ne elbirliği mülkiyetini konu alan bir hukukî ilişki ne de bölünemeyen bir borç konusu mevcuttur.

Doktrinde *Alangoya*, birden fazla kişi arasında mevcut bir aile hukuku ilişkisinin değiştirilmesine ilişkin yenilik doğuran davalarda şeklî anlamda mecburî dava arkadaşlığı olduğunu; iki kişi arasındaki hukukî ilişkinin, bu ilişkinin dışında kalan bir üçüncü kişi tarafından yenilik doğuran dava yoluyla istendiği hâllerde, hukukî ilişkinin her iki tarafına karşı birlikte dava açılması gerektiğini; tanınmanın iptali davası örneğinden hareketle, bir aile hukuku ilişkisinin değiştirilmesine dair yenilik doğuran davalarda –ve herhalde babalık davasını da kapsayacak şekilde– şeklî mecburî dava arkadaşlığı şeklinde usul hukuku ilişkisi bulunduğunu ileri sürmüştür³⁸³. Ne var ki, babalık davasında uyumsuzluğa ilişkin ana ile çocuğun, her ikisi hakkında aynı şekilde karar verilmesi ge-

2012, Art.70, N.24; **MüKo-ZPO/Schultes**, Münchener Kommentar zur ZPO mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzes, 6. Aufl., München 2020, ZPO § 59, Rn.9; **Musielak/Voit/Weth**, Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz Kommentar, 17. Aufl., München 2020, ZPO § 60, Rn.9; **BeckOK-ZPO/Dressler**, hrsg. Vorwerk/Wolf, 38. Edition 01.09.2020, ZPO § 59, Rn.13; **Gloor/Lukas**, s.463, N.1160; **Lötscher**- Prozessstandschaft, s.422, N.998; **Erdönmez, G.:** HMK. m.57/1, c Hükmü Çerçevesinde İhtiyari Dava Arkadaşlığının Mümkün Olduğu Haller [Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, C.I, İzmir 2015 (DEÜHFD, C.16, Özel Sayı 14), s.695-755], s.703.

³⁸³ **Alangoya, Y.:** Medeni Usul Hukukunda Dâva Ortaklığı (Tarafların Taaddüdü), İstanbul 1965 (Tıpkı Basım 1999), s.114.

reğinin bir sonucu olarak aralarında şeklî anlamda (aktif) mecburî dava arkadaşlığı ilişkisinin bulunduğu yönündeki bu görüşe³⁸⁴ katılmıyoruz.

Her şeyden önce, şeklî anlamda mecburî dava arkadaşlığı, münhasıran davalılar bakımından işlerlik kazanan ve ancak kanunun açıkça öngördüğü hâllerde ortaya çıkan bir usul hukuku ilişkisidir³⁸⁵. Yukarıda sözü edilen yazarın örnek gösterdiği tanımanın iptali davasında şeklî mecburî dava arkadaşlığı, kanun gereği (TMK m.297, c.2; m.298, c.2) davalı tarafta söz konusu olup, tıpkı soybağının reddi davasındaki gibi (TMK m.286), kendilerine karşı birlikte dava açılması şart koşulan kişilerin hangi dava ile karşılaşacakları somutlaştırılmıştır. Ayrıca babalık davasında davalı taraf bakımından şeklî anlamda mecburî dava arkadaşlığından söz edilebilmesi için, Kanun'da buna ilişkin açık hüküm olması gerekirdi. Kanun koyucunun davacı tarafta şeklî mecburî dava arkadaşlığı öngörmesi ise zaten düşünülemez. Zira, TMK m.301/3 uyarınca babalık davasının ana yahut kayyım tarafından açılmış olması şeklindeki her iki olasılık bakımından öngörülen davanın ihbarı ve davaya müdahale zorunluluğu ile ihbar kurumunun amaç ve işlevi dikkate alındığında, kanun koyucunun babalık davasında şeklî mecburî dava arkadaşlığı oluşturma gayesi taşımadığı ve davacı tarafta yer alan ana ile çocuğun aralarında menfaat çatışması ihtimalinin bulunması sebebiyle dava açma haklarının birbirinden bağımsız olduğu sonucuna varılabilir.

Öte yandan, biyolojik baba olduğu iddia edilen kişi öldüğü için onun yasal mirasçılara karşı açılan veya mevcut davaya onlara karşı devam edilen hâllerde, davalı taraftaki mirasçılar arasında pasif maddî mecburî dava arkadaşlığı ortaya çıkar³⁸⁶. Zira mirasbırakan öldükten sonra babalık davasında verilen babalık hükmü, davacı çocuk ile ölen davalı biyolojik baba arasında soybağına ilişkin kişisel nitelikli sonuçların doğma-

³⁸⁴ Aynı yönde bkz. **Sungurtekin-Özkan, M.:** Medenî Kanun'un Aile Hukuku Alanında Getirdiği Değişikliklerin Medenî Usul Hukuku Bakımından Düşündürdükleri [Medenî Usul ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı-I (Eskişehir, 9-10 Kasım 2002), Eskişehir 2003, s.75-91], s.89.

³⁸⁵ **Ulukapı-** Dava Arkadaşlığı, s.102; **Tanrıver-** Usul, C.I, s.597; **Pekcanitez/Taş-Korkmaz-** Pekcanitez Usûl, s.706; **Kuru-** Medeni Usul, s.484.

³⁸⁶ **BSK ZGB I-Schwenzer/Cottier**, Art.261, N.12; **Hegnauer-** Kindesrecht, § 9, 9.13, s.69; **Gloor/Lukas**, s.465, N.11.66; **OFK-Stehli**, ZGB 261, N.3; **Baygın-** Soybağı, s.77; **Dural/Öğüz/Gümüş**, s.308, kn.1484; **Stachelin/Schweizer**, ZPO Art.70 Notwendige Streitgenossenschaft, N.42; **Öztan**, s.938.

sına sebep olur. Evlilik dışı çocuğun, ölen davalının (biyolojik babanın) yasal soybağına girme hakkı, konusu itibariyle para dışında başka talepleri kapsar. Örneğin, davalının soyadını alma; bakım, gözetim, eğitim vb. sosyal ihtiyaçlarını karşılama; yasal mirasçısı olarak tereke üzerinde miras payına hak kazanma gibi yasal soybağına bağlanan hukukî sonuçlar, ölen davalının bütün mirasçılarını topyekûn ilgilendiren, dava konusu hakkın karşı muhatabı olarak bütün mirasçıların birlikte savunma yapmasını gerektiren, miras hukukundan kaynaklanan kader ortaklığını beraberinde getirir. Bu sebeple davalı (biyolojik baba), çocuğun dava açmasından önce ölürse, davacı çocuk, ölenin mirasçılarına karşı hep birlikte dava açmak zorunda olup, davalı tarafta pasif maddî mecburî dava arkadaşı olarak davalıların da hep birlikte hareket edip miras ortaklığı adına savunma yapması gerekir.

Aynı sonuca ana yönünden de varmak mümkün olup, ananın açacağı babalık davasında davalı biyolojik baba ölürse, davaya, ölenin bütün mirasçılarına karşı, usul hukuku bakımından pasif maddî mecburi dava arkadaşlığı şeklinde devam edilir³⁸⁷. Zira ananın kendi adına açacağı babalık davasının konusu malî yönden birtakım haklar ihtiva etse dahi, asıl talep, evlilik dışı çocuğun yasal soybağının ölen (mirasbırakan) davalıya bağlanması olduğuna göre mahkemece, ölen davalı biyolojik babanın bütün mirasçılarına tebligat yapılarak davalı yönünden taraf teşkili sağlanıp davaya devam edilmelidir³⁸⁸. Fakat ana, evlilik dışı çocuğun soybağı belirlendikten sonra, TMK m.304 uyarınca babalık davasından ayrı olarak, gebelik, doğum ve geçim giderlerinden kaynaklanan malî haklarının karşılanmasını talep ederse, bu malî haklar bakımından mirasçılar arasında müteselsil borçluluk geçerli olduğundan, derdest davaya, ölen davalının mirasçılarından

³⁸⁷ “Yargılama süresince tarafların, taraf ve dava ehliyetine sahip bulunmaları usul hukukunun temel ilkelerindendir ve dava şartıdır. Yargılama sırasında taraflardan birinin ölmesi halinde, ölen tarafın ehliyeti sona ereceğinden, sadece bu kişinin mirasçıları tarafından (dava konusunun ölenin malvarlığına ilişkin olması ve dava sonunda verilecek hükmün olumlu veya olumsuz bir şekilde mirasçıların haklarını etkilemesi durumunda) davaya devam edilebilir. Bu halde, ölen tarafın mirasını reddetmeyen mirasçıların, davayı mecburî dava arkadaşı olarak hep birlikte takip etmeleri gerekir.” (Y. 21. HD. 26.11.2015, 20127/21189; Legalbank İçtihat).

³⁸⁸ Bu durumda yapılacak iş, mahkemece ölen davalının mirasını yasal süresi içinde açıkça reddetmeyen mirasçılarına duruşma günü tebliğ edilmesi, davanın mirasçılar tarafından hep birlikte yahut miras şirketine atanacak temsilci aracılığıyla takip edilmesi gerektiği hususunun bildirilmesi ve duruma göre yargılamaya devam edilip davanın karara bağlanmasıdır.

biri ya da birkaçına karşı devam edilebileceği gibi, henüz dava açmadan biyolojik baba öldüğü takdirde ise, ölen davalının mirasçılarının biri ya da birkaçına karşı malî haklarını talep ettiği bir eda davası açılabilir. Eğer mirasbırakanın terekesine mirasçılar tarafından tereke temsilcisi atanmışsa, tek başına tereke temsilcisine karşı dahi davaya devam olunabilir. Bu itibarla, kanımızca biyolojik baba olduğu tespit edilen davalının ölümünden önce açılmış ve hâlihazırda devam eden ya da ölümünden sonra açılan, gebelik, doğum ve geçim masrafları, tazminat ve nafaka talepli davada, davalının mirasını yasal süresi içinde açıkça reddetmeyen mirasçılar arasında malî nitelikli talepler bakımından ihtiyarî dava arkadaşlığı ilişkisi ortaya çıkacağı söylenebilir³⁸⁹.

İhtiyarî dava arkadaşlığının söz konusu olduğu bu gibi hâllerde kanun yoluna başvuru bakımından her bir dava arkadaşı tek başına kendi adına bağımsız hareket edebileceği gibi, üst derece yargı yeri de kanun yoluna başvuru için hukukî yararın bulunup bulunmadığı hususunda her bir dava arkadaşı bakımından münferiden karar verebilir³⁹⁰. Maddî mecburî dava arkadaşlığı ilişkisinde ise, dava arkadaşları yargılama boyunca hüküm kesinleşinceye kadar hep birlikte hareket etmek zorunda oldukları için, yine ancak birlikte kanun yoluna başvuru yapabilirler. Her bir dava arkadaşının tek başına yahut birkaçının bir araya gelip kanun yoluna başvurması durumunda ise üst derece yargı yeri, başvurunun caiz olmadığı gerekçesiyle maddî mecburi dava arkadaşlığı ilişkisine istinaden taraf ehliyeti yokluğundan usulden reddine karar verir. Fakat mirasın paylaşımının henüz tamamlanmadığı bir aşamada babalık davasında hüküm açıklanmışsa, davalı biyolojik babanın terekesine temsilci atanmış olan hâllerde tereke temsilcisinin bütün mirasçılar adına birlikte hareket ederek davalı tarafta dava takip yetkisine dayanarak kanun yoluna başvurabileceğini hatırlatmak gerekir.

³⁸⁹ Aynı yönde bkz. **MüKo-ZPO/Schultes**, ZPO § 59, Rn.8; ZPO § 62, Rn.32; **Musielak/Voit/Weth**, ZPO § 60, Rn.8.

³⁹⁰ **Karslı-** Muhakeme, s.773. Hâl böyle olmakla birlikte, özellikle uygulamada, ihtiyarî dava arkadaşlarının aynı avukata vekâlet vererek kendilerini temsil ettirdikleri ve yargılamanın bütün dava arkadaşları bakımından aynı doğrultuda ilerletildiği görülmekte olup, bu yüzden mahkemelerin de, genelde hepsi için aynı yönde hükme vardığı ve dolayısıyla ortak vekilin, hükme karşı hepsi adına birlikte kanun yoluna başvurduğu bilinmektedir (bkz. **Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz/Hanağası**, s.551).

IV. Cumhuriyet Savcısının Davadaki Konumu

1. Genel Olarak

Cumhuriyet savcılarının asıl görev alanı ceza yargısı olmasına rağmen, kamu düzeninin korunması ve kanunlara riayet edilmesinin sağlanması düşüncesiyle, cumhuriyet savcılarının medenî yargı kapsamında kamu yararı adına bazı hukuk davalarını biz-zat açma yetkisi veya derdest davalara müdahale yoluyla katılma hakkı tanınmıştır³⁹¹. Buna göre Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 70. maddesinin ilk fıkrası uyarınca Cumhuriyet savcısı, ancak kanunda açıkça öngörülen hâllerde hukuk davası açabilir veya açılmış olan derdest bir hukuk davasında taraf olarak yer alabilir.

Öncelikle, kanun koyucunun Cumhuriyet savcısına yönelik açık düzenleme sevk ettiği hâllerde genellikle kamu düzeni düşüncesi ağır basmakla birlikte, kamu düzenini ilgilendiren her konuda Cumhuriyet savcısının görevli olduğuna ilişkin bir ilke bulunmamaktadır. Kaldı ki, böyle bir kanun hükmünün getirilmesi hukuk davalarının niteliğiyle bağdaşmayacağı için, sadece kanunda açıkça öngörülen hâllerde Cumhuriyet savcısının dava açması veya açılan davalarda taraf olarak yer alması mümkün görülmelidir. Bir başka deyişle, kamu düzeni³⁹² ya da kamusal yarar, Cumhuriyet savcısının, açılan bir hukuk davasına katılmasını gerektirse bile, eğer o konuda özel bir yasal düzenleme yoksa, Cumhuriyet savcısı davaya katılamayacak ya da kanundaki ifadesiyle, o davada yer alamayacaktır. Bu nedenle, Cumhuriyet savcılarının hukuk davalarına katılmaları için mutlaka özel bir kanun hükmüne ihtiyaç vardır³⁹³. Örnek olarak, evlenmenin butlanı davası (TMK m.146), sonradan evlenme yoluyla kurulan soybağına itiraz davası

³⁹¹ **Pekcanıtez, H./Meriç, N.:** Medenî Usûl Hukukunda Fer'i Müdahale, 2. B., İstanbul 2020, s.71-72.

³⁹² “...(Kamu düzeni) deyimi ise, belli edilmesi daha güç bir anlamı kapsamaktadır. Nitekim yerli ve yabancı bir çok hukuk eserlerinde, çeşitli alanlardaki kişi haklarını sınırlayan bu terim sık sık görülmekte, fakat tarifine pek az rastlanmaktadır. Yapılan açıklamalarda ise bunun tarifinin güç olduğu kabul edildikten sonra çeşitli açılardan izahına çalışıldığı görülmektedir. Bu suretle yapılmış olan tariflerin incelenmesi sonucunda 'Kamu düzeni' deyiminin; toplumun huzur ve sükûnunun sağlanmasını, devletin ve devlet teşkilâtının muhafazasını hedef tutan her şeyi ifade ettiği, bir başka deyimle cemiyetin her sahadaki düzeninin temelini teşkil eden bütün kuralları kapsadığı sonucuna varılmaktadır.” (AYM. 28.01.1964, E.1963/128, K.1964/8; bkz. RG. 17.04.1964, Sa.11685).

³⁹³ **Yılmaz, E.:** Savcıların Hukuk Davalarındaki Görevleri (AÜHFD, C.29, 1972/1-2, s.255-287), s.275; **Pekcanıtez/Meriç,** s.72-73; **Sabır, S.:** Cumhuriyet Savcısının Hukuk Davalarında Yer Alması, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2019, s.67-68.

(TMK m.294), tanımanın iptali davası (TMK m.298) gibi kanunda açıkça öngörülen hukuk davalarını Cumhuriyet savcısı açabilir veya açılan bu davalara müdahale yoluyla katılabilir.

Yine, kanun koyucu tarafından Cumhuriyet savcısına açıkça hukuk davası açma yetkisinin verildiği bu gibi hâllerde “hukuk davasının kanunîliği” ilkesi³⁹⁴ geçerli olup Cumhuriyet savcısı, hukuk davası açılmasını gerektiren koşulların varlığını saptadığı anda dava açmakla yükümlüdür. Bu hususta, dava açmanın kamu yararına olup olmadığı veya maslahata uygunluğunu takdir yetkisi yoktur³⁹⁵. Bir hukuk davasının açılması kanunen öngörüldüğü takdirde, orada kanun gereği kamu yararının bulunduğu varsayılır ve Cumhuriyet savcısının takdir yetkisinden söz edilemez³⁹⁶. Olsa olsa Cumhuriyet savcısı, ancak ceza muhakemesi hukukunda olduğu üzere, dava şartlarının bulunup bulunmadığını veya dava açılması için yeterli delilin elde edilip edilmediğini gözetebilir ve şayet Cumhuriyet savcısı yeterli delili toplayamadıysa hukuk davasını açamayabilir³⁹⁷.

Cumhuriyet savcısı, hukuk davası açılması için gereken şartların ortaya çıktığı hâllerde dava açmak zorunda olduğundan, herhangi bir şekilde kendisini ilgilendiren bütün hukuk davalarında iddia ve savunmada bulunmak, delil ibraz etmek ve kanun yollarına başvurmak gibi, “taraf” olmaya bağlanan her türlü usulî yetkiyi kullanabilir³⁹⁸. Bu bağlamda Cumhuriyet savcısı, davacı tarafta yer alarak davadan feragat, sulh, delil

³⁹⁴ Bu ilke, Cumhuriyet savcısının özel hukuka ilişkin konularda medenî yargı dahilindeki mahkemelerde hukuk davası açabilmesi için mutlaka açık bir kanun hükmüyle verilen yetkiye dayanması gerektiğini ifade eder.

³⁹⁵ **Saldırım, M.:** Özel Hukukta Cumhuriyet Savcısının Görevleri, Ankara 2005, s.64; **Pekcanitez/Meriç, s.74; Bilgin, A.:** Cumhuriyet Savcısının Hukuk Davalarındaki Görevleri, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2013, s.66.

³⁹⁶ Hatta Yargıtay’a göre Cumhuriyet savcısının bu zorunluluğu, kanunen açıkça öngörülen hâllerde sadece dava açmak ya da açılan davaya müdahale etmeyi değil, aynı zamanda açılan ya da müdahale edilen davanın duruşmalarına katılmayı da içerir; “...*Cumhuriyet Savcısı, kanunda açıkça öngörülen hâllerde hukuk davası açar veya açılmış olan hukuk davasında taraf olarak yer alır (HMK m.70/1). Mutlak butlan davası açma Cumhuriyet savcısı için bir görev olduğundan (TMK m. 146/1) duruşmalarda hazır bulunma da görevin doğal sonucu olarak bir zorunluluktur. Bu nedenle Cumhuriyet Başsavcılığının duruşmalara katılması sağlanmadan, yokluğunda yargılamaya devamla hüküm kurulması usul ve kanuna aykırı olup, bozmayı gerektirmiştir.*” (Y. 2. HD. 14.03.2019, E. 2018/2888, K. 2019/2816; aynı yönde bkz. Y. 2. HD. 14.02.2019, E. 2018/6508, K. 2019/1100; Legalbank İçti-hat).

³⁹⁷ **Saldırım-** Görev, s.65.

³⁹⁸ **Pekcanitez/Meriç, s.76; Yılmaz-** Şerh, C.1, s.1366.

sözleşmesi, tahkim sözleşmesi vb. istisnalar dışındaki her türlü usul işlemini, koşullarına uygun şekilde gerçekleştirebilir³⁹⁹. Dolayısıyla, uyuşmazlığa konu maddî hukuk ilişkisinin süjesi sıfatını taşımasa dahi, Cumhuriyet savcısının “şeklî taraf” niteliği varlığını korur⁴⁰⁰.

Doktrinde uzun zamandan beri genel kabul gören şeklî taraf teorisi doğrultusunda, dava dilekçesinde davalı veya davacı olarak gösterilmek, usulî bir kavram olan “taraf” sayılmak için yeterli kabul edildiğinden, maddî hukuk ilişkisine yabancı üçüncü kişilerin davadaki konumlarını açıklamak için “davayı takip yetkisi” kavramı kullanılmaya başlanmış ve bu sayede kanunen kendilerine görev verilen üçüncü kişilerin durumları açıklığa kavuşturulmuştur. Bu itibarla, Cumhuriyet savcısının açtığı hukuk davalarında, genel olarak Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile birlikte hukukumuzda giren münhasır dava takip yetkisi ile donatıldığı söylenebilir⁴⁰¹. Zira, Cumhuriyet savcısının açtığı hukuk davalarında Cumhuriyet savcısı, çekişmeli maddî hukuk ilişkisinin tarafı konumunda bulunmadığı gibi, dava konusu yapılan subjektif hakka ya da hukukî ilişkiye yabancıdır. Kanun koyucu, şeklî anlamda taraf sıfatı ve münhasıran dava takip yetkisi vererek, kamu düzeni düşüncesiyle, Cumhuriyet savcısına kendi adına usul işlemleri yürütüp taraflar için sonuç doğuracak şekilde hüküm alabilme yetkisi tanımıştır. Bundan dolayı Cumhuriyet savcısı, kanunda belirtilen bu hukuk davalarında, şeklî anlamda taraftır ve onun bu konumu, resmî görevi gereği bağımsız kanunî dava takip yetkisine dayanır⁴⁰². Keza, maddî gerçeğe uygun karar verilmesi için Cumhuriyet savcısına tanıyan bu yetki, onun maddî anlamda taraf olduğunu göstermez. Çünkü kanun koyucu, davanın diğer tarafları gibi Cumhuriyet savcısını da esasen bir taraf olarak kabul etseydi, HMK çerçevesinde zaten tarafların yetkileri belirlenmiş iken, yasal düzenlemenin gerekçesinde Cumhuriyet savcısının, taraf olmaya bağlı yetkileri kullanabileceğine ayrı-

³⁹⁹ **Yılmaz-** Savcı, s.260; **Sabır**, s.76-77.

⁴⁰⁰ **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, s.51-52.

⁴⁰¹ Aynı yönde bkz. **Sabır**, s.57; **Görgün/Börü/Kodakoğlu**, s.113.

⁴⁰² **Dişel**, s.86-87; **Görgün/Börü/Kodakoğlu**, s.113. Ayrıca Cumhuriyet savcısının, açılan bir davaya kanunen katılmak zorunda olmasından dolayı, “görevinden ötürü taraf” şeklinde nitelendirildiği ve davalı tarafta konumlandırılarak diğer davalılarla birlikte şeklî mecburî dava arkadaşlığı ilişkisi içerisinde davaya devam etmesi gerektiği yönündeki görüş için bkz. **Saldırım-** Görev, s.54-55 ve s.65-66; **Bilgin**, s.66.

ca vurgu yapmazdı⁴⁰³. Dolayısıyla, taraf olmaya bağlanan yetkileri kullanmakla, taraf olmak aynı şey sayılamayacağından, böyle bir düzenlemeye ihtiyaç duyulması, hukuk davalarında Cumhuriyet savcısının kanun koyucu tarafından da hukukî ilişkisinin tarafı olarak görülmediğini ve fakat maddî gerçeğe ve hukuka uygun karar verilmesinde kamusal yararın bulunması sebebiyle, Cumhuriyet savcısına taraf olmaya bağlanan yetkiler bahsettiğini ve onu şeklî anlamda taraf olarak kabul ettiğini gösterir⁴⁰⁴. Nitekim HMK m.70 hükmünün gerekçesinde de, uyuşmazlık konusu maddî hukuk ilişkisinin tarafı (yani, dava konusu üzerinde şahsî hak sahibi) olmamasına rağmen Cumhuriyet savcısının, davada “şeklî anlamda taraf” olarak yer alabilmesi “dava takip yetkisi” kavramıyla açıklanabilmektedir⁴⁰⁵. Ne var ki, kamu yararı adına olsa dahi, yargılamada Cumhuriyet savcısına davanın diğer tarafından daha fazla usulî imkân ve ayrıcalık tanınması, hasmı karşısında daha avantajlı ve üstün bir konum sağlanması silahların eşitliği ilkesi-

⁴⁰³ **Sabır**, s.59.

⁴⁰⁴ **Sabır**, s.59. Aksi yöndeki bir görüşe göre ise, Cumhuriyet savcısının soybağı davalarından tümüyle dışlanması gerekir. Bu davaları Cumhuriyet savcısının adeta yatak odasına müdahalesi olarak gören düşünceye göre kayyım tarafından açılan davanın Cumhuriyet savcısına ihbar edilmesi de anlamsız olup, böyle bir ihbar yükümlülüğü kamu düzeni kavramıyla açıklanamaz. Nitekim, Cumhuriyet savcısının bizzat babalık davası açamıyor olması da aynı pozitif hukuktan kaynaklanmaktadır (bkz. **Gençcan, Ö. U.:** Aile Hukuku, Ankara 2011, s.1226).

Benzer yönde bir başka görüşe göre, evlilik birliği devam eden eşlerden birinin evlilik dışı ilişkisinden doğan çocuğun soybağını uzun yıllar boyunca dava konusu etmemiş olmasına rağmen, Cumhuriyet savcısının bunu yapabilmesi hakkaniyet duygusuyla bağdaşmaz. Ayrıca Cumhuriyet savcısının soybağının tespitini sağlayan dava açabilmesi insan haklarına da aykırı olup, çocuğun nüfusuna kayıtlı olduğu görünüşteki babasının maddî ve manevî emeğiyle oluşturulmuş sevgi ve saygı ortamına haksızlık olarak görülebilir (bkz. **Demir-** İnsan Geni, s.256).

⁴⁰⁵ “Maddî hukuk ilişkisinin tarafı olmamaları, şeklî esasa bağlı “taraf olma” niteliğine engel teşkil etmemektedir. Öğretide, dava dilekçesinde davalı veya davacı olarak gösterilmek, usulî bir kavram olan “taraf” sayılmak için yeterli kabul edilmektedir. Maddî hukuk ilişkisine yabancı üçüncü kişilerin davadaki konumlarını açıklamak için kullanılan “davayı takip yetkisi” kavramıyla kanunen kendilerine görev verilen üçüncü kişilerin durumları açıklığa kavuşturulmuş, bu esas, öğretide ve uygulamada kabul görmüştür. Bu nedenle, uygulamadaki tereddütleri ortadan kaldırmak, Cumhuriyet savcılarının hukuk davalarındaki görevlerinin niteliğini ve temelini açıklığa kavuşturmak için, taraf olduklarının açıkça belirtilmesine gerek duyulmuştur. Ayrıca kanunda açıkça öngörülen hâllerde, açtığı veya açılmış bir hukuk davasında Cumhuriyet savcısının yer alması, kanunî bir zorunluluk olarak öngörülmüştür.” [HMK m.70 (Tasarı m.75) Hükümet Gerekçesinden; bkz. Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/574) Sıra Sayısı 393, s.31]. Tam metin için ayrıca bkz. <https://kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamaları/Kanunlasan/2011Yili/kanmetni/6100ss.pdf> (E.T. 27.10.2021).

ne aykırı olup, Cumhuriyet savcısı lehine usulî dengenin bozulması yahut usul kurallarının uygulanmasında fiilî bir farklılık yaratılması hiçbir gerekçeyle kabul edilemez⁴⁰⁶.

Cumhuriyet savcısının hukuk davalarında yer almasını düzenleyen 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 70. maddesi, yürürlükten kaldırılan (mülga) 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun 58. maddesine karşılık gelmektedir. Mülga 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun 58. maddesinde, Cumhuriyet savcısının hukuk davasında yer almasıyla ilgili olarak, *“işbu fasıl ahkâmı kanunen müddeiumumînin müdahalesi lazım gelen hukuk davalarında da tatbik olunur”* şeklinde düzenlenen hüküm uyarınca Cumhuriyet savcısı usulî anlamda fer’î müdahil ile özdeş kabul edilmekteydi. Fer’î müdahale hükümlerine yapılan bu atıf sebebiyle Cumhuriyet savcısı hukuk davalarında tipik bir fer’î müdahil olarak fer’î müdahile ait yetkilerle sınırlı şekilde yargılamaya katılabilmekteydi. Fakat 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 70. maddesinde kanun koyucu, 1086 sayılı Kanun’dan farklı olarak, müdahale (davaya katılma) kavramını değil, “taraf” kavramını kullanmayı özellikle tercih ettiğinden, Cumhuriyet savcısının kendi açmadığı ancak ihbar üzerine yer aldığı hukuk davasındaki usulî konumunu, yetkilerini ve taraf olarak bulunmadan ne anlaşılması gerektiğini açıklamak artık daha zor hâle gelmiştir. Dolayısıyla, mülga 1086 sayılı Kanun’da olduğu gibi, 6100 sayılı Kanun’da da genel olarak düzenlenmemiş olan bu detaylar, Cumhuriyet savcısının somut bir hukuk davasında yer almasını öngören özel kanun hükümleri ve bu hükümlerin gayesi doğrultusunda ayrı ayrı değerlendirilmelidir⁴⁰⁷.

2. Babalık Davası Bakımından

Çocuğun biyolojik babası ile arasındaki soybağı ilişkisinin hukuk sisteminin izin verdiği ve geçerlilik tanıdığı yollarla kurulması, kamu düzeniyle doğrudan ilgili olduğu için, bu hususta devletin adlî makamlarına görev ve sorumluluk düşer. Bu itibarla, Türk Medenî Kanunu’nun 301. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca babalık davası açılması hâlinde, davanın kamu düzeniyle yakın ilişki içerisinde bulunması hasebiyle, mahkeme-

⁴⁰⁶ Hanağası, E.: Medenî Yargılama Hukukunda Silahların Eşitliği, Ankara 2016, s.227.

⁴⁰⁷ Bilgin, s.56.

ce Cumhuriyet savcısına resen ihbar edilmesi gerekir. Cumhuriyet savcısı, davanın kendisine ihbarı üzerine, müdahale yoluyla davaya katılarak, davada taraf olarak yer alır (HMK m.70/1). Her ne kadar babalık davasında Cumhuriyet savcısının esasen taraf sıfatı bulunmasa da, kamu düzeninin korunmasına yönelik kamusal menfaatten dolayı kendisine ihbar edilen bu davada Cumhuriyet savcısı, yargılama boyunca yaşanması olası hukuka aykırılıkların giderilmesi ve maddî gerçeğin ortaya çıkarılabilmesi amacıyla şeklen taraf hâline gelir ve yargılama sonunda esasa ilişkin nihai karar elde edebilme imkânına kavuşur⁴⁰⁸.

Cumhuriyet savcısı, ihbar üzerine katıldığı babalık davasında, taraflardan herhangi birinin yanında fer'î müdahil sıfatıyla yer almaz. Bilakis her iki tarafın da menfaatini gözetmek için, taraflardan hiçbirinin yanında yer almadan, salt kamu yararı doğrultusunda yargılamaya dahil olur⁴⁰⁹. Nitekim fer'î müdahale kapsamındaki davanın ihbarı ile karıştırılmaması için Cumhuriyet savcısının davaya katılması zorunluluğunun bildirilmesini “duruşmaya davet” olarak adlandıran yazarlar⁴¹⁰ da mevcuttur. Zira teknik olarak davanın ihbarı, davanın şeklen dahi tarafı olmayan üçüncü kişilerin davadan haberdar edilerek taraflardan birisinin yanında fer'î müdahil sıfatıyla davaya katılmasını sağlama amacına yönelik olduğu hâlde, burada Cumhuriyet savcısının fer'î müdahil sıfatıyla davaya katılmasından söz edilemez ve Cumhuriyet savcısı, duruşmaya davet edildiği andan itibaren davayı takip yetkisi çerçevesinde taraflardan bağımsız, sanki bir üçüncü tarafmış gibi davada konumlanır⁴¹¹.

Davanın ihbarı taraflardan birisinin talebi üzerine gerçekleştirildiği hâlde, davanın Cumhuriyet savcısına duyurulması hâkime yönelik bir zorunluluk olarak öngörüldüğünden, hâkim, bu işlemi talep gerekmezsizin resen yapar. Bu yüzden, babalık davasının Cumhuriyet savcısına ihbarından maksat, teknik anlamda davanın ihbarı değil; davanın duyurulması, bildirilmesi yahut duruşmaya davet olarak düşünülebilir. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda “duruşmaya davet” olarak adlandırılacak

⁴⁰⁸ Hanağası- Menfaat, s.181-182.

⁴⁰⁹ Postacıoğlu, s.316; Pekcanitez/Meriç, s.73.

⁴¹⁰ Saldırım- Görev, s.69-70; Sabır, s.92.

⁴¹¹ Tanrıver, S.: Türk Aile Mahkemeleri, Ankara 2014, s.71; Pekcanitez/Meriç, s.78.

bir kavram ya da kuruma yer verilmediği için bunun, Cumhuriyet savcısının, katılmak zorunda olduğu bir hukuk davası hakkında haberdar edilmesi anlamına gelecek şekilde sınırlı ve açıkça düzenlenmesi gerektiği kanısındayız⁴¹².

Öte yandan, Cumhuriyet savcısının ihbar üzerine babalık davasına katılması, alelade üçüncü kişinin davaya müdahalesi ile eşdeğer görülemez. Bundan farklı olarak Cumhuriyet savcısı, kamu yararını korumak amacıyla hareket edip kamu düzeninin koruyucusu ve yardımcısı konumunda bulunduğundan, davaya katılmak zorundadır⁴¹³. TMK m.301/3 hükmündeki gibi bir özel düzenlemeyle, Cumhuriyet savcısının açılan hukuk davasına katılma zorunluluğu ne şekilde öngörülmüş olursa olsun, davanın kamu düzenine ilişkin olup olmadığı hususu Cumhuriyet savcısı tarafından takdir edilemez. Çünkü kanun koyucu, Cumhuriyet savcısına bu hususta herhangi bir takdir yetkisi vermemektedir, kendiliğinden bu davaların kamu düzeniyle ilgili olduğunu kabul etmiştir⁴¹⁴. Dolayısıyla Cumhuriyet savcısının, kanundan doğan katılma ödevi sebebiyle yer aldığı babalık davasında, davanın asıl tarafları dosyada mevcut olduğundan ve davaya katılmasını gerektiren hukukî yararın dayanağını oluşturan kamu düzeni olgusu kanun koyucu tarafından belirlendiğinden⁴¹⁵, kanun hükmünün mevcudiyeti karşısında davanın görüldüğü mahkemeye ayrı bir dilekçeyle başvurup kamu yararının ispatına ihtiyaç yoktur. Emek ve zaman kaybına yol açması muhtemel böyle bir işlemin pratikte bir faydasının olduğu da söylenemez⁴¹⁶. Cumhuriyet savcısının davaya katılması gerektiği hâlde, mahkemece davet edilmediği bir davada, Cumhuriyet savcısı resen harekete geçerek

⁴¹² Aynı yönde bkz. **Saldırım-** Görev, s.70.

⁴¹³ **Yılmaz-** Savcı, s.276.

⁴¹⁴ **Bilgin**, s.57.

⁴¹⁵ “Kamu düzeni, kişinin bir grup veya toplum içinde tehdit ve tehlikeden uzak bir biçimde bulunması ve varlığını devam ettirebilmesidir. Tarihsel süreç içinde doğal durumun (tabiat durumunun) sona ermesi ile bunun yerini tedrici olarak örgütlenmiş bir güç almıştır. Bu anlamda asgari seviyede herkesin yararlandığı temel hak ve hürriyetler garanti altına alınmış, refah ve toplumun büyük bir çoğunluğunun ortak çıkarının gözetilmesi ve takip edilmesi zorunluluğu ortaya çıkmıştır.” {Bkz. **Konuralp, H.:** İstinafta Kamu Düzeni Kavramı [Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı-VI, Medenî Usûl Hukukunda Kanun Yolları ve Arabuluculuk Kanun Tasarısı (İzmir/Çeşme, 19-20 Ekim 2007), Ankara 2008, s.133-148], s.138}.

⁴¹⁶ **Bilgin**, s.58.

davaya katılmak için mahkemeye bir dilekçe verebilir ve bu olasılıkta HMK m.67 hükmünün uygulanması düşünülebilir⁴¹⁷.

Üçüncü kişinin müdahalesinden farklı olarak, Cumhuriyet savcısı, yanında davaya katıldığı tarafın hukukî menfaatini korumak maksadıyla değil, tarafların iradesinden bağımsız şekilde, kamu yararının gerekleri doğrultusunda hareket eder. Çünkü Cumhuriyet savcısı, kamu adına davaya müdahale ettiği için, yanında davaya katıldığı tarafın davayı kazanması değil, kamu yararının korunması amacıyla kamu düzeninin temsilcisi olarak davada yer alır⁴¹⁸. Dolayısıyla Cumhuriyet savcısı, şeklî taraf konumunun sağladığı dava takip yetkisinden istifadeyle, davanın asıl taraflarının işlemlerine aykırı mahiyetteki usul işlemlerini yapabilir; onların iznine bağlı olmaksızın iddia ve savunma sebepleri ileri sürebilir. Ayrıca, hükmün verilmesi aşamasında davanın kabulü yönünde görüş beyan etmesine rağmen kanun yoluna başvuru süresi içinde hatalı görüş bildirdiği düşüncesi taşır, nihai karar kendi görüşüne uygun olsa bile kanun yoluna gidebilir. Ancak hiç şüphe yok ki, diğer hukuk davalarında uygulanan feragat, kabul, sulh gibi davayı sonlandıran usul işlemlerini yapabilmesi yahut dava konusu üzerinde tasarruf yetkisine sahip olabilmesi düşünülemez⁴¹⁹. Yine, Cumhuriyet savcısına, davanın karşı tarafıyla eşit olmayan hak ve ayrıcalıklar tanınması, silahların eşitliği ilkesine aykırı birtakım fiilî uygulamalara imkân verilmesi ya da adil yargılanma hakkını zedeleyici nitelikte işlemlere cevaz verilmesi, her ne gerekçeyle olursa olsun, kabul edilemez⁴²⁰.

Ayrıca davada verilen hüküm, asıl taraflarla birlikte Cumhuriyet savcısına da tebliğ edilir. Cumhuriyet savcısı, hükmün kendisine tebliğinden itibaren yasal süresi içinde hükme karşı, taraflardan bağımsız olarak kanun yoluna başvurabilir. Gelgelelim Cumhuriyet savcısının, yer aldığı hukuk davalarında, dava açma, kanun yollarına başvurma, delil sunma gibi “taraf” olmaya bağlanan her türlü yetkiyi kullanabilmesi ve maddî hukuk ilişkisinin tarafı olmadığı hâlde davada adeta taraf gibi hareket edebilmesi,

⁴¹⁷ Bilgin, s.58.

⁴¹⁸ Pekcanitez/Meriç, s.75; Yılmaz- Savcı, s.276.

⁴¹⁹ Saldırım- Görev, s.61; Pekcanitez/Meriç, s.77.

⁴²⁰ Hanağası- Silahların Eşitliği, s.227.

babalık davası bakımından onun, fer'î müdahil veya asli müdahil sıfatıyla değil, kendine özgü şekli tarafın konumuna ve yetkilerine sahip üçüncü bir yargılama süjesi olarak görülmesini mümkün kılar.

Ne var ki, Cumhuriyet savcısının müdahale yoluyla katıldığı babalık davasında adeta üçüncü taraf şeklinde konumlandırılması, davanın iki taraf üzerine kurulu sistematığının bir istisnası ya da bununla çelişen bir durum olarak eleştiriye açıktır. Bu sebeple, Cumhuriyet savcısının diğer hukuk davalarında olduğu gibi, babalık davasındaki konumunun, ne aslî ne de fer'î müdahaleye benzediği; kendine özgü, *sui generis* bir nitelik taşıdığı söylenebilir⁴²¹. Bu noktada Cumhuriyet savcısının, kamuyu temsilen ve kamu yararı adına katıldığı babalık davasında, sadece lehine katıldığı tarafın değil, aynı zamanda yargılamanın hâkimiyle birlikte kamu yararının ve kamu düzeninin teminine yönelik ortak amaç doğrultusunda rol üstlendiği dikkate alındığında, aslında hâkimin yardımcısı gibi bir işleve sahip olduğu da düşünülebilir⁴²².

3. Genel Değerlendirme

Öncelikle, yukarıda değinildiği üzere, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Cumhuriyet savcısının hukuk davalarındaki konumu ve yetkileri hususundaki düzenlemelerin eksikliğinden bahsetmek gerekir. Zira kanunen öngörülen hâllerde Cumhuriyet savcının davada taraf olarak yer alacağına ilişkin düzenlemeden ne anlaşılması gerektiği açık değildir. Özellikle babalık davası bakımından davanın Cumhuriyet savcısına ihbarından sonra savcının davada hangi tarafta yer alacağı hususu dışında, ayrıca (asıl taraflardan bağımsız şekilde) tipik fer'î müdahil gibi değil, şeklen taraf gibi davaya katılmasının hüküm ve sonuçları da Kanun'da belirsiz görünmektedir. Teorik çerçevede mün-

⁴²¹ Pekcanıtez/Meriç, s.77-78.

⁴²² Sabır, s.66. “...Görevlerinden birisi de kamu düzen ve yararını koruyup sağlamak olan devlet, bunu gerçekleştirmek için Cumhuriyet savcılığı teşkilatını kurmuş, böylece mahkemelerde amme namına söz sahibi birinin bulunması uygun bulunmuş, işin önemini de gözeterek Cumhuriyet savcısının hâkim sınıfından olmasını öngörmüştür. İfa eyledikleri vazifenin özelliği bakımından Cumhuriyet savcıları mahkemelerin rüknü olup açtıkları davalarda hâkimin birinci derecede yardımcısı durumundadırlar. Diğer bir ifadeyle şartları zedelenen kamu yararını, bozulan amme intizamını tecavüzlerden masun kılmak ve vecibesi hâkim ve Cumhuriyet savcısının ortak amacıdır. Bu bakımdan Cumhuriyet savcıları bu nevi tecavüzlerin söz konusu olduğu hallerde mahkemelerin kuruluş bünyesine dâhildirler. O halde kural olarak Cumhuriyet savcısı açtığı her davada mahkemede hazır bulunmaya mecburdur.” (Y. 2. HD. 12.11.1971, 5628/6522; Legalbank İçtihat).

hasır dava takip yetkisinin kabulünden hareketle ve zorlama yoluyla birtakım sonuçlara varılabiliyor olsa da, “kanunen görevinden ötürü taraf” olarak babalık davasına katılan Cumhuriyet savcısının bu konumundan doğan yetkilerinin ve sorumluluğunun sınırı açıkça öngörülme zorundadır. Yine, davanın hangi aşamada Cumhuriyet savcısına ihbar edilmesi gerektiği hususunda da açıklık yoktur. Halbuki davada taraf olarak konumlanacağı belirtilen Cumhuriyet savcısının dava açıldıktan sonra her zaman davaya katılabilmesi mümkün iken, davaya katılmadan önceki işlemlere itiraz hakkının olup olmadığı ise muğlaktır. Kanımızca, Cumhuriyet savcısının derdest babalık davasına katılması, tahkikat bitinceye kadar her zaman mümkündür. Fakat Cumhuriyet savcısı, yargılamada hazır bulunmadan yokluğunda yapılan usul işlemlerine itiraz ettiği takdirde, HMK m.68/1 hükmünden farklı olarak, bu işlemlerin tekrarlanması gerekebileceği için, usul ekonomisi ilkesi uyarınca dava açıldıktan sonra, mümkünse derhal ya da en geç ön inceleme duruşmasına kadar davanın Cumhuriyet savcısına ihbarı ve ön inceleme duruşmasından itibaren Cumhuriyet savcısının davaya katılması sağlanmalıdır⁴²³. Buna rağmen, kanunen davaya katılması zorunlu olan Cumhuriyet savcısının davadan geç haberdar edilmesi sonucunda taraf teşkili tamamlanmadan yapılan usul işlemleri daha sonra tekrar edilmez veya Cumhuriyet savcısı katılmadan hüküm açıklanır ise bu durum, HMK m.70/1 ve m.27 ile TMK m.301/3 hükümlerine aykırılıktan dolayı istinaf ve temyiz sebebi oluşturur⁴²⁴ (HMK m.353; m.371).

Sonuç itibariyle, Cumhuriyet savcısının davaya katılması, ne fer’î müdahalenin ne de aslî müdahalenin tipik özelliklerini taşıdığından, hukuk muhakemesinde geçerli iki taraf üzerine kurulu dava sistemiyle bağdaşmayan bu durumun pozitif hukukta dayanağı olmayan “sui generis müdahale” yahut “görevinden ötürü taraf” görüşüyle açıklanması da sorunu çözmez. Bu sebeple, genel olarak Cumhuriyet savcının hukuk davalarındaki nev’i şahsına münhasır konumunun, usul hukukuna ilişkin yetki ve sorumlu-

⁴²³ Aynı yönde bkz. **Bilgin**, s.56.

⁴²⁴ **Bilgin**, s.56-57. “Babalık davası, Cumhuriyet savcısına ve Hazineye; dava ana tarafından açılmışsa kayyım; kayyım tarafından açılmışsa anaya ihbar edilir. Mahkemece davanın Cumhuriyet savcısı ve Hazineye ihbarı sağlanmadan yargılamanın sonuçlandırılması ... doğru görülmemiştir.” (Y. 18. HD. 19.04.2016, 3050/6208; aynı yönde bkz. Y. 18. HD. 22.12.2015, 13054/18981; Y. 18. HD. 30.03.2015, 4264/4624; Y. 18. HD. 24.11.2014, 17188/16777; Kazancı İçtihat).

luklarının açıkça düzenlendiği yasal hükümlere ihtiyaç vardır⁴²⁵. Ayrıca diğer soybağı davalarından farklı olarak kanun koyucunun, babalık davasının bizzat Cumhuriyet savcısı tarafından açılmasına izin vermemesine rağmen, derdest bir babalık davasına müdahale yoluyla katılması için davanın Cumhuriyet savcısına resen ihbarını zorunlu tutması bariz bir çelişki olarak görülebilir. Kanun hükmünün gerekçe metninde, kanun koyucunun sergilediği bu yaklaşımın sebebine ilişkin açıklayıcı herhangi bir ifadeye rastlanmadığı gibi, Cumhuriyet savcısının doğrudan dava açabilme yetkisi bakımından babalık davasının soybağına ilişkin diğer davalardan ayrılmasını gerektiren herhangi bir gerekçeden de söz edilemez. Halbuki, diğer soybağı davalarında olduğu gibi babalık davasında da geçerli olan soybağına ilişkin ilke ve kurallar kamu düzeninden kaynaklandığı için, babalık davasının da doğrudan Cumhuriyet savcısı tarafından açılmasına usulen imkân sağlayan yasal bir değişikliğin Türk Medenî Kanunu'nda yapılması gerektiği düşüncesindeyiz⁴²⁶.

B. Davaya Müdahale

I. Genel Olarak

Davanın ihbarı, taraflardan birinin, görülmekte olan bir davada kendisini desteklemesi amacıyla dava dışı bir üçüncü kişiye davayı bildirmesi, onu davadan haberdar etmesi işlemidir⁴²⁷. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 61 ila 64. maddelerinde düzenlenen davanın ihbarı kurumu, davanın taraflarından birinin, davayı kaybetmesi hâlinde üçüncü kişiye karşı ileri sürebileceği bir rücu hakkının bulunduğu inanması sebebiyle, ileride doğması muhtemel rücu hakkının korunmasına veya daha sonra kendisi aleyhine yöneltebilecek tazminat taleplerine karşı itirazlarının saklı tutulmasına hizmet eder⁴²⁸. Zira, usulüne uygun şekilde davanın ihbarı üzerine, ihbar eden taraf ile dava kendisine ihbar olunan üçüncü kişi arasında, ihbar eden tarafın yer aldığı davada verilecek hükmün olumsuz sonuçlarından, ihbar olunan üçüncü kişinin de hukuken etkilenmesine yol

⁴²⁵ **Saldırım-** Görev, s.192-193.

⁴²⁶ Aynı yönde bkz. **Saldırım-** Görev, s.125; **Sabır**, s.163.

⁴²⁷ **Atalı, M.:** Medenî Usûl Hukukunda Davanın İhbarı, Ankara 2007, s.41; **Atalı, M.:** Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, 15. B., İstanbul 2017, s.737-738; **Tanrıver-** Usul, C.I, s.612; **Karşlı-** Muhakeme, s.365; **Kuru-** Medeni Usul, s.517; **Bilge/Önen**, s.271; **Üstündağ**, s.383-384.

⁴²⁸ **Atalı-** İhbar, s.42-43; **Üstündağ**, s.384; **Yılmaz-** Şerh, C.1, s.1330.

açan “ihbar etkisi” ortaya çıkar. Bir başka ifadeyle, ihbar eden taraf ile dava kendisine ihbar edilen üçüncü kişi arasında ileride ortaya çıkacak bir davada, ilk davada verilen hükmün sirayeti üzerine üçüncü kişi, söz konusu hükmün içeriğinde yer alan tespitlere karşı artık kendisinin taraf olduğu ikinci davada itirazda bulunabilme imkânından mahrum kalır⁴²⁹. Davanın ihbarı, ihbarda bulunan tarafın, ileride doğması muhtemel ihbar etkisinden yararlanmak istemesinin dışında, ayrıca ihbar olunan dava dışı üçüncü kişinin hukukî desteği ve yardımıyla birlikte, davanın esası bakımından önem taşıyan ve ihbar olunan üçüncü kişinin elinde bulunan bilgi ve belgelerin mevcut davaya dahil edilmek suretiyle davayı kazanma arzusundan kaynaklanır⁴³⁰.

II. Babalık Davasında İhbarın ve Fer’î Müdahalenin Arz Ettiği Özellikler

Öncelikle, davanın ihbarı tarafların talebi üzerine gerçekleştirilen bir usul işlemi olduğu hâlde mahkemenin, davayı resen ihbar yoluyla, hükümden etkilenmesi muhtemel üçüncü kişileri yargılamadan haberdar edip yargılamaya çağırması hususunda hukukumuzda genel bir düzenlemenin bulunmadığına işaret etmek gerekir. Böyle bir genel düzenlemenin yokluğuna rağmen, istisnai birtakım hâllere özgü nitelikte olsa da, mahkemece üçüncü kişilerin resen bildirim yoluyla yargılamaya davet edilmesini öngören birtakım özel düzenlemelere rastlamak mümkündür. Örneğin Türk Medeni Kanunu’nun 301. maddesine göre babalık davasının Cumhuriyet savcısına ve Hazine’ye, dava ana tarafından açılmışsa kayyıma, kayyım tarafından açılmışsa anaya ihbar edileceği özel olarak düzenlenmiş olup bu düzenlemeyle, mahkemenin davayı resen ihbarı kurumunun hukukumuzdaki somut bir örneğine yer verildiği söylenebilir.

Babalık davası çerçevesinde ihbar kurumunun, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’ndaki ihbara ilişkin düzenlemelerden farklılık arz eden birtakım hususları içerdiği belirtilmelidir. Öncelikle, babalık davasında ihbarı düzenleyen TMK m.303/3 hükmünün lafzından anlaşıldığı kadarıyla davanın ihbarı, mahkemece resen yapılması öngörülen bir usul işlemi olsa bile, davanın ihbarı için gereken işlemi davacının dahi bizatihi yapabilmesine izin verilmesi gerekir. Ayrıca babalık davasının ihbarı üzerine, kendisine

⁴²⁹ Üstündağ, s.384; Karşı- Muhakeme, s.308.

⁴³⁰ Atalı- İhbar, s.43.

ihbarda bulunulan ana yahut kayyımın yanı sıra Cumhuriyet savcısı ve Hazine yönünden ihbar etkisinin anlam ve işlevini yitirdiğine de işaret edilmelidir. Zira resen araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda ihbar etkisinden söz edilemez.

Türk Medeni Kanunu'nun 337. maddesi uyarınca evlilik dışı ilişkiden doğan çocuğun velayeti anaya ait olsa da, kanun koyucu, babalık davasında ananın her zaman çocuğun yararına davranmayacağı ilkesinden hareketle, küçük çocuk için hemen kayyım tâyin edilmesini (TMK m.426/1) ve davanın Cumhuriyet Savcısına, Hazine'ye; dava, ana tarafından açılmışsa kayyıma; kayyım tarafından açılmışsa anaya ihbarını (TMK m.301/3) öngörerek çocuğun yararının korunmasını amaçlar⁴³¹. Bu itibarla, ana tarafından açılmış olan babalık davasının kayyıma ihbar edilebilmesi için, dava açıldıktan sonra, davanın açıldığı aile mahkemesince vesayet makamı olan sulh hukuk mahkemesine bildirimde bulunularak evlilik dışı çocuğa resen bir kayyım atanması ve çocuğun, yasal temsilcisinden bağımsız şekilde kayyım marifetiyle davaya katılması sağlanmalıdır⁴³². Çocuğun anası tarafından açılan babalık davasına fer'î müdahil olarak katılan kayyımın işlevi, çocuğun ana ve babası ile olan karşılıklı menfaatlerinin çatışması hâlinde çocuğun çıkarlarını onlara karşı korumaktır. Genel kuralın aksine, babalık davası kendisine ihbar edilen ve bunun üzerine davaya katılan kayyım, yanında katıldığı tarafın yardımcısı olmaktan ziyade, sanki ayrı bir tarafmış gibi çocuk adına yargılamada bulunur. Bu itibarla kayyım, davada çocuğun hak ve menfaatlerini en üst düzeyde koruma ödevi çerçevesinde fer'î müdahil sıfatıyla çocuğun adına her türlü işlem ve talepte bulunma yetkisine sahip olur. Ancak her ne gerekçeyle olursa olsun, çocuk adına fer'î müdahil sıfatıyla babalık davasına katılan kayyım, aslen çocuğa yardımcı olmak ve çocuğun soybağı üzerindeki belirsizliğin giderilmesini sağlamak amacıyla ona ait usulî yetkilerden daha fazlasını kullanamaz ve onun hukuki menfaatleriyle örtüşmeyen işlemleri gerçekleştiremez. Dolayısıyla, dava kendisine ihbar edilen kayyımın fer'î müdahil sıfatıyla davaya müdahalesi zorunlu hâle getirilerek, kayyımın sorumluluğuna yer verildiği görülür. Yine de, kayyımın yetki ve sorumluluğun çerçevesini fer'î müdahale ile

⁴³¹ “...Yukarıda açıklanan kural çerçevesinde tüm ilgililere dava ihbar (HUMK. Md. 49) edilmeden, katılmasına imkân hazırlanmadan, gösterdiği takdirde delilleri de toplanmadan eksik tahkikatla hüküm verilmesi doğru değildir.” (Y. 2. HD. 30.04.2002, 167/5676; Legalbank İçtihat).

⁴³² **Gümüş**, s.157.

sınırlı tutmak ve fer'î müdahil ile asıl taraf arasındaki usulî dengenin her hâlükârda korunmasını gözetmek gerektiği tartışmasızdır⁴³³.

Burada yeri gelmişken, resen araştırma ilkesine tâbi davalarda ihbar ve müdahale etkisinin söz konusu olamayacağını belirtmek gerekir. Zira hâkim, ilk davada tarafların yanı sıra fer'î müdahilin iddia ve savunma vasıtalarıyla bağlı olmayıp, hiç ileri sürülmeyen dava malzemesini de resen araştırıp toplamak ve yargılamaya dahil etmek zorunda olduğu için, fer'î müdahil sıfatıyla taraflardan birisinin yanında davaya katılan kişi bakımından ikinci davada müdahale etkisine işlerlik kazandırılmasına gerek kalmayacağı söylenebilir. Davaya fer'î müdahale, esasen taraflarca getirilme ilkesine tâbi davalar bakımından anlam ve öneme sahip olup, dava konusunun aydınlatılması ve gerçekle örtüşen doğru bir karar verilmesi açısından mutlak değil, nispî nitelikte bir amaca hizmet eder. Bu itibarla resen araştırma ilkesi, ihbar ve fer'î müdahale etkisini ortadan kaldırır. Aslında babalık davası özelinde, davanın anaya veya çocuğu temsilen kayyım ihbarı ve akabinde fer'î müdahaleye yer verilmiş olması, hâkimin resen araştırma ilkesi çerçevesinde yürüteceği yargılamada fer'î müdahilin kendisine ve taraflara yardımcı olarak maddî gerçeğe ulaşılmasına katkı sağlamasının önünü açmak olduğu hâlde, fer'î müdahale, taraflarca getirilme ilkesiyle birlikte gerçek işlevini ortaya koyan bir usul hukuku kurumudur. Dolayısıyla, fer'î müdahalenin taraflarca getirilme ilkesiyle birlikte düşünüldüğünde bir anlam kazanan ihbar ve müdahale etkisi, babalık davası bakımından devre dışı kalır.

Öte yandan, babalık davasının Cumhuriyet savcısına resen ihbar edilmesinin gerekçesi, davanın kamu düzenine ilişkin olması, toplumda yerleşik aile yapısının korunması ve evlilik dışı çocuğun soybağı üzerinden gerçekleşmesi muhtemel suiistimallerin engellenmesi düşüncesidir⁴³⁴. Cumhuriyet savcısının konumu başlığı altında aşağıda ayrıntılı değinileceği üzere, Hazine'den farklı olarak, Cumhuriyet savcısının, ihbar üzerine davaya müdahale yoluyla katılması zorunludur⁴³⁵. Esasen Cumhuriyet savcısının

⁴³³ **Hanağası-** Silahların Eşitliği, s.233-234.

⁴³⁴ **Demirbaş, F.:** Baba İle Çocuk Arasındaki Soybağına İlişkin Davalarda Davacı Olabilecek Kişiler (AHBVÜHFD, C.XXII, S.2018/3, s.3-36), s.29-30.

⁴³⁵ “Babalık davalarının Hazine ve Cumhuriyet Savcılığına ihbarı zorunludur. (TMK 301/3) Yasanın kendilerine ihbarı zorunlu gördüğü Cumhuriyet Savcısı ve Hazineye bu ihbar yapılmadan verilen

kanun gereği bizzat ve doğrudan babalık davası açmaya yetkisi bulunmadığı için, davanın Cumhuriyet savcısına ihbarıyla güdülen maksat, teknik anlamda davaya müdahale seçeneğinin işletilmesinden ziyade, Cumhuriyet savcısının kamu düzeninin temsilcisi rolüyle resen araştırma ilkesine tâbi bu davada her hâlükârda yer almasını teminen haberdar edilmesini sağlamaktır⁴³⁶.

Davanın Hazine'ye ihbar edilmesinin sebebi ise, babalık davasından etkilenen ve özellikle son yasal mirasçı sıfatını taşıyan Hazine'nin bu mirasçılığında kaynaklanan çıkarlarının, yani kaybolması muhtemel miras hakkının korunması gereğidir. Ancak biyolojik baba olduğu iddia edilen davalının başka herhangi bir yasal mirasçısı bulunursa, babalık davası reddedildiği takdirde Hazine'nin mirasçılığı gündeme gelmeyeceğinden, ihbar üzerine Hazine'nin davaya müdahale yoluyla katılma zorunluluğu olmadığı söylenebilir⁴³⁷. Öte yandan davanın Hazine'ye ihbar edilmiş olması, ona tek başına fer'î müdahil sıfatını kazandırmaya yetmez. Davanın ihbarı üzerine Hazine'nin, usulüne uygun olarak dilekçeyle mahkemeye başvurup davaya müdahale talebinde bulunması ve bu talebin mahkemece kabulü gerekir. Ancak Hazine'nin, babalık davasının kendisine ihbarı üzerine davaya taraf sıfatıyla katılacağını savunan Yargıtay⁴³⁸, bir kararında, hükmün Hazine tarafından tek başına kanun yoluna götürülebileceğini kabul etmekte-

hükmü temyiz etmekte Cumhuriyet Savcısının sırf bu nedenle hukuki yararın var olduğunun kabul edilmesi gerekir. Bu itibarla Cumhuriyet Savcısının temyizi yerinde görülmüştür.” (Y. 2. HD. 15.03.2012, E.2010/19492, K.2012/5842; Legalbank İçtihat).

⁴³⁶ **Atalı-** Pekcanitez Usûl, s.748.

⁴³⁷ “Hazine ihbar üzerine (T.M.K. md. 301) Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 54. maddesinde gösterildiği biçimde dilekçe ile müdahale isteğinde bulunmamış, davaya usulüne uygun katılmamıştır. Temyiz eden Hazine davada taraf durumuna gelmediğine göre babalık davası sonunda oluşan hükmü temyizinde hukuki yararı bulunmamaktadır.” (Y. 2. HD. 14.07.2003, 9100/10775; Legalbank İçtihat).

⁴³⁸ “...Babalık davası yönünden ise, Türk Medeni Kanunu'nun 301/son maddesi uyarınca davanın Hazineye ihbarı gerekir ise de ihbar tek başına Hazineye taraf sıfatını kazandırmaz. Hazine'nin ihbar üzerine davaya usulüne uygun olarak müdahale talebinde bulunması gerekir. Somut olayda, mahkemece babalığın tespiti davası yönünden her ne kadar Hazineye dava ihbar edilmiş ise de Hazine tarafından usulüne uygun olarak davaya müdahale talebinde bulunulmadığı anlaşılmıştır. Yukarıda açıklanan nedenlerle, davada taraf sıfatı bulunmayan Hazine vekilinin temyiz isteminin reddine...” (Y. 18 HD. 08.04.2014, 4829/6537; Legalbank İçtihat).

dir⁴³⁹. Yargıtay'ın bu kararlarındaki hatalı yaklaşımı göz önüne alındığında babalık davasına özel olarak Hazine'ye mahsus bir taraf sıfatı tanımlandığı anlaşılmakla birlikte, Cumhuriyet savcısının hukuk davalarındaki istisnai konumunun kıyas yoluyla Hazine'ye teşmil edilmesi ve Hazine'nin ihbar üzerine babalık davasında "taraf sıfatıyla" yer alması mümkün görülemez⁴⁴⁰. Zira kanun koyucu, ihbar kurumunun işlevini ve sonuçlarını açıkça düzenlemiş olup, babalık davası gibi kamu düzenini ilgilendiren davalar söz konusu olsa bile, davaya müdahaleye ilişkin HMK hükümlerinin farklı yorumlanıp uygulanmasını gerektiren elverişli sebeplerden bahsedilemeyeceği için, dava kendisine ihbar edilen üçüncü kişilere davada taraf sıfatı kazandırılmak istenilen hâllerde bunun mutlaka açık yasal düzenlemelerle öngörülmesi gerektiği vurgulanmalıdır⁴⁴¹.

Genel olarak davanın ihbarı, her şeyden önce bir bildirim, bilgi açıklaması, tek taraflı ve varması gerekli bir irade beyanı içeren taraf usul işlemi olarak değerlendirilmeli; bir husumetin tevcihi, bir davanın teşmili yahut davada taraf teşkili bakımından usulî bir araç olarak nitelendirilmemelidir. Öyle ki, resen araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda dahi, ihbar yoluyla taraf teşkilinin yahut husumetin teşmilinin mümkün olmadığını belirtmek gerekir⁴⁴². Babalık davasında davanın ihbarı ile güdülen amaç, taraf teşkili yahut husumetin teşmili olmayıp, yargılamanın gerçeğe ulaşma hedefi doğrultusunda evlilik dışı çocuğun yasal soybağının doğal gerçeklik temelinde kurulabilmesine katkı sağlanmasıdır. Bu itibarla, davanın ihbarı üzerine üçüncü kişilerin asıl taraf yanında davaya fer'î müdahil sıfatıyla katılmaktan başka usulî seçeneği yoktur. Bu bağlamda, babalık davasında ihbarın hem zorunlu olması ve resen yapılması hem ihbar edilecek kişiler arasında kayyım, Cumhuriyet savcısı ve Hazine'nin yer alması hem de davanın kamu düzenine ilişkin olma özelliği sebebiyle, dava kendisine ihbar edilen kişilerin ihbarda bulunan tarafın yerine geçip onu temsilen davayı takip etmesi mümkün de-

⁴³⁹ "...Hazinenin; babalığa ilişkin hükmü temyiz etmekte, Türk Medeni Kanunu'nun 301/3. maddesinde yer alan düzenleme gereğince "dava kendisine ihbar" edileceklerden olması sebebiyle hukuki yararının bulunduğu kabul edilmiştir." (Y. 2. HD. 21.7.2008, 11205/10966; Legalbank İçtihat).

⁴⁴⁰ **Büyük, E. I.:** Medeni Usul Hukukunda İnşai Dava ve İnşai Hüküm, İstanbul 2021, s.277; **Atalı-Pekcanitez Usûl**, s.743, 745. Yargıtay'ın yaşadığı kavram kargaşasına bir başka örnek için bkz. "Temyiz eden Hazine davaya müdahil olmamıştır. Taraf sıfatı bulunmadığından temyiz dilekçesinin reddi gerekmiştir." (Y. 2. HD. 18.05.2006, 1521/7810; Kazancı İçtihat).

⁴⁴¹ **Büyük**, s.277.

⁴⁴² **Atalı-** İhbar, s.44, 46; **Atalı- Pekcanitez Usûl**, s.745.

ğildir. Yalnızca kayyım tarafından açılan davanın anaya ihbarı üzerine, ananın ihbara kayıtsız kalması, mahkemeye hiç gelmemesi ya da gelip de herhangi bir müdahale isteğinde bulunmaması ihtimali ortaya çıkabilir. Bu durumda, dava kendisine ihbar edilen ve fakat duruşmaya gelmeyen ya da gelmesine rağmen davaya müdahale talebinde bulunmayan ana, daha sonra tarafların yanında duruşmaya kabul edilemez; dilekçe veremez; delil gösteremez; hülasa hiçbir usul işlemini gerçekleştiremez. Çünkü bu ihtimalde davaya müdahale etmeyen ve dolayısıyla hiçbir sıfatı bulunmayan ananın salt “ihbar edilen” sıfatı, ona duruşmada hazır bulunma yahut davaya ilişkin usul işlemleri yapma yetkisi vermez⁴⁴³.

Kural olarak taraflardan birinin talebi olmadığı sürece mahkeme, davayı üçüncü kişilere resen ihbar edemez. Ancak bu kuralın istisnalarından biri de babalık davasında ortaya çıkar. Babalık davası esas itibarıyla davaya bakan mahkemece resen ihbar edilir. Bunun yanı sıra, davanın anaya ya da kayyıma ihbarı, mahkeme usul işlemi haricinde, davacı tarafça mahkeme dışında, örneğin noter kanalıyla veya taahhütlü mektupla dahi gerçekleştirilebilir.

Ayrıca dava şartları tamamlanıp usulî eksiklikler giderilerek davanın esasının incelenmesine geçilmeden, babalık davasının Kanun’da sayılan ilgililere hemen ihbar edilmesi elzem değildir. Davayı ihbar yükümlülüğü, davanın esasının incelenmesi aşamasına geçilmesine bir engel kalmadığında devreye girer. Bu sebeple, henüz tahkikata geçilmeden önceki usul kesitinde (örn. dilekçeler aşamasında) hemen davanın ilgililere ihbarına yönelik ara kararı verilmemelidir. Usul ekonomisi ilkesi gereğince hâkim, öncelikle dava şartlarını incelemeli; ön inceleme duruşmasında usule ilişkin herhangi bir eksiklik kalmadığını belirlediği takdirde, davayı ihbar etmelidir. Yine, babalık davasının süresi içinde açılmamış olması hâlinde, en geç ön inceleme aşaması sona erinceye kadar, davanın süre yönünden reddine karar verilmesi gerekeceğinden, bu durumda, davanın ihbarına ve çocuğa kayyım atanmasına gerek olmadığı söylenebilir⁴⁴⁴.

⁴⁴³ **Kuru, B.:** Hukuk Muhakemeleri Usulü, C.IV, 6. B., İstanbul 2001, s.3537.

⁴⁴⁴ “...Davada duraksamaya neden olan husus; kendilerine dava ihbar edilecek kimselerin; davacı için öngörülen hak düşürücü sürenin geçmesine karşın, taraf teşkili amaçlı olarak kendilerine ihbar yapılması, bu bağlamda çocuğa kayyım tayin edilerek ona ihbar yapılması gerekip gerekmediği nokta-

Babalık davasının ihbar edileceği kişilere yönelik, Türk hukukundan farklı olarak, İsviçre hukukuna göre, babalık davası açıldıktan sonra davalı biyolojik baba ölürse mahkeme, menfaatlerini koruması için, davalının hâlihazırdaki karısına davayı ihbar eder (ZGB Art.261, Abs.3) ve bunun sonucunda ölen davalının karısı, babalık davasına fer'î müdahale yoluyla katılma hakkına sahip olur⁴⁴⁵. Hâlihazırda evli olan davalının ölmesi hâlinde, miras hukuku kapsamında hak ve menfaatlerinin etkilenme ihtimali sebebiyle ölen davalının karısına resen ihbar ve davaya fer'î müdahil sıfatıyla katılma imkânının İsviçre hukukunda açık kanun hükmüyle tanınmasının sebebi, biyolojik babanın ölmesinden sonra babalık davasının bütün mirasçılara karşı değil, yalnızca ölenin altsoyu, üstsoyu ve kardeşlerine karşı devam edilebilmesi, ölenin karısına bu kişiler arasında yer verilmemiş olmasıdır. Türk hukukunda ise, davalının ölmesi hâlinde babalık davasına bütün mirasçılara karşı devam edilebileceği için, davalının karısına ayrıca yer verilmemiştir⁴⁴⁶.

Meseleye Alman hukuku cephesinde yaklaşılabilecek olursa, Alman hukukunda aile hukukuna ilişkin davalarda, mahkemenin üçüncü kişiyi davet prosedürü şeklinde, davaya katılacak üçüncü kişilerle ilgili genel bir düzenlemeye yer verildiği görülür. Aile Davalarında ve Çekişmesiz Yargı İşlerinde Yargılama Usulü Hakkında Kanun'un § 7 hükmüne göre, yargılamadan dolayı hakları doğrudan etkilenen kişiler ile, yürürlükteki kanunlar gereğince kendiliğinden ya da talep üzerine davaya katılan kişiler müdahil olarak nitelendirilir (FamFG § 7, 2). Yine, yürürlükteki kanunların öngördüğü diğer hâllerde mahkeme, resen veya talep üzerine başka kişilerin de müdahil sıfatıyla yargılamaya katılımını sağlayabilir (FamFG § 7, 3). Anılan Kanun'un devamındaki paragraflarda, resen ihbar ile ilgili tamamlayıcı hükümlere de yer verilmiş olup, bu bağlamda soybağına ilişkin davalarda kimlerin davaya katılabileceğini düzenleyen FamFG § 172

sında toplanmaktadır. ...Buradaki ihbar yükümlülüğü davanın esasının incelenmesi aşamasında devreye girecektir. ...Öyleyse dava koşulu yokluğu hak düşürücü sürenin geçirilmesi gibi; yine davayı kabulün sonuçsuz olduğu hemen karar verilebilecek durumlarda; davanın yasada gösterilen kimselere ihbarı ile çocuğa kayyım tayin ettirilmesine gerek bulunmamaktadır.” (Muhalefet şerhinden- Y. 2. HD. 07.06.2010, E.2009/9282, K.2010/11024; Legalbank İçtihat).

⁴⁴⁵ **Hegnauer-** Kindesrecht, § 9, 9.15, s.69.

⁴⁴⁶ **Baygın-** Soybağı, s.79.

hükmüne göre soybağı davalarına müdahil olarak katılabilecek kişiler ana, çocuk ve baba şeklinde öngörülür (FamFG § 172, 1).

III. Hukuk Muhakemesinde Davanın Resen İhbarı İle İlgili Değerlendirmeler

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 61. vd. maddelerinde düzenlenen davanın ihbarı, ancak taraflardan birisinin talebiyle gerçekleşen geniş anlamda bir usul işlemi niteliğinde olup, davaya bakan mahkemenin ise, tarafların herhangi bir talebi olmaksızın, davayı resen ihbarı kural olarak mümkün değildir. Medeni usul hukukumuzda davanın ihbarının talebe bağlı olması esası, ancak özel kanun hükümleriyle açıkça öngörülen hâllere münhasır olarak terk edilebilir. Bununla birlikte, kanun koyucunun özel olarak düzenlediği istisnai hâllerde mahkeme, talep olmasa dahi resen davanın ihbarına karar verebilir. Örneğin, hâkimin hukukî sorumluluğu çerçevesinde, yargısal faaliyetten dolayı devlet aleyhine açılan tazminat davalarında davaya bakan mahkemenin, ilgili hâkime davayı resen ihbar edeceği açıkça düzenlenir (HMK m.48/2). Yine, yukarıda ayrıntılı olarak değinilen babalık davasında ihbar işlemi, mahkemece resen yerine getirilir (TMK m.301/3). Bu gibi istisnai hâller dışında davanın ihbarı işleminin mahkemece resen yerine getirilmesi kanunen mümkün değildir.

Öncelikle davanın mahkemece resen ihbarı ile ilgili olarak 2006 tarihli Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nın 70. maddesinde yer alan ve daha sonra Tasarı metninden çıkarılan düzenlemeye değinmek gerekir. Anılan Tasarı hükmüne göre “*Üçüncü kişinin hakkının korunması için yargılamada yer alması gereken durumlarda, mahkeme, konusunu ve taraflarını belirterek davayı üçüncü kişiye ihbar eder; ihbarın gerektirdiği masrafin yatırılan avanstan karşılanmasına karar verir.*” Anılan Tasarı metnindeki hükümle beraber, daha önce hukukumuzda yer almayan resen ihbar kurumu düzenlenmiş ve mahkemenin davayı resen ihbarı üzerine üçüncü kişinin, kendi hakkını korumak için hangi imkânı kullanması gerekiyorsa o şekilde yargılamada yer alabileceği; bu kapsamda taraflardan birinin yanında davaya katılabileceği yahut çekişmesiz yargı işinde ilgili sıfatıyla yer alabileceği ya da sadece duruşmada beyanına başvurulabileceği husu-

suna yer verilmiştir⁴⁴⁷. Anılan Tasarı hükmüyle ilgili olarak doktrinde dile getirilen bir görüşe göre⁴⁴⁸, kapsam ve kanun tekniği açısından birtakım eksiklikler içerse de, amaçsal olarak hukukumuzdaki önemli bir eksikliği gidermeye yönelik isabetli bir tercihi ortaya koyan bu düzenlemeyle mahkemelerin, üçüncü kişilere davayı ihbar etmesi yasal dayanağa bağlanarak ihbar üzerine üçüncü kişilerin yargılamaya ne statü altında dâhil olacakları da açıklığa kavuşacaktır.

Bizim de katıldığımız bu görüşe⁴⁴⁹ paralel olarak, diğer kanunlarda üçüncü kişilerin yargılamaya katılmasının öngörüldüğü hâllerin dışında, kamu düzenini ilgilendiren ya da birden çok kişinin hukukî durumunu etkileyen belli inşâî davalarda mahkemenin, hükümden etkilenmesi muhtemel üçüncü kişilere yargılamayı bildirmesiyle ilgili açık yasal düzenlemeler yapılmak suretiyle bu kişilerin, mahkeme kanalıyla yargılamaya dahil olmaları sağlanmalıdır. Keza hukukumuzda ihbar üzerine davaya katılma işlemi, ancak fer'î müdahale hükümleri çerçevesinde mümkün olduğuna göre, fer'î müdahale kurumunun yeterince işlev görmediği kimi durumlarla karşılaşıldığında, davanın ihba-

⁴⁴⁷ “Bu madde hukukumuz bakımından yeni bir hükmü içermektedir ve taraf ihbarı yanında mahkemenin davayı re’sen ihbarını düzenlemektedir. Benzer hükümlere diğer ülke kanunlarında da rastlanmaktadır. Özellikle Türk Medenî Kanunuyla birlikte, değişik hükümlerde, bir yargılamanın veya davanın, yargılamada yer almayan bazı kişilerin de dahil edilmesiyle yürütülebileceği belirtilmiş, ancak bunun nasıl gerçekleşeceği düzenlenmemiştir. Başta aile hukuku ilişkileri olmak üzere, özellikle statü davalarında yargılamada taraf olarak yer almayan ya da gösterilmeyen kişiler doğrudan karardan etkilenebilmektedirler. Bunların yer almadığı bir yargılamanın sonucunun onların hakkını etkilemesi, hukukî dinlenilme, dolayısıyla adil yargılanma haklarını da ihlâl eder niteliktedir. Daha önce böyle bir hükmün bulunmaması sebebiyle, ortaya çıkacak sakıncalara engel olmak için, Yargıtay bazı kararlarında, dava dışı kalan üçüncü kişiye karşı da ayrı bir dava açılması yönünde süre verilmesi ve bu dava ile mevcut davanın birleştirilmesi şeklinde bir çözüm üretmeye çalışmaktaydı... Mahkemece ihbarın sonuçları, genel anlamda ihbarın sonuçlarıyla benzerlik gösterse de, maddede “...üçüncü bir kişinin hakkını korumak için yargılamada yer alması gereken durumlarda...” ibaresi bilinçli olarak tercih edilmiştir. Çünkü, mahkemece kendiliğinden ihbara, hukukî dinlenilme hakkının üçüncü kişiye tanınması zorunlu olan durumlarda ya da çekişmesiz yargı işlerinde başvurulması gerekir. Mahkemenin kendiliğinden ihbarı üzerine, üçüncü kişi kendi hakkı hangi imkânı kullanmasını gerekli kılıyorsa o şekilde yargılamada yer alabilir. Bu, bir tarafın yanında katılma olabileceği gibi, çekişmesiz yargı işinde ilgili sıfatıyla yer alması ya da sadece yargılamada dinlenmesi şeklinde de olabilir...” (Madde gerekçesinden alıntı için bkz. **Büyük**, s.285, dn.983). Ayrıca bkz. **Pekcanitez, H.:** Hukuk Muhakemeleri Kanun Tasarısının Tanıtımı [Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı-V, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Değerlendirmesi (Ankara, 8-9 Eylül 2006), Ankara 2007, s.3-31], s.20 ve aynı kaynakta resen ihbar ile ilgili tartışmalar için bkz. s.153 vd.

⁴⁴⁸ **Büyük**, s.285-286.

⁴⁴⁹ **Büyük**, s.286. Aynı yönde bkz. **Özekes, M.:** Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı, Ankara 2003, s.266-268.

rından beklenen yarar elde edilememektedir. Fer'î müdahilin, yanında davaya katıldığı tarafın rızası hilafına işlem yapamaması, taraflardan bağımsız olarak hükmü kanun yoluna götürememesi gibi kısıtlayıcı ve üçüncü kişinin davadaki konumunu pasifleştirici hükümlerden dolayı, klasik anlamdaki fer'î müdahaleden farklı olarak, her davada yeterli hukukî himayeyi ve hukukî dinlenilme hakkını sağlamak amacıyla, resen ihbar üzerine davaya katılan üçüncü kişiler bakımından “*dava arkadaşlığı biçiminde fer'î müdahale*” hükümlerine işlerlik kazandırılması fikri doktrinde savunulmaktadır⁴⁵⁰. Yani dava kendisine mahkemece resen ihbar edilen kişilerin dava arkadaşı biçimindeki usul hukuku ilişkisi içerisinde davaya fer'î müdahil sıfatıyla katılmaları öngörülerek davada asıl taraftan bağımsız her türlü iddiada bulunabilmeleri ve hükmü tek başına kanun yoluna götürebilmelerini sağlayan, ihbar olunan üçüncü kişilerin usulî yetkilerini artıran ve hukukî dinlenilme hakkını tam anlamıyla yerine getiren bir düzenlemenin ihdası gerektiği düşünülmektedir⁴⁵¹. Örneğin Alman hukukuna göre, asıl davada verilen karar fer'î müdahilin karşı tarafla arasındaki hukukî ilişki üzerinde Medenî Kanun hükümleri uyarınca kesin hüküm etkisi doğurduğu takdirde fer'î müdahil, yanında davaya katıldığı tarafın dava arkadaşı olarak davada yer alabilir (dZPO § 69). Alman hukukunda, davanın karşı tarafıyla aralarında bir hukukî ilişki bulunan ve bu ilişkide inşai etki sebebiyle hakları etkilenen üçüncü kişilerin, dava arkadaşı biçiminde fer'î müdahil olarak davaya katılabilmesini ve haklarını korumak amacıyla, ilgili taraftan bağımsız usul işlemleri yapabilmesini öngören bu düzenleme sayesinde, fer'î müdahilin hukukî dinlenilme hakkı ve hukukî himaye ihtiyacının daha etkin şekilde karşılandığı, bu suretle hukuk devleti ilkesine uygun usulî bir seçeneğin üretildiği söylenebilir. Meseleye Türk hukuku bakımından yaklaşılsa, örneğin kocanın açtığı soybağının reddi davasında çocuğun biyolojik babası olan üçüncü kişinin, davacı koca ile aralarında herhangi bir hukukî ilişki bulunmadığı için, davalı çocuk ve ana yanında dava arkadaşı biçiminde fer'î müdahil olarak davaya katılması kanunen mümkün değildir⁴⁵². Hâlbuki Türk Medenî Kanunu'nun 286. maddesinin ikinci fıkrasında soybağının reddi davasının ana ve çocuğa karşı, dava-

⁴⁵⁰ **Budak, A. C.:** Medeni Usul Hukukunda Üçüncü Kişilerin Haklarının Korunması, İstanbul 2000, s.71; **Büyük,** s.287.

⁴⁵¹ **Büyük,** s.287.

⁴⁵² **Sungurtekin-Özkan-** İnşai, s.567.

lı tarafta zorunlu dava arkadaşlığı ilişkisi olacak şekilde açılması öngörülmeseydi, tek başına çocuk aleyhine açılan soybağının reddi davasında ana, çocuk ile aralarında bir hukukî ilişki bulunduğu için, çocuk yanında, dava arkadaşı biçiminde fer'î müdahil olarak davaya katılabilecekti⁴⁵³. Dolayısıyla resen ihbar prosedürünün yeknesak ve hukuka uygun olarak işletilebilmesi için Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda davanın resen ihbarı kurumuna yer verilmeli⁴⁵⁴; özellikle aile hukukundan doğan inşai davalarda davayla ilgili üçüncü kişilerin bilgilendirilmesi sadece tarafların talebine bağlı tutulmamalı; hukukî dinlenilme hakkı çerçevesinde mahkemelerin bilgilendirme konusundaki birinci derecede sorumluluğuna işaret eden bir düzenlemeyle, davanın açılmasının ardından hemen üçüncü kişilere bildirim yapılması ve üçüncü kişilerin davaya geç katılmasının yaratabileceği hak kayıplarının önlenmesi sağlanmalıdır⁴⁵⁵. Ayrıca resen ihbar üzerine, hakları kesin hükümden dolayı etkilenen üçüncü kişilerin fer'î müdahil sıfatıyla taraf yardımcısı olarak değil, dava arkadaşı olarak davaya katılmasını sağlayan genel bir düzenleme sevk edilmeli ve inşai davada verilen kararın inşai etkisi sebebiyle karşı tarafla hukukî ilişkisi dahilindeki hakları doğrudan etkilenen üçüncü kişilerin dava arkadaşı biçiminde fer'î müdahil olarak davaya katılabilmelerine yönelik hukukî dinlenilme hakkıyla örtüşen yeni bir usulî seçeneğe imkân tanınmalıdır⁴⁵⁶. Zira Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndaki mevcut şekliyle alelade fer'î müdahale kurumu, inşai etkinin söz konusu olduğu davalarda ihtiyaca cevap veremediği için, inşai etki altında kalacak olan üçüncü kişilere daha geniş usulî yetkiler ve hukukî himaye sağlayan, üçüncü kişiyi katıldığı tarafa bağımlı bırakmayan ve katıldığı tarafın bazı işlemlerine karşı koyabilmesine imkan veren hukuk devleti ilkesinin gereklerine uygun alternatif bir usulî hakkın öngörülmesi gerekmektedir⁴⁵⁷.

⁴⁵³ **Sungurtekin-Özkan-** İnşai, s.567.

⁴⁵⁴ **Büyük,** s.286.

⁴⁵⁵ **Büyük,** s.286. Adil yargılanma ve hukuki dinlenilme hakkına uygun olarak, hükümden etkilenmesi söz konusu olan üçüncü kişilerin durumlarını korumaya yönelik tedbirler kapsamında, kanunda açıkça düzenlenmiş olmasa bile, mahkemenin resen ihbar kurumuna işlerlik kazandırabileceği, mevcut hükümlerin buna elverişli olduğu yönünde bkz. **Özekes-** Hukuki Dinlenilme, s.267-268.

⁴⁵⁶ **Budak-** Üçüncü Kişiler, s.36 vd.; **Sungurtekin-Özkan-** İnşai, s.568.

⁴⁵⁷ **Sungurtekin-Özkan-** İnşai, s.568-569.

§ 3. GÖREVLİ ve YETKİLİ MAHKEME

A. Görevli Mahkeme

Babalık davası, Türk Medenî Kanunu'nun Aile Hukuku başlıklı İkinci Kitabında düzenlenen hısımlık ve soybağının kurulması kapsamında, evlilik dışı çocuğun biyolojik babasının tespit edilerek soybağının düzeltilmesi amacıyla öngörülen şahısvarlığı haklarına ilişkin bir dava türüdür. Şahısvarlığı haklarına ilişkin davalarda dava konusu para olmadığı gibi, parayla ölçülebilen malî bir değere de sahip değildir; tedavüle elverişli olmadığından paraya da çevrilemez. Bu davalar, genellikle kişiler ve aile hukuku alanında karşılaşılan davalar olup, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 2. maddesinin birinci fıkrasına göre şahısvarlığı haklarına ilişkin davalarda görevli mahkeme, aksine bir düzenleme bulunmadıkça asliye hukuk mahkemesidir. Bununla birlikte, şahısvarlığı davalarının bir kısmı, 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun⁴⁵⁸ uyarınca aile mahkemesinin görevine girer. 4787 sayılı Kanun'un 4. maddesine göre, 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun vesayete ilişkin Üçüncü Kısım hükümleri (TMK m.369-494) hariç olmak üzere, aile hukuku başlığını taşıyan İkinci Kitabı hükümleri (TMK m.118-395) ile 4722 sayılı Türk Medenî Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun uyarınca aile hukukundan doğan dava ve işler, aile mahkemesinde görülür. Yargı teşkilatında aile mahkemesi kurulmayan yerlerde ise bu davalara, Hâkimler ve Savcılar Kurulu tarafından belirlenen asliye hukuk mahkemesince⁴⁵⁹ aile mahkemesi sıfatıyla bakılması gerekir⁴⁶⁰.

⁴⁵⁸ Bkz. RG. 18.01.2003, Sa. 24997.

⁴⁵⁹ “Aile hukukuna ilişkin uyumsuzlukları çözmekle görevli ihtisas mahkemeleri olarak mezkûr Kanun uyarınca aile mahkemeleri kurulmakla birlikte aile içi ve kadına yönelik şiddet eylemlerinde ve buna bağlı olarak 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun kapsamında verilen önleyici ve koruyucu tedbir kararlarının sayısında yaşanan artış gözetildiğinde, mahkemelerin verimliliği ve etkinliği ile bu konuda alınacak tedbir kararları yönünden ivediliğin sağlanması amacıyla, 5235 sayılı Kanun'un 5. maddesinin beşinci fıkrası gereğince, aile mahkemesi bulunan yerlerde 6284 sayılı Kanun uyarınca gelecek işlere o yerdeki belirli aile mahkemelerinin bakması, aile mahkemesi bulunmayan yerlerde ise gerek aile mahkemelerinin görev alanında olan dava ve işlere gerekse 6284 sayılı Kanun uyarınca gelecek işlere bakmak üzere o yerdeki belirli asliye hukuk mahkemelerinin bakması hususunda ihtisas mahkemeleri belirlenmesinin faydalı olacağı değerlendirilmiştir. Bu itibarla; 1) Aile mahkemesinin bulunmadığı (veya aile davalarının ayrılmadığı) yerlerde; Aile mahkemesinin görev alanında olan dava ve işler ile 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun kapsamında gelecek önleyici ve koruyucu tedbir işlerine; a) Bir asliye hukuk mahkemesi bulunan yerlerde bu mahkemenin, b) İki veya daha

Bu itibarla, babalık davasının aile hukuku meselelerinden biri olduğu göz önüne alındığında, 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun'un 1. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, babalık davasında görevli mahkeme, aile mahkemesidir. Zira anılan düzenlemeye göre 4787 sayılı Kanun, aile hukukundan doğan dava ve işleri görmek üzere kurulan aile mahkemelerine dair hükümleri kapsar. Nitekim aynı Kanun'un 4. maddesinin birinci bendinde, 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun İkinci Kitabı kapsamında aile hukukundan doğan dava ve işlerin aile mah-

fazla asliye hukuk mahkemesi bulunan yerlerde ise 2 numaralı asliye hukuk mahkemesinin bakması-na, (Örneğin aile mahkemesinin görev alanında olan dava ve işler ile 6284 sayılı Kanun kapsamında verilecek önleyici ve koruyucu tedbir işlerine, Ağrı'da aile mahkemesinin bulunmaması ve aile davalarının ayrılmaması nedeniyle 2 numaralı asliye hukuk mahkemesinin bakmasına)..." (Hâkimler ve Savcılar Kurulu Birinci Dairesi'nin 27.12.2019 tarih ve 1584 sayılı kararından). Karar metninin tümüne erişim için bkz. https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/files/27_12_2019%20tarihli%20ve%201584%20Say%C4%B1%C4%B1%20Karar%C4%B1.pdf (E.T. 14.12.2020).

460 “...4787 Sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanunun 4. maddesi; 4721 Sayılı Türk Medeni Kanununun ikinci kitabından üçüncü kısım hariç olmak üzere (TMK m. 118-395) kaynaklanan bütün davaların Aile Mahkemesinde bakılacağını hükme bağlamıştır. Şu halde Aile Mahkemesi kurulmayan yerlerde Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca belirlenen Asliye Hukuk Mahkemelerinde davanın Aile Mahkemesi sıfatı ile görülüp karara bağlanması gerekir. (HGK 16.11.2005 tarih ve 2/673-617 sayılı kararı) Bu açıklama karşısında; davaya Aile Mahkemesi sıfatıyla bakılması gerekirken, bu husus düşünülmeden Asliye Hukuk Mahkemesi olarak yargılamaya devam edilip, yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır.” (Y. 2. HD. 19.01.2012, E. 2010/13465, K. 2012/622; Legalbank İçtihat). Aynı yönde bkz. Y. 8. HD. 30.03.2017, 1248/4772; Y. 2. HD. 18.02.2013, E.2012/2316, K.2013/3768 (Kazancı İçtihat). Öte yandan, davaya görevli mahkemece bakılmasına rağmen hükümde salt “aile mahkemesi sıfatıyla” ibaresine yer verilmemiş olmasının bozmayı gerektirmediği yönündeki karşı oy görüşünde şu ifadeler dikkat çekicidir: “KARŞI OY: ...Davanın görüldüğü yerde aile mahkemesi kurulmamıştır. Bu sebeple dava 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanunun 2. maddesine uygun olarak bu Kanun hükümleri de uygulanarak görevli asliye hukuk mahkemesinde görülerek karara bağlanmıştır. Kanunda aile mahkemesi kurulmayan yerlerde boşanma davalarına “aile mahkemesi sıfatıyla” bakılacağına dair bir düzenleme yoktur... Dava 4787 sayılı Kanunun 2. maddesine göre görevli mahkemede görülüp sonuçlandırılmış, ancak Hukuk Muhakemeleri Kanununun 297. maddesinin 2/a fıkrasına aykırı olarak davaya hangi sıfatla bakıldığı hükümde gösterilmemiştir. Hükümdeki bu eksiklik mahallinde düzeltilebilecek bir usul hatası olup yeniden yargılama yapılmasını da gerektirecek nitelikte değildir. Karar görev yönünden bozulsu bile davanın görevli başka bir mahkemeye gönderilmesine karar verilemeyecek, dava aynı mahkemede bakılıp sonuçlandırılacak, gerekçeli kararın başlığına davaya “aile mahkemesi sıfatıyla” bakıldığı yazılacak, yani Hukuk Muhakemeleri Kanununun 297/2 maddesindeki usul eksikliği giderilmiş olacaktır. Bu sebeplerle görevli asliye hukuk mahkemesinin bu davaya “aile mahkemesi sıfatıyla” baktığının karar başlığında gösterilmemiş olması usulü bir eksiklikten ibaret olup görevle bir ilgisi bulunmamaktadır.... Sonuç olarak dava aile mahkemesi kurulmayan yerde, 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanunun 2. maddesine uygun olarak görevli Asliye Hukuk Mahkemesinde görülerek hükme bağlanmıştır. Hükümde görev yönünden kanuna aykırı, bozmayı gerektirecek bir usulsüzlük yoktur. Bu sebeple davanın görevli mahkemede bakılıp sonuçlandırıldığı kabul edilerek temyize yönelik inceleme yapılması gerektiğini düşündüğüm için sayın çoğunluğun görüşüne katılmıyorum.” (Muhalefet şerhinden- Y. 2. HD. 15.10.2012, 7179/24529; Legalbank İçtihat).

kemesinde görüleceği düzenlenir. Ancak aile mahkemesi kurulup da, faaliyete geçirilemeyen yerler ile 4797 sayılı Kanun uyarınca aile mahkemesi kurulması gerektiği hâlde iş durumu itibarıyla kurulmayan yerlerde, aile mahkemelerinin görev alanında olan dava ve işlere asliye hukuk mahkemeleri tarafından bakılacağı hususunu tekrar hatırlatmakta yarar vardır.

Ayrıca, nüfus kaydının düzeltilmesi davalarında görevli mahkemeye ilişkin özel hüküm niteliğindeki 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun 36/1-a maddesine değinmek gerekir. Anılan hükümde nüfus kaydının düzeltilmesi davalarına asliye hukuk mahkemelerinde bakılacağı düzenlenmekle birlikte, nüfus kayıtlarının davacının talepte bulunduğu şekilde düzeltilebilmesi için öncelikle nüfus sicilinin ana ve baba hanesinde kayıtlı olan kişilerin biyolojik ana ve baba olup olmadıklarının tespiti gerekir. Bu şekilde, nüfus kaydının biyolojik gerçekliğe uygun şekilde düzeltilmesine dair her iki talebin birlikte ileri sürülmesi durumunda ise görevli mahkeme asliye hukuk mahkemesi değil, aile mahkemesi olur⁴⁶¹. Zira, aynı davada, talebin bir bölümü hakkında genel mahkemenin, diğer bölümü hakkında ise özel mahkemenin görevli olması halinde, taleplerden birisi yönünden verilecek karar diğerini doğrudan ilgilendirecek nitelikte ise ve söz konusu özel mahkeme ile genel mahkeme arasında “yargılama usulü” ve “tahkikat” bakımından esaslı farklılık bulunmuyorsa, bütün talepler hakkında özel yetkili mahkemenin yargılama yaparak uyuşmazlığı çözmesi, hukukun öngörülebilir olmasının, usul ekonomisinin ve davaların makul süre içinde bitirilmesi yükümlülüğünün gereğidir. Aile mahkemeleri, asliye hukuk mahkemeleri ile aynı düzeyde olup, aralarında yargılama

⁴⁶¹ “Davacının, kütük babası yanındaki kaydın iptali ile genetik baba yanına kaydını istemesi halinde; bu tür nüfus kayıt davaları kademeli olarak açılabilir ve bu tür davalarda iki talep yer alır. İlki, kütük babası yanındaki kaydın iptali, diğeri ise genetik baba yanına kayıt istemidir. Burada davanın kabul edilmesi halinde ilgilinin kaydı bir başka kayda taşınacak; bir başka hanede bulunan kişi ile soybağı oluşturulacaktır. Her iki talebin birlikte açılması halinde görevli mahkeme Asliye Hukuk Mahkemesi değil, Aile Mahkemesi olacaktır. Nitekim bu ilke, H.G.K.’na ait 28.9.2005 gün ve 2005/2-572 E. 2005/551 K.sayılı ilamında da açıkça vurgulanmıştır....nüfus kayıtlarının davacının talebi gibi düzeltilebilmesi için öncelikle gerçek anne-babanın, dolayısı ile soybağının tespit edilmesi gerekir. Hal böyle olunca, gerçek anne ve babanın tespitine ve soybağının kurulmasına dair istemin çözümü öncelik taşımakla, ağırlıklı bu talebi incelemekle görevli mahkeme buna bağlı diğer talebi de incelemek durumundadır. O halde her iki davanın birlikte açılması halinde görevli mahkeme Asliye Hukuk Mahkemesi değil, Aile Mahkemesidir.” (Y. HGK. 07.03.2012, E. 2011/2-775, K. 2012/116; Legalbank İçtihat).

usulü ve tahkikatın işleyişi yönünden esaslı farklılıklar bulunmamaktadır. Dolayısıyla yukarıda açıklandığı üzere söz konusu dava, bir kısım talepler yönünden nüfus kayıtlarında düzeltme yapılması ve bir kısım talepler yönünden de soybağını ilgilendirir mahiyette ise, nihai talebi bir bütün oluşturan ve biri hakkında verilecek karar diğerini doğrudan ilgilendiren uyumsuzluğun, bütün olarak özel yetkili aile mahkemesinde çözümlenmesi gerekir⁴⁶².

B. Yetkili Mahkeme

I. İç Hukukun Yetki Kuralı

Her şeyden önce, mülga 743 sayılı Medenî Kanun'da, babalık davasında yetkili mahkemenin özel olarak düzenlendiği görülür. Anılan Kanun'un 299. maddesine göre babalık davası, davacı çocuğun doğum anında Türkiye'deki yerleşim yeri mahkemesinin yanı sıra, davalının dava açıldığı andaki yerleşim yeri mahkemesinde de açılabilir. Yine aynı Kanun'un 300. maddesinde ise, ana ve çocuğun yerleşim yerinin Türkiye haricinde olması ve aleyhine babalık davası açılan Türk vatandaşının yerleşim yerinin de yabancı bir ülkede bulunması hâlinde babalık davasının, ananın Türkiye'de nüfusa kayıtlı olduğu yer mahkemesinde açılabileceği kabul edilmiştir.

⁴⁶² Y. 20. HD. 02.05.2017, 5981/3857. Aynı yönde bkz. Y. 20. HD. 09.10.2017, 9018/7472 (Legalbank İçtihat). "...Esasen, soybağına ilişkin uyumsuzluklarda, kişisel durum ile ilgili nüfus kaydında yer alan bilgi "doğru" olarak doğmuş ve kütüğe tescil edilmiştir. Bu doğru kayıt, daha sonra açılan bir dava, soybağının reddi veya sonradan evlenme yoluyla soybağına itiraz veya tanımaya itiraz veya tanımanın iptali yahut da Af Kanunları ile yapılan nesep düzeltmeye itiraz ile teknik olarak bir yanlışlığa dönüştürülmektedir. Nüfus kaydının düzeltilmesi davasında ise, resmi sicilin belgelediği olgunun doğru olmadığı, baştan yanlış olarak kütüğe geçirilmesi söz konusudur. Hal böyle olunca ikiz çocuklar ... ve ...'nın, mevcut kayıttaki anne ve baba adının iptali ile genetik anne ve babasının hanesine kaydedilmesi davasında çocuklar ile genetik babası ... arasında soybağı kurulacaktır. Bu haliyle davanın soybağı davası olarak nitelendirmesi gerekir." (Y. 18. HD. 30.03.2015, 1591/4537; Legalbank İçtihat).

Babalık davasında manevî tazminat talebi yönünden görevli mahkemenin asliye hukuk mahkemesi olduğu yönünde bkz. "...4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda babalık davalarında manevi tazminata ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır. Davacının 10.000-TL manevi tazminat talebi aile mahkemelerinin görevi kapsamında olmayıp, genel mahkeme olan asliye hukuk mahkemesinin görevi dahilindedir. Mahkemece, manevi tazminat talebi yönünden asliye hukuk mahkemesince delillerin değerlendirilmesi yapılmak üzere görevsizlik kararı verilmesi gerekirken, işin esası hakkında karar verilmesi... doğru görülmemiştir." (Y. 18. HD. 16.02.2015, 1230/2144; **Gençcan-** Aile Mahkemesi, s.1229).

4787 sayılı Kanun'da ise, aile mahkemelerinin yetkisi özel olarak düzenlenmediği için, aile mahkemelerinin görev alanına giren dava ve işler bakımından Türk Medenî Kanunu'nda özel yetki kuralları varsa, buna göre; yetkiye ilişkin özel hüküm bulunmayan hallerde ise, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yetkiye ilişkin hükümlerine göre hareket edileceği söylenebilir. Nitekim, 4787 sayılı Kanun'un 7. maddesinin üçüncü fıkrasında, özel kanunlardaki hükümler saklı kalmak kaydıyla, bu Kanun'da hüküm bulunmayan konularda Türk Medeni Kanunu'nun aile hukukuna ilişkin usul hükümleri ile Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun uygulanacağı açıkça düzenlenir.

Bu itibarla, Türk Medeni Kanunu'nun, soybağına ilişkin davalarda yetkili mahkemeyi düzenleyen 283. maddesine göre, *“Soybağına ilişkin davalar, taraflardan birinin dava veya doğum sırasındaki yerleşim yeri mahkemesinde açılır.”* Soybağı davalarına ilişkin bu yetki kuralının usul kanunlarında değil de, Türk Medenî Kanunu'nda öngörülmüş olmasının sebebi, mehzaz İsviçre hukukunda 2011 yılına dek federal düzeyde geçerli bir Medenî Usul Kanunu'nun bulunmaması ve bu yüzden İsviçre kanun koyucusunun, ülke genelinde yeknesak uygulamayı sağlamak adına birçok usul kuralı gibi yetki konusunu da federal düzeydeki Medenî Kanun'da düzenlemesidir. Türk Medenî Kanunu'nun büyük ölçüde İsviçre Medenî Kanunu'ndan iktibas edildiği da göz önüne alınacak olursa, özellikle aile hukuku konularında usule ilişkin birçok düzenlemeye Türk Medenî Kanunu'nda yer verilmiş olması, İsviçre Medenî Kanunu'ndan kaynaklanır⁴⁶³.

Türk Medenî Kanunu'nun 283. maddesi uyarınca, babalık davasında davacı ananın veya çocuğun, davanın açıldığı andaki ya da ananın doğum anındaki yerleşim yerinin yanı sıra, davalının dava ya da doğum anındaki yerleşim yeri mahkemesi de yetkilidir. Kanun koyucunun, HMK m.6'ya göre davalının yerleşim yerini esas alan genel yetki kuralından ayrı olarak, soybağı davaları bakımından özel yetki kuralı öngörmesinin gerekçesi, çocuğun menfaatlerinin en yüksek düzeyde korunabilmesi, yargılamada delil-

⁴⁶³ **Tanrıver-** Aile Mahkemeleri, s.56.

lerin toplanmasında kolaylık sağlanabilmesi ve davalının yerleşim yerini devamlı değiştirmek suretiyle davadan kaçmasının önlenmesi olarak sayılabilir⁴⁶⁴.

Doktrinde bir görüşe göre⁴⁶⁵ TMK m.283’de düzenlenen yetki kuralı, kamu düzenine ilişkin ve fakat kesin değildir; çünkü madde metninde ‘açılır’ denilmek suretiyle mutlak bir ifade kullanılmış olsa da, birden fazla yetkili mahkeme belirlendiğinden, kesin yetki kuralından söz edilemez. Bizim de katıldığımız ve soybağı davalarındaki yetkiye ilişkin kuralın kesin yetki kuralı olduğu yönündeki diğer görüşe⁴⁶⁶ göre ise, soybağı davalarının kamu düzenine ilişkin, resen araştırma ilkesinin uygulandığı ve dolayısıyla tarafların, üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri hususlara ilişkin davalardan olması sebebiyle, açık ve emredici bir ifadeyi içeren mezkur yetki kuralının (TMK m.283) kesin yetkiyi düzenlediği ve yetki sözleşmesini de yasakladığı sonucuna varmak mümkündür⁴⁶⁷. Nitekim İsviçre hukukunda soybağının reddi ve soybağının tespitine ilişkin davalarda taraflardan birinin yerleşim yeri mahkemesinin yetkisi emredici olarak düzenlenerek kesin yetki hâline getirilmiştir (sZPO Art.25). Bu husus, İsviçre Medenî Usul Kanunu’ndan başka, ayrıca Adli Mahkemeler Kanunu’nun (*Gerichtsstandgesetz*)⁴⁶⁸ 16. maddesinde de açıkça düzenlenmiş ve soybağının tespiti davalarında, doğum ya da dava anında taraflardan birinin yerleşim yeri mahkemesinin yetkisinin kesin olduğu öngörülmüştür (GestG Art.16). Alman hukukunda ise, soybağı uyuşmazlıklarında çocuğun mutat meskeni mahkemesi yer yönünden kesin yetkili olup, bu kurala göre yetkili mahkemenin belirlenemediği hâllerde ananın mutat meskeni, bu da yoksa babanın mutat meskeni mahkemesi kesin yetkilidir (FamFG § 170, 1-2). Buna karşılık, yetkinin kesin olarak düzenlenmediği Avusturya hukukunda, Adli Yargı Mahkemeleri-

⁴⁶⁴ Saymen/Elbir, s.434; Tokar, s.72.

⁴⁶⁵ Akcan, R.: Medenî Usul Hukukundaki Özel Hüküm Sebeplerinin Bir Örneği Olarak İnsan Vücudunun Muayenesi ve Kişilerden Zorla Kan Alınması (Yeni Bir Hüküm Olan Medenî Kanun Madde 284 Üzerine İnceleme) (Prof. Dr. Turgut Kalpsüz’e Armağan, Ankara 2003, s.887-933), s.924

⁴⁶⁶ Tanrıver- Aile Mahkemeleri, s.60; Kuru- Medeni Usul, s.117; Korucu, Y./Uyumaz, M.: Soybağının Reddi Davasında Usul Hükümlerinin İncelenmesi (Prof. Dr. Ejder Yılmaz’a Armağan, C.2, Ankara 2014, s.1325-1382), s.1353-1354.

⁴⁶⁷ Tanrıver- Aile Mahkemeleri, s.60-61; Kuru- Medeni Usul, s.117.

⁴⁶⁸ *Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen (GestG)* (19.12.2006 tarihli güncel metin için bkz. <https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/20000741/200701010000/272.pdf>) (E.T. 28.04.2019).

nin Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun (*Jurisdictionsnorm*)⁴⁶⁹ § 108 hükmü uyarınca, küçüğe kayyım atamaya yetkili mahkeme ile birlikte, çocuğun mutat meskeninin bulunduğu yer mahkemesi soybağı davalarında yetkili olup; bunların yokluğu hâlinde ise, ananın ya da soybağı uyuşmazlığının diğer tarafı olan babanın mutat meskenindeki mahkemeler yetkilidir (JN § 108, 1). Fakat bu mahkemelerin ulusal yargı yetkisinin geçerli olabilmesi için, soybağı ilişkisinin tarafı olan çocuğun, ananın ya da babanın Avusturya vatandaşı olması yahut çocuğun veya babanın mutat meskeninin ülke sınırları içinde bulunması şart koşulmuştur (JN § 108, 3).

II. Milletlerarası Yetki Kuralı

5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 41. maddesine göre, yabancılık unsuru içeren davalarda Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini belirleyen iç hukukun yer itibariyle yetki kuralları (*lex fori*) uyarınca Türk vatandaşlarının kişi hâllerine ilişkin davalar, yabancı ülke mahkemelerinde açılmadığı veya açılmadığı takdirde, Türkiye'de yer itibariyle yetkili mahkemede; bunun bulunmaması hâlinde ilgilinin sâkin olduğu yer⁴⁷⁰ mahkemesinde; ilgili kişi Türkiye'de sâkin değilse, onun Türkiye'deki son yerleşim yeri mahkemesinde; o da bulunmadığı takdirde, Ankara, İstanbul veya İzmir mahkemelerinden birinde görülür (MÖHUK m.41).

Bu çerçevede, babalık davasında milletlerarası yetkiyi taşıyan bir Türk mahkemesinin belirlenebilmesi için evlilik dışı çocuk ya da biyolojik babadan en azından birinin Türk vatandaşı olması gerekir. Zira MÖHUK m.41 hükmünün uygulanabilmesi için, davanın Türklerin kişi hâllerine ilişkin davalardan olması şarttır. Evlilik dışı çocuk ya da biyolojik babadan en az biri Türk vatandaşı olduğu takdirde, çocuğun soybağının

⁴⁶⁹ *Gesetz über die Ausübung der Gerichtsbarkeit und die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte in bürgerlichen Rechtssachen.*

⁴⁷⁰ "Sâkin olunan yer" ifadesi, mutat mesken kavramını da içerisinde barındırır. Zira "sâkin olunan yer", kişinin yerleşme maksadı olmaksızın ve süreklilik taşımaksızın bulunduğu yer ile olan ilişkisini ifade eder. Mutat mesken kavramı ise, "sâkin olunan yeri" de kapsayacak şekilde, kişinin genel olarak hayat ilişkilerini sürdürdüğü, fiilen oturduğu ve oturma isteğiyle bulunduğu yer olarak tanımlanabilir. Bu sebeple, "sâkin olunan yer" kavramının, mutat mesken kavramı içinde eridiği söylenebilir {bkz. **Akbulut, P. E.:** 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununa Göre Aile Hukukuna İlişkin İhtilaflarda Türk Mahkemelerinin Yetkili İle Bu Kuralların 5718 Sayılı MÖHUK'a Etkisi [Prof. Dr. Burhan Ceyhan'a Armağan, C.II, İzmir 2012 (DEÜHFD, C.12, Özel Sayı 2010), s.1053-1072], s.1068}.

kurulmasına ilişkin babalık davası için Türkiye’de milletlerarası yetkiyi haiz bir mahkeme MÖHUK m.41’e göre tâyin edilebilir⁴⁷¹. Ancak evlilik dışı çocuk ve biyolojik babanın her ikisi de yabancı, davacı ananın ise Türk vatandaşı olması hâlinde, MÖHUK m.41 işlerlik kazanamaz. Çünkü Türk vatandaşı ananın açtığı babalık davasında yabancı çocuğun yabancı biyolojik babayla soybağının kurulması, ananın kişilik hâline ilişkin bir hususu içermemektedir⁴⁷². Bu durumda, MÖHUK m.41 ile değil, MÖHUK m.40 hükmünün atfıyla, iç hukukun yetki kuralı (TMK m.283) uyarınca yetkili mahkeme tâyin edilir⁴⁷³.

Dolayısıyla, TMK m.283 uyarınca, soybağına ilişkin davalarda taraflardan birinin dava veya doğum sırasındaki yerleşim yeri mahkemesi yer itibariyle yetkili kılındığına göre, bu durumda çocuğun veya çocukla arasında soybağı sorunu bulunan anababanın, dava veya çocuğun doğum tarihindeki yerleşim yeri mahkemesi yetkili olur⁴⁷⁴. Bu cümleden olarak, yabancılık unsuru içeren babalık davaları bakımından, davanın açıldığı ya da çocuğun doğduğu tarihte, çocuğun, ananın ya da biyolojik baba olduğu iddia edilen davalı erkeğin yerleşim yerindeki aile mahkemesinin yetkili olduğu söylenebilir. Her ikisinin de Türkiye’de herhangi bir yerleşim yeri bulunmuyorsa, davacının sâkin olduğu yer mahkemesi; davacı Türkiye’de sâkin değilse, onun Türkiye’deki son yerleşim yeri mahkemesi; o da bulunmadığı takdirde Ankara, İstanbul veya İzmir mahkemeleri babalık davasında yetkili hâle gelir.

§ 4. DAVA AÇMA SÜRESİ

A. Genel Olarak

Soybağı davalarında dava açma süresini belirleme yetkisi, Anayasa’da belirlenen kurallar çerçevesinde adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini de gözetmek koşuluyla kanun koyucunun takdirindedir. Kanun koyucu, soybağı davalarında dava açma süresine ilişkin hükümleri düzenlerken hukuk devleti ilkesinin bir gereği olan ölçülülük

⁴⁷¹ **Erten, R.:** Türklerin Kişi Hâllerine İlişkin Davalarda Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi (MÖHUK m.41), Ankara 2017, s.144; **Pürselim,** s.537.

⁴⁷² **Erten,** s.145.

⁴⁷³ **Erten,** s.145; **Pürselim,** s.537.

⁴⁷⁴ **Tan-Dehmen, M.:** Türk Vatandaşlarının Kişi Hallerine İlişkin Davalar Bakımından 5718 Sayılı MÖHUK’ta Kabul Edilen Yetki Kuralı (MHB, C.33, S.1, s.169-211), s.190.

ilkesiyle bağlıdır. Ölçülülük ilkesi sebebiyle kanun koyucu, süre sınırlamasından beklenen kamu yararı ile bireyin hak ve özgürlükleri arasında adil bir dengeyi sağlamakla yükümlü olup; bir yandan, çocukların babalarını bilmelerini, babalarının nüfusuna yazılmalarını ve bunun getireceği malî ve sosyal haklardan yararlanmalarını sağlamak, diğer yandan da davalı babanın ve ailesinin uzun müddet dava tehdidi altında kalmalarını önlemek amacıyla babalık davasında süreleri makul şekilde belirlemeli ve her iki tarafın özgürlükleri arasında adil bir denge kurmalıdır.

Anayasa’da düzenlenen kişinin maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkı ile devletin, herkesin maddî ve manevî varlığını geliştirmesi için gerekli şartları hazırlama görevi göz önüne alındığında; çocuk, evlilik dışı dünyaya gelse bile, babasını bilmek, babasının nüfusuna kaydolmak, bunun getireceği şahsî ve malî her türlü haktan yararlanmak, kendisine karşı olan bakım, gözetim, eğitim vb. görevlerin yerine getirilmesini istemek gibi kişiliğe bağlı temel haklara sahiptir⁴⁷⁵. Bununla birlikte davalı erkeğin, biyolojik baba olduğu iddiasıyla, sürekli olarak babalık davası tehdidiyle karşı karşıya kalmasının da hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmayacağı aşîkardır. Davalıyı, keyfî olarak uzun zaman geçtikten sonra dava açılması yönünde şantaj ve suiistimallerden korumak maksadıyla babalık davası açma hakkının belli bir süreye bağlanması, kanun koyucunun takdirinde olması gereken bir tercihtir. Dolayısıyla, hem davalı biyolojik babanın ve/veya onun ailesinin uzun süre dava tehdidi altında bulunmaması, hem de çocuğun soybağı ile bağlantılı temel hak ve özgürlüklerinin zarar görmemesi amacıyla, her iki taraf açısından kanun koyucunun süre belirleme konusundaki bu takdir yetkisini makul ölçülerde kullanması gerektiği söylenebilir⁴⁷⁶.

⁴⁷⁵ AYM. E.2010/71, K.2011/143 sayılı ve 27.10.2011 günlü kararı (RG. 07.02.2012, Sa.28197). Ayrıca bkz. AYM. E.2011/116, K.2012/39 sayılı ve 15.03.2012 günlü kararı (RG. 21.07.2012, Sa.28360).

⁴⁷⁶ İsviçre hukukunda babalık davası açma süresinin yasama organınca belirlenmesine yönelik tarihi süreç hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Özsunay, E.:** MK. 296’daki Bir Yıllık Dava Süresinin Geçirilmesine Rağmen, Babalık Dâvasının İstisnaen Açılabilceği Durumlar (İÜHFİM, C.29, S.1963/1-2, s.218-239), s.221-222.

B. Niteliği ve Etkisi

Babalık davasında “hak düşürücü süreler” başlıklı TMK m.303 hükmünün birinci fıkrasına göre ananın babalık davası açma hakkı, çocuğun doğumundan başlayarak bir yıl geçmekle düşer. Babalık davası için öngörülen bu süre, niteliği itibarıyla hak düşürücü nitelikte olup, süreyi düzenleyen hüküm de usul hukuku normu değil, maddî hukuka ilişkin bir normdur⁴⁷⁷. Zira babalık davası sonunda verilen babalık hükmü inşâî nitelikte olduğu için, babalık davasında dava yoluyla kullanılabilen bir inşâî haktan söz edilebilir. İnşâî haklar, zamanaşımına değil, hak düşürücü süreye tâbi olup maddî hukuk kurallarıyla düzenlendiğinden, Kanun’da öngörülen sürenin geçmesinden sonra evlilik dışı çocuk, biyolojik babası ile arasındaki yasal soybağını babalık davası yoluyla kurma olanağını yitirir. Nitekim 743 sayılı (mülga) Medenî Kanun döneminde de, sürenin niteliği Kanun’da açıkça belirtilmemekle birlikte, doktrinde hak düşürücü süre olarak değerlendirildiği görülür⁴⁷⁸.

Bunun yanı sıra, hak düşürücü süreye uyulmuş olması, babalık davası bakımından usul hukuku çerçevesinde davanın dinlenmesi için bir şart fonksiyonu taşıyıp, inşâî bir hakkın kullanılması biçimini oluşturan babalık davası yoluyla hakkın dermeyeran edilebilmesi imkânı belli bir süreye bağlanmış olduğundan, davalı tarafça ayrıca bir itiraz konusu yapılmasa dahi, dosya münderecatından anlaşıldığı takdirde ön inceleme aşamasında hâkim tarafından resen dikkate alınması gereken hususlar arasında yer alır. Bu itibarla, babalık davası açılması için öngörülen hak düşürücü süreye riayet edilip edilmediği hususunda hâkim, davacıyı resen ispata davet edebileceği gibi bu durumun şüpheli kalması hâlinin tehlikesi, yani ispat yükü de davacıya düşer⁴⁷⁹; ancak ispat yüküne ilişkin bu saptama, babalık davasında geçerli olan resen araştırma ilkesinin bertarafına yol açmadığı gibi, hâkimin süre bakımından dosya kapsamında gerçekleştirmesi gereken incelemeden kurtulduğu anlamına da gelmez. Dolayısıyla davanın hak düşürücü

⁴⁷⁷ **OFK-Stehli**, ZGB 263, N.1; **CHK-Reich**, ZGB 263, N.1; **Özsunay**- Dava Süresinin Geçirilmesi, s.218-219; **Özsunay**- Dava Süresinin Başlangıcı, s.516-517.

⁴⁷⁸ **Umar, B.:** Hak Düşüren Süreye Uyulup Uyulmadığı Konusunda İsbat Yükünü Taşıyan Taraf (İÜHFM, C.30, S.1964/3-4, s.897-914), s.903, dn.14; **Tekinay**- Aile, s.579; **Feyzioğlu**, s.559; **Velidedeoğlu**, s.423; **Saymen/Elbir**, s.430; **Özsunay**- Dava Süresinin Geçirilmesi, s.219; **Özsunay**- Dava Süresinin Başlangıcı, s.517; **Artus**- I, s.176.

⁴⁷⁹ **Umar**- Hak Düşüren Süre, s.902-903. Ayrıca bkz. aynı yerdeki dn.14.

süre içerisinde açılıp açılmadığı hususunun bir defa teşkil etmediği, bilakis hâkim tarafından resen dikkate alınan itirazlardan olduğu düşünülürse davalı taraf, hak düşürücü sürenin geçtiğine yönelik bir beyanda bulunmasa bile hâkim, bunu ön incelemede resen gözetip davanın süre yönünden reddine karar vermek zorundadır. Yine, öngörülen süreler hak düşürücü nitelikte olduğundan, bu sürelerin herhangi bir nedenle durması, kesilmesi ya da uzatılması söz konusu değildir⁴⁸⁰.

Ayrıca, 4722 sayılı Türk Medenî Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 20. maddesi uyarınca, Türk Medenî Kanunu'nun yürürlüğe girdiği 01.01.2002 tarihinden önceki 743 sayılı (mülga) Türk Kanunu Medenîsi döneminde işlemeye başlayan hak düşürücü süreler, 743 sayılı bu Kanun hükümlerine tâbi olmaya devam eder. Bununla birlikte, anılan süreler, 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun belirlendiği süreden daha uzun ise, 4721 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden sonra, 4721 sayılı Kanun'da öngörülen sürenin geçmesiyle dolmuş olur. Dolayısıyla, 743 sayılı (mülga) MK m.296 uyarınca çocuğun doğumundan itibaren bir yıllık hak düşürücü süreye bağlanan babalık davası için 01.01.2002 tarihinden önce işlemeye başlayan bu süre, yeni Medenî Kanun'da daha kısa bir hak düşürücü süre öngörülmediğinden, 01.01.2002 tarihinden sonra da kaldığı yerden işlemeye devam eder ve ana yönünden babalık davası açma hakkı, aynı sürenin dolmasıyla sona erer.

Öte yandan, doktrinde⁴⁸¹ çocuğun kökenini öğrenme hakkının, çocuğun biyolojik ana ve babasının kimlikleri hakkında bilgi edinmesini kapsayan mutlak nitelikte kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan olduğu; herhangi bir hak düşürücü sürenin geçmesiyle kaybedilmemesi gerektiği; Anayasa ile teminat altına alınan kişiliği geliştirme hakkının bir uzantısı olarak kişilik hakkı çerçevesinde koruma altında bulunduğu kabul edilmektedir⁴⁸². Bu yüzden, babalık davasından ayrı ve bağımsız bir şekilde çocuğun, genetik

⁴⁸⁰ **OFK-Stehli**, ZGB 263, N.1; **CHK-Reich**, ZGB 263, N.1; **Özsunay**- Dava Süresinin Geçirilmesi, s.219-220.

⁴⁸¹ **Baysal, B.:** Çocuğun Kökenini Öğrenme Hakkı (Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, C.1, İstanbul 2010, s.493-533), s.514; **Kırkbeşoğlu, N.:** 28.02.2008 Tarihli İsviçre Federal Mahkemesi Kararının (BGE 134 II 241) Çevirisi ve Kökenini Öğrenme Hakkı İle İlgili Genel Bir Değerlendirme (TAAD, C.7, S.2016/24, s.199-225), s.206, 208.

⁴⁸² İsviçre Federal Mahkemesi'nin benzer yöndeki içtihatları için bkz. BGE 128 I 63, 77; BGE 134 III 241, 244.

kökenini öğrenme hakkını dava yoluyla ileri sürerek kullanmak istemesi halinde ise, babalık davası bakımından öngörülmesi muhtemel bir hak düşürücü sürenin burada geçerli olmayacağı görüşü egemen konumdadır⁴⁸³. Hatta, doktrinde katılmadığımız bir başka görüşe göre⁴⁸⁴, babalık davasının kanunen öngörülen bir hak düşürücü süre sebebiyle açılmadığı hâller ortaya çıkarsa, babalığın tespiti davasına cevaz verilmesi gerektiği; tespit davasının genel şartları mevcut ise, çocuğun babalığın tespiti davası açmakta hukukî yararının bulunduğu; babalığın tespitini isteyen çocuğun, soybağının hukukî sonuçlarından (örneğin soyadı, miras hakkı, nüfus kaydının düzeltilmesi vs) yoksun kalacak şekilde salt fiilî bir durumun tespiti talebinden ibaret bir tespit davası da açabileceği; bu yola başvurarak kimin soyundan geldiğini bilmek istemesinin birinci derecede insan hakkı olduğu; genetik kökenin öğrenilmesinde hukukî yarar noksanlığından söz edilmesini gerektiren bir durumun bulunmadığı; bir insanın genetik kökenini bilme hakkının başlı başına bir hukukî yarar oluşturduğu; tıbbî deliller ve tanık beyanları sonucunda tarafların baba oğul oldukları anlaşılabiliriyorsa, hukuken bu tespitin yapılarak çocuğun, içinde bulunduğu bunalım ve ızdıraptan kurtarılıp en doğal insan hakkına kavuşturulmasında büyük bir toplumsal yararın olduğu ileri sürülmüştür. Sonuç itibarıyla, tüm bu gerekçeler altında, şayet hak düşürücü süre yönünden babalık davasına engel durumlar ortaya çıkarsa çocuğun, salt babalığın tespitini konu alan bir tespit davası açabileceği savunulmuştur. Ayrıca ana ve babasının yıllarca kendisinden gerçek durumu sakladıkları için gerçek babasının kimliğini çok geç öğrenen çocuğun, fiilî ve organik olarak babasının kim olduğunun tespit edilmesinde ne davalının ne de toplumun hiçbir zararı olmadığı; buna karşın, çocuğun hem kendisinin hem de kendisinden sonra gelecek nesillerin kimin kanından ve soyundan geldiklerinin bilinmesinde manevî anlamda büyük faydalar bulunduğu; bu sebeple de, çocuğun süre yönünden babalık davası aç-

⁴⁸³ **Aebi-Müller, R. E.:** Abstammung und Kindesverhältnis - wo stehen wir heute? (hrsg. Girsberger/Luminati: ZGB gestern - heute - morgen, Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 2007, Zürich-Basel-Genf 2007), s.129; **Aydın, M. B.:** Yapay Döllenne Tekniklerinin Soybağı Hukuku ve Kişilik Hakları Bakımından Sonuçları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Eskişehir 2013, s.123; **Baysal,** s.512.

⁴⁸⁴ **Özdamar, D./Biçer, Ş.:** Reşit Çocuk, Babalığın Tespitini Her Zaman İsteyebilir Mi? (İzmir Barosu Dergisi, C.65, 2000, s.25-38), s.34; **Duran-** Babalık Davası, s.72; **Akalın,** s.77.

madığı hâller ortaya çıkarsa, babalığın tespiti davasına cevaz verilmesi gerektiği belirtilmiştir⁴⁸⁵.

Mevcut durumda günümüz itibariyle Türk hukukunda, babalık davası başta olmak üzere, diğer bütün soybağı davalarından ayrı olarak, sırf genetik kökeni öğrenme hakkına ilişkin ne gibi hukuksal yollara başvurulabileceğini öngören herhangi bir özel yasal düzenleme bulunmadığını vurgulamak gerekir. Bu çerçevede ülkemizin de taraf olduğu bazı uluslararası sözleşmeler doğrudan uygulanabilir nitelikte olduğu için, bunlardan doğan yükümlülüklerin gereği olarak mevcut soybağı davalarından ayrı ve bağımsız yeni bir başvuru yolunun açık yasal düzenlemeyle getirilmesinin uygun olduğu kanısındayız. Ancak bu şekilde açık yasal düzenleme yapılmadığı müddetçe, mevcut soybağı davalarından farklı tipte ve sürelerde soybağı ilişkisini etkileyecek şekilde dava açılması olanağının bulunmadığı rahatlıkla söylenebilir⁴⁸⁶.

C. Doğumdan Önce Dava Açma Süresi

Mülga Medeni Kanun'un 296. maddesiyle uyumlu şekilde, yürürlükteki Türk Medeni Kanunu'nun 303. maddesi uyarınca babalık davası, çocuğun doğumundan önce de açılabileceği için, evlilik dışı cinsel ilişki sonucunda gebeliğin meydana gelmesiyle, ana rahmindeki ceninin soybağının tespitine yönelik doğumdan önce babalık davası açılması hukuken mümkündür. Ananın, doğumdan önce açabileceği babalık davasının mahkemece görülebilmesi ise çocuğun, ancak sağ olarak dünyaya gelmesi koşuluna bağlıdır. Bu itibarla, doğumdan önce açılan davada babalığa hükmedebilmesi için hâkim, doğum olayını beklemeli; çocuğun tam ve sağ doğması halinde davaya devam edip kararını açıklamalıdır⁴⁸⁷. Çünkü kişilik, çocuğun sağ olarak tamamıyla doğduğu anda başladığı için, ölü doğan bir çocuğun yasal soybağının kurulması mümkün olmaz⁴⁸⁸. Dolayısıyla, ana yönünden babalık davası açma hakkının, çocuğun ana rahmine

⁴⁸⁵ Özdamar/Biçer, s.35.

⁴⁸⁶ Aynı yönde bkz. Ateş, B.: Soybağı ve Soybağı Alanında Oluşabilecek Hukuksal Problemler, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2016, s.77.

⁴⁸⁷ Artus- I, s.175.

⁴⁸⁸ Tekinay- Aile, s.580; Şatiroğlu, M.: Babalık Davasında Maddî ve Manevî Tazminat (II) (YD, C.7, S.1981/3, s.265-292), s.272; Gloor/Lukas, s.464, N.11.64.

düştüğünün tıbbî raporla ispatı ile birlikte başladığı ve hâkimin, ancak çocuğun sağ doğmasından sonra babalığa hükmedebileceği söylenebilir.

D. Doğumdan Sonra Dava Açma Süresi

Ana yönünden bir yıllık dava açma süresi, doğum olayının gerçekleştiği tarihte işlemeye başlar (TMK m.303/1). Ancak nüfus kaydındaki doğum tarihi her halükârda sürenin başlangıcı olarak kabul edilmemelidir. Çünkü kasten veya ihmâl suretiyle, özellikle kırsal bölgelerde ve köylerde doğum tarihinin nüfusa yanlış geçirilmesi mümkün olabilir. Bu durumda, bir hastane kaydı yahut kişisel delille nüfus kaydındaki doğum tarihinin gerçeği yansıtmadığı ispatlanırsa dava açma süresi, ispatlanan gerçek doğum tarihi üzerinden hesaplanır⁴⁸⁹. Ayrıca çocuğun henüz nüfusa kaydedilmediği hâllerde, doğumun gerçekleştiği tarih ile ilgili olarak tarafların gösterecekleri delillerin incelenmesi ve ona göre karar verilmesi gerekir⁴⁹⁰.

Çocuk yönünden dava açma süresi ile ilgili olarak mülga Medenî Kanun döneminde Yargıtay tarafından verilen içtihadı birleştirme kararıyla⁴⁹¹ bir yıllık sürenin doğum anından değil, kayyımın çocuk doğduktan sonra atanması ihtimaline binaen çocuğun dava hakkının fiilen ortadan kalkmasının önlenmesi amacıyla atamanın kayyıma tebliğinden itibaren işlemeye başlayacağı kabul edilmiştir. Kanun koyucu, bunu göz önünde tutarak, yeni Medenî Kanun'daki hak düşürücü sürelerle ilgili hükmü Yüksek Mahkeme'nin kararı doğrultusunda yeniden düzenlemiş olsa da, çocuk yönünden babalık davası açma süresinin öngörüldüğü TMK m.303/2 hükmü⁴⁹² Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilmiştir⁴⁹³. Esasen, Anayasa Mahkemesi'ne yapılan iptal başvurusunun konusu, anılan fıkradaki *“hiç kayyım atanmamışsa çocuğun ergin olduğu tarihten itibaren işlemeye başlar.”* ibaresi olmakla birlikte; Anayasa Mahkemesi, bu ibarenin iptali nedeniyle uygulanma olanağı kalmayan, aynı fıkranın *“Çocuğa doğumdan sonra kay-*

⁴⁸⁹ Başaklar, s.70-71

⁴⁹⁰ Başaklar, s.71.

⁴⁹¹ 02.05.1960 tarih ve 5/8 sayılı İBK (bkz. RG. 05.08.1960, Sa.10570).

⁴⁹² Anılan hüküm şu şekildeydi: *“Çocuğa doğumdan sonra kayyım atanmışsa, çocuk hakkında bir yıllık süre, atamanın kayyıma tebliği tarihinde; hiç kayyım atanmamışsa çocuğun ergin olduğu tarihte işlemeye başlar.”*

⁴⁹³ AYM. E.2010/71, K.2011/143 sayılı ve 27.10.2011 günlü kararı (bkz. RG. 07.02.2012, Sa.28197).

yım atanmışsa, çocuk hakkında bir yıllık süre, atamanın kayyım tebliği tarihinde;...” şeklindeki geri kalan bölümünün de iptaline ve iptal hükmünün, kararın yayımlanmasından başlayarak bir yıl sonra (07.02.2013’te) yürürlüğe girmesine karar vermiştir⁴⁹⁴.

Anayasa Mahkemesi’nin iptal kararına konu olayda, babalık davasını açan çocuğun ana-babası resmî nikahlı olmayıp baba ölmüş ve dava, bir yıllık hak düşürücü sürenin dolması sebebiyle reddedilecek iken, Cumhuriyet savcısının “*bu maddede öngörülen süre, daha önce Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen TMK m.289/1 hükmündeki beş yıllık azami süre ile benzemektedir; bu nedenle TMK m.303/2 hükmü de Anayasa Mahkemesi’ne götürülmelidir.*” şeklindeki itirazını ciddi gören yerel mahkeme, uygulamada hakkaniyetin sağlanması gerekçesiyle ve babanın çocuğun kendi çocuğu olmadığını öğrendiği tarihten itibaren bir yıl içinde dava açabilmesine karşın babaya tanına bu imkanın çocuk için tanınmamasının hakkaniyet ve nesafet ölçütlerine aykırı olacağını belirterek, iptal istemiyle Anayasa Mahkemesi’ne başvurmuştur⁴⁹⁵.

Anayasa Mahkemesi’nin iptal kararının gerekçesinde, itiraz konusu kanun hükmünün amacının davalı babayı sürekli dava tehdidine maruz bırakmamak olduğu belirtilmekle birlikte, kuralda öngörülen sürenin geçmesinden sonra çocuğun öz babasıyla soybağı ilişkisini kurma olanağını tümüyle yitirmesi hususu göz önüne alındığında, bir yıllık hak düşürücü sürenin yetersiz ve ölçsüz olduğu; çocuğun üstün yararından ziyade, soybağının düzgün kurulmasındaki kamu yararı ön plana çıkarılarak, kamu yararıyla bireyin hak ve özgürlükleri arasında makul bir dengenin gözetilmesi gerektiği ifade

⁴⁹⁴ “...İtiraz konusu kural ile çocuğun babalık davasını açma hakkının hiç kayyım atanmamışsa ergin olduğu tarihten itibaren bir yıllık süre ile sınırlandırılmasının gerekçesinin, davalı babanın sürekli olarak dava tehdidi altında kalmamasını sağlamaya yönelik olduğu anlaşılmaktadır. Davalı babanın veya ailesinin uzun süre dava tehdidi altında bulunmaması, diğer yandan da çocuğun ana babasını bilme, babasının nüfusuna yazılma ve hak arama özgürlüklerinin zarar görmemesi amacıyla, her iki taraf açısından yasa koyucunun süre koyma konusundaki takdir yetkisini makul bir süre olarak belirlemesi gerekmektedir. Hak düşürücü niteliğinden dolayı itiraz konusu kuralda öngörülen sürenin geçmesinden sonra çocuğun babası ile arasındaki soybağı kurma olanağını yitirmesi hususu göz önüne alındığında, çocuk hakkında hiç kayyım atanmamışsa ergin olduğu tarihten itibaren işleyecek olan bir yıllık dava açma süresi yeterli ve makul olmadığı gibi, ölçülü de değildir...” (AYM. E.2010/71, K.2011/143 sayılı ve 27.10.2011 günlü kararı; bkz. RG. 07.02.2012, Sa.28197).

⁴⁹⁵ **Tosun, Y./Baş, E.:** Soybağının Reddi Davasında ve Babalık Davasında Sürelere İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararlarının Değerlendirilmesi (BÜHFD, C.9, S.123-124, 2014, s.99-117), s.112; **Akbiyık, C.:** Anayasa Mahkemesinin Soybağı Hukuku Alanındaki Kararlarının Toplu Bir Değerlendirilmesi (MÜHFD, S.2012/1, s.203-224), s.218.

edilmiş ve çocuğun, evlilik dışında doğmasına rağmen babasını tanımak, onun nüfusuna yazılmak, bunun getireceği haklardan yararlanmak gibi temel kişilik haklarına sahip olduğu, fakat ilgili düzenlemedeki sürenin çocuğun bu hak ve menfaatlerini ölçüsüzce zedelediği görüşü öne çıkarılmıştır⁴⁹⁶.

Nitekim Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararından önce de, babalık davası açması için çocuğa ve onu temsil eden kayyım tanınan sürenin miktarı doktrinde⁴⁹⁷ eleştirilmiş ve çocuğun üstün yararının azamî ölçüde korunabilmesi adına bir yıllık sürenin hayatın olağan koşullarında çok az olduğu ileri sürülmüştür. Çoğu zaman evlilik dışı çocuğa kayyım atanmaması sebebiyle çocuğun, ergin oluncaya kadar babalık davası açmak için beklediği hâller de dikkate alındığında, anılan hükmün iptalinin çocuk açısından yerinde olduğu söylenebilir. Zira çocuğun hak düşürücü süreler içerisinde biyolojik babasının kim olduğunu öğrenememiş olması gayet olağandır ve bu durumda çocuğu, sürenin geçirilmesinde haklı sebebin varlığını ispatla yükümlü tutmak da makul değildir. Sürenin haklı sebep olmaksızın geçirilmiş olması hâlinde dava hakkının elinden alınması çocuğun üstün yararı ilkesine hizmet etmediği gibi, genetik kökenini öğrenme hakkının aktif kullanılmasına engel oluşturabilir. Dolayısıyla çocuğun üstün yararını ön plana alan yaklaşım süreler bakımından da desteklenmelidir⁴⁹⁸.

Anılan tespitler ışığında, 07.02.2013 tarihi itibarıyla, Türk Medenî Kanunu'nda çocuğun ya da kayyımın babalık davası açması için herhangi bir süre koşulu kalmamış olup, iptal edilen hükmün yerine yeni bir düzenleme ihtiyacı ortaya çıkmıştır. Çocuğun ve kayyımın babalık davasını hangi süre içinde açabileceği ile ilgili olarak ortaya çıkan boşluğun yasal bir düzenlemeyle veya hâkim kararıyla doldurulması zorunlu olup, hem çocuğun hem de babanın yararı göz önünde bulundurularak uygun bir sürenin öngörülmesi düşünülebilir⁴⁹⁹. Zira davalının ve ailesinin uzun yıllar boyunca babalık davası

⁴⁹⁶ **Tosun/Baş**, s.113. Anayasa Mahkemesi kararına ilişkin eleştirel yaklaşım için bkz. **Akbıyık**, s.220-221.

⁴⁹⁷ **Serozan, R.:** Soybağı Hukuku Üzerine Çeşitlemeler (Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan, Ankara 2008, s.759-777), s.767; **Acabey**, s.291-292; **Baygın-** Soybağı, s.80; **Özsunay-** Dava Süresinin Geçirilmesi, s.223.

⁴⁹⁸ **Aksoy-Dursun, S.:** Soybağı Davalarındaki Hak Düşürücü Sürelere İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararlarının Değerlendirilmesi (İHM, C.76, S.2018/2, s.393-416), s.410.

⁴⁹⁹ **Öztan**, s.941.

tehdidine ve bunun yaratacağı ruhsal sarsıntılara maruz bırakılmaması, davalının elindeki kanıtların kaybolması ihtimaline binaen savunma vasıtalarından mahrum kalması ve buna ilâveten çocuğun yasal soybağının bir an önce belirlenmesinin kamu yararına hizmet etmesi sebebiyle babalık davasının öngörülebilir uygun bir hak düşürücü süreye bağlanması doğru olur⁵⁰⁰. Yasama organınca buna yönelik bugüne kadar herhangi bir yeni düzenleme öngörülmemiş olmakla birlikte, TBMM Başkanlığı'na 07.03.2012 tarihli bir dilekçeyle başvurularak, TMK m.303 hükmünde değişiklik yapılmasına dair kanun teklifi⁵⁰¹ sunulmuş; Teklif'e göre kayyımın veya ergin olduktan itibaren çocuğun dava açma süresi bir yıldan beş yıla yükseltilmesi önerilmiştir⁵⁰². Fakat Teklif metninde, çocuğun başka bir erkekle yasal soybağı ilişkisi sona erdikten sonra ana yönünden dava açma sürenin belirtilmemiş olması bir eksiklik olarak göze çarpmaktadır. Bu itibarla, hem çocuk hem ana yönünden dava hakkına ilişkin sürelerin, çocuğun başka bir erkekle soybağı ilişkisi varsa, bu ilişkinin ortadan kalktığı tarihten itibaren işlemeye başlayacağı şeklinde düzeltme yapılması gerekirdi⁵⁰³.

Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen TMK m.303/2 hükmünün İsviçre hukukundaki karşılığını oluşturan Medenî Kanun'un 263. maddesinin birinci fıkrasına göre babalık davası açma hakkı, ana için çocuğun doğumundan itibaren; çocuk için ise,

⁵⁰⁰ **Dural/Öğüz/Gümüş**, s.312, kn.1502. **Öğüz, T.:** Anayasa Mahkemesinin Türk Medeni Kanununun Soybağına İlişkin İptal Kararlarının Değerlendirilmesi [Anayasa Mahkemesinin Medeni Hukuka İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumu (21 Mayıs 2012), İstanbul 2013, s.201-210], s.209. Anayasa Mahkemesi'nin TMK m.303/2 hükmünün iptaline ilişkin kararının isabetsiz olduğu ve anılan hükümde düzenlenen hak düşürücü sürelerin varlığını koruması gerektiği yönünde bkz. **Akbıyık**, s.220-221.

⁵⁰¹ Teklif metni için bkz. <https://www2.tbmm.gov.tr/d24/2/2-0431.pdf> (E.T. 11.04.2019).

⁵⁰² “*Madde 303- Babalık davası, çocuğun doğumundan önce veya sonra açılabilir. Ananın dava hakkı, doğumdan başlayarak bir yıl geçmekle düşer. Çocuğun dava hakkı ise beş yıllık süreye tabidir. Çocuğa doğumdan sonra kayyım atanmışsa, çocuk hakkında beş yıllık süre, atamanın kayyım tebliği tarihinde; hiç kayyım atanmamışsa çocuğun ergin olduğu tarihte işlemeye başlar. Çocuk ile başka bir erkek arasında soybağı ilişkisi varsa, beş yıllık süre bu ilişkinin ortadan kalktığı tarihte işlemeye başlar. Beş yıllık süre geçtikten sonra gecikmeyi haklı kılan sebepler varsa, sebebin ortadan kalkmasından başlayarak bir yıl içinde dava açılabilir.*”

⁵⁰³ **Tosun/Baş**, s.115. Bir görüşe göre ise, bu noktada karşı karşıya kalınan temel sorun, sürenin beş yıla çıkartılması ile çözümlenebilecek nitelikte olmayıp, muhakkak bir hak düşürücü süre öngörülmek istendiği takdirde, Almanya'da 1990 yılında yürürlükten kaldırılan Alman Demokratik Cumhuriyeti Aile Kanunu (*Familiengesetzbuch der DDR*) § 56 hükmündeki gibi “öğrenme” olgusunu kıstas alan bir süre tâyini yoluna gidilmesi daha isabetli olur (bkz. **Aksoy-Dursun- Süreler**, s.411).

çocuğun ergin olmasından itibaren bir yıllık hak düşürücü süreye bağlıdır. Bu itibarla, İsviçre hukukunda çocuğun babalık davası açma süresi, ona kayyım atanmasıyla bağlantı kurulmaksızın tek ölçüt üzerinden, çocuk 19 yaşını doldurduğu anda sona erecek şekilde düzenlenmiştir⁵⁰⁴ (ZGB Art.263, Abs.1, Ziff.2). Çocuğun, 19 yaşını dolduruncaya kadar babalık davası açmaması, örneğin biyolojik babanın çocuktan saklanması, ananın bilinmemesi yahut yasal soybağının varlığı hususunda çocuğun hataya düşmesi gibi gecikmeyi haklı kılan sebeplere dayanıyorsa, hak düşürücü süre dolduktan sonra dahi, her zaman babalık davası açılması mümkündür⁵⁰⁵ (ZGB Art.263, Abs.3). Alman hukukunda ise bu konuda herhangi bir yasal düzenleme ile hak düşürücü süre öngörülmediği için, babalık davasının süreye bağlı olmaksızın açılabileceği söylenebilir⁵⁰⁶. Nitekim doktrinde de babalık davasının herhangi bir süreye tâbi olmaması gerektiği fikri baskın olup, soybağının reddi davasındaki aksine, babalık davası yoluyla hukuken babası olmayan bir çocuğun yasal soybağının tespitinde süre getirilerek korunması gereken bir ilişki ya da menfaatin bulunmadığı; bilakis bu noktada getirilen sürenin esasen babaya hizmet ettiği ve onun kurduğu hayatın ve sosyal ilişkilerin sarsılmaması amacının güdüldüğü düşünülür⁵⁰⁷.

Öte yandan ana, başka bir erkekle arasında mevcut yasal soybağının dava yoluyla (örn. soybağının reddi veya tanımanın iptali davalarıyla) ortadan kaldırıldığı hâllerde, bu davaların kabulüne ilişkin kararların şeklen kesinleştiği tarihten itibaren bir yıl içinde babalık davası açabilir (TMK m.303/3). Burada ana için sözü edilen hak düşürücü süre, yasal soybağını ortadan kaldıran (ilk) mahkeme kararının şekli anlamda kesinleştiği tarihten itibaren işlemeye başlar⁵⁰⁸. Fakat yasal soybağını kaldıran önceki davayı ana

⁵⁰⁴ **CHK-Reich**, ZGB 263, N.1, s.835; **Aebi-Müller/Jaggi**, s.355.

⁵⁰⁵ **CHK-Reich**, ZGB 263, N.3, s.835; **Aebi-Müller/Jaggi**, s.355. Öte yandan, İsviçre hukuku bakımından kayyım tarafından babalık davası açılması hâlinde Medeni Kanun'da hak düşürücü süre öngören herhangi bir hüküm mevcut değildir.

⁵⁰⁶ **MüKo-BGB/Wellenhofer**, BGB § 1600d, Rn.2 ve ayrıca bkz. Rn.12.

⁵⁰⁷ **Aksoy-Dursun**- Süreler, s.410. Bazı yabancı hukuk sistemlerinde benzer yaklaşımlara rastlanır. Örneğin İngiliz hukukunda soybağının tespitine ilişkin talep, herhangi bir hak düşürücü süreye bağlanmamıştır (bkz. **Acabey**, s.94-95). Belçika hukukunda ise soybağı davaları, aksi öngörülmediği sürece otuz yıllık hak düşürücü süreye tâbi tutulmuştur (Belçika Medeni Kanunu m.331; bkz. **Acabey**, s.73).

⁵⁰⁸ **Gloor/Lukas**, s.464, N.11.64; **Aebi-Müller/Jaggi**, s.355; **Artus- I**, s.178.

veya çocuktan başka bir kişi açtığına ise, ana için babalık davası açma süresinin, yasal soybağını kaldıran mahkeme kararının şeklen kesinleşmesinden ananın haberdar olduğu tarihte başladığı kabul edilmelidir⁵⁰⁹. Bunun aksini iddia eden ise, ispatla mükelleftir. Diğer bir ifadeyle ananın, soybağını ortadan kaldıran davanın şeklen kesinleştiğini, kendisinin beyan ettiği tarihten daha önce öğrendiği hususunda ispat yükü, bunu iddia edene aittir.

Yine, çocuğun yasal soybağını kurmaya yarayan herhangi bir gelişme (babalık karinesi) olmaksızın, hukuka aykırı şekilde bir başka erkeğin nüfus siciline kaydedildiği hâllerde, bir yıllık dava açma süresinin, nüfus sicilinin düzeltilmesi davası sonunda verilen kararın şeklen kesinleştiği tarihten itibaren işlemeye başlayacağı kabul edilmelidir⁵¹⁰.

Aynı şekilde, af yasasına dayanılarak davalı biyolojik babanın nüfus sicil kayıtlarının mahkemece iptaline ilişkin kararın şeklen kesinleşmesi üzerine davacı ana için babalık davası açma süresi işlemeye başlayıp henüz nüfus kaydının iptali davası kesinleşmeden babalık davası için hak düşürücü süre işlemeye başlamaz⁵¹¹. Fakat evlilik içi çocuğun yasal soybağı, kesinleşmiş bir mahkeme kararıyla henüz kaldırılmadan önce babalık davası açılırsa mahkeme, davayı hemen reddetmek yerine, çocuğun yasal soybağının ortadan kaldırılması konulu diğer derdest davayı bekletici sorun yapıp, o davanın kesinleşen sonucuna göre karar vermesi usul ekonomisi yönünden daha doğru bir tercih olur⁵¹².

⁵⁰⁹ Dural/Öğüz/Gümüş, s.312, kn.1500, dn.177.

⁵¹⁰ Dural/Öğüz/Gümüş, s.312, kn.1501.

⁵¹¹ “...Davacılar doğum kayıtlarının iptaline ilişkin kararın kesinleşmesi tarihine kadar düzgün soylu olarak yazılıdır. Bu dönemde babalık davası açmaları kendilerinden beklenemez. İptal davasının açıldığı tarihte de düzgün soylu olarak kayıtları devam ettiğinden, babalık davasını def’i olarak ortaya koymaları içinde yasal bir zorunluluk yoktur. Davacıların irs ilişkisi nüfus kayıtlarının iptalinin kesinleşmesiyle son bulur. Bundan önceki dönem düzgün soy ilişkisinin var olduğu dönemdir. Soy ilişkisi iptal kararının kesinleşmesi tarihinden itibaren ortadan kalktığına göre Medeni Kanunun 296. madde ile öngörülen 1 yıllık hak düşürücü süre bu tarihten başlar.” (Muhalefet şerhinden- Y. 2. HD. 26.12.1994, 12408/13021; Legalbank İçtihat).

⁵¹² “...Soybağının reddi davası babalık davasını ilgilendirmektedir. Babalık davalarında hak düşürücü süre soybağının reddi ile ilgili hükmün kesinleşme tarihinden itibaren işlemeye başlar (TMK. mad. 303/3) Bu nedenle soybağının reddi ile ilgili davanın bekletici mesele yapılmasının delillerin birlikte

Sonuç itibariyle, evlilik içi çocuğun hukukî babasıyla yasal soybağı ilişkisi sona erdiği takdirde babalık davası açma hakkı, hem çocuk hem de kayyım için bir yıllık süreye bağlandığı söylenebilir. Fakat Anayasa Mahkemesi'nin TMK m.303/2 hükmüyle ilgili kararında ileri sürdüğü iptal sebepleri TMK m.303/3 hükmü açısından da geçerli olup, TMK m.303/2'nin iptalinden sonra m.303/3 hükmünün de anlamını yitirdiği düşünüldüğünde, çocuğun, hak arama özgürlüğü ve yasal soybağının genetik gerçeklikle örtüşür şekilde kurulması ilkesi doğrultusunda, başka bir erkekle olan yasal soybağı kaldırıldıktan sonra, 07.02.2013 tarihi itibariyle hiçbir süre sınırlaması olmaksızın babalık davası açma hakkının bulunduğu kabul edilmelidir⁵¹³.

E. Ek Süre Tanınması

Babalık davasına ilişkin hak düşürücü sürelerin dolması hâlinde, kural olarak dava hakkının düşeceği söylene de, TMK m.303/son hükmünde, bir yıllık hak düşürücü süre geçtikten sonra dava açmakta gecikmeyi haklı kılan bir sebep bulunduğu takdirde, bu sebebin ortadan kalkmasından başlayarak bir ay içinde dava açılabileceği belirtilmektedir⁵¹⁴. Bu itibarla, ana yönünden babalık davasının süresinde açılmamasına yol açan gecikmenin haklı sebebinin oluşturan olgu ortadan kalktığı tarihten itibaren bir aylık

takdiri ve sonucu itibariyle karar verilmesi gerekirken yazılı olduğu şekilde davanın reddi doğru olmamıştır.” (Y. 2. HD. 23.05.2006, E.2005/19930, K.2006/8141; Legalbank İçtihat).

⁵¹³ **Öztan**, s.942; **Dural/Öğüz/Gümüş**, s.312, kn.1499; **Akbıyık**, s.222. “Anayasa Mahkemesi’nin...iptal hükmünün yürürlüğe girmesiyle, davanın reddinin dayandırıldığı 303. maddenin ikinci fıkrası artık yürürlükten kalkmıştır. (6216 s. Anayasa Mah. Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hk. Kanun m.66/3) Böyle bir durumda, iptal kararının yürürlüğe girmesinin ertelendiği süre içinde iptal hükmünün ortaya çıkardığı hukuki boşluk, Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından yeni bir yasal düzenleme ile doldurulmadığına göre; artık mahkemece, iptal kararından sonraki yeni durum dikkate alınarak bir karar verilmesi gerekecektir. Bu bakımdan davanın “hak düşürücü süre geçtiği” gerekçesiyle reddi, Anayasa Mahkemesinin iptal kararının yürürlüğe girmesiyle hukuki dayanağını yitirmiştir. O halde, çocuk tarafından açılan babalık davasını, iptal edilen kanun hükmü dışında hak düşürücü süreye tabi tutan başka bir yasal hüküm de bulunmadığına göre, bu husus nazara alınarak işin esası incelenmek ve hasıl olacak neticesine göre bir karar verilmek üzere hükmün bozulması gerekmiştir.” (Y. 2. HD. 11.02.2013, 1161/2981; aynı yönde bkz. Y. 18. HD. 27.10.2014, 3951/14922; Legalbank İçtihat).

⁵¹⁴ “B.E. kayden 04.07.2008 doğumlu olup dava 11.08.2008 tarihinde açılmıştır. Türk Medeni Kanunu’nun 7/1. maddesine göre “Resmi sicil ve senetler, belgeledikleri olguların doğruluğuna kanıt oluşturur.” Küçüğün doğum tarihinin 04.07.2007 olduğuna dair iddia ve hastane yazısı var ise de kaydın düzeltildiğine dair mahkeme kararı da bulunmamaktadır. Bu itibarla dava süresindedir. Öte yandan davalının çocuğu tanıyacağını söyleyerek davacı anayı oyaladığı da anlaşılmaktadır. Davacı ana yararına Türk Medeni Kanunu’nun 303/son maddesi koşulları da gerçekleşmiştir.” (Y. 18. HD. 27.02.2014, 103/3427; Legalbank İçtihat).

ek süre işlemeye başlar. Örneğin ananın, doğumdan sonra komaya girip uzun müddet bitkisel hayatta kalması, ağır akıl hastalığına tutulması, maddî ve ruhsal yönden ehliyet-sizliği, tehdit, korku ve baskı altında tutulması, memuriyet görevi ya da mecburî devlet hizmeti yükümlülüğü sebebiyle uzun yıllar yabancı bir ülkede bulunması, davalı biyolojik babanın çocuğu tanıyacağına veya kendisiyle evleneceğine inanarak dava açılmasının lüzumsuzluğuna samimiyetle inanması gibi hâllerde⁵¹⁵, gecikmenin haklı sebebe dayandığı ve bir aylık ek sürenin, ana yönünden gecikmeye yol açan durumun ortadan kalktığı andan itibaren işlemeye başlayacağı söylenebilir⁵¹⁶. Bu noktada, ana için hangi olguların gecikmeyi haklı kılan sebep olarak görülebileceği, hâkimin takdirindedir. Ancak evlilik dışı çocuğu doğuran ana, çevre baskısından korktuğu yahut aile onurunu korumak istediği için süresinde babalık davası açmamışsa, olayın alenî hâle gelmesinden sonra dava açması hâlinde, gecikmenin haklı sebepten kaynaklandığı kabul edilemez. Buna rağmen, davacıya, gecikmesini haklı kılan olguları öne sürme olanağı hiç verilmeden ve bu olguların haklı sebep teşkil edip etmediği hiç incelenmeden, salt hak düşürücü sürenin geçirildiği gerekçesiyle, sonradan açılan davanın usulden reddedilmesi ise, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde düzenlenen hak arama özgürlüğüne ve hukukî dinlenilme hakkına aykırılık oluşturur. Bu itibarla, babalık davası için öngörülen hak düşürücü sürenin geçirildiğinin anlaşılması hâlinde, daha sonra açılan davada davacının talebi üzerine, söz konusu gecikmenin hangi sebepten kaynaklandığının mahkemece incelenmesi gerekir⁵¹⁷.

⁵¹⁵ Yargıtay, iğfal olgusunu haklı sebep kapsamında değerlendirerek ananın evlenme vaadiyle kandırıldığı bazı hâllerde ek süre verilmesini uygun bulmuştur [Örneğin bkz. "...Evli bir kişinin evlenme vaadinin ciddi ve kandırıcı olarak kabul edilmesi için boşanma davası açılmış olması gibi başkaca ikna edici olguların var olması gerekir. Hele hele bu vaadin 4-5 yıl gibi bir süre devam ettiğinin kabulü için çok daha ciddi olguların ortaya konması ile mümkündür. Evli bir kişinin davacıya mücerret onunla evleneceğini söylemesi cinsel ilişkinin bu vaadin etkisi altında yapıldığını göstermez." (Y. 2. HD. 30.04.1998, 3372/5077); "...hak düşürücü süre çocuğun doğumundan itibaren başlayacak ise de, davalı çeşitli oyalama ve aldatıcı eylemleri ile sürenin geçmesini sağlamış ise, bu durumun annenin aleyhine kullanılmasına olanak yoktur." (Y. HGK. 12.12.1980, 2-2518/2762; Legalbank İçtihat)].

⁵¹⁶ **Dural/Öğüz/Gümüş**, s.313, kn.1503; **Özsunay**- Dava Süresinin Geçirilmesi, s.223-224.

⁵¹⁷ "...Davacı tarafından İzmir Asliye Hukuk Mahkemesi'nde açılan babalığın tespiti hakkındaki dava reddedilmiş, Yargıtay denetiminden geçmek suretiyle 09.05.2002 tarihinde kesinleşmiştir. Bu dava ile ilgili olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nce; davacıya Türk Medeni Kanunu'nun 303/son maddesi uyarınca gecikmede haklı nedenleri ileri sürme olanağı verilmemek suretiyle Sözleşme'nin

Öte yandan, davalının hak düşürücü süre yönünde davaya itiraz etmesi dürüstlük kuralıyla bağdaşmıyor ve hakkın kötüye kullanılması (TMK m.2) niteliği taşıyorsa, davacıya hakkın kötüye kullandığına ilişkin defi (*replicatio doli*) imkânı tanınmalı ve bunun üzerine mahkemece hak düşürücü sürenin dolduğu hususu dikkate alınmamalıdır⁵¹⁸. Bu bağlamda davalı, hâl ve tavırlarıyla davacı ana nezdinde babalık davası açmanın yersiz olacağı yönünde izlenim uyandırıp ananın yasal süreyi dava açmadan geçirmesine sebep olursa; örneğin davalı, daha önceden çocuğu tanıma işlemiyle yasal soybağına geçirdiği izlenimi uyandırıp anayı aldatır ve aslında tanınmanın geçerli olmadığı sonradan ortaya çıkarsa, ana yönünden işleyen hak düşürücü süre artık geçerli olmaz ve ana ek süreden yararlanarak babalık davası açabilir⁵¹⁹. Yine, hile boyutuna ulaşmasa bile davalı, kendi hareketleriyle biyolojik babalığı ve buna bağlanan hukukî/malî bütün sonuçları kabullendiği algısı yaratıp, davacı anada ciddî ve haklı bir kanaatin oluşmasına yol açarsa, artık hak düşürücü süre yönünden babalık davasına itiraz, savunma hakkının kötüye kullanılması boyutuna evrilir⁵²⁰. Fakat davalının davacı anaya şüpheli ve miktarı belirsiz ödeme vaadinde bulunmuş yahut bilfiil ödemeler yapmış olması, biyolojik babalığı açıkça inkâr etmeyip üstü örtülü şekilde ikrar etmekle yetinmesi gibi hâllerde ise, hak düşürücü süre yönünden davalının itirazını hakkın kötüye kullanılması kapsamına

8. maddesinin ihlal edildiğinin kabulü gerektiği, davacının davasının babalık davası olarak nitelen-dirilip zamanaşımı kuralının uygulanmasından dolayı kararın adil olmadığı hakkındaki iddiasının ise 8. madde kapsamında kabul edilebilir olduğu, ayrıca Sözleşme'nin 6. maddesinin ihlal edilip edilmediğinin incelenmesine gerek bulunmadığına karar verildiği anlaşılmaktadır... Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 379/1 maddesi uyarınca talebin kanuni süre içinde yapıldığı, yargılamanın iadesi talebinin kesinleşmiş mahkeme kararı hakkında istendiği, talebin kanunda yazılı sebebe dayandığı anlaşılmaktadır. Davacının Türk Medeni Kanunu'nun 282/2 ve 301. maddeleri uyarınca babalığın tespiti hakkında talebi var ise de, yargılamanın iadesine konu ettiği davada buna ilişkin talebinin olmadığına mahkemece gözetilmesi, davanın esasının incelenerek sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, dinlenebilir olmadığı gerekçesi ile yazılı şekilde ret hükmü kurulması doğru görülmemiştir..." (Y. 18. HD. 27.03.2014, E.2013/18714, K.2014/5718; Legalbank İçtihat).

⁵¹⁸ **Özsunay-** Dava Süresinin Başlangıcı, s.518-519; **Arslan-** Dürüstlük, s.88; **Tekinay-** Aile, s.583-584; **Oğuzman/Dural,** s.342; **Dural/Öğüz/Gümüş,** s.313, kn.1503.

⁵¹⁹ **Özsunay-** Dava Süresinin Geçirilmesi, s.224-225 ve yine aynı yerde dn.25; **Arslan-** Dürüstlük, s.88.

⁵²⁰ **Tekinay-** Aile, s.584; **Özsunay-** Dava Süresinin Geçirilmesi, s.224. Nitekim Yargıtay, bir kararında, davalının, davacı anayı "seni nikâhla alacağım, kocaya varma, çocuğumu gözet, sefil etme" diye son âna kadar oyalayıp süresinde dava açmaktan alıkoyduğu ve çocuğa her ay belli miktarda nafaka verdiği sabit görülen olaya ilişkin davada, hile ile anayı aldatarak süreyi geçirten davalının hak düşürücü süreye sığınıp itirazda bulunamayacağı, bunun hakkın kötüye kullanılması teşkil ettiği yönünde sonuca varmıştır (bkz. HGK. 13.03.1946, 2-19/22; **Özsunay-** Dava Süresinin Geçirilmesi, s.227).

sokmaz; zira bu gibi davranışlar, davacı ana nezdinde babalık davası açmanın gereksiz olduğu izlenimini uyandırmaya yeterli değildir⁵²¹.

Bu noktada, TMK m.303/son hükmünün yalnızca ana için uygulanabilir olduğunu; çocuk yönünden ise Anayasa Mahkemesi'nce iptal edildiğini ve 21.07.2013 tarihinden itibaren çocuğun, kendisine kayyım atansın atanmasını, süre sınırı olmaksızın babalık davası açabileceğini tekrar vurgulamak gerekir⁵²². Anayasa Mahkemesi'nin, daha önce değindiğimiz iptal kararında, çocuğa babalık davası açmak için tanınan bir yıllık sürenin haklı bir sebeple kullanılamaması hâlinde, bunun yerine öngörülen bir aylık ek sürenin çok sınırlı olması ve yine hak düşürücü nitelikteki bu sürenin de dolmasından sonra çocuğun biyolojik babasıyla yasal soybağını kurma ve buna bağlı haklara sahip olma olanağını tümüyle yitireceği düşüncesinden hareketle, çocuğun maddî ve manevî varlığını geliştirme hakkını ve hak arama özgürlüğünü sınırlayan bu bir aylık ek sürenin adil, ölçülü ve makul olmadığı ifade edilmiştir. Aslında Anayasa Mahkemesi'nin TMK m.303/2'yi iptal eden kararından sonra, zaten TMK m.303/son hükmünün çocuk yönünden anlam ve işlevi kalmadığı için, bu hükmün de iptal edilmesinin gereksiz ve isabetsiz olduğu, aynı zamanda tanınan iptali davası ile sonradan evlenme yoluyla kurulan soybağına itiraz davası bakımından öngörülen ek dava sürelerine ilişkin Türk Medenî Kanunu'nun m.300/4 ve m.294/3 hükümleriyle paralellik ve eşgüdümün bozulduğu da görülür⁵²³.

Ayrıca, TMK m.303/son hükmü kapsamında gecikmeyi haklı kılan herhangi bir sebep bulunmasa dahi, sürenin sona ermesinden önce açılmış olan babalık davası, usule ilişkin eksikliklerden dolayı reddedilirse; örneğin, yetkisizlik kararı verilir ve bu karar kesinleşinceye kadar dava açma süresi dolmuş olursa, TBK m.158 hükmü kıyasen uygulanmak suretiyle, yeniden dava açabilmesi için davacıya ilk davanın usulden reddi kararının şeklen kesinleşmesinden itibaren altmış günlük ek süre tanınması ve davacının

⁵²¹ Konuyla ilgili İsviçre Federal Mahkemesi içtihatları için ayrıca bkz. **Tekinay-** Aile, s.584, dn.6-7.

⁵²² AYM. E.2011/116, K.2012/39 sayılı ve 15.03.2012 günlü kararı (bkz. RG. 21.07.2012, Sa.28360).

⁵²³ Soybağı davalarıyla ilgili olarak ana ve çocuk yönünden öğrenmeden itibaren başlayan nispi nitelikte hak düşürücü sürelerin yeniden düzenlenip mutlaka korunması gerektiği yönünde bkz. **Akbiyık**, s.220, dn.49.

bu ek süre içinde babalık davasını açabilmesi gerekir⁵²⁴. Zira anılan hüküm, bir davanın, açıldığı yerdeki mahkemece görülmesinde görev veya yetki yönünden usulî bir engel yahut düzeltilmesi mümkün bir şekil eksikliği yüzünden reddedilmesi ve bu arada da hak düşürücü sürenin dolması durumunda, hakkın ileri sürülebilmesi için davacıya altmış günlük ek süre tanımakta olup, söz konusu hükmün, davalının hukukî pozisyonunu kötüleştiren veya menfaatlerini tehlikeye düşüren herhangi bir sonuç doğurmadığı söylenebilir⁵²⁵.

§ 5. YARGILAMA USULÜ

A. Aile Mahkemelerinde Uygulanan Yargılama Usulü

I. Genel Olarak

Soybağına ilişkin uyuşmazlığı içeren babalık davasında geçerli yargılama usulünün öne çıkan özellikleri ve yargılamaya ilişkin temel ilkeleri anlatmadan önce, davaya konu uyuşmazlığın ait olduğu hukuk alanı, talep edilen hukukî himayenin ve korunmak istenen menfaatin taşıdığı özellikler, davada görevli mahkeme ve bu mahkemeye ilişkin yargılama usulünün genel hatları açıklanmalıdır. Bu itibarla, daha önce değinildiği üzere, Türk Medeni Kanunu’nun Aile Hukuku Kitabına dahil soybağı hükümlerinden doğan uyuşmazlığın incelendiği babalık davasında görevli mahkeme aile mahkemesidir. Bu çerçevede babalık davasında izlenecek yargılama usulü ve özellikle yargılamaya egemen olan ilkeler açıklanırken, aile mahkemesinde geçerli usul hukuku normlarının ele alınması gerekir.

Her şeyden önce, Anayasa’nın ‘Ailenin Korunması’ kenar başlıklı 41. maddesine göre devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocuğun korunmasını sağlamak üzere gereken tedbirleri alır ve buna yönelik teşkilatı oluşturur (AY m.41/2). Anayasa’nın 41. maddesinin yanı sıra, ailenin korunmasına ilişkin olarak, başka yasal

⁵²⁴ **Tekinay-** Aile, s.585; **Oğuzman/Dural**, s.342; **Özsunay-** Dava Süresinin Geçirilmesi, s.228; **Özsunay-** Dava Süresinin Başlangıcı, s.519-520.

⁵²⁵ **Özsunay-** Dava Süresinin Geçirilmesi, s.233-234. Mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu’nun 137. maddesine göre yalnızca zamanaşımı sürelerinin dolması hâlinde davacıya ek süre tanınmış olması, madde metninde açıkça hak düşürücü süreler yer verilmemesi sebebiyle hak düşürücü süreler bakımından “kıyasen” aynı sonuca varılması hususundaki görüş ve tartışmalar için bkz. **Özsunay-** Dava Süresinin Geçirilmesi, s.232 vd.

düzenlemelerden de söz edilebilir. Bu bağlamda, halihazırda yürürlükten kaldırılmış olsa da, 14.01.1998 tarih ve 4320 sayılı (mülga) “Ailenin Korunmasına Dair Kanun” ve onun yerine yürürlüğe sokulan (yeni) 4787 sayılı “Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun”, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun Aile Hukuku kitabı ve aile hukukuna ilişkin diğer hükümleri, Türk Ceza Kanunu’nda düzenlenen aileye ilişkin hükümler ile, aile ve çocuğun korunmasına ilişkin taraf olunan uluslararası anlaşmalar, kanun koyucunun aileye verdiği önemi göstermeye elverişli temel düzenlemeler arasında sayılabilir.

Her ne kadar aile hukukundan doğan ilişkiler, özü itibariyle özel hukuka dahil olsa ve özel hukuk alanında devletin müdahalesi kısıtlı bulunsa dahi devletin, aile kurumuna ve aile ilişkilerinin hukukî temelini oluşturan aile hukukuna müdahalesinin, özel hukuka ait diğer hukuk alanlarına nazaran daha fazla olduğu görülür⁵²⁶. Bu cümleden olarak, toplumsal gelişime yönelik taşıdığı önemli işlevleri yerine getirebilmesi için ailenin, sosyal ve ekonomik yönlerden olduğu gibi, hukukî açıdan da korunması elzemdir. Bir başka ifadeyle, aile hukukundan doğan uyuşmazlıkların, ailenin, sosyolojik, psikolojik yapısı ve kültürel özellikleri dikkate alınarak yargılama yapılması için uzman bir mahkemenin kurulması ve özel düzenlemelerin sevk edilmesi zarurîdir⁵²⁷. Nitekim 4787 sayılı Kanun’un gerekçesinde de bu hususa özellikle değinildiği görülür⁵²⁸.

Anılan gerekçelerle, ailenin korunmasına yönelik adlî yargı teşkilatı kapsamında özel görevli aile mahkemeleri kurulmuş ve yurdun büyük kısmında faaliyet göstermesi

⁵²⁶ **Tercan, E.:** Türk Aile Mahkemeleri (AÜHFD, C.52, S.2003/3, s.19-53), s.19-20.

⁵²⁷ **Tercan-** Aile Mahkemeleri, s.20-21.

⁵²⁸ “Toplumsal temelini oluşturan ailenin korunması için gerekli önlemlerin alınması ihtiyacı her geçen gün artmaktadır. Hiç şüphesiz, bir toplumda sosyal barış ve adaletin sağlanmasında, demokratik haklara saygılı, sağlıklı, topluma yararlı bireylerin yetiştirilmesinde ailenin önemi inkar edilemez bir gerçektir. Ailenin korunması görevi ise Devlete aittir. Günümüzde bir çok sahada olduğu gibi, sosyal yapıdaki baş döndürücü gelişmeler ve karmaşıklık, eşlerin ve çocukların da sorunlarının artmasına ve olumsuzluklar yaşamalarına neden olabilmektedir. Bu sorunların çözümünde yargı alanına giren konular bakımından da bir takım yenilikler getirilmesi zorunluluğu bulunmaktadır. Bir çok ülkenin iç hukuklarında aile mahkemelerine ilişkin düzenlemelerin yer aldığı, örneğin Kanada ve Almanya’da aile mahkemeleri bulunduğu bilinmektedir. Ülkemizde ise yürürlükte olan mevzuat hükümlerine göre, aileye ilişkin dava ve işler halen genel mahkemelerde görülmektedir. Bu mahkemeler, aileye ilişkin davaların yanı sıra diğer hukuk davalarına da bakmak durumunda olup, ayrıca aile ile ilgili uyuşmazlıkların çözümünde ihtiyaç duyulan, psikolog, pedagog ve sosyal çalışmacı mahkeme bünyesinde bulunmamaktadır. Buysa, mevcut mahkemelerin aile hukukundan doğan dava ve işlerin çözülmesinde kendilerinden beklenen işlevi yeterince yerine getirmesine engel olmaktadır. Ayrıca, ... 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun özellikle aile hukukuna ilişkin hükümlerinden beklenen amacın gerçekleşmesi bakımından da aile mahkemelerinin kurulması bir ihtiyaç haline gelmiştir.” (Hükümet Gerekçesinden).

sağlanmıştır⁵²⁹. Özel mahkemeler arasında ve aile hukukundan doğan davalara bakmakla görevli olan aile mahkemelerinde uygulanacak yargılama usulü ile ilgili olarak, öncelikle özel kanun niteliğindeki 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun hükümleri işlerlik kazanır.

Aile mahkemelerinin kuruluş, görev ve yargılama usullerini düzenleyen bu Kanun, aile hukukundan doğan dava ve işleri görmek üzere kurulan aile mahkemelerine dair hükümleri kapsar (AMK m.1). Yine, anılan Kanun'un 7. maddesine göre, diğer kanunlarda özel hükümlere rastlanmadığı sürece aile mahkemelerinde öncelikle 4787 sayılı Kanun hükümleri uygulanır. Bu Kanun'da hüküm bulunmayan hâllerde ise, Türk Medenî Kanunu'nda yer alan usul hükümleri ve bunun akabinde Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndaki konuyla ilgili hükümler aile mahkemeleri önünde cereyan eden yargılamaların kurallarını belirler⁵³⁰ (AMK m.7/3).

Görüldüğü gibi, 4787 sayılı Kanun'un 7. maddesindeki özel hüküm bir kenara bırakılacak olursa, anılan Kanun'da kanun koyucunun, aile mahkemesinde genel olarak geçerli yargılama usulüne ilişkin açık bir düzenleme sevk etmediği söylenebilir. 4787 sayılı Kanun'un 7. maddesinin üçüncü fıkrasıyla aile mahkemelerinde geçerli yargılama usulü bakımından gönderme yapılan Türk Medenî Kanunu'nun aile hukukuna ilişkin ikinci kitabında ise aile hukuku kapsamındaki belirli dava ve işlere ilişkin yargılama bakımından özel usul hükümleri öngörülmüş olmakla birlikte, bu özel hükümler esas itibarıyla aile mahkemelerinde geçerli yargılama usulünün genel hatlarını ve sistematikliğini düzenlemediğinden, meseleye 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu çerçevesinde yaklaşmaktan başka seçenek yoktur.

Öte yandan, kanun koyucunun, 4787 sayılı Aile Mahkemeleri Kanunu vasıtasıyla, aile mahkemelerindeki yargılama usulü bakımından, özel hukukun diğer alanlarındaki uyumsuzluklara nazaran, hâkime daha geniş yetki ve sorumluluk tanıdığı, böylece

⁵²⁹ 4787 sayılı Kanun'un 2. maddesine göre aile mahkemeleri, Adalet Bakanlığınca Hâkimler ve Savcılar Kurulunun olumlu görüşü alınarak her ilde ve merkez nüfusu yüzbinin üzerindeki her ilçede, tek hâkimli ve asliye mahkemesi derecesinde olmak üzere kurulur ve gerektiğinde yine bu usule göre bir yerdeki aile mahkemesinin birden çok dairesi kurulabilir. (m.2/1-2).

⁵³⁰ **Baktır, S.:** Aile Mahkemeleri, Ankara 2003, s.76; **Kuru, B.:** Medenî Usul Hukuku El Kitabı, C.I-II, Ankara 2020, s.1783; **Karşlı-** Muhakeme, s.104.

ailenin korunması adına ona daha aktif bir rol biçtiği söylebilir. Nitekim bu doğrultuda ilk olarak, 4787 sayılı Kanun'un 7. maddesinin birinci fıkrasına göre aile mahkemesi hâkimi, önüne gelen dava veya işin somut koşulları doğrultusunda, dosyanın esasına girmeden önce, aile içindeki karşılıklı sevgi, saygı ve hoşgörünün korunması bakımından eşlerin ve çocukların karşı karşıya oldukları sorunları tespit ederek, bunların sulh yoluyla çözümünü, gerektiğinde uzmanlardan da yararlanarak teşvik eder ve sulh sağlanmadığı takdirde ise yargılamaya devam ederek esas hakkındaki kararını vermekle ödevlidir. Dolayısıyla aile mahkemesi hâkiminin, önüne gelen uyuşmazlığın çözümünde öncelikle sulh yolunu denemesi; sulh girişimi başarısızlıkla sonuçlandığı takdirde yargılamaya devam edip esas hakkında karar vermesi düzenlendiğinden, esas itibariyle sulh yoluyla çözümün tercih edildiği söylenebilir⁵³¹.

II. Aile Mahkemelerinde Sulhe Teşvik Ödevi

1. Genel Olarak

Kanun koyucunun, aile mahkemesi hâkimine, 4787 sayılı Aile Mahkemeleri Kanunu ile yüklediği ödevlerden ilkinin sulhe teşvik ödevi oluşturur. Sulhe teşvik ödevi doğrultusunda aile mahkemesi hâkimi, hem yazılı hem de basit yargılama usulü bakımından uyuşmazlığın sulh yoluyla sona erdirilmesinin mümkün olduğu davalarda esasa geçilmeden en geç ön inceleme aşamasında, mahkeme bünyesinde görevli uzmanların da yardım ve desteğiyle, taraflar arasında sulhun tesisine katkı sağlamak, buna yönelik gereken azamî gayreti göstermek zorundadır⁵³². Bir başka ifadeyle hâkim, tarafların sulh olabilmesi için, önce taraflar arasındaki uyuşmazlığın somut koşulları ve tarafların kişisel durumları hakkında, uzmanlardan da yararlanarak (AMK m.5) ayrıntılı bilgi edinmeli; sulhe ilişkin gerekli ortamı ve şartları önceden hazırlamalı; gerekirse, taraflara sulhun sağlanması açısından somut tekliflerde bulunmalıdır. Aksi takdirde sulhun tesisi için hâkim, özverili, samimî ve sonuç almaya yönelik gayret göstermezse, bu sulh giri-

⁵³¹ **Tercan-** Aile Mahkemeleri, s.47.

⁵³² Hâkimin sulhe teşvik ödevi yerine uzlaştırma kavramını tercih eden ve uzlaştırıcı olarak da hâkimleri veya Avukatlık Kanunu m.35/A çerçevesinde avukatları öneren görüş için bkz. **Sirmen, L./Koçhisarhoğlu, C./Tanrıver, S./Süral, N./Tercan, E.:** Karşılaştırmalı Hukukta Aile Mahkemeleri ve Türkiye'de Aile Mahkemelerinin Kurulmasında Yararlanılabilecek Bir Model (Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C.5, S.2000/3, s.1-32), s.28-29.

şimi bir sonuç vermez⁵³³. Bu itibarla hâkim, tarafların beyanlarına başvurmasına rağmen, onların içinde bulundukları sorunları doğru saptamaya yönelik yeterli ve elverişli neticeler elde edemezse, işin esasına girer ve yargılamanın ilerleyen aşamalarında somut olayın koşullarını ve tarafların sorunlarını daha sağlıklı idrak edebildiğini anlarsa, nihai kararını vermeden önce, gerekirse bir defa daha tarafları sulhe teşvik edebilir⁵³⁴. 4787 sayılı Kanun'da aile mahkemesi hâkimine yönelik öngörölmüş olan sulhe teşvik ödevinin, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 137. maddesinin ilk fıkrasıyla da uyumlu ve eşgüdüm içerisinde olduğu görölr. Fakat taraflar arasında derin sorunların yaşandığı, sulh teşvikin zaman kaybı ve davayı gereksiz süröncemede bırakmaktan başka bir sonuç doğurmayacağı anlaşılan hâllerde hakimin takdiriyle sulh girişimine hiç başlanmaması ve mahkemeye gelen dava veya işin doğrudan esasına girilip hüküm verilmesi usul ekonomisi yönünden daha isabetli olabilir⁵³⁵.

2. Sulhe Teşvik Ödevinin Niteliğı ve İşlevi

Aile mahkemeleri bakımından sulhe teşvik ödevinin düzenlendiğı 4787 sayılı Kanun'un 7. maddesindeki sulhten maksat, esasen teknik anlamda sulh değildir. Aslında burada, 1086 sayılı (mölga) Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 494-499. maddelerinde düzenlenmiş olan ve 1963 tarihinde Kanun'dan çıkarılan sulh teşebbüsüne benzer bir kavram kullanılmaktadır⁵³⁶. Gelgelelim, aile hukuku uyuşmazlıklarının birçokğunda tarafların dava konusu üzerinde tasarruf yetkileri bulunmadığı için teknik anlamda sulh mümkün olamaz (HMK m.313/2). Burada kastedilen tarafların barıştırılmaya ve uzlaştırılmaya çalışılması⁵³⁷ yahut taraflar arasında anlaşmaya varılan hususların hâkim

⁵³³ **Tercan-** Aile Mahkemeleri, s.48.

⁵³⁴ **Aras, B.:** Aile Mahkemelerinde Tarafların Sulh Yoluyla Çözöme Teşviki (YD, C.31, S.2005/3, s.303-310), s.305.

⁵³⁵ **Aras-** Sulh, s.306.

⁵³⁶ 1963 yılına kadar uygulanan "sulh teşebbüsü", 4787 s. AMK. m.7/1'de belirtilen "sulhe teşvik" kavramına içerik itibariyle benzemekle birlikte, ondan bazı farklılıklar da göstermekteydi. O dönem uygulanan sulh teşebbüsü, sadece boşanma davaları için kabul edildiğı halde; sulhe teşvik, aile hukukundan kaynaklanan her tür uyuşmazlık için mümkündür. Ayrıca "sulh teşebbüsü", asıl davaya bakmakla görevli mahkemece değil, sulh hukuk mahkemesi tarafından uygulanmakta ve bu durum, sulh teşebbüsünü gereksiz bir formalite haline getirmekteydi. Bu sebeple eleştirilere maruz kalan hükümler, (1086 s. K. m.494-499) 1963 tarihinde yasadan çıkarılmıştır (bkz. **Aras-** Sulh, s.304-305).

⁵³⁷ **Önen, E.:** Medeni Medenî Yargılama Hukukunda Sulh, Ankara 1972, s.104; **Aras-** Sulh, s.304.

tarafından uygun görülüp onaylanması⁵³⁸ şeklinde düşünülebilir. Fakat uygulamada ise, sulhe teşvik ödevi (veya sulh teşebbüsü) genellikle davanın esasına girilmesi için geçirilmesi gereken ve alalecele tarafların sulhe teşvik edildiklerine dair ibarenin duruşma tutanağına geçirilmesiyle kağıt üzerinde tamamlanan usulî bir aşama olarak kalmaktadır⁵³⁹. Esas itibarıyla, kanımızca 4787 sayılı Kanun’un öngördüğü sulhe teşvik ödevi, aile mahkemelerinin kuruluş amacına paralel olarak öncelikle aile birliğinin devamını sağlamaya yönelik müzakere yöntemlerinin, gerektiğinde uzmanların ve arabulucuların yardımından da yararlanılarak kullanılmasını ve sulh yolunun aranmasını; aile birliğinin korunması mümkün olmadığı takdirde ise, çocuğun hak ve menfaatlerinin azamî ölçüde korunmasını sağlamaya yönelik hususlar üzerinde uzlaştırma çabasını içerir⁵⁴⁰. Fakat yine de, aile mahkemelerinde hâkimin sulhe teşvik ödevinin anlamı ve niteliği, nasıl yerine getirileceği, kapsamında nelerin yer aldığı ve sonuçları ile ilgili olarak Kanun’da açık hükümlerin sevk edilmesi gerektiği ortadadır⁵⁴¹.

Öte yandan, 4787 sayılı Kanun’un 7. maddesinin birinci fıkrasında geçen “*esasa girmeden önce*” ifadesinden, kanımızca en geç ön inceleme duruşması anlaşılmalıdır⁵⁴². Şayet davanın esasına girilmeden önce, en geç ön inceleme aşamasında sulhe teşvik ödevinin gereği yerine getirilmeyip doğrudan tahkikat aşamasına geçilir ve esas hakkında karar verilirse, bu durum bir bozma sebebi (hatta hâkimin hukukî sorumluluğunu doğurmaya elverişli bir sebep) teşkil eder⁵⁴³. Gerçi kanun hükmünün lafzından hâkimin, sulhe yönelik girişimini uyuşmazlığın esasına girmeden önce yapması gerektiği anlaşılsa da, aslında “*sulh davanın başında sağlanamadı, bir daha da sağlanamaz*” tarzında bir sonuca varmak da doğru değildir. Zira hakim açısından, davanın başından sonuna, nihai karar verilene kadar, tarafları daima sulhe teşvik edebilmesi ve uyuşmaz-

⁵³⁸ **Akkaya, T.:** Aile Mahkemelerinde Boşanma Yargılamasına İlişkin Tespit ve Öneriler [Özel Mahkemeler ve Özel Mahkemelerdeki Yargılama Usulü (Türk Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukukçuları Birliği XVII. Toplantısı, 4-5 Ekim 2019/Antalya), Ankara 2021, s.141-162], s.160.

⁵³⁹ **Direnisa, E.:** Medenî Yargılamada Ön İnceleme Aşaması, İstanbul 2021, s.202-203; **Akkaya-** Aile Mahkemeleri, s.158.

⁵⁴⁰ **Aras-** Sulh, s.305.

⁵⁴¹ **Akkaya-** Aile Mahkemeleri, s.160.

⁵⁴² Farklı bir görüşe göre, ‘esasa girmeden önce’ ibaresinin yerine, ‘hâkim yarar gördüğünde’ denilmesi daha isabetli olurdu [bkz. **Özel, Ç./Tatar, E.:** Aile Mahkemelerinin Yapısı ve Kararları Üzerine Genel Bir Değerlendirme (Sosyo Ekonomi Dergisi, S.2008/1, s.49-87), s.62].

⁵⁴³ **Tanriver-** Aile Mahkemeleri, s.84; **Direnisa-** Ön İnceleme, s.208-209.

lğın sulh yoluyla hâlli için nihai karar verinceye kadar çalışmalarını sürdürebilmesinin önünde herhangi bir usulî engel yoktur⁵⁴⁴. Ayrıca kanun koyucunun, anılan hükümdeki “gerektiğinde uzmanlardan da yararlanarak teşvik eder” ifadesinden sulhe teşvik ödevini emredici bir düzenlemeyle öngördüğü ve sulhe teşviğin ihtiyarî değil, mecburî olduğu anlaşılmaktadır⁵⁴⁵.

4787 sayılı Kanun’un 7. maddesindeki bu kuralın, HMK m.140/2 ve m.320/2 hükümleriyle de uyum içinde olduğu görülür. Dolayısıyla aile mahkemelerinde, ne tür yargılama usulü geçerli olursa olsun, sulhe teşvik ödevinin işlerlik kazandığı hâllerde özel düzenleme sevk edilmediği sürece HMK m.140/2 ve m.320/2 hükümleri uygulanabileceğinden, hâkimin, tarafları arabuluculuğa yönlendirmesinin de bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiği söylenebilir⁵⁴⁶. Bunun yanı sıra, Avukatlık Kanunu’nun 35/A maddesine göre uzlaştırma kurumunun devreye sokulması ve avukatların, tarafları karşılıklı uzlaşmaya daveti üzerine tarafların uzlaşma yolunda çaba göstermesi de 4787 sayılı Kanun’un 7. maddesi çerçevesinde işlerlik kazandırılacak alternatif bir seçenek olarak düşünülebilir. Zira, hâkimin sulhe teşvik ödeviyle avukatların tarafları uzlaşmaya daveti işlevsel açıdan aynı amaca hizmet eden birbirine benzer hukukî kurumlar olarak nitelendirilebilir. Hâkimin tarafları sulhe teşvik ödevi için belirli bir usul kesitinin öngörülmüş olması, taraflar bakımından davanın esasına girildikten sonraki dönemde uyumsuzluğu sulh yoluyla sona erdirmeye imkânını ortadan kaldırdığı söylenemez⁵⁴⁷.

Öte yandan, hâkimin sulhe teşvik ödevi, yalnızca tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri uyumsuzluklar bakımından geçerli olup, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri türden kamu düzenine ilişkin uyumsuzluklar sulhe elverişli olmadıklarından, bu tür uyumsuzlukları konu alan davalarda hâkimin sulhe teşvik

⁵⁴⁴ **Tercan-** Aile Mahkemeleri, s.48.

⁵⁴⁵ **Petek, H.:** Medeni Usul Hukukuna Hakim Olan İlkeler Işığında Boşanma Davaları (İzBD, C.65, 2000, s.12-54), s.35; **Tercan-** Aile Mahkemeleri, s.48-49. Hâlbuki 1086 sayılı (mülga) HUMK m.213’de “*Davanın her aşamasında tahkikat hakimi iki tarafı veya vekillerini çağırarak davanın maddi olguları hakkında beyanlarını dinleyebilir ve sonuç vereceği umulan hallerde bunları sulha da teşvik edebilir.*” şeklinde düzenlenen hükümde ise bir kesinlikten ziyade, hâkime yalnızca bir yol gösterilmesi, tavsiyede bulunulması ve yetki verilmesi söz konusudur (bkz. **Aras-** Sulh, s.304).

⁵⁴⁶ **Tanrıver, S.:** Türk Aile Mahkemesi Hâkimlerinin Sulhe Teşvik Ödevi [Makalelerim-III, Ankara 2016, s.199-202 (Kadına Yönelik Şiddet ve Ev İçi Şiddet, Ankara 2014, s.111-115)], s.200.

⁵⁴⁷ **Tanrıver-** Aile Mahkemeleri, s.84.

ödevinden söz edilemez (HMK m.313/2). Bir başka ifadeyle kanun koyucu, aile mahkemelerinde sulhe teşvik ödevini açıkça düzenlemiş olmakla birlikte, aile hukuku meselelerinde, aile mahkemesinde görülen davaların büyük bir kesimi kamu düzeniyle yakından ilişkili olduğundan ve taraflar dava konusu üzerinde serbestçe tasarrufta bulunamayacağından, tarafların tasarruf yetkisinin kısıtlı olması sebebiyle tarafların sulh olanağının çok sınırlı kaldığı söylenebilir⁵⁴⁸.

O hâlde, taraflar sulh yoluyla davayı sona erdiremez iken ve hâkim tarafların yapmış oldukları sulh ile bağlı değilken, 4787 sayılı Aile Mahkemeleri Kanunu'nun 7. maddesinde düzenlenen sulhun hüküm ve sonuçları tartışmaya açıktır. Bu konuda doktrindeki bir görüşe göre⁵⁴⁹, aile mahkemesi hâkimi, görev alanına giren her türlü davada tarafları sulhe teşvikle ödevli olup bu husus emredici bir nitelik taşır. Fakat aile mahkemesinin gördüğü davaların büyük kısmının kamu düzeniyle yakından ilişkili olduğu ve kamu düzenini ilgilendiren meselelerde tarafların dava konusu üzerinde serbestçe tasarruf etme yetkisinin bulunmadığı dikkate alındığında, AMK m.7'de düzenlenen sulhe teşvik ödevinin anlam ve önemini kaybetmesi olasıdır. Bu durumda tarafların, üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri konulara ilişkin davalarda kendi aralarında bir anlaşmaya varmaları ve hâkim tarafından bu anlaşma doğrultusunda uyuşmazlığın çözümlenmesini istemeleri hâlinde hâkimin, varılan anlaşmayla bağlı olmaksızın, uyuşmazlık konusu vakıaların doğru olduğuna vicdanen kanaat getirmesi üzerine, davayı yine kendi vereceği kararla sonlandırması ve dolayısıyla bu tür davalarda sulhun, hâkimi bağlamadığı ve davayı sona erdirici bir işlev taşımadığı hâlde, sadece hâkimin esas hakkındaki kanaatine ve vereceği nihai kararın temelini oluşturup ona yön verebilmesi

⁵⁴⁸ **Tercan-** Aile Mahkemeleri, s.47. Ancak doktrinde bir görüşe göre, davaya son veren taraf işlemlerinden sulh, ön inceleme aşamasındaki sulhe teşvik ödevinden kapsam itibarıyla daha geniştir. Zira sulhe teşvik ödevi, davada toplanan dava malzemesi ile sınırlı olarak, ancak dava konusu uyuşmazlık hakkında mevcut olup, dava dışı hususlar açısından hâkimin sulhe teşvik ödevinden bahsedilemez. Yine, ön inceleme aşaması tamamlandıktan sonra sulhe teşvik bir ödev olmaktan çıktığı için, sulhe teşvik ödevinin, sulhun ön inceleme aşamasına özgü özel bir görünüm biçimi olduğu söylenebilir [bkz. **Ermenek, İ.:** Hukuk Muhakemeleri Kanuna Göre Ön İnceleme (İnÜHFD, C.II, S.2011/1, s.139-175), s.164].

⁵⁴⁹ **Ercan, İ.:** Aile Mahkemesinde Uyuşmazlıkların Sulh Yoluyla Çözümlemesi (Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan, İstanbul 2007, s.63-102), s.89-90; **İldır, G.:** Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Ankara 2003, s.148; **Karagülmez, A./Ural, S. S.:** Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usulleri, Ankara 2003, s.207.

düşünülebilir⁵⁵⁰. 4787 sayılı Kanun'un m.7/1 hükmünde düzenlenen sulh, tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunamayacakları davalarda, ancak bu şekilde bir etki ve öneme sahip olabilir⁵⁵¹. Buna ilâveten, teknik anlamda sulh kavramından farklı olarak, 4787 sayılı Kanun'un 7. maddesinde zikredilen sulh kurumu, bir prosedürü, işleyişi yahut yargılama kesitini kastettiği hâlde, Hukuk Muhakemeleri Kanunu çerçevesinde teknik anlamda sulhten maksat ise, müzakere sürecinin sonunda varılan anlaşmanın sonuçları ve dava üzerindeki etkileridir.

Netice itibariyle, soybağına ilişkin davalardan olan babalık davasının, kamu düzeninden sayılıp, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri davalardan olması sebebiyle, sulhe elverişli nitelik taşımadığı; hâkimin sulhe teşvik ödevinin gerek 4787 sayılı AMK gerekse 6100 sayılı HMK anlamında uygulama alanının olmadığı hususuna dikkat çekmek gerekir⁵⁵². Hatta tarafların aralarında cereyan eden sulhun, hâkimin kanaatini dahi etkileme potansiyeli taşımadığı için, hiçbir şekilde hükme esas alınamayacağı dahi söylenebilir.

B. Babalık Davasında Uygulanan Yargılama Usulünün Özellikleri

I. Genel Olarak

4787 sayılı Aile Mahkemeleri Kanunu'nun 7. maddesinin üçüncü fıkrasına göre, aile mahkemesinde görülen davalarda, özel kanunlardaki hükümler saklı kalmak kaydıyla, bu Kanun'da hüküm bulunmayan hâllerde, Türk Medenî Kanunu'nun aile hukukuna ilişkin usul hükümleri ile Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümleri, birlikte uygulanır. Bundan başka, 4722 sayılı Türk Medenî Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 13. maddesinin ilk fıkrasında ise, Türk Medenî Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden önceki dönemde açılmış ve hâlihazırda devam etmekte olan babalık davalarının da aynı şekilde yeni Medeni Kanun hükümlerine göre karara bağlanacağı hususunun ayrıca düzenlendiği görülür⁵⁵³.

⁵⁵⁰ **Tercan-** Aile Mahkemeleri, s.47-48; **Ercan-** Sulh, s.86, 93.

⁵⁵¹ **Tercan-** Aile Mahkemeleri, s.48.

⁵⁵² **Tanrıver-** Aile Mahkemeleri, s.88; **Ermenek-** Ön İnceleme, s.164; **Direnisa-** Ön İnceleme, s.190.

⁵⁵³ “4722 sayılı Yasanın 13. maddesinde, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun yürürlüğe girdiği tarihten önce açılmış olup, Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte devam etmekte olan babalık davalarının yeni Medeni Kanun hükümlerine göre karara bağlanacağı belirtilmiştir. 4722 sayılı Yasanın 13.

Türk Medeni Kanunu'ndaki usul hükümleri arasında yer alan ve soybağı davalarında yargılama usulünü düzenleyen 284. maddesinin birinci bendine göre hâkim, babalık davasında maddî vakıaları resen araştırır ve delilleri serbestçe takdir eder. Yani, medenî yargıda kural olan, tarafların dava konusu üzerinde serbestçe tasarruf edebilmesi ve dava malzemesinin taraflarca getirilmesi ilkesi yerine, soybağı davalarının kamusal niteliği sebebiyle, dava sırasında çocuğa kayyım atanması gibi gerekli tedbirlerin alınmasına ilişkin çekişmesiz yargı işleri bakımından resen harekete geçme ve tahkikat aşamasında dava malzemesinin resen araştırılması ilkelerinin geçerli olduğu söylenebilir⁵⁵⁴. Ancak buna rağmen, aile mahkemesi hâkimi, ilke olarak, görev alanına giren bir uyuşmazlığa resen el koyup onu karara bağlayamaz; bir uyuşmazlığın mahkeme önüne taşınabilmesi için dava yoluyla başvuruda bulunulması gerektiğinden, esasen tasarruf ilkesinin, aile mahkemesi bakımından da geçerli olduğu açıktır⁵⁵⁵.

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile yürürlükten kaldırılan 1086 sayılı (mülga) Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda ise, soybağı davalarında yargılama usulüne yönelik özel bir düzenlemenin olduğu görülür. Kanun'un, "nesep işlerinde usulü muhakeme" başlıklı 493. maddesinde, gebe kalmak için gereken zaman içerisinde kendisiyle cinsel ilişkide bulunmamasına rağmen bir erkek aleyhine, bilerek kötüniyetle babalık davası açan kadının, açtığı dava reddedildiği takdirde, mağdurun şikayeti üzerine cezai takibata uğrayacağı ve Türk Ceza Kanunu kapsamında iftira suçundan cezalandırılacağı hususuna özel olarak yer verilmiştir.

maddesinin babalık davası bağlamında göndermede bulunduğu kurallar 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 301 ila 304. maddeleri arasında "Babalık hükmü" başlığı altında düzenlenmiştir. Bu kapsamda 301. maddede kimlerin babalık davası açma hakkına sahip bulunduğu, 302. maddede babalığa karine teşkil eden cinsel birleşme olgusu, 303. maddede hak düşürücü süreler konusu ve 304. maddede de babalık davası bağlamında ananın mali hakları konusu düzenlenmiştir. Bu nedenle itiraz konusu 13. maddenin göndermede bulunduğu 4721 sayılı Yasanın babalık davası ile ilgili kuralları, "Soybağının hükümleri" başlığı altında düzenlenen soyadı ile ilgili düzenlemeyi içermemektedir. Yasakoyucunun değerlendirmesine göre, yeni Medeni Kanunun babalık davasıyla ilgili kuralları önceki Medeni Kanuna nazaran daha ileri düzenlemeler içerdiğinden, önceki yasa zamanında açılmış olsa bile Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihte görülmekte olan davaların, yeni Medeni Kanun hükümlerine göre karara bağlanması yönünde bir düzenleme yapılmıştır. Yasakoyucunun bu doğrultuda bir takdir yetkisi kullanmasının anayasaya aykırı olmadığı sonucuna varılmıştır." (AYM, 02.07.2009, E.2005/114, K.2009/105; bkz. RG. 07.10.2009, Sa.27369).

⁵⁵⁴ **Serozan-** Çocuk, s.154, n.18; **Erdönmez, G.:** Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, 15. B., İstanbul 2017, s.805-806.

⁵⁵⁵ **Tanrıver-** Aile Mahkemeleri, s.64-65.

Öte yandan, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda, soybağına ilişkin davalarda adli tatil hükümlerinin uygulanmayacağına ayrıca işaret edilir (HMK m.103/1, b). Bu noktada bir görüşe göre⁵⁵⁶, olması gereken hukuk açısından, aile mahkemelerinin görev alanına giren dava ve işlerin büyük bölümünün kamu düzenini ilgilendirmesi ve beklemeye tahammül gösteremeyecek bir nitelik taşıması sebebiyle, adli tatilin aile mahkemelerinde cereyan eden dava ve işlerin tamamında kaldırılmasını sağlayan genel bir istisna hükmünün öngörülmesi daha isabetli görülür. Kanımızca, yalnızca kamu düzenini ilgilendiren ve özellikle çocuğun üstün menfaatlerinin söz konusu olduğu dava ve işlerde adli tatilin kaldırılması daha makul bir öneri olabilir.

II. Değerlendirmeler

Asliye hukuk mahkemesi derecesinde kurulmuş olan aile mahkemesindeki davalarda HMK m.322/1 uyarınca yazılı yargılama usulü uygulanır. Zira 4787 sayılı Kanun ile yapılan atıf gereği, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na göre asliye hukuk mahkemelerinde esas alınan yargılama usulü yazılı yargılama usulüdür. Bu sebeple, asliye hukuk mahkemesi derecesinde kurulmuş olan aile mahkemelerinde de yazılı yargılama usulü geçerlidir.

Doktrinde bir görüşe göre⁵⁵⁷, olması gereken hukuk bağlamında, HMK m.316 hükmünün (ç) bendi uyarınca nafaka davaları ile velayet ve vesayete dair dava ve işlerde olduğu gibi, soybağı davaları bakımından da, seriliğin sağlanması amacıyla, kanun koyucu tarafından basit yargılama usulünün öngörülmesi düşünülebilir. Zira basit yargılama usulü, yazılı yargılama usulüne kıyasla daha çabuk ve yalın işleyen, usul ekonomisine ve makul sürede yargılanma hakkına daha iyi hizmet eden bir yargılama usulü olup, adli tatil hükümlerine tâbi değildir⁵⁵⁸. Nitekim İsviçre hukukunda, çocuğun menfaatini ilgilendiren aile hukukuna ilişkin konularda, ilke olarak basit yargılama usulü geçerlidir (sZPO Art.295). Çocuğun menfaatini ilgilendiren aile hukukuna ilişkin konular (*Kinderbelange in familienrechtlichen Angelegenheiten*) kapsamında babalık davası

⁵⁵⁶ Sirmen/Koçhisarhoğlu/Tanrıver/Süral/Tercan, s.30; Tanrıver- Aile Mahkemeleri, s.90-91; Tercan- Aile Mahkemeleri, s.42-43.

⁵⁵⁷ Sirmen/Koçhisarhoğlu/Tanrıver/Süral/Tercan, s.30; Tanrıver- Aile Mahkemeleri, s.64; Tercan- Aile Mahkemeleri, s.42.

⁵⁵⁸ Tercan- Aile Mahkemeleri, s.42.

da zikredilebilir⁵⁵⁹. Diğer taraftan Avusturya hukukunda, soybağı uyuşmazlıklarında yargılama usulüne ilişkin özel hüküm sevk eden Çekişmesiz Yargı Usulü Hakkında Kanun uyarınca, soybağı konulu yargılamalar duruşmalı olarak yürütülür ve sözlü yargılama usulü öne çıkar (AußStrG § 83, 1).

Alman hukukunda ise, yürürlükte olan Aile Davalarında ve Çekişmesiz Yargı İşlerinde Yargılama Usulü Hakkında Kanun gereğince, işin niteliğine göre avukatla temsil gerekmediği hâllerde taraflar ve diğer ilgililer, talep ve beyanlarını, dilekçe ile veya tutanağa geçirilmek suretiyle sözlü şekilde mahkemeye bildirebilirler (FamFG § 25, 1). Alman Medeni Usul Kanunu'na göre sözlülük ilkesi doğrultusunda yargılamaların duruşmalı şekilde yapılması kuralı geçerli olsa da (dZPO § 128, 1), Aile Davalarında ve Çekişmesiz Yargı İşlerinde Yargılama Usulü Hakkında Kanun (FamFG) kapsamında yürütülen yargılamalarda genel itibariyle saf sözlülük ilkesinin egemen olduğu söylenemez⁵⁶⁰. Buna rağmen hâkim, dava malzemesinin toplanması aşamasında gerekli görüldüğü takdirde, tarafların bizzat dinlenmesi için onları davet ederek duruşma günü belirleyebilir ve belirlenen duruşma gününde mahkemede hazır bulunmalarını isteyebilir. Aile Davalarında ve Çekişmesiz Yargı İşlerinde Yargılama Usulü Hakkında Kanun § 32 hükmü uyarınca hâkim, çekişmeli vakıaların saptanmasını kolaylaştırmak ve tarafların hukukî durumlarını daha net anlayabilmek amacıyla belirlediği duruşma gününde tarafların sözlü beyanlarını dinlemek suretiyle uyuşmazlık hakkında somut veriler elde etmeyi düşünebilir (FamFG § 32). Böylece yargılamayı yürüten hâkim, dava malzemesinin toplanmasında tarafların hukukî dinlenilme haklarını daha etkin kullanabilmeleri için sözlü yargılama usulüne geçiş yapabilir yahut yazılı yargılama usulüyle karma bir yöntemi benimseyerek duruşmalarda elde edilen verilerle vicdanî kanaatini güçlendirebilir⁵⁶¹. Hâkimin, tarafların sözlü beyanlarına başvurması, daha doğru ifadeyle tarafları sözlü olarak dinlemek için duruşma yapması, davayı aydınlatma ödevi ve resen araştır-

⁵⁵⁹ **Stefanie, P. B.:** Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) Kommentar, *hrsg. Brunner/Gasser/Schwander*, 2. Aufl., Zürich-St.Gallen 2016, ZPO Art.295, N.2; **BK-Spycher**, ZPO Art.295, N.18; **Schweighauser**, ZPO Art.295, N.11.

⁵⁶⁰ **MüKo-FamFG/Ulrici**, Münchener Kommentar zum FamFG, 3. Aufl., München 2018, FamFG § 32, Rn.1; **Haußleiter/Gomille**, FamFG Kommentar, 2. Aufl., München 2017, FamFG § 32, Rn.3.

⁵⁶¹ **Keidel/Meyer-Holz**, FamFG Kommentar, 20. Aufl., München 2020, FamFG § 32, Rn.3; **MüKo-FamFG/Ulrici**, FamFG § 32, Rn.1; **Haußleiter/Gomille**, FamFG § 32, Rn.4.

ma ilkesiyle örtüşen, hukukî dinlenilme hakkını pekiştiren özellikleri sebebiyle Alman kanun koyucusu tarafından tavsiye niteliğinde ele alınmaktadır⁵⁶². Fakat salt bundan dolayı, Aile Davalarında ve Çekişmesiz Yargı İşlerinde Yargılama Usulü Hakkında Kanun kapsamındaki yargılamalarda saf sözlülük ilkesinin egemen olduğu sonucuna varılamaz. Nitekim soybağıyla ilgili meselelere ilişkin özel hüküm konumundaki FamFG § 175 hükmü uyarınca hâkim, tarafların katılımıyla gerçekleştireceği duruşmada uyuşmazlık konusu vakıaları, tarafların dava malzemesine ilişkin görüşlerini dinleyebilir; hukukî pozisyonlarını tartışmalarına fırsat verebilir ve delil toplama faaliyetine başlamadan önce davanın gidişatı hakkında fikir sahibi olabilir⁵⁶³. Böylece, Aile Davalarında ve Çekişmesiz Yargı İşlerinde Yargılama Usulü Hakkında Kanun çerçevesindeki yargılamalarda genellikle geçerli olmayan sözlülük ilkesi pekiştirilerek, davanın esasının aydınlatılmasına katkı sağlamanın yanı sıra yargılamanın etkinliğinin artırılması ve gereksiz yargılama giderlerinden tasarruf edilmesi amaçlanmıştır⁵⁶⁴. Hatta soybağı incelemesi kapsamında kişiden genetik numune alınması hakkında karar verilmeden önce de bu yola gidilmesi mümkün kılınmış olup, muhatabın soybağı incelemesine rızasının ikâmesi ve genetik numune alınmasına katlanması hususunda, ebeveynlerin ve 14. yaşını dolduran çocuğun sözlü beyanları alındıktan sonra açıklanan kararlar katlanma yükümlülüğü mahkemece kesin olarak bildirilmiş olur⁵⁶⁵.

Görüldüğü üzere, Kıta Avrupası hukuklarının önemli bir bölümünde aile uyuşmazlıkları ve özellikle soybağı davaları kapsamında basit veya sözlü yargılama usulüne işaret edilerek, uyuşmazlığın konusu itibarıyla tarafların ve hâkimin tahkikat aşamasında yürütülecek duruşmalardaki rolü ön plana çıkarılmaktadır. Ayrıca anılan hukuk düzenlerinde yürürlükte olan mevzuat göz önüne alındığında, genelde aile uyuşmazlıkları ve özelde ise soybağı davaları kapsamında uygulanması öngörülen yargılama usulüne

⁵⁶² **Haußleiter/Gomille**, FamFG § 32, Rn.5-6.

⁵⁶³ **MüKo-FamFG/Coester-Waltjen/Lugani**, Münchener Kommentar zum FamFG, 3. Aufl., München 2018, FamFG § 175, Rn.6.

⁵⁶⁴ **MüKo-FamFG/Coester-Waltjen/Lugani**, FamFG § 175, Rn.2.

⁵⁶⁵ **Haußleiter/Eickelmann**, FamFG Kommentar, 2. Aufl., München 2017, FamFG § 175, Rn.6-7; **Bumiller/Harders/Schwamb/Bumiller**, FamFG § 175, Rn.8-10.

ilişkin ilke ve kuralların özel kanunlarla düzenlendiği, anılan hususlardaki yargılamanın niteliği ve özelliği gereği ayrı kurallara tâbi olduğu anlaşılmaktadır.

Yazılı yargılama usulü, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda kapsamlı şekilde düzenlenmiş ve esas olarak benimsenen yargılama usulü olduğu için, basit yargılama usulüne nazaran formalitesi fazla ve uzun süren bir yargılama usulü olarak görülebilir. Halbuki aile hukukundan doğan uyuşmazlıkların özel önemi ve hassasiyetiyle birlikte aile mahkemelerinin kurulmasında güdülen amaç göz önüne alındığında, aile mahkemeleri bakımından da basit yargılama usulünün, hatta 4787 sayılı Kanun çerçevesinde özel bir yargılama usulünün öngörülmesi gerekirdi. Zira aile hukukundan doğan davalar için özel bir mahkeme kurulması kadar, bu davalarda uygulanacak olan yargılama usulünün de önem taşıdığı ortadadır⁵⁶⁶. Nitekim İsviçre hukukunda sosyal yönden zayıf kesimlerin menfaatlerinin özel olarak koruması amacıyla öngörülen basit yargılama usulünde hâkim, güçlendirilmiş davayı aydınlatma ve soru sorma ödevine (*verstärkte richterliche Fragepflicht*) tâbi tutulduğu gibi, zayıflatılmış resen araştırma ilkesi (*abgeschwächte Untersuchungsgrundsatz*) uyarınca tarafların getirdiği dava malzemesinden anlaşılan ve fakat açıkça zikredilmeyen, belirsiz, muğlak ve eksik olduğu tespit edilen hususların tamamlanması amacıyla tarafları yönlendirebilir⁵⁶⁷. Gerçi İsviçre hukukunda babalık davası çocuğun menfaatini ilgilendiren aile hukukuna ilişkin konular arasında sayıldığından, özel düzenlemeyle sınırsız (saf) resen araştırma ilkesine (*uneingeschränkter Untersuchungsgrundsatz*) bağlanmış olsa da⁵⁶⁸, bu konulara ilişkin davalar da basit yargılama usulüne göre görüleceğinden, genel olarak basit yargılama usulünün aile mahkemelerinin görev alanına giren dava ve işlere genişletilmesi düşünülebilir. Bir başka deyişle, kanımızca Türk hukuku bakımından da benzer yönde düzenleme yapılarak, yazılı yargılama usulünün sakıncalı yanlarının bertaraf edildiği, hâkimin davayı aydınlatma ödevinin pekiştirilerek daha aktif bir yargılama süjesi konumuna getirildiği, tasarruf ve taraflarca getirilme ilkesinin saf hâliyle uygulanmadığı, sözlülüğe ağırlık verile-

⁵⁶⁶ **Tercan-** Aile Mahkemeleri, s.42.

⁵⁶⁷ **Killias, L.:** Berner Kommentar zum Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO, Band I: Art. 1-149 ZPO; Band II: Art. 150-352 ZPO und Art. 400-406 ZPO, hrsg. Hausheer/Walter), Bern 2012, ZPO Art.247, N.8-10 ve aynı yerde N.18-20.

⁵⁶⁸ **Killias,** ZPO Art.247, N.37; **BK-Spycher,** ZPO Art.296, N.5; **OFK-Schwander,** ZPO Art.296, N.3.

rek cereyan eden bir yargılama usulünün aile mahkemeleri bakımından da kabulü isabetli olabilir. Aynı maksatla, aile mahkemelerinin görevine giren davalarda avukatla temsil zorunluluğunun öngörülmesi de tercih edilebilir.

Kaldı ki, aile mahkemelerinin kurulma sebebi, aile hukukundan doğan uyuşmazlıkları salt çözüme kavuşturmak değil, bundan ziyade aile kurumu ve çocuğun hassas konumuna uygun şekilde, daha kısa, öz ve basit yollardan bu uyuşmazlıkların giderilmesi olarak görülmelidir. Bu ise, ayrı mahkeme kurulmasının yanı sıra, o mahkemeye özgü usul kurallarının da ihdasını gerekli kılar. Dolayısıyla, aile mahkemelerinde görülen dava ve işlere özgü ayrı bir yargılama usulünün öngörülmemiş olması, hatta yazılı yargılama usulünün aynen geçerli kılınması Türk hukuku açısından büyük bir eksiklik olarak görülmelidir⁵⁶⁹. Ayrıca aile mahkemelerinde cereyan eden yargılamanın konusu itibariyle toplumun temel yapı taşı aileyi ilgilendirmesi, uyuşmazlıkların çözümü noktasında özel uzmanlık gerektiren nitelik taşınması, kamu düzeniyle sıkı ilişki içinde bulunması ve nicelik olarak yoğunluk arz etmesi gibi sebeplerle, aile mahkemelerinin yargılama usulü ve esas alınacak yargılama ilke ve kurallarının, Türk Medenî Kanunu ile Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndaki hükümler de göz önüne alınarak, Alman ve Avusturya hukuklarında olduğu gibi, ayrı ve özel bir kanun olan 4787 sayılı Kanun'a sistematik bir düzen içinde alınıp, muhtemel bütün usulî sorunları da kapsayacak şekilde tümüyle bu Kanun çerçevesinde ayrıntılı ve özel hükümlerle düzenlenmesi gerektiği düşünülmektedir⁵⁷⁰.

§ 6. YARGILAMAYA EGEMEN OLAN İLKELER

A. Genel Olarak

Yargılama ilkeleri, devletin hukuk politikası ile bağlantılı olarak kanun koyucunun tercihi bırakılmış ve yargısal faaliyete yönelik egemenlik alanının, taraflarla hâkim arasında yetkilere göre paylaştırıldığı veya bunlardan birisinin üstün tutulduğu,

⁵⁶⁹ **Tercan-** Aile Mahkemeleri, s.42.

⁵⁷⁰ **Tanrıver-** Aile Mahkemeleri, s.64; **Arslan, A. S.:** Türk Aile Mahkemelerinin Yapısı ve Yargılama Usulleri (ABD, C.68, S.2010/I, s.187-204), s.199-200.

bu sebeple değişken yapısı olan medenî usul hukukunun üst normlarıdır⁵⁷¹. Bu itibarla, medenî yargılama usulüne ilişkin yasal düzenlemelerin teknik unsurlarına şekil veren, kuralları ve istisnaları kanun koyucu tarafından oluşturulabilen, işlevleri açısından kendi aralarında kategorize edilebilen yargılama ilkeleri, yargılamaya karakterini verme özelliği taşıır⁵⁷². Kimi yargılama ilkeleri taraflara ilişkin usulî temel hak ve ödevleri belirleyip adil yargılanmanın unsurlarını ortaya koyarken, kimisi ise mahkemenin yargısal faaliyetine yönelik esasları oluşturur. Dolayısıyla yargılama ilkelerinin, alt kuralların hiyerarşisi konumundaki üst kural ile hukuk politikasına bağlı olarak kanun koyucunun tercihine bırakılmış hususları ifade eden, yargılama sistemi ile ilgili tarafların veya hâkimin egemenliğine dayalı teknik usul hukuku normlarının oluşmasını sağlayan, esnek yapılı kurallar bütünü olduğu söylenebilir⁵⁷³.

Yargılama ilkeleri başlığı altında toplanan bu kurallar, yargılamanın amacı doğrultusunda ele alınıp irdelenmelidir. Medenî yargılama hukukunun amacı, buna yönelik tarihsel tartışmaların ışığında, günümüzde kabul edilen anlayışa göre, gerçeğin esas alınması suretiyle subjektif hakların korunması, tespiti ve gerçekleştirilmesi olduğuna göre, medenî yargılama hukukuna egemen olan ilkeler de bu amacın sağlanmasıya yönelik sistemin yapısal unsurlarını belirleyen, işleyişine yön veren, bu sürece katılanların rol ve işlevini tâyin eden, hukukî himaye talebine cevap veren genel kuralları düzenler. Bu itibarla gerçeklik temelinde bireysel hukukî himaye düşüncesiyle hukuk politikası belirleyicilerinin benimsediği farklı yargılama rejimleri söz konusu olabilir ve her biri için gözetilen temel ilkeler kısmen ya da tamamen farklılık arz edebilir. Yine, aynı yargılama bütünü içinde geçerli olan usulî ilkelerin yanı sıra, birtakım uyuşmazlıklar özelinde korunmak istenen menfaat ön planda tutularak istisnai şekilde öngörölmüş farklı yargılama usullerinden de söz edilebilir. Dolayısıyla, yargılamaya egemen olan ilkeler bakımından uyuşmazlığın hangi hukuk dalının kapsamına girdiği ve davada korunmak

⁵⁷¹ **Meriç, N.:** Medeni Yargılama Hukukunda Tasarruf ve Taleple Bağlılık İlkesinin Kapsamı ve Bazı Güncel Kararların Değerlendirilmesi [SDÜHFD, MİHBİR Özel Sayısı (Medenî Usul ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı-XII, HMK Çerçevesinde Yargılamaya Hakim Olan İlkeler, 18-19 Ekim 2014-Isparta), C.4, S.2014/2, s.23-63], s.25; **Özekes-** Hukuki Dinlenilme, s.82.

⁵⁷² **Meriç-** Tasarruf ve Taleple Bağlılık, s.25.

⁵⁷³ **Meriç-** Tasarruf ve Taleple Bağlılık, s.25.

istenen özel bir menfaatin olup olmadığı hususları da ayrı bir önem taşıdığı için, hukukî korunma talebinin sonuçları dikkate alınmak suretiyle yargılamanın işleyişine yön veren temel kurallar belirlenir.

Genel itibariyle medeni yargılama hukukunda, ceza yargısından farklı olarak, birey yararı ön planda olduğundan, taraf iradelerine üstünlük tanınır. Bireyin yararını en yüksek düzeyde düşünüp koruyabilecek olan kişi, yine bireyin kendisidir düşüncesiyle, liberal hukuk anlayışına paralel şekilde, yargılamanın gidişatına tarafların yön belirlemesi esas kabul edilmiştir. Bu itibarla, kural olarak uyuşmazlığın mahkeme önüne getirilmesi, yargılamanın gidişatının belirlenmesi ve yargılamanın sona erdirilmesi açılarından “tasarruf ilkesi”; dava malzemesinin temini açısından ise “taraflarca getirilme ilkesi” genel yargılama ilkeleri olarak geçerlilik taşır⁵⁷⁴. Ancak yargılamanın amacı doğrultusunda, medenî yargı kapsamındaki uyuşmazlıklara dahil olan ve fakat genel ilkelerden bazı sapmalara sebebiyet verip, daha ziyade kamu yararının veya belli bir hukukî kurumun korunmasını amaçlayan birtakım dava türlerinin varlığına da işaret etmek gerekir⁵⁷⁵. Bilhassa aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda korunan menfaatin aile kurumu temeline oturması ve toplumsal boyutta çeşitli sonuçlar doğurmaya elverişli nitelik taşıması sebebiyle, velayet ve soybağı gibi konuları da içine alan bazı aile uyuşmazlıklarında genel ilkelerden sapma gözlenmekle birlikte, yine de genel ilkeleri tümüyle ortadan kaldırmayan karma bir sistemin uygulandığı söylenebilir. Yani, her ne kadar uyuşmazlığın konusu özel hukuk menşeli olsa ve tarafların serbest iradesine dayansa da, bazı hâllerde niteliği gereği kamusal menfaatin göz ardı edilmediği özel düzenlemelerle karşılaşılır. Örneğin, aile ve kişiler hukukunun yanı sıra soybağına ilişkin konularda yargılama hukukunun temel ilkelerinden ayrılan ve fakat onları tümüyle görmezden gelmeyen özel hükümlerin varlığı dikkat çekmektedir⁵⁷⁶.

⁵⁷⁴ **Özmumcu, S.:** Türk Hukukunda Yargıtay Kararları Işığında Re’sen Araştırma İlkesi [SDÜHFD, MİHBİR Özel Sayısı (Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı-XII, HMK Çerçevesinde Yargılamaya Hakim Olan İlkeler, 18-19 Ekim 2014-Isparta), C.4, S.2014/2, s.145-171], s.149.

⁵⁷⁵ **Taşpınar, S.:** Medeni Yargılama Hukukunda Amaç Sorunu (Prof. Dr. Faruk Erem Armağanı, Ankara 1999, s.759-787), s.780.

⁵⁷⁶ **Taşpınar-** Amaç Sorunu, s.786.

B. Tasarruf İlkesi

I. Genel Olarak

Esas itibarıyla hâkimin kendiliğinden harekete geçerek yargılama faaliyetine başlamasını ifade eden resen harekete geçme ilkesine göre⁵⁷⁷ kamusal menfaatin ön plana çıktığı ve kamu düzenini ilgilendiren hâllerde hâkim, ilgililerin herhangi bir talebi olmaksızın resen işe el koyabilir; davayı görmeye kendi iradesiyle başlayabilir ve konuyu karara bağlayabilir⁵⁷⁸. Hâkimin, taraflarca herhangi bir talep (veya başvuru) olmaksızın harekete geçebilmesini ve karar verebilmesini ifade eden, bu yönüyle de tasarruf ilkesinin alt öğelerinden birisinin karşıtını oluşturan resen harekete geçme ilkesi, bir dava ya da çekişmesiz yargı işinin mahkeme önüne nasıl geldiği ile ilgili olan bir yargılama hukuku ilkesidir. Son derece istisnai karakter arz eden, daha ziyade seçim yargısında ve ceza muhakemesinde karşılaşılan resen hareket geçme ilkesi, hukuk muhakemesinde ise çekişmesiz yargıya özgü bir kavram olup, çekişmeli yargıda kural, tasarruf ilkesidir⁵⁷⁹. Bu çerçevede hâkim, iki taraftan birinin talebi olmaksızın, kendiliğinden bir davayı inceleyemez ve karara bağlayamaz (HMK m.24/1). Hatta, ceza muhakemesinde dahi bir iddiayı mahkeme önüne Cumhuriyet savcısı taşıdığından, kamu davası açılmasının mecburîliği ilkesi ile resen harekete geçme ilkesinin özdeş olmadığı da söylenebilir. Yani, aslında ceza muhakemesinde de tam anlamıyla resen harekete geçme ilkesi uygulanmaz. Resen harekete geçme ilkesi mahkemelerin yargısal bir işe el atması, o işi ele alması; yani yargılamanın başlatılması ile ilgili bir kural olup, en sık karşılaşıldığı yargı kolu ise seçim yargısıdır⁵⁸⁰. Keza Türk Medeni Kanunu'na göre velayetin kaldırılmasını gerektiren sebeplerin ortadan kalktığı hâllerde hâkim, resen hareket geçip velayetin geri verilmesine hükmedebilir (TMK m.71). Bunun yanı sıra 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesi Hakkında Kanun kapsamında, bazı hâllerde, özellikle tedbir kararı verilmesi öngörülen durumlarda hâkimin resen harekete

⁵⁷⁷ **Karlı-** Muhakeme, s.231-232; **Duran, O.:** Medenî Usûl Hukukunda Taleple Bağlılık İlkesi, Ankara 2020, s.273 vd.

⁵⁷⁸ **Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz/Hanağası,** s.157-158; **Duran-** Taleple Bağlılık, s.277; **Uyumaz, M.:** Soybağı Davalarında Usule İlişkin Hükümler, Ankara 2015, s.119

⁵⁷⁹ **Görgün/Börü/Kodakoğlu,** s.340.

⁵⁸⁰ **Arslan, R./Tanrıver, S.:** Yargı Örgütü Hukuku, 2. B., Ankara 2001, s.178.

geçip tedbire hükmedebileceğini öngören düzenlemeler mevcuttur. Bu bağlamda örneğin, ailenin geçimini sağlayan yahut katkıda bulunan kişi eşine şiddet uyguladığında, Medeni Kanun hükümlerine göre nafakaya mahkûm edilmemiş olması kaydıyla hâkim, şiddet mağdurunun yaşam düzeyini göz önünde bulundurarak, talep edilmese dahi, resen tedbir nafakasına hükmedebilir⁵⁸¹ (6284 s. Kanun m.5/4).

Resen hareket geçme ilkesinin karşıtını oluşturan tasarruf ilkesi ise, tarafın maddî hukuktan kaynaklanan hakkının yargı mercilerince korunmasını ve tanınmasını talep etmesi, bu talepten feragat etmesi, bu talebin kapsam ve içeriğini kendisinin belirlmesi, talep konusu şeyin üzerinde tasarrufta bulunması, mahkemece verilen hükme karşı kanun yoluna başvurusu gibi yargılamanın kapsam ve gidişatına yönelik tasarruflarda bulunabilmesini esas alan yargılama hukuku ilkesidir⁵⁸². Bir başka deyişle, tasarruf ilkesi, davacının yargılamayı başlatması, yargılamanın konusunu, yani dava konusu vakıaları ve talep sonucunu belirlemesi, davalının davayı kabul etmesi, tarafların sulh olması, kanun yoluna başvurusu, kanun yolu başvurusunu geri alması, kanun yolundan feragat etmesi, kanun yolunda incelenmesini istedikleri sebepleri tarafların belirlemesi gibi hususları bünyesinde barındırır⁵⁸³. “Bir yerde davacı yoksa, hâkim de yoktur” (*Ne procedat iudex ex officio*) şeklinde de ifade edilen ve medenî usul hukukuyla maddî hukuk arasında organik bağ kurularak açıklanan tasarruf ilkesi, subjektif hakların korunması ve yerine getirilmesi için, hakkı ihlâl edilen ya da ihlâl edilme tehlikesi altında bulunan kişinin harekete geçmesi esasına dayanır. İrade özgürlüğünün ve sözleşme serbestisi kuralının muhakeme hukukuna bir yansıması olan “Bir yerde davacı yoksa, hâkim de yoktur” kuralı, medenî usul hukukunun tamamına ait bir taraf hâkimiyetini ifade etmemekle birlikte, sadece yargılamanın başlatılmasının tarafın inisiyatifinde olduğunu; hukukî korunma talebi yoksa, mahkemenin kendiliğinden bir yargılama faaliyeti başlatamayacağını; yargılama faaliyetlerinin sadece tarafça harekete geçirilebilece-

⁵⁸¹ Medenî usul hukukunda resen araştırma ilkesine örnek olarak gösterilebilecek diğer hâller için bkz. **Duran-** Taleple Bağlılık, s.278 vd.

⁵⁸² **Meriç-** Tasarruf ve Taleple Bağlılık, s.29; **Erdönmez-** Pekcanitez Usûl, s.784; **Budak/Karaaslan,** s.87-88, kn.39.

⁵⁸³ **Meriç-** Tasarruf ve Taleple Bağlılık, s.29; **Erdönmez-** Pekcanitez Usûl, s.784, 786; **Budak/ Karaaslan,** s.86, kn.34, 35, 36.

ğini; kişinin çekişme konusu subjektif hakkını yargılamaya getirme konusunda zorlanamayacağını öngörür⁵⁸⁴.

Görüldüğü üzere hâkimin, ancak uyuşmazlığın taraflarından birisinin talebiyle açılan bir dava olursa uyuşmazlık hakkında yargılama yapıp hüküm verebilmesini; taraflar arasındaki çekişmeye resen müdahale edememesi sonucunu doğuran tasarruf ilkesinde mahkemenin pasifliğine, edilgen pozisyonuna vurgu yapılır⁵⁸⁵. Ancak medeni usul hukukunda tasarruf ilkesinin mutlak surette geçerli olduğu da söylenemez. Bu çerçevede kamu düzeni ile bir noktada çakışan yahut kamusal menfaati de ilgilendiren uyuşmazlıklarda yargılamanın başlatılması bakımından tasarruf ilkesinin istisnası olan resen harekete geçme ilkesinin uygulandığı hâllere de rastlanır. Bundan başka, resen harekete geçme ilkesinin bir görünümü olmamakla birlikte, kanunda öngörülen ayıksı hâllerde kişilerin kendi lehine olan bir davayı açmaya zorlanması da söz konusu olabilir. Şeklen tasarruf ilkesinin bir sonucu olmakla birlikte kanun koyucu, üçüncü kişilerin hukukî durumunu da etkileyen koşulların varlığında tarafları, üçüncü kişilerin askıda olan durumunu çözmeye yönelik bazı davaların açılmasına zorlayabildiği gibi, kamu düzenini korumak ya da belli bir prosedürün tamamlanması amacıyla da dava açmaya mecbur bırakabilir⁵⁸⁶.

Tasarruf ilkesinin diğer bir boyutu ise, dava açıldıktan sonraki aşamada yargılamanın gidişatının ve konusunun belirlenmesi ile davaya son verilmesi bakımından ortaya çıkar. Buna göre, tasarruf ilkesi uyarınca irade özgürlüğünün bir gereği olarak taraflar, üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabilecekleri bir davayı, lehe olsa dahi sürdürmeye zorlanamayacağından, taraf usul işlemlerinden olan feragat, kabul veya sulh yoluyla, mahkemenin ayrı bir kararına ihtiyaç kalmadan sona erdirebilirler⁵⁸⁷. Yine, davanın geri alınması (HMK m.123) yahut tarafların duruşmaya gelmemesi sebebiyle dosyanın işlemden kaldırılması ve akabinde davanın açılmamış sayılması (HMK m.150) gibi usul işlemlerinden yararlanarak taraflar, yargılamayı sona erdirmeye imkânına sahip olurlar.

⁵⁸⁴ **Meriç-** Tasarruf ve Taleple Bağlılık, s.31; **Erdönmez-** Pekcanitez Usûl, s.786.

⁵⁸⁵ **Erdönmez-** Pekcanitez Usûl, s.787.

⁵⁸⁶ Örneğin, hacizde istihkak davası, borçtan kurtulma davası, hacze imtiyazlı iştirak prosedüründe olduğu gibi.

⁵⁸⁷ **Tanrıver-** Usul, C.I, s.389.

Bu itibarla tasarruf ilkesi, hukuk muhakemesinde tarafların yargılamaya egemen olmasını ve dava açıldıktan sonraki süreçte de dava konusu üzerindeki tasarruf yetkisinin devamını öngören (HMK m.24/3) bir usul hukuku kuralıdır⁵⁸⁸.

Öte yandan, sadece tarafların değil toplumsal kesimin menfaatlerini de ilgilendiren, yani kamu düzeninden sayılan davalarda ise tarafların, dava konusuna ilişkin serbestçe tasarrufta bulunma yetkisinin kısıtlanması gerekir. Zira kamu düzeni, toplum menfaati düşüncesiyle getirilen, aynı zamanda irade serbestisinin sınırlarını belirleyen ve kamu yararını önceleyen özel hukuk düzeni olarak kabul edilir. Bir başka ifadeyle kamu düzeni, toplum içinde yaşayan bireylerin kamu yararına yönelik uymak zorunda oldukları kurallar bütünüdür ve bu kurallar özel borç ilişkileri bakımından kişisel iradeleri sınırlandırarak tarafların iradelerine karşı devletin yararını korumaktadır⁵⁸⁹. Dolayısıyla kanun koyucu, bazı hâllerde, kamu düzeni gerekçesiyle, hukuk muhakemesi bakımından genel kural olan tasarruf ilkesini bir boyutuyla terk ederek, dava açıldıktan sonraki süreçte davanın, taraf iradelerine terk edilmeden mahkemece hüküm verilip kesinleşinceye kadar devamını öngörebilir. Bu itibarla, feragat, kabul, sulh gibi taraf usul işlemleriyle davanın sona erdirilmesine imkân tanınmayabileceği gibi, davanın geri alınması yahut dosyanın işlemden kaldırılması ile birlikte davanın açılmamış sayılmasına yol açan usul hükümleri devre dışı bırakabilir. Bu durumda kanun koyucunun, istisnai olarak tasarruf ilkesinden vazgeçip, tarafların irade serbestisini kısıtladığı, yargılamada taraflardan ziyade mahkemenin rolünü ve işlevini artırarak onu etken konuma getirdiği, yargılamanın kamu düzeninin gerekleri doğrultusunda yürütülmesini öngördüğü yargısal bir prosedürden söz etmek mümkün olabilir. Ancak bu tespiti yaparken, resen araştırma ilkesine tâbi bir davanın, asıl taraflarıyla birlikte aynı zamanda Cumhuriyet savcısı tarafından da takip edilen davalardan olması gerekliliği gözden kaçırılmamalıdır. Zira davanın asıl tarafları davayı takip etmek istemeseler bile, Cumhuriyet savcısı davayı takip etmek zorunda olduğundan, dosyanın işlemden kaldırılması mümkün değildir. Şayet bu davalarda Cumhuriyet savcısı, müdahil sıfatıyla dahi olsa hiçbir surette yer almıyor ve kanun gereği davayı takip yetkisi taşımıyorsa, resen araştırma ilkesi

⁵⁸⁸ **Tanrıver-** Usul, C.I, s.389-390.

⁵⁸⁹ Y. 15. HD. 12.05.2014, 2183/3226 (Legalbank İçtihat).

geçerli olsa bile tarafların takipsiz bıraktığı bir davaya artık mahkemece resen devam edilmesi düşünülemez⁵⁹⁰.

II. Babalık Davası Açısından Değerlendirme

4787 sayılı Kanun'un 2. maddesi uyarınca asliye hukuk mahkemeleri derecesinde kurulmuş ve babalık davalarına bakmakla görevli olan aile mahkemelerinde, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 322. maddesinin ilk fıkrasına göre asliye hukuk mahkemelerinde geçerli yazılı yargılama usulü uygulandığına göre, babalık davasının da yazılı yargılama usulüne tâbi olduğu açıktır. Yazılı yargılama usulüne tâbi davaların dava dilekçesi ile açılıp görülmeye başlandığı dikkate alınır, babalık davasının da ancak mahkemeye bir dilekçe verilmek suretiyle açılması mümkündür. Zira, aile mahkemelerinde yargılama sürecinin başlatılmasında tasarruf ilkesi egemen olup, hâkim, evlilik dışı çocuğun yasal soybağının düzeltilmesi işini resen ele alıp karara bağlayamaz; mutlaka bu yönde bir dava açılması suretiyle uyuşmazlığın mahkeme önüne taşınması şarttır (HMK m.118 vd.).

Kaldı ki, hâkimin resen harekete geçmesi, HMK m.382/1-(a) hükmü uyarınca bir işin çekişmesiz yargı işi kategorisine dahil edilebilmesi için başvuru üç ölçütten biri olup, hâkimin resen harekete geçtiği hâllerde çekişmesiz yargı işlerine ilişkin hükümler uygulama alanı bulur. Halbuki babalık davası hem bir çekişmesiz yargı işi değildir hem de hâkimin resen harekete geçme ölçütüne göre işlem yapabileceği hâller arasında sayılamaz. Nitekim kanun koyucunun HMK m.382/2'de örnekleme suretiyle saydığı aile hukukundaki çekişmesiz yargı işleri arasında babalık davasına yer verilmediği görülür. Zaten babalık davası, kategorik bir dava türü olup dava formatında açılması gerektiği için, çekişmesiz yargı işi değildir ve resen hareket geçme ilkesi işlerlik kazanmaz.

Ayrıca vesayet makamının evlilik dışı çocuk adına resen harekete geçerek babalık davası açtığı olasılıkta, yine hâkim resen harekete geçme ilkesine göre meseleye el koymamakta; bilakis vesayet makamının dilekçesiyle, dosya hâkimin önüne getirilmektedir. Aile mahkemesi hâkiminin evlilik dışı çocuğun yasal soybağı üzerindeki belirsizliği ve tartışmayı resen ele alıp çözüme bağlayabilmesi hukuken mümkün değildir.

⁵⁹⁰ **Rüzgaresen, C.:** Medeni Usul Hukukunda Dosyanın İşlemden Kaldırılması, Ankara 2021, s.90-91.

Hâkim, evlilik dışı çocuğun biyolojik babasını kendisi bizzat tanıyor olsa dahi, bunu doğrudan araştırmaya başlayamaz; mutlaka bir dilekçeyle önüne getirilmesini beklemek zorundadır. O hâlde, babalık davası açılırken hâkimin resen harekete geçme yetkisi bulunmamaktadır. Aynı şekilde, Cumhuriyet savcılarının kamu yararının gerekli kıldığı hâllerde hukuk davası açma yetkisinin verilmesi de resen harekete geçme ilkesinin devreye girdiği anlamına gelmez. Hâkim, bu tür davalara, resen değil, Cumhuriyet savcısının dava dilekçesi üzerine bakabileceğinden, Cumhuriyet savcısı davanın tarafı konumunda davada yer alır.

Öte yandan, her ne kadar mahkeme, resen hareket geçmek suretiyle babalık davasını görmeye başlayamaz ise de, açılmış ve görülmekte olan bir babalık davasında tarafların herhangi bir talebi olmasa bile çocuğun menfaatlerinin korunması için gerekli görülen tedbirleri almaya yetkilidir. Bu bağlamda, babalık davasına bakan mahkeme, yargılama devam ederken çocuğu ilgilendiren birtakım tedbirlere resen karar verebilir. Nitekim Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin 4620 sayılı Kanun ile onaylamış olduğu Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi⁵⁹¹ nin 8. maddesi, çocuğu ilgilendiren davalarda, iç hukuk kuralları tarafından çocuğun esenliğinin ağır bir tehlike altında olduğu belirlendiği hâllerde, adli mercinin resen harekete geçme yetkisine açıkça işaret etmektedir. Yine, anılan Sözleşme'nin beyan metninde Türkiye Cumhuriyeti Devleti, ulusal mahkemeler ve adli makamlar önünde cereyan eden aile hukuku kapsamındaki boşanma ve ayrılık davalarının yanı sıra, çocukların velayetine, ebeveynle çocuk arasında kişisel ilişki kurulmasına ve babalığın mahkeme kararıyla belirlenmesine ilişkin davalarda Sözleşme hükümlerinin uygulanacağını kabul ve beyan etmiştir. O hâlde, babalık davaya bakan mahkemenin, çocuğun hak ve menfaatlerine ilişkin konularda resen harekete geçerek gerekli kararları doğrudan kendisi almaya yahut başka mercilerce karar alınması gerekiyorsa, bu kararların alınmasını sağlamaya yetkili olduğu söylenebilir. Bu konuya somut örnek vermek gerekirse, aile ve şahsın hukukuna ilişkin bazı davalarda kayyımlik kurumunu zorunlu kılan birtakım olgular meydana geldiği takdirde, vesayet makamınca resen kayyım atanacağı hususu akla gelebilir. Örneğin, Türk

⁵⁹¹ Bkz. RG. 02.05.2002, Sa.24743.

Medenî Kanunu uyarınca, yasal temsilci olan ananın menfaati ile küçük çocuğun menfaatinin çatıştığı hâllerden biri olan babalık davasında vesayet makamı olan sulh hukuk mahkemesince resen kayyım atanır (TMK m.426/1, b.2). Fakat kayyım atanması salt çekişmesiz yargı işi olup, bu iş açısından babalık davasına bakan mahkeme değil, doğrudan vesayet makamı rol oynadığından, babalık davasında aile mahkemesi resen harekete geçip kayyım atamaz. Burada ancak, babalık davasına bakan mahkemenin, kayyım tâynini hususunda vesayet makamına bildirimde bulunurken resen harekete geçme ilkesini gözettiği düşünülebilir. Dolayısıyla, babalık davasında davanın açılması ve yargılamanın başlaması bakımından tasarruf ilkesi uygulanmakla birlikte, yargılama kapsamındaki bazı istisnai hâllerde, özellikle tahkikat aşamasında mahkemece resen harekete geçme ilkesi uyarınca gerekli birtakım işlemler yapıp ara kararlar alınabileceği yahut başka mercilerce gerekli kararların alınmasını sağlayabileceği vurgulanmalıdır.

Son olarak babalık davasında tasarruf ilkesini, diğer bir boyutu olan dava konusunun belirlenmesi ve davanın sona erdirilmesi bakımından da değerlendirmek gerekir. Bilindiği gibi, tasarruf ilkesi uyarınca taraflar, dava konusu üzerindeki tasarruf yetkisini, dava açıldıktan sonraki süreçte de elinde bulundurmaya devam eder ve mahkemenin hükmüne gerek kalmaksızın feragat, kabul, sulh gibi taraf usul işlemleriyle davayı kendi iradeleri doğrultusunda sona erdirebilirler. Fakat kamu düzeni, tasarruf ilkesinin bir istisnası ve babalık davası da kamu düzenine ilişkin davaların tipik bir örneğ olduğundan, babalık davasının tarafları, dava konusu üzerinde serbestçe tasarrufta bulunamaz ve davayı sona erdirmeye yarayan taraf usul işlemlerinden bekledikleri sonucu elde edemezler. Babalık davasında mahkeme, tarafların duruşmaya gelip gelmediklerine bakmaksızın davaya devam eder ve yargılamanın ilerlemesi bakımından gerekli usul işlemlerini resen gerçekleştirir. Yine, kamu düzenine ilişkin olan babalık davasında davacı davayı geri alamaz ve tarafların duruşmaya mazeretsiz katılmaması hâlinde mahkeme, dosyanın işlemiden kaldırılmasına karar veremez. Dolayısıyla Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 123. ve 150. maddelerinin babalık davası bakımından işlerlik kazanamayacağı söylenebilir. Zira babalık davası Cumhuriyet savcısının de yer aldığı ve dava takip yetkisi ile donatıldığı davalardan olup davanın asıl tarafları davayı takip etmek istemeseler bile, Cumhuriyet savcısının konumu ve işlevi sebebiyle dosyanın işlemiden kaldı-

rılması mümkün değildir. Ne var ki Cumhuriyet savcısı, her nasılsa babalık davasından haberdar edilmemiş yahut ihbara rağmen davaya katılmamış ise, resen araştırma ilkesi geçerli olsa bile tarafların takipsiz bıraktığı ve Cumhuriyet savcısının da bulunmadığı babalık davasına artık mahkemece resen devam edilmesi düşünülemez⁵⁹².

C. Resen Araştırma İlkesi

I. Genel Olarak

Medeni usul hukukunun, hakların korunması, tespiti ve gerçekleştirilmesi amacı doğrultusunda genel olarak maddî hukukun sağladığı hakların üzerinde serbestçe tasarruf edebilen kişilerin, bu yetkilerini usul hukuku alanında da devam ettirebilmeleri ve taraf iradelerine yargılama safhasında da üstünlük tanınması gerektiği görüşü doktrinde⁵⁹³ yaygın şekilde dile getirilince, taraf iradelerine tanınan bu üstünlüğün usul hukukuna yansısıyla iddia yükü ve somutlaştırma yükü kavramlarına önem kazandıran taraflarca getirilme ilkesi, dava malzemesinin yargılamaya getirilmesi hususundaki tasarruf yetkisini, esas itibarıyla davanın taraflarına bırakılmasını öngörür⁵⁹⁴. Bu gelişme doğrultusunda taraflarca getirilme ilkesini düzenleyen kanun koyucu da, birtakım istisnalar haricinde hâkimin, davada iki taraftan birinin ileri sürmediği iddia veya vakıaları kendiliğinden dikkate alamayacağını, onları hatırlatabilecek davranışlarda dahi bulunamayacağını ve kendiliğinden delil toplayamayacağını öngörerek taraflarca getirilme ilkesinin egemen konumuna vurgu yapmıştır (HMK m.25). Bir başka ifadeyle, hukuk muhakemesinde dava malzemesinin mahkeme önüne taraflarca getirilmesi ilkesi esas olarak benimsendiğinden, kanundaki istisnalar haricinde hâkimin, iki taraftan birinin söylemediği herhangi bir hususu resen dikkate alamayacağı; yargılamaya dahil edemeyeceği ve hatta dava dosyasında olmayan şeyleri taraflara hatırlatabilecek davranışlarda dahi bulunamayacağı (HMK m.25/1); kendiliğinden delil toplayamayacağı (HMK

⁵⁹² **Rüzgaresen-** Dosyanın İşlemden Kaldırılması, s.90-91.

⁵⁹³ **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, § 77, Rn.3; **Glasl, D.:** Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) Kommentar, hrsg. Brunner/Gasser/Schwander, 2. Aufl., Zürich-St.Gallen, 2016, Art.55 Verhandlungs- und Untersuchungsgrundsatz, N.3, N.6, **Mordasini-Rohner, C. M.:** Gerichtliche Fragepflicht und Untersuchungsmaxime nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Reihe A Privatrecht Band 112, Basel 2013, N.13.

⁵⁹⁴ **Asprion-Stöcklin, S.:** Die Verhandlungsmaxime im schweizerischen Zivilprozessrecht de lege lata und de lege ferenda, Basel 2008, s.25; **Bohnet, F./Droese, L.:** Präjudizienbuch ZPO, Bern 2018, Art 55, N.2, s.116-117; **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, § 77, Rn.3.

m.25/2); tarafların dilekçelerinde gösterdiği vakıalarla bağlı olduğu Kanun'da açıkça düzenlenmiştir. Böylece kanun koyucunun, hâkimin dava malzemesinin toplanmasındaki rolünü pasife indirgeyip taraflarla karşılıklı pozisyonunu bu eksen doğrultusunda belirleyerek yargılamanın temel kurgusunu oluşturma yoluna gittiği görülür⁵⁹⁵. Taraflarca getirilme ilkesinin kabul edilmesinin temeli, tarafların, aralarındaki uyuşmazlığı mahkemeye nazaran en iyi bilebilecek konumdaki kişilerden sayılmaları, bu yüzden kendi lehlerine olan dava malzemesini mahkemeye getirme konusunda azamî verimi almaya yetkin olmaları ve taraflar arasındaki uyuşmazlıkla ilgili devlet organının herhangi bir çıkarının bulunmaması düşüncesine dayanır⁵⁹⁶. Gelgelelim taraflarca getirilmesi ilkesinin uygulandığı davalarda hâkim, davayı aydınlatma ödevi çerçevesinde ve yalnızca uyuşmazlığın aydınlatılmasının zorunlu kıldığı durumlarda, maddî veya hukukî açıdan belirsiz yahut çelişkili gördüğü hususlar hakkında taraflara soru sorabilir; dilekçede gösterilen vakıalarla sınırlı olarak taraflardan açıklama yapmalarını ve delil göstermelerini isteyebilir (HMK m.31). Dolayısıyla, taraflarca getirilme ilkesi uyarınca vakıaların ve delillerin toplanması hususunda irade ve yetki davanın taraflarına ait olup, istisnalar dışında hâkimin bu konuda inisiyatif sahibi olmadığı söylenebilir.

Ancak tarafların, hak ve menfaatlerini optimal seviyede yine, ancak kendilerinin gözetebileceği, aralarındaki menfaat farklılıklarından dolayı gerçeğin ortaya çıkarılması ihtiyacını azamî ölçüde kendilerinin giderebileceği, taraf egemenliğinin yargılamanın amacına ulaşma yolunda en verimli yöntem olduğu şeklindeki düşüncenin, bazı konularda yetersiz kaldığı görülür. Yine, yargılamada davanın tarafları dışında, başka menfaatlerin de devreye girmesi sebebiyle hâkimin, yetkilerinin artırılarak, taraflarla birlikte yargılamada aktif rol almasını gerektiren durumlarla karşılaşılabilir⁵⁹⁷. İşte bu gibi durumlarda, yargılamada kural olan taraflarca getirilme ilkesinden sapılıp hâkimin rolünü ön plana çıkaran resen araştırma ilkesi uygulanarak taraflardan birisine ait özel menfaa-

⁵⁹⁵ **Ulukapı, Ö.:** Yargıtay Kararları Işığında Medeni Usul Hukukunda Yargılamaya Hakim Olan İlkelere Taraflarca Hazırlama İlkesi [SÜHFD, C.6, S.1998/1-2 (Prof. Dr. Süleyman Arslan'a Armağan, Konya 1998), s.713-732], s.717 vd.; **Karşı-** Muhakeme, s.234-235.

⁵⁹⁶ **Tahiroğlu, F.:** Medenî Usûl Hukukunda Re'sen Araştırma İlkesi, İstanbul 2021, s.22-23; **Tanrıver-** Usul, C.I, s.392-393; **Mordasini-Rohner,** N.14; **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım,** s.184; **Atalı/Ermenek/Erdoğan,** s.106; **Erdönmez-** Pekcanitez Usûl, s.800; **Budak/Karaaslan,** s.89, kn.43.

⁵⁹⁷ **Alangoya, Y.:** Medenî Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler, İstanbul 1979, s.131; **Karşı-** Muhakeme, s.250; **Erdönmez-** Pekcanitez Usûl, s.805-806.

tin ve daha ziyade aslında kanun koyucunun belirlediği kamu menfaatinin korunması tercih edilir.

Hukuk muhakemesinde resen araştırma ilkesi, sosyal ve toplumsal gerçekler karşısında zayıf tarafın korunduğu; hükümden etkilenmesi muhtemel üçüncü kişilerin menfaatlerinin de gözetildiği; kamu yararının tesisi vb. gerekçelerle, dava malzemesi üzerindeki tasarruf yetkisinin kısmen ya da tamamen taraflardan alınıp mahkemeye aktarıldığı; yargılamanın gidişatının tümüyle tarafların inisiyatifine terk edilmediği; salt subjektif hakkın korunması menfaatine değil, kamu düzeni ölçütü uyarınca daha geniş ölçekteki değerlere dayalı davalarda geçerli olan, taraflarca getirilme ilkesinin karşıtı ve istisnai karakterli bir usul hukuku ilkesidir⁵⁹⁸. Daha ziyade kişiler ve aile hukuku meselelerinde, bilhassa çocuğun hukukî yararının ve kamu düzeninin korunmasını gerektiren davalarda (örneğin, velayet, vesayet, nafaka, soybağı vb. konularda) işlerlik kazanan resen araştırma ilkesi, davanın açılması, sona erdirilmesi, hukukî himaye talebinin formüle edilmesi, iddia yükü, ispat yükü ve delil ikame yükü gibi usulî yüklerin dağılımı ile değil, dava malzemesinin toplanması, incelenmesi ve aydınlatılmasında davanın taraflarına karşı hâkimin rolü, etkinliği ve yükümlülükleri ile ilgilenir⁵⁹⁹.

Muhakeme hukukunun hangi alanlarında ve hangi uyumsuzluklar bakımından resen araştırma ilkesinin tercih edileceği kanun koyucunun iradesine kalmış bir hukuk politikası sorunudur⁶⁰⁰. Medenî usul hukukunda resen araştırma ilkesi, istisnai karakter taşımasına rağmen, örneğin idarî yargıda, ceza yargılamasında ve çekişmesiz yargı işleminde egemen konumdadır. Bu bağlamda kanun koyucunun idarî yargılama hukukunda esas itibariyle resen araştırma ilkesini benimsediği ve bunu açıkça düzenlediği görü-

⁵⁹⁸ **Muster, A.:** ZPO Kommentar (Schweizerische Zivilprozessordnung, Orell Füssli Kommentar, hrsg. Gehri/Jent-Sorensen/Sarbach), 2. Aufl., Zürich 2015, Art.55, N.5; **Hurni, C.:** Berner Kommentar zum Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO, Band I: Art. 1-149 ZPO; Band II: Art. 150-352 ZPO und Art. 400-406 ZPO, hrsg. Hausheer/Walter), Bern 2012, ZPO Art.55, N.52-53; **Sutter-Somm, T./Schrank, C.:** Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), hrsg. Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, 3. Aufl., Zürich-Basel-Genf 2016, Art.55, N.62; **Glasl,** ZPO Art.55 Verhandlungs- und Untersuchungsgrundsatz, N.38; **Tahiroğlu,** s.24-25.

⁵⁹⁹ **OFK-Schwander,** ZPO Art.55, N.5; **BK-Hurni,** ZPO Art.55, N.58; **Gehri, M. A.:** Basler Kommentar (Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., hrsg. Spühler/Tenchio/Infanger), Basel 2017, Art.55, N.22; **Gasser/Rickli,** ZPO Art.55, N.8-9; **Mordasini-Rohner,** N.368.

⁶⁰⁰ **Tahiroğlu,** s.21, 26; **Budak/Karaaslan,** s.88, kn.40.

lür⁶⁰¹. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 20. maddesinin ilk cümlesine göre Danıştay, bölge idare mahkemeleri ile idare ve vergi mahkemeleri, bakmakta oldukları davalara ait her türlü incelemeyi ve araştırmayı kendiliğinden yapar. Yani, hukuk muhakemesinde taraflarca getirilme ilkesinin istisnası olan resen araştırma ilkesi idarî yargılama hukukunda açık kanun hükmüyle kural hâline getirilmiş ve idarî yargı hâkiminin, yargısal faaliyetini resen araştırma ilkesine göre yürüteceği düzenlenmiştir⁶⁰². İdari yargı bağlamında resen araştırma ilkesinin kapsamı; idarî yargı organının, davanın açıldığı andan itibaren nihai kararın verilmesine kadar geçen süreçte, yargılamanın sevk ve idaresi, maddî vakıaların tespiti, delillerin değerlendirilmesi, idarî işlem veya eylemin hukuki açıdan nitelendirilmesi, uyuşmazlığın çözümünde uygulanacak hukuk kurallarının belirlenmesi, iddia ve savunmaların gerçeğe uygun olup olmadığının incelenmesi, davanın yasal süresi içerisinde açılıp açılmadığının saptanması, idarenin somut olaydaki sorumluluk esasının tespiti, tarafların idarî işlem veya eylemle ilgili hiç değinmedikleri hususların yargılamaya getirilmesi, kamu düzeni çerçevesinde tarafların taleplerinden bağımsız olarak resen gerçekleştirilen tüm araştırma ve incelemelerin yanı sıra, nihai karardan doğrudan etkilenecek olan dava dışı üçüncü kişilere davanın ihbar edilmesi olarak özetlenebilir⁶⁰³.

İdarî yargılamanın yanı sıra, ayrıca hukuk muhakemesinde çekişmesiz yargı işlemleri bakımından, Alman hukuku (FamFG § 26, 1), Avusturya hukuku (AußStrG § 16, 1; §

⁶⁰¹ “...idari yargılama hukukunda resen araştırma ilkesi benimsenmiştir. Bu ilke uyarınca idari yargı yerleri, uyuşmazlık konusu olayın hukuki nitelendirmesini yapmak, olaya uygulanması gereken hukuk kurallarını belirlemek ve sonuçta hukuki çözüme varmak yönlerinden tam bir yetkiye sahip oldukları gibi maddî olayı belirleme yönünden de her türlü inceleme ve araştırmayı kendiliklerinden yaparak iddia ve savunmalarda ortaya konan maddî durumun gerçeğe uygun olup olmadığını serbestçe araştırabilir, tarafların hiç değinmedikleri olayları ve maddî unsurları araştırıp, maddî olayın çözümü için gerektiğinde bilirkişi incelemesi de yaptırabilirler.” (VDDK. 21.02.1997, E. 1995/209, K. 1997/124; Legalbank İçtihat).

⁶⁰² Resen araştırma ilkesi, idarî yargılama hukukunda içerik itibarıyla bir “hukuka uygunluk” denetiminin söz konusu olması ve herhangi bir idarî işlem veya eylemin hukuka uygunluğunun incelenmesi sebebiyle kamu yararını sağlamaya yönelik önemli bir ilke konumunda olup idarî yargıcın resen araştırma yetkisi bir “bağlı yetki” olarak kabul edilir [bkz. **Evren, Ç. C.:** İptal Davalarında Kendiliğinden Araştırma İlkesi (GÜHFD, C.XII, S.2008/1-2, s.701-723), s.711]. Ayrıca bkz. **Aslan, Z.:** Türk İdari Yargı Sisteminde Re’sen Araştırma İlkesi (İÜSBFD, S.23-24, Ekim 2000-Mart 2001, s.53-58), s.54 vd.

⁶⁰³ **Sarıaslan, O.:** Bireysel Başvuru Süreciyle Değişen Yargısal Paradigma ve Adil Yargılanma Hakkı Ekseninde İdari Yargıda Re’sen Araştırma İlkesi (UMD, S.2018/12, s.647-692), s.656.

31, 2/3) ve İsviçre hukuku (sZPO Art.255) ile uyumlu şekilde, resen araştırma ilkesinin geçerli olduğu hususuna Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda açıkça yer verildiği görülür (HMK m.385/2). Özel hukukun kapsamındaki konulara ilişkin olarak, yargı organlarının yürüttüğü, kısmen adlî kısmen idarî nitelikteki faaliyetlerden sayılan ve kamu yararı düşüncesiyle ortaya çıkan çekişmesiz yargı işlerinde mahkeme, kendisine yöneltilen talep yönünden gerekli adlî ve idarî her türlü araştırmayı, ilgililerin iradelerinden bağımsız şekilde, uygun gördüğü bütün araçlardan yararlanarak ve ilgililerce işaret edilmiş olsa bile, kararına etki etmesi muhtemel bütün unsurları da gözетerek gerçekleştirir. Çekişmesiz yargı işleri, mahkemelerin aslî görevleri arasında bulunmasa da, kamu düzenini etkileme potansiyeli taşıyan işlerde bir onay, izin ya da yeni durum oluşturma makamı olarak, kamu yararı düşüncesiyle mahkemelere bırakılan faaliyetlerden olduğu için, resen araştırma ilkesinin, çekişmesiz yargıda, çekişmeli yargıya nazaran daha kolay anlaşılabilir ve basit uygulanabilir nitelik taşıdığı söylenebilir. Çekişmesiz yargı işlerinde resen araştırma ilkesinin kabul edilmesi ise, kural olarak dava formatındaki gibi bir karşı tarafın bulunmaması gerekçesine dayanır⁶⁰⁴. Zira hâkim, yalnızca talep sahibi ilgilinin getirdiği vakıa ve delillerle yetinmek zorunda kalsaydı, talebin haklı olup olmadığına ilişkin gerçeğe ulaşmakta zaafa uğrayabilirdi ve böylece devletin çekişmesiz yargı işinde gözettiği menfaat korunamazdı⁶⁰⁵.

Sonuç itibarıyla, bu örneklerden hareketle denilebilir ki, resen araştırma ilkesi, muhakeme hukukunun hangi alanında olursa olsun, çözülmesi hedeflenen uyuşmazlığın

⁶⁰⁴ **Klingler, R.:** Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), hrsg. Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, 3. Aufl., Zürich-Basel-Genf 2016, Art.255, N.5; **BK-Hurni,** ZPO Art.55, N.52; **Lazopoulos, M./Leimgruber, S.:** ZPO Kommentar (Schweizerische Zivilprozessordnung, Orell Füssli Kommentar, hrsg. Gehri/Jent-Sorensen/Sarbach), 2. Aufl., Zürich 2015, Art.255, N.1; **Mordasini-Rohner,** N.410.

⁶⁰⁵ **Kuru, B.:** Nizasız Kaza, Ankara 1960, s.161; **Aras, A.:** Çekişmesiz Yargıda Yargılama Usulü, Ankara 2017, s.69; **Tahiroğlu,** s.62. “Çekişmesiz yargıda ise, re’sen araştırma prensibi egemendir. Takibi talebe bağlı çekişmesiz yargı işlerinde bu prensibin geçerli olması bu gibi işlerde ilke olarak mukabil (zıt) alakalı bir kimsenin olmaması düşüncesine dayanır. Çekişmesiz yargıda da, çekişmeli yargıda olduğu gibi taraflarca hazırlama prensibi geçerli olsa idi o zaman hâkim; talepte bulunan tarafların iddia ettiği vakıalar ve ileri sürdüğü delillerle yetinmek zorunda kalırdı ve bu durum gerçeğin ortaya çıkarılması ilkesiyle bağdaşmazdı. Sair taraftan; kendiliğinden araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda hâkim, belirli vakıaları kendiliğinden araştırma yetkisine ve yükümlülüğüne sahip olduğundan, davayı değiştirme yasağı bu uyuşmazlıklarda uygulanmaz (H.U.M.K m185/2).” (Y. HGK. 14.12.2005, 2-692/725; Legalbank İçtihat). Aynı yönde bkz. Y. HGK. 21.12.2005, 2-740/766; HGK. 25.06.1997, 11-313/569 (Legalbank İçtihat).

niteliği, tâbi olduğu hukukî rejim, tarafların hukuk düzeni içindeki konumu ve karşılıklı menfaat dengesi gözetilerek kanun koyucunun tercihinine göre şekillenen yargılama usulünün önemli bir unsuru olarak öne çıkar.

II. Taraflarca Getirilme İlkesi İle Mukayesesi

Her şeyden önce resen araştırma ilkesi uyarınca hâkim, önüne gelen uyuşmazlığa ilişkin yargılamada dava malzemesinin toplanması bakımından genel kuraldan farklı şekilde, kendisine tanınan yetki ve sorumluluk çerçevesinde vakıa ve delillerin mahkemeye getirilmesinde aktif rol üstlenerek, taraflarla birlikte veya onlardan bağımsız hareketle uyuşmazlığın çözümünde etkili olabilecek vakıaları ve delilleri resen toplamaya çalışır. Yani davaya bakan hâkim, dava malzemesinin toplanmasında sadece tarafların yargılamaya getirdiklerini değil, getirmediklerini de gözetmek ve değerlendirmek zorunda olduğundan, taraflarla birlikte kendisi de sorumluluk altındadır⁶⁰⁶. Bu itibarla taraflarca getirilme ilkesinden farklı olarak hâkim, incelemesini, yalnızca tarafların mahkemeye getirdiği dava malzemesiyle sınırlı tutmadığı için, taraflarca hiç değinilmeyen, mahkeme önüne getirilmeyen hususları dahi incelemeye dahil edebilir. Bunu yaparken hâkimin, hangi vakıaların çekişmeli olduğunu ve aydınlatılmaya ihtiyaç duyduğunu resen belirleyip, incelemesini o vakıalara hasretmesi gereklidir.

Elbette resen araştırma ilkesinin geçerli olması, tarafların vakıa ileri süremeyecekleri, ispat hakkını kullanamayacakları yahut iddia ve somutlaştırma yükünden muaf tutuldukları ve kendilerine yönelik ispat yükü kurallarının uygulanmayacağı anlamına asla gelmez⁶⁰⁷. Zira hukuk yargılamasında mahkeme, ceza yargılamasındaki gibi bir tahkikat aygıtı olarak işlev göremez. Resen araştırma ilkesine tâbi davalarda dahi taraflar, dava malzemesinin temininde mutlaka mahkemeye katkıda bulunmak ve kendilerine

⁶⁰⁶ **Asprion-Stöcklin**, s.13; **Glasl**, ZPO Art.55 Verhandlungs- und Untersuchungsgrundsatz, N.34, N.49; **Alangoya**- İlkeler, s.9; **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s.183-184; **Kuru, B.:** Hukuk Muhakemeleri Usulü, C.II, 6. B., İstanbul 2001, s.1923; **Kuru**- Nizasız Kaza, s.160-162.

⁶⁰⁷ **Van de Graaf, B.:** Kurzkommentar ZPO, 2. Aufl., hrsg. Oberhammer/Domej/Haas, Basel 2014, Art.296, N.2; **Asprion-Stöcklin**, s.14; **Börü, L.:** Medeni Usul Hukukunda İddia ve Somutlaştırma Yükü, Ankara 2016, s.91, 119, 173, 186.

ait usulî yükümlülüklerin gereğini yerine getirmek zorundadır⁶⁰⁸. Bununla beraber hâkim, resen araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda, tarafların getirdiği dava malzemesiyle bağlı olmadığından, onların hiç değinmediği, işaret etmediği, kısmen veya tamamen kişisel bilgisine dayanan yahut dosya münderecatından anlaşılmayan tüm vakıaları araştırabilir ve hükmüne dayanak gösterebilir. Hatta taraflar arasında çekişmeli olmayıp da doğruluğundan şüphe edilen vakıalarla ilgili olarak hâkimin resen delil toplaması ve şüpheli vakıaların doğru olduğu hususundaki kanaatini güçlendirmesi de resen araştırma ilkesi çerçevesinde mümkün görülebilir⁶⁰⁹.

Doktrinde bir görüş⁶¹⁰, resen araştırma ilkesine göre hâkimin, taraflarca hazırlanan dava malzemesiyle ve talep sonuçlarıyla bağlı bulunmadığı ve esasen taraflarca getirilme ilkesi bakımından bir anlam içerdiği gerekçesiyle, davayı aydınlatma ödevinin resen araştırma ilkesine tâbi davalarda söz konusu olmadığını savunur. Anılan görüşe göre resen araştırma ilkesine tâbi davalarda hâkimin taraflara soru sorması, tarafların açıklama yapmalarını ve delil göstermelerini istemesi, kural olarak resen araştırma ilkesinin bir sonucu olup, hâkimin aydınlatma ödevi kapsamında değerlendirilemez⁶¹¹.

Kanımızca bu görüşe katılmak güçtür. Her şeyden önce davayı aydınlatma ödevinin iki yönü bulunmakta olup, ilk olarak vakıalar bakımından yeterince açıklık bulunmayan hâllerde hâkim, duruşmalarda tarafları dinleyebilir, onlara soru sorabilir ve açıklama yapmalarını isteyebilir (HMK m.144). Hâkim tarafından taraflara soru sorulmasını ve tarafların dinlenilmesini öngören hükümler, resen araştırma ilkesine tâbi davalarda evleviyetle uygulanabilir. Hâkimin, sorduğu sorulara verilen cevaplarla ve yapılan açıklamalarla bağlı olmaksızın kendisinin de vakıa araştırmasına katılması, aydın-

⁶⁰⁸ **Leuenberger, C./Uffer-Tobler, B.:** Schweizerisches Zivilprozessrecht, Bern 2010, s.118-119, N.4.32; **Spühler, K./Dolge, A./Gehri, M.:** Schweizerisches Zivilprozessrecht und Grundzüge des internationalen Zivilprozessrechts, 9. Aufl., Bern 2010, s.96, N.39; **Börü-** Somutlaştırma, s.91-92.

⁶⁰⁹ **Yıldırım, M. K.:** Medeni Yargılama Hukukunda Hakimin Rolü [Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, C.II (MÜHF-HAD, Özel Sayı, C.22, S.2016/3), s.3027-3044], s.3035; **Aras, B.:** Hukuk ve Ceza Mahkemesi Kararlarının Birbirine Etkisi, Ankara 2014, s.52; **Leuenberger/Uffer-Tobler,** s.119-120, N.4.35; **Kuru-** Nizasız Kaza, s.60-62.

⁶¹⁰ **Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz/Hanağası,** s.165; **Simil, C.:** Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevinin Sınırları [Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, C.II, İzmir 2015 (DEÜHFD, C.16, Özel Sayı 2014), s.1351-1376], s.1353; **Tahiroğlu,** s.36.

⁶¹¹ **Simil,** s.1353, 1358.

latma ödevinin işlevini yitirdiği anlamına gelmez. Bu bağlamda davayı aydınlatma ödevinin delillere ilişkin diğer yönü itibariyle hâkim, yargılama esnasında belirsiz veya çelişkili gördüğü hususlar hakkında taraflardan yeni delil göstermelerini isteyebileceği gibi, taraflarca açıkça gösterilmemiş olsa bile, dosyadan anlaşıldığı takdirde keşif, bilirkişi incelemesi vs. delillere resen başvurabilir. Yani hâkim, taraflarca sunulan delillerin ispata yetmediği hâllerde uyuşmazlığın çözümlenebilmesi için, tarafların iddia ve savunmaları çerçevesinde kalmak üzere, ispat yükünü taşıyan tarafa, sunduklarından başka herhangi bir delili olup olmadığını sorabilir.

Dolayısıyla resen araştırma ilkesine tâbi davalar bakımından hâkimin davayı aydınlatma ödevinin anlam ve işlevini kaybettiği, buna ihtiyaç kalmadığı yönündeki görüşe katılamıyoruz. Zira resen araştırma ilkesine tâbi davalarda hâkimin, taraflarca gösterilen delillerle bağlı olmaması, taraflardan hiçbir şekilde yeni delil sunmalarını isteyeceği yahut sunulan dava malzemesindeki çelişki ve belirsizliklerin giderilmesi bakımından tarafların açıklama yapmalarını, sorulan sorulara cevap vermelerini emre demeyeceği anlamına gelmez. Daha doğru bir ifadeyle, bu işlemlerin yapılabilmesi için aydınlatma ödevine ihtiyaç duyulmadığını kesin bir ifadeyle dile getirmek amaca uygun bir yaklaşım değildir. Zira Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda, resen araştırma ilkesi uyarınca yargılama boyunca hâkimin hangi tahkikat araçlarından yararlanabileceği, resen araştırmanın kapsamına usul hukukunun hangi kavram ve kurumlarının dahil olduğu; aydınlatma ödevinin resen araştırma içerisinde soğurulduğu gibi hususlara açıklık getirilmemiştir⁶¹².

Her ne kadar taraflarca getirilme ilkesine göre, delillerle ilgili sorumluluk taraflara ait olduğundan hâkim, resen delil toplama yetkisi taşıyor olsa bile, yani tahkikat bağlamında aydınlatma ödevi dışında başka geniş kapsamlı bir yetkiye sahip olmasa da, davayı aydınlatma ödeviyle ilgili olarak kanun koyucunun her iki ilke arasında ayrım gözettiğini gösteren somut bir gerekçe söz konusu değildir⁶¹³. Resen araştırma ilkesinde hâkimin, dava malzemesini tek başına toplaması ve araştırma faaliyetinde tek başına hareket etmesi gerektiğini söylemek; ayrıca tarafların, sorulan sorulara verdikleri cevap-

⁶¹² **Güleç, Ş.:** Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi, Ankara 2021, s.203.

⁶¹³ **Güleç,** s.203.

lar ile getirdikleri yeni delillerin davanın çözümünde hiçbir katkısının olmayacağını peşinen kabul etmek, yargılamanın amacıyla örtüşmez. Kaldı ki, davayı aydınlatma ödevi, dava malzemesinin hâkim tarafından resen toplanmasıyla çatışan bir özellik taşımadığı gibi, hâkimin dava malzemesini toplamakta yetersiz kalması hâlinde, taraflarla işbirliği içinde hareket etmesini sağlamaya yönelik bu ödevi yok saymak, bütün yükün hâkimin sırtına yüklenmesi sonucuna yol açar.

Resen araştırma ilkesine tâbi davalarda, taraflarca sunulan dava malzemesini tümüyle yok saymak ve tahkikatı tamamen hâkimin faaliyeti sonucunda elde edilen dava malzemesine hasretmek isabetli bir yaklaşım değildir. Hâkim, resen araştırma ilkesine rağmen tarafların topladığı dava malzemesini de dikkate alıp birtakım eksiklikleri belirleyerek tahkikata yol gösterici olması açısından değerlendirme yapabilmelidir⁶¹⁴. Ayrıca resen araştırma ilkesinin uygulandığı davalardaki maddî ve hukukî yönden her türlü belirsizlik, çelişki veya eksikliğin ortaya çıktığı hâllerde hâkimin soracağı sorular, taraflardan isteyeceği açıklama ve deliller, her iki ilkeden de kaynaklanabileceği için, bu hususta kuvvetlendirilmiş aydınlatma ödevinden söz edilebilir⁶¹⁵. Resen araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda hâkimin davayı aydınlatma amacıyla HMK m.31 hükmünde öngörülen usulî araçlara başvurabilmesine engel yoktur⁶¹⁶. Resen araştırma ilkesine tâbi davalarda tahkikatın yapılış ve uygulanış şekli açıkça düzenlenmediğinden, dava malzemesine ilişkin belirsizlik, çelişki veya eksiklik bulunan her durumda hâkim, taraflarla birlikte dava malzemesinin açıklığa kavuşturulması faaliyetine odaklanırken, davayı aydınlatma ödevi içinde tanımlananlar dahil olmak üzere, kanunda yer alan her türlü usulî imkândan yararlanabilmelidir⁶¹⁷. Bu anlayışın, usul ekonomisi ilkesiyle de bağdaştığı açıktır⁶¹⁸. Sonuç itibariyle, bu söylenenler ışığında kanımızca, dava malzemesinin temininde geçerli olan yargılama hukuku ilkesi, hâkimin davayı aydınlatma

⁶¹⁴ **Karaaslan, V.:** Medenî Usûl Hukukunda Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi, 2. B., Ankara 2019, s.115; **Güleç, s.203;** **Budak/Karaaslan, s.93, kn.54.**

⁶¹⁵ **Karaaslan, s.116;** **Budak/Karaaslan, s.93, kn.54;** **BK-Hurni, ZPO Art.55, N.65;** **Gasser/Rickli, ZPO Art.55, N.9.**

⁶¹⁶ **Sutter-Somm, T./Schrack, C.:** Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), hrsg. Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, 3. Aufl., Zürich-Basel-Genf 2016, Art.55, N.72; **Karaaslan, s.117;** **Güleç, s.203.**

⁶¹⁷ **Güleç, s.203;** **Tarım, s.101.**

⁶¹⁸ **Rüzgaresen, C.:** Medeni Muhakeme Hukukunda Usul Ekonomisi, Ankara 2013, s.125, 128, 117 vd.

ödevinin olup olmadığı sorusuna cevap vermez; ancak bu ödevin kapsamının, içeriğinin ve uygulanma biçiminin belirlenmesine yardımcı olabilir.

Hâkimin resen araştırması gereken vakıadan maksat, dava konusu uyuşmazlığın çözümünde etkili bir hukuk kuralının unsur öğelerini karşılayabilecek, zaman ve mekan itibariyle somutlaşmış, dış dünyaya ve insanın ruhsal durumuna ilişkin gelişen ve hâlen varlığını koruyan olgular olup, bunlar talep sonucunu haklı göstermeye yarayan vakıalar bütününe vücut verir. Nitekim talep sonucu, dava açılmadan önceki dönemde cereyan etmiş ve hukuk düzeninin sonuç bağladığı vakıalar bütününe dayandığından, bu vakıalar bütünü her hukukî sonucun vazgeçilmez şartını oluşturur⁶¹⁹. Talep sonucunun ve aynı zamanda davanın temelini teşkil eden vakıalar bütünü, talebin dayanağı olan hukuk kuralının öngördüğü hukukî sonucun doğabilmesi için varlığı gereken hayat olaylarını kapsar. Bu vakıalar sabit hâle geldiğinde, hukuk kuralının öngördüğü sonuçlar doğar. Dolayısıyla hâkimin, resen araştırma ilkesi uyarınca yürüteceği faaliyetin konusunu bu vakıalar bütünü ve bunların gerçekliğini ispata yarayan araçlar oluşturur⁶²⁰. Yine hâkim, taraflarca getirilen vakıaların gerçekliğini de resen ve doğrudan araştırmakla yükümlü olup, hukuk kuralının somut olay açısından doğru uygulanmasını sağlamak için, tarafların getirdiği yahut ikrar ettiği vakıalar bütününün gerçeği yansıttığı hususundaki kanaati kesinleşinceye dek tahkikat faaliyetini sürdürmelidir⁶²¹.

Ayrıca bu ilkenin uygulandığı davalarda, örneğin babalık davasında iddia ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağı ile bunun istisnaları da uygulama alanı bulmaz⁶²². Keza ikrar ve yemin, hâkimi bağlamadığı gibi, delil sözleşmesi de hukuken caiz değildir. Kaldı ki, ikinci tanık listesi verme yasağı, bu ilkenin uygulandığı davalar

⁶¹⁹ **Alangoya-** İlkeler, s.101-102.

⁶²⁰ Soyut hukuk kuralının koşul vakıalarını yargılamaya getirmek taraflara ait bir görev olmakla birlikte, hâkimin vakıaları resen gözetmesi gereken hâllerle de karşılaşılabilir. İleride ayrıntılı değinileceği üzere, bu konuya Avusturya hukukunda “sınırlı resen araştırma ilkesi” yahut “toplama ilkesi” adı verilen ve işbirliği ilkesi ile beraber ele alınan usul hukuku ilkesi penceresinden yaklaşıldığı görülür [bkz. **Deren-Yıldırım, N.:** Aile Mahkemelerinin Görevi ve Uygulamaları (Prof. Dr. Zahit İmre’ye Armağan, İstanbul 2009, s.245-260), s.258 ve aynı yerde dn.51].

⁶²¹ **Alangoya-** İlkeler, s.106-107; **Özçelik, V.:** Türk Medenî Usûl Hukukunda Taraflarca Getirilme İlkesi, Ankara 2020, s.106.

⁶²² **Ercan, İ.:** Boşanma Davalarında Geçerli Olan Yargılama İlkeleri (Prof. Dr. Ramazan Arslan’a Armağan, C.1, Ankara 2015, s.721-748), s.740; **BK-Spycher**, ZPO Art.277, N.29.

bakımından işlerlik kazanamaz ve hâkimin, tahkikatı çekişmeli maddî vakıalara hasretme zorunluluğu da söz konusu değildir⁶²³. Yalnızca kamu düzenine ilişkin ya da kanun koyucunun açıkça öngördüğü istisnai hâllerde işlerlik kazanan resen araştırma ilkesi, çoğunlukla tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunamayacağı yahut hukuk politikası uyarınca davanın taraflarından birisinin diğerine nazaran korunmaya değer üstün yararının olduğu düşünülen hâllerde uygulanır. Bu hâllere, evlenmenin butlanı, soybağının reddi, sonradan evlenme yoluyla kurulan soybağına itiraz, tanımanın iptali, evlatlık ilişkisinin kaldırılması, derneğin feshi, velayetin kaldırılması, nüfus kaydının düzeltilmesi gibi dava ve işler örnek gösterilebilir. Yine, kamu düzenini ilgilendiren babalık davasında da hâkim, tarafların getirdikleriyle bağlı olmaksızın bizatihi kendisi vakıa ve delillerin araştırılması, yargılamaya sokulması ve değerlendirilmesi bakımından aktif faaliyet yürütebilir⁶²⁴.

Bu bağlamda, İsviçre hukukunda yapılan “sınırlı” ve “sınırsız resen araştırma ilkesi” şeklindeki ikili ayırmada⁶²⁵ çocuğun hukukî yararını ve statüsünü ilgilendiren meselelerde (örneğin, babalık davasında) geçerli olan sınırsız resen araştırma ilkesine göre hakim, tarafların öne sürmediği ve fakat hukuken gerekli olan vakıaları araştırmak, delilleri toplamak, hüküm aşamasına gelinceye kadar yeni vakıa ve delilleri de dikkate alıp değerlendirmek, dava malzemesini genişletmeleri hususunda tarafları teşvik etmek ve çocuğun menfaatlerini teminen esasa ilişkin tüm hususları gözetmek zorunda iken⁶²⁶; boşanma davalarında geçerli olan sınırlı resen araştırma ilkesine göre ise, iddia ve savunmanın dayanağını oluşturan hususlarda herhangi bir çelişki yahut delillerin tamlığında bir şüphe söz konusu olmasa dahi hâkim, taraflarca getirilmesi ilkesine nazaran daha yoğun şekilde yerine getireceği soru sorma ve davayı aydınlatma ödevi çerçevesinde dava malzemesinin tamamlanması için tarafların dikkatini çekmek ve bazı hatır-

⁶²³ **Tanriver-** Aile Mahkemeleri, s.77.

⁶²⁴ **BK-Spycher**, ZPO Art.277, N.30; **Erdönmez-** Pekcanitez Usûl, s.805-806; **Kuru-** Usul, C.II, s.1924.

⁶²⁵ İsviçre doktrininde sınırsız resen araştırma ilkesi yerine “*kamu yararına resen araştırma ilkesi*”; sınırlı resen araştırma ilkesi yerine ise “*taraf yararına resen araştırma ilkesi*” ifadesinin de kullanıldığına rastlanır (bkz. **Asprion-Stöcklin**, s.21). Ayrıca “basit resen araştırma ilkesi” ve “güçlendirilmiş resen araştırma ilkesi” şeklindeki ayırım için bkz. **Leuenberger/Uffer-Tobler**, s.119-120.

⁶²⁶ **OFK-Schwander**, ZPO Art.296, N.3; **Schweighauser**, ZPO Art.296 Untersuchungs- und Offizialgrundsatz, N.11; **BK-Spycher**, ZPO Art.296, N.6; **Spühler/Dolge/Gehri**, s.96-97, N.39-40.

latmalarda bulunmak zorundadır⁶²⁷. Dolayısıyla sınırlı resen araştırma ilkesinde hâkim, sınırsız resen araştırma ilkesine nazaran daha geri planda kalarak tahkikat faaliyetini, davanın aydınlatılabilmesi için gereken dava malzemesinin temini hususunda, güçlendirilmiş soru sorma ödevi aracılığıyla taraflara etki etmekle sınırlandırır⁶²⁸. Hâkimin delil toplama yetkisinin kapsamına ilişkin olarak ise İsviçre hukukunda Federal Medenî Usul Kanunu'nun 153. maddesi uyarınca mahkeme, vakıaları resen araştırması gereken davalarda (sZPO Art.296; Art.303) delilleri de resen araştırıp toplayabileceği gibi, çekişmeli olmayan ve fakat hâkimin tereddütte kaldığı, şüpheye düştüğü vakıalara ilişkin olarak da delil ikâme etmeye yetkili sayılır.

III. Hâkimin Taraflarla İşbirliği ve Teksif İlkesi İle İlişkisi

Hâkimin taraflarla işbirliği ilkesi, özellikle Alman ve Avusturya hukuk doktrinlerinde tartışılan ve dava malzemesinin teminine yönelik taraflarca getirilme ilkesi ile resen araştırma ilkesinin arasında, her ikisine ait birtakım özellikler içeren, yargılamada taraf egemenliğinin sınırlandırılarak dava malzemesinin hazırlanmasında ve açıklanmasında sorumluluğun tek başına taraflara yüklenmemesini gözeten, liberal usul hukuku anlayışından sosyal (toplumcu) usul hukuku anlayışına geçişin en önemli adımı olarak görülen bir yargılama hukuku ilkesi olarak açıklanır⁶²⁹. Bu itibarla, Alman doktrininde taraflarca getirilme ilkesinin gelişmiş bir versiyonu olarak görülen işbirliği ilkesinde mahkemenin, taraflarla birlikte çalışarak işbirliği içinde dava malzemesinin toplanmasında verimliliğini artırma ve hâkimin davayı aydınlatma ödeviyle maddî gerçeğe ulaşma amacını yoğun biçimde kaynaştırma fikri ön plandadır⁶³⁰.

İşbirliği ilkesi (*Kooperationsmaxime*), dava malzemesinin teminindeki esaslarda önemli değişiklikler yapmak suretiyle irade serbestisinin uzantısı konumundaki taraflarca getirilme ilkesinin yerine sınırlı resen araştırma ilkesini ortaya koymuş ve böylece

⁶²⁷ **Sutter-Somm/Schrank**, ZPO Art.55, N.68-69.

⁶²⁸ **Sutter-Somm/Schrank**, ZPO Art.55, N.71.

⁶²⁹ **Deren-Yıldırım, N.:** Hâkimle Tarafların İşbirliği İlkesi ve Yarattığı İdeolojik Çağrışımlar (75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara 2004, s.817-832), s.823-824; **Karşlı-** Muhakeme, s.257-258; **MüKo-ZPO/Rauscher**, Münchener Kommentar zur ZPO mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzes, 6. Aufl., München 2020, Einleitung Rn.377.

⁶³⁰ **Yıldırım, M. K.:** Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, İstanbul 1990, s.110.

yargılamanın taraflarca yürütülmesi ilkesinin yerine “yargılamanın hâkim eliyle yürütülmesi ilkesi”, diğer bir terminolojiye göre “hâkimin davayı maddî bakımdan sevk yetkisi (*materielle Prozessleitung*)” ağırlık kazanmıştır⁶³¹. Yargılamanın şekli bakımından yürütülmesinde hâkime geniş yetkiler tanıyan, celselerin tayini, çağrılarının yapılması, tarafların dinlenilmesi, delillerin ikâmesi gibi usul işlemlerini tamamen hâkimin takdir yetkisine bırakan ve buna ilâveten aynı zamanda taraflarca toplanan dava malzemesinin maddî içeriği kapsamında hâkime, davayı aydınlatma ödeviyle uyumlu olarak soru sorma, işaret etme gibi geniş yetkiler bahşeden, dosya kapsamından anlaşılan her türlü dava malzemesini taraflarca açıkça ileri sürülmemiş olsa dahi dikkate almasını emreden bu ilke, soybağı davalarında uygulanan yargılama usulü üzerinde de etkisini göstermiştir⁶³². Toplumcu nitelikli medenî usul hukuku sistemine geçiş aşamasında hâkimin davayı aydınlatma ödevinin kapsamını genişleten Alman Medenî Usul Kanunu’nun “yargılamanın maddî bakımdan sevk” başlıklı § 139 hükmüne göre mahkeme, davanın dayanağı olan vakıaları ve hukukî konuları taraflarla birlikte ele alıp onlara sorular yöneltmek suretiyle tarafların açıklama yapmalarını, eksiklikleri tamamlamalarını ve gerekli delilleri ikame etmelerini sağlamalıdır (dZPO § 139, 1). Yine mahkeme, tarafların gözden kaçırdığı veya önemsiz gördüğü bir hususu taraflara işaret edip bununla ilgili beyanda bulunmalarına fırsat vermeli ve tereddütte kaldığı hususlar hakkında tarafların dikkatini çekmelidir (dZPO § 139, 2-3). Bu itibarla, Alman hukukunda taraflarca getirilme ilkesinin, yerini işbirliği ilkesine terk ettiği ve hâkimin, yetkilerinin artırılıp taraflarla birlikte çalışmasına dayanan bir yargısal faaliyetin esas olarak ortaya konulduğu söylenebilir⁶³³. Hâkimin davadaki rolü ve işlevini ele alan, davayı aydınlatma, soru sorma ve işaret etme ödevinin kapsamını genişleten dZPO § 139 hükmü neticesinde, Alman hukukunda tarafları dava malzemesini tamamlamaya ve buna uygun talebi yöneltmeye sevk yükümlülüğü genel bir müzakere ve soru sorma yükümlülüğüne çevril-

⁶³¹ **Deren-Yıldırım-** İşbirliği İlkesi, s.827-828; **Yıldırım, M. K.:** Teksif ve Sözlülük İlkeleri Açısından Yargılama Usulleri Hakkında Düşünceler (Prof. Dr. Ergun Önen’e Armağan, İstanbul 2003, s.467-491), s.479-481; **Yıldırım-** Hakim Rolü, s.3040; **Karşı-** Muhakeme, s.258; **BSK ZPO-Gehri,** Art.56, N.1-2.

⁶³² **Deren-Yıldırım-** İşbirliği İlkesi, s.828; **Yavaş, M.:** Mevaz Kanun ile Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Medeni Yargılamaya Hakim Olan İlkeler ve Hakim Rolü (Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan, İstanbul 2007, s.283-335), s.305.

⁶³³ **Yıldırım-** Hakim Rolü, s.3040-3041.

miş ve hâkimin yargılamaya katılımıyla ilgili yükümlülükleri ağırlaştırılarak yargılamayı maddî bakımdan yürütme yükümlülüğü hâline getirilmiştir⁶³⁴. Buna karşın işbirliği ilkesi hâkime, tarafları iddia ve savunmalarını destekleyici yeni beyanlarda bulunmaya yönlendirme ve teşvik konusunda yetki bahsetse de, tarafların, hâkimin önerilerini dikkate alıp almayacakları, yine kendilerini ilgilendireceği ve tercihleri bakımından herhangi bir zorlamaya tâbi tutulamayacağı düşünüldüğünde, hâkime tarafların yargılama vasısı rolü biçilmemesi sebebiyle işbirliği ilkesi saf resen araştırma ilkesinden ayrılmaktadır⁶³⁵.

Hâkimin, taraflarca getirilen dava malzemesi ve taraf usul işlemleri çerçevesinde maddî hukukun uyumsuzluğun içeriğine uygun gördüğü çözümü bulması şeklinde anlaşılan “yargılamanın maddî anlamda yürütülmesi ilkesi” Avusturya hukukunda yargılamanın hızlandırılması amacıyla “yumuşatılmış araştırma ilkesi” adı altında düzenlenir⁶³⁶. Bu itibarla, Avusturya hukukunda dava malzemesinin taraflarca getirilmesi ilkesine bağlı saf teksif ilkesinden (*Eventualmaxime*) uygulamada beklenen verimin alınamaması üzerine hâkimin, dava malzemesini, taraflarca getirilenlerle sınırlı şekilde resen araştırması esasına dayalı, yargılamanın hızlandırılmasına yönelik yoğunlaştırma ilkesi (*Konzentrationsmaxime*) kabul edilmiştir⁶³⁷. Bunun saf resen araştırma ilkesinden ayrılan yönü, hâkime daha yargılamanın başında taraflarca hiç ileri sürülmemiş olan hususlar hakkında dava malzemesi araştırmasına izin verilmemesidir. Bunun dışında hâkim, soru sorma vb. bütün usulî araçlarla gerçeğe uygun vakıa tespiti yapabilir ve yargılamanın gidişatına göre önem arz eden vakıalara ilişkin aydınlatılmaya ihtiyaç duyulan tüm hususlar bakımından tarafların delil sunmalarını ve dava malzemesindeki diğer eksiklikleri tamamlamalarını emredebilir⁶³⁸.

Yine sınırlı resen araştırma ilkesi, saf teksif ilkesini bertaraf edeceğinden, sınırlı resen araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda hüküm aşamasına gelinceye kadar yar-

⁶³⁴ **Karlı-** Muhakeme, s.243-244.

⁶³⁵ **Karlı-** Muhakeme, s.258-259.

⁶³⁶ **Rechberger, W.:** Avusturya Medeni Yargılamasında Yargılamanın Hızlandırılması [İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku (*Derleyen ve Çeviren: Yıldırım, M. K.*), 6. B., İstanbul 2011, s.1-15], s.7; **Yıldırım-** Yargılama Usulleri, s.481.

⁶³⁷ **Yıldırım-** Yargılama Usulleri, s.481.

⁶³⁸ **Rechberger-** Çeviri, s.7; **Yavaş-** İlkeler, s.305.

gılamanın her aşamasında taraflar yeni dava malzemesi getirebilir ve mahkemece dikkate alınmasını talep edebilirler⁶³⁹. Diğer deyişle, “sınırlı resen araştırma ilkesi (*eingeschränkte Amtsermittlungsgrundsatz*)”, saf resen araştırma ilkesinden farklı olarak, tahkikatın başında hâkime resen vakıa araştırma yetkisi tanımayıp, taraflarca getirilmesi ilkesi doğrultusunda öncelikle tarafların dava malzemesini getirmelerini zorunlu kılar⁶⁴⁰. Buna göre hâkim, davayı aydınlatma ödevi doğrultusunda duruşmada soru sorarak veya taraflarla müzakere ederek, uyuşmazlığın esası bakımından önem taşıyan tüm vakıaları ileri sürmelerini, vakılardaki eksiklikleri tamamlamalarını, bu vakıaların ispatına yönelik delillerin ikâmesini ve ayrıca tarafların iddia ve talepleri ile ilgili diğer bütün vakıaların dürüstlük kuralı ve gerçeği söyleme yükümlüğüne uygun şekilde belirlenmesini taraflardan istemek durumundadır⁶⁴¹ (dZPO § 139; sZPO Art.247, Abs.1). Yine sınırlı resen araştırma ilkesine göre hâkim, davada hangi delilleri göstereceklerini taraflara sormanın yanı sıra iddiaların dayanağı olan vakıaların ispatına yönelik önem taşıyan delilleri de yargılama esnasında resen ikâme etme yetkisine sahiptir (bkz. öZPO § 183, 1, Abs.4). Bu bağlamda hâkim, senet ve belgeler dahil her türlü delilin ibrazını isteyebileceği gibi resen keşif ve bilirkişi incelemesine de başvurabilir⁶⁴².

Öte yandan bazı hâllerde deliller, taraflarca ileri sürülen vakıaların doğruluğunu göstermeye değil de, o delile başvuran tarafın, iddiasının dayanağı olan vakıayı daha iyi tanıyıp somutlaştırmasına ve bu vakıadan belli talep sonuçları çıkarmasına hizmet eder. Bu maksatla tarafların, iddialarını haklı göstermeye elverişli delillerin araştırılması için hâkimden talepte bulunması sonucunda toplanan delillere “tahkikat delili” (*Ausforschungsbeweis*) denir. Tahkikat delili, kural olarak yasak deliller kategorisinde ele alınır. Fakat tarafların hâkimden delil araştırması için talepte bulunması (tahkikat delili) yasaklanmış olmasına rağmen, soybağının reddi davalarında dZPO § 372a ile FamFG § 177-178 hükümleri uyarınca bilimsel imkânlar yardımıyla genetik inceleme yapılarak elde

⁶³⁹ **Schweighauser**, ZPO Art.296 Untersuchungs- und Offizialgrundsatz, N.6, N.21.

⁶⁴⁰ **Deren-Yıldırım**- İşbirliği İlkesi, s.820; **Yavaş**- İlkeler, s.305.

⁶⁴¹ **Deren-Yıldırım**- İşbirliği İlkesi, s.821; **Yavaş**- İlkeler, s.309.

⁶⁴² **Deren-Yıldırım**- İşbirliği İlkesi, s.821.

edilen yeni bilirkişi raporları tahkikat delili olarak değerlendirilmeyip doğal soybağı vakiasının ispatında hukuken geçerli kabul edilir⁶⁴³.

Alman hukukunda soybağı davaları bakımından dava malzemesinin teminine ilişkin kurallar Medenî Usul Kanunu'ndan alınarak Aile Davalarında ve Çekişmesiz Yargı İşlerinde Yargılama Usulü Hakkında Kanun (FamFG) kapsamında düzenlenmiş ve soybağının reddi davaları özelinde sınırlı resen araştırma ilkesine yer verilmiştir. Sınırlı resen araştırma ilkesine, soybağının reddi davalarında işlerlik kazandırılmasının altında yatan gerekçe ise, evlilik içi soybağı ilişkisiyle hukuken bir babaya bağlı olan çocuğun yasal soybağından çıkartılmasında kamu yararının ve korunmaya değer herhangi bir üstün menfaatin bulunmaması şeklinde açıklanır⁶⁴⁴. Ancak evlilik dışı çocuğun yasal soybağının tespiti konulu diğer davalarda ise, sınırlı resen araştırma ilkesinin değil, serbest delil sistemine dayalı saf resen araştırma ilkesinin işlediği hususu gözden kaçırılmamalıdır.

Avusturya hukuku incelendiğinde ise hâkimin, kural olarak yalnızca tarafların karşılıklı ileri sürdükleri vakıaların ispatlanıp ispatlanmadığını incelemekle yükümlü olduğu; taraflarca getirilme ilkesinin uygulandığı davalarda somut vakıalar bütününe ispatına değil de, soyut birtakım vakıaları teşhise (somutlaştırmaya) elverişli delillerin, yani soruşturma delilinin ikâmesine kural olarak izin verilmediği görülür. Resen araştırma ilkesinin geçerli olduğu alanlarda ise, bu tür delillerin ikamesine de izin verildiği söylenebilir⁶⁴⁵. Dolayısıyla Alman hukukunda olduğu gibi, Avusturya hukukunda da soybağı davaları açısından taraflar, iddialarının dayanağını oluşturan vakıaları aydınlatamadıkları takdirde delil araştırması yapması için hâkimden talepte bulunabilirler. Türk hukukunda ise, taraflarca getirilme ilkesi bağlamında kural olarak hâkimin taraflara delil göstermelerini emretme ödevinin iki tarafın iddialarıyla sınırlandırıldığı, ibrazı emredilecek delil için yargılamaya getirilmiş somut vakıa dayanağının bulunması gerek-

⁶⁴³ Soruşturma delili hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Stöhr, A.:** Der Ausforschungsbeweis im Zivilprozess (JA, 2020/9, s.688-691), s.688 vd.; **Peters, E.:** Der Ausforschungsbeweis im Zivilprozess, Köln/Berlin 1966, s.71 vd.

⁶⁴⁴ **Bumiller/Harders/Schwamb/Bumiller**, FamFG § 177, Rn.1; **Keidel/Engelhardt**, FamFG § 177, Rn.1; **Musielak/Borth/Borth/Grandel**, FamFG § 177, Rn.6.

⁶⁴⁵ **Deren-Yıldırım- İşbirliği İlkesi**, s.822.

tiği, fakat resen araştırma ilkesinde ise böyle bir sınırlandırmanın bulunmadığı ve taraflarca getirilmeyen vakıalarla ilgili olarak da delil göstermeyi emretme ve bizzat o delilleri toplama yetkisinin olduğu söylenebilir⁶⁴⁶. Davanın taraflarının, delillerin mahkemece araştırılması hususunda talepte bulunamayacağı, ancak buna rağmen taraflarca vakılara dayandırılmadan ikâme edilen delillerin varlığı hâlinde, bu delillerin de mahkemece değerlendirilmesi gerektiği unutulmamalıdır⁶⁴⁷.

IV. Babalık Davası Açısından Değerlendirilmesi

Babalık davası, evlilik dışı çocukla biyolojik baba olduğu iddia edilen davalı erkek arasında doğal soybağı ilişkisinin bulunduğu, hiçbir tereddüde yer bırakmayacak şekilde açıklığa kavuşturulması hâlinde kabul edilir. Bu hususta, genetik ve tıp biliminin bütün imkânlarından yararlanılması gerekir. Nitekim TMK m.284/1, b.1 hükmünde, babalık davasına bakan hâkimin maddî olguları resen araştıracağı açıkça düzenlendiğinden, bu davada dava malzemesinin taraflarca getirilmesi ilkesi değil, resen araştırma ilkesi geçerli olup; hâkim, tarafların gösterdiği deliller ile bağlı kalmaksızın, davanın ispatı için gerekli olan bütün delillere resen müracaat edebilir⁶⁴⁸.

Her şeyden önce, Türk Medeni Kanunu'nun aile hukukuna ilişkin düzenlemelerinin neredeyse tamamının temelinde, idare hukuku alanında benimsenen düşünceyle uyumlu bir tür kamu düzeni fikri yatmakta olup, bununla toplumun en küçük yapı taşı olan ve toplumsal modeli yansıtan aile kurumunun yanı sıra genel güvenliğin ve huzurun korunmasına hizmet edilir. Dolayısıyla aile hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıkların çözülmesinde kamu düzeni düşüncesiyle hakime resen araştırma yetkisinin verilmiş olması, kaynağını maddî hukukta, daha doğrusu maddî hukuk kuralının konuluş amacında bulan bir anlayışın sonucu olarak görülebilir⁶⁴⁹.

O hâlde, babalık davasında, soybağına ilişkin diğer davalarda olduğu gibi, resen araştırma ilkesinin kabul edilmiş olmasının sebebi, nüfus sicillerinin düzenli ve doğru

⁶⁴⁶ **Deren-Yıldırım-** İşbirliği İlkesi, s.823.

⁶⁴⁷ **Yıldırım-** Delillerin Değerlendirilmesi, s.236-237.

⁶⁴⁸ **Özmumcu**, s.159-160; **Tahiroğlu**, s.40.

⁶⁴⁹ **Konuralp, H.:** İstinafta Kamu Düzeni Kavramı [Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı-VI, Medenî Usûl Hukukunda Kanun Yolları ve Arabuluculuk Kanun Tasarısı (İzmir/Çeşme, 19-20 Ekim 2007), Ankara 2008, s.133-148], s.141.

tutulmasının, gerçeği yansıtmamasının kamu düzeninden sayılması dolayısıyla evlilik dışı çocuğun soybağına ilişkin tartışmanın kamu düzenini ilgilendirmesi ve kamusal menfaatin bu noktada bireysel menfaate nazaran ön plânda tutulmasıdır. Bir başka ifadeyle, tarafların menfaatleri yanında, üçüncü kişilerin veya toplumun menfaatlerinin de etkilenebileceği kabulünden hareketle, babalık davasında taraf inisiyatifinden ziyade, hâkimin taraflarla birlikte aktif bir role büründüğü işleyişten bahsedilir⁶⁵⁰. Bu yüzden hâkimin, tarafların getirdiği vakıalarla bağlı olmadığı, herhangi bir talebe ihtiyaç duymadan taraflarca belirtilmeyen bütün hususları araştırabileceği ve bunlara ilişkin kendiliğinden delil toplayabileceği kabul edilir. Hatta çocuğun yüksek yararının güvence altına alınması amacıyla mahkemenin, kanunî delil sistemine göre katalog hâlinde sayılan delil çeşitleriyle bağlı olmaksızın serbest delil rejimi doğrultusunda hareket edebileceği dahi düşünülebilir⁶⁵¹. Bu gibi yönleri itibariyle, tarafların serbestçe tasarruf edebilecekleri konular arasında yer almayan ve kamu düzenini ilgilendirmesi sebebiyle Cumhuriyet savcısının da yargılamada bulunduğu babalık davası, hukuk muhakemesine genel anlamda egemen olan yargılama ilkeleri ve özellikle de yargılamayı yürüten hâkimin davadaki rolü itibariyle, istisnai dava türlerinden biri olarak karşımıza çıkar⁶⁵².

Öte yandan, ispat yükü açısından resen araştırma ilkesinin uygulandığı davalar ile taraflarca getirilme ilkesinin uygulandığı davalar arasında bir fark bulunmadığına da ayrıca işaret etmek gerekir. Zira medenî yargıya egemen olan taraflarca getirilme ilkesinin uygulandığı davalarda geçerli ispat yükü kuralları, istisnai olarak karşılaşılan resen araştırma ilkesine tâbi davalarda da uygulama alanı bulur. Bir başka ifadeyle vakıaların ispat edilememesinin sonuçları taraflarca getirilmesi ilkesi ve resen araştırma ilkesi bakımından farklılık göstermediğinden, bir davada hangi ile geçerli olursa olsun ispat yü-

⁶⁵⁰ Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz/Hanağası, s.159; Görgün/Börü/Kodakoğlu, s.342.

⁶⁵¹ Kuru- Nizasız Kaza, s.168-170; Aras, A.: HMK Çerçevesinde Çekişmesiz Yargı İşlerinde Uygulanacak Yargılama Usûlü [Özel Mahkemeler ve Özel Mahkemelerdeki Yargılama Usulü (Türk Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukukçuları Birliği XVII. Toplantısı, 4-5 Ekim 2019/Antalya), Ankara 2021, s.111-140], s.131-132, 134.

⁶⁵² Sutter-Somm, T./Amman, D.: Rechtsbegehren und Sachverhaltsermittlung in familienrechtlichen Verfahren – oder die Gefahr von Abbau des Rechtsschutzes (Brennpunkt Familienrecht Festschrift für Thomas Geiser zum 65. Geburtstag, hrsg. Fankhauser/Reusser/Schwander, Zürich-St.Gallen 2017, s.557-575), s.566-567.

künü taşıyan taraf, ispatsızlığın rizikosuna katlanır⁶⁵³. Aynı şekilde taraflar, resen araştırma ilkesine tâbi davalarda da iddia yükü, somutlaştırma yükü⁶⁵⁴ ve delil ikame yükü olarak anılan usulî yükleri üstlenmiş olup; dava malzemesinin mahkemece resen araştırılması hususu, taraflara ait bu yükleri ortadan kaldırmadığı gibi, tarafların ispat faaliyetlerini askıya alan, anlamsız kılan ve delillerin takdirinde taraf eşitliğini bozan sonuçlara yol açmaz⁶⁵⁵. Her ne kadar delil ikâme yükü, taraflarca getirilme ilkesinin uygulandığı davalarda önem ve anlam kazanıyor olsa da hâkim, resen araştırma ilkesine tâbi davalarda kendiliğinden delil toplama yetkisine dayanarak taraflara delil ikâme etmelerini emredebileceğinden, delil ikamesi ispat yükünü taraf bakımından usulî bir yük olmaktan çıkmaz⁶⁵⁶.

Resen araştırma ilkesine tâbi davalarda da taraflar, tıpkı taraflarca getirilme ilkesine tâbi davalarda olduğu gibi, iddia ve savunmalarının dayanağını oluşturan vakıaları ispatlamaya ve hâkimde yeterli kanaati oluşturmaya yönelik işlemleri yerine getirmek durumundadır. Zira tarafların iddia ve savunmalarının dayanağını oluşturan vakıa iddialarının gerçek olup olmadığı, mahkemece resen araştırılsa dahi, şüpheli durumda kalmaya devam edebilir ve böyle bir durumda da hâkim açısından, inceleme konusu vakıaya ilişkin meseleyi, o vakıa için ispat yükünü taşıyan tarafın aleyhinde karara bağlamaktan başka bir seçenek yoktur⁶⁵⁷. Bu itibarla, resen araştırma ilkesinin geçerli olduğu davalarda dahi maddî hukukun belirlediği ispat yükü kuralları varlığını korumaya devam ederek, dava malzemesinin mahkemece resen toplanmasına rağmen iddia ve savunma-

⁶⁵³ **Asprion-Stöcklin**, s.16-17; **Musielak/Borth/Borth/Grandel**, FamFG § 177, Rn.9.

⁶⁵⁴ “*Somitlaştırma yükü, genel anlamda tarafların açıklama ödevinin bir parçası ve layihalar teatisi aşamasındaki tezahür şeklidir. Somitlaştırma yükü, basit yargılama ve kendiliğinden araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda da geçerlidir.*” (Y. 10.HD. 05.07.2019, E.2017/2206, K.2019/5849; Legalbank İçtihat).

⁶⁵⁵ **Musielak/Borth/Borth/Grandel**, FamFG § 177, Rn.9; **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, § 116, Rn.3; **MüKo-ZPO/Prütting**, Münchener Kommentar zur ZPO mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzes, 6. Aufl., München 2020, ZPO § 286, Rn.95; **Sutter-Somm/Schrank**, ZPO Art.55, N.76; **Atalay, O.**: Menfi Vakıaların İspatı, İzmir 2001, s.16; **Atalay**- Pekcanitez Usûl, s.1695, 1676; **Tanriveri**- Usul, C.I, s.876; **Tahiroğlu**, s.96, 99-100.

⁶⁵⁶ **Başözen, A.**: Medenî Usûl Hukukunda İlk Görünüş İspatı, Ankara 2010, s.91; **Tanriveri**- Usul, C.I, s.876; **Atalay**- Menfi Vakıalar, s.22. Aksi yöndeki görüş için bkz. **Tahiroğlu**, s.102-103.

⁶⁵⁷ **Umar**- Hak Düşüren Süre, s.898; **Umar, B./Yılmaz, E.**: İspat Yükü, 2. B., Büyükçekmece 1980, s.67; **Sutter-Somm/Schrank**, ZPO Art.55, N.76.

nın dayanağını oluşturan vakıaların ispatlanamamış olmasının yaptırımını öngören ispat yükü kuralı uyarınca ilgili tarafın aleyhine karar verilir.

Bunların yanı sıra, babalık davası resen araştırma ilkesine tâbi olduğuna göre, bu davalarda teksif ilkesi ve onun bir uzantısı olan “iddianın ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağı” geçerli değildir⁶⁵⁸. Zira teksif ilkesinin istisnası olan resen araştırma ilkesinde taraflar, vakıa iddialarını ve delillerini yalnızca belli bir usul kesitine kadar, yani dilekçeler aşamasının tamamlanmasına kadar ileri sürmek zorunda değildir. Tam aksine, hüküm aşamasına kadar yeni dava malzemesi sunabilirler (karş. sZPO Art.229, Abs.3). Nitekim resen araştırma ilkesine tâbi davalarda tarafların dilekçeler aşamasından sonra yeni vakıa ve delil ileri süremeyecek olması, resen araştırma ilkesinin tabiatıyla da bağdaşmaz. Hâkim, taraflarca ileri sürülmemiş dava malzemesini dahi yargılamanın her aşamasında resen dikkate alabildiğine göre, teksif ilkesinde öngörülen usul kesitinden sonraki yargılama aşamalarında tarafların herhangi bir yasağa takılmaksızın yeni vakıa ve delil sunabilmeleri olağan bir sonuçtur⁶⁵⁹.

Bu itibarla, resen araştırma ilkesine tâbi davalarda, tarafların yeni dava malzemesini yargılamaya getirebilmeleri bakımından teksif ilkesince öngörülen zamansal kısıtlamalara yer verilmez; ancak, gecikmeden dolayı gereksiz yere yapılan yargılama giderleri, buna sebep olan tarafa yükletilir⁶⁶⁰. Her ne kadar teksif ilkesi, yargılamanın taraflarca sürüncemede bırakılmasını önleyerek hızlı bir şekilde ilerlemesini ve sonuçlandırılmasını amaçlıyor olsa da, resen araştırma ilkesine tâbi davalar bakımından zamansal kriterden ziyade maddî gerçeğe ulaşma kriterinin ağırlık kazanması ve maddî

⁶⁵⁸ **Rechberger, W. H.:** Zur Eventualmaxime – eine rechtsvergleichende Untersuchung (Das Zivilrecht und seine Durchsetzung Festschrift für Professor Thomas Sutter-Somm, hrsg. Fankhauser/Widmer Lüchinger/Klingler/Seiler, Zürich 2016, s.471-487), s.486; **Mazlum, N.:** Medeni Usul Hukukunda Teksif İlkesi (AÜHFD, C.70, S.2021/1, s.107-144), s.115, 123; **Küçük, A. T.:** Vakıaların Toplanması Açısından Teksif İlkesi İstanbul 2021, s.171; **Tahiroğlu, s.34, 82; Görgün/Börü/Kodakoğlu, s.333.**

⁶⁵⁹ **Üstündağ, S.:** İddia ve Müdafanın Değiştirilmesi Yasağı, İstanbul 1967, s.81; **Tahiroğlu, s.34.**

⁶⁶⁰ **Killias, L.:** Berner Kommentar zum Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO, Band I: Art. 1-149 ZPO; Band II: Art. 150-352 ZPO und Art. 400-406 ZPO, hrsg. Hausheer/Walter), Bern 2012, ZPO Art.229, N.22-24; **Pahud, E.:** Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) Kommentar, hrsg. Brunner/Gasser/Schwander, 2. Aufl., Zürich-St.Gallen, 2016, Art.229 Neue Tatsachen und Beweismittel, N.23; **Leuenberger, C.:** Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), hrsg. Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, 3. Aufl., Zürich-Basel-Genf 2016, Art.229 Neue Tatsachen und Beweismittel, N.15.

gerçeğe ulaşma fikrinin en üst düzeyde tutulması sebebiyle usul ekonomisinden kısmen dahi olsa feragat edilmesinde sakınca görülmez. Nitekim İsviçre hukukunda teksif ilkesinin etkisi azaltıldığından ve yumuşatılmış teksif ilkesi tercih edildiğinden, kantonal usul kanunlarının bir kısmında hüküm aşamasından önceki son beyanların alınması evresinde bile iddia ve savunma vasıtası ileri sürmenin mümkün olduğu görülür⁶⁶¹.

V. Resen Araştırma İlkesinin Babalık Davası Bağlamında Doğurduğu Sonuçlar

1. İddianın ve Savunmanın Genişletilmesi ve Değiştirilmesi Yasağı ile İstisnalarının Uygulanmaması

a. Genel Olarak

İddianın ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağı, medenî usul hukukunda ayrı bir ilke olarak anılmaz; teksif ilkesinin bir gereği (sonucu) olarak karşımıza çıkar. Teksif ilkesi uyarınca davanın tarafları, vakıaların ve delillerin tamamını, bir yığın şeklinde belli bir usul kesiti içerisinde ileri sürme hakkına sahip olup, o usul kesitinden sonra vakıa ve delil ikâmesi kural olarak yasaktır⁶⁶². Bir başka ifadeyle taraflar, kanunen kendilerine tanınan usul kesitine kadar vakıa ve delillerini ileri sürmedikleri takdirde, onların bu vakıa ve delilleri yargılamanın sonraki aşamalarında ileri sürme hakları sükuta uğrar⁶⁶³.

Nitekim Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda teksif ilkesini kabul eden kanun koyucu, tarafların iddialarını ve savunmalarını kural olarak belli bir aşamadan sonra genişletip değiştiremeyeceklerini açıkça öngörmüştür. Bu çerçevede Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 141. maddesine göre taraflar, yazılı yargılama usulüne tâbi davalarda cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçeleri ile serbestçe iddia veya savunmalarını genişletebilir yahut değiştirebilirler. Dilekçelerin karşılıklı verilmesinden sonra, ıslah ve karşı

⁶⁶¹ **Sutter-Somm, T.:** Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Zürich Basel Genf 2017, s.98, N.370; **Küçük,** s.38.

⁶⁶² **Deren-Yıldırım, N.:** Teksif İlkesi Açısından İstinaf [İstinaf Mahkemeleri (Uluslararası Toplantı, 7-8 Mart 2003), TBB Yayınları, Ankara 2003, s.267-284], s.270; **Tanrıver-** Usul, C.I, s.400; **Alango-ya/Yıldırım/Deren-Yıldırım,** s.185.

⁶⁶³ **Küçük,** s.3-4; **Erdönmez-** Pekcanitez Usûl, s.809; **Tanrıver-** Usul, C.I, s.401.

tarafın muvafakati dışında, iddia veya savunma genişletilemez yahut değiştirilemez (HMK m.141). Basit yargılama usulüne tâbi davalarda ise, davacı açısından iddianın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağı dava dilekçesinin verilmesiyle; davalı açısından savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağı da davaya cevap dilekçesinin verilmesiyle başlar (HMK m.319).

İddia ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağının varolma gerekçelerini açıklamak için, teksif ilkesinin üç işlevinden söz edilmelidir⁶⁶⁴: 1-Yargılamanın sürüncemede kalmasını önlemek, 2-Yargılamanın gidişatını ve işleyişini düzenlemek, 3-Yargılama boyunca beklenmedik durumlara karşı korumak ve öngörülebilirliği sağlamak. Bu işlevleri yerine getirmek üzere teksif ilkesi uygulanırken, öncelikle ilk derece yargılamasının belli usul kesitlerine (aşamalara) bölünmüş olması ve bunun yanı sıra yazılılık ilkesi büyük önem arz eder. Bu çerçevede, hukuk muhakemesinde genel olarak yazılılık ilkesinin egemenliği ve esasen yazılı yargılama usulünün geçerliliği sebebiyle bariz şekilde varlığını hissettiren teksif ilkesi uyarınca davacı, dava dilekçesinde ve cevaba cevap dilekçesinde iddiasının dayanağı olan bütün vakıaların sıra numarası altında açık özetlerini ve her bir vakıanın ispatında hangi delillere başvurulacağını açıkça belirtmelidir⁶⁶⁵ (HMK m.119/1, e, f). Davalının ise, davaya cevap dilekçesinde ve ikinci cevap dilekçesinde savunmasının dayanağı olan bütün vakıaların sıra numarası altında açık özetleriyle birlikte her bir vakıanın hangi delillerle ispat edileceğini açıkça göstermesi gerekir (HMK m.129/1, d, e).

Anılan düzenlemelerden hareketle, dilekçeler teatisi aşamasında tarafların, talep sonuçlarını haklı göstermeye elverişli iddia ve savunmalarını, dayanaklarıyla birlikte, açık ve anlaşılır bir biçimde, zaman, mekan, kişi, oluş şekli gibi unsurları itibariyle somutlaştırıp mahkemeye sunmaları gerekir. Bunu öngören iddia ve somutlaştırma yükü kavramları, esasen teksif ilkesi ve usul ekonomisi ilkesiyle uyum içinde, bunlara hizmet eden ve bunlardan etkilenen usul hukuku kavramları arasında sayılabilir⁶⁶⁶. Zira, dilekçeler teatisinden sonraki aşamalarda tarafların, dilekçelerinde dayanaktan yoksun ileri

⁶⁶⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Küçük**, s.7-8.

⁶⁶⁵ **Deren-Yıldırım-** Teksif, s.272; **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s.185-186; **Mazlum**, s.129; **Erdönmez-** Pekcanıtez Usûl, s.809.

⁶⁶⁶ **Börü-** Somutlaştırma, s.92-94; **Küçük**, s.46, 48; **Mazlum**, s.129-130;

sürdükleri vakıaları değiştirmek, hiç ileri sürmedikleri gerçek dışı ve varsayıma dayalı yeni vakıaları getirmek yahut yeterince somutlaştırmadıkları hayat olaylarını manipüle ederek hâkimin aklındaki soru işaretlerini çoğaltmak istemeleri hâlinde davanın uzaması, yargılamanın sürüncemede kalması, zaman, emek ve kaynak israfına sebep olunması, aydınlatma ödevine rağmen mahkemenin tahkikatı sağlıklı yürütememesi ve hepsinin sonucunda ise gerçeğe ulaşma hedefinin zaafa uğrayarak yargılamanın amacından uzaklaşılması kaçınılmaz hâle gelebilir. Halbuki somutlaştırma yükünün gereği gibi yerine getirilmesi hâlinde hâkim, esasa ilişkin olmayan delilleri araştırmakla zaman kaybetmeyip delil değerlendirme faaliyetinde daha verimli çalışabilecek ve böylece usul ekonomisini gözetebilecektir⁶⁶⁷. Bu sebeplerden dolayı, teksif ilkesi ve bu ilkeyle anlamlı hâle gelen iddia ve somutlaştırma yükü, usul ekonomisine katkı sağlayan ve yargılamanın amacına hizmet eden bir işleve sahiptir.

Yine, teksif ilkesinin kabulüyle birlikte yazılılık ilkesi önem kazanmış ve yazılı yargılama usulü hukuk muhakemesinde yaygın hâle gelmiştir. Dava malzemesinin toplanması işi dilekçeler aşamasında tamamlanıp tahkikat aşamasına geçildiğinde artık, toplanan bu dava malzemesinin incelenmesi ve değerlendirilmesi faaliyeti başlar. Gelgelelim sözlü yargılama usulünün ve sözlülük ilkesinin egemen olduğu alanlarda teksif ilkesinin katı uygulanmasından söz edilemez⁶⁶⁸. Zira sözlülük ilkesinin ön plânda olduğu ve sözlü yargılama usulü ekseninde cereyan eden yargılamalarda taraflar, sıkı bir teksif ilkesiyle karşılaşmaksızın, duruşmalarda sözlü şekilde ileri sürdükleri iddia ve savunmalarla davanın gidişatını ve talep sonuçlarının haklılığı noktasında hâkimin kanaatini etkileyip değiştirebilme potansiyeli taşırlar.

Ayrıca, teksif ilkesinin bir sonucu olarak ortaya çıkan iddia ve savunmanın değiştirilmesi yasağı, taleple bağıllık ilkesiyle de sıkı bir bağlantı içerisindedir. Taleple bağıllık ilkesi uyarınca hâkim, tarafların taleplerinden fazlasına veya başka bir şeye hüküm veremez. İstisnai şekilde, talep edilenden başka bir şeye de hüküm verilmesi mümkün olan davalarda (örneğin, boşanma davasında) ise taraflar dava konusu üzerinde serbestçe tasarruf yetkisine sahip olmadıklarından, tasarruf ilkesi mutlak nitelik arz etmez.

⁶⁶⁷ **Börü-** Somutlaştırma, s.193-195; **Mazlum**, s.130.

⁶⁶⁸ **Deren-Yıldırım-** Teksif, s.270-271.

Dava konusu bağlamında tarafların mutlak tasarrufunda bulunmayan davaların yanı sıra, resen araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda da, teksif ilkesinin etkin olmadığı çoğunlukla kabul edilir⁶⁶⁹. Zira teksif ilkesi, ancak vakıalara dayandırma teorisini benimseyen usul hukuku rejimlerinde uygulama alanı bulabileceği için, dava malzemesinin teksif ilkesi çerçevesinde sınırlandırılması hâlinde hükmün maddî gerçeklerle örtüşmesi, yani hâkimin şekli gerçekle yetinmesi riski ortaya çıkabilir⁶⁷⁰.

b. Babalık Davası Bakımından

Resen araştırma ilkesinin uygulandığı babalık davasında, iddia ve savunmanın genişletilmesi ile değiştirilmesi yasağı açısından hukuk muhakemesine egemen olan teksif ilkesinden sapılarak, kamu düzeni düşüncesiyle iddia ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağı ile istisnaları uygulanmaz. Taraflar, yasağın başladığı usul kesitinden sonraki aşamada; yani, örneğin tahkikat aşamasında dahi yeni vakıalar sunabilir⁶⁷¹. Bu itibarla babalık davasında taraflar, iddia ve savunmalarını, karşı tarafın rızasına gerek kalmaksızın ve ıslah yoluna da başvurmada genişletip değiştirebilir.

Hukuk muhakemesinde egemen olan teksif ilkesinin yanı sıra, taleple bağlılık ilkesi de babalık davasında geçerli değildir. Buna göre hâkim, babalık davasında tarafların talep sonuçlarıyla bağlı kalmaz; talepten fazlasına veya başka bir şeye karar verebileceği gibi, duruma göre talep sonucundan daha azına da hükmedebilir⁶⁷² (karş. HMK m.26/1). Zira kanun koyucu, taleple bağlılık ilkesini öngörmekle birlikte hâkimin, tarafların talebiyle bağlı olmadığı yönündeki diğer kanun hükümlerinin saklı tutulduğunu

⁶⁶⁹ **Deren-Yıldırım-** Teksif, s.273; **Mazlum**, s.115.

⁶⁷⁰ **Deren-Yıldırım-** Teksif, s.273.

⁶⁷¹ **Özmumcu**, s.147; **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, s.108.

⁶⁷² Aksi yönde bkz. “...Dosyadaki bilgi ve belgelerden; davacı Mustafa ile davalı İmran'ın ilk kez 2005 yılında evlenip 16.05.2008 tarihinde boşandıkları, ikinci kez 08.07.2008 tarihinde evlenip 16.05.2012 tarihinde boşandıkları, evlilik devam ederken 21.08.2008 tarihinde Eray'ın doğduğu, nüfusa 25.08.2008 tarihinde tescil edildiği, davacının bu çocuğun kendisinden olmadığı yönündeki şüpheleri nedeniyle DNA testi yaptırılarak kendisinin baba olmadığı anlaşılır ise soybağının reddi istemi ile eldeki davayı açtığı, dava sırasında alınan Adli Tıp Kurumu İzmir Grup Başkanlığı'nun 04.06.2013 tarihli raporunda davacının %99,99 ihtimalle Eray'ın biyolojik babası olabileceğinin tespit edildiği, yalnız mahkemece bu tespitlere aykırı şekilde davanın kabulüne karar verildiği anlaşılmaktadır. Bu açıklamalar ve hukuk yargılamasında istisnalar dışında taleple bağlılık ilkesinin geçerli olması göz önüne alındığında; mahkemece davacının talebi doğrultusunda soybağına ilişkin davanın reddine karar verilmesi gerekirken, yerinde olmayan gerekçe ile kabulü doğru görülmemiştir.” (Y. 18. HD. 07.04.2014, E.2013/19984, K.2014/6276; Legalbank İçtihat).

açıkça göstermiştir (bkz. HMK m.26/2). Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği ve resen araştırma ilkesinin uygulandığı davalar taleple bağlılık ilkesinin istisnaları arasında yer alır. Aynı doğrultuda hâkimin, TMK m.304 gereğince velayetin ve kişisel ilişkinin düzenlenmesi, çocuk için iştirak nafakasının takdir edilmesi gibi hususları dahi kendiliğinden gözetmesi gerektiği düşünülürse, bu yönü itibariyle talep sonucuna bağlılıktan söz edilemeyeceği gibi; ayrıca dava devam ettiği sürece, genel hükümlere göre maddî tazminata ilişkin şartlar mevcut ise, talep hâlinde mahkemece TMK m.304 kapsamındaki masrafların tazminine hükmolunabileceği ve dolayısıyla bu konuda HMK m.141 hükmünün uygulama alanı bulmayacağı da söylenebilir⁶⁷³.

Öte yandan, babalık davasıyla aynı usulî hükümlere tâbi olan soybağının reddi davası ile ilgili bir hususa dikkat çekmek gerekir. Bilindiği üzere soybağının reddi davasının konusu, babalık davasından farklı olarak, evlilik birliği sürdüğü esnada ana rahmine düşen (eski tabirle “sahih nesepli”) çocuğun yasal soybağının bağlı bulunduğu hukukî babası, yani ananın kocası ile arasında babalık karinesinden kaynaklanan soybağı ilişkisinin ortadan kaldırılmasıdır. Babalık karinesinin çürütülmesi amacıyla açılan soybağının reddi davası, yalnızca ananın kocası değil, bazı koşullar dahilinde, çocuğun biyolojik babası olduğunu iddia eden kişi tarafından da açılabilir. Ancak biyolojik baba olduğunu iddia eden kişinin açtığı soybağının reddi davasında mahkemenin, evli ananın kocasıyla çocuğu arasındaki soybağının reddine karar verdikten sonra, bu konuda talep olsa da olmasa da, ayrıca çocuğun biyolojik babasının kimliğini saptayarak babalığa

⁶⁷³ Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz/Hanağası, s.357; Şimşek, M.: Soybağının Kurulması (YD, C.29, S.2003/3, s.252-262), s.260. “Dava babalık davasıdır. MK m.313 gereğince velayetin ve şahsî münasebetin tanzimi, iştirak nafakasının takdiri hususları re’sen gözetilecek yönlerden olup iddianın tevsii söz konusu olamayacağı cihetle aksine düşüncelerle iştirak nafakası isteğinin reddedilmiş bulunması usul ve kanuna aykırıdır. Babalık davası devam ettiği sürece manevî tazminat talep şartları (MK m.305) mevcut ise tazminata hükmolunabilir. Bu konuda Usulün 185. maddesinin uygulama yeri yoktur” (Y. 2. HD. 29.12.1970, 3261/7192; Kuru- Usul, C.II, s.1731). “...özellikle Medeni Kanunun 306. maddesinde babalık davasının kabulü halinde mahkemece uygun nafakaya karar verileceği hükme bağlanmış olup burada taleple bağlılık (HUMK.74) ilkesinin geçerli olmamasına göre aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yersizdir. Mahkemece babalığa dair hüküm kurulduğuna göre Medeni Kanunun 298 v 310 maddesine göre resen velayetin düzenlenmesi gerektiğinin gözetilmemesi usul ve yasaya aykırıdır.” (Y. 2. HD. 25.03.1998, 2230/3654; Legalbank İçti-hat).

hükmetmesi usulen mümkün değildir⁶⁷⁴. Zira soybağının reddi davasının kabulüne ilişkin karar, çocuğun yalnızca hukukî babasıyla arasındaki yasal soybağı üzerinde etki doğurduğundan, artık baba yönünden nesepsiz hâle gelen çocuğun yasal soybağının biyolojik babasına bağlanabilmesi için kanun gereği ayrı bir babalık hükmü verilmesine ihtiyaç vardır. Bir başka ifadeyle, soybağının reddi davasında mahkemenin vereceği hükmün tespit ve inşaî unsuru, yalnızca hukukî baba ile çocuk arasındaki statüyü belirleyen yasal soybağı ilişkisi ile ilgili olduğu için hâkim, tespit ve iptal ettiği soybağının, kime ait olduğunu konusunu, ayrı bir dava şeklinde önüne getirilmesi hâlinde inceleyebilir.

Dolayısıyla, anılan husus bakımından soybağının reddi davasında mahkeme, taleple bağıllık ilkesinden bağımsız olarak, nihai kararında soybağının reddi konusunun haricinde veya buna ilâveten kurucu nitelikte bir babalık hükmüne yer veremez. Aynı gerekçeyle, biyolojik baba tarafından açılan soybağının reddi davasında dava dilekçesini, mahkemeye yapılan yazılı başvuru şeklinde tanıma beyanı olarak kabul edip, soybağının reddine karar verilmesi hâlinde, biyolojik baba ile çocuk arasında tanıma yoluyla soybağı ilişkisinin kurulduğuna mahkemece resen hükmedilebileceği düşüncesi⁶⁷⁵ de kanımızca isabetsizdir. Yapılan bu tespit, taleple bağıllık ilkesinden dolayı değil, soybağının kurulması yollarının sınırlı sayıda ve tipe bağlı olmasından kaynaklanır.

2. İkinci Tanık Listesi Verme Yasağının Geçersiz Olması

Taraflar, iddia ve savunmalarının dayanağını oluşturan vakıaların ispatı amacıyla davada taraf olmayan üçüncü kişileri tanık olarak gösterebilir (HMK m.240/1). Davada tanık beyanına dayanan taraflar, tanık dinletmek istedikleri vakıalarla beraber, dinletilmek istenen her bir tanığın adı-soyadı ile tebligata elverişli adresini içeren bir tanık listesini mahkemeye sunar ve bundan sonra kural olarak bu listede yer almayan kişiler davada tanık sıfatıyla dinletilemeyeceği gibi taraflarca ikinci bir tanık listesi de verilemez (HMK m.240/2). Bu kurala ikinci tanık listesi verme yasağı denir. Esas itibarıyla

⁶⁷⁴ **Uyumaz, M.:** Soybağı Davalarında Usule İlişkin Hükümler, Ankara 2015, s.21; **Korucu/Uyumaz,** s.1374; **Tarım,** s.164. Aynı yönde bkz. Y. 2. HD. 04.06.2012, 10167/14891 (Legalbank İçtihat).

⁶⁷⁵ **Altınar-Yolcu, F. Z.:** Soybağının Reddi Davasında Biyolojik Baba (İAÜHFD, C.6, S.2020/2, s.249-286), s.257.

yargılamaların sürüncemede bırakılmaması, davaların makul süre içerisinde bitirilmesi ve adil yargılanma hakkının sağlanması amacıyla getirilen, dolaylı olarak ise mahkemelerin iş yükü altında ezilmelerinin önlenmesine, verimliliklerinin artırılmasına ve bu yönleriyle usul ekonomisine hizmet eden ikinci tanık listesi verme yasağı kamu düzenine ilişkin olup, hâkim tarafından resen göz önünde bulundurulur⁶⁷⁶. Hukuk muhakemesinde taraflarca getirilme ilkesinin geçerli olduğu davalar bakımından söz konusu olan bu yasaktan vazgeçilmesine yönelik tarafların anlaşması yahut bir tarafın bu hususta muvafakat göstermesi her hangi bir anlam taşımaz⁶⁷⁷.

Öte yandan, resen araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda, ikinci tanık listesi verme yasağı uygulanmaz⁶⁷⁸. Bir başka deyişle babalık davasının her iki tarafı da, tanık listesinde gösterdikleri tanıkların bazılarının veya tamamının dinlenilmesi talebinden vazgeçebilir; bunun için karşı tarafın izni gerekli değildir. Hâlbuki kanun koyucu, kural olarak karşı tarafın açık izni olmadığı sürece delil gösteren tarafın daha önce gösterdiği o delile dayanmaktan vazgeçemeyeceği yönünde bir hüküm sevk etmiş olmasına rağmen (HMK m.196), resen araştırma ilkesine tâbi davalarda taraflar, vakıalar bakımından olduğu gibi, deliller bakımından da teksif ilkesinin getirdiği kısıtlamalara maruz kalmaksızın mahkemeye yeni delil sunabilir yahut önceden sunulmuş olan bir delile dayanmaktan vazgeçebilir. Bu husus, resen araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda hâkimin rolü ve işlevi karşısında hükmün esasına etki edebilecek nitelikte sayılmaz. Ancak, bunun en önemli sınırını gerçeği söyleme ve dürüst davranma yükümlülüğü oluşturur. Zira bütün davalarda olduğu gibi, resen araştırma ilkesine tâbi olan davalarda da taraflar, dürüstlük kuralı çerçevesinde hareket etmek ve gerçeği söyleme yükümlülüğüne aykırı beyan ve işlemlerden kaçınmak zorunda olup hâkim, kamu yararı sebebiyle tarafların gerçeği söyleyip söylemediklerini resen araştırmalıdır⁶⁷⁹.

Keza davanın tarafları, aralarındaki dava ilişkisi sona erinceye dek yargılamada dürüstlük kuralına riayet etmekle yükümlü olup, bu bağlamda dürüstlük ilkesi gereği

⁶⁷⁶ **Karşı-** Muhakeme, s.589; **Atalay-** Pekcanitez Usûl, s.1888-1889; **Rüzgaresen-** Usul Ekonomisi, s.283.

⁶⁷⁷ **Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz/Hanağası,** s.450.

⁶⁷⁸ **Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz/Hanağası,** s.451; **Karşı-** Muhakeme, s.252; **Özmumcu,** s.149.

⁶⁷⁹ **Erdönmez-** Pekcanitez Usûl, s.920.

yargılamanın sürüncemede kalmaması için üzerlerine düşen kanunî yükümlülükleri yerine getirmek, boş yere masraf ve zaman kaybına sebep olmamak zorundadırlar⁶⁸⁰. Özellikle bu yükümlülüklerin başında, dava malzemesinin doğru ve eksiksiz temin edilmesi, gerçeğe aykırı beyanda bulunulmaması, gerçek olduğu bilinen vakıaların inkâr edilmemesi, davanın samimi ve titiz şekilde yürütülmesi sayılabilir⁶⁸¹. Bu çerçevede kanun koyucunun, gereksiz yere davanın uzamasına veya masraf yapılmasına sebebiyet veren tarafın, davada lehine karar verilmiş olsa bile, karar ve ilâm harcı dışındaki yargılama giderlerinin tamamını veya bir kısmını ödemeye mahkûm edilebileceğini açıkça hükme bağladığı görülür (HMK m.327/1). Yargılama boyunca diğer tüm usulî yetkilerin kullanılması bakımından geçerli olan dürüstlük ilkesinin, bu yönü itibarıyla taraf usul işlemlerini sınırlandırıcı bir etki doğurduğu da söylenebilir⁶⁸². Örneğin taraflardan birisinin, yargılamayı geciktirme amacıyla bir delili sonradan ileri sürmesi hâlinde hâkimin, o delilin sonradan gösterilmesine izin vermemesi ve o delili hükme esas almaması yönündeki düzenleme (HMK m.145/1), dürüstlük ilkesinin uzantısı konumundaki hakkın kötüye kullanılması yasağının somut yaptırımlarından biri olarak gösterilebilir. Buna benzer şekillerde, davaların uzamasına ve hükmün tefhiminin gecikmesine yol açan davranışlar hukuken korunmayacağı için, bu gibi davranışlara karşı kanunda özel bir yaptırım öngörülmüşse, o özel yaptırım hükümlerinin uygulanması; özel hüküm bulunmayan hâllerde ise genel dürüstlük kuralı uyarınca hareket edilerek sonuca varılması gerekmektedir⁶⁸³.

3. İkrarın ve Delil Sözleşmesinin Hâkimi Bağlamaması

İkrar, bir davada taraflardan birinin, diğer tarafça ileri sürülen ve aleyhinde hukukî sonuç doğurabilecek nitelik taşıyan maddî vakıanın doğruluğunu kabul etmesi, vakıanın iddia edildiği şekilde gerçekleştiğine yönelik tek taraflı beyanda bulunması anlamına gelir. Bu yönüyle ikrar, konusunu oluşturan vakıaları çekişmeli olmaktan çı-

⁶⁸⁰ **Arslan, R.:** Medenî Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı, Ankara 1989, s.60-62, s.97 vd.; **Tanrıver-** Usul, C.I, s.454-455.

⁶⁸¹ **Arslan-** Dürüstlük, s.62.

⁶⁸² **Arslan-** Dürüstlük, s.78-79; **Tanrıver-** Usul, C.I, s.455; **Erdönmez-** Pekcanitez Usûl, s.913, 915; **Budak/Karaaslan,** s.96, kn.62.

⁶⁸³ **Arslan-** Dürüstlük, s.103-104.

kararak ispatına ihtiyaç bırakmayan tek yanlı bir usul işlemi olarak da nitelendirilebilir⁶⁸⁴. Hâkim, ikrara konu vakıanın gerçek olup olmadığını takdir edemez; bununla ilgili delil gösterilmesini isteyemez; doğruluğu çekişmesiz hâle gelen vakıaya göre esas hakkındaki kararını verir. İkrara konu vakıanın çekişmeli olmaktan çıkıp çekişmesiz hâle gelmesi sebebiyle ikrarın bağlayıcı etki doğurduğu söylenebilir⁶⁸⁵. Fakat bu kural, yalnızca taraflarca getirilme ilkesinin uygulandığı davalarda geçerli olup, resen araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda ise ikrar hâkimi bağlamaz⁶⁸⁶. İkrara rağmen hâkim, ikrarın konusu olan vakıaları ve taraflarca ileri sürülmeyen diğer hususları da kendiliğinden araştırıp bu yönde delil toplayabilir. Resen araştırma ilkesinin egemen olduğu davalarda ikrar edilen vakıanın doğruluğu kabul edilip hükme esas oluşturabilmesi için hâkimin o vakıanın varlığına vicdanen kanaat getirmiş olması gerekir. Boşanma, evlenmenin butlanı, velayet, evlatlık ilişkisinin kaldırılması gibi konuların yanı sıra, soybağının reddi, tanımanın iptali ve babalık gibi soybağına ilişkin davalarda hâkim, tarafların ikrarıyla bağlı olmayıp, vakıa iddiasının gerçekliği hususundaki ikrarı serbestçe değerlendirebilir; yani ikrar içeren beyanın doğruluğunu serbestçe takdir edebilir⁶⁸⁷. Nitekim kanun koyucu, boşanma davaları bağlamında Türk Medeni Kanunu'nun 184. maddesinde açık bir düzenleme getirmek suretiyle hâkimin, davanın dayanağını oluşturan vakıaların varlığına vicdanen kanaat getirmediği sürece bunları ispatlanmış sayamayacağına, bu olgular hakkında taraflara yemin teklif edemeyeceğine ve tarafların bu konudaki her türlü ikrarının hâkimi bağlamayacağına açıkça işaret etmiştir (TMK m.184, b.1, 2, 3). Anılan hükmün yorumundan hareketle, kanun koyucunun tarafından dava malzemesinin temini bağlamında hâkime aktif bir rol biçtiği, bu itibarla evlilik kurumunun korunmasını sağlayacak şekilde hâkimin, boşanmayı kolaylaştıran ya da zorlaştıran vakıalar arasında ayırım gözeterek, boşanmayı haklı kılan dava malzemesinden ziyade evliliğin korunmasını haklı gösteren dava malzemesinin toplanmasını arzu-

⁶⁸⁴ **Kiraz, T. Ö.:** Medeni Yargılama Hukukunda İkrar, 2. Tıpkı Bası, Ankara 2013, s.249.

⁶⁸⁵ **Kiraz,** s.249.

⁶⁸⁶ **Karlı-** Muhakeme, s.251, 566; **Tanrıver-** Usul, C.I, s.400; **Görgün/Börü/Kodakoğlu,** s.342; **Öz-mumcu,** s.148.

⁶⁸⁷ **Kiraz,** s.250-251; **Bilge/Önen,** s.511; **Tanrıver-** Usul, C.I, s.831; **Arslan-** Aile Mahkemeleri, s.200.

ladığı düşünülebilir⁶⁸⁸. Bu yönleri itibariyle boşanma davası tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği konulardan olduğuna göre, boşanmaya göre kamusal niteliği daha ağır basan ve daha çok çocuğun üstün yararını korumayı amaçlayan babalık davası bakımından TMK m.184 ile getirilen esasın aynısını kabul etmek evleviyetle mümkündür. Kaldı ki, TMK m.284 hükmünün birinci bendinde yer alan düzenleme sebebiyle de aynı sonuca varılabilir⁶⁸⁹.

Yine, resen araştırma ilkesinin geçerli olduğu babalık davasında hâkim, tarafların hazırladığı dava malzemeleriyle bağlı olmaksızın resen vakıa ve delil araştırması yapmaya yetkili olduğundan, taraflar arasındaki delil sözleşmesi de hâkimi bağlamaz⁶⁹⁰. Tarafların, dava açılmadan önce veya yargılama esnasında dilekçeyle ya da mahkeme huzurunda tutanağa geçirilmek üzere verdikleri sözlü beyanlarıyla, kanunda belirli delillerle ispatı zorunlu olan bir vakıa yahut hukukî işlemin başka delil veya delillerle ispatını veyahut belirli delillerle ispatı öngörülme, başka delillerle de ispatı mümkün kılınan vakıa ve hukukî işlemlerin de sadece belirli delil veya delillerle ispatını kararlaştırdıkları sözleşmeye delil sözleşmesi adı verilir⁶⁹¹ (HMK m.193/1). Delil sözleşmeleri, “münhasır” ve “münhasır olmayan” şeklinde iki kategoriye ayrılır. Taraflar, münhasır delil sözleşmesinde bir vakıa ya da hukukî işlemin yalnızca kararlaştırılmış olan belirli bir delil ya da delillerle ispatını mümkün kılmak ve bunun dışında kalan başka delillerle ispatına izin vermemek amacıyla yaparken; münhasır olmayan delil sözleşmesinde ise, yalnızca kanunda öngörülmüş olan delil ya da delillerle ispatına cevaz verilen bir vakıa ya da hukukî işlemin, bunlardan başka delillerle de ispatını mümkün kılmak amacıyla yapılır⁶⁹². Fakat delil sözleşmelerine, yalnızca taraflarca getirilme ilkesinin geçerli olduğu davalarda işlerlik kazandırılabilirdiği hâlde; resen araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda hâkim, iddia ve savunmanın dayanağını oluşturan vakıaların ispatı için taraf-

⁶⁸⁸ **Deren-Yıldırım-** Aile Mahkemeleri, s.258.

⁶⁸⁹ **Kiraz,** s.251.

⁶⁹⁰ **Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz/Hanağası,** s.160; **Atalay-** Pekcanitez Usûl, s.1744; **Karlı-** Muhakeme, s.251; **Özmumcu,** s.148; **Kuru/Aydın,** s.334.

⁶⁹¹ **Taşpınar, S.:** Medeni Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri, Ankara 2001, s.182, 185; **Atalay-** Pekcanitez Usûl, s.1741; **Tanrıver-** Usul, C.I, s.885.

⁶⁹² **Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz/Hanağası,** s.475-476; **Tanrıver-** Usul, C.I, s.886-887; **Atalay-** Pekcanitez Usûl, s.1750, 1754; **Kuru/Aydın,** s.335-337.

ların ileri sürdüklerinden bağımsız olarak her türlü delili kendiliğinden araştırıp inceleyebildiği için, delil sözleşmelerine cevaz verilmediği hususu vurgulanmak gerekir⁶⁹³. Zira, delil sözleşmeleri yoluyla tarafların dava malzemesi üzerindeki tasarruf yetkilerini kullandıkları ve dava malzemesini serbestçe belirleyebildikleri göz önüne alındığında, bunun resen araştırma ilkesine tâbi davalarda hâkime ait yetkilerle yan yana düşünülemeyeceği; hâkimin gerekli gördüğü her türlü delile resen başvurabileceği ve taraflarca getirilmeyen diğer hususları da dava malzemesi olarak inceleyebileceği davalarda delil sözleşmesinin herhangi bir işlevinin kalmayacağı ortadadır⁶⁹⁴. Hatta, resen araştırma ilkesine tâbi davalarda, taraflarca getirilme ilkesinden farklı olarak, kesin delil/takdirî delil şeklindeki sınıflandırmadan bağımsız şekilde, bir ispat aracının delil niteliği ya da kesin delil olarak kabul edilip edilmeyeceği hususu dahi hâkimin takdirinde olup, hukuk muhakemesinde, elinde esasen kesin delil kategorisine giren bir delil bulunan tarafın, söz konusu delilin sunduğu ispat kolaylığından her hâlükârda yararlanamayacağı söylenebilir⁶⁹⁵. Yani, hukuk muhakemesinde resen araştırma ilkesi, tarafların yargılamanın seyrine müdahale imkânını daraltan, delillerin ibrazı ve değerlendirilmesi noktasında taraf iradelerini belli ölçüde kısıtlayan bir usul hukuku kavramı olarak karşımıza çıkar. Bu durum, hukuk muhakemesinde resen araştırma ilkesinin geçerli olduğu davalarda korunmak istenen asıl menfaatin, taraflar arasındaki uyuşmazlığa konu hak veya menfaat değil, kamu yararı olması esasına dayanır⁶⁹⁶.

4. Tarafların İsticvap Edilememesi

İsticvap, bir tarafın, kendi aleyhine olmak üzere davanın temelini oluşturan bir veya birkaç vakıa ve onunla ilişkisi bulunan diğer hususlar hakkında mahkemece sorgu-ya çekilerek bilgi ve kanaat oluşturma aracı şeklinde tanımlanabilir⁶⁹⁷ (HMK m. 169). Esasen isticvap, hâkimin, tarafların bilgisine başvurması, uyuşmazlık konusu çekişmeli vakıalar hakkında kanaat edinmesi için taraflarla yüz yüze gelerek ibraz edilen delillerin

⁶⁹³ **Taşpınar-** İspat Sözleşmeleri, s.193; **Tanrıver-** Usul, C.I, s.400, 890; **Atalay-** Pekcanıtez Usûl, s.1744; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz/Hanağası**, s.160; **Kuru, B.:** Hukuk Muhakemeleri Usulü, C.III, 6. B., İstanbul 2001, s.2882-2883; **Kuru/Aydın**, s.334.

⁶⁹⁴ **Karşı-** Muhakeme, s.251.

⁶⁹⁵ **Sariaslan**, s.653; **Budak/Karaaslan**, s.280, kn.65.

⁶⁹⁶ **Sariaslan**, s.653.

⁶⁹⁷ **Tercan, E.:** Medeni Usul Hukukunda Tarafların İsticvabı, Ankara 2001, s.120.

takdirinde hâkime yardımcı olmayı amaçlayan usulî bir işlem olarak da görülebilir⁶⁹⁸. Dolayısıyla isticvap bir tür sorgu niteliği taşıdığı için, isticvap olunacak tarafın mahkemede bizzat hazır bulunması gerekir. Bunun için, isticvabına karar verilen kişiye bizzat davetiye gönderilir ve belirlenen gün ve saatte isticvap olunmak üzere mahkeme huzurunda hazır bulunması gerektiği belirtilir. Ayrıca, isticvap konusu vakıalar davetiyede gösterilir ve ilgili tarafın, geçerli bir özrü olmaksızın gelmemesi veya gelip de sorulara cevap vermemesi durumunda, isticvap konusu vakıaları ikrar etmiş sayılacağı yönündeki ihtara da davetiyede ayrıca yer verilir (HMK m.171/1). İsticvaba çağırılan taraf, özürsüz olarak gelmediği veya gelip de soruları cevapsız bıraktığı takdirde, mahkemece isticvap konusu vakıalar ikrar edilmiş sayılır. Bu yönüyle isticvap, tarafların aleyhine olan hususlarda kendilerinden ikrar elde etmek amacıyla yapılan, dava malzemesinin toplanmasında hâkimin taraflara müdahalesi niteliğinde bir usul işlemi olup, yalnızca taraflarca getirilme ilkesine tâbi dava ve işlerde uygulanır⁶⁹⁹. Hatta, taraflarca getirilme ilkesinin geçerli olduğu davalarda ikrar ile bağlı olan hâkim, dava malzemesi toplanırken isticvap yoluyla tahkikatı etkileyici önlem alma imkânına sahip olduğundan, aslında isticvabı, taraflarca getirilme ilkesinin bir istisnası olarak değerlendirmek de mümkündür. Zira taraflarca getirilme ilkesine göre hâkim, ispat faaliyetine doğrudan katılamadığı ve dava malzemesinin toplanmasında pasif konumunu terk edemediği için, taraflarca toplanan dava malzemesinin gerçeği yansıtıp yansıtmadığını değerlendirirken vicdani kanaatini netleştirmekte yardıma gereksinim duyarsa isticvaba başvurabilir. Aslında isticvabın, dosya kapsamında yer alan delillerin değerlendirilmesinde hâkimin işini kolaylaştırdığı söylenebilir. Buna karşılık, resen araştırma ilkesinin egemen olduğu davalarda ise ikrar hâkimi bağlamadığı için isticvap hükümleri uygulanmaz⁷⁰⁰. Bu noktada doktrinde bir görüşe göre⁷⁰¹, resen araştırma ilkesine tâbi davalarda isticvaba başvurulmasına engel açık bir düzenlemeden bahsedilemeyeceği gibi, ikrar hâkimi bağlamaz kuralı geçerliliğini korumakla birlikte, hâkimin delil toplama yetkisinin kısıtlanamaya-

⁶⁹⁸ **Tercan-** İsticvap, s.127; **Özekes-** Pekcanitez Usûl, s.1372.

⁶⁹⁹ **Tanrıver-** Usul, C.I, s.785; **Özekes-** Pekcanitez Usûl, s.1386; **Budak/Karaaslan,** s.239, kn.6.

⁷⁰⁰ **Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz/Hanağası,** s.160, s.382; **Görgün/Börü/Kodakoğlu,** s.342; **Tanrıver-** Usul, C.I, s.190, 400, 785; **Budak/Karaaslan,** s.239, kn.6.

⁷⁰¹ **Tercan-** İsticvap, s.331-333; **Özekes-** Pekcanitez Usûl, s.1386.

cağı ve vicdanî kanaatinin tesisinde isticvaptan da yararlanması gerektiği belirtilerek isticvap kurumunun resen araştırma ilkesine aykırı olmadığı savunulmuştur. Kanımızca resen araştırma ilkesi kapsamında hâkim, dava malzemesinin toplanmasında aktif rol alıp doğrudan ispat faaliyetine katıldığı için, isticvaba ihtiyaç duymaz. Vakıa iddialarına ilişkin olarak isticvap yoluyla edineceği kanaati, o vakıaları ispata elverişli delillere doğrudan ulaşarak sağlayabileceğinden, isticvap hükümleri resen araştırma ilkesinin egemen olduğu davalarda işlevsiz kalır. Zaten isticvabın bir ispat aracı olarak nitelendirilememesi de bundan kaynaklanır. Kaldı ki hâkim, isticvap yoluyla edinmek istediği bilgi ve açıklamaların yanı sıra güçlendirmek istediği vicdanî kanaatini tarafların dinlenilmesine ilişkin HMK m.31 ve m.144 hükümlerinden yararlanarak oluşturabilir. Dolayısıyla resen araştırma ilkesinin geçerli olduğu babalık davası bakımından taraflar, isticvaba ilişkin HMK m.169-175 hükümlerine göre değil, ancak hâkimin davayı aydınlatma ödevi başlıklı HMK m.31 ile birlikte HMK m.144 hükümleri doğrultusunda dinlenebilir⁷⁰².

Öte yandan, HMK m.144 çerçevesinde tarafların dinlenilmesi ile isticvap, maddiyonun iki yüzü gibidir. Tarafların HMK m.144 hükmüne göre dinlenilmesi, tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına ilişkin sözlü beyanlarının alınarak bilgilerine başvurmaya, aralarındaki çekişmenin fotoğrafını çekmeye, uyuşmazlığın ne boyutta olduğunu anlamaya ve esasında tahkikatın kapsamını daraltmaya yönelik bir hazırlık işlemi olduğu hâlde isticvap, tahkikatın sonlarına doğru, toplanan delillerin değerlendirilmesi ve hâkimin vicdani kanaatinin olgunlaşması evresinde vakıa iddialarının ispatına ilişkin etki doğuran bir usul işlemidir⁷⁰³. HMK m.144'e göre tarafların dinlenilmesi silahların eşitliği ilkesine, hukukî dinlenilme hakkı ile adil yargılanma hakkının teminine, hâkimin davayı aydınlatma ödeviyle tarafların iddia yükünün gereğini yerine getirmelerine katkı sağlayan, dürüst davranma ve gerçeği söyleme yükümlülüğü çerçevesinde dava hakkının fer'îsi niteliğinde sayılabilecek türden usulî bir imkân olduğu hâlde isticvap, hâkimin vakıa iddialarının gerçeğe uygunluğu hususundaki vicdani kanaatinin oluşumunu

⁷⁰² Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz/Hanağası, s.382.

⁷⁰³ Musielak/Voit/Stadler, Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz Kommentar, 17. Aufl., München 2020, ZPO § 141, Rn.1; Musielak/Voit/Huber, Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz Kommentar, 17. Aufl., München 2020, ZPO § 445, Rn.3.

tamamlamaya hizmet eden bir kavramdır. Bunlara ek olarak, tarafların dinlenilmesine hem resen araştırma hem de taraflarca getirilme ilkesine tâbi bütün davalarda davanın her aşamasında başvurulabildiği hâlde isticvaba yalnızca taraflarca getirilme ilkesine tâbi davalarda ve sadece tahkikat aşamasında başvurulur⁷⁰⁴. Tüm bu ifadelerden hareketle, “tarafların dinlenilmesi vakıa iddialarının beyanına yararken, isticvap vakıa iddialarının ispatına hizmet eder” diyebiliriz⁷⁰⁵. Bu itibarla, resen araştırma ilkesinin uygulandığı babalık davasında tarafların isticvabı mümkün değil ise de, HMK m.144 çerçevesinde tarafların dinlenilmesinin caiz olduğu söylenebilir.

5. Yemin Teklif Edilememesi

Yemin, davanın taraflarından birisinin, uyuşmazlığın esastan çözümü bakımından önemli, çekişmeli ve kişinin şahsından sadır olan veya bilgisi dahilindeki maddî vakıaların doğruluğu hakkında, namus, şeref ve kutsal saydığı tüm inanç ve değerleri üzerine mahkeme huzurunda beyanda bulunması olarak adlandırılır (HMK m.225; m.233). Fakat yargılamada bazı vakıalar yemine konu edilemez. Buna göre, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği hususların yanı sıra, bir işlemin geçerliliği için kanunen iki tarafın irade açıklamalarının yeterli görülmediği, iki tarafın arzusuna bağlı olmayan işler ile, yemin edecek kimsenin namus ve onurunu etkileyecek veya onu ceza soruşturması ya da kovuşturması ile karşı karşıya bırakacak vakıalar hakkında yemin teklifi caiz değildir (HMK m.226). Şu durumda, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri hususlar; daha doğru ifadesiyle, taraflarca getirilme ilkesinin uygulandığı dava ve işler kapsamında ele alınan vakıalar yeminin konusunu oluştururken, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri konularla ilgili vakıalar hakkında yemine başvurulamaz. Yani, resen araştırma ilkesine tâbi dava ve işlerde yemin teklif edileme-

⁷⁰⁴ **Tanriver-** Usul, C.I, s.786.

⁷⁰⁵ **BeckOK-ZPO/von Selle**, hrsg. Vorwerk/Wolf, 35. Edition 1.1.2020, ZPO § 141, Rn.1-2; **MüKo-ZPO/Fritsche**, Münchener Kommentar zur ZPO mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzes, 6. Aufl., München 2020, ZPO § 141, Rn.3-4; **MüKo-ZPO/Schreiber**, Münchener Kommentar zur ZPO mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzes, 6. Aufl., München 2020, ZPO § 445, Rn.2-3.

yeceği söylenebilir⁷⁰⁶. Babalık davası da, resen araştırma ilkesinin uygulandığı ve tarafların iradesine bağlı olmayan davalar arasında yer aldığından, biyolojik babalığın ispatı bağlamında yemin deliline müracaat edilemez; taraflara biyolojik babalığa ilişkin yemin teklifinde bulunulamaz. Nitekim boşanma davası bakımından TMK m.184 hükmünün ikinci bendinde açıkça düzenlenen yemine ilişkin kuralın, kıyas yoluyla babalık davası bakımından da geçerli olduğu kabulünden hareketle, babalık davasına bakan hâkimin, yemin deliline başvuramayacağı, başvursa bile bu yeminin kesin delil işlevi görmeyip hâkimi bağlamayacağı sonucuna varılabilir. Aslında bu tür davalarda taraflara yemin teklif edilememesinin asıl sebebi, yeminden kaçınmanın sonucunun yemine konu vakıanın “ikrar” edilmiş sayılması ve ikrarın caiz olmadığı hâllerde yemine de bir delil olarak başvurulamaması şeklinde açıklanabilir⁷⁰⁷.

Son olarak değinmek gerekirse, babalık davalarında yeminin konusunu yemin edecek kişinin namus ve onuru üzerinde etkili olabilecek türden vakıaların oluşturması da muhtemeldir. Örnek olarak, evlilik dışı çocuğun anasının, kritik gebe kalma döneminde davalıdan başka bir erkekle cinsel ilişkiye girip girmediği hususu gösterilebilir. Böyle bir durumda, biyolojik baba olduğu ileri sürülen davalı erkeğin, davacı anaya, kritik gebe kalma döneminde başka bir erkekle cinsel ilişkiye girip girmediğine ilişkin yemin teklif etmesi, içerik itibarıyla kadının namus ve onuruna etki edebilecek nitelikte bir vakıa söz konusu olduğundan, mümkün değildir⁷⁰⁸. Benzer şekilde, evlilik dışı cinsel ilişki ürünü bir çocuğun biyolojik babası konumunda olmak, toplumun kimi kesimleri tarafından o kişinin namus ve onurunu zedeleyebilecek türden bir vakıa olarak da yorumlanabilir. Dolayısıyla çocuğun biyolojik babası olup olmadığı hakkında davalı erkeğe yemin teklifinde bulunulamayacağı açıktır.

⁷⁰⁶ **Yılmaz, E.:** (Medeni Yargılama Hukukunda) Yemin, Genişletilmiş 3. B., Ankara 2021, s.115; **Öz-mumcu,** s.150; **Tanrıver-** Usul, C.I, s.190, 954; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz/Hanağası,** s.160; **Görgün/Börü/Kodakoğlu,** s.342.

⁷⁰⁷ **Yılmaz-** Yemin, s.116; **Tanrıver-** Usul, C.I, s.187-188.

⁷⁰⁸ **Postacıoğlu,** s.640; **Yılmaz-** Yemin, s.118-119. Aksi yöndeki bir görüşe göre ise, babalık davasında davalı ile davacı ana arasında böyle bir cinsel ilişkinin vuku bulup bulmadığı hususunda hâkim, davacı anaya yemin teklifinde bulunabilir (bkz. **Ansay,** s.304).

6. Yargılama Giderlerinin Devlet Hazinesinden Karşılanması

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun, resen yapılması gereken işlemlere ilişkin giderler hakkındaki 325. maddesi⁷⁰⁹ uyarınca, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği dava ve işlerde hâkim tarafından resen başvurulmuş deliller için gereken giderlerin, bir haftalık süre içerisinde taraflardan birisi veya belirtilecek oranda her ikisi tarafından ödenmesine karar verilmesine rağmen, belirlenen bu süre içinde bu giderleri karşılayacak miktarda avans yatırılmadığı takdirde, ileride bu gideri ödemesi gereken taraftan alınmak üzere, giderin Hazine bütçesinden ödenmesine hükmedilir⁷¹⁰. Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği davalardan olan babalık davasında da aynı kural uygulanmak suretiyle, resen başvurulmuş deliller için gerekli avansın süresinde yatırılmaması hâlinde, ileride bu gideri ödemesi gereken taraftan alınmak üzere, giderin

⁷⁰⁹ “Maddede tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri davalara ait yargılama giderleri düzenlenmiştir. Bu davalarda toplanacak deliller için gereken giderin yatırılmasıyla ilgili, süre bakımından işlemin hızlandırılmasını sağlayacak şekilde bir düzenleme yapılmıştır. Şöyle ki; mahkemenin, giderlerin yatırılması için taraflardan birisi veya belirtilecek oranda ikisine yedi günlük kesin süre vermesi ve bu süre içinde ilgisinin giderleri ödemesi öngörülmüştür. Şayet bu süre içinde giderler yatırılmaz ise mahkemenin ikinci bir süre verme imkânı olmayıp, masrafların ileride haksız çıkandan alınmak üzere Hazineden ödenmesine karar vermesi gerekecektir.

Re'sen yapılması gereken işlemlere örnek olarak; 3402 sayılı Kadastro Kanununun 30 uncu maddesinin ikinci fıkrasındaki “Hâkim re'sen lüzum gördüğü diğer delilleri toplayarak taşınmaz malın kimin adına tescil edileceğine karar vermekle yükümlüdür.” şeklindeki hüküm ile 4721 sayılı Türk Medenî Kanununun 146 ncı maddesinde yer alan Cumhuriyet savcısının mutlak butlan davası açması, 183 üncü maddedeki velayetle ilgili hâkimin re'sen gerekli önlemleri alması, 284 üncü maddedeki soybağına ilişkin davalar, 346 ncı maddedeki çocuğun korunması için uygun tedbirlerin alınması, ayrıca söz konusu Kanunun 348 ve 349 uncu maddelerinde yer alan velayetin kaldırılmasıyla ilgili hükümler gösterilebilir.” (Hükümet Gerekçesinden)

⁷¹⁰ “...Dava, Türk Medenî Kanununun 301. maddesine dayalı, babalık davası olup, soybağına ilişkindir. ...Hukuk Muhakemeleri Kanununun 325. maddesi uyarınca tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği dava ve işlerde, hâkim tarafından resen başvurulmuş deliller için gereken giderlerin, bir haftalık süre içinde taraflardan birisi veya belirtilecek oranda her ikisi tarafından ödenmesine karar verilir. Belirlenen süre içinde bu işlemlere ait giderleri karşılayacak miktarda avans yatırılmazsa, ileride bu gideri ödemesi gereken taraftan alınmak üzere Hazineden ödenmesine hükmedilir. Mahkemece açıklanan usul ve şekilde DNA testi yaptırılıp, alınacak rapor da gözetilerek karar verilmesi gerekirken eksik inceleme sonucu yazılı şekilde ret kararı verilmesi doğru görülmemiştir.” (Y. 18. HD. 21.02.2013, 361/2293; Legalbank İçtihat). Aynı yönde: “...babalığın tespiti istemli davalarda, mahkemelerin hiç bir kuşku ve duraksamaya neden olmaksızın doğru sicil oluşturmak zorunluluğu bulunduğu; açıklanan yasal düzenleme dikkate alınarak babalık iddiası ile ilgili olarak tarafların gerekli avansı karşılamamaları halinde ileride bu gideri ödemesi gereken taraftan alınmak üzere gerekli giderin Hazine'den karşılanarak DNA testi yaptırılıp, alınacak rapor da gözetilerek oluşacak sonuca göre karar verilmesi gerektiğinin düşünülmemesi doğru görülmemiştir.” (Y. 8. HD. 08.04.2019, E.2017/8924, K.2019/3797; Legalbank İçtihat).

Hazine bütçesinden ödenmesine karar verilir. Yine, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 332. maddesi uyarınca dava sonunda mahkemece resen hükmedilen yargılama giderlerinin tutarı, taraflardan hangisine ve ne oranda yükletildiği, döküm şeklinde hükümde gösterileceği gibi, ayrıca hükümden sonraki safhada yargılama giderlerini kimin ödeyeceği, miktarı ve dökümü mahkemece ilâmın altına yazılır.

Uygulamada mahkemece resen başvuru DNA analizi için gereken masrafın, verilen kesin süre içerisinde taraflarca yatırılmaması sebebiyle davanın usulden reddi yönünde yanlış kararlar verildiğine sıklıkla rastlanmaktadır. Bu tür kararlar, aslında DNA analizi için gereken masrafın gider avansı olarak nitelendirilmesinden kaynaklanır. Oysa ki, DNA testi ücreti bir gider avansı değil, delil ikâme avansı olarak görülmelidir. Zira DNA testi, soybağının ispatına yönelik bir delil olduğuna göre, bu delile başvurulurken sarf edilen giderin de delil ikâme avansından karşılanması doğaldır. Dolayısıyla delil ikâme avansının süresinde yatırılmamasının yaptırımı davanın usulden reddi değil, bilakis davada delil ikâme yükünü taşıyan tarafın o delile dayanmaktan vazgeçmiş sayılması olduğu dikkate alınmalıdır (HMK m.324). Ancak soybağının tespitine ilişkin davalar resen araştırma ilkesine tâbi olduğundan, mahkemece verilen süre içerisinde delil ikâme avansının yatırılmamış olmasının yaptırımı, o delile başvurudan vazgeçilmiş sayılması değil, ileride bu gideri ödemesi gereken taraftan alınmak üzere Hazine'den karşılanmasına karar verilmesidir⁷¹¹ (HMK m.325).

Öte yandan HMK m.325'in uygulanma alanıyla ilgili olarak doktrinde bir görüş⁷¹², anılan düzenlemenin sadece resen araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda devreye gireceğini, taraflarca getirilme ilkesinin uygulandığı davaların ise bu kapsamda

⁷¹¹ “Mahkemece davacıdan yatırılması istenen avansın yapılacak DNA testi için gereken giderler olduğu anlaşılmaktadır. Mahkemece davacıdan talep edilen avans gider avansı olmayıp delil avansıdır (HMK md 324). Delil avansının sürede yatırılmamasının yaptırımı ise o delilden vazgeçmiş sayılmaktır. Delil avansı dava şartlarından değildir. Bu husus nazara alınmadan yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir. Kaldı ki dava Türk Medeni Kanununun 286 ve devamı maddelerine dayalı, soybağının reddi davasıdır. /...Hukuk Muhakemeleri Kanununun 325. maddesi uyarınca da, hakim tarafından resen yapılması emredilen işlemin gerektirdiği masrafın, iki taraftan birinin veya her ikisinin ödemesine karar verilir. Tayin olunan süre içinde masrafın yatırılmaması halinde ise, ileride haksız çıkandan alınmak üzere devlet hazinesinden karşılanmasına karar verilir.” (Y. 2. HD. 07.03.2013, E. 2012/3966, K. 2013/5993; Legalbank İçtihat).

⁷¹² Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz/Hanağası, s.730-731; Kuru- El Kitabı, C.II, s.1601-1602.

değerlendirilemeyeceğini ileri sürmektedir. Aynı konuda aksi yöndeki diğer görüşe göre⁷¹³ ise, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 325. maddesinin kapsamını sadece resen araştırma ilkesinin uygulandığı davalarla sınırlamak doğru değildir. Zira hâkime tanınan bu imkânı sadece resen araştırma ilkesinin uygulandığı davalarla sınırlı tutmak, taraflarca getirilme ilkesinin uygulandığı davaları kapsam dışı bırakmak haklı bir gerekçeye dayanmamaktadır. Her ne kadar kanun koyucunun, HMK m.325'te yer alan "tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği davalar" şeklindeki ifadesinden, sanki yalnızca resen araştırma ilkesinin geçerli olduğu davaları ima ettiği sonucu çıkarılsa⁷¹⁴ da, hâkimin kanaatini büyük ölçüde etkilemeye matûf keşif ve bilirkişi incelemesine kendiliğinden başvurma ihtiyacı doğduğu takdirde davanın, dava malzemesinin toplanması açısından hangi ilkeye tâbi olduğuna bakılmamalıdır. Aksi takdirde, hâkimin keşfe veya bilirkişi incelemesine resen karar verebileceği hususundaki HMK m.266 ve m.288/2 hükümleri anlamını yitireceği gibi, hukuk muhakemesinde gerçeğe ulaşma amacının ihmâl edilmesi söz konusu olabilecektir⁷¹⁵. Buna benzer bir başka görüş⁷¹⁶ ise, HMK m.325 hükmünün "Resen yapılması gereken işlemlere ilişkin giderler" şeklindeki başlığından hareketle, bilirkişinin hâkime yardımcı rol üstlendiği ve bir delil değilse de, delil değerlendirme aracı olarak işlev gördüğü durumlarda, taraflar delil olarak bilirkişi incelemesine dayanmış olsa bile, söz konusu bilirkişi incelemesine ilişkin giderin süresinde yatırılmaması hâlinde, HMK m.324 hükmünün uygulanmaması ve mahkemece HMK m.325 gereğince ileride haksız çıkan taraftan alınmak suretiyle söz konusu giderin Hazine tarafından karşılanmasına karar verilmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Örneğin, yabancı bir hukuk kuralının uygulanmasını gerektiren davalarda bunun içeriğinin tespiti konusunda taraflar, bilirkişi incelemesine gidilmesini talep etmiş olmalarına rağmen, gereken gideri süresinde yatırmamış olmaları hâlinde mahkeme, her hâlükârda yabancı

⁷¹³ **Tanrıver-** Usul, C.I, s.1063, 1188; **Hanağası-** Silahların Eşitliği, s.435-436.

⁷¹⁴ Anılan ifadenin kapsamı ile ilgili bir görüşe göre ise, bu hususta resen araştırma ilkesine tâbi dava ve işlerin hepsinin değil, yalnızca dava konusu üzerinde tarafların serbestçe tasarruf edemeyecekleri dava ve işlerin anlaşılması gerekir. Zira resen araştırma ilkesine tâbi olup da, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri dava ve işler de mevcuttur. Fakat bunlar, HMK m.325 hükmünün uygulama alanına dahil edilmemelidir (bkz. **Tahiroğlu**, s.152).

⁷¹⁵ **Tanrıver-** Usul, C.I, s.1063-1064, 1188.

⁷¹⁶ **Erdoğan, E./Üçüncü, S. H.:** Bilirkişilik Kurumu ve Bilirkişi Raporunun Delil Değerine İlişkin Bazı Sorunlar (HHFD, C.10, S.2020/1, s.354-387), s.365-366.

hukuku tespit etmek zorunda olduğundan ve tarafların yabancı hukukun içeriğini ispatlamak gibi bir yükümlülüğü bulunmadığından, resen bilirkişi incelemesi yaptırmalı ve gereken giderin ileride haksız çıkan taraftan tahsili şartıyla, Hazine'den karşılanmasına karar vermelidir⁷¹⁷.

Kanımızca HMK m.325 hükmünün uygulanma alanı, hukuk muhakemesi kapsamındaki bütün davalara teşmil edilmemelidir. Anılan hüküm, yalnızca resen araştırma ilkesine tâbi ve tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunamayacağı davalarda uygulanmalıdır. Aksi yöndeki görüş, yargılamanın amacı, gerçeğe ulaşma ideali ve sosyal devlet anlayışıyla bağdaşsa da, yargı faaliyetinin devlete olan maliyetinin artmasına sebebiyet verebileceği gibi; yargının iş yükünün, Hazine'den karşılanan yargılama giderlerinin davalarda haksız çıkan taraflardan tahsiline yönelik faaliyetlerle beraber daha da ağırlaşmasına yol açabilecek ve yargının işleyişini olumsuz etkileyebilecektir. Nitekim kanun koyucu, böyle bir anlayışı açık bir biçimde benimsemiş olsaydı, HMK m.324 hükmünün ikinci ve üçüncü fıkralarında yer alan, delil avansına ilişkin yükümlülüğün taraflarca yerine getirilmemesi hâlinde talep olunan delilin ikamesinden vazgeçilmiş sayılmasını ve tarafların serbestçe tasarruf edemeyeceği dava ve işlerin ise bundan ayrık tutulmasını açıkça öngören düzenlemeleri sevk etmezdi. HMK m.266 ve m.288/2 hükümlerini HMK m.324/2 ile beraber dikkate almak suretiyle, delil avansını yatırmayan tarafın o delilin ikamesinden vazgeçmiş sayılması sebebiyle hâkimin, o delile ilişkin vakıanın ispatlanmaması üzerine davada gelinen nokta itibariyle hükmünü vermesi gerektiği düşünülmelidir. Bu noktada taraflarca getirilme ilkesine tâbi davalarda, hâkimin resen gözetmesi gereken hususların (örneğin dava şartlarının) incelenmesi bakımından HMK m.325'in geçerlilik taşıması makul ve kabul edilebilir bir düşünce olabilir. Ayrıca aile mahkemelerinin görev alanına giren tüm dava ve işler yönünden yargılama giderle-

⁷¹⁷ **Erdoğan/Üçüncü**, s.366. Anılan görüşe göre örneğin, binanın projeye uygun inşa edilmediği iddiasıyla açılan davada davacı, iddiasının dayanağını oluşturan dava malzemesini (inşaat projesi ve binanın projeye aykırılığı olgusu) usulüne uygun şekilde yargılamaya getirdiği takdirde hâkim, inşaat projesinin ve inşa edilen binanın bilirkişi tarafından incelenmesini sağlayarak iddianın haklı olup olmadığını değerlendirmek için, bilirkişi incelemesine ilişkin gerekli giderin süresinde yatırılmamış olmasına rağmen ileride haksız çıkan taraftan tahsili şartıyla, söz konusu bilirkişi giderinin Hazine'den karşılanmasına karar verebilir (bkz. **Erdoğan/Üçüncü**, s.366-367).

rinden muafiyet öngörülmesi de önerilebilir⁷¹⁸. Ancak bunların kapsamını bütün davalara uygulanacak şekilde genişletmek zorlama bir yoruma vücut verir.

D. Hâkimin Delilleri Serbestçe Değerlendirmesi İlkesi

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda, birtakım istisnalar haricinde kanunî delil sistemi benimsemiş olup bu sistemde deliller, kesin delil ve takdirî delil olmak üzere iki kategoride ele alınır. Kesin delil kategorisinde yer alan deliller hâkimi bağlayan ve takdir yetkisini ortadan kaldıran bir işlev gördüğü için hâkim, ispatı gereken bir husus hakkında kesin delil gösterilmesi hâlinde bunu ispatlanmış saymak zorundadır; kesin delille ispatlanan bir konuyu takdir yetkisi bulunmaz⁷¹⁹. Kanunî delil sisteminde, hangi hususların hangi delillerle ispatlanabileceği sınırlı şekilde kanunda sayılır ve kural olarak bunların dışındaki delillerle ispatın kabul edilmediği bir rejim uygulanır. Takdirî deliller ise, hâkimin serbestçe değerlendirebileceği ve kesin deliller gibi hâkimi bağlayıcı etki taşımayan, bir vakıanın ispatlanmış sayılıp sayılmadığına ilişkin olarak hâkim nezdinde oluşan vicdanî kanaatin derecesine göre hâkimin takdir yetkisine sahip olduğu delillerdendir. Hâkimin delilleri serbestçe değerlendirmesi ilkesi esasen takdirî deliller için geçerli olup, kural olarak kesin delille ispatı emredilen hususlarda hâkimin takdir yetkisinden söz edilemez. Diğer bir deyişle hâkimin delilleri serbestçe değerlendirmesi, vakıaların gerçekliğini gösteren delillerin hâkimde uyandırdığı vicdani kanaatin derecesi, yani ispat ölçüsü ile ilgilidir. Bunun ise, objektifleştirilmiş subjektif kanaatin takdirine göre değişeceği söylenebilir⁷²⁰. Dolayısıyla, kesin delille ispat kuralının öngörülmediği hâllerde hâkim, esas itibarıyla, önüne gelen dava malzemesini değerlendirip hükmünü oluştururken vicdanî kanaati çerçevesinde serbest olup ispat ölçüsünü kendi takdir yetkisine göre belirleyebilir. Yine taraflar, hâkimin delilleri serbestçe değerlendirmesi konusunda tasarruf edemeyeceği için hâkim, tarafların gösterdiği delillerden onların çıkartmadığı ve beklemediği sonuçlara ulaşabilir⁷²¹.

⁷¹⁸ Sirmen/Koçhisarlıoğlu/Tanrıver/Süral/Tercan, s.30.

⁷¹⁹ Özmumcu, s.151; Erdoğan/Üçüncü, s.371.

⁷²⁰ Erdoğan/Üçüncü, s.374.

⁷²¹ Yıldırım- Delillerin Değerlendirilmesi, s.108.

Ancak hâkimin takdirî delilleri değerlendirme noktasında sahip olduğu bu serbestinin daraldığı ve dolayısıyla takdir yetkisinin de kısıtlandığı istisnai bazı durumlar ortaya çıkabilir. Kamu düzeni düşüncesinin ağırlıklı olduğu hâllerden başka, ayrıca bilim ve tekniğin sağladığı avantajlarla ispat ölçüsünde geline %100'e çok yakın seviye, bazı delillerin "kesin delil" sayılmasa bile bilimsel güvenliğe istinaden çok güçlü bir delil olarak kabulüne olanak sağlar. Hatta bu gibi delillerin takdirî delil olarak adlandırılması, salt kanun koyucunun benimsediği delil sisteminden kaynaklanıyor da olabilir. Dolayısıyla babalık davalarında da, hâkim tarafından başvurulmuş DNA analizi yöntemiyle genetik bilirkişi incelemesi ve bu incelemenin sonucunda hazırlanan bilirkişi raporu, teorik ve kanunî çerçevede takdirî delil kategorisinde bulunmakla birlikte, aslında hâkimin takdir yetkisinin sınırlarını aşan, salt bilimsel ve teknik yöntemlerle elde edilmiş objektif kesinliğe dayanan, yoruma ya da değerlendirmeye ihtiyaç bırakmayan, serbestçe takdire uygunsuz bir delil olarak kabul edilmelidir. Bu itibarla, babalık davasını görmekte olan hâkim, hükmünü verirken DNA analizi raporuyla bağlı olup, bu raporda varılan bilimsel ve objektif sonuçlara uygun karar vermek zorundadır. Her ne kadar TMK m.284/1 hükmünün ilk bendinde hâkimin soybağı davalarında delilleri serbestçe değerlendireceği belirtilmiş olsa da bu düzenleme, HMK m.198'in tekrarından ibaret özel bir vurgulama ihtiyacından ileri gelir. Teorik olarak kanunda kesin delil olarak sayılanlar haricindeki tüm deliller takdirî delil kategorisine girdiği için hâkimin, takdirî delillerle bağlı olmaksızın bunları vicdanî kanaatine göre serbestçe değerlendirebileceği söylene de, boşanma davasında eşlerden birisinin akıl hastalığının kalıcı olduğunu gösteren resmî sağlık kurulu raporunda olduğu gibi, soybağı davasında çocuğun biyolojik babası olduğu iddia edilen kişi üzerindeki DNA analizine ilişkin genetik inceleme raporu da, hâkimin serbestçe değerlendirmesine uygun deliller arasında kabul edilemez.

Öte yandan, doğal soybağının tespitine yönelik DNA analizinin delil değeri belirlenirken tecrübe kurallarına da başvurulması gerektiği düşünülebilir. Zira DNA analizi yöntemiyle yapılan genetik incelemenin sonucuna ilişkin bilirkişi raporuna "kesin delil gibi" değer atfedilebilmesi için, incelemeye konu kan veya doku örneğinin muhatabından alınması, bu örneğin saklanması, laboratuvara nakledilmesi, tahlil edilmesi vb. işlemlere ilişkin süreçlerde herhangi bir hataya yer verilmediği hususunun kesinlik ta-

şılması şarttır⁷²². Anılan süreçleri birbirine bağlayan her bir işlem, vakıaları ortaya koyan ve biyolojik babalığı ispatlayan bir zincirin halkaları gibi birbirine bağlı düşünölmeli ve bu zincirin tüm halkaları kabul edilebilir nitelikte olmalıdır. Ancak bu şartlarla DNA analizi mutlak delil değeriine kavuşabilir⁷²³. Aksi takdirde, genetik numunenin değıştirlmesi, çapraz bulaş riskiyle karşılaşılması gibi durumlarda kesin delil gibi mutlak değerini kaybeder. Akla gelen tüm bu olasılıklar ise, beşeri tecrübelerden, yaşanmış hayat olaylarından kaynaklanan bilgiye dayanır ve hâkim bu bilgiyi de dikkate alarak, zincirin halkaları arasında yeterince sağlam bir bağ mevcut değilse, yani DNA analizi raporunun gerçekliği konusunda kuşku doğarsa, ispat zinciri kopar ve hâkimin kanaati olumsuz etkilenebilir⁷²⁴. Yani, sonuç olarak DNA analizi raporu ile ilgili hâkim tarafından serbestçe değeriendirilecek olan husus, genetik inceleme sürecinin tüm aşamalarında sağlam ve standartlara uygun hareket edilmiş olup olmadığı noktasında yoğunlaşır⁷²⁵.

E. Aleniyet İlkesi

I. Genel Olarak

Aleniyet ilkesi, yargılama faaliyetinin taraflar dışındaki üçüncü kişilere de açık tutularak, isteyen herkesin duruşmaların işleyişini takip edebilmesi, duruşmaların yapıldığı ortamda bulunabilmesi anlamına gelir. Aynı zamanda adil yargılanma hakkının bir unsuru olan aleniyet ilkesiyle, mahkemelerin yargısal faaliyetlerinde saydam, şeffaf, kamuoyu denetimine açık olması sağlanarak, herkesin adalet mekanizmasına olan güveninin artırılması ve ona demokratik bir nitelik kazandırılması amaçlanır⁷²⁶. Bir başka ifadeyle, mahkemelerin işleyişinin ve mahkemelerde cereyan eden yargılamanın toplum tarafından kontrolünü sağlayan aleniyet ilkesi, devletin, kamusal mercilerin, kişilerin ve

⁷²² **Yıldırım-** Delillerin Değeriendirilmesi, s.37.

⁷²³ **Yıldırım-** Delillerin Değeriendirilmesi, s.37.

⁷²⁴ **Yıldırım-** Delillerin Değeriendirilmesi, s.37.

⁷²⁵ Öte yandan, doktrinde bir görüşe göre, hukuk muhakemesine egemen olan tasarruf ve taraflarca getirilme ilkelerinden ayrıksı olarak hâkim, kamu düzenini ilgilendiren, resen araştırma ilkesine tâbi davalarda taraflarca ibraz edilen kesin delillerle bağli olmayıp, her türlü delili takdir yetkisine sahiptir (bkz. **Özmumcu**, s.151).

⁷²⁶ **Kurt-Konca, N.:** Medenî Usûl Hukukunda Alenîyet İlkesi, Ankara 2009, s.23 vd.; **Pekcanıtez, H.:** Medenî Usûl Hukukunda Aleniyet İlkesi (Prof. Dr. Faruk Erem'e Armağan, Ankara 1999, s.635-666), s.635-636, 638; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz/Hanağası**, s.151; **Arslan/Tanrıver**, s.180; **Erdönmez-** Pekcanıtez Usûl, s.895-896; **Budak/Karaaslan**, s.79, kn.19.

her türlü hukuk süjesinin mahkemelere müdahalesini, bundan dolayı hâkimlerin etki altında karar vermesini ve gizli yargılamayı önleyerek toplumun yargıya güvenini, yargı bağımsızlığını ve yargı kararlarının meşruiyetini güçlendirmeyi amaçlayan genel bir yargılama hukuku ilkesidir⁷²⁷. Bu şekilde halkın, yargı erkinin kullanılmasına katılımı sağlandığından, kuvvetler ayrılığı ilkesinin ve adil yargılanma hakkının güvence altına alınması mümkün olabilir. Bundan başka, aleniyet ilkesi, ispat faaliyeti bakımından da önemli işlevleri haiz olup, tahkikat aşamasında tanıkların ve bilirkişilerin denetlenmesi, delillerin elde edilmesi, vakıalara ilişkin genel bir bakışın sağlanması ve dolayısıyla da hâkimin delilleri serbestçe değerlendirmesi ilkesine hizmet eden bir özelliğe sahiptir⁷²⁸.

Anayasa’da (m.141) ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde (m.6) düzenlenen, adil yargılanma hakkının bir unsuru konumundaki aleniyet ilkesi, medenî yargıya ege- men ve tüm yargılama usullerinde geçerli bir ilke olarak kabul edilse de, duruşma ya- pılmayan çekişmesiz yargı işlerinde, dosya üzerinden gerçekleştirilen kanun yolu ince- lemesinde⁷²⁹ ve diğer bazı istisnai hâllerde sınırlandırılır. Bu itibarla Hukuk Muhakeme- leri Kanunu’na göre aleniyet ilkesinin, yargısal faaliyetin bir parçası olan duruşma icrası ve hükmün tefhimi aşamalarında uygulanması kuralı geçerli olmakla birlikte, kanunun açıkça düzenlendiği istisnai hâllerde ise bu ilkenin sınırlı şekilde uygulanması ya da hiç uygulanmaması durumu ortaya çıkabilir.

Aleniyet kavramı, “doğrudan” ve “dolaylı” olmak üzere ikiye ayrılır. Esasen aleniyet kavramından anlaşılması gereken doğrudan aleniyettir. Doğrudan aleniyet, da- vanın tarafları dışında isteyen herkesin, yargılama faaliyeti kapsamında duruşmaların gerçekleştiği ortama girip, yargılamayı bizzat izleyebilmesine ve hükmün açıklanması sırasında yine aynı ortamda hazır bulunabilmesine yönelik koşulların sağlanmasını ifade eder⁷³⁰. Keza doğrudan aleniyet kavramı da kendi içinde “dinamik aleniyet” ve “statik aleniyet” şeklinde ikili ayrıma tâbi tutulabilir. Dinamik aleniyet, davanın tarafları dışın-

⁷²⁷ **Pekcanitez, H.:** Medeni Usul Hukukunda Aleniyet İlkesi (İzBD, Yıl 65, Ekim 1999, s.21-42), s.23-24.

⁷²⁸ **Yıldırım-** Delillerin Değerlendirilmesi, s.96.

⁷²⁹ **Tanriver, S.:** Hukuk Yargısı (Medenî Yargı) Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı (TBBD, S.2004/53, s.191-215), s.203.

⁷³⁰ **Tanriver-** Usul, C.I, s.412; **Kurt-Konca-** Aleniyet İlkesi, s.115 vd.; **Pekcanitez-** Aleniyet, s.31-32.

da isteyen herkesin yargılamanın yapıldığı ortamda bulunup duruşmaları izleyebilmesini; statik aleniyet ise, mahkeme hükmünün açıklandığı yerde bulunup kararın tefhimine tanık olabilmesini açıklar⁷³¹ (HMK m.28/1). Dinamik ve statik aleniyet, yargılama boyunca ve hükmün tefhiminde geçerli olmakla birlikte hükmün müzakeresi ise gizli gerçekleşir. Ayrıca, duruşma esnasında mahkemeye ibraz edilen belge ve delillerin yanı sıra hazırlanan tutanakların davayla ilgisi olmayan kişilerce görülüp incelenmesi aleniyetin kapsamında değildir. Yine üçüncü kişilerin duruşmada sesli şekilde herhangi bir açıklama yapmaları, yorumda bulunmaları, tezahürat etmeleri ve bu davranışlara izin verilmesi de aleniyet ilkesiyle ilişkilendirilemez⁷³².

Öte yandan, basın yayın mensuplarının duruşmaları izlerken sesli, görüntülü veya yazılı iletişim araçlarıyla haber yapıp, yargılamaya bizzat katılmayan halkı, yargılama sırasında olanlar hakkında bilgilendirmesi, basın yayın araçlarıyla geniş toplumsal kitlelere aktarması anlamına gelen dolaylı aleniyet ile ilgili olarak ise, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 153. maddesinden bahsetmek gerekir. Anılan düzenlemede, duruşma esnasında basın yayın mensupları tarafından fotoğraf çekilemeyeceği ve hiçbir şekilde ses ve görüntü kaydı da yapılamayacağı; ancak dava dosyasında saklı kalmak kaydıyla ve yargılamanın zorunlu kıldığı hâllerde mahkemece çekim ve kayıt yapılabileceği; bu şekilde yapılan çekim ve kayıtların yanı sıra kişilik haklarını ilgilendiren konulara dair dava dosyasında bulunan her türlü belge ve tutanağın, mahkemenin ve ilgili kişilerin açık izni olmadıkça hiçbir yerde yayımlanamayacağı hususu açıkça öngörülmektedir (HMK m.153/1).

Bunun yanı sıra, HMK m.153/1 hükmünü, video konferans yoluyla icra edilen elektronik duruşmaları düzenleyen HMK m.149 ile de bağdaştırmak gerekir. Bu bağlamda, ses ve görüntü nakli yoluyla elektronik ortamda duruşma yapılması hâlinde HMK m.153/1 hükmünün yine geçerliliğini koruduğu; ses ve görüntü nakledilirken kayıt ve yayın yasağının varlığını sürdürdüğü söylenebilir. Bir başka deyişle, duruşmanın ses ve görüntü nakli yoluyla yapılması halinde taraflar veya üçüncü kişiler ile mahkeme,

⁷³¹ **Kurt-Konca-** Aleniyet İlkesi, s.173, 192.

⁷³² **Pekcanitez-** Aleniyet, s.32-33; **Pekcanitez-** Aleniyet İlkesi, s.653; **Kurt-Konca-** Aleniyet İlkesi, s.188 vd.

elektronik ortamda nakledilen ses ve görüntüyü kayıt altına alamazlar⁷³³. Bu kuralın bir tek istisnası ise, yargılamanın zorunlu kıldığı durumların ortaya çıkması olup, bu durumlarda kaydın yapılabilmesi için mahkemenin buna ilişkin karar alması ve kaydı da sadece kendisinin yapması gerekir. Dolayısıyla, duruşmaya ses ve görüntü nakli yoluyla katılan tarafın ya da üçüncü kişilerin elektronik ortamdaki duruşmayı kayıt altına alması hukuka aykırıdır⁷³⁴. Zira, dolaylı aleniyete ilişkin kayıt ve yayın yasağının video konferans yoluyla yapılan duruşmalarda uygulanmayacağına yönelik olarak, yargılamanın zorunlu kıldığı hâllerden başka herhangi bir istisnaya HMK m.149’da açıkça yer verilmemiştir. Başka bir istisnası düzenlenmediği hâlde HMK m.153/1 hükmünün HMK 149’a göre cereyan eden duruşmalarda uygulanmaması düşünülemez ve bu sebeple duruşmaların uzaktan elektronik ortamda icrasında dahi mutlak kayıt ve yayın yasağı aynen devam eder⁷³⁵. Nitekim Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun (7251 sayılı Kanun’un 17. maddesiyle değişik) 149. maddesinin beşinci fıkrası uyarınca ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla veya başka yerde duruşma icrasına ilişkin usul ve esasları düzenlemek amacıyla çıkarılan “Hukuk Muhakemelerinde Ses ve Görüntü Nakledilmesi Yoluyla Duruşma İcrası Hakkında Yönetmeliğin⁷³⁶ 15. maddesinde bu hususa ilişkin bir düzenlemeye yer verilmektedir. Anılan düzenlemeye göre mahkeme, ancak yargılamanın zorunlu kıldığı hâllerde ve gerekçesini belirtmek koşuluyla, elektronik duruşmanın kayıt altına alınmasına karar verebilir (EDY m.15/1). Elektronik Duruşma Sistemi ile elde edilen bu kayıtlar, Merkezi Kayıt Sisteminde iki hafta süre ile muhafaza edildikten sonra, kaydedilen veriler geri döndürülemez şekilde kalıcı olarak silinir (EDY m.15/1-2). Yine, bu şekilde kaydedilen ve saklanan veriler, mahkemenin ve ilgililerin açık izni olmadığı sürece hiçbir yerde yayımlanamaz (EDY m.15/3). Hukuk Muhakemelerinde Ses ve Görüntü Nakledilmesi Yoluyla Duruşma İcrası Hakkında Yönetmelik’teki bu

⁷³³ **Öztek, S.:** Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Aleniyet İlkesine İlişkin 28 inci Maddesi İle Ses ve Görüntü Nakledilmesi Yoluyla Veya Başka Yerde Duruşma İcrasına İlişkin 149 uncu Maddesinde 7251 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler Hakkında Bazı Düşünceler (AD, C.66, S.2021/1, s.641-665), s.658.

⁷³⁴ **Mıdık, B.:** Medenî Yargıda E-Duruşma Pilot Uygulaması ve Yargının Elektronik Dönüşümü Üzerine Bazı Düşünceler, s.4-5 (Lexpera Blog, 03.12.2020; <https://blog.lexpera.com.tr:443>) (E.T. 03.06.2021); **Öztek-** Düşünceler, s.658.

⁷³⁵ **Kale, S.:** Ses ve Görüntü Nakledilmesi Yoluyla Duruşma İcrası (HMK m.149) (MİHDER, C.9, S.25, 2013/2, s.141-155), s.152.

⁷³⁶ Bkz. RG. 30.06.2021, Sa.31527.

hükmün, elektronik duruşma esnasında alınan kayıtların dolaylı aleniyet bakımından durumu ile ilgili olası tereddütleri ve kaygıları bertaraf eden isabetli bir düzenleme olduğu kanaatindeyiz⁷³⁷. Gelgelelim, HMK m.149 çerçevesinde gerçekleştirilen ses ve görüntü nakli yoluyla elektronik ortamdaki duruşmalarda kayıt ve yayın yasağına riayet edilip edilmediğinin denetimi güç olacağından, duruşmaya elektronik olarak bağlanılabilecek mekanlarda yayın ve kayıt yasağının uygulanması için güvenlik önlemlerine ilişkin detaylı ölçekte teknik ve yasal altyapının oluşturulması elzemdir⁷³⁸.

Dolaylı aleniyetin sınırlarını çizen kanun koyucu, duruşmaların düzen içerisinde gerçekleştirilmesini, tarafların ve yargılamayla ilgisi bulunan üçüncü kişilerin, kendilerine sorulan soruları daha doğru, ciddi ve anlaşılır şekilde, çekinmeden cevaplamalarını ve gerçeğin aydınlatılmasını tehlikeye düşüren potansiyel psikolojik engelleri ortadan kaldırmayı amaçlar⁷³⁹. Bir başka deyişle dolaylı aleniyete ilişkin öngörülen bu yasaklamanın temeli, yargılamaya katılanların kişilik haklarının korunması, gerçeğin tespitini tehlikeye düşüren unsurların bertaraf edilmesi ve mahkeme salonlarında gösteri yapılmasına engel olunması fikrine dayanır⁷⁴⁰. Fakat buna rağmen dolaylı aleniyet, adil yargılanma hakkının unsurları arasında sayılmadığından, aleniyet ilkesinin içeriğini doğrudan aleniyetle özdeşleştirmek daha doğru kabul edilir⁷⁴¹. Nitekim pek çok yabancı hukuk düzeninde de dolaylı aleniyet, basın yayın mensuplarının, tıpkı diğer bireyler gibi,

⁷³⁷ Bu konuda ayrıca “Bölge Adliye ve Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Cumhuriyet Başsavcılıkları İdari ve Yazı İşleri Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmelik” (RG. 06.08.2015, Sa.29437) m.218/4 hükmüne değinmek gerekir. Anılan düzenlemede, SEGBİS ya da benzeri sistemlerle aynı anda ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla yapılan duruşmalarda elde edilen ses ve görüntü verilerinin HMK m.199’a göre elektronik belge hükmünde sayılacağı öngörülür. Kanımızca söz konusu Yönetmeliğin 218. maddesinin dördüncü fıkrası, HMK m.153 ile çalışmaktadır. Çünkü HMK m.153 uyarınca yargılamanın zorunlu kıldığı hâllerde mahkemece çekim yapılması ve kayıt alınması, ancak bu kayıtların dava dosyasında saklı kalması kaydıyla mümkün kılınmış olup, bu şekilde yapılan çekim ve kayıtlar ile dava dosyası içindeki her türlü belge ve tutanaklar, mahkemenin ve ilgili kişilerin açık izni olmadıkça hiçbir yerde yayımlanamaz; dava dosyasından çıkarılamaz; başka davalarda kullanılamaz ve değerlendirmeye tâbi tutulamaz. Bu sebeple, adı geçen Yönetmeliğin m.218/4 hükmünün, kanuna aykırılık gerekçesiyle iptali gerektiğini düşünüyoruz. Bu konuda ayrıca bkz. **Aşık, İ.:** Alman Hukukunda Dolaylı Aleniyete İlişkin Gelişmeler ve Düşünceler (MİHDER, C.13, S.38, 2017/3, s.718-758), s.745.

⁷³⁸ **Mıdık, s.5.**

⁷³⁹ **Pekcanitez-** Aleniyet, s.34-35; **Pekcanitez-** Aleniyet İlkesi, s.654-655.

⁷⁴⁰ **Pekcanitez-** Aleniyet, s.33; **Pekcanitez-** Aleniyet İlkesi, s.654; **Tanrıver-** Usul, C.I, s.413.

⁷⁴¹ **Pekcanitez, H.:** Medenî Usûl Hukukunda Aleniyet İlkesi (Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, İzmir 2000, s.408-427), s.416; **Tanrıver-** Adil Yargılanma, s.201.

duruşmalara katılması, duruşmalarda söylenenleri dinleyip not alması, duruşma düzeni-
ni bozmadan resim çizmesi ve hüküm tefhim edilirken orada bulunması şeklinde anla-
şıldığından, bunların haricinde ses ve görüntü kaydı yapılması, fotoğraf çekilmesi, rö-
portaj yapılması vb. eylemler ise dolaylı aleniyetin kapsamı dışında kalıp yasaklanmış-
tır⁷⁴².

II. Aleniyet İlkesinin Sınırlandırılması

1. Genel Olarak

Aleniyet ilkesi mutlak bir kural olarak anlaşılamaz. Zira aleniyet ilkesinin mut-
lak uygulanması hâlinde de bazı temel hak ve menfaatlerin ihlâliyle karşı karşıya kalı-
nabilir. Yargılamanın alenî yapılması hâlinde ihlâl edilen bireysel veya toplumsal men-
faatlerin değeri ile, aleniyet aracılığıyla korunmak istenen menfaatin değeri kıyaslandı-
ğında, aleniyet ilkesi gizli yargılamaya nazaran daha fazla sakıncaya yol açacak seviye-
ye ulaşırsa, aleniyet ilkesinin gizli yargılama lehine sınırlandırılması zorunlu hâle gelir. Bir
başka ifadeyle, aleniyet ilkesiyle korunan menfaatten daha üstün nitelikte başka bir
menfaatin ihlâli tehlikesi ortaya çıktığında, ölçülülük ilkesi gereği aleniyet ilkesine bazı
istisnaların getirilmesi gerekir⁷⁴³. Bu bağlamda, aleniyet ilkesiyle temel kişilik hakları-
nın çatıştığı istisnai hâllerde, aleniyet ilkesinin kişilik hakları lehine sınırlandırılabilme-
si, ancak açık yasal düzenlemelerin varlığıyla mümkün olabilir. Zira yargılamanın alenî

⁷⁴² Alman hukukunda “Davalarda Medya Aleniyetinin Genişletilmesi ve Konuşma ve İşitme Engelli Kişilere Yönelik İletişim Yardımlarının İyileştirilmesi Hakkında Kanun” vesilesiyle Alman Mahkemeler Teşkilatı Kanunu’nun § 169 hükmünde 2017 yılında yapılan değişiklikle birlikte, medya aleniyetinin kapsamı genişletilmiş ve mahkeme tarafından medya temsilcileri için bir çalışma odası-
na, kayıt yapılmaksızın sadece ses aktarımı yapılmasına cevaz verilmiştir. Buna karşılık, anılan Ka-
nun’da görüntü aktarımı yapılması mümkün kılınmamıştır. Aynı Kanun ile yapılan ek düzenlemeye
göre ise, ülke için bilimsel ve tarihsel anlamda büyük önemi haiz davalarda tarihî amaçlarla mahke-
mece ses kaydına izin verebilir. Fakat bu kayıtlar dava dosyasına konulamaz, başka herhangi bir
yerde yayınlanamaz ve başka davalarda kullanılamaz veya değerlendirmeye tâbi tutulamaz (bkz.
Aşık- Dolaylı Aleniyet, s.s.738-739). İsviçre hukukunda ise, konuya ilişkin yasal bir düzenleme bu-
lunmamakla birlikte, kamuoyunun büyük ilgisine mazhar olan davalarda ilk derece mahkemeleri,
duruşmanın yapıldığı salondan başka bir odaya video yoluyla görüntü aktarımı yapılmasına izin ve-
rebilir (bkz. **Aşık-** Dolaylı Aleniyet, s.739, dn.60).

⁷⁴³ **Kurt-Konca, N.:** Medeni Usul Hukukunda Aleniyet İlkesinin Sınırlandırılması [SDÜHFD, MİH-
BİR Özel Sayısı (Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı-XII, HMK Çerçevesinde Yargı-
lamaya Hakim Olan İlkeler, 18-19 Ekim 2014-Isparta), C.4, S.2014/2, s.65-96], s.72-73; **Erdönmez-**
Pekcanitez Usûl, s.899.

yapılması da bir temel hak oluşturup, diğer temel hak ve özgürlükler gibi, ancak kanunla sınırlandırılabilir (AY m.13). Ancak diğer temel haklarda olduğu gibi, alenî yargılanma hakkının sınırlandırılması da istisnai nitelik taşıdığından, dar yorumlanmalı ve aleniyetin sınırlandırılmasını gerektiren hâllerin kıyas yoluyla genişletilmesinden kaçınılmalıdır⁷⁴⁴.

2. Aleniyetin Sınırlandırılmasına İlişkin Hukukî Dayanaklar

Kanun koyucu, Anayasa'nın 141. maddesinde düzenlediği alenî yargılanma hakkının istisnalarını genel ahlâk ve kamu güvenliğinin gerekli kıldığı hâllere özgülemiş olup, bu hâller ortaya çıktığında mahkeme, duruşmaların bir kısmının yahut tamamının gizli yapılmasına karar verebilir. Yine kanun koyucu, küçüklerin taraf olduğu davalarda aleniyet ilkesinin uygulanış biçimine yönelik kanunla özel hükümler sevk edileceğini belirtmiş ve küçükler açısından alenî yargılanmanın sınırlarının özel kanun hükümleriyle çizilmesini öngörmüştür. Nitekim Anayasa'daki bu hükme paralel olarak, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 28. maddesinin ikinci fıkrasında, hem genel ahlâkın veya kamu güvenliğinin hem de yargılama ile ilgili kişilerin korunmaya değer üstün bir menfaatinin gerekli kıldığı hâllerde aleniyet ilkesinin sınırlandırılabilmesi ve yargılamanın gizli yürütülmesine karar verilebileceği açıkça düzenlenmiş olup, genel ahlâk ve kamu güvenliği dışındaki temel kişilik haklarının ihlâlinden kaynaklanan sebepler de aleniyetin sınırlandırılması bakımından kabul edilmiş ve gizli yargılamanın kapsamı genişletilmiştir.

Öte yandan, Anayasa'da alenî yargılamanın sınırlandırılmasına ilişkin genel ahlâk, kamu düzeni ve millî güvenlik konularının, demokratik devlet değerlerine uygunluk kriteri doğrultusunda genel sebepler olarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde de açıkça düzenlendiği görülür. Nitekim adil yargılanma hakkını düzenleyen ve Anayasa'nın 90. maddesi uyarınca Türk hukukunun da bir parçası olan AİHS m.6 hükmü aleniyetin özel olarak hangi hallerde sınırlandırılabilmesi konusunda yol gösterici niteliktedir. Ayrıca genel sınırlandırma sebepleri dışında, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 28. maddesinin, 22.07.2020 tarihli ve 7251 sayılı Kanun ile değişik ikin-

⁷⁴⁴ **Kurt-Konca-** Aleniyetin Sınırlandırılması, s.73.

ci fıkrasının değişiklikten önceki metninde açıkça yer verilmemiş olan “korunmaya değer üstün menfaat” kriteri, 7251 sayılı Kanun’un 2. maddesiyle HMK m.28/2 hükmüne eklenmiştir⁷⁴⁵. Anılan hükmün önceki metninde salt genel ahlak ve kamu güvenliğine özgülünen gizli yargılama sebepleri, yapılan değişiklikle birlikte ayrıca ilgililerin temel kişilik hakları bağlamında korunmaya değer üstün bir menfaatlerini de kapsayacak şekilde genişletilmiştir. Böylece alenî yargılanma hakkı ile bir başka temel kişilik hakkının çatışması hâlinde hâkime, karşılıklı menfaat dengesini gözetip takdir yetkisini kullanarak değerlendirme yapma imkânı tanınmış; aleniyetin sınırlandırılmasını gerektiren ve fakat genel ahlâk ve kamu güvenliği konuları dışında kalan diğer sebeplere dayanılarak yargılamanın gizli yapılabilmesi hukuken mümkün hâle gelmiştir⁷⁴⁶. Bir başka anlamıyla, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’ndaki 7251 sayılı Kanun’la vaki değişikliktен önceki dönemde doktrinde⁷⁴⁷ tartışılan ve Kanun’da açıkça öngörülmediği için eleştirilen, aleniyetin sınırlandırılmasına ilişkin özel hayatın gizliliği ve ailenin korunması sebebinin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6. maddesiyle uyumlu şekilde Kanun’a eklenmesiyle özel gizlilik sebeplerinin açık yasal dayanağı da oluşturulmuş bulunmaktadır⁷⁴⁸. Dolayısıyla, yapılan yasal değişiklikle birlikte kanun koyucu, alenî yargılanma

⁷⁴⁵ “...mahkeme yargılamayla ilgili kişilerin korunmaya değer üstün bir menfaatinin bulunduğunu tespit ederse duruşmanın bir kısmının veya tamamının gizli olarak yapılmasına karar verecektir. Düzenlemeyle duruşmaların alenî olarak yapılmasına ilişkin ilkeye kişilerin haklarının korunması için bir istisna getirilmektedir” (Madde gerekçesinden).

⁷⁴⁶ **Öztek, S.:** Türk Medeni Yargılama Hukukunda İstinaf ve Temyiz (6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu m.341-m.373 Şerhi), Ankara 2021, para.276a, s.432-433.

⁷⁴⁷ **Kurt-Konca-** Aleniyetin Sınırlandırılması, s.77 vd.; **Kurt-Konca-** Aleniyet İlkesi, s.247, 249 vd.; **Pekcanıtez-** Aleniyet, s.37 vd.; **Çiftçi, P.:** Medenî Yargılama Hukukunda İspat Hakkı ve Sınırlamaları, Ankara 2018, s.636-637; **Tanrıver-** Usul, C.I, s.417-418.

⁷⁴⁸ Burada yeri gelmişken belirtmek gerekir ki, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun, henüz yasalaşmadığı dönemde tasarı hâlindeki metni üzerinde TBMM Adalet Komisyonu’ndaki müzakereleri sırasında hangi hallerde duruşmanın gizli yapılması gerektiğini düzenleyen hükümde değişiklik önergesi verilmiş; verilen bu önergeyle aleniyetin sınırlandırılması sebeplerinin özel hayatın gizliliğini de içerecek şekilde daha kapsamlı düzenlenmesi ve bazı temel kişilik haklarıyla ilgili olarak ön plana çıkan taraf menfaatlerinin korunması amacıyla özel gizlilik sebepleri öngörülmesi teklif edilmişti. Anılan önergenin dikkat çeken gerekçesi ise şu şekildedir: “*Hukukî dinlenilme hakkı, Anayasanın 36 ncı maddesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6 ncı maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının en önemli unsurudur. Maddenin ikinci fıkrasındaki mevcut düzenlemenin, kural olarak aleni olması gereken duruşmaların gizli yapılabilme ihtimalini genişleteceği düşüncesiyle, fıkra da değişiklik yapılarak gizlilik kararı verilecek hâller daha açık şekilde sayılmıştır. Bu açıklık aynı zamanda konuyla ilgili uluslararası düzenlemelere de uygundur (örneğin, küçüklerin korunması). Bu konuda önemli olan korunmaya değer üstün bir menfaatin bulunmasıdır. Şüphesiz, bu menfaat maddede sayılan hususlar öncelikle dikkate alınarak hâkim tarafından değerlendirilecektir...*” Söz konusu

hakkı ile temel kişilik hakları arasındaki menfaat dengesinde, özel hayatın korunması lehine bir tercih yaparak dünya genelinde aleniyet ilkesinin geçirdiği yapısal değişime ayak uydurmuş ve bireyselleşmenin yarattığı bakış açısıyla aleniyet ilkesinin uygulanma alanını daraltmıştır⁷⁴⁹. Bu bağlamda hâkim, ölçülülük ilkesi uyarınca aleniyetten doğan menfaat ile, gizlilik yoluyla korunması gereken üstün menfaat arasındaki dengeyi hassas bir şekilde gözetmek ve gizlilik kararı verilmediği takdirde bu yolla korunması gereken üstün menfaatin ihlâl edilme tehlikesinin ciddiyeti konusunda kesin kanaate ulaşmak zorundadır⁷⁵⁰. Yani, gizlilik kararı verme aşamasında hâkimin, gizlilik yoluyla korunması istenen menfaatin, aleniyet yoluyla sağlanan yarara kıyasla üstün ve baskın konumda bulunduğu ikna olması elzemdir⁷⁵¹.

Ne var ki, 7251 sayılı Kanun’la yapılan değişiklikten önceki dönemde özel hayatın korunması şeklinde adlandırılan üstün menfaat, özel gizlilik sebebi olarak Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda açıkça düzenlenmemesine rağmen, bu hususa Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6. maddesinde açıkça değinilmiş olması, ayrıca Anayasa’nın 90. maddesinin beşinci fıkrası uyarınca, usulüne uygun şekilde bir kanunla onaylanarak yürürlüğe giren uluslararası sözleşmelerin kanun hükmü niteliği taşıması ve kanunlara nazaran uygulanma önceliğine sahip olması karşısında, özel hayatın gizliliği ve ailenin korunması hususundaki üstün menfaatin, hukuk muhakemesi kapsamında kabul edilip uygulanması gereken bir kriter olduğu sonucuna yine varılabilirdi⁷⁵². Yani, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6. maddesine, genel ahlâk ve kamu güvenliği konularının

önerge, müzakereler sonunda uygun görülmeyle reddedilmiştir (bkz. Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/574) Sıra Sayısı 393, s.138).

Ayrıca Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı’nın Bilim Komisyonu’ndaki son metinde aleniyet ilkesini karşılayan 33. maddesi şu şekilde düzenlenmiştir: “*Genel ahlak, kamu düzeni, milli güvenlik, küçüklerin korunması veya yargılama ile ilgili kişilerin özel hayatının gizliliği ya da taraflardan birinin ticarî sır gibi hukuken korunmaya değer bir menfaatinin bulunması gerekçesiyle duruşmanın bir kısmının yahut tamamının gizli olarak yapılmasına taraflardan birinin talebi üzerine yahut resen mahkemece karar verilir.*” (bkz. Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/574) Sıra Sayısı 393, s.19). Aynı ifade tarzının 2006 tarihli Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı’nda yer alan metinde de kullanıldığı görülür (bkz. **Kurt-Konca-** Aleniyetin Sınırlandırılması, s.75-76).

⁷⁴⁹ **Kurt-Konca-** Aleniyetin Sınırlandırılması, s.76.

⁷⁵⁰ **Öztek-** İstinaf, para.276a, s.433.

⁷⁵¹ **Öztek-** İstinaf, para.276a, s.433; **Pekcanitez-** Yargı Reformu, s.416.

⁷⁵² **Çiftçi, P.:** Özel Hayatın Korunması Menfaati Kapsamında Medenî Yargılamada Aleniyet İlkesinin Sınırlandırılması (DEÜHFD, C.20, S.2018/2, s.159-189), s.167 vd.; **Pekcanitez-** Aleniyet, s.37.

yanı sıra küçüğün korunması, tarafların özel hayatın gizliliği gibi hâllerin de gizli yargılama sebeplerinin kapsamına eklenmiş olması karşısında, her ne kadar HMK m.28/2 hükmünün 7251 sayılı Kanun değişikliğinden önceki metninde sadece genel ahlâk ve kamu güvenliği hâllerinden söz edilmişse de, Anayasa m.90/V uyarınca, usulüne uygun şekilde bir kanunla onaylanarak yürürlüğe giren milletlerarası sözleşmelerin kanun hükmünde olması ve temel haklarla ilişkili kanunlara nazaran öncelik taşıması sebebiyle, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ndeki diğer hâllerde de aleniyetin sınırlandırılması iç hukuk açısından mümkün görülebilirdi⁷⁵³. Aynı sonuca götüren bir başka hukukî argüman ise, Anayasa'nın 41. maddesinin ikinci fıkrasıdır. Anılan hükme göre devlet, ailenin huzur ve refahı ile ananın ve çocukların korunması amacıyla gereken tedbirleri almakla yükümlü olup, yargılamanın gizli yürütülmesi de bu tedbirler arasında düşünülebileceğinden, temel hakların çatışması olasılığında mahkemece, ailenin ve çocukların korunması amacıyla yargılamanın gizli yapılmasına karar verilmesi, devletin alması gereken tedbirlerden birisi olarak örnek gösterilebilir.

3. Özel Olarak Çocuğun ve Aile Sırlarının Korunması Amacıyla Aleniyetin Sınırlandırılması

Öncelikle aleniyetin sınırlandırılmasına ilişkin sebeplere dayanılarak yargılamanın gizli yapılmasına karar verildiği takdirde, bu kararın hukuka uygun olabilmesi için hâkim, somut olayın koşulları doğrultusunda kullandığı takdir yetkisinin gerekçesini açıklamak zorundadır. Aksi hâlde, mahkemenin aleniyeti sınırlandırma gerekçesine hiç yer vermemesi yahut gerekçenin yeterince açık ve anlaşılır olmaması ya da somut dayanaktan yoksun bulunması mutlak bozma sebebidir⁷⁵⁴. Zira alenî olması gereken duruşmanın gizli yapılması hâlinde bu durumun hükmü etkileyip etkilemediği ve etkisinin ne düzeyde kaldığı hiçbir zaman tam olarak bilinemeyeceği için ve bunun tespiti bir tahminden öte anlam taşımayacağından, aleniyet ilkesinin ihlâlinin mutlak temyiz sebebi

⁷⁵³ **Tanrıver-** Usul, C.I, s.418.

⁷⁵⁴ **Yıldırım-** Delillerin Değerlendirilmesi, s.96; **Pekcanıtez-** Aleniyet, s.41. Gizli yapılması gereken duruşmanın alenî yapılmasıyla ortaya çıkan usule aykırılığın mutlak değil, nispi bozma sebebi sayılması gerektiği yönündeki aksi görüş için ayrıca bkz. **Akkaya, T.:** Medenî Usûl Hukuku Bakımından Boşanma Davası, Ankara 2017, s.181.

olarak kabul edildiğine dair açık yasal düzenlemenin ihdasına ihtiyaç olduğu kanısında-
yız⁷⁵⁵.

Aleniyetin kısıtlanması hususunda yargılamayla ilgili kişilerin korunmaya değer üstün menfaatlerinin niteliği ve ne zaman gerçekleşmiş sayılacağı meselesi mahkemenin takdirine bağlı olup, bu kişilerin öne sürdüğü menfaatlerin, aleniyet ilkesiyle güdülen amaçtan daha üstün ve aleniyetin sağladığı yarardan daha baskın çıkması gerekir. Kaldı ki, aleniyetin sınırlandırılması gerekliliği bir temel kişilik hakkından kaynaklanıp temel haklar arasında öncelik-sonralık ilişkisi de kurulamayacağı için, çatışan temel haklardan hangisinin üstün tutulacağı sorununa soyut ve genel bir formülasyonla çözüm aranması doğru değildir⁷⁵⁶. Bu itibarla yargılamanın gizliliğine karar verecek olan mahkeme, değerlendirmeyi yaparken, ölçülülük ilkesi uyarınca, aleniyet ilkesi ile korunmaya değer üstün menfaat arasındaki dengeyi hassas şekilde gözetmeli ve gizlilik kararı talep eden ilgilinin bu talebi yerine getirilmezse üstün bir menfaatinin ihlal edilmesi tehlikesiyle karşı karşıya bulunduğu hususunda kesin olarak kanaat getirmelidir⁷⁵⁷. Genel kural böyle olmakla birlikte, kanımızca özel hayatın gizliliğiyle ailenin ve çocuğun üstün menfaatlerinin korunması şeklinde ifade edilen ve kanunun lafzıyla “korunmaya değer üstün menfaat” kategorisi altında değerlendirilebilen özel gizlilik sebebi meydana geldiği takdirde artık hâkimin takdir yetkisi bulunmayıp, yargılamanın gizli yapılması zorunludur. Bir başka deyişle hâkim, çocuğun menfaatlerini veya aile kurumunun mahrem konularını ilgilendiren bir davada, çocuğun korunması veya aile sırlarının ifşasının önlenmesi amacıyla yargılamayı gizli yürütmek zorundadır⁷⁵⁸. Çocuğun menfaatlerinin korunmasını gerektiren davaların büyük kısmı aile hukukundan kaynaklanır. Bilhassa çocukların taraf olduğu aile hukukuna ilişkin davalarda duruşmaların gizli yapılması, kişilik haklarının, özel hayatın gizliliğinin, ailenin ve belki de en önemlisi çocuğun gelişiminin ko-

⁷⁵⁵ Aynı yönde bkz. **Akcan, R.:** Usul Kurallarına Aykırılığa Dayanan Temyiz Nedenleri, Ankara 1999, s.80-81; **Baygöl, N.:** Aleniyet İlkesi (Prof. Dr. Bilge Öztan’a Armağan, Ankara 2008, s.223-239), s.237.

⁷⁵⁶ **Çiftçi, P.:** Medenî Yargılama Hukukunda İspat Hakkı ve Sınırlamaları, Ankara 2018, s.637.

⁷⁵⁷ **Öztek, S./Taşpınar-Ayvaz, S./Kale, S.:** Hukuk Muhakemeleri Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında 20 Mart 2020 Tarihli Kanun Teklifi’ne İlişkin Bazı Açıklamalar ve Kanun Teklifinin Değerlendirilmesi (TBBD, S.2020/149, s.77-152), s.97; **Öztek-** Düşünceler, s.649.

⁷⁵⁸ **Kurt-Konca-** Aleniyetin Sınırlandırılması, s.76-77; **Kurt-Konca-** Aleniyet İlkesi, s.247 vd.

runmasına hizmet eder⁷⁵⁹. Çocuğun menfaatlerini veya aile mahremiyetini ilgilendiren konulardaki yargılamaya alenî şekilde devam edilmesi, Anayasa'nın m.41/2 ve m.141/2 hükümleriyle olduğu gibi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesiyle de çelişir. Elbette yargılamayla ilgili kişilerin sosyal statüsü tek başına aleniyetin kaldırılmasına gerekçe oluşturamaz⁷⁶⁰. Ne var ki, yargılamanın ilgililerinden birisinin çocuk olması başlı başına gizlilik sebebi teşkil etmese bile, çocuğun menfaatlerinin yahut aile sırlarının korunmasını gerektiren davalarda hâkimin, sözü edilen hususlarda korunmaya değer üstün menfaat olup olmadığını takdir edemeyeceği kanısındayız. Zira Anayasa'ya göre çocuğun ve aile kurumunun menfaatleri her hâlükârda korunmaya değer üstün menfaat olarak görülüp mutlak gizlilik sebebi kabul edilmelidir. Anayasa'nın 20. maddesinin birinci fıkrası da bu görüşü destekler niteliktedir.

Mutlak gizlilik sebepleri, çoğunlukla çocukların korunmasına yönelik Çocuk Koruma Kanunu kapsamındaki çocuk yargılamalarında, vesayet altındaki çocuklarla ilgili davalarda yahut özel hayatın gizliliğini ve aile hayatının mahrem konularını içeren aile hukuku uyuşmazlıklarında gündeme gelir. Keza çocukların korunması amacıyla aleniyetin sınırlandırılması konusuna Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin son derece hassas yaklaşım sergilediği ve özellikle aile hukukuna ilişkin davaları AİHS m.6 hükmünde sayılan istisnalar kapsamında değerlendirdiği görülür. Örneğin İngiltere'de 1991 tarihli Aile Yargılamaları Kuralları'nın 4.16 maddesinin yedinci fıkrasında “mahkemece aksi yönde karar verilmedikçe, bu Kurallar'ın uygulandığı yargılamalarda duruşmaların özel oturumda (hâkimin odasında) gerçekleştirileceği” şeklindeki hükmün, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne aykırılık oluşturmadığı belirtilerek⁷⁶¹, bir küçüğün alenî duruşmada yargılanmasına ilişkin önüne gelen *T. ve V. & Birleşik Krallık* davasında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, küçüğün alenî yargılamaya tâbi tutulmasını, dava esnasında oluşan fiziksel ve ruhsal ortamın koşullarından dolayı, hakkaniyete aykırı bulmuş

⁷⁵⁹ Çiftçi- İspat Hakkı, s.636.

⁷⁶⁰ Öztekin/Taşpınar-Ayvaz/Kale, s.97; Öztekin- Düşünceler, s.649.

⁷⁶¹ Çiftçi- İspat Hakkı, s.662.

ve küçüklerin yargılanmasında kural olarak gizliliğin egemen olması gerektiği görüşüne yer vermiştir⁷⁶².

Öte yandan, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 28. maddesinin ikinci fıkrasındaki değişiklik hakkında ileri sürülen bir görüşe göre⁷⁶³, yargılama ile ilgili kişilerin korunmaya değer üstün menfaatinden ne anlaşılması gerektiği, bunun nasıl somutlaşacağı belli olmayıp subjektif ve muğlak bir nitelik taşıdığı söylenebilir. Kanun koyucunun güttüğü amaçtan uzaklaşılmasına ve keyfî kullanıma elverişli yapısı göz önüne alındığında, birçok davada korunmaya değer üstün menfaat gerekçesine dayanılarak yargılamanın gizliliği talebinde bulunulabilecek ve bu suretle gereksiz tartışmalarla zaman kaybedilip yargılamanın makul sürede tamamlanamamasına yol açılabilecektir. Aleniyetin sınırlandırılması sebeplerine ilişkin kanun değişikliğinin, kişiden kişiye göre farklı algılanabilecek türden, üzerinde fikir birliği sağlanması güç olan “korunmaya değer üstün menfaat” kriteri baz alınarak değil, hem doktrinde kabul gören hem de farklı örnekler verilip somutlaştırılan bir düzenlemeyle yapılmasının daha isabetli olduğu yönündeki bu görüşe göre, örneğin aleniyet ilkesinin temel istisnaları, genel ahlâk, kamu düzeni, milli güvenlik, özel hayatın ve ailenin korunması, çocukların dinlenmesi, ticarî, meslekî ve malî sırların korunması, tarafların ve katılanların vücut ve ruh bütünlüğünün korunması şeklinde düzenlenebilirdi⁷⁶⁴. Sözü edilen endişelere katılmakla birlikte, çocuğun menfaatlerinin ve aile sırlarının korunmasını gerektiren davalarda hâkimin takdir yetkisinin kısıtlanıp her hâlükârda gizlilik kararı verilmesi durumunda bu sakıncaların aşılabileceği düşüncesindeyiz. Zira hangi menfaatin, aleniyet ilkesiyle sağlanan menfaate kıyasla daha fazla korunmaya değer üstün nitelik taşıdığını belirlemede başvurulacak ölçülülük ilkesi uyarınca, kişiler hukukunda kabul edilen klâsik ayırmadan hareketle kişinin üç kategoriden ibaret özel hayat alanı içindeki gizlilik alanına dahil olan aile mahremiyetine yönelik her türlü müdahale temel kişilik haklarının ihlâli sonu-

⁷⁶² **İnceoğlu, S.:** İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı Kamu Ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal Hak ve İlkeler, Tıpkı 4. B., İstanbul 2013, s.358.

⁷⁶³ **Pekcanitez,H./Atalay,O./Özkes,M.:** Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifinin (2020) Değerlendirilmesi (<https://blog.lexpera.com.tr/hmk-ile-bazi-kanunlarda-degisiklik-yapilmasina-dair-kanun-teklifinin-2020-degerlendirilmesi>, 30.03.2020- Lexpera Blog), bkz. B.2. Aleniyet İlkesi (E.T. 19.10.2020); **Tanrıver-** Usul, C.I, s.417.

⁷⁶⁴ **Pekcanitez/Atalay/Özkes-** Lexpera Blog, bkz. B.2. Aleniyet İlkesi.

cunu doğurur⁷⁶⁵. Kişilerin gizlilik alanına giren aile içi sırlarına dair olaylar üçüncü kişilerle paylaşılmak istenmeyen özel hayata ilişkin bilgiler içerdiği için, bunların objektif olarak gizli kalmasında korunmaya değer üstün menfaat bulunduğu açıktır. Örneğin, ev içi aile hayatı, eşlerin cinsel hayatı, aile bireylerinin bedensel ve ruhsal sağlık durumları, dinî inanç veya ideolojik dünya görüşleri gibi konulara ilişkin sırların ifşa edilme tehlikesinden korunması, üstün menfaat koşulunu sağlayan temel kişilik hakları arasında yer alır⁷⁶⁶. Dolayısıyla bu konuların tartışıldığı aile hukukuna ilişkin davalarda, Anayasa'nın 41. maddesinin ikinci fıkrasında öngörülen aileyi koruma yükümlülüğü sebebiyle hâkimin, duruşmaları gizli oturumda sevk ve idare etmesi kanun koyucunun iradesiyle örtüşür.

III. Babalık Davası Açısından Aleniyet İlkesi

1. Yabancı Hukuk Düzenlerindeki Durum

Yabancı hukuk sistemlerine bakıldığında, kişilerin özel ve aile hayatının korunmasına yönelik menfaatin, kanunlarda aleniyet ilkesinin sınırlandırılmasını meşru kılan haklı menfaatler arasında açıkça sayıldığını görmek mümkündür. Bu bağlamda Alman hukukunda, genel itibariyle aleniyet ilkesi benimsenmiş olsa da, aile davalarında ve çekişmesiz yargı işlerinde cereyan eden duruşma ve müzakerelerde ise gizlilik esası kabul edildiğinden mahkeme, ancak ilgililerin rızasını almak koşuluyla yargılamada aleniyeti sağlayabilir (GVG § 170, 1). Aile davalarında ve çekişmesiz yargı işlerinde ailenin korunmasına yönelik taraf menfaatinin üstün tutulup aleniyetin kısıtlanmasını öngören bu kural emredici nitelik taşıdığı için hâkim, aleniyetin kaldırılmasının gerekip gerekmediği hususunda herhangi bir takdir yetkisine sahip değildir. Dolayısıyla mahkeme, aile hukukundan doğan dava ve işlerde herhangi bir değerlendirme yapmaksızın mutlak surette aleniyetin kaldırılmasına ve yargılamanın gizli yürütülmesine karar vermek zorundadır⁷⁶⁷.

Aile uyuşmazlıkları ve çekişmesiz yargı işlerinin haricinde ise, aleniyetin sınırlandırılmasına yönelik sebeplerin ayrıntılı olarak düzenlendiği Mahkemeler Teşkilatı

⁷⁶⁵ Çiftçi- Aleniyet, s.170.

⁷⁶⁶ Çiftçi- Aleniyet, s.171.

⁷⁶⁷ Kurt-Konca- Aleniyet İlkesi, s.253-254.

Kanunu'nda (*Gerichtsverfassungsgesetz-GVG*) aleniyet ilkesinin istisnalarının kapsamlı şekilde belirlendiği görülür. Zira anılan Kanun'un § 171b hükmü uyarınca tarafların, tanıkların veya hukuka aykırı bir eylemden zarar görenlerin kişisel özel yaşam alanına dahil konularla ilgili alenî duruşma ortamında dinlenilmelerinden dolayı kişilik haklarının zedelenmesi yahut küçüklerin alenî duruşmaya bağlı özel sıkıntılarla karşılaşması gibi durumlarda aleniyetin sınırlandırılması mümkündür (GVG § 171b, 1). Yine aynı Kanun'un § 172 hükmüne göre, devlet güvenliğinin, kamu düzeninin ve genel ahlâkın (GVG § 172, 1) yahut tanıklardan birisinin yaşamının, bedeninin ve özgürlüğünün tehlikeye düşmesi endişesi (GVG § 172, 1a); kamuya açıklanması hâlinde korunmaya değer üstün menfaatin ihlâlüne sebebiyet verecek nitelikteki ticarî sır ya da buluş (GVG § 172, 2); tanık ya da bilirkişi tarafından izinsiz açıklanmasıyla cezai sorumluluk doğuracak olan özel bir sırrın varlığı (GVG § 172, 3) yahut 18 yaşından küçük bir kişinin dinlenmesi (GVG § 172, 4) gibi durumlarda aleniyetin sınırlandırılması mümkün kılınmıştır⁷⁶⁸. Özel hayatın korunmasına yönelik menfaat, özellikle aile uyumsuzluklarında sıklıkla karşılaşılan bir mesele olduğu için, Alman kanun koyucusu, aile uyumsuzluklarını bir bütün hâlinde aleniyetin sınırlandırılabilmesi kapsama dahil etmiştir. Bu anlamda aile uyumsuzluklarında aleniyetin mutlak sınırlandırılmasından söz edilebilir⁷⁶⁹. Kaldı ki, böyle bir tercihi özel olarak ortaya koymasaydı dahi, ailenin ve özel hayatın korunması ihtiyacından dolayı aynı sonuca varmak mümkün olabilecekti. Sonuç olarak, Alman hukukunda cereyan eden soybağı davalarında, özel aile hayatının korunması amacıyla, kişisel sır niteliğindeki biyolojik soybağına ilişkin DNA analizi verilerinin gizliliğinin sağlanması için aleniyetin sınırlandırılması meselesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi paralelinde açık yasal düzenlemeye bağlanarak bu husustaki tartışmaların önünün kesildiği görülür.

Benzer şekilde İsviçre hukukunda, genel itibariyle duruşmaların aleniyeti ilkesi geçerli olmakla beraber, ilgililerin korunmaya değer menfaatinin bulunduğu veya kamu

⁷⁶⁸ Ayrıca bkz. **Schrader, C. (Çev. Aşık, İ.):** Aleniyet İlkesine İlişkin Almanya'daki Güncel Gelişmeler [Prof. Dr. Bülent Tahiroğlu'na Armağan (MÜHF-HAD, Özel Sayı, C.23, S.2017/3), s.507-519], s.508; **Schrader, C. (Çev. Aşık, İ.):** Duruşmaların Aleni Olması ve Mahkemenin Bilgiye Ulaşması (MÜHF-HAD, C.22, S.2016/1), s.603-620), s.614.

⁷⁶⁹ **Çiftçi- İspat Hakkı**, s.644.

yararının gerektirdiği hâllerde aleniyetin sınırlandırılabilmesi de mümkün kılınmıştır (sZPO Art.54, Abs.3). Ayrıca İsviçre Federal Medenî Usul Kanunu'nda, aile hukukundan kaynaklanan davaların alenî değil gizli yürütülmesine ve hükmün gizli oturumda tefhimine yönelik istisnanın açıkça düzenlendiği görülür (sZPO Art.54, Abs.4). Aleniyet ilkesine ilişkin sözü edilen istisna hükmünün, ilk derece yargılamasının yanı sıra ikinci derece istinaf yargılamasında da geçerlilik taşıdığı ve milletlerarası özel hukuk bağlamında *lex fori*ye tâbi olduğu söylenebileceği gibi⁷⁷⁰; burada kanun koyucunun, aile hukukuna ilişkin davalarda gizli yargılama bakımından ilgililer nezdinde oluşan menfaatin, aleniyet ilkesiyle sağlanan kamu yararına nazaran ağır bastığı yönünde bir karineyi benimsediği düşünülebilir⁷⁷¹. Ancak sZPO Art.54 hükmünün dördüncü fıkrasında kullanılan bariz ifadeye rağmen aile hukuku uyuşmazlıklarında tarafların gizlilikle ilgili menfaatleri karşısında, mahkeme içtihatları hakkında bilgi edinilmesine yönelik kamusal menfaatin de dikkate alınması gerektiği ve tarafların rıza göstermesi hâlinde yargılamanın her hâlükârda alenî sürdürülmesinin mümkün olduğu savunulabilir⁷⁷². Dolayısıyla aile hukukuna ilişkin davalarda gizliliği, yargılamanın tamamına teşmil etmeyip, yalnızca duruşmalarla ve hükmün tefhimiyle sınırlı şekilde yorumlayıp uygulamak, hükmün içeriğindeki bilgileri ise anonimleştirerek halkın bilgisine sunmak, menfaat dengesinin sağlanması adına daha doğru bir yaklaşım olabilir⁷⁷³. Ne var ki, aile hukuku yargılamalarında aleniyetin tümüyle kaldırılmasının sakıncalarını ve bu konunun AİHS m.6 hükmüne uygunluğu sorununu kararlarında tartışan İsviçre Federal Mahkemesi bu tartışmayı bir sonuca bağlamayıp açık bırakmayı tercih etmiştir⁷⁷⁴.

⁷⁷⁰ **Sutter-Somm, T./Seiler, B.:** Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), hrsg. Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, 3. Aufl., Zürich-Basel-Genf 2016, Art. 54 Öffentlichkeit des Verfahrens, N.21a, N.24.

⁷⁷¹ **BK-Hurni,** ZPO Art.54, N.33.

⁷⁷² **BK-Hurni,** ZPO Art.54, N.33. Aksi yöndeki görüşe göre ise aile hukukundan doğan davalarda yargılamanın gizliliği esasının istisnasız şekilde düzenlendiği ve bu davalarda aleniyete ilişkin kamu yararı, ilgililerin gizli yargılamaya ilişkin menfaatine üstün gelse dahi gizli yargılama esasının geçerli olduğu savunulur (bkz. **Sutter-Somm/Seiler,** ZPO Art.54 Öffentlichkeit des Verfahrens, N.21).

⁷⁷³ **BK-Hurni,** ZPO Art.54, N.34.

⁷⁷⁴ BGer 5A_552/2008 vom 27.01.2009 (https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/de/php/aza/http/index.php?highlight_docid=aza%3A%2F%2F27-01-2009-5A_552-2008&lang=de&type=show_document&zoom=YES&) (E.T. 20.10.2020)

Avusturya hukukunda ise genel olarak hukuk muhakemesinde ortaya çıkan genel ahlâk ve kamu düzeni için tehlikeli durumların yanı sıra, aile içi özel hayatı ilgilendiren konularda çekişmeli maddî vakıaların saptanmasını zorlaştırma ya da yargılamanın amacına ulaşılmasını önleme maksadıyla aleniyetin istismar edilmesi, kötüye kullanılması endişesi oluşan hâllerde mahkeme, resen veya taraflardan birinin talebi üzerine, dikkate alınmaya değer somut gerekçelere dayalı olarak, aleniyeti kaldırabilir (öZPO § 172, 2; AußStrG § 19, 2-3). Aile hukukundan doğan dava ve işlerde aleniyet, yargılamanın tamamında ya da bir kısmında kaldırılabilir olup, aleniyetin kaldırıldığı kesitlerde cereyan eden yargılama işlemlerinin içeriğiyle ilgili herhangi bir bildirim veya duyuru yapılması yasaktır (AußStrG § 19, 4). Keza, Çekişmesiz Yargı Usulü Hakkında Kanun'un § 140 hükmü, soybağı yargılamalarında kural olarak aleniyetin geçerli olmadığını ve kapalı duruşmanın esas olduğunu düzenlenmiş; bununla beraber davanın tarafları açıkça itiraz etmediği takdirde özel hayatın gizliliğini ve aile sırlarını ilgilendirmeyen konuların ele alındığı duruşmalarda, tarafların menfaatleriyle örtüştüğü sürece mahkeme, gizliliğin kaldırılmasına ve aleniyetin yeniden tesisine karar verebilir (AußStrG § 140, 1). Ayrıca gizli kalmasında taraflardan birinin veya üçüncü kişilerin haklı çıkarlarının bulunduğu özel hayata ve aile hayatına ilişkin ayrıntılar hakkındaki bildirimler, ilgili kişilere yalnızca yargılama prosedürü kapsamında bilgi sağlanabildiği sürece, alenî yapılmaz (AußStrG § 140, 2). Yine küçüğün çıkarları gerektirdiği ölçüde mahkeme, yargılamaya katılan kişileri, yargılama esnasında bilgi edindikleri belli bazı hususların gizli tutulması için yükümlendirebilir (AußStrG § 140, 3). Görüldüğü üzere, Avusturya hukukunda soybağı yargılamaları bakımından aleniyet konusunun ayrıntılı hükümlerle ele alındığı ve gizli yargılamanın çocuğun çıkarları açısından son derece önemli sayıldığı söylenebilir.

2. Türk Hukuku Bakımından Değerlendirme

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 28. maddesine göre kanun koyucu, duruşmaların bir kısmının veya tamamının gizli olarak yapılmasını, “ancak genel ahlâkın veya kamu güvenliğinin yahut yargılama ile ilgili kişilerin korunmaya değer üstün bir menfaatinin kesin olarak gerekli kıldığı” hâllerde kabul etmektedir. Ne var ki, Avrupa İnsan

Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde korunmaya değer üstün menfaat kavramının daha somut şekilde düzenlendiği ve bu kapsamda küçüklerin menfaatleriyle tarafların özel hayatının gizliliği konularının gizli yargılama sebepleri arasında sayıldığı görülür. O hâlde, sözü edilen konuların hukuk muhakemesi bakımından aleniyetin kısıtlanması için yeterli sebeplere vücut verdiği ve buradan hareketle, aile hukukundan doğan davaların, mahkemece takdir edilen ölçüde yargılama boyunca kısmen veya tamamen dinleyicilere ve basına kapalı yürütülebileceği söylenebilir. Zira aile hukukundan doğan davaların konusu, genellikle kişilerin özel hayatının en gizli alanında vuku bulan olaylara ilişkin bulunduğundan, bu davalarda aile mahremiyeti ve özel hayatın gizliliği esastır⁷⁷⁵. Bu davalara ilişkin yargılamalarda tarafların, utanma duygusuyla aile sırlarının ifşasından endişe ettikleri ve beyanlarına başvurulduğunda beyanda bulunmaktan çekindikleri görülür.

Bu noktada konuyla ilgili en çarpıcı örneklerden birisi de babalık davalarında karşımıza çıkar. Babalık davasında davacı, baba yönünden nesepsiz çocuğun evlilik dışı cinsel ilişkinin ürünü olarak dünyaya geldiği hususundaki iddiasını mahkeme önüne taşıdığına göre, çocuğun anası ile davalı erkek arasındaki evlilik dışı cinsel ilişki vakıası, davaya taraf olanların ve hatta evlilik dışı çocuğun özel hayatının en mahrem alanına dahil kabul edilip aleniyetin kaldırılması gerekir⁷⁷⁶. Her ne kadar HMK m.28/2 hükmünden, babalık davasının gizli yargılamaya tâbi olduğu sonucunun çıkarılması mümkün değil ise de, çocuğun toplum içindeki statüsünün korunması ve tarafların özel hayatının gizliliği bakımından babalık davasına bakan hâkim, taraflardan birisi talepte bulunmasa dahi, resen gizlilik kararı verip duruşmaların kapalı ortamda yapılmasını sağlayabilir. Hatta bu noktada hâkimin takdir yetkisinin sınırlı olduğu ve duruşmaların alenî yapılmasını gerektiren özel bir sebep bildirilmediği sürece, kural olarak yargılamanın gizli yürütülmesine karar verilmesi gerektiği söylenebilir⁷⁷⁷.

Öte yandan, kanun koyucu tarafından babalık davalarında da uygulanacağı beyan edilen Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi'nin 3. maddesi-

⁷⁷⁵ **Kurt-Konca-** Aleniyet İlkesi, s.250; **Kurt-Konca-** Aleniyetin Sınırlandırılması, s.78.

⁷⁷⁶ **Kurt-Konca-** Aleniyet İlkesi, s.250; **Kurt-Konca-** Aleniyetin Sınırlandırılması, s.78.

⁷⁷⁷ **Akkaya-** Boşanma, s.175.

ne göre ayırt etme gücüne sahip çocuk, kendisini ilgilendiren tüm konularda bilgi alma, kendisine danışılma ve görüşünü açıklama, görüşlerinin uygulanması hâlinde doğması muhtemel sonuçlardan haberdar olma ve verilen her tür kararlar hakkında bilgilendirilme hakkına sahiptir. Ayrıca aynı Sözleşme'nin 5. maddesi çerçevesinde davanın tarafları, kendilerine ait usulî hakların tamamını veya bir kısmını ayırt etme gücü taşıyan çocuğa da tanıyabileceği için, babalık davasında taraf konumunda bulunmayan çocuğun, kendisinin katıldığı duruşmada aleniyetin kısıtlanmasını talep edebileceği de açıkça anlaşılır. Dolayısıyla Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi uyarınca, ayırt etme gücüne sahip çocuğa tanınan usulî hakların babalık davasında da geçerli olduğu ve çocuğun kendisiyle ilgili görüşüne başvurulacak hâllerde, katılacağı duruşmaların gizli yapılmasını talep etmesi üzerine mahkemece gizlilik kararı verilmesi gerektiği ve yine Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası sözleşmelere dayalı olarak, çocuğun korunmasını gerekli kılan ve kamu düzenini ilgilendiren babalık davasında hâkimin resen dahi gizlilik kararı verebileceği kanısındayız⁷⁷⁸. Ancak buna rağmen, aile hukukundan doğan dava ve işlerle ilgili olarak aleniyetin kaldırılmasını öngören açık yasal düzenlemenin HMK m.28 hükmüne eklenmesi, hukukî anlamda en doğru çözüm yoludur. Zira babalık davasının aleniyet ilkesine göre yürütülmesini öngören hâlihazırda yürürlükte bulunan pozitif hukuk kurallarının çağdaş ve günümüz ihtiyaçlarıyla bağdaşır nitelikte olmadığı ortadadır⁷⁷⁹. Bu yüzden yalnızca babalık davası bakımından değil, aile hukukundan doğan tüm dava ve işlerle ilgili olarak aleniyetin kaldırılmasını ve kural olarak yargılamanın gizli yürütülmesini sağlayan, bunun pozitif hukukî dayanağını oluşturan açık yasal hükümlerin sevki gerekmektedir⁷⁸⁰. Bu amaç doğrultusunda, 4787

⁷⁷⁸ Aynı yönde bkz. **Akkaya-** Boşanma, s.177-178; **Akkaya-** Aile Mahkemeleri, s.147.

⁷⁷⁹ Hâlbuki uygulamada, aile mahkemelerinde gizlilik kararı genellikle verilmeyip, aile mahkemesi hâkimlerinin kanunda açık hüküm olmadığı hâlde duruşmaları gizli yürüttüğü ve duruşmaya katılan izleyicilerin salondan çıkarılmasına karar verdikleri görülmektedir (bkz. **Kurt-Konca-** Aleniyet İlkesi, s.254).

⁷⁸⁰ **Kurt-Konca-** Aleniyet İlkesi, s.255-256; **Akkaya-** Boşanma, s.181-182; **Akkaya-** Aile Mahkemele-ri, s.147.

sayılı Kanun'a aile mahkemelerinde görülen dava ve işlerde yargılamanın gizli yürütüleceğini öngören bir hükmün eklenmesi düşünülebilir⁷⁸¹.

F. Doğrudanlık İlkesi

I. Genel Olarak

Hukuk muhakemesinde yargılama faaliyetinin mahkeme huzurunda ve bizzat hâkim tarafından yürütülmesi esası geçerli olduğuna göre, bu esas doğrultusunda yargılamaya dahil edilen delillerin dinlenmesi, incelenmesi ve değerlendirilmesine ilişkin her türlü usul işleminin, araya herhangi bir aracı girmeksizin doğrudan doğruya davaya bakan hâkim tarafından icrasını öngören ilkeye doğrudanlık ilkesi denir⁷⁸². Daha açık bir ifadeyle, davaya bakan hâkimin, toplanan dava malzemesini bizzat inceleyip değerlendirerek hüküm vermesi gerektiği için deliller, mümkün mertebe hep birlikte ve aynı duruşmada, hâkimin bulunduğu ortamda ve araya başka bir unsur girmeksizin, doğrudan hâkim tarafından temas edilip incelenmeli (HMK m.197/1); örneğin tanıklar, davaya bakan hâkimin huzurunda dinlenilmeli; dava konusu üzerindeki keşfin icrası ve varılan sonuçlar, bizatihi hâkimin kişisel gözlemlerine dayalı olmalıdır. Medenî usul hukukunda bu hususa, doğrudanlık (doğrudan doğrualık) ilkesi adı altında yer verilir⁷⁸³.

Doğrudanlık ilkesi, herşeyden önce gerçeğin aydınlatılması amacına hizmet eder ve yargıya duyulan güveni artırır. Yargılamanın ucuz, basit ve çabuk sonuçlandırılarak usul ekonomisine katkı sağlayan doğrudanlık ilkesi, davaya bakan hâkimin, delillerle

⁷⁸¹ Bu konudaki bir başka görüşe göre ise, yalnızca aile mahkemelerinde cereyan eden yargılamaları değil, aile hayatını ilgilendiren ve ailenin korunmasını gerektiren, fakat aile mahkemelerinin görev alanına girmeyen diğer dava ve işleri de kapsamına alacak şekilde düzenleme yapılması; örneğin vesalet ile miras hukukuna ilişkin konularda ortaya çıkması muhtemel aile hayatının gizliliği sorununu da çözmeye elverişli bir hükmün öngörülmesi yerinde olabilir (bkz. **Kurt-Konca-** Aleniyet İlkesi, s.256; **Kurt-Konca-** Aleniyetin Sınırlandırılması, s.79).

⁷⁸² **Kurt, N.:** Medeni Yargılama Hukukunda Doğrudan Doğrualık İlkesi (Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan, Ankara 2008, s.599-625), s.599; **Arslan, A. S.:** Doğrudanlık İlkesi [SDÜHFD, MİHBİR Özel Sayısı (Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı-XII, HMK Çerçevesinde Yargılamaya Hakim Olan İlkeler, 18-19 Ekim 2014-Isparta), C.4, S.2014/2, s.133-144], s.134; **Tanrıver-** Usul, C.I, s.404; **Arslan/Tanrıver**, s.182; **Budak/Karaaslan**, s.81, kn.23.

⁷⁸³ **Wallimann, M.:** Der Unmittelbarkeitsgrundsatz im Zivilprozess, Tübingen 2016, s.228 vd.; **Arslan, A. S.:** 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Medenî Usul Hukukunda Delillerin Toplanması ve Doğrudanlık İlkesi, Ankara 2012, s.6; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz/Hanağası**, s.162; **Tanrıver-** Usul, C.I, s.404.

yüzyüze temas edip direkt izlenim sahibi olmasına ve delilleri serbestçe takdir edebilmesine olanak verir⁷⁸⁴. Yine doğrudanlık ilkesi, sözlülük, yüzyüzelik, duruşmaların kesintisizliği ilkeleriyle yakın ilişki içerisinde olduğu gibi, aynı zamanda hukukî dinlenilme hakkı kapsamındaki dikkate alınma hakkı açısından da önemli bir role sahiptir ve sürpriz karar verilmesi yasağına riayeti sağlayan, delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesiyle hâkimin takdir yetkisini tamamlayıcı bir işlevi yerine getiren, en nihayetinde yargılamanın gerçeğe ulaşma amacıyla uyumlu bir ilke olarak görülebilir⁷⁸⁵. Buna karşın, konuya bir başka açıdan yaklaşıldığında ise doğrudanlık ilkesinin, sıkı ispat rejiminin bir unsuru olarak görülüp yargılamanın işleyişini ağırlaştırabileceği, usul ekonomisi gereği bu ilkedен taviz verilmesini gerektiren durumların ortaya çıkabileceği de söylenebilir (karş. HMK m.197/2)⁷⁸⁶.

Doğrudanlık ilkesinin kapsam ve içeriği açıklanırken doktrinde genel kabul gören ikili ayrıma göre hareket edilir. Buna göre doğrudanlık ilkesi, şeklî anlamda ve maddî anlamda olmak üzere, iki boyutta ele alınır:

“Şeklî anlamda doğrudanlık”, mahkeme huzurunda cereyan eden duruşmalar esnasında, tarafların dinlenilmesi, delillerin toplanıp incelenmesi faaliyetinin doğrudan doğruya hükmü verecek olan hâkimin gözü önünde, araya başka makam veya unsurlar girmeden gerçekleşmesini ifade eder. Dolayısıyla şeklî anlamda doğrudanlık, tanıkların, bilirkişilerin veya hukukî mütalaasına başvuru olan uzman kişilerin dinlenilmesi, keşif

⁷⁸⁴ **Arslan-** Doğrudanlık, s.135-136; **Arslan-** Delillerin Toplanması, s.8 vd., s.14 vd., s.18 vd.

⁷⁸⁵ **Tanriver-** Usul, C.I, s.404-405; **Kurt-** Doğrudan Doğrualık, s.600.

⁷⁸⁶ **Yıldırım-** Delillerin Değerlendirilmesi, s.91-92; **Arslan-** Doğrudanlık, s.137; **Rüzgaresen-** Usul Ekonomisi, s.129-130. Nitekim hâkimin, usul ekonomisi ilkesiyle doğrudanlık ilkesi arasında kalması sebebiyle bir tercih yapmasını zorunlu kılan hususlara örnek gösterilebilecek HMK m.218/1 hükmü uyarınca mahkemeye getirilmesi zor veya sakıncalı olan belgeler, hâkim veya görevlendireceği bilirkişi tarafından yerinde incelenir ya da bu belgelerin mahkemeye sunulmuş örnekleri asıllarıyla karşılaştırılır. Anılan hükümde kanun koyucu, doğrudanlık ilkesiyle usul ekonomisi ilkesi arasındaki dengeye dikkat ederek bir çözüm formülü geliştirmiştir. Nitekim hükmün gerekçesinde yer alan dikkat çekici şu ifadelerden de aynı sonuca varılabileceği anlaşılır: “Özel bir ortamda korunması gereken ya da taşınması güç olan belgelerle, bulunduğu yerden çıkartılmasında sakınca bulunan belgelerin de delil olarak gösterilmesi mümkündür. Bu tür belgeler delil olarak gösterilip, uyumsuzluğun çözümüne etkisi olacağına karar verildiği takdirde mahkemece incelenip değerlendirilmelidir. Zira, mahkemece değerlendirilmeyen ve tarafların bilgisine sunulmayan hiçbir delil veya belge hükme esas alınamaz. Aksinin kabulü, hukukî dinlenilme hakkına ve adil yargılanma hakkına aykırı olacaktır.” Bkz. Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/574) Sıra Sayısı 393, s.69.

icrası, yeminin eda edilmesi gibi, delillerin toplanmasına ilişkin işlemlerin bizâtihî davaya bakan mahkemenin hâkimi tarafından gerçekleştirilmesi sonucunda, toplanan bütün delillerin ikna ediciliği ve güvenilirliği konusunda hâkimin vicdanen kanaat edinmesine yardımcı olur⁷⁸⁷. Sonuç olarak denilebilir ki, şeklî anlamda doğrudanlık, sözlülük ilkesinin yoğunluğu ile doğru orantılı kabul edilir.

“Maddî anlamda doğrudanlık”tan maksat ise hâkimin, yargılama kapsamında toplanan ve incelenen delillerden, talep sonucunu haklı gösteren vakıaya doğrudan işaret eden, o vakıayı ispata en elverişli ve yakın konumdaki ispat araçlarını, yani vakıaya ilişkin doğrudan bilgi sahibi olunmasına yarayan delilleri belirleyip bunlara itibar ederek hükmünü kurmasıdır⁷⁸⁸. Bir başka ifadeyle maddî anlamda doğrudanlık, dava konusu vakıalar ile, taraflarca ileri sürülen deliller arasında bağlantı kurulup, her bir maddî vakıanın ispatına yönelik en uygun delilin seçilmesini, yani bu vakıaların ispatı bakımından bunlara dair doğrudan bilgi içeren delillerin ikamesini ve hâkimin dolaylı delillerden ziyade, doğrudan delillere itibar ederek hükmün dayanağını oluşturmasını öngörür⁷⁸⁹. Bu itibarla denilebilir ki, ikâme olunan delilin, iddia edilen vakıaya yakınlığı, maddî doğrudanlığın ölçüsünü gösterdiği için, maddî doğrudanlık ispat değeri yüksek olan delillerin dikkate alınması ve ispat faaliyetinde daha güçlü delillerin kullanılması ile ilgilidir⁷⁹⁰. Gerçi medenî usul hukukunda taraflarca getirilme ilkesi egemen olup kanunî delil sistemi kabul edildiğinden, hâkimin maddî anlamda doğrudanlığa göre hareket etmesi bazen zorlaşır. Zira hâkim, taraflarca getirilen kesin delilleri serbestçe değerlendirme yetkisi taşımadığı için, ikâme edilen kesin delilin her hâlükârda gerçeği yansıtması mümkün olmamasına rağmen o delili dikkate almak zorunda kalır⁷⁹¹. Ancak

⁷⁸⁷ **Tanrıver-** Usul, C.I, s.405-406; **Kurt-** Doğrudan Doğrualık, s.606; **Arslan-** Delillerin Toplanması, s.46 vd.

⁷⁸⁸ **Şahin, C.:** Ceza Muhakemesinde İspat (Delillerin Doğrudan Doğrualığı İlkesi), Ankara 2001, s.32; **Arslan-** Doğrudanlık, s.137; **Arslan-** Delillerin Toplanması, s.59 vd.; **Kurt-** Doğrudan Doğrualık, s.603.

⁷⁸⁹ **Tanrıver-** Usul, C.I, s.406; **Kurt-** Doğrudan Doğrualık, s.603; **Şahin-** İspat, s.32. Bir görüşe göre bilirkişi raporu, maddî anlamda doğrudanlığın bir istisnası olup hâkim, özel ve teknik bilgiyi gerektiren bir konuda bilirkişinin raporunda yer alan tespitleriyle çelişen kişisel bilgisine ve gözlemine dayanarak hüküm kuramaz; raporu yeterli görmezse ancak yeni bir bilirkişi raporu alınmasına karar verebilir (bkz. **Yıldırım-** Delillerin Değerlendirilmesi, s.93).

⁷⁹⁰ **Yıldırım-** Delillerin Değerlendirilmesi, s.93, 95.

⁷⁹¹ **Kurt-** Doğrudan Doğrualık, s.605.

yine de hâkim, kesin delille ispat zorunluluğunun olmadığı hâllerde taraflarca getirilen takdirî delilleri, maddî anlamda doğrudanlık ilkesi gereği ispata konu vakıaya yakınlığına göre sınıflandırıp gerçeğe ulaşma bağlamında hükmünü hangi delillere dayandıracağını belirleyebilir⁷⁹². Resen araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda ise maddî anlamda doğrudanlık ilkesi hâkime daha geniş bir hareket alanı bırakır. Bu tür davalarda hâkim, dava konusu vakıalara en yakın, ispata elverişli en değerli delilleri bizatihi kendi araştırıp yargılamaya getirebileceğinden, maddî anlamda doğrudanlığı daha kolay uygulama imkânına sahiptir.

Öte yandan, Alman hukukunda doğrudanlık ilkesi, zaman boyutu itibariyle kategorize edilerek bir başka ayrıma daha tâbi tutulur. Adil bir yargılanma için üçüncü bir tür doğrudanlık olarak öne sürülen “zamansal doğrudanlık”, tahkikat aşamasının iyi yürütülmesi ve hâkim nezdinde oluşan kanaatin canlı kalabilmesi maksadıyla duruşmaların aralıksız yapılmasını, tüm ilgililerin mümkün mertebe duruşmada hazır bulunmasını ve kararın olabildiğince kısa zamanda ve son duruşmada tefhim edilmesini öngöerek yargılamanın gidişatı bağlamında hâkimin delilleri değerlendirirken zamansal doğrudanlığı gözetip davayı sürüncemede bırakmadan makul sürede hükmünü vermesini gerekli kılar⁷⁹³. Usulüne uygun davet edildiği hâlde tanığın duruşmaya mazeretsiz gelmemesi, ilgili kurumlardan istenen bilgi ve belgelerin zamanında mahkemeye verilmesi, duruşmaların aralarında çok uzun süre bırakılacak şekilde devamlı ertelenmesi gibi örnekler zamansal doğrudanlığın uygulanmasına engel oluşturan hususlar arasında sayılabilir⁷⁹⁴.

Kanun koyucunun hukuk muhakemesinde esas aldığı şeklî anlamda doğrudanlığın istisnalarından birisi konumundaki istinabe kurumu, mahkemeler arasında gerçekleşen hukukî yardımlaşma olup, bir mahkemece bir başka mahkemenin yargı çevresi içerisinde yapılması gereken işlem için o yerdeki mahkemeden hukuksal yardım talebinde bulunulması anlamına gelir. İstinabe yolu, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun birçok maddesinde düzenlenen ve çeşitli durumlarda kendisine başvuru usulî bir araç ol-

⁷⁹² Kurt- Doğrudan Doğrualık, s.605.

⁷⁹³ Arslan- Doğrudanlık, s.138; Arslan- Delillerin Toplanması, s.49-50.

⁷⁹⁴ Arslan- Delillerin Toplanması, s.50-52.

makla birlikte, istinabenin söz konusu olduğu bütün bu istisnai hâllerde hâkimin yargı çevresi dışında işlem yapmasının mümkün olmaması ve ilgililerin, yargılamanın yapıldığı mahkemeye zorla getirilememesi sebebiyle bu yola başvurulur⁷⁹⁵. Bu gibi hâllerde, davaya bakan hâkimin delillerle veya ilgililerle aracısız teması, yargı çevresi dışında yapılması gereken birtakım işlemler sebebiyle mümkün olmadığından ve hem taraflar hem de diğer ilgililer, yargılamanın yürütüldüğü mahkemede zorla hazır bulundurulmadığı için istinabe yolu zorunlu hâle gelir. İstinabe, yargılamada doğrudanlık ilkesinden uzaklaşılmasına yol açarak delillerin toplanıp incelemesinde hükmü verecek olan mahkemenin o delillerle temasını dolaylı hâle getirir ve hâkimin delilleri serbestçe değerlendirmesini kısıtlayıcı bir etkiye bulunur⁷⁹⁶.

II. Video-Konferans Yöntemiyle Duruşma İcrası

Kanun koyucu, doğrudanlık ilkesinin istisnası olan istinabeye ilişkin kaygı ve dezavantajları göz önünde bulundurarak, koşulları çerçevesinde duruşmaların ve yargılamaya ilişkin diğer usul işlemlerinin, ses ve görüntü nakli yoluyla elektronik ortamda yapılmasına olanak sağlamıştır. Bir başka deyişle, doğrudanlık ilkesine tezat nitelikteki istinabeye başvurunun azaltılması amacıyla, yargılamayı yapan mahkemenin, tüm ilgililerle video konferans yöntemi uygulayarak elektronik ortamda sesli ve görüntülü iletişim yoluyla duruşma yapması mümkün hâle getirilmiştir⁷⁹⁷. Buna göre davaya bakan mahkeme, taraflardan birinin talebi üzerine talep eden tarafın veya vekilinin, aynı anda ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla bulundukları yerden⁷⁹⁸ duruşmaya katılmalarına ve

⁷⁹⁵ **Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz/Hanağası**, s.163.

⁷⁹⁶ **Arslan-** Delillerin Toplanması, s.176 vd.; **Kurt-** Doğrudan Doğruluk, s.616.

⁷⁹⁷ **Tanrıver-** Usul, C.I, s.406-407.

⁷⁹⁸ Kanun'un lafzında geçen 'bulundukları yerden' ibaresinin ne anlama geldiği belirsiz olup, anılan ibare, taraflar ve ilgililerin bulundukları yargı çevresindeki mahkemeler şeklinde anlaşılabilir gibi, bu kişilerin ev veya ofisleri anlamına da gelebilir (bkz. **Budak/Karaaslan**, s.82, kn.25). Bu belirsizliğin aydınlatılması amacıyla, Hukuk Muhakemelerinde Ses ve Görüntü Nakledilmesi Yoluyla Duruşma İcrası Hakkında Yönetmelik'te düzenleme yapılmış olup, anılan Yönetmeliğin 11. maddesi uyarınca elektronik duruşmaya katılımın sağlanacağı yerin, her türlü etki ve yönlendirmeden uzak, ilgilinin yüz ifadelerini, vücut hareketlerini, tavır ve davranışlarını gözlemlemeye, duygularını anlamaya ve söylediklerini net bir şekilde dinlemeye imkân sağlayacak nitelikte olması gerekir (EDY m.11/V). Bu çerçevede taraf vekili, avukatlık bürosundan, baro tarafından bu amaç için belirlenen bölümden, adliyede bu amaca tahsis edilen yerden (m.11/1); isticvap olunacak ya da yemin edecek taraf ile mahkemece ses ve görüntü nakli yoluyla dinlenilmesine karar verilen tanık, bilirkişi, uzman ve diğer ilgililer bulundukları yerdeki adliye veya ceza infaz kurumlarında bu amaca tahsis edilen

usul işlemleri yapabilmelerine karar verebileceği gibi, ayrıca resen veya yine talep üzerine tanığın, bilirkişinin ya da uzmanın aynı anda ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla bulundukları yerden duruşmada dinlenilmesine karar verebilir (HMK m.149/1-2). Bunun yanı sıra kanun koyucu, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri dava ve işlerde ilgililerin, aynı anda ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla bulundukları yerden dinlenilmesine mahkemece resen karar verebileceği hususunu da ayrıca düzenleme gereği duymuştur (HMK m.149/3). Bu itibarla, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri davalardan olan babalık davasında mahkeme, gerek tanığın (HMK m.259), bilirkişinin (HMK m.269/1) veya uzmanın (HMK m.293/2) gerekse bizzatı tarafların (HMK m.144/1), aynı anda ses ve görüntü nakli yoluyla bulundukları yerden dinlenilmesine resen karar verebilir.

Ses ve görüntü nakli yoluyla e-duruşma yöntemi, yargılamanın herhangi bir işlemine uzaktan katılmayı; tarafların isticvabını (HMK m.172); yeminin edasını (HMK m.236); tanıkların, bilirkişilerin veya uzmanların bulundukları yerden elektronik ortamda dinlenilmesini ve dolayısıyla hâkimin, uzaktan bile olsa delillerle bizzat temas kurabilmesini mümkün hâle getireceğinden, usul ekonomisi ilkesi çerçevesinde daha az emek ve daha az masrafla davanın hükme bağlanması sağlanabilecektir⁷⁹⁹. Fakat hâkim, tarafların karşılıklı menfaati, yargılamanın seyri, yargılamaya hâkim olan ilkeler ve özellikle doğrudanlık ilkesi dikkate alındığında ses ve görüntü nakli yoluyla duruşmaların icrasının beklenen sonucu ortaya çıkarmayacağı kanaatindeyse, bu yöndeki talebi reddedebilecektir⁸⁰⁰. Zira Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 149. maddesinin 7251 sayılı Kanun'la değişikliğe uğramadan önceki hâlinde duruşma işlemlerinin elektronik ortamda yapılabilmesi, her iki tarafın karşılıklı rızasına ve hâkimin takdirine bağlanmış

yerden (m.11/2); hastalık, yaşlılık veya engellilik mazereti olan taraflar, tanıklar, bilirkişiler, uzmanlar veya diğer ilgililer ise bulundukları mesken ya da kurumlardan (m.11/4) duruşmaya katılım sağlayabilirler.

⁷⁹⁹ **Öztek-** Düşünceler, s.655. Söz konusu düzenlemenin esas amacı, teknolojik gelişmelerden yararlanmak için getirilen, fakat tarafların karşılıklı anlaşması şartına bağlandığı için uygulamada pek fazla işlerlik kazanamayan HMK m.149 hükmünün daha işlevsel hâle getirilmesi ve özellikle Covid-19 pandemisinde ortaya çıkan yeni yaşam koşullarına yargının adaptasyon sağlayabilmesidir (bkz. **Öztek/Taşpınar-Ayvaz/Kale**, s.121; **Mıdık**, s.2).

⁸⁰⁰ **Öztek/Taşpınar-Ayvaz/Kale**, s.119; **Öztek-** Düşünceler, s.654.

durumda iken⁸⁰¹, 7251 sayılı Kanun ile getirilen yeni düzenlemeyle birlikte, artık ses ve görüntü nakli yoluyla elektronik ortamda duruşma yapılabilmesi için tarafların birbiriyle anlaşma zorunluluğu yoktur; taraflardan birisinin talepte bulunması yeterli görülür⁸⁰². Gelgelelim, tarafların video-konferans yöntemiyle duruşma bakımından anlaşmak zorunda olmaması, hâkime bu yöndeki talebi kabul etme zorunluluğu yüklemesin. Yani, her ne kadar değiştirilen hükmün ilk hâline kıyasen tek taraflı bir talep yeterli olsa da, bu hususta mutlaka hâkimin kararına ihtiyaç olduğu için, e-duruşma talebini kabul edip etmeme konusunda hâkimin takdir yetkisinin bulunduğu, mevcut (yeni) düzenleme açısından da söylenebilir⁸⁰³.

Ses ve görüntü nakli yoluyla elektronik ortamda duruşma icrasının, esas itibariyle doğrudanlık ilkesini zedelemeyeceği kanısındayız. Zira e-duruşma yöntemi (HMK m.149) Kanun'da hiç düzenlenmemiş olsaydı dahi, e-duruşmaya ihtiyaç duyulan hâllerde zaten hâlihazırdaki istinabeye ilişkin hükümler işletilecekti. Hâlbuki e-duruşma yoluyla yapılması mümkün olan işlemler, istinabe gereği asıl davanın görüldüğü mahkemeden başka bir yerdeki mahkemede gerçekleştiği takdirde, asıl davanın görüldüğü mahkemenin, istinabe olunan mahkemedeki işlemlere yönelik etkisi e-duruşma yöntemindekine kıyasen çok sınırlı kalacağından, e-duruşmaya ihtiyaç duyulan hallerde, istinabe yöntemine alternatif olarak ses ve görüntü nakli yoluna başvurulması doğrudanlık ilkesine daha uygun ve katkı verici sonuçlar doğurur⁸⁰⁴.

Nitekim doğrudanlık ilkesinin yanı sıra, yargılamaya egemen başka ilke ve kurallar da mevcut olup, muhakeme sisteminde usule ilişkin birbirine zıt özellikleri haiz birden çok ilke ve kuralın makul bir denge içerisinde hep beraber gözetilmesi gerekir. Bu itibarla, örneğin usul ekonomisi, hukukî dinlenilme, adil yargılanma ve adalete eri-

⁸⁰¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Toraman, B.:** Covid-19 Pandemisinin Etkisi Altında Hukuk Yargısında Elektronik (Ses ve Görüntü Nakli Yoluyla) Duruşma (E-Duruşma) (Covid-19 Küresel Salgınının Hukuktaki Yansımaları, Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları-I, *Editör: Şenocak, K.*, Ankara 2021, s.459-523), s.484 vd.

⁸⁰² Böylece maddeden beklenen faydanın gerçekleşeceği düşünülmektedir (bkz. **Öztek-** Düşünceler, s.661). Değişikliğin isabetli olduğu yönündeki diğer görüş için ayrıca bkz. **Toraman-** E-Duruşma, s.491 vd.

⁸⁰³ **Mıdık, s.2; Toraman-** E-Duruşma, s.490; **Öztek/Taşpınar-Ayvaz/Kale, s.119; Öztek-** Düşünceler, s.653-654.

⁸⁰⁴ Aynı yönde bkz. **Mıdık, s.3.**

şim mekanizmalarının optimum seviyeye getirilmesi vb. gerekçeler, video-konferans yöntemiyle elektronik duruşmanın doğrudanlık ilkesinden verilecek kısmî tavizi meşrulaştıracığı söylenebilir⁸⁰⁵. Kaldı ki, doğrudanlık ilkesi, adil yargılanma hakkına hizmet ettiği için tarafların, fizikî ortamdaki duruşmanın kendileri için çok önem taşımadığını düşünmesi hâlinde, bu ilkeden verilecek tavizin boyutları ile ilgili olarak onların düşünce ve değerlendirmelerine öncelik tanımak, meşru bir hukuk politikası tercihidir. Bununla birlikte hâkimin, somut olayın koşullarına göre taraflardan yalnızca birisinin ya da her ikisinin birden fizikî duruşmaya doğrudan katılımını önemli görmesi hâlinde, doğrudanlık ilkesinin taşıdığı önemle ilgili değerlendirmesine istinaden e-duruşma talebini reddedebileceği unutulmamalıdır⁸⁰⁶.

Öte yandan, ses ve görüntü nakli yoluyla duruşma icrasının, istinabe kadar olmasa da, doğrudanlık ilkesini sınırlayıcı bir etki yaratması kaçınılmaz olduğu için, elbette doğrudanlıktan taviz verilmesine ve klasik yargılama formatından kısmen de olsa farklı bir seyir izlenmesine sebebiyet verir⁸⁰⁷. Zira hâkimin, duruşma esnasında duruşmaya katılan taraflarla, tanıklarla veya bilirkişilerle aynı atmosferi soluyup yüz yüze iletişim kurması; dinlenen kişilerin sorulara karşı vereceği duygusal reaksiyonları, sergileyeceği jest ve mimikleri gözlemlemesi ve bedensel tepkilerini dikkate alabilmesi zorlaşacağından, şeklî anlamda doğrudanlığın kısmen dahi olsa zedelendiği ve tam anlamıyla yerine getirilemediği söylenebilir⁸⁰⁸. Ancak yine de videokonferans yöntemi, istinabe yoluyla doğrudan dinleme arasında bir yerde konumlandığı için, onun istinabeye nazaran daha verimli bir seçenek olduğu ortadadır⁸⁰⁹.

III. Babalık Davası Açısından Değerlendirme

Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği, kamu düzenini ilgilendiren soybağı konusunun tartışıldığı babalık davasında doğrudanlık ilkesinin önemi daha fazla hissedilir. Zira, babalık davasına bakan hâkim, konumu ve yetkileri itibarıyla, hukuk muhakemesinin genel işleyişinden farklı olarak, daha aktif bir yargılama süjesi hâline

⁸⁰⁵ Mıdık, s.3.

⁸⁰⁶ Mıdık, s.3.

⁸⁰⁷ Kurt- Doğrudan Doğrualık, s.619; Kale- Ses ve Görüntü Nakledilmesi, s.144; Mıdık, s.3.

⁸⁰⁸ Kale- Ses ve Görüntü Nakledilmesi, s.144.

⁸⁰⁹ Kurt- Doğrudan Doğrualık, s.619-620.

geldiği için, hem şekli hem de maddi anlamda doğrudanlık ilkesine riayet ederek faaliyetini sürdürmelidir. Bu bağlamda kanun koyucu, doğrudanlık ilkesinin kapsamını genişletmek ve etkinliğini artırmak maksadıyla ses ve görüntü nakli (video-konferans) yöntemiyle duruşma icra edilmesi imkânını hukuk muhakemesine kazandırmış ve güncel değişikliklerle de kapsamını genişletmiştir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 149. maddesinin üçüncü fıkrasına göre mahkeme, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği dava ve işlerde ilgililerin, aynı anda ses ve görüntü nakli yoluyla bulundukları yerden dinlenmesi için elektronik duruşma yapılmasına resen karar verebilir. Anılan hükümde, özellikle tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri dava ve işler bağlamında yeni bir düzenlemeye gidilerek ilgililerin, aynı anda ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla bulundukları yerden elektronik duruşmada dinlenilmesine (HMK m.44), tarafların isticvabına (HMK m.172), yeminin edasına (HMK m.236) mahkemece resen karar verilebileceği hususu kanuna eklenmiştir⁸¹⁰ (HMK m.149/3; EDY m.10).

Böylece doğrudanlık ilkesinin işleyişine yeni bir boyut kazandırılmış ve resen araştırma ilkesine tâbi dava ve işler bakımından hâkimin, herhangi bir talep ya da muvafakat söz konusu olmasa dahi, resen video-konferans yoluyla duruşma yapabilmesinin önü açılmıştır. Her ne kadar video konferans yöntemiyle duruşma icrası, mahkeme salonunda fillî hazır bulunmayla yapılan duruşmaya nazaran daha sınırlı bir doğrudanlık yaratsa da, teknik imkânların sağladığı destekle, doğrudanlık ilkesinin ihlâli nispeten hafifletilebileceği gibi, ayrıca doğrudan dinleme ile istinabe arasında konumlandırılabilir ve yalnızca taraf iradeleri doğrultusunda değil, mahkemece gerekli görülmesi hâlinde resen dahi işletilebilecek olan video konferans yöntemi sayesinde doğrudanlık ilkesinin bir nebze daha verimli gerçekleşmesine önemli katkılar sağlanabilecektir⁸¹¹.

⁸¹⁰ Doktrinde bir görüş, e-duruşmaya resen karar verilmesi açısından tarafların dava konusu üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabilmesi ölçütü çerçevesinde Kanun'da yapılan ayrımın haklı bir gerekçesi bulunmadığını; olması gereken hukuka göre, HMK m.172 ve m.236 hükümlerinin m.149 içerisine yedirilmek suretiyle gözden geçirilip tek bir hüküm altında toplanması ve herhangi bir ayrıma gidilmeksizin yargılamayla ilgisi bulunan ve yargı çevresi dışında oturan tüm kişilerin duruşmaya katılımının ses ve görüntü nakli yoluyla resen gerçekleştirilmesinin zorunlu hâle getirilmesi gerektiğini savunmaktadır (bkz. **Budak/Karaaslan**, s.83, kn.25).

⁸¹¹ Ayrıca bkz. **Arslan-** Doğrudanlık, s.139, 140.

Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri dava ve işler bakımından hâkimin, taraflardan gelen herhangi bir talep olmadan dahi, resen ses ve görüntü nakli yoluyla duruşma yapılmasına karar verebilecek olması doktrinde eleştirilmektedir. Öyle ki, bir görüşe göre⁸¹², resen araştırma ilkesinin mutlak şekilde uygulandığı ceza muhakemesinde dahi belli bazı işlemlerin ses ve görüntü nakli yoluyla yapılması istisnai bir yöntem olarak kabul edildiği hâlde, HMK’da bu istisnai niteliğe atıf yapılmamış olması isabetsizdir. Her ne kadar bir davada resen araştırma ilkesinin öngörülmüş olması, o davadaki zayıf tarafın korunması düşüncesine dayansa da, kamu düzenini ilgilendiren her davada, ilgililerin elektronik duruşma yoluyla dinlenilmesi bakımından mutlak korunmaya değer bir menfaatin her hâlükârda söz konusu olacağı söylenemez. Hatta, bunun tam aksine taraflarca getirilme ilkesine tâbi davalarda dahi bir taraf, diğerine nazaran zayıf konumda bulunabilir ve bu yüzden bir biçimde korunmasını gerektiren durumlar ortaya çıkabilir⁸¹³. Örneğin İsviçre hukukunda aile hukukundan kaynaklanan dava veya işlerde çocuğun ses ve görüntü nakli yoluyla dinlenilmesi, onun olumsuz etki altında kalması veya zarar görmesi ihtimalini doğurabileceğinden, kural olarak kabul edilmemektedir⁸¹⁴. Dava konusu üzerinde tarafların serbestçe tasarrufta bulunamaması kriteri, elektronik duruşmanın gerekli olup olmadığının tespiti açısından, tek başına hâkimin takdir yetkisini kısıtlayıcı bir işlev taşıyamaz. Kaldı ki, taraflarca getirilme ilkesine tâbi bir davada taraflardan herhangi biri talep etmese bile, duruşmanın ses ve görüntü nakli yoluyla icrası bakımından hukuken korunmaya değer yüksek bir menfaat pekâlâ söz konusu olabileceği için hâkimin, gerekli ve uygun görmesi hâlinde elektro-

⁸¹² **Toraman-** E-Duruşma, s.494.

⁸¹³ **Toraman-** E-Duruşma, s.494-495.

⁸¹⁴ **Toraman-** E-Duruşma, s.495. Ayrıca bkz. aynı yerde dn.129. İsviçre’de aile hukukundan doğan yargılamalarda ses ve görüntü nakli yoluyla tarafların dinlenilmesine engel oluşturan, buna karşı çıkmayı gerektiren önemli sebepler mevcutsa bu yola gidilemez. Bu kapsamda örneğin çocuğun, ses ve görüntü nakli yoluyla duruşmada dinlenilmesi hâlinde bundan olumsuz etkileneceği veya zarara uğrayacağı kabul edildiğinden, çocukların e-duruşma yoluyla dinlenilmemesi esastır (bkz. **Dişel, B.:** İsviçre Hukukunda Covid-19 Sebebiyle Yargıda Alınan Tedbirler Özellikle Medenî Yargıdaki Düzenlemeler ve Bu Düzenlemelerin Ülkemiz Açısından Değerlendirilmesi (Covid-19 Salgınının Hukukî Boyutu, Hukukun Tüm Alanlarında Değerlendirmeler, *Editör: Özkes, M.,* Genişletilmiş 2. B., İstanbul 2021, s.81-104), s.89.

nik duruşmaya resen başvurabilmesini, kamu düzenine ilişkin davalarda olduğu gibi, taraflarca getirilme ilkesine tâbi davalar bakımından da mümkün kılmak gerekir⁸¹⁵.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 149. maddesinin üçüncü fıkrasındaki düzenleme ile ilgili tartışmaya açık bir diğer husus, aynı maddenin ilk fıkrasına göre tarafların ses ve görüntü nakli yoluyla bulundukları yerden hem duruşmaya katılmaları hem de usul işlemleri yapabilmeleri mümkün iken, üçüncü fıkra ise ilgililerin yalnızca dinlenilmesinden söz edilmiş olmasıdır. Anılan düzenlemenin lafzından, üzerinde serbestçe tasarruf edilemeyen davalardaki ses ve görüntü nakli yoluyla yapılan duruşmalarda tarafların dinlenilmesine ek olarak usul işlemi yapma imkânının olup olmadığı anlaşılmamaktadır. Kanımızca HMK m.149 hükmünün ilk fıkrası konunun ana çerçevesini çizmeye yönelik genel bir düzenleme mahiyetinde olduğundan, aynı maddenin üçüncü fıkrası, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği davalar bakımından öngörülmuş özel bir hüküm şeklinde değerlendirilmelidir. Dolayısıyla, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebildiği davalarda talep hâlinde HMK m.149/1 uyarınca e-duruşma vasıtasıyla yapılması mümkün her türlü usul işleminin, üzerinde serbestçe tasarrufta bulunulamayan (resen araştırma ilkesine tâbi) davalardaki elektronik duruşmalarda da talep aranmaksızın mahkemenin resen vereceği karara istinaden yapılabilmesi gerektiği kanısındayız⁸¹⁶.

Öte yandan babalık davasına bakan mahkeme, soybağının tespiti çerçevesinde yapılması gereken incelemenin türünü belirleyerek, inceleme konusu genetik numunenin muhatabından temini için, gerektiğinde muhatabın bulunduğu yerdeki mahkemeden hukukî yardım (istinabe) talep edebilir. Bunun dışında, davayı gören asıl mahkemenin yargı çevresinde genetik inceleme yapmaya yetkili resmî bilirkişilerin bulunmaması hâlinde, hem numune alınmasını hem de alınan numune üzerinde genetik incelemenin

⁸¹⁵ **Toraman-** E-Duruşma, s.495.

⁸¹⁶ Doktrindeki farklı bir görüşe göre ise, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği davalar bakımından “taraflar” ibaresine, tekrar belirtilmesi hâlinde ifadenin akışını zorlaştırdığı düşüncesiyle metinde yer verilmemiş olabileceği gibi, “ilgili” kavramı, davada “taraf”ı da kapsayacak genişlikte bir üst kavram olarak kullanılmış dahi olabilir. Fakat doktrinde “taraf/ilgili” ayrımının tartışmasız şekilde benimsendiği düşünülürse, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemediği davalar bakımından taraflara, ilk fıkradaki gibi ayrıca yer verilmesi kanun yapma tekniği açısından daha uygun olurdu (bkz. **Mıdık**, s.4). Aksi yönde bkz. **Toraman-** E-Duruşma, s.495.

yapılıp çıkan sonucun tıbbî bilimsel rapor şeklinde hazırlanarak gönderilmesini içeren istinabe talebini, uygun gördüğü yerdeki aile mahkemesine yöneltebilir. Kanımızca soybağının tespitine yönelik genetik inceleme için davalıdan DNA örneği alınması hususunda babalık davasına bakan hâkim, davalının yerleşim yerindeki mahkemeden istinabe talebinde bulunduğu anda, kendisinden hukukî yardım istenilen diğer mahkeme de, gerektiğinde davalıya karşı zor kullanma kararı vermeye ve bu kararın icrası için kendi yargı çevresi içerisindeki icra dairesinden yahut Cumhuriyet başsavcılığı vasıtasıyla kolluk görevlilerinden yardım istemeye yetkilidir⁸¹⁷. Bunun dışında ihtiyatî tedbirin icrasına ilişkin HMK m.393 hükmünün kıyasen uygulanması da düşünülebilir. Buna göre, istinabe olunan mahkeme, davanın görüldüğü mahkemenin kararında belirtilmek kaydıyla, tedbirin uygulanması için yazı işleri müdürünü görevlendirebilir; zor kullanma gereken hâllerde, yazı işleri müdürünün yazılı başvurusu üzerine bütün kolluk kuvvetleri ve köylerde muhtarlar, uygulamayı gerçekleştirecek memura yardım ederek onun emirlerini yerine getirirler⁸¹⁸ (HMK m.393/2, 3). Ancak kendisinden numune alınması gereken kişinin haklı sebep ileri sürerek kaçınma talebinde bulunması durumunda, somut olayın koşullarına göre haklı sebebin varlığını takdir yetkisi, yalnızca davaya bakan asıl mahkemeye aittir. Yani, istinabe olunan mahkeme, kaçınma talebinin dayanağını oluşturan sebebin haklı sebep teşkil edip etmediğini değerlendiremez; olsa olsa bu konuda kaçınma talebini öne süren kişi açısından haklı sebebin mevcudiyetini ve buna yönelik emareler varsa bunları, davaya bakan asıl mahkemeye bildirebilir⁸¹⁹.

⁸¹⁷ **Ahrens**, Kap.24, Rz.81, s.546. "...zor kullanma görev ve yetkisi de doktora değil, ilgili mahkeme kararını uygulamakla görevli C. Başsavcılığına ait olduğundan bu konudaki tedbirlerin Başsavcılık ve kolluk görevlilerince alınması gerekeceği..." (Y. 4. CD. 11.03.2013, E.2011/5356, K. 2013/6985; Legalbank İçtihat).

⁸¹⁸ **Umar, B.:** Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'na Katkı [Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı-V, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Değerlendirmesi (Ankara, 8-9 Eylül 2006), Ankara 2007, s.87-129], s.114-115; **Aşık- Keşif**, s.215.

Bu konuda zor kullanma işleminin usulü bakımından en azından yönetmelik düzeyinde bir düzenleme yapılarak uygulama birliğinin sağlanması gerektiği yönünde ayrıca bkz. **Konuralp, O. E.:** Kişilerden Kan ve Doku Örneği Alınmasına İlişkin Olarak Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 292'nci Maddesi Karşısında Türk Medenî Kanunu'nun 284'üncü Maddesinin Durumu (AÜHFD, C.69, S.2020/4, s.1609-1640), s.1618-1619.

⁸¹⁹ **Wieczorek/Schütze/Ahrens**, ZPO § 372a, Rn.60; **Ahrens**, Kap.24, Rz.81, s.546; **Aşık- Keşif**, s.194.

G. Sözlülük İlkesi

I. Genel Olarak

Sözlülük ilkesi, dava malzemesinin yargılamaya getirilme biçimine ilişkin olarak, ne şekilde ileri sürülen vakıaların hükme esas oluşturduğunu ve usul işlemlerinin yapılaş şeklini konu alan bir yargılama hukuku ilkesidir. Bir başka ifadeyle, dava malzemesinin kim tarafından ya da yargılamanın hangi aşamasında mahkemeye sunulduğunu değil, sunulma yöntemini ifade eden sözlülük ilkesi, hâkimin taraflarla birlikte yürüteceği yargılama faaliyetinde duruşmaların ön plana çıkarak, hükmün duruşmalarda sözlü olarak beyan edilen hususlara dayandırılmasını, yani hâkimin sözlü yargılamada elde ettiği bilgi ve kanaate göre hüküm vermesini esas alır⁸²⁰.

Sözlülük ilkesi, mahkemece verilen kararın taraflar nezdinde kabul edilebilir olması bakımından işlevsel nitelik taşır. Zira sözlü yargılama sayesinde taraflar, birbirlerinin bakış açılarını ve mahkemeden beklentilerini daha iyi kavrayıp hükmün esası üzerinde etkili olabileceğini düşündükleri vakıaları duruşmada hâkimin huzurunda tartışabilecekleri için, hükmün taraflar nezdindeki tatmin ediciliği, ikna kabiliyeti ve kabul edilebilirliği de artar⁸²¹. Bunun yanı sıra tarafların, hâkim tarafından doğru anlaşıldıklarına ve hâkimin de kendilerini dikkate aldığına dair inançları, meramlarını hâkime karşı sözlü aktarabilmeleriyle pekişir. Hâkim de, sözlü olarak detaylandırılan dava malzemesini daha iyi analiz edebilir ve hükmün maddî gerçeğe uygunluğu daha mümkün hâle gelebilir. Yine sözlülük ilkesi hâkimin, taraflarla doğrudan temasa geçmesini sağlayıp yargılama esnasında söz konusu olabilecek yanlış anlamaları önleyeceği gibi, dava malzemesinin ve talep sonuçlarının açıklığa kavuşturulmasını, aleniyet ilkesini ve gerçeğe aykırı beyanlardan uzak durulmasını, yani tarafların doğruyu söyleme ödevinin yerine getirilmesini temin eder⁸²². Bu avantajları itibarıyla sözlülük ilkesinin ve onun somut bir

⁸²⁰ **Özkaya-Ferendeci, H. Ö.:** Sözlülük İlkesi (Alman Hukuku'ndaki Örneği İle), İstanbul 2019, s.5-6, 13, 15; **Alpay, E.:** İngiliz ve Türk Yargılama Hukukunda Sözlülük İlkesi, İstanbul 2020, s.45 vd.; **Fezer, G.:** Die Funktion der mündlichen Verhandlung im Zivilprozess und im Strafprozess, Tübingen 1970, s.5; **Tanrıver-** Usul, C.I, s.403-404; **Arslan/Tanrıver,** s.180; **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım,** s.186.

⁸²¹ **Özkaya-Ferendeci,** s.15.

⁸²² **Erdönmez-** Pekcanıtez Usûl, s.906; **Bilge/Önen,** s.286.

uygulanma biçimi olan sözlü yargılama usulünün, esasında hem taraflar hem hâkim açısından güzel bir seçenek olduğu düşünülebilir⁸²³. Fakat sözlülük ilkesinin dezavantajlı yönlerinin olduğu da gözden kaçırılmamalıdır. Yargılamanın sistematik bir düzen içinde yürütülmesini, dava malzemesinin daha sağlıklı şekilde tespitini ve usul işlemlerinin kontrolünü zorlaştıran, kanun yolu aşamasında üst derece mahkemesinin, ilk derece yargılamasında dosya münderecatına yazılı şekilde dahil edilmeyen sözlü beyanları dikkate almasını imkânsız kılan ve zamansal açıdan yargılamanın uzamasına yol açan yönleri itibariyle sözlülük ilkesinin saf şekliyle uygulanması hukuken sakıncalıdır. Bunun yerine, ileride değineceğimiz üzere, yazıllık ile birlikte karma bir yöntemin benimsenmesi ve yargılamanın bazı aşamalarında yazıllığın bazı aşamalarında ise sözlülüğün baskın uygulanması hâlinde daha sağlıklı ve olması gereken hukuk açısından faydalı sonuçlar elde edileceği söylenebilir⁸²⁴.

II. Yargılamadaki Diğer İlkelerle İlişkisi

Sözlülük ilkesi, usul işlemlerinin şekli bakımından yapılan ayırım göz önüne alındığında ilk etapta yazıllık ilkesiyle mukayese edilebilir. Yazıllık ilkesi, dava malzemesinin yazılı olarak ileri sürülmesini ve yargılama boyunca yalnızca yazılı olarak ileri sürülen hususların hükme esas alınmasını ifade eder. Yazıllık ilkesinde, duruşmalarda ileri sürülen sözlü beyanlardan ziyade, dava dosyasında yazılı şekilde yer alan dava malzemesine itibar edildiği için, her bir usul işleminin kayıt altına alınmasını, daha sistemli şekilde yargılamanın yürütülmesini ve dava malzemesinin daha net ve doğru tespit edilmesini mümkün kılar⁸²⁵. Sözlülük ilkesi ise yüzyüzeliği, doğrudanlığı, dinamikliği ve canlılığı ortaya çıkardığından, taraflar arasındaki iletişimi güçlendirip yanlış anlaşılmaları önler; hâkimin soru sorma ödevini ideal şekilde gerçekleştirmesini ve tarafların karşılıklı pozisyonlarını daha iyi anlamasını sağlar; dava malzemesinin netleşmesiyle dürüstlük kuralına aykırı hileli beyanların azalmasına ve hukukî dinlenilme hakkının yerine getirilmesine yardımcı olur⁸²⁶. Meseleye ses ve görüntü nakli yoluyla

⁸²³ Özkaya-Ferendeci, s.69-71.

⁸²⁴ Özkaya-Ferendeci, s.141; Erdönmez- Pekcanıtez Usûl, s.906; Karşı- Muhakeme, s.263-264; Bilge/Önen, s.286; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s.186.

⁸²⁵ Tanrıver- Usul, C.I, s.403; Erdönmez- Pekcanıtez Usûl, s.906.

⁸²⁶ Özkaya-Ferendeci, s.116; Tanrıver- Usul, C.I, s.403-404.

duruşma icrası bakımından yaklaşıldığında ise, video konferans yöntemiyle yapılan duruşmaların sözlülük ilkesiyle bağdaşan bir yargılama kesiti olduğu ve taraf usul işlemlerinin ses ve görüntü nakline yönelik teknik araçlarla gerçekleştirilmesinin sözlülük ilkesini zedelediğini de söylenebilir⁸²⁷. Fakat yazılılık ilkesine kıyasen sözlülük ilkesi, hükmün bir üst derece yargı yeri tarafından kanun yolu denetimine tâbi tutulması sırasında birtakım dezavantajların ortaya çıkmasına zemin hazırlayabileceği gibi, hâkimin duruşmalarda tutanağa bağlanmayan bazı ifadeleri unutmasına ve bu yüzden vakıalara ilişkin detayları gözden kaçırmaya sebebiyet verebilir.

Yazılılık ilkesiyle sözlülük ilkesinin birbirinden ayrıştığı bir diğer husus ise, tarafların kendilerine ait usulî yüklerin gereğini yerine getirirken izledikleri metot bağlamında ortaya çıkar. Yazılılık ilkesi uyarınca taraflar iddia ve somutlaştırma yükü gibi usulî yüklerin gereğini, dilekçelerinde ileri sürdükleri dava malzemesiyle yerine getirirken; sözlülük ilkesine göre ise sözü edilen usulî yüklerin tamamlanmış sayılması için duruşmada sözlü beyan edilen hususların mahkemece tutanağa geçirilmiş olması gerekir⁸²⁸. İspat ve delil ikâme yükü bakımından da aynı tespit geçerli olup taraflar, iddia ve savunmanın dayanağını oluşturan maddî vakıaların ispatına elverişli delilleri, yazılılık ilkesinde dilekçelerin ekinde ibraz ederken; sözlülük ilkesinde ise duruşma esnasında mahkeme huzurundaki yargılamaya getirirler ve tutanağa bağlanmasını sağlarlar⁸²⁹.

Dolayısıyla bu tespitler göz önüne alınarak, hukuk muhakemesinde her iki ilkenin de saf şekilde uygulanamayacağı, birinin geçerli kılınması hâlinde diğerinin uygulanmasından uzaklaşmayacağı ya da bertaraf edilmeyeceği düşünüldüğünde, her iki ilkenin avantajlı yönlerinin birleştirildiği karma bir yöntemin benimsenmesi daha isabetli olabilir⁸³⁰. Bu bağlamda hâkimin, önüne gelen uyuşmazlık hakkında ön bilgi sahibi olabilmesi açısından hazırlayıcı mahiyette bir dilekçeler teatisi aşaması; ardından, delillerin toplanıp incelendiği tahkikat aşamasında sözlü yargılamaya ağırlık verilerek her türlü dava malzemesinin sözlü şekilde ileri sürüldüğü ve bunların tutanağa bağlandığı;

⁸²⁷ **Kale-** Ses ve Görüntü Nakledilmesi, s.143-144.

⁸²⁸ **Asprion-Stöcklin**, s.157-158.

⁸²⁹ **Asprion-Stöcklin**, s.157-158.

⁸³⁰ **Özkaya-Ferendeci**, s.118, 149.

tarafların hâkimin huzurunda ve onun da katılımıyla hukukî bir tartışma ortamında mahkemeye duyulan güven ilişkisi çerçevesinde birbirleriyle iletişim kurduğu ve bu esnada her iki tarafın hukukî dinlenilme hakkına özenle riayet edildiği; hükmün ise, tefhimiyle birlikte, her iki tarafça da kabul edilebilir karşılandığı bir yargılama usulü önerilebilir⁸³¹.

Öte yandan sözlülük ilkesinin, doğrudanlık, teksif ve aleniyet ilkeleriyle sıkı bağlantı içinde olduğu söylenebilir. Bu bağlamda öncelikle, doğrudanlık ilkesi yargılama faaliyetinin araya başka bir makam veya kişi girmeden hükmü veren mahkemece yürütülmesini, delillerin bu mahkeme tarafından toplanıp incelenmesini ve değerlendirilmesini öngördüğüne göre sözlülük ilkesinin, hâkimin dava malzemesiyle doğrudan, canlı ve en uygun şartlarda temasını mümkün kıldığı ve sözlülük sayesinde doğrudanlığın en ideal şekilde sağlandığı söylenebilir. Nitekim sözlü yargılamada, uyuşmazlığın temelini oluşturan vakıalar, duruşma esnasında mahkeme huzurunda tartışıldığında adeta yeniden canlanacağı için, hâkimin maddî gerçeğe ulaşmada işinin kolaylaşacağı ve böylece doğrudanlık ilkesinin en rahat ve uygun koşullarda sözlülük ilkesiyle birlikte gerçekleşeceği ortadadır⁸³².

Keza, sözlülük ilkesiyle birlikte ele alınması gereken bir diğer husus teksif ilkesi olup, yargılamanın belirli kesitlere ayrıldığı usul hukuku sistemlerinde teksif ilkesinin, esasen daha ziyade yazılilik ilkesiyle beraber düşünülmesi gerekir. Nitekim yazılı yargılama usulünün egemen olduğu Türk hukuku bakımından teksif ilkesinin yazılilik esasına göre düzenlendiği, halbuki sözlü yargılama usulünün uygulandığı sistemlerde ise yazılilikğin zayıfladığı, sözlülüğün yoğunlaştığı sonucuna varılabilir. Zira dava malzemesinin takdiminde yazılilik ya da sözlülük ilkelerinden hangisinin daha çok uygulandığına bakılarak yargılama usulünün işleyişi ve teksif ilkesinin uygulanış biçimi hakkında fikir edinmek mümkün olabilir⁸³³.

⁸³¹ **Özkaya-Ferendeci**, s.13, 15, 16, 129.

⁸³² **Musielak/Voit/Stadler**, ZPO § 128, Rn.3; **Özkaya-Ferendeci**, s.110, -111; **Kurt-** Doğrudan Doğrualık, s.610.

⁸³³ **Yıldırım-** Yargılama Usulleri, s.473; **Alpay**, s.57 vd.

Sözlülük ilkesinin bağlantılı olduğu bir diğer yargılama hukuku ilkesi ise aleniyettir. Sözlülüğün aleniyet ile iç içe, doğru orantılı ve onun ayrılmaz bir parçası olduğu söylenebilir⁸³⁴. Zira sözlülük ilkesi, en belirgin şekilde duruşma yapılmasıyla ortaya çıkar ve duruşmaların, aleniyet ilkesinin vazgeçilmez unsuru olduğu dikkate alınır, dava malzemesinin mahkeme huzurunda cereyan eden duruşmalardaki sözlü beyanlarla tartışılması, sözlülüğün aleniyete kavuştuğu bir ortamın oluşumuna katkı sağlar⁸³⁵. Esasen aleniyet, duruşmaların yapıldığı ortama girme ve hükmün tefhimi sırasında orada bulunma şeklinde tasvir edildiğine göre, sözlülük ilkesinin uygulandığı duruşmaların aleniliği, duruşmada ileri sürülen sözlü beyanların ve usul işlemlerinin alenî olması anlamına gelir. Sözlü yargılama olmadan aleniyetin şeffaflık ve denetim fonksiyonu devre dışı kalacağından, adil bir yargılamadan da bahsedilemez. Nitekim, yazılılık ilkesinin yoğunlaştığı hâllerde aleniyet ilkesinin zayıflayacağı söylenebilir⁸³⁶. Zira yazılılık ilkesine göre cereyan eden yargılamanın dava dosyasına giren hususlar etrafında yürütüleceği düşünülürse, dilekçelerin ve diğer yazılı usul işlemlerinin aleniliğinden bahsedilemeyeceği için, aleniyet ilkesi zarar görebilecektir. Halbuki delillerin toplanması, incelenmesi vb. tahkikat işlemlerinin mahkeme huzurundaki sözlü yargılamada gerçekleştirildiği takdirde aleniyet sağlanarak toplumun, yargılamanın seyri hakkında bilgilenmesine ve hükmün adalete uygun düşüp düşmediği hususunda fikir sahibi olmasına katkı sağlanır⁸³⁷.

III. Bazı Yabancı Hukuk Düzenlerindeki Yeri

1. Alman Hukuku

Sözlülük ilkesi, Alman hukukuna ilk defa 1850 tarihli Hannover Medeni Usul Kanunu⁸³⁸ ile girmiş ve 1877 yılında Alman İmparatorluk Medeni Usul Kanunu'ndaki

⁸³⁴ **Kurt-Konca-** Aleniyet İlkesi, s.104.

⁸³⁵ **Musiellak/Voit/Stadler**, ZPO § 128, Rn.3; **Özkaya-Ferendeci**, s.110-111; **Kurt-** Doğrudan Doğruluk, s.611.

⁸³⁶ **Pekcanitez-** Aleniyet, s.25; **Pekcanitez-** Aleniyet İlkesi, s.641; **Kurt-Konca-** Aleniyet İlkesi, s.103.

⁸³⁷ **Kurt-** Doğrudan Doğruluk, s.611.

⁸³⁸ *Allgemeine bürgerliche Proceßordnung für das Königreich Hannover* § 98-102 (bkz. https://reder.digitale-sammlungen.de/de/fs1/object/display/bsb10554562_00044.html) (E.T. 21.12.2019).

yerini almasıyla⁸³⁹ daha da önem kazanmıştır⁸⁴⁰. Günümüz Alman Medenî Usul Kanunu'na bakıldığında ise, sözlülük ilkesine ilişkin § 128 hükmünde tarafların, dava malzemesini, hükmü verecek olan mahkemenin huzurunda sözlü olarak ileri süreceği hususunun düzenlendiği görülür (dZPO § 128, 1). Yani Alman medenî usul hukukunda kural, sözlü yargılama usulü olup, sözlülük ilkesi hukukî dinlenme hakkının bir uzantısı ve maddî gerçeğe ulaşmanın en işlevsel aracı olarak kabul edilir⁸⁴¹. Ancak taraflar, mahkemenin sözlü yargılama yapmadan hükmünü verebilmesi hususunda anlaşma yapabilirler ve bu durumda mahkeme, sözlü yargılamayı devre dışı bırakarak, dilekçelerin verilme süreleriyle hükmün tefhim edileceği duruşma gününü taraflara bildirir (dZPO § 128, 2).

Görüldüğü üzere Alman hukukunda hâkim, sadece sözlü yargılama esnasında mahkemeye sunulan dava malzemesine göre hükmünü verebileceğinden, dava dilekçesi, cevap dilekçesi ve sözlü yargılamaya hazırlık mahiyetindeki diğer tüm dilekçelerin mahkemece değerlendirilip hükme dayanak yapılabilmesi için, duruşmada bunlara açıkça değinilmesi gerektiği söylenebilir⁸⁴². Yine, bilirkişi raporları, keşif tutanakları, yazılı tanık beyanları vb. yazılı belgelerin dahi mutlaka sözlü yargılamaya konu edilerek hâkimin, hükmünü verirken bunları dikkate alması sağlanmalıdır⁸⁴³. Dolayısıyla Alman hukukunda sözlülük ilkesi, aslında dava malzemesinin taraflarca getirilmesi ilkesinin somut bir uygulanma biçimi olarak düzenlenmiş ve fakat taraflarca bunun aksi yönünde anlaşmaya varılmasına imkân tanınarak sözlülüğün emredici bir usul normu olmadığı, bilakis tarafların yargılama usulü üzerinde tasarruf yetkisinin bulunduğu vurgulanmıştır⁸⁴⁴.

⁸³⁹ *Civilprozeßordnung (CPO)* § 119, 128 (bkz. <https://staatenbund-deutschesreich.info/application/files/9115/2750/6546/CPO1877.pdf>) (E.T. 21.12.2019).

⁸⁴⁰ **Özkaya-Ferendeci**, s.13; **Alpay**, s.19 vd.

⁸⁴¹ **Yıldırım**- Delillerin Değerlendirilmesi, s.97.

⁸⁴² **MüKo-ZPO/Fritsche**, ZPO § 128, Rn.3, 5; **Musielak/Voit/Stadler**, ZPO § 128, Rn.1; **Wieczorek/Schütze/Gerken**, ZPO § 128, Rn.1; **Thomas/Putzo/Seiler**, ZPO § 128, Rn.9; **Özkaya-Ferendeci**, s.42-43.

⁸⁴³ **MüKo-ZPO/Fritsche**, § 128, Rn.3; **Özkaya-Ferendeci**, s.43.

⁸⁴⁴ **MüKo-ZPO/Fritsche**, § 128, Rn.3; **Özkaya-Ferendeci**, s.46-47.

Alman Medeni Usul Kanunu'nun § 137 hükmünde ise, sözlü yargılamanın yapı-
lış şekli düzenlenmiştir. Anılan hükme göre sözlü yargılama tarafların dilekçeleriyle
başladıktan sonra taraflar, uyuşmazlığın esasına ilişkin vakıa iddialarını ve hukukî ge-
rekçelerini kapsamlı şekilde sözlü yargılama boyunca serbestçe ileri sürebilecekler ve
dilekçelerinde değindikleri hususları, ihtiyaç duyulduğu takdirde, bir de sözlü olarak
duruşmada aktarabileceklerdir. Dolayısıyla sözlü yargılamanın hazırlık aşaması, tarafla-
rın dilekçeleriyle başladıktan sonra, dilekçelerde değinilen hususların bir kez de ilk du-
ruşmada sözlü şekilde beyan edilmesiyle tamamlanacak; ardından karşılıklı talep sonu-
clarını haklı göstermeye yarayan maddî vakıaları tahkikat aşamasındaki duruşmalarda
mahkemeye yönelterek, hükme esas alınmasını istedikleri her türlü konuya ayrıca sözlü
beyanlarında yer vermek zorunda olan taraflar, dava dosyasında atıf yapmak istedikleri
dilekçeleri, gerekirse duruşmada okumak suretiyle, sözlü yargılamanın bir parçası hâli-
ne getirerek iddia ve savunma vasıtalarını tüketen beyanlarda bulunmak zorunda kala-
caklardır⁸⁴⁵. Bu zorunluluk, hukukî dinlenilme hakkının da bir gereği olarak düşünülebi-
leceği için taraflar, yargılamanın merkezinde yer aldıkları hissiyle kendilerine söz veril-
diğini gördüklerinde, yargılamadan umdukları tatmin düzeyine erişecekler ve hükümde
varılan sonuç kendi aleyhlerine bile olsa hükmün kabul edilebilir olduğuna ikna olacak-
lardır⁸⁴⁶.

Sözlülük ilkesi Alman hukukunda kaydadeğer bir konum ve işleve sahip olup
sözlü yargılama usulü, hem taraflar hem de hâkim açısından, maddî gerçeğe ulaşmada
ve hükmün psikolojik olarak her iki taraf nezdinde yarattığı izlenimi tatminkar ölçüye
yükseltmede etkin rol üstlenir. Özellikle hâkimin dava malzemesini detaylı ve çabuk
kavraması, dava konusuna kolay adaptasyon sağlaması, tarafların ise kendilerine tanı-
nan hukukî dinlenilme hakkının ikna edici boyutlarda gerçekleştiği hususunda kanî ol-
ması sözlülük ilkesinin en önemli kazanımları olarak değerlendirilebilir⁸⁴⁷. Sözlü yargı-

⁸⁴⁵ **Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann**, § 137, Rn.21; **MüKo-ZPO/Fritsche**, § 137, Rn.8; **Özkaya-Ferendeci**, s.64.

⁸⁴⁶ **Wieczorek/Schütze/Gerken**, § 137, Rn.3; **Özkaya-Ferendeci**, s.64-65.

⁸⁴⁷ Alman hukukunda hâkimler, sözlülük ilkesinin avantajlarının dezavantajlarına kıyasla çok sayıda olduğunu, usul hukukunda merkezî bir konumda yer aldığını, yargılama faaliyetinde usulî açıdan ko-
laylıklar sağladığını, maddî gerçeğe ulaşma olasılığını artırdığını ve hüküm verirken daha rahat ve

lamanın öne çıkan bu özelliklerinden ötürü Alman kanun koyucusu, sözlülük ilkesine Aile Davalarında ve Çekişmesiz Yargı İşlerinde Yargılama Usulü Hakkında Kanun (FamFG) bünyesinde de ayrıntılı olarak yer vermiş ve anılan Kanun’a göre görülecek olan dava ve işlerde de sözlülüğü egemen kılmıştır. Bu itibarla, Kanun’un genel hükümler bölümündeki ilk derece yargılamasına ilişkin kısımda yer alan § 33 hükmüne göre mahkeme, davayı aydınlatma ödevi kapsamında, yani davanın esasını aydınlatmak maksadıyla tarafları, bizzat dinlemek için duruşma günü belirleyip duruşmaya çağırabilir. Hatta usulüne uygun davet edilmesine rağmen mazeret bildirmeksizin duruşmaya gelmeyen tarafın, mahkemece disiplin para cezasına çarptırabileceği hususunun yanı sıra, bu davranışın tekrarı hâlinde mahkemeye zorla getirtilmesine dahi karar verilebileceği Kanun’da düzenlenir (FamFG § 33, 3). Yine aynı Kanun’un § 34 hükmünde mahkemenin, hukukî dinlenilme hakkının usulüne uygun kullanımı için gerekli görmesi hâlinde tarafları bizzat dinleyebileceği de düzenlenmiş olup, Kanun’un tanıdığı bu usulî aracın, davanın esası üzerinde kanaat edinebilmek gibi başka amaçlarla da devreye alınabileceği söylenebilir⁸⁴⁸.

Nitekim soybağına ilişkin dava ve işler bakımından özel usul hükümleri sevk eden “Aile Davalarında ve Çekişmesiz Yargı İşlerinde Yargılama Usulü Hakkında Kanun” § 175 hükmünde, tarafların bizzat dinlenilmesine ilişkin kuralı, soybağı yargılamaları kapsamında özel olarak düzenleme ihtiyacı duyan kanun koyucu, soybağı tespiti amacıyla genetik inceleme kararından önce tarafların keşfe katlanma zorunluluğu karşısında ne tutum sergileyeceklerine dair görüşlerini bizzat kendilerinden dinlemek isteyen hâkime, davanın esasının aydınlatılmasına hizmet eden bu usulî araçtan yararlanarak hukukî dinlenilme hakkının temini ve maddî gerçeğin bulunması amacı doğrultusunda yargılamayı sevk ve idare etme yetkisi tanımıştır⁸⁴⁹.

kolay bir sonuca vardıklarını ifade ederek sözlü yargılamanın kendileri için nimet sayıldığını belirtmektedirler (bkz. **Özkaya-Ferendeci**, s.7, dn.16).

⁸⁴⁸ **MüKo-FamFG/Ulrici**, FamFG § 34, Rn.1; Rn.7-8.

⁸⁴⁹ **MüKo-FamFG/Coester-Waltjen/Lugani**, FamFG § 175, Rn.6-8; **Keidel/Engelherdt**, FamFG § 175, Rn.6; **Keidel/Meyer-Holz**, FamFG Kommentar, 20. Aufl., München 2020, FamFG § 33, Rn.3, 6, 30. Fakat tarafların dinlenilmesi bir ispat aracı olarak nitelendirilmeyip isticvap ile eşdeğer görülemeyeceğinden, her iki kavram birbirinden ayırt edilmelidir (bkz. **Bumiller/Harders/Schwamb/Bumiller**, FamFG § 33, Rn.1; aynı yerde § 175, Rn.6).

2. Avusturya Hukuku

Avusturya hukukunda sözlülük ilkesi, herşeyden önce Federal Anayasa'nın 90. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenmiş olup, anılan düzenlemeye göre aksi kanunla öngörülmedikçe hukuk muhakemesi kapsamında cereyan eden yargılamalar sözlü ve alenî olarak yapılır. Nitekim Avusturya kanun koyucunun, Federal Medeni Usul Kanunu'nda benimsediği sistem de bu kurala uygun şekilde düzenlenmiş ve sözlü yargılamanın hukuk muhakemesindeki egemenliğine açıkça vurgu yapılmıştır. Bu doğrultuda Federal Medenî Kanunu'nun § 176 hükmü uyarınca taraflar, dava malzemelerini, hükmü verecek olan mahkeme huzurunda sözlü şekilde ileri sürerler. Aynı Kanun'un § 177 hükmüne göre taraflar, talep sonucunu haklı göstermeye yönelik öne sürdükleri dava malzemesiyle karşılıklı iddia ve savunmaları hakkındaki gerekçelerinin yanı sıra dava konusuna ilişkin hukukî dayanaklarını belirtmek üzere mahkemece duruşmada dinlenir. Ayrıca tarafların, anılan hususlarda haklı olduklarına ilişkin gerekçelerini mahkemeye sözlü şekilde aktarırken yazılı bir metinden okuma yapmaları ise caiz görülmez (öZPO § 177, 1). Benzer yönde olmak üzere, anılan Kanun'un § 182a hükmü uyarınca mahkeme, toplanan dava malzemesini taraflarla birlikte duruşmada sözlü olarak tartışmadan, müzakere etmeden hükmünü veremeyeceği gibi, hükmün gerekçesini tarafların hukukî argümanlarını dinlemeden ve tartışmadan onların değinmediği hususlara dayandıramaz (öZPO § 182a).

Görüldüğü üzere Avusturya hukukunda sözlülük ilkesi ve sözlü yargılama usulü çeşitli şekillerde yasal düzenlemeye tâbi tutulmuş ve hukuk muhakemesi bakımından olağan bir sistem olarak benimsenmiştir. Ancak buna rağmen sözlülük ilkesinin saf hâliyle geçerli olmadığına da işaret etmek gerekir. Zira duruşmalarda sözlü yargılama usulüyle ele alınan hususların tutanak altına alınıp kayda geçirilmesinde hukuken zaruret olduğu ortadadır. Özellikle kanunyolu denetiminde, ilk derece yargılamasında sözlü olarak işlenip de, dosya kapsamına girmeyen tartışma konularının üst derece yargı merciince incelenebilmesi mümkün olmadığından, ilk derece mahkemesinin hükmüne esas

alınan tüm hususların yazılı olarak kayıt altına alınması ve kanunyolu merciinin kayıt altındaki bu hususlar üzerinde inceleme yapması uygun olur⁸⁵⁰.

Öte yandan, Alman hukukundakine benzer şekilde, Avusturya hukukunda aile hukuku meseleleriyle çekişmesiz yargı işlerinde yargılama usulü, Çekişmesiz Yargı Usulü Hakkında Kanun (*AußStrG*) kapsamında özel olarak düzenlenir. Anılan Kanun'un genel hükümleri arasında yer alan § 18 hükmüne bakıldığında, çekişmesiz yargı işlerinde ve aile hukukuna giren konularda kural olarak sözlü yargılama usulünün geçerli kılındığı görülür. Buna göre hâkim, Kanun'da emredici şekilde düzenlenmedikçe, yargılama sürecini hızlandırmak, dava malzemesini toplamak ve hukukî argümanları tartışmak için gerekli görmesi hâlinde yargılamanın taraflarını, dava veya işin bütün esasları yahut münferit hususları ile ilgili olarak duruşmaya çağırmakta serbesttir. İşin başında sözlü yargılama için bu tür bir duruşmanın gerçekleşmiş olması ise hâkimin, ileri ki aşamalarda da sözlü yargılamaya devam etmek zorunda kalmasına yol açmaz. Aynı şekilde, aleniyet ilkesinin düzenlendiği § 19 hükmünün ilk fıkrasında da, sözlü yargılama kavramına yer verildiği ve sözlü yargılamanın alenî şekilde cereyan edeceği hususunun açıkça düzenlendiği görülür.

Öte yandan kanun koyucu, aile hukuku kapsamında yer alan soybağına ilişkin yargılamalar bakımından da Çekişmesiz Yargı Usulü Hakkında Kanun hükümlerine göre hareket edileceğini öngörmüştür. Nitekim anılan Kanun, çekişmesiz yargı işlerinin yanı sıra aile hukukundan kaynaklanan davalarda izlenecek usulü de özel olarak içerinde barındırdığından, soybağı davalarında uygulanacak yargılama usulü ile ilgili getirilen yeni ve özel düzenlemelerdeki sözlülük ilkesine ve sözlü yargılamaya yönelik vurgu dikkat çekmektedir. Zira Kanun'un § 83 hükmünde soybağı meselelerine ilişkin olarak ilk derece yargı yerinde sözlü yargılama usulünün uygulanacağı hususu açıkça ve emredici şekilde düzenlenir⁸⁵¹ (*AußStrG* § 83, 1). Bu itibarla Avusturya hukukunda sözlülük ilkesinin ve sözlü yargılama usulünün, medeni usul hukuku açısından ve özel-

⁸⁵⁰ Özkaya-Ferendeci, s.76 vd, s.85-87.

⁸⁵¹ Deixler-Hübner in *hrsg. Rechberger, W. H.*: Kommentar zum Außerstreitgesetz (*AußStrG*), 2. Aufl., Wien 2013, *AußStrG* § 83, Rz.1; Fucik, R./Kloiber, B.: Kommentar zum Außerstreitgesetz, Wien 2005, *AußStrG* § 83, Rz.1.

likle soybağı uyuşmazlıklarının tâbi olduğu usulî rejim dikkate alındığında önemli bir yere sahip olduğu görülür⁸⁵².

3. İsviçre Hukuku

İsviçre hukukunda sözlülük ilkesi, genel itibariyle yargılamaya egemen bir ilke konumunda olup, sözlülük ilkesinin yoğunluğu ise somut dava bakımından hangi yargılama usulünün geçerli olduğuna göre değişkenlik gösterir. Fakat Alman ve Avusturya hukuklarından farklı olarak, İsviçre hukukunda aile hukukundan doğan dava ve işlere yönelik usul kuralları öngören özel bir kanun bulunmadığı için Federal Medeni Usul Kanunu, aile hukukuna ilişkin yargılamalarda geçerli usul kurallarını da kendi bünyesinde ele almış ve çeşitli özel hükümler sevk etmek suretiyle, aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıkları sınıflandırıp ayrı ayrı düzenleme gereği duymuştur.

Federal Medeni Usul Kanunu'nun 295. maddesi uyarınca soybağı davalarında basit yargılama usulü geçerlidir. Basit yargılama usulüne göre davanın açılması ve dava veya cevap yazılı veya tutanağa geçirilmek suretiyle sözlü şekilde yapılabilir; yani taraflar iddia ve savunmalarını yazılı veya sözlü şekilde mahkemeye sunmayı tercih edebilirler (sZPO Art.244, Abs.1). Fakat başlangıç aşamasından sonraki yargılama kesitleri sözlülük ilkesinin egemenliğinde cereyan eder. Hâkim, taraflarca yazılı olarak bildirilen dava malzemesi çerçevesinde tarafları duruşmaya ve beyanda bulunmaya davet ederek sözlü yargılamanın ilk duruşmasını gerçekleştirir. İlk duruşmadan sonra tarafların izniyle yahut uyuşmazlığın durumuna göre hâkim, yargılamayı yazılilik ilkesi çerçevesinde yürütebileceği gibi, kanunda düzenlendiği hâliyle sözlü olarak devamına da karar verebilir. Fakat yargılamanın özellikle tahkikat aşamasının sözlü şekilde yürütüldüğü İsviçre hukukunda taraflar, duruşmada sözlü beyanlarıyla ileri sürdükleri hususların hükme esas olmak üzere tutanağa bağlanıp dosyaya dahil edilmesini isteyebilirler⁸⁵³.

İsviçre hukukunda sözlü yargılama ve sözlülük ilkesiyle ilgili açık düzenlemelere rastlamak da mümkündür. Federal Medenî Usul Kanunu'nun 244. maddesinin yanı sıra 245., 253. ve 273. maddelerinde sözlülük ilkesinin somutlaştığı örneklere yer ve-

⁸⁵² Ayrıntılı bilgi için bkz. **Neupärtil, J.:** Abstammungsrecht in Deutschland und Österreich, Saarbrücken 2009, s.64 vd.

⁸⁵³ **Özkaya-Ferendeci,** s.83, 95.

rilmiş olup, basit yargılama usulünün uygulandığı soybağı davalarında mahkeme, dava dilekçesi ve davaya cevap dilekçesinde taraflarca detaylı şekilde yer verilmeyen dava malzemesinin bütün olarak toplanması, çekişmeli hususların ayırt edilmesi ve hukukî gerekçelerin ortaya konulması amacıyla tarafları duruşmaya çağırıp, iddia ve savunmaları ile ilgili aydınlatıcı sorular sorarak davanın esası hakkında gerekli bilgiyi edinmeye çalışır. Gerek basit yargılama gerekse seri yargılama usulü bakımından aynı içeriğe sahip olan sözlülük ilkesi, hâkimin davayı aydınlatma ödevini yerine getirirken başvurduğu usulî araçların ortak noktasını oluşturan bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır.

IV. Türk Hukukundaki Yeri ve Uygulanışı

1. Genel Olarak

1086 sayılı mülga HUMK döneminde hukukumuzda dört tür yargılama usulü mevcut olup, yazılı yargılama ve basit yargılama usulünün yanı sıra, halihazırda yürürlükteki 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda bulunmayan sözlü yargılama ve seri yargılama usulü de kanunda düzenlenmişti. Esas itibariyle yazılı yargılama usulü geçerli olmakla birlikte, bazı hâllerde ise diğer yargılama usulleri işlerlik kazanmaktaydı. 1086 sayılı mülga Kanun'un 473. maddesi uyarınca sözlü yargılama usulü, sulh hukuk mahkemelerinde geçerliydi ve kanunda açıkça öngörülen hâllerde asliye hukuk mahkemelerinde de uygulanmaktaydı. Ancak 1973 tarihli 1711 sayılı kanun değişikliğiyle sulh hukuk mahkemelerinde basit yargılama usulünün uygulanacağı öngörüldükten sonraki dönemde artık sözlü yargılama usulü yalnızca iş uyuşmazlıklarında, tapulama ve tarım işlerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarla sınırlı kalmıştır⁸⁵⁴.

1086 sayılı mülga HUMK döneminde uygulanan sözlü yargılama usulüne göre davanın açılması, dilekçe vererek yazılı şekilde olabileceği gibi, dilekçe vermeden mahkemece tutanağa geçirilmek suretiyle sözlü şekilde de gerçekleşebilir. Yine sözlü yargılama usulünde dilekçeler teatisi aşaması zorunlu olmadığından davalı davaya cevap vermese dahi mahkeme, derhal bir duruşma günü tâyin edip tarafları duruşmaya davet edebilir ve duruşma gününden önce yazılı olarak bildirilmeyen usule ilişkin itirazları ilk duruşmada inceleyip karara bağladıktan sonra her iki taraf, iddia ve savunmalarıyla bir-

⁸⁵⁴ **Bilge/Önen**, s.734-735; **Özkaya-Ferendeci**, s.136-137.

likte varsa delillerini mahkemeye sözlü olarak bildirir⁸⁵⁵. Yargılamanın ilerleyen safhaları, özellikle de tahkikat aşaması sözlülük çerçevesinde cereyan ederken duruşmalarda sözlü şekilde yapılan usul işlemleri de tutanağa geçirilir ve tahkikatın bitimiyle hâkim, talep sonuçlarını yazılı olarak mahkemeye bildirmeleri için taraflara süre verdikten sonra gerçekleşen sözlü yargılama aşamasındaki duruşmada son sözlerini dinler ve hükmü tefhim eder⁸⁵⁶. Böylece 1086 sayılı HUMK ile öngörülen sözlü yargılama usulünün, tarafların her türlü işlemi sözlü yapabilmelerine imkân sağlayan, hükmün esasının sözlü beyanlara dayandırıldığı ve sözlülük ilkesinin son derece yoğun işletildiği bir sistemi getirdiği görülür.

Ancak 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda ise sözlü yargılama usulü, uygulamada adeta yazılı yargılama usulü gibi anlaşılıp işletildiği için yürürlükten kaldırılmış ve mevzuatta sözlü yargılama usulüne yapılan atıfların artık basit yargılama usulüne yapılmış sayılmasına yer verilmiştir (HMK m.447/1). Yine de, her iki yargılama usulü bakımından da hem yazılılık hem de sözlülük ilkesinin uygulandığı usul kesitlerine rastlanmakta olup, basit yargılama usulünde davanın açılması, davaya cevap ve hükmün dayanağı mahiyetindeki dava malzemesinin temininde yazılılık ilkesi egemen iken; dilekçeler teatisinden sonraki aşamalarda, özellikle isticvap, tanığın veya bilirkişinin dinlenilmesi vb. tahkikat işlemlerinde ve delillerin incelemesinde ise sözlülük ilkesi baskın konumdadır⁸⁵⁷. Burada yeri gelmişken, basit yargılama usulünde sözlü yargılama aşamasının kanunda açıkça düzenlenmediği hususuna ayrıca dikkat çekmek gerekir (karş. HMK m.321). Zira sözlü yargılama aşaması, tahkikatın bitimini takiben mahkemece ayrı bir duruşma günü belirlenip tarafların bu duruşmaya davet edilmesi esasına dayandığı hâlde, kanun koyucunun basit yargılama usulü bakımından aynı esası açıkça benimsememiş olmasının hangi gerekçeye dayandığı anlaşılamamaktadır.

⁸⁵⁵ Bilge/Önen, s.735-736; Özkaya-Ferendeci, s.138-139.

⁸⁵⁶ Bilge/Önen, s.736-737; Özkaya-Ferendeci, s.139.

⁸⁵⁷ Sunar, G.: Medeni Usul Hukukunda Basit Yargılama Usulü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2002, s.79-80; Özkaya-Ferendeci, s.144.

2. Sözlülük İlkesi ve Sözlü Yargılama Hakkında Düşünceler

Hukuk muhakemesinde bir davanın hangi yargılama usulüne tâbi olduğu, yazıllık ve sözlülük ilkelerinin birlikte uygulanabilmesi açısından önem taşımaz. Zira hem yazılı yargılama usulünde hem de basit yargılama usulünde sözlülük ilkesine ilişkin birtakım esasların uygulandığına rastlamak mümkündür. Fakat Türk hukukunda yazıllık ilkesinin, sözlülük ilkesine nazaran, her iki yargılama usulünde de daha geniş kapsamlı ve baskın konumda olduğu söylenebilir⁸⁵⁸. Bu bağlamda Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun benimsediği rejime göre dilekçeler aşaması, ön inceleme ve kanun yolu incelemesi kural olarak yazıllık ilkesi doğrultusunda cereyan ederken, diğer yandan tahkikat aşaması duruşma yapıp celseler halinde yürütüldüğü için sözlülük ilkesinin bir nebze daha varlığını hissettirdiği ve kanun koyucunun sözlülük ilkesinden vazgeçmediği söylenebilir. Ancak yine de, iddia ve savunmaların yanı sıra hükme esas oluşturan dava malzemesinin yazılı şekilde ileri sürüldüğü göz önüne alındığında, delillerin incelenmesi ve sözlü yargılama aşaması sözlülük ilkesi doğrultusunda gerçekleşse dahi, yazıllık ilkesinin bir derece daha önem arz ettiği açıktır.

Ayrıca medeni usul hukukunda sözlülük ilkesinin en bariz şekilde uygulandığı ve esasında haklarında karar verilmesinden önce tarafların son sözlerinin sorulduğu bir yargılama kesiti olan sözlü yargılama aşamasının, bir anlamda hükmün kolektif ve diyaletik bir yargılama faaliyetinin ürünü olarak ortaya çıkabilmesini, tarafların hukukî dinlenilme hakkını gereği gibi kullanabilmelerini sağlamasına rağmen, uygulamada neredeyse hiç yapılmadığı, tahkikat aşamasının sonunda tümüyle şeklî bir prosedüre indirgenip eritildiği ve bu sebeple anlamını yitirdiği görülmektedir⁸⁵⁹. Halbuki sözlü yargılama aşaması, taraflarca tahkikatın genel değerlendirmesinin ve müzakeresinin yapıldığı, hukukî dinlenilme hakkı ve bunun alt öğelerinden açıklama ve dikkate alınma hakkı ile yakın ilişkisi olan, iddia ve savunmaların hiçbir tereddüde yer bırakmayacak şekilde hukukî dayanaklarıyla birlikte ortaya konulduğu, özet itibarıyla hâkimi etkile-

⁸⁵⁸ **Erdönmez-** Pekcanitez Usûl, s.906; **Tanriver-** Usul, C.I, s.403; **Bilge/Önen**, s.286; **Özkaya-Ferendeci**, s.150.

⁸⁵⁹ **Tanriver-** Usul, C.I, s.1109.

mek için özel bir önem taşıyan yargılama kesitidir⁸⁶⁰. Bir başka anlatımla sözlü yargılama, hukukî dinlenilme hakkının teminini pekiştiren, davada adil yargılanma hakkına ilişkin ortaya çıkan bazı şeklî eksiklikleri ve ihlâlleri gideren, uyuşmazlığın temelini oluşturan maddî vakıaların daha açık tartışılıp aydınlatılmasına katkı sağlayan, böylece hâkimin işini de kolaylaştırarak adil bir hükmün tesisine yardımcı olan emredici bir usul kesitidir⁸⁶¹. Şayet sözlü yargılama aşamasının sözlü şekilde yapılmasına ilişkin emredici kurala rağmen bu yapılmazsa, hukuki dinlenilme hakkı ihlâl edilmiş olur⁸⁶². Yine sözlü yargılama aşaması, hukuka uygun şekilde vicdanî kanaati doğrultusunda hüküm vermek zorunda olan hâkimin, hükmünün hukuken yerindeliğini bir kez daha gözden geçirmesi ve kendisini denetlenmesi bakımından önemli bir fırsat olarak değerlendirildiğinde yargısal faaliyetin bütünü üzerinde etkili olan bu kritik safhanın yargılamanın amacına hizmet eden bir yönü de mevcuttur⁸⁶³.

⁸⁶⁰ **Alpay**, s.167-168.

⁸⁶¹ **Pekcanitez, H.:** Hukuki Dinlenilme Hakkı (Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan, İzmir 2000, s.753-791), s.781; **Saygılı, A./Akça, K. N.:** 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Sözlü Yargılama Hükmünün Adil Yargılanma Hakkı İle Olan Rabıtası (AD, C.67, S.2021/2, s.15-27), s.16, s.18, s.21, s.26.

⁸⁶² **Pekcanitez-** Hukuki Dinlenilme, s.782.

⁸⁶³ "6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 184 ve 186. maddelerinde tahkikatın sona ermesi ve sözlü yargılamaya yönelik olarak; hâkimin, tarafların iddia ve savunmalarıyla toplanan delilleri inceledikten sonra, duruşmada hazır bulunan taraflara tahkikatın tümü hakkında açıklama yapabilmeleri için söz vereceği, tarafların tahkikatın tümü hakkındaki açıklamalarından sonra, tahkikatı gerektiren bir husus kalmadığını görürse, tahkikatın bittiğini taraflara tefhim edeceği, tahkikatın bitiminden sonra sözlü yargılama ve hüküm için tayin olacak gün ve saatte mahkemede hazır bulunmalarını sağlamak amacıyla iki tarafı davet edeceği, taraflara çıkartılacak olan davetiyede, belirlenen gün ve saatte mahkemede hazır bulunmadıkları takdirde yokluklarında karar verileceği hususu bildirilerek, taraflara son sözlerinin sorulmasından sonra hüküm kurulacağı düzenlenmiştir. Öte yandan 6100 sayılı Kanun'un 27. maddesinde, davanın tarafları, müdahiller ve yargılamanın diğer ilgililerinin kendi hakları ile bağlantılı olarak hukuki dinlenilme hakkına sahip oldukları belirtilmiştir. Davanın taraflarına iddia ve savunmalarını serdetme imkânı vermeden davanın esasıyla ilgili değerlendirme yapılması mahkemeye erişim hakkını zedeler. Davanın bir mahkeme tarafından görülebilmesi ve kişinin adil yargılanma hakkı kapsamına giren güvencelerden faydalanabilmesi için ilk olarak kişiye iddialarını ortaya koyma imkânının tanınması gerekir. Bu itibarla bir davanın sonucundan menfaati etkilenecek olan kişilerin bu yargılama hakkında bilgi sahibi olabilmelerine, uyuşmazlığın çözümü için gerekli ve sonuca etkili olduğunu düşündükleri hususlarda açıklamada bulunabilmelerine, iddialarını ispata yönelik delil sunabilmelerine imkân sağlanması gerekir. Bu husus aynı zamanda silahların eşitliği ve çekişmeli yargılama ilkeleri ile de ilgilidir. Dosyadaki bilgi ve belgelerden; davalılar vekilinin 27/04/2016 tarihli celse için mesleki mazeretini bildirir dilekçe gönderdiği, mahkemece dilekçede ekli masraf bulunmadığından mazeretin reddine karar verildiği, ancak aynı duruşmada sözlü yargılama aşamasına geçilerek hüküm verildiği ve 6100 sayılı Kanun'un 186. maddesi uyarınca davalı tarafa meşruhatlı davetiye çıkartılmadığı anlaşılmaktadır. Buna göre, davalılar vekilinin son celse göndermiş olduğu mesleki mazereti reddeden mahkemenin aynı celse tahkikat duruşmasına son vererek sözlü yargılamaya geçmesi ve 6100 sayılı Kanunun 27,

Dolayısıyla sözlülük ilkesinin en önemli örneklerinden birisini oluşturan sözlü yargılama aşamasının daha sıkı şekil şartlarına bağlanması, ilk derece yargılamasında bu evreye gereken dikkat ve özenin gösterilmesi, aksi hâlde bunun bir bozma sebebi olarak düşünülmesi, olması gereken hukuk açısından ayrı bir duruşma günü belirlenip salt tarafların şahsen mahkeme huzurunda tebarüz etmelerini sağlayacak şekilde uygulanması elzemdir. Nitekim Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 186. maddesinde 7251 sayılı Kanun değişikliğinden önceki dönemde kanun koyucu, sözlü yargılama aşamasına verdiği önemi vurgulamak amacıyla, tahkikatın bitiminden sonra, sözlü yargılama ve hüküm için ayrı bir duruşma gününün belirlenmesini ve tarafların mahkemede hazır bulunmalarını sağlamak amacıyla her iki tarafa davetiye çıkarılmasını öngörmüştü. Böylece kanun koyucu, tahkikat ile sözlü yargılama aşamalarının birbirinden kesin şekilde ayrılmasını; sözlü yargılamanın tahkikat ile birleştirilip adeta tahkikat aşamasının içinde eritilmesini önlemeyi ve maksadına uygun bir işlevselliğe kavuşmasını hedeflenmişti⁸⁶⁴. Gelgelelim 7251 sayılı Kanun değişikliği ile birlikte artık, mahkemece tahkikatın bittiği hususunun tefhiminden sonra, aynı duruşmada sözlü yargılama aşamasına geçilerek, talep hâlinde duruşma en az iki hafta süreyle ertelenebilecek ve fakat bu durumda hazır bulunsun veya bulunmasın sözlü yargılama için taraflara ayrıca davetiye gönderilmeyecektir (HMK m.186/1). Keza bu hususa Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 147. maddesinde de işaret edildiği görülmektedir. Anılan hükümde, ön inceleme aşamasının tamamlanmasından sonra taraflara gönderilecek olan davetiye ile, tahkikatın sona erdiği duruşmada sözlü yargılamaya geçileceği, sözlü yargılama için duruşmanın ertelenmesi hâlinde taraflara ayrıca davetiye gönderilmeyeceği ve (HMK m.150 saklı kalmak kaydıyla) yokluklarında hüküm verileceğinin bildirileceği açıkça öngörülmektedir (HMK n.147/2). Bu itibarla kanun koyucu, sözlü yargılama aşamasını, tahkikat ile iç içe geçirmek suretiyle, sözlü yargılamanın bağımsız bir yargılama evresi olduğu husu-

184 ve 186 maddelerine muhalefetle uyumsuzluğun esası hakkında karar vermesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu durum davalılar yararına kararın bozulmasını gerektirir.” (Y. 4. HD. 09.06.2020, 128/1758; Legalbank İçtihat).

⁸⁶⁴ **Tanrıver-** Usul, C.I, s.1110.

sunu göz ardı etmiş ve onu formalite seviyesine indirgeyerek anlam ve işlevinin yok olmasına sebebiyet vermiştir⁸⁶⁵.

Sonuç itibariyle, Türk hukukunda yazılılık ilkesinin yanında sözlülüğe de gereken özenin gösterilmesi; bunun için teksif ilkesinin katı yorumundan vazgeçilmesi; iddia ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağının başlangıç anının hem yazılı hem de basit yargılama usulü bakımından ön inceleme duruşmasına kadar uzatılması; taraflara ön inceleme duruşmasında da dava malzemesi getirebilmesine imkân tanınması ve sözlü yargılama aşamasının bir formaliteden ziyade bağımsız bir usul kesiti olma niteliğinin öne çıkarılması gerekir. Aksi hâlde taraf dilekçeleri son derece detaylı, karmaşık ve kabarık şekilde düzenleneceği için hâkim, tahkikat aşamasına geçmeden önce iş yoğunluğunun da etkisiyle dilekçelerin ayrıntılarını tam anlamıyla kavrayamaz; çekişmeli hususların belirlenmesinde zorlanır; duruşmalardaki tahkikat işlemlerinden istenen verimi elde edemez⁸⁶⁶; tahkikat bitiminde tarafların karşılıklı pozisyonunu (haklılık-haksızlık durumlarını) iyi analiz edemez ve hükmün diyalektik bir sürecin ürünü olmasını sağlayamaz.

Keza, Türk hukukunda avukatla temsilin zorunlu olmaması sebebiyle taraflar, iddianın ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağı hakkında bilgi sahibi olmadıkları takdirde, dilekçeler teatisi aşamasında değinmeyi unuttukları yahut karşı tarafın beyanlarından hareketle yeniden hatırladıkları hususlardaki eksiklikleri duruşmada tamamlama fırsatından yoksun kalabilir ve bu yüzden hukukî dinlenilme hakkı zedelenebilir⁸⁶⁷. Halbuki taraflara, dilekçelerin teatisinden sonraki ilk duruşmada dava malzemelerini tamamlama fırsatı verilip iddia ve savunmalarını bir kez de mahkeme huzurunda sözlü beyanlarıyla serbestçe ileri sürebilme olanağı tanınması, hâkimin de işini kolaylaştıracak gibi, uyuşmazlığın detaylarına derinlemesine vâkıf olabilmesine ve tahkikatı yalnızca çekişmeli olduğu kesinleşen hususlara hasredip yargılamayı makul sürede tamamlayabilmesine, her iki tarafın tatmin olabileceği bir hükmün inşasına ve

⁸⁶⁵ Tanrıver- Usul, C.I, s.1110-1111.

⁸⁶⁶ Özkaya-Ferendeci, s.151.

⁸⁶⁷ Özkaya-Ferendeci, s.151.

yargılamanın topyekun amacına uygun sonuçların ortaya çıkarılmasına katkıda bulunur⁸⁶⁸.

V. Babalık Davası Bakımından Değerlendirme

Yukarıdaki açıklamalar ışığında sözlülük ilkesinin ve sözlü yargılamanın öne çıkan avantajları sebebiyle babalık davası açısından sözlülüğün vazgeçilmemesi gereken bir yöntem olduğu söylenebilir. Her şeyden önce babalık davası, çocuğun yüksek menfaatlerini ilgilendiren kamu düzenine ilişkin soybağı konusunu ele aldığı için hâkimin, duruşmada taraflarla şahsen bir araya gelip dava malzemesinin toplanması amacıyla birlikte hareket edebilmesi sözlülüğün yardımıyla mümkün olabilir. Resen araştırma ilkesine göre yargılamayı yürütecek olan hâkim, taraflarla yüz yüze, doğrudan temas etmek suretiyle, davanın temelini oluşturan maddî vakıaları daha isabetli şekilde araştırabilir ve tarafların getirdiği dava malzemesiyle sınırlı olmaksızın tahkikatın çerçevesini doğru belirleyebilir. Bu ise, yargılamanın amacına ve doğrudanlığına hizmet edeceği gibi, çocuğun korunmaya değer yüksek menfaatlerinin neyi gerektirdiğinin tespitinde hâkimin işini kolaylaştırır. Her ne kadar babalık davasında isticvap ve ikrar kavramları kendilerinden beklenen etkileri doğurmasa da, sözlü yargılama sayesinde hâkim, biyolojik baba olduğu iddia edilen davalı ile evlilik dışı çocuğun anası arasındaki dava ilişkisini çocuğun menfaatleriyle mukayese şansı yakalar ve davayı aydınlatma ödevi çerçevesinde soru sorma ve açıklama yapılmasını isteme yetkisini çocuğun yararı doğrultusunda azamî verim elde ederek kullanabilir. Çocuğun hak ve menfaatleri, korunması gereken en yüksek değer olarak kabul edildiğinden hâkimin, hukuk muhakemesine egemen olan yazılilik ilkesini saf şekilde uygulaması hâlinde çocukla ilgili vakıa tespitlerinde yanılabilceği ya da gözden kaçırabileceği birtakım hususlar söz konusu olabilir. Biyolojik babalığın tespitinde genetik inceleme yöntemleri ve özellikle DNA analizinden yararlanılarak hazırlanan bilirkişi raporu yazılilik ilkesinin kapsamında değerlendirilebilecekse de, babalık davasında biyolojik babalığın tespitine bağlı olan taleplere ilişkin takdir yetkisi kullanılırken sözlülük ilkesi, bilhassa çocuğun hak ve menfaatlerinin doğru belirlenmesinde yazılilik ilkesine nazaran hâkimin kanaatini güçlendirmeye elve-

⁸⁶⁸ Özkaya-Ferendeci, s.151.

rişli nitelik taşır. Bu sebeple, babalık davasında yazılılık ilkesinin yanı sıra sözlölük ilkesinin de, tahkikat ve sözlü yargılama aşamalarında özenle uygulanması gerektiği kanaatindeyiz.



İKİNCİ BÖLÜM

BABALIK DAVASINDA İSPAT ve DELİLLER

§ 7. BABALIK DAVASINDA İSPAT KURALLARI

A. Babalık Karinesi

I. Genel Olarak

Çocuğun anasının kim olduğu objektif olarak doğum olayının baz alınmasıyla kolayca saptanabildiği hâlde, ananın doğurduğu çocuğun biyolojik babasının kim olduğu bazen tartışmalı hâle gelebilir. Çocuğun soybağının baba yönünden kurulması, ana yönünden kurulması kadar kolay olmadığından, hukukî babalığa ilişkin doğması muhtemel tereddütlerin önüne geçilebilmesi için kanun koyucu bazı karineler öngörmüştür. Bu bağlamda, örneğin evlilik devam ederken yahut evliliğin sona ermesinden başlayarak 300 gün içinde doğan, yani evlilik içinde ana rahmine düşen çocuğun hukukî babası, ananın kocasıdır (TMK m.285/1). Zira, evlenmeden başlayarak en az 180 gün geçtikten sonra ve evliliğin sona ermesinden başlayarak en fazla 300 gün içinde doğan çocuk evlilik içinde ana rahmine düşmüş sayılır (TMK m.287/2). Yine, evlenmeden önce ya da ayrı yaşama sırasında ana rahmine düşen -ve fakat evlilik içinde doğan- çocuğun babası, karine gereği, gebe kalma döneminde karısı ile cinsel ilişkide bulunduğu konusunda inandırıcı kanıtlar bulunan kocadır (TMK m.288). Aslında, babalık karinesinin işlerlik kazanabilmesi için evliliğin gerçekleşmesinden sonra asgari bir sürenin geçmesi gerekli değildir; evliliğin kurulmasından hemen sonra doğmuş olsa dahi, çocuğun evlilik birliği içinde doğduğu kabul edilir⁸⁶⁹. Dolayısıyla, çocuğun biyolojik babası, TMK m.285/1 hükmündeki babalık karinesine ilişkin kural gereği, ananın kocası olur. Ayrıca, evlilik birliği devam ederken kocanın gaipliğine karar verilmesi hâlinde, gaipliğe yol açan ölüm tehlikesinin gerçekleştiği veya kocadan son haber alındığı tarihten itibaren 300 gün içinde doğan çocuğun babası, ananın kocasıdır (TMK m.285/3). Özetle, Türk Mevâzenî Kanunu'ndaki bu kuralların hepsi “babalık karinesi” olarak adlandırılır.

⁸⁶⁹ Acabey, s.110.

İşte yukarıda anıldığı gibi çeşitli hükümlerde öngörölmüş olan babalık karinesi, evlilik içinde ana rahmine düşen bir çocuğun hukukî anlamda soybağının ana ile evli olan erkeğe bağılı bulunduğunu kabul eden adi bir kanunî karinedir. Doğuran kadının analığı, aksi iddia ve ispat edilemez bir karine olarak kabul edilmekte iken; erkeğin babalığı aksi ispatlanabilir bir karinedir. Çünkü genel ahlâk kuralları itibariyle normal şartlarda evli bir kadının kocasından başka birisiyle cinsel ilişkiye girmeyeceğı düşünölürse, kanunda belirtilen sürelerde doğan çocuğun da, kocadan olduğı varsayılır⁸⁷⁰. Evlilik birliğı içinde doğan çocuklar bakımından kocanın baba olmasını düzenleyen babalık karinesinin başka şekilde ortaya çıktığı hâller de mevcuttur. Örneğın, evlilik dışı çocuğun doğumundan önceki 300. gün ile 180. gün arasında ana ile cinsel ilişkide bulunan bir erkek de babalık karinesi uyarınca çocuğun babası olarak kabul edilir (TMK m.302). Bu olasılıkta, anılan süre zarfında ana ile cinsel ilişkiye girdiğı sabit olan erkeğın babalığı, karine sonucu olarak karşımıza çıkar. Kritik dönemde evlilik dışı çocuğun anasıyla cinsel ilişkiye girilmesi olgusu karine temeli iken; cinsel ilişkiye giren erkeğın hukukî anlamda baba sayılması, yani evlilik dışı çocukla soybağının kurulması ise karine sonucudur.

II. Karinelerin Çakışması

Türk Medenî Kanunu'nda evlilik sona erdikten sonra doğan çocuğun soybağının karışmasını ve babalık karinelerinin üst üste gelmesini önlemek amacıyla, evliliğın sona erdiği tarihten başlayarak 300 gün geçmedikçe kadının yeniden evlenemeyeceğı düzenlenmiştir (TMK m.132/1). Kadın için öngörölen bu bekleme (iddet) süresi, kadının evliliğı sona erdikten sonra tekrar evlenmesi hâlinde, doğan çocuğun sona eren evliliğından mi yoksa hâlihazırdaki yeni evliliğinden mi olduğı hususunda sorun çıkmaması amacıyla öngörölmüştür. Her ne kadar kadın için 300 günlük bekleme süresi, bu süre dolmadan yeniden evlenmeye engel teşkil etse de, kadının bu süreyi geçirmeden yeniden evlenmesi ve bekleme süresi içinde çocuk doğurması hâlinde, bu çocuğun babasının kim olacağı sorusu akla gelir. Türk Medenî Kanunu'nun 285. maddesinin ilk fıkrasında öngörölen babalık karinesi gereğı çocuğun soybağı, ilk evliliğın sona ermesinden itiba-

⁸⁷⁰ Belgesay- Deliller, s.96.

ren 300 gün içinde doğduğu için ilk kocaya; diğer yandan, mevcut evlilik devam ederken doğduğu için de ikinci kocaya bağlanabilir hâle geldiğinde, iki ayrı babalık karinesinin çatışmasından bahsedilebilir⁸⁷¹. Çocuğun hukuken iki babası olamayacağına göre, bu sorunun çözümü adına kanun koyucu, evliliğin sona ermesinden başlayarak 300 gün içinde doğan çocuğun anası bu arada yeniden evlendiği takdirde, ikinci evlilikteki kocanın hukuken baba sayılacağını kabul etmiştir (TMK m.290/1). Buna göre, varolan evlilikteki kocanın babalığı karineten kabul edilir. Fakat çocuğun soybağı, varolan evlilikteki koca tarafından dava yoluyla reddedildiğinde ise, mahkemece o çocuğun biyolojik babasının ananın mevcut evliliğindeki kocası olmadığına karar verilirse, bu durumda sona eren evlilikteki koca açısından babalık karinesi devreye girer (TMK m.290/2). Yine bu yönde benzer bir düzenlemeye İsviçre hukukunda da rastlanır. İsviçre Medenî Kanunu'nun "karinelerin çakışması" başlıklı 257. maddesine göre çocuk, evliliğin ölümle sona ermesinden itibaren 300 günlük sürenin dolmasından önce doğar ve çocuğun anası da bu arada yeniden evlenirse, ikinci evlilikteki koca baba sayılır. Bu karinenin aksi ispat edildiğinde ise, ilk kocanın babalığına ilişkin karine geçerlilik kazanır. Kanımızca ikinci kocanın babalığını öngören bu karinenin kayıtsız şartsız kabul edilmesi yerinde değildir. Zira çocuk, ikinci evlilik tarihinden itibaren henüz 180 gün geçmeden doğduğunda, ilk kocanın babalığı daha kuvvetli bir olasılık olup, doğum olayı ikinci evlilik tarihinden itibaren 180 gün geçtikten sonra gerçekleştiğinde ise, her iki kocanın babalığı eşit olasılık olarak gözükmekle birlikte, hayat deneyimleri ve evlilik düzeninin korunması gereği karşısında ikinci kocanın babalığını kabul etmek daha isabetli olacaktır⁸⁷².

B. Babalık Davasında İspat Yükü

I. Genel Olarak

İspat yüküne ilişkin genel kural uyarınca, babalık davasında, davalı erkeğin, evlilik dışı çocuğun biyolojik babası olduğunu ispat yükü, davacıya aittir (TMK m.6). Yani davacı, davayı kazanmak için evlilik dışı çocuğun biyolojik babasının, davalı erkek

⁸⁷¹ Tekinay- Aile, s.397-398; Oğuzman/Dural, s.203; Dural/Öğüz/Gümüş, s.271, kn.1352.

⁸⁷² Tekinay- Aile, s.399.

olduğunu ispatlamak zorundadır⁸⁷³. Fakat ilk etapta doğal soybağının, genetik incelemeler yardımıyla doğrudan ispatı yolunu tercih etmeyen davacı, Türk Medenî Kanunu'nun 302. maddesinde öngörülen karineden yararlanarak da ispat yükünün gereğini yerine getirebilir. Kural olarak taraflar, kendi aralarında, bir vakıaya ilişkin ispat yükünün dağılımı konusunda sözleşme yapabilecek olsalar da, maddî hukuk bakımından tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği soybağı davalarından olan babalık davasında, biyolojik babalığın nasıl ispat edileceği ve ispat yükünün hangi tarafa ait olacağı hususunu sözleşmeyle kararlaştıramazlar⁸⁷⁴.

Babalık karinesinden söz edilebilmesi için, karineye dayanan tarafın, karinenin geçerlilik koşulu olan vakıayı, yani karine temelini ispatlaması gerekir. Babalık karinesi bakımından karineyle ispatın konusunu oluşturan koşul vakıa (karine temeli), evlilik dışı çocuğun doğumundan önceki 180 ila 300. gün arasında kalan 121 günlük⁸⁷⁵ gebe kalma evresi (kritik dönem) içerisinde davalının anayla cinsel ilişkide bulunmuş olmasıdır. Karine yoluyla ispat kolaylığı sayesinde davacı, evlilik dışı çocuğun anası ile davalı arasında kritik dönemde vuku bulan cinsel ilişkiyi, yani koşul vakıayı ispatladığı takdirde karine sonucundan yararlanıp babalığı ispatlamış sayılır; sabit olan cinsel ilişkiyle doğum olayı arasındaki nedensellik bağına ayrıca ispatlamaya gerek kalmaz⁸⁷⁶.

Öte yandan, babalık davasında davalı, çocuğun biyolojik babasının kendisi olmasının olanaksızlığını veya bir üçüncü kişinin baba olma olasılığının kendisinininkinden daha fazla olduğunu ispatlarsa, söz konusu babalık karinesi geçerliliğini kaybeder (TMK m.302/3). Gerçi günümüz itibariyle yargı uygulamasında biyolojik babalığın ispatında, her hâlükârda doğrudan DNA analizine dayanan genetik inceleme yoluna gidilmesi istikrar kazandığından, teorik ve yasal çerçevede varlığını koruyan babalık karinesinin babalık davası bakımından pratikteki anlam ve önemini yitirdiğini söylemek

⁸⁷³ Akıntürk/Ateş, s.364.

⁸⁷⁴ Atalay- Pekcanitez Usûl, s.1707.

⁸⁷⁵ Çocuğun doğduğu tarihe göre hesaplanan sürenin 120 değil de 121 gün olması, doğumun gerçekleştiği günün hesaba katılmayıp doğumdan önceki 180. günün ise buna dahil edilmesinden dolayıdır (bkz. Oğuzman/Dural, s.345; Dural/Öğüz/Gümüş, s.309, kn.1489).

⁸⁷⁶ Akıntürk/Ateş, s.364.

mümkündür⁸⁷⁷. Kaldı ki, babalık davasının kamu düzenine ilişkin olması, hâkimin resen araştırma ilkesi doğrultusunda yargısal faaliyette bulunması ve tıp biliminde kaydedilen gelişmeler karşısında, davacının ispat yüküne ilişkin sözü edilen babalık karinesinin, ispat hukuku açısından doğal soybağının ispatında işlevsiz kaldığı da ortadadır. Genellikle hem davacının hem de hâkimin, doğal soybağının ispatında babalık karinesine dayanmaksızın doğrudan doğruya ve kesine yakın ölçüde bilimsel verilerle ispata elverişli DNA analizi yöntemine dayanan genetik incelemeleri tercih ettiği sıkça görülür. Bu itibarla, özellikle babalık davasında karine yardımıyla ispatın artık neredeyse hiç uygulanmadığı bir çağda olduğumuza vurgu yapılmalıdır.

II. Davacı Bakımından (Babalık Karinesine Dayanan İspat)

Evlilik dışı çocuğun davalı erkeğin doğal soybağından geldiğini ispatta karşılaşılan güçlüğün hafifletilmesi maksadıyla, doktrinde⁸⁷⁸ “çapkınlık karinesi” olarak anılan ve TMK m.302 hükmünde öngörülen karine, ispat yükünü tersine çeviren bir kural olarak karşımıza çıkar. Buna göre, çocuğun doğumundan önceki 300. gün ile 180. gün arasında kalan 121 günlük kritik dönemde davalı erkeğin, çocuğun anasıyla cinsel ilişkiye girmiş olduğunun ispatlanması, onun babalığına karine sayılır⁸⁷⁹. Bir başka ifadeyle davacı, bu kritik zaman diliminde davalı ile ana arasındaki cinsel ilişkiyi, tanık beyanı gibi takdirî delillerle veya emarelerle, hâkimde yeterince güçlü bir kanaat uyandırmaya elverişli şekilde yaklaşık olarak ispat ederse, babalık karinesi devreye girer⁸⁸⁰. Bu bağ-

⁸⁷⁷ Aebi-Müller/Jaggi, s.354.

⁸⁷⁸ Serozan- Çocuk, s.214, n.64; Baygın- Soybağı, s.83; Baygın- Kan Bağı, s.275.

⁸⁷⁹ Artus- II, s.235; Baygın- Soybağı, s.83; Baygın- Kan Bağı, s.275; Akıntürk/Ateş, s.364.

⁸⁸⁰ “...Medeni Kanunun 302. maddesi; davalının, çocuğun doğumundan önceki üçyüzüncü gün ile yüzsekseninci gün arasında ana ile cinsel ilişkide bulunmuş olmasının babalığa karine sayılacağını, bu sürenin dışında olsa bile fiili gebe kalma döneminde davalının ana ile cinsel ilişkide bulunduğunun tespiti halinde de aynı karinenin geçerli olacağını, hükme bağlamıştır. Babalık davası kayyım tarafından açılmıştır. Tanıklar baba olduğu iddia edilen davalı L. ile annenin bir ev tutarak karı koca şeklinde yaşadıklarını S.'in hamile kaldığını, hamileliğin altı veya yedinci ayında L.'in anneyi terk ettiğini, annenin başka bir kişi ile ilişkisinin olmadığını ifade etmişlerdir. Bu durumda çocuğun davalıdan olduğuna dair karine oluşmuştur. Oluşan karinenin aksini ispat etmek davalıya düşmektedir. Mahkemece; baba olduğu iddia edilen L.'e (davalıya) kan testleri ve DNA araştırılmasının yapılması bakımından gerekli giderlerin karşılanması için makul süre verilmesi, sonuçlarının anlatılması, deliller birlikte değerlendirilip sonucu uyarınca karar verilmesi gerekir. Açıklanan husus üzerinde durulmadan yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır.” (Y. 2. HD. 23.10.2003, 12787/14153; Legalbank İçtihat).

lamda, davalıyla ananın kritik dönemde aynı evde fiilen birlikte yaşamaları, sık sık birbirlerini ziyaret edip gece yatıya kalmaları, birbirlerine aşk mektupları yazmaları, sık sık hekim kontrolüne gitmeleri ve ananın doğum masraflarının davalı tarafından karşılanması vb. olaylar, davalının biyolojik baba olduğu yönünde hâkimde yaklaşık ispat ölçüsünü oluşturan yeterli kanaati sağlamaya elverişli örnekler olarak gösterilebilir⁸⁸¹. Kanun koyucu, 121 günlük kritik dönemde gerçekleşen cinsel ilişkiler için babalık karinesi öngörürken sadece çocuğun ana rahminde kalacağı süreyle, sözü edilen 121 günlük zaman dilimindeki cinsel ilişki arasında bir uygunluk ve bağlantı bulunacağı varsayımına dayanır⁸⁸². Ancak babalık karinesinin aksi her zaman ispat edilebilir. Kaldı ki, günümüz tıbbında gerçekleşen bilimsel gelişmeler ile ananın regl dönemleri ve çocuğun doğum anındaki bedensel gelişimleri dikkate alınarak 121 günlük kritik gebe kalma dönemi, 10-12 güne kadar indirilebilmekte ve ananın hangi tarihler arasında gebe kalmasına yol açan cinsel ilişkiyi yaşadığı tespit edilebilmektedir⁸⁸³.

Bu itibarla babalık davasında davacının, kendisine ait ispat yüküne ilişkin olarak yerine getirmesi gereken teorik çerçevedeki asgari koşul, babalık karinesinin karine temelini oluşturan vakıayı, yani davalının, saptanan bu 10-12 günlük kritik dönemde çocuğun anası ile en az bir defa cinsel ilişkiye girdiğini ispatlamaktır. Karinenin oluşmasını sağlayan cinsel ilişkide, bedensel temas yeterli olup, çiftin korunma yöntemlerini kullanmış yahut birleşmenin tam sonuçlanmadan yarıda kesilmiş olması, karinenin doğumunu engellemez⁸⁸⁴. Bu noktada davalının, çocuğun anasıyla kritik dönemde bir cinsel ilişki gerçekleştirdiğini ikrar etmesi hâlinde de, başkaca delile gerek kalmaksızın, karine temeli çekişmesiz hâle geldiğinden, karine gereği davalı kişi biyolojik baba varsayılır ve ispat yükü davalıya geçer. Davalının ikrarı davayı kabul anlamına gelmeyip, yalnızca babalık karinesine dayanan davacının karine temelini oluşturan vakıayı ispat külfetinden kurtulmasını sağlar. Fakat karine temelinin ispatında isticvaba başvurulamaz; yemin teklif edilemez; bunun dışında hâkim, resen araştırma ilkesi uyarınca uygun gördüğü diğer her türlü delile ve delil elde etme aracına başvurabilir. İkrar elde edile-

⁸⁸¹ Tekinay- Aile, s.545; Baygın- Soybağı, s.83-84; Şatıroğlu- II, s.278.

⁸⁸² Tekinay- Aile, s.544.

⁸⁸³ Serozan- Çocuk, s.214, n.64; Acabey, s.121; Demir- Hata Payı, s.295.

⁸⁸⁴ Dural/Öğüz/Gümüş, s.309, kn.1488; Oğuzman/Dural, s.344.

meyen hâllerde ise davacının, cinsel ilişkinin vukuunu tam olarak ispatlamak için doğrudan delil göstermesi gerekme bile, kritik dönemde böyle bir olayın gerçekleştiğine ilişkin hâkim nezdinde yeterince güçlü kanaati oluşturması şarttır.

Yine, İsviçre Medeni Kanunu'nun 262. maddesinde de aynı kurala yer verilmiş olup, hükmün ikinci fıkrasına göre, çocuğun ana rahminde 300 günden fazla ya da 180 günden az kalmış olma olasılığı dikkate alınarak, tıbben öngörülen 121 günlük zaman diliminin dışında kalsa dahi ananın, fiilen gebe kaldığı dönemde davalı ile cinsel ilişkide bulunduğu hekim raporuyla kesin şekilde ortaya konulabilirse, aynı karine geçerliliğini korur (ZGB Art.262, Abs.2; TMK m.302/2). Yani kadının gebe kalma anının, doğumdan önceki 300. günden daha öncesine yahut doğumdan önceki 180. günün sonrasına isabet ettiği ve davalının da o dönemde cinsel ilişkide bulunduğu hâllerde davacı, çocuğun ana rahminde 300 günden fazla yahut 180 günden az kaldığını ve cinsel ilişki tarihiyle gebeliğin süresi arasında bir korelasyon olduğunu ispatlayarak babalık karinesinden yararlanabilir⁸⁸⁵. Dolayısıyla, evlilik dışı çocuğun, 121 günlük gebe kalma evresi dışında ve fakat bu evreye çok yakın günlerde vuku bulan cinsel ilişkinin ürünü olduğunu ileri süren davacı taraf, hayatın olağan akışına aykırı bir olguyu iddia ettiğinden, bu iddiasını, inkârı mümkün olmayan kesin tıbbî delillerle ispatlamak zorundadır. Ancak babalık karinesinin geçerli olduğu hâllerde davacı, ispatlanan cinsel ilişki ile çocuğun doğumu arasındaki nedensellik bağı, yani çocuğun o dönemdeki cinsel ilişkinin ürünü olduğunu ayrıca ispatlamak zorunda değildir⁸⁸⁶.

III. Davalı Bakımından (Babalık Karinesinin Çürütülmesi)

1. Genel Olarak

Kritik dönemde ana ile cinsel ilişkiye girdiği ispatlanan davalı için babalık karinesi işlerlik kazanır ve böylece baba olmadığını ispat yükü, babalık karinesi aleyhine olan davalı erkeğe geçer. Kanun koyucu, karinenin etkisiz kılınması için ne yapılması gerektiğini ise açıkça belirtmiş olup, buna göre davalı, ancak, ya baba olmasının imkân-

⁸⁸⁵ Tekinay- Aile, s.543-544; Baygın- Kan Bağı, s.275; Öztan, 943.

⁸⁸⁶ Tekinay- Aile, s.543; Baygın- Kan Bağı, s.276; Şatıroğlu- II, s.277; Öztan, 944.

sızlığını ya da bir üçüncü kişinin baba olma olasılığının kendisinden daha fazla olduğunu ispatladığı takdirde babalık karinesini bertaraf edebilir (TMK m.302/3).

Öte yandan, 743 sayılı (mülga) Medenî Kanun'dan farklı olarak, yürürlükteki Türk Medenî Kanunu'na göre davalı, evlilik dışı çocuğun anasının iffetsiz olduğunu veya birden fazla erkekle cinsel ilişkiye girdiğini iddia ve ispat etmekle babalık karinesini çürütemez. Hâlbuki 743 sayılı (mülga) Medenî Kanun'da, davalı, kendisinin babalığı hakkında ciddi şüpheler uyandıran hâllerin varlığını, örneğin ananın kritik dönemde başka bir ya da birkaç erkekle cinsel ilişkiye girdiğini (çokluk defi: *exceptio plurium*) yahut iffetsizlik defini ileri sürerek babalık karinesini çürütebilirdi⁸⁸⁷. 743 sayılı (mülga) Medenî Kanun'un 302. maddesindeki “*ananın, gebe kaldığı zaman iffetsizlikle meluf olduğu sabit olursa; babalık davası, reddolunur*” şeklindeki hükme yeni kanunda yer verilmemesi isabetli olmuştur. Yürürlükteki Türk Medeni Kanunu ise, karinenin çürütülmesi bakımından, ananın kritik dönemde davalıdan başka bir ya da birkaç erkekle cinsel ilişkide bulunduğunun yahut iffetsiz bir yaşam sürdüğünün ispatını yeterli görmeyip, anayla cinsel ilişkiye giren erkeğin ya da erkeklerden birisinin biyolojik baba olma olasılığının davalı erkekten daha fazla olduğu hususunda hâkimde yaklaşık ispat ölçüsünde yeterli bir kanaatin oluşmasını şart koşar⁸⁸⁸. Hâkim nezdinde bu yönde bir kanaat hasıl olduğu takdirde artık davacı, biyolojik babalığın ispatında babalık karinesinden yararlanamaz.

Yine, ananın iffetsiz bir yaşam sürdüğü yönündeki iddialar sabit olsa dahi, davalının babalık davasından kurtulma şansı olmadığı gibi, aleyhine kurulan babalık (çapkınlık) defini dahi çürütmesi mümkün değildir⁸⁸⁹. Çoğu kez davalının, DNA analizi yoluyla yapılacak genetik inceleme sonucunda biyolojik baba olmadığını ispatlamaktan başka çaresi kalmaz. Her ne kadar Yargıtay kararlarında aksi yönde görüşler istikrar kazanmış olsa da, teorik çerçevede, babalık davası sürerken davalının biyolojik babalı-

⁸⁸⁷ **Artus-** II, s.236-237. Bu defilerin dayanağını oluşturan vakıaların ispat yükü, defiden yararlanan tarafta, yani davalıdadır (bkz. **Umar, B./Yılmaz, E.:** İspat Yükü, 2. B., Büyükçekmece 1980, s.96-97, s.140-141).

⁸⁸⁸ Örneğin, çocuğun fiziksel özellikleri itibariyle davalıya nazaran diğer erkeğe bariz şekilde daha çok benzemesi hâlinde davalı aleyhine kurulan babalık karinesi çürütülmüş olur (bkz. **Tekinay-** Aile, s.546-547; **Baygın-** Kan Bağı, s.276).

⁸⁸⁹ **Baygın-** Kan Bağı, s.276.

ğının karine yoluyla ispatlanması yahut sunulan diğer deliller karşısında mahkemenin, biyolojik babalığa ilişkin anlamlı bir sonuca ulaşması hâlinde, somut olayın koşullarına göre artık biyolojik babalığın olumlu tespiti maksadıyla DNA analizine başvurulması zorunlu ve gerekli olmaktan çıkabilir. Bu durumda davalı, kendisi hakkında sübut eden babalık karinesini çürütmek amacıyla, “îmkânsızlık defi” ve üçüncü kişinin babalığının daha kuvvetli ihtimal olması defi” şeklinde iki ayrı defi ileri sürüp karinenin geçersizliğini sağlayabileceği gibi, DNA analizi yöntemiyle genetik inceleme yapılmasını mahkemedен serbestçe talep edip, aleyhine ortaya çıkan karinenin aksini ispatlayarak karine sonucunu ortadan kaldırabilir.

Her ne kadar gelişen koşullar sebebiyle pratikte pek anlamı kalmamış bir hüküm olsa da, kanımızca TMK m.302/3, biyolojik babanın öldüğü veya gaipliğine karar verildiği, bu yüzden de baba şüphelisinin mirasçılara karşı babalık davası açıldığı durumlarda, mahkemelerce son çare olarak gidilmesi gereken mezar açma işleminden önce veyahut mezarın bulunamaması hâlinde mirasçılar tarafından tüketilmesi gereken hukukî bir seçenek olarak değerlendirilebilir. Anılan hüküm, ispat yükünün bir tenis topu gibi taraflar arasında gidip gelmesini önleyen, davalı erkeğin iffetsizlik defini ispat ederek babalık davasından kurtulması fikrindeki adaletsizliğe son veren ve makul bir çözüm öngören düzenleme olarak görülebilir.

2. Davalının Babalığının İmkânsız Olması (İmkânsızlık Defi)

Babalık karinesinin bu yolla çürütülebilmesi için, davalı, çocuğun kendisinden olmadığını; yani cinsel ilişkiyle çocuğun doğumu arasında nedensellik bağının bulunmadığını ispatlamalıdır⁸⁹⁰. Kişinin, fizyolojik bir engelden dolayı çocuğun anasını gebe bırakmaya ehil olmaması; hekim raporuyla kişiye azospermi (menide hiç canlı spermin bulunmaması hastalığı), kısırlık, fiziksel ve ruhsal yönden tam cinsel iktidarsızlık teşhisi konması; erkeklik uzvunun ve/veya testislerin kısmen ya da tamamen üreme ve dölleme işlevini yitirmesi (örn. penis ampütasyonu); hekim tarafından on ila onbeş güne kadar indirgenip hesaplanabilen 121 günlük kritik dönem içerisindeki yaklaşık gebelik tarihlerinde kadının davalı erkekle farklı mekânlarda ve uzak mesafelerde bulunup da, bu ta-

⁸⁹⁰ Dural/Öğüz/Gümüş, s.310, kn.1492; Öztan, s.945.

rihlerde bir cinsel ilişkinin gerçekleşmesinin imkânsız olması (örneğin, kritik dönemde davalının yurtdışında, kapalı cezaevinde, askerlik hizmetinde, esir kampında, yoğun bakım ünitesinde, karantina veya ambargo altındaki bölgede bulunması gibi, yer yönünden uzaklık sebebiyle maddî imkânsızlık hâllerinde⁸⁹¹); kadının kesin olarak gebe olmadığı bilindiği ve davalı erkek aralarında cinsel ilişkinin imkânsız olduğu bir dönemde kadının gebe kalması; kadının cinsel ilişki sırasında zaten gebe olması; çocuğun davalı erkekten başkasına ait olduğuna delalet eden olgulara örnek gösterilebilir⁸⁹². Bu gibi olguların davalı tarafından ispatı hâlinde, çocuğun anasıyla girdiği cinsel ilişkiyle çocuğun doğumu arasında nedensellik bağı bulunmadığı da ispatlanmış olur ve imkânsızlık defî gereği babalık davası reddedilir⁸⁹³. Zira tıbbî veya maddî unsurlar sebebiyle davalının, 121 günlük kritik dönemde cinsel ilişkinin vukuuna rağmen evlilik dışı çocuğun anasını çeşitli gerekçelerle gebe bırakma yeteneğinin bulunmadığı yahut kadının yaklaşık gebelik tarihine yakın zamanlarda onunla cinsel ilişkiye girmediği hekim raporuyla kesin olarak ortaya konulduğu takdirde, çocuğun doğumuyla davalının cinsel ilişkisi arasındaki nedensellik bağı koparıldığı için, genetik inceleme yapılmasına ihtiyaç kalmadan babalık davası karara bağlanabilir. Ancak unutulmamalıdır ki, babalık olgusunu bertaraf etmeye yarayan imkânsızlık def'ine ilişkin vakıalar, genel hayat tecrübesine dayalı kurallardan hareketle, emare ispatına olduğu gibi, mutlak bir kesinliğe ulaşmaya elverişli nitelik taşımadıkları için, babalık olgusunun aksinin kesin olarak ispatı için yeterli sayılamazlar⁸⁹⁴. Nitekim imkânsızlığın def'i olarak adlandırılmış olmasının temelinde de bu yatmaktadır. Babalık olgusunun menfî yönden ispatı bağlamında imkânsızlık defî, daha ziyade özellikle biyolojik babanın dava açılmadan önce ya da dava sürerken öldüğü ve davaya mirasçılara karşı devam edildiği durumlarda, mezar

⁸⁹¹ Burada davalı, “ben kritik döllenme döneminde evlilik dışı çocuğun anasıyla cinsel ilişki kuramazdım, çünkü ben kadınla buluşup cinsel ilişki kuramayacak kadar uzak bir başka yerdeydim, bu nedenle döllenme benim eserim değildir.” demek suretiyle maddî imkânsızlığı vurgular. Ancak “ben Fethiye’deyim, evlilik dışı çocuğun anası Marmaris’tedir” diyerek imkânsızlık definden yararlanılamaz. Çünkü kadın, kritik döllenme döneminde Marmaris’ten Fethiye’ye seyahat edip kendisiyle cinsel ilişki kurduğunu kanıtlayarak babalık karinesini canlandırabilir ve karinenin aksini ispat yükü yeniden davalıya geçebilir.

⁸⁹² Ayrıca bkz. **Artus-** II, s.237.

⁸⁹³ **Akıntürk/Ateş**, s.365.

⁸⁹⁴ **Atalay, O.:** Medeni Usul Hukukunda Menfî Vakıaların İspatı, İzmir 2001, s.98.

açma işleminin hem cesedin bütünlüğüne ve ölünün manevî varlığına saygı gereği hem de aile bireylerine ızdırap yaşatılmaması için, davalı tarafın savunmasında başvurabileceği ve yeterince güçlü kanaat edinildiği takdirde mahkemece muhakkak mezar açılıp genetik inceleme yapılmasına gerek kalmadan karar verilebilmesine imkân sağlayan hâllerden sayılabilir.

3. Üçüncü Bir Kişinin Babalığının Daha Kuvvetli Bir Olasılık Olması

Davalı, kendisinin biyolojik baba olmasının imkânsızlığını ispatlayamadığından ötürü imkânsızlık definden sonuç alamamış olsa bile, bir üçüncü kişinin babalığının daha kuvvetli bir olasılık olduğunu yaklaşık ispat ölçüsünde ispatladığı takdirde, aleyhinde oluşan babalık karinesini çürütebilir. Bu durumda davalı, şahsında oluşan sebeplerden ziyade, başka bir kişinin baba olma olasılığını öne çıkararak, kendisinin babalığına dair ciddi olumsuz şüpheler, tereddütler ve güvensizlik algısı yaratmayı amaçlamakta ve böylece belirsizlikten doğan ispat rizikosunu davacı anaya yüklenmiş olmaktadır⁸⁹⁵.

743 sayılı (mülga) Medenî Kanun'a göre, üçüncü bir kişinin babalığının daha kuvvetli bir olasılık olduğu hususunda iki farklı defî ileri sürülerek babalık karinesinin çürütülmesi mümkün kılınmıştır. Bu çerçevede ilk olarak, “ciddi şüphe defî” ile davalı, evlilik dışı çocuğun, onun anasıyla girdiği cinsel ilişkinin bir ürünü olmadığını, yani cinsel ilişkiyle çocuğun doğumu arasında nedensellik bağı bulunmadığını değil; aksine, kendisinin de baba olabileceğini ve fakat kendisinin yanında başka bir kişinin de baba olma olasılığının bulunduğu iddiasını, bunu ciddi gösteren kuvvetli delillerle ileri sürerek, bunun sonucunda hâkimde oluşan şüpheden yararlanmaya çalışır⁸⁹⁶. Örneğin çocuğun, dış görünüş ve fiziksel yapı itibarıyla davalıya hiçbir şekilde benzememesi, başka bir ırkın genetik özelliklerini taşıması⁸⁹⁷ yahut ananın kritik dönemde birden çok erkekle cinsel ilişkiye girdiğinin sabit olması (çokluk defî) hâlinde davalının, çocuğun babası olduğu hususunda ciddi şüphenin ortaya çıktığı gerekçesiyle babalık karinesinin geçerli-

⁸⁹⁵ Elöve, s.47.

⁸⁹⁶ Oğuzman/Dural, s.347.

⁸⁹⁷ Örneğin davalıdan farklı olarak, çocuğun zenci veya çekik gözlü olması hâlinde, ispat yükünü taşıyan davacı, davalının atalar zinciri içerisinde zenci bir büyük baba ya da çekik gözlü bir dede olduğunu ispatlarsa, babalık karinesi yeniden devreye girer.

liğini yitirdiği kabul edilir⁸⁹⁸. Davalı, çokluk defini her türlü delille doğrudan doğruya ispatlayabileceği gibi, ananın başka erkeklerle cinsel ilişkisini kuvvetle muhtemel gösteren emareler yardımıyla dolaylı olarak da ispatlayabilir. Çokluk defi olarak tanımlanan durumda, birden fazla kişi aleyhine doğan babalık karanesi gereği bu kişilerin birlikte baba olması düşüncesi söz konusu olamayacağı için, karinelerin birbirini çürüttüğünden bahsedilebilir⁸⁹⁹. Yine, birden fazla kişi tarafından aynı anda veya çok yakın zaman aralığıyla tecavüze uğrayan kadının gebe kalıp çocuk doğurması hâlinde, tecavüzde bulunan kişilere karşı açılan babalık davasında davalılar çokluk definiden yararlanarak babalık karanesini çürütebilirler⁹⁰⁰. Bu itibarla, davalının babalığını herhangi bir sebeple ciddi anlamda şüpheli göstermeye elverişli hâllerin varlığı, babalık karanesini etkisiz kılar (MK m.301, c.2). Kendisine karşı çokluk defi ileri sürülerek babalık karanesi çürütülen ana ise, çokluk definin aksini ancak genetik inceleme yöntemleriyle ispatlayabilir. Yani ana, kritik gebe kalma döneminde birden çok kişiyle cinsel ilişki sabit olmasına rağmen, çocuğun davalı ile olan ilişkiden meydana geldiğini DNA analizi talep ederek çokluk defini bertaraf edebilir⁹⁰¹.

Yine 743 sayılı (mülga) Medenî Kanun'da, davalı aleyhine doğan babalık karanesinin çürütülmesi hususunda ciddi şüphe definin yanı sıra, evlilik dışı çocuğun anasının bir hayat tarzı olarak gelişi güzel ve meçhul erkeklerle cinsel ilişkiye girmeyi alışkanlık hâline getirmesi olgusuna dayanan “iffetsizlik defi” yer alır. İffetsizlik defi ileri sürülerek babalık karanesinin çürütülebilmesi için, ananın gebe kaldığı dönem civarında alışlagelmiş biçimde, kolaylıkla ve müteaddit surette çeşitli erkeklerle cinsel ilişkiye girmesi ve bunu yaparken kusurlu olması gerektiği öngörülmüş⁹⁰²; kadının ayırt etme gücünü yitirdiği, hileye ya da tehdide maruz kaldığı hâllerde yaşanan cinsel ilişkilerin

⁸⁹⁸ Tekinay- Aile, s.546; Akıntürk/Ateş, s.366.

⁸⁹⁹ Tekinay- Aile, s.547; Oğuzman/Dural, s.347.

⁹⁰⁰ Tekinay- Aile, s.548.

⁹⁰¹ Artus- II, s.238-239. Davalının, mahkeme dışı ikrar yoluyla evlilik dışı çocuğun biyolojik babası olduğunu kabul etmesine rağmen, bunun davada çokluk defini ileri sürme hakkından feragat ettiği anlamına gelmeyeceği yönündeki görüş için bkz. Artus- II, s.239-240.

⁹⁰² İsviçre Federal Mahkemesi kararlarına göre iffetsizlik tabirinden ne anlaşılması gerektiği hakkında ayrıca bkz. Artus- II, s.241.

yanı sıra cinsî iffetsizlik sayılamayan alkoliklik yahut haysiyetsiz yaşam sürme gibi hâllerde iffetsizlik defi ileri sürülemeyeceği belirtilmiştir⁹⁰³.

743 sayılı (mülga) Medenî Kanun döneminde iffetsizlik defi sabit olduğu takdirde, babalık davasının reddine karar verileceği; zira, herkes tarafından bilinen ahlâkî durumu ve yaşayış tarzı o denli bozuk ve düzensiz olan bir kadınla davalının cinsel ilişkisi sabit olsa bile, babalık karinesine itibar edilemeyeceği; hatta davalının baba olma ihtimali kadar bir başkasının da aynı ölçüde baba olabilme ihtimalinin bulunduğu varsayımından hareketle ananın davalıya yönelttiği babalık davasında kötünîyetli olabileceği dahi söylenebilir⁹⁰⁴.

İffetsizlik defi ile çokluk defi birkaç yönden birbirinden ayrılır. İffetsizlik olgusunda kadının cinsel hayat tarzı, babalığın tâyinine imkân vermeyecek derecede aşırı düzensiz ve dengesizdir ki⁹⁰⁵ hâkim, kadının ileri sürdüğü iddialara itibar edemez; çünkü iffetsizlik olgusu, hâkimde öyle etkiler yaratır ki, çocuğun babasının davalı ile birlikte onun dışındaki herkesin olabileceği kanaati baskın çıkar⁹⁰⁶. Çokluk definde ise, kadının cinsel hayat tarzında genel anlamda aşırı dengesizlik olmamakla birlikte, sadece kritik gebelik döneminde birden çok kişiyle ilişkiye girmesi söz konusudur. Aslında çokluk defi bazen iffetsizlik definin kapsamına girip onun bir cüz'ü mahiyetinde ortaya çıkabilir. Ancak aralarındaki en önemli fark, kadının iffetsizliği sübuta erdiğinde davacı, çocuğun biyolojik babasının davalı olduğunu ve bu iddiayı her türlü delille ispatlayabileceğini artık öne süremediği hâlde; çokluk defi kabul edildiğinde ise, davacı buna rağmen davalının biyolojik baba olduğunu ispata yönelik faaliyetine devam edebilir⁹⁰⁷.

⁹⁰³ **Oğuzman/Dural**, s.348. İffetsizlik üzerine daha ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. **Tekinay-** Aile, s.548; **Oğuzman/Dural**, s.348-349.

⁹⁰⁴ **Artus-** II, s.240.

⁹⁰⁵ “Çocuğun annesinin iffetsiz sayılabilmesi, gerek öğreti gerekse devamlılık kazanan yargısal kararlarda hemen tam bir görüş birliği içerisinde ifade edildiği üzere, kadının gebelik döneminde erkeklerle cinsel ilişki bakımından herhangi bir ahlaksal onur ve çekinme duygusu taşımaması ve cinsel davranışlarında aşırı derecede hafiflik içerisinde bulunmasıdır. ...Yine belirtmek gerekir ki Hukuk Genel Kurulunun 2.6.1965 gün 2/744-234 sayılı kararında da açıkça vurgulandığı üzere tek tük yanlış yola sapmalar kadının iffetsiz bir hayat sürdüğünün kabulüne yeterli değildir.” (Y. HGK. 26.02.1992, 2-55/129; Legalbank İçtihat).

⁹⁰⁶ **Artus-** II, s.241.

⁹⁰⁷ **Artus-** II, s.241.

Öte yandan, 743 sayılı (mülga) Medenî Kanun'dan farklı olarak, yürürlükteki 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'na göre ise, davalının babalığı üzerinde salt ciddi şüphelerin oluşmuş olması, yani onun babalığının yanı sıra başka kişilerin de baba olabileceği hususunda tereddütlerin doğması, davalı aleyhinde oluşan babalık karinesinin çürütülebilmesi için tek başına yeterli değildir. Örneğin, birden fazla erkeğin tecavüzüne maruz kalıp çocuk doğuran kadına karşı ciddi şüphe yahut çokluk defi ileri sürülerek babalık karinesi geçersiz kılınamaz. Bunun için, davalının babalığı üzerinde oluşan şüphelerin, üçüncü kişilerin baba olma olasılığı üzerinde daha kuvvetli şekilde odaklanılmasına sebebiyet vermesi, yani davalıdan ziyade üçüncü kişilerin babalığının daha yüksek olasılık olduğu hususunda hâkimde yeterince güçlü vicdanî kanaatin hasıl olması gerekir. Keza ananın iffetsizliği de, tek başına babalık karinesinin çürütülmesine yetmediği gibi, iffetsiz yaşam süren ana ile kritik dönemde cinsel ilişkiye giren davalının iffetsizlik definden yararlanması mümkün olmaz. Kaldı ki, iffetsizlik savunmasının dayandığı varsayımın, biyolojik babalığın kesine yakın ölçüde ispatlanabildiği günümüz koşullarında artık anlam ve önemini yitirdiği söylenebilir.

Son tahlilde, kanımızca davalının bu şekilde yerine getireceği olasılık ispatıyla babalık karinesinden kurtulabilmesine imkân sağlanması doğru değildir. Zira, davalı aleyhine babalık karinesi doğmuş ve davalının kritik dönemde ana ile cinsel ilişkiye girdiği sübut etmişse, davalının babalık karinesini çürütebilmesinin tek yolu kendisinin baba olma olasılığının bulunmadığını ispatlamak olmalıdır. 743 sayılı (mülga) Medenî Kanun döneminde tıp alanındaki teknolojinin yeterince gelişmemiş olması sebebiyle kritik dönemde ananın birden çok kişiyle cinsel ilişkide bulunduğu defi (çokluk defi) ileri sürülerek ananın kritik dönemde sayısı belirsiz kişiyle ilişkiye girdiği, örneğin defalarca fuhuş yaptığı ispatlandığı takdirde babalık karinesi çürütülüp davanın reddi sağlanabilir idiye de⁹⁰⁸; günümüz tıp teknolojisindeki ilerlemeler sayesinde, artık davalı-

⁹⁰⁸ Federal Mahkeme'nin bir kararına konu olan olayda, evlilik dışı çocuk doğuran (A), (B)'ye karşı babalık davası açmış; fakat davalı, davacı (A)'nın kritik gebe kalma dönemi içinde bir üçüncü kişiyle cinsel ilişkide bulunduğunu iddia ve ispat etmiş; böylece kendisinin babalığı hakkında kuşku uyandırarak babalık karinesinin uygulanmasına engel olmuş; bunun üzerine davacı (A), karineyi çürütülmesine yol açan cinsel ilişkinin diğer tarafı üçüncü kişiye kan incelemesi yapılmasını istemesine rağmen, üçüncü kişi buna rıza göstermediğinden davacı (A), çocuğun üçüncü kişiden olmadığını ispat ederek belirsizliği ortadan kaldıramamış ve babalık karinesinden de yararlanamadığı için dava-

nın baba olup olmadığı kesin olarak ortaya konabildiğine göre, “bir üçüncü kişinin baba olma olasılığının kendisinden daha fazla olduğu” iddiasıyla gerek çokluk defi gerekse ciddi şüphe defi şeklinde ileri sürülen savunmalar dikkate alınmamalı ve davayı uzatıp sürüncemede bırakma yahut somut davayla ilgisiz kişileri davaya dahil etme girişimlerine hiç mahal verilmemelidir⁹⁰⁹.

4. Ananın Evli Olması

Çocuk ana rahmine düştüğü sırada ana evli ise, yani ana evliyken kocasından başka birisiyle girdiği cinsel ilişkiden gebe kalmışsa, doğan çocuğun yasal soybağı, babalık karinesi gereği ananın kocasına bağlı olacağından, bu durumda babalık davası açılması mümkün değildir⁹¹⁰. Babalık davasının açılabilmesi için, ananın evli olduğu kocası tarafından soybağının reddi davası açılmış ve bu davanın kabulüne ilişkin kararın kesinleşmiş olması şarttır (bkz. eMK m.303)⁹¹¹. Çocuğun biyolojik babası tarafından açılan soybağının reddi davası bakımından da aynı sonuca varmak mümkündür. Biyolojik babanın açtığı soybağının reddi davasının sonucunda çocuğun yasal soybağı kendiliğinden biyolojik babaya bağlanmaz. Zira soybağının reddi davasının kabulüne ilişkin karar, çocuğun yalnızca hukukî babasıyla arasındaki yasal soybağı üzerinde etki doğurduğundan, artık baba yönünden nesepsiz hâle gelen çocuğun yasal soybağının biyolojik babasına bağlanabilmesi için ayrı bir babalık hükmü verilmesi gerekir. Dolayısıyla soybağının reddi davası babalık karinesinin çürütülmesi amacıyla açılan bir dava olup, mahkemenin talep dışına çıkarak çocuğun babasının kim olduğunu tespit etmesi ve babalık hükmü vermesi hukuka aykırıdır⁹¹². O hâlde, kocasından başka bir erkekten gebe

yı kaybetmiştir. Üçüncü kişinin kan incelemesine tâbi tutulmaktan kaçınması üzerine davacı (A) bakımından ortaya çıkan ispat güçlüğüne rağmen delil ikame yükünün yer değiştirmeyeceğinden bahisle, ispatsızlığın riskine davacı (A)’nın katlanması gerektiğine vurgu yapmıştır (bkz. **Umar/Yılmaz**, s.67).

⁹⁰⁹ Bkz. **Hatemi**, s.171-172, kn.774.

⁹¹⁰ **Tekinay-** Aile, s.558; **Öztan**, s.946;

⁹¹¹ 743 sayılı (mülga) Medeni Kanun m.303: “*Ana, gebe kaldığı zaman evli idiye; babalık davası, ancak çocuğun nesebi sahih olmadığına hakim hükmettikten sonra ikame edilebilir. Bu takdirde babalık davasının ikamesi için muayyen müddet, nesebin sahih olmadığı hakkındaki hükmün sudurundan itibaren başlar.*”

⁹¹² **Korucu/Uyumaz**, s.1374; **Korucu**, s.20-21; **Tarım**, s.164. “*Dava, soybağının reddine, birleşen dava da, soybağının reddine ilişkin yabancı mahkeme kararının tanınması isteğine ilişkindir. Babalığın hükmün belirlenmesine ilişkin bir dava bulunmamaktadır. Hakim; iki taraftan birini talebi ol-*

kalan kadının evli olması, babalık karanesi sebebiyle babalık davasına engel teşkil eder⁹¹³. Fakat bu durum, davalı erkek açısından bir defi değil, itiraz olup, hâkim, bu hususu resen dikkate almak zorundadır⁹¹⁴. Aynı kural, ananın gebe kaldığı tarihte evli olmayıp, çocuğu doğurduğu tarihte evli olması hâlinde de geçerlidir. Yani, evli değilken girdiği cinsel ilişkinin ürünü olan çocuğu, evlendikten sonra doğuran kadının çocuğu da, babalık karanesi gereği kocanın yasal soybağına bağlı olacağından, ananın kocası çocuğun soybağını reddetmediği sürece, babalık davası açılmaz. Buradaki amaç, yasal soybağı bulunan çocuğun, nesepsiz hâle dönüşmesinden sonra babalık davasının açılmasının sağlanmasıdır.

IV. Çürütülen Babalık Karanesinin Yeniden Canlandırılması

Çürütülen babalık karanesinin davacı tarafından yeniden canlandırılabilmesinin mümkün olup olmadığı hususu, karinenin ne şekilde çürütüldüğüne göre farklılık gösterir. Davalı, kendisinin biyolojik babalığının imkânsızlığını ortaya koyan imkânsızlık defi ileri sürerek babalık karanesini çürüttüğü takdirde, davalının biyolojik baba olmadığı kesin surette ortaya konulup nedensellik bağı koparıldığı için, artık davacı tarafından bunun aksinin ileri sürülebilmesi mümkün değildir ve babalık davasının reddine karar verilir⁹¹⁵. Ancak davalı, kendi aleyhine yönelen babalık karanesini, üçüncü bir kişinin babalığının daha kuvvetli olasılık olması hâline dayanarak çürüttüğü takdirde ise, durumu ikiye ayırıp değerlendirmek gerekir. Eğer ciddi şüphe defi ileri sürülerek babalık karanesi çürütüldüyse, çürütülen karinenin davacı tarafından yeniden canlandırılabilmesi kabul edilmelidir⁹¹⁶. Bu durumda davacı, üçüncü bir kişinin babalığının imkânsız olduğunu yahut gebeliğin bir üçüncü kişiyle gerçekleşen cinsel ilişkiden olmadığını kesin olarak ispat ederse, davalı tarafından çürütülen babalık karanesine yeniden sıhhat

maksızın res'en bir davayı tetkik ve halledemez. (HUMK. m.72) Açılmış bir babalık davası bulunmadığı halde, babalık hükmü kurulması usul ve yasaya aykırıdır.” (Y. 2. HD. 21.07.2008, 11205/10966; Legalbank İçtihat).

⁹¹³ Babalık davasına engel olan esas konu, ananın evli olmasından ziyade, ananın evliliği ile devreye giren babalık karanesinden dolayı çocuğun soybağının kocaya bağlı bulunmasıdır. Dolayısıyla ana evli olmasına rağmen, çocuğun soybağı kocaya veya bir başkasına bağlı değilse, babalık davasına engel yoktur.

⁹¹⁴ Velidedeoğlu, s.432; Akıntürk/Ateş, s.366; Şatiroğlu- II, s.289.

⁹¹⁵ Oğuzman/Dural, s.349; Hug, s.159.

⁹¹⁶ Oğuzman/Dural, s.349; Tekinay- Aile, s.550.

kazandırabilir. Örneğin kadının, davalı dışında bir üçüncü kişiyle cinsel ilişkiye girdiği dönemde zaten gebe olduğunu yahut gerek gebelik haftası itibariyle gerekse kısırlık sebebiyle söz konusu üçüncü kişinin baba olabilmesinin imkânsızlığını ispatlaması hâlinde, çokluk defi geçersiz kılınıp babalık karinesine yeniden sıhhat kazandırılabilir⁹¹⁷.

Öte yandan davalı, ananın gebe kaldığı dönemde iffetsiz olduğunu iddia ve ispat ederek babalık karinesini çürütürse, davacı yeniden babalık karinesini canlandırabilir mi? Yani, evlilik dışı çocuğun anasının iffetsiz bir hayat tarzı sürdüğü yönündeki defi sonucunda hâkim, davalının gerçek baba olabileceğine ilişkin başkaca savunma ve delilleri incelemeksizin babalık davasını reddetmeli midir yoksa davalının biyolojik babalığının araştırılmasıyla varılan kesin sonuca göre mi karar vermelidir? Doktrinde *Tekinay*, iffetsizlik defi sabit olur olmaz hâkimin başkaca inceleme yapmaksızın davayı reddetmesi gerektiği yönündeki düşüncenin, biyolojik babalığın ispatında yaşanan teknik yetersizliklerden kaynaklandığını; oysa bu düşüncenin günümüzde artık DNA analizinin keşfedilmesinden sonra geçerliliğini kaybettiğini; kadının iffetsiz olsa bile davalı erkeğin biyolojik babalığını kesin surette ortaya koyma imkânının mevcut olduğunu; bu nedenle, davanın başkaca delile bakmaksızın hemen reddine karar vermenin iffetsiz anayı cezalandırma amacını güttüğünü; böyle bir yorumun ise gerçekle bağdaşmayacağını belirterek, ananın iffetsiz olmasına rağmen davalının biyolojik baba olduğu yolunda olumlu bir delil sunması mümkün olduğu takdirde, babalık karinesinin yeniden canlanacağını ve babalık davasının hemen reddedilemeyeceğini savunur⁹¹⁸. Biz de, bu olumlu düşünceleri benimseyerek, tıbbın ve genetiğin gerçek babalığı bulma konusundaki teknolojik imkânlarından yararlanılması gerektiğinden bahisle, ana ve babanın sorumsuzluğunun bedelini, her şeyden uzak ve habersiz şekilde dünyaya gelen çocuğa çektirmenin ve çocuğu hayat boyu karşı karşıya kalacağı bu eziklikten kurtarmanın, kanun koyucunun maksadına ve çocuğun üstün yararı ilkesine uygun olduğu ve dolayısıyla çocuğun anasının, iffetsiz bir hayat sürmüş, çeşitli erkeklerle cinsel ilişkiye girmiş ve çocuğun gerçek babasının kim olduğunu bilmiyor olsa dahi, kritik dönemde ilişkiye

⁹¹⁷ **Oğuzman/Dural**, s.349; **Tekinay**- Aile, s.550; **Şatıroğlu**- II, s.291.

⁹¹⁸ **Tekinay**- Aile, s.550-551.

girdiği bütün erkekleri davalı göstererek hepsine karşı babalık davası açabileceği kanısındayız⁹¹⁹.

C. Babalığın (Karineye Dayanmaksızın) Doğrudan Doğruya İspatı

İspat faaliyeti, doğrudan doğruya iddia edilen vakıyla bağlantılı ve onun varlığını gösteren deliller aracılığıyla yapıldığında, doğrudan ispat; iddia konusu vakıyı doğrudan yansıtmayan, onun hakkında doğrudan kanaat elde edilebilmesine imkân vermeyen, emare şeklindeki diğer komşu vakıaların varlığıyla çekişmeli vakıa hakkında dolaylı yoldan bir sonuca varılmasını sağlayan deliller aracılığıyla yapıldığında ise, dolaylı ispat söz konusu olur⁹²⁰.

Biyolojik babalık, dolaylı ispata konu olabilecek türden bir vakıa değildir. Babalık karinesinin temelini oluşturan kritik gebe kalma dönemi içerisinde vaki cinsel ilişkinin dolaylı yoldan ispatı mümkün olmakla birlikte, babalık karinesi tek başına babalık hükmü verilmesine yeterli bir hukukî dayanak olarak görülemez. Babalık davasında ikrarın işlevine yönelik doktrindeki bir görüşe göre⁹²¹, babalık karinesine ilişkin kural uyarınca babalığın ispat edilmiş sayılabilmesi için, karine temeli teşkil eden, “kritik gebe kalma dönemi içerisinde çocuğun anasıyla cinsel ilişkiye girildiği” vakiasının davalı tarafından mahkeme içi ikrarı ispata yeterli olup, bu durumda babalık, karinenin devreye girmesinin yardımıyla ispatlanmış sayılır. Fakat artık günümüz koşullarında bu görüşe katılabilmek mümkün değildir. Zira babalık olgusunun salt karine yardımıyla ispatlanmış sayılması, davanın önemi ve niteliği göz önüne alındığında kabul edilemez. Tıbbın bilimsel olanaklarından yararlanmak varken, babalığın ispatı meselesini karinelere bırakmanın hiçbir haklı gerekçesi olamaz. Kaldı ki, babalık davalarında geçerli olan yargılama ilkeleri ile, hâkimin yargılamadaki rolü ve işlevi dikkate alındığında karinelerle ispatın ve ikrarın geçerliliği de söz konusu değildir. Kamu düzenine ilişkin davalarda uygulanan resen araştırma ilkesi uyarınca hâkim, tarafların ikrarıyla bağlı olmayıp, ikrarın konusu olan vakıyı aydınlatan delilleri bizzat toplamakla yükümlüdür⁹²².

⁹¹⁹ Tekinay- Aile, s.551; Şatiroğlu- II, s.292.

⁹²⁰ Atalay, O.: Medeni Usul Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı, İzmir 2001, s.7-8.

⁹²¹ Oğuzman/Dural, s.344; Dural/Öğüz/Gümüş, s.307, kn.1479; Artus- II, s.234.

⁹²² Aynı yönde ayrıca bkz. Yazgı, s.102.

Bununla birlikte, babalık davasında ana ile biyolojik babalığı iddia olunan kişi (şüpheli baba) arasındaki cinsel ilişki ispat edilemediği için babalık karinesinden yararlanılamaması yahut üçüncü kişinin baba olmasının daha yüksek olasılık olduğu ispatlanıp babalık karinesinin çürütülmesi hâllerinde dahi, TMK m.6 hükmündeki genel kural uyarınca davacı, biyolojik baba olduğu iddia edilen kişinin babalığını doğrudan doğruya ispat ederek sonuca ulaşabilir⁹²³. Sonuç olarak günümüzün bilimsel gelişmişlik seviyesi itibariyle biyolojik babalığın, babalık karinesine başvurmada, en güvenilir delil konumundaki DNA analizi yöntemiyle elde edilen verilere dayanarak tespiti mümkün olup, kesine oldukça yakın bir ispat ölçüsü elde edildikten sonra, artık davalı için çürütülebiyecek yahut aksi ispat edilebilecek bir karinenin ispat hukuku çerçevesinde bir anlam ve önemi kalmadığını, burada tekrar yeri gelmişken vurgulamak gerekir.

§ 8. BABALIK DAVASINDA DELİLLER

A. Genel Olarak

Medenî usul hukukumuzda ilkesel olarak benimsenmiş olan kanunî delil sisteminde göre kanunun belirli bir delille ispatını zorunlu kıldığı hususlar, kanunda öngörülenin dışında başka delillerle ispatlanamaz (HMK m.189/3; m.200/1; m.201). Miktar ve değeri belirli bir miktarı aşan hukukî işlemler açısından öngörülen senetle ispat zorunluluğu kanunî delil sisteminin en tipik örneği olarak karşımıza çıkar. Fakat kanunun belirli bir delille ispatlanmasını emretmediği hususların ise, kanunda düzenlenmeyen diğer delillerle de ispatı mümkündür (HMK m.192). Senetle ispat zorunluluğunun kapsamına girmeyen hukukî işlemler ile fiiller bakımından kanun koyucu, tanık beyanı, bilirkişi raporu, keşif incelemesi gibi delil türlerini saymış olmakla birlikte, bu sayma tahdidi nitelik taşımadığından (bkz. HMK m.192; m.193), hâkim, ispata elverişli her türlü delili serbestçe değerlendirmeye tâbi tutabilir. Bu açıdan bakıldığında, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda katı bir kanunî delil sisteminden ziyade, yumuşatılmış nitelikte kanunî delil (karma) sisteminin benimsendiği ve buna çeşitli istisnalar öngörmek

⁹²³ **Ayiter, N.:** Medenî Kanunun Nesebe İlişkin Düzenlemesinin Yeni Eğilim ve Gereksinimler Karşısında Değerlendirilmesi [Medenî Kanun'un 50. Yılı (Bilimsel Hafta: 15-17 Nisan 1976), Ankara 1977, s.43-81], s.60; **Dural/Öğüz/Gümü,** s.311, kn.1496.

suretiyle (HMK m.202; m.199) serbest delil sistemine ilişkin hükümlerin de sevk edildiği örneklerden söz edilebilir⁹²⁴ (HMK m.192; m.193; m.198).

Hukuk Muhakemeleri Kanunu çerçevesinde delil türlerini, kesin deliller ve takdirî deliller olarak iki kategoriye ayırmak mümkündür. Kanunî delil sisteminin uzantısı olarak kesin delillerin hangileri olduğu Kanun'da sınırlı sayma suretiyle öngörülmüştür. Buna göre kesin deliller, senet, yemin ve kesin hükümden ibaret olup, ilişkin bulundukları hususlarda hâkimin takdir yetkisini ortadan kaldırır ve bağlayıcı nitelik taşır. Bir başka deyişle ispat ölçüsünü objektifleştiren ve hâkimin takdir yetkisini ortadan kaldıran kesin deliller, ilişkin oldukları vakıaların doğruluğu bakımından hâkimi bağladığı için hâkim, kesin delille ispatın konusunu oluşturan işlem ya da vakıanın gerçekliğini kabul etmek zorundadır⁹²⁵. Takdirî deliller ise, hâkimin takdir yetkisi kapsamında bulunup usulen hâkimi bağlayıcı bir nitelik arz etmediklerinden, hâkim nezdinde yaratılan vicdanî kanaatin durumuna göre ispat ölçüsüne sahip olurlar. Bu sebeple takdirî deliller, her şeyin her şeyle ispatlanabildiği serbest delil sistemini benimseyen yargılama hukuklarında ön plana çıkar. Ancak yumuşatılmış bir kanunî delil sisteminin geçerli olduğu Türk hukukunda hâkim, kesin delille ispatı gereken hususlarda (tarafarca aksi kabul edilmediği sürece) takdirî delillerle meşgul olamaz; sadece kesin delille ispatı gerekmeyen vakıalarla ilgili olarak sunulan takdirî delilleri inceleyebilir ve değerlendirebilir.

Öte yandan, resen araştırma ilkesine tâbi davalarda, tarafarca getirilme ilkesinden farklı olarak, kesin delil/takdirî delil şeklindeki sınıflandırmadan bağımsız şekilde, bir ispat aracının delil niteliği ya da ispat ölçüsünün hâkimin takdirinde olduğu ve hukuk muhakemesinde, esasen kesin delil kategorisine dahil bir delili elinde bulunduran tarafın, söz konusu delilin sunduğu ispat kolaylığından her hâlükârda yararlanmasının mümkün olmadığı söylenebilir. Nitekim, hukuk muhakemesinde resen araştırma ilkesinin, tarafların yargılamanın seyrine müdahale imkânını daraltan, delillerin ibrazı ve değerlendirilmesi noktasında taraf iradelerini belli ölçüde kısıtlayan bir usul hukuku kavramı olarak düşünülmesi hâlinde, kesin delil/takdirî delil sınıflandırmasının tipik şekliyi-

⁹²⁴ **Tanrıver-** Usul, C.I, s.883-884 **Atalı/Ermenek/Erdoğan,** s.486-487; **Budak/Karaaslan,** s.269, kn.36-37.

⁹²⁵ **Atalay-** Pekcanitez Usûl, s.1734; **Budak/Karaaslan,** s.269, kn.36.

le uygulanmasına engel olduğu da görülür. Bu durum, hukuk muhakemesinde resen araştırma ilkesinin geçerli olduğu davalarda korunmak istenen asıl menfaatin, taraflar arasındaki uyuşmazlığa konu hak veya menfaat değil, kamu yararı olması esasına dayandığı bilinir⁹²⁶.

Yine de, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun sistematığına göre, doğal soybağının tespiti amacıyla yapılan genetik incelemenin “keşif” kapsamında düzenlendiği ve kanun koyucunun, bilhassa, incelemeye elverişli genetik materyalin temininde uygulanan prosedürü göz önünde tutarak böyle bir tercihte bulunduğu söylenebilir. Zira, genetik incelemeyi yapan kişi hâkim değildir; tıbbî bilirkişinin kendisidir. Yine, incelemeye elverişli genetik materyalin alınması işlemini gerçekleştirecek olan da hâkim değildir. Keşif, doğrudan duyu organları aracılığıyla, bulunduğu yerde veya mahkeme önünde inceleme yapıp uyuşmazlık konusu hakkında bilgi sahibi olmak amacıyla bizzat hâkim tarafından gerçekleştirilir ve hâkim, gerektiğinde bilirkişi yardımına da başvurabilir (HMK m.288/1; m.289/1). Ancak 1086 sayılı (mülga) HUMK döneminde, doğal soybağının tespiti amacıyla genetik inceleme, taşınmaz eşya dışındaki şeylerin keşfi şeklinde ayrı bir delil sınıfı oluşturan “özel hüküm sebepleri” arasında sayılmakta iken; özel hüküm sebeplerinin 6100 sayılı HMK ile beraber ayrı bir takdirî delil kategorisi olmaktan çıkarılması ve keşif kapsamına dahil edilmesiyle, bundan böyle niteliği itibarıyla keşif incelemesi olarak anılmaya başlanmıştır⁹²⁷.

Esasen genetik incelemeler, teknik anlamda keşif incelemesi tanımına uygun şekilde cereyan etmez. Zira keşif incelemesi, doğrudanlık ilkesiyle uyumlu şekilde, hâkimin bizzat kendisi tarafından, duyu organları aracılığıyla bir vakıa ya da durumun somut hâlde teşhis edildiği ve zihinsel izdüşümünün oluşturulduğu yargısal faaliyet kapsamında olduğu hâlde; genetik inceleme, yetkili sağlık görevlisi tarafından muhataptan alınan genetik numunenin tıbbî genetik uzmanı hekim tarafından akredite laboratuvarında işlenip DNA molekülü üzerinde gerçekleştirilen bir analiz sürecini ifade eder. Dolayısıyla genetik inceleme, teknik olarak keşif kapsamındaki bilirkişi incelemesi niteliği

⁹²⁶ **Sarıaslan, O.:** Bireysel Başvuru Süreciyle Değişen Yargısal Paradigma ve Adil Yargılanma Hakkı Ekseninde İdari Yargıda Re'sen Araştırma İlkesi (UMD, S.2018/12, s.647-692), s.653.

⁹²⁷ **Tanrıver-** Usul, C.I, s.1089.

taşıır ve inceleme sonucunda hazırlanan DNA analizi raporu da bilirkişi raporu olarak değeriendirilir. Ancak mahkemelerce yürütölen soybağıının tespitiine yönelik yargılama- larda genetik amaçlı bilirkişi inceleme si münhasıran resmî bilirkişiler tarafından gerçeki- leştirilir.

B. Bilirkişi İncelemesi

I. Genel Olarak

Hâkimiin, yargılama yapıp hüküm verdiğı her uyuşmazlıkla ilgili özel/teknik ko- nular da daima yeterli bilgiye sahip olması ve dava temelini oluşturan her türlü meseleye aşinalığının bulunması eşyanın tabiatı gereğı kendisinden beklenemez. Yine de, hakkın- da hiç ya da yeterli özel/teknik bilgisi bulunmamasına rağmen, buna ilişkin konuların ele alındığı davalarda dahi hâkim, yargısal işlevi gereğı bir sonuca varıp karar vermekle yükümlüdür. Bu sebeple, yargısal ödevin ifası için hâkim, uyuşmazlığın temelini oluştu- ran maddî vakıaların saptanması, aydınlatılması ve değeriendirilmesi bakımından kendi bilgi ve hayat deneyiminin yeterli olmadığını anladığında, bu eksikliğin aşılabilmesi amacıyla konunun uzmanı kişi ya da kişilerden, resen yahut tarafların talebi üzerine yardım almak zorundadır⁹²⁸ (HMK m.266). Uyuşmazlığın çözümü için incelenmesi gereken konu özel/teknik bilgiyi gerektirdiğı hâlde hâkim, bu özel/teknik bilgiye sahip olduğı ya da kişisel ilgi alanı sebebiyle konuyu bildiğı düşüncesiyle bilirkişiye başvur- maktan kaçınamaz⁹²⁹. Ancak hâkim, önüne gelen meselenin çözümünün yalnızca özel/teknik bilgiyi gerektirip gerektirmediğı hususunda takdir yetkisine sahiptir. Hâkim, meselenin özel/teknik bilgiyi gerektirdiğı kanısına varırsa, bilirkişiye başvuru konusun- daki takdir yetkisi ortadan kalkar⁹³⁰. Ne var ki, davanın temelini oluşturan konulardan

⁹²⁸ **Yokuş-Sevük, H.:** Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik (İÜHFM, C.LXIV, S.2006/1, s.49-107), s.52.

⁹²⁹ **Yokuş-Sevük, s.53; Özbek, V. Ö.:** Tıbbi Deliller ve Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu (YÜHFD, Özel Sayı: Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, C.III, S.2006/2, s.357-406), s.385-386; **Kunter, N./Yenişey, F./Nuhoğlu, A.:** Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 18. B., İstanbul 2010, s.1400; **Atalı, M.:** Medenî Usûl Hukukunda Hâkimiin Vakıalar Hakkında Dava Dı- şında Edindiğı (Şahsî) Bilgisini Kullanması (Halûk Konuralp Anısına Armağan, C.I, Ankara 2009, s.139-161), s.141 vd.; **Erdoğan/Üçüncü, s.369; Yıldırım, M. K.:** Bilirkişi Delilinin Mukayeseli Hukuk ve Türk Hukukundaki Durumu (75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara 2004, s.833-841), s.836; **Karşı-** Muhakeme, s.249.

⁹³⁰ **Erdoğan/Üçüncü, s.370.** Aksi yönde bkz. **Kuru-** Usul, C.III, s.2632; **Umar-** Şerh, s.760-761.

hangilerinin özel/teknik bilgi ile çözümlenebileceği meselesi, önceden rahatlıkla tespit edilemeyeceğinden ve bu tür konularda bilirkişilik kurumu, delil ikâmesinde ve delil değerlendirmesinde bir araç olduğundan, çözümü hukuk dışında özel/teknik bilgiyi gerektiren her durumda bilirkişiye başvurunun zorunlu olduğu söylenebilir⁹³¹. Zira hâkim, yargılamada yalnızca sahip olduğu kişisel bilgiden yararlanmak suretiyle, başka bir bilgi kaynağına başvurmaksızın hüküm verirse, bu durum hukukî dinlenilme ve adil yargılanma hakkının ihlâlüne yol açan sonuçlar doğurabilir.

Yardıma başvuru bilirkişi, hâkim tarafından kendisine somut olarak verilen görev çerçevesinde, yalnız vakıa sorunlarıyla sınırlı olarak, kendi uzmanlık ve çalışma alanındaki özel/teknik bilgileri açıklayıp bu bilgilere dayanarak saptamalar yapıp görüş belirtmek ve bu görüşlerini gerekçelendirmek zorundadır⁹³². Sahip olduğu özel/teknik bilgiyi sadece aktarmak ya da bu bilgiyi vakıalara uygulayıp vardığı sonuçları belirtmek yahut bu bilgiye dayanarak vakıa saptamalarında bulunmak şeklinde tanımlanabilecek olan işlevi itibarıyla bilirkişi, hâkimin adeta yardımcısı olarak tanımlanır ve sahip olduğu özel/teknik bilgiyi, hükmün verilmesine yardımcı olacak şekilde onun kullanımına ve yararlanmasına sunar⁹³³. Bu yönüyle bilirkişi incelemesi ve sonucunda hazırlanan rapor, kural olarak tek başına bir delil teşkil etmemekle beraber, hâkimin delilleri deger-

⁹³¹ **Yokuş-Sevük**, s.52-53; **Kunter/Yenisey/Nuhoğlu**, s.1397-1398. “...hakim kendisini bilirkişi veya bilirkişi kurulu yerine koyamaz. Özel ve teknik bilgiyi gerektiren konularda şahsi bilgisi ile kusur belirleyemez. ... Hakim özel ve teknik bilgiyi gerektiren hallerde şahsi bilgisi ile kusur belirlemesi yapamayacağına göre, yeniden bilirkişi incelemesi yaptırması gerekecektir. ... Bilirkişi müessesesi tenkit edilebilir. Verdikleri raporlar hukuki çerçevede yok sayılabilir. Ama o müessese kaldığı sürece yeniden rapor alınmasını gerektiren durumlarda, başka bir bilirkişi heyetinden rapor aldırılabilir. Yoksa hakim bilirkişi heyeti yerine geçirilemez. Özel ve teknik bilgiyi gerektiren durumlarda da şahsi bilgisine göre kusur belirlemesi sonucu karar vermesi istenilemez. Şimdiye kadarda hukuk dairelerinin tümü bilirkişi incelemesi yapılmasını icap ettiren hallerde bilirkişiden rapor alınmasının şart olduğunu içtihat etmişlerdir.” (Y. HGK. 04.02.2009, E.2008/4-823, K.2009/50; Legalbank İçtihat).

⁹³² **Aşçıoğlu, Ç.:** Bilirkişilik Kavramı ve Görev Sınırları [Bilirkişilik Sempozyumu (9-10 Kasım 2001, Samsun), Ankara 2002, s.25-159], s.89; **Tanrıver, S.:** Hukuk Yargısı Bağlamında Bilirkişilikle İlgili Temel Problemler ve Çözüm Arayışları [Prof. Dr. Bilge Umar’a Armağan, C.I, İzmir 2010 (DEÜ-HFD, C.11, Özel Sayı 2009), s.575-594], s.576-577.

⁹³³ **Arslan, R.:** Bilirkişilik Uygulaması ve Bu Uygulamaya Yargıtay’ın Etkisi (YD, Özel Sayı, C.15, S.1989/1-4, s.156-183), s.157, 164; **Tanrıver, S.:** Hukukumuzda Bilirkişilik, Ankara 2017, s.25-26; **Aşçıoğlu, Ç.:** Yargılama Çalışmalarında Bilirkişi Sorunu ve (Hukuk Davalarında) Nitelendirmede Bilirkişinin Görevi (TBBD, S.1992/3, s.349-368), s.350 vd.; **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, § 122, Rn.4, 5, 7.

lendirmesinde yardımcı bir araç konumundadır⁹³⁴. Dolayısıyla, çözümü özel ya da teknik uzmanlık bilgisini gerektiren uyuşmazlık konusu üzerinde, bilirkişi sıfatıyla atanan kişinin gerçekleştirdiği salt oy veya görüş bildirmekten ibaret bir inceleme ve aydınlatma faaliyeti olan bilirkişi incelemesinde, içeriğine göre fikrî ve teknik yönü ağır basan birtakım vakıa tespitlerinde bulunularak çeşitli sonuçlara ve değerlendirmelere varılır ve hâkimin takdirine sunulur⁹³⁵. Fakat bazı hâllerde, bilirkişi incelemesi doğrudan delil niteliğine kavuşabilir. Örneğin, ileride ayrıntılı olarak irdeleneceği üzere, DNA analizi, hâkimin serbestçe değerlendirebileceği bir takdirî delil elde etme aracı olarak düşünülemez; başlı başına bir delil hüviyetine bürünür⁹³⁶. Zira bilirkişi, DNA analizi ile ilgili sahip olduğu özel/teknik bilgiyi kullanmak suretiyle yaptığı inceleme sonucunda doğal soybağına ilişkin bilimsel açıdan objektif niteliği haiz somut bir vakıa tespitinde bulunduğu için hâkimin, bilirkişi raporundaki bu tespite aykırı şekilde karar vermesi düşünülemez. Nitekim fen bilimlerinin objektif uzmanlık verilerinden yararlanarak vakıa tespitinde bulunan bilirkişiye, 1086 sayılı mülga Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda "*ehl-i hibre*" adı verildiği hâlde; bir vakıa tespitinden ziyade, sahip olunan özel/teknik bilgiden hareketle uzmanlık gerektiren tecrübe kuralını yahut bu kuralın somut vakıaya uygulanmasıyla varılan değerlendirme sonucunu mahkemeye bildiren bilirkişiye ise "*ehl-i vukuf*" denilmekte ve her iki kavramın da bilirkişi için kullanılmasına rağmen aralarında nuans bulunduğu bilinmekte idi⁹³⁷. Ancak bilirkişi raporunun takdirine ilişkin son dönemdeki tartışmaların, esasen bilirkişiye ait bu ikili ayrımın terk edilmesi ve her iki tür bilirkişiliğin de aynı hükümlere bağlanması sebebiyle ortaya çıktığı, kavram sadeleştirmesi veya diğer gerekçelerle bugün hem ehl-i hibreyi hem de ehl-i vukufu ifade etmek üzere yalnızca bilirkişi kavramının kullanılması doktrin ve uygulamada tereddütlere sebebiyet verdiği söylenebilir⁹³⁸. Ne var ki, fen bilimlerinin objektif verileri kullanılarak hazırlanan bilirkişi raporu ile, yabancı hukukun içeriği, bir yöredeki ticarî örf

⁹³⁴ **Özbek-** Tıbbi Deliller, s.393.

⁹³⁵ **Toraman-** Bilirkişi, s.68.

⁹³⁶ **Özbek-** Tıbbi Deliller, s.393-394.

⁹³⁷ **Berki, A. H.:** Hukuk Mantığı ve Tefsir, Ankara 2018, s.221-222; **Kılınç, A.:** Osmanlı Yargılama Hukukunda Bilirkişilik, Ankara 2019, s.15 vd.

⁹³⁸ **Erdoğan, E./Üçüncü, S. H.:** Bilirkişilik Kurumu ve Bilirkişi Raporunun Delil Değerine İlişkin Bazı Sorunlar (HHFD, C.10, S.2020/1, s.354-387), s.363.

ve adet kuralı yahut emsal kira bedeli gibi konulara ilişkin alelade bilginin sunulmasından ibaret bilirkişi raporunun mahkemece değerlendirilmesi ve takdirinde öne çıkan ölçütler hiç şüphesiz farklılık arz eder⁹³⁹. Dolayısıyla, bilirkişi incelemesinin hâkimin hükmü üzerindeki etkisini tartışırken, konuya bu açıdan da yaklaşılması gerektiği açıktır.

II. Tıbbî Bilirkişi İncelemesinde Öne Çıkan Hususlar

Gerek hukuk muhakemesinde gerekse ceza muhakemesinde, tıbbî içerikli konularla ilgili uyuşmazlıkların çözümü için tıp bilimine ait özel ve teknik bilgiye ihtiyaç duyulan davalarda başvuru tıbbî bilirkişilik, iddia ve savunmanın temelini oluşturan vakıaların tıbbî boyutunu ortaya koyan, tıbbî verilere dayalı şekilde vakıa incelemesi yapan yahut vakıalarla ilgili tıbbî verilerin anlamlandırılması için görüşüne başvuru, tıbbî delil elde etmeye yönelik bir faaliyet alanıdır. Bir yandan, tıp biliminin yardımıyla çözümlenmesi mümkün olan hususlarda tıbbî uzmanlık sahibi kişilerin özel ve teknik bilgisinden yararlanılırken, diğer yandan sağlık sektöründe gerçekleşen tetkik, tanı, tedavi ve ameliyat süreçlerinde sağlık personelinin tıbbî standartlara riayet edip etmediğinin, tıbbî uygulama hatası yapıp yapmadığının denetlenmesi için başvuru tıbbî bilirkişilik faaliyetinde, ayrıca adli tıp alanında özel/teknik bilgi ve tecrübe kuralları ile gerçeğe uygun kararlar verilmesinde adli organlara katkı sağlayan tıbbî bilirkişiler, sağlık mesleği mensubu olarak hâkimin kendi alanında ihtiyaç duyduğu bilginin temininde görevlidir⁹⁴⁰. Tıbbî bilirkişilik faaliyetinde tıbbî delillere ulaşılırken özellikle adli bilimlerin ve doğa bilimleri yadsınamaz bir rol oynayıp, adli bilimlerin içerisinde yer alan adli tıp ve kriminalistik gibi bilim alanları ise, iddia ve savunmayı haklı kılmaya yarayan maddî vakıaların yargılamada bilimsel metotlarla ele alınıp hukukî açıdan değerlendirmeye alınmasına en önemli etkidir⁹⁴¹. Güvenilir ve objektif bir tıbbî görüşe ve makul bir bilimsel kesinliğe ulaşmak için zorunlu tıbbî deneyimlere ve akademik başarılarla sahip olup, kendi uzmanlık alanları ve yetenekleri dahilinde görüş bildirmeye yetkili kılınan

⁹³⁹ Erdoğan/Üçüncü, s.363.

⁹⁴⁰ Güldiken-Taşyaran, F. Ö.: Medeni Usul Hukukunda Tıbbi Bilirkişilik, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2005, s.38; Aba-Harmancı, F.: Tıbbi Bilirkişi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gaziantep 2019, s.59.

⁹⁴¹ Özbek- Tıbbi Deliller, s.360.

tıbbî bilirkişiler, mahkemelere yardım ederek yargısal faaliyetin icrasına katkıda bulunurlar⁹⁴². Örneğin hukuk muhakemesinde, kişinin medeni haklarını kullanmaya ehil olmaması sebebiyle kısıtlanması, kan, saç, tükürük gibi biyolojik materyalin soybağı tespitinde kullanılmak üzere genetik yönden incelenmesi, yaş tashihi, cinsiyet değişikliği, evlenme ehliyeti vb. hususlardaki bilirkişi incelemesi, tıbbî nitelikli özel veya teknik bilgidan yararlanılarak uzman hekim tarafından icra edilir⁹⁴³.

Öte yandan, hukuk muhakemesi bakımından soybağının tespitini konu alan davalarda hâkimin, genetik incelemeye ilişkin karar vermesi, karara istinaden muhataptan elverişli numunenin alınması, analiz edilmesi, analizin raporlanması ve analizden elde edilen verilerin korunup saklanması gibi hususlarda herhangi bir yasal düzenlemenin bulunmadığına işaret edilmelidir. Bu durum eleştiriye son derece açık olup, yukarıda daha önce belirtildiği üzere, Türk hukuku bakımından, özellikle Alman ve İsviçre hukuklarındaki gibi, bilhassa hukuk muhakemesinde uygulanmak üzere, insan üzerindeki genetik incelemeleri özel ve ayrıntılı şekilde ele alan kanun düzeyinde bir düzenleme yapılmasına ihtiyaç olduğu rahatlıkla söylenebilir. Zira genetik incelemelerin hangi koşullarda ve nasıl yapılacağı, genetik materyallerin elde edilmesinde hangi prosedüre göre hareket edileceği, genetik incelemeler sonucunda elde edilen kişisel genetik verilerin nasıl korunacağı, gizliliğin nasıl sağlanacağı ve yaptırımlarının neler olacağı gibi hususlarda toplum zihnindeki soru işaretlerinin giderilmesi elzemdir⁹⁴⁴.

Hukuk muhakemesinde işaret edilen bu eksikliğe karşın, “Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik”⁹⁴⁵ ceza muhakemesi açısından kanun düzeyinde olmasa bile ihtiyaca cevap veren bir düzenleme olarak görülebilir. Anılan Yönetmeliğe göre, burada düzenlenen işlemler vasıtasıyla elde edilen numuneler üzerinde, soybağının şüpheliye/sanığa ya da mağdura ait olup olmadığının tespiti için zorunlu olması hâlinde moleküler genetik incelemeler yapılabilir. Alınan genetik örnekler üzerinde bu maksat haricindeki başkaca tespitlerin

⁹⁴² **Güldiken-Taşyaran**, s.38.

⁹⁴³ **Güldiken-Taşyaran**, s.38.

⁹⁴⁴ **Gültepe, H.:** Soybağı Tayininde Genetik İncelemeler (İBD, C.78, S.2004/2, s.497-505), s.504; **Demir-** Hata Payı, s.313.

⁹⁴⁵ Bkz. RG. 01.06.2005, Sa.25832.

yapılmasına yönelik incelemeler yasak olup (BMGİY m.12), söz konusu moleküler genetik incelemeler, inceleme ile görevlendirilen gerçek ya da tüzel kişi bilirkişinin de açıkça gösterildiği hâkim kararına istinaden gerçekleştirilebilir (BMGİY m.13/1-2). Yapılması istenen genetik incelemeler için resmen atananlar (resmî bilirkişiler), bilirkişilikle yükümlü olanlar, soruşturmayı/kovuşturmayı yürüten makama mensup olmayan veya bu makamın soruşturmayı/kovuşturmayı yürüten dairesinden teşkilât yapısı itibarıyla ve objektif olarak ayrı bir birimine⁹⁴⁶ mensup olan görevliler, bilirkişi olarak görevlendirilebilirler (BMGİY m.13/3; CMK m.79/2; karş. dStPO § 41f, 2). Görevlendirilen bu kişiler, teknik ve teşkilât bakımından uygun tedbirlerle yasak moleküler genetik incelemelerin yapılmasını ve yetkisiz üçüncü kişilerin bilgi edinmesini önlemekle yükümlü olup, bu amaç doğrultusunda mahkemeler ile Cumhuriyet başsavcılıkları gizliliği sağlamak ve karışıklığa yer vermemek için gerekli her türlü tedbiri alırlar (BMGİY m.13/4). Yine, vücutundan örnek alınması amacıyla bilirkişiye sevk edilen kişiden başka birisinin vücutundan örnek alınmaması; alınan, muhafaza edilen, nakledilen ve incelenen örneklerin değiştirilmemesi ve dış koşullardan etkilenip bozulmaması için Cumhuriyet başsavcılığı, kolluk, sağlık kuruluşu ve bilirkişi tarafından gerekli her türlü tedbire başvurulacağı da ayrıca öngörülür (BMGİY m.21). Ancak bu tedbirlerin neler olabileceğine ilişkin ayrıntılara ise yer verilmemiştir. Anılan Yönetmelik hükmünün yasal dayanağı olan Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 79. maddesinde de, moleküler genetik inceleme yapılmasına karar veren mahkemenin bilirkişi olarak görevlendirdiği kişilerin teknik ve teşkilât bakımından uygun tedbirlerle yasak moleküler genetik incelemelerin yapılmasını ve yetkisiz üçüncü kişilerin bilgi edinmesini önlemekle yükümlü oldukları ve incelenmek üzere kendilerine sevk edilen bulgu ve materyalin, ait olduğu muhataba ilişkin kişisel bilgiler bildirilmeksizin teslim edileceği öngörülür (CMK m.79/1-2). Bununla varılmak istenen hedef, genetik incelemenin gizliliğinin korunmasıyla kişilik haklarına ve özel hayata yönelik müdahalenin minimize edilmesi, analiz sonuçları anonimleştirilerek bilirkişinin dahi analizin muhatabı olan kişilerle ilgili genetik verilere eriş-

⁹⁴⁶ Teşkilât yapısı itibarıyla üniversiteler, Emniyet Genel Müdürlüğü, Jandarma Genel Komutanlığı ve Adli Tıp Kurumu objektif olarak ayrı birimler sayılır (BMGİY m.13/son).

mesine izin verilmemesidir⁹⁴⁷. Ne var ki, genetik inceleme sonucunun gizliliği ve güvenliği, doğrudan doğruya incelemeyi gerçekleştiren bilirkişiye bağlı olup, kimlerin tıbbî bilirkişi incelemesi yapmaya uygun nitelikleri taşıdığı kanunda açıkça düzenlenmesi gerektiği hâlde, bu yönde yasal herhangi bir düzenlemeye rastlanmaz. Yine tıbbî bilirkişi incelemesi sonuçlarının gizliliği, güvenliği ve güvenilirliği de doğrudan doğruya bilirkişiye bağlı hususlar olduğu hâlde, ceza muhakemesinde tıbbî bilirkişi incelemesine ilişkin usul ve esasların birçoğunun kanunla değil de, yönetmelikle düzenlenmiş olması, hukuk muhakemesi açısından ise hiçbir düzenlemenin bulunmayışı, tıbbî delillerin önemi ve niteliği dikkate alındığında ciddi bir eleştiri konusu olarak görülebilir. Hâlbuki genetik incelemeleri yapmak kadar, bu incelemelerden çıkan sonuçların gizliliğini ve güvenilirliğini temin etmek de elzemdir. Tıbbî bilirkişi incelemeleri ve özellikle moleküler genetik incelemeler sonucunda elde edilen raporların kötüye kullanılmasını ve yetkisiz kişi veya kuruluşların eline geçmesini önleyici somut tedbirleri içeren hükümlerin sevk edilerek tıbbî bilirkişinin hukukî sorumluluğunu özel olarak düzenleyen spesifik kuralların belirlenmesi büyük önem taşımaktadır⁹⁴⁸.

III. Soybağının Tespitine Yönelik İncelemeyi Yapacak Olan Bilirkişiler

1. Genel Olarak Resmî Bilirkişilik

Mahkemeler ve diğer adlî merciler nezdinde çözümü özel veya teknik bilgiyi gerektiren bazı hususlarla ilgili olarak, kanun gereği kendilerine öncelikle başvurulması gereken ve görüş bildirmekle yükümlü olan resmî kurum ve kuruluşların yanı sıra, bunlarla istihdam ilişkisi içindeki tarafsız, uzman ve yetkili kişilerin, görevlendirildikleri konular hakkında yürüttükleri faaliyete resmî bilirkişilik denir⁹⁴⁹. Nitekim Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 64. maddesinin üçüncü fıkrasında, kanun koyucunun belirli konularda görevlendirdiği resmî bilirkişilerin öncelikle atanacağı hususu açıkça düzenlenmiş olup, yine Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 268. maddesinin üçüncü fıkrasının ilk

⁹⁴⁷ **Özbek-DNA-Analizi**, s.551, 567.

⁹⁴⁸ **Özbek-DNA-Analizi**, s.567.

⁹⁴⁹ **Tanriver-** Usul, C.I, s.994-995; **Meraklı, D.:** Özel Hukuka İlişkin Uyuşmazlıklarda Resmî Bir Bilirkişi Kurumu Olarak Adli Tıp Kurumu [Prof. Dr. Bilge Umar'a Armağan, C.I, İzmir 2010 (DE-ÜHFD, C.11, Özel Sayı 2009), s.325-376], s.334; **Kunter/Yenisey/Nuhoglu**, s.1401; **Arslan-** Bilirkişilik Uygulaması, s.171.

cümlesi uyarınca, kanunların görüş bildirmekle yükümlü kıldığı kişi ve kuruluşlara, görevlendirildikleri konularda bilirkişi olarak öncelikle başvurulması ve görüşüne başvuru bu kişi ve kuruluşların görev verilen konularla ilgili mahkemelere ve diğer adli mercilere rapor sunmaları zorunlu tutulmuştur. Kanunla kendilerine resmî bilirkişilik görevi verilen kişi ya da kuruluşlar, bilirkişilik görevini reddedemezler⁹⁵⁰ (HMK m.270/1-a). Ancak resmî bilirkişilerin görev yapmasını engelleyen özel sebeplerin varlığı hâlinde, yerine diğer resmî bilirkişilere başvurulabilir; onlar hakkında da bilirkişilikten yasaklılık veya ret sebepleri ortaya çıktığı takdirde ise hâkim, HMK m.272 çerçevesinde gerekli işlemlerin ardından, artık bilirkişilik bölge kurulları tarafından hazırlanan bilirkişi listelerinden bilirkişi görevlendirmesi yapabilecektir.

Resmî bilirkişiliğin kanunla kurulması ve işleyişinin kanunla düzenlenmesi, bilirkişinin oy ve görüşünün objektifliğini ve tarafsızlığını güvence altına alan bir mekanizma işlevi gördüğü için, kanun koyucu dışında hiçbir organın resmî bilirkişiliğe karar verebilmesi mümkün değildir⁹⁵¹. Öte yandan, kanunlarda bilirkişilik hizmeti verebileceği öngörülen kurum ve kuruluşların yanı sıra, yargı organlarının talebi üzerine bilimsel ve teknik görüş bildiren kamu kurum ve kuruluşları, yani kısaca “resmî bilirkişiler” hakkında, adli ve idari yargı bünyesindeki her türlü bilirkişilik faaliyetini düzenleyen 6754 sayılı Bilirkişilik Kanunu hükümlerinin uygulanmayacağı ayrıca vurgulanmalıdır (6754 s. K. m.1/3). Dolayısıyla resmî bilirkişi sıfatıyla görevli kişi ya da kuruluşların bilirkişiliğe başvuru ve kabulü, bilirkişilik siciline kayıt, bilirkişilik listesi üzerinden görevlendirme gibi hususlarda, 6754 sayılı Kanun’a tâbi olmadığı, kendilerine resmî bilirkişilik statüsü verilen özel kanun hükümlerine göre görev ve faaliyet üstlendikleri

⁹⁵⁰ “Adalet işlerinde bilirkişilik görevi yapmak üzere kurulan Adli Tıp Kurumu, mahkemeler ile hakimlikler ve savcılıklar tarafından gönderilen Adli Tıp ile ilgili konularda bilimsel ve teknik görüşlerini bildirmekle yükümlü resmi bir bilirkişidir. Resmi bilirkişiler çekinme ve yasaklık gibi sebepler yoksa bilirkişiliği kabul zorundadırlar. Her türlü delille karşı karşıya olan hakime yardımcı olmak ve onu inandırmak durumundadırlar, hakim verilen raporu yeterli ve inandırıcı görmediği takdirde aynı bilirkişi yahut tayin edeceği diğer bir bilirkişi tarafından yeni bir rapor düzenlenmesini emredebilir.” (Y. 1. CD. 30.10.1985, 3266/3702; Legalbank İçtihat). Aynı yönde bkz. **Tanrıver-** Usul, C.I, s.1015.

⁹⁵¹ **Tanrıver-** Usul, C.I, s.995; **Doğan, C.:** Bilirkişiliğin Hukuksal Yapısı ve Tıbbî Bilirkişilik [Uluslararası Sağlık Hukuku Sempozyumu (16-17 Ekim 2014, Lefkoşa-KKTC), Editörler: *Hakeri, H./Doğan, C.*, Ankara 2015, s.391-496], s.417-418.

söylenbilir. O hâlde hâkim, uyuşmazlığın çözümünde ihtiyaç duyulan özel ve teknik bilgi ile ilgili, kanun koyucunun önceden belirlediği resmî bilirkişiler arasından seçim yapmak zorunda olduğu için, bölge adliye mahkemelerinin yargı çevrelerine göre bilirkişilik bölge kurulları tarafından hazırlanan bilirkişi listelerinden bilirkişi görevlendirmesi yapamaz. Aynı şey, soybağının tespitine yönelik genetik incelemeler bakımından da geçerli olup, soybağı ile ilgili bilirkişi incelemelerinde resmî bilirkişilerden başka herhangi bir bilirkişinin görevlendirilmesi mümkün değildir. Aksi yönde bir tutum, hükme etkili usule aykırılık olarak bozma sebebi sayılır.

2018 yılına gelinceye kadar, ülkemizde tıbbî konularda ülke çapında resmî olarak bilirkişilik yapmakla görevlendirilen birkaç kurum şöyle sıralanabilirdi: *Adli Tıp Kurumu*; *Yüksek Sağlık Şurası*⁹⁵²; 2659 sayılı “Adli Tıp Kurumu İle İlgili Bazı Düzenlemeler Hakkında Kanun” m.31 ve 2547 sayılı “Yükseköğretim Kanunu” m.38/3 uyarınca *Yüksek Öğretim Kurumları*; “Ceza Muhakemesi Kanunu” m.73 ile 5320 sayılı “Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun” m.17 ve “Sahte Banknotların İncelenmesi ve Değerlendirilmesinde Uyulacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik”⁹⁵³ m.7 hükümleri uyarınca, banknot, devlet tahvili, hazine bonosu gibi menkul değerler üzerinde işlenen sahtecilik suçlarında, bunların asıllarını tedavüle çıkaran *Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası* merkez ve taşra teşkilatı; 1117 sayılı “Küçükleri Muzır Neşriyattan Koruma Kanunu” m.2 uyarınca *Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı* bünyesinde oluşturulan yetkili kurul; 5510 sayılı “Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu” m.58/V uyarınca, anılan Kanun kapsamındaki sınırlı işlerde *Sosyal Sigorta Yüksek Sağlık Kurulu*; Emniyet Genel Müdürlüğü *Polis Kriminal Laboratuvarları*; Jandarma Genel Komutanlığı *Narkotik Analiz ve Kriminal Laboratuvarları*;

⁹⁵² Yüksek Sağlık Şurası’nın hukuk muhakemesi anlamında resmî bilirkişi sayılmadığı ve raporlarına itibar etme zorunluluğunun bulunmadığı yönünde bkz. “*Yüksek Sağlık Şurası 11.04.1928 gün ve 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına dair Kanunun 75. maddesindeki açık hüküm nedeniyle, CMUK’nun 66/3. maddesi anlamında kendisine başvurulması zorunlu olan bir bilirkişi durumunda ise de, hukuk davalarında HUMK 276/2 maddesinde öngörülen nitelikte, resmi bilirkişi değildir. Mahkeme Yüksek Sağlık Şurasına başvurup başvurmamakta serbesttir ve onun raporuyla bağlı bulunmamaktadır (HUMK m.286). Eş söyleyişle, hukuk davalarında, mahkemelerin Yüksek Sağlık Şurası raporlarına itibar etme zorunlulukları yoktur.*” (Y. 13. HD. 15.10.2002, 7925/10687; Legalbank İçtihat).

⁹⁵³ Bkz. RG. 09.08.2005, Sa.25901.

Sağlık Bakanlığı *Halk Sağlığı Laboratuvarları*; Maden Tetkik Arama Genel Müdürlüğü Laboratuvarları, Devlet Hastaneleri ile Ruh Sağlığı ve Hastalıkları Hastanesi Sağlık Kurulları vs⁹⁵⁴.

Ne var ki, esas olarak sağlık çalışanlarının mesleklerini icra ederken ortaya çıkan tıbbî hata ve komplikasyonlarla ilgili davalarda adlî organlara bilirkişilik hizmeti verip görüş bildiren ve önemli sağlık konularında tavsiye niteliğinde kararlar alan özerk danışma kuruluşu konumundaki Yüksek Sağlık Şurası⁹⁵⁵, Anayasada Yapılan Değişikliklere Uyum Sağlanması Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında 703 sayılı KHK⁹⁵⁶ m.25 ile kaldırılmıştır. Günümüz itibariyle, Adlî Tıp Kurumu adlî tıp alanında ülke genelinde resmî bilirkişiliğe yetkili tek kurum konumuna gelmiş olsa da, DNA analizi yöntemiyle genetik incelemeler bağlamında, Jandarma Genel Komutanlığı ve Emniyet Genel Müdürlüğü bünyesinde faaliyet gösteren Kriminal Daire Başkanlığı Laboratuvarlarının⁹⁵⁷ yanı sıra, üniversitelerin tıp fakülteleri bünyesindeki adlî tıp anabilim dalı veya adlî tıp enstitülerinin de resmî bilirkişi sıfatıyla görevlendirildikleri bilinmektedir.

2. Adli Tıp Kurumu

Bakanlıklara Bağlı, İlgili, İlişkili Kurum ve Kuruluşlar İle Diğer Kurum ve Kuruluşların Teşkilatı Hakkında (4 sayılı) Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin⁹⁵⁸ “Adli Tıp Kurumu” başlıklı birinci bölümünde öngörülen yeni hükümlerle, Adli Tıp Kurumu'nun

⁹⁵⁴ Bkz. **Şahin, C.:** Ceza Muhakemesinde Bilirkişi Atanması ve Zorunlu Bilirkişilik [Bilirkişilik Sempozyumu (9-10 Kasım 2001, Samsun), Ankara 2002, s.190-236], s.223-224; **Kunter/Yenisey/Nuh-oğlu,** s.1401, dn.21; **Yokuş-Sevük,** s.78.

⁹⁵⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Özdemir, M. H./Çekin, N.:** Yüksek Sağlık Şurası'nın Yapısı ve Bilirkişilik Görevleri (Adli Tıp Bülteni, C.3, S.1998/3, s.94-97), s.94 vd.; **Keskin, A.:** Yüksek Sağlık Şurasının Hukuki Konumu ve Hukuktaki Yeri [Ankara Barosu & Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sağlık Hukuku Kurultayı (1-3 Kasım 2007, Ankara), Ankara 2008, s.349-353], s.351; **Kuru-** Usul, C.III, s.2676 vd.

⁹⁵⁶ Bkz. RG. 09.07.2018, Sa.30473.

⁹⁵⁷ “...imza incelemesinin, bu işlerde ihtisas sahibi bulunan Adli Tıp veya Polis Enstitüsü gibi resmi kurumlarda gerekli inceleme yaptırıp, deliller hep birlikte değerlendirilerek, hasıl olacak sonuca uygun bir karar verilmesi gerekirken...” (Y. 13. HD. 07.07.2005, 7519/11673). Aynı yönde: “Mer-ciin Güzel Sanatlar Akademisinden Adli Tıp Meclisinden veya Polis Enstitüsünden seçilen grofoloji ve dalından özel ihtisası olan bilirkişi vasıtası ile inceleme yaparak sonuca gitmesi gerekir.” (Y. 12. HD. 12.04.2001, 5491/6313; Legalbank İçtihat).

⁹⁵⁸ Bkz. RG. 15.07.2018, Sa.30479.

kuruluş, görev ve yetkilerine ilişkin usul ve esaslar yeniden ele alınıp düzenlenmiştir. Anılan Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 2. maddesine göre, adalet işlerinde bilirkişilik görevi yapmak üzere Adalet Bakanlığı'na bağlı Adli Tıp Kurumu kurulmuştur. Yine, aynı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 3. maddesine göre, Adli Tıp Kurumu'nun görevleri arasında, mahkemeler, hâkimlikler ve savcılıklar ile, Kurumun uygun gördüğü alanlarda kamu kurum ve kuruluşları tarafından gönderilen adlî tıpla ilgili konularda bilimsel ve teknik görüş bildirmek de yer aldığı için, anılan bu hükümler ışığında, önceki mevzuat hükümleriyle de örtüşür şekilde⁹⁵⁹, Adlî Tıp Kurumu, soybağı tespiti için yapılması gereken incelemeler bakımından resmî bilirkişi olarak kabul edilir. Anılan düzenlemeler gereğince, adlî tıp konularındaki bilirkişilik için tarafların seçtikleri yahut hâkimin gerekli teknik bilgi ve yeterliliğe sahip olduğunu saptadığı kişilere değil, kanunen yetkili kılınmış olan Adlî Tıp Kurumu'na resmî bilirkişi sıfatıyla başvurulması gerekir⁹⁶⁰.

Resmî bilirkişi sıfatıyla birçok faaliyet yürüten Adli Tıp Kurumu'nun bünyesinde, yapılan iş ve işlemlerin niteliği ile ait oldukları uzmanlık alanları doğrultusunda çeşitli kurul ve daireler kurulmuştur. Bunlardan, Adlî Tıp Beşinci İhtisas Kurulu'nun görevleri arasında, nesebin belirlenmesine ilişkin işlerin yanı sıra, adlî biyoloji ve adlî ge-

⁹⁵⁹ 2659 sayılı Adli Tıp Kurumu Kanunu'nun pek çok hükmü, 02.07.2018 tarihli ve 703 sayılı KHK'nın 61. maddesi uyarınca ilga edilmiş olup, mülga hükümler arasında yer alan m.1/1 ve m.2/a uyarınca, adalet işlerinde bilirkişilik görevi yapmak ve kapsamda mahkemelerle hâkimlikler ve savcılıklar tarafından gönderilen adlî tıpla ilgili konularda bilimsel ve teknik görüş bildirmek üzere Adalet Bakanlığı'na bağlı Adli Tıp Kurumu kurulduğu düzenlenmiştir.

⁹⁶⁰ Örneğin, akıl hastalığı, akıl zayıflığı, ehliyetsizlik gibi olguların bilirkişi raporuyla belirleneceği hâllerde Adlî Tıp Kurumu resmî bilirkişi olarak yetkili kılınmıştır. Ayrıca bkz. Y. 1. HD. 26.09.1996, 10070/10532; Y. HGK. 06.03.1996, 1-41/135; Y. HGK. 20.03.1996, 1-51/178 [**Budak, A. C.:** Türk Medenî Usul Hukukunda Tıbbi Deliller (YÜHFD, Özel Sayı: Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, C.III, S.2006/2, s.337-356), s.342-343, dn.13]. “...her ne kadar 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 282. maddesinde belirtildiği gibi bilirkişinin “oy ve görüşü” hakimi bağlamaz ise de, temyiz kudretinin yokluğu, yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk gibi salt biyolojik nedenlere değil, aynı zamanda bilinç, idrak, irade gibi psikolojik unsurlara da bağlı olduğundan, akıl hastalığı, akıl zayıflığı gibi biyolojik ve buna bağlı psikolojik nedenlerin belirlenmesi, çok zaman hakimlik mesleğinin dışında özel ve teknik bilgi gerektirmektedir. Hele ayırt etme gücünün nispi bir kavram olması kişiye eylem ve işleme göre değişmesi bu yönde en yetkili sağlık kuruluşundan, özellikle Adli Tıp Kurumu Dördüncü İhtisas Dairesinden rapor alınmasını da gerekli kılmaktadır. Esasen TMK'nin 409/2. maddesi akıl hastalığı veya akıl zayıflığının bilirkişi raporu ile belirleneceğini öngörmüştür.” (Y. 14. HD. 02.10.2017, E. 2015/5221, K. 2017/7010; aynı yönde bkz. Y. HGK. 02.02.2011, E. 2010/1-693, K. 2011/3; Legalbank İçtihat).

netiği ilgilendiren işler hakkında bilimsel ve teknik görüşler bildirmek de yer aldığından (4 sayılı CBK m.17/2, d), soybağının tespiti amacıyla yürütülen genetik incelemeler bakımından, Adli Tıp Beşinci İhtisas Kurulu'nun özel olarak görevli kılındığı söylenebilir. Yine, "İhtisas Kurullarının görevleri" başlıklı 17. maddeye göre Adli Tıp Kurumu'nun görev alanına giren işlerde İhtisas Kurulları, bilirkişilerce, Fizik ve Trafik İhtisas Dairelerinin tıpla ilgili olmayan raporları hariç olmak üzere adli tıp ihtisas dairelerince yahut adli tabip veya adli tıp uzmanlarınca verilip de, mahkemeler, hâkimlikler ve savcılıklar tarafından yeterince kanaat verici nitelikte bulunmayan ve aralarında çelişki olduğu belirlenen raporları inceleyip bilimsel ve teknik görüşlerini bildirmekle görevlidir (4 sayılı CBK m.17/1).

Bunun yanı sıra, Adli Tıp Kurumu bünyesinde ihtisas dairelerinin ve ihtisas kurullarının verdiği rapor ve görüşleri bir üst merci olarak inceleyen Adli Tıp Üst Kurulları bulunmaktadır. Adli Tıp Üst Kurulları, Adli Tıp Kurumu Başkanı'nın başkanlığında, ilgili adli tıp ihtisas kurulları başkan ve üyelerinden oluşur ve daha önce Kurum merkezinde veya taşradaki adli tıp ihtisas dairelerinde karara bağlanan konular, Adli Tıp Üst Kurullarında tekrar görüşülür (4 Sayılı CBK m.7/1-2). Bu bağlamda "Adli Tıp Üst Kurullarının görevleri" başlıklı 16. maddeye göre Adli Tıp Üst Kurulları; adli tıp ihtisas kurulları ve ihtisas daireleri tarafından verilip de mahkemeler, hâkimlikler ve savcılıklarca kapsamı itibarıyla yeterince kanaat verici nitelikte bulunmayıp, sebebi de belirtilmek suretiyle bildirilen işleri, konu ile ilgili uzman üyelerin katılımıyla inceler ve kesin olarak karara bağlar (4 sayılı CBK m.16/1-a). Görüldüğü üzere, 4 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi uyarınca, soybağının tespiti işlerine bakmakla görevli Adli Tıp Beşinci İhtisas Kurulu'nun incelediği ve kapsamı itibarıyla mahkemelerce yeterince kanaat verici nitelikte bulunmayan dosyaların tekrar görüşülüp nihai olarak karara bağlandığı Adli Tıp İkinci Üst Kurulu (bkz. 4 sayılı CBK m.7/1 ve 4), mahkemelerin doğrudan doğruya başvurabileceği bir yapı olmayıp, ancak Biyoloji İhtisas Dairesi yahut Beşinci İhtisas Kurulunun vermiş olduğu yetersiz veya çelişkili raporların yeniden görüşüldüğü bir üst denetim organı olarak düşünülmelidir.

Son olarak Adli Tıp Kurumu bünyesinde kurulmuş bir diğer birim olan Biyoloji İhtisas Dairesi'nin görevlerinden birisi de, mahkemeler ile hâkimlikler ve savcılıklar tarafından gönderilen her türlü biyolojik örnek ve biyolojik örnek taşıması muhtemel materyalin mikrobiyolojik, hematolojik, serolojik ve genetik yönden incelemelerini yapıp, sonuçlarını raporla tespit etmektir (4 sayılı CBK m.21). Adli Tıp Kurumu Biyoloji İhtisas Dairesi'nin görevleri, Adli Tıp Kurumu Kanunu Uygulama Yönetmeliği'nde⁹⁶¹ de ayrıntılı olarak düzenlenmiş olup; bu kapsamda mahkemeler, hakimlikler ve Cumhuriyet savcılıkları tarafından gönderilen kişilerden, kan veya kimliklendirmeye uygun herhangi biyolojik materyalin uzman kişiler vasıtasıyla alınması, nesep tayini amaçlı genetik analizlerin, mümkün olan her türlü uygun biyolojik materyal üzerinden gerçekleştirilmesi ve sonuçlarının bir raporla ilgili mercie, ihtisas kuruluna ya da ihtisas dairesine bildirilmesi de Biyoloji İhtisas Dairesi'nin görevleri arasında sayılmıştır. (ATK-KUY m.13/3, a; 13/VI).

3. Adli Tıp Kurumu Dışındaki Diğer Resmî Bilirkişiler

Jandarma Kriminâl Daire Başkanlığı ve Jandarma Bölge Kriminâl Laboratuvar Amirlikleri Kuruluş, Görev ve Yetkileri Yönetmeliği'nin⁹⁶² 8. maddesinde, jandarma kriminal laboratuvarlarının, uzmanlık alanlarına giren konulara ilişkin adli süreçlerde, bulgu ve materyallerin incelenmesi ile ilgili mahkemelerce yöneltilen talepleri değerlendiren, inceleme sonuçlarını rapor halinde doğrudan talepte bulunan mercie göndereceği belirtilmektedir. Bu çerçevede, jandarma kriminâl laboratuvarlarının moleküler biyolojik incelemeler kapsamındaki faaliyet alanına, insanlara ait biyolojik örneklerin tespiti ve niteliklerinin belirlenmesi, elde edilen biyolojik örnekler üzerinde adli amaçlı DNA analizlerinin icrası ve mukayesesi, adli amaçlı DNA analizleri vasıtasıyla babalık, annelik, soybağı tespiti yapılması ve kimliği belirsiz cesetlerin kimliklendirilmesi gibi hususların da girdiği açıkça belirtildiğine göre⁹⁶³; buradan hareketle, jandarma kriminâl laboratuvarlarının soybağı tespiti amaçlı genetik incelemeler bakımından resmî bilirkişi olarak kabul edilmesi gerektiği söylenebilir.

⁹⁶¹ Bkz. RG. 31.07.2004, Sa. 25539.

⁹⁶² Bkz. RG. 01.08.2006, Sa. 26246.

⁹⁶³ <https://www.jandarma.gov.tr/kriminal/biyoloji> (E.T. 27.10.2021).

Ayrıca Emniyet Genel Müdürlüğü Kriminal Dairesi Başkanlığı Biyolojik İnceleme Şube Müdürlüğü bünyesindeki Merkez ve Bölge Kriminal Polis Laboratuvarlarında DNA izolasyonu, DNA miktar ve kalite tayini, DNA profillemesi ve mukayeselenmesi gibi genetik analiz işlemleri de yapılmaktadır⁹⁶⁴. Aslında genel olarak polis kriminal laboratuvarları adli, idari, siyasi soruşturmalar sırasında elde edilen maddi delillerin, bilimsel usullerle incelenmesi ve değerlendirilmesi suretiyle, suç ve suçlunun tespit ve ispatında teknik hizmet yürüterek güvenlik kuvvetlerine ve adli mercilere yardımcı bir birim olarak faaliyette bulunuyor olsa da, az önce jandarma kriminal laboratuvarları ile ilgili yukarıda varılan sonuç polis kriminal laboratuvarları için de aynen geçerli olup, bu kapsamda soybağı tespiti amaçlı genetik incelemeler bakımından polis kriminal laboratuvarlarının da resmî bilirkişi olarak kabul edilmesi gerekir.

Diğer yandan, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 38. maddesinin üçüncü fıkrasında Yükseköğretim Kurulunun isteği ve ilgili kamu kuruluşunun onayı ile yükseköğretim kurumları veya birimlerinin, ilgili adli mercilerin talebi ile adli tıp mevzuatı çerçevesinde adli tıp olaylarında ve diğer adli konularda resmi bilirkişi olarak görevlendirilebileceği hususunun açıkça düzenlendiği görülür. Keza 2659 sayılı Adli Tıp Kurumu Kanunu'nun hâlen yürürlükteki 31. maddesine göre, yükseköğretim kurumları veya ilgili birimlerinin, adli tıp mevzuatı çerçevesinde adli tıp olaylarında ve diğer adli konularda Ceza Muhakemesi Kanunu'na resmî bilirkişi sayıldığı ve bu birimlerin inceleyeceği adli tıp konularındaki işlerin bir yönetmelik ile ayrıca belirleneceği öngörülür. Her ne kadar anılan hükümde diğer adli bilirkişilik kurumlarının sadece ceza muhakemesi kapsamında resmî bilirkişi sayılacağı belirtilmişse de, kanımızca hukuk muhakemesindeki ile ceza muhakemesindeki bilirkişilik faaliyetinin amaçları ve karşıladığı ihtiyaçlar birbirinden farklı görülemeyeceği için, bu düzenlemenin kıyasen hukuk davalarında (ve elbette soybağı davalarında) da uygulanması ve tıbbî bilirkişilik için Adli Tıp Kurumu yanında diğer adli ekspertiz kurumlarına da başvuru mümkün görülmelidir⁹⁶⁵.

Bu itibarla, üniversitelerin tıp fakülteleri bünyesindeki adli tıp anabilim dallarına veya adli tıp enstitülerine ait laboratuvarlarda da genetik analiz ve soybağı testleri ger-

⁹⁶⁴ <https://www.egm.gov.tr/kriminal/biyolojiuzmanlik> (E.T. 27.10.2021).

⁹⁶⁵ Aynı yönde **Budak-** Tıbbi Deliller, s.343.

çekleştirilmekte ve bilirkişi sıfatıyla rapor hazırlama faaliyeti yürütülmektedir. Nitekim Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmeliğin 13. maddesinin son fıkrası hükmünde, ceza muhakemesi bakımından soybağının tespiti için gereken genetik incelemeyi yapmakla görevli resmî bilirkişiler sayılırken üniversiteler, Emniyet Genel Müdürlüğü, Jandarma Genel Komutanlığı ve Adli Tıp Kurumu bünyesinde çalışan görevliler de anılmış ve bunların da bilirkişi sıfatıyla atanabileceklerine açıkça işaret edilmiştir. Ancak bu sayılanlar dışında, tarafların kendi aralarında anlaşarak soybağı incelemesi yapacak bilirkişiyi seçmesi mümkün olmadığı gibi, bu konu hakkında hakem-bilirkişi sözleşmesi yapılması da düşünülemez. Soybağı incelemesi yapmaya yetkili tıbbî bilirkişiler, münhasıran resmî bilirkişi sıfatını taşıyan ve sayıları sınırlı olan kurum ve kuruluşlardan ibarettir. Bu noktada kanımızca, 6754 sayılı Bilirkişilik Kanunu m.8/1-e kapsamında bilirkişilik faaliyeti yürütmelerine izin verilen özel hukuk tüzel kişilerinin de soybağı davalarında soybağının tespitine yönelik genetik inceleme ve DNA analizi yapmalarının mümkün olmadığına işaret etmek elzemdir. Zira özel hukuk tüzel kişilerinin, bilirkişilik kurumunu endüstrileştirmesi kaygısı bir yana, özellikle ticarî amaçlarla kurulan şirketlerin bünyesindeki bilirkişilerin bağımsız ve tarafsız şekilde rapor hazırlamalarının güçlüğü göz önüne alındığında, özel hukuk tüzel kişilerine bilirkişilik görevinin verilmesinin bilirkişiliğin ticarî bir yapıya dönüştürülmesi anlamını taşıyacağı, bu yüzden tarafsızlık ilkesine gölge düşmemesi adına bilirkişiliğin ticarî oluşumlar içerisinde yer almaması gerektiği düşünülmektedir.

IV. Soybağının Tespitine Yönelik Bilirkişi İncelemesinde Uygulanan Tıbbî Yöntemler

1. Genel Olarak

Soybağının tespitine yönelik uygulanan bilimsel tıbbî yöntemlerin başında kan muayenesi yöntemleri gelir. Günümüzde klâsik kan grupları muayenesi, Rhesus Metodu ve MN Faktörleri Metodu olmak üzere, üç tür kan muayenesi yönteminden söz edilebilir. Bu yöntemlerin tek başına kullanılmasıyla biyolojik babalığa dair kesin bir sonuç elde edilemese de, soybağının tespitinde yardımcı nitelikte görülebilir. Ayrıca kan muayenesi dışında antropobiyolojik kalıtsal muayene yöntemlerine başvurularda da, ço-

cuğun doğal soybağının tespiti hususunda kısmen ilerleme kaydedilebilmektedir. Belirtilen yöntemlerde, ana, baba ve çocuğun kafatası, kemik ve cilt yapılarının karşılaştırmalarına dayanan morfolojik özellikleri araştırılarak erkeğin biyolojik baba olup olmayacağına ilişkin olasılığa dayalı sonuçlar elde edilebilmektedir. Ayrıca 20. yüzyılın sonlarına doğru geliştirilen genetik parmak izi (DNA) analizi yöntemiyle ulaşılan verilerle de doğal soybağı tespiti yapılabilmekte ve diğer yöntemlere nazaran en güçlü ve kesin bilimsel sonuçlara varılabilmektedir.

Yargıtay, babalık davası kapsamındaki genetik soybağı incelemesinde uygulanacak tıbbî yöntemleri tek tek belirleyerek, anaya, çocuğa ve davalıya uygulanacak testlerin türlerini dahi sayma yoluna gitmeyi tercih etmektedir. Örneğin bir kararda,

“...babalık olgusu irs ve nesep ilişkisinin kuşkuya yer bırakmayacak nisbette açığa çıkarılması halinde kabul edilebilir. Bu konuda, tekniğin tüm imkanlarından yararlanılmalıdır. Bu cümleden olarak her türlü benzemezlik testleri yapılmalıdır. Davacı, çocuk ve davalının kan grupları belirlenerek Adli Tıp Kurumu Biyoloji İhtisas Dairesi'nde bir inceleme yapılmışsa da, bu yeterli değildir. Davacı, çocuk ve davalının ALYUVAR (ERİTROSİT) ANTİJENLERİ (ABO, Rh (CDE, cde), MNSs, Duffy (Fya Fyb) Kidd (Jka, Jkb), Kell (Kk); LOKOSİT ANTİJENLERİ (HLA-A), (HLA-B), (HLA-C), (HLADR), (HLA-DQ); ALYUVAR (ERİTROSİT) ENZİMLERİ (Adenozin Dezaminaz, Esteraz D, Fosfoğlukomuta, glikoksilaz (I), Adanilat Knaz, Glukoz 6 fosfat dehidrogenaz, Alanin Transaminaz, Eritrosit asil fosfotaz (LAP); SERUM PROTEİNLERİ (Heptoglobulin, Hemaglobin ve Transferrin) testleri mutlaka yapılmalı, baba olduğu iddia olunan kişinin % 99.73 oranından daha az ihtimalle baba olabileceği belirlenmiş ise, Karbonik Anhidraz (Ca II), Peptidaz A. Gm. levis araştırması ve karşılaştırılması ile sonuca gidilmelidir. Yine de aynı oranda bir sonuç elde edilemiyor ise DNA tipleme-si yapılması imkanı araştırılmalı, davanın baba olamayacağı ihtimali tamamen kaldırılıp delillerin hep birlikte takdiri gerekir.”⁹⁶⁶

⁹⁶⁶ Y. HGK. 08.03.1995, E. 1994/2-671, K. 1995/162; Y. 2. HD. 17.01.1994, E. 1993/12172, K. 1994/307; Y. 2. HD. 20.03.1995, 2363/3155 (Legalbank İçtihat).

denilmek suretiyle, genetik incelemelere dair tıbbî yöntemlere tek tek işaret edilmiş ve davayı gören mahkemenin bu sıralamaya uygun hareket ederek yargılamayı yürütmesinin önemine vurgu yapılmıştır. Yine bu kapsamda, ölünün babalığı ile ilgili kan grupları incelemesi ya da diğer yöntemlerle kesin veriler elde edilememesi hâlinde, mezar açma yoluna gidilmesi ve elde edilecek genetik numuneler üzerinden DNA testi yapılması gerektiğine dair Yargıtay kararları da mevcuttur⁹⁶⁷.

Yargıtay, ölü olması nedeniyle biyolojik baba olduğu ileri sürülen kişinin mezarı açılarak alınan kemik dokuları ile ana ve çocuğun kan grupları üzerinden yapılan incelemeyi dahi yeterli görmemekte; diğer kan testlerinin de yapılıp her türlü teknik imkanın kullanılmasından sonra, davalının biyolojik baba olamama ihtimalinin tamamen kaldırılabilmesi hâlinde, ortaya çıkan nihai durumun diğer delillerle birlikte hâkim tarafından takdir edilmesi gerektiğini savunmaktadır⁹⁶⁸. Dolayısıyla Yargıtay'ın, biyolojik baba olduğu iddia edilen kişi ile çocuğun genetik uyumu bakımından kapalı sayı ilkesine bağlı olmaksızın, adlî tıpta kullanılması elzem tahlil türlerini isim isim sayma yolunu seçtiği söylenebilir⁹⁶⁹. Ancak başka hiçbir inceleme yapılmaksızın doğrudan genetik inceleme yoluna gidilmesi ise yerinde değildir. Çünkü genetik inceleme ve özellikle DNA analizinden başka daha basit ve ucuz olan yöntemler sayesinde biyolojik babalığın tümüyle dışlanabilmesi, yani menfi şekilde tespiti tıbben mümkün olduğu için, ilk etapta bu seçeneklerin tüketilmesi, bunlardan kesin sonuç elde edilememesi hâlinde son çare

⁹⁶⁷ “...Dosya arasında bulunan rapor açıklamalarına göre babalık ile ilgili DNA incelemesi yeterli değildir. 9.11.2000 tarihli rapora göre R. S. isimli şahsın kafatası ve femur kemiklerinin fethi kabir yapılarak usulüne uygun muhafaza altına alınması, bilirkişi olarak seçilen İstanbul Adli Tıp Enstitüsü Adli Homogenetik Merkezine gönderilerek R. S.'in küçük Ramazan O. Ç.'in babası olup olamayacağına belirlenmesi sonucuna göre karar verilmesi gerekir. Bu yön gözetilmeden eksik araştırma ve inceleme ile yazılı şekilde, hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir.” (Y. 2. HD. 30.04.2002, 167/5676; Legalbank İçtihat).

⁹⁶⁸ “...Adli Tıp Kurumunca İtkad Q AIL drl, G Y pa, HBGG D7 88 GC faktörleri incelenerek tanzim edilen raporda M. Y. S. 'nın %97,653 oranda baba olabileceği bildirilmiş, diğer faktörlerin niçin incelenmediği konusunda bu açıklık getirilmemiştir. Mahkemece yapılacak iş Adli Tiptan diğer faktörler de incelenerek görüş bildirilmesinin istenmesi bu tıbben mümkün değilse nedeninin sorulması, sonucuna göre hüküm kurulması gerekir. Bu yön gözönünde tutulmadan eksik tahkikatla karar verilmesi doğru değildir.” (Y. HGK. 18.10.2000, 2-1228/1288; Legalbank İçtihat).

⁹⁶⁹ **Tuğ, A./Elma, C.:** Ankara Üniversitesi Adlî Tıp Anabilim Dalı 2004-2007 Verileri İle Babalık Testlerinin Değerlendirilmesi (Adli Tıp Dergisi, C.22, S.2008/3, s.15-21), s.2; **Erten/Acır/Taşveren,** s.578; **Tüzüner-Adli Genetik,** s.134.

olarak genetik inceleme (DNA analizi) yöntemine başvurulması usul ekonomisi ilkesinin bir gereği olarak düşünülmelidir⁹⁷⁰.

2. Kan Grupları Muayenesi ve HLA Yöntemi

Kan grupları, kanın içeriğinde A ve B antijenlerinin (antikor oluşmasını uyaran madde) bulunup bulunmamasına göre A, B, AB ve 0 şeklinde olmak üzere dörde ayrılan “AB0” sistemi üzerine kuruludur. İlk kez 1900 yılında *Landsteiner* tarafından keşfedilen AB0 sistemi, kandaki A ve B antijenlerinin varlığı ya da yokluğu ile tespit edilen kan gruplarına göre çocuğun ana ve babasının kan gruplarından hareketle biyolojik babalığın belirlenmesine katkı sağlar. Kan gruplarının keşfinden sonra kandan grup tayini yapılmaya başlanmış olup, adli tıp tarihinde ise kan grupları muayenesi, ilk kez *Dun-ger* ve *Hirszfelt* adlı bilim adamları tarafından kullanılmış ve 1924 yılında Almanya, Avusturya ve İtalya’nın ardından 1932 yılında ülkemizde delil olarak başvuru bir yöntem olmuştur⁹⁷¹.

Biyolojik babalığın tespitinde pratik bir yol olan klasik kan grupları muayenesi yönteminde çocuğa ait kan grupları ile ananın ve davalı erkeğin kan grupları formülünün üçlü karşılaştırılması esas geçerli olup, bu yöntemle genetik inceleme yapılabilmesi için evlilik dışı çocuğun anasının kimliği mutlaka bilinmelidir. Kan grupları muayenesi yöntemiyle bir erkeğin belli bir çocuğun babası olamayacağı %98’e varan bir doğruluk payıyla matematiksel kesinliğe yakın olarak saptanabilmektedir. Zira ana ve babanın kan grubuna göre çocuğun belli bir kan grubundan olması gerekir. Ana veya babada bulunmayan antijenler çocukta bulunursa, çocuğun bu ana veya babadan olmadığı kesin olarak söylenebilir. Bir başka deyişle, kan grubu, ana ve babasından aldığı birer genin birleşmesinden meydana gelen her birey, kendisine ait iki genden birisini tesadü-

⁹⁷⁰ Bir görüşe göre, DNA testi yapılmasına karar verilmeden önce mahkemece davacının görüşü alınmalı ve davacının gereken masrafları ödemeyi kabul etmesi hâlinde doğrudan DNA analizi yöntemine gidilmelidir. Davacı, öncelikle kan incelemesi yapılmasını talep ettiği takdirde onun iradesi esas alınarak daha masraflı olan DNA analizine zorlanmamalıdır [bkz. **Saldırım, M.:** DNA İncelemesinin Özel Hukuktaki İşlevi (AD, C.91, S.2000/8, s.127-148), s.133]. Aksi yönde bkz. **Gürbüz, M.:** Bir İspat Aracı Olarak Gen ve DNA İncelemeleri (Eskişehir Barosu Dergisi, 2005/7, s.55-66), s.61.

⁹⁷¹ **Ölmez, S.:** Babalığın Tayini (Kan gurubu ve faktörleri) (AD, C.63, S.1972/8-9, s.589-595), s.589; **Duran-** Babalık Davası, s.85; **Güldiken-Taşyaran,** s.68-70.

fen çocuğuna intikal ettirir ve buna göre, bir ana-babadan, farklı gruplarda çocuklar meydana gelebilir; ancak, çocuğun taşıdığı grup işaretini teşkil eden genlerden biri ebeveyndeki mevcut genlere uymazsa, o zaman çocuğun bu ana-babadan olması imkânsızdır. Çünkü ana ve babada bulunmayan kan grubuna ait elementler çocukta da ortaya çıkmaz⁹⁷².

Kan grupları muayenesi yöntemiyle inceleme, içerik itibariyle, kan hücrelerindeki kromozomlarda bulunan ve grup karakteri taşıyan maddelerden, yani en küçük biyolojik ünite olan genlerden yararlanılır. 1900'li yılların başlarında AB0 kan grup antijenlerinin bulunması ve 1920'li yıllarda kan gruplarının kalıtsal aktarımının ortaya çıkarılması ile başlayan kan grupları muayenesi yönteminde, toplumun erkek nüfusunun sadece %30'unun dışlanabilmesi nedeniyle bu oranı yükseltecek özelliklerin araştırılmasına devam edilmiş ve *RH*, *Kell*, *Duffy* gibi kalıtsal antijenik özelliklerin eklenmesiyle, bu oran %40'a çıkmıştır⁹⁷³.

Kan grupları, gözlerin rengi, saç rengi, psişik ve somatik bazı özellikler *Mendel* kurallarına göre kalıtıldığından, ana ve babada bulunmayan bir gen, çocukta da bulunmaz. Ana ya da babadan birinin kan grubu 0 ise, AB grubu çocuğu olamaz; eğer ikisinden birinin kan grubu AB ise, 0 grubu çocuğu olamaz (*Mendel* kuralı). Alt gruplar için de aynı kural geçerlidir. Yine, babası B kan grubundan, anası A kan grubundan olan bir çocuk, A, B, AB ve 0 kan gruplarından herhangi birisini taşıyabilirken; hem anası hem de babası B grubu olan bir çocuğun A kan grubundan olması ise imkânsızdır⁹⁷⁴. Babalığı araştırmada, inceleme materyali kanlar, grup ve faktörleri kuşku uyandırmayacak biçimde dikkatli belirlenmeli, genotipik karşılaştırmalar yapılmalıdır. Ana ve çocuğun kan gruplarına göre babanın sahip olamayacağı kan grupları alttaki tabloda verilmiştir⁹⁷⁵.

⁹⁷² Ölmez, s.591.

⁹⁷³ Tuğ, E./Gültekin-Akduman, G.: General characteristics of paternity test applicants (Turkish Journal of Medical Sciences, C.39, S.2009/6, s.923-931), s.924; Tuğ/Elma, s.2.

⁹⁷⁴ Akın, s.20-21; Akar, s.118-119.

⁹⁷⁵ Bkz. Açıkgöz, N./Hancı, İ. H.: Babanın Belirlenmesi (Nesep Tayini) (STED, C.12, S.2003/12, s.464-465), s.464.

<i>Babalığın Tespitinde Babanın Sahip Olamayacağı Kan Grupları</i>					
<i>Çocuk</i>		<i>Anne</i>		<i>Babanın Sahip Olamayacağı</i>	
<i>Kan Grubu</i>	<i>Genotip</i>	<i>Kan Grubu</i>	<i>Genotip</i>	<i>Kan Grubu</i>	<i>Genotip</i>
A	AO	B	BO	B, O	BB, BO, OO
A	AO	O	OO	B, O	BB, BO, OO
B	BO	A	AO	A, O	AA, AO, OO
B	BO	O	O	A, O	AA, AO, OO
AB	AB	A	AA, AO	A, O	AA, AO, OO
AB	AB	B	BB, BO	B, O	BB, BO, OO
AB	AB	AB	AB	O	OO
O	OO	O	O	AB	AB
O	OO	A	AO	AB	AB
O	OO	B	BO	AB	AB

Babalığın dışlanması işe yarayan bir diğer yöntem ise, MN yöntemi olup, 1927 yılında *Landsteiner* ve *Levine* tarafından bulunan bu yönteme göre insanların kan yuvarlakları, bazı özelliklerine göre M, N ve MN olmak üzere üç grup altında toplanır. Ana ve babanın ait olduğu gruba göre çocuğun olması gereken grup belirlenerek bu grubun dışında başka bir gruba ait olması halinde, babalık davasında davalının biyolojik baba olmadığı tespit edilebilir⁹⁷⁶. Örneğin, çocuk M alt grubuna aitse, ana-baba N grubundan olamayacağı gibi, çocuk N grubundan ise, ana-baba M grubuna dahil olamaz. M ve N faktörlerinin her ikisinin ana-babada bulunmaması hâlinde çocukta da bu faktörlerin her ikisine birden rastlanmaz⁹⁷⁷.

Kan grupları muyenesi kapsamında ele alınması gereken bir diğer yöntem olan Rhesus (RH) yöntemi ise *Levine* ve *Stetson* tarafından keşfedilmiş olup; kanda (Cc), (Dd), (Ee) harfleriyle sembolize edilen üç çift hücre parçacığı sistemine dayalı bir esasın geçerli olduğu bu yönteme göre ana ve babanın, kendi kanında bulunan bu çift parçacıklardan birini çocuğa vermesiyle çocuğun kanında altı adet hücre parçacığı oluşur. Bu parçalar, ana ve babanın kanlarındaki duruma göre çocukta CDe-Cde, cCE-CDE, Cde, CDE, CdE gibi çeşitli birleşmeler meydana getirir⁹⁷⁸. Çocukta (C), (D) veya (E) özelliklerinden birisi varsa, aynı özellik, ana ve babadan en az birisinde mutlaka bulunur. Üç çift olarak ifade edilen hücre parçacıkları çocukta (Cc), (Dd), (Ee) gibi hâllerde

⁹⁷⁶ **Güldiken-Taşyaran**, s.71.

⁹⁷⁷ **Kamay, B. T.:** Babalığın Araştırılması Problemi (AD, C.49, S.1958/2, s.107-129), s.121-122; **Güldiken-Taşyaran**, s.71-72.

⁹⁷⁸ **Ölmez**, s.593; **Güldiken-Taşyaran**, s.72; **Tokar**, s.36.

bulunduğu takdirde ise, (CC) veya (cc) gibi aynı türden parçacıkların hem ananın hem de babanın kanlarında çift hâlinde bulunması imkânsızdır⁹⁷⁹. Çocuğun kanındaki üç çiftten birisi aynı türden olduğu takdirde ise, ne anada ne de babada bu çiftin diğer tekerleri bir arada bulunamaz⁹⁸⁰. Dolayısıyla, bu yöntemde de, çocuğun, ana ve babasından birer gen alacağı verisinden hareketle biyolojik babalığın tespitinde birtakım sonuçlara varılabildiği görülür.

Yalnızca kan grupları ile kuşkulu babayı bulma kesin değildir; fakat kesin ret durumu vardır. *ABO*, *M*, *N*, *Ss* grupları ile babayı bulma oranı %33'tür. *Rhesus* sistemi bu olasılığı %84 oranına yükseltebilir. Diğer faktörler de hesap edildiğinde oran %95 üzerine çıkar. Bunlar; *Kell (K)*, *P*, *Lutheran (Lu)*, *Duffy (Fy)*, *Kidd (JK)* ve *Lewis (Le)* faktörleridir. Bu oran, bize 100 insanda 95'inin babalığının reddi olanağı verir. Babanın belirlenmesinde, benzerlikler de hesaba katıldığında, doğru karar verme olasılığı oldukça artar⁹⁸¹.

Diğer yandan, kan tahlilleri (serolojik inceleme) yöntemi ise, kırmızı kan hücreleri dışındaki kan hücrelerinde bulunan bir protein olan 'insan lökosit antijeni'nin (*human leukocyte antigen-HLA*) incelenmesini esas alır. Babalığın tespitinde güvenilirlik oranını tek başına %80'e yükseltmekle birlikte, sadece birkaç günlük ve fazla miktarda kanla çalışılabilmesi gibi dezavantajları nedeniyle HLA yönteminin yaygın kullanımı mümkün olmamıştır⁹⁸². Buna rağmen, adli bilimlerdeki kimlik belirleme çalışmalarında HLA sistemi oldukça önemli yer tutar. Sistemin önemi, kan gruplarına göre daha geniş polimorfizm göstermesi sebebiyle artmış ve genotip kombinasyonlarının son derece fazla olmasından dolayı, babalık belirlemede kan grup sistemlerine göre daha üst sıraya yerleşmiştir. Babalığın tespitinde kan grup, alt grup ve faktörleri ile HLA sistemi birlikte kullanıldığında olguların çoğunda %99.8 gibi bir oranla doğru sonuca varmak

⁹⁷⁹ Tokar, s.36.

⁹⁸⁰ Örneğin, çocuğun kanındaki üç çiftten birisi (cc) hâlinde olursa, çiftin diğer teki (CC) şeklinde olmaz.

⁹⁸¹ Açıkgöz/Hancı, s.464.

⁹⁸² Tuğ/Elma, s.2; Tuğ/Gültekin Akduman, s.924.

olanaklıdır. Ancak kuşkulu babaların kardeş ya da akraba olması durumunda aynı HLA genotiplerine rastlanabileceği de unutulmamalıdır⁹⁸³.

Her ne kadar kan grubu incelemelerinde elde edilen ve babalığı dışlamaya yardımcı olan araştırma bulgularından hareketle babalık olasılığının matematiksel olasılık hesabıyla ortaya konulması mümkün olabilmişse de, biyoistatistik hesaplama yöntemleri babalık hakkında kesin sonuç verememektedir. Hatta Alman Federal Yüksek Mahkemesi, üzerinde uzlaşma sağlanamamış olan istatistiksel hesaplama yöntemlerinden *Essen-Möller* usulündeki biyoistatistik hesabına göre %99,8 oranını babalığın ispatında yeterli saymış olsa da, bu oranın üzerinde babalığa karşı ileri sürülebilecek diğer emarelerin de araştırılması gerektiğini ve tek başına bu hesaba dayanarak soybağı hakkında karar verilemeyeceğini belirtmiştir⁹⁸⁴. Buna karşın Alman hukukunda soybağı incelemesi yapılırken belirli bir sıranın takip edilmesinin uygun olduğu; kan grubu muayenesinin ardından, babalığın reddine ilişkin kesin bir sonuç alınamadığı takdirde DNA analizine geçilmesi gerektiği; kan grubu muayenesinden alınan babalığı dışlayıcı olumsuz bir sonucun kesinlik kazanması hâlinde bunun kesin delil gibi kabul edileceği belirtilmiştir⁹⁸⁵.

Geçmişten günümüze dek insan kanında var olan ve hiç değişmeyen faktörlerin araştırılıp incelenmesi yoluyla soybağının tespiti bugün hâlâ geçerliliğini ve uygulanabilirliğini sürdürmekte olup, yukarıda açıklanan her iki yöntemin de, babalığın ispatında dayanılabilecek negatif yönde bir delil sağlaması sebebiyle önemini koruduğu söylenebilir. Nitekim, Yargıtay'ın dikkat çekici ve isabetli olduğunu düşündüğümüz bir kararında⁹⁸⁶, babalık davasında kan muayenesi yapılmasının şart olduğu; muayene sonucunda tıbben çocuğun davalıdan olamayacağı kesin şekilde belirtildiği takdirde, tanık ve benzeri diğer takdirî delillerin hiç birisine değer verilemeyeceği için davanın reddi gerekeceği; eğer muayene sonunda çocuğun biyolojik babasının davalı olabileceği yolunda ihtimale dayanan bir rapor verilirse, bu takdirde toplanacak diğer tüm delillere göre

⁹⁸³ **Açıkgöz/Hancı**, s.465.

⁹⁸⁴ **Ahrens**, Kap.24, Rz.38, s.534.

⁹⁸⁵ Bkz. **Akcan-** Madde 284 Üzerine, s.895.

⁹⁸⁶ Y. 2. HD. 09.04.1981, 2531/2701 (Legalbank İçtihat).

bir sonuca ulaşılabileceği; buna rağmen kan muayenesi yaptırılmadan, babalıkla ilgili uyuşmazlığın çözülmesinin mümkün olmadığı ifade edilmiştir⁹⁸⁷. Kanımızca da, babalık davasında kan grupları muayenesi yöntemiyle inceleme yapılarak, davalının, çocuğun biyolojik babası olma ihtimalinin bulunmadığı yönünde kesin bir sonuca varılması durumunda, soybağının araştırılması için DNA analizi de dahil diğer inceleme yöntemlerine başvurulmasına gerek kalmayıp davanın reddine karar verilebileceğinden, bilirkişi incelemesi kapsamında ilk olarak kan grupları muayenesi işleminin yapılması; babalığın tıbben kesin olarak imkânsızlığı ortaya konulamazsa, akabinde diğer inceleme yöntemlerine geçilmesi düşünülebilir. Keza, yine davacının dava dilekçesinde ilk önce kan muayenesi yapılmasını istemesi halinde de, onu daha masraflı olan DNA analizine zorlamak yersizdir. Bu olasılıkta da önce kan muayenesi yöntemine başvurulabilir; ulaşılan sonuca göre, gerekirse diğer yöntemlerle davaya devam edilebilir. Ancak kan muayenesi yönteminin, soybağının olumlu tespiti noktasında kesin bir sonuca ulaştırmadığı düşünülecek olursa, zaman kaybına ve yargılama giderlerinin artmasına yol açabileceği de unutulmamalıdır. Bu yüzden soybağının tespiti hususunda hâkimin, doğrudan DNA analizi yöntemine başvurarak sonuca ulaşmaya çalışması usul ekonomisi bağlamında daha uygun görülebilir⁹⁸⁸.

⁹⁸⁷ “...Babalık davası soybağı ilişkisinin kuşkuyla yer bırakmayacak şekilde açığa çıkarılması halinde kabul edilebilir. Hakim maddi olguları resen araştırır ve kanıtları serbestçe takdir eder. (TMK.md.284) Çocuk B. 29.10.1992 doğumlu olup baba olduğu iddia edilen Y. 23.02.1999 tarihinde vefat etmiş, dava ise Y.’ mirasçılarına karşı 20.04.2005 tarihinde açılmıştır. Baba olduğu iddia edilen Y. ölmüş olduğundan bu kişinin alt soyu ile aynı soydan gelen erkeklerden alınan kan örnekleri üzerinde yapılan bilirkişi incelemesi sonucu Adli Tıp Kurumu İzmir Grup Başkanlığınca verilen 27.09.2007 tarihli raporda soybağı ilişkisinin varlığı ihtimal dahilinde bildirilmiştir. Davalılar, ölen Yavuz’un kabrinin açılarak doku örnekleri alınıp bu örnekler üzerinde DNA tiplemesi yapılmasını talep etmiş bulunduklarına göre, baba olduğu iddia edilen ölü Y.’nin mezarının açılarak DNA tiplemesine esas teşkil edecek doku örneklerinin alınması ve çocuktan alınan doku örnekleri ile birlikte Adli Tıp Kurumu ilgili ihtisas dairesine gönderilerek soybağı ilişkisinin kuşkuyla yer bırakmayacak şekilde gösterir nitelikte rapor alınması ve tüm deliller birlikte değerlendirilerek hasıl olacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile hüküm tesisi doğru bulunmamıştır.” (Y. 2. HD. 14.10.2009, 12800/17410; Legalbank İçtihat). Aynı yönde bkz. **Demir-** İnsan Geni, s.251.

⁹⁸⁸ Aynı yönde bkz. **Akar**, s.119-120.

3. Benzerlik Muayenesi (Antropobiyolojik Kalıtsal İnceleme) Yöntemi

a. Vücut Ölçüleri Orantılarına Göre (Antropobiyometrik) Yöntem

Her insanın farklılık arz eden beden ölçüleri, biyolojik ve morfolojik olarak *Mendel* kurallarına göre ana ve babadan kalıtımla çocuğa aktarılan vücut özelliklerini göstermekte olup, ana ve babada bulunan baskın karakterler, çocukta daha belirgin hâle gelir. Bu yönü itibariyle, biyolojik soybağının belirlenmesinde yararlanılabilecek tıbbî yöntemlerden bir diğeri de, benzerlik muayenesi (benzerlik testi) de denilen, antropobiyolojik kalıtsal inceleme türü olarak antropobiyometrik yöntemdir. Bu yöntem ilk defa 1830 yılında *Essen Moller* tarafından tarif edilmiş ve 1949 yılında *Keiter* tarafından basit ve pratik bir şekle sokulmuştur⁹⁸⁹.

Davalı erkek ile çocuğun, kafatası başta olmak üzere, kemik ve iskelet yapıları, cilt dokuları ile diğer organ ve uzuvları bakımından ortaya çıkan fenotip özellikleri arasındaki genetik ve morfolojik benzerliklerin karşılaştırılması esasına dayalı olan antropobiyolojik kalıtsal analiz yönteminde baş, alın, kulaklar, saçlar, göz rengi gibi birçok faktör göz önüne alınarak, çocukla davalı erkek arasında benzerlik olup olmadığı araştırılır⁹⁹⁰ ve sonuçta, davalı erkeğin, çocuğun biyolojik babası olup olmadığı hususunda (olumlu veya olumsuz) kesine yakın ölçülerde bir kanaat elde edilebilir⁹⁹¹. Bu tümevarım yönteminde, çocuğun anasıyla biyolojik babası olduğu sanılan kişinin belli fiziksel ölçüleri alınıp vücut aksamının uzunluk, genişlik ya da çevresi ve çapı arasındaki orantı indeks rakamları alınır⁹⁹². Elde edilen bu rakamların logaritmaları alındıktan sonra grafipler çizilerek karşılaştırma yapılır ve yapılan bu karşılaştırmalarda çocukla davalı erkek arasındaki kalıtsal benzerlikler araştırılıp %97-99 arasında bir sonuca varılmaya çalışılır. Ancak bu yöntem ile babalık araştırmalarında vücut ölçülerinin ge-

⁹⁸⁹ **Özen, C.:** Babalık Araştırmaları (Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, S.1978/1, s.65-71), s.66-67; **Yazgı, s.95.**

⁹⁹⁰ **Flattet, G.:** Mediko-Legal Ekspertizler ve Nesep Davaları (Çev: Serdar Kurtoglu; İBD, C.39, 1965, s.598-613), s.605.

⁹⁹¹ **Serozan- Çocuk, s.157, n.20.**

⁹⁹² İnsan vücuduna ait ölçü indeksleri şu şekildedir: -Boy ve ağırlık ölçülerinin birbirine orantısı, -Ayakta boy/ otururken boy orantısı, -İnsan boyu ile omuzlar arası genişlik orantısı, -Kafa ön kurtur/yan ön kurtur orantısı, -El uzunluğu/el genişliği orantısı, -Göğüs genişliği/göğüs ön-arka kurtur perimetri orantısı, -Ayak uzunluğu/ ayak genişliği orantısı (bkz. **Özen, s.67).**

çerli olabilmesi için, çocuğun anasında ve şüpheli babasında bedensel bir kusur, iskelet anomalisi, kemik hastalığı yahut kemik deformasyonunun bulunmaması gerekir⁹⁹³.

Bu yöntemle ilgili olarak, Yargıtay tarafından da belirtildiği üzere⁹⁹⁴, “*babanın kim olduğunu tayin ve tespit için tıpta büyük bilimsel gelişmeler gerçekleşmiştir. Bilimin sağladığı olanaklardan imkan oranında yararlanılması gerektiği kuşkusuzdur. Nitekim "ırsi" özelliklerin antropobiyolojik tahlili" yöntemi emsal uyumsuzluklarda Avrupa'da yaygın olarak kullanılmaktadır. Bazı müelliflerce bu yöntemin yapılan tahlillerde kesinliğe yakın sonuçlara varıldığı ileri sürülmektedir. Federal Mahkemece bu yöntem uygulanmak suretiyle verilen kabul kararları aynen benimsenmiştir. (Prof. Dr. S.S. Tekinay Türk Aile Hukuku S. 372, 373 vd.). Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 3.4.1991 gün 116-169 sayılı kararında da aynı ilkeler vurgulanmıştır.*” Ne var ki, tıp teknolojisindeki gelişmelerin yanı sıra tıbbî gerçekliğin önemi ve değeri karşısında, tek başına benzerlik testlerine göre ve sırf morfolojik benzerliğe dayanılarak elde edilen kanaat doğrultusunda babalığa karar verilmesi düşünülemez; bu noktada benzerlik testleri, babalığın ispatı bakımından diğer delillerden çıkan sonucu destekleyen (teyit eden), hâkimin vicdanî kanaatini güçlendirmesi açısından yararlı bir ispat aracı olarak değerlendirilebilir⁹⁹⁵.

b. Yüz ve Vücut Benzerliklerine Göre Yöntem (Similarite)

Ana ve babanın yüz ve vücut itibarıyla aynen çocuğa geçen birtakım özellikleri olabilir. Hatta bazı çocukların kimden olduğu, ilk bakışta babaya çok benzemesi sebe-

⁹⁹³ **Özen**, s.67; **Tokar**, s.38.

⁹⁹⁴ Y. HGK. 05.02.1992, E. 1991/2-621, K. 1992/44. Konuyla ilgili aynı yöndeki bir başka kararda aynen şu ifadeye yer verilmektedir: “...her türlü tıbbî ve biyolojik araştırma, benzerlik testleri yapılmalı, baba olduğu iddia edilen kişinin %99,73 oranından daha az ihtimalle baba olabileceğinin belirlenmesi halinde; DNA tiplmesi yapılması imkanı araştırılmalı; davalının baba olamayacağı ihtimali tamamen bertaraf edilip; delillerin hep birlikte serbestçe takdiri yoluna gidilmelidir.” (Y. 2. HD. 06.04.2009, 2547/6486; Legalbank İçtihat).

⁹⁹⁵ **Şener, E.:** Babalık Davası ve Af Kanunu İle Tescillerde İspat, Velayet, Nafaka ve Kişisel İlişki Üzerine Düşünceler (Yasa Hukuk Dergisi, C.IV, 1981/7, s.1005-1016), s.1007; **Akar**, s.121; **Kamay**, s.122. “Davalının davacı ile cinsel ilişki kurduğu konusunda davacının iddiası dışında herhangi bir delil elde edilmemiştir. Dinlenen davacı tanıklarının, görgüye dayanan bir bilgileri mevcut olmayıp davacıdan duyduklarını naklen açıklamışlardır. Dava konusu küçük ile davalının kan gruplarının aynı olması, başkaca delillerle doğrulanmadığı için tek başına babalığa karar verilmesi için yeterli değildir. ...Davalı ile küçüğün usulüne uygun benzerlik karşılaştırması yaptırılmalı benzerlik saptanırsa dosyada toplanan diğer delillerin de iddiayı teyit ettiği dikkate alınarak davanın kabul edilmesi gerekir.” (Y. HGK. 25.01.1989, E. 1988/2-873, K. 1989/14; Legalbank İçtihat).

biyle hemen belirlenebilir. Ancak buna rağmen, çocuğun ana ve babaya yüz ve vücut özellikleri itibariyle benzeyen yönlerinin ayrı ayrı tespit edilerek sonuca varılması daha isabetli bir yoldur.

Şekil benzerliği (şekil görüntüsü) adı da verilen bu yöntemde ana ve şüpheli babanın ten, göz, saç rengi, şekli, irsi özellikleri ile yüz organlarının, el ve ayak parmaklarının, tırnaklarının şekil ve görünümü ayrı ayrı belirlenir; avuç içi ve parmaklarda, ayak tabanı ve ayak parmaklarının cilt yapısı ile diğer dermatolojik özellikleri katılımla çocuğa aktarılmış olabileceğinden ayrıntılı incelenerek bir sonuç elde edilemeye çalışılır⁹⁹⁶. İnsan yüzündeki benzerliklerden hareket edilen bu yöntemde yüzün derisi, kasları, kemik ve kıkırdak yapısına göre ortaya çıkan yüzün karakteristik görüntüsü önem taşır. Yüzdeki organların ve yüzün diğer topografik (anatomik) bölgelerinin incelenerek ana ve şüpheli babayla ayrı ayrı karşılaştırılmasından sonra alın, kaşlar, gözler, burun, yanaklar, dudaklar, çene ve kulaklar incelenerek benzeyen özellikleri belirlenir. Buna ilâveten, çocuğun anasının ve şüpheli babasının kartpostal ebadında yalnız yüz bölgesinin ön profilden fotoğrafları çekilir ve hazırlanacak rapora eklenir⁹⁹⁷. Ayrıca bu yöntemde, göz çevresi, göz yuvarlağı, göz kapakları da önemli olduğundan ayrı ayrı incelenir; gözdeki hastalıklar kalıtım yoluyla çocuğa geçebileceğinden, dikkate alınır. Alın ve kaş yapısı, burun şekli, burnun kemik ve kıkırdak yapısı, yanaklar ve özellikle elmacık kemiği, üst ve alt dudağın belirgin özellikleri, alt çene, kulak sayvanı, kulağın dış kenarı, ön kenarı, kulak memeleri, kulak çukuru ve kıvrımları, kalıtım yoluyla çocuğa aktarılmış olabileceğinden, önemli görülür⁹⁹⁸. Yine, el parmakları, el tırnakları, el ayası üzerindeki özellikler baskın karakter taşıdığından, kalıtımla çocuğa geçebilir; avuç içi çizgileri ve parmak izlerinin yapısı da kalıtsal özellikler taşıyabileceği gibi, ayakların yapısı ve parmakların dizilişi dahi babalık tâyininde ciddi rol oynayabilir.

Bu yönleri itibariyle, tek başına benzerlik testlerine göre ve sırf morfolojik benzerliğe dayanılarak elde edilen kanaat doğrultusunda mahkemece babalığa karar veril-

⁹⁹⁶ **Özen**, s.68.

⁹⁹⁷ **Özen**, s.68.

⁹⁹⁸ **Özen**, s.69-70. Yüz karşılaştırma işlemlerinde uygulanan morfolojik ve antropometrik yöntemler ile ilgili ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. **Yaşlı, H./Bulut, Ö.:** Morfolojik ve Antropometrik Yöntemlerin Yüz Karşılaştırma İşlemlerinde Uygulanması (Adli Bilimler Dergisi, C.7, S.2008/2, s.7-16), s.11-15.

mesi düşünölemeyecek olsa da; bu yöntem, babalığın tâyininde diğêr delillerden çıkan sonucu destekleyen (teyit eden) ve babalığın reddinde büyük rol oynayan, hâkimin vicdanî kanaatini güçlendirmesi açısından yararlı bir ispat aracı olarak görölebilir ve gerçeğe yakın bir sonuca varılabilmesi olasılığından ötürü dikkate alınması gerektiği düşünölebilir⁹⁹⁹. Buna rağmen, kanımızca benzerlik muayenesi yönteminin, soybağının olumlu tespiti noktasında hükme esas olabilecek kesin bir sonuca ulaştırmadığı dikkate alındığında, hâkimi bağlayıcı nitelik taşımadığı, zaman kaybına ve yargılama giderlerinin artmasına yol açabileceği de unutulmamalıdır. Bu yüzden soybağının tespiti hususunda hâkimin, doğrudan DNA analizi yöntemine başvurarak sonuca ulaşmaya çalışması usul ekonomisi bağlamında daha uygun görölebilir¹⁰⁰⁰.

4. Genetik İncelemeler ve Özellikle DNA Analizi Yöntemi

a. Gen ve DNA Hakkında Genel Olarak

Gen sözcüğü, genetik biliminin kurucusu *Gregor Mendel* tarafından 1865 yılında keşfedilen, bölünme ve karışma olmaksızın kalıtım yoluyla aktarılan, kormozomlarda dizili hâlde bulunan kalıtsal ögenin karşılığı olarak, ilk defa 1909 yılında bilimsel bir kavram şeklinde ortaya konulmuş olup; her bir organizmanın belirli bir özelliğini içeren, kalıtımla yavruya aktarılabilen küçük bilgi paketleri olarak tanımlanır¹⁰⁰¹. Bir başka ifadeyle gen, bir organizmanın herhangi bir biyolojik özelliğini sağlayan kalıtsal bir faktör olup, kişinin göz ve saç renginden burun ve ağız yapısına varıncaya kadar

⁹⁹⁹ “...nesep tayininde kan grubu tuttuğu takdirde şüpheli baba, anne ve çocuğun mukayeseli benzerlik tespiti de yapılması gerektiği ifade olunmuştur. Mahkemece bu yolda bir araştırma yapılmamıştır. Davacı ve davalı ile çocuğun benzerlik tespit muayenesi yaptırılmalı, baba ile çocuk arasında vücut yapısı, yüz benzerliği bakımından ne gibi ayrılıklar veya birlikler mevcut olduğu tespit edilerek, mütehasıs bilirkişilerden bu hususta mütalaa alınmalı, ondan sonra mevcut raporlar ve sebkeden şahadet ve sair deliller hep birlikte takdir olunmalı, varılacak sonuç dairesinde bir karar verilmelidir.” Y. HGK. 17.05.1967, 2/727-261 (ABD, S.1967/4, s.654-655).

¹⁰⁰⁰ Aynı yönde bkz. **Akar**, s.121-122.

¹⁰⁰¹ **Fischer, E. P.:** Genler ve Genom (Çev: Barış Konukman), İstanbul 2005, s.105; **Hoagland, M. B.:** Hayatın Kökleri (Çev: Şen Güven), 18. Baskı, Ankara 2000, s.15-16; **Gürbüz, M.:** Kişilik Hakkı Açısından Tıbbî Genetik Analizler, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Eskişehir 2010, s.6.

bütün özelliklerine ilişkin kodları belirleyen, organizmanın işleyişi için gereken bilgileri içeren protein parçasıdır¹⁰⁰².

Genetik alanında yaşanan bilimsel gelişmelerin yanı sıra, özellikle *Oswald Avery* adlı bilim adamının çalışmaları sonucunda, genlerin maddesel yapılarını oluşturduğu ve kalıtsal bilgilerin taşıyıcısı olduğu düşünülen “*DNA*” ilk kez 1944 yılında kavramsal anlamda ortaya konulmuştur¹⁰⁰³. Bu itibarla, açılımı *Deoksiribo-Nükleik Asit* olan DNA, tüm canlı organizmaların özelliklerini belirleyen, hücrenin çekirdeğindeki kromozomda ikili sarmal (*çift heliks*) kalıtsal özellikli bir molekül şeklinde yer alan ve genetik yapının temelini oluşturan kimyasal bileşenler zinciri şeklinde tanımlanabilir¹⁰⁰⁴. Bir başka ifadeyle, Deoksiribonükleik asit (DNA), tüm organizmaların yaşamsal işlevleri ve biyolojik gelişmeleri için gerekli genetik talimatları, kalıtım bilgilerini taşıyan, her hücrenin içindeki çekirdekte yer alan ve açıldığında boyu bir metreyi bulan genetik kütüphane niteliğinde bir nükleik asit molekülüdür¹⁰⁰⁵.

Ayrıca, kromozomların belirli noktalarında lokalize nükleotid dizilerinden oluşan ve kalıtımın temel fiziksel ve işlevsel birimi olan genin yapısına ilişkin sürdürülen araştırmalar sonucunda ise, 1953 yılında *James Watson* ve *Francis Crick* adlı bilim adamları tarafından DNA molekülünün, uzun ve burgulu, bükülmüş spiral bir merdiven şeklinde, birbirinin çevresinde dolanan iki ayrı zincir gibi görünen bir çift lif yapısında olduğu kanıtlanmıştır¹⁰⁰⁶. Merdivene benzer bu yapının her basamağı, neredeyse birbirinin eşi moleküler bir iskelet tarafından oluşturulur ve bu iskeletin her ögesi, bir dizi fosfat ve bir şeker olan deoksiribozdan meydana gelir. Merdivenin basamaklarında A (*Adenin*), T (*Timin*), C (*Sitozin*) ve G (*Guanin*) sembolü verilen kimyasal baz çiftlerin-

¹⁰⁰² **Erten, R./Acır, B./Taşveren, S.:** Gen (DNA) Testinin İspat Hukuku Açısından Değerlendirilmesi (AÜHFD, C.45, 1996/1-4, s.573-588), s.573; **Konuralp-** İspat, s.101.

¹⁰⁰³ **Ellermann, R./Opolka, U.:** “Genomanalyse: Ihre biochemischen, medizinischen, juristischen und politischen Aspekte”, Frankfurt am Main 1991, s.14.

¹⁰⁰⁴ **Gürbüz, M.:** Bir İspat Aracı Olarak Gen ve DNA İncelemeleri (Eskişehir Barosu Dergisi, 2005/7, s.55-66), s.55-56; **Öztürk, C.:** Ceza Muhakemesinde İz Bilimi, Kriminalistik Gerçeği, Ankara 2006, s.177; **Konuralp-** İspat, s.101; **Bilge, Y.:** Adli Bilimler Sözlüğü, Ankara 2002, s.75.

¹⁰⁰⁵ **Atasoy, S.:** Bilimsel Deliller [Yargı Reformu 2000 Sempozyumu (İzmir Barosu, 5-6-7-8 Nisan 2000), İzmir 2000, s.516-518], s.517.

¹⁰⁰⁶ **Bozcuk, A. N.:** Genetik, Ankara 2011, s.312 vd.; **Campbell, N. A./Reece, J. B.:** Biyoloji (Çev. Editörleri: Gündüz, E./Demirsoy, A./Türkan, İ.), 6. Baskıdan Çeviri, Ankara 2010, s.290.

den ibaret moleküler çubukçuklar bulunur¹⁰⁰⁷. Adenin daima timine; sitozin ise daima guanine bağlandığı için, ATTGCT gibi bir yarım basamak dizisinin karşısında daima TAACGA dizisi yer alır ve bu yüzden de, bu iki DNA dizisi birbirinin bütünleyicisi konumundadır¹⁰⁰⁸. Hücrenin ihtiyaç duyduğu proteinlerin üretimi için gerekli tüm bilgiyi içeren ve adeta kimyasal bilgi bankası niteliğinde olan DNA'nın alt birimlerinde, protein üretiminde rol alan belli harf dizilimleri mevcuttur. Sözü edilen moleküler çubukçuklardaki harf dizilimleri, insanın en ince ayrıntısına kadar öz varlığını belirleyen ve her insanda farklılık gösteren genetik kodu meydana getirir¹⁰⁰⁹. Yani, yapısındaki ikili sarmal şeklindeki molekül içinde dört farklı nükleotid ile şifrelenen ve bu şifrelerin dizilişlerinin değişmesiyle de binlerce farklı kod ortaya çıkaran, insanın genetik kodunun tamamının bulunduğu temel yapı taşı DNA'nın, insana ait bütün bilgilerin özel bir şifre sistemiyle kayıtlı olduğu yaklaşık yüz bin genden meydana geldiği ve bu genlerin her insanı diğerinden ayıran özellikte olduğu, yani tek yumurta ikizleri hariç her insan için özgün karakter arz ettiği söylenebilir¹⁰¹⁰. Nitekim 1985 yılında *Alex Jeffreys* adlı biyolog tarafından DNA dizilerinin her insan için farklı karakteristiğinin olduğu ve bunların genetik parmak izi olarak da nitelendirilebileceği açıklandıktan sonra, moleküler genetik ve özellikle DNA üzerinde incelemeler, kriminalistik, adli tıp ve hukuk alanlarında uygulama bularak önem kazanmaya başlamıştır. 1983 yılında ise *Kary Banks Mullis* tarafından, belirli bir DNA bölgesini milyonlarca defa çoğaltmasına yarayan ve bu sayede kendisine 1993 Nobel Kimya Ödülü kazandıran Polimeraz Zincir Reaksiyonu keşfedildikten sonra, artık DNA analizlerinin tek bir saç telinden dahi incelemeyi mümkün hâle getiren bir teknolojiye ulaştığı söylenebilir¹⁰¹¹. Günümüzde DNA analizleri, soybağının açıklığa kavuşturulması dışında adli suç ve cinayetlerin aydınlatılmasında,

¹⁰⁰⁷ **Yazgı**, s.80; **Konuralp**- İspat, s.102; **Erten/Acır/Taşveren**, s.575.

¹⁰⁰⁸ **Klug, W. S./Spencer, C. A./Cummings, M. R.:** Genetik Kavramlar (Çev. Editörleri: *Öner, C./ Sümer, S./Öğüş, A./Öner, R./Açık, L.*), Ankara 2011, s.307; **Bozcuk**, s.328; **Erten/Acır/Taşveren**, s.575; **Konuralp**- İspat, s.102.

¹⁰⁰⁹ **Özbek, V. Ö.:** DNA Verileri ve Türkiye Milli DNA Veri Bankası Kanunu Tasarısı Hakkındaki Görüşlerimiz (CHD, S.2007/1, s.47-76), s.50-51; **Jamma, C.:** Genetik Parmak İzi (Bilim ve Teknik Dergisi, C. 21, S.248, s.14-17), s.15.

¹⁰¹⁰ **Klug/Spencer/Cummings**, s.308; **Yazgı**, s.81; **Erten/Acır/Taşveren**, s.576; **Gürbüz**- DNA, s.56; **Özbek**- DNA Verileri, s.50.

¹⁰¹¹ **Koçias, Y.:** DNA Düzeyinde Soybağı Belirtimi Yapılan Laboratuvarlarda Uluslararası Kalite Güvencesi, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2008, s.13; **Akar**, s.124-125.

yangın ve benzeri olaylarda tanınmaz hâle gelen cesetlerin kimlik tespitinde, yeni doğan bebeklerin doğum esnasında birbiriyle karışması hâlinde olmak üzere, hukukî ve bilimsel bir araç olarak işlev görür.

b. Gen Analizinin Türleri

Geniş anlamda gen analizi, bir üst kavram olarak farklı amaçlar doğrultusunda dört değişik uygulanma biçimi bulunan bir yöntemdir. İlk olarak *fenotip (morfolojik) analiz* türünde, benzerlik muayenesi yöntemine ilişkin yukarıda yer alan açıklamalarda da değinildiği üzere, kişi üzerinde maddî bir müdahalede bulunulmayıp, kişinin sadece genotip ve çevre tarafından belirlenen dış görünüşü ve vücut yapısının şekil itibarıyla gözlenmesi işlemi gerçekleştirilir¹⁰¹². Kişinin gözle görülebilen dış özelliklerinin izlendiği bu yöntemin amacı, dış görünüşten anlaşılan belirgin anomalilerden yola çıkarak kişi üzerinde genetik teşhiste bulunma gayretidir. *Kromozom analizinde* ise, hücre çekirdeğinden ayrılan kromozomlardaki şekil bozukluklarının (kromozom anomalilerinin) mikroskopik ortamda zytogenetik incelemesi yapılarak, down sendromu veya mongolizm gibi genetik hastalıkların ön tanısı için olası izler araştırılır¹⁰¹³. Yine, *protein kimyasal analiz* yönteminde, doğrudan gen incelemesi yapılmamakta; bunun yerine, farklı proteinlerin genetiğe bağlı değişimleri, genin kontrol ettiği aminoasitler ile gen üretiminde rol alan proteinlerin kalitesi ve oluşumu incelenir¹⁰¹⁴. Bu analiz yöntemi, kısmen DNA analizini de sonuçlayabilir; ancak şimdi göreceğimiz üzere, DNA analizinde, protein analizinin aksine, gen ürünleri değil, genetik materyalin, yani bizatihi DNA'nın kendisi incelenir¹⁰¹⁵.

Nihayet *DNA analizi* ise, DNA molekülünün yapı itibarıyla tiplendirilmesi esasına dayanan DNA profillemeye tekniğinin adıdır. DNA profillemesi (DNA testi, DNA tiplemesi ve genetik parmak izlemesi olarak da adlandırılır), insanların DNA profilleri-

¹⁰¹² **Yıldırım, M. F.:** Gen Teknik Uygulamalardan Doğan Hukukî Sorumluluk, Ankara 2008, s.16; **Büyükcay, s.360; Özbek-** DNA Verileri, s.47.

¹⁰¹³ **Büyükcay, s.361; Özbek-** DNA Verileri, s.48; **Yenerer-Çakmut, s.73; Yıldırım-** Gen Teknik, s.15; **Zorluoğlu, A.:** Gen Analizlerinden ve Genetik Veri Bankalarından Doğan Hukukî Sorumluluk (Uluslararası Türk-Amerikan Tıp Hukuku ve Etiği Sempozyumu, 2-5 Mayıs 2013, *Editörler: Özel, Ç./Özcan- Büyükcay, B.G.,* Ankara 2014, s.373-388), s.374.

¹⁰¹⁴ **Özbek-** DNA Verileri, s.48; **Yenerer-Çakmut, s.73; Yıldırım-** Gen Teknik, s.15; **Büyükcay, s.361.**

¹⁰¹⁵ **Özbek-** DNA Verileri, s.48; **Yenerer-Çakmut, s.73; Yıldırım-** Gen Teknik, s.15.

ne dayanarak onların kimliklerinin tespitini kolaylaştırmak için forensik bilimcilerin kullandığı bir tekniktir. DNA profillemeye (parmak izi) tekniği, kimliklendirme gerektiren ya da bir delil ile bir kişi arasında direkt bağlantının arandığı olayların tamamında kullanılabilir. Örneğin, bir polimorfizm gözlenen gen bölgesinde kişinin taşıdığı özelliklerin yarısı anneden yarısı da babadan geldiği için babalık ve/veya annelik tespitini konu alan davalarda, olay yerinde bulunan herhangi bir biyolojik delilin belli bir kişiye ait olup olmadığının belirlenmesine yönelik kriminal olgularda, bir bireye ait kalıntılar ile muhtemel aile bireylerinin DNA'sı kıyaslanarak kimliklendirme yapılabildiğinden, kaza ve doğal afet kurbanlarının ve kayıp kişilerin kimliklendirilmesine ilişkin davalarda, arkeolojik kalıntılardan elde edilen tarihi örnekler ile günümüzde yaşayan bireyler arasındaki akrabalık ilişkilerinin ortaya konulması amacıyla yönelik antropolojik çalışmalarda DNA üzerindeki incelemeler, özellikle de DNA parmak izi tekniğine yaygın şekilde başvurulduğunu söylemek mümkündür¹⁰¹⁶. DNA dizinlemesi (*DNA Sequencing*) olarak da adlandırılan bu yöntemde, insan hücrelerinden alınan DNA'daki gen bölgeleri PCR (Polimeraz Zincir Reaksiyonu) işlemiyle çoğaltıldıktan sonra bu bölgeler florokrom maddelerle işaretlenmiş bazlarda tekrar PCR reaksiyonuna sokularak ortaya çıkan hedef bölgelerdeki baz dizisi şifresini içeren bazlar genetik analizör yardımıyla okunarak incelenen genlerdeki polimorfizmin varlığı araştırılır¹⁰¹⁷. Yabancı literatürde hem genetik araştırmaya dayalı olması hem de parmak izi gibi, her insanda farklı olması sebebiyle, DNA analizi kavramı yerine, “genetik parmak izi testi” (*genetischer Fingerabdruck-individuelles Bandenmuster*) ibaresinin kullanıldığı da görülür¹⁰¹⁸. Yine de, genetik analiz bir üst kavram olup; DNA analizi, az önce açıkladığımız genetik analiz yöntemlerinden yalnızca biri ve tezimizde ön plânda ele alınan türü olarak anlaşılmalıdır.

¹⁰¹⁶ **Doğan-Alakoç, Y.:** Adli Bilimlerde DNA Analizleri (Ankara Üniversitesi Dikimevi Sağlık Hizmetleri Meslek Yüksekokulu Dergisi, Cilt 9, S.2010/2, s.1-8), s.4 (<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/572981>) (E.T. 31.10.2018).

¹⁰¹⁷ **Büyükcay, s.362.**

¹⁰¹⁸ **Rath, M./Brinkmann, B.:** Strafverfahrensänderungsgesetz - DNA-Analyse („Genetischer Fingerabdruck“) und DNA-Identitätsfeststellungsgesetz aus fachwissenschaftlicher Sicht (NJW 1999/37, s.2697-2702), s.2697; **Ahrens,** Kap.24, Rz.32, s.532; **Özbilen, A. B.:** İnsan Kökenli Biyolojik Maddele İlişkin Hukuki İşlemler, İstanbul 2011, s.32-33 ve oradaki dn.69.

c. DNA Analizinin Bilimsel Esası

DNA analizi yöntemi, soybağı ilişkisi araştırılan kişilere ait DNA molekülleri üzerinde yapılan birtakım biyokimyasal işlemler sonucunda, ilgililerin DNA profillerinin tanımlanarak, birbirleriyle karşılaştırılması esasına dayanır¹⁰¹⁹. DNA profilleri, kişinin DNA'sına karşılık gelen şifrelenmiş numara dizileri olup, kişinin genetik kimlik belirteci olarak da kullanılabilir. Bu bağlamda, İsviçre hukukunda yürürlükte olan “Ceza Yargılamasında Meçhul veya Kayıp Kişilerin Kimliklendirilmesinde DNA Profillerinin Kullanılması Hakkında Kanun”¹⁰²⁰ DNA profilini açıkça tanımlamış olup, anılan Kanun’un 2. maddesine göre DNA profili, DNA genetik maddesinin kodlanmayan bölümlerinden moleküler biyolojik tekniklerin yardımıyla elde edilen, bireye özgü (spesifik) harf-sayı kombinasyonudur. Dolayısıyla, insan dokusundan elde edilen DNA molekülünün incelenerek “barkod” şifre niteliğinde bir sonuca ulaşılmasıyla oluşturulan DNA profili, tek yumurta ikizleri dışında, tamamen o kişiye özgü olup, bilimsel koşullara ve konuyla ilgili uluslararası kuruluşların tavsiyelerine uygun yapıldığı takdirde, tek yumurta ikizleri hariç, yeryüzünde DNA profili aynı olan iki kişinin bulunması olanaksızdır. Nitekim genetik soybağı testlerinin bilimsel temelini, tek yumurta ikizleri dışında her bireyin DNA’sının kişiye özel olması ve Mendel’in kalıtım yasasına uygun olarak kişinin genetik materyalinin yarısının anneden, yarısının da babadan aktarılması esasına dayandığı daha önce ifade edilmişti. Bu itibarla, DNA analizinin bilimsel esası, DNA üzerinde herhangi bir protein kodlamasının yapılmadığı intron bölümlerinde bulunan yüksek ayırım gücüne sahip lokustaki (gen bölgelerindeki) allellerin¹⁰²¹ belirlenerek ebeveyn ile çocuk arasında tam bir uyumun varlığı prensibine dayanır.

Aslında her bireyin farklı olmasını sağlayan kişiye özgü genomların %99.5’lik bölümü özdeş olup, bireyler arasında farklılığı yaratan %0,5’lik kısım, çok küçük gene-

¹⁰¹⁹ **Sonat**, s.328.

¹⁰²⁰ *Bundesgesetz über die Verwendung von DNA-Profilen im Strafverfahren und zur Identifizierung von unbekannten oder vermissten Personen (DNA-Profil-Gesetz)* (01.10.2016 tarihli güncel hâli için bkz. <https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/20031383/201610010000/363.pdf>) (E.T. 31.10.2018)

¹⁰²¹ Genetik ve genetik hesaplama alanında *lokus*, bir genin, bu genin alellerinden birinin ya da bir DNA dizisinin kromozom üzerinde düşünüldüğü yer veya DNA üzerindeki fiziksel özel konumu olup, belirli bir *lokus* üzerindeki DNA dizisinin herhangi bir varyantına ise *alel* denir.

tik kod farklılıklardan ibarettir. Bu kod farklılıkları, mutasyon olarak adlandırılan, kalıcı ve kalıtsal olabilen nükleotid değişikliklerinden kaynaklanmakla birlikte, bir gende mutasyon bulunması ve bu mutasyonun o bireyde fenotipik değişikliğe sebep olması, bu mutasyonun yaygın bir durum olduğunu kanıtlamaz. Genomda meydana gelen bir değişikliğin popülasyonda yaygın ve genel bir farklılığa sebep olması ise, bu durumun mutasyon değil, artık bir polimorfizm oluşturduğunu gösterir¹⁰²². Polimorfizm, kişiler ve popülasyonlar arası DNA dizisindeki farklılıklar anlamına gelir ve eğer DNA dizisindeki bu farklılık, popülasyon genelinde %1'den fazla görülüyorsa, ancak o zaman polimorfizmden söz edilebilir. Polimorfizmler, aslında genetik belirteç olarak da kullanıldıkları için, kriminal olaylarda, babalık testlerinde, prenatal tanıda, genetik haritalandırma vb. çalışmalarda kullanılan DNA parmak izi yönteminde ön plana çıkarlar¹⁰²³.

DNA polimorfizmleri genlerin protein kodlayan ya da kodlamayan bölgelerinde meydana gelebilirler ve Mendel kurallarına uygun olarak gelecek nesillere aktarılırlar. DNA polimorfizmleri dört çeşit olup, bunlar; tek nükleotid polimorfizmleri (*single nucleotide polymorphism, SNP*), sınırlayıcı enzim parça uzunluğu polimorfizmi (*restriction fragment length polymorphism, RFLP*), değişken sayıda ardışık tekrarlar (*minisatellites; variable numbers of tandem repeats, VNTR*) ve kısa ardışık tekrarlar (*mikrosatellites; short tandem repeats, STR*) şeklinde sıralanabilir. Tek nükleotid polimorfizmi (SNP) en sık görülen polimorfizm tipi olmakla birlikte, en yüksek oranda polimorfik özellik taşıyan STR'lar bu polimorfik karakterlerinden dolayı adli vakalardaki DNA incelemelerinde sıkça kullanılır¹⁰²⁴.

İnsan genomunda bulunan ve farklı uzunluklarda ardışık tekrar eden DNA sekansları, uzunluklarına göre farklı isimler alır ve bireyler arasında da farklılıklar gösterir. Adli DNA analizlerinde yaygın bir kullanıma sahip olan 2-6 baz çiftlik uzunlukta tekrar birimleri içeren “Kısa Ardışık Tekrarlar (STR)”, zarar görmüş DNA örneklerinden bile çalışmayı kolay hale getirmeleri açısından büyük avantaj sağlar¹⁰²⁵. STR ana-

¹⁰²² Aksoy, Z. B./Soydemir, E.: Polimorfizm (Güncel Gastroenteroloji, 21/1, s.9-13), s.10

¹⁰²³ Aksoy/Soydemir, s.10.

¹⁰²⁴ Aksoy/Soydemir, s.11.

¹⁰²⁵ Doğan-Alakoç, s.5.

lizleri, babalığın menfi tespiti bakımından baba ile çocuk arasındaki genetik uyumsuzluğu kesin olarak göstermeye elverişli iken, babalığın müspet tespiti durumunda ise popülasyon verilerine dayanan “paternite indeksi” hesaplarının yapılmasını gerektirir¹⁰²⁶. Genomda hemen hemen bütün kromozomların üzerinde bulunan STR bölgelerindeki tekrar sayısının bireyden bireye farklılık göstermesi ve düşük mutasyon oranına sahip olması, genetik kimliklendirme çalışmalarında STR’ları genetik işaretleyici olarak ön plana çıkarmıştır¹⁰²⁷.

d. DNA Analizinin Yapılış Aşamaları

Genetik iz prosedürü keşfedildiğinden beri, DNA analizi yapılabilmesi için, bir damla kan, mukoza, tükürük, idrar, sperm, vücut sıvısı, bir tel saç, hatta ölü deri partikülü dahi yeterli olmaktadır. Bu itibarla, yaşayan kişilerden genetik numune alınması işlemi, yanaktan sürüntü (*mucosal swab - Wangenschleimhautabstrich*), deriden kazıntı, köklü saç teli koparılması ya da tırnak ucu kesilmesi gibi, vücuda doğrudan müdahale sayılmayan yöntemlerin yanı sıra; kan, doku veya genital sıvı alınmasında olduğu gibi, vücuda doğrudan müdahaleyi gerektiren yöntemlerle de gerçekleştirilebilir. Yanaktan sürüntü alımı, kolay, ucuz ve vücut bütünlüğünü bozmayan, bu nedenle de çok tercih edilen bir yöntem olmakla birlikte, diğer bütün yöntemler gibi, mutlaka hekim tarafından veya hekim gözetimindeki sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi tarafından yapılmalıdır. Biyolog, kimyager, biyokimya uzmanı gibi kişilerin, görev yaptıkları birimlerde kişilerin vücutundan örnek almaya tek başına yetkileri bulunmamaktadır.

Halihazırda yürürlükte olan “Adli Tıp Kurumu Kanunu Uygulama Yönetmeliği”¹⁰²⁸, DNA analizi için gerekli numunenin alınması ile ilgili prosedürü ayrıntılı olarak düzenlemiş olup, buna göre, mahkeme ve Cumhuriyet savcılıkları tarafından nesep tayini için gönderilen şahısların sol kollarının mühürlü olması, beraberlerinde nüfus cüzdanlarını ve mahkeme ile Cumhuriyet savcılıkları tarafından onaylanmış ve son altı ay

¹⁰²⁶ **Tuğ, A./Doğan-Alakoç, Y./Elma, C.:** Ankara Üniversitesi Tıp Fakültesi Adli Tıp Anabilim Dalında Gerçekleştirilen Babalık Testlerinin Değerlendirilmesi (Adli Bilimler Dergisi, C.3, S.2004/3, s.57-62), s.61.

¹⁰²⁷ **Jobling, M. A./Gill, P.:** Encoded Evidence: DNA in Forensic Analysis (Nature Reviews, Vol.5, October 2004, s.739-751), s.743-744; **Doğan-Alakoç,** s.5.

¹⁰²⁸ Bkz. RG. 31.07.2004, Sa.25539.

içerisinde çekilmiş ikişer adet vesikalık fotoğraflarını getirerek mesai gün ve saatlerinde başvurmaları; nesep tayini için ilgili şahısların bizzat gönderilememesi halinde, en az 5 ml olacak şekilde kapaklı, pıhtılaşmayı önleyici antikoagülan içeren EDTA'lı tüplere kan örneklerinin alınması ve tüpün alt üst edilerek karıştırılması (pıhtılaşmayı önlemek için), dik pozisyonda naklini sağlamak için sabitleyici içine yerleştirilerek en kısa zamanda, kurye ile birlikte soğuk taşıma zincirine uyularak (buz paketi içeren termos içinde) Biyoloji İhtisas Dairesi'ne gönderilmesi; bu koşulların yerine getirilememesi halinde ise, emici vasıfta pamuklu beyaz bez üzerine 8-10 damla kan damlatılarak oluşturulan lekenin oda ısısında, güneşten uzak, tozsuz, temiz bir ortamda doğal seyriyle kurutularak beyaz kağıda sarılmasını müteakiben zarflanıp etiket bilgileri yazılarak Biyoloji İhtisas Dairesi'ne sevki gerektiğini açıkça öngörmektedir (ATKKUY m.19/1, b.41, para.6/a-b).

Bu itibarla, hâkimin genetik inceleme yapılmasına dair ara kararından sonra, DNA analizinin muhatabı olan kişilerin kimlik tespitlerinin yapıp DNA test çalışmalarına başlanabilmesi için sol kollarının mühürlenmesi, nüfus cüzdanları ile ikişer adet fotoğraflarının onaylanıp zarfa konulması ve numune vermek üzere müzekkerede belirtilen tarihte ilgili kuruma müracaat etmelerinin sağlanması gerekir¹⁰²⁹. Soybağı tespiti için; eğer şahıslar laboratuvara gönderilemiyorsa, ilgililerin kan örnekleri EDTA'lı tüplere alınmalı; tüpler pıhtılaşmayı önlemek amacıyla alt üst edilerek karıştırılmalı; ayrıca steril gazlı bez üzerine 8-10 damla damlatılarak oluşturulan leke havada kurutularak en kısa zamanda soğuk hava zincirine uyularak buzlu termos içinde ilgili laboratuvara gönderilmelidir¹⁰³⁰. Bu uygulamanın sakıncası ise, gecikme nedeniyle kan örneklerinde bozulmalar oluşması ya da kurye ile gönderildiğinde şahısların taşıma güvenliği gerekçesiyle test sonuçlarına sıklıkla itiraz etmeleridir. Bu yüzden en sağlıklı yol, ilgili şahsın laboratuvara bizzat müracaat etmesidir. Fakat Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmeliğin 21. maddesinde, vücudundan örnek alınması amacıyla bilirkişiye sevk edilen kişi dışında başka bir kişi-

¹⁰²⁹ **Açıkgöz, N./Hancı, İ. H./Çakır, A. H.:** DNA Laboratuvarının İşleyişi (STED, C.11, S.2002/4, s.126-128), s.128; **Erten/Acır/Taşveren,** s.576; **Tokar,** s.40; **Demir-** Hata Payı, s.309; **Akar,** s.100; **Gürbüz-** DNA, s.56.

¹⁰³⁰ **Açıkgöz/Hancı/Çakır,** s.128.

nin vücudundan örnek alınmaması; alınan, muhafaza edilen, nakledilen ve incelenen örneklerin değiştirilmemesi ve dış koşullardan etkilenip bozulmaması için Cumhuriyet başsavcılığı, kolluk, sağlık kuruluğu ve bilirkişi tarafından gerekli tedbirlere başvurulacağı hususunun açıkça düzenlendiği görülür. Yine aynı Yönetmelik'te, bilirkişiye gönderilen genetik numunelerle ilgili olarak; hâkimlikler, mahkemeler ile Cumhuriyet başsavcılıklarının gizliliği sağlamak ve karışıklığa yer vermemek için gerekli her türlü tedbiri almaları amacıyla güvenli ve gizli bir kayıt sistemi belirleneceği, bu kayıt sisteminde vücudundan numune elde edilen muhatabın adı, soyadı, adresi ve doğum tarihine karşılık gelmek üzere bir kod sistemi uygulanacağı da ayrıca vurgulanır (BMGİY m.13/4). Güvenli ve gizli bir sistemde kaydedilip muhafaza altına alınan genetik numunelerin bu kodlar sayesinde kime ait olduğu bilinmeyecek şekilde laboratuvara gönderilmesi, bozulup niteliğini kaybetmeden muhafaza edilmesi, muhtemel bir karışıklığın önlenmesi amacıyla numunelerin üzerine gidiş/geliş tarihi, kayıt numarası, inceleme tarihi gibi hususların not düşülmesi ve bu tedbirler altında bilirkişilerin objektif çalışmasına sunulması elzemdir¹⁰³¹. Dolayısıyla, soybağı tespitine yönelik genetik inceleme kararının gereğini yerine getirmek amacıyla muhatabın, incelemeyi yapacak olan bilirkişi huzurunda bizzat hazır bulunmasına engel teşkil eden geçerli mazereti varsa, muhatabın olduğu yerde kendisinden genetik numune alınması işleminin güvenli şekilde gerçekleşmesi için her türlü tedbire başvurulabileceği söylenebilir.

Yine beklendiği gibi, genetik inceleme kararında mahkemece öngörülen tarihte ilgili kuruma müracaat eden muhataptan, yukarıda sayılan yöntemlerden biriyle uygun görülen genetik numunenin alınması işlemi gerçekleştirilip, alınan numune gerekli koşullarda muhafaza altına alındıktan sonra, saklanan genetik numunenin türüne göre en uygun zamanda analiz prosedürüne geçilir. Genetik numunenin toplanması, paketlenmesi ve saklanması yöntemi, numunenin katı ya da sıvı şeklinde olmasına göre değişir. Genetik numunenin paketlenmesi ve saklanması, laboratuvar ortamına gelinceye kadar bütünlüğünü kaybetmesine engel olur. Eğer genetik numune uygun bir şekilde paketlenip saklanmaz ise çapraz bulaş (*cross-contamination*) oluşabileceği gibi, uygun şekilde

¹⁰³¹ **Batur, N.:** Ceza Yargılamasında Moleküler Genetik İnceleme (TBBD, S.2016/126, s.69-94), s.88.

korunmazsa bozulabilir veya özelliğini kaybedebilir. Dolayısıyla bu hususların herhangi birisi, DNA test programını önemli derecede etkileyebilecek ve hata olasılığını artırabilecek niteliktedir¹⁰³².

Bir adlî DNA analizi laboratuvarında yapılacak çalışmanın adı ne olursa olsun en önemli aşama, incelenecek biyolojik materyalden DNA molekülünün sağlıklı bir şekilde elde edilmesidir. DNA elde edilip kalite ve miktar açısından değerlendirildikten sonra, genetik soybağına ilişkin sorunun çözümüne yönelik DNA profili çıkartılması için bu numunelerin her birinden DNA parçaları ayrıştırılır; saflaştırılır; DNA molekülü üzerindeki karşılaştırmaya esas teşkil eden bölgeler polimeraz zincir reaksiyonu ile binlerce kez çoğaltılarak görünür hale getirilir ve ortaya çıkan bantlar (barkodlar) bilgisayar aracılığıyla sayısal değerlere dönüştürülerek en az 13 STR bölgesi çalışılıp DNA profil karşılaştırması yapılır¹⁰³³. Elde edilen DNA profili, karşılaştırma yapılan diğer ilgili kişinin aynı 13 STR bölgesi çalışılarak elde edilen DNA profili ile tam olarak uyuyorsa, burada hata payı yok denecek kadar az olduğundan, DNA'ların örtüştüğü kabul edilir¹⁰³⁴.

Esas itibariyle, bir biyolojik delilin belli bir bireye ait olduğunu söyleyebilmek için, o delilden elde edilen DNA ile referans örnekten elde edilen DNA arasında 13 STR bölgesi açısından uyumluluk olması gerekir. Çalışılan STR bölgesinin sayısı arttıkça, örnekten elde edilen sonucun yüzdesi de o kadar artar; çünkü iki bireyde aynı allellerin olma olasılığı, çalışılan bölge sayısı arttıkça, azalır¹⁰³⁵. Ayrıca bu 13 gen bölgesini de içinde barındıran 16 farklı STR bölgesini tek bir reaksiyonda iz miktarda DNA kullanılarak analiz edilmesini sağlayan sistemler sayesinde, analizlerde iş ve zaman tasarrufu sağlanabildiği gibi farklı DNA'ların birbirlerine bulaşma riski de azaltılabilir¹⁰³⁶.

¹⁰³² **Açıkgöz/Hancı/Çakır**, s.127.

¹⁰³³ **Elmas/Ersoy**, s.219.

¹⁰³⁴ Almanya'da 2002 yılında yapılan bir düzenlemeyle, soybağı testlerinde en az 12 lokusun incelenebileceği kısa ardışık tekrar (STR) analizinin yapılması zorunlu hale getirilmiştir (bkz. **Tuğ/Elma**, s.6).

¹⁰³⁵ **Doğan-Alakoç**, s.5. Yapılan istatistik çalışmalarına göre, 13 farklı STR bölgesinin analizlenmesi sonucunda iki farklı bireyin DNA parmakizinin birbirinin aynısı olması olasılığı milyarda bir olarak gösterilir (bkz. **Doğan-Alakoç**, s.5).

¹⁰³⁶ **Butler, J. M.:** Short tandem repeat typing technologies used in human identity testing (BioTechniques, Vol.43, 2007/4, s.ii-v), s.ii; **Doğan-Alakoç**, s.5.

Öte yandan, ölümden sonraki (*post mortem*) DNA analizinde ise, cesetten genetik numune alınması işleminde cesedin durumuna göre hareket edilmeli¹⁰³⁷; cesedin taze olduğu zaman diliminde doğrudan kemiklere yönelmek yerine, el ve ayak tırnaklarının yanı sıra saç tellerini de görerek, her birinden uygun numuneler alınmalıdır¹⁰³⁸. Henüz defin işlemi yapılmamış bir cesetten numune alınırken, numunenin türü ve miktarının incelemeye elverişli olması büyük önem taşır; aksi takdirde definden sonra mezarın açılması gibi yasal aşamaları olan ve ölünün yakınları için sıkıntı verici bir işlem yapılmasına mecbur kalınabilir. Zaten bu durumda alınan numuneden verimli sonuç alınmaması riski de mevcut olup, doğru numunenin yeterli miktarda alınması ve analizin tekrarı olasılığına karşı numunenin ekonomik kullanılması gerekir¹⁰³⁹.

Gerçi çocuğun doğal soybağının tespiti bakımından biyolojik baba olduğu iddia edilen kişinin ölmesi hâlinde, her hâlükârda mezar açılıp doğrudan ölenin DNA örneği üzerinden analiz yapılmasına ihtiyaç kalmayan durumlar da söz konusu olabilir¹⁰⁴⁰. Şöyle ki, evlilik dışı çocuğun erkek cinsiyetinden olması hâlinde, biyolojik baba olduğu iddia edilen ölü kişinin erkek kardeşi veya babası, dedesi gibi erkek atalarının DNA örnekleri üzerinden gerçekleştirilen genetik analizlerden de yararlanılabilir. Zira ölenin erkek kardeş ve erkek atalarının DNA'larında bulunan Y kromozomları değişmeksizin nesiller arasında aktarıldığından, Y kromozomu üzerinde yapılan genetik test kesin sonuç verir¹⁰⁴¹. Bunun yanı sıra, evlilik dışı çocuğun kadın cinsiyetinden olduğu hâllerde ise, durum daha karışıktır. Şöyle ki, kadın cinsiyetinde bulunan ve hem anneden hem

¹⁰³⁷ Örneğin, yüksek ısıda yanmış cesedin küllerinden bilimsel ve doğru verilere ulaşmak güç olacağı için, cesetten numune alınıp DNA analizi yapılması sağlıklı sonuç vermeyecektir (bkz. **Tüzüner-Adli Genetik**, s.137).

¹⁰³⁸ **Tüzüner-Adli Genetik**, s.137, 155. “İspanya’da adli tıp uzmanları, bir babalık davası kapsamında DNA testi yapılması için ünlü ressam Salvador Dali’nin mezarını açtı. 4 saat süren operasyon sırasında Dali’nin diş, kemik ve tırnaklarından örnek alındığı açıklandı. Mezar açma işlemi, Maria Pilar Abel Martínez adında İspanyol bir kadının açtığı babalık davası sonrası mahkeme emri ile gerçekleştirildi.” (<https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-40680877>) (E.T. 26.07.2019).

¹⁰³⁹ **Tuğ, A.:** Babalık Testlerinde Son Düzenlemeler (Adli Tıp Dergisi, C.24, S.2010/1, s.52-59), s.58.

¹⁰⁴⁰ “İspanya’nın başkenti Madrid’de yerel bir mahkeme, Salvador Dali’nin kızı olduğunu iddia eden bir kişinin başvurusu üzerine, ünlü ressamın mezarının DNA testi yapılmak için açılmasına karar verdi. Hâkim karara gerekçe olarak, Dali’nin babalık testi yapılabilecek kişisel bir eşyasının bulunmamasını gösterdi.” <https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-40407894> (E.T. 26.07.2019)

¹⁰⁴¹ **McDonald, K. M.:** Paternity DNA Testing on a Deceased Father: Post-Mortem Analysis of Samples (<https://www.forensicmag.com/article/2014/05/paternity-dna-testing-deceased-father-post-mortem-analysis-samples>) para.25 (E.T. 13.07.2019).

biyolojik babadan gelen iki ayrı X kromozomu olduğu için, X kromozomları üzerinden gerçekleştirilen genetik testin daha komplike olduğu söylenebilir. Bu durumda, ölen biyolojik babanın, daha önceden genetik olarak kanıtlanmış (öz) kız çocuğu varsa, bu kişi ile evlilik dışı kız çocuğu arasında bir X kromozom testi gerçekleştirilir ve bunun sonucunda kız kardeş oldukları iddia edilen kişilerin ortak biyolojik babayı paylaşıp paylaşmadıklarının kararı verilebilir¹⁰⁴². Ayrıca biyolojik baba olduğu iddia edilen ölmüş erkeğin hayatta olduğu bilinen anasından ve babasından ayrı ayrı olarak alınacak DNA örnekleriyle de, ölenin DNA profilinin yeniden yapılandırılması mümkün olabilir. Bir başka deyişle, biyolojik babası araştırılan evlilik dışı çocuğun babaannesi ve dedesi olduğu düşünülen kişilerden alınabilecek örneklerle ölen biyolojik babanın DNA profili yeniden oluşturulabilir ve bu suretle evlilik dışı çocukla aralarında doğal soybağı olup olmadığı tespit edilebilir¹⁰⁴³.

Karmaşık akrabalık testlerinde meydana gelen genetik kargaşalar X kromozomu STR'lerinin etkin olmasına yol açtığından, son yıllarda X-STR'lere olan ilgi giderek artmış ve X-STR markırlarının adli genetik analizlerde önemli parçalar olduğu fark edilmiştir. X-STR'ler erkeklerde tek haplotip olarak kalıtıldığı için baba sadece kız çocuklarına X-STR'lerini geçirir; bu sebeple de çocuğun kız olması şartıyla, akraba iki erkeğin baba adayı olduğu ve iki kız çocuğunun aynı babadan olup olmadığının araştırıldığı hâllerde X-STR'ler kullanılabilir¹⁰⁴⁴. Yine, biyolojik babanın bulunamadığı hâllerde dahi, evlilik dışı çocuğun kız olması şartıyla babaanne-kız torun arasında X-STR analizleri sayesinde babalık davalarının çözülmesi mümkün olabilir¹⁰⁴⁵. STR'ler, daha kısa DNA parçaları içermeleri sebebiyle kısmen bozulmuş numunelerde dahi sonuç alınabilmesi, çalışma kolaylığı, birçok lokusun bir arada amplifiye edilebilmesi (çoğaltılabilmesi) ve yüksek ayırım gücü göstermesi gibi üstün özellikleri sayesinde adli

¹⁰⁴² **McDonald**, para.25. Bu olasılıkta, kız kardeş oldukları iddia edilen kişilerin biyolojik babalarının aynı olup olmadıklarının kesin kararının verilebilmesi için, eğer bu kişiler aynı zamanda aynı biyolojik anayı paylaşıyorlarsa, o zaman bu durumda ananın DNA örneği de teste dahil edilmelidir (bkz. aynı yer).

¹⁰⁴³ **McDonald**, para.26.

¹⁰⁴⁴ **Aşıcıoğlu, F.:** X-STR Polimorfizminin Adli DNA Analizlerindeki Önemi (Adli Bilimler Dergisi, C.6, S.2007/2, s.58-67), s.61-62.

¹⁰⁴⁵ **Eroğlu, A. v.d.:** X-STR Analizinin Adli Bilimlerdeki Önemi (Adli Tıp Dergisi, C.29, S.2015/3, s.187-194), s.189; **Aşıcıoğlu-** X STR, s.61.

amaçlı kimliklendirme ve soybağı tespitinde tercih edilen sistemler olmuş ve otozomal X-STR lokusu yaygın olarak incelenmeye devam etmiştir¹⁰⁴⁶. Fakat otozomal STR lokuslarının incelenmesi, ebeveynlere ve çocuğa ulaşılabilirdiği sürece başarılı sonuç verdiğinden, bazı karmaşık akrabalık ilişkilerinin çözülmesinde yetersiz kalabilir. Çocuğun kız olduğu babalık davalarında eğer baba ölmüşse, otozomal STR'ler çocuğun soybağını aydınlatmada başarılı olamaz; çünkü karşılaştırma için hem çocuğun hem de biyolojik babanın genetik bilgisine ihtiyaç duyulur¹⁰⁴⁷. Eğer çocuk kız ise, çocuğun bir tane X kromozomunu babasından aldığı ve bu X kromozomunun da babaya (babanın) kendi anasından geçtiği bilgisinden hareketle, babaannedeki bir X kromozomu kesinlikle kız toruna geçeceğinden, babaanne ve kız torunun X kromozomu üzerindeki STR'leri analiz edilerek soybağı ilişkisi ortaya çıkarılabilir. Bu itibarla, babanın ölü olduğu hâllerde çocuk kız ise, babaanne iyi bir alternatif olarak görülebilir¹⁰⁴⁸. Babaannenin de ölmüş olabileceği ihtimallerde ise, mezar açma suretiyle babaannenin biyolojik numunelerine ulaşmaktan başka, ayrıca ölmüş babaannenin diğer çocuklarının X-STR analiz sonuçlarından yararlanarak babaannenin alel profilinin çıkarılması alternatif seçenek olarak düşünülmelidir¹⁰⁴⁹. Baba adayının baba/oğul olduğu davalarda ise, kız çocuğun X-STR'leri incelenerek babalık belirlenebilir; çünkü baba/oğul konumundaki şüpheli babalar farklı analara sahip oldukları için farklı X kromozomlarına ve dolayısıyla da farklı X-STR analiz sonucuna sahiptirler¹⁰⁵⁰.

2000'li yılların başından itibaren, daha çabuk ve kesin sonuç almak için geliştirilen Y-STR yönteminde ise, babadan sadece erkek çocuğa geçen Y kromozomu üzerindeki gen bölgesinde yapılan çalışmayla erkek çocukların biyolojik babasının belirlenmesi mümkün olmaktadır¹⁰⁵¹. Çünkü erkeklik, Y kromozomu adı verilen DNA parçasında saklıdır ve her erkeğin kendisine özgü olan, hiç değiştirmeden direkt oğluna aktararak onun cinsiyetini belirleyen Y kromozomu (ve dolayısıyla Y-STR profili), aynı sula-

¹⁰⁴⁶ **Eroğlu v.d.**, s.190; **Aşıcıoğlu- X STR**, s.59.

¹⁰⁴⁷ **Eroğlu v.d.**, s.191.

¹⁰⁴⁸ **Eroğlu v.d.**, s.191; **Aşıcıoğlu- X STR**, s.61.

¹⁰⁴⁹ **Aşıcıoğlu- X STR**, s.61.

¹⁰⁵⁰ **Aşıcıoğlu- X STR**, s.62.

¹⁰⁵¹ **Aşıcıoğlu, F.:** Y STR Polimorfizminin Adli Genetikteki Önemi ve Uygulaması (Adli Bilimler Dergisi, C.1, S.2002/1, s.55-61), s56; **Yazgı**, s.86; **Gürbüz- DNA**, s.57-58.

leden gelen bütün erkeklerde, yani kuşaklar boyunca baba tarafından tüm erkek akrabalar da aynıdır. Özellikle baba adayının ortadan kaybolduğu yahut onun biyolojik materyalinden DNA elde edilemediği hâllerde erkek çocuğun biyolojik babası olduğu öne sürülen kişinin soyağacındaki dede, amca, kuzen vs. herhangi bir erkeğin Y-STR sonuçları babalığın aydınlatılmasında yardımcı olur¹⁰⁵². Bu sebeple, soybağı incelemesinde biyolojik baba olduğu iddia edilen erkeğin sülalesindeki diğer erkeklerle çocuğun geni karşılaştırılarak çocuğun biyolojik babasının o sülaleden herhangi bir erkek olup olmadığı %99,9 gibi bir oranla tespit edilebilir¹⁰⁵³. Yine, erkek çocuğun soybağının tespiti konulu babalık davalarında otozomal DNA tiplemesiyle istenilen babalık endeksine ulaşamaması hâlinde, soybağı incelemesinin mutlaka Y-STR tekniğiyle desteklenmesi gerektiği de söylenebilir¹⁰⁵⁴. Dolayısıyla, davalı erkeğin sülalesinden herhangi bir erkeğin Y kromozomu elde edildiği takdirde aynı bilgiye ulaşılabildiğinden, biyolojik babanın kayıp, gaip, ölü ve mezarının belirsiz olduğu hâllerde doğal soybağının tâyini için amcaların veya erkek kardeşilerin kan örneklerini incelemek yeterli olabilir¹⁰⁵⁵. Bu özellikleri itibarıyla Y-STR tekniği antropolojik çalışmalarda, geniş ailelerde soy ağacı çıkartılmasında ve babaya ulaşamadığı durumlarda gerçekleştirilen babalık testlerinde büyük avantajlar sağlar¹⁰⁵⁶.

¹⁰⁵² **Aşıcıoğlu-** Y STR, s.56, 58.

¹⁰⁵³ **Yazgı,** s.86-87. “...Dava, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 301. maddesi kapsamında ergin çocuk tarafından açılan babalığın tespiti istemine ilişkin olup, baba olduğu iddia edilen ...ölü olduğu için dava mirasçıları aleyhine açılmıştır. Dosyanın incelenmesinde; hükme esas alınan 11.12.2015 tarihli Adli Tıp Kurumu raporuna göre; davacı ile baba olduğu iddia edilen ...'nın oğlu ... 'dan alınan ağız içi sürüntü örnekleri ile DNA incelemesi yapıldığı ve şahısların Y-STR DNA profillerinin çalışılan DNA bölgeleri açısından birbiri ile aynı olması nedeniyle adı geçen şahısların aynı soy ağacından gelen erkek bireyler olabileceğinin tespit edildiği anlaşılmaktadır. Mahkemece öncelikle baba olduğu iddia edilen ...'ın ölü olduğu anlaşıldığından fethi kabir yapılarak alınacak örnekler ile davacıdan alınacak örneklerin karşılaştırılması suretiyle DNA testi yapılması bu durumun mümkün olmaması halinde kardeş olduğu iddia edilen kişi ile DNA testi yapılması, gerekirken yazılı şekilde eksik inceleme ile karar verildiği bu defaki incelemede anlaşıldığından karar düzeltme talebinin kabulü gerekmektedir.” (Y. 8. HD. 12.11.2018, 11714/18506; Legalbank İçtihat).

¹⁰⁵⁴ **Aşıcıoğlu-** Y STR, s.59.

¹⁰⁵⁵ **Yükseloğlu, E. H.:** Y Kromozomu STR Polimorfizmin Babalık Tayini ve Adli İdentifikasyonda Kullanımı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2003, s.1; **Yazgı,** s.87; **Tokar,** s.42; **Demir-** Hata Payı, s.306.

¹⁰⁵⁶ Sağladığı avantajlar sebebi ile son yıllarda yoğun uygulama alanı bulan Y-STR analizlerinin popülasyonlar arasında değişkenliklerini ve kimliklendirmede ayırım gücünü gösteren çok sayıda çalışma yapılmıştır [bkz. **Doğan-Alakoç, Y. v.d.:** Y-chromosome and autosomal STR diversity in four

e. DNA Analizinin İspat Ölçüsü ve Analiz Sonucundaki Hata Payının Doğurduğu Sonuçlar

Geçmişte Yargıtay, DNA analizi raporunda ulaşılan genetik benzerliğe ilişkin olasılık sonucunun asgari %99.73 olması yönündeki beklentisini ortaya koymuş ve zaman içerisinde bu beklentiyi de yükselterek, günümüz itibarıyla %99.99'luk bir orana ulaşılması teknik açıdan mümkün hâle geldiğinden, soybağının tespiti için bu oranın altında çıkan DNA analizi raporlarına itibar edilmemektedir.

Adli tıpta en objektif yöntemin DNA analizi olduğu söylemine temkinli yaklaşmakta fayda vardır. Gerçekten, aralarında akrabalık bağı bulunmayan 400 ailenin çocuklarıyla diğer ana-babalar arasındaki genetik uyum araştırmasında 16 adet tesadüfî eşleşmenin bulunması ve bu 16 eşleşmenin tamamının %99,73'ten yüksek hesaplanan babalık yüzdeleri (yalancı babalık) yüksek hata payına işaret eder. Ne hekimin ne de teşhizatın kusuruna dayanan böylesine bazı yanlış pozitif olgulardaki %4 rastlantısal eşleşmenin asıl sebebi, hem Türk toplumunun görece dar bir gen havuzu içerisinde tahminlerden yüksek oranda bir gen ortaklığına sahip olması hem de DNA analizinde kullanılan Mendel genetiğinin olasılıklara dayanmasıdır¹⁰⁵⁷. Buradan hareketle, adli tıp biliminin ve özellikle soybağı davalarında sonuca ulaştıran Mendel gen analizinin subjektif olduğu ve bilimsel değeri kalmadığı tezinin ileri sürülmesi elbette mümkün değildir; bunun, mutlak doğruyu değil, sadece kesine yakın objektif bilgiyi içerdiği düşünceyle konuya yaklaşılması gerektiği unutulmamalıdır¹⁰⁵⁸.

Öte yandan, soybağı testlerinde ikili çalışmalarda (baba/anne-çocuk) sonuç ortaya konulurken dikkat edilmesi gereken önemli noktalardan biri de, hesaplanan baba/anne olma olasılığıdır. Ülkemizde babalık testi sonucunda hesaplanan baba olma olasılığının yüzde kaçtan itibaren mahkeme nezdinde kabul edildiğine veya edileceğine dair herhangi bir yasal düzenleme yoktur. Halbuki Almanya'da, soybağı testleri ile ilgili 2013 yılında yapılan ve Almanya'daki yasal düzenlemeleri mercek altına alan bilimsel

proximate settlements in Central Anatolia (Forensic Science International: Genetics, Vol.4, 2010/5, s.e135-e137), s.e136-e137].

¹⁰⁵⁷ **Kara, U./Yükseloğlu, E. H.:** Hukukçular ve Genetikçiler İçin Temel Adli Genetik, İstanbul 2015, s.197.

¹⁰⁵⁸ **Tüzüner-** Adli Genetik, s.138.

bir çalışmada¹⁰⁵⁹, 2012 yılında İnsan Üzerinde Genetik İncelemeler Hakkında Kanun'da yapılan değişiklik sonrası çıkarılan Yönerge¹⁰⁶⁰ ile, soybağı testlerine getirilen yeni kriterler ele alınmış ve laboratuvarlarda kullanılan mevcut uygulamaların bu kriterleri sağlayıp sağlamadığı analiz edilmiştir. 2012 yılında anılan Kanun'da gerçekleştirilen revizyon çerçevesinde bazı kriterler güncellenmiş ve halihazırdaki uygulamaya göre soybağı testlerinde minimum 15 STR bölgesi çalışılması ve biyolojik baba olma ihtimalinin %99.999'dan aşağı olmaması şart koşulmuştur¹⁰⁶¹. Literatürdeki yayınlarda soybağı testlerinde her zaman üçlü çalışmanın (anne-baba-çocuk) esas tutulması gerektiği belirtilmekle birlikte, üçlü çalışmanın mümkün olmadığı durumlarda, çalışılan STR bölgesi sayısının rutin çalışmalara göre mutlaka artırılması gerektiği de bildirilmiştir¹⁰⁶².

Her ne kadar 1993 tarihli Yargıtay içtihadına göre baba olma olasılığı %99.73'ü aştığında soybağı raporları, mahkeme nezdinde kabul edilebilir olsa da, ülkemizdeki (özel laboratuvarlar da dâhil olmak üzere) hiçbir laboratuvarın %99.73'lük bir olasılıkla nesep raporu vermeyeceği aşîkârdır. Aslında %99.73'lik oran, analizi gerçekleştiren uzman kişi nezdinde bir şüphe uyandırabilecek olsa da, olasılığın %99.99 olarak hesaplandığı başka vakıalarda bu oran herhangi bir şüphe uyandırmayacaktır. Bu da, yanlış babalık sonucunun verilmesine yol açabilecektir¹⁰⁶³. Buna benzer ciddi risklerin ortadan kaldırılması için kanun koyucuya önemli görevler düşmekte ve bir an evvel, uluslararası arenadaki örnekleri de incelenerek, konuyla ilgili uzmanların yer aldığı bir komisyon

¹⁰⁵⁹ **Poetsch, M./Preusse-Prange, A./Schwark, T./Wurmb-Schwark, N.:** The new guidelines for paternity analysis in Germany -how many STR loci are necessary when investigating duo cases? (IJLM, Mayıs 2013, C.127, s.731-734), s.731.

¹⁰⁶⁰ *Richtlinie der Gendiagnostik-Kommission (GEKO) (2013) für die Anforderungen an die Durchführung genetischer Analysen zur Klärung der Abstammung und an die Qualifikation von ärztlichen und nichtärztlichen Sachverständigen gemäß § 23 Abs. 2 Nr. 4 und Nr. 2b GenDG*, in Kraft getreten am 26.07.2012; (Bundesgesundheitsblatt 56, s.169-175).

¹⁰⁶¹ **Poetsch/Preusse-Prange/Schwark/Wurmb-Schwark,** s.731. Ayrıca bkz. *Richtlinie der Gendiagnostik-Kommission (2013)*, s.171: III. Anforderungen- 6. Anzahl und Art der Analysesysteme und analysierten Loci, 6.1.

¹⁰⁶² **Poetsch/Preusse-Prange/Schwark/Wurmb-Schwark,** s.731; **Tuğ/Doğan-Alakoç/Elma,** s.61. Ankara Üniversitesi Tıp Fakültesi Adli Tıp Anabilim Dalı'nda gerçekleştirilen babalık testlerinde uluslararası standartlara uygun olarak 16 STR bölgesi değerlendirilmekte ve bu 16 gen bölgesindeki birden fazla gen bölgesi arasında uyumsuzluk bulunması, babalığın reddi için yeterli görülmektedir (bkz. **Tuğ/Doğan- Alakoç/Elma,** s.62).

¹⁰⁶³ **Doğan, M.:** Nesep Tayininde Sadece Anne/Çocuk ya da Sadece Baba/Çocuk Çalışmanın Riskleri, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2014, s.52.

kurulup, soybağı testleri ile ilgili güncel kriterlerin yer aldığı bir dizi yasal düzenlemenin hayata geçirilmesi ve bununla paralel şekilde teknik altyapının da organize edilmesi gerekmektedir¹⁰⁶⁴.

Günümüz itibarıyla artık soybağı testlerinde bilimsel anlamda kabul edilen uyuşma oranı %99,999'a çıktığından, Yargıtay'ın %99,99 oranını yeterli bulduğu içtihatlarının da kanımızca yeniden gözden geçirilmesi isabetli olacaktır. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi'nin soybağı davalarında %99,8'lik oranı kabul etmesi İsviçre doktrininde de eleştiri konusu olmaktadır. Çünkü %99,99'luk oran, *Microchip Electrophoresis* metodu ve diğer teknik imkânlarla %99,999'a çıkarılabilmiş olduğu için, %99,999 oranının babalık tâyininde tesadüfî uyuşmaları ortadan kaldırmaya yettiği ve yanlış pozitif (rastlantısal) uyum olasılığını artık neredeyse sıfırladığı söylenebilir¹⁰⁶⁵.

Yine de, DNA analizinin herhangi bir dezavantajı bulunmamasına rağmen, hiçbir inceleme yönteminin sonucu, siyah/beyaz şeklinde %100 evet ya da hayır cevabını vermez; kesin olmasa bile kesine çok yakın bir sonuca varır ve mutlak bilgi sayılmakla beraber teknik bir veri olduğu için test sonucu yoruma elverişli değildir¹⁰⁶⁶. Aslında adli genetik biliminin sunduğu gelişmiş teknolojik imkânlarla gerçekleştirilen DNA analizinin oldukça pahalı bir yöntem olduğu göz önüne alındığında, yüksek yargılama giderlerinin ve -çok düşük de olsa ihtimâl dahilinde bulunan- hata payının minimize edilebilmesi için bilgisayarda hesaplama, yani otomasyon sağlama tekniklerinin geliştirilmesi ve böylelikle testlerden çok daha iyi performans alınması mümkün olabilir¹⁰⁶⁷. Gerçi, hekimin ve/veya teknikerin işinde yeterince ehil olmaması, ekipmanın yanlış kullanılması, kalibrasyon veya test işlemlerinde kalite kontrolün gecikmesi, bi-

¹⁰⁶⁴ **Doğan-** Nesep Tayini, s.52, 65. Anılan bilimsel çalışma aynı kişilerle Almanya'da gerçekleştirilmiş olsaydı, yukarıda bahsedilen tesadüfî eşleşme ile ilgili 16 bulgu hiçbir değer ifade etmeyecekti; çünkü, söz konusu 16 bulguda da biyolojik baba olma olasılığı %99.999'un altında kaldığından, Alman hukukuna göre herhangi bir geçerliliği yoktur. Fakat ülkemizde mevcut olasılıklarla rapor düzenlenmesinin ve babalık tayininin önünde ise hiçbir engel bulunmadığı söylenebilir. Dolayısıyla uzmanların, ikili vakılarda (anne/baba-çocuk) sonuç verirken dikkatli olması ve 15 STR bölgesi veya %99.99 oranını yeterli görmemesi gerekir (bkz. **Doğan-** Nesep Tayini, s.52-53).

¹⁰⁶⁵ **Tüzüner-** Adli Genetik, s.139, 145.

¹⁰⁶⁶ **Tüzüner-** Adli Genetik, s.137.

¹⁰⁶⁷ **Tüzüner-** Adli Genetik, s.137.

yolojik örneklerin karıştırılması¹⁰⁶⁸, örnek materyalin kirlenmesi veya yanlış etiketlenmesi, gen tipleme hatası (*genotyping error*) ve mutasyon, kimerizm¹⁰⁶⁹, dizi esnasında deformasyon, boş/geçersiz/batıl aleller (*null or nonamplifying alleles*), ön adli tıp raporunu hazırlayan hekimin meslekî sorumluluğunun bilincinde olmaması, rapor düzenlemekten imtina etmesi, işi külfet görüp erteleme sonucunda bulguların unutulması vb. olumsuz sebeplerle, DNA analizine ilişkin bilirkişi raporunda hata çıkmasının her zaman olası gözüktüğü de unutulmamalıdır¹⁰⁷⁰. Nitekim, DNA laboratuvarlarının eşit ve standart olmayan nitelikler taşıması, kullandıkları metotların ve tekniklerin çeşitlilik arz etmesi, bazı laboratuvarların kalite kontrol ve kalite güvencesi prosedürlerini göz ardı etmesi ve akreditasyon gibi sorunlar, DNA analizi yapan laboratuvarların farklı sonuçlar vermesine ve uluslararası ölçekli kaliteyi yakalayamamış olmasına yol açmaktadır¹⁰⁷¹.

Bu sebeplerden dolayı, DNA testindeki hata olasılığını sıfırlayabilmek için çeşitli tedbirler alınmalı; örneğin, laboratuvarların kontaminasyon (bulaşma) riskine karşı uygun fiziki altyapıya kavuşturulması¹⁰⁷², kontaminasyon kontrolü ve testi yapan personelin eğitimi ve çalışmalarının denetimi, analizin güvenilirliği üzerinde doğrudan etkili faktörler olduğundan, bu konularda sürekli eğitim ve denetim ön plana çıkarılmalı; laboratuvarlarda kalibrasyon kontrolünü düzenli olarak yapan bir personel sürekli olarak

¹⁰⁶⁸ Özellikle birden fazla erkeğe karşı babalık davası açıldığında, barkodların karıştırılması, ilgili barkodun başka bir DNA numunesine yapııştırılması, düşük de olsa ihtimal dahilindedir.

¹⁰⁶⁹ DNA testinden ‘çocukların biyolojik babası değil’ sonucunu alan M.A. ve boşanmak üzere olduğu eşi büyük bir şok yaşadı. Ancak sonra anlaşıldı ki, baba askerdayken ilik nakli olmuştu, bu nedenle de kimerikti. Yani çift DNA taşıyordu. Bir kişinin vücudunda birden çok DNA barındırması anlamına gelen ‘kimerizm’ doğal veya yapay olarak ortaya çıkabilmekte olup, ana rahminde iki embriyonun birleşmesi sonucunda ikiziyle tek beden olarak gelişen bebeğin, ikizinin DNA'sını taşımasına ‘doğal kimerizm’ adı verilirken; organ ya da kemik iliği nakli sonrasında alıcılarda meydana gelen ve alıcıda hem kendi DNA'sının hem de donörün DNA'sının görüldüğü, yani donör hücrelerinin bazen sadece alıcının kanında değil, diğer dokularında da bulunduğu ve genetik profiller oluşturabildiği hâllerde ise ‘yapay kimerizm’ söz konusu olur. Bu gibi hâllerde kemik iliği kök hücre nakli olan kişilerle ilgili DNA analizinin, kan veya doku örneği üzerinde değil, kan haricindeki biyolojik örneklerden, örneğin sperm ya da yumurta hücresinden yapılması gerekir (Basında çıkan bir haber için bkz. <https://www.haberler.com/dna-yalan-soyler-mi-13912374-haberi>) (E.T. 09.02.2020).

¹⁰⁷⁰ Tuğ, s.54, 56; Tüzüner- Adli Genetik, s.136; Kara/Yükseloğlu, s.168.

¹⁰⁷¹ Özkorkmaz, E. G./Öztürk, C.: DNA Analizi ve Riskler I. Akreditasyon ve Kalite (THD, C.2, S.2007/12, s.87-93), s.90-91.

¹⁰⁷² İkinci jenerasyon robot portre elementli uygulamaların, analize konu edilen orijin numuneden ve bulaşma riskinden kaynaklanan hataları neredeyse yok ettiği açıklanmıştır (bkz. Tüzüner- Adli Genetik, s.139, dn.355-356).

istihdam edilmeli; laboratuvar sorumlusu da bu kontrolleri ayrıca denetlemeli ve ulaşılan sonuçlar, raporlanmadan önce, işlemi yapan uzman dışında farklı bir kişi (tercihen laboratuvar sorumlusu) tarafından ikinci kez değerlendirilmelidir¹⁰⁷³. Ayrıca laboratuvarların fiziki yapısının ve teknik donanımı yeterli duruma getirilmesi, personel eğitimi ve çalışmanın sürekli denetimi, analizin doğruluğunun ve dolayısıyla laboratuvarın güvenilirliğinin temel kriterleri olduğundan, DNA testi için bir kuruma başvuran kişilerin, uygulanan testin yeterliliği, sonucun doğruluğu, bilginin gizliliği konusunda şüphesinin olmaması; laboratuvarın da bu güveni verebilmek için ilgili bilim alanındaki teorik ve pratik gelişmeleri takip etmesi, iç eğitim ve kalite kontrolünü düzenli uygulaması, “minimum hata / sürekli iyileştirme” prensibine göre hizmet sunması gerekir¹⁰⁷⁴. Aksi takdirde, DNA testinde ortaya çıkan bariz hatalardan dolayı, incelemeyi gerçekleştiren bilirkişilerin hukukî ve cezaî sorumluluğunun gündeme gelebileceği¹⁰⁷⁵; bu itibarla kanunen resmî bilirkişilikle yetkili kılınan kurum ve kuruluşların görevlendirildiği hâllerde, resmî bilirkişi bünyesinde memur olarak istihdam edilen çalışanın kusurlu olarak gerçeğe aykırı rapor vermesi sebebiyle ortaya çıkan zararlardan dolayı devletin hukukî sorumluluğunun dahi söz konusu olabileceği unutulmamalıdır¹⁰⁷⁶.

Görüldüğü üzere, bilim ne kadar ilerlemiş olursa olsun, genetik soybağı analizinde gerçekleşmesi muhtemel hataları kaynağında önlemek, gerçeğe aykırı bilirkişi raporla-

¹⁰⁷³ Tuğ, s.58; Kara/Yükseloğlu, s.168, 170

¹⁰⁷⁴ Tuğ, s.58-59; Kara/Yükseloğlu, s.173.

¹⁰⁷⁵ Basına düşen bir habere göre, soybağının reddi davasında mahkeme, davalı çocukların davacı babadan olup olmadığının tespit edilmesi için Adli Tıp Kurumu’ndan babalık testi yapılmasını istedi. Adli Tıp Kurumu baba, anne ve çocuklardan kan örneği alarak DNA testi yaptı. Test sonuçlarına göre davacı babanın % 99.9 ihtimalle çocuklardan ikisinin babası olmadığı bildirildi. Yurt dışında bulunan üçüncü çocuğun Türkiye’ye dönmesinden sonra yapılan ikinci bir DNA testinde ise yurt dışındaki çocuğun babasının davacı olan baba olduğu, yapılan ikinci incelemede de ilk rapordaki eksikliğin fark edildiği ve diğer iki çocuğun da babası olduğu mahkemeye ulaşan raporda ifade edildi. Bunun üzerine davaya bakan mahkeme, iki farklı babalık testi sonucu gönderen Adli Tıp Kurumu’nun raporlarının delil gücü olduğuna inanmayarak yargının en son karar verici olarak tayin ettiği resmi bilirkişilik kurumu olan Adli Tıp Kurumu’nun bilirkişiliğini kabul etmedi ve davacı babanın avukatının talebi doğrultusunda testin İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü’nde yeniden yapılmasını istedi. Kan tüplerinin karıştığını ileri süren Adli Tıp Kurumu’nun bu olay üzerine başlattığı disiplin soruşturmasından bir sonuç çıkmayınca, davacı baba Adli Tıp Biyoloji İhtisas Dairesi yetkilileri hakkında görevi ihmalden Cumhuriyet savcılığına suç duyurusunda bulundu (Güldiken-Taşyaran, s.87, dn.426).

¹⁰⁷⁶ Tanrıver- Usul, C.I, s.1073-1074.

rının önüne geçmek ve benzeri olumsuz sonuçlara meydan vermemek için her türlü tedbiri almak, hataların sıfırlanması hedefi doğrultusunda son derece elzemdir.

f. Yargılama Dışında Gizlice Elde Edilen DNA Analizi Raporu

Babalık davası açılmadan önce gizli olarak, muhatabın rızası alınmadan, hukuka aykırı şekilde elde edilmiş numune üzerinde yapılan DNA analizine ilişkin raporun, daha sonra açılan babalık davasında nasıl değerlendirilmesi gerektiği hususuna da ayrıca değinmek gerekir. Davadan önce gizli gerçekleştirilen DNA analizine dair özel laboratuvar raporu, babalık davasında dava dilekçesiyle birlikte mahkemeye sunulduğu takdirde, böyle bir tıbbî bilimsel rapor, hâkimde kanaat oluşturmaya ve iddiayı somutlaştırmaya yönelik özel uzman görüşü niteliğindeki (HMK m.293) bir taraf beyanı olarak görülebilir; bilirkişi raporu şeklinde değerlendirilemez¹⁰⁷⁷. Çünkü her şeyden önce söz konusu raporun doğruluğu ve güvenilirliği şüphelidir ve genetik incelemede kullanılan DNA örneğinin davalıdan alınıp alınmadığı rapordan anlaşılamaz. Bu husus, ancak mahkemece keşif incelemesine başvurularak resmî bilirkişi tarafından elde edilen kan veya doku örneğindeki DNA numunesinin analiziyle anlaşılır ve sadece bu şekilde alınan bilirkişi raporu yargılamada delil olarak hükme esas alınabilir¹⁰⁷⁸. Dava dışı gizlice yapılan DNA testinin, tek başına ispat aracı olarak kabulü mümkün değilse de; davanın temellendirilmesine ve şüphe sebeplerinin ortaya konulmasına yarayan, somutlaştırma yüküne yardımcı bir bilgi kaynağı olarak düşünülmesi mümkün olabilir¹⁰⁷⁹. Zira mahkeme, daha önceden hukuka aykırı yoldan elde edilen bilginin etkisinde kaldığı için, yargılamada bilirkişi atayıp bilirkişinin hazırladığı bilimsel rapora vakıa tespiti amacıyla başvurmaya gereksinim duymuştur¹⁰⁸⁰. Şayet taraflarca hukuka aykırı yoldan öğrenilen

¹⁰⁷⁷ **Reichenbach, S. B.:** Zivilprozessuale Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Informationen am Beispiel heimlicher Vaterschaftstests (AcP, Band 206, 2006, s.598-623), s.599; **MüKo-ZPO/Zimmermann,** ZPO § 402, Rn.9; **BeckOK-ZPO/Scheuch,** 32. Edition, 1.3.2019, ZPO § 402, Rn.6-7; **Kılıçoğlu-** Gizli Babalık Testleri, s.299, 301; **Albayrak-Açı,** s.154; **Tarım,** s.155; **Doğan, R.:** Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma (TBBD, S.2019/142, s.93-132), s.106-107.

¹⁰⁷⁸ **Kılıçoğlu-** Gizli Babalık Testleri, s.299, 304; **Demir-** Hata Payı, s.308; **Doğan-** Beden Muayenesi, s.106.

¹⁰⁷⁹ **Kılıçoğlu, E.:** Medenî Yargılama Hukukunda Hukuka Aykırı Yoldan Elde Edilmiş Deliller, İstanbul 2021, s.779; **Kılıçoğlu-** Gizli Babalık Testleri, s.299.

¹⁰⁸⁰ **Kılıçoğlu-** Hukuka Aykırı Deliller, s.780-781.

bilgi yargılamaya getirilmeseydi, ispat faaliyeti kapsamında mahkemenin bilirkişi raporuna ihtiyaç duyacağı somut ve ciddi bir vakıa iddiasından söz edilemeyecekti. Nitekim dava dışı öğrenilen bilginin elde edilişindeki hukuka aykırılık, mahkemenin atadığı bilirkişinin raporuna sirayet etmemekte ve bu raporun kabule şayanlığı üzerinde olumsuz etki yaratmamaktadır. Dolayısıyla burada bir delil yasağıyla da karşı karşıya kalındığından bahsedilemez¹⁰⁸¹.

Aslında, davacı tarafından, dava açılmadan önceki dönemde, hukuka aykırı olarak ve gizlice tıbbî numuneler elde edilerek özel laboratuvarlarda DNA analizi yaptırılması hâlinde, bu analize ilişkin raporu, bir delil olarak değil; bilakis bir vakıa tespitine yönelik iddia olarak değerlendirmek gerektiği için, bu konuda ortaya çıkan problemin de, hukuka aykırı yollardan elde edilen delillerin kullanılması sorunu olarak değil; aksine, davacı tarafça hukuka aykırı yollardan edinilen karşı tarafa ait kişisel bilgilerin yargılamadaki etkisi ve dikkate alınıp alınmayacağı meselesi olarak görmek gerekir¹⁰⁸². Nitekim, DNA analizinin numunesi olabilecek genetik materyalin, muhatabın rızası olmaksızın gizlice temin edilmesi ve bu şekilde onun kişilik haklarının ihlâli suretiyle elde edilen delillere dayanılması, temel hukuk ilkeleri ve insan haklarıyla bağdaşmaz¹⁰⁸³. Buradan hareketle, muhatabından hukuken caiz olmayan yollarla elde edilmiş genetik numunenin incelenmesi sonucunda hazırlanan DNA analizi raporu, daha sonra açılan babalık davasında ispat malzemesi olarak değerlendirmeye tâbi tutulamaz (HMK m.189/2). Hatta Kişisel Verilerin Korunması Kanunu’nun 6. maddesinin birinci ve ikinci fıkraları çerçevesinde özel nitelikli kişisel veri sayılan DNA verilerini, ilgilinin açık rızası olmaksızın işleyip analiz raporu hazırlayanlar hakkında KVKK m.17’nin atfıyla Türk Ceza Kanunu’nun 136. maddesi uyarınca cezai yaptırım uygulanması dahi gündeme gelebilir. Dolayısıyla, gizli babalık testlerinin soybağı yargılamasında mahkemece

¹⁰⁸¹ **Kılıçoğlu-** Hukuka Aykırı Deliller, s.781.

¹⁰⁸² **Reichenbach**, s.600; **Kılıçoğlu-** Gizli Babalık Testleri, s.299. Bir görüşe göre, davanın karşı tarafı ile ilgili vakıa bilgilerine hukuka aykırı yollardan ulaşılması hâlinde, bu bilgilerin yargılamaya sokulamayacağının söylenebilmesi için, usul kanunlarında buna dair açık hükmün yer alması gerekmekte olup; böyle bir yasağı öngören açık usul kuralı olmadığı sürece davanın tarafları, hukuka aykırı yollardan dahi olsa, karşı tarafla ilgili edindikleri bilgileri yargılamaya dahil edebilmelidirler; aksinin kabulü, hak arama özgürlüğü ile hukukî dinlenilme hakkına aykırılık oluşturur, ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Reichenbach**, s.617-620; **Kılıçoğlu-** Gizli Babalık Testleri, s.300.

¹⁰⁸³ **Serozan-** Çocuk, s.177; **Serozan-** Soybağı, s.760-761.

nazarı itibara alınmayıp, salt iddiadan ibaret taraf beyanı olarak kabulü sebebiyle, ispat yönünden herhangi bir değerinin bulunmadığı söylenebilir. Kaldı ki, Türk hukukunda ispat açısından meseleyi tartışmalı olmaktan çıkaran HMK m.292 ile birlikte, soybağının tespiti amacıyla yapılan yargılamada genetik incelemenin muhatabına karşı zor kullanma yetkisinin yasal düzenlemeye kavuşturulmuş olması sebebiyle, diğer soybağı davalarında olduğu gibi, babalık davası kapsamında da gizli babalık testlerine gereksinim ihtiyacının tamamen ortadan kalktığı ifade edilmelidir.

Diğer taraftan günümüzde “genetik kökenini bilme, soybağını öğrenme hakkı”, kişilerin temel hakları arasında yer alıp, genetik analizin yargılama dışında özel olarak isteğe dayalı yapılmasını istemekte üstün bir kişisel menfaatin bulunduğunu göstermek için yeterli ve elverişli kabul edilse de, bu hak, sahibine herhangi bir bilme yükümlülüğü yüklemeyiz; yalnızca kişinin genetik analiz yapılmasını isteme konusunda üstün bir özel menfaatinin varlığına delalet edebilir¹⁰⁸⁴. Bu üstün menfaati somutlaştırmak gerekirse; örneğin, soybağının dava yoluyla tespiti yasal koşullara ve sürelerle tâbi olduğu gibi, dava yoluna başvuru hakkı yalnızca bazı kişilere tanındığı hâlde, dava dışında isteğe bağlı yapılan genetik inceleme sayesinde muhatabın yasal koşullara tâbi tutulmaksızın biyolojik soybağı hususundaki hakikati öğrenmesi sağlanabilir. Yine, soybağı ilişkisinin hukukî sonuç doğurmasını istemeyen, salt genetik gerçekliği öğrenmekle yetinmeyi arzulayan kişilerin, ileride taraf olabilecekleri soybağı davasının akıbetini ve yargılama giderlerinin kime yükletileceğini önceden kestirebilmesi sağlanabilir¹⁰⁸⁵. Hatırlanmalıdır ki, soybağının tespitine yönelik genetik incelemenin isteğe dayalı olarak yapılmasından maksat, bunun herhangi bir davadan bağımsız olarak, mahkeme kararı bulunmaksızın, salt muhatabın talebi üzerine özel laboratuvarlar tarafından sözleşme ilişkisi çerçevesinde gerçekleştirilmesidir¹⁰⁸⁶. İşte, sırf kişisel merak sebebiyle isteğe böyle

¹⁰⁸⁴ **Yıldırım-** Gen Analizleri, s.399.

¹⁰⁸⁵ **Sonat**, s.329-330.

¹⁰⁸⁶ **Sonat**, s.329. Bazı ülkelerde isteğe dayalı genetik inceleme, babalık testi adı altında eczanelerde satılan ve doğal soybağı ilişkisi incelenecek kişilerin genetik numunesinin alınıp saklanmasına yarayan aparatların da içinde bulunduğu set şeklindeki ürünler aracılığıyla gerçekleştirilebilmektedir. Genetik inceleme için gerekli numuneler kişilerden alındıktan sonra babalık testi kiti eczane tarafından laboratuvara iletilmekte ve inceleme sonuçları, doğrudan laboratuvar tarafından yahut eczane aracılığıyla muhataba bildirilmektedir (bkz. **Sonat**, s.329, dn.20’de anılan yazarlar).

bir analizin yaptırılıp yaptırılmayacağına ilişkin doğrudan ve açık düzenlemeler yahut genel anlamda öngörülmüş bir “genetik analiz yaptırma hakkı” mevcut değil ise de¹⁰⁸⁷; bir görüşe göre¹⁰⁸⁸, kişinin kan grubunu öğrenmesinde olduğu gibi, sırf merakını gidermeye yönelik olsa bile, bu merakın giderilmesi de üstün bir özel yarar olarak değerlendirilebileceği için, genetik analizlerin yapılmasına cevaz vermek gerekir. Aksi halde merak, kişileri strese, stres de kimlik bunalımına sürükleyebilir. Fakat bu düşünceye bazı gerekçelerle karşı çıkılması da mümkündür. Şöyle ki, gen analizinın muhatabı, yani bizzat genetik materyali veren kişinin dışında başka kişiler (örn. ana-baba, kardeşler, akrabalar vs.) de olabileceği için, belirtilen kişilerden birisi bilme hakkını kullanırken, diğerleri ise bilmeme hakkını kullanmaktan yana olabilir ve bilme hakkı nasıl korunuyorsa, diğerlerinin bilmeme hakkı da aynı şekilde korunmak zorundadır¹⁰⁸⁹. Diğer yandan, aile kavramının ve çocuğun üstün yararının korunması bağlamında çocuğun genetik ana-babası olmasalar bile, ebeveynleri gözetimindeki bir aile ortamında yetişmesinde büyük yarar vardır ve bu yarar mutlaka gözetilmelidir. Bu sebeple, isteğe bağlı gen analizlerinin mahkemelerce delil olarak kabul edilmemesinin ötesinde, başkalarının hukuksal alanını da yakından ilgilendirmesi ihtimali bulunan (örn. soybağının tespitinde olduğu gibi) iki farklı menfaatin mukayesesini amaçlayan genetik incelemeler, ancak hâkim kararı ile gerçekleştirilmeli¹⁰⁹⁰; yargılama dışında yapılan testlere hiçbir şekilde itibar edilmemelidir¹⁰⁹¹.

g. DNA Analizi Yapan Laboratuvarların Tâbi Olduğu Asgari Standartlar ve Akreditasyon Hakkında Düşünceler

Soybağı testlerinde yaşanan teknik sorunların çözümünde tarihsel açıdan yaşanan önemli gelişmelerden birisi de, 1982 yılında Arlington şehrinde Amerika Birleşik

¹⁰⁸⁷ İsviçre hukukunda ise, “İnsan Üzerindeki “İnsan Üzerindeki Genetik İncelemeler Hakkında Federal Kanun” (GUMG) m.34 hükmüyle, mahkeme dışında isteğe dayalı DNA analizi yöntemiyle soybağının tespitine ilişkin yasal koşullar düzenlenir (bkz. **Büchler**, s.36).

¹⁰⁸⁸ **Yıldırım**- Gen Analizleri, s.399; **Yıldırım**- Tebliğ, s.423.

¹⁰⁸⁹ **Yıldırım**- Gen Analizleri, s.400.

¹⁰⁹⁰ **Yıldırım**- Gen Analizleri, s.400.

¹⁰⁹¹ Nitekim Fransız hukukunda, hâkim kararı olmadığı sürece, isteğe bağlı genetik incelemeye cevaz verilmediği, buna rağmen yapılan genetik incelemelerin sonuçlarından davada ispat aracı olarak yararlanılamayacağı hususunun kanunla düzenlendiği görülür (bkz. **Sonat**, s.330-331, dn.25).

Devletleri ile yedi Avrupa ülkesinden bilim adamlarının katılımıyla gerçekleşen uluslararası bir konferansta gündem konusu soybağı testlerine ilişkin bazı standartların belirlenmiş olmasıdır¹⁰⁹². Bu konferansın ardından, bu defa 2001 yılında Uluslararası Adli Genetikçiler Derneği (*International Society for Forensic Genetics-ISFG*) tarafından İngilizce, Fransızca, Almanca, İtalyanca, Japonca ve İspanyolca/Portekizce konuşulan ülkelerden ve ABD’den üyelerle bir araya gelinmesi ve babalık testleri için bir komisyon (*Paternity Testing Commission-PTC*) kurulmuş olması da dikkat çekmekte olup¹⁰⁹³; ilk aşamada, bu toplantıda laboratuvarlar için temel düzenlemelere yönelik öneriler getirilerek her ülkenin yasal ve teknik gereksinimlerine uygun standartların oluşturulması amaçlanmış ve Komisyon tarafından ISO 17025: 1999 laboratuvar standartlarının baba-lık testleri için de uygun olduğuna dair 2002 yılında tavsiye kararı verilmiştir¹⁰⁹⁴.

Laboratuvarların üçüncü bir tarafça belirlenen teknik kriterlere ve standartlara uygun çalıştığının bağımsız ve tarafsız bir kuruluş tarafından onaylanması ise “akreditasyon” olarak adlandırılır. Akreditasyon, uygunluk değerlendirme kuruluşlarınca gerçekleştirilen çalışmaların ve bu çalışmalar sonucunda düzenlenen uygunluk teyit belgelerinin (deney ve muayene raporları, kalibrasyon sertifikaları vb) güvenilirliğini ve geçerliliğini desteklemek amacıyla oluşturulmuş bir kalite altyapısı olup, laboratuvar akreditasyonu da, teknik yeterliliğin güvenilir bir göstergesi olarak hem ulusal hem de uluslararası yüksek saygınlığı gösterir. Laboratuvarın akredite edilmesi için yapılan işlemlerin uluslararası kriterlere göre düzenlenip standart hâle getirilmesiyle ortaya çıkan ortak yaklaşım sayesinde akredite laboratuvarlarca elde edilen sonuçları içeren rapor ve sertifikalar uluslararası kabul görür¹⁰⁹⁵. Yani, laboratuvarların teknik yeterliliğinin resmî olarak tanınmasını sağlayan akreditasyonlar sayesinde laboratuvarlar, yaptıkları DNA testlerindeki doğruluklarını ve teknik kapasitelerini belgelendirmiş olurlar. Akreditas-

¹⁰⁹² **Morling, N. v.d.:** Paternity Testing Commission of the International Society of Forensic Genetics: recommendations on genetic investigations in paternity cases [Forensic Science International 129 (2002), s.148-157], s.148.

¹⁰⁹³ **Morling v.d.,** s.149.

¹⁰⁹⁴ **Morling v.d.,** s.149. ISO 17025, bir laboratuvarın spesifik testleri gerçekleştirme konusunda yetkin olduğunun tanınması için genel hükümleri açıklayan uluslararası bir akreditasyon standardıdır (bkz. **Morling v.d.,** s.149; **Tuğ,** s.54).

¹⁰⁹⁵ <https://www.turkak.org.tr/Sayfa/17> (E.T. 11.12.2019); **Tuğ,** s.53-54.

yon sürecinde tüm laboratuvar işletmeleri, üretmiş oldukları analiz sonuçlarının kalitesini ve doğruluğunu kanıtlar ve bağımsız denetim yoluyla her zaman düzgün sonuç ve kalite standartlarına uyma garantisi elde edilmiş olur¹⁰⁹⁶.

Ülkemizde akreditasyon meselesi Türk Akreditasyon Kurumu (TÜRKAK) tarafından yönetilmekte ve tıbbî laboratuvarlarda TS EN ISO/IEC 17025 standardı, akreditasyona esas standart olarak kabul görmekte ise de, söz konusu laboratuvar akreditasyonu zorunlu olmayıp gönüllülük esasına dayanmaktadır. Hâlbuki mukayeseli hukuka baktığımızda, özellikle de Avrupa Birliği'nde 09.08.2008 tarihli ve 765/2008 sayılı Yönerge ile oluşturulan akreditasyon politikası uyarınca EUROLAB zorunlu sertifikalandırma sistemi getirildiğinden, AB'ye üye ülkelerde mahkemeler, bilirkişi raporu temin ederken bilgi ve teknik seviyesi gelişmiş olmakla tanınan laboratuvarların listesinden tercihte bulunabilmektedir¹⁰⁹⁷. Yine, benzer uygulamanın görüldüğü Fransız hukukunda, medikal biyoloji alanında önemli reformlar meydana getiren Kanun'a göre, doğal soybağını aydınlatan DNA analizi için, akreditasyonu ISO 9000 ve ISO 17025 etiketli sertifikaya sahip ve asgari beş yıllık meslekî kıdemi haiz tanınmış biyologların istihdam edildiği laboratuvarlar mahkemelerce tercih edilebilmektedir¹⁰⁹⁸. İsviçre ile ilgili olarak da, 2004-2007 yıllarındaki yasal düzenlemelerle, genetik analiz işlemi gerçekleştirecek laboratuvarlar için zorunlu izin ve akreditasyon koşulunun getirilmesinden sonra, artık bir hastalığın teşhisi veya tedavisi dışındaki bütün genetik muayenelerin yalnızca izinli akredite laboratuvarlar tarafından yapılabileceği söylenebilir¹⁰⁹⁹. Böylece 2007 yılından itibaren doğal soybağını aydınlatmaya yönelik DNA analizi yapan bütün laboratuvarların federal akreditasyona tâbi olduklarının ilân edilmesiyle birlikte enstitüler, üniversitelerin ilgili anabilim dalları ve laboratuvarlar arasında birlik sağlandığı görülebilir¹¹⁰⁰.

Öte yandan, Amerika Birleşik Devletleri'nde ise, bilimsel teknikler kullanılarak elde edilen verilerin mahkemelerce delil olarak dikkate alınabilmesi için "*Fry kriterleri*" adı altında birtakım standart akreditasyon kuralları öngörülmüş olup, bu kurallar

¹⁰⁹⁶ <http://www.babalik-testi-dna.com/akreditasyonu-testlerinin-dogrulugu.html> (E.T. 11.12.2019)

¹⁰⁹⁷ **Tüzüner-** Adli Genetik, s.146.

¹⁰⁹⁸ **Tüzüner-** Adli Genetik, s.143.

¹⁰⁹⁹ **Tüzüner-** Adli Genetik, s.143.

¹¹⁰⁰ **Tüzüner-** Adli Genetik, s.144.

uyarınca yeni bir bilimsel tekniğin uygulanması sonucunda elde edilen verilerin davalarda delil olarak kullanılabilmesi için, söz konusu tekniğin, ait olduğu bilim dalında yeterli derecede yerleşmiş ve genel kabul görmüş olması şarttır. Bu itibarla, Fry kriterleri çerçevesindeki DNA analizi, ABD'nin pek çok eyaletinde yüksek mahkemelerce bir delil olarak kabul ediliyor olmakla birlikte, DNA testini yapan laboratuvarların teknik altyapısı ve yeterliliği ile ilgili şüphelerin söz konusu olduğu hâllerde, DNA analizinin bir delil olarak kabul edilmediği davalara da rastlanılmaktadır¹¹⁰¹.

Genetik analiz yapan laboratuvarların zorunlu akreditasyonu ve sertifikalandırılması sisteminin getirilmesiyle, tanınmışlığı ve teknik yeterliliği idarî izin ve akreditasyon ile temin edilmiş, asgari beş yıllık meslekî tecrübeye sahip bağımsız uzman biyologların yer aldığı laboratuvar uygulamasının geçerli olduğu İsviçre ve Fransız hukuklarındakine benzer şekilde, Türk hukukunda da, kanımızca, en azından DNA analizi yapan laboratuvarlar bakımından mevcut gönüllülük esasına dayalı akreditasyon uygulaması terk edilmeli ve genetik analiz yapan tıbbî laboratuvarların zorunlu akreditasyonu sistemine geçilmelidir¹¹⁰². Zira laboratuvarların güvenilirliğini, doğru çalıştığını ve onlara güvenilebileceğimizi gösteren yegâne ölçüt akreditasyon olup, ülkemizde henüz bu mekanizmaya işlerlik kazandırılmadığı için, kriminal laboratuvarlarının kalite güvencesini bile denetleme imkânından yoksun olduğumuz, hatta bu laboratuvarların ilgili inceleme birimlerinde yeterli kalite güvencesinin bulunmadığı dahi söylenebilir¹¹⁰³. Bu yüzden, ülkemizdeki özel ve resmî tüm tıbbî laboratuvarların akredite edilmesinin yanı sıra, bağımsız organlarca yürütülen dış kalite kontrol programlarına katılımın ve laboratuvarların uzmanlık alanlarındaki tekniklerin standardize edilmesine yönelik tedbirlerin zorunlu tutulması gerektiği söylenebilir¹¹⁰⁴. Yine, klinik uygulama moleküler genetik, adli tıp ve hukuk alanlarında uzman kişilerin DNA analiziyle ilgili sorunları masaya yatırmak suretiyle, bazı ülkelerde olduğu gibi “Ad Hoc” komiteleri oluşturup adli ve klinik amaçlı DNA analizlerinin hukuksal yönleri üzerinde çalışmalar yapmaları düşünülebi-

¹¹⁰¹ Kara/Yükseloğlu, s.12; Saldırım- DNA, s.136.

¹¹⁰² Tüzüner- Adli Genetik, s.145-147.

¹¹⁰³ Özkorkmaz/Öztürk, s.91; Atasoy, s.517-518.

¹¹⁰⁴ Özkorkmaz/Öztürk, s.92.

lir¹¹⁰⁵. Böylelikle hem gereksiz yere analiz tekrarları yapılmasının önüne geçip yargılamanın daha hızlı ilerlemesini sağlayan hem de yargılama giderlerinin azalmasına imkân veren bu önlemler sayesinde, yargılama giderleri ve testlerdeki hata payının azaltılması mümkün olabileceği gibi, Adli Tıp Kurumu’nun iş yükü bir nebze olsun hafifletilebilecektir.

h. Adli DNA Analizinin Mevzuattaki Düzenlenme Biçimi

aa. Yabancı Hukuk Düzenlerindeki Durum

Adli tıp ve genetik biliminde DNA analiziyle ilgili yaşanan gelişmelere kayıtsız kalamayan çeşitli ülkelerde kanun koyucuların, muhakeme ve ispat hukukunda DNA analizinin sağladığı avantajlardan yararlanabilmek için mer’i mevzuat içinde yeni düzenlemeler sevk etme yoluna giderek gerekli hukukî altyapıyı oluşturmaya başladığı görülmektedir. Bu bağlamda, ilk olarak Alman hukukunda DNA analizleriyle ilgili, 1997 tarihinden itibaren Ceza Muhakemesi Kanunu’na eklenen § 81e ile § 81h hükümlerinden söz etmek gerekir. Alman Ceza Muhakemesi Kanunu’nun § 81e hükmü, ceza muhakemesi açısından DNA analizlerinin ilk yasal dayanağı olarak gösterilebilir¹¹⁰⁶. Adli DNA analizine ilişkin esasları öngören “moleküler genetik incelemeler” başlıklı StPO §81e hükmüne göre, yargılamada önem taşıyan vakıaların tespiti ve bir suça ilişkin delil elde edilmesi amacıyla, şüpheli/sanığın rızası aranmaksızın ve ona sağlık yönünden zarar verme tehlikesi bulunmayan hâllerde, tıbbî esaslara uygun olarak bir hekim tarafından kişinin vücudundan alınan kan veya doku gibi genetik numunelerle, saç, tükürük, tırnak gibi biyolojik materyaller üzerinde soybağının veya elde edilen bulgunun şüpheli/sanığa ait olup olmadığının tespiti için gerekli hâllerde moleküler genetik incelemeler yapılabilir; bu incelemelerle kişinin cinsiyeti de saptanabilir. Bu kapsamda alınan numunelerin üzerinde başka amaçlarla inceleme yapılması ise yasaktır (dStPO § 81e, 1). Ayrıca şüpheli/sanık dışındaki diğer kişilere yönelik olarak, maddî gerçeğin aydınlatılması için zorunluluk bulunan ve sağlık yönünden tehlike arz etmeyen hâllerde, kişiler rıza göstermeseler dahi, soybağının tespiti amacıyla bir hekim tarafından beden

¹¹⁰⁵ **Saldırım-** DNA, s.147.

¹¹⁰⁶ **Atalay, A. Ö.:** Ceza Muhakemesi Hukukunda Moleküler Genetik İncelemelerin Özel Nitelikli Kişisel Verilerin Korunması Açısından Değerlendirilmesi (CHKD, C.7, S.2019/2, s.127-184), s.159.

muayenesi yapılması ve kan veya diğer uygun genetik numunelerin alınması mümkündür (dStPO § 81c, 2). Bu doğrultuda beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması işleminin hâkim kararına dayanması zorunlu olup, kural olarak hâkim kararı olmadığı sürece diğer kişilerden zorla örnek alınması ve alınan örneklerin DNA analizine tâbi tutulması ancak yazılı rıza alınması hâlinde mümkün olabilir (dStPO § 81f, 1). Anılan hüküm, muhatabın yazılı rızası bulunmadığı takdirde ise, beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması işlemini takiben yapılacak moleküler genetik incelemelere, sadece mahkemenin değil, gecikmesinde sakınca olan hâllerde savcılık ve savcılığın soruşturma görevlilerinin de karar verebileceğini ve ayrıca yazılı rıza veren kişinin, elde edilen verilerin hangi amaçla kullanılacağı konusunda aydınlatılmasını zorunlu tutmaktadır¹¹⁰⁷. Yine moleküler genetik incelemeleri gerçekleştirecek olan bilirkişilerin, izinsiz ve usulüne aykırı DNA analizlerinin yapılmasını ve yetkisiz üçüncü kişilerin bilgi sahibi olmalarını önleyecek teknik ve idarî tedbirleri almakla yükümlü oldukları öngörülür (dStPO § 81f, 2).

Öte yandan, Türk hukukundan farklı olarak, Alman hukukunda, ileride cereyan edecek ceza yargılamalarında kullanılmak amacıyla şüpheli/sanığın genetik kimliğinin tespiti mümkün olup, bazı koşullar altında, DNA analizinden sonra kişilerin DNA profillerinin silinmeyip DNA veri bankalarında kaydedilebileceği kabul edilir. Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nun "DNA kimlik tespiti" başlıklı § 81g hükmünde, şüpheli/sanığın ağır bir suçtan ya da cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen bir suçtan şüpheli olması durumunda, ilerideki bir ceza yargılamasında kimliğini tespit amacıyla kendisinden hücre örneklerinin alınabileceği, DNA profilinin oluşturulabilmesi veya cinsiyetin tespit edilebilmesi için moleküler genetik incelemeye tâbi tutulabileceği düzenlenir¹¹⁰⁸. Buna göre, öncelikle suç teşkil eden fiilin türü ve işleniş tarzı, şüpheli/sanığın kişilik özellikleri ya da diğer veriler, faile karşı ağır bir suçtan dolayı ileride bir ceza yargılamasının vuku bulabileceğini gösterdiği takdirde, bu kapsamda alınan vücut örnekleri, sadece hükümde zikredilen moleküler genetik incelemelerde kullanılabilir. Bu yönde

¹¹⁰⁷ **Aygörmez-Uğurlubay, G. A.:** Almanya, İsviçre ve Avusturya Hukuku Bağlamında Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Adli DNA Analizleri (Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, C.5, 2017/2, s.29-87), s.61.

¹¹⁰⁸ **Aygörmez-Uğurlubay,** s.66; **Atalay-** Moleküler Genetik İncelemeler, s.162.

DNA analizinin arz ettiği gereklilik ortadan kalkarsa, genetik materyallerin gecikmeksizin imha edilmesi zorunlu olup, moleküler genetik inceleme sırasında cinsiyetin tespiti ya da DNA profili çıkarılması dışında başka herhangi bir tespitte bulunulması ise açıkça yasaklanmıştır¹¹⁰⁹. Anılan hüküm uyarınca gerçekleştirilen genetik kimliğin tespiti işlemi, tehlikenin önlenmesi amacıyla kabul edilmiş bir tedbirden ziyade, ileride görülecek olan davalarda delillerin teminat altına alınması amacına yönelik başvurulmuş bir adli koruma tedbiri olarak ifade edilebilir.

Alman hukukunda adli DNA analizleriyle ilgili değinilmesi gereken ve Türk hukukunda henüz öngörülmemiş olan bir diğer düzenleme ise, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun kitlesel DNA analizlerine ilişkin § 81h hükmüdür. Anılan düzenleme, yaşam hakkına, vücut bütünlüğüne, kişisel özgürlüğe ya da cinsel dokunulmazlığa karşı bir suçun işlendiği şüphesini haklı gösteren birtakım olgular ortaya çıktığında, fail için geçerli olduğu varsayılan bazı özelliklere sahip kişilerden, yazılı rızaları alınmak kaydıyla, DNA analizine uygun numune elde edilebileceğini ve bu numunelerin, DNA profili çıkarmak ya da cinsiyeti belirlemek için moleküler genetik incelemeye tâbi tutulabileceğini; oluşturulan DNA profillerinin mevcut diğer bulgularından alınan DNA profilleri ile programlar aracılığıyla karşılaştırılabileceğini; fakat bunun için, eldeki bulguların bu kişilere ait olup olmadığının tespitinin mutlaka gerekli olması ve tedbirin özellikle ilgili kişi sayısı ile işlenen fiilin ağırlığı açısından orantılı olması gerektiğini öngörmektedir¹¹¹⁰. Bu şekilde moleküler genetik incelemeye tâbi tutulan vücut örneklerinin, işlemin tamamlanmasını takiben gecikmeksizin imha edileceği ve oluşturulan DNA profilinin ilerideki ceza davalarında tekrar kullanılmak üzere DNA veri bankalarına kaydedilmeyeceği hususunda muhatabın yazılı olarak aydınlatılmasını emreden bu hüküm, suçun aydınlatılması için artık gerekli olmadığı durumlarda elde edilen tüm DNA profillerinin gecikmeksizin silinmesi ve silme işleminin mutlaka belgelendirilmesi gerektiğini de ayrıca öngörmektedir¹¹¹¹ (dStPO § 81h, 3-4).

¹¹⁰⁹ Aygörmez-Uğurlubay, s.66.

¹¹¹⁰ Aygörmez-Uğurlubay, s.67-68.

¹¹¹¹ Aygörmez-Uğurlubay, s.68; Atalay- Moleküler Genetik İncelemeler, s.164. Alman hukukunda oldukça detaylı düzenlenen bu hüküm sayesinde, şüpheli konumundaki kişilerin sayıca fazla olduğu durumlarda suç failinin tespiti bakımından büyük bir kolaylık ve sürat sağlanacağı gibi, ayrıca ince-

İsviçre hukukunda ise, adli DNA analizine ilişkin hükümler, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 255 ila 259. maddelerinde düzenlenmiş olup, DNA analizinin genel koşullarını öngören 255. maddeye göre, suçların aydınlatılması için, hekim ya da uzman sağlık çalışanı aracılığıyla şüpheli/sanıktan, diğer kişilerden ve özellikle mağdurdan ya da olay yeriyle ilgisi bulunanlardan ve ölümlerden genetik analize elverişli örnekler alınabilir ve alınan bu örnekler üzerinden DNA profilleri oluşturulabilir (sStPO Art.255, 1). Yine, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun "Kitlesel incelemeler" başlıklı 256. maddesinde, bir suçun aydınlatılmasına yönelik olarak, savcılığın istemi üzerine, zorlayıcı tedbirler almaya yetkili mahkemenin, suçun işlendiğine ilişkin belirtileri taşıyan kişilerden genetik numune alınmasına ve alınan numunelerden DNA profillerinin oluşturulmasına karar verebileceği; Kanun'un 257. maddesinde ise, yaşam hakkına, vücut bütünlüğüne veya cinsel dokunulmazlığa karşı kasten işlenen suçlardan birinden dolayı bir yıldan fazla hürriyeti kısıtlayıcı cezaya mahkûm edilenlerden yahut tedavi ve genel güvenliği koruma amacıyla hakkında güvenlik tedbirine karar verilen kişilerden genetik incelemeye elverişli numuneler alınmasına ve bunların DNA profillerinin çıkarılmasına karar verebileceği düzenlenir¹¹¹².

Avusturya hukukunda ise, adli DNA analizine ilişkin en önemli düzenleme, Kolukuvvetleri Kanunu'nun (*Sicherheitspolizeigesetz- SPG*) "DNA İncelemesi" başlıklı 67. maddesinde yer alır. Her şeyden önce, adli DNA analizine ilişkin bu hükmün, diğer ülkelerde olduğu gibi Ceza Muhakemesi Kanunu'nda değil de, adli kolluğun görev ve yetkilerini düzenleyen bir kanunda yer alıyor olması, DNA analizi yöntemiyle DNA profillerinin oluşturulup kaydedilmesi ve ileride cereyan etmesi muhtemel ceza yargılamalarında söz konusu genetik verilerin tekrar kullanılması şeklindeki, kimlik bilgilerinin tespiti amacına yönelik işlemlerin, kolluğun görev alanına giren tedbirlerden olduğunu gösterir¹¹¹³. Anılan hükmün ilk fıkrası DNA analiziyle kimlik bilgilerinin tespitine

leme sonucunda suç ile ilgisi bulunmadığı tespit edilen kişilerin verilerinin silinecek olması sebebiyle, özgürlük ve güvenlik arasındaki hassas denge iyi korunabilecektir. Zira moleküler genetik inceleme yöntemiyle suç faillerini kısa sürede tespit etmek ve ihtiyaç sona erdiğinde kişisel verilerin geciktirilmeksizin imha edileceğini bilmek, özel nitelikli kişisel verilere dair olası temel hak ihlali iddialarının önüne geçecektir (bkz. **Atalay-** Moleküler Genetik İncelemeler, s.165).

¹¹¹² **Aygörmez-Uğurlubay**, s.69-70.

¹¹¹³ **Aygörmez-Uğurlubay**, s.68.

yönelik yapılan işlemin hukuka uygun sayılabilmesi için, muhatabın cinsel dokunulmazlığa karşı ya da en az bir yıl hürriyeti kısıtlayıcı cezayı gerektiren kasıtlı bir suçu işlediği yönünde şüphenin bulunmasını ve bu şüphenin yanı sıra, fiilin türü, işleniş şekli ya da muhatabın kişiliği sebebiyle, ileride tehlikeli saldırılarda bulunup arkasında DNA profili aracılığı ile yeniden tanınmasını sağlayacak bir iz bırakacağı yönünde kanaatin de oluşmasını aramaktadır (SPG § 67, 1). Yine, aynı hükmün ikinci ve üçüncü fıkralarında ise, muhataptan elde edilen genetik bilgilerin sadece kimlik bilgilerini öğrenme amacıyla kullanılabileceği; moleküler genetik incelemenin konusu olan numunenin bilirkişiye tesliminde muhatabın kişisel verilerinin gizleneceği; kolluk kuvvetlerinin, DNA analizini yapan bilirkişinin sadece DNA profili oluşturmaya yönelik şekilde çalışmasını ve oluşturulan profillere ait verilerin silinmesi yükümlülüğü doğduğu anda tüm analiz materyalini imha etmesini güvence altına almak zorunda olduğu; ayrıca kolluğun, belli bazı tehlikeli saldırılara ilişkin bulguları aydınlatmak amacıyla, saldırma şüphesi altında olmayan ve fakat arkasında iz bırakmış olma ihtimali bulunan kişilere yönelik olarak da, mevcut izlerin değerlendirilmesi için zorunlu olması koşuluyla, “kimlik bilgilerinin tespitine yönelik tedbirleri” uygulamaya yetkili olduğu düzenlenmektedir¹¹¹⁴ (SPG § 67, 2-3). Avusturya hukuku bağlamında son olarak, Ceza Muhakemesi Kanunu’nun “Moleküler genetik incelemeler” başlıklı § 124 hükmüne de değinmek gerekir. Anılan hüküm incelendiğinde, bir suçun aydınlatılması için, belli bir kişiye ait genetik numune üzerinde, o kişinin kimliğini saptamak veya soybağını tespit etmek ya da Kolluk Kuvvetleri Kanunu uyarınca yapılan inceleme sonuçlarıyla mukayese amacıyla moleküler genetik incelemelere izin verildiği görülür. Burada dikkat çeken en önemli konu ise, mahkemenin uygun bulması koşuluyla, moleküler genetik incelemelere doğrudan savcının kararıyla başlanacak olmasıdır (öStPO § 124, 2). Yine, moleküler genetik inceleme için adli tıp ya da moleküler biyoloji alanında uzman bilirkişilerin görevlendirilmesi; incelemeye konu genetik materyalin kişisel verilerden ari şekilde bilirkişiye teslim edilmesi; moleküler genetik incelemelerden elde edilen verilerin, incelemenin amacı için gerekli olduğu sürece, yalnızca belli bir kişiye tahsisinin sağlanması gibi hususlara vurgu yapan söz konusu düzenleme uyarınca DNA profillemesi ve soy-

¹¹¹⁴ Aygörmez-Uğurlubay, s.69.

bağının tespiti dışlanmadığı sürece analize tâbi materyal ile analiz verilerinin kullanılabilmesi ve işlenebilmesi mümkün olup, daha sonra bunların imhası gerekir (öStPO § 124, 3-4).

bb. Türk Hukukundaki Durum

Birleşmiş Milletler Eğitim, Bilim ve Kültür Örgütü (UNESCO) Genel Konferansı tarafından 11.11.1998 tarihinde kabul edilen “İnsan Genomu ve İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi” çerçevesinde 16.10.2003 tarihinde kabul edilen “İnsan Genetik Verileri Uluslararası Bildirgesi”nin¹¹¹⁵ 12. maddesi uyarınca insan genetik verileri, babalık testleri de dahil, adlî tıp veya hukuk davaları, ceza davaları ve diğer davalar için toplandığında, biyolojik örneklerin yaşam sırasında ya da ölümden sonra toplanması sürecindeki tüm işlemler, ancak uluslararası insan hakları hukukuyla uyumlu olan iç hukuk hükümlerine göre gerçekleştirilmelidir. Nitekim çağımızın genetik teknolojisiyle bilim ve teknikteki gelişmelere bağlı olarak, tamamen ya da kısmen, DNA verilerinden, örneğin kişilerin saç ve göz rengi, fizyolojik yapısı, hastalıkları, etnik kökeni, karakter özellikleri, kardeşi, çocukları veya anne babasının tespit edilmesinin mümkün olabildiği düşünüldüğünde, kişiler üzerinde genetik incelemeler yapılarak çeşitli verilerin elde edilmesi, bu verilerin saklanması, gizliliği ve kullanılması gibi hususlarda sıkı yasal koşulların öngörülmesi ve bunlara aykırı davranılması hâlinde yaptırımların getirilmesi zorunlu bir ihtiyaç olarak belirir¹¹¹⁶. Bu bağlamda, iç hukuk bakımından yargılamada insan üzerindeki genetik incelemeleri özel olarak düzenleyen Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 75. ila 80. maddeleri dışında başka herhangi bir yasal düzenleme bulunmamakla birlikte, “Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik”¹¹¹⁷ bu konuda ön plana çıkan detaylı bir düzenleme olarak görülebilir. Anılan Yönetmelik, bir suça ilişkin iz, eser, emare ve delillerin elde edilmesi; ayrıca, maddî gerçeğin ortaya çıkartılması bakımından şüpheli, sanık, mağdur ve diğer kişilerin beden muayenelerinin yapılması, tıbbî incelemelerde bulunmak üzere vücuttan,

¹¹¹⁵ http://www.unesco.org/new/fileadmin/MULTIMEDIA/HQ/SHS/pdf/Human-Genetic-Data_Turc.pdf (E.T. 11.12.2019).

¹¹¹⁶ **Gönenç, F. İ./Aslanova, K.:** Biyobankalar ve Milli DNA Veri Bankası Kanunu Tasarısı (İAÜHFD, C.4, S. 2018/2, s.13-32), s.20.

¹¹¹⁷ Bkz. RG. 01.06.2005, Sa.25832.

kan veya benzeri biyolojik örneklerle, saç teli, tükürük, tırnak gibi örneklerin alınması, moleküler genetik incelemeler ile şüpheli ve sanığın kimliğinin tespiti için gerekli fizikî özelliklerin tespitine ilişkin ceza muhakemesinde geçerli usul ve esasları düzenler (BMGİY m.1). Bu çerçevede, bir suça ilişkin delil elde etmek için, şüpheli veya sanığın vücudundan kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınabilmesine, Cumhuriyet savcısı veya mağdurun istemiyle yahut resen mahkemece, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde ise Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilebilir (BMGİY m.6/1). Yine aynı şekilde, bir suça ilişkin delil elde etmek amacıyla, mağdurun ve diğer kişilerin vücudundan kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örneklerin alınabilmesi de, sağlık açısından açık ve öngörülebilir bir tehlikeye sebebiyet vermemek ve cerrahî bir müdahalede bulunmamak koşuluyla; Cumhuriyet savcısının istemiyle ya da resen mahkemece, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde ise Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilebilir (BMGİY m.8). Ancak bu tür müdahaleler, hekimlik sanatının ve tıp biliminin kabul ettiği yöntem ve araçlarla, yalnız bir hekim tarafından veya onun gözetimindeki sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi aracılığıyla yapılabilir; vücuttan örnekler alınabilmesi için ise müdahalenin, kişinin sağlığına açıkça ve öngörülebilir zarar verme tehlikesinin bulunmaması gerekir (BMGİY m.6/2-4). Ayrıca çocuğun gerçek soybağının araştırılmasına gerek duyulan hâllerde soybağı incelemesinin yapılabilmesi için, belirtilen bu esaslar dairesinde karar alınması zorunludur (BMGİY m.9).

Türk hukukunda Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 78, 79. ve 80. maddeleriyle, Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmeliğin 12, 13. ve 14. maddelerinde “moleküler genetik incelemeler” adıyla düzenlenen adli DNA analizine ilişkin hükümler ispat hukuku kuralları olarak nitelendirilir. Ayrıca bir suçun aydınlatılabilmesi için delil elde etmeye yönelik koruma tedbirlerinden olan “vücuttan örnek alma” ve “olay yeri incelemesi” işlemlerinin uzantısı konumundaki moleküler genetik inceleme raporu ise, maddî gerçeğe ulaşılmasını sağlayan doğrudan delil niteliğinde bir ispat aracı olarak kabul edilir. Bilhassa ceza muhakemesi açısından yaklaşıldığında moleküler genetik incelemelerin (eş söylemle, DNA analizinin), keşif ve bilirkişi incelemesinin bir araya geldiği, beden muayenesi yoluyla

muhataptan biyolojik numune alınması işlemini gerektiren ve bu yönüyle hem koruma tedbiri hem de keşif ve olay yeri incelemesine ilişkin unsurları içeren kendine özgü karma bir yapıya sahip olduğu söylenebilir¹¹¹⁸. Aslında, Ceza Muhakemesi Kanunu'nda keşif başlığı altında düzenlenmiş olan moleküler genetik incelemelerin, her ne kadar koruma tedbirlerinin özelliklerini bünyesinde barındırsa da, beden muayenesinden ayrı bir kavram olarak hâkim açısından keşif, analizi gerçekleştirecek uzman kişi açısından ise bilirkişi incelemesi şeklinde değerlendirilmesi gereken bir yargılama işlemi olduğu görülür.

Bu itibarla, mevzuatta moleküler genetik inceleme adıyla bilinen adlî DNA analizi, yalnızca ceza muhakemesinde değil, hukuk muhakemesinde de kullanılan bir ispat aracı olmasının yanı sıra, yukarıda zikredilen Yönetmeliğin 3. maddesinde, gereken tür ve miktardaki biyolojik materyali kullanmak suretiyle kişiyi diğer kişilerden ayıran ve kalıtım kurallarına uygun şekilde aktarılan, genetik hastalık ve karakter özellikleri dışındaki diğer kodlarının, yani özel kalıtsal karakterler hakkındaki açıklamayı içermediği bilinen kromozom bölgelerinin, moleküler düzeyde araştırılmasından ibaret bir işlem olarak tanımlanır. Mevzuatta moleküler genetik incelemelere yer verilmiş olmasının en önemli sebebi, bir yandan yargılamada teknolojik gelişmelerden yararlanılarak maddî gerçeğe ulaşma amacına azamî katkıda bulunulması, diğer yandan ise genetik incelemelerin, konusu itibariyle bireylerin kişi dokunulmazlığı kapsamındaki vücut bütünlüğüne dahil örnekler üzerinde gerçekleştirilmesi sebebiyle temel kişilik haklarına yönelik müdahalenin hukuka uygunluğunun sağlanması arzusudur¹¹¹⁹ (karş. AY m.17). Gerçi şüpheli veya sanığın vücut dokunulmazlığına müdahale niteliğindeki dış beden muayenesine ilişkin hükümlerin Ceza Muhakemesi Kanunu'nda değil de, Yönetmelikte düzenlenmiş olması, dış beden muayenesi yoluyla elde edilen delillerin hukuka uygunluğunu

¹¹¹⁸ **Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, s.458-460; **Centel, N./Zafer, H.:** Ceza Muhakemesi Hukuku, 17. B., İstanbul 2020, s.326-328; **Yenisey/Nuhoğlu**, s.635, 639; **Aygün, A.:** Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma (UMD, S.2016/8, s.49-73), s.51-52; **Aksoy-İpekçioğlu, P.:** Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma (İÜHFM, C.70, S.2012/1, s.19-38), s.22, s.27-28; **Dursun, G.:** Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması ve Konuya İlişkin AIHM Kararlarının İncelenmesi [Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan, C.III (DEÜHFD, C.19, Özel Sayı 2017), s.2955-2996], s.2959-2960.

¹¹¹⁹ **Batur**, s.74.

tartışılır hâle getirmiş ve şüpheli veya sanığın vücudundan örnek alınmasına karşı koyması hâlinde nasıl bir usulün izleneceği açıkça öngörülmemiştir¹¹²⁰. Halbuki koruma tedbirlerinin kanunilik ilkesi uyarınca her yönüyle mutlaka kanunla düzenlenmesi anayasal bir gerekliliktir¹¹²¹. Yönetmeliğe bakıldığında ise, tüm koşulları gerçekleşmesine ve şüpheli sanık veya diğer kişilerin bu konuda aydınlatılmış olmalarına rağmen vücutlarından genetik numune alınmasına rıza göstermemeleri hâlinde, kararın infazı için muhatabın vücudundan örnek alınmasını sağlamak üzere ilgili Cumhuriyet başsavcılığınca “gerekli önlemler” alınacağı öngörülür (BMGİY m.18/1) Yönetmeliğe göre gerekli önlemlerden maksat, muhatabın rızası olmadığında¹¹²², onun direncini kırmak suretiyle vücudundan numune alma işlemini gerçekleştirmeye yönelik mümkün olan her türlü uygulamadır; gelgelelim bu yöndeki önlemlerin Yönetmelik’te yeterince somut ve açık şekilde gösterilmediği de anlaşılmaktadır¹¹²³.

Nitekim ceza muhakemesinde vücuttan örnek alınması ve moleküler genetik incelemelerle ilgili birtakım kanunî düzenlemelerin ve yönetmelik hükümlerinin varlığına rağmen, özellikle beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması işlemine karşı kişilerin

¹¹²⁰ **Apiş, Ö.:** Ceza Muhakemesi Hukukunda Şüpheli/Sanığın Beden Muayenesi ve Vücudundan Örnek Alınması (MÜHF-HAD, C.19, S.2012/1, s.267-296), s.276; **Dursun,** s.2962; **Bağlar,** s.136. Aksi yöndeki şu ifadeler ise dikkat çekicidir: “...Konunun yönetmelik ile düzenlenmiş olması da temel hak ve özgürlükler açısından bir güvence teşkil eder. Yönetmeliğin düzenlenmesinde temelde kanuna aykırı bir durum da söz konusu değildir. Çünkü (CMK) m.75 ve 76'da beden muayenesinin iç ve dış beden muayenesi olarak ikiye ayrıldığı kabul edilmektedir. Kanun, şüpheli veya sanığın dış beden muayenesinin yapılmasını kabul ettiği için, bu konunun çıkarılacak bir yönetmelikte ayrıntılı olarak düzenlenmesine engel bir durum yoktur. {bkz. **Turhan, F.:** Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi ve Tıp Hukuku (Özellikle AİHM Kararları Işığında Şüpheli veya Sanığın Zorla Muayenesi Konusunun Değerlendirilmesi) [Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu (28 Şubat-1 Mart 2008, Ankara), TBB Yayınları, Ankara 2008, s.1025-1074], s.1031}.

¹¹²¹ **Doğan-** Beden Muayenesi, s.102; **Bayraktar,** s.225-226; **Aygün,** s.53-54; **Dursun,** s.2960; **Apiş,** s.283, 292; **Sarsıkoğlu, Ş.:** Türk Ceza Muhakemesi Hukuku'nda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması [Prof. Dr. Doğan Soyaslan Armağanı, Editörler: Ünal, A./Birtek, F./Erkal, A. (Er-cÜHFD, C.8, S.2013/2), Seçkin Y., Ankara 2013, s.693-722], s.707.

¹¹²² Geçerli bir rızadan söz edilebilmesi için, kişinin ayırt etme gücünü taşıması, rıza beyanının serbest iradesine dayanması, rıza konusu işlemin amacı, içeriği, olası sonuçları, riskleri ve yan etkileri ile ilgili bilgilendirilmesi, bu bilgilendirmenin sonucunda tercihe binaen bir karara verilmesi gerekmektedir (bkz. **Doğan-** Beden Muayenesi, s.120).

¹¹²³ Örneğin, vücudundan örnek alınmasına rıza göstermeyen muhatap, muayenenin yapılacağı yere zorla götürülebilir; üstündeki kıyafet çıkarılabilir; muayene koltuğuna oturtulabilir; elleri tutulabilir ve numune alım işleminin başarıyla tamamlanmasını sağlamaya yönelik her türlü zorlayıcı makul önlem orantılı şekilde uygulanabilir. Ancak bu şekilde zor kullanma yaptırımına ilişkin kanunda yer almayan uygulamaların Yönetmelik’te düzenlenmesi hukuk devleti ilkesi açısından doğru olmamıştır (bkz. **Centel/Zafer,** s.341; **Aksoy-İpekçioğlu-** Beden Muayenesi, s.29-30; **Aksoy-İpekçioğlu-** Vücuttan Örnek Alma, s.1170; **Apiş,** s.288).

rızası, karşı koyma hâlinde fiziksel zor kullanma yaptırımıyla tıbbî müdahalenin nasıl yapılacağı yahut böyle bir tıbbî müdahaleye katlanma yükümlülüğünün yasal koşullarının neler olduğu, moleküler biyolojik incelemeye tâbi tutulmak üzere biyolojik örneklerin laboratuvara gönderilme usulleri, incelenen genetik numunelerin ve ulaşılan verilerin imhası gibi süreçlere dair uygulamada çeşitli sorunlarla karşılaşıldığı görülür¹¹²⁴. Fakat yine de, daha önce dile getirildiği üzere, ceza muhakemesi kapsamındaki bu hükümlere benzer şekilde, hukuk muhakemesinde uygulanmak üzere bazı düzenlemelere gereksinim olduğu ortadadır. Ceza muhakemesinde yer alan beden muayenesi, vücuttan örnek alınması ve genetik incelemeler ile ilgili hükümlerin hukuk muhakemesi bakımından da öngörülerek, kişi dokunulmazlığına müdahalenin hukuka uygunluğu, öngörülebilirliği ve hukukî güvenlik ilkesinin korunması için ayrıntılı şekilde düzenlenmesi son derece önemlidir.

V. Soybağının Tespitine Yönelik Tıbbi Bilirkişi Raporunun Delil Niteliği ve Bağlayıcılığı

Soybağı davalarının diğer türlerinde olduğu gibi, babalık davasında da hâkim, evlilik dışı çocuğun anasıyla davalı arasında kritik dönemde bir cinsel ilişki yaşandığına dair yeterince kanaat sahibi olduğu takdirde, doğan çocuğun bu cinsel ilişkiden olup olmadığı hususunda nihai karara varabilmek için kesin verilere ihtiyaç duyar. Zira evlilik dışı çocuğun yasal soybağının genetik gerçekliğe uygun şekilde kurulması, devletin hem anayasadan hem de uluslararası anlaşmalardan kaynaklanan ödevlerinden biridir. Genel itibarıyla medenî usul hukukunun gerçeğe ulaşma amacı doğrultusunda hâkimin rolü ve yetkileri, soybağı davaları özelinde daha geniş ve kapsamlı olduğundan, yasal soybağının doğal soybağıyla örtüşür şekilde kurulması hedefine yönelik olarak hâkim, medenî usul hukukunun genel karakteristiğinden ayrılıp tarafların irade ve tasarruflarıyla bağlı olmaksızın, doğal soybağının belirlenmesi için gereken bütün teknik ispat araçlarına başvurabilir. Günümüzde doğal soybağının tespiti için yegane ispat aracı olarak,

¹¹²⁴ **Güngör, D./Bakşi, O.:** Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Bedenden Örnek Alınması ve Genetik İncelemeler (Adli Bilimler Dergisi, C.8, S.2009/3, s.63-71), s.64-65; **Centel/Zafer,** s.340-341.

adlî genetik üzerine uzmanlığı olan tıbbî bilirkişinin bilimsel verilere dayalı DNA analiz raporu ön plana çıkar.

Medenî usul hukukunda bilirkişi raporları, hâkimi bağlayan, onun takdir yetkisini ortadan kaldıran kesin delillerden değil; aksine, bağlayıcı nitelik taşımayan takdirî delil kategorisinde yer alan delillerden biri olarak kabul edilir. Bu itibarla hâkim, bilirkişi raporunu tamamen serbest olarak takdir edeceğinden (HMK m.282), bilirkişinin raporundan yeterince kanaat edinemez ya da ikna olmazsa, raporda eksik gördüğü hususların yahut belirsizliklerin tamamlanması veya açıklığa kavuşturulmasını sağlamak için, bilirkişiden, yeni sorular düzenlemek suretiyle ek rapor alabileceği gibi, tayin edeceği duruşmada, sözlü olarak açıklamalarda bulunmasını da kendiliğinden isteyebilir (HMK m.281/2). Yine mahkeme, gerçeğin ortaya çıkması için gerekli gördüğü takdirde dosyayı yeni bir bilirkişiye tevdi edebileceği gibi, bu yola gitmenin yarar sağlamayacağını öngördüğünde ise, bizzat kendisi gerekçe göstererek rapora aykırı karar verebilir¹¹²⁵. Her ne kadar aksi yöndeki bir görüş¹¹²⁶, hâkimin, bilirkişi raporları üzerindeki takdir hakkını bilimsel ve rasyonel esaslara göre kullanabileceğini savunsa da; Yargıtay, bilirkişi raporlarının hâkimi bağlamayacağı kuralını kabul etmekle birlikte, bu kuralın anlamını farklı yorumlamaktadır. Buna göre, bilirkişi raporuyla bağlı olmasa dahi hâkim, kendisini bilirkişinin yerine koyup karar veremeyeceği gibi, karara bağlamak zorunda olduğu davada özel bilgi ve tekniği gerektiren bir durumla karşılaştığı için bi-

¹¹²⁵ “Maddede yer alan düzenlemeyle, bilirkişinin, raporunda yahut sözlü açıklamalarında işaret ettiği oy ve görüşünü, hâkimin, diğer delillerle birlikte serbestçe değerlendireceği hususu hüküm altına alınmış; bu suretle bilirkişinin belirteceği oy ve görüşünün, bir takdirî delil niteliği taşıdığına açıkça işaret edilmiştir. Anılan hüküm çerçevesinde, hâkim, bilirkişi raporunu yeterli görmemekle beraber, raporda yazılı olan özel ve teknik bilgilerden hareketle, bilirkişinin raporunda varmış olduğu sonucun yanlış olduğu kanısına ulaşacak olursa, bunun gerekçelerini açıkça ortaya koymak suretiyle, bilirkişi raporunun aksine de karar verebilecektir. Tersine bir anlayış, hâkimi, bilirkişi raporuyla, hüküm arasında bir aracı hâline getirir ki; bunun hukuk devleti ve onun bir görünüm biçimi olan yargı bağımsızlığı (Anayasanın 2 nci ve 138 inci maddeleri) ile bağdaştırılamayacak olması sebebiyle kabulü mümkün değildir. Öte yandan, bu kural, hâkim, bilirkişi raporunu yeterli görmezse, bilirkişiden ek rapor almak yahut yeni bir bilirkişi incelemesi yaptırtmak zorundadır şeklinde de anlaşılamaz. Çünkü, bilirkişiden ek rapor almak yahut yeni bir bilirkişi incelemesi yaptırtmak, “Bilirkişi raporuna itiraz” başlıklı 285 inci maddenin ikinci ve üçüncü fıkralarında yer alan düzenlemeler uyarınca, zaten hâkimin sahip olduğu doğal yetkiler arasında bulunmaktadır.” (Hükümet Gerekçesinden).

¹¹²⁶ Postacıoğlu, s.655.

lirkişiy e başvurmak zorunda kalabilir¹¹²⁷. Hâkimi, bilirkişiy e başvuruya zorlayan sebep, bazen bir kanun hükmü olabileceğ i gibi, bazen Yargıtay içtihatlarına uygun davranma ihtiyacı ve gerekliliğ i, bazense hâkimin kendine özgü sebeplerle kendi takdir yetkisi ve isteğ ine binaen de olabilir¹¹²⁸. Her ne sebeple olursa olsun, bilirkiş i raporu istenilen konunun özel ve teknik bilgiyi gerektirmesi ve bu özel ve teknik bilginin hâkimin şahsında bulunmadığ ı varsayımı; yani hâkimin, çözeceğ i uyuşmazlıkta karşılaştığ ı bazı durum ve olgulardaki gerç eğ i anlamak için kendi bilgisinin yeterli olamayacağı yönündeki kanun koyucu veya Yargıtay tarafından ortaya konan kanaatin yanı sıra hâkimin bizzat kendisinin o meseleyle ilgili gerekli özel ve teknik bilgiye sahip olmadığını kabul etmesi sonucunda bilirkişiy e başvuru söz konusu olabilir¹¹²⁹. Yapılan yargılamada spesifik bir olayın aydınlatılması, alanında uzman ve yetkin kişilerde bulunan özel ve teknik bilgiyi gerektirebileceğ inden ve hâkim de bilirkişiy e başvurarak aydınlatılacak konu hakkında donanımlı olmadığını beyan etmiş olduğ undan, bu konuda donanım sahibi kişiler, hazırlayacakları raporla hâkimin iş ini kolaylaştırabileceklerdir. Hâkimin gerekli donanıma sahip olmadığı kabul edilen bir konuda, donanımlı kişilerce verilen raporu mutlak bir serbestiyle değerlendirememesi; yani bilirkişiy e başvurduğ u bir meselede hâkimin, bilirkiş i tarafından hazırlanan raporu göz önünde tutmaksızın karar verememesi gerekir¹¹³⁰. Hâkimin aksi yöndeki davranış ı, onun bilirkiş i raporlarıyla bağı lı olmadığı yönündeki prensiple dahi izah edilemez. Çünkü, sözü edilen konuda öncelikle donanımsız olduğunu kabul edip, bilirkişiy e başvurduktan sonra, “*ben bilirkişiy e başvurdum ama verdikleri rapor beni tatmin etmedi, ben olayı kendi bilgimle daha iyi çözümlerim*” di-

¹¹²⁷ “Hakim özel ve teknik bilgiyi gerektiren hallerde şahsi bilgisi ile kusur belirlemesi yapamayacağına göre, yeniden bilirkiş i incelemesi yaptırması gerekecektir. ...Bilirkiş i müessesesi tenkit edilebilir. Verdikleri raporlar hukuki çerçevede yok sayılabilir. Ama o müessese kaldığ ı sürece yeniden rapor alınmasını gerektiren durumlarda, başka bir bilirkiş i heyetinden rapor aldırılabilir. Yoksa hakim bilirkiş i heyeti yerine geçirilemez. Özel ve teknik bilgiyi gerektiren durumlarda da şahsi bilgisine göre kusur belirlemesi sonucu karar vermesi istenilemez. Şimdiye kadarda hukuk dairelerinin tümü bilirkiş i incelemesi yapılmasını icap ettiren hallerde bilirkiş iden rapor alınmasının şart olduğunu içtihat etmişlerdir.” (Y. HGK. 24.12.2008, 4-734/766; Legalbank İçtihat).

¹¹²⁸ **Mavioğ lu, O.:** Bilirkişiy e Başvurma Zorunluğ u ve Bilirkiş i Raporları Karş ısında Yargıc ın Durumu (İÜHFM, C.36, S.1970/1-4, s.371-387), s.383.

¹¹²⁹ **Mavioğ lu, s.383-384; Özte k, S.:** Bilirkiş i Raporunun Hakimi Bağı lamaması (Prof. Dr. Ejder Yılmaz’a Armağ an, C.2, Ankara 2014, s.1607-1627), s.1617.

¹¹³⁰ **Mavioğ lu, s.384; Yılmaz- Şerh, C.3, s.2742, 2746.**

yemez¹¹³¹. Hâkimin bilirkişi raporu karşısında yapacağı yegane iş, genel mantık kuralları ve kendi hayat tecrübesi sayesinde, bilirkişinin vardığı sonuç ile gösterdiği gerekçeler arasındaki mantıksal bağı aramak, yapılan bilirkişi değerlendirmesinin mantık ve genel bilgilere aykırı olup olmadığını araştırmaktır¹¹³². Bu esasa göre bilirkişi raporunu inceleyen hâkimin, raporu eksik ve yetersiz bulması hâlinde, böyle bir rapora dayanarak karar verme zorunluluğunun bulunmaması, bilirkişi raporlarının hâkimi bağlamayacağı yönündeki prensibin bir gereği olup, raporun eksik ve yetersiz olduğunu saptayan hâkim, ya aynı bilirkişilerden ek bilgi ve açıklamalardan oluşan ek rapor ister ya da yeni bilirkişiler atayıp, işi onlara tevdi eder¹¹³³.

Öte yandan hâkimin, bilirkişi raporları üzerinde, hiçbir takdir yetkisinin bulunmadığı yolundaki görüş de isabetsiz olup hâkim, bilirkişi raporlarını elbette takdir edebilir ve bunun sonucu olarak, gerekirse başka bilirkişilere başvurup onların raporlarını değerlendirebilir ve hatta bir üçüncü bilirkişiye veya bir dördüncü bilirkişiye başvurabilir. İşte hâkimin, bilirkişi raporlarını takdir yetkisinden bunu anlamak gerekir¹¹³⁴. Doktrinde *Kuru* tarafından ifade edilen görüşe göre¹¹³⁵, “bilirkişi raporu hâkimi bağlamaz” ilkesinden maksat, hâkimin, bilirkişi raporunu yeterli görmemekle beraber, raporda belirtilen hususlardan hareketle, kendisinde başlangıçta eksik olan özel ya da teknik bilgi eksikliğini giderdiği ve artık davanın çözümü için gereken özel ya da teknik bilgiye kavuştuğu kanısıyla, yeniden bilirkişi incelemesi yapılmasına gerek kalmadan bilirkişi raporunda varılan sonucun aksi yönünde de karar verebilecek olmasıdır. Zira hâkim,

¹¹³¹ **Mavioğlu**, s.384. “...*Oysa, HUMK.'nın 286 ncı maddesinde belirtilen bilirkişinin rey ve mütalaasının hakimi bağlamayacağı hükmü, hakimın bilirkişi raporunu serbestçe takdir edeceği, bilirkişi raporunu yeter derecede kanaat verici bulmazsa bilirkişiden ek rapor (HUMK. 283. madde) alabileceği veya yeni bir bilirkişi incelemesi yaptırabileceği (HUMK. 284. madde) şeklinde anlaşılmalıdır. Yoksa, hakimın olayın özel ve teknik inceleme gerektirdiği gerekçesiyle bir kez bilirkişiye gittikten sonra bundan dönerek uyuşmazlığın çözümünün hakimlik mesleğinin gerektirdiği hukuki ve mesleki bilgi ile çözümlenebileceği kabul edilemez.*” (Y. 11. HD. 06.04.2011, E. 2009/4963, K. 2011/3927; Legalbank İçtihat).

¹¹³² **Gürelli, N.:** Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik, İstanbul 1967, s.94.

¹¹³³ **Mavioğlu**, s.384; **Öztek-** Bilirkişi, s.1614-1615. Aksi yönde bkz. **Akil, C.:** Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun Hâkimin Bilirkişi Raporuyla Bağlı Olup Olmadığı Hakkında Vermiş Olduğu 24.12.2008 Gün ve E.2008/4-734, K.2008/766 Sayılı Kararının Tahlili (AÜHFD, C.60, S.2011/3, s.693-731), s.709 vd.

¹¹³⁴ Gerçekten uygulamada da hâkimlerin, gerektiğinde hiç tereddüt etmeksizin birden fazla bilirkişi raporu alma eğilimde olduğu görülür (bkz. **Mavioğlu**, s.385).

¹¹³⁵ **Kuru-** Usul, C.III, s.2780.

yargılamaya egemen konumu itibariyle dava konusunu değerlendirip uyuşmazlığı çözüme kavuştururken bilirkişinin hesaba katamayacağı pek çok hususu dikkate alabilir¹¹³⁶. Kaldı ki, hâkimin bilirkişinin oy ve görüşüne başvurmamasının altında yatan sebep, uyuşmazlığın çözümünde etkili olabilecek bazı vakıalarla ilgili değerlendirmeye elverişli bilgiye tek başına sahip olmaması, yani hâkimin bazı vakıalar bakımından yaşadığı bilgi eksiğinin giderilmesi ihtiyacıdır¹¹³⁷. Zaten hâkim, en başında bu bilgiye sahip olsaydı bilirkişiye başvurmaya hiç gerek kalmayacağından, bilirkişinin oy ve görüşünü içeren raporu hâkimdeki bilgi eksiğini giderdiği takdirde işlevini yerine getirmiş demektir. Hâkim, eksikliğini giderdiği bilgiyi kullanarak davanın esası üzerinde etkili vakıayı değerlendirip gerekli sonuçları elde edebileceği için, söz konusu bilgi eksiği giderildikten sonra tekrar tekrar bilirkişi raporu alınmasına ihtiyaç olduğu söylenemez¹¹³⁸.

Bu başlık altında işaret edilmesi gereken asıl mesele ise, resmî bilirkişi raporları söz konusu olduğunda, özellikle de tıbbi konularda Adli Tıp Kurumu'nun verdiği raporlar karşısında hâkimin durumudur. Gerçi hâkim, konuyla ilgili özel bir yasal düzenleme bulunmadığı sürece, tarafların uyuşamaması hâlinde bilirkişiyi serbestçe seçmeye ve atamaya yetkili olup, her hâlükârda bütün hukuk davaları bakımından resmî bilirkişiye başvuru gibi bir zorunluluktan söz edilemez ve hâkimin, resmî bilirkişinin verdiği raporla mutlak surette bağlı olması da söz konusu değildir. Ancak soybağı incelemesi gibi resmî bilirkişiye başvurma zorunluluğunun bulunduğu hâllerde hâkim, sadece resmî bilirkişiler arasından seçim yapabildiğinden, sınırlı sayıdaki bilirkişiler arasından seçtiği bir bilirkişinin raporundan yeterince kanaat edinmediği takdirde, yine geri kalan birkaç bilirkişi arasından tekrar seçim yapıp bu raporlardan birisine üstünlük tanımak zorunda kalacağı için hâkimin takdir yetkisi, bilirkişi raporuyla bağlı olmama ilkesi ve hakkaniyete uygun yargılanma ilkesi sınırlandırılmış olur¹¹³⁹.

¹¹³⁶ **Akil-** Bilirkişi, s.718.

¹¹³⁷ **Akil-** Bilirkişi, s.720.

¹¹³⁸ **Akil-** Bilirkişi, s.720.

¹¹³⁹ **Meraklı,** s.370-371. “...Yalnızca Bakanlığın saptadığı resmî listedeki bilirkişilerden yararlanma yoluna gidildiğinde, ortaya konulacak düşünce, yargısal kanının oluşumunda ağırlık kazanacaktır. Dolayısıyla müdahil tarafın savları en etkin ve yaygın düşüncelerle mahkemelere sunulabilirken, sanık tarafın savunmaları bu tür teknik bir güvenceden yoksun ve de içeriksiz kalacaktır. Bir başka yönüyle müdahil taraf lehine büyük bir teknik üstünlük sağlanmış ve bu üstünlüğe karşı sanık taraf,

Bu noktada belirtelim ki, Adli Tıp Kurumu'nun her türlü konuda verdiği raporların nihai olması, hâkimlerin bu raporlarla mutlak bağlı olacağı anlamına gelmez¹¹⁴⁰. Olsa olsa *Gürelli*'nin belirttiği gibi¹¹⁴¹, “*bu kararlar Adli Tıp Kurumu bakımından nihaidir; bir daha aynı resmî bilirkişi tarafından ele alınamaz*” denilebilir. Kaldı ki, soybağı konulu davalar kapsamında Adli Tıp Kurumu tarafından yapılan genetik incelemeler, bilimsel açıdan son derece güvenilir ve tartışmaya mahal bırakmayacak nitelikte olup, işin niteliği gereği soybağına ilişkin bilirkişi raporu, doğruluğunun değerlendirilmesi bakımından, raporun muhatabı olan mahkemeye hukukî anlamda denetleme imkânı bırakmaz¹¹⁴². Bir başka deyişle, soybağının tespiti amacıyla yapılan DNA analizi sonucunda elde edilen veriler tıbbî ve biyolojik kesinlik içeren, zamana, mekana ve kişiye göre değişmeyen objektif bilimsel veri niteliğinde olduğundan hâkim, bu verileri takdir edemez; işin niteliği gereği, soybağı incelemesinin söz konusu olduğu davalarda yapılan bilimsel incelemeler, doğruluklarının değerlendirilmeleri bakımından, hukuken değilse bile, bilimsel açıdan hâkimi bağlar¹¹⁴³. Nitekim bilim ve tekniğin hızlı gelişimi karşısında hâkimler, önlerine gelen uyumsuzlukları çözebilmek için temin etmek zorunda kaldıkları bilirkişi raporlarının içeriğini denetlemekte çoğu zaman yetersiz olup, bilhassa kimyasal analiz ve tıbbi tahlil gibi konularda objektif kesinlik içeren bilirkişi raporlarını çoğunlukla aynen benimsemekten başka çare bulunmadığı için, raporda varılan sonuçla-

olası teknik desteklerden yoksun bırakılmış olacaktır. Öte yandan mahkemeler, dava taraflarından birinin belirlediği bilirkişi görüşüyle yetinmek zorunda bırakılmakta, söz konusu görüşle ilgili olarak doğabilecek teknik duraksamalarını giderici başka bilirkişi olanaklarından mahrum kalmaktadır. Böylece mahkemeler, ‘münhasıran’ sözcüğünün çizdiği çerçeve ile sınırlandırılmaktadırlar. İtiraz konusu kural, müdahil sıfatıyla dâvanın tarafı bulunan Bakanlığın belirlemiş olduğu bilirkişilerin dışında başka bir bilirkişiye gidilmesini engellemektedir. Bu durum, sanığın hak arama özgürlüğünü kısıtlarken yargının takdir yetkisini de sınırlamaktadır. Mahkemeleri, ‘Münhasıran’ Bakanlığın düzenlediği listeden bilirkişi seçmek zorunda bırakan kural, mahkemelerin takdir yetkisini kaldırmakta ve kişilerin hak arama özgürlüğünü zedelemektedir. Hukuk devleti anlayışıyla bağdaşmayan itiraz konusu kuralın birinci tümcesindeki ‘münhasıran’ sözcüğü ile ikinci tümcesi Anayasa’nın 2. ve 36. maddelerine aykırı düşmektedir.” (AYM. 07.12.1995, 41/61; RG. 09.05.1996, Sa.22631).

¹¹⁴⁰ **Mavioğlu**, s.387; **Yokuş-Sevük**, s.96; **Toraman-** Bilirkişi, s.643; **Meraklı**, s.369.

¹¹⁴¹ **Gürelli**, s.98.

¹¹⁴² **Tüzüner-** Adli Genetik, s.132.

¹¹⁴³ **Saldırım-** DNA, s.134; **Konuralp-** İspat, s.108; **Erten/Acır/Taşveren**, s.580; **Okumuş**, s.38; **Akar**, s.131; **Kunter/Yenisey/Nuhoglu**, s.1398-1399.

ra adeta bağılı kalırlar¹¹⁴⁴. “Tamamen objektif olan bir bilimsel delilin mevcudiyeti halinde, bu delilin hâkimi bağlayacağını kabul etmenin bilimsel bir zorunluluk olduğu” yönündeki ceza muhakemesi hukuku doktrininde ileri sürülen görüşün¹¹⁴⁵ hukuk muhakemesi bakımından da kabulü gerekir. Çünkü, hukuk muhakemesinde gerçekleştirilen soybağı incelemesinde DNA testiyle varılmak istenen amaç, ceza muhakemesinde olduğu gibi, maddî gerçeği bulmaktır¹¹⁴⁶. Keza, soybağını aydınlatan davalarda, diğer hukuk davalarından farklı olarak, Adli Tıp Kurumu’nun hazırladığı genetik analiz sonuçlarına ilişkin bilirkişi raporunun hâkim nazarında takdirî delil sayılması ve serbestçe değerlendirilmesi, esasen teorik bir söylemden öteye gidemez ve adli tıp raporuna itibar etmek istemeyen hâkimin yapabileceği tek şey, yeniden rapor hazırlanması için dosyanın tekrar bilirkişiye tevdiinden ibarettir¹¹⁴⁷. Yine, taraflarca DNA analizine ilişkin rapora itiraz edilmesi hâlinde hâkimin, bu itirazı kabul edip yeni bir inceleme yapılmasına karar vermesi, ancak incelemenin usulünden kaynaklanan (örneğin, genetik numunenin saklama koşullarındaki yetersizlik, incelemeyi gerçekleştiren laboratuvarındaki teknik koşulların DNA analizine elverişsiz olması yahut personelin uzmanlığındaki eksiklik gibi) gerekçelere dayalı olarak mümkün olabilir¹¹⁴⁸. Mahkemelerce, yeterince kanaat verici bulunmayan Adli Tıp Kurumu raporlarından sonra, bu raporlardaki çelişkinin giderilmesi için bu defa Adli Tıp Üst Kurulları tarafından nihai olarak karara bağlanan dosyaların içeriği de tatmin edici bulunmazsa, yeniden bilirkişi incelemesi yapılması için diğer adli tıp ekspertiz kurumlarına başvurulması gerekir. Bunun haricinde, konu hakkındaki gerekli teknik ve özel bilgiye sahip olmayan hâkimin, Adli Tıp Kurumu yetkili organlarının yaptığı vakıa tespitlerinin gerçeği yansıtmadığı yönünde doğrudan karar ve-

¹¹⁴⁴ **Arslan, R.:** Bilirkişilik, Sorunlar ve Çözüm Önerileri [Yargı Reformu 2000 Sempozyumu (İzmir Barosu, 5-6-7-8 Nisan 2000), İzmir 2000, s.190-210], s.191; **Arslan-** Bilirkişilik Uygulaması, s.157-158; **Akar,** s.131; **Erten/Acır/Taşveren,** s.580; **Yazgı,** s.72; **Ege-** Keşif, s.44; **Akın,** s.19. Aynı yönde bkz. Y. 2. HD. 09.04.1981, 2531/2701 (Legalbank İçtihat).

¹¹⁴⁵ **Kunter, N.:** Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 9. B., İstanbul 1989, s.592.

¹¹⁴⁶ **Erten/Acır/Taşveren,** s.580, dn.17.

¹¹⁴⁷ **Arslan, H. S.:** Medeni Usul Hukukunda Bilirkişi Raporu ve Bağlayıcılığı, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2002, s.75; **Tokar,** s.43-44.

¹¹⁴⁸ **Erten/Acır/Taşveren,** s.580 ve oradaki dn.18; **Gürbüz-** DNA, s.64; **Özbek-** DNA-Analizi, s.554.

rebilmesi mümkün değildir¹¹⁴⁹. Örneğin hâkimin, muhatabın akıl sağlığının yerinde olup olmadığı hususunda Adlî Tıp Kurumu tarafından verilen raporu değerlendirmek suretiyle raporda varılan sonucun aksi yönünde kanaat edinmesi düşünülemez. Elbette her bir somut olay bakımından ayrı değerlendirme yapılarak hâkimin, inceleme konusu itibariyle bilirkişi raporunda varılan sonucun aksinin gerçekleştiğini anlayıp anlayamayacağına ve içerik itibariyle bilirkişi raporunun hâkim tarafından değerlendirilmesinin elverişli ve beklenebilir olup olmadığına bakılması gerekir¹¹⁵⁰.

Bu itibarla, soybağını aydınlatan genetik analize ilişkin adlî genetik uzmanının hazırladığı bilirkişi raporu delil önceliğini haiz olup, delillerin serbestçe takdiri meselesi, hâkimin ek ya da yeni bir rapor temin etmesiyle sınırlı şekilde değerlendirilir¹¹⁵¹. Hâkimin aklına yatmayan adlî tıp raporuyla yetinmeyip farklı bir üniversitenin adlî tıp anabilim dalından bir kez daha bilirkişi raporu istemesi de imkân dahilindedir. Bunun için ayrıca çocukla davalı erkeğin dış görünüş itibariyle birbirlerine çok benzemesi, her ikisinde de ortak doğum lekesinin olması gibi emareler yahut çocuğun veya akrabalarının düzenli aralıklarla davalı tarafından ziyaretleri, buna dair fotoğraflar, görüntü kayıtları gibi verilerle desteklenen tanık ifadeleri de takdirî delil olarak genetik analizin tekrarına eğilim göstermesi bakımından hâkime yardımcı olabilecek nitelikte görülebilir. Yine, DNA analizi raporunda biyolojik baba olduğu saptanan davalının, kadının kritik gebe kalma dönemi boyunca kapalı cezaevinde bulunduğu yahut koma hâlinde yoğun bakım servisinde yattığı resmî belgelerle ortaya konulduğu takdirde hâkim, DNA raporuna göre karar vermeden önce, yeni bir DNA testi yapılmasını isteyebilir. DNA analizi raporu, her ne kadar bilimsel gerçeklik yönünden güvenilir bir delil olarak görülse de,

¹¹⁴⁹ **Budak-** Tıbbi Deliller, s.345; **Meraklı**, s.369-370. “...HUMK'nun 275. ve müteakip maddelerinde "bilirkişilik" müessesesi düzenlenmiş olup, anılan 275 nci maddede, mahkemenin, çözümü özel veya teknik bir bilgiyi gerektiren hallerde bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına karar vereceği düzenlendikten sonra 286. maddede de, bilirkişinin rey ve mütalaasının hakimi takyit etmeyeceği düzenlenmiş ise de, işin çözümünde teknik bilgi ve birikimin gerekliliğine inanılarak bilirkişi incelemesi yaptırıldığına göre, verilen rapor yetersiz, noksan ve müphem ise, mahkeme HUMK'nun 283. maddesi gereğince, bilirkişiden izahat ve açıklama yeni ek rapor isteyebileceği gibi, 284. madde gereğince de, yeni bir bilirkişi heyeti oluşturularak yeni bir rapor alınabilir.” Y. 11. HD. 12.12.2005, E.2004/14554, K.2005/12196.

¹¹⁵⁰ **Meraklı**, s.370.

¹¹⁵¹ **Tüzüner-** Adlî Genetik, s.132; **Uğur**, s.1933.

mantık kuralları açısından üçüncü durumun imkânsızlığı söz konusu olduğunda, DNA analizi sonucunun dahi şüpheyile karşılanması gerektiği tartışmasıdır¹¹⁵². Böyle bir mantıksızlığın ya da çelişkinin sebepleri araştırılarak bulunmalı ve mantıksızlık giderilmeden, sadece DNA analizi raporuna dayanılarak karar verilmemelidir¹¹⁵³. Hâkim, hiçbir denetleme ve sorgulama yapmadan, bilirkişi raporunu aynen alıp hükmüne yanıtsıtmamalı; bilirkişinin inceleme metodu, çalışma standartları, personel yetkinliği ve laboratuvar akreditasyonu gibi ikincil unsurları da göz önüne alıp, bilirkişi raporunda varılan sonucun doğruluğuna kani olduktan sonra gerekçesini de belirterek hükmüne dayanak göstermelidir¹¹⁵⁴.

Sonuç itibariyle hâkim, genetik analizin tekrarına ilişkin ara kararında, mevcut adlî tıp raporuna neden tereddütle yaklaştığını ve tekrar rapor teminine ihtiyaç duyduğunu, anılan ispat araçlarıyla da destekleyerek gerekçelendirebilir¹¹⁵⁵. Ancak genetik analiz ve özellikle DNA testi dışındaki yöntemlerle yapılan soybağı incelemesinden elde edilen veriler bilimsel objektif kesinlik ölçütünü karşılamadığından, DNA testi dışındaki delillerin hem hukuken hem de bilimsel açıdan hâkimi bağlayıcı nitelik taşımadığına ayrıca işaret etmek gerekir. Zira DNA testi dışındaki soybağı incelemesi yöntemlerinden elde edilen veriler (örn. kan grupları yöntemi, antropobiyolojik kalıtsal inceleme yöntemi vs.) tıbbî kesinlik arz etmeyip, tek başına bu delillere istinaden biyolojik babalığa ilişkin hüküm verilmesi son derece hatalı bir tutum oluşturur. Bu yüzden DNA testi dışındaki soybağı inceleme yöntemleri uygulanarak hazırlanan bilirkişi raporları karşısında hâkimin bağlı bulunmadığı ve bunlara itibar etmemekte serbest olduğu söylenebilir. Belki bu türden raporlara, DNA testini desteklemeye yarayan “talî delil” gözüyle bakılabileceği düşünülebilir¹¹⁵⁶.

¹¹⁵² **Saldırım-** DNA, s.136-137.

¹¹⁵³ **Saldırım-** DNA, s.137.

¹¹⁵⁴ **Yenisey, F.:** Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu’na Göre Tıbbî Deliller ve Bilirkişi İncelemesi (YÜHFD, Özel Sayı: Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, C.III, S.2006/2, s.309-321), s.318.

¹¹⁵⁵ **Tüzüner-** Adlî Genetik, s.144-145, 155; karş. **Yenisey,** s.318.

¹¹⁵⁶ **Akar,** s.132-133.

C. Diğer Delil Türlerinin Durumu

I. Tanık Beyanı

Babalık davasında evlilik dışı çocuğun anası ile davalı erkeğin kritik dönemde gerçekleşen cinsel ilişkisinin ispatında her türlü delile başvurulabilir. Örneğin davalının, sık sık çocuğun anasının evine girip çıktığı, geceyi onun evinde geçirdiği, sabaha kadar içeride kaldığı vb. olgular, kritik dönemde cinsel ilişkinin varlığına delalet edebilecek niteliktedir. Nitekim babalık davasında tanıklığına başvurulacak kimselerin tanıklıktan çekinme hakkının bulunmadığına işaret etmek gerekir. Zira Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 251. maddesinin (b) bendi uyarınca aile bireylerinin doğum, ölüm veya evlenmelerinden kaynaklanan olaylar hakkında tanıklıktan çekinilemez. Yine, babalık davasında resen araştırma ilkesi uygulandığından, ikinci tanık listesi verme yasağı da geçerli olmaz. Fakat tüm bunlara rağmen, salt cinsel ilişkinin ispatı ile babalığın tespiti mümkün değildir. Kadının, gebe kalma dönemi içerisinde hep aynı erkekle mi ilişki kurduğu, yoksa başka herhangi bir erkekle tek seferliğine bile olsa ilişki kurup kurmadığı belirsizliğini koruduğu sürece, babalık karinesinin yardımıyla karine temelinin ispatı sonucunda babalığın ispatlanmış sayılması kabul edilemez. Bir başka deyişle, babalık davalarında günümüzün bilimsel koşullarında babalık olgusunun neredeyse kesine yakın ölçülerde ispatına imkân sağlayan deliller varken karineye dayalı babalığın ispatı geçerliliğini yitirmiştir. Babalık karinesini devre dışı bıraktığımızda ise, babalık olgusunun tanık beyanlarıyla ispatlanamayacağı düşünüldüğünde, artık babalık davasında tanık beyanlarına istinaden babalık hükmü verilemeyeceği tartışmasız bir konu olarak değerlendirilir. Babalık davasında tanık beyanları, olsa olsa, davalının soybağı incelemesine tâbi tutulabilmesi için aranan, biyolojik babalığa ilişkin makul ve haklı şüphenin ispatında hâkimin kanaatini olgunlaştıran, pekiştiren talî nitelikli deliller arasında sayılabilir. Bunun haricinde, hükmün kurucu unsuru olabilecek türden, biyolojik babalığın ispatını sağlayan aslî nitelikli deliller arasında kabul edilemeyeceği ortadadır.

II. Belge

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 199. maddesi uyarınca uyuşmazlık konusu vakıaları ispata elverişli yazılı veya basılı metin, senet, çizim, plan, kroki, fotoğraf, film,

görüntü veya ses kaydı gibi veriler ile, elektronik ortamdaki veriler ve bunlara benzer bilgi taşıyıcıları bu Kanun'a göre belgedir. 1086 sayılı (mülga) HUMK'nda yer almayan belge kavramına 6100 sayılı Kanun'da yer verilmiş olmasının sebebi, kanunî delil sisteminin kaynaklanan senetle ispat zorunluluğunu yumuşatmak ve katı delil rejiminin sakıncalarını ortadan kaldırmak amacıyla, senetle ispat zorunluluğuna istisna getirip delil başlangıcı ile ispatı mümkün kılmaktır. Nitekim delil başlangıcı, iddia konusu hukukî işlemin tamamen ispatına yeterli olmamakla birlikte, söz konusu hukukî işlemi muhtemel gösteren ve kendisine karşı ileri sürülen kimse veya temsilcisi tarafından verilmiş veya gönderilmiş belge olarak tanımlandığına göre (HMK m.202/2), senetle ispatı gereken işlemler hakkında belge sunulursa, artık o işlemin tanık beyanıyla ispatı mümkün hâle gelir.

Öte yandan biyolojik babalık bir hukukî işlem olmayıp, vakıa teşkil ettiğine göre, bu vakıanın ispatı bağlamında mahkemeye sunulan belgeler, babalık karinesinin karine temelini oluşturan vakıayı doğrudan ispata elverişli olmamakla birlikte, o vakıayı muhtemel gösteren emare niteliğindeki delillerden sayılabilir. Zira babalık davasında doğal soybağının ispatı için neredeyse tam ispat ölçüsü arandığından, bu hususta emarelerden yararlanılamaz. Burada karineyle ispatın konusu, babalık karinesinden hareketle yalnızca, çocuğun dünyaya gelmesine sebep olan cinsel ilişkinin kritik gebe kalma döneminde gerçekleştiğine yönelik ciddi şüpheyi haklı göstermekten ibarettir. Örneğin, çocuğun anası ile davalı arasında cereyan eden yazışmalar, aşk mektupları, her ikisinin kritik dönemde aynı otelde konakladığını gösteren otel kayıtları yahut ikisi arasındaki ilişkinin boyutunu gösteren fotoğraflar, görüntü kayıtları vb. belgeler, vaki bir cinsel ilişkiyi muhtemel göstermeye elverişli emarelerden sayılabilir. Yine, ananın, gebe kaldığı kritik dönemde davalıyla buluşup cinsel ilişkiye girmesini imkânsız kılan bir yerde bulunduğunu gösteren seyahat veya konaklama dokümanı vb. kayıtlar yahut tutukluluk hâlinde hapisane tutanakları da yerine göre belge niteliği taşıyabilir¹¹⁵⁷. Ancak bu tür belgelerin oluşturduğu emareler yardımıyla biyolojik babalığın ispatı caiz olmadığından, yine bu gibi belgeler, olsa olsa, ancak soybağı incelemesi için gereken “babalığa

¹¹⁵⁷ Başaklar, s.79; Artus- II, s.234.

dair makul ve ciddi şüphe”yi hâkim nezdinde oluşturmaya elverişli emareler olarak görülebilir. Bu itibarla, çocuğun doğumuna sebep olan cinsel ilişkinin varlığını muhtemel göstermeye elverişli deliller sunularak hâkim nezdinde davalının, çocuğun biyolojik babası olabileceği hususunda yeterli kanaat uyandırılması hâlinde soybağının tespitine yönelik genetik incelemelere başlanmasına karar verilebilecektir.

III. Kesin Hüküm

Öncelikle, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 204. maddesinin birinci fıkrasına göre ilâmlar, sahteliği ispat olunmadığı sürece, kesin delil sayılır. Burada hemen belirtmek gerekir ki, mahkeme ilâmının sahteliğinden maksat, hükmün içeriğinin gerçekleşme örtüşmemesi, doğru olmaması değildir; ilâmın sahte evrak şeklinde düzenlenmiş olmasıdır. Bir başka anlatımla, mahkemeye ibraz olunan ilâmın, hükmü veren mahkemeye ait olmaması; o mahkemenin dosyasında saklanan suretinin aynısının olmamasıdır. Bu sebeple, kanun koyucu sahtelik kavramını kullanmayı tercih etmiştir¹¹⁵⁸.

Ayrıca, dava şartı anlamındaki kesin hüküm ile, kesin delil niteliğindeki kesin hüküm aynı olmayıp, birbirinden ayırt edilmelidir. Dava şartı anlamında kesin hüküm, bir davanın konusu olan hukukî uyuşmazlığın, daha önceden kesinleşen bir başka hükümle çözülmüş olması sebebiyle, mahkemece yeniden inceleme konusu edilmesini önleyen usulî bir itirazdır. Yargısal kararın, kendisine tanınan kanunî gerçeklik vasfından dolayı bir daha tartışmaya açılmamasını sağlayan kesin hüküm itirazı, maddî anlamda kesinliğin menfî etkisini ortaya çıkaran teknik bir usulî araç konumundadır¹¹⁵⁹. Kesin hükmün kesin delil niteliğinden maksat ise, bir davada ortaya çıkan kesin hükmün, tespit ettiği hususlar açısından daha sonraki ikinci bir başka davada ileri sürülen talebin koşulunu oluşturmaması sebebiyle, ikinci davaya bakan mahkemeyi bağlayıcılığıdır

¹¹⁵⁸ **Akkan, M.:** Medenî Usûl Hukukunda Tarafların Farklı Olması Durumunda Kesin Hükümün Delil Niteliği [Prof. Dr. Bilge Umar’a Armağan, C.I, İzmir 2010 (DEÜHFD, C.11, Özel Sayı 2009), s.3-61], s.13; **Budak/Karaaslan,** s.336-337, kn.32.

¹¹⁵⁹ **Gürdoğan, B.:** Medenî Usul Hukukunda Kesin Hüküm İtirazı, Ankara 1960, s.60-61; **Tanrıver, S.:** Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı’nın 1 ilâ 122. Maddelerinde Yer Alan Temel Düzenlemeler ve Bunların Genel Çerçeve Değerlendirilmesi (AÜHFD, C.57, S.2008/3, s.635-664), s.663; **Alan-goya/Yıldırım/Deren-Yıldırım,** s.556; **Budak/Karaaslan,** s.332, kn.25, s.334, kn.29.

(müspet etki)¹¹⁶⁰. Diğer yandan, kesin hükmün kesin delil niteliğinden söz edilebilmesi için, dava şartı kesin hükmün söz konusu olmaması; yani ilk davada verilen kesin hükümle derdest ikinci davanın konusu itibariyle farklı olması gerektiği söylenebilir. Tarafları ve sebebi aynı olan ikinci bir davada hâkim, kesin hükmün kesin delil niteliği taşımasından hareketle, ilk davada incelenmiş ve kesin hükme bağlanmış bir meseleyi tekrar inceleyemez (*ne bis in idem*) ve kesin hükümle bağlı olur¹¹⁶¹. Nitekim kesin hükmün sonuçları arasında yer alan bağlayıcılık sebebiyle hâkim, ilk davada verilen kesin hükümdeki tespitlerin varlığını ve etkisini dikkate almak zorunda olup, *ne bis in idem* kuralı gereği ilk kesin hükümde tespit edilen ve çözümlenen hususları, tarafları ve sebebi aynı olan ikinci davada tekrar incelemeye tâbi tutamaz. Bu itibarla, tarafları ve sebebi aynı olan ilk davanın konusu, eğer ikinci davanın çözümünde incelenmesi gereken hususlardan ise, ilk davada verilen kesin hüküm, ikinci davada kesin delil oluşturur¹¹⁶².

Öte yandan maddî anlamda kesinliğin gerektirdiği şartlardan yoksun olan ilk davadaki kesin hüküm, tarafları ve sebebi değişik ikinci davada kesin delil niteliği taşımaz. Tarafları ve sebebi farklı olan ilk davadaki kesin hükmün tespit ettiği hususlar, ikinci dava bakımından belki sadece ispat ölçüsü yüksek bir takdirî delil olarak görülebilir¹¹⁶³. Zira taraflarca getirilme ilkesine tâbi davalarda kesin hükme etki edemeyen üçüncü kişilerin de kesin hükümle bağlı tutulması hukukî dinlenilme hakkının ihlâlüne sebebiyet verir. Fakat kesin hükmün üçüncü kişilere yönelik hiçbir etkisinin olmayacağı, üçüncü kişilere hukukî dinlenilme hakkı tanınmamış olması ile kesin hüküm arasın-

¹¹⁶⁰ **Erdoğan, E.:** Hakem Kararlarının Kesin Hüküm Etkisi, Ankara 2017, s.72; **Akcan, R.:** Hukuk ve Ceza Mahkemesi Kararlarının Birbirine Etkisi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 1988, s.145-149; **Aras, B.:** Hukuk ve Ceza Mahkemesi Kararlarının Birbirine Etkisi, Ankara 2014, s.156; **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım,** s.349-350; **Budak/Karaaslan,** s.333, kn.27-28.

¹¹⁶¹ **Akkan,** s.14; **Akkaş, A. H.:** Ceza Muhakemesi Bağlamında Yargı Mercileri Kararlarının Birbirleri Üzerindeki Etkisi, Ankara 2016, s.81; **Arslan, R.:** Kesin Hüküm İhtiyacı ve Yanılma Gerçeği (ABD, S.1988/5-6, s.722-737), s.725-726; **Erdoğan,** s.72-74; **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım,** s.556; **Aras-** Etki, s.165;

¹¹⁶² **Akkan,** s.15; **Akkaş,** s.81-82; **Erdoğan,** s.72-74; **Arslan-** Yanılma, s.732. “Davacının taraf olduğu... tanınmanın iptali niteliğindeki ilâmda davalıların mirasbırakanı Z. S.’nin davacının babası olmadığı olmadığının tespitine karar verilmiş olup, bu ilâmın dava mevzuunda kesin hüküm (HUMK md.237) oluşturduğunun anlaşılmasına göre davacının yerinde bulunmayan temyiz isteğinin reddiyle...” (Y. 2. HD. 15.02.2011, E.2009/20144, K.2011/2432; **Gençcan-** Aile Mahkemesi, s.1216).

¹¹⁶³ **Karşlı-** Muhakeme, s.577; **Aras-** Etki, s.165; **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım,** s.350-351.

da doğrudan bir bağlantı kurulamayacağı da söylenemez¹¹⁶⁴. Bu bağlamda maddî anlamda kesin hükmün, ilk davanın tarafı olmayan üçüncü kişiler üzerindeki etkisini açıklamak üzere, doktrinde kesin hükmün unsur etkisinden söz edilmiş ve buradan hareketle, ilk davada kesin hükümle tespit edilen bir hukukî ilişkinin üçüncü kişiler açısından da hukukî sonuç doğurduğu hâllerde, bir hukukî sonucun unsurunu yahut koşulunu oluşturan bu ilk davadaki tespitin ikinci davada unsur etkisi (ispat etkisi) yaratmak suretiyle hâkimi bağladığı belirtilmiştir¹¹⁶⁵. Yani, ilk davada kesin hükümle tespit edilen vakıaların varlığı ya da yokluğu üçüncü kişilerin hukukî durumlarını da ilgilendiriyorsa mahkeme, daha önce sonuca bağlanmış hususları ikinci defa yargılamaya dahil edemez¹¹⁶⁶. Unsur etkisi, yargılamanın tarafları dışındaki üçüncü kişiler açısından hukukî dinlenilme hakkının tanınmamış olduğundan bahisle herhangi bir sorun oluşturmaz¹¹⁶⁷. Zira üçüncü kişiler, unsur etkisi taşıyan ilk hükmün dayanağını oluşturan vakıaların gerçekleşmediğini iddia ve ispat edemediği gibi, hukukî istikrarın sağlanması ve hukuksal barışın korunması amacı doğrultusunda, ikinci davaya bakan mahkeme önünde de ilk hükmün içerik itibarıyla hukuka uygun olmadığını ileri süremez¹¹⁶⁸. Her ne kadar kesin hüküm, yalnızca davanın tarafları bakımından etki doğursa da, ilk davanın taraflarından en az birisinin farklı olduğu ikinci davada, ilk davadaki kesin hükmün vakıalara ilişkin tespit unsurları kesin delil teşkil eder. Bir başka ifadeyle, sebepleri aynı her iki davanın tarafları farklı olsa bile, hak veya yükümlülük doğuran hukukî olay ya da işlem aynı olduğu için, ilk davada kesin hükümle ortaya konulan vakıa tespitleri, ikinci davada tekrar inceleme konusu yapılmaksızın kesin delil olarak bağlayıcı kabul edilir¹¹⁶⁹. Özellikle resen araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda verilen kesin hükümler açısın-

¹¹⁶⁴ **Özekes, M.:** Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı, Ankara 2003, s.277.

¹¹⁶⁵ **Tanrıver, S.:** Medenî Usûl Hukuku, C.II, Üst Derece Yargılamaları, Kesin Hüküm ve Bertaraf Edilmesi, Diğer Hukukî Çareler, Geçici Hukukî Korumalar, Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri ve İç Tahkim, Ankara 2021, s.118-119; **Meriç, N.:** Türk Hukukunda Maddî Anlamda Kesin Hükümün Objektif Sınırları (MİHDER, C.3, S.7, 2007/2, s.377-434), s.404; **Üstündağ,** s.377; **Budak/Karaaslan,** s.335, kn.31; **Akkan,** s.26.

¹¹⁶⁶ **Tanrıver-** Usul, C.II, s.119; **Akkan,** s.28-29; **Meriç-** Kesin Hüküm, s.406.

¹¹⁶⁷ **Özekes-** Hukuki Dinlenilme, s.278.

¹¹⁶⁸ **Belgin-Güneş, D.:** Ceza Mahkemesi Kararlarının Hukuk Mahkemesi Bakımından Etkileri, İstanbul 2019, s.208, 220; **Akkaş,** s.103-104; **Tanrıver-** Usul, C.II, s.119.

¹¹⁶⁹ **Akkan,** s.32; **Akkaş,** s.103-104; **İyilikli, A. C.:** Hukuk Yargılamasında Kesin Hüküm, Ankara 2016, s.472-473; **Erdoğan,** s.74.

dan bu sonuca varmak daha kolaydır. Zira hâkim, resen araştırma ilkesi uyarınca yalnızca tarafların hazırladığı dava malzemesiyle yetinmeksizin, bizzat kendisi vakıa ve delil araştırmasına girişeceğinden, kesin hükümde varılan vakıa tespitlerinin üçüncü kişiler açısından da bağlayıcı olması kaçınılmazdır. Bu itibarla, DNA testi aracılığıyla biyolojik babalığın varlığı ya da yokluğu hususundaki bilirkişi raporuna dayanılarak verilen hükümdeki vakıa tespiti, unsur etkisi yaratmak suretiyle, biyolojik babalık olgusuna bağlı hak veya yükümlülük doğuran hukukî ilişkiye istinaden üçüncü kişilere karşı açılan davalarda hâkimi bağlar. Kaldı ki, tıpkı babalık davası gibi, aile hukukuna ilişkin bazı davalar inşai karakteri haiz olup resen araştırma ilkesine tâbi tutulduğu için, bu türden davalarda verilen kesin hükümlerin üçüncü kişilere etkisi itibariyle kesin delil teşkil etme niteliği bakımından, HMK m.204/1 çerçevesinde, başka bir davada ispatı gereken vakıayla ilgili kesinleşen mahkeme ilâmı, kesin delil olarak işlev görebilir¹¹⁷⁰. Fakat hemen belirtilmelidir ki, aynı taraflar arasında daha önceden cereyan eden yargılamanın sonucunda esastan reddedilmiş bir babalık davasına ilişkin hükmün kesinleşmesi hâlinde, sonradan tekrar açılan babalık davasının, tarafları, konusu ve sebebi aynı olduğu için, kesin hüküm sebebiyle dava şartı eksikliğinden usulden reddedileceğinde tereddüt etmemek gerekir. Ne var ki, ananın tek başına açtığı babalık davasının reddi yönündeki hüküm kesinleştiğinde ise, bu kesin hüküm çocuğun dava açma hakkına etki etmeyeceğinden, daha sonradan bu defa çocuğun açtığı babalık davasında, önceki davada ortaya çıkan kesin hüküm, kesin delil niteliği taşır.

Görüldüğü üzere, ananın veya çocuğun tek başına açıp esastan karara bağlanan babalık davasında kesin hükmün biyolojik babalığa ilişkin vakıa tespitini içeren unsuru itibariyle üçüncü kişiler açısından da bağlayıcı olduğu ve üçüncü kişilerin taraf konumunda yer aldığı bir başka davada, ilk davadaki kesin hükmün kesin delil niteliği taşıdığı söylenebilir. Ancak babalık davasının reddine ilişkin kesin hükümden hareketle bu sonuca varmak daha isabetli olur. Zira babalık davasının kabulüne ilişkin kesin hüküm zaten inşai etkisi sebebiyle üçüncü kişiler açısından yalnızca vakıa tespitleri yönünden değil, yarattığı yeni hukukî statüden dolayı evleviyetle bağlayıcı etki meydana getirecektir.

¹¹⁷⁰ Akkan, s.54; Akkaş, s.83; İyilikli, s.473.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

BABALIK DAVASINDA TAHKİKAT USULÜ VE HÜKÜM

§ 9. TAHKİKAT KAPSAMINDA SOYBAĞININ TESPİTİNE YÖNELİK İNCELEME KARARI

A. Hukuk Muhakemesinde İnsan Vücudu Üzerinde Yapılan Genetik İncelemeler

I. Genel Olarak

Hukuk muhakemesinde hâkim, uyuşmazlığın çözümü için gerekli olması halinde, bireyler üzerinde bedensel ya da ruhsal yönden inceleme yapılmasına karar vererek, davada hükmün dayanağını oluşturan maddî vakıaların açıklığa kavuşturulması amacına göre yargılamayı yürütebilir. Dolayısıyla, davanın içeriğine ve uyuşmazlığın niteliğine bağlı olarak, insan vücudu üzerinde inceleme yapılmasını gerektiren hâllerde hâkim, davayı aydınlatma ödevi çerçevesinde, hükmün maddî gerçeğe ve hakkaniyete uygun olması için, insan vücudunun fiziksel ve ruhsal özellikleriyle ilgili çeşitli araştırmalar yapıp bilgi toplamak zorunda kalabilir. Böylece hâkim, dava konusu uyuşmazlıkla ilgili kanaat edinebilmek ve hüküm verebilmek için insan vücudu üzerinde gerçekleştirilen incelemeye ilişkin bilimsel verileri bir ispat aracı olarak kullanabilir ve hükme dayanak gösterebilir¹¹⁷¹. Anılan husus, soybağı davalarından birisi olan babalık davası bakımından da geçerli olup, davaya bakan hâkim tarafından, soybağının tespiti için gerekirse biyolojik baba olduğu iddia edilen davalı erkeğin vücudu üzerinde genetik inceleme yapılmasına karar verilebilir ve bu incelemeyle varılan sonuca göre, davalının biyolojik baba olup olmadığı belirlenebilir.

Yine Türk Medeni Kanunu'nun 436. maddesinin birinci fıkrasının altıncı ve yedinci bentleri uyarınca akıl hastalığı, akıl zayıflığı, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, ağır tehlike arz eden bulaşıcı hastalığı olanlar hakkında koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması kararı alınabilmesi için gerekli resmî sağlık kurulu raporunun temini

¹¹⁷¹ **Albayrak, Z.:** Medeni Yargıda İnsan Bedeni Üzerine İnceleme (TAAD, C.9, S.2018/33, s.721-751), s.721-722; **Yılmaz, E.:** Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, C.3, 3. Baskı, Ankara 2017, s.2872.

amacıyla, kişinin vücudundan kan veya benzeri biyolojik örneklerle kıl, tükürük, tırnak gibi örnekler alınabilir; kişiye gerekli tıbbi müdahaleler yapılabilir; gerektiğinde kişi, hekim ön raporu üzerine en fazla yirmi gün süreyle sağlık kuruluşuna yerleştirilebilir; bu işlemlerin uygulanması için ilgili kişi hakkında zor kullanılabilir ve sağlık görevlilerinden tıbbî yardım alınabilir (TMK m.436/1, b.6-7). Bu itibarla, koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması bağlamında Türk Medenî Kanunu'nda anılan maddesindeki yenilikle birlikte, artık kişilerden kan veya doku örneği alınabilmesi için gerekirse zor kullanma yaptırımının uygulanabilmesinin kanunî dayanağı oluşturulmuş durumdadır. Bunun gibi, içeriğinde insan vücudu üzerindeki incelemelerin geçtiği diğer dava ve işler bakımından Türk Medeni Kanunu'nun çeşitli hükümlerinde (örn. m.40/1, 409/2, 474) benzer yönde bazı düzenlemelere yer verilmekle birlikte, hukuk muhakemesi çerçevesinde bu incelemelerin işleyiş usulü, rıza göstermeme durumunda uygulanacak cebir prosedürü vb. konularda düzenleme boşluğunun ayrıntılı hükümlerle giderilmesi gerektiği söylenebilir.

II. Hukuk Muhakemesi Açısından Ortaya Çıkan Düzenleme Boşluğu

Hukuk muhakemesinde beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması da dahil olmak üzere, genel anlamda insan vücudu üzerindeki incelemelerin nasıl cereyan edeceği; özellikle de soybağının tespiti amacıyla insan vücudu üzerindeki incelemelerin işleyiş usulü ve zor kullanma prosedürü ile ilgili hususlarda HMK m.292 haricinde herhangi bir düzenleme bulunmadığına dikkat çekmek gerekir. Nitekim soybağı inceleme sine katlanma zorunluluğu, esasen soybağı davalarında işlevsel bir rol oynadığı hâlde, soybağının tespiti ile ilgili olmayan hukuk davalarında dahi insan vücudu üzerinde inceleme yapılarak birtakım tıbbî delillere erişmek ve bu delillerden yararlanmak gerekebilir. Bu itibarla, konusu soybağına ilişkin olsun ya da olmasın, insan vücudu üzerinde inceleme yapılmasını gerektiren bütün hukuk davalarında gerekli tıbbî delillerin ne şekilde toplanabileceğine ilişkin olarak mevzuatta açık bir düzenleme sevk edilmediği görülür. Halbuki, hukuk devleti ilkesi gereği bireyler, yasal sınırları ve çerçevesi önceden belli olmayan işlemlere tâbi tutulamayacağı için, özellikle kişi dokunulmazlığına

müdahale niteliğindeki vücut muayenesinin en ince ayrıntısına kadar kanunî düzenlemeye kavuşturularak uygulamada karşılaşılan sorunların giderilmesi gereklidir.

Bununla beraber, medeni yargı bağlamında genel olarak beden muayenesi, vücuttan örnek alınması ve bu süreçlere katlanma yükümlülüğü bakımından ortaya çıkan yasal düzenleme boşluğu, HMK m.291 ve devamındaki keşfe katlanma yükümlülüğü ile ilgili genel hükümlerle doldurulabilir mi? Ya da acaba konusu soybağının tespiti olma-yan hukuk davalarında da HMK m.292 hükmünden yararlanılarak özel bir keşfe katlanma zorunluluğu bulunduğu söz edilebilir mi?

Bu konuda doktrindeki ilk görüşe göre¹¹⁷², Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 75 ile 81. maddelerinde ve bunların yanı sıra Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmeliğin¹¹⁷³ ilgili hükümlerinde ayrıntılı şekilde düzenlenen hususların, anayasa hukukuna göre muhakeme hukukunun bir diğer dalı olan hukuk muhakemesinde de işlerlik kazanacağı; yani insan vücudu üzerindeki incelemelerin gerçekleştirilmesine ilişkin süreci düzenleyen CMK ve ilgili Yönetmelik'teki ayrıntılı hükümlerin, özellikle de DNA analizinin yapılmasına ilişkin sürecin bütünü bakımından, hukuk muhakemesinde de kıyasen uygulanması gerektiği söylenebilir. Örneğin, trafik kazası sebebiyle açılan bir maddî tazminat davasında bilirkişi marifetiyle zarar gören davacı ile zarar veren davalının ve bazı hâllerde diğer üçüncü kişilerin kusur oranlarının müterafik kusur bağlamında anlaşılabilmesi için vücutlarında oluşan hasarların incelenmesine ve tüm cismanî zararların tespitine karar verildiği takdirde, zarar görenin beden muayenesi ve gerektiğinde vücudundan örnek alınması işlemi, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 75-76. maddeleri kıyasen uygulanmak suretiyle yapılabilir¹¹⁷⁴. Yine, babalık davasında akıl hastası olduğu sağlık raporuyla kesinleşen bir kişiden soybağı incelemesi için genetik numune alınması işleminin nasıl uygulanacağı hususunda CMK m.76/4 hükmü¹¹⁷⁵ uyarınca kanunî temsilcinin iznini aramak

¹¹⁷² **Budak-** Tıbbî Deliller, s.340.

¹¹⁷³ Bkz. RG. 01.06.2005, Sa.25832.

¹¹⁷⁴ **Bolayır-** Hakimin Rolü, s.474-475.

¹¹⁷⁵ *Tanıklıktan çekinme sebepleri ile muayeneden veya vücuttan örnek alınmasından kaçınılabilir. Çocuk ve akıl hastasının çekinmesi konusunda kanunî temsilcisi karar verir. Çocuk veya akıl hastasının, tanıklığın hukukî anlam ve sonuçlarını algılayabilecek durumda olması hâlinde, görüşü de alı-*

mümkündür. Ancak CMK m.75/V hükmünde, üst sınırı iki yıldan daha az hapis cezasını gerektiren suçlarda, kişi üzerinde iç beden muayenesi yapılamayacağı ve kişiden kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örneklerin alınamayacağı düzenlendiğinden, yine yukarıda sözü edilen görüş çerçevesinde, iç beden muayenesi için aranan iki yıl ve üzeri hapis cezasını gerektiren suç koşulu arandığı için, hukuk muhakemesi bağlamında bu maddenin uygulanmasının mümkün olmadığı ayrıca belirtilmiştir¹¹⁷⁶.

Aksi yöndeki ikinci görüşe göre¹¹⁷⁷ ise, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda ceza muhakemesi çerçevesinde geçerli olan CMK ve ilgili Yönetmelik hükümlerine açık bir atıf yapılmadığından, kanunilik ilkesi uyarınca bu hükümlerin kıyasen hukuk muhakemesinde uygulanabileceği söylenemez. Bunun mümkün olabilmesi için mutlaka somut bir yasal dayanağa ihtiyaç vardır. Kişilik haklarına müdahale niteliği taşıyan bu türden sınırlayıcı uygulamaların ancak kanunla öngörülmesi şarttır. Her ne kadar hukuk muhakemesi, muhakeme hukukunun bir dalı olması itibariyle ceza muhakemesine benzese de, insan bedeni üzerindeki incelemelerle ilgili doğrudan kıyas yapmak, hem her iki muhakeme hukuku dalının farklı ilke ve amaçlara sahip olmasından hem de insan bednine yönelik incelemelerin kişilik haklarının ihlâli niteliği taşımasından ötürü, mümkün değildir¹¹⁷⁸. Yine, ceza muhakemesinde temel hakları sınırlandıran ve bu haklara müdahale niteliği taşıyan hükümler açısından kıyas yasağı mevcut olup, bu hükümlerin kıyasen hukuk muhakemesinde bir başka menfaatin korunması için hukuksal dayanak hâline getirilmesi mümkün değildir. Ayrıca genişletici yorum yoluyla temel hakka müdahale niteliğindeki bir hükmün bir başka türden müdahaleye yasal zemin oluşturduğu sonucuna da varılamaz. Zira *temel hak müdahalesi içeren hükümler dar yorumlanır ilkesi* gereği, bir temel hakka yönelik müdahaleyi içeren hükümlerin, bir başka temel hak müdahalesini gerekli kılan menfaat lehine genişletici yoruma tâbi tutulup yasal dayanak oluş-

nır. Kanunî temsilci de şüpheli veya sanık ise bu konuda hâkim tarafından karar verilir. Ancak, bu hâlde elde edilen deliller davanın ileri aşamalarında şüpheli veya sanık olmayan kanunî temsilcinin izni olmadıkça kullanılamaz.

¹¹⁷⁶ **Budak-** Tıbbî Deliller, s.341.

¹¹⁷⁷ **Çiftçi-** İspat Hakkı, s.601; **Üçüncü,** s.70-71; **Albayrak-** İnsan Bedeni, s.743 vd.; **Albayrak-Açı,** s.161.

¹¹⁷⁸ **Albayrak-** İnsan Bedeni, s.730.

turması düşünülemez¹¹⁷⁹. Dolayısıyla, Ceza Muhakemesi Kanunu ve ilgili Yönetmelik'te düzenlenen hükümlere Hukuk Muhakemeleri Kanunu kapsamında da münferit olarak yer verilmesi ve beden muayenesi ile vücuttan örnek alınması yükümlülüğünün sınırlarının ayrıntılı şekilde belirlenmesi son derece önemlidir. Böylece hukuk muhakemesi bakımından da kişi dokunulmazlığına müdahalenin meşru zemini hazırlanmış olacağından, öngörülebilirlik ve hukukî güvenlik ilkesi korunur. Aksi takdirde, kanunilik, öngörülebilirlik ve hukukî güvenlik ilkeleri zedeleneyeceği gibi, ayrıca temel hakların kural istisnaların ise dar yorumlanması ilkesine de aykırılık söz konusu olur¹¹⁸⁰. Yine, bu bağlamda temel hakları sınırlayan hukukî düzenlemelerin kıyasa tâbi tutulması yasağının yanı sıra, CMK m.75 vd. hükümlerinde düzenlenen hususların doğrudan doğruya ceza soruşturmaları açısından öngörüldüğü, sadece bir suça ilişkin delil elde etme amacına yönelik olduğu, başka amaçlarla kullanılamayacağı açıkça anlaşıldığından, hukuk muhakemesinde ispat hakkının kullanılmasına hizmet edecek olsa bile, bu hükümlerden yararlanılamayacağı söylenebilir¹¹⁸¹.

Her şeyden önce hukuk muhakemesi çerçevesinde beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması işlemlerinin usulü ve işleyişi ile ilgili olarak, tıpkı Ceza Muhakemesi Kanunu'ndaki gibi, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda da ayrıntılı düzenlemelere ihtiyaç olduğu kesindir. Zira beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması, vücut bütünlüğüne doğrudan müdahale niteliği taşıyan, temel hakları sınırlandıran ve bu yüzden kanunda yazılı olma şartına bağlanan işlemlerden olup, mutlaka açık kanunî düzenlemelerle sevk edilmesi gerekir. Aksi takdirde, Anayasa'ya aykırı durum ve koşulların ortaya çıkması önlenemez. Bu bağlamda örneğin Alman hukukunda, Aile Davalarında ve Çekişmesiz Yargı İşlerinde Yargılama Usulü Hakkında Kanun (FamFG) § 283 hükmüne göre mahkeme, bilirkişi huzurunda muhatabın incelenmesine ve yetkili merciler vasıtasıyla inceleme için hazır bulundurulmasına karar verebilir. Gereken hâllerde, ancak mahkemenin kararı üzerine ilgili merciler, icra organlarını harekete geçirerek zor kul-

¹¹⁷⁹ **Bayraktar, Ç. D.:** Şüpheli ve Sanığın Dış Beden Muayenesi ve Vücudundan Örnek Alınması Tedbirlerinin Uygulanması Konusunda Tartışmalı Hususlar (AD, C.67, S.2021/2, s.205-237), s.226-227. Kıyasan uygulama bakımından aynı yönde bkz. **Bağlar, Y. E.:** Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması (TAAD, C.12, S.2021/45, s.121-154), s.136-137.

¹¹⁸⁰ **Çiftçi-** İspat Hakkı, s.602; **Üçüncü,** s.70-71; **Albayrak-** İnsan Bedeni, s.743 vd.; **Bayraktar,** s.227.

¹¹⁸¹ **Çiftçi-** İspat Hakkı, s.601-602.

lanma yetkisine sahip olup, polisiye tedbirler uygulanmak suretiyle muhatabın incelemede hazır bulundurulmasını sağlayabilir (FamFG § 283, 1-2). Hatta mahkeme, bilirkişinin de tavsiyesi üzerine muhatabın, altı haftayı aşmamak kaydıyla belli süreyle kliniğe yatırılıp bilirkişinin raporunu tamamlamasına kadar geçen süre zarfında gözetim altında tutulmasına dahi karar verebilir. Muhatabın gözetim altında tutulduğu süre, bilirkişinin raporunu hazırlayabilmesi için, yeterli gelmediği takdirde mahkeme, gerekçesini kararında belirtmek kaydıyla, bu süreyi en fazla üç aya kadar uzatabilir (FamFG § 284, 1-2). Genellikle kişinin ruhsal yönden incelendiği olgularda verilen gözlem altında tutma kararı, gerekirse kişi üzerinde zor kullanılarak ve zorla evine girilerek gerçekleştirilebilir¹¹⁸².

Görüldüğü üzere, Alman hukukunda özellikle aile mahkemelerinde cereyan eden yargılamalarda gerekli olan beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması işlemlerine dair özel hükümler sevk edilmiş olması son derece önemli ve yerinde bir tercihtir. Türk hukukunda da benzer düzenlemelerin ivedilikle yapılması şarttır. Fakat yürürlükteki mevzuat çerçevesinde uygulamadaki olası sorunlara çözüm bulabilmek için, kanımızca hukuk muhakemesinde beden muayenesi ve vücuttan numune alınması gibi, insan vücudu üzerinde müdahaleyi içeren soybağı incelemelerinin işleyişi bağlamında, Ceza Muhakemesi Kanunu'ndaki hükümlerin, niteliğine uygun düştüğü ölçüde ve mutlaka kamu düzenine ilişkin davalarla sınırlı kalmak kaydıyla, kıyasen uygulanması düşünülebilir. Bunun yanı sıra hukuk muhakemesinde dava konusu soybağı olmasa dahi, insan vücudu üzerinde müdahale içerikli genetik incelemeleri gerektiren ve kamu düzenine ilişkin olan diğer davalar bakımından Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre hareket edilmesinde kanunilik, öngörülebilirlik yahut hukukî güvenlik ilkeleri itibariyle bir sakınca bulunmadığı düşüncesindeyiz¹¹⁸³. Zira ceza muhakemesinde geçerli olan ilke ve kuralların birçoğu, hukuk muhakemesinde kamu düzenine ilişkin davalar bağla-

¹¹⁸² **Albayrak-** İnsan Bedeni, s.735.

¹¹⁸³ Ancak ceza muhakemesi penceresinden bakıldığında dahi, Ceza Muhakemesi Kanunu'nda olmayan ve fakat Yönetmelik'te yer alan beden muayenesi, vücuttan örnek alınması ve bu amaçla kişiye karşı zor kullanılmasını gerektiren birtakım işlemlerin kanunla değil, Yönetmelik ile düzenlenmiş olması, ceza muhakemesi doktrininde sıkça eleştiriye maruz kalmaktadır (bkz. **Ünver, Y./Hakeri, H.:** Ceza Muhakemesi Hukuku, C.I, 11.B., Ankara 2016, s.460, 467; **Centel/Zafer**, s.330, s.341; **Doğan-** Beden Muayenesi, s.102; **Aksoy-İpekçioğlu-** Beden Muayenesi, s.23, 30).

mında da söz konusu olup, kamunun ortak menfaatini ilgilendiren konularda davanın hangi muhakeme dalına ait olduğu her hâlükârda belirleyici nitelikte görülmemelidir. Kamu düzenine ilişkin davalarda özellikle ispat hakkının kullanılmasına katkı sağlayıcı nitelikteki yasal hükümlerin, sırf hukuk muhakemesi kapsamında düzenlenmemiş olmasına dayanarak kanunîlik ilkesinin ihlâlüne yol açılacağından söz etmek, kamu yararının korunması amacıyla bağdaşmaz.

Keza bu düşünceye paralel olarak, daha önceden ceza muhakemesi kapsamında elde edilmiş olup, sağlamlığı ve güvenilirliği hususunda herhangi bir kuşku bulunmayan biyolojik numunelerin ve genetik inceleme raporlarının, medenî yargıda tarafların hukukî dinlenilme ve ispat haklarının korunmasına özen gösterilmek kaydıyla, soybağı tespitine ilişkin davalarda da kullanılabilmesi hukuken mümkün görülmelidir¹¹⁸⁴. Zira, bireylerin kişi dokunulmazlığı ve vücut bütünlüğü üzerinde tekrarlayıcı müdahalelerden mümkün mertebe kaçınabilmek, vücut dokunulmazlığı ile ilgili muhtemel kişilik hakkı ihlallerinin önüne geçebilmek ve yargılamada daha makul zamanda aynı sonucun elde edilebilmesi için usul ekonomisi ilkesini gözetmek amacıyla, çoğu zaman ceza muhakemesinde mahkemelerce hukuka uygun araçlarla elde edilmiş delillerin, hukuk muhakemesinde kamu düzenine ilişkin konularda yeniden aynı yöntemlerin uygulanmasına gerek kalmadan kullanmasında sakınca olmadığı söylenebilir¹¹⁸⁵.

Gelgelelim kamu düzenini ilgilendirmeyen ve hukuk muhakemesine egemen olan (genelgeçer-olağan) ilke ve kurallara tâbi davalarda ise, insan vücuduna müdahalenin meşru ve hukukî zeminde cereyan edebilmesi için Hukuk Muhakemeleri Kanunu kapsamında açık özel hükümlere ihtiyaç olduğu tartışmasızdır. Aksi takdirde, yukarıda irdelenen ikinci görüşün sözünü ettiği endişeler tamamen haklı çıkabilir ve kanunîlik, öngörülebilirlik, hukukî güvenlik ilkeleriyle bağdaşmayan sonuçların doğduğu görülebilir¹¹⁸⁶. Örneğin, kamu düzenini ilgilendirmeyen nişanın bozulmasından dolayı tazminat davasında kadının kızlık muayenesine karar verilebilmesi mümkün değildir. Ceza Mu-

¹¹⁸⁴ **Kılıçoğlu-** Hukuka Aykırı Deliller, s.794, dn.953.

¹¹⁸⁵ **Kılıçoğlu-** Hukuka Aykırı Deliller, s.794, dn.953. Ayrıca hukuk davasında soybağının tespitine yönelik inceleme sonucunda usulüne uygun şekilde elde edilen delillerin ceza yargılamasında da kullanılabilceği yönündeki görüş için bkz. **Bağlar**, s.142.

¹¹⁸⁶ Yasal dayanak gerekliliğinin sebepleri hakkında ayrıca bkz. **Albayrak-** İnsan Bedeni, s.743 vd.

hakemesi Kanunu'nun 76. maddesinin böyle bir dava bakımından kıyasen uygulanması yoluna gidildiği takdirde, kadının kişilik haklarının Anayasa'nın 17. maddesine aykırı olarak ihlâlîne ve hukuka aykırı genital bölge muayenesi yapıldığı için TCK m.287 anlamında suça sebebiyet verilmiş olur¹¹⁸⁷. Yine, Ceza Muhakemesi Kanunu'nda düzenlenmekle birlikte hukuk muhakemesinin işleyişiyle bağdaşmayan diğer güvenlik tedbirlerinin de sırf delillerin korunması maksadıyla kıyasen geçerli olabileceğini söylemek mümkün değildir. Bu bağlamda Ceza Muhakemesi Kanunu'nda düzenlenen arama, yakalama, el koyma gibi hürriyeti kısıtlayıcı güvenlik tedbirlerinin hukuk muhakemesinde korunan menfaatler dengesini bir taraf aleyhine aşırı ölçüde bozacağı ve bunun kişi dokunulmazlığının yanı sıra adil yargılanma hakkını zedeleyeceği de tartışmasıdır. Ancak kamu düzeninden sayılan soybağı gibi benzer konularda hukuk muhakemesi kapsamında hiçbir düzenleme olmadığı için, yasal boşluk bulunduğu kabul edilen hâllerde, korunmak istenen üstün yararın niteliği gözetilerek ve hukuk muhakemesinin işleyişiyle örtüştüğü müddetçe ceza muhakemesi kurallarından yararlanılması, menfaatlerin dengelemesi adına bir bakımdan meşru görülebilir.

III. Temel Hak ve Özgürlükler Bakımından Anayasa'ya Uygunluğu

1. Temel Hakların Sınırlandırılmasına İlişkin Çatışan Menfaatler Yönünden

Soybağının tespiti için günümüzün bilimsel verileri doğrultusunda en uygun ve güvenilir nitelikteki genetik inceleme yöntemi, birey sağlığı yönünden ciddi bir tehdit oluşturmadığı tıp bilimi tarafından da kabul edilen ve biyolojik babalığın kesin denilebilecek oranlarla tespitini sağlayan, DNA analizi yöntemidir. DNA analizinde, tercihen biyolojik baba olduğu iddia edilen davalıdan; ölüm, gaiplik gibi davalıya erişimi güç veya imkânsız kılan hâller söz konusu olduğunda ise, davalıyla belli yakınlıkta kan hıslımlığı bulunan üçüncü kişilerden, kan, doku veya sıvı materyal örneği alınması gerekebilir. Bu itibarla DNA analizi, tabiatı gereği, insan vücuduna bir şekilde müdahale edilmesini zorunlu kılar¹¹⁸⁸.

¹¹⁸⁷ Çiftçi- İspat Hakkı, s.603.

¹¹⁸⁸ Tanrıver- Usul, C.I, s.1093.

DNA analizinin hukuka ve anayasal değerlere uygunluğu açısından öncelikle insan onuruna aykırı olup olmadığını tartışmak gerekir. İnsan onuru, kişinin kendi kaderini belirleme ve hayatını şekillendirme yeteneğini içeren bilinç, kişiliğizliğı bertaraf eden manevî güç, özgür irade ve özsaygı kavramlarının bulunduğı bütünsel bir insanî değer olduğuna göre, hukuk devletinin ve özgürlükçü demokrasilerin olmazsa olmaz koşulu, temel hak ve özgürlüklerin özü konumundadır¹¹⁸⁹. Doğrudan kişiliğı bağli, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez nitelikteki temel hak ve özgürlüklerin ana ögesi olan insan onuru, bireyin kişiliğini geliştirmesini ve davranışlarını özgürce gerçekleştirebilmesini sağlamakla birlikte, topluma, ailesine, beraber yaşadığı diğer insanlara karşı ödev ve sorumlulukları, kişinin özgürlüğünün sınırlarını oluşturur. Anayasa'nın 13. maddesine göre devlet, temel hak ve özgürlükleri, özlere dokunmaksızın yalnızca anayasal sebeplere dayanarak ve Anayasanın sözüne, ruhuna, demokratik toplum düzeninin gereklerine, Cumhuriyetin temel niteliklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olmayacak şekilde, ancak kanunla sınırlandırabilir. Yine, Anayasa'nın 17. maddesinin birinci ve ikinci fıkraları uyarınca kişiler, maddî ve manevî varlıklarını koruma hakkına sahip olup, tıbbî zorunluluklar ve yasal istisnalar haricinde, kişilerin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızaları olmadan onların fizikî varlıkları üzerinde bilimsel ve tıbbî deneyler yapılamaz. İnsan onuru, kişinin vücut bütünlüğüne saygıyı ve fiziksel dokunulmazlığı da içerdığı için, insan onurunu koruyup ona karşı güncel ve potansiyel tehditleri önlemek hukuk devletinin temel görevlerinden biridir¹¹⁹⁰.

Öte yandan, bireylerin vücutları üzerindeki her türlü tasarrufun münhasıran kendileri tarafından tâyinine ilişkin kendi kaderini belirleme yetkisi (*Selbstbestimmungsbefugnis*), her şeyden önce onların bedensel bütünlüğünü ilgilendiren genel kişilik haklarının bir uzantısı konumundadır¹¹⁹¹. Soybağının tespiti amaçlı bir genetik incelemenin vücut bütünlüğüne müdahale oluşturup oluşturmadığı, incelemede yararlanılan genetik materyalin ne şekilde elde edildiğıne bağli olarak değerlendirilmelidir. İnceleme konusu genetik materyalin, vücutla fiziksel teması sürdüğü esnada kişinin vücuduna bir müda-

¹¹⁸⁹ **Özbek, V. Ö.:** Ceza Muhakemesi Hukukunda DNA-Analizi (Prof. Dr. Turhan Tûfan Yüce'ye Armağan, İzmir 2001, s.523-572), s.538.

¹¹⁹⁰ **Özbek-** DNA-Analizi, s.538.

¹¹⁹¹ **Taupitz,** s.1.

haleyle elde edilmesi hâlinde, bunun vücut bütünlüğü değerine yönelik ihlâl anlamına geleceği açıktır¹¹⁹². Vücut bütünlüğüne yönelik müdahalenin ağır olmaması, örneğin muhatabın saçından bir tel kesilerek genetik numune alınmış olması, bunun vücut bütünlüğü değerine yönelik bir müdahale oluşturmasını önlemez¹¹⁹³. Bu noktada, muhatabın rızası hilafına kan veya doku alımı sırasında sebep olunan bedensel zararlardan (yaralanmalardan) dolayı hem cezai hem de hukukî sorumluluğa ilişkin sonuçlar doğabileceği unutulmamalıdır. Hatta, bedensel zarar boyutuna varmayan cüz'i ölçülerde dahi olsa vücut bütünlüğünün ihlâli seviyesine ulaşan ve ilgilinin rızası olmaksızın gerçekleştirilen tükürük örneği alınması işlemi bile, bazı hâllerde genel kişilik haklarının ihlâli gerekçesiyle hukuka aykırılığa yol açabilir¹¹⁹⁴. Burada önemli olan, ihlâlin boyutu, ölçüsü ve niteliğinin yanı sıra, hukuka uygun olup olmadığı meselesidir.

Ayrıca soybağının tespiti amaçlı bir genetik incelemenin kişinin vücut dokunulmazlığı dışında, özel hayatının gizliliği bakımından temel hak ihlâline sebebiyet verip vermediği hususu da önem taşır. Anayasa'nın 20. maddesine göre özel hayatın gizliliği mutlak koruma altında olup, herkesin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsayan kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı da buna dahildir. Devlet, özel hayatın gizliliğini, ancak millî güvenlik, kamu düzeni, kamu yararı, genel sağlık ve genel ahlâk gibi sebeplerden biri veya birkaçına bağlı olarak, kanunlarda öngörülen hâllere özgü şekilde ve usulüne göre verilmiş hâkim kararı olması koşuluyla sınırlandırılabilir. Bunun dışında hiçbir gerekçeyle özel hayatın gizliliğine müdahale edilemez; hiç kimsenin üstü, özel kâğıtları ve eşyası aranamaz ve bunlara el konulamaz (AY m.20). Özel hayatın gizliliği de, tıpkı vücut dokunulmazlığı gibi, insan onurunun uzantısı ve gereği olup, kişinin kendi kaderini belirleme ve kişiliğini geliştirme hakkı da bu kapsamda düşünülmelidir. Dolayısıyla, her ikisinin de sınırlandırılabilmesi, ancak anayasa koyucunun belirlediği koşullar dahilinde

¹¹⁹² **Sonat, K. A.:** Soybağının Tespiti Amacıyla İsteğe Dayalı Olarak Yapılan Gen İncelemeleri (MÜHF-HAD, C.19, S.2013/3, s.323-377), s.338.

¹¹⁹³ **Sonat,** s.338.

¹¹⁹⁴ **Taupitz,** s.1.

ve istisnai hâllerde mümkün olabileceğine göre, soybağı tespitine yönelik genetik incelemelerin Anayasa'ya uygunluğu meselesi bu açılardan da irdelenmelidir.

O hâlde, soybağının tespitine yönelik olarak gerçekleştirilecek genetik incelemeler kapsamında, bireylerin vücut bütünlüğü üzerinde hukuka uygun müdahalede bulunabilmesi için, ya buna açıkça rıza gösterilmiş¹¹⁹⁵ ya da kanunda buna ilişkin açık bir hüküm sevk edilmiş olması şarttır. Aksi takdirde, kişilerin vücut dokunulmazlığına yönelik anayasal çerçevede temel hak ihlâlinden söz edilebilir. Soybağının tespiti için DNA analizi yöntemiyle yapılmasına karar verilen genetik inceleme insan vücuduna müdahale edilmesini zorunlu kıldığından, üzerinde inceleme yapılmasına karar verilen kişinin buna rıza göstermemesi durumunda, anayasal temel hak olan kişi dokunulmazlığı ve özel hayatın gizliliği ile bunların sınırlarının ve istisnalarının ne olduğu meselesi gündeme gelir. Burada genetik incelemenin anayasaya uygunluğu değerlendirilirken, vücut bütünlüğüne yönelik müdahalenin hukukî boyutları ve vücut dokunulmazlığı üzerinde oluşan ihlâlin ölçüsü göz önüne alınmalı; ayrıca evlilik dışı çocuğun genetik kökenini öğrenme hakkı ile ebeveynlerin vücut bütünlüğünün, kişi dokunulmazlığının ve özel hayatın gizliliğinin korunması hakkı arasında meydana gelen menfaat çatışmasında hangi tarafa üstünlük tanınacağı ve menfaatlerin nasıl dengeleneceği hususu açıklığa kavuşturulmalıdır.

Anayasa'nın 17. maddesiyle koruma altına alınmış bulunan kişi dokunulmazlığının hem maddî hem de manevî boyutuyla vücut dokunulmazlığını kapsadığı tartışmasızdır. Bu itibarla, kişinin rızası alınmaksızın onun maddî ve manevî boyutuyla bedensel bütünlüğüne yönelik her türlü müdahale, anayasal koruma altında bulunan kişi dokunulmazlığının hukuka aykırı biçimde ihlâline sebebiyet verir. Kişinin rızası olmaksızın vücut bütünlüğüne yönelik müdahalelerin Anayasa'ya aykırılığa sebebiyet verilmeden gerçekleştirilebilmesi için, ya tıbbî açıdan herhangi bir zorunluluğun bulunması ya da açık bir yasal düzenlemeden kaynaklı yetkinin kullanılması gerekir. Bunun dışında, hukuka uygunluk sebepleri olmaksızın kişinin vücut bütünlüğüne yönelik müdahalede

¹¹⁹⁵ Geçerli bir rızadan söz edilebilmesi için, kişinin ayırt etme gücünü taşıması, rıza beyanının serbest iradesine dayanması, rıza konusu işlemin amacı, içeriği, olası sonuçları, riskleri ve yan etkileri ile ilgili bilgilendirilmesi, bu bilgilendirmenin sonucunda tercihe binaen bir karara verilmesi gerekmektedir (bkz. **Doğan-** Beden Muayenesi, s.120).

bulunulabilmesi, ancak korunan menfaat ile feda edilen menfaat arasındaki dengenin bir taraf lehine ölçülü şekilde bozularak ikisi arasındaki çatışmanın haklı ve makul gerekçelerle çözümünde yer alan kamu yararıyla açıklanabilir.

Doktrinde bir görüşe göre¹¹⁹⁶, kişinin vücut bütünlüğünün ve özel hayatının gizliliğinin korunması hakkı ile çocuğun genetik kökenini öğrenme hakkı arasında ortaya çıkan menfaat çatışmasında çocuğun genetik kökenini öğrenme hakkına üstünlük tanınması gerekir. Çünkü hukuka uygun yollardan delil toplama amacıyla yapılan DNA testinin kişiye ciddi ve ağır fiziksel zararlar vermeyeceği açıktır. Yine, yargılama yoluyla soybağı tespiti kamusal düzeninin bir gereği olması, soybağı düzeltildikten sonra birtakım kişisel ve malî nitelikli (soyadı, miras, nafaka gibi) hakların ortaya çıkması ve özellikle çocuk statüsünde olan bir kişinin kimliğinin vazgeçilmez parçası hakkındaki gerçeği öğrenmesinin kişilik gelişimine sağlayacağı olumlu katkı göz önüne alındığında, üçüncü kişilerin herhangi bir tıbbî inceleme ve DNA testine zorlanması hayati olmayan ve ikincil seviyede ele alınabilecek bir husus olarak değerlendirilebilir¹¹⁹⁷. Nitekim tarafı olduğumuz ve usulüne uygun şekilde iç hukukta yürürlüğe giren Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi bağlamında genetik kökenini öğrenme hakkı çocuğun, kişiliğini geliştirme hakkı kapsamında, soybağı ilişkisinden ayrı, sahip olduğu genel bir çocuk hakkı olarak görülebilir. Her ne kadar ulusal mevzuatımızda yargılama yoluyla soybağı ilişkisinin kurulmasından ayrı olarak çocuğun genetik kökenini öğrenme hakkını düzenleyen açık hükümlere rastlanmasa da, artık iç hukukun bir parçası hâline gelen kanun gücünde olan BMÇHS gereği bunun, üstün bir özel yarar olarak hem muhatabın hem de üçüncü kişilerin vücut bütünlüğüne müdahale yoluyla ihlâl edilen kişilik haklarından daha yüksek düzeyde korunmaya layık olduğu söylenebilir¹¹⁹⁸.

Öte yandan, kanun koyucunun iradesine rağmen doktrinde, soybağı incelemesine ne katlanma hususunun zorlayıcı yaptırıma bağlanabilecek bir yükümlülük olmadığını

¹¹⁹⁶ **Yüzer-Eltimur, D.:** AİHS Kapsamında Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunmasında Devletin Pozitif Yükümlülükleri, İstanbul 2019, s.327; **Tüzüner-** Soybağının Tespiti, s.1158; **Aşık-** Keşif, s.187.

¹¹⁹⁷ **Yüzer-Eltimur,** s.327; **Tüzüner-** Soybağının Tespiti, s.1158.

¹¹⁹⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Sonat,** s.368-372.

savunan bir görüşe göre¹¹⁹⁹, doğal soybağının tespiti amacıyla vücudundan DNA materyali alınmasına izin vermeyen, bu işleme rıza göstermeyen taraflar ile üçüncü kişilere karşı, katlanma zorunluluğu gerekçe gösterilerek fizikî zorlama uygulanması ve bu suretle genetik incelemeye elverişli numunenin alınması, kişilik haklarının ağır ihlâlüne sebebiyet verir ve insan onuruyla bağdaşmaz. Çocuğun soybağının tespitine ilişkin üstün bir yarardan söz edilse dahi, böyle bir üstün yararın korunması için, bir başka üstün yarar olan insan onurunun ve kişilik haklarının zedelenmesine hukuk düzeni tarafından göz yumulması ölçülülük ilkesine de aykırılık oluşturur¹²⁰⁰. Aksi yöndeki diğer görüşe göre¹²⁰¹ ise, soybağının tespiti için genetik incelemeye katlanma zorunluluğunun öngörülmüş olması, çocuğun soybağının gerçeğe uygun şekilde kurulmasına yönelik üstün nitelikteki kamu yararını gözeten ve kişinin maddî-manevî varlığını koruma ve gelişme hakkı kapsamında kişi dokunulmazlığının istisnasını teşkil eden özel bir durumdan kaynaklandığından, ölçülülük ilkesine aykırılık oluşturmaz. Tarafların ve üçüncü kişilerin kanunla getirilen katlanma zorunluluğuna uygun davranmadıkları için hâkim kararıyla bu zorunluluğun gereğini yerine getirmeleri istendiğinde, hâkimin çağrısına rağmen yine de soybağı incelemesine katılmamış olmaları sonucunda keşif faaliyetinin zorla gerçekleştirilmesinde hukuka aykırılıktan söz edilemez.

Kanımızca, soybağının tespiti amacıyla yapılacak genetik incelemeye katlanma zorunluluğunun, Anayasa'nın 17. maddesinde öngörülen kişi (vücut) dokunulmazlığına yönelik hukuka uygun bir sınırlandırma sebebi olarak anayasayı ihlâl etmediği yönündeki görüş, iki gerekçeye dayandırılabilir: İlk olarak; Anayasa'da güvence altına alınan temel haklar, ancak kanunla sınırlandırılabilirdiğine göre, soybağı incelemesine yönelik HMK m.292 hükmü bu koşulu yerine getirir. Yani, muhatabın kişi özgürlüğüne yönelik anayasal haklarına müdahale niteliği taşıyan kan veya doku örneği ya da yanaktan sürüntü alınması gibi işlemlerin hukuka uygun olabilmesi için gerekli yasal dayanak koşu-

¹¹⁹⁹ **Acabey**, s.132; **Dural/Öğüz/Gümüş**, s.276, kn.1369.

¹²⁰⁰ **Serozan-** Çocuk, s.154, n.18. Ölçülülük ilkesi çerçevesinde bu tartışmaya ileride ayrıntılı olarak yer verilmiştir.

¹²⁰¹ **Aşık-** Keşif, s.187-188. **Bolayır-** Hakimin Rolü, s.470.

lu, HMK m.292 hükmüyle yeterli şekilde karşılanır¹²⁰². Zira temel hakların sınırlandırılmasında anayasaya uygunluğun evrensel denetim ölçütü olan ölçülülük ilkesi uyarınca, uygulanan araç ile bu aracın uygulanmasında güdülen amaç arasında bir orantı bulunması zorunludur¹²⁰³. Buna göre, meşru amaç olarak nitelendirilen soybağının tespitiindeki kamu yararının gerçekleştirilmesi için uygulanan araç konumundaki ‘genetik inceleme için biyolojik numune alınması işlemi’nin hukukî temeli bir kanun hükmüne dayandığından, meşru sayılır ve böylece meşru amaç ile meşru araç arasındaki bağlantı sağlanmış olduğu için anayasaya uygunluktan söz edilebilir. İkinci olarak ise; TMK m.24/2 uyarınca, üstün nitelikli bir özel veya kamu yararının varlığı hâlinde kişilik hakkının ihlâl edildiği öne sürülemeyeceğine göre, yargılama yoluyla soybağının tespiti konusunda üstün nitelikte kamu yararının yanı sıra çocuğun özel yararının da olduğu şüphesizdir. Bu durumda, vücut bütünlüğü ve dokunulmazlığının yanı sıra, özel hayatın gizliliğini de kapsayan kişilik hakları, soybağının tespiti konusundaki kamu yararı ve çocuğun üstün özel yararı (*Kindeswohl*) uğruna feda edilebilir¹²⁰⁴. Kaldı ki, genetik inceleme yapılabilmesi için gerekli olan, kişinin bedensel ve ruhsal tamlığına yönelik müdahale, genel kişilik haklarının korunduğu özel hayat alanına dokunmadığı gibi, genel kişilik hakkının ihlâli, ancak bireyin manevî kişiliğine topyekûn müdahale edilip zarar verilmesi durumunda hukuka aykırı kabul edilebilir¹²⁰⁵. Bu gerekçelerle, usulüne uygun olarak, sınırları önceden çizilmiş şekilde ve somut koşulları gözetilmek suretiyle gerçekleştirilen genetik incelemelerin tek başına kişinin manevî bütünlüğüne müdahale niteliği taşımadığı ve özel hayatın gizliliğiyle korunmak istenen menfaati ihlâl etmediği kanısındayız.

¹²⁰² **Schweighauser**, ZPO Art.296 Untersuchungs- und Officialgrundsatz, N.24; **Öz, T.:** Soybağının Reddi Davasında İspat ve Süreler [Medeni Hukuk Alanındaki Güncel Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumları, Cilt 2-Aile Hukuku (20 Nisan 2017, *Editör:Engin, B.İ.*), İstanbul 2019, s.319-345], s.323.

¹²⁰³ **Bayraktar**, s.222.

¹²⁰⁴ Aynı yönde bkz. **Bolayır-** Hakimin Rolü, s.470; **Yurtbaşı, F.:** Medeni Usul Hukukunda Keşif, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2015, s.139-140; **Akar**, s.95; **Sonat**, s.368.

¹²⁰⁵ **Özbek-** DNA-Analizi, s.541.

2. Susma Hakkı ve Kendi Aleyhine Delil Gösterme Yasağı Yönünden

Üzerinde durulması gereken bir diğer husus ise, soybağı tespiti için davalının, vücudundan genetik incelemeye elverişli numunenin alınması işlemine direnmesi hâlinde ona karşı zor kullanılmasının Anayasa'nın 38. maddesinin beşinci fıkrasına aykırılık oluşturup oluşturmayacağı meselesidir. Anayasa'nın 38. maddesinin beşinci fıkrasına göre “*Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz.*” Anılan düzenlemede yer alan *nemo tenetur* ilkesinin içeriğini tartışmadan önce¹²⁰⁶, bununla ilgili Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 147. maddesinin (e) bendine de ayrıca değinmek gerekir. Ceza muhakemesi açısından susma hakkının yasal dayanağını oluşturan düzenleme uyarınca şüpheli veya sanığın ifadesinin alınması veya sorguya çekilmesi sırasında kendisine yüklenen suç hakkında açıklamada bulunmamasının, ona ait yasal bir hak olduğu hatırlatılır (CMK m.147/1-e).

Susma hakkı ile Anayasa'nın 38. maddesinin beşinci fıkra hükmü beraber ele alındığında, davalının vücudundan zor kullanma suretiyle numune alınması işlemi, onun kendisi aleyhine delil göstermeye zorlanması yahut susma hakkının ihlâl edilmesi anlamına gelir mi? Doktrinde bir görüşe göre¹²⁰⁷, davalının vücudundan zorla numune alınması, AY m.35/V hükmüne aykırı olup, bu yolla elde edilen deliller hukuka aykırı delil niteliğindedir. Bu bağlamda öncelikle, ceza muhakemesi hukuku açısından susma hakkı, şüpheliye/sanığa, kendi aleyhine olan hususlarla ilgili aktif (etkili) davranışlarda bulunmama ve aktif olarak anlatım/açıklama yapmama hakkını bahşeder. Fakat bununla birlikte, susma hakkının konusu olan yargılama işlemleriyle ilgili şüphelinin/sanığın iradesinin herhangi bir önemi ve etkisinin bulunmadığını belirtmek gerekir. *Nemo tene-*

¹²⁰⁶ *Nemo tenetur* ilkesi ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **Kılıç, Ü.:** Nemo Tenetur ilkesi ışığında Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2010, s.25 vd., s.40 vd.; **İnci, Z. Ö.:** Şüpheli ve Sanığa Rağmen Bir Ceza Muhakemesi Hukuku Mu? Şüpheli ve Sanığın Ceza Muhakemesi İşlemlerine Katılma Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğün Sınırları Hakkında Düşünceler (HHFD, C.7, S.2017/2, s.119-168), s.129 vd.

¹²⁰⁷ *Soyaslan ve Toroslu*'nun görüşü için bkz. **Aksoy-İpekçioğlu, P.:** Vücuttan Örnek Alma İşleminin Hukuki Niteliği ve Anayasaya Uygunluğu [Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan (MÜHF-HAD, Özel Sayı, C.19, S.2013/2), İstanbul 2013, s.1157-1175], s.1169, dn.21. Bu görüşü savunanların dayandığı diğer argümanlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Kılıç**, s.40-42, s.47 vd.

lı şekilde ve aynı zamanda yargılama işlemlerinde kendi aleyhine bizzat delil sunmaya zorlanma yasağını da kapsayacak şekilde anlaşılmalıdır. Bu ilkeye göre şüpheli/sanık, aktif (etkin) bir katılım göstermek suretiyle kendi aleyhine olan delillerin toplanmasını kolaylaştırma yükümlülüğü altında görülemez; bu kişilerin, ancak pasif olarak, yani hareketsiz ve sessiz kalmak suretiyle yargılama işlemlerinin icrasına katlanması beklenebilir¹²⁰⁸. Esasen bu ilke, şeklen hiç kimsenin rızası hilafına kendi soruşturmasına katkı sağlamaya zorlanamayacağını öngörmekte olup, kişiyi sadece kendi eliyle kendisine karşı keşif yapılmasını (yani, vücuduna yönelik müdahaleyi) talep etme zorunluluğundan koruyarak pasif kalma hakkını güvence altına alır¹²⁰⁹. Nitekim kişinin, vücudundan numune alınmasına katlanması, pasif edimi içeren, engel olmama ödevi yükleyen usulî bir (pasif) yükümlülük niteliği taşıdığı için, bizatihi numune alma işleminin kendisini susma hakkının kapsamına sokmak doğru değildir. Burada sadece numune almakla görevli sağlık personelinin sorularını yanıtsız bırakma, sorguya çekilmeye rıza gösterme hakkından söz edilebilir¹²¹⁰. Bir başka anlatımla keşif sırasında beyanda bulunmak veya delil sunmak için mahkemeye yardımcı olması konusunda kişiye karşı bir zorlama yapılamaz. Yine bu ilkenin sonucu olarak kişi, keşif kararı alınması yönünde beyanda bulunmaya zorlanamayıp, sadece kendi subjektif iradesiyle aldığı karardan bağımsız olarak (iradesi hilafına) keşif yapılmasına katlanmaya mecbur bırakılabilir¹²¹¹. Zira, özellikle resen araştırma ilkesine tâbi davalarda tarafların, hâkimin keşif kararı vermesine ve keşfi icra etmesine, olumsuz beyanda bulunmak suretiyle engel olabilmeleri mümkün değildir.

Ayrıca burada kişinin vücudundan alınan numunenin bizatihi delil teşkil ettiğinden de bahsedilemez; alınan numune, daha ziyade, laboratuvar ortamındaki genetik incelemeden çıkacak analiz raporunu oluşturma ve bu delili değerlendirme bakımından yardımcı bir araç olarak düşünülebilir. Soybağı incelemesi için kişinin vücudundan zorla numune alınması işlemi (keşif), onun kendi aleyhine delil sunmaya zorlandığı anlamına gelmez. Zira keşif yoluyla zor kullanılarak alınan numunenin analizinden çıkacak

¹²⁰⁸ Kılıç, s.40, 42; İnci, s.135; Apiş, s.283.

¹²⁰⁹ Kılıç, s.42-43; Doğan- Beden Muayenesi, s.109-110.

¹²¹⁰ Centel/Zafer, s.321; Kılıç, s.40; İnci, s.136-137; Doğan- Beden Muayenesi, s.109.

¹²¹¹ Kılıç, s.43; Doğan- Beden Muayenesi, s.109; Apiş, s.283.

sonucun, numune sahibinin aleyhine olup olmadığı numune verildiği esnada henüz bilinmemektedir. Dolayısıyla, kanunen emredici nitelik taşıyan ve bizatihi delil olmamakla birlikte delil elde edilmesinde kendisinden yararlanılan keşfe katlanma yükümlülüğüne ilişkin hükümler, şüphelinin/sanığın susma hakkının ve kendi aleyhine delil sunmaya zorlanma yasağının kapsamına sokulamaz¹²¹². Netice itibarıyla, soybağı tespiti için yapılacak genetik incelemeye konu numunelerin kişiden zorla alınması işleminin, yasal şartlarının sağlanması ve gerekli bildirimin önceden yapılması hâlinde, *nemo tenetur* ilkesine ve Anayasa'nın 38. maddesinin beşinci fıkrasına aykırı olmadığı kanısındayız¹²¹³.

IV. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Meseleye Bakışı

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, bir kararında¹²¹⁴, soybağının tespitine yönelik davalarda biyolojik baba olduğu iddia edilen kişiyi DNA numunesi vermeye zorlayan ve bu kişinin numune vermekten kaçınması hâlinde kendisine yönelik uygulanması gereken usulî yaptırımları öngören herhangi bir yasal düzenlemeye ulusal hukukta hiç yer verilmemiş olmasını, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne aykırı bularak, bu sebeple çocuğun özel yaşam hakkının ihlâl edildiğine hükmetmiştir. Bu cümleden olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Hırvatistan Devleti'nin, yasalarında kişiyi ne DNA örneği vermeye zorlayan ne de DNA örneği vermediği takdirde onun babalığına hükmedilmesini sağlayan herhangi bir düzenleme yapmamış olması sebebiyle, çocuğun özel yaşam hakkını ihlâl ettiğine kanaat getirmiştir¹²¹⁵.

¹²¹² Benzer yönde bkz. "...Kendini suçlandırmama hakkı, öncelikle sanığın sessiz kalma isteğine saygı gösterilmesiyle ilgilidir. Sözleşme'ye Taraf Devletler ile diğer bazı devletlerin hukuk sistemlerinde genellikle anlaşıldığı üzere bu hak, ceza davalarında sanıktan cebir yoluyla alınan, fakat onun iradesinden bağımsız bir varlığa sahip olan ve mahkeme kararına istinaden elde edilen evrak, tükürük, kan ve idrar örnekleri ile DNA testi için alınan beden dokularından oluşan materyalin kullanılmasını kapsamaz." [AİHM, Saunders & Birleşik Krallık Kararı (Başvuru No. 19187/91), para.69]. Karar metnine erişim için bkz. <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58009> (E.T. 08.12.2021). Ayrıca bkz. **Bağlar**, s.145.

¹²¹³ Aynı yönde bkz. **Centel/Zafer**, s.323; **Aksoy-İpekçioğlu**- Vücuttan Örnek Alma, s.1169, 1173; **Doğan**- Beden Muayenesi, s.109, 112; **Sarsıkoğlu**, s.697; **Apiş**, s.283.

¹²¹⁴ AİHM Birinci Dairesi, **Mikulic & Hırvatistan** Kararı (Başvuru No:53176/99). Karar metnine erişim için bkz. <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60035> (E.T. 04.04.2019).

¹²¹⁵ **Özbilen, A. B.:** Vücut Bütünlüğüne Yönelik Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu Bakımından Rızanın Aranmadığı Hâller (İTÜSBD, C.12, S.2013/2, s.99-124), s.111, dn.28; **Akbıyık/Aydın**, s.25, dn.62.

Ayrıca, anılan kararda, soybağının belirlenmesi hususunda çocuğa ait üstün yarar ile, biyolojik baba olduğu iddia edilen kişinin genetik incelemeye zorlanması hâlinde karşılaşılabilecek hak ihlâli arasında bir kıyaslama yapılarak çocuğun menfaatinin daha ağır bastığı görüşü öne çıkmış ve doğal soybağının araştırılması bakımından TMK m.284'teki gibi iradeye bağlı bir yaptırımdan ziyade, DNA testinin muhatabının buna bir şekilde zorlanması için gerekli usulî düzenlemelerle yaptırımlar getirilmesinin önemine vurgu yapılmıştır¹²¹⁶. Söz konusu karara konu olaydaki gibi, biyolojik baba olduğu iddia edilen kişiyi DNA testine zorlamaya matuf herhangi bir usulî yaptırımın öngörülmemiş olması, ancak bağımsız yetkili bir merci tarafından soybağının tespiti talebinin karşılanabildiği alternatif bir mekanizmanın getirilmesi hâlinde ölçülülük ilkesine uygun görülebilir; aksi takdirde çocuğun ve DNA testinin muhatabının karşılıklı hak ve menfaatlerinin dengelendiğinden söz edilemez¹²¹⁷. Dolayısıyla, HMK m.292'deki gibi bir yaptırımın, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından yapılan menfaat kıyaslaması sonucunda insan onuruna ve temel haklara aykırı görülmediği sonucuna varılabilir.

Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından devletin, soybağı davalarında yargısal sürecin ivedi şekilde işletilerek özel hayatın ve aile hayatının korunması kapsamında kişinin genetik kökeni hakkındaki bilgisizliğinin bertarafı amacıyla usule ilişkin pozitif yükümlülükleri bulunduğu ayrıca işaret edilmektedir¹²¹⁸. Bundan başka, evlilik dışı dünyaya gelen bir çocuğun, biyolojik babası olduğu varsayılan kişiyle arasındaki soybağı ilişkisinin hukuksal yollardan tespiti hâlinde, ananın kişisel gelişimine de katkı sağlanacağı ve meselenin onun özel hayatını da yakından ilgilendirdiğini düşünen AİHM, ana yönünden de devletin birtakım yükümlülüklerinin bulunduğunu ve bunların AİHS m.8¹²¹⁹ hükmünün uygulama alanı kapsamına girdiğini belirtmektedir. Bu-

¹²¹⁶ AİHM, *Mikulic & Hırvatistan Kararı*, para.62-63.

¹²¹⁷ AİHM, *Mikulic & Hırvatistan Kararı*, para.64.

¹²¹⁸ **Yüzer-Eltimur**, s.327.

¹²¹⁹ **Özel ve aile hayatına saygı hakkı**

1. Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.

2. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesi, ancak müdahalenin yasayla öngörülmüş ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu olabilir.

nunla ilgili olarak, AİHM tarafından verilen farklı bir kararda¹²²⁰ ise, hem kendisinin hem de evlilik dışı dünyaya gelen çocuğunun adına Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvuran Ebru Çolak'ın, çocuğun biyolojik babası olduğu iddiasıyla şarkıcı E. aleyhine açtığı babalık davasında yerel mahkemenin talebi üzerine İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü'nce gerçekleştirilen tıbbî testlere göre davalı E.'nin %99.77 kesinlik oranıyla çocuğun biyolojik babası olduğu saptanmış ve bu doğrultuda hazırlanan bilimsel rapor ışığında yerel mahkemece, davalı E.'nin çocuğun babası olduğuna hükmedilmiş; yerel mahkemenin bu kararı onandıktan sonra Yargıtay, karar düzeltme talebiyle yapılan başvuru sonucunda, bilirkişi raporunun yerel mahkemece belirlenen kurum tarafından hazırlanmadığı gerekçesiyle kararı bozarak dava dosyasını tekrar incelenmek üzere ilk derece mahkemesine göndermiş; bunun üzerine ilk derece mahkemesi ise, soybağı tespitine yönelik gerekli testlerin yapılması için Adli Tıp Kurumu'na başvurmaları ve bilirkişi masraflarının davalı tarafından karşılanması hususunda taraflara meşruhatlı davetiye gönderdiği hâlde davalı, bilirkişi masraflarını yatırmadığı gibi, belirlenen günde test yaptırmak üzere Adli Tıp Kurumu'nda hazır bulunmamış ve defalarca yapılan davete rağmen test yaptırmaya gitmeyen davalı E. hakkında mahkemece ihzar müzekkeresi çıkartılmış; birkaç kez tekrarlanan randevulara da katılmayan davalı E.'nin yeniden ihzar müzekkeresi çıkarılmasına rağmen hiçbir şekilde randevulara getirtilememesi üzerine mahkeme, Emniyet Müdürlüğü'nün müzekkerelere cevap vermemesiyle ilgili kendilerine bilgi sağlanmasını talep etmiş ve ayrıca ihzar müzekkeresi yerine getirilmediği gerekçesiyle görevli polis memurları hakkında görevi kötüye kullanma gerekçesiyle Cumhuriyet savcılığına suç duyurusunda bulunmuş; davalıya da test yaptırmaktan kaçınmasının babalığı kabul ettiği şeklinde yorumlanacağını bildirmiş; 4 yıl boyunca testin gerçekleştirilmesine engel olan davalı E., 1999 yılındaki son randevuya ise gelerek test için gerekli işlemlerin yapılmasını sağlamış ve 2000 yılında Adli Tıp Kurumu'nun hazırladığı rapora göre %99.99 kesinlik oranıyla çocuğun biyolojik baba-

¹²²⁰ AİHM İkinci Dairesi, *Ebru ve Tayfun Engin Çolak & Türkiye* Kararı (Başvuru No: 60176/00). Karar metnine erişim için bkz. <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-75510> (E.T. 04.04.2019)

sının davalı E. olduğu sonucuna varılmış ve yerel mahkemece verilen babalık hükmü Yargıtay tarafından onanarak kesinleşmiştir¹²²¹.

Anılan karara konu olayda, dava açıldıktan sonra biyolojik babalığa ilişkin hükmün açıklanmasına kadar geçen 8 yıllık süreçte DNA testinden kaçınan davalıyı bu teste zorlayacak herhangi bir yaptırım veya mekanizma öngörmeyen yargılama sisteminin, genetik kökenini öğrenmek isteyen çocuğun menfaatlerini korumakta yetersiz kaldığı ve ulusal mahkemelerin babalık sorununu ivedilikle çözememiş olmasının genetik geçmişi ve kimliği hakkında çocuğu uzun süren bir belirsizlik içinde bıraktığı gerekçesiyle AİHS m.8’de öngörülen yükümlülüklerin ihlâl edildiği sonucuna varan AİHM, bireyin hak ve yükümlülükleriyle ilgili itirazını makul bir sürede kesin karara bağlayabilmek için gereken iç hukuk sistemlerinin düzenlenmesinin devletin sorumluluğunda olduğunu hatırlatmaktadır¹²²². Nitekim, AİHS m.8 hükmünün asıl amacı, bireyi kamu gücünün keyfî müdahalelerine karşı korumak olsa da, anılan düzenleme devletin sadece bu keyfî uygulamalardan kaçınmasını şart koşmakla yetinmez; negatif özelliği bulunan bu yükümlülüğe, özel hayatın etkin şekilde korunmasının ayrılmaz bir parçası olan özel hayatta saygı gösterilmesi ilkesine yönelik önlemler alınmasını da içeren birtakım pozitif yükümlülüklerin eklenebileceği vurgulanmalıdır¹²²³. Her ne kadar devletin pozitif ve negatif yükümlülükleri arasındaki sınır kesin çizgilerle ayrılamıyor olsa da, her iki durumda da uygulanabilir ilkeler birbirine benzediğinden, karşılıklı menfaatler arasında bir denge gözetmeye özen gösterilmelidir. Bu konuda devletin bir ölçüde takdir yetkisi olduğu göz önünde tutulduğunda, biyolojik baba olduğu varsayılan kişiyi DNA testlerini yaptırmaya mecbur bırakacak müeyyideleri öngörmeyen bir sistemin, soybağını öğrenmeye çalışan kişinin menfaatini korumaya yönelik AİHS m.8’den kaynaklanan yükümlülüklerle uyumlu olmadığı değerlendirilebilir¹²²⁴.

Sonuç itibariyle, yukarıda değinilen AİHM kararına konu olayda ulusal mahkemeler, davalıyı davayı engellemekten alıkoyacak elverişli idarî ve/veya yargısal önlem-

¹²²¹ Bkz. AİHM, *Ebru ve Tayfun Çolak & Türkiye* Kararı, para.8 ila para.65 arasındaki açıklamalar.

¹²²² Ayrıca bkz. AİHM, *Comingersoll & Portekiz* Kararı (Başvuru No. 35382/97), para.24.

¹²²³ AİHM, *Ebru ve Tayfun Çolak & Türkiye* Kararı, para.89.

¹²²⁴ AİHM, *Ebru ve Tayfun Çolak & Türkiye* Kararı, para.90, para.95.

leri alamamış; bilimsel verilerin, tanık beyanlarının ve davalının %99,77 ihtimalle biyolojik babalığını teyit eden ilk muayene raporunun değerlendirilmesi yoluyla takdir yetkisini kullanarak babalık sorununu çözmeyi başaramamış; bu davada uygulanan yargılama usulü, bir an önce çocuğun soybağı konusundaki belirsizliği bertaraf etmek isteyen davacıların menfaati ile, baba olduğu iddia edilen kişinin DNA testi yaptırmamasındaki menfaat arasında adil bir denge sağlayamamış ve söz konusu menfaatlerin orantılı şekilde korunmasına hizmet etmemiştir¹²²⁵.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 292. maddesinde soybağının tespiti için zorla genetik numune alınması işleminin nasıl gerçekleştirileceğine ilişkin açık bir düzenleme sevk edilmediğinden, doktrinde bu zorlamanın, rıza göstermeyen kişiye karşı fiziksel müdahale uygulanarak, kişinin elleri ve hatta ayakları sandalyeye bağlanmak suretiyle, yaka paça zapt edilip kendisinden kan veya doku örneği alınması şeklinde mi cereyan edeceği dahi sorgulanmıştır¹²²⁶. Halbuki günümüz teknolojisinde DNA analizi için genetik iz prosedürü bulunduğu kadar beri, bir damla mukoza, tükürük, bir tel saç ve hatta küçük bir deri parçası dahi genetik inceleme için kâfi geldiğinden¹²²⁷, bir damla vücut sıvısı alınması, yanak sürüntüsü, deri kazıntısı veya bir tel saç koparılması işlemi uygulandığında, muhatabın vücut bütünlüğünde meydana gelen ihlâlin önemi ve değeri yok denecek kadar düşük olduğu söylenebilir¹²²⁸. Hukuk muhakemesinin hukuka uygun delillerle hakikate ulaşma amacı taşıdığı ve adlî genetiğin ne denli ilerleme kat ettiği düşünüldüğünde, böylesine kolay bir muayenenin vücut bütünlüğünü ihlâl etme düze-

¹²²⁵ AİHM, *Ebru ve Tayfun Çolak & Türkiye Kararı*, para.96-97.

¹²²⁶ **Polat, İ. İ./Polat, M.:** HMK m. 292 Düzenlemesinin İnsan Hakları, Anayasa ve TMK Hükümleri Uyarınca Değerlendirilmesi (<https://www.kararara.com/forum/viewtopic.php?t=31496>) (E.T. 04.04.2019).

¹²²⁷ “...Diğer taraftan zor kullanmanın yasal ve gerekli bulunduğu durumlarda da Adli Tıp Kurumu 5. İhtisas Kurulunun bu dosya hakkındaki 07.12.2009 tarih ve 2281 sayılı görüşünde açıklandığı üzere, soybağının tespiti amacıyla sadece kan örneği alınması gerekli olmayıp, ayrıca kişiye daha az sıkıntı verebilecek olan bukkal sürüntü (ağız içerisinden her iki yanak iç yandan özel aplikatörü vasıtası ile alınan sürüntü) örneği veya (çekilerek alınan) köklü saç kılı örneği vb. yöntemler kullanılabileceği gibi,...” (Y. 4. CD. 11.03.2013, E.2011/5356, K.2013/6985; Legalbank İçtihat).

¹²²⁸ Aksi yöndeki bir görüşe göre, burada sözü edilen vücut bütünlüğünün ihlâlindeki basitlik ve sıradanlık hesaba katıldığında, kamu düzeni temeline dayanan resen araştırma ilkesi uyarınca vücut bütünlüğü bir defa ihlâl olunduktan sonra bu ihlâl hiçbir zaman basit ve sıradan olarak nitelendirilemez; ihlâlin basitliği ve sıradanlığı öznel değerlendirmeye göre farklı yorumlanabilir (bkz. **Demir, R.:** Hukuksal Yönleriyle İnsan Geni Üzerindeki İncelemeler, Ankara 2019, s.257).

yiyle doğal soybağının biyolojik gerçekliğe uygun şekilde tespitinde yer alan kamu yararı kıyaslandığında, menfaatler dengesinde ikincisinden yana tavır almak gerektiği açıktır¹²²⁹. Kaldı ki, değer yargılarının uğradığı köklü değişim ve bilimin sağladığı avantajlar sebebiyle, soybağı konusunda genetik gerçekliğe üstünlük tanınması gerektiği görüşünden hareketle, davanın sonucu üzerinde doğrudan ve mutlak role sahip genetik incelemelerin zorla gerçekleştirilmesi, vücut bütünlüğüne yönelik somut koşullara özgü başkaca engeller söz konusu olmadığı sürece, hukuka uygun kabul edilmiş ve artık ölüm olayının dahi genetik inceleme yapılmasına tek başına engel oluşturmadığı görüşü yayılmaya başlamıştır¹²³⁰. Bu itibarla, bedensel zararlara yol açmayacak ölçülerde kişilerin vücut bütünlüğü ve dokunulmazlığı alanındaki kişilik haklarına genetik incelemeler yoluyla doğrudan müdahalenin altında yatan menfaatin, bu müdahalenin mutlaka kişinin rızasına tâbi tutulması ile güdülen menfaatten daha ağır bastığı kabul edilebilir.

V. İncelemenin Konusu ve Niteliği

Babalık davasında doğal soybağının tespitine yönelik genetik incelemenin konusunu insan vücudu oluşturur. Burada kastedilen “insan vücudu” ifadesinden ne anlaşılması gerektiği ise, insan varlığının maddî boyutunu oluşturan “beden” kavramından yola çıkılarak açıklanabilir. Buna göre, insanın maddî varlığından maksat, onun cismanî bütünlüğüne dahil ve somut alemde yer kaplayan tüm organ ve uzuvlarıdır. Hatta, insan organizmasının oluşumunu sağlayan bütün dokular, hücreler ve genetik kodlar dahi insanın cismanî varlığının kapsamında sayılabilir¹²³¹. Dolayısıyla, biyolojik babalığın tespitine yönelik inceleme kararı, insan vücudunun cismanî varlığına müdahaleyi gerektiren ve bu müdahale yoluyla elde edilen ona ait genetik materyal üzerinde tıbbî yöntemler uygulanarak gerçekleştirilen tetkiki konu alır.

Öte yandan, insan vücudu yalnızca maddî boyutuyla sınırlı olarak ele alınabilecek bir varlık olmayıp, insanın manevî bütünlüğüne dahil olan akıl, sinir, ruh, düşünce ve davranışlar dahi insan vücudu kapsamında düşünülmesi gereken unsurlardandır. Her ne kadar insan vücudunun maddî varlığına dahil sayılmasa da, sayılan bu unsurlar üze-

¹²²⁹ **Tüzüner-** Soybağının Tespiti, s.1158.

¹²³⁰ **Tüzüner-** Adli Genetik, s.23.

¹²³¹ **Albayrak-** İnsan Bedeni, s.722.

rinde de inceleme, muayene, izlem ve gözlem yapılması mümkün ve gerekli olabilir. Örneğin, kişinin akıl sağlığının yerinde olup olmadığına ilişkin incelemenin konusunu da insan vücudu oluşturur. Yine, işin niteliğine göre yaşayan bir insanın bedeninin yanı sıra ölmüş bir kişinin bedeni (cesedi) de inceleme konusu olabilir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda insan vücudunun inceleme konusu olması ile ilgili doğrudan bir hüküm yer almamakla birlikte, keşfe katlanma zorunluluğunu düzenleyen 291. maddenin gerekçesinde *“İncelemenin konusu; beden muayenesi, doku alınması, bir belgenin tetkiki veya zilyet olunan yere girilmesi gibi zorunlulukları gerektirebilir.”* denilerek insan vücudunun da keşfin konusu olabileceği belirtilmiştir. Bu çalışmanın içeriği bakımından biyolojik babalığın tespitine yönelik genetik incelemenin konusunu dar kapsamda düşünüp, insan vücudunun maddî boyutuyla ele almak gerektiğini hatırlatmakta fayda görüyoruz.

Muhakeme hukukunda soybağının tespiti amacıyla yapılacak genetik inceleme için kişiden kan veya doku örneği alınması işleminin niteliği hususunda bir görüşe göre¹²³², delilin toplanıp değerlendirilmesine yönelik olarak vücut bütünlüğüne müdahaleyi zorunlu kılan vücuttan numune alınması işlemiyle, alınan numunenin genetik açıdan incelemesi işlemi karma bir yapıya sahip olup, bu konuda hâkim açısından keşif kararı niteliği öne çıkarken, tıbbî kural ve yöntemlerle analizi gerçekleştiren hekim ve adlî genetik uzmanları açısından ise bilirkişi incelemesi niteliğinden bahsedilebilir. Zira genetik inceleme, konusu hukuk dışında özel ve teknik bilgiyi gerektiren ve alanında uzman kişiler tarafından yapılması gereken bilirkişilik faaliyeti kapsamında sayıldığı gibi; genetik inceleme için vücuttan numune alınması da, teknik yeterliliğe sahip sağlık mesleği mensubu tarafından gerçekleştirilmesi zorunlu, vücut bütünlüğüne müdahale niteliğinde ve tıbbî boyuta da sahip olan özel bir işlemdir. Bu itibarla, yargılamanın gerçeğe uygun hüküm verme amacı bağlamında hâkimin adil ve maddî vakıalarla örtüşen bir hükme varmak için verdiği keşif kararı, yargılamanın işleyişine katkı sağlayan ve bir ara

¹²³² **Yenerer-Çakmut, Ö.:** Soybağının Belirlenmesi ve Ceza Hukukunda Çocuğun Soybağını Değiştirme Suçu, İstanbul 2008, s.82; **Apiş,** s.272; **Doğan-** Beden Muayenesi, s.98; **Aksoy-İpekçioğlu-** Vücuttan Örnek Alma, s.1163-1164; **Aygün,** s.52-53; **Bayraktar,** s.2960.

kararıyla tesis edilen usul işlemi olarak nitelendirilebilir¹²³³. Dolayısıyla babalık davası bağlamında biyolojik babalığın tespiti için verilen inceleme kararı da usul işlemi niteliğindeki bir ara karar olduğundan hâkim, soybağı hakkında bilgi edinilecek kişinin vücudundan genetik incelemeye elverişli numunenin temini için, keşif ara kararı verebilir ve bilirkişinin aktif katılımıyla gerçekleştirilen inceleme sonucunda hazırlanan tıbbî rapor doğrultusunda çocuğun soybağı üzerindeki çekişmeyi sonlandırabilir.

Soybağının tespiti için kişi üzerinde cereyan eden genetik incelemenin niteliğine ilişkin aksi yöndeki diğer görüşe göre¹²³⁴ ise, doğrudan hâkimin kişisel duyuları aracılığıyla yapılan bir incelemenin söz konusu olmadığı hâllerde keşiften bahsetmek ve genetik incelemeye karar veren hâkim açısından bunu keşif olarak nitelendirmek mümkün değildir. Zira salt kararı veren kişinin hâkim olması, bu incelemenin mutlaka keşif olarak nitelendirilmesini gerektirmez. Ancak hâkimin, kendi duyu organları aracılığıyla algıladığı şey hakkında teknik bilgi eksikliği sebebiyle bilirkişiye başvuruluyorsa; yani hâkim, inceleme konusu kişiyi bizzat görüp algılıyor ve inceliyor; fakat yeterli tıp bilgisi bulunmadığından bilirkişi yardımından faydalaniyorsa, bu durumda keşif incelemesi söz konusu olabilir¹²³⁵. Ayrıca soybağının tespitine yönelik genetik inceleme için kişiden kan veya doku örneği alınması işleminin teknik anlamda keşif niteliği taşımadığını gösteren bir diğer argüman ise, hâkimin inceleme sırasında bizzat orada hazır bulunmasını ve incelemeye katılmasını gerektiren bir zorunluluğun olmamasıdır¹²³⁶. Genetik inceleme, niteliği itibarıyla özel ve teknik bilgiyi gerekli kıldığı için, bunun bizzat hâkim tarafından yapılması mümkün olamaz; hâkim, bu konuda bilirkişiden yardım almak zorundadır. Dolayısıyla burada keşiften ziyade bilirkişi incelemesinden bahsetmek daha isabetli olur. Konunun, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda keşif başlığı altında düzenlenmiş olması da yerinde görülmeyp, Alman hukukunda olduğu gibi kanun

¹²³³ **Karlı, A.:** Medeni Usul Hukukunda Usulî İşlemler, İstanbul 2001, s.150, 153-154; **Albayrak-İnsan Bedeni**, s.723.

¹²³⁴ **Aşık- Keşif**, s.136; **Toraman- Bilirkişi**, s.567; **Albayrak-Açı, Z.:** Medenî Usûl Hukukunda Keşif, Ankara 2019, s.156-157; karşı. **Albayrak- İnsan Bedeni**, s.731.

¹²³⁵ **Albayrak-Açı**, s.156-157.

¹²³⁶ **Aşık- Keşif**, s.136.

koyucunun bu tercihi eleştiri konusu yapılmıştır¹²³⁷. Bu itibarla, HMK m.292'nin, keşif başlığı altında değil, bunun yerine bilirkişi başlığı altında düzenlenmesi gerektiği ve böylece söz konusu hükmün soybağı incelemesine ilişkin faaliyetin niteliğine, amacına ve bu faaliyeti yürüten kişilerin hukukî niteliğine daha uygun bir sistematik içerisinde yer alacağı savunulmuştur¹²³⁸.

Bu tartışma, 1086 sayılı mülga HUMK döneminde taşınmaz malların dışında kalan şeylerin keşfi anlamına gelen ve ayrı bir takdirî delil kategorisi oluşturan özel hüküm sebeplerinin, 6100 sayılı HMK ile birlikte ayrı bir takdirî delil kategorisi olmaktan çıkarılıp keşif incelemesinin kapsamına dahil edilmesinden kaynaklanmaktadır¹²³⁹. 1086 sayılı mülga HUMK m.363-366 arasında düzenlenen keşif incelemesi, yalnızca taşınmazlar için öngörülen bir delil olarak kabul edildiğinden, HUMK döneminde keşif ile ilgili hükümlerin, kıyasen özel hüküm sebepleri bakımından da uygulanması yoluyla sonuca varıldığı görülmüştü. Soybağı incelemeleri ve özellikle DNA testleri sonucunda elde edilen veriler ise, 1086 sayılı Kanun'da ayrı bir delil olarak düzenlenmediği için, Kanun'un 367. maddesi anlamında özel hüküm sebebi olan takdirî bir delil olarak kabul edilirdi¹²⁴⁰. Halihazırda 6100 sayılı HMK yürürlüğe girdikten sonra ise, keşif incelemesi açısından taşınır mal – taşınmaz mal ayrımı ortadan kaldırılarak özel hüküm sebebi kavramı terk edilmiş ve gerek taşınırlar gerekse taşınmazlar üzerinde hâkim tarafından yapılan incelemelerin tümü keşif bütünü içine dahil edilmiş olduğundan, bundan böyle soybağı tespiti için insan vücudu üzerinde gerçekleşen genetik incelemeleri de, niteliği itibariyle keşfin özel bir türü olarak değerlendirmek mümkündür¹²⁴¹.

¹²³⁷ Bkz. **Aşık-** Keşif, s.137. Ceza yargısı bağlamında da kişiden kan veya doku örneği alınmasının bilirkişilik faaliyeti olarak nitelendirilebileceği hakkında ayrıca bkz. **Dülger, İ./Akbulut, B./Cin, M. O./Aydın, M.:** Beden Muayenesi Genetik-Moleküler İncelemeler ve Fizik Kimliği Tespiti [Koruma Tedbirleri ve Türk Anayasaları İle Yeni Anayasa Önerilerinde Koruma Tedbirlerine İlişkin Düzenlemeler, (11. Ceza Hukuku Günleri, 1-3 Haziran 2016), İstanbul 2016, s.353-372], s.369.

¹²³⁸ **Konuralp-** Kan ve Doku Örneği, s.1618. Nitekim 1086 sayılı (mülga) HUMK açısından mehaz niteliği taşıyan İsviçre'nin Neuchâtel Kantonu (mülga) Usûl Kanunu'nda bu konuya ilişkin hüküm [CPCN m.275 (251bis)] bilirkişiliğe ilişkin düzenlemeler arasında (CPCN m.268-281) yer almaktaydı (bkz. **Konuralp-** Kan ve Doku Örneği, s.1618, dn.44'den naklen).

¹²³⁹ **Tanrıver-** Usul, C.I, s.1089.

¹²⁴⁰ **Okumuş, N.:** Medeni Usul Hukukunda Özel Hüküm Sebepleri (Kanunda Düzenlenmemiş Takdiri Deliller), Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Erzurum 2010, s.33, 37.

¹²⁴¹ **Akar,** s.129; **Tanrıver-** Usul, C.I, s.1089; **Görgün/Börü/Kodakoğlu,** s.562.

İnsan üzerindeki bedensel incelemelerin, keşif mi yoksa bilirkişilik faaliyeti mi olduğu konusunda kafa karışıklığı oluşturan bir diğer faktör ise, HMK m.278/4 uyarınca bilirkişinin, oy ve görüşünü açıklarken bir eşya ya da kişi üzerinde incelemelerde bulunmasının zorunlu olduğu hâllerde, mahkeme kararında açıkça izin verilmek kaydıyla inceleme konusu eşya ya da kişi üzerinde bazı tasarruflarda bulunabilme, ona dokunabilme, onu muayene edebilme ve onun üzerinde birtakım işlemler yapabilme gibi yetkilere sahip olmasıdır¹²⁴². Hâkim yardımcısı konumundaki bilirkişinin sahip olduğu bu yetkiler, hâkimin keşif yetkisi ile aralarında paralellik kurulmasına yol açtığından, insan üzerindeki bedensel incelemelerin niteliği de bu yönüyle tartışma konusu olmuştur.

Kanımızca insan vücudu üzerindeki incelemeler, belirli seviyede uzmanlığı gerektiren, özel ve teknik bilgi sahibi kişilerce gerçekleştirilmesi gereken işlemler olup, ilk bakışta bu hâliyle esasen bilirkişilik faaliyetine vücut veren bir görüntü arz eder. Ancak hâkimin, soybağı gibi belli bazı konuların incelenmesi kapsamında bilirkişiye başvurmak zorunda olması ve incelemenin özel teknik bilgiyi gerektiren boyutu itibarıyla bilirkişi tarafından gerçekleştiriliyor olması, o incelemenin salt bu nedenle tamamıyla bilirkişilik faaliyeti kapsamında ele alınmasına yeterli argüman olarak görülemez. Keşif incelemesinde hâkimin bizzat kendi duyu organlarıyla inceleme konusu şey üzerinde edindiği algılar ön plana çıkmakla birlikte, insan vücudu üzerindeki incelemenin cereyanında hâkimin hiçbir algısının olamayacağı düşüncesi de yersizdir. Zira hâkim, her ne kadar teknik yönü itibarıyla yeterli bilgiye sahip bulunmadığından inceleme ile ilgili değerlendirme yapması mümkün olmasa da, inceleme sırasında onun da, incelemenin yapıldığı yerde bulunmasına ve incelemenin işleyişine refakat etmesine herhangi bir engel yoktur. Örneğin hâkim, üzerinde inceleme yapılacak olan muhatabın, kan veya doku örneği alınması için gereken yerde ne şekilde hazır bulunduğunu yahut numune verirken hangi davranışları sergilediğini dahi incelemek isteyebilir; kişinin zorla mı getirildiği yahut kendi rızasıyla mı geldiği, numune alımında üzerine düşen aktif ve pasif davranışları sergileyip sergilemediği vs. hususlar hâkimin dava malzemesini takdirinde rol oynayabilir ve tarafların karşılıklı konumlarını algılamasında ona yardımcı olabilir.

¹²⁴² **Tanrıver-** Usul, C.I, s.1043, 1069.

Elbette hâkim, incelemeyi kendisi yapmayacak ve incelemenin içeriği hakkındaki detaylara vâkıf olmayacaktır; fakat kişi üzerindeki incelemenin gerekirse zor kullanmak suretiyle yapılabilmesi, yalnızca hâkimin kararıyla mümkün olabilir. Bu ise, keşif kararından başka bir şey değildir. Aksi takdirde, salt bilirkişilik olarak değerlendirilirse, bilirkişi incelemesine katlanma zorunluluğu adı altında kanunî bir yükümlülük mevcut olmadığından, bu incelemenin zorla yapılabilmesi düşünülemez. Nitekim bilirkişinin, incelemenin muhatabı üzerinde zor kullanma yetkisi bulunmaz. Zor kullanma yetkisi, icra organlarına aittir. Dolayısıyla hâkim, keşfe karar verdikten sonra muhatabına, yapılan bildirimle keşfe katlanma zorunluluğunun sonuçları hakkında bilgi verilmesini sağlar ve muhatabın, doğrudan incelemenin yapılacağı bilirkişinin huzuruna çağırılıp işlemin de bilirkişi marifetiyle cereyan etmesi, keşif incelemesinde bilirkişinin etkin ve aktif bir rol oynadığını gösterir. Yani, insan vücudunun incelenmesinde hâkim, kendi yürüteceği keşif incelemesinin hemen hemen tamamını bilirkişiye tevdi etmekte ve bilirkişi, sahip olduğu özel teknik bilgiyi de katarak hazırladığı raporunda incelenen şeyle ilgili kanaatini belirtmektedir. Keza inceleme sonucunda hazırlanan rapor, “bilirkişinin oy ve görüşünü yansıtan bilirkişi raporu” olarak adlandırılmakta ve keşif esnasında bilirkişinin kendisine tevdi edilen şey üzerinde yaptığı incelemelerde, bir anlamda adeta keşif yapabilme gibi birtakım yetkilerini kullanarak edindiği görüşleri bu raporla mahkemeye sunmaktadır (karş. HMK m.278/4). Bu itibarla, insan üzerindeki incelemelerin de usul hukuku niteliğiyle bir keşif incelemesi olduğu; fakat bu inceleme esnasında hâkimin neredeyse yok denebilecek düzeydeki katılımıyla birlikte esas olarak bilirkişinin rol ve işlev üstlendiği; bilirkişinin oy ve görüşü ekseninde cereyan eden ve şekillenen bir süreçten bahsedilebileceği kanısındayız¹²⁴³.

¹²⁴³ Benzer yönde bkz. **Wullschleger, P.:** ZPO Kommentar (Schweizerische Zivilprozessordnung, Orell Füssli Kommentar, *hrsg. Gehri/Jent-Sorensen/Sarbach*), 2. Aufl., Zürich 2015, Art.181 Durchführung, s.400, N.7. **Bühler, A.:** Berner Kommentar zum Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO, Band I: Art. 1-149 ZPO; Band II: Art. 150-352 ZPO und Art. 400-406 ZPO, *hrsg. Hausheer/Walter*), Bern 2012, Art.181, N.9; **Ahrens,** Kap.22, Rz.6, s.473-474; **Özbek-** DNA-Analizi, s.537; **Albayrak-** İnsan Bedeni, s.731-732.

VI. İncelemenin Zorla Yapılabilmesinin Şartları

1. Soybağının Tespiti Konulu Derdest Davada Esasa Girilmiş Olması

Öncelikle soybağının tespitine yönelik inceleme kararı verilebilmesi için derdest bir davanın varlığından söz etmek gerekir. Zira talep sonucunu haklı kılmaya yarayan dava malzemesinin toplanması, incelenmesi ve değerlendirilmesi faaliyeti, ancak derdest bir dava kapsamında mümkündür. Bunun yanı sıra, davada usule ilişkin herhangi bir eksikliğin bulunmaması, örneğin dava şartlarının tamamlanmış olması da önemlidir. Yine, inceleme kararı verilebilmesinin şartları arasında davanın hak düşürücü süre yönünden mesmu olması sayılabilir. Henüz esasa girilememiş bir davada soybağı incelemesine karar vermek usul ekonomisi ilkesiyle bağdaşmaz. Davaya bakan hâkim, usule ilişkin konuların halledilmiş olduğunu görüp ön inceleme aşamasını bitirdikten sonra, tahkikat duruşması için karar verdiği usul kesitinden itibaren soybağı incelemesi için ara kararını açıklayabilir. Çünkü hâkim, soybağı konusunda tarafların karşılıklı pozisyonlarını ve çekişmenin boyutunu, dilekçeler teatisinden ziyade tahkikat duruşmasındaki tutumlarına göre netleştirir¹²⁴⁴. Kaldı ki, soybağının incelenmesi kararı teknik olarak tahkikat işlemi olarak da nitelendirilir. Dolayısıyla tahkikat aşamasında buna karar verilmesi gerekir.

Öte yandan, henüz derdest bir dava söz konusu değilken, delillerin güvence altına alınması amacıyla ivedilikle toplanmasının zorunluluk hâline geldiği iddia edilir ve buna dayanılarak delil tespiti talebinde bulunulursa hâkim, delil tespiti yoluyla soybağı incelemesi için kan veya doku örneği alınmasına karar verebilir mi? Doktrinde bir görüşe göre¹²⁴⁵, bu mümkün olmalıdır. Örneğin, henüz defnedilmemiş bir cesetten genetik numune alınmasının zorunlu hâle geldiği anlaşıldığında cesedin defninden önce ileride soybağının tespitine ilişkin davada kullanılmak üzere numune alınması ve DNA analizi yapılması gerekebilir. Bu yöndeki bir talebin reddedilmesi gerektiği düşünülürse, mezarın açılıp fethi kabir yoluyla cesetten numune alınması son çare hâline geleceğinden, defin gerçekleşmeden ve mezar açılmadan mümkün olan bir işlem zamanında yapılma-

¹²⁴⁴ **Wieczorek/Schütze/Ahrens**, ZPO § 372a, Rn.59; **Ahrens**, Kap.24, Rz.79, s.546; **Aşık- Keşif**, s.193.

¹²⁴⁵ **Wieczorek/Schütze/Ahrens**, ZPO § 372a, Rn.59; **Ahrens**, Kap.24, Rz.80, s.546; **Aşık- Keşif**, s.193.

dığı için, ölenin huzuru ve yakınlarının manevî hakkı üzerinde yoğun şekilde ihlâl sebebiyet verilmiş olur¹²⁴⁶.

2. Biyolojik Babalığa İlişkin Makul ve Haklı Şüphe Bulunması

Babalık davasında davalıya yönelik olarak soybağı incelemesine karar verilebilmesi için, davalının biyolojik babalığı hususunda makul, objektif ve görünüşte bir şüphenin oluşması gerekir. Görünüşte makul şüphe yaratılması, evlilik dışı çocuğun anasıyla davalı erkek arasında herhangi bir zaman aralığında cinsel ilişki yaşandığının ispatıyla mümkün olabileceği gibi; herhangi bir mahkeme kararı olmaksızın, özel tıbbî laboratuvarlarda haricen yaptırılmış DNA analizi sonucunu gösterir bir hekim raporunun mahkemeye ibraz edilmesiyle dahi hâkimin görünüşte şüphe beklentisi karşılanabilir¹²⁴⁷. Haricen yaptırılan genetik inceleme için Sağlık Bakanlığı'ndan izinli, sertifikalı ve bünyesinde tıbbi genetik uzmanı istihdam edilen yetkin laboratuvarların seçilmemiş olması hâlinde, hâkimin salt böyle bir DNA analizi raporuna istinaden soybağı incelemesine karar verebilmesi mümkün değildir.

Hâkim, babalık davasında genetik incelemeye karar verirken davacının basit şüphesiyle yetinmemeli; davalı erkeğin biyolojik baba olabileceği hususunda altı doldurulabilir ciddi şüpheler varsa buna itibar etmelidir¹²⁴⁸. Bu çerçevede hâkimin, önüne gelen her türlü soybağı uyuşmazlığında, yasal mevzuata bağlı olarak her hâlükârda muhakkak genetik incelemeye gitmek zorunda olduğu da söylenemez. Zira, davacının salt soyut iddiasına dayanan, iddianın ispatı adına tanık vb. hiçbir delil ibraz edilmeyen, delil yetersizliğinin giderilerek iddianın tamamlanması maksadıyla açılan davalarda soybağı incelemesine karar verilmemeli; doğal soybağının araştırılmaya başlanabilmesi için en azından ilk görünüş ispatı çerçevesinde gerçeğe benzer/görünüşte doğruluk delili sunulmuş olmasına dikkat edilmelidir¹²⁴⁹. Bir başka ifadeyle, davacının soyut ve mesnetsiz iddiaları üzerine derhal soybağı incelemesine girişilmesi doğru değildir. Davalının biyolojik babalığı hakkındaki somut verilerin mahkemeye sunulması üzerine hâkim,

¹²⁴⁶ Aşık- Keşif, s.193, 194.

¹²⁴⁷ Tüzüner- Adli Genetik, s.26-27.

¹²⁴⁸ Kırkbeşoğlu- Kökenini Öğrenme Hakkı, s.221; Tüzüner- Adli Genetik, s.21.

¹²⁴⁹ Tüzüner- Adli Genetik, s.24-25; Ateş, s.79, 81.

biyolojik babalığın gerçekliğine ilişkin ciddi emareler ışığında soybağı incelemesi yapılmasını gerektiren makul sebeplerin oluştuğuna kanaat getirmeli; davalının babalığının salt yüksek ihtimal olduğunu göstermeye yönelik, hiçbir somut isnada yaramayan elverişsiz delil ve emarelere itimat etmemelidir¹²⁵⁰. Bu noktada ceza muhakemesinde DNA analizi için aranan “belirli derecede şüphe” ölçütünün¹²⁵¹, hukuk muhakemesinde de içtihat yoluyla kabul edilmesi düşünülebilir¹²⁵².

Öte yandan, çocuğun anasının gebe kaldığı dönemde birden çok kişiyle cinsel ilişkiye girdiğinin anlaşıldığı hâllerde, dava dışı üçüncü kişilerin soybağı incelemesine tâbi tutulup kendilerinden kan veya doku örneği alınabilmesi için, öncelikle kişi dokunulmazlığı ve ölçülülük ilkesi penceresinden değerlendirme yapılmalıdır. Ancak söz konusu kişilerin çocuğun anasıyla cinsel ilişkiye girdiğini göstermeye elverişli somut emareler öne sürüldüğü takdirde, soybağı incelemesi için kişi dokunulmazlığına müdahalenin hukuka uygunluk kazanması mümkün olabilir. Bu suretle, birden fazla kişiyle cinsel ilişkiyi göstermeye elverişli herhangi bir somut emareye dayanmayan babalık iddiaları sonucunda üçüncü kişilerin soybağı incelemesine dahil edilmesinden kaçınmak gerekir¹²⁵³. Örneğin çocuğun anasının, gebe kaldığı dönemde biyolojik baba olduğunu öne sürdüğü davalıyla yaşadığı evde aynı anda bir başka erkek de oturuyor ve üçü birlikte yaşıyorlarsa, başka hiçbir emareye ihtiyaç kalmaksızın, davalı ile birlikte diğer kişinin de soybağı incelemesine dahil edilmesi hukuken caiz olur. Ancak bu durumda dahi, davalı ile birlikte aynı evde oturan diğer kişinin, çocuğun anasıyla herhangi bir cinsel ilişkiye girip girmediği yahut soybağı incelemesine dahil edilmesini haklı gösteren belli bir olasılığın bulunup bulunmadığı konusu çekişmeli olmaya ve belirsizliğini korumaya devam eder¹²⁵⁴.

¹²⁵⁰ **Wieczorek/Schütze/Ahrens**, ZPO § 372a, Rn.29; **Ahrens**, Kap.24, Rz.43-44, s.535; **Aşık-Keşif**, s.195.

¹²⁵¹ Alman hukukunda “basit başlangıç şüphesi” ölçütünü öne süren yazarlar da mevcuttur (bkz. **Ünver/Hakeri**, s.483 ve oradaki dn.2).

¹²⁵² **Uğur, A.:** Soybağının Tespiti İçin İnceleme ve Kişilik Hakkının Korunması: HMK m.292 ve TMK m.284 Hükümlerinin Kıyaslanması (Prof. Dr. Ejder Yılmaz’a Armağan, C.2, Ankara 2014, s.1913-1939), s.1936.

¹²⁵³ **Musielak/Borth/Borth/Grandel**, FamFG § 178, Rn.8.

¹²⁵⁴ **Musielak/Borth/Borth/Grandel**, FamFG § 178, Rn.9.

Yapılan bu açıklamalar ışığında, babalık davası kapsamında soybağı incelemesine karar verilmeden önce, hâkim tarafından davanın kabul edilebilirliği yönünden değerlendirme yapılarak, varılan sonuç itibarıyla doğal soybağına ilişkin somut vakıalara dayalı yaklaşık ispat ölçüsünde bir görünüş yaratılmadığı müddetçe, genetik incelemeye geçilmemesi gerektiği söylenebilir¹²⁵⁵. Bu hususta hâkimin takdir etmesi gereken başlıca etken, soybağı incelemesi talep eden kişinin güvenilir sonuç elde etmeye yönelik samimiyetidir. Salt aşırı ölçüde mesnetsiz şüphecilikten yahut karşı tarafı küçük düşürüp sosyal itibarını zedelemekten ya da mağdur etmekten öte bir anlam ve içerik taşımayan taleplerin reddedilmesi beklenir¹²⁵⁶.

3. İncelemenin, Soybağının Aydınlatılabilmesi İçin Gerekli ve Zorunlu Olması

Soybağı olgusu, çekişmeli, ispata muhtaç ve hükmün kurucu unsuru konumunda ise, incelenmesi gerekli olup, bu hususu hâkim, resen araştırma ilkesi uyarınca tarafların herhangi bir talebi olmasa dahi kendiliğinden göz önüne almak zorundadır. Bilimsel verilere göre neredeyse %100'e yakın bir kesinlikte, evlilik dışı doğmuş olan çocukla biyolojik babası olduğu iddia edilen kişi arasında, gerçekten bir irtibat bulunup bulunmadığının belirlenmesinde günümüz itibarıyla yegâne ispat aracı olarak gen analizi kabul edilir¹²⁵⁷. Kan incelemeleri ve genetik analiz yöntemlerinin ispat gücü karşısında, başka delil ve yöntemlerden yararlanılarak doğal soybağı ilişkisinin belirlenmesine itibar edilmemektedir. Evlilik dışı çocuk ile onun biyolojik babası olduğu iddia edilen kişi arasında, bilimsel değeri düşük yöntemlerle ya da delillerle, hem doğal soybağının bulunup bulunmadığının net şekilde aydınlatılması hem de o kişinin hukuken babalığına ilişkin gerçeğe uygun bir karar verilmesi mümkün görülemez. Dolayısıyla, ispat hukuku anlamında ortaya çıkan ve uyuşmazlığın nirengi noktasını oluşturan bu hususun açıklığa

¹²⁵⁵ **Tüzüner-** Adli Genetik, s.25. Örneğin, evlilik birliği sürerken birbirlerini defalarca karşılıklı olarak aldattıkları olgusu boşanma ilâmında sabit olan eski eşler ile otuz yaşındaki çocukları arasında uzun yıllar geçtikten sonra açılan, makul olmayan şüphelere dayanan ve biyolojik baba şüphelisi olarak hiç kimseye işaret edilmeyen soybağının reddi davasında hâkimin, genetik inceleme talebini reddetmesi olağan ve haklı bir karardır (bkz. **Tüzüner-** Adli Genetik, s.25).

¹²⁵⁶ **Akbıyık/Aydın,** s.15.

¹²⁵⁷ **Tanrıver-** Usul, C. I, s.1008.

kavuşturulması için hâkimin, çoğu zaman soybağı incelemesi için kişilerin vücudundan kan veya doku örneği alınmasına karar vermesi gereklilik arz eder¹²⁵⁸.

Buradaki gereklilikten maksat, ikincillik prensibi gereği, soybağı incelemesinin son çare (*ultima ratio*) olması, bunun dışındaki delillerle güvenilir bir sonuca ulaşılmayacağı kesinlik kazanmasıdır¹²⁵⁹. Nitekim tereddüt sebebiyle güvenilir ve kesin bir sonuca ulaşılmaya gerek duyulması hâlinde soybağı incelemesinin zorunlu olduğu söylenebilir. Çünkü soybağı incelemesi dışındaki hiçbir ispat aracı, soybağı konusunda hüküm vermeye elverişli nitelikte kesin verilere dayanan sonuçlar içermez. Bu yüzden, soybağının mahkemece tespitinde, bilimsel yanılma payı en asgari seviyedeki genetik analiz sonucuna ilişkin bilirkişi raporuna dayanmaktan başka çare yoktur. Doğal soybağının olumlu tespitinde genetik inceleme yöntemlerine eşdeğer ve aynı güvenilirlikteki başka bir teknolojik imkândan söz edilemez. Buna karşın biyolojik babalığın dışlanması, yani olumsuz tespiti açısından ise, mahkemenin yeterince kanaat edinebildiği hâllerde, örneğin güvenilir tanık beyanları, pasaporttaki yurda giriş-çıkış damgasının tarihleri ve destekleyici diğer hususlar dikkate alınarak biyolojik baba olduğu iddia edilen kişinin, kadının gebe kalma döneminde birkaç aylık yurtdışı seyahatinde bulunduğu mahkemece sabit görülürse, bu durumda o kişinin baba olma olasılığı sıfırlandığından, soybağı incelemesine girişilmesine gerek kalmadığı söylenebilir¹²⁶⁰.

Ancak soybağı incelemesi için kişiden kan ve doku örneği alınmasının zorunlu olmaktan çıktığı bazı durumlar oluşabilir. Örneğin, daha önce yapılmış bilimsel bir inceleme sonucunda çocuğun biyolojik babası olduğu ileri sürülen kişinin tıbben çocuk sahibi olamayacağı, yani biyolojik olarak babalığının imkânsızlığının tespit edilmesi durumunda, kişi üzerinde tekrar soybağı incelemesi yapılmasına ihtiyaç kalmaz¹²⁶¹. Yine, çocuğun anası olan kadının gebe kalma döneminin tamamını kapsayan süre zarfında davalıyla herhangi bir cinsel ilişkiye girmesinin maddî olarak imkânsızlığının is-

¹²⁵⁸ **Keidel/Engelhardt**, FamFG § 178, Rn.10.

¹²⁵⁹ **Özbek, V. Ö./Doğan, K./Bacaksız, P./Tepe, İ.**: Ceza Muhakemesi Hukuku, 11. B., Ankara 2018, s.461; **Yenisey, F./Nuhoglu, A.**: Ceza Muhakemesi Hukuku, 6. B., Ankara 2018, s.637; **Doğan-Beden Muayenesi**, s.113.

¹²⁶⁰ **BeckOK-ZPO/Bach**, ZPO § 372a, Rn.9.

¹²⁶¹ **Aşık- Keşif**, s.179.

patlandığı hâllerde de, soybağı incelemesi yapılmasının zorunlu olduğundan söz edilemeyeceği için, kişinin katlanma zorunluluğundan kurtulması mümkündür.

Soybağı incelemesinin gerekliliği şartı, incelemeye rıza gösterildiği hâller dahil olmak üzere, çocuğun diğer ebeveyni için de kural olarak geçerlidir. Çocuğun anasına ait genetik verilere gerek kalmaksızın biyolojik babalığın dışlanması mümkün olan hâllerde, soybağı incelemesine ananın katılmasına ihtiyaç olmaz iken, babalığın dışlanmadığı hâllerde ise, çocuğun anası yönünden de soybağı incelemesi gereklilik arz eder. Dolayısıyla, ananın katılımı olmaksızın, çocuk ile baba olduğu iddia edilen kişinin ikili soybağı incelemesi sonucunda elde edilen veriler biyolojik babalığı kesin olarak dışlamaya, yani doğal soybağının olmadığını tespitine yettiği takdirde, ana için artık soybağı incelemesi yapılmasına gerek yoktur¹²⁶². Buna rağmen mahkemece ananın soybağı incelemesine tâbi tutulmasına karar verilirse, ananın incelemeden haklı sebeple kaçınma hakkının olduğu kabul edilir.

Üçüncü kişilerin soybağı incelemesine dahil edilmesi, iki yönden gereklilik arz edebilir: İlk olarak, biyolojik baba olduğu öne sürülen kişi üzerinde soybağı incelemesi yapılamayan, örneğin kişinin ölüm tehlikesi içinde kaybolması, gaipliğine karar verilmesi, adlî makamlarca yakalanamaması, yurtdışına kaçması vb. hâllerde, ulaşılamayan kişinin yakın akrabalarının soybağı incelemesine dahil edilebilmesi için gereklilik şartı sağlanmış olur. Yakın akrabaların böyle bir incelemeye tâbi tutulduğu takdirde soybağı ile ilgili elverişli sonuçlara ulaşılabileceği anlaşılırsa, yakın akrabalar bakımından da artık soybağı incelemesi için aranan gereklilik ölçütü tamamlanmış sayılır¹²⁶³.

Üçüncü kişilerin soybağı incelemesi için gereklilik koşulunun oluştuğu varsayılan ikinci durum ise, dava dışı olmasına rağmen diğer üçüncü kişilerin de çocuğun biyolojik babası olabileceği ihtimali anlaşıldığında ortaya çıkar. Böyle bir ihtimalin saptanması hâlinde mahkeme, dava dışı olmasına rağmen, biyolojik baba olma olasılığı söz konusu üçüncü kişileri de soybağı incelemesine dahil ederek tahkikatı genişletmek zorundadır. Babalık davasında davalı üzerinde yapılan soybağı incelemesi sonucunda o

¹²⁶² **BeckOK-ZPO/Bach**, ZPO § 372a, Rn.10.

¹²⁶³ **BeckOK-ZPO/Bach**, ZPO § 372a, Rn.11.

kişinin biyolojik babalığı ile ilgili belli bir olasılık oranı elde edilmiş olsa bile, aynı sonuca varılmak gerekir. Zira, üçüncü kişilerin babalığı konusunda belli somut ipuçları (emareler) varlığını koruduğu müddetçe davalının, iddialarını yeterince somutlaştıramaması ve çocuğun anasının çokeşli hayat sürdüğü (*Mehrverkehr*) yönündeki şüpheleri yahut çocuğun üçüncü bir kişiye simaen benzerliği ile ilgili beyanlarının yeterli görülmemesi durumunda, üçüncü kişilerin de soybağı incelemesine dahil edilmesi bakımından aranan gereklilik ölçütünü son derece geniş yorumlamak daha adil ve hakkaniyete uygun düşer¹²⁶⁴. Bu arada kadının, diğer erkeklerle de cinsel ilişki yaşadığına dair salt iddiadan öte geçemeyen, somut verilere dayanmayan, şüpheleri haklı göstermeye yetmeyen beyanlara dayanarak soybağı incelemesinin kapsamının üçüncü kişilere teşmil edilmesi doğru değildir. Ancak, kadının çokeşli bir hayatı benimsediğine dair şüpheleri haklı gösteren somut emareler sunulduğu takdirde bunların dikkate alınması mümkün olabilir¹²⁶⁵.

4. İncelemenin, Bilimsel Esaslara Uygun, Elverişli ve Orantılı Olması

Öncelikle, soybağı incelemesine karar verilirken mahkemece öngörülen araçların bilimin temel ilke ve kurallarına uygun olması gerekir. “Bilimsel esaslara uygunluk ölçütü”, incelemenin yöntemi ve bu yöntemin uygulanması sırasında muhatabın sağlığı açısından bir tehlike yaratmaması ile bağlantılı olduğu gibi, aynı zamanda inceleme yönteminin soybağının tespitine elverişliliğini de kapsar. Eğer bilimsel olarak güvenilirliği saptanmış, elverişli bir yöntem seçilmez ve bundan dolayı kişi sağlığını tehdit edici boyutlarda zararlara yol açılması olasılığı ortaya çıkarsa, incelemenin muhatabı açısından incelemeye katlanma zorunluluğundan kaçınmayı haklı gösterebilecek bir sebepten bahsedilebilir¹²⁶⁶. Bu noktada, elverişlilik bakımından soybağı tespiti için seçilen genetik incelemenin türü ile beraber vücuttan örnek almaya yönelik müdahalenin türü de önem taşır. Hangi yöntemle vücuttan genetik numune alınacağı belirlenirken, amaca

¹²⁶⁴ Hatta bir görüşe göre, üçüncü kişilerin anayasal haklarından olan vücut dokunulmazlığına yönelik müdahalelere karşı korunması, katlanabilirlik ölçütü sayesinde yeterli ölçüde garanti altına alındığı için, somutlaştırma yüküyle bağdaşmayan, gelişigüzel şekilde öne sürülen zahiri çokeşlilik şüphesi dahi üçüncü kişiler açısından soybağı incelemesinin gerekli olduğunu göstermeye yeterli sayılabilir; katılmadığımız bu görüş için bkz. **BeckOK-ZPO/Bach**, ZPO § 372a, Rn.11.

¹²⁶⁵ **Prütting/Gehrlein/Trautwein**, ZPO § 372a, Rn.7; **Aşık- Keşif**, s.195.

¹²⁶⁶ **Wieczorek/Schütze/Ahrens**, ZPO § 372a, Rn.38; **Ahrens**, Kap.24, Rz.55, s.538; **Apiş**, s.288.

uygun olanların seçilmemesi hâlinde elverişlilik ölçüsü (ve dolaylı olarak ölçülülük ilkesi) zedeleneyeceği için, muhataba yönelik müdahalenin orantısızlığından söz edilebilecektir.

Bilimsel esaslara uygunluk ölçütünün sağlanabilmesi için, o konudaki bilim çevrelerinin büyük çoğunluğu tarafından temelde itiraz edilen bir uygulamanın olmaması gerekir. Bir başka deyişle, birtakım bilim çevrelerinin belli bir yönetime karşı esaslı itirazda bulunmaları ve bu yöntemin ispat gücünü düşürecek şüphenin oluşmasını sağlamaları hâlinde, bilimsel ilkelere uygunluktan söz edilemez¹²⁶⁷. Soybağı incelemesi bağlamında bilimin kabul edilen esaslarına uygunluğu üzerinde bilim çevrelerinin hemfikir olduğu yöntemler, kan grupları incelemesi ve DNA analizi olup, bilimsel esaslara uygun bu yöntemlerin soybağının aydınlatılması için elverişli olması yeterlidir; bu elverişliliğin daha önce incelenen olayların tamamında vuku bulması ise şart değildir¹²⁶⁸.

Öte yandan, günümüzde bilimsel gelişmelerin hızından dolayı bilimin temel esaslarına uygunluk ölçütü her hâlükârda çağın gerisinde kalmaya mahkûmdur. Bu bağlamda, babalığın kesin olarak tespiti için yalnızca baba olduğu iddia edilen davalının değil, çocuğun anasının da soybağı incelemesine tâbi tutulması zorunluluğu yahut davalının tek yumurta ikizi olması gibi sebeplerden dolayı, bilimsel elverişlilik ölçütü her zaman yeterli seviyede işe yaramayabilir¹²⁶⁹. Dolayısıyla, bilimsel esaslara uygunluk ve elverişlilik ölçütünü çok geniş düşünmeyip, somut olay bakımından kişinin kendi bünyesinin gösterdiği özelliklere göre değerlendirmek daha doğru olur.

İncelemenin bilimsel esaslara uygunluğu ölçütü kapsamında orantılılık ilkesinden de söz edilmelidir. Zira, incelemenin konusu olan genetik materyelin alınması işlemi tıbbî müdahaleyi gerekli kıldığından, tıbbî müdahalenin bilimsel esaslara ve hukuka uygun olabilmesi için aynı zamanda orantılı şekilde gerçekleştirilmesine dikkat edilmelidir. Burada özellikle soybağı tespitindeki amacın somut değeri ile bu amaca ulaşılmasında uygulanan müdahalenin somut ağırlığı karşılaştırılarak aralarında makul bir oran-

¹²⁶⁷ **Stein/Jonas/Berger**, ZPO § 372a, Rn.7; **Wieczorek/Schütze/Ahrens**, ZPO § 372a, Rn.38; **Ahrens**, Kap.24, Rz.55, s.538-539.

¹²⁶⁸ **Stein/Jonas/Berger**, ZPO § 372a, Rn.7.

¹²⁶⁹ **BeckOK-ZPO/Bach**, ZPO § 372a, Rn.13.

tının sağlanıp sağlanmadığı göz önüne alınmalıdır¹²⁷⁰. Müdahalenin somut ağırlığı ile müdahale yoluyla alınan örneklerin soybağı tespitinde kullanılması amacına yönelik somut değeri karşılaştırılırken mahkemenin, vücuttan alınan örneklerin soybağı incelemesinde kullanılmasından elde edeceği yarar, amaca ulaşmada müdahalenin somut değerini oluşturmaya karşın, vücuttan örnek alınırken muhataba verilmesi muhtemel zarar ise müdahalenin somut ağırlığını oluşturur ve bu unsurlar arasında bir oranın bulunup bulunmadığı incelendikten sonra, müdahalenin orantılı olup olmadığına karar verilir¹²⁷¹. Bu yolla elde edilecek yarar fazla olması hâlinde orantılılık ölçüsünün sağlandığı kabul edilebilecektir.

Ayrıca genetik numune alınması işlemi, kişilik hakları ve insan onurunu koruyucu şekilde, tıbbî müdahaleye yetkili sağlık personeli tarafından yapılmak zorundadır¹²⁷². Örneğin tıbbî müdahaleye ehil sağlık personelinden olmayan hasta bakıcıların kişiden zorla kan almaya kalkışması yahut şırınga korkusu olan birisinden tükürük örneği veya saç teli almak yerine kan örneği almakta ısrar edilmesi, orantılılık ilkesiyle bağdaşmaz¹²⁷³. Yine, incelemenin muhatabı tarafından direnç gösterilmesi hâlinde tıbbî personelin, kişi üzerinde işkence ve kötü muameleye varacak ölçüdeki davranışlarla fiziksel güç uygulaması yahut işlemi rahatça gerçekleştirebilmek için kişiyi uzun süreli şuur kaybına uğratması, genel anestezi yapması müdahalenin orantısızlığına örnek gösterilebilir¹²⁷⁴. Ancak muhatabın direncini azaltmak ve numune alımı işleminin sorunsuz tamamlayabilmek amacıyla, yetkili sağlık personeli, kişinin sandalyeye bağlanmasını isteyebilir¹²⁷⁵ ve hareketsiz hâlde kalmasını sağlayan tedbirler yetersiz kalırsa, sedasyon denilen sakinleştirici yapılarak uygun ortam hazırlanabilir. Numune alımı işlemi için uygun ortamın hazırlanmasına yönelik diğer işlemler ise, bizzat bilirkişi tarafından değil, bilirkişinin talebi üzerine adli kolluk marifetiyle gerçekleştirilebilir. Bilirkişinin,

¹²⁷⁰ Bayraktar, s.230.

¹²⁷¹ Bayraktar, s.230.

¹²⁷² Albayrak- İnsan Bedeni, s.734 ve oradaki dn.38; Doğan- Beden Muayenesi, s.114; Bağlar, s.146; Öztürk, B. (Editör): Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 12. Baskı, Ankara 2018, s.536; Dursun, s.2974; Apış, s.287.

¹²⁷³ Akbıyık/Aydın, s.16; Doğan- Beden Muayenesi, s.113.

¹²⁷⁴ Akbıyık/Aydın, s.17.

¹²⁷⁵ Wiczorek/Schütze/Ahrens, ZPO § 372a, Rn.81; Ahrens, Kap.24, Rz.113, s.554.

incelemenin muhatabı üzerinde doğrudan fiziksel müdahalede bulunması, yetki sınırlarının dışına taşmak suretiyle hukuka aykırılığa sebebiyet vereceğinden, onun hukukî ve cezai sorumluluğunu dahi gündeme getirebilir.

5. İncelemenin, Kişinin Sağlığı Yönünden Sakıncasız ve Katlanılabilir Olması

Soybağı incelemesinin tâbi olduğu “katlanılabilirlik ölçütü” (*Zumutbarkeit*) gereğince, incelemenin muhatabından kan veya doku örneği alınması işleminin yaratacağı sıkıntı, onun açısından katlanılabilir seviyeyi aşmamalıdır. Bu sıkıntı, fiziksel ya da ruhsal sağlığın ciddi boyutlarda olumsuz etkilenmesi anlamına geldiğinden, mahkemece karar verilen soybağı incelemesi kapsamında taraflardan ve üçüncü kişilerden genetik numune alınması işleminin, ilgilinin sağlığı bakımından anlamlı bir tehlike, tehdit, risk yaratıp yaratmayacağına ayrıca dikkat edilmesi gerekir. Zira soybağı meselesi her ne kadar kamu düzenini ilgilendirse de, kanun koyucu, ne pahasına olursa olsun, menfaat dengesi gözetmeksizin ispat hakkına öncelik verip soybağının mutlak surette aydınlatılması için her şeyi mübah gören bir anlayışta olamaz¹²⁷⁶.

Katlanılabilirlik ölçütü, soybağı incelemesinin yöntemi, incelemenin etkileri ve incelemenin sağlık açısından içerdiği tehlike olmak üzere, üç farklı hususta kendisini gösterir. İlk olarak, soybağı incelemesinin yöntemi itibariyle katlanılabilir olması şarttır. İncelemenin maksadını aşan, ona doğrudan hizmet etmeyen bir yöntemin uygulanması sebebiyle kişi üzerindeki fiziksel müdahale çok yoğun cerrahi boyutlara ulaştığı zaman, inceleme yönteminin katlanılabilir olmadığı sonucuna varılır. Literatürde, doğurganlık incelemesi için zorunlu sperm boşaltma olarak adlandırılan işlemin, türü itibariyle katlanılamazlığa örnek olarak gösterilmesi mümkündür¹²⁷⁷.

İkinci olarak, incelemenin doğrudan ve dolaylı olarak yaratabileceği etkiler itibariyle katlanılamaz olmaması gerekir. Özellikle kadının cinsel dokunulmazlığı ve genital alan mahremiyeti ile ilgili menfaati, çocuğun genetik kökeni hakkında bilgi sahibi olmasına ilişkin menfaatten üstün olup, incelemenin yarattığı etkiler itibariyle katla-

¹²⁷⁶ Aşık- Keşif, s.198.

¹²⁷⁷ Wiczorek/Schütze/Ahrens, ZPO § 372a, Rn.43.

nılmazlık yalnızca çocuk üzerinde değil, aynı zamanda çocuğun anasına yönelik olarak da meydana gelebilir. Örneğin kin, nefret, intikam vb. duyguların tatmini amacıyla boşanma davasında ananın zinasının, yalan yere yemin ettiğinin yahut çocuğun kocadan olmadığına mahkeme önünde ispatına yönelik olarak, hiçbir şekilde çocuğun çıkarlarına ve kamusal yarara hizmet etmeyen soybağı incelemesi, muhatap için katlanılmazlığın farklı türden örnekleri arasında sayılabilir¹²⁷⁸. Ancak çocuğun nesepsizliği, ananın iffetsizliği, ensest ilişki vb. olguların ifşasından korkulması, aile içi huzurun dağılması, şeref ve haysiyete halel gelmesi, ölünün manevî haklarının zedelenmesi, nafakadan veya mirastan mahrum kalmak suretiyle çeşitli maddî kayıplara uğranılması vb. durumlar, soybağı incelemesinin katlanılmaz olduğunu göstermeye yeterli örneklerden değildir¹²⁷⁹. Bunların yanı sıra, tanıklıktan çekinme sebepleri, soybağı incelemesine katlanma zorunluluğunun istisnaları arasında sayılmadığından, soybağı incelemesi sonucunda muhatapın cezai takibata maruz kalacak olması, onun açısından katlanılmazlığa gerekçe olamaz¹²⁸⁰.

Katlanılmazlığın üçüncü boyutu ise, incelemenin kişi sağlığı yönünden tehlike arz edebilecek nitelik taşımasıdır. Bu itibarla, kanundan doğan soybağı incelemesine katlanma zorunluluğunun sınırı sağlık ve yaşam hakkı olup, hayatî tehlike yaratacak boyutlarda riskli ise, kan veya doku örneği alınması işlemi tıbbî açıdan tehlikeli sayılabilir. Örneğin, hemofili hastalığı olan kişiden kan örneği alınması hukuka aykırılık oluşturur. Çünkü hemofili hastası birisinden kan alınması, sağlık yönünden tehlike arz eden bedensel bir rahatsızlığa sebebiyet verir. Ancak buna benzer hâller dışında, örneğin yaşlılık, psikolojik sorunlar ve dinî gerekçeler (Yehova Şahitleri), katlanma yükümlülüğü nü ekarte edebilecek nitelikteki argümanlar arasında sayılamaz¹²⁸¹.

Bu çerçevede, İsviçre Federal Mahkemesi'nin genetik incelemeye zorlama konusundaki güncel bir içtihadına göre¹²⁸², doksan yaşındaki davalının genetik incelemeye

¹²⁷⁸ **Wieczorek/Schütze/Ahrens**, ZPO § 372a, Rn.45.

¹²⁷⁹ **Wieczorek/Schütze/Ahrens**, ZPO § 372a, Rn.46.

¹²⁸⁰ Karş. **Wieczorek/Schütze/Ahrens**, ZPO § 372a, Rn.47; **Stein/Jonas/Berger**, ZPO § 372a, Rn.11; **Ahrens**, Kap.24, Rn.66, s.542.

¹²⁸¹ **Tüzüner**- Adli Genetik, s.27; **Zimmermann**- FamFG, Rn.581, s.144.

¹²⁸² BGE 134 III 241, s.246.

katlanma yükümlülüğü olup olmadığı hususunun tartışılmasından sonra, davacının genetik kökenini öğrenme hakkının üstünlüğü ilkesi kabul edilmiş; ilk derece mahkemesince davalının, yaşı itibarıyla genetik incelemeye zorlanamadığı ve üzerinde genetik inceleme yapılamadığı için biyolojik baba olmadığı yönünde karar verilmesi isabetsiz bulunmuştur¹²⁸³. Zira kan ve doku örneği alımında sağlığı tehlikeye sokan olağanüstü rizikoların olmaması sebebiyle vücut bütünlüğüne hafif müdahale niteliğinde sayılabilecek genetik incelemeye doksan yaşında bir kimsenin dahi zorlanabileceği ve bu bağlamda gerekli görüldüğü takdirde zorlayıcı araçlara başvurulabileceği vurgulanmıştır¹²⁸⁴. Davalının, yaşlılığı sebebiyle biyolojik baba olmadığının ispatlanmış sayılması yönündeki talebi, çocuğun genetik kökenini bilme hakkından daha üstün bir değer taşımayıp, kişilik haklarının ihlâline ilişkin gerçekçi bir mazeret öne sürmediği de göz önüne alınarak davalının soybağı incelemesine katlanmaktan kaçınamayacağına karar verilmiştir. Bu itibarla, İsviçre hukukunda soybağının tespiti yoluyla genetik kökenin öğrenilmesi hakkının, kişilerin vücut dokunulmazlığının ve bedensel bütünlüğünün korunmasına nazaran özel önem verilen ve üstün tutulan menfaat olarak değerlendirildiği anlaşılmaktadır. Kaldı ki, günümüz itibarıyla DNA analizinde genetik iz prosedürü bulunduğundan beri bir damla mukoza, tükürük, bir tel saç ve hatta küçük bir deri parçası dahi genetik inceleme için کافی geldiğinden, bir damla vücut sıvısı, yanak içi sürüntüsü, deri kazıntısı veya bir tel saç koparılması hâlinde, muhatabın vücut sağlığı üzerinde hiçbir tehdit veya tehlike oluşmadığı, bu işlemlerin tıbben herhangi bir sakınca yaratmadığı aşıkardır. Kişinin sağlığı açısından risk taşımayan bu gibi alternatif yöntemlerin hangisinin uygulanmasından daha elverişli sonuçlar elde edilebilecekse, sağlık sebepleri dar yorumlanıp o yola başvurulması, tarafların karşılıklı menfaatlerinin dengelenmesi ve ispat hakkının mümkün mertebe geniş kullanılması için daha uygundur.

Öte yandan, numune alımı için seçilen müdahale yönteminin, o kişinin bedensel ve ruhsal sağlığını ve dolayısıyla yaşamını tehlikeye sokacak nitelikte çok ciddi sakın-

¹²⁸³ **Tüzüner-** Adli Genetik, s.17.

¹²⁸⁴ Anılan kararın çevirisi ve genetik kökenini öğrenme hakkı ile ilgili ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. **Kırkbeşoğlu-** Kökenini Öğrenme Hakkı, s.200-205.

calara yol açabilecek olması, kendisine yönelik katlanılmazlığı somutlaştırabilir¹²⁸⁵. Soybağı incelemesine katlanma zorunluluğu, karşı tarafın ispat hakkının bir gereği olsa bile, ispat hakkı sınırsız olmayıp, bilhassa sağlık ve yaşam hakkı, ispat hakkının başka bir açıdan sınırını oluşturur¹²⁸⁶. Hâkim, soybağı incelemesi için seçilen yöntemin, o kişinin sağlığı açısından sakıncalı olup olmadığına karar verirken bilirkişiden yardım isteyebilir ve tıbbî incelemenin kişinin sağlığı açısından tehlike arz edip etmediği hususunda bilirkişi raporu alınıp bunun açıklığa kavuşturulmasını sağlayabilir¹²⁸⁷. Bu hususta bilirkişiye başvurma zorunluluğu bulunmamakla birlikte hâkim, sağlık sebeplerini yorumlarken her hâlükârda dar düşünmeli ve sakıncanın boyutlarının ciddiyetine kani olmalıdır.

Soybağının aydınlatılması, bilimsel ilke ve esaslara uygun olarak yapılıp, tercih edilen inceleme yöntemi ve bu yöntemin uygulanmasıyla ortaya çıkan bütün sonuçlar kişinin sağlığı açısından dezavantajlı bir duruma yol açmadığı sürece, katlanılmazlığı haklı gösteren bir sebepten bahsetmek güçtür¹²⁸⁸. Gerçi Alman hukukunda FamFG § 96a hükmü uyarınca, kesinleşen bir mahkeme kararı doğrultusunda, bilimsel esaslara uygun olan numune (özellikle kan veya doku örneği) alımının icrası, işlemin türü itibarıyla incelemenin muhatabı açısından katlanılmaz nitelik taşıyorsa, icra edilemez. Buna rağmen, günümüzde kabul edildiği üzere, toplardamardan kan alınması, normal şartlarda kişide fiziksel zarara yol açmadığından, kural olarak katlanılabilir sayılır. Ne var ki, toplardamar yerine, daha zor bir işlem olan atardamardan kan alınması yahut cerrahi müdahale niteliğinde bir işlemle numune alınması ise, katlanılmazlığa sebebiyet verebilir. Yine, fiziksel zararların yanı sıra, ruhsal yönden kişiye verilebilecek zararlar da katlanılmazlığın değerlendirilmesinde dikkate alınmalıdır. Burada kastedilen ruhsal zararlardan maksat, depresyon, iç huzursuzluk, anksiyete gibi sıradan psikolojik rahatsızlıklardan öte, psikiyatri biliminin hastalık olarak tanımladığı, doktorun bakış açısıyla hastalık değerindeki olgulardır. Müdahalenin doğasından kaynaklanan kaçınılmaz geçici

¹²⁸⁵ Akbıyık/Aydın, s.11.

¹²⁸⁶ Toraman- Bilirkişi, s.576.

¹²⁸⁷ Öztürk- Ceza Muhakemesi, s.535; Gürsoy/Bulut, s.565; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. s.453; Centel/Zafer, s.332; Akar, s.51; Bağlar, s.135, 139.

¹²⁸⁸ BeckOK-ZPO/Bach, ZPO § 372a, Rn.12.

acı ya da hoşnutsuzluk duygusu tek başına sağlığa sakıncalı olarak değerlendirilemez¹²⁸⁹. Belki bu kapsamda şırınga fobisi, kan görünce bayılma gibi nevrotik bozukluklar kabul edilebilir; fakat bunlar da tedavisi mümkün rahatsızlıklar olup tedaviden sonra kişiden kan alınması işlemi tamamlanabilir. Akut hastalıklar da incelemeye engel teşkil edebilecek bir katlanılmazlık sebebi sayılmaz; incelemeyi ertelese bile, tedavi edildikten sonra işlemin tamamlanması yoluna gidilebilir¹²⁹⁰.

Esas itibarıyla sağlık yönünden tehlikeli olma ölçütü, muhatabın, vücuduna yönelik müdahalenin türü ve niteliğinden ziyade, kişisel sağlık durumu dikkate alınarak belirlenmeli ve vücut bütünlüğü üzerinde yaratılan fiziksel ve ruhsal acı duygusunun, müdahalenin özünde var olan kaçınılmaz hoşnutsuzluk seviyesinin çok üstüne çıkarak makûl sınırları aşmasına göre değerlendirilmelidir¹²⁹¹. Eğer vücuttan numune alınması işlemi, üzerinden anlamlı bir süre geçtikten sonra dahi vücut sağlığının genel durumuna yönelik etkisini sürdürüyor veya vücut dengesini (bedensel huzuru) devamlı şekilde yapısal olarak kötüleştiren sonuçlar doğuruyor ise, sağlık yönünden tehlikeli olma hâli ortaya çıkmış demektir¹²⁹². Ne var ki “kişinin sağlığına zarar verme tehlikesi” hukuki bir kavram olmayıp, hukukî yönden yapılacak değerlendirme ile bir sonuca varılamayacağı için hâkim, tıbbî bilirkişinin görüşüne başvurmalıdır. Bilirkişi tarafından muhatabın, kişisel sağlık durumu çerçevesinde vücudundan örnek alınması işlemine karşı vereceği reaksiyonun tahmin edilebilmesi için önceden geçirilen hastalıkların ve ameliyatlara bilinmesi, gerekli görüldüğünde birtakım testlerin yapılması, müdahalenin kişi sağlığı üzerinde doğuracağı risklerin ölçüsü ve müdahaleden beklenen fayda ile kıyaslandığında kabul edilebilir seviyede olup olmadığının, bilimsel verilerle ortaya konulması gerektiği söylenebilir¹²⁹³.

¹²⁸⁹ **MüKo-ZPO/Zimmermann**, ZPO § 372a, Rn.16; **Centel/Zafer**, s.332; **Aksoy-İpekçioğlu**- Beden Muayenesi, s.32; **Doğan**- Beden Muayenesi, s.108; **Bağlar**, s.134.

¹²⁹⁰ **Wieczorek/Schütze/Ahrens**, ZPO § 372a, Rn.52. Aynı tespit, psikosomatik ağrılar ve geçici rahatsızlıkların yanı sıra korku ve bundan kaynaklanan ruhsal baskı, aşırı heyecan vb. duygusal rahatsızlıklar için de geçerlidir (bkz. **Kılıç**, s.130; **Bayraktar**, s.232).

¹²⁹¹ **Aksoy-İpekçioğlu**- Beden Muayenesi, s.32; **Doğan**- Beden Muayenesi, s.108; **Apiş**, s.284.

¹²⁹² **Kılıç**, s.130; **Bayraktar**, s.232; **Apiş**, s.285.

¹²⁹³ **Doğan**- Beden Muayenesi, s.108.

6. Genetik Verilerin Korunması İçin Gerekli Tedbirlerin Alınması

a. Genel Olarak

Genel olarak kişisel veri kavramı, gerek ulusal gerekse uluslararası hukukî metinlerde “*bireylerin kimliklerini belirli hale getirmeye elverişli her türlü bilgi*” olarak tanımlanmakla birlikte, kişinin sağlık bilgileri, biyolojik örnekleri ve bu örneklerden elde edilen bilgileri havi kişisel verileri ise “hassas kişisel veri” kategorisinde anılmaktadır¹²⁹⁴. Soybağı ile ilgili uyuşmazlığın olduğu davalarda da, soybağının tespiti amacıyla yapılan genetik incelemeler sonucunda kişilere ait genetik veriler elde edilir. 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu¹²⁹⁵ uyarınca bu genetik veriler, özel nitelikli hassas kişisel veri konumundadır (KVKK m.6/1). Aynı şekilde, 27.04.2016 tarihli ve 2016/679 sayılı Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü’nün¹²⁹⁶ “Tanımlar” başlıklı 4. maddesinin 13. fıkrasına göre genetik veriden maksat, bir gerçek kişiden alınan biyolojik numunenin analizi sonucunda o kişinin fizyolojisi ve sağlığı ile ilgili eşsiz bilgiler veren ve özellikle kişiye kalıtım yoluyla intikal eden veya edinilen genetik özelliklerine ilişkin kişisel verilerdir.

Hassas kişisel verilerden olan genetik veriler, sadece delil sunmak, gerçek bir tehlikeyi önlemek ya da belirli bir cezayı gerektiren suçu engellemek amacıyla genetik bağın belirlenmesinde kullanılabilir; başka amaçlarla kullanılamaz. Bunların dışında, genetik verinin toplanması ve işlenmesine, kural olarak sadece sağlık nedenleri ve özellikle veri sahibinin ya da üçüncü kişilerin sağlığına yönelik ciddi tehditleri önlemek için izin verilmelidir¹²⁹⁷. Nitekim genetik veriler ile ilgili ulusal ve uluslararası düzenlemelere bakıldığında, önleyici, tedavi edici, tanısal ve veri sahibinin tedavisi ya da bilimsel araştırma için toplanan ve işlenen genetik verilerin, sadece bu amaçlar için ya da veri sahibinin bu konularda özgür ve bilgilendirilmiş rıza göstermesi koşuluyla kullanılabi-

¹²⁹⁴ **Örnek-Büken, N./Zeybek-Ünsal, Ç.:** Kişisel Verilerin Korunması Kanununun Biyomedikal Alana Yansımaları Açısından Değerlendirilmesi (HHFD, C.7, S.2017/2, s.33-54), s.38; **Sonat,** s.339-340.

¹²⁹⁵ Bkz. RG. 07.04.2016, Sa.29677.

¹²⁹⁶ Tüzük metni için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2016/679/oj> (E.T. 27.02.2020). Benzer konuların düzenlendiği “Birlik Organlarınca Verilerin İşlenmesine Karşı Gerçek Kişilerin Korunması ve Verilerin Serbest Dolaşımı Hakkında Avrupa Birliği Tüzüğü” (2018/1725) için ayrıca bkz. <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2018/1725/oj> (E.T. 27.02.2020).

¹²⁹⁷ **Örnek-Büken/Zeybek-Ünsal,** s.43.

leceği; yargı süreci ya da suç araştırması sebebiyle adli amaçlarla işlenen genetik verilerin ise, uygun önlemlerin alındığı özel bir kanunla düzenlenmesi gerektiği belirtilmektedir¹²⁹⁸. Bu bağlamda, Birleşmiş Milletler Eğitim, Bilim ve Kültür Örgütü (UNESCO) tarafından kabul edilen “İnsan Genetik Verileri Uluslararası Bildirgesi”nin¹²⁹⁹ 9. maddesinin (c) fıkrasına göre, insan haklarını ve temel özgürlükleri korumak için, kimlik bilgileri geri dönüşümsüz şekilde yok edilmiş veriler dışında, veri ve biyolojik örneklerin kullanımı kişinin isteğine uygun olarak işleme tâbi tutulmalı; kişinin isteklerinin belirlenmesi ya da yerine getirilmesi olanaksız veya sakıncalı ise, veri ve biyolojik örnekler geri dönüşümsüz bir şekilde bağlantısız kılınmalı ya da yok edilmelidir.

Yine, genetik verilerin korunması ile ilgili olarak, 2016/679 sayılı Genel Veri Koruma Tüzüğü’nün 9. maddesinin birinci fıkrası uyarınca, gerçek kişilerin kimliklendirilmesi amacıyla genetik verilerinin işlenmesi yasak olup, aynı maddenin ikinci fıkrasının (f) bendine göre ise, kanunî haklarının tanınması, korunması veya yerine getirilmesi açısından yahut mahkemelerin yargısal faaliyetleri kapsamında gerekirse hassas kişisel veriler de işlenebilir. Benzer şekilde, Kişisel Verilerin Korunması Kanunu’nda da özel nitelikli kişisel verilerin ilgilinin açık rızası olmaksızın işlenemeyeceği düzenlenmiş olmakla birlikte (m.6/2), genel sağlık durumu ve cinsel hayat dışındaki özel nitelikli kişisel verilerin, kanunlarda öngörülen ayrık hâllerde ilgili kişinin açık rızası aranmaksızın işlenebileceği; sağlık ve cinsel hayata ilişkin kişisel verilerin ise, ancak kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik, tıbbî teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi, sağlık hizmetleri ile finansmanının planlanması ve yönetimi amacıyla, sır saklama yükümlülüğü altında bulunan kişiler veya yetkili kurum ve kuruluşlar tarafından ilgilinin açık rızası aranmaksızın işlenebileceği yönünde istisna hükmüne yer verilir (KVKK m.6/3).

Bu itibarla, KVKK çerçevesinde özel nitelikli kişisel verilerden olan genetik verilerin, diğer kanunlarda öngörülen hâller haricinde ilgilinin açık rızası olmaksızın işlenemeyeceği; bu verilerin kanunen işlenmesini gerektiren sebeplerin ortadan kalkması

¹²⁹⁸ Örnek-Büken/Zeybek-Ünsal, s.42.

¹²⁹⁹ http://www.unesco.org/new/fileadmin/MULTIMEDIA/HQ/SHS/pdf/Human-Genetic-Data_Turc.pdf (E.T. 11.12.2019).

hâlinde ise resen veya ilgili kişinin talebi üzerine veri sorumlusu tarafından silineceği, yok edileceği veya anonim hâle getirileceği söylenebilir (KVKK m.7/1). Aksi takdirde, genetik inceleme sonuçlarına ilişkin verilerin gizliliği ihlâl edilip, hukuka aykırı şekilde herhangi bir yere kaydedilmesi hâlinde TCK m.135 gereği “kişisel verilerin kaydedilmesi”; verilerin başkalarıyla paylaşılması, yayılması veya ele geçirilmesi hâlinde TCK m.136 gereği “kişisel verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme”; verilerin yasal süresi dolmasına rağmen imha edilmemesi hâlinde TCK m.138 gereği “kişisel verileri yok etmeme”; vücuttan alınan genetik numunenin incelemeye elverişsiz hâle gelecek şekilde bozulmasına veya kaybolmasına sebep olunması hâlinde TCK m.257 gereği “görevi kötüye kullanma” ve TCK m.285 gereği “soruşturmanın gizliliğini ihlâl” suçları söz konusu olur¹³⁰⁰.

Nitekim, haklarındaki ceza davası mahkûmiyet dışındaki bir kararla sona ermiş olmasına rağmen bireylerin parmak izleri, biyolojik örnekleri ve DNA profilleri gibi kişisel verilerinin silinmeyip bir veritabanında belirsiz bir süre boyunca saklanmaya devam edilmesi sebebiyle yapılan bir başvuru üzerine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, bu gibi kişisel verilerin silinmeksizin süresiz şekilde muhafazası sonucunda, kamusal ve özel nitelikli menfaatler arasında adil bir denge sağlanamadığı; devlet makamlarının kabul edilebilecek takdir marjını aşmış olduğu; benimsenen uygulamanın demokratik bir toplumda gerekli görülemeyeceği ve başvuruçuların özel yaşamlarına saygı gösterilmesi haklarına orantısız şekilde saldırı oluşturduğu düşünceleriyle, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 8. maddesine aykırı hareket edildiği yönünde bir karar vermiştir. Bu kararda AİHM, özellikle modern bilimsel tekniklerin ‘bedeli ne olursa olsun’ ceza yargılaması kapsamında kullanılmasına izin verilemeyeceğini ve bu tekniklere sıklıkla başvurunun yargısal faydaları ile özel yaşam bakımından bireylerin korunmaya değer kişisel menfaatleri arasındaki dengenin özenle korunması gerektiğini belirtmiş; yeni teknolojilerin geliştirilmesinde öncü bir rol oynadığını iddia eden her devletin ‘doğru dengenin kurulması’ konusunda özel bir sorumluluğa sahip olduğu düşüncesinden hareketle, haklarında henüz mahkûmiyet kararı verilmemiş kişilerin parmak izleri-

¹³⁰⁰ **Atalay-** Moleküler Genetik İncelemeler, s.152, 154.

nin, hücre örneklerinin ve DNA profillerinin genel bir uygulama şeklinde ve hiçbir ayırım gözetilmeksizin süresiz şekilde saklanması, kamu yararı ile kişisel menfaatler arasında adil bir denge kuramadığı sonucuna ulaşmıştır¹³⁰¹.

b. Babalık Davası Bakımından

İnsan üzerinde genetik incelemeler ve bu incelemelerden sağlanan genetik veriler ile ilgili olarak, bu türden verilerin işlenmesi, saklanması, imha edilmesi vb. süreçlerin Alman ve İsviçre hukukundakine benzer şekilde düzenlendiği ayrı bir kanun, Türk hukukunda henüz sevk edilmiş olmamakla birlikte, burada konuyla ilgili çeşitli hükümler öngören ve Ceza Muhakemesi Kanunu'na dayanılarak çıkarılan, Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik'ten¹³⁰² bahsetmek gerekir. Anılan Yönetmelik, ceza muhakemesinde bir suçla ilişkin iz, eser, emare ve delillerin elde edilmesi; maddî gerçeğin ortaya çıkartılması bakımından şüpheli, sanık, mağdur ve diğer kişilerin beden muayenelerinin yapılması; tıbbî incelemelerde bulunmak üzere vücuttan, kan veya benzeri biyolojik örneklerle, saç, tükürük, tırnak gibi örneklerin alınması; moleküler genetik incelemeler ile şüpheli ve sanığın kimliğinin tespiti için gerekli fizikî özelliklerin tespitine ilişkin usul ve esasları düzenler (BMGİY m.1). Yine, aynı Yönetmelik hükümlerine göre, kişilerden alınan biyolojik örneklerin incelenmesi sonucunda elde edilen sonuçlar, kişisel veri niteliğinde olup, başka bir amaçla kullanılamaz; dosya içeriğini öğrenme yetkisine sahip bulunan kişiler tarafından bir başkasına verilemez (BMGİY m.14/1). Bu bilgiler, soruşturma ve kovuşturma sonunda verilen kararın kesinleşmesiyle Cumhuriyet savcısının huzurunda ve uygun göreceği usullerle yok edilir ve bu husus, dosyasında saklanmak üzere tutanağa geçirilir (BMGİY m.14/2). Bunun yanı sıra, insan üzerinde yapılan moleküler genetik incelemelerin, kişiye ait özel kalıtsal karakterleri, yani kişiyi karakterize eden bilgi-

¹³⁰¹ Bkz. AİHM'nin 04.12.2008 tarihli *S. ve Marper & Birleşik Krallık Kararı* (Başvuru No: 30562/04 ve 30566/04), para. 105-125. Kararın metnine erişim için bkz. <https://rm.coe.int/168067d216> (E.T. 16.01.2020). Yine aynı kararda AİHM, biyolojik örneklerle DNA profillerinden oluşan kişisel verilerin saklanma süresi, saklanma şekli, saklanan verilerin tekrar kullanım koşulları, verilerin gizliliğinin ve bütünlüğünün korunması ve kötüye kullanımının önlenmesi, artık kullanılmayacağı anlaşılan verilerin imha edilme yöntemi vb. hususlarda devletlerin asgari yasal güvenceleri oluşturması gerekliliğine de ayrıca işaret edilmiştir (bkz. **Apis**, s.290-291, dn.88).

¹³⁰² Bkz. RG. 01.06.2005, Sa.25832.

leri içermeyi bilinen kromozom bölgesi ile sınırlı kalmasına özen gösterileceği¹³⁰³ (BMGİY m.14/4) ve bilirkişi tarafından yapılan analizler sonucunda elde edilen bulguların ilgili makama gönderilmesinin ardından, bulgular üzerinde moleküler genetik analizler için ayrıştırılan DNA örneklerinin, bilirkişi tarafından rapor hazırlandıktan sonra imha edilip bilirkişi raporunda bu hususa açıkça yer verileceği (BMGİY m.14/3) ayrıca öngörülmektedir. Anılan Yönetmeliğin 14. maddesinin Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 80. maddesiyle de örtüştüğü görülür. Kanun'a göre, moleküler genetik incelemesi yapılmak üzere kişinin vücudundan alınan biyolojik örneklerin incelenmesiyle elde edilen sonuçlar kişisel veri niteliğinde olup, başka bir amaçla kullanılamaz; dosya içeriğini öğrenme yetkisine sahip bulunan kişiler tarafından bir başkasına verilemez; soruşturma ve kovuşturma süresinin sona ermesini takiben Cumhuriyet savcısının huzurunda derhâl yok edilir ve bu husus dosyasında muhafaza edilmek üzere tutanağa geçirilir (CMK m.80). Her ne kadar moleküler genetik analizde, genetik materyalin kodlanmayan kısımları üzerinde çalışılıyor olsa ve de kodlanmayan DNA bölgesinde yapılan bu çalışmada, kişinin mevcut hastalıkları, diğer hastalıklara yatkınlığı, suça eğilimi veya benzeri konulara ilişkin karakter analizi mümkün olmasa bile, biyolojik materyaller üzerinde kuşkusuz, kişilik hakları açısından sakıncalı olabilecek nitelikte deneysel çalışmalar yapılabileceği, genetik incelemeler sonucu kişide var olan bir hastalığın belirlenebileceği, hatta kişinin bazı hastalıklara veya suça eğilimi olup olmadığı ve kişilik yapısı gibi kişiye özgü bilgilere ulaşılabileceği gerekçesiyle, bu gibi kötüye kullanımların engellenmesi için biyolojik örneklerin ve genetik verilerin derhal imha edileceğinin Kanun ve Yönetmelik ile düzenlenmiş olması isabetli bir tercih olarak görülebilir¹³⁰⁴.

Fakat meseleye hukuk muhakemesi açısından yaklaşıldığında, soybağının tespiti-
tine yönelik genetik inceleme süreçlerinin işleyişi hakkında Hukuk Muhakemeleri Ka-

¹³⁰³ Doktrindeki bir görüşe göre bu düzenleme, bir yönüyle, kişisel verilerin, genetik numuneler üzerinde inceleme yapılırken dahi mümkün mertebe korunması amacı doğrultusunda kanun koyucunun gösterdiği hassasiyeti desteklemekte; diğer yönüyle de, aslında numune sahibinin genetik özellikleri hakkında bilgi toplama amacına yönelik olmayan ve bu hususa ilişkin bilgiler içeren alandan uzak durma yükümlülüğü getirilen moleküler genetik inceleme yönteminin amaca bağlılık özelliği ile yakından ilişki içinde bulunmaktadır (bkz. **Atalay-** Moleküler Genetik İncelemeler, s.150-151).

¹³⁰⁴ Ayrıca bkz. **Elmas, İ./Ersoy, G.:** Adli Olgulardan Biyolojik Örnek Alınması Moleküler Genetik İncelemelerde Yasal Boyut (Birinci Basamakta Adli Tıp, *Editörler: Koç, S./Can, M., 2. B.*, İstanbul 2011, s.217-221), s.220.

nunu’nda 292. maddeden başka herhangi bir düzenlemeye rastlanmaz. Bu sebeple, soybağı incelemelerinin sonuçlarına ilişkin genetik raporların yetkili kurumlar aracılığıyla ilanihaye saklanıp saklanmayacağı, nasıl muhafaza edileceği ve içeriğinin üçüncü kişilerce hangi koşullar altında öğrenilebileceği gibi hususlar açısından belirsizlikler mevcuttur. Soybağının tespiti amacıyla alınan numunelerin genetik incelemeye tâbi tutulması sonucunda elde edilen verilerin korunması, işlenmesi, saklanması vb. hususlarda tedbir mahiyetinde olmak üzere HMK’dan ayrı, özel bir yasal düzenlemeye rastlanmadığı gibi, ayrıca 6698 sayılı Kanun’un “İstisnalar” başlıklı 28. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendinde, yargılama işlemlerine ilişkin olarak yargı makamları tarafından işlenen kişisel verilerin KVKK kapsamı dışında tutulduğuna dair istisna hükmü mevcuttur¹³⁰⁵. Adı geçen hüküm sebebiyle, hukuk muhakemesinde cereyan eden soybağının tespiti konulu davalarda KVKK tarafından sağlanan yasal korumanın devre dışı kaldığı ve bu yüzden de soybağı incelemesinden elde edilen genetik verilerin mahkemece işlenmesiyle ilgili hukuksal herhangi bir korumanın bulunmadığı söylenebilir. Gelgelelim, soybağının tespiti için kişinin kan veya doku örneğinin incelenmesi sonucunda elde edilen genetik verilerin korunması, işlenmesi, saklanması ve imhası hususlarında ayrıntılı yasal düzenlemelerin bir an önce yapılması elzemdir¹³⁰⁶. Nitekim Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi’nin 13.02.1997 tarihli ve R(97)5 sayılı Tıbbî Verilerin Korunması Hakkında Tavsiye Kararı’nın¹³⁰⁷ “Genetik Veriler” başlığı altındaki 4.8. hükmü uyarınca, yargılama faaliyeti veya ceza soruşturması sebebiyle genetik verilerin işlenmesi meselesi, elverişli koruma tedbirlerini öngören özel kanunlarla düzenlenmelidir.

Yukarıdaki tespitler bir kenara bırakılıp mevcut düzenlemeler ışığında değerlendirme yapmak gerekirse, soybağı davaları bakımından genetik incelemeyi gerçekleştiren ve sonucunu mahkemeye sunan yetkili merciin analiz raporu, mahkemenin gerekçeli kararına dayanak gösterileceğinden ve gerekçeli karar da saklanacağından ötürü, esasen

¹³⁰⁵ Benzer bir düzenleme için bkz. Ceza Muhakemesi İşlemleri Amacıyla Yetkili Yargı Organlarınca Kişisel Verilerin İşlenmesine Karşı Gerçek Kişilerin Korunması Hakkında Avrupa Birliği Direktifi (2016/680), para.20, para.80, art.32/1, art.45/2 (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016L0680>) (E.T. 27.02.2020).

¹³⁰⁶ **Üçüncü, H.:** Medenî Yargılama Hukukunda Kişisel Verilerin ve Sırların Korunması, İstanbul 2019, s.67-68.

¹³⁰⁷ Karar metni için bkz. <https://rm.coe.int/16804f0ed0> (E.T. 27.02.2020).

bu veri dolaylı da olsa işlenmiş kabul edilmelidir¹³⁰⁸. Hatta, dava dosyasının ilgili üçüncü kişiler tarafından hâkimin izniyle incelenmesini mümkün kılan HMK m.161 hükmü göz önüne alındığında, veri sahibinin rızası olmaksızın genetik verilerinin üçüncü kişilerce öğrenilmesi kaçınılmaz olacaktır. Dolayısıyla yargılama sırasında dava dosyasına giren genetik analiz raporundaki veriler KVKK koruması kapsamına girmediğinden, bu verilerin akıbeti ile ilgili olarak CMK m.80 hükmünün kıyasen uygulanması suretiyle sorunun çözülmesi düşünülebilir.

Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 80. maddesine göre beden muayenesi, vücuttan örnek alınması ve alınan örnekler üzerinde yapılan moleküler genetik incelemelerin sonucunda elde edilen veriler kişisel veri niteliğinde olup, başka amaçlarla kullanılamaz ve dosya içeriğini öğrenme yetkisine sahip olan ilgili üçüncü kişiler tarafından başkalarıyla paylaşılamaz (CMK m.80/1). Bu veriler, kovuşturmaya yer olmadığı kararına itiraz süresinin dolması, itirazın reddi, beraat veya ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilip kesinleşmesi hâllerinde Cumhuriyet savcısının huzurunda derhâl yok edilir ve bu husus dosyasında muhafaza edilmek üzere tutanağa geçirilir (CMK m.80/2). Aksi takdirde, verilerin yasal süresi dolmasına rağmen imha edilmemesi nedeniyle TCK m.138/2 gereği¹³⁰⁹ “kişisel verileri yok etmeme” suçunun nitelikli hâli ortaya çıkar¹³¹⁰. Bununla birlikte, CMK m.80 hükmündekine benzer şekilde, soybağı incelemesi sonucunda hazırlanan genetik analiz raporundaki verilerin kişisel veri olarak başka hiçbir amaçla kullanılamayacağı, işlenemeyeceği, dosya içeriğini inceleme yetkisine sahip ilgili üçüncü kişilerce paylaşılamayacağı ve özellikle davanın reddi hâlinde dava dosyasına giren genetik verilerin yok edilmesine karar verileceği hususlarında özel bir düzen-

¹³⁰⁸ **Aşık-** Keşif, s.205.

¹³⁰⁹ 6526 sayılı Kanun ile TCK m.138’e eklenen ikinci fıkra hükmünde açıkça ceza muhakemesi hukukuna atıfta bulunulmuş ve suç konusu Ceza Muhakemesi Kanunu çerçevesinde imha edilmesi gereken verilerden olduğu takdirde, faile verilecek cezanın bir kat artırılacağı kabul edilmiştir.

¹³¹⁰ Ceza muhakemesi kapsamında elde edilen ve özel nitelikli kişisel veri sayılan moleküler genetik inceleme sonuçlarına ilişkin verilerin imha edilmemesi hâlinde, faile verilecek olan cezanın ağırlaştırılmasını öngören yasal düzenlemenin yerinde bir yaklaşım sergilediği yönündeki görüş için bkz. **Atalay-** Moleküler Genetik İncelemeler, s.154.

lemeye Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda ayrıca yer verilmesi gerektiği kanısında-
yız¹³¹¹.

Ayrıca, soybağının tespiti konulu davalarda mahkemece genetik inceleme kararı verilebilmesinin bir diğer koşulu da, üzerinde genetik inceleme yapılması istenen kişi-
nin genetik verilerinin ifşa edilmemesi yönünde korunmaya değer üstün bir yararının
bulunmamasıdır. Eğer kişi üzerinde gerçekleştirilmesi söz konusu olan genetik inceleme
ve bu inceleme sonucunda hazırlanan bilirkişi raporu, kişinin genetik verilerinin ifşasına
sebebiyet verir nitelik taşırsa ve genetik verilerin gizliliği bakımından kişinin korunma-
ya değer üstün bir yararının bulunduğu hususunda hâkimde yeterli kanaat hasıl olursa, o
takdirde hâkim, genetik incelemenin hiç yapılmamasına yahut genetik inceleme raporu-
nun gizliliğinin sağlanması için gerekli önlemlerin alınmasına karar verebilir. Yargıla-
manın tarafları arasında doğal soybağının kurulmasına esas teşkil eden maddî vakıalar,
kural olarak üçüncü kişilere kapalı, özel hayat ve kişisel gizlilik alanı içerisinde yer al-
dığından, soybağının tespiti amaçlı genetik incelemeler de kapalı alanda gerçekleşen
bazı gerçekleri ifşa ettiği ölçüde, kişilerin hayat ve sır alanlarına müdahale oluşturur¹³¹².
Örneğin, genetik inceleme sonucunda ananın kocasının, çocuğun biyolojik babası olma-
dığı yahut çocuğun biyolojik babasının, anadan başkasıyla evli bir erkek olduğu gibi
hususlar ortaya çıktığında, kendiliğinden ananın cinsel hayatı hakkında bazı gizli bilgi-
lerin ifşasına sebep olunacak; böylece kişinin gizlilik alanı içerisinde bulunan cinsel
hayatına ilişkin bilgilerin ifşasından dolayı, ananın özel hayatına ve kişilik haklarına
müdahaleden söz edilebilecektir¹³¹³. Ayrıca kişisel veriler üzerinde kişinin kendi gele-
ceğini belirleme hakkı dikkate alındığında, her bir somut olay bakımından genetik ince-
lemenin muhatabı olan kişinin genetik verilerinin niteliği ve bu verilerin ifşa edilmeme-
si hususunda korunmaya değer üstün bir yararın bulunup bulunmadığının takdir yetkisi
hâkime aittir.

¹³¹¹ Aynı yönde bkz. **Üçüncü**, s.69-70. Konunun ceza muhakemesi boyutuyla ilgili ayrıca bkz. **Yenerer-Çakmut**, s.123 vd.

¹³¹² **Yenerer-Çakmut**, s.95 vd.

¹³¹³ **Sonat**, s.341.

7. İncelemenin Muhatabına Önceden Bildirim Yapılması

Soybağı incelemesinin zorla yapılabilmesinin bir diğer şartı, kendisinden kan veya doku örneği alınmasına karar verilen kişiye önceden ihtar edici bildirimde bulunmuş olmasıdır. Başka bir anlatımla, soybağının tespiti için üzerinde genetik inceleme yapılacak olan kişiden kan veya doku örneği alınması işleminin, koşulları çerçevesinde gerekirse fiziksel güç kullanmak suretiyle gerçekleştirilebilmesi için, kişinin bu konuda önceden ihtar edilmiş olması şarttır. Aksi takdirde, soybağı incelemesinin zorla yapılabilmesi mümkün değildir¹³¹⁴.

Soybağı incelemesine tâbi tutulacak kişiye önceden yapılması gereken bildirimin içeriğinde, incelemeden kaçınmasını haklı göstermeye elverişli sebepler olmamasına rağmen incelemeye katılmayan kişinin fiziksel zorlamaya maruz kalabileceği hususunda ihtar yer almalıdır. Gerçi HMK m.292 hükmünde böyle bir bildirimin yapılmasını şart koşan açık bir düzenleme yer almamaktadır. Fakat öngörülebilirlik ilkesi gereği kişinin, en azından bir kez konudan haberdar edilerek, işlemin yaptırımları hakkında bilgi edinmesi sağlanmalıdır. Bu bildirimin usulü ile ilgili olarak, genel anlamda keşfe katlanma zorunluluğunu düzenleyen HMK m.291/3 ya da tanığın davet edilmesi ve davetiyenin içeriğine ilişkin HMK m.243 ve m.244 hükümlerinden yararlanılması düşünülebilir ve anılan hükümlerin soybağı incelemesi bakımından kıyasen uygulanması yolu tercih edilebilir¹³¹⁵. Yine örneğin mahkemece, soybağı incelemesine tâbi tutulması gereken kişilere “Uyuşmazlığın çözümü bakımından zorunlu olması nedeniyle sağlığınız açısından bir tehlike oluşturmamak şartıyla, soybağının tespiti amacıyla vücudunuzdan kan veya doku alınmasına katlanma yükümlülüğünüz vardır. Bu kapsamda Adli Tıp Kurumu Şube Müdürlüğünden aşağıda belirtilen tarihe randevu alınmıştır. Bu incelemelerin yapılması için ödemeniz gereken masraf miktarı aşağıda belirtilmiştir. Bu nedenle aşağıda belirtilen tarihte rızanız dahilinde Aile Mahkemesi kalemine gelmeniz gerekmektedir. Bu davete uymayarak Adli Tıp Kurumu Şube Müdürlüğünden alınan randevuya haklı bir sebep olmaksızın gitmemeniz halinde HMK’nın 292. maddesine göre, incelemenin zor kullanılarak yapılmasına karar verileceği hususu bilgilerinize rica olunur.” şeklinde

¹³¹⁴ Aşık- Keşif, s.201, 209.

¹³¹⁵ Aşık- Keşif, s.201.

meşruhatlı davetiye gönderilerek muhatabın bilgilendirilmesi sağlanabilir¹³¹⁶. Dolayısıyla, hem taraflar hem de üçüncü kişiler açısından soybağı incelemesinin zorla yapılabilmesi için, soybağının tespitine yönelik yapılmasına karar verilen inceleme ve bu incelemeye karşı konulması durumunda, bunun yaptırımları ihtaren muhataba tebliğ edilmelidir¹³¹⁷.

Bu noktada Yargıtay'ın bazı kararlarına göre¹³¹⁸, tıbbî incelemenin muhatabı olan tarafın davayı kaybetmesi hâlinde ödemekle yükümlü tutulacağı inceleme masraflarının ihtarlı davetiyede bildirilmemiş olması ve bu masrafların muhatap tarafından bilinmemesi, incelemeye rıza gösterilip gösterilmediğini belirsiz kılacağından, bozma sebebi olarak değerlendirilir. Kanımızca incelemenin muhatabına gönderilen davetiyede incelemeden doğan masraflara ilişkin bildirimde bulunulması zorunlu değildir. Zira kamu düzenini ilgilendiren babalık davasında yargılama giderlerine ilişkin olarak HMK m.325 uyarınca hâkim tarafından resen başvurulmuş deliller için gereken giderlerin, bir haftalık süre içinde taraflardan birisi veya belirtilecek oranda her ikisi tarafından öden-

¹³¹⁶ **Akar**, s.99. Sözü edilen meşruhatlı davetiyenin, “*Davacı (A) ’nın biyolojik babası olup olmadığının anlaşılabilmesi ve bu kapsamda DNA incelemesi yapılabilmesi açısından kan veya doku örneğinin alınmasına ihtiyaç duyulmaktadır. Bu kapsamda tarafınıza verilen iki haftalık süre içerisinde mahkeme kalemine kendi rızanızla gelerek DNA testine esas olmak üzere burada yapılacak birtakım işlemlerden sonra ilgili sağlık kuruluşuna rızanız dahilinde gitmek suretiyle kan veya doku örneği vermeniz gerekmektedir. Söz konusu davate uymamanız hâlinde ise, söz konusu incelemeler HMK’nın 292. maddesine istinaden zor kullanılarak yapılacaktır. Bilgilerinize rica olunur.*” şeklinde hazırlanarak gönderilmesi de mümkündür (bkz. **Akar**, s.96-97).

¹³¹⁷ Her ne kadar HMK’nda keşif kararının taraflara ayrıca bildirilmesine ilişkin bir düzenleme yapılmamış olsa da, soybağı incelemesi için kişiden kan veya doku alınması işlemi, doğrudan vücut dokunulmazlığına yönelen ve hatta kişi üzerinde zor kullanılmasını sağlayan bir müdahaleyi içerdiğinden, tarafların da, tıpkı üçüncü kişilerde gibi, bu nitelikteki keşif kararı hakkında önceden bilgi sahibi olması sağlanmalıdır (bkz. **Aşık- Keşif**, s.201).

¹³¹⁸ “...Mahkemece 10.9.2009 tarihli oturumda, DNA incelemesi yapılmasına karar verilmiş, bu yönde davalıya ihtarlı davetiye tebliği için karar oluşturulmuştur. Davalıya ara kararı gereğince çıkartılan davetiyede “DNA testi için hastaneye gitmek üzere 20 gün içinde mahkemeye başvurması gerektiği, aksi halde küçüğün babası olduğunu kabul etmiş sayılacağı ihtarı” yazılmış, bu davetiye 2.10.2009 tarihinde davalıya usulüne uygun olarak tebliğ edilmiş ise de, bu incelemenin gerektirdiği masraf ara kararında ve davetiyede gösterilmemiştir. Davalı davetiyede öngörülen süre zarfında mahkemeye başvurmuş olsa bile, yükümlü olacağı masrafın ne miktar olduğu davalı tarafça bilinmediği için, rıza beyanında bulunup bulunmayacağı o aşamada belirsizdir. Bu bakımdan davetiye Yasanın 284/2. maddesine uygun ve sonuç doğurucu nitelikte değildir. Takip eden oturumda davalı DNA testine rızasının olduğunu açıkça beyan ettiğine göre, davalının ana ve çocuğun DNA testi yaptırılarak adli tıptan rapor alınıp sonucuna göre hüküm kurulması gerekirken, eksik inceleme ile hüküm tesisi doğru bulunmamıştır.” (Y. 2. HD. 26.04.2011, E. 2010/4491, K. 2011/7014; Legalbank İçtihat).

mesine karar verilmesine rağmen, belirlenen bu süre içinde bu giderleri karşılayacak miktarda avans yatırılmadığı takdirde, ileride bu gideri ödemesi gereken taraftan alınmak üzere, giderin Hazine bütçesinden ödenmesine hükmedilir. Dolayısıyla, soybağı incelemesine ilişkin ihtarlı davetiyede incelemeden kaynaklanan masrafların gösterilmemiş olması, kişiye yönelik incelemenin zorla gerçekleştirilmesinin önünde engel teşkil etmez.

Öte yandan, kendisinden kan veya doku örneği alınmasına karar verilen üçüncü kişi, haklı sebeple kaçınma talebinde bulunmaz veya mahkemeye geçerli bir mazeret bildirmeyip numune alımı için kararlaştırılan randevu tarihinde gereken yerde hazır bulunmazsa, onun hakkında zor kullanma yaptırıma işlerlik kazandırılmadan önce, HMK m.245 kıyasen uygulanarak, çağrıldığı randevuya gelmemesinden doğan masraflarla birlikte disiplin para cezasına çarptırılması gerektiğini düşünmekteyiz. Disiplin para cezasına çarptırıldıktan sonra, incelemenin muhatabı olan üçüncü kişiye numune alımı için kararlaştırılan randevu tarihi bir kez daha davetiye yoluyla bildirilerek, bu bildirime de sessiz kaldığı takdirde, zor kullanma eylemine geçilmelidir. Fakat zorla getirilen muhatap, daha önceki randevuya gelmemesini haklı gösterecek sebepleri sonradan bildirirse, aleyhine hükmedilen giderler ve disiplin para cezası kaldırılır (HMK m.245).

VII. Haklı Sebeplerle İncelemeden Kaçınma Talebi

1. Haklı Sebebin Değerlendirilmesi

Soybağı yönünden incelenmesine karar verilen kişinin, kendisinden kan veya doku örneği alınmasına katlanmaktan kurtulabilmesi için, söz konusu incelemenin kendisi açısından katlanılamaz boyutlarda sonuçlar doğuracağını gösteren haklı sebepler sunması şarttır. Bir başka ifadeyle, incelemeye katlanma zorunluluğunun istisnasını ve ispat hakkının da sınırını oluşturan kaçınma hakkı, katlanılmazlığı haklı kılan bir sebebe dayandırılmak zorunda olup, haklı sebepten ne anlaşılması gerektiği ise, hâkimin takdir yetkisinde kalan bir husustur. Buradan anlaşılmaktadır ki, kanun koyucu, soybağı incelemesinin zorla icra edilebilmesine ilişkin birtakım koşullar öngördükten sonra, ayrıca haklı sebep kavramını düzenleyerek incelemeden kaçınmayı sağlayabilecek olguların

taraf menfaatleri ekseninde esnek değ erlendirilebilmesi olanağını getirmiştir¹³¹⁹. Dolayısıyla haklı sebep kavramının kapsamına, hem soybağı incelemesi için Kanun’da öngörülen koşulların tam olarak sağlanmamı  olması hem de bu koşulların dışında başka bazı spesifik olgularda karşılaşılan subjektif nitelikli hususlar dahil edilebilir.

Haklı sebep konusunda Kanun’da açıklık olmamakla birlikte, yalnızca tanıklıktan çekinme sebeplerinin haklı sebep olu turamayacağına işaret edilmiştir. Dolayısıyla, tanıklıktan çekinme sebeplerinin dahi haklı sebebe dahil olmadığı dikkate alındığında, haklı sebep kavramının çok sınırlı ölçekteki özel durumlara hasredilmesi düşünülebilir. Bir g r    g re¹³²⁰, haklı sebep kavramını dar yorumlayıp, HMK m.292 hükümünün yalnızca ilk c mlesindekilerle sınırlı şekilde kabul etmek doğru değildir. Zira kanun koyucunun haklı sebebi bu şekilde düzenleme amacı olsaydı, HMK m.292’nin ikinci cümlesindeki “haklı bir sebep olmaksızın” ifadesi yerine, “Kanunda belirtilen sebeplerden birisi olmaksızın” şeklinde sınırları belirleyici bir ifadeyi tercih ederdi. Böyle bir ifade kullanılmadığından, Kanun’da belirtilenlerin dışında, haklı sebep olarak takdir edilebilecek olgular ileri s r l erek incelemeden kaçınma talebinde bulunulabilecek ve hukukla bilimin dinamik yapısına ayak uyduran, kanun yapma tekniğiyle de bağda an ucu açık bu düzenleme sayesinde hâkim, takdir yetkisi doğrultusunda adil karar verebilecektir¹³²¹.

 ncelemenin muhatabı olan kişi, kendisinden kaynaklanan olgulardan dolayı haklı sebep  ne s r erek incelemeden kaçınmak istediğinde ise, davaya bakan hâkim, soybağı incelemesinin yöntemi ve kişi nezdinde ortaya çıkardığı doğrudan veya dolaylı sonuçlara göre her bir somut olaya özgü değerlendirme yaparak haklı sebebin oluşup oluşmadığını takdir eder. Bu gibi durumlarda, soybağı incelemesine katlanması beklenen kişinin incelemeden kaçınarak sağladığı menfaat, soybağının aydınlatılmasına yönelik menfaat ile kapsamlı şekilde ve somut olayın koşulları çerçevesinde kar ıla tırılıp değerlendirilirken, kanun koyucunun incelemeye katlanma zorunluluğunu  ng rmesinin

¹³¹⁹ Stein/Jonas/Berger, ZPO   372a, Rn.8.

¹³²⁰ Açık- Keşif, s.206.

¹³²¹ Açık- Keşif, s.206.

altında yatan temel argümanlar gözden uzak tutulmamalıdır¹³²². Buradan hareketle, soybağının aydınlatılmasına, yani gerçeğin ortaya çıkarılmasına yönelik menfaatin, savunma hakkına ve gizliliğin korunması menfaatine nazaran önde geldiği; bu yüzden, normal şartlar altında incelemenin yapılmasına imtiyaz tanınmasının beklendiği; incelemenin yapılmasına engel olacak nitelikte bir haklı sebepten dolayı incelenecek kişinin kaçınma talebinin kabulü için ise özel durumların meydana gelmesi gerektiği söylenebilir¹³²³. Özellikle Anayasa ile güvence altına alınmış olan insan onurunun ihlâlüne yol açan müdahalelerin yoğunluğu ve ortaya çıkış şekli, haklı sebebe vücut veren spesifik durumların takdirinde ön planda yer alır. Müdahalenin dozu, korunan menfaat ile ihlâl edilen menfaat arasındaki dengeyi orantısız şekilde bozuyor ve korunmak istenen menfaati artık anlamsız ve değersiz hâle getiriyorsa, haklı sebebin olduğu kabul edilebilir. Ancak bugünün teknolojik koşullarında, artık soybağı incelemesinde kullanılan yöntemlerin, vücut dokunulmazlığına yönelik müdahale boyutları itibarıyla oldukça hafif ve zararsız bir işleyişe sahip olduğu bilinmektedir. Dolayısıyla, haklı sebep argümanının kapsamının geçmişe nazaran günümüzde çok kısıtlı düşünülmesi gerektiği kanısındayız.

2. Kaçınma Talebinin Usulü

Haklı sebebe dayanarak incelemeden kaçınma talebinin öne sürülmesi ve bunun üzerine haklı sebep konusunda verilecek karar, davada ön sorunlara ilişkin hükümlere tâbidir¹³²⁴. Kendisinden kan veya doku örneği alınmasına karar verilen kişi, incelemeden kaçınma talebinin dayanağı olan haklı sebeplerini numune alımı için ayarlanan randevu tarihinde tutanağa geçirilmek suretiyle sözlü şekilde beyan edebileceği gibi, bunu randevudan önce dilekçeyle de yapabilir¹³²⁵. Hâkim, kaçınma talebinin dayanağı olan haklı sebebi ön sorun şeklinde incelerken duruşma açabilir; bilirkişiden görüş isteyebilir ve buna ilişkin kararını bilirkişinin görüşü ekseninde gerekçelendirebilir. Hatta haklı sebebin değerlendirileceği duruşmaya taraflar gelmese dahi hâkim, olumlu veya olumsuz

¹³²² **Stein/Jonas/Berger**, ZPO § 372a, Rn.8.

¹³²³ **Wieczorek/Schütze/Ahrens**, ZPO § 372a, Rn.40.

¹³²⁴ **Wieczorek/Schütze/Ahrens**, ZPO § 372a, Rn.40, Rn.61; **Stein/Jonas/Berger**, ZPO § 372a, Rn.19; **Musielak/Borth/Borth/Grandel**, FamFG § 178, Rn.15.

¹³²⁵ **Wieczorek/Schütze/Ahrens**, ZPO § 372a, Rn.64.

yönde kararını verebilir¹³²⁶. Hâkim, ön sorun hakkında karar vermeden, kişiye karşı zor kullanılması mümkün olmayıp, henüz hâkimin konuyla ilgili kararı açıklanmadan zor kullanma yoluna gidilirse, bilirkişinin sorumluluğu doğabilir. Dolayısıyla usulüne uygun şekilde kaçınmayı haklı gösteren sebep mahkemeye bildirildiği takdirde, hâkim ön sorun hakkında karar verinceye kadar, incelemenin muhatabı kan veya doku örneği vermesi için önceden alınan randevu zamanında hazır bulunmak zorunda değildir. Muhatabın mahkemeye bildirdiği kaçınma sebebinin karşı tarafa ve diğer ilgililere de tebliği gerekir¹³²⁷.

Hâkimin bu konudaki kararı bir ara karar olup, ara kararlarına karşı tek başına istinaf kanun yolu kapalı tutulduğundan, incelemeden haklı sebeple kaçınma ile ilgili ara kararı da tek başına istinafa götürülemez; ancak nihai kararlar birlikte götürülebilir. Ancak bu noktada bir görüşe göre¹³²⁸ mahkeme, haklı sebebi kabul edip incelemeden kaçınma hakkı doğrultusunda ilgiliden kan veya doku örneği alınmamasına karar verdiği takdirde, nihai kararlar birlikte kanun yolu incelemesinde haklı sebebin kabul edilmesine ilişkin ara kararın isabetsiz olduğu sonucuna varılırsa, o takdirde incelemenin muhatabından tekrar kan veya doku alınmasına karar verilir ve bu defa haklı sebep öne sürülemez. Buna karşılık, ilk derece mahkemesi haklı sebebi yerinde görmeyip kişiden zorla kan veya doku örneği alınmasına karar verdiği takdirde, bu yöndeki ara kararın nihai kararlar birlikte kanun yolu incelemesinde isabetsiz bulunması, numune alımı tamamlandığı için, bir etki doğurmaz¹³²⁹. Kanımızca telafisi güç veya imkânsız bu gibi hâllere ilişkin olarak Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda, Alman hukukundaki acele itiraz yoluna benzer şekilde¹³³⁰, istisnai bazı ara kararlarına karşı hukukî çare olarak denetim mekanizmasının öngörülmesi gerekir. Çünkü soybağı incelemesinden haklı sebeple kaçınma talebinin reddi yönündeki ara kararı sonrasında numune alımı, belki de zorla gerçekleştirilmiş olacağından, incelemenin muhatabı nezdinde doğan birtakım

¹³²⁶ **Wieczorek/Schütze/Ahrens**, ZPO § 372a, Rn.65, 66.

¹³²⁷ **Aşık- Keşif**, s.207.

¹³²⁸ **Aşık- Keşif**, s.208.

¹³²⁹ **Aşık- Keşif**, s.208.

¹³³⁰ **Wieczorek/Schütze/Ahrens**, ZPO § 372a, Rn.63, Rn.67; **Musielak/Borth/Borth/Grandel**, FamFG § 178, Rn.15.

olumsuz sonuçlar artık telafi edilemeyecek ve haklı sebebe ilişkin takdir yetkisinin hatalı kullanımından ötürü kararın bozulması yahut kaldırılması durumunda dahi artık işi-
şten geçmiş olacaktır¹³³¹.

Öte yandan, incelemeden kaçınmak isteyen kişi, ileri sürdüğü haklı sebebin mahkemece kabul edilmemesine rağmen, numune alımı için kararlaştırılan tarihte hazır bulunmazsa, o takdirde HMK m.253/1 yahut m.291/3 (tanıklıktan çekinmeye ilişkin son cümlesi hariç) hükümleri kıyasen uygulanmalı ve talebe gerek olmaksızın, karşı koyma sebebiyle ortaya çıkan masrafları ödemeye mahkûm edilmelidir¹³³². Aksi yöndeki bir görüşe göre¹³³³, sebep bildirmeksizin incelemeden kaçınan kişi aleyhine masrafların yükletilmesine karar verilebilmesi için, taleple bağlılık ilkesi gereği taraflardan birisinin talebi gerekmekte olup, talep olmaksızın hâkimin buna resen karar vermesi mümkün değildir. Bize göre ise, bildirdiği kaçınma sebebi mahkemece kabul edilmediği hâlde numune alımı için kararlaştırılan randevuya gelmeyen kişi aleyhine, tanıklıktan haksız şekilde çeken tanığa yönelik HMK m.253 yahut keşfe katlanma yükümlülüğüne uymayan üçüncü kişilere yönelik HMK m.292/3 (tanıklıktan çekinmeye ilişkin son cümlesi hariç) hükümleri kıyasen uygulanarak, kaçınmadan doğan masrafların yanı sıra disiplin para cezası ödemeye resen mahkûm edilebilmesi gerekir¹³³⁴. Zira tanıklıktan haksız yere çekinme ile soybağı incelemesine haklı sebep olmaksızın karşı koyma eylemleri arasında, kanun koyucunun beklediği sonuç itibarıyla herhangi bir fark olmadığı gibi; Alman hukukundaki dZPO § 372a hükmü ile mukayese edildiğinde, soybağının incelenmesi konusunda tanıklıktan haksız çekinmeye ilişkin yaptırımlara doğrudan bir atıf yapılmamış olması, bilinçsiz yasa boşluğu şeklinde düşünülebilir ve bu boşluğun amaçsal yorum yoluyla doldurulup her iki olguda da istenen sonucun gerçekleşmesine yönelik yaptırımların kıyasen uygulanabileceği kabul edilebilir.

¹³³¹ Aynı yönde bkz. **Aşık- Keşif**, s.208.

¹³³² **Aşık- Keşif**, s.213.

¹³³³ **Aşık- Keşif**, s.207, 213.

¹³³⁴ Karş. **Stein/Jonas/Berger**, ZPO § 372a, Rn.17; **Musielak/Borth/Borth/Grandel**, FamFG § 178, Rn.17.

B. Soybağının Tespiti İçin İnceleme Kararına Katlanma Zorunluluğu

I. Genel Olarak Keşfe Katlanma Zorunluluğu

Esas itibariyle taraflar ve üçüncü kişiler, yargılamayı sevk ve idare eden hâkimin vermiş olduğu keşif kararının icrası bağlamında üzerine düşen yükümlülüklerin gereğini yerine getirmek ve buna aykırı eylemlerden kaçınmak zorundadır (HMK m.291/1). Hem davanın tarafları hem de uyuşmazlık konusuyla ilişki içerisindeki diğer üçüncü kişiler bakımından geçerli olan keşfe katlanma zorunluluğunun ihlâli hâlinde hangi yaptırımın uygulanacağı, ihlâli gerçekleştiren kişinin kim olduğuna göre değişir. Şayet davada ispat yükünü taşıyan taraf keşfe karşı koyar yahut keşfin icrasını engellerse, keşif delilinden vazgeçmiş sayılır; ispat yükünü taşımayan karşı taraf keşfin icrasını engellediği takdirde ise, iddia edilen vakıanın ispat yükü altındaki tarafın iddia ettiği gibi gerçekleştiğini kabul etmiş sayılır (HMK m.291/2). Yine, davanın tarafları gibi, uyuşmazlık konusuyla ilgisi bulunan üçüncü kişiler de, keşif kararının icrasına engel oluşturan eylemlerden kaçınmak ve keşfin yapılmasına uygun ortamı sağlamak zorunda olduğundan, keşif kararının gereklerine uygun hareket etmeyen, keşfe karşı koyan üçüncü kişi, keşfe engel olunması yüzünden doğan masrafların yanı sıra beşyüz Türk Lirasından beşbin Türk Lirasına kadar disiplin para cezasına çarptırılır ve gerektiğinde üçüncü kişi nezdinde zor kullanılmasına da hâkim tarafından karar verilebilir (HMK m.291/3).

Bunun yanı sıra, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda keşfe katlanma zorunluluğunun özel bir şekli olarak düzenlenen “Soybağının tespiti için inceleme” başlıklı 292. madde hükmüne göre uyuşmazlığın çözümü bakımından zorunlu ve bilimsel verilere uygun olmak ve buna ilâveten sağlık yönünden bir tehlike oluşturmamak şartıyla herkes, soybağının tespiti amacıyla vücudundan kan veya doku alınmasına katlanmak zorunda olup, haklı bir sebep bulunmaksızın bu zorunluluğa uyulmaması hâlinde hâkim, incelemenin zor kullanılarak yapılmasına karar verir ve üçüncü kişiler de, tanıklıktan çekinme hakkı bulunduğunu ileri sürerek bu yükümlülükten kaçınamaz. Görüldüğü üzere, konusu insan vücudu olan ve içeriği itibariyle insan vücudu üzerindeki genetik incelemeden oluşan bu türden bir keşif işlemine karşı rıza gösterme zorunluluğunu özel bir boyuta taşıyan HMK m.292 hükmü, soybağının tespiti için mahkemenin ihtiyaç duydu-

ğu tıbbî delillerin toplanmasında, keşfe katlanma zorunluluğuna ilişkin genel düzenleme konumundaki HMK m.291 hükmüne nazaran daha katı ve kökten bir çözüm yolu benimsemiş; gerek tarafların gerekse üçüncü kişilerin keşfe karşı koymaları hâlinde dahi keşfin gerçekleştirilebilmesini temin amacıyla kişiler üzerinde hukukun çizdiği sınırlar dahilinde devletin ilgili mercilerine zor kullanma yetkisi tanımıştır. Anılan düzenlemenin kapsamı, yalnızca soybağı davalarından ibaret olmayıp, soybağının tespitini gerektiren ön sorunlar hakkında da soybağı incelemesinin zorla yapılmasına ilişkin HMK m.292'den yararlanılabilir¹³³⁵. Bu bağlamda, örneğin nüfus kaydının düzeltilmesi davasında taraflar ve üçüncü kişiler, soybağının belirlenmesi amacıyla yapılması gereken incelemelere katlanma zorunluluğuna uymadıkları takdirde, HMK m.292 uyarınca bu incelemelerin kişilere karşı zor kullanılarak gerçekleştirilmesi mümkündür¹³³⁶.

Öte yandan, HMK m.292 ile getirilen soybağı incelemesine katlanma zorunluluğu, esasen soybağı davalarında işlevsel bir rol oynadığı hâlde, soybağının tespiti ile ilgili olmayan hukuk davalarında dahi insan vücudu üzerinde inceleme yapılarak birtakım tıbbî delillere erişmek ve bu delillerden yararlanmak gerekebilir. Konusu soybağına ilişkin olsun ya da olmasın, insan üzerinde inceleme yapılmasını gerektiren bütün hukuk davalarında gerekli tıbbî delillerin ne şekilde toplanabileceğine ve tıbbî müdahaleye katlanma zorunluluğunun içeriğine ilişkin olarak mevzuatta açık bir düzenleme sevk edilmediği görülür. Kanımızca HMK m.292'de özel hüküm ile düzenlenen keşfe katlanma zorunluluğunun kapsamı yalnızca soybağı davaları ile sınırlı tutulmalıdır. Zira

¹³³⁵ **Yılmaz, G. A.:** HMK ve TMK'daki Soybağının Belirlenmesine İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi (KBD, S.2019/1, s.57-73), s.67.

¹³³⁶ “...Davacılar vekili dava dilekçesi ve duruşmadaki beyanında, dedeleri ile babaanneleri ... çocukları olarak kayıtlı bulunan davalılar mevcut kayıta amcaları olarak görünen ...'in ... ile gayriresmi ilişkisinden olduklarını bildirerek, adı geçen davalıların nüfus kayıtlarının düzeltilmesini istemiş, mahkemece davanın kabulüne karar verilmiştir. Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı kanıtlarla yasal gerektirici nedenlere ve özellikle kanıtların takdirinde bir isabetsizlik görülmemesine göre sair temyiz itirazları yerinde değildir. Ancak; Dosyanın incelenmesinden, davalı ...'e ihtarlara davetiye çıkarıldığı, ...incelemesi için icabet etmemesi üzerine mevcut delil ve beyanlarla davanın kabulüne karar verildiği anlaşılmaktadır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 292/1. maddesi uyumsuzluğun 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.” (Y. 18. HD. 29.09.2016, 9824/10844; Legalbank İçtihat).

her şeyden önce anılan hükmün başlığı “*Soybağı tespiti için inceleme*” olarak düzenlenmiş olup, soybağının tespiti dışındaki konularda insan muayenesini gerektiren tıbbî delillerin nasıl elde edileceği hususunda ayrı bir norm sevk edilmediğinden, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun keşfe katlanma zorunluluğuna ilişkin genel hükmü olan 291. maddesi, bu sorunun çözümünde yardımcı olabilir. Dolayısıyla hukuk muhakemesinde, konusu soybağının tespit olmayan ve fakat içeriğinde insan vücuduna müdahaleyi zorunlu kılan incelemelerin bulunduğu diğer dava ve işler (örn. TMK m.409/2; m.436/1, b.6-7) bakımından keşfe katlanma zorunluluğunun ihlâli söz konusu olursa, ispat hukuku açısından meseleyi HMK m.292’ye göre değil, HMK m.291’e tâbi olacak şekilde ele almak daha isabetli gözükmektedir¹³³⁷.

II. Soybağı Tespiti İçin İncelemeye Katlanma Zorunluluğunun Kapsamı

1. Kişi Bakımından

Soybağının tespiti amacıyla incelemeye katlanma zorunluluğunun kişi bakımından kapsamına davanın tarafları ile beraber diğer üçüncü kişiler de dahil olup, soybağının tespiti için gerekli incelemelere üçüncü kişilerin katlanma zorunluluğu taraflarla aynı şekilde düzenlenmiştir. Örneğin evlilik dışı çocuğun biyolojik babası ölüm tehlikesi altında kaybolmuş veya gaipliğine karar verilmiş durumda ise, soybağı incelemesine katlanma zorunluluğu, bu kişinin üstsoyu, altsoyu ve kardeşi konumundaki üçüncü kişiler için de geçerlidir. Yani tıpkı biyolojik baba olduğu iddia edilen kişi gibi, bu kişinin babası, çocuğu, kardeşi konumundaki üçüncü kişiler de soybağı incelemesine ve genetik numune alınması işlemine katlanmak zorunluluğu altındadır¹³³⁸. Ayrıca, davanın tarafları olan anne/çocuk ile biyolojik baba olduğu iddia edilen davalının (veya onun üstsoyu/altsoyu/kardeşi olan üçüncü kişilerin) kan veya doku örnekleri üçlü genetik incelemeye tâbi tutularak karşılaştırılır ve aralarında herhangi bir doğal soybağı ilişkisi olup olmadığı ortaya konulur. Zira soybağının belirlenmesinde hem çocuğun ve ananın hem de davalının genetik numuneleri aynı anda birlikte karşılaştırılarak incelenmek zorundadır.

¹³³⁷ **Bolayır-** Hakimin Rolü, s.475.

¹³³⁸ **Görgün/Börü/Kodakoğlu**, s.562.

Soybağı incelemesi için, çocuğun ayırt etme gücünü taşıması hâlinde kendi rızasının yanında yasal temsilcisinin (-ki genellikle veli sıfatıyla ananın) ve vesayet makamının da rızası gerekir. Ancak ayırt etme gücünden mahrum olan çocuk adına rızayı yasal temsilcisi verir¹³³⁹. Eğer çocuğun yasal temsilcisi soybağı incelemesi için gereken rızayı haklı sebep olmadığı hâlde göstermezse, zor kullanma yaptırımı çocuğun kişisel bakım yükümlülüğünü taşıyan kişi (genellikle veli sıfatıyla anası) üzerinde uygulanır. Ancak ölçülülük ilkesi gereği ayırt etme gücünden yoksun çocuğa bakmakla yükümlü kişi üzerinde derhal ve doğrudan fiziksel güç kullanımından önce haksız yere tanıklıktan çekinmenin sonuçlarından olan disiplin para cezası ve disiplin hapsi uygulanması daha isabetli bir yöntem olabilir¹³⁴⁰. Bu disiplin yaptırımlarının uygulanabilmesi için ise, çocuğun yasal temsilcisine önceden muhtıra gönderilmiş olması, muhtıranın içeriğinde soybağı incelemesi için numune alınmasına ve bu işlemde çocuğun olumsuz etkilenmemesine yönelik gereken önlemlerin alınması hususunda ihtarın bulunması uygun olur¹³⁴¹.

Katlanma zorunluluğunun uygulama alanına ölü kişiler de girer¹³⁴². Özellikle ölenin mirasçılarına karşı açılan babalık davasında¹³⁴³ üçüncü kişiler üzerinde yapılan soybağı incelemelerinden kesin bulgular elde edilemediği takdirde, mezar açılarak fethi

¹³³⁹ **Memiş, T./Yıldırım, M. F.:** Soybağının Belirlenmesinde Gen Analizlerinin Kullanılması ve Yaratıldığı Hukuki Sorunlar (AÜEHFD, C.VIII, S.2004/1-2, s.283-306), s.300.

¹³⁴⁰ **Wieczorek/Schütze/Ahrens,** ZPO § 372a, Rn.80; **Ahrens,** Kap.24, Rz.112, s.553.

¹³⁴¹ **Aşık- Keşif,** s.190-191.

¹³⁴² **MüKo-ZPO/Zimmermann,** ZPO § 372a, Rn.2; **BeckOK-ZPO/Bach,** ZPO § 372a, Rn.4; **Keidel/Engelhardt,** FamFG § 178, Rn.11.

¹³⁴³ İlaç sektöründe önde gelen sanayici bir ailenin ferdi olan V.E. 1961 senesinde İstanbul'daki evinde intihar etmek suretiyle vefat etmiş; geriye iki çocuğu ve resmî nikahlı eşi mirasçı olarak kalmıştır. R.B. ise, 1956 yılında doğmuş ve uzun yıllar başka birini babası olarak tanımıştır. Ancak, 2003 senesinde ölmek üzere olan annesi N.Ü. 47 yıllık sırrını kızları R.Ü. ve üvey kardeşiyle paylaştıktan iki gün sonra hayata gözlerini yummuştur. Evlilik dışı bir ilişkiden olduğuna dair sır yıllarca gizli tutulduktan sonra, biyolojik babasının, holding kurucusu N.E.'nin kardeşi V.E. olduğunu öğrenen R.B. tarafından, V.E.'nin mirasçılara karşı, gerçek babasının ölümünden tam 46 yıl sonra soybağının tespiti amacıyla babalık davası açılmış ve davada mahkemenin keşif kararı üzerine V.E.'nin mezarı açılıp gerçekleştirilen keşif işlemiyle usulüne uygun olarak alınan DNA örnekleri genetik inceleme için Adli Tıp Kurumu'na gönderilmiştir. Yaklaşık 7 ay sonra mahkemeye ulaşan raporda V.E.'ye ait DNA örnekleriyle R.B.'den alınan örneklerin % 99.9 uyum gösterdiği belirtilmiş ve sonuç itibarıyla davacı R.B.'nin biyolojik babasının, davalı mirasçıların babaları V.E. olduğuna ilişkin ilk derece mahkemesi kararı Yargıtay tarafından da onanarak kesinleşmiştir (Habertürk Gazetesi'nin 12.08.2009, 01.12.2010, 14.02.2011 ve 21.07.2012 tarihli haberlerinden alıntı için bkz. www.haberturk.com)

kabir yoluyla numune alınmasından başka seçenek kalmaz. Bu durumda 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun'un¹³⁴⁴ 14. maddesinin birinci fıkrasına göre hareket edilmesi uygun olur. Her ne kadar anılan düzenleme, tedavi, teşhis ve diğer tıbbi amaçlarla doku alınmasına ilişkin olsa da, ölen kişinin soybağının tespiti açısından doku örnekleri üzerinde genetik inceleme yapılması için de düşünülebilir¹³⁴⁵. Bu cümleden olarak ölen kişi, sağlığında, organ ve dokuları üzerinde bilimsel amaçlar doğrultusunda inceleme yapılmasına rıza göstermemişse, sırasıyla, ölüm anında yanında bulunan eşi, reşit çocukları, ana veya babası yahut kardeşlerinden birisinin; bunlar yoksa, yanında bulunan bakım yükümlüsü konumundaki herhangi bir yakınının rızasıyla ölüden organ veya doku alınabilir (2238 s. K. m.14/1). Bu konuda bir görüşe göre¹³⁴⁶ kişi, sağlığında, öldükten sonra cesedinden doku alınmasına karşı olduğunu açıkça beyan etmişse, öldükten sonra yakınlarının rızası bulunsada, artık ölenin cesedinden doku örneği alınıp genetik inceleme yapılması mümkün değildir. Fakat ölen kişi, sağ iken herhangi bir açık beyanda bulunmamış olmasına rağmen, öldükten sonra onun yakınları tarafından açıkça rıza verilmemesi hâlinde ise, katlanma zorunluluğuna aykırı davranılmış olmasının hukukî sonuçları, artık ölen kişinin yakınları nezdinde ortaya çıkar¹³⁴⁷. Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre¹³⁴⁸ ise, ölenin yakınları rıza göstermese dahi, HMK m.292 hükmünün şart koştuğu haklı sebep söz konusu olmadığı sürece, yani ölenin yakınları tarafından soybağı incelemesi için ölüden doku örneği alınmasına rıza gösterilmemiş olmasının mahkemece yapılan değerlendirmede haklı sebebe dayanmadığı anlaşılırsa, (gerekirse fiziki güç kullanılarak) ölünün mezarının açılıp cesetten doku örneği alınmasına karar verilebilir. Zira yaşayan kişiler açısından dahi haklı sebep olmadıkça soybağı incelemesine katlanmaktan kaçınma hakkı bulunmadığı hâlde, ölenin cesedinden doku örneği alınması suretiyle ölü üzerinde hak sahibi kişiler açısından meydana gelen manevî hakkın ihlâlinin boyutu ile, çocuğun genetik kökenini öğrenme hakkı mukayese edildiğinde çocuğun yararının daha üstün

¹³⁴⁴ Bkz. RG. 03.06.1979, Sa.16655.

¹³⁴⁵ **Aksoy-Dursun, S.:** Soybağının Belirlenmesi Bakımından MK m.284 ve HMK m.292'nin Değerlendirilmesi (BÜHFKHD, C.8, S.95-96, 2012, s.109-124), s.116.

¹³⁴⁶ **Aksoy-Dursun-** Soybağının Belirlenmesi, s.117-118; **Akar,** s.61.

¹³⁴⁷ **Aksoy-Dursun-** Soybağının Belirlenmesi, s.118.

¹³⁴⁸ **Aşık-** Keşif, s.191-192.

olduğunu kabul etmek gerekir¹³⁴⁹. Mezar açılarak cesetten numune alınmasının yerine, alternatif olarak ölenin yakın akrabalarından da elverişli genetik numune alınması tercih edilebilir. Biyolojik baba olduğu iddia edilen kişinin ölüm tehlikesi altında kaybolması ve mezarının bulunamaması gibi, doğrudan onun üzerinde inceleme yapılması mümkün olmayan hâllerde, onun kan hısımlarının da tanıklıktan çekinme sebeplerine dayanmalarına izin verilmeksizin incelemeye katlanma zorunluluğu söz konusu olur¹³⁵⁰. Ancak katlanabilirlik noktasında karar verilirken, davayla ilgisi bulunmayan ve katlanma zorunluluğuna uygun davranmayan üçüncü kişilerden zorla kan veya doku örneği alınmasından ziyade, cesetten elde edilmesi beklenen doku örneğinin incelenmesi sonucunda kesin verilere ulaşılabileceği anlaşılırsa, mezar açma yoluna gidilmesi öncelikle tercih edilmelidir¹³⁵¹.

Öte yandan, yurtdışında bulunan Türk vatandaşları ile, Türkiye’de mukim ve hiçbir yargı bağışıklığından yararlanamayan yabancı ülke vatandaşları bakımından da katlanma zorunluluğunun bulunduğunu belirtmek gerekir. Bununla birlikte, Türkiye’de görevli yabancı diplomatik ajanların ise, kural olarak hukuk yargısından bağışıklığı (muafiyeti) vardır. Fakat Türkiye’de daimî surette mukim bulunan yabancı diplomatik ajanlar, kendilerini kabul eden devlet tarafından ek ayrıcalık ve bağışıklıklar getirilmediği müddetçe, görevleriyle herhangi bir ilgisi bulunmayan eylem ve işlemlerinden dolayı yargı muafiyeti taşımazlar¹³⁵² (18 Nisan 1961 tarihli “Diplomatik İlişkiler Hakkında Viyana Sözleşmesi”¹³⁵³, m.38/1). Bu sebeple, görevlerinin ifası sırasında gerçekleştirdikleri resmî işlemlerin dışında kalan konularda, örneğin babalık davasında bu kişilerin soybağı incelemesine katlanma yükümlülüğü bulunduğu kanısındayız. Ne var ki, katlanma yükümlülüğü taşımakla birlikte, Türkiye’de daimî surette mukim olsalar bile, yabancı diplomatik ajanlara karşı kamu otoriteleri tarafından zor kullanma yetkisinin olmadığı, yani soybağı incelemesine katlanmaya fiilen zorlanamayacağı söylenebilir. Yine, Türkiye’deki diplomatik temsilciliklerde görev yapan hizmet kadrosunun üyeleri

¹³⁴⁹ **Keidel/Engelhardt**, FamFG § 178, Rn.11; **Ahrens**, Kap.24, Rz.74, s.544; **Aşık- Keşif**, s.192.

¹³⁵⁰ **OFK-Schwander**, ZPO Art.296, N.4.

¹³⁵¹ **Ahrens**, Kap.24, Rz.74, s.544-545.

¹³⁵² **Tanriver-** Usul, C.I, s.140.

¹³⁵³ Bkz. RG. 12.09.1984, Sa.18513.

ile idarî ve teknik personel konumundaki kişiler, Türk vatandaşı yahut Türkiye’de daimî surette ikâmet sahibi iseler, kendilerine karşı açılacak olan babalık davalarında yargı muafiyetinden yararlanmazlar ve bu yüzden soybağı tespitine yönelik genetik incelemelerden kaçınma hakkına sahip değildirler. (24 Nisan 1963 tarihli “Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Sözleşmesi”¹³⁵⁴ m.37/2, 3). Keza devlet tarafından diplomatik ajanın özel hizmetçilerine hukuk yargısı bağlamında herhangi bir muafiyet getirilmediği sürece, özel hizmetçilerin Türk mahkemelerinde açılacak olan babalık davalarında yargı muafiyetinden yararlanması mümkün değildir¹³⁵⁵ (Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Sözleşmesi m.37/4). Konsoloslukta görevli memur ve hizmetliler ise, resmî görevlerinin yerine getirilmesi sırasında işledikleri fiillerin dışında kalan konularda, kendilerini kabul eden devletin adlî ve idarî makamlarının yargısına tâbi olduklarından, bu kişilere karşı babalık davası açılabilir ve soybağı incelemesine katlanma yükümlülüğünden söz edilebilir. Buna ilaveten, konsolosluk hizmetlileri ve hizmet personeline mensup kişiler adlî ve idarî davalarda tanıklık yapmaya da davet edilebilirler. Fakat bu kişiler, görevlerinin yerine getirilmesiyle ilgili olaylar haricindeki konularda, tanıklık yapmayı reddetmemeleri gerektiği hâlde, bir konsolosluk memuru tanıklık yapmayı reddederse, ona karşı hiçbir zorlayıcı tedbir veya başka yaptırım uygulanması mümkün olmaz (Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Sözleşmesi m.44/1). Dolayısıyla bu kişilerin, soybağı tespitine yönelik genetik incelemelere katlanmaya zorlanamayacakları sonucuna varılabilir.

Son olarak, yerleşim yeri yurtdışında olan ve yabancı ülkenin egemenlik haklarından dolayı keşfe katlanma zorunluluğu çerçevesinde Türkiye Cumhuriyeti’nin resmî organları tarafından kendilerine doğrudan zor kullanma yetkisi uygulanamayan yurtdışındaki Türk vatandaşlarına karşı, bulundukları ülkenin usul hukukunda bu yönde bir katlanma zorunluluğunun öngörülmüş olması koşuluyla, zor kullanma yaptırımının uygulanması ve bu suretle genetik incelemelerin yapılması mümkün olabilir¹³⁵⁶. Eğer o ülke devletinin resmî organlarından hukukî yardım istenir ve bu yardım talebi ilgili ya-

¹³⁵⁴ Bkz. RG. 29.05.1975, Sa.15249.

¹³⁵⁵ **Tanrıver-** Usul, C.I, s.141.

¹³⁵⁶ Alman hukuku için bkz. **MüKo-ZPO/Zimmermann**, ZPO § 372a, Rn.18, Rn.32.

bancı mercilerce kabul edilirse, katlanma yükümlülüğünden kaçınma sebeplerinin haklılığına ilişkin hukukî değerlendirme, muhatabın millî hukukuna tâbi olduğundan, Türk hukukuna göre Türk mahkemeleri tarafından yapılır¹³⁵⁷.

2. Konu ve Şekil Bakımından

Soybağı incelemesine katlanma zorunluluğu olan kişilerin aktif ve pasif davranışlar sergilemek suretiyle bu zorunluluğa uygun hareket etmesi beklenir. Katlanma zorunluluğuna uygun olmayan aktif davranışlar kapsamında kişinin, soybağı incelemesi için kan veya doku örneği alınması işleminin seyriyle bağdaşmayan ve bilirkişinin görevini ifa etmesine engel oluşturabilecek eylemleri zikredilebilir. Yine, katlanma zorunluluğu olan kişi, soybağı incelemesi için gerekli kan veya doku örneğinin bilimsel çerçevede usulüne uygun şekilde alınabilmesi için üzerine düşen her türlü işbirliğini sağlamalıdır. Bu itibarla kişinin tamamen pasif bir tutum sergilemesi de kabul edilemez¹³⁵⁸. Örneğin kişinin, kendisine bildirilen zamanda, numune vereceği yerde hazır bulunması, kimlik tespitinde kolaylık sağlaması, kan alınacağı zaman kolunu açması, yanaktan sürüntü alınacaksa ağzını açması gibi aktif fiziksel aktiviteleri yerine getirmesi gerekir¹³⁵⁹. Soybağı incelemesi için numune verilmesine hazırlık mahiyetindeki eylemlerden kaçınılması da soybağı incelemesine katlanma zorunluluğuna eşdeğer kabul edileceğinden, aynı sonuçlara tâbi tutulur¹³⁶⁰. Ancak katlanma zorunluluğu kapsamında kişinin ölmüş bir yakınının fotoğraflarını antropolojik soybağı incelemesi amacıyla bilirkişiye teslim etmesi, genetik hastalıkları hakkında beyanda bulunması yahut hastaneye yatışı kabul etmesi beklenemez¹³⁶¹. Aynı şekilde, katlanma zorunluluğunun kapsamı itibarıyla kişi yalnızca soybağının tespiti amacıyla yapılacak incelemelere rıza göstermek zorunda olup, psikolojik ya da psikiyatrik incelemeler bu kapsamda düşünülemez¹³⁶².

¹³⁵⁷ Alman hukuku için bkz. **MüKo-ZPO/Zimmermann**, ZPO § 372a, Rn.18, Rn.33.

¹³⁵⁸ Aksi yönde bkz. **Aksoy-İpekçioğlu**- Vücuttan Örnek Alma, s.1169.

¹³⁵⁹ **MüKo-ZPO/Zimmermann**, ZPO § 372a, Rn. 17; **BeckOK-ZPO/Bach**, ZPO § 372a, Rn.21.

¹³⁶⁰ **Ahrens**, Kap.24, Rz.78, s.545-546; **Aşık**- Keşif, s.192.

¹³⁶¹ **Ahrens**, Kap.24, Rz.77, s.545; **MüKo-ZPO/Zimmermann**, ZPO § 372a, Rn.17; **BeckOK-ZPO/Bach**, ZPO § 372a, Rn.22.

¹³⁶² **BeckOK-ZPO/Bach**, ZPO § 372a, Rn.5. Aynı yönde ayrıca bkz. BGH, 17.02.2010, XII ZB 68/09, OLG München (NJW 2010/19, s.1351-1356).

III. Katlanma Zorunluluğunun İhlâli Hâlinde Ortaya Çıkan Sonuçlar

1. 1086 Sayılı (Mülga) HUMK Döneminde

Evlilik dışı ilişkiden doğan çocuğun, babalık davasında verilecek babalık hükmüyle biyolojik babasına hukuken soybağı ilişkisiyle bağlanabilmesi için, aralarındaki doğal soybağının ispatı gerekir. Bu bağlamda doğal soybağının tespiti için insan vücudu üzerinde gerçekleştirilmesi gereken genetik inceleme, 1086 sayılı (mülga) HUMK döneminde taşınmaz eşya dışındaki şeylerin keşfi şeklinde ayrı bir delil sınıfı oluşturan “özel hüküm sebepleri” arasında sayılmaktaydı.

Aslında 1086 sayılı (mülga) HUMK döneminde de, taraflar ve üçüncü kişiler için sağlık yönünden sakınca taşımamak kaydıyla hâkim kararına istinaden vücut üzerinde muayene yapılmasına katlanma zorunluluğunun varlığından söz edilebilirdi. Doktrinde, soybağı incelemesi geniş anlamda keşfin konusu olarak kabul edildiğinden, tarafların, keşfin icrasını kolaylaştırmak için ellerinden gelen herşeyi yapmaları gerektiği şeklinde bir usulî yükümlülük altında bulundukları ve bu hususta kamu yararından söz edilebileceği, keşfin yerine getirilmesine karşı konulması hâlinde cebir kullanılması yönünde mahkemece emir verilebileceği ve bunun için kamu gücüne başvurulabileceği ileri sürülüyordu¹³⁶³. Bu çerçevede Kanun’un 367. maddesi uyarınca hâkim, senetle ispatın zorunlu olmadığı hâllerde, resen yahut taraflardan birisinin talebi üzerine, kanunen öngörülme-yen diğer delillerin toplanmasına ve incelenmesine de karar verebiliyordu. Nitekim 108 sayılı (mülga) HUMK, genel olarak sınırlayıcı bir delil listesi düzenlemediğinden, kanunda belirtilenlerin dışındaki herhangi bir şeyin özel hüküm sebebi kapsamında değerlendirilebilmesi için akla ve mantığa uygun olması, beş duyu organıyla anlaşılabilmesi yeterli görülüyordu. Keza anılan hükmün madde başlığındaki özel hüküm sebebi kavramıyla, taşınmazların haricindeki şeylerin (geniş anlamda) keşfi konumundaki takdirî delil kastedildiğinden, soybağı incelemesi bu kapsamda ele alınabiliyordu¹³⁶⁴.

¹³⁶³ **Kuru-** Usul, C.III, s.2876; **Ansay,** s.307; **Akcan-** Madde 284 Üzerine, s.910; **Okumuş,** s.66-70.

¹³⁶⁴ **Kuru-** Usul, C.III, s.2873 vd.; **Okumuş,** s.33, 37.

Öte yandan, özel hüküm sebeplerine yönelik keşif incelemesinin icrasına karşı koyan, keşfi engelleyen taraflar bakımından hangi sonuçların doğacağı açıkça öngörülmediğinden, HUMK döneminde doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre¹³⁶⁵, 14.04.1982 tarihli ve 2659 sayılı Adli Tıp Kurumu Kanunu'nun¹³⁶⁶ (mülga) 23. maddesinin (C) fıkrasının ikinci bendinde yer alan düzenlemeden yararlanılarak sonuca varılması mümkün olup, anılan hükme göre Adli Tıp Kurumu Genel Kurulu ve İhtisas kurulları, ilgili kişileri gerektiğinde muayene edebilir, bunları usulüne göre dinleyebilir, her türlü incelemeyi yapabilir veya yaptırabilirdi. Yine bu hükmün, aynı Kanun'un 20. maddesi¹³⁶⁷ uyarınca yapılacak incelemeleri de kapsadığı ve bu incelemelere karşı konulması hâlinde kişinin muayene edilmek ve kendisinden kan alınmak üzere zorla Adli Tıp Kurumu'na götürülebileceği doktrinde savunulmaktaydı¹³⁶⁸. Yani, bu düzenlemeler karşısında hâkimin, babalık davasında davalının ya da üçüncü kişinin vücudu üzerinde gerekirse zor kullanılarak soybağı incelemesi yapılmasına karar verebileceği görüşü¹³⁶⁹ HUMK m.367 hükmüne dayandırılarak dile getirilmişti.

Gelgelelim Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu yürürlükteyken bu konuya ilişkin olarak ileri sürülen aksi yöndeki görüşe göre¹³⁷⁰ ise, hem 1086 sayılı (mülga) HUMK m.367 hükmü hem de 2659 sayılı Kanun'un (02.07.2018 tarihli ve 703 sayılı

¹³⁶⁵ **Kuru-** Usul, C.III, s.2876; **Akcan-** Madde 284 Üzerine, s.912-913; **Özüğür,** s.215.

¹³⁶⁶ Bkz. RG. 20.04.1982, Sa.17670.

¹³⁶⁷ Hükmün 4810 sayılı Kanun'la değişiklikten sonraki hâli şu şekildeydi: “*Biyoloji İhtisas Dairesi, mahkemeler ile hakimlikler ve savcılıklar tarafından gönderilen her türlü biyolojik örnek ve biyolojik örnek taşıması muhtemel materyalin mikrobiyolojik, hematolojik, serolojik ve genetik yönden incelemelerini yapar ve sonucunu bir raporla tespit eder.*”

¹³⁶⁸ **Kuru-** Usul, C.III, s.2876; **Tekinay-** Aile, s.407.

¹³⁶⁹ “...Medeni Kanunun 284. maddesi uyarınca taraflar ve üçüncü kişiler, soybağının belirlenmesinde zorunlu olan ve sağlıkları yönünden tehlike yaratmayan araştırma ve incelemelere rıza göstermekle yükümlü kılınmışlar ise de, davalının bu yöndeki araştırma ve incelemeye rıza göstermemesi durumunda sonucun aleyhine değerlendirilebileceği öngörülmekle, davalı hakkında bu uygulama için zor kullanılamayacağı anlaşılmaktadır. Diğer taraftan zor kullanmanın yasal ve gerekli bulunduğu durumlarda da Adli Tıp Kurumu 5. İhtisas Kurulunun bu dosya hakkındaki 07.12.2009 tarih ve 2281 sayılı görüşünde açıklandığı üzere, soybağının tespiti amacıyla sadece kan örneği alınması gerekli olmayıp, ayrıca kişiye daha az sıkıntı verebilecek olan bukkal sürüntü (ağız içerisinden her iki yanak iç yandan özel aplikatörü vasıtası ile alınan sürüntü) örneği veya (çekilerek alınan) kökklü saç kılı örneği vb. yöntemler kullanılabileceği gibi, zor kullanma görev ve yetkisi de doktora değil, ilgili mahkeme kararını uygulamakla görevli C. Başsavcılığına ait olduğundan bu konudaki tedbirlerin Başsavcılık ve kolluk görevlilerince alınması gerekeceği...” (Y. 4. CD. 11.03.2013, E.2011/5356, K.2013/6985; Legalbank İçtihat).

¹³⁷⁰ **Erten/Acır/Taşveren,** s.582; **Saldırım-** DNA, s.139-140.

KHK m.61 ile mülga) m.20 ve 23/c-2 hükümleri, kişiden zorla kan alınmasının hukukî dayanağı olamaz. Böyle bir zorlamaya cevaz verilebilmesinin yegane koşulu, açık yasal düzenlemeyle katlanma zorunluluğunun öngörülüp kişilik haklarına müdahalenin hukukî dayanağına kavuşturulmasıdır. Yine, benzer yöndeki bir başka görüşe göre¹³⁷¹ de, 2659 sayılı Kanun ile birlikte özel hüküm sebepleri çerçevesinde mahkemece Adli Tıp Kurumu'ndan görüş istenmesi hâlinde, Kurum tarafından kişiler üzerinde herhangi bir sınırlama olmaksızın her türlü biyolojik numunenin gerekirse zorla alınabileceği sonucuna varılamaz. Adli Tıp Kurumu, ancak mahkeme kararına istinaden bilimsel ve teknik görüş bildirmekle yetkili olup, herhangi bir mahkeme kararıyla somutlaşmadığı müddetçe kişilerden biyolojik örnek alınması veya beden muayenesi yapılması mümkün değildir. Yani, Adli Tıp Kurumu tarafından kişilerin beden muayenesinin yapılabilmesi veya vücutlarından örnek toplanabilmesi, ancak bu yönde somut içeriğe sahip bir mahkeme kararına dayandığı takdirde hukuka uygun olur. Aksi takdirde, somut bir beden muayenesi veya vücuttan örnek alınması yönünde talep içermeyen mahkeme kararına istinaden Adli Tıp Kurumu'nun beden muayenesine ve vücuttan örnek toplamaya kalkışması, Anayasa'nın 17. ve 20. maddelerine aykırılık oluşturur¹³⁷². Anılan görüşe ek olarak bazı yazarlar¹³⁷³ ise, muayeneye katlanma zorunluluğuna ilişkin açık bir yasal düzenleme yapılmadığı sürece, babalık davasında baba olduğu iddia edilen davalının kan muayenesine itiraz etmesi hâlinde davacının ispat yükünden kurtulacağını ve ispat yükünün, inceleme için kan vermeyi reddeden karşı tarafa geçeceğini ileri sürmüşlerdir. Böylelikle HUMK döneminde babalık davasında ispat yükünü taşımayan davalı tarafın soybağı incelemesine karşı koymasının yaptırımı, onun ispat yükünü kendi üzerine alması şeklinde düşünülmüştür.

2. 6100 Sayılı HMK Döneminde

Babalık davası sonucunda evlilik dışı çocukla biyolojik baba olduğu iddia edilen davalı arasındaki yasal soybağı ilişkisinin, olgusal gerçeklikle örtüşmeyecek şekilde, hakikate aykırı olarak kurulması ve böylelikle gerçeğe ulaşma idealinden uzaklaşılması

¹³⁷¹ Çiftçi- İspat Hakkı, s.606-607.

¹³⁷² Çiftçi- İspat Hakkı, s.606-607.

¹³⁷³ Velidedeoğlu, s.325; Feyzioğlu, s.430.

ihimâlinin yaratacağı sakıncaları bertaraf etmek amacıyla, soybağının tespitini konu alan genetik incelemeye ilişkin olarak, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 292. maddesinde özel bir hüküm sevk edilmiştir. Anılan düzenlemenin ilk fıkrasına göre, evlilik dışı çocuğun soybağına ilişkin uyuşmazlığın hâlli bakımından zorunlu, bilimsel verilere uygun ve sağlık yönünden bir tehlike oluşturmamak şartıyla, herkes genetik soybağının tespiti amacıyla vücudundan kan, doku veya sıvı örneği alınmasına katlanmak zorunda olup, haklı bir sebep olmaksızın bu zorunluluğa uyulmaması hâlinde hâkim, incelemenin zor kullanılarak yapılmasına karar verir (HMK m.292/1). Yine anılan düzenlemenin ikinci fıkrasında, İsviçre Medenî Usul Kanunu ile paralel şekilde, keşfe katlanma yükümlülüğü altındaki üçüncü kişilerin, tanıklıktan çekinme hükümlerine göre hakkı bulunduğunu ileri sürerek bu yükümlülüğten kaçınamayacağına da açıkça işaret edildiği görülmektedir¹³⁷⁴.

İnsan vücudu üzerinde bir tür keşif niteliğinde varsayılan genetik incelemenin sağlıklı ve doğru şekilde yapılıp tamamlanabilmesi, kişinin vücudundan DNA analizi için kan, doku veya elverişli sıvı örneği alınmasını gerekli kıldığından, genel çerçevede keşfe katlanma zorunluluğunun babalık davası bakımından da geçerli olduğu ifade edilebilir. Yani, evlilik dışı çocuğun davalı tarafla arasında genetik soybağı ilişkisinin bulunup bulunmadığının tespit edilebilmesi amacıyla verilen inceleme kararına karşı davalının direnmesi, bu kararın gereğini yerine getirmekten kaçınması ya da bu kararın icrasını engellemesi hâlleri ortaya çıktığı takdirde keşfe katlanma zorunluluğunun ihlâlinden söz edilir. Bu itibarla, babalık davasında soybağının tespitine yönelik genetik inceleme için davalının, vücudundan örnek alınmasına rıza gösterme (katlanma) zorunluluğu ve bu zorunluluğa uymaması hâlinde kendisi hakkında işletilecek olan yaptırımlar, keşfe katlanma zorunluluğu kapsamında özel olarak öngörülen yasal düzenlemeler göz önüne alınıp irdelenmelidir.

¹³⁷⁴ HMK m.292’nin Tasarı metnindeki karşılığını oluşturan 296. maddeye ilişkin Hükümet gerekçesi şu şekildedir: “Soybağı ile ilgili davalar kamu düzenindedir. Bu nitelikteki davalarda, hâkim, maddî hadiseyi kendiliğinden araştırır ve serbestçe değerlendirir. Uyuşmazlığın çözümü bakımından, davalının 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 yükümlülüğten kaçınma yolu da kapatılmıştır.”

Esas itibariyle, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 291. maddesinde genel mahiyette düzenlenmiş olan keşfe katlanma zorunluluğu gerçek anlamda bir “usulî yükümlülük” olarak öngörülmemiştir. Zira böyle bir yükümlülüğün söz edilebilmesi için keşfin icrasını güvence altına alan, muhatabını keşfe katlanmak zorunda bırakan doğrudan cebrî usulî yaptırımların getirilmiş olması gerekir. Halbuki genel olarak keşfe katlanmaktan kaçınmanın sonuçları, HMK m.291'in ikinci ve üçüncü fıkrasındaki hükümlere göre taraflar ve üçüncü kişiler açısından farklı düzenlenmiş ve keşfin icrasını temin etmeye yönelik, davanın tarafları üzerinde fiilî bir zorlayıcı yaptırıma bağlanmamıştır. Genel itibariyle keşfe katlanma konusu, taraflar açısından ancak bir “usulî külfet” olarak görülebilir. Taraflarca getirilme ilkesinin geçerli olduğu davalarda subjektif iddia ve ispat yükünü taşıyan taraflar keşfin icrasına engel olursa, delillerin değerlendirilmesi kapsamında hâkim nezdinde olumsuz bir kanaat hasıl olabilir. Bir başka anlatımla taraflardan birisi, keşfe katlanma zorunluluğuna uymadığı takdirde hâkim, keşfe konu vakıanın ispatı bakımından hangi taraf keşfe engel olduysa, ispat yükü kuralları gereği vücudu üzerinde inceleme yapılmasına izin vermeyen taraf aleyhine kanaat sahibi olabilir (HMK m.291/2)¹³⁷⁵.

Üçüncü kişiler açısından ise keşfe katlanma zorunluluğu, HMK m.291/3 hükmündeki “*hâkim, ...gerektiğinde zor kullanılmasına karar verebilir*” ifadesinden dolayı daha farklı sonuçlar doğurur. Bir başka anlatımla keşfe katlanıp katlanmama hususu, taraflar açısından vakıanın ispatına ilişkin usulî bir tercih olmasına rağmen, üçüncü kişiler açısından bir yükümlülük şeklinde nitelendirilebilir¹³⁷⁶. Gelgelelim, soybağının tespiti amacıyla yapılacak incelemelerle ilgili olarak Kanun'un 292. maddesinde hem taraflar hem de üçüncü kişiler için özel bir keşfe katlanma zorunluluğunun düzenlenmiş olmasının altında ise farklı gayeler yatmaktadır. Zira HMK m.291/3 hükmünde üçüncü kişiler tanıklıktan çekinme sebepleri doğrultusunda keşfe katlanma zorunluluğundan kaçınabildiği hâlde, m.292'ye göre üçüncü kişiler açısından tanıklıktan çekinme hükümlerine işlerlik kazandırılmaz. Bu itibarla, kanımızca kanun koyucu, soybağının tespitine yönelik genetik incelemelere katlanma zorunluluğunu ayrı ve özel bir düzenlemeye

¹³⁷⁵ Aynı yönde bkz. sZPO Art.164.

¹³⁷⁶ **BK-Rüetschi**, Vormerkungen zu Art.160-167, N.8.

kavuşturarak, soybağı incelemesine rıza göstermeyen kişileri, esasen genel hüküm konumundaki HMK m.291’de yer alan keşfe katlanma zorunluluğundan daha farklı sonuçları haiz özel bir rejime tâbi tutmayı amaçlamıştır. Dolayısıyla, HMK m.292’deki keşfe katlanma zorunluluğunun m.291 hükmündekinden farklı ve özel bir anlam ve içerik taşıdığı kabul edilmelidir.

3. TMK m.284/1, b.2 İle İlgili Değerlendirmeler

a. Genel Olarak

Soybağının tespiti için yapılmasına karar verilen genetik incelemeye ilişkin olarak kişinin, vücudundan numune alınmasına rıza gösterme (katlanma) zorunluluğu bağlamında, öncelikle Türk Medeni Kanunu’nun usul hükümleri arasında yer alan ve soybağı davalarında yargılama usulünü düzenleyen 284. maddesi zikredilebilir. Anılan hükmün ilk fıkrasının birinci bendine göre hâkim, babalık davasında maddî vakıaları resen araştırır ve delilleri serbestçe takdir eder; ikinci bendine göre ise davanın tarafları ve üçüncü kişiler, soybağının belirlenmesinde zorunlu olan ve sağlıkları yönünden tehlike yaratmayan araştırma ve incelemelere rıza göstermekle yükümlü olup, davalı buna rıza göstermediği takdirde hâkim, durum ve koşullara göre soybağı incelemesinden beklenen sonucu onun aleyhine doğmuş sayabilir (TMK m.284/1, b.2).

Türk Medenî Kanunu’nun 284. maddesi, 743 sayılı (mülga) Medenî Kanun’da bulunmayan, tümüyle yeni bir hüküm olup, soybağı davalarında geçerli yargılama usulünü özel olarak düzenler ve kamu düzeniyle yakından ilgili bu tür davalarda yargılamaya hız ve etkinlik kazandırmayı amaçlar¹³⁷⁷. Anılan düzenlemeden açıkça anlaşıldığı üzere, birinci ve ikinci bentlerde özel olarak düzenlenen hususlar dışında, soybağına ilişkin davalarda Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun ilgili hükümlerine başvurulması gerekir¹³⁷⁸.

Bu hükmün kaynağını İsviçre Medeni Kanunu’nun (mülga) 254. maddesi oluşturduğu için buradan esinlenilerek benzer ifadelerle kaleme alındığı söylenebilir. Hem

¹³⁷⁷ Şimşek, M.: Yeni Medeni Yasaya Bakış (YD, C.28, S.2002/1-2, s.123-151), s.142.

¹³⁷⁸ Mevzuatta, yürürlükten kaldırılan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’na yapılan yollamalar, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun bu hükümlerin karşılığını oluşturan konuyla ilgili maddelerine yapılmış sayılır (HMK m.447/2).

İsviçre hem de Türk hukukunda ilgili maddelerin kenar başlığı “yargılama usulü” olarak belirtilmiş olsa da, bunun sebebi İsviçre’de kanun koyucunun soybağı davaları bakımından federal düzeyde geçerli genel ilkeleri ortaya koymayı arzulaması ve usul hukuku bakımından diğer ayrıntılı konular hakkındaki düzenleme yetkisini kantonal kanunlara bırakmış olmasıdır. Dolayısıyla, İsviçre hukukunda 2011 yılında Federal Medeni Usul Kanunu yürürlüğe girinceye kadar süregelen dönemde usul hukuku bakımından kantonal kanunlar geçerli olduğu için, o dönem federal düzeyde kabul edilen Medeni Kanun’un (mülga) 254. maddesinin başlığının bu şekilde yazılmış olması anlaşılabilir bir durum idi. Fakat 2011 yılı itibarıyla ülke çapında (federal düzeyde) yeknesak usul hukuku düzenlemesi olarak kabul edilen Federal Medeni Usul Kanunu¹³⁷⁹ ile İsviçre Medeni Kanunu’nun 254. maddesi ilga edildiği için, Türk Medeni Kanunu’nun 284. maddesinin kaynak karşılığının ortadan kalktığı söylenebilir. İsviçre hukuku açısından artık soybağı davalarında yargılama usulü Medeni Kanun’dan ayrı ve özel usul hukuku hükümleriyle düzenlendiğinden (sZPO Art.296), Türk hukukunda soybağı davalarındaki yargılama usulünün niçin usul kanununda değil de medeni kanunda ele alındığı hususu da tartışmalı hâle gelmiştir. Kanımızca kanun yapma tekniği açısından bakıldığında, aile mahkemelerinde yargılama usulüne ilişkin Türk Medeni Kanunu’nda ve diğer kanunlarda dağınık şekilde yer alan hükümlerin 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun içerisinde toplanarak, Alman hukukundakine benzer şekilde bir arada, bir bütün hâlinde düzenlenmesi ve mevzuattaki dağınıklığın giderilmesi yerinde olur¹³⁸⁰.

b. TMK m.284/1, b.2 Çerçevesinde Keşfe Katlanma Zorunluluğunun Niteliği, Yaptırımı ve Doğabilecek Sorunlar

Türk Medeni Kanunu’nun m.284/1, b.2 hükmü, babalık davasına bakan hâkim tarafından, DNA analizi yöntemiyle genetik incelemeye karar verilerek, biyolojik baba olduğu iddia edilen davalıdan kan, doku ve sıvı örneği alınabilmesine imkân sağlamakta; davalıya veya ilgili üçüncü kişiye de kan, doku veya sıvı örneği alınması işlemine

¹³⁷⁹ Bkz. sZPO Art.402 (Ek 1, II, 3).

¹³⁸⁰ Aynı yönde bkz. **Arslan, A. S.:** Türk Aile Mahkemelerinin Yapısı ve Yargılama Usulleri (ABD, C.68, S.2010/I, s.187-204), s.199-200; **Akbıyık/Aydın,** s.22; **Akkaya-** Aile Mahkemeleri, s.141.

rıza gösterme zorunluluğu getirmektedir. Gelgelelim anılan düzenleme, DNA analizi için vücutundan numune alınmasına rıza göstermeyen davalı veya üçüncü kişiye yönelik genetik inceleme kararının zor kullanılarak uygulanmasına izin vermediği gibi, bu kişilerin soybağı incelemesine rıza göstermeme olasılığı bulunduğunu kabul etmektedir¹³⁸¹. Öyle ki, TMK m.284/1, b.2 hükmü, keşfe katlanma zorunluluğuna uymamanın yaptırımını olarak, biyolojik baba olduğu iddia edilen davalının, doğal soybağı ispatlanmamış olsa bile, hukukî anlamda baba olarak kabulüne ve bunun sonucunda evlilik dışı çocuğun yasal soybağının kurulmasına imkân tanımaktadır¹³⁸². Bir başka ifadeyle, soybağının tespitine yönelik davada ispat yükü kendisinde olan taraf (yani davacı), vücutundan genetik numune alınmasına rıza göstermezse, iddia konusu vakıayı ispatlayamamış sayılacak ve dava, onun aleyhine sonuçlanacak; eğer ispat yükü kendisinde olmayan ve fakat vakıaların aydınlatılmasına katılmakla yükümlü olan taraf (yani davalı), vücutundan genetik numune alınmasına rıza göstermediğinde ise, hâkimde karşı tarafın (davacının) vakıa iddialarının doğru olduğu yönünde kanaatin oluşması tehlikesiyle karşı karşıya kalabilecektir¹³⁸³. Bu doğrultuda, babalık davasının davacı tarafı¹³⁸⁴ dahi (hem ana hem çocuk), usulüne uygun yapılan ihtara rağmen, kendisinden kan veya doku alınmasına rıza göstermediği takdirde, TMK m.284/son c. hükmü çerçevesinde, aleyhe sayma yaptırımını onun açısından da işletilecek ve davanın esastan reddine karar verilebilecektir¹³⁸⁵.

Esasında anılan düzenleme, soybağının tespitine yönelik genetik inceleme kararının icrası sırasında ilgiliye karşı zor kullanılmasına izin vermediğinden, burada kandan doğan, gerçek ve geniş anlamda değil; dar anlamda keşfe katlanma zorunluluğunun olduğu söylenebilir. Hatta burada bir zorunluluk yahut yükümlülükten de ziyade, usulî bir yükün söz konusu olduğu dahi düşünülebilir. Bu yönde bizim de katıldığımız

¹³⁸¹ **Aras, B.:** Türk Hukukunda Babalık Davası ve İspat Yöntemleri (THD, C.3, S.2008/27, s.15-36), s.28.

¹³⁸² **Tanrıver-** Usul, C.I, s.1094.

¹³⁸³ **Özbilen-** Rıza, s.111.

¹³⁸⁴ Daha önce ayrıntılı olarak değinildiği üzere, soybağı tespitine yönelik DNA analizlerinde her zaman üçlü çalışma (anne-baba-çocuk) esası benimsenmiş olduğundan, yalnızca çocuğun değil ananın da genetik numune vermesi gerekir (bkz. yuk. § 8, B, IV, 4, e).

¹³⁸⁵ **Akar,** s.70.

bir görüşe göre¹³⁸⁶, TMK m.284/1, b.2 hükmündeki “...yükümlüdürler” ibaresi doğru kullanılmamıştır. Zira bendin ilk cümlesinde taraflar ve üçüncü kişilerden bahsederken, bendin ikinci cümlesinde ise davalının rıza göstermeme imkânına sahip olduğundan söz edilmektedir. Anılan hüküm bir yükümlülük öngörmüş olsaydı, davalı bakımından da aynı zorunluluğun getirilmesi ve genetik numune alınmasına zorlanabilmesi gerekirdi. Bu noktada, kendilerinden genetik numune alınmasına rıza göstermeyen kişinin, aleyhine karar verilme ihtimaliyle karşı karşıya bırakılarak baskı altına alınmaya çalışıldığı söylenebilir.

Diğer taraftan, kanun koyucu, davalıya genetik numune alınmasından kaçınma hakkı tanımak istemeseydi, hükmün ikinci bendini, ikinci cümle olmaksızın düzenleyip tarafların ve üçüncü kişilerin genetik incelemelere katlanmakla yükümlü oldukları yönünde yalın bir ifadeyle yetinirdi. Kaldı ki, davalı bakımından kaçınma hakkı söz konusu iken, üçüncü kişiler için böyle bir olasılığın öngörülmemiş olması, kendi içinde ayrı bir tutarsızlık ortaya koymaktadır. Gerçekten, davalıya yönelik herhangi bir zorlamaya yer verilmedikten sonra, üçüncü kişilere karşı bu zorlamaya müsaade edilmesi çelişkili ve isabetsizdir. Vücudundan genetik numune alınmasına rıza göstermeme hakkı davalıya tanınıyorsa, davanın tarafı olmayan üçüncü kişilere bu imkânın evleviyetle tanınmış olması beklenir¹³⁸⁷. Dolayısıyla burada genetik numune alınmasına rıza göstermekten maksat, olsa olsa “kulfet” niteliğinde sayılabilir¹³⁸⁸. Kanun koyucunun beklentisi keşfe ihtiyarî katılımdan ibaret olup, durum ve koşullara göre hâkimin takdir yetkisine atıf yapan bu düzenleme uyarınca keşfe katılmayan kişinin kendi aleyhine doğacak sonuca razı olduğu varsayımı hâkimin takdirine bırakılmaktadır¹³⁸⁹.

Gelgelelim, geçmişte 6100 sayılı HMK yürürlüğe girmeden önceki 1086 sayılı (mülga) HUMK döneminde TMK m.284/son c. hükmünün lafzına rağmen, esasen keşfe katlanma zorunluluğunun ihlâli hâlinde hâkimin zor kullanma yetkisinin bulunduğu savunan bir görüşe göre¹³⁹⁰, kamu düzeninden sayılan soybağı konusunda, çocuğun ger-

¹³⁸⁶ Özbilen- Rıza, s.112.

¹³⁸⁷ Özbilen- Rıza, s.112-113.

¹³⁸⁸ Özbilen- Rıza, s.112.

¹³⁸⁹ Tüzüner- Adli Genetik, s.29.

¹³⁹⁰ Budak- Tıbbi Deliller, s.339-340; Akcan- Madde 284 Üzerine, s.913-914.

çek babasını bilmekte korunmaya değer üstün yararı olduğu düşüncesiyle muhatabın, meşru sınırlar içinde, elleri ayakları bağlanmadan, ağzı kapatılmadan, sürüklenmeden, bilirkişi atanan kuruma gönderilebilmesi ve bu türden zorlamanın kişilik haklarının ihlâli olarak görülmemesi gerektiği, TMK m.284/son c. hükmünün buna engel oluşturamayacağı dahi ileri sürülmüştü. Bir başka anlatımla, 1086 sayılı (mülga) HUMK döneminde de, TMK m.284/son c. hükmüne rağmen, şu an yürürlükte olan 6100 sayılı HMK m.292 paralelinde uygulama yapılabileceği, keşfe katlanma zorunluluğunun ihlâli hâlinde HMK m.292 ile aynı hukukî sonuçların doğmasına engel bir usul kuralının bulunmadığı tezini öne süren yukarıdaki görüş sahiplerine göre, muhatabın, kendi vücudu üzerinde inceleme yapılmasına izin vermemesi hâlinde, babalık davasının kaybedilme riskinin ispat yükü kuralına göre yükletileceği yönünde bir hukukî sonuca varmak mümkün görülmemiştir. Bu itibarla anılan görüşün 1086 sayılı HUMK döneminde bu önemli konuya dikkat çeken değişik bir bakış açısı getirdiği söylenebilir¹³⁹¹.

Aslında, Türk Medenî Kanunu'nun 284. maddesinin son cümlesindeki düzenlemeye, İsviçre Medenî Kanunu'nda yer verilmemiştir. Yani, anılan düzenlemede öngörülen kanunî karine kuralı, İsviçre Medenî Kanunu'nun mülga 254. maddesinden iktibas edilmediği gibi, temeli İsviçre hukukuna dayanan TMK m.284 hükmüne bu son cümlemin neden ve nasıl eklendiği de madde gerekçesinde açıklanmamaktadır. Madde gerekçesinde hükmün, kamu düzeni ile yakından ilgili olan soybağı davalarının yargılama usulü konusunda özel hükümler koyma gereksinimi duyan İsviçre Medenî Kanunu'nun 1976 tarihli değişikliğinden (m.254) esinlenilerek kaleme alındığı belirtilmiştir. Oysa, bir önceki alt başlıkta değinildiği üzere, İsviçre Medenî Kanunu'nun 254. maddesi, 2011 yılında yürürlüğe giren İsviçre Federal Medenî Usul Kanunu¹³⁹² ile açıkça ilga edilmiştir. Kaldı ki, İsviçre hukukunda, anılan düzenlemenin yürürlükte olduğu 2011 öncesi dönemde dahi, TMK m.284/son c. hükmündeki gibi bir ifade bulunmadığı; hatta hâkimin, genetik incelemeden beklenen sonucu, buna katlanmayan muhatabın aleyhine

¹³⁹¹ 1086 sayılı (mülga) HUMK döneminde TMK m.284/1, b.2 hükmünün davanın aleyhine sonuçlanmasını dahi göze alan bir kişinin vücudundan zorla genetik numune alınabilmesine zemin oluşturan bir düzenleme niteliğinde olmadığı yönündeki farklı görüş için bkz. **Özbilen-** Rıza, s.110, dn.25, para.2.

¹³⁹² Bkz. sZPO Art.402 (Ek 1, II, 3).

takdir edip davalının babalığına karar verebilmesini sağlayan herhangi bir yasal düzenlemenin hiçbir zaman öngörülmediği dahi söylenebilir¹³⁹³. Bilakis, 2007 yılında yürürlüğe giren “İnsan Üzerindeki Genetik İncelemeler Hakkında Federal Kanun” ile birlikte İsviçre hukukunda kişinin zorla soybağı incelemesine tâbi tutulması hususunun da yasal düzenlemeye kavuşturulduğu görülür. Buna karşın Türk kanun koyucusu, TMK m.284’ü kaleme alırken soybağı yargılaması bağlamında çekingen davranarak, aynı maddede düzenlemiş olduğu resen araştırma ilkesinden taviz vermiş ve kanunî karineye bağlı olarak aleyhe delil sayma seçeneğini öngörmüştür. Halbuki Türk kanun koyucusunun, söz konusu düzenlemeyi yaparken daha net bir tavır sergileyip soybağı yargılamasında resen araştırma ilkesini tereddütsüz ön plana çıkarması; soybağının tespitine ilişkin menfaatlere binaen incelemeye katlanma yükümlülüğünü daha net vurgulaması ve bunun yaptırımlarını açıkça belirlemesi beklenirdi¹³⁹⁴.

Öte yandan TMK m.284 hükmü, *ratio legis* bakımından bireyi ön plânda tutan bir bakış açısına sahip olup, Anayasa’nın 17. maddesindeki kişi dokunulmazlığı, vücut bütünlüğü ve kişinin maddî-manevî varlığını koruma hakkının yanı sıra, kişilik haklarına ilişkin TMK m.23 vd. hükümleriyle uyum sağlıyor gibi gözükse de; evlilik dışı çocuğun, biyolojik babası olduğu iddia edilen davalı ile arasındaki yasal soybağı ilişkisinin olgusal gerçeklikle örtüşmeyecek bir biçimde kurulmasına, yargılamanın amacı olan hakikate ulaşma idealinden uzaklaşılmasına ve dolayısıyla hakikatin ortaya çıkmasına yeterince itibar edilmemesine sebebiyet vermektedir¹³⁹⁵. Ayrıca, anılan düzenlemenin kendi içinde çelişkiye düştüğüne de vurgu yapılması gerekir. Zira, soybağı davalarında hâkimin, resen araştırma ilkesine göre hareket edip delil toplayabileceğini düzenleyen TMK m.284/1, b.1 hükmü uyarınca keşif incelemesine resen karar verebileceğini kabul ettikten sonra, bu keşfin ancak ilgilisi tarafından rıza gösterilmesi hâlinde yapılabileceği düşüncesi kamu düzeniyle de bağdaşmaz¹³⁹⁶.

¹³⁹³ **Tüzüner-** Soybağının Tespiti, s.1157; **Acabey**, s.131; **Konuralp-** Kan ve Doku Örneği, s.1627.

¹³⁹⁴ **Tüzüner-** Soybağının Tespiti, s.1158.

¹³⁹⁵ **Tanrıver-** Usul, C.I, s.1094.

¹³⁹⁶ Kanun tasarısının Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulu’nda görüşüldüğü dönemde bir milletvekili tarafından, soybağına ilişkin davalarda karinelerle ispatı mümkün kılan düzenlemelerin bilimsel ve teknolojik gelişmelerin gerisinde kaldığı belirtilerek, DNA testiyle ispatın zorunlu hâle ge-

Bununla beraber, doktrindeki bir başka görüşe göre¹³⁹⁷, hâkimin tıbbi yöntemlerle soybağı incelemesi yapılmasına karar vermesi hâlinde davanın tarafları ve/veya üçüncü kişiler tıbbi yöntemlerin uygulanmasına rıza göstermediği takdirde, bu kişilerin incelemeye zorlanması kişilik hakkının ihlâli anlamına geleceğinden, katlanma ödevine uymamanın yaptırımını sadece kaçınan kişi aleyhine bir fiilî karineden ibarettir. Türk Medeni Kanunu, kişi özgürlüğüne geniş yer ayırıp kamu düzeni, genel ahlâk ve toplumun çıkarlarına ilişkin sınırlar dışında bireye geniş bir özgürlük alanı bıraktığı için, esasen sosyal eğilimli olan bu Kanun'un amacı, tümüyle kişisel çıkarlarla toplumsal faydalar arasında adil bir denge kurmaktır¹³⁹⁸. Hem bireylerin kendi arasında cereyan eden ilişkilerde hem de bireyin devletle olan ilişkilerinde göz önünde tutulan sosyal düşünceler sebebiyle, TMK m.284 hükmünün insan haklarına daha saygılı ve evrensel normlara uygun bir düzenleme olduğu yönünde görüşlere rastlanılır¹³⁹⁹. Ancak vücudu üzerinde inceleme yapılmasına rıza göstermeyen kişinin baba olduğuna ilişkin fiilî karinenin kabulü kesin olmayıp hâkimin takdirinde olan bir husustur. Bunun için tanık beyanları, çocuğun dış görünüş itibarıyla davalı erkeğe benzemesi gibi farklı etkenlerin de aynı sonucu desteklemesi gerekir; sırf davalının kan veya doku örneği vermekten kaçınması, onun biyolojik baba olduğu iddiasının ispatı bakımından yeterli görülemez¹⁴⁰⁰.

Fakat söz konusu hüküm, teknolojik ilerlemenin, hukuk düzeni ile bir kez daha karşı karşıya geldiğini ve dolayısıyla, hukukun korumayı üstlendiği menfaatler arasında ciddi bir çatışmayı beraberinde getirdiğini göstermekte; diğer yandan ise, hukukî gerçeklik ile maddî gerçeklik arasında bilinçli olarak bir farklılığa sebebiyet vermekte-

tirilmesini öngören yeni bir düzenleme yapılması önerilmiş, fakat bu öneri kabul edilmemiştir [bkz. **Büyüktanır, T.:** Türk Medeni Kanunu Değişiklikler ve Yeni Düzenlemelere İlişkin Açıklamalar (ABD, S.2002/2, s.55-109), s.85, dn.23].

¹³⁹⁷ **Demir, R.:** Gen İncelemelerindeki Hata Payının Soybağının Reddi Davalarına Etkisi (Tıp Hukuku Dergisi, S.2019/16, s.289-318), s.298-299; **Paksoy, G.:** Soybağının Reddi (TBBD, S.2011/97, s.353-376), s.358; **Serozan-** Çocuk, s.154, n.18; **Baygın-** Kan Bağı, s.266.

¹³⁹⁸ **Demir-** Hata Payı, s.299; **Demir-** İnsan Geni, s.261.

¹³⁹⁹ **Yıldırım, M. F.:** Genetik Analizler ve Kişilik Haklarının Korunması Özellikle Üçüncü Kişilerin Bilmeme Hakkının İhlâli [Ankara Barosu V. Sağlık Hukuku Kurultayı (1-2 Kasım 2013, Ankara), Editörler: Doğan, C./Aksoy-Gülaslan, P., Ankara 2014, s.415-424], s.423; **Demir-** Hata Payı, s.299-300; **Demir-** İnsan Geni, s.261.

¹⁴⁰⁰ **Baygın-** Soybağı, s.91-92; **Acabey,** s.133.

dir¹⁴⁰¹. Zira anılan hükmün katlanma zorunluluğuna aykırı davranışın yaptırımı olarak davalı açısından fiksiyon sonucu öngörmüş olması sebebiyle hâkimin, soybağı konusunda fiksiyona dayalı hüküm vermesi olasılığı ortaya çıkmaktadır. Bir başka deyişle, katlanma zorunluluğuna uygun hareket etmeyen davalının, çocuğun gerçekte biyolojik babası olmasa dahi hukuken baba sayılması ve bunun sonucunda çocukla aralarında yasal soybağı ilişkisinin kurulması sebebiyle nüfus sicilindeki kaydın maddî gerçekte örtüşmediği bir hukuksal durum yaratılmış olur. Fakat soybağı incelemesinden kaçınma davranışı, karine yardımıyla babalığın mevcudiyeti yaptırımına bağlanmamalıdır¹⁴⁰². Aksi takdirde, TMK m.284 hükmü çerçevesinde maddî (biyolojik) gerçekliğe ulaşmadan, yalnızca bir karineden hareketle soybağına ilişkin hüküm verilmesi hâlinde hâkim, gerekli araştırmayı yapmaktan alıkonulmuş olacağından, soybağı davalarında resen araştırma ilkesinin geçerliliği ve kamu düzenine ilişkin olma niteliğiyle bağdaşmayan sonuçlar ortaya çıkar¹⁴⁰³. Halbuki Türk hukukunda ailenin korunması anayasal bir mesele (AY m.41) olup, çocukların refah ve yararının göz önünde bulundurulması, çocukların mümkün olabildiğince aile ortamında yetiştirilmesi yönündeki telkinler ve özellikle evlatlık kurumunda yapılan reformlarla çocuklara verilen önem aşikardır¹⁴⁰⁴. Ayrıca, hukukî bakımdan babalığın tespitini belirli sürelerle ve davalara bağlayan ve bu davaları açma hakkının bir biçimde kaybedilmiş olması halinde hukukî gerçeklik ile maddî gerçeğin örtüşmemesine yol açan TMK hükümleri çocuğun üstün yararını korumakta yetersiz kalabilmektedir¹⁴⁰⁵.

Yine, TMK m.284/son c. hükmünün davalı taraf açısından olumsuz bir faraziye (fiksiyon) öngörmesine rağmen, dava dışı üçüncü kişiler açısından zorlayıcı hiçbir düzenleme getirmemesi sebebiyle, biyolojik babanın tespitinde üçüncü kişilerden kan veya doku örneği alınması gereken hâllerde soybağı üzerindeki uyuşmazlığın nasıl çözüleceği belirsizliğini koruyacaktır. Elbette böyle bir fiksiyon sonucunun yalnızca davanın tarafları açısından öngörülebileceği, dava dışı üçüncü kişiler açısından böyle bir sonu-

¹⁴⁰¹ **Yıldırım, M. F.:** Gen Analizleri ve Kişilik Haklarının Korunması (ErzÜHFD, C.XI, S.2007/3-4, s.383-402), s.395.

¹⁴⁰² **Konuralp-** Kan ve Doku Örneği, s.1617.

¹⁴⁰³ **Konuralp-** Kan ve Doku Örneği, s.1617; **Aras-** Babalık, s.27; **Aşık-** Keşif, s.179.

¹⁴⁰⁴ **Yıldırım-** Gen Analizleri, s.395.

¹⁴⁰⁵ **Yıldırım-** Gen Analizleri, s.395.

cun söz konusu olamayacağı bilinmektedir¹⁴⁰⁶. Ancak anılan hüküm, özellikle üçüncü kişiler üzerinde genetik inceleme yapılması gereken bazı istisnai hâllerde gerekli zorlamaya cevaz vermediğinden, soybağına ilişkin uyuşmazlığın çözümsüz kalmasına yol açabileceği vurgulanmalıdır.

4. HMK m.292 İle İlgili Değerlendirmeler

a. TMK m.284/1, b.2 İle Mukayesesi ve Farklılaşan Yönleri

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 292. maddesinde düzenlenen kuralın, Türk Medeni Kanunu'nun 284. maddesinin ikinci bendindeki kuraldan farklılaşan en önemli yanı, keşfe katlanma yükümlülüğü altındaki davalı veya ilgili üçüncü kişinin, haklı bir sebep olmaksızın, soybağının tespiti amacıyla vücudundan kan, doku veya sıvı örneği alınmasına rıza göstermemesi halinde işlerlik kazanması öngörülen yaptırım olarak, DNA örneği alınması işleminin ilgiliye karşı zorla uygulanması imkânının hukuken tanınmış olmasıdır¹⁴⁰⁷. Bu itibarla, burada gerçek anlamda kanundan doğan bir yükümlülük bulunduğu; bu yükümlülüğü yerine getirmeyen muhatabın karşılaşacağı hukukî yaptırımın da açıkça öngörüldüğü söylenebilir. Bu hukukî yaptırım, kişinin bulunduğu yerden Cumhuriyet savcısının talimatı ve adlî kolluk marifetiyle zorla alınıp, genetik numunenin alınacağı yere (örneğin adlî tıp laboratuvarına) götürülmesi ve numune alma işlemini gerçekleştirecek sağlık personelinin huzurunda hazır edilmesidir¹⁴⁰⁸. Buna ilaveten, ihtiyatî tedbirlerin icrasına ilişkin HMK m.393 hükmünü kıyasen uygulayan mahkeme, kararında belirtmek kaydıyla, tedbirin uygulanması için yazı işleri müdürünü görevlendirebilir; zor kullanma gereken hâllerde, yazı işleri müdürünün yazılı başvurusu üzerine bütün kolluk kuvvetleri ve köylerde muhtarlar, uygulamayı gerçekleştirecek memura yardım ederek onun emirlerini yerine getirirler¹⁴⁰⁹ (HMK m.393/2-3).

¹⁴⁰⁶ **Aşık-** Keşif, s.180.

¹⁴⁰⁷ **Tanrıver-** Usul, C.I, s.1095.

¹⁴⁰⁸ Zor kullanma yaptırımının prosedürü hakkında en azından yönetmelik düzeyinde bir düzenleme yapılarak uygulama birliğinin sağlanması gerektiği yönünde bkz. **Konuralp, O. E.:** Kişilerden Kan ve Doku Örneği Alınmasına İlişkin Olarak Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 292'nci Maddesi Karşısında Türk Medenî Kanunu'nun 284'üncü Maddesinin Durumu (AÜHFD, C.69, S.2020/4, s.1609-1640), s.1618-1619

¹⁴⁰⁹ **Umar-** Katkı, s.114-115; **Aşık-** Keşif, s.215.

Öte yandan, soybağının tespiti için gerekli araştırma ve incelemeye rıza göstermeyen davalıya yönelik uygulanacak yaptırımların tebligat yoluyla önceden bildirilmesi de hukukî öngörülebilirlik bakımından elzemdir. Bu bildirim, soybağı incelemesi için genetik numune vermekten kaçınılması ve keşfe katlanma zorunluluğuna uyulmaması halinde karşılaşılabilecek neticeler hakkında açık ihtar içermeli ve meşruhatlı davetiye şeklinde tebliğ edilmelidir. Böyle yapılan bildirimde rağmen numune vermekten kaçınan muhataba karşı Cumhuriyet savcısının talimatıyla yakalama kararı çıkarılarak güvenlik tedbiri uygulanmasına karar verilebilir¹⁴¹⁰. Bu bağlamda, örneğin mahkemece, Cumhuriyet Başsavcılığına veya Emniyet Genel Müdürlüğü'ne hitaben *“Uyuşmazlığın çözümü bakımından zorunlu ve bilimsel verilere uygun olmasına ve sağlığı yönünden bir tehlike oluşturmamasına rağmen soybağının tespiti ve bu kapsamda DNA incelemesi yapılması amacıyla vücudundan kan veya doku alınmasına haklı bir sebep olmaksızın rıza göstermeyen aşağıda açık kimlik ve adres bilgileri yazılı olan kişinin kan veya dokusunun alınması için HMK'nın 292. maddesi gereğince zor kullanılarak Adli Tıp Kurumu Şube Müdürlüğüne gönderilmesine karar verilmekle söz konusu şahsın orantılı güç kullanılarak Adli Tıp Kurumu Şube Müdürlüğüne polis marifetiyle gönderilmesi rica olunur.”* şeklinde müzekkere yazılmak suretiyle de soybağı incelemesi için gerekli kan veya doku örneğinin alınması sağlanabilir¹⁴¹¹. Yine, bu hususla ilgili olarak mahkemece, Adli Tıp Kurumu Biyoloji İhtisas Dairesine hitaben *“Uyuşmazlığın çözümü bakımından zorunlu olması nedeniyle aşağıda açık kimlik bilgileri yazılı olan kişiler HMK'nın 292.*

¹⁴¹⁰ İzmir Aile Mahkemesi'nin, babalık davasında DNA testinden kaçan ve baba olduğu iddia edilen Z.T. hakkında Başsavcılığa yazı yazıp yakalama kararı çıkarılmasını sağlayarak, kaçan babanın yakalanmasına, DNA testine götürülmesine ve kan örneği alındıktan sonra serbest bırakılmasına karar verdiğine ilişkin ulusal medyada çıkan 15.02.2015 tarihli bir haber için bkz. **Eyce, A.:** DNA Kaçağı Babaya Yakalama Emri (<https://www.yeniasir.com.tr/yasam/2015/02/15/dna-kacagi-babaya-yakalama-emri>). Benzer bir başka haber için bkz. <http://www.hurriyet.com.tr/gundem/kacak-babaya-polis-zoruyla-test-40853120> (E.T. 04.04.2019).

¹⁴¹¹ **Akar**, s.100-101. Sözü edilen müzekkere, *“Davalı (A)'nın, aşağıda açık kimlik ve adres bilgileri yazılı olan davacı (B)'nin biyolojik babası olup olmadığı hususunun tespiti için DNA incelemesi yaptırılmak üzere, davalı (A)'nın ve davacı (B)'nin randevu alınmaksızın (ya da randevu alınarak) mesai saatleri içerisinde İstanbul Adli Tıp Kurumu Biyoloji İhtisas Dairesine müracaatlarının sağlanması; bunun mümkün olmaması hâlinde ise en yakın devlet hastanesine sevklerinin sağlanarak, kan veya doku örneklerinin usulince alınıp İstanbul Adli Tıp Kurumu Biyoloji İhtisas Dairesine gönderilmesi; gerektiğinde, sağlıkları yönünden tehlike oluşturmamak kaydıyla, HMK'nın 292. maddesi uyarınca zor kullanılarak mahkememizce talep edilen hususlarda rapor hazırlanması rica olunur.”* şeklinde de düzenlenebilir (bkz. **Akar**, s.96).

maddesi gereğince kurumunuza mevcutlu olarak gönderilmiştir. Söz konusu şahısların Adli Tıp Kurumu Kanunu Uygulama Yönetmeliğinin 19. maddesinin 41. bendi gereğince; mahkememizce onaylanan fotoğrafları usulüne uygun olarak zarflanmış olup ektedir. Açık kimlik bilgileri aşağıda yazılı olan (A)'nın ve (B)'nin sağlıkları açısından bir tehlike oluşturmamak ve bilimsel ilkelere uygun olmak şartıyla kan veya doku örneklerinin alınması, alınan bu kan veya doku örnekleri üzerinde (A)'nın, (B)'nin biyolojik babası olup olmadığı hususunun açıklığa kavuşturulabilmesi için DNA incelemesi yapılması ve düzenlenecek olan raporun mahkememize gönderilmesi rica olunur.” şeklinde müzekkere yazılarak DNA raporu alınması sağlanabilir¹⁴¹².

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 292. maddesi emredici bir düzenleme olup, zor kullanmaya karar verme açısından hâkimin takdir yetkisi bulunmadığı için, şartlarının oluşması hâlinde, haklı sebep olmaksızın incelemeden kaçınan kişilerden kan veya doku örneği alınması işleminin zorla yerine getirilmesi hususunda hâkim tarafından karar verilmesi zorunludur¹⁴¹³. Halbuki TMK m.284/son c. hükmünün lafzından anlaşıldığı kadarıyla hâkim, incelemeden kaçınan kişinin aleyhine sonuç doğuracak şekilde karar verme konusunda takdir yetkisine sahiptir. Dolayısıyla, TMK m.284/son c. hükmüyle, emredici nitelikteki HMK m.292 hükmü arasında seçim yapması gereken hâkim, hukukun genel prensipleri gereği, zaten zorunlu olarak HMK m.292'yi uygulamak durumunda kalır¹⁴¹⁴. Nitekim, soybağı incelemesinin keşfe katlanma zorunluluğundan ayrı, özel olarak düzenlenmesi ve ihlâli hâlinde daha ağır bir yaptırım öngörülmesinin yanı sıra, TMK m.284'te yer alan yargılama usulüne ilişkin hükmün varlığına rağmen yeniden ve yine daha ağır bir yaptırıma bağlanmış olması karşısında kanun koyucunun, soybağının tespiti bakımından hakikate ulaşma ve biyolojik babalığın kesin bir biçimde belirlenmesi hususunda kararlılığı dikkat çekmektedir¹⁴¹⁵. Kaldı ki, HMK m.292 hükmünün, TMK m.284/son c. hükmünden kaynaklanması muhtemel sorunları önlemeye,

¹⁴¹² Akar, s.101-102.

¹⁴¹³ Akar, s.106.

¹⁴¹⁴ Akar, s.106-107. Bu konuya bir sonraki başlık kapsamında daha ayrıntılı değinilmektedir.

¹⁴¹⁵ Uğur, A.: Soybağının Tespiti İçin İnceleme ve Kişilik Hakkının Korunması: HMK m.292 ve TMK m.284 Hükümlerinin Kıyaslanması (Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan, C.2, Ankara 2014, s.1913-1939), s.1921.

gerçeğe uygun kararlarla adaletin sağlanmasına, kamu düzeninin korunmasına ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Türkiye'yi gereksiz yere mahkûm edip tazminat ödemek zorunda bırakacak ihlâl kararlarının önüne geçilmesine yönelik son derece isabetli bir düzenleme olduğu rahatlıkla söylenebilir¹⁴¹⁶.

b. HMK m.292 Hükmüne Yönelik Eleştiriler

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndaki bu düzenleme getirilmeden önceki dönemde, soybağı davalarını düzenleyen ve yaptırım öngören -emredici- usulî hükümlere ihtiyaç bulunduğu belirtilmiş olmakla birlikte; aynı dönemde kişinin bilimsel araştırma nesnesi hâline getirilemeyeceği, zorla kan alınmasının ağır kişilik hakkı ihlâline yol açabileceği ve kan tahlilinin gerçeğin saptanması bakımından kaçınılmaz ve sağlık yönünden sakıncasız olması hâlinde düşünülebileceği yönünde görüşler de ileri sürülmüştür¹⁴¹⁷. Buna rağmen, HMK yürürlüğe girinceye kadar kişinin kendisinden kan veya doku örneği alınmasına rıza göstermemesi hâlinde buna zorlanamayacağı, resen araştırma ilkesinden vazgeçilerek dosyada başkaca bir delil de yoksa, kişinin, dava sonunda aleyhine karar verilmesi riskini taşıyacağı yönündeki görüş¹⁴¹⁸ egemen konumdaydı.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlüğe girdiği ilk yıllarda ise, 292. madde çok şiddetli eleştirilere maruz kalmış ve doktrinde oldukça tartışılmıştır. Bu bağlamda ileri sürülen eleştirilerin odağını, kişinin vücut bütünlüğüne yönelik devlet tarafından zor kullanılarak müdahalede bulunulmasının kişi yönünden doğuracağı sakıncalar ve insan hakkı ihlalleri oluşturmaktadır.

HMK m.292 hükmüne karşı eleştiri yönelten bir görüşe göre¹⁴¹⁹, anılan düzenleme insanlığa sığmadığı gibi, ilâmların icrasında dahi uygulanmayan bir yöntem olarak nitelendirilmeye müsaittir. İcra ve İflâs Kanunu'nun 24., 25. ve 26. maddelerinde öngörülen zor kullanma yaptırımının İİK m.30 uyarınca yapma veya yapmama borcunun ifa edilmemesi hâlinde ise söz konusu olmadığı ve dolayısıyla yapma borcuna aykırılık

¹⁴¹⁶ Ege, Ö.: Medeni Usul Hukukunda Keşif, Ankara 2014, s.29-30.

¹⁴¹⁷ Serozan- Çocuk, s.154, n.18; Acabey, s.130; Baygın- Kan Bağı, s.266; Memiş/Yıldırım, s.299-300; Sıraj, s.40-41.

¹⁴¹⁸ Erten/Acır/Taşveren, s.582; Tüzüner- Soybağının Tespiti, s.1157.

¹⁴¹⁹ Umar, B.: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2011, s.801.

hâlinde dahi cebrî icranın zorla gerçekleştirilmediği bilinmektedir. Bu açıdan düşünülecek olursa, çocuğun biyolojik babası olduğuna dair hakkında ileri sürülen iddianın doğruluğu henüz bilinmeyen bir kişinin, belki de kesinlikle gerçek dışı bir iddia ile yüz yüze kalması ihtimal dahilinde iken, bu iddianın doğruluğunun ortaya çıkarılması için, hâkimin bir ara kararına istinaden polis zoruyla yaka paça, direnirse bağlanıp sürüklenecek, kan ve doku incelemesinin yapılacağı yere götürülmesi ve bedenine zorla müdahale edilmesi, ilâmlı icra kurumuna yabancı bir yöntem olarak hukukumuzda ters düşmektedir¹⁴²⁰. Hâlbuki anılan görüş tarafından gözden kaçırılan husus, ilâmlı icranın konusunun esasa ilişkin nihai kararlar olduğu; soybağının tespiti için mahkemece verilen inceleme kararının ise bir ara karar niteliği taşıdığıdır. Bu çerçevede, bir ara karar olan soybağının tespiti için genetik inceleme yapılması kararının ilâmlı icra kurumuyla bağdaştırılıp kararın cebren icrasının ilâmlı icra hükümlerine göre yapılacağı varsayılarak, böyle bir uygulamanın cebri icra sistemimize ters düşeceği görüşü kanımızca yerinde değildir¹⁴²¹. Ayrıca kendisinden genetik numune alınmasına yönelik müdahaleye karşı muhatabın davranışını yapma borcunun ifasıyla kıyaslayan bu görüşün aksine, kanımızca burada edim borcu değil, kanundan doğan katlanma zorunluluğu söz konusu olup, tıbbî müdahale karşısında muhatabın, sözleşmeden kaynaklanan bir yapma borcu altında bulunduğu söylenemez; olsa olsa kaçınma-karşı koymama şeklindeki olumsuz edim yükümlülüğünden söz edilebilir¹⁴²². Nitekim ilâm borçlusu borca aykırı hareket ettiği takdirde, ifası borçlunun bizzat kendisine bağlı olmayan edimler için bir yaptırım öngören İİK m.30 hükmü, ifası bizzat borçlunun şahsına bağlı edimler söz konusu olduğunda nasıl bir yaptırıma gidileceğini açık bir biçimde düzenlememiştir¹⁴²³.

Benzer yöndeki bir başka görüşe göre¹⁴²⁴ de, insan haklarının evrenselliği, genelliği, eşitliği ilkelerinin yanı sıra, Avrupa Biyotıp Sözleşmesi'nin 5. maddesinde yer alan özerkliğe saygı ilkesi, özellikle TMK m.23 hükmü göz önüne alındığında kişilere vazgeçemeyecekleri özel bir alan ve serbestçe karar verebilme imkânı tanınması gere-

¹⁴²⁰ **Umar-** Şerh, s.801.

¹⁴²¹ Aynı yönde bkz. **Bolayır-** Hakimin Rolü, s.470, dn.426.

¹⁴²² Aynı yönde bkz. **Uğur,** s.1930.

¹⁴²³ **Uğur,** s.1930. Yazar, bu hususta kanunda boşluk olduğu görüşündedir.

¹⁴²⁴ **Demir-** İnsan Geni, s.261; **Demir-** Hata Payı, s.300.

kir. Kanun koyucu, hem TMK'nun 23. ve 24. maddeleri hem de dışarıdan gelebilecek hukuka aykırı fiillerle gerçekleşecek saldırılara karşı kişiliği koruyucu hükümler ile, kişinin aşırı ölçüdeki özverilere katlanmasını önleyici düzenlemelere yer vermiş olup, bu çerçevede kişilerin özgürlük alanına ve özerk karar verebilme hakkına saygılı olunması gerekir¹⁴²⁵. Nitekim Türk Medeni Kanunu özü itibarıyla dava konusu soybağı meselesinin maddî hukuka ilişkin kısmını oluşturduğu hâlde, Hukuk Muhakemeleri Kanunu ise yargılama usulünü düzenleyen kurallardan ibaret bulunduğundan, davanın esas usule feda edilmemeli; HMK m.292'nin insan haklarına ve Medeni Kanun'un ruhuna aykırı niteliği dikkate alındığında, yeni bir yasal düzenleme yapılarak HMK m.292'nin yürürlüğüne son verilmesi yahut bir kez daha gözden geçirilmesi ve TMK m.284/son c. hükmünde öngörülen sonucun yeterli olması sebebiyle, yürürlüğünün devamı yönünde tercih yapılmalıdır¹⁴²⁶.

HMK m.292 hükmünün anayasal kişi dokunulmazlığına yönelik ciddi ihlallere sebebiyet vereceğini savunan bir başka görüşe göre¹⁴²⁷ ise, soybağının tespitinde kamu yararı ve çocuğun üstün bir özel yararı olduğu kabul edilse dahi, bu durum kişiden zorla kan veya doku örneği alınmasının haklı bir gerekçesi olarak görülmemelidir. Halbuki, HMK m.29 uyarınca dürüst davranma ve doğruyu söyleme yükümlülüğü taşıyan tarafların, teknik imkânların yardımıyla son derece kolay, zahmetsiz ve zararsız bir şekilde gerçekleştirilebilecek işleme haksız yere direnmeleri, hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilebileceği gibi; daha da ileri gidilirse, bu direnmenin çocuğun soybağını gizlemeye dönük bir fiil olarak yorumlanması ve kast unsurunun varlığı hâlinde TCK m.231 kapsamında çocuğun soybağını değiştirme suçuna dahi vücut verebileceği söylenebilir¹⁴²⁸. Zira bir çocuğun genetik soybağının bilinmesini güçleştiren ya da bunu imkânsızlaştıran fiiller soybağının yok edilmesi şeklinde tanımlanıp soybağını değiştirme kapsamında ele alınabilir ve ayrıca soybağının tespitine ilişkin davaya bakan mah-

¹⁴²⁵ **Demir-** Hata Payı, s.300.

¹⁴²⁶ **Demir-** İnsan Geni, s.260; **Demir-** Hata Payı, s.299-300; **Toraman-** Bilirkişi, s.575.

¹⁴²⁷ **Akbıyık/Aydın,** s.24 vd.; **Aksoy-Dursun-** Soybağının Belirlenmesi, s.120, 122-123; **Baygın-** Kan Bağı, s.266; **Serozan-** Çocuk, s.154, n.18; **Dural/Öğüz/Gümüş,** s.276, kn.1369; **Memiş/Yıldırım,** s.299-300.

¹⁴²⁸ **Uğur,** s.1929.

kemeye gerekli bilgilerin verilmemesi veya eksik ya da yanlış bilgi verilmesi fiilleri de bu suça yol açabilir¹⁴²⁹. Dolayısıyla, soybağının tespitinde kamu yararı ve çocuğun üstün bir özel yararı olduğu kabul edildiği hâlde, yine de genetik incelemenin muhatabından zorla kan veya doku örneği alınmasının kişilik haklarını ağır ölçüde zedelediği yönündeki görüşler, meselenin önemi ve çözümündeki zaruret karşısında yetersiz kalmaktadır.

Öte yandan, kişiye karşı zor kullanma meselesini, Alman hukukunda yürürlükte olan dZPO § 372a hükmüyle kıyaslayıp irdelleyen ve HMK m.292 hükmünün ölçülülük ilkesiyle bağdaşmadığını savunan bir başka görüşe göre¹⁴³⁰ ise, dZPO § 372a'nın, HMK m.292'den farklı olarak, "tekrarlama ölçütü" öngörmesi sebebiyle, ölçülülük ilkesine uygun olduğu öne sürülmüştür. Buna göre hâkimin, dZPO § 372a uyarınca kişi üzerinde zor kullanma yetkisini kullanabilmesi için, tekrarlanacak şekilde kişinin soybağı incelemesine katılmayı reddetmiş olması şartı aranır. Bu reddetme hâlinin tekrarlanmış olduğunun kabulü için ise, yükümlü kişiye iki defa bildirimde bulunulması ve iki defa yapılan bildirime rağmen kişinin genetik numune vermesi için yapılan davete icabet etmemesi, yani mahkemece ayarlanan randevu tarihinde hazır bulunmaması gerekir. Bir başka ifadeyle, dZPO § 372a uyarınca hâkimin, soybağı incelemesinin doğrudan güç kullanılarak gerçekleştirilmesi hususunda karar verebilmesi için bazı koşullar öngörülmüş olup, ilk etapta tıbbî incelemeye rıza göstermeme durumu en az bir defa tekrarlandıktan sonra hâkim, tanıklıktan çekinme hâline ilişkin tedbirleri alarak, incelemeden kaçınma sebebiyle sebep olunan masrafların muhataba yükletilmesine ve muhatabın idarî para cezasına (veya tazyik hapsine) mahkûm edilmesine karar verir; buna rağmen muhatap, incelemeye direnmeyi haksız yere tekrar ederse, o zaman doğrudan zor kullanma yoluyla soybağı incelemesi için gerekli işlemlerin gerçekleştirilmesi mümkün olur¹⁴³¹. Kısacası, kendisine yapılan iki bildirimde bulunulmasına rağmen randevuya katılmayan kişi üçüncü randevuya zor kullanılarak getirtilebilir. Ayrıca yükümlü kişinin, iki defa ince-

¹⁴²⁹ **Yenerer-Çakmut**, s.202.

¹⁴³⁰ **Aksoy-Dursun**- Soybağının Belirlenmesi, s.119; **Akbıyık/Aydın**, s.23-24.

¹⁴³¹ **BeckOK-ZPO/Bach**, ZPO § 372a, Rn.27; **MüKo-ZPO/Zimmermann**, ZPO § 372a, Rn.26, 29. Muhatabın soybağı incelemesine zorla getirilmesi hususunda hâkim, gerekirse kolluk kuvvetlerinden yardım isteyebilir (bkz. **MüKo-ZPO/Zimmermann**, ZPO § 372a, Rn.28).

lemeye katılmaktan haklı sebep olmaksızın kaçındığının kabul edilebilmesi için, mahkeme kanalıyla genetik incelemeyi yapacak kurumdan randevu alınmış ve bu randevunun günü, saati ve yeri muhataba yapılan bildirimde açıkça gösterilmiş olmalıdır.

Alman hukukunda ancak bu şartlar dahilinde zor kullanma yetkisinin kullanılabilceğini öngören dZPO § 372a ile kıyaslandığında, HMK m.292’de böyle bir tekrarlanma şartının yer almadığını savunan bu görüş¹⁴³², bunun ciddi bir eksiklik olduğunu, düzenlemenin mevcut hâliyle kişilerin ilk seferinde hemen yaka paça getirilmesinin mümkün olduğunu, korunması gereken üstün yararın varlığına rağmen bu uygulamanın ölçülülük ilkesiyle bağdaşmayacağını ve kişilik hakkı ihlallerine sebep olabileceğinden anayasa aykırılığının gündeme gelebileceğini belirterek, en azından hâkimin, mutlaka tekrarlama ölçütünü arayarak hükmü uygulaması gerektiğini ifade etmiştir.

Bu hükmün ölçülülük ilkesiyle bağdaşmadığı yönündeki görüşe büyük ölçüde katılamıyoruz. Kanımızca Alman hukukundaki dZPO § 372a ile Türk hukukundaki HMK m.292 arasında ciddi bir farklılık bulunmayıp, her şeyden önce HMK m.292’nin uygulanması bağlamında tekrarlanma şartının aranmadığını söylemek doğru değildir. Zira genetik incelemenin muhatabına, mahkemece alınan randevu hakkında önceden meşruhatlı davetiye yoluyla bildirim yapılmış olması zorunluluğu bizim hukukumuzda da geçerlidir¹⁴³³. Böyle bir bildirim yapılmaksızın kişinin yaka paça derdest edilip muayeneye götürülmesi mümkün değildir. Bir başka ifadeyle, hâkimin soybağı incelemesi kararı üzerine muhatabın derhal kan veya doku örneği vermeye fiziken zorlanması söz konusu olmayıp, kıyasen HMK m.291/3 veya HMK m.243-244 hükümleri uyarınca, hâkim tarafından, öncelikle vücudu üzerinde inceleme yapılacak kişiye numune alımı

¹⁴³² **Aksoy-Dursun-** Soybağının Belirlenmesi, s.120; **Akbıyık/Aydın**, s.23-24.

¹⁴³³ “Dosya içerisindeki bilgi ve belgelerden, ... testi yapılması için davalı ...’un bulunduğu adreslere usulüne uygun olarak tebligat çıkartıldığı halde, davalının çağrıya uymaması üzerine mahkemece davanın kabul edildiği anlaşılmaktadır.... Hukuk Muhakemeleri Kanunu 292.maddesi uyarınca dava dilekçesindeki talep çerçevesinde mahkemece tarafların iddia ve savunmaları da dikkate alınarak babalık iddiası ile ilgili olarak ... testi yaptırmak üzere davalı ...’a tekrar meşruhatlı davetiye çıkarılarak ... 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 ... test yaptırılıp alınacak rapor doğrultusunda bir karar verilmesi gerekirken, yukarıda gösterilen yasal düzenlemelere aykırı şekilde eksik incelemeyle davanın kabulü doğru görülmemiştir.” (Y. 8. HD. 28.03.2019, E.2017/8976, K.2019/3402; Legalbank İçtihat).

işleminin yapılacağı yeri ve zamanı bildiren bir davetiye çıkarılır; incelemenin yapılacağı yerde hazır bulunması, mazeret bildirmeksizin gelmemesi halinde zor kullanılarak getirileceği ihtarını içeren bu davetiye muhataba tebliğ edilir; tebligata rağmen kişi numune vermeye gelmezse ve geçerli mazeret de bildirmezse, ancak o zaman fiziken zor kullanılarak vücutundan kan veya doku alınması mümkün olur¹⁴³⁴. Hatta kişinin, haklı bir sebep ileri sürerek incelemeye katılmaktan kaçınma talebinde bulunması hâlinde, mahkemece öncelikle bunun gerçekten haklı sebep teşkil edip etmediğinin incelenmesi gerekir. Şayet bu değerlendirme yapılmadan zor kullanma yoluna gidilmiş olması durumunda işte o zaman ölçülülük ilkesinin zedelendiğinden söz edilebilir¹⁴³⁵. Kamu yararının olduğu soybağı konulu bir davada hâkim, kanundan doğan yetkisini kullanıp, taraflara ve üçüncü kişilere yönelik vereceği ara kararıyla, incelemenin yapılacağı yeri ve tarihi bildirmesi ve konuyla ilgili gerekli ihtarda bulunduktan sonra, artık buna rağmen tarafların mazeret bildirmeksizin ihtar uymaması neticesinde zor kullanılarak incelemenin gerçekleştirilmesinde ölçülülük ilkesine aykırılıktan söz edilemez¹⁴³⁶. Kaldı ki, akıl sağlığı yerinde olan hiç kimsenin, hafif bir tıbbî müdahaleyle gerçekleştirilebilecek olan genetik numune alınması işlemi için cebren götürülmeyi göze alamayacağı düşüncesindeyiz. Kanun koyucunun da, böyle bir uygulamayı sıradanlaştırmayı arzu etmediği düşünüldüğünde, işin önemi gereği öngörülen yaptırımın caydırıcılığını artırarak ciddiyetini açıkça göstermek amacı taşıdığı söylenebilir¹⁴³⁷.

Bu noktada HMK m.292 ile dZPO 372a hükümleri arasında bulunan farklardan birisi, Alman hukukunda kişiye iki defa bildirim gönderilmesine rağmen işbirliğinden kaçınması hâlinde zor kullanma yoluna gidilebilmesi iken, Türk hukuku bakımından bu bildirimin bir kez yapıldıktan sonra kaçınma söz konusu olduğunda zor kullanma yolunun caiz olmasıdır¹⁴³⁸. İkinci olarak ise, Alman hukukunda üçüncü kişiler açısından tanıklıktan çekinme sebeplerinin ileri sürülerek genetik incelemeye katılmaktan kaçın-

¹⁴³⁴ **Bolayır-** Hakimin Rolü, s.470; **Yurtbaşı**, s.140.

¹⁴³⁵ **Aşık-** Keşif, s.188; **Bolayır-** Hakimin Rolü, s.471.

¹⁴³⁶ **Bolayır-** Hakimin Rolü, s.471; **Yurtbaşı**, s.140; **Tarım**, s.145-146.

¹⁴³⁷ **Uğur**, s.1929.

¹⁴³⁸ Türk hukukunda HMK m.292 hükmündeki örtülü boşluğun, Alman hukukundaki ZPO § 372a hükmü paralelinde, amaca uygun yorumlanıp bir sınırlama getirilerek doldurulması gerektiği yönünde bkz. **Aksoy-Dursun-** Soybağının Belirlenmesi, s.122.

ma hakkının bulunmasına rağmen, Türk hukukunda üçüncü kişiler bakımından dahi incelemeye katlanma zorunluluğu taraflarla aynı hükümlere tâbi şekilde düzenlenmiştir.

Kaçınma olgusunun bir defa ya da iki defa gerçekleşmiş olması arasında ölçülülük ilkesini zedeleyecek nitelikte bir farklılık bulunduğunu düşünmüyoruz. Ancak üçüncü kişiler bakımından, Alman hukukundakine benzer şekilde, tanıklıktan çekinme hakkına ilişkin HMK m.247 ila 253. maddelerinin soybağı incelemesine katlanma zorunluluğunun istisnası olarak HMK m.292’de düzenlenmesi düşünülebilir. Bir başka ifadeyle, Alman hukukunda olduğu gibi, haklı bir sebep olmaksızın incelemeye katlanma zorunluluğuna uyulmaması hâlinde tanıklıktan çekinmeye ilişkin yaptırımların devreye sokulması ve zorunluluğa riayetsizliğin tekrarı hâlinde son çare olarak kişinin fiziksel güç kullanılmak suretiyle katlanma zorunluluğuna uymasının sağlanması, ölçülülük ilkesine daha uygun bir çözüm olarak görülebilir¹⁴³⁹. Burada, kanun koyucu tarafından taraflarla üçüncü kişiler arasında hiçbir fark gözetilmeksizin aynı rejimin öngörülmesi yerinde bir tercih olmamıştır. Hiç değilse, üçüncü kişiler açısından, haklı sebep olmaksızın tanıklıktan çekinmeye ilişkin yaptırımların uygulanmasının ardından, incelemeye katılmama hususunda tekrarlanma şartı aranılarak daha dengeleyici bir formül benimsenmesi düşünülebilirdi¹⁴⁴⁰. Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 292. maddesi bağlamında kanun koyucu, soybağı incelemesinden haksız yere kaçınan kişilere karşı tanıklıktan çekinmeye ilişkin yaptırımlara işlerlik kazandırılması hususunda herhangi bir atıfta bulunmadığı gibi, hükümde kıyas yolu da açık bırakılmadığından, yasal dayanak olmaksızın, yorum yoluyla hâkimin disiplin para cezasına yahut tazyik hapsine karar verebilmesi mümkün değildir¹⁴⁴¹.

Ölçülülük ilkesi, temel haklara müdahalenin sınırını belirlerken, müdahalenin amacı ile müdahale yöntemi arasındaki ilişkiyi ve dengeyi gözetir. Kullanılan araç ile varılmak istenen amaç arasında uyumlu, elverişli, gerekli ve ölçülü bir orantı bulunduğu

¹⁴³⁹ **Konuralp, H.:** Medeni Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları, Ankara 1999, s.105; **Üçüncü**, s.66.

¹⁴⁴⁰ **Aksoy-Dursun-** Soybağının Belirlenmesi, s.122. Üçüncü kişilere karşı zor kullanmadan önce tanıklıktan çekinmeye ilişkin yaptırımların uygulanması yönündeki formülün, davanın tarafları için de işletilmesi ve böylece ölçülülük ilkesine daha uygun bir çözümün geliştirilmesi gerektiği yönünde bkz. **Akbıyık/Aydın**, s.26-27.

¹⁴⁴¹ **Akbıyık/Aydın**, s.27.

DNA numunesi veren kişinin bu incelemeyi kontrol edip denetlemesi ya da inceleme verilerinin imhası sürecini hukuken takip imkânından yoksun olması gibi potansiyel endişeler sebebiyle de HMK m.292 hükmünün eleştiriye açık yönleri olduğu söylenebilir. Devlet eliyle zor kullanılarak kişinin genetik bilgilerinin elde edilmesi hâlinde bu verilerin gerekli standartları haiz şifreli programlarla saklanması, elektronik ortamdaki kayıtların doğru tutulması ve kaydedilen bu verilerin güvenliğinin korunması devletin sorumluluğu altında olup, kişilerin genetik verileri üzerinde yaşanması muhtemel olumsuzluklara karşı gerekli tedbirlerin eksiksiz alınması kamu düzenini ilgilendirir. Bu konuda zafiyet yaşanması hâlinde, toplumsal barışın yıkılma tehlikesi ortaya çıkabileceği gibi, toplumun güveninin sarsılmasına da yol açılabilir.

5. HMK m.292 İle TMK m.284 Arasındaki İlişki

a. Genel Değerlendirme

Soybağı davalarında yargılama usulüne ilişkin keşfe katlanma zorunluluğunun yaptırımını farklı şekilde düzenleyen TMK m.284/son c. ile HMK m.292 hükümlerinden hangisinin uygulanacağı hususunda ortaya çıkan tartışmanın tarihsel kökenini, esas itibarıyla, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nın (6100 sayılı Kanun'un 292. maddesine tekabül eden) 296. maddesine ilişkin teklif edilen değişiklik önergesi hakkında TBMM Adalet Komisyonu tarafından kaleme alınan gerekçe oluşturur. Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı ile ilgili olarak Adalet Komisyonu'nda süregelen tartışmalar esnasında, Türk Medenî Kanunu'nun 284. maddesinde soybağı davalarına ilişkin genel usul kuralının varlığı sebebiyle, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nda aynı konunun tekrar düzenlenmesine gerek olmadığı, dolayısıyla hükmün Tasarı metninden çıkarılması teklif edilmiş olmasına rağmen; Adalet Komisyonu'nda, *“çifte yürürlüğün uygulamacılar için sorun teşkil etmeyeceği ve usul kurallarının Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda bulunmasının yararlı olacağı fikrinin hakim olması”* sonucunda önerge reddedilerek, Kanun'un 292. maddesinde yer alan şimdiki hâliyle, düzenleme aynen kabul

edilmiştir¹⁴⁴⁶. Hâlbuki, HMK m.292 ile TMK m.284/1, b.2 hükümlerinin çifte yürürlüğünden bahsetmek bir kenara, içerik itibariyle birbirlerine tamamen zıt yöndeki iki farklı düzenlemenin varlığı söz konusu olduğu hâlde, aynı konuyu karşıt şekilde düzenleyen iki hükmü aynı anda yürürlükte tutmanın uygulamacılar için sorun doğurmayacağı düşüncesi hukuk mantığıyla bağdaşmaz.

Nitekim, 02.06.2009 tarihli TBMM Adalet Komisyonu Raporu'nda yer verilen ayrışık oyda, kanunun diğer temel kanunlarla bağlantısında yeterince özen gösterilmediği, TMK ile HMK Tasarısı arasında hukuk çatışması yaratacak bazı normlar olduğu, soybağının tespiti amaçlı genetik incelemelerin iki kanun arasında farklı düzenlenmiş olmasının normlar arasında uyumsuzluğa sebebiyet vereceği, temel kanuna aykırı birtakım düzenlemelerin hukuk tekniği açısından isabetsiz olduğu, HMK düzenlenirken TMK'ya serpiştirilmiş birçok usul hükümlerinin de ayıklanması ve çifte düzenlemelerin ortadan kaldırılması gerekirken, bunun dikkate alınmamış olmasının kanun yapma tekniği bakımından ciddi kusur oluşturduğu yönünde haklı görüşlere yer verilmiştir¹⁴⁴⁷.

Bu tespitler ışığında, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 292. maddesinin Tasarı metninden çıkarılmasına yönelik önerenin Adalet Komisyonu tarafından reddedilmiş olmasından hareketle, kanun koyucunun iradesinin, soybağı davalarında keşfe katlanma zorunluluğu bakımından sonraki tarihli kanun olan Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndaki düzenleme istikametinde eğilim gösterdiği anlaşılmaktadır. Nitekim 2008 tarihli Hukuk

¹⁴⁴⁶ Çifte yürürlük kavramının isabetli olmadığı; TMK ile HMK kapsamında birbirinden farklı içerikte iki ayrı düzenlemenin bulunduğu hususunda bkz. **Taşpınar-Ayvaz, S.:** Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK) Zaman Bakımından Uygulanması, Ankara 2013, s.420.

¹⁴⁴⁷ *"...Kanun hazırlanırken, diğer temel yasalarla bağlantı kurmada yeterli dikkatin gösterilmediği görülmektedir. Temel kanun olan Türk Medeni Kanunu 2001 yılında kabul edilmiştir. Türk hukuk devriminin temel taşı olan Türk Medeni Kanunu ile düzenlediğimiz kanun tasarısında, normlar arasında hukuk çatışması yaratacak düzenlemeler bulunmaktadır. Halbuki yeni düzenlemeler, yeni sorunlar yaratmamalıdır. Medeni Kanunun yürürlüğe girmesinden sonra uygulamada hiçbir sorun doğurmayan soybağı tespitinin, farklı bir şekilde bu kanunda da düzenlenmesi normlar arasında çatışmaya yol açacaktır. Elbette soybağının mukayeseli hukuk açısından düzenleme yeri burasıdır. Ama temel yasaya aykırı bir düzenleme hukuk tekniği açısından uygun değildir. ...Hukuk devletinde "çifte hukukluluk" a yer yoktur. Ciddi bir usul hukuku değişimi, çifte hukukluluğu barındırmaz. Oysa Türk Medeni Yasası; görev, yetki, kanıt ve kanıtlama yükü yönünden serpiştirilmiş usul hükümleriyle doludur. Usul Yasası düzenlenirken serpiştirilmiş bu çifte düzenlemelerin ayıklanması gerekirken, bunun dikkate alınmamış olması çok ciddi bir yapı kusuru oluşturmaktadır."* [bkz. Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/574) Sıra Sayısı 393, s.172-173]. Aynı yönde bkz. **Özbilen- Rıza**, s.114, dn.35.

Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nda "Kaldırılan Hükümler" kenar başlığını taşıyan m.453/1-b hükmünde Türk Medeni Kanunu'nun 284. maddesinin (b) bendinin yürürlükten kaldırıldığına ilişkin açık bir düzenlemeye de yer verildiği görülür¹⁴⁴⁸.

Yine, Türk Medenî Kanunu'nun 436. maddesinin ilk fıkrasına göre, "koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması" ile ilgili prosedür, kural olarak Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na tâbi olmakla birlikte; adı geçen düzenlemeye, 7196 sayılı "Bazı Kanunlarda ve 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"¹⁴⁴⁹ 53. maddesiyle eklenen 6. ve 7. bent hükümleri uyarınca akıl hastalığı, akıl zayıflığı, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, ağır tehlike arz eden bulaşıcı hastalığı olanlar hakkında koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması kararı alınabilmesi için gerekli resmî sağlık kurulu raporunun temini amacıyla, kişinin vücudundan kan veya benzeri biyolojik örneklerle kıl, tükürük, tırnak gibi örnekler alınabilir; kişiye gerekli tıbbi müdahaleler yapılabilir; gerektiğinde kişi, hekim ön raporu üzerine en fazla yirmi gün süreyle sağlık kuruluşuna yerleştirilebilir; bu işlemlerin uygulanması için ilgili kişi hakkında zor kullanılabilir ve sağlık görevlilerinden tıbbî yardım alınabilir (TMK m.436/bent 6, 7). Bu itibarla, koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması bağlamında

¹⁴⁴⁸ Bkz. Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/574) Sıra Sayısı 393, s.263; **Özbay, İ.:** 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Neler Getirdi?, 2. B., Ankara 2012, s.354.

Tasarı metninde yer alan bu hükmün Hükümet gerekçesindeki şu ifade ise dikkat çekicidir: "...Ayrıca Tasarıda soybağının tespiti ile ilgili olarak yapılan düzenleme karşısında, 4721 sayılı Kanunun 284 üncü maddesinin (2) numaralı bendinin uygulanma imkânı kalmadığından söz konusu hükmün de yürürlükten kaldırılması gerekmiştir" (bkz. Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/574) Sıra Sayısı 393, s.126).

Ancak Tasarıdaki bu hükmün değiştirilmesine ilişkin Adalet Komisyonu raporunda ise şu ifadelerle yer verildiği görülür: "Tasarının 453 üncü maddesinin madde başlığı, kanun tekniği açısından uygun görülmemekle değiştirilmiş, ayrıca Türk Medenî Kanununun 284 üncü maddesinde soybağının düzenleyen genel usul kuralının varlığı sebebiyle, Tasarıdaki "Soybağı tespiti için inceleme" başlıklı 296 ncı maddenin Tasarı metninden çıkarılması teklif edilmiş, ancak Tasarının 296 ncı maddesinin görüşülmesi esnasında verilen Türk Medeni Kanununun 284 üncü maddesinde soybağının düzenleyen özel usul kuralının varlığı sebebiyle Tasarıda tekrar düzenlenmesine gerek olmadığı dolayısıyla hükmün Tasarı metninden çıkarılmasına ilişkin önerge "Çifte yürürlüğün uygulamacılar için sorun teşkil etmeyeceği ve usul kurallarının Hukuk Muhakemeleri Kanununda bulunmasının yararlı olacağı fikrinin hakim olması gerektiği" gerekçesiyle reddedilmiş olduğundan, Türk Medenî Kanununun 6 ncı maddesi ile 284 üncü maddesinin 2 numaralı bendinin yürürlükten kaldırılmasını düzenleyen maddenin (b) bendi tasarıdan çıkarılmış ve madde bu bağlamda tekrar düzenlenmiş ve madde teselsül nedeniyle 456 ncı madde olarak kabul edilmiştir." (bkz. Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/574) Sıra Sayısı 393, s.169).

¹⁴⁴⁹ Bkz. RG. 24.12.2019, Sa.30988.

Türk Medenî Kanunu'nda yapılan değişiklikle birlikte, artık kişilerden kan veya doku örneği alınabilmesi için gerekirse zor kullanma yaptırımının uygulanabilmesinin kanunî dayanağı oluşturulmuş durumdadır. Bu durum, kanun koyucunun, Kanun'da sayılan hâllerde toplum için tehlike oluşturan kişilerin koruma amacıyla kısıtlama altına alınmasına ne derece önem verdiğini gösterir. Kamu düzeninden sayılan soybağı konusunda kanun koyucunun aynı hassasiyete sahip olmadığını yahut soybağının tesisini, koruma amaçlı kısıtlama kararına atfedilen değerden daha düşük seviyede gördüğünü söylemek hukuk metodolojisine ve yorum kurallarına aykırı bir yaklaşım olarak değerlendirilebilir. Buna ek olarak, her ne kadar 7196 sayılı Kanun'un ilgili madde gerekçesi¹⁴⁵⁰ incelendiğinde, çerçevesi çizilen zor kullanma yaptırımına ilişkin uygulamanın, yalnızca koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması ile sınırlı olarak kabulü gerekip gerekmediği açıkça anlaşılamıyor olsa da, kanun koyucunun, 7196 sayılı Kanun ile yapılan anlamlı değişikliğe rağmen TMK m.284/son c. hükmünü bilinçli bir iradeyle yürürlükte tutmaya devam ettiğini söylemek de mümkün gözükmemektedir¹⁴⁵¹.

Öte yandan, aksi yöndeki bir görüşe göre¹⁴⁵², HMK m.292 karşısında TMK m.284 hükmüne üstünlük tanınması gerekmektedir. Zira, TMK m.284 hükmünün kenar başlığı her ne kadar “Yargılama usulü” olarak belirtilse de, kişilik haklarına müdahaleye yol açan usul işlemlerinin esasını düzenleyen ve hangi hâllerde kişilik haklarına müdahalenin hukuka uygun sayılacağını öngören TMK m.284, bir maddî hukuk normu niteliği taşıdığı için HMK m.292 karşısında üstün tutulması gerekir. Yine aynı yönde *Hatemi*¹⁴⁵³ tarafından, TMK m.284/son c. hükmünün yerinde bir kural olduğu, tezvir ve zarar verme amacıyla dava açılmasını önlediği, bu yüzden de HMK karşısında üstün

¹⁴⁵⁰ “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” [Teklif Gerekçesinden; bkz. Bazı Kanunlarda ve 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi (2/2368) Sıra Sayısı 144, s.15]. Tam metin için ayrıca bkz. <https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem27/yil01/ss144.pdf> (E.T. 27.11.2021).

¹⁴⁵¹ **Konuralp-** Kan ve Doku Örneği, s.1620.

¹⁴⁵² **Dural/Öğüz/Gümüş,** s.277-278, kn.1370.

¹⁴⁵³ **Hatemi,** s.156-157, kn.698.

tutularak değiştirilmemesi gerektiği; bilakis HMK m.292 hükmünün Anayasa Mahkemesi’nce ilga edilmesinin uygun olacağı yönünde görüş serdedilmiştir.

Benzer yöndeki bir başka görüşe göre¹⁴⁵⁴ ise, TMK m.284/1 hükmünde geçen “*Soybağına ilişkin davalarda aşağıdaki kurallar saklı kalmak kaydıyla Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu uygulanır:*” ifadesinden hareketle kanun koyucunun, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nu yürürlüğe sokarken, TMK m.284/son c. hükmünü yürürlükten kaldırma amacı taşımadığı ve TMK m.284 bakımından 1086 sayılı (mülga) HUMK ile 6100 sayılı HMK arasında, her ikisinin de usul kanunu olması sebebiyle yeni kanun sonrası dönemde bir fark gözetmeyi gerektiren durum bulunmadığı ileri sürülmüştür. Bunun yanı sıra, TMK m.284 hükmü, “Soybağının Kurulması” üst başlığı altında düzenlenmiş olduğundan, kanun sistematigi gereği yalnızca soybağının kurulmasına ya da kaldırılmasına ilişkin davalara yönelik olduğu hâlde; HMK m.292’nin daha geniş uygulama alanını kapsadığı ve örneğin, soybağına ilişkin davalardan olmayan nüfus sicilinin düzeltilmesi davalarında dahi geçerlilik taşıdığı belirtilmiştir¹⁴⁵⁵. Yine, bu görüş ekseninde *Turan-Başara*’ya göre¹⁴⁵⁶ ise, TMK m.284/son c. hükmünün, “*Soybağının Kurulması*” başlığı altında düzenlenmiş olmasının yanı sıra, hükümde davalının rıza göstermemesi olasılığından söz edildiği hâlde, davacıya hiç değinilmediği dikkate alınırsa anılan hükmün, yalnızca babayla çocuk arasındaki yasal soybağı ilişkisinin kurulmasına ilişkin davalarda uygulanacağı; nüfus sicilinin düzeltilmesine ilişkin davalarda ise uygulama alanı bulamayacağı düşünülebilir. Zira çocuk ile onu doğuran kadın arasındaki soybağı doğumla birlikte zaten kurulmuş olduğu için nüfus sicilinin düzeltilmesi davası, çocuk ile ana arasındaki yasal soybağının kurulmasına değil, doğal soybağını sadece hükmen tespit etmeye yarar¹⁴⁵⁷. Bu itibarla çocuğun, kendisini doğurandan başka bir kadının nüfus siciline kaydedilmesi sebebiyle açılan nüfus kaydının düzeltilmesi istemli davalarda ana olduğu iddia edilen kadının gerçekten çocuğu doğuran kadın olup

¹⁴⁵⁴ **Badur, E.:** Tıbbi Müdahaleye Rızanın Özellik Gösterdiği Haller, Ankara 2017, s.265; **Oktay-Özdemir, S./Tek, G. S.:** Türk Hukukunda Tıp Bilimindeki Gelişmelerin Soybağına Etkileri (Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan, İstanbul 2013, s.909-931), s.927.

¹⁴⁵⁵ **Badur,** s.265.

¹⁴⁵⁶ **Turan-Başara, G.:** Ana İle Evlilik Dışında Doğan Çocuk Arasındaki İlişkiyi Düzenleyen Türk Medeni Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi (TBB, S.2017/131, s.211-238), s.231-232.

¹⁴⁵⁷ **Turan-Başara,** s.231-232.

olmadığının tespitine yönelik yapılması gerekli genetik incelemeler bakımından HMK m.292 hükmü uygulanır¹⁴⁵⁸.

b. Görüşümüz

Esasında 2002 tarihli Türk Medenî Kanunu'nun m.284/son c. hükmündeki, genetik inceleme için numune alınması işlemine katılmayan kişinin sebep olduğu ispatsızlığı onun aleyhine sayma anlayışının kaynağı İsviçre hukuku olmadığı gibi, Kıta Avrupası hukukunun genelinde de buna benzer bir anlayış söz konusu değildir¹⁴⁵⁹. Nitekim İsviçre hukukunda İnsan Üzerindeki Genetik İncelemeler Hakkında Federal Kanun'un yürürlüğe girmesiyle, soybağı incelemesi ile ilgili aynı konuyu düzenleyen İsviçre Medenî Kanunu'nun 254. maddesi açıkça ilga edilmiştir. Bunun yanı sıra Alman ve Fransız Medenî Kanunlarında Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndaki sistematığe benzer şekilde keşfe katlanma zorunluluğu getiren düzenlemeler mevcut olup, bazı yabancı hukuk sistemlerinde rastlanılan bu hükümlerin nitelik ve zaman bakımından uygulanma özellikleri, kronolojik sıralaması kriterlerine ilâveten lafzî, tarihî ve amaçsal yorumu itibariyle, tamamen aynı konuyu ele alan sonraki tarihli genel hükmün (HMK m.292) önceki tarihli genel hükmü (TMK m.284/son c.) zımnen ilga ettiği sonucuna varılması gerekmektedir¹⁴⁶⁰.

Keza, hukuksal yorum araçlarına bile başvurulmasına gerek olmaksızın, sonraki tarihli kanun hükmünün, önceki tarihli kanun hükmünü bertaraf edeceği kuralı (*lex posterior derogat legi priori*) dayanak gösterilerek aynı sonuca varılabilir. Nitekim, aynı konuda zıt bakış açısına sahip iki ayrı kanun hükmü arasındaki çatışma, zaman itibariyle ortaya çıktığı için, tarihsel yorum yoluyla kanun koyucunun eskisinin yerine yeni hük-

¹⁴⁵⁸ **Turan-Başara**, s.232.

¹⁴⁵⁹ **Tüzüner**- Adli Genetik, s.30; **Memiş/Yıldırım**, s.299.

¹⁴⁶⁰ **Taşpınar-Ayvaz**- Zaman, s.420; **Tanrıver**- Usul C.I, s.1010-1011; **Tüzüner**- Adli Genetik, s.30-31; **Üçüncü**, s.59; **Bolayır**- Hakimin Rolü, s.474; **Aksoy-Dursun**- Soybağının Belirlenmesi, s.121; **Akbıyık/Aydın**, s.7; **Özbilen**- Rıza, s.113-115; **Aşık**- Keşif, s.211; **Albayrak-Açı**, s.143; **Konuralp**- Kan ve Doku Örneği, s.1616-1617, 1625; **Yurtbaşı**, s.142; **Akar**, s.106; **Uğur**, s.1929, 1936; **Uyumaz**, s.191; **Korucu/Uyumaz**, s.1341; **Özçelik**, s.261; **Ateş**, s.81; **Öz**, s.322-323; **Budak/Karaaslan**, s.311-312, kn.148; **Görgün/Börü/Kodakoğlu**, s.563; **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, s.540; **Özbay, İ./Aksan-Nar, Ş.:** Son Yasal Değişiklikler Çerçevesinde Tanımanın İptali Davası ve Bu Davada Uygulanacak Usul (ErzÜHFD, C.XIV, S.2010/3-4, s.187-226), s.212.

mün uygulanması iradesini taşıdığı savunulabilir¹⁴⁶¹. Gerekçede ifade edilen “çifte yürürlüğün uygulamacılar için sorun teşkil etmeyeceği ve usul kurallarının Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda bulunmasının yararlı olacağı fikri” kanun koyucunun önceki yerine sonraki hükmü benimsediği düşüncesinin yoğunlaşmasına yol açtığı için, yine TMK m.284’ün zımnen ilga edildiği sonucuna varmak mümkün olabilir¹⁴⁶². Bir başka bakış açısıyla, HMK m.292’nin, sonraki kanun sıfatıyla, TMK m.284’ün üzerinden dokuz yıl geçtikten sonra yürürlüğe girip aynı konuyu düzenlemiş olması itibarıyla çelişen noktalarda, önceki düzenleme olan TMK m.284/son c. hükmünü ilga ettiği, önceki düzenlemenin birinci fıkrası uyarınca yargılamaya dair konularda sonraki düzenleme olan Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na açıkça yollamada bulunulmasının da bir sonucu olarak açıklanabilir¹⁴⁶³. Yine yukarıda bahsedilmiş olan, TMK m.284’ün HMK m.292’ye göre özel hüküm olması sebebiyle öncelikli olarak uygulanması gerektiği yönündeki görüş kanımızca isabetsizdir. Zira soybağı incelemesi, usul hukuku yönüyle keşif niteliği taşıdığından, mahkeme usul işlemi olarak değerlendirilebilir. Keşif ile ilgili usulî hükümler arasında yer alan HMK m.292, keşfin icrası ve keşfe katlanma zorunluluğu bakımından, TMK m.284/son c. hükmüne nazaran sonraki tarihli özel hüküm niteliğinde olup, önce-

¹⁴⁶¹ **Özbilen-** Rıza, s.114-115; **Tarım**, s.148. Yargıtay da aynı görüştedir: “*Yerel mahkemeye, 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 ve ya doku alınmasına katlanma zorunluluğu getirilmiştir. Hâl böyle olunca, kamu düzenine ilişkin olan babalık iddiası hakkında doğru sonucun elde edilebilmesi için sonraki kanun olan ve özel düzenleme içeren HMK’nın 292. maddesi hükmünün uygulanması ve alınacak rapor doğrultusunda bir karar verilmesi gerekmektedir.*” (bkz. Y. HGK. 18.10.2018, E.2017/1927, K.2018/1471; Y. 8. HD. 30.03.2017, 1248/4772; Legalbank İçtihat). Ayrıca bkz. Y. 18. HD. 21.04.2014, E.2013/21054, K.2014/7453; 18. HD. 23.05.2013, 7073/8944; 18. HD. 30.04.2013, 5900/7275; 18. HD. 06.06.2013, 7565/9826 (**Akar**, s.105, dn.197).

¹⁴⁶² **Akbıyık/Aydın**, s.21. Bir an için çifte yürürlük düşüncesi kabul edilecek olduğunda, haklı sebeple soybağı incelemesinden kaçınma talebinde bulunan ve bu talebi kabul edilerek incelemeden kaçınan tarafın aleyhine sonuç doğuracak şekilde, TMK m.284/son c. uyarınca karine sonucunun uygulanması düşünülemez. Her ne kadar TMK m.284 haklı sebeple incelemeden kaçınma imkânı veren bir düzenleme olmasa da, HMK m.292 ile kişiye haklı sebep göstererek kaçınma hakkı verildiği hâlde, bu sefer TMK m.284/son c. hükmüyle kaçınma hakkının onun aleyhine sonuç doğuracak şekilde karineye bağlanması hukukla bağdaşmayan bir anlayıştır (bkz. **Aşık-** Keşif, s.212).

¹⁴⁶³ **Ünver, Y.:** Genetik Teşhislere Yönelik Tıbbi Müdahalelerden Kaynaklanan Ceza Hukuku Sorumluluğu [Tıp Hukuku Dergisi (İstanbul Medeniyet Üniversitesi Tıp Hukuku Araştırmaları Birimi Yayını, Özel Sayı Genetik Teşhisler ve Hukuki Sorunlar), 2013/4, s.191-213], s.197.

likle uygulanmalıdır¹⁴⁶⁴. İki ayrı usul hukuku normu arasında özel ve sonraki tarihli hüküm olan HMK m.292 üstün tutulmalıdır¹⁴⁶⁵. Zira usul kurallarının zaman itibariyle uygulanması hususunda, tamamlanmamış usul işleri bakımından kural olarak “derhal uygulanma ilkesi” geçerlidir¹⁴⁶⁶. Netice itibariyle, bu noktadaki tartışmaları tümüyle bertaraf etmenin en kestirme yolu ise, kanun koyucu tarafından TMK m.284/son c. hükmünün açık ve net bir şekilde yürürlükten kaldırılmasıdır.

§ 10. YARGILAMA HARÇ ve GİDERLERİ İLE ADLÎ YARDIM

A. Yargılama Harç ve Giderleri

I. Genel Olarak

Bilindiği üzere, yargı mercilerince yürütülen yargılama faaliyetinden istifade eden kişilerin, bu kamu hizmetinin karşılığında belirli miktar ve oranlarda devlete ödemekle yükümlü olduğu paralara yargılama harçları denir. Devletin yargı erki kanalıyla sunduğu yargısal hizmetin malî anlamda tam karşılığı olmayan yargılama harçlarının,

¹⁴⁶⁴ **Bolayır-** Hakimın Rolü, s.473; **Yurtbaşı**, s.142; **Akar**, s.106; **Özbilen-** Rıza, s.115; **Karşlı-** Muhakeme, s.628-629.

¹⁴⁶⁵ **Taşpınar-Ayvaz-** Zaman, s.420. Öte yandan Yargıtay’ın, 6100 sayılı Kanun yürürlüğe girdikten sonraki ilk yıllarda, 1086 sayılı (mülga) HUMK’un yürürlük döneminde verilmiş ilk derece yargı kararlarına ilişkin temyiz incelemesi üzerine, HMK m.292 ile TMK m.284 arasındaki çelişkiye hiç değinmeksizin, yalnızca TMK m.284 doğrultusunda verdiği bir kararındaki şu ifadeler dikkat çekicidir: “Dava, babalık tespiti ile ilişkindir (TMK. m.301 vd.). Davalı E.’ye dava dilekçesi, davacının delil listesi ve duruşma günü usulüne uygun şekilde tebliğ edilmesine rağmen; davalı cevap ve delil bildirmedigi gibi, duruşmalara da katılmamıştır. ... 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 davetiyeye rağmen tıbbi incelemeden kaçınan davalı aleyhine babalık olgusu ispat edilmiş sayılır.” (Y. 2. HD. 28.03.2013, 4904/8620; Legalbank İçtihat).

¹⁴⁶⁶ Aynı yönde bkz. “Soybağı hakkındaki hükümler kamu düzenine ilişkindir. HUMK.nun 439/2 nci maddesinde ‘Mahkemei temyiz iki tarafın iddia ve müdafaasıyla mukayyet olmayıp kanunun sarih maddesine muhalif gördüğü diğer esbaptan dolayı da temyiz olunan kararı nakzedebilir.’ hükmü düzenlenmiştir. Dosyanın incelenmesinden, davalıya Türk Medeni Kanunu’nun 284 üncü maddesi uyarınca ihtarlı davetiye çıkarıldığı, davalının DNA incelemesi için icabet etmemesi üzerine davanın kabul edildiği anlaşılmaktadır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 292/1 inci 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 halinde, hakim 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.” (Y. 18. HD. 27.02.2014, 499/3432; Legalbank İçtihat).

kişilerin hak arama yollarına gitmekten vazgeçmelerine yol açmayacak şekilde, makul ve malî külfet yüklemeyecek oran ve tutarlarda düzenlenmesine dikkat edilmelidir. Yargılama harçlarının bir kısmı maktu, bir kısmı ise nispî oranlarda belirlenmiş olup, bazı dava ve işler bakımından ise harçtan muafiyet söz konusudur¹⁴⁶⁷. Konusu para veya parayla ölçülebilir bir malvarlığı hakkı olmayan soybağı davaları bakımından başvurma harcı ile birlikte karar ve ilâm harcı da maktu şekilde düzenlenmiş olup, dava açılırken başvurma harcının yanı sıra, maktu karar ve ilâm harcının tamamı davacıdan peşin olarak tahsil edilir (Harçlar K. m.27).

Ayrıca yargılama harçlarının da içerisinde yer aldığı yargılama giderleri, bir davanın açılıp nihai kararlar sonuçlanmasına kadar geçen zaman diliminde, yargılamanın yürütülmesi için gereken harcamalarla birlikte, vekil aracılığıyla takip edilen davalarda yasal vekâlet ücretinin toplamından oluşur. Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 323. maddesinde kalem kalem belirtilmiş olan yargılama giderleri, hukuk muhakemesine tâbi davaların tümünde geçerli olacak şekilde düzenlenmiştir. Bir başka deyişle, medenî yargı bütününde faaliyet gösteren mahkemelerin tamamı bakımından HMK m.323 hükmü uygulanacak olup, babalık davasında görevli aile mahkemelerindeki yargılama giderlerinin kapsamını ve istisnalarını düzenleyen başka herhangi bir yasa hükmüne rastlanmaz.

¹⁴⁶⁷ Harçlar Kanunu’nun 13. maddesinin (i) bendinde düzenlenen harçtan muaf dava ve işler arasında, içerik itibariyle çalışmamızın kapsamına giren, “kamu adına Cumhuriyet savcıları tarafından hukuk mahkemelerinde açılan davalar ile bu davalarda verilen hükümlere karşı kanun yolu başvuruları”nın da yer aldığını, burada yeri gelmişken belirtmek gerekir.

Harçtan muaf tutulanlarla ilgili özel kanunlardaki düzenlemeler için ayrıca bkz. Harçlar K. m.123. Bunun dışında, Ticaret Bakanlığı, tüketiciler ve tüketiciler irgtleri tarafından tüketiciler mahkemelerinde açılan davaların; Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü’nün açtığı davalar ile bu kuruma karşı açılacak davaların (6200 s. K. m.49); Tarım Kredi Kooperatifleri ve Birlikleri Kanunu’na göre kurulan kooperatifler ile bölge ve merkez birliklerinin açacakları davaların (TKKBBK. m. 19/B/a) da, özel kanun hükümleriyle harçtan muaf tutulan davalar arasında düzenlendiği görülür.

II. Yargılama Giderlerinden Sorumluluk

1. Türk Hukukundaki Durum

Kanunda düzenlenen istisnâî hâller¹⁴⁶⁸ haricinde yargılama harç ve giderleri, davada aleyhine hüküm verilen tarafa yüklenecek olup (HMK m.326/1), aleyhine hüküm verilenler birden fazla ise mahkeme, yargılama giderlerini, bunlar arasında paylaştırabileceği gibi, müteselsilen sorumlu tutulmalarına da karar verebilir (HMK m.326/3). Eğer davada taraflardan her biri kısmen haklı çıkarsa yargılama giderleri, haklılık oranına göre mahkemece taraflara paylaştırılır (HMK m.326/2). Bunun için tarafların herhangi bir talepte bulunmasına gerek yoktur. Hâkim, yargılama giderlerini takdir yetkisine dayanarak taraflar arasında paylaştırırken, adalet duygularını örseleyecek, adil olmayan sonuçlar doğurabilecek hususları da göz önünde bulundurmalıdır¹⁴⁶⁹. Ayrıca taraflardan birisi, yargılamanın gereksiz yere uzamasına veya gider sarf edilmesine sebebiyet verirse, hüküm lehine verilmiş olsa bile, karar ve ilam harcı dışındaki yargılama giderlerinin tamamını veya bir kısmını ödemeye mahkûm edilebilir (HMK m.327/1). Benzer şekilde, haksız yere dava açan davacı ya da kötünîyetiyle kendisine karşı dava açılmasına sebep olan davalı, bu davranışın yaptırımı olarak yargılama giderlerinin yanı sıra diğer tarafın vekiliyle aralarında kararlaştırılan akdî vekâlet ücretinin tamamını veya bir kısmını ödemeye de mahkûm edilebilir (HMK m.329/1). Fakat davalı, davanın açılmasına kendi hâl ve davranışlarıyla sebep olmamış ve ilk duruşmada davayı kabul etmiş ise, yargılama giderleri davalıya yükletilemez. (HMK m.312/2). Hukuk muhakemesinde

¹⁴⁶⁸ Bu istisnaların bazıları şunlardır:

- *Davalı, davanın açılmasına kendi hal ve davranışıyla sebebiyet vermemiş, yargılamanın ilk duruşmasında, yani ön inceleme duruşmasında davacının talep sonucunu kabul etmişse, yargılama giderlerini ödemeye mahkûm edilemez* (HMK m.312/2).
- *Gereksiz yere davanın uzamasına veya gider yapılmasına sebebiyet vermiş olan taraf, davada lehine karar verilmiş olsa bile, karar ve ilâm harcı dışında kalan yargılama giderlerinin tamamını veya bir kısmını ödemeye mahkûm edilebilir* (HMK m.327/1).
- *Bir kişi davada sıfatı olmadığı hâlde, davacıyı, davalı sıfatı kendisine aitmiş gibi yanıltıp, kendisine karşı dava açılmasına sebebiyet verirse, davanın sıfat yokluğu nedeniyle reddi hâlinde, davalı yararına yargılama giderlerine hükmedilemez* (HMK m.327/2).
- *Dava şartı arabuluculuğun öngörüldüğü hâllerde taraflardan birisinin, geçerli bir mazeret göstermeksizin ilk toplantıya katılmaması sebebiyle arabuluculuk faaliyetinin sona erdiği durumlarda toplantıya katılmayan taraf, son tutanakta belirtilir ve davada kısmen veya tamamen haklı çıkarsa bile yargılama giderinin tamamından sorumlu tutulur* (HUAKE m.18/A, 11).

¹⁴⁶⁹ **Rüzgaresen-** Usul Ekonomisi, s.172.

yargılama giderlerinden sorumluluğa ilişkin genel ilkeler çerçevesinde nihai kararda mahkemece resen hükmedilen yargılama giderlerinin yanı sıra hükümden sonra ortaya çıkacak olan yargılama giderlerinin tutarı, hangi tarafa, hangi oranda yükletildiği ve masraf dökümü ilâmda gösterilir (HMK m.332). Anılan kurallar, aile mahkemelerinde yürütülen soybağı dahil diğer tüm yargılamalar bakımından geçerli olup, babalık davasına özgü istisnai bir düzenlemeden ise söz edilemez.

2. Yabancı Hukuk Düzenlerindeki Durum

Davada yargılama giderlerine hangi tarafın katlanacağına ilişkin olarak mukayeseli hukuka bakıldığında ise, aile hukukuna ilişkin davalar bakımından istisnai özel hükümler sevk edilmek suretiyle, genel kuralın dışlandığı bir anlayışın varlığı göze çarpar. İlk olarak, Avusturya hukukunda Çekişmesiz Yargı Usulü Hakkında Kanun'a tâbi dava ve işlerde yargılama giderlerini düzenleyen § 78 hükmüne göre davanın takibine yönelik taraflarca yapılan zorunlu yargılama giderlerine, davayı kazanan taraf lehine hükmedilir yahut bu giderler tarafların hükümde ortaya çıkan haklılık oranları doğrultusunda aralarında paylaşılır. Ancak bu kuraldan, uyuşmazlığın fiilî ve hukukî açıdan zorluklarına veya taraflardan birinin davranışlarına atfedilebilen masraflar açısından hakkaniyete göre gerektiği ölçüde sapılabilir (AußStrG § 78, 2). Yine Avusturya hukukunda, Çekişmesiz Yargı Usulü Hakkında Kanun ile, soybağı davalarında davanın sonucundan bağımsız olarak küçük çocuğun yargılama giderlerini karşılamasına karar verilmeyeceği yönünde özel hüküm sevk edildiği görülür (AußStrG § 83, 4).

Benzer şekilde İsviçre hukukunda Federal Medenî Usul Kanunu uyarınca yargılama giderleri, kural olarak, aleyhine hüküm verilen tarafa yükletilmekte yahut davada iki taraftan her biri kısmen haklı çıktığı takdirde tarafların haklılık oranına göre paylaşılmaktadır (sZPO Art.106). Fakat Federal Medeni Usul Kanunu'nun 107. maddesinde mahkemenin yargılama giderlerine ilişkin genel kuraldan farklı olarak, takdir hakkını kullanmasına izin verilen durumlar sayılmış olup, bu bağlamda örneğin aile hukukundan kaynaklanan dava ve işlerde mahkeme, haklılık oranına göre paylaşırma ilkesinden ayrılarak, kendi takdiri doğrultusunda yargılama giderlerine hükmedebilir (sZPO Art.107, Abs.1, Ziff. c). Aile hukukuna ilişkin dava ve işlerin kapsamına çocuğun men-

faatlerini ilgilendiren (*Kinderbelange*) soybağı konusu da dahil olduğundan, babalık davasında yargılama giderleri, hüküm sonucuna göre tarafların haklılık durumu göz önüne alınarak değil, hâkimin hakkaniyet ölçüsüne göre belirlediği takdiri doğrultusunda paylaşılır¹⁴⁷⁰. Sebep olan öder (*Verursacherprinzip*) şeklindeki ilkeye istisna getiren hakkaniyet yetkisinin (*Billigkeitskompetenz*) aile yargılamalarında davanın malvarlığına ilişkin olup olmadığına bakılmaksızın uygulandığı İsviçre hukukunda, özellikle çocuğun yer aldığı dava ve işlerde çocuğun temsilinden doğan yargılama giderleri bakımından ekonomik eşitsizlikler gözetilmeyip hakkaniyete aykırı sonuçlara sebebiyet verilebileceği endişesiyle yargılama giderlerinden sorumluluk rejimi somut olayın koşullarına bağlı tipik hakkaniyet ölçüsüne göre oluşan hâkimin takdirine bırakılmıştır¹⁴⁷¹.

Alman hukukunda ise, Aile Davalarında ve Çekişmesiz Yargı İşlerinde Yargılama Usulü Hakkında Kanun'un § 81 hükmüne göre Kanun kapsamındaki dava ve işlerde yargılama giderleri, hakkaniyet ölçüsünde mahkemenin takdirine bağlı olarak taraflara kısmen veya tamamen yükletilebilir. Davanın sonucuna göre yargılama giderlerinin davayı kaybeden taraf üzerinde bırakılmasına ilişkin Medenî Usul Kanunu'ndaki genel kuralı kısıtlayıcı ve hâkimin yargılama giderlerini takdir ederken dengeleyici işlev gören hakkaniyet ölçütünün tâyininde, dava ya da talebin haklı olup olmadığı, yargılamada ek masraflara ve usul ekonomisinin ihlâlüne yol açılıp açılmadığı, tarafların içinde bulunduğu ekonomik ve kişisel koşulların eşitsizlik yaratıp yaratmadığı, dava açılmasına kusurlu davranışlarla sebep olunup olunmadığı vb. hususların topyekun dikkate alınması gerekir¹⁴⁷². Ancak velayet, vesayet, kişisel ilişki kurulması, bakım ve gözetim yükümlülüğü gibi, çocuğun doğrudan şahsını ilgilendiren dava ve işler (FamFG § 151) bakımından ise, istisnai olarak, yargılama giderlerinin küçüğe yükletilemeyeceği öngörülmüş olup (FamFG § 81, 3), çocuğun malvarlığı üzerinde etki doğuranlar da dahil

¹⁴⁷⁰ **BK-Sterchi**, ZPO Art.107, N.12.

¹⁴⁷¹ **Jenny, D.:** Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), hrsg. Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, 3. Aufl., Zürich-Basel-Genf 2016, Art.107, N.12; **Urwyler, A./Grütter, M.:** Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) Kommentar, hrsg. Brunner/Gasser/Schwander, 2. Aufl., Zürich-St.Gallen 2016, Art.107, N.5.

¹⁴⁷² **MüKo-FamFG/Schindler**, Münchener Kommentar zum FamFG, 3. Aufl., München 2018, FamFG § 81, Rn.12.

diğer tüm konular ise bu imtiyaza dahil edilmemiştir¹⁴⁷³. Ayrıca çocuğun soybağına ilişkin konular arasında yer alan soybağının reddi davası ile soybağının tespitine yönelik çekişmesiz yargı işlerinde talebin kabulü hâlinde küçüğün yargılama giderlerinden muaf tutulacağı ve yargılama giderlerinin çocuk dışındaki taraflar arasında eşit şekilde paylaşılacağı, tarafların mahkeme dışında sarf ettiği giderlerin ise kendilerine ait olacağı amir hükümle düzenlenmiştir¹⁴⁷⁴ (FamFG § 183). Ne var ki, yalnızca soybağının reddinde geçerli olan çocuğun bu muafiyeti, soybağının tespiti talebinin esastan reddi hâlinde veya soybağına ilişkin diğer dava ve işler bakımından (sonuçtan bağımsız olarak) ortadan kalkar. Yani, soybağının reddi davasını kazanan çocuğun yargılama giderlerinden muafiyetine ilişkin özel düzenleme (*lex specialis*) haricinde, soybağına ilişkin diğer dava ve işlerde, Aile Davalarında ve Çekişmesiz Yargı İşlerinde Yargılama Usulü Hakkında Kanun'un yargılama giderlerine ilişkin genel hükümlerinde düzenlenen hâkimin hakkaniyet ölçüsüne göre takdiri ilkesi (*Der Grundsatz des billigen Ermessens*) geçerlidir¹⁴⁷⁵. Bu itibarla, anılan istisnalar haricinde küçüklerin de yargılama giderlerine katlanmasını gerektiren durumlarda mahkeme, genel hükümlere göre yargılama giderlerinin paylaşılmasına karar verir. Örneğin soybağının tespiti amacıyla alınan genetik inceleme raporuna göre çocuğun talebi reddedildiğinde, yapılan genetik inceleme masrafı bakımından karşı tarafın hiçbir kusuru olmadıysa yahut çocuğun talebi kabul edildiğinde, çocuğun anasının veya baba olduğu saptanan kişinin, biyolojik babalığa ilişkin şüpheye yol açacak davranışlar sergilemesi sebebiyle yargılama giderlerinin tamamına mahkum edilmesi mümkündür¹⁴⁷⁶. Bununla beraber, yargılama giderlerine karar verilirken, tarafların dava sonunda ortaya çıkan haklılık durumları tek başına önem taşımaz; sarf edilen masrafların iki tarafa hakkaniyet ölçüsünde paylaşılmasında, her bir tarafın yargılamanın gidişatına olan etkisi, bu süreçte masraf doğuran usul işlemlerine sebebiyet verip vermedikleri ve yargılama giderlerinin toplamındaki katkıları da dikkate alı-

¹⁴⁷³ **Haußleiter/Haußleiter**, FamFG § 81, Rn.15.

¹⁴⁷⁴ **Bumiller/Harders/Schwamb/Bumiller**, FamFG § 183, Rn.2; § 81, Rn.20; **Keidel/Engelhardt**, FamFG § 183, Rn.2; **Keidel/Weber**, FamFG Kommentar, 20. Aufl., München 2020, FamFG § 81, Rn.45-46.

¹⁴⁷⁵ **Bumiller/Harders/Schwamb/Bumiller**, FamFG § 183, Rn.1, 3; **BeckOK-FamFG/Weber**, hrsg. Hahne/Schlögel/Schlünder, 37. Edition, 1.1.2021, FamFG § 183, Rn.1-3.

¹⁴⁷⁶ **Keidel/Engelhardt**, FamFG § 169, Rn.44a.

nır¹⁴⁷⁷. Eğer hakkaniyet ölçüsünün tâyininde davayı kaybeden taraf lehine yorumlanmaya elverişli hiçbir koşuldan söz edilemiyorsa, bu durum davayı kaybeden tarafın yargılama giderlerini karşılama yükümlülüğüne ilişkin hâkimin takdirini haklı göstermeye yeterli kabul edilir¹⁴⁷⁸. Sonuç itibarıyla, Alman hukukunda soybağına ilişkin dava ve işlerin tâbi olduğu Aile Davalarında ve Çekişmesiz Yargı İşlerinde Yargılama Usulü Hakkında Kanun bakımından yargılama giderlerine hükmedilirken tek başına davanın kazanılması ya da kaybedilmesi ölçütüne göre hareket edilemeyeceği gibi, hakkaniyet dengesi ölçütünde dikkate alınması gereken bütün temel hususların, bazılarının birbirleriyle çelişir nitelik taşıması, bazılarının ise hukuka aykırı gerekçelere dayandırılma olasılığının bulunması sebebiyle, somutlaştırılmaya elverişli ana prensipler listesi altında kategorize edilerek sayılması isabetli sonuçlara vordırmaz¹⁴⁷⁹. Davaya bakan ilk derece mahkemesi, yargılama giderlerine ilişkin kararını verirken, üst derece mahkemelerinin içtihatlarından yararlanıp, önüne gelen somut davada ortaya çıkan hangi koşulların, üst mahkemelerce karara bağlanan referans olaylardaki koşulları karşıladığını veya hangileriyle ayrıştığını mutlaka değerlendirerek takdir yetkisini kullanmalıdır¹⁴⁸⁰.

3. Babalık Davası Bakımından Değerlendirme

Olması gereken hukuk açısından, hukuk muhakemesinde yargılama giderlerine kimin katlanacağı hususunda yürürlükteki genel hükümlerden ayrı olarak aile mahkemelerinde görülen dava ve işlerin özelliği ve yargılamada karşı karşıya gelen menfaatlerin niteliği sebebiyle yargılama giderlerinden sorumluluğun özel düzenlemeler sevk edilerek yeni bir rejime bağlanması gerektiği söylenebilir. Bu bağlamda Türk hukuku bakımından aile mahkemelerinde görülen dava ve işlere dair yargılama giderlerinden genel bir muafiyetin öngörülmesi gerektiği yönündeki görüşe¹⁴⁸¹ uygun olarak, bize göre de aile mahkemelerinin görev alanına giren dava ve işlerin tamamında veya en azından çocuğun yüksek yararını ilgilendiren hususlarda yargılama harç ve giderlerinden çocuk lehine genel bir muafiyetin getirilmesi yerinde olur. Zira, aile hukukundan

¹⁴⁷⁷ **Keidel/Engelhardt**, FamFG § 169, Rn.44a.

¹⁴⁷⁸ **MüKo-FamFG/Schindler**, FamFG § 81, Rn.13.

¹⁴⁷⁹ **MüKo-FamFG/Schindler**, FamFG § 81, Rn.18.

¹⁴⁸⁰ **MüKo-FamFG/Schindler**, FamFG § 81, Rn.18.

¹⁴⁸¹ **Sirmen/Koçhisarhoğlu/Tanrıver/Süral/Tercan**, s.30; **Tanrıver-** Aile Mahkemeleri, s.91.

doğan dava ve işlerin büyük bir bölümünde ailenin huzur ve refahıyla ananın ve çocuğun korunmasını gerektiren durumlar ortaya çıkar ve devlet, Anayasa'nın 41. maddesinden doğan yükümlülüklerini yerine getirmek için toplumun yapı taşı aile kurumunu korumaya ve aile hukukuna ilişkin yargılamalarda mahkemelere önemli görev ve sorumluluklar yüklemeye yönelik düzenlemeler sevk etmek zorundadır. Bunun örneklerinden birisini de, aile hukukuna ilişkin dava ve işler çerçevesinde tarafların yargılama harç ve giderlerinden muaf tutulması durumu oluşturabilir. Özellikle çocuğun korunmaya değer yüksek menfaatleri sebebiyle, soybağına ilişkin davalarda yargılama ve cebri icraya yönelik harç ve giderlerden çocuk lehine muafiyet sağlayan genel bir düzenleme yapılarak, aile mahkemesinin görevine giren ve açıkça öngörülenlerin haricindeki diğer dava ve işler bakımından da adli yardım kurumunun daha etkin ve işlevsel hâle getirilmesi gerektiği düşünülmektedir¹⁴⁸². Yine, aile hukukuna ilişkin dava ve işlerde yargılama giderlerine ilişkin özel sorumluluk rejiminin, yalnızca çocukla sınırlı tutulmayıp, diğer kişiler açısından da hâkime takdir yetkisi tanınmak suretiyle genişletilmesi ve somut olayın koşullarına göre hâkimin, davayı kaybeden taraf aleyhine yargılama giderlerine hüküm verme zorunluluğu olmaksızın tarafların sosyal ve ekonomik durumları gözetilerek edinilen kanaat doğrultusunda karar verebilme imkânının getirilmesi yerinde olacaktır.

B. Adli Yardım

I. Genel Olarak

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 334. maddesi uyarınca kendisinin ve ailesinin geçimini önemli ölçüde zorlaştıracığı için yargılama harç ve giderlerini kısmen veya tamamen ödeme gücünden yoksun kişiler, taleplerinin dayanağını göstermeleri kaydıyla davada adli yardımdan faydalanabilecek olup, mahkeme tarafından adli yardım talebinin kabul edilmesi durumunda adli yardım kararı, muhatabına, dava boyunca sarf edilen tüm yargılama harç ve giderleriyle bunlar için teminat göstermekten muafiyet sağlar (HMK m.334/1; m.335/1). Yine dava sırasında yapılması gereken tüm giderlerin devlet tarafından avans olarak ödenmesini de kapsayan adli yardım kararı ile, davanın

¹⁴⁸² Tanrıver- Aile Mahkemeleri, s.91.

avukatla takibi gerektiği hâllerde ücreti sonradan ödenmek üzere bir avukat temin edilmesi de mümkündür (HMK m.335/1, c-ç). Devlet tarafından ödenen avans tabirinden maksat, gider avansı (HMK m.120) ve delil avansı (HMK m.324) olup, lehine adlî yardım kararı verilmiş taraf için, dava şartı teşkil eden gider avansı ile delil avansı ödeme zorunluluğu bulunmadığından, dava şartı eksikliği ve delilden vazgeçilmiş sayılma şeklinde yaptırıma bağlanan sonuçlar adlî yardım sebebiyle ortadan kalkar.

Esasen adlî yardım, yargılama giderlerine ilişkin olarak muhatabına geçici bir muafiyet sağlamakta olup, buradaki geçici muafiyet ifadesi, adlî yardımdan yararlanan kişinin bütün geleceğe yönelik yargılama giderlerini ödemekten kesin olarak kurtulması anlamına gelmez¹⁴⁸³. Devlet, yargılama giderlerinden tamamen vazgeçmediği için adlî yardımın asıl işlevi, yargılama giderlerinin adlî yardımdan yararlanan kişiden tahsilini, yargılamanın sonuna kadar ertelemektir¹⁴⁸⁴. Ancak yargılamanın sonunda mahkeme, ertelenen tüm yargılama giderleriyle devletin ödediği avansların adlî yardımdan yararlanan kişiden tahsili hâlinde muhatabın ekonomik yönden mağduriyetine ya da mahvına sebep olunacağı açıkça anlaşılırsa, hükümde tamamen ve kısmen kalıcı muafiyete karar verebilir (HMK m.339/2). Bir başka deyişle, adlî yardım kararından dolayı ertelenen tüm yargılama giderleri ile devletin ödediği avanslar, yargılama giderlerinden sorumluluğa ilişkin genel hükümler gereği dava sonunda haksız çıkan kişiden tahsil edilecek olsa da, adlî yardım kapsamında devlet tarafından ödenen veya muaf tutulan yargılama giderlerinin tahsilinin, adlî yardımdan yararlanan kişinin ekonomik yönden mağduriyetine yol açacağı açıkça anlaşılırsa mahkeme, hükümde muhatabın tamamen veya kısmen ödemediği muaf tutulmasına karar verebilir. Ayrıca adlî yardım kararı ile birlikte adlî yardımdan yararlanan kişiye mahkemenin talebi üzerine baro tarafından avukat atanmışsa, bu avukatın vekâlet ücreti, yargılama gideri olarak davada haksız çıkan taraftan ileride tahsil edilip edilmediğine bakılmaksızın Hazine'den karşılanır (HMK m.340). Fakat diğer yargılama giderlerinde olduğu gibi, davayı kaybeden taraf, adlî yardım kap-

¹⁴⁸³ **Kılınç, A.:** Medenî Usûl Hukukunda Adlî Yardım, Ankara 2013, s.250; **Atalay-** Pekcanitez Usûl, s.2431.

¹⁴⁸⁴ **Kılınç-** Adlî Yardım, s.250; **Atalay-** Pekcanitez Usûl, s.2431.

samında atanan avukatın vekâlet ücreti alacağını ödemeye de mahkûm edilecek olup, bunun Hazine tarafından 6183 sayılı Kanun hükümleri uyarınca tahsili gerekir¹⁴⁸⁵.

II. Koşulları

Adlî yardımın ilk koşulu, yargılama giderlerini ödeme gücünden mahrumiyet, ekonomik anlamda bu giderleri ödemede yetersizlik ve ödediği takdirde malî açıdan güç duruma düşmek olarak ifade edilebilecek olan “yoksunluk” koşuludur. Adlî yardım talebi hakkında karar verecek olan mahkeme, kendisine tanınan takdir yetkisi çerçevesinde, öncelikle adlî yardım talebinde bulunan kişinin yargılama giderlerini ödediği zaman maddî açıdan mağduriyet yaşayıp yaşamayacağı hususunu değerlendirirken geçim sıkıntısı çekmesi, düzenli gelir sahibi olmaması, yardıma muhtaç hâlde bulunması gibi her türlü etkenin varlığını ve bunların süreklilik arz edip etmediğini dikkate almalıdır¹⁴⁸⁶. Bu bağlamda, ortalama bir geçim düzeyine sahip olmakla birlikte, davadan dolayı sarf edilmesi gereken yargılama giderleri, kendisini ve ailesini ciddi ölçüde maddî sıkıntıya düşürecek olan, bu giderleri karşılamaya yeterli miktarda nakdî kaynaktan yoksun bulunan kişilerin “yoksunluk” koşulunu taşıdıkları kabul edilir¹⁴⁸⁷. Örneğin, küçük dereceli bir devlet memuru dahi, davanın gerektirdiği harç ve gideri karşıladığında kendisinin ve ailesinin geçimi önemli ölçüde maddî sıkıntıya düşecekse, adlî yardımdan yararlanabilir¹⁴⁸⁸. Adlî yardım için genel anlamda ve süreklilik arz eden bir yoksulluk (fakirlik) hâli içerisinde bulunma koşulu aranmaz; yargılama giderlerinin miktarına bağlı nispî bir ödeme yoksunluğunun söz konusu olması yeterlidir. Zira adlî yardım talep eden kişi, genel olarak yoksul olmasa bile, somut davada karşılaşılabilecek yargılama giderlerini, meblağ yüksek olduğundan, ödemesi hâlinde kendisinin ve ailesinin geçimi önemli ölçüde sıkıntıya düşecekse, malî kaynaklardan yoksunluk koşulunun gerçekleştiği kabul edi-

¹⁴⁸⁵ **Kılınç-** Adlî Yardım, s.288.

¹⁴⁸⁶ **Akkaya-** Boşanma, s.240; **Rüzgaresen-** Usul Ekonomisi, s.165.

¹⁴⁸⁷ “Yeri gelmişken şunu belirtmek gerekir ki yoksulluk ekonomik ve sosyal koşullarla doğrudan ilgilidir. O nedenle bunu ülkenin ekonomik ve sosyal koşulları altında belirlemek gerekir. Herkes sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama, maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkına sahiptir (Anayasa 17/1, 55). Şu halde, bu temel hakkın tabii sonucu yeme, giyinme, barınma, sağlık, ulaşım, kültür gibi bireyin maddi varlığını geliştirmek için zorunlu ve gerekli görülen harcamaları karşılayacak düzeyde geliri olmayanları yoksul kabul etmek yerinde olur.” (Y. HGK. 07.10.1998, 2-656/688; Legalbank İçtihat).

¹⁴⁸⁸ **Gençcan, Ö. U.:** Adli Yardım (YD, C.31, S.2005/1-2, s.127-140), s.130.

lir¹⁴⁸⁹. Öte yandan veli, velayeti altındaki küçüğün bakımı ve iâşesinden başka, ayrıca onun malvarlığını da idare ve gözetim yükümlülüğü altında bulunduğundan, küçük adına adlî yardımda bulunan velinin de yoksunluk koşulunu karşılaması gerekir. Vasi ise, vesayeti altındaki kişinin malvarlığını onun adına sadece yönetmekle görevli olup, malvarlığından kendi adına yararlanması, menfaat edinmesi düşünölemeyeceğı için, vasisi olduğı kişinin yargılama giderlerini karşılamakla yükümlü tutulamaz. Bu sebeple vasinin, vesayeti altındaki kişi adına adlî yardım talebinde bulunabilmesi için, yoksunluk koşulunu taşıması gerekli değildir¹⁴⁹⁰.

Adlî yardımdan yararlanabilmek için malî anlamda yetersizlikten başka ayrıca “talebin açıkça dayanaktan yoksun olmaması” koşulunun varlığı gerekir. Buna göre adlî yardım talebinde bulunan kişinin, iddia veya savunmalarının maddî ve hukukî dayanaklarını, ilk bakışta anlaşılacak şekilde göstermesi gerekir. Yani, “dayanaktan yoksun olmama” koşulu tam ispatın konusu olmadığı için, adlî yardım talep eden kişinin, davanın esasına ilişkin taleplerinin haklılığını tam olarak ispatlaması beklenmez. Bilakis, adlî yardım talebinin kabulü için, davada başarılı olma ümidini göstermeye elverişli somut dayanakların varlığına yönelik yaklaşık ispat ölçüsü yeterlidir¹⁴⁹¹. Keza, adlî yardım talebinin kabulü için gereken “dayanaktan yoksun olmama” koşulu kişinin, ilk bakışta asıl davayı kazanma ihtimalinin, kaybetme ihtimalinden daha fazla olması şeklinde anlaşılabilceğı gibi; adlî yardıma konu davada dayanak gösterdiği delillere göre ilk görü-

¹⁴⁸⁹ **Akbal, M.:** Medeni Yargılama Hukukunda Adli Yardım (TBBD, S.2011/93, s.147-173), s.154. Adlî yardım talebinde bulunan kişinin geliri, malvarlığı, borçları, kendisi ve ailesinin yaşam düzeyi ve ihtiyaçları dikkate alınarak her somut olaya göre “yargılama giderlerini ödeme gücünden yoksunluk” koşulu ayrı değerlendirilmelidir. Bu bağlamda, adlî yardım talebinde bulunan kişinin kendisine ait bir evinin olup olmadığı, kira ödeyip ödemediğı, bakmakla yükümlü olduğı kişilerin sayısı, geçimini nasıl sağladığı, kira, faiz, sosyal yardım, temettü gibi gelirleri, kendisinin veya aile bireylerinin mülkiyetine kayıtlı malvarlığı, banka hesapları, Sosyal Güvenlik Kurumu bilgileri ve giderlerinin araştırılması gerekir (bkz. **Akbal**, s.163).

¹⁴⁹⁰ **Kılınç-** Adlî Yardım, s.201; **Akbal**, s.154.

¹⁴⁹¹ **Atalay, O.:** Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı’nda Avukatla Temsil Zorunluluğı ve Adli Yardım (HPD, S.2006/8, s.97 vd.), s.99; **Kılınç-** Adlî Yardım, s.230-231, s.359-360. Fakat kesin delille ispat zorunluluğunun bulunduğı davalarda ise, adlî yardım talebinin kabulü için aranan dayanaktan yoksun olmama koşulu da kesin delille ispatlanmalıdır. Kesin delille ispat zorunluluğunun olduğı davalarda adlî yardım talep edenin elinde kesin delil mevcut değilse, hukukî dinlenilme hakkının gereğı olarak adlî yardım talebi hakkında karşı tarafın görüşü alındıktan sonra bir karar verilmelidir. Aksi takdirde usulî eşitliğin zedelenmesi ve dayanaktan yoksun olmama şartının anlamsız hâle gelmesi endişesi ortaya çıkabilir (bkz. **Kılınç-** Adlî Yardım, s.232-233).

nüşte açıkça haksız durumda bulunmadığı, tam aksine haklı olabileceği yönünde hâkim nezdinde bir izlenim uyandırılması şeklinde de düşünülebilir¹⁴⁹². Fakat asıl davada başarısız olunacağı ilk görünüş itibariyle açıkça anlaşılıyorsa adlî yardım talebi reddedilir. Adlî yardım talep eden kişinin iddia veya savunmalarının maddî ve hukukî dayanaklarından açıkça yoksun olması, delillerin hiç sunulmaması, asıl davada başarısız olunacağının ilk bakışta anlaşılması için bir değerlendirme unsuru olarak görülebilir¹⁴⁹³. Dolayısıyla adlî yardım talebinin kabulü için aranan “açıkça dayanaktan yoksun olmama” koşulu, talepte bulunan herkesin değil, davadaki taleplerinin maddî sebeplerini, hukukî gerekçelerini ve somut delillerini göstererek, elinin güçlü olduğu yönünde hâkim nezdinde yaklaşık ispat ölçüsünde bir kanaat uyandırmayı başaran kişilerin adlî yardımdan yararlanmasını amaçlamaktadır.

III. Babalık Davası Bakımından Değerlendirme

Daha önce vurgulandığı üzere, hukuk muhakemesinin genelinde olduğu gibi, aile hukukuna ilişkin dava ve işlerde yargılama giderleri, hüküm aleyhine olan tarafa yükletilip, babalık davası bakımından bundan farklı bir sonuca varmayı gerektiren herhangi bir özel düzenlemeden de söz edilemeyeceği için, babalık davasında yargılama giderleri kural olarak davayı kaybeden tarafa aittir. Adlî yardım ise, ekonomik anlamda zor durumda olan gerçek kişileri korumak amacıyla hukuk muhakemesinin genelinde uygulanmak üzere 6100 sayılı Kanun’da öngörülmüş olup, aile mahkemelerinde görülen dava ve işler bakımından yargılama giderlerinden muafiyet, ancak adlî yardım kapsamında muhatabın malî açıdan geçimini tehlikeye atacak ölçüde zor duruma düşmesi koşulu yerine getirildiği takdirde mümkün gözükmektedir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 327. maddesinde öngörülen dürüstlük kuralına aykırılık ve adlî yardım kurumu dışında yargılama giderlerinden muafiyeti sağlayan başka herhangi bir hukuksal dayanak ne yazık ki bulunmamaktadır. Halbuki aile hukukunda ve özellikle soybağına ilişkin davalarda korunması gereken menfaat dengelerinin durumu, uyuşmazlığın her iki tarafının büyük çoğunlukla aynı aileden kişiler olması, çocuğun hukukî yönden etkileneceği pek muhtemel menfaatlerin ele alınması ve çocuğun uluslararası sözleşmeler-

¹⁴⁹² **Atalay-** Pekcanıtez Usûl, s.2420.

¹⁴⁹³ **Kılınç-** Adlî Yardım, s.205; **Atalay-** Pekcanıtez Usûl, s.2420.

den kaynaklanan haklarının kullanımını düzenlemesi sebebiyle, aile mahkemelerinde görülen soybağı yargılamaları bakımından, hâlihazırda yürürlükte olan adlî yardım kurumu ihtiyaca yetersiz kalmakta, evlilik dışı çocuğun devlet tarafından korunması zorunluluğu ve sosyal devlet ilkesi uyarınca, dürüstlük kuralına aykırılık ve yoksulluk-ekonomik yetersizlik koşulu aranmaksızın, evlilik dışı çocuğa standart bir muafiyet getirilmesi ve adlî yardımın koşulsuz temin edilmesi gerekmektedir. Bir başka ifadeyle, hukukî himaye ihtiyacının bireyden daha ziyade toplum yararı bakımından ortaya çıktığı velayet, nafaka, soybağı gibi aile uyumsuzluklarında ekonomik yetersizlik ve ödeme güçlüğü ölçütlerine bakılmaksızın adlî yardıma olanak veren esnek düzenlemelerin sevk edilmesi¹⁴⁹⁴; bu yapılmadığı takdirde ise, en azından, adlî yardım kararının etkileriyle ilgili olarak, babalık davasında adlî yardıma ilişkin mevcut yasal koşulları sağlayan davacı tarafın, yargılama giderlerinden kalıcı şekilde muaf tutulmasını ve adlî yardım kararından dolayı ertelenen tüm yargılama giderlerinin ve devlet tarafından ödenen avansların dava sonunda haksız çıkmasına rağmen kendisinden tahsil olunmamasını sağlamaya yönelik özel bir istisna hükmünün getirilmesi gerektiği kanısındayız.

Nitekim Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 12. maddesine göre görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip her çocuğa, kendisini ilgilendiren her konuda görüşlerini serbestçe ifade etme hakkı, çocuğun yaşı ve olgunluk derecesine uygun olarak, bu görüşlerin gerektirdiği ölçüde özen gösterilmek suretiyle tanınmalı ve çocuğu etkileyen herhangi bir adlî veya idarî kovuşturmada çocuğun ya doğrudan ya da bir temsilci veya uygun bir makam aracılığıyla dinlenilmesi fırsatı, ulusal mevzuatın usule ilişkin kuralları doğrultusunda çocuğa sağlanmalıdır. Hukukî dinlenme hakkına hizmet edecek şekilde, ayırt etme gücüne sahip her çocuğun, kendi hukuksal durumunu etkileyen her davada dinlenilmesi uluslararası anlaşmalarda öngörüldüğüne göre, doğrudan kendisinin dinlenilmesinin, somut olayın koşulları ve hâkimin takdiri doğrultusunda mümkün olmadığı ya da sakıncalı olduğu hâllerde HMK m.340'tan hareketle çocuğun mutlaka bir avukat marifetiyle temsilinin ve bunun için barolar tarafından oluşturulan

¹⁴⁹⁴ Kılınç- Adlî Yardım, s.359.

altyapıdan yararlanılıp çocuğa adlî yardım kapsamında en az bir avukat atanmasının yerinde olacağı kanısındayız¹⁴⁹⁵.

§ 11. DAVANIN SONA ERMESİ ve HÜKÜM

A. Davaya Son Veren Taraf İşlemleri

I. Davadan Feragat

Davadan feragat, derdest bir davada davacının, mahkemeye yönelttiği tek taraflı irade açıklamasıyla davadaki talep sonucundan kısmen veya tamamen vazgeçmesi anlamına gelir¹⁴⁹⁶ (HMK m.307). Davadan feragat, tasarruf ilkesinin somut bir yansıması olarak görülmelidir. Zira yargılamaya egemen ilkeler arasında sayılan tasarruf ilkesi uyarınca hiç kimse, aksi kanunen açıkça öngörülmediği sürece, kendi lehine olan bir davayı açmaya ve açmış olduğu davayı sonuna kadar takibe zorlanamaz (HMK m.24/2). Yine tarafların, üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri dava konusu hakkında tasarruf yetkisi dava açıldıktan sonra da devam eder (HMK m.24/3). Dava açmak bir hak olduğu gibi, açılan bir davayı feragat yoluyla sona erdirmek de bir hak olarak görülmelidir¹⁴⁹⁷. Bu hakkın kullanımını sağlayan davadan feragat kurumu, tasarruf ilkesinin medeni usul hukukundaki uzantılarından biri olarak karşımıza çıkar. Çünkü tasarruf ilkesi, bir yönüyle de tarafların yargılamayı sona erdirmeye yetkilerinin varlığını gerekli kıldığından, hiç kimse, açtığı bir davayı mahkemece sonuçlanıncaya kadar takip etmeye mecbur bırakılamaz; davayı takip etmeye ve sona erdirmeye kendisi karar verir¹⁴⁹⁸. Davacı açısından buna elverişli olan usul hukuku kavramı davadan feragat olarak adlandırılır.

Öte yandan, davayı kabul ve sulhten farklı şekilde, davadan feragat, kanunla açıkça yasaklanan istisnai hâller dışında, tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunamayacakları kamu düzenine ilişkin davalarda da hukuken caiz sayılır¹⁴⁹⁹. Resen araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda dahi feragatin kural olarak mümkün kılınmasının

¹⁴⁹⁵ Aynı yönde bkz. **Sirmen/Koçhisarlıoğlu/Tanrıver/Süral/Tercan**, s.30-31.

¹⁴⁹⁶ **Akyol-Aslan, L.:** Medeni Usul Hukukunda Davadan Feragat, Ankara 2011, s.67-68; **Kuru-** El Kitabı, C.2, s.1046; **Arsan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz/Hanağası**, s.590; **Görgün/Börü/Kodakoğlu**, s.590.

¹⁴⁹⁷ **Karlı-** Muhakeme, s.370.

¹⁴⁹⁸ **Tanrıver-** Usul, C.I, s.389.

¹⁴⁹⁹ **Tanrıver-** Usul, C.I, s.1139; **Bilge/Önen**, s.350; **Önen-** Medeni Yargılama, s.278.

sebebi, tasarruf ilkesine paralel şekilde herkesin hukuken korunmaya değer bir hakkı dava konusu edip etmemekte serbest olması ve açılmış bir davayı da sonuçlanıncaya kadar takibe zorlanamamasıdır¹⁵⁰⁰. Bu noktada, davanın hangi mahkemenin görev alanına girdiği veya hangi yargılama usulüne tâbi olduğu önem taşımayıp, şeklen dava formatında mahkeme önüne getirilmiş olması yeterlidir¹⁵⁰¹.

Dolayısıyla, konusu itibariyle tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği davalardan olan babalık davasında, hüküm kesinleşinceye kadar geçen sürede davadan feragat edilip davaya son verilmesinin kural olarak mümkün olduğu bir an için düşünülebilir. Fakat bunun tipik istisnası, Cumhuriyet savcısının taraf olarak yer aldığı hukuk davalarında ortaya çıkar. Kanımızca Cumhuriyet savcısının da yer aldığı hukuk davalarında tasarruf edilmezlik ilkesi mutlak geçerlilik taşıdığından (HMK m.70/3), davadan feragat kendisinden beklenen hukukî etki ve sonucu doğurmaz; yani, davanın feragat sebebiyle sona ermesi mümkün olmaz¹⁵⁰². Bir başka ifadeyle, Cumhuriyet savcısının davaya taraf gibi katıldığı babalık davalarında davacı, davasından feragat etse dahi, bu feragat davayı sona erdirmeye yarayan bir etki doğurmaz; feragat rağmen Cumhuriyet savcısının *sui generis* konumu ve dava takip yetkisi sebebiyle davaya devam edilmelidir¹⁵⁰³. Bu sonuca varılmasında davanın resen araştırma ilkesine tâbi olmasının bir etkisi yoktur. Zira davadan feragat, resen araştırma ilkesiyle değil, tasarruf ilkesiyle bağlantılı bir kavram olup, davanın niteliği gereği tasarruf ilkesinin kısıtlandığı hâllerde davadan feragat edilemez¹⁵⁰⁴. Netice itibariyle, babalık davasında Cumhuriyet savcısının, ihbar üzerine yargılamaya taraf olarak katılması hâlinde (HMK m.70/1) tasarruf edilmezlik ilkesi gereğince davacının davadan feragat yoluyla davaya son veremeyeceği kanaatindeyiz¹⁵⁰⁵.

¹⁵⁰⁰ **Akyol-Aslan**, s.284; **Kuru-** El Kitabı, C.II, s.1065; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz/Hanağası**, s.594; **Karşı-** Muhakeme, s.370.

¹⁵⁰¹ **Akyol-Aslan**, s.285.

¹⁵⁰² **Tanrıver-** Usul, C.I, s.1140; **Tahiroğlu**, s.136; **Görgün/Börü/Kodakoğlu**, s.598; **Kuru/Aydın**, s.403.

¹⁵⁰³ Evliliğin butlanı davası bakımından benzer görüşler için bkz. **Akyol-Aslan**, s.298.

¹⁵⁰⁴ **Akyol-Aslan**, s.285 vd.; **Tahiroğlu**, s.136.

¹⁵⁰⁵ **Tanrıver-** Aile Mahkemeleri, s.72; **Tanrıver-** Usul, C.I, s.391. Aynı yönde bkz. **Korucu/Uyumaz**, s.1365-1366; **Kuru-** El Kitabı, C.2, s.1066; **Büyük**, s.210; **Kuru/Aydın**, s.403.

Ayrıca babalık davası açılmadan önceki dönemde bu davadan feragati içeren her türlü anlaşma da geçersiz olup, babalık davası açma hakkından önceden feragat edilmesi mümkün görülmez¹⁵⁰⁶. Yine, babalık davası açma hakkı kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan olduğu için, gerek tanıma gerekse mahkeme kararı sebebiyle nafakaya ilişkin varılan mutabakatlar dahi bu haktan feragat edilebilmesine imkân sağlamaz¹⁵⁰⁷. Dolayısıyla, tanıma için olduğu gibi, babalık davası açma hakkının, henüz dava açılmadan önceki dönemde hak sahibi (davacı) tarafından tek taraflı olarak feragate konu kılınması mümkün değildir.

Öte yandan, babalık davasının geri alınıp alınamayacağı ile ilgili bir görüşe göre¹⁵⁰⁸, çocuğun yararına olması ve vesayet makamının izin vermesi kaydıyla, babalık davasının geri alınması mümkün olabilir. Bunun için davayı geri alma işlemine ilişkin diğer genel usulî şartların (örn. davalının açık muvafakatinin) da sağlanmış olması gerekir. Kanımızca bu görüşe katılmak güçtür. Özellikle Cumhuriyet savcısının adeta taraf gibi konumlandığı babalık davalarında tasarruf edilmezlik ilkesi geçerli olduğundan, davanın geri alınması düşünülemez. Kaldı ki, evlilik dışı çocuğun soybağının kurulması amacına yönelik babalık davasının geri alınmasında çocuğun ne gibi yararlarının bulunduğu son derece muğlak olup, her ne sebeple olursa olsun, davanın geri alınması çocuğun hiçbir yararına katkı sağlamayacaktır.

II. Davayı Kabul

Davayı kabul, derdest bir davada davalının, mahkemeye yönelttiği tek taraflı bir irade beyanıyla davacının talep sonucuna kısmen ya da tamamen muvafakat ettiğini bildirmesi olarak tanımlanır (HMK m.308/1). Davadan feragatte olduğu gibi, davayı kabul kavramı da tasarruf ilkesinin bir uzantısı olarak kabul edilir ve dava konusuna ilişkin davalının tasarruf yetkisinin varlığını gerektirir¹⁵⁰⁹. Fakat davadan feragatten farklı olarak davayı kabul, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği, yani

¹⁵⁰⁶ BSK ZGB I-Schwenzer/Cottier, Art.261, N.1; Hausheer/Geiser/Aebi-Müller, § 16, N.16.65; Kutoğlu, s.952.

¹⁵⁰⁷ Hegnauer- Kindesrecht, § 9, N.9.09, s.68; Aebi-Müller/Jaggi, s.353.

¹⁵⁰⁸ BSK ZGB I-Schwenzer/Cottier, Art.261, N.1; Öztan, s.937.

¹⁵⁰⁹ Ermenek, İ.: Medeni Usul Hukukunda Davayı Kabul (Mahkeme Huzurunda Yapılan Kabuller), Ankara 2009, s.17.

kamu düzenini ilgilendirmeyen konulara ilişkin davalarda mümkün olabilir (HMK m.308/2). İki tarafın iradesine bağlı olmayan ve kamu düzenini ilgilendiren davalarda mahkeme huzurundaki davayı kabul işlemi geçersizdir ve davanın sona ermesini sağlayan bir etki doğurmaz¹⁵¹⁰. Bu tür davalarda mahkeme, davalının davayı kabul beyanıyla bağlı olmaksızın davayı onun yokluğunda ve fakat karşı tarafın huzuruyla resen incelemeye devam eder¹⁵¹¹. Dolayısıyla soybağı ile ilgili olan davalar da bu kapsamda yer aldığından, bu davalarda kabul, kendisinden beklenen hukukî sonucu doğurmaz¹⁵¹². Nitekim 1086 sayılı (mülga) HUMK döneminde kanun koyucunun, hükme bağlanmasında yasal zorunluluk bulunan davalarda davalının davayı kabul etmesini, onun açısından sadece davayı takip etmekten kurtulma sonucuna bağladığı ve bundan başka kabulün herhangi bir hukukî sonuç doğurmayacağını açıkça düzenlediği görülür (HUMK m.95/2).

Bu sonuca yol açan bir diğer sebep ise, soybağı davalarında resen araştırma ilkesinin işlerlik kazanmasıdır. Yani, soybağı ile ilgili davalardan olan babalık davasında resen araştırma ilkesi geçerli olduğu için davalı, dava konusu üzerinde serbestçe tasarrufta bulunmak suretiyle, davayı kabul anlamına gelen ve davanın konusuz kalmasını sağlamaya elverişli olan usul işlemini yapamaz. Ancak davalı, babalık davası sürerken

¹⁵¹⁰ **Bilge/Önen**, s.355; **Tanrıver**- Usul, C.I, s.1151; **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s.428; **Önen-Medeni Yargılama**, s.278; **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, s.579; **Görgün/Börü/Kodakoğlu**, s.598; **Pos-tacıoğlu**, s.480; **Budak/Karaaslan**, s.345, kn.15; **Kuru/Aydın**, s.410.

¹⁵¹¹ **Bilge/Önen**, s.355. “...babalık davası, irs ve nesep ilişkisinin kuşkuyla yer bırakmayacak (MK. 301) nisbette açığa çıkarılması halinde kabul edilebilir ve kamu düzeni ile ilgili olup getirilecek delille ispatlanması halinde hükme bağlanır. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunun 95/2. maddesi uyarınca ‘bilbeyine hükme raptı kanunen mecburi olan hallerde müddeialeyh müddeinin netice talebini kabul ederse davanın müddeialeyhin davada devamı huzuru mecburi değildir ve bu kabul bundan başka hukuki bir netice husule getirmez’ Bu konuda araştırma yapılmaksızın, davalının kabulüne dayanarak yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı bulunmuştur.” (Y. 2. HD. 25.01.1999, 12974/57; bkz. RG. 24.02.1999, Sa.23621, s.23). “...babalık davası kamu düzeni ile ilgili olduğundan Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 95/2. maddesi hükmüne göre davalının davayı kabul etmesi hukuki sonuç doğurmamaktadır. Mahkemece taraflardan delillerinin sorulup toplanması, kan ve genetik bulgular yönünden kendiliğinden inceleme yapılması gerekirken bu hususun da gözardı edilmesi doğru bulunmamıştır.” (Y. 2. HD. 02.03.2006, 1223/2652; aynı yönde bkz. 2. HD. 10.02.2005, E.2004/15804, K.2005/1735; 2. HD. 31.05.1999, 3959/6038; Y. 18. HD. 05.05.2015, E.2014/19328, K.2015/7578; Legalbank İçtihat).

¹⁵¹² **Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz/Hanağası**, s.574; **Ermenek**- Kabul, s.17-18; **Arslan**- Aile Mahkemeleri, s.200; **Kuru**- El Kitabı, C.2, s.1085; **Karşı**- Muhakeme, s.376; **Tahiroğlu**, s.137; **Kuru/Aydın**, s.410.

evlilik dışı çocuğu, maddî hukuk anlamında tanıma işlemi gerçekleştirerek kendi soybağına geçirebilir. Bir başka ifadeyle, TMK m.295 uyarınca davalı, babalık davası sürerken mahkeme önünde evlilik dışı çocuğu tanıdığını beyan edebilir. Bu durumda babalık davası konusuz kalmamakla birlikte, resmî senette veya mahkeme önünde beyan suretiyle tanıma işleminde olduğu gibi maddî hukuk çerçevesinde bir hukukî sonuç meydana gelir¹⁵¹³. İşte bu şekilde davalı biyolojik babanın evlilik dışı çocuğunu tanımış olması, babalık davasında usul işlemi olarak davanın kabulü sonucunu doğurmaz; mahkeme, taraflar arasındaki doğal soybağını ortadan kaldırmaya matuf objektif sebepleri, davalının çocuğu tanınması hâlinde dahi inceleme zorundadır¹⁵¹⁴. Yani mahkeme, davalı çocuğu tanıma yoluyla soybağına geçirmiş olsa dahi, tarafların birbiriyle uyuşan iradeleriyle yahut tanıma ile artık önemsiz hâle gelen inkâr ve itirazlarıyla bağlı olmaksızın davaya devam ederek taraflarca talep edilmemiş delillerin toplanmasına dahi karar verebilir¹⁵¹⁵.

Buna karşılık, babalık davasında çocuğun biyolojik babasına yasal soybağıyla bağlanmasına yönelik aslî talebin yanında, soybağının talî sonuçları arasında yer alan ve malî nitelikte edimler içeren fer'î taleplerin ise davalı tarafından kabulü mümkündür. Davalı, biyolojik babalığın mahkemece tespit edilmesi üzerine, nafaka, doğum giderleri, maddî tazminat gibi davacının fer'î taleplerine rıza gösterip bu hususlarda yargılama yapılmasına yer bırakmadan davanın sona ermesini sağlayabilir. Zira malî nitelikteki edimler, üzerinde serbestçe tasarruf edilmeye müsait konular arasında yer aldığı için davalı, kendisinin biyolojik baba olduğuna dair bilirkişi raporunun ardından mahkeme huzurunda davayı kabul ederse, fer'î talepler yönünden mahkemece ayrı bir hüküm verilmesine gerek kalmaksızın dava aslî talep çerçevesinde yalnızca babalık hükmüyle sona erer. Yani, kabul beyanı üzerine mahkeme, davanın parasal nitelikli talepleri içeren kısmının kabul sebebiyle sona erdiğini sadece tespit ve tevsik ederek soybağının fer'î sonuçlarına ilişkin esas hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar vermekle yetinir¹⁵¹⁶. Şayet davalı, kendisine vasi atanmış bir kimse ise vasinin de, vesayeti altındaki

¹⁵¹³ **Aebi-Müller/Jaggi**, s.354-355.

¹⁵¹⁴ **CHK-Reich**, ZGB 261, N.6, s.833.

¹⁵¹⁵ **Aebi-Müller/Jaggi**, s.366-367.

¹⁵¹⁶ **Tanriver-** Usul, C.I, s.1158. Kabul sebebiyle davanın kabulüne karar verilmesi gerektiği yönünde bkz. **Kuru-** El Kitabı, C.2, s.1079.

kişiyeye karşı açılan babalık davasında malî nitelikteki taleplere yönelik kabul beyanında bulunabilmesi için, sulh hukuk mahkemesinin iznini alması şarttır (TMK m.462/b.8 kıyasen)¹⁵¹⁷.

III. Sulh

Sulh, derdest bir davada tarafların, aralarındaki hukukî ilişkiden doğan uyuşmazlığa kısmen veya tamamen son vermek amacıyla mahkeme huzurunda yaptıkları ve karşılıklı fedakarlıklarda bulundukları, iki taraflı borç doğuran tam karşılıklı bir sözleşmedir¹⁵¹⁸ (HMK m.313/1). Esasen sulhten maksat, tarafların karşılıklı feragat ve kabul iradelerinin bir araya geldiği ve uyuşmazlığın kaynağı hukukî ilişkinin yerine yeni bir hukukî ilişki tesis edildiği mahkeme içi anlaşmadır.

Sulh kavramının temelini tasarruf ilkesi oluşturur. Zira tasarruf ilkesi uyarınca davanın tarafları, dava konusu üzerinde kural olarak tasarruf yetkisine sahip oldukları için, karşılıklı anlaşmak suretiyle uyuşmazlığı mahkeme içi veya mahkeme dışında sona erdirmeye hususunda da borçlar hukukunun çizdiği sınırlar dahilinde serbesttirler. Nitekim davadan feragat ve davayı kabul kavramlarında değinildiği üzere taraflar, bir davayı takip etmeye, yargılamayı sürdürmeye mecbur bırakılamayacağından, karşılıklı iradelerin uyuşması sonucunda varılan anlaşmayla, mahkemenin esas hakkındaki kararına gerek kalmaksızın davanın kısmen veya tamamen sona ermesini (mahkeme içi) sulh yoluyla sağlayabilirler. Dolayısıyla (mahkeme içi) sulh, konusu itibarıyla taraflara serbestçe tasarruf yetkisinin tanındığı davalar bakımından, mahkeme hükmü gerekmeksizin davanın sözleşme hükümleri çerçevesinde sona erdirilmesini sağlayan karma karakterli bir hukukî işlem konumundadır¹⁵¹⁹.

¹⁵¹⁷ **Bilge/Önen**, s.354; **Tanrıver**- Usul, C.I, s.1153.

¹⁵¹⁸ **Önen, E.:** Medeni Medenî Yargılama Hukukunda Sulh, Ankara 1972, s.23, 27; **Ulusan, İ:** Davayı Sona Erdiren Taraf Muamelelerinden Sulh (İÜMHAD, C.5, S.1971/7, s.167-203), s.167-168; **Tanrıver**- Usul, C.I, s.1164-1165; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz/Hanağası**, s.600.

¹⁵¹⁹ **Tanrıver**- Usul, C.I, s.1168-1169; **Soy, A.:** Türk Medeni Yargılama Hukukunda Sulh, Ankara 2017, s.12; **Önen**- Sulh, s.36-37; **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s.429. “...Sulh genellikle iki çeşittir. Mahkeme dışı sulh denen birincisi; maddi hukuk alanına giren bir borçlar hukuku bağtıdır. İkincisi ise mahkeme önünde sulhtur. Bunun karakteri gerek maddi hukuk gerekse yargılama hukukuna özgü koşul ve unsurlarla belirir. Fakat bu karma yapısına rağmen, mahkeme önünde sulh kural olarak bir yargılama hukuku kuruluşudur (kurumudur) ve davayı etkileyen taraf işlemlerindenir. Mahkeme önündeki sulhun maddi unsurunu teşkil eden taraflar arasındaki sulh sözleşmesi, bunun mahkemeye bildirilerek tutanağa geçirilmesi ve taraflarla hâkim ve tutanak yazısı tarafından

Sulh, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği konulara ilişkin davalarda söz konusu olabilir (HMK m.313/2). Feragat ve kabulde olduğu gibi, tarafların arzusuna bağlı olmayan, kamu düzenine ilişkin davalarda sulh geçerli olmaz ve davayı sona erdiren bir işlev taşımaz¹⁵²⁰. Aile hukukuna giren konuların büyük bölümünde kamu düzeninin devreye girmesi sebebiyle, sulhün kapsamının sınırlı kalacağı söylenebilir. Örneğin, mal rejiminin tasfiyesi, nafaka, nişanın bozulmasından dolayı hediye iadesi ve tazminat gibi konularda sulh caiz olup, boşanma davalarında ise yalnızca boşanmanın önlenmesi amacıyla eşlerin boşanma iradelerini gözden geçirmeleri ve evlilik birliğini ayakta tutabilmelerinin sağlanması açısından sulh yoluna gidilmesi mümkün olabilir¹⁵²¹. Buna karşın, aile içi şiddet iddiasını içeren uyuşmazlıklar, evlenmenin iptali, soybağı ve velayete ilişkin davalar kamu düzeninden olup, sulhe ve arabuluculuğa elverişli nitelik taşımaz. Benzer şekilde, Cumhuriyet savcısının katıldığı davalarda (HMK m. 75/3) geçerli olan tasarruf edilmezlik ilkesi uyarınca tarafların ve ilgililerin dava konusu üzerinde serbestçe tasarruf edebilmeleri ve sulh yoluyla davayı sona erdirebilmeleri düşünülemez¹⁵²². Bu itibarla, kamu düzenini ilgilendiren babalık davası, konusu itibarıyla tarafların tasarruf yetkilerinin dışında kalan aile hukukuna ilişkin davalardan olduğu için, tarafların geçerli bir sulh yoluyla bu davayı sona erdirilebilmesi mümkün değildir¹⁵²³. Nitekim Avusturya hukukunda da aynı kurala rastlanılmakta olup, Çekişmesiz Yargı Usulü Hakkında Kanun'un § 83 hükmüyle soybağı davalarında sulhün caiz olmadığına açıkça işaret edilir (AußStrG § 83, 3). Buna karşın babalık davasında, çocuğun menfaatlerini olumsuz yönde etkilememek kaydıyla, yasal soybağının yan (malî) sonuçları bakımından sulh mümkün görülebilir¹⁵²⁴. Yine, dava devam ederken, baba olduğu iddia edilen kişinin (davalının) nüfus müdürlüğüne veya mahkemeye

imzalanması biçimindeki bir yargılama işlemiyle aynı zamanda usuli bir nitelik kazanır.” (Y. 4. HD. 12.02.1975, 2465/1751; İKİD, S.1976/186, s.4633-4634).

¹⁵²⁰ **Uluslan, İ:** Maddi Hukuk ve Usul Hukuku Bakımından Sulh Sözleşmesi (İÜMHAD, C.5, S.1971/7, s.149-166), s.159; **Önen-** Sulh, s.45; **Bilge/Önen,** s.356; **Kuru-** El Kitabı, C.2, s.1103; **Üstündağ,** s.581; **Soy,** s.108, 112; **Tahiroğlu,** s.138; **Budak/Karaaslan,** s.347, kn.19.

¹⁵²¹ **Tanriver-** Sulhe Teşvik, s.202.

¹⁵²² **Akil, C.:** Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Sulh ve Sulh Yoluyla Şarta Bağlı Hüküm Verilip Verilemeyeceği Meselesi (GÜHFD, C.16, S.2012/4, s.1-18), s.6.

¹⁵²³ **Tanriver, S.:** Mahkeme Huzurunda Yapılan Sulhler (Prof. Dr. İlhan Öztrak'a Armağan, AÜSBFD, C.49, S.1994/1-2, s.333-348), s.334; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz/Hanağası,** s.579; **Önen-** Sulh, s.47; **Karşlı-** Muhakeme, s.382; **Kuru-** El Kitabı, C.2, s.1103; **Üstündağ,** s.581; **Soy,** s.112; **Arslan-** Aile Mahkemeleri, s.200; **Schweighauser,** ZPO Art.296 Untersuchungs- und Officialgrundsatz, N.38.

¹⁵²⁴ **Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz/Hanağası,** s.579. Aynı yönde bkz. **Schweighauser,** ZPO Art.296 Untersuchungs- und Officialgrundsatz, N.38.

yazılı başvuruda bulunarak çocuğu tanınması ve kendi iradesiyle yasal soybağına geçirilmesi şartına bağlı olarak tarafların sulh olabilmesine bir engel bulunmadığı söylenebilir¹⁵²⁵. Zira, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 313. maddesinin üçüncü ve dördüncü fıkralarında sulhun dava dışı kalan hususları da kapsayabileceği ve şarta bağlı yapılabilceği açıkça düzenlenmiştir. Keza babalık davasında nafaka bedeli ile doğum, bakım, sağlık vb. giderler hakkında taraflar, çocuğun menfaatlerine aykırı olmadıkça sulhe başvurulabilir¹⁵²⁶. Ancak nafaka alacaklısının malî durumunu olumsuz etkileyecek nitelikteki sulhler caiz sayılmaz. Örneğin, gelecekte işleyecek olan çocuğa ait nafaka alacağı üzerinde çocuğun menfaatini zedeleyici şekilde sulh olunması yahut çocuğun bakım ve iâşe giderleri hakkında çocuğa atanan kayyım ile davalı biyolojik baba arasında gerçekleşen sulh ana açısından bağlayıcılık taşımaz¹⁵²⁷. Nitekim 743 sayılı (mülga) Medenî Kanun'un 306. maddesinin son fıkrasında evlilik dışı çocuğun anasının, babalık davasında açıktan açığa çocuğun menfaatine aykırı şartlar altında davalıyla sulh olması veya davadan feragat etmesi hâlinde çocuk için bu sulhün geçersiz olduğu ve çocuğun nafaka ile ilgili dava hakkının saklı tutulduğu açıkça düzenlenmiştir (743 sayılı MK m.306/4). Ancak anılan düzenlemede, davacı ana ile davalının aralarındaki sulhün kapsamı ve hükümlerine ilişkin bir açıklık getirilmediği gibi, babalık davasının niteliğine aykırı olarak sulhe cevaz verilmesi de düşündürücüdür. Kanımızca kanun koyucu, bu hükümde sözünü ettiği sulhü, yalnızca malî sonuçlu babalık davasına münhasıran kabul etmiş olup, o dönemde iki tip babalık davası düzenlendiğinden, şahsî sonuçlu babalık davasında sulhün caiz olmadığına; buna karşın malî sonuçlu babalık davasında davacı ana ile davalı, dava konusu malî edimlerle ilgili anlaşıp sulh olmaları hâlinde, çocuğun kendi lehine malî edimli taleplerde bulunma hakkının saklı kaldığına işaret etmek istemiştir. Yoksa, şahsî talepli babalık davasında sulhün caiz olmadığı hususunda kanun koyucunun tereddüt yaşadığı düşünülemez.

¹⁵²⁵ **Ermenek, İ.:** Hukuk Muhakemeleri Kanuna Göre Ön İnceleme (İnÜHFD, C.II, S.2011/1, s.139-175), s.164-165.

¹⁵²⁶ **Önen-** Sulh, s.46; **Ansay,** s.185; **Uluslan,** s.160; **Soy,** s.112.

¹⁵²⁷ **Önen-** Sulh, s.46-47 ve ayrıca bkz. aynı yerde dn.29.

B. Hükümün Verilmesi

I. Genel Olarak

Mahkemeden istenen hukukî himayenin türüne göre babalık davasının inşai dava kategorisine giren bir dava çeşidi olduğu daha önce ifade edilmişti¹⁵²⁸. Kanun koyucu, inşai davaları öngörürken taraflarla üçüncü kişilerin menfaatlerini koruma, hukukî güvenlik ve kamu yararı gibi gerekçelerle aile hukuku alanında bazı inşai hakların dava açılıp hüküm elde edilerek kullanılmasını esas almıştır. Bir başka anlatımla taraflar, inşai dava şeklinde yürütülen yargısal bir inceleme ve hüküm olmaksızın, salt kendilerine ait herhangi bir tasarruf ile, istedikleri inşai sonuca yönelik bir hukukî kazanım elde edemezler¹⁵²⁹. Bu itibarla, bir inşai hakkın kullanılması, gerçekleşmesi ve kendisinden beklenen etkiyi doğurması için mahkemeye dava yoluyla başvuru zorunluluğu öngörülen, talep konusu inşai sonucun münhasıran mahkeme kararına bağlandığı bu gibi hâllerde “gerçek inşai dava”dan söz edilir¹⁵³⁰ (HMK m.108/2).

Kamu düzeni için önemli sayılan soybağı konusunda inşai sonuç doğurabilmenin dava açıp hüküm almaktan başka hukukî bir yolu bulunmadığı için, inşai hakların dava yoluyla temininde mahkemenin yerine getirdiği işlev, hak sahibinin dava konusu inşai beyanındaki haklılığını hükümde tespit etmek ve bu inşai beyana bağlı inşai sonucun yaratılmasında hak sahibine aracılık etmektir¹⁵³¹. Bu itibarla mahkeme, yaptığı inceleme sonucunda evlilik dışı çocuğun biyolojik babasının davalı olduğuna kanaat getirirse, davalının hukuken baba olması sonucunu doğuran inşai nitelikte bir karar verir. Buna karşılık davalı ile evlilik dışı çocuk arasındaki doğal soybağı ilişkisi ispat edilemediği takdirde ise, davanın esastan reddine karar verilerek davalının biyolojik baba olmadığını ortaya koyan tespit hükmü verilir.

Babalık davasında hüküm, tahkikatın tamamlanmasından sonra sözlü yargılama aşamasını takiben yargılamanın sona erdiği duruşmada hüküm sonucunun tutanağa geçirilerek okunması suretiyle tefhim edilir (HMK m.294/2-3). Davanın kabulü hâlinde

¹⁵²⁸ Bkz. yuk. § 1, B.

¹⁵²⁹ **Büyük, E. I.:** Medeni Usul Hukukunda İnşai Dava ve İnşai Hüküm, İstanbul 2021, s.26.

¹⁵³⁰ **Büyük, s.26; Budak/Karaaslan, s.155, kn.13.**

¹⁵³¹ **Önen, E.:** İnşai Dava, Ankara 1981, s.53; **Büyük, s.38 vd.**

verilen babalık hükmü, tefhim edildiği anda değil, şeklen kesinleştiği anda, çocuğun ana rahmine düştüğü âna kadar geriye doğru sonuçlarını kendiliğinden meydana getirir. Bir başka deyişle, aile hukukunda yer alan soybağına ilişkin hükümlerin etki ve sonuç doğurabilmeleri şeklen kesinleşmelerini gerektirdiği için (HMK m.350/2), biyolojik baba olduğuna karar verilen davalı ile çocuk arasındaki yasal soybağı ilişkisi ve buna bağlı yan sonuçlar, babalık hükmünün kesinleşmesi ile kendiliğinden ortaya çıkar. İnşai nitelikli babalık hükmü kesinleştiğinde davalı erkek ile çocuk arasında kurulan yasal soybağı ilişkisine bağlı olarak, nüfus sicilinde çocuğun baba ismi üzerinde yapılacak olan değişiklik ise açıklayıcı nitelik taşır¹⁵³².

II. Hükmün Tefhimi

Daha önce aleniyet ilkesine ilişkin yaptığımız açıklamalar çerçevesinde, babalık davasında hükmün tefhiminde önem taşıyan bazı hususlara burada ayrıca değinmek gerekir. Bilindiği üzere, hukukumuzda mevcut yasal düzenlemelere göre aleniyetin sınırlandırılması ve kaldırılması meselesi yargılama boyunca yalnızca duruşmaların yürütülmesi açısından ele alınmakta olup, hükmün tefhimi aşamasında ise aleniyetin sınırlandırılabilmesine ilişkin herhangi bir düzenleme getirilmediği görülür. Nitekim Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 294. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarında hükmün, yargılamanın sona erdiği duruşmada tutanağa geçirilip okunması suretiyle tefhim olunacağı hususu, herhangi bir istisnaya yer verilmeksizin düzenlenmektedir. Dolayısıyla özel hayatın ve aile hayatının gizliliği ile, çocuğun korunması gerekçelerine istinaden yargılama boyunca yürütülen duruşmalarda sınırlandırılmış olan aleniyet ilkesi, hükmün tefhimi aşamasında herhangi bir sınırlandırmaya yer verilmeksizin uygulandığı takdirde, yargılamanın başından beri sürdürülen gizlilikten umulan menfaatin amaca uygun, tam ve etkin şekilde korunması sağlanamaz. Yani, hükmün tefhimine kadar geçen süreçte yargılamanın her aşamasında sınırlandırılan aleniyetin hükmün tefhimi esnasında sınırlandırılmaması, korunan menfaatler açısından sakıncalı olabilir.

Halbuki, olması gereken hukuk açısından konuya yaklaşıldığında, aile hukukuna ilişkin davalarda ve özellikle soybağı konusunu ele alan yargılamalarda mutlak gizlili-

¹⁵³² **Sagiri, Y.:** Babalık Davası (İAÜHFD, C.3, S.2017/2, s.55-72), s.70.

ğın temini ve kapsamının belirlenmesi elzem olup, hükmün tefhim edildiği duruşmayı da kapsayacak şekilde aleniyetin kaldırılmasını öngören yeni bir düzenleme yapılması gerektiği kanısındayız¹⁵³³. Ayrıca hukuk muhakemesinde hükmün tefhimi, yargılamanın sona erdiği duruşmada gerçekleşen bir usul işlemi olduğuna göre, aleniyetin kaldırıldığı davalarda bu son duruşmanın da gizli yapılabilmesi gerekir. Yargılama boyunca duruşmaların icrasında aleniyet ilkesine getirilen istisnalara, hükmün tefhim edileceği duruşma bakımından açıkça yer verilmemiş olması (HMK m.294/3, 5) sebebiyle, hükmün alenî tefhimi yasal zorunluluk oluşturur. Gelgelelim, kanımızca aile hukukuna ilişkin davalarda ve özellikle aile sırlarının korunmasını gerektiren soybağı gibi bazı konulara özgü olarak, hükmün tefhiminde aleniyetin sınırlandırılmasını mümkün kılan açık istisnai düzenlemelerin sevki gerekmektedir. Gerçi Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 321. maddesinin ikinci fıkrasına göre hâkim, zorunlu hâllerde hükme ilişkin tüm hususları gerekçeli olarak duruşmada açıklamayıp, sadece hüküm özetini, zorunluluk arz eden sebepleri de ekleyerek tutanağa yazdırabilir ve hükmün tefhimi işlemini bu şekilde tamamlayabilir. Bununla birlikte, babalık davası özelinde hükmün, Cumhuriyet savcısının ve kayyımın da yer aldığı gizli oturumda tefhim edilmesi yahut alenî ortamda tefhim edilen hükmün sadece sonuç kısmının (hüküm fıkrasının) gerekçesiz şekilde okunması (gerekçenin daha sonra yazılı olarak bildirilmesi) suretiyle çocuğun kendisinin ve ebeveynlerinin özel hayatına ilişkin mahrem bilgilerin ifşasının önüne geçilmesi büyük önem arz etmektedir. Bu itibarla, hükmün gizli tefhim edilmesinin, hüküm aleniyetini olumsuz etkilemeyeceği yönündeki görüşe¹⁵³⁴ de katılıyoruz. Zira aleniyetin sınırlandırıldığı davalarda verilen kararların, hiç olmazsa kamusal denetimini amaçlayan, kamuoyunun erişimine açık olmasını sağlayan ve statik aleniyetin bir uzantısı olan hüküm aleniyeti, yargı kararlarının basılı şekilde veya internet ortamında yayınlanırken kişisel bilgilerin bulunduğu kısımların anonim hâle getirilmesi ya da bazı paragrafların karartılar olarak verilmesi suretiyle de gerçekleştirilebilir¹⁵³⁵.

¹⁵³³ Aynı yönde bkz. **Akkaya, T.:** Medenî Usûl Hukuku Bakımından Boşanma Davası, Ankara 2017, s.507.

¹⁵³⁴ **Akkaya-** Boşanma, s.508.

¹⁵³⁵ **Akkaya-** Boşanma, s.508.

Öte yandan, babalık hükmü tefhim edilip, henüz hüküm nüshasının tebliğinden önce taraflardan birisi ölse dahi, hüküm varlığını korur; etkisiz ya da yok hüküm hâline gelmez. Zira babalık hükmüyle kurulmuş olan yasal soybağı, yalnızca davalının şahısvarlığı haklarını ilgilendirmez; mirasçılarını da hukuken etkileyen birtakım sonuçlar doğurur. Nitekim davalının, babalık hükmüne karşı kanun yoluna başvurmada önce ölmesi hâlinde mirasçıları, yasal mirasçı olduğunu gösteren mirasçılık belgesiyle birlikte hükmü veren mahkemeye başvurup, ilâmın kendilerine tebliğ edilmesini isteyebilirler. Bu durumda ilâm, mahkemeye başvuruda bulunan mirasçılara tebliğ edilerek, bu kişiler açısından hükme karşı istinaf kanun yoluna başvuru için kanunî sürenin işletilmesi mümkün hâle gelir.

III. Babalık Davasındaki Hükümün Usulî Özellikleri

1. Davanın Kabulüne Karar Verilmesi Hâlinde

a. Genel Olarak

Babalık davasının mahkemece kabulü hâlinde verilen nihai karara “babalık hükmü” denir. Babalık davasının inşai dava olması sebebiyle, bu davada verilen babalık hükmünün de inşai hüküm olduğu aşîkârdır. İnşai hükümler, ancak kanunun açıkça öngördüğü hâllerde söz konusu olduğundan, sınırlı sayı (*numerus clausus*) ilkesine tâbidir¹⁵³⁶. Ayrıca içerik itibariyle cebrî icraya elverişli olmadıkları gibi, şeklen kesinleştikleri anda, kendilerinden beklenen hukukî etkiyi kendiliğinden (*ipso iure*) doğuran inşai hükümlerde, hükmün icraî etkisi bizzat kendi içeriğinden kaynaklanır. Bir başka deyişle inşai hükümler, cebrî icraya ihtiyaç duymaksızın icraî etkiyi otomatikman yaratıp, içerik olarak cebrî icraya elverişli olmadığı için, bunların icra edilememesi, eda hükümlerine göre bir eksiklik değil, tam tersine fazlalık olarak görülebilir; zira inşai hükümler bizzat içeriğindeki inşai etkisi sebebiyle icraî sonuç meydana getirir¹⁵³⁷. Dolayısıyla, Türk Medenî Kanunu çerçevesinde kişinin içinde bulunduğu hukuksal statüyü etkileyen,

¹⁵³⁶ **Önen-** İnşai Dava, s.176; **Sungurtekin-Özkan-** İnşai, s.560-561; **Büyük,** s.106; **Ramer, P.:** Die prozessualen Gestaltungsfragen des schweizerischen Rechts in rechts-vergleichender Darstellung mit dem deutschen Recht, Zürich 1973, s.16-17; **Tanrıver-** Usul, C.I, s.627.

¹⁵³⁷ **Önen-** İnşai Dava, s.195-196; **Tanrıver, S.:** İlâmlı İcra Takibinin Dayanakları ve İcranın İadesi, Ankara 1996, s.65; **Arens/Lüke,** § 11, Rn.135, s.133; **Atalı/Ermenek/Erdoğan,** s.341; **Tanrıver-** Usul, C.I, s.629; **Budak/Karaaslan,** s.156, kn.17; **Görgün/Börü/Kodakoğlu,** s.280.

onun maddî ve şahsî hukukî durumunu değiştiren sınırlı sayıdaki hüküm çeşitlerinden birisi olması karşısında, babalık hükmünün de inşaî hükümler arasında yer aldığı doktrinde tartışmasız kabul edilmektedir. Ancak babalık hükmünün yanı sıra hâkim, ayrıca ana ve/veya çocuk lehine nafaka, tazminat vb. malî sonuçlu taleplerin kabulü doğrultusunda nakdî edimlere hükmederse, bu gibi edimleri içeren sonuçlar bakımından inşaî babalık hükmünün fer'îsi olarak eda hükmünden de söz edilebilir. Bu gibi fer'î eda hükümleri bakımından ise, cebrî icra yolu olarak ilâmlı icraya başvurulabilir.

b. Babalık Hükümünün Hukukî Niteliği, İnşai Etkisi ve İcrası

Babalık davasının kabulü hâlinde verilen babalık hükmü, bir inşaî hüküm olması sebebiyle, kendisinden önce var olmayan yeni bir hukukî durumu meydana getiren veya mevcut bir hukukî durumu ortadan kaldıran ya da ona yeni bir şekil ve içerik kazandıran, inşaî karakteri ve etkisi bulunan, inşaî hakkın varlığını tespit ederek onun gerçekleşmesi için gerekli hukukî değişikliği sağlayan, *inter omnes* etkili bir hüküm çeşidi olarak görülür¹⁵³⁸. Esasen inşaî haklar, tek taraflı irade beyanıyla hukukî sonuç doğruduğu hâlde, kanun koyucu çeşitli durumlarda kamu düzeni, hukuk güvenliği ve korunması gerekli üstün bir yararın varlığı gibi gerekçelerle hukukî durumu mahkemeye inceletip aydınlatılması istenen kişilere ait inşaî hakların, ancak mahkemeye başvuru suretiyle, yani dava açılıp yargısal hüküm elde edilerek kullanılmasını öngörmüřtür¹⁵³⁹. Bir başka anlatımla, aslında gerçek anlamda bir inşai hakkın kullanılması yahut inşai hakka dayanılmasından ziyade, söz konusu inşaî haktan beklenen hukukî sonuçların elde edilebilmesi ve kamusal kökenli hukukî himaye ihtiyacının giderilmesi için mahkemeye başvuru bu gibi durumlarda inşaî hak, ancak mahkeme hükmüyle gerçekteřir¹⁵⁴⁰.

Hukukî güvenlik ilkesi gereğince, inşaî hükmün bünyesinde yer alan inşaî etki, inşaî davanın olumlu karara bağlanmasıya yönelik hükmün şeklen kesinleşmesiyle birlikte kendiliğinden ortaya çıkar ve *herkesin lehine ve aleyhine (für und gegen alle)* mutlak surette ileri sürülebilir. Yani, inşaî hükmün şekli anlamda kesinleşmesinin tipik bir

¹⁵³⁸ **Önen-** İnşaî Dava, s.166-168; **Tanrıver-** Usul, C.I, s.628-629; **Sungurtekin-Özkan-** İnşai, s.560; **Büyük,** s.241, 243, 247, 253.

¹⁵³⁹ **Karşlı-** Muhakeme, s.319; **Sungurtekin-Özkan-** İnşai, s.554; **Yılmaz, E.:** Hukuk Muhakemeleri Kanunu şerhi, C.2, 3. Baskı, Ankara 2017, s.1668; **Büyük,** s.15; **Ansay,** s.232; **Saraçoğlu,** s.58-59.

¹⁵⁴⁰ **Büyük,** s.42; **Budak/Karaaslan,** s.155, kn.13, s.334-335, kn.30.

etkisi olarak mutlak inşâi etki doğurduğundan söz edilebilir¹⁵⁴¹. Bu noktada inşâi hüküm, inşâi etkisinin uzantısı olarak kurucu unsur taşıdığı için, kurulan bu yeni hukukî durum, üçüncü kişilerin yanı sıra, idare ve yargı organları açısından mutlak bağlayıcılık taşır. Bu bağlayıcılık, inşâi hükmün içeriğinden ziyade, yaratılan (kurulan) yeni hukukî durumdan kaynaklanır¹⁵⁴². Üçüncü kişiler açısından inşâi hüküm, bu inşâi etkisi sebebiyle, sonradan değiştirilemez ve içeriği yeni bir davaya konu edilemez¹⁵⁴³. Dolayısıyla herkesin lehinde ve aleyhinde mutlak etki doğurabilecek türden olan ve içeriği itibariyle babalığı tespit eden, aile mahkemesi hâkiminin verdiği babalık hükmü, örnek olarak ceza mahkemesi hâkimi açısından da “bağlayıcılık etkisi” doğurur; yani bağlayıcı niteliği haizdir¹⁵⁴⁴. İnşai hükmün, sonuçlarına rıza gösterme ve riayet etme şeklinde üçüncü kişiler açısından değişik boyutlarda kendisini gösteren “bağlayıcılık etkisi”, kesin hüküm ya da unsur etkisinden değil, inşâi etkiden kaynaklanan dolaylı bir nitelik taşır. Bir başka deyişle, inşâi hükmün meydana getirdiği yeni hukukî duruma uyma zorunluluğu, hükmün inşâi etkisinin sonucunda ortaya çıkan bağlayıcılık sebebiyledir¹⁵⁴⁵. Ancak inşai etkinin, maddî anlamda kesin hükümden kaynaklanmadığı, ondan tamamen bağımsız şekilde varlık kazandığı da söylenemez. Zira, ileride değinileceği üzere, inşai etkinin birincil koşulu kesin hüküm etkisidir; kesin hüküm olmasaydı inşai etkiden de söz edilemezdi.

İnşâi hüküm, görünüşte tek ve bütün; gerçekte ise, eda davasında olduğu gibi, tespit hükmünü de içeren iki unsurlu bir yapıya sahip olup, bir yönüyle davanın konusunu oluşturan inşâi hakkın varlığını tespit eder; diğer yönüyle de, bu inşâi hakkın içeri-

¹⁵⁴¹ **Pekcanitez-** Pekcanitez Usûl, s.987; **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s.210; **Önen-** İnşâi Dava, s.182-184; **Direnisa, E.:** Die materielle Rechtskraft im deutschen und türkischen Zivilverfahrensrecht, Frankfurt am Main 2011, s.53; **Belgin-Güneş**, s.221-222; **Görgün/Börü/Kodakoğlu**, s.280.

¹⁵⁴² **Akkaş, A. H.:** Ceza Muhakemesi Bağlamında Yargı Mercileri Kararlarının Birbirleri Üzerindeki Etkisi, Ankara 2016, s.95; **Belgin-Güneş**, s.222.

¹⁵⁴³ **Kuru, B./Budak, A. C.:** Tespit Davaları, 2. B., İstanbul 2010, s.51; **Tanrıver-** Usul, C.I, s.628; **Önen-** İnşâi Dava, s.175; **Arslan-** Yanılma, s.728.

¹⁵⁴⁴ **Akkaş**, s.106, 153. Ceza mahkemesince verilen hükümlerin ise inşâi etki ve niteliği haiz olmadığı ve bu yüzden hukuk mahkemesi açısından da inşai etkinin uzantısı olarak bir bağlayıcılık taşımadığı yönünde bkz. **Belgin-Güneş**, s.223; **Akkaş**, s.94.

¹⁵⁴⁵ **Özekes-** Hukuki Dinlenilme, s.280; **Akkaş**, s.96.

ği ve kapsamına göre yeni bir hukukî durumun yaratılması yahut mevcut bir hukukî durumun değiştirilmesi ya da sonlandırılması şeklinde somutlaşan sonucu doğurur¹⁵⁴⁶.

İnşâî hüküm, esas itibariyle geleceğe etkili olarak hukukî sonuç doğurur ve şeklî anlamda kesinleştiği anda kendisine bağlanan inşâî etkiyi gerçekleştirir. Fakat bazı istisnai hâllerde, kamu düzeninin korunması yahut işin doğasından kaynaklanan özel koşullar gerekçe gösterilerek geçmişe etkili olarak da hukukî sonuç doğuracağı öngörülen inşâî hükümler olabilir. Örneğin, kamu düzeni ve toplumsal aile yapısının korunması düşüncesiyle ihdas edilen babalık davasında davanın kabulü ile birlikte verilen babalık hükmünün doğurduğu inşâî etki, evlilik dışı çocuğun doğum anına kadar geriye yürüterek kendisini gösterir. Yani, babalık davasında davalının babalığına hükmedilmesi (babalık hükmü) geriye yönelik (*ex tunc*) ve herkese karşı (*erga omnes*) inşâî bir etki doğurur¹⁵⁴⁷. Bu itibarla şeklî anlamda kesinleşmesiyle birlikte babalık hükmünün mutlak bir inşâî etki gücüne sahip olacağı ve herkes hakkında hüküm doğuracağı söylenebilir¹⁵⁴⁸. Fakat babalık hükmünün geçmişe etkili olma niteliğinin ne zamandan itibaren kabul edileceği noktasında, doktrinde bir görüş¹⁵⁴⁹, babalık hükmüyle çocuk ile baba arasındaki soybağı ilişkisinin çocuğun ana karnına düştüğü tarihten itibaren kurulacağını; yani babalık hükmünün çocuğun ana karnına düştüğü tarihe kadar geriye yönelik etki doğuracağını savunurken; diğer bir görüş¹⁵⁵⁰ ise, babalık hükmü neticesinde çocuk ile baba arasındaki soybağının geçmişe etkili olarak, yani doğum anından itibaren kurulduğunu belirtmektedir. Bu görüşü savunan yazarlar, her ne kadar babalık hükmüyle kurulan soybağı ilişkisinin çocuğun doğumundan itibaren hukuk düzeninde anlam ifade edeceğini düşünseler de, babalık hükmünün çocuğun hukukî durumunda etki doğurması bakımından çocuğun hak ehliyetini kazandığı tarihin önemli olduğunu vurgulamak gerekir. Dolayısıyla, bir kişinin hak ehliyetini sağ ve tam olarak doğmak koşuluyla ana rahmine düştüğü andan itibaren kazanacağını (TMK m.28/2) ve ceninin sağ olarak dünyaya

¹⁵⁴⁶ **Önen-** İnşâî Dava, s.180; **Sungurtekin-Özkan-** İnşâî, s.565; **Tanrıver-** Usul, C.I, s.628.

¹⁵⁴⁷ **Serozan-** Çocuk, s.219, n.67; **Tekinay-** Aile, s.560; **Kuru/Budak,** s.57; **Görgün/Börü/Kodakoglu,** s.279-280; **Tanrıver-** Usul, C.I, s.629; **Yılmaz-** Şerh, C.2, s.1668; **Kuru/Aydın,** s.147; **Duran-** Babalık Davası, s.61; **Büyük,** s.231; **Budak/Karaaslan,** s.155, kn.16; **Akalın,** s.44.

¹⁵⁴⁸ **Pekcanitez-** Pekcanitez Usûl, s.987; **Spühler/Dolge/Gehri,** s.115, N.35-36.

¹⁵⁴⁹ **Serozan-** Çocuk, s.219, n.67.

¹⁵⁵⁰ **Öztan,** s.933; **CHK-Reich,** ZGB 261, N.1; s.830.

gelmek koşuluyla mirasçı sıfatını taşıyabileceğini düzenleyen (TMK m.582/1) hükümler göz önüne alındığında, çocuğun babası ile arasında soybağı ilişkisini tesis eden babalık hükmünün çocuğun ana rahmine düştüğü tarihe kadar geriye yürüyeceği kabul edilmelidir¹⁵⁵¹.

İnşâî davaların kabulü hâlinde hükmün etkileri kendiliğinden ortaya çıkacağı için inşâî hükmün icraî bir nitelik taşıdığı söylenemez. Yani, inşâî hakkın tespiti ve hakkın içeriğine göre inşâî etkiyi doğuran hükmün icrasına gerek yoktur. Ancak bazı hâllerde inşâî hüküm aynı zamanda edaya mahkûmiyeti de içerebilir ve asıl inşâî etkisi yanında, hükmün fer'îsi niteliğinde, inşâî etkiye bağlı ve onun uzantısı konumundaki birtakım eda hükmünü içeren kısımlar için cebrî icraya başvuru mümkün olabilir¹⁵⁵². Örneğin, babalık davasında yargılama giderleri veya ananın doğum giderlerinin tazmini, nafaka ödenmesi gibi parasal içerikli eda unsurları ilâmlı icra yoluyla yerine getirilebilir¹⁵⁵³.

Öte yandan, bilindiği üzere aile hukukuna ilişkin kararlar, kesinleşmediği sürece icra edilemezler (HMK m.350/2). Dolayısıyla aile hukukuna ilişkin ilâmlardan olan babalık hükmündeki nafaka, tazminat, faiz vb. malî edimlere ilişkin alacaklar için, asıl hüküm kesinleşmeden cebrî icraya başvurulması mümkün değildir. Çünkü babalık davası sonucunda karara bağlanan nafaka, tazminat, faiz vb. edim yükümlülüklerine ilişkin fer'î eda hükümleri, asıl babalık hükmüyle doğrudan organik bağlantısı bulunan, onun eklentisi konumundaki hükümler olduklarından, kanımızca babalık hükmü kesinleşmeden, onun fer'îsi niteliğindeki eda hükümleri icra edilemez¹⁵⁵⁴. Aslında, inşâî hükme dayalı edimlerin, hükmün kesinleşmesinden önce icra edilebileceği kabul edildi-

¹⁵⁵¹ Bkz. **Akalın**, s.45, dn.154'teki açıklamalar.

¹⁵⁵² **Önen-** İnşâî Dava, s.196; **Tanrıver-** Usul, C.I, s.630; **Kuru/Aydın**, s.146; **Budak/Karaaslan**, s.156, kn.17; **Görgün/Börü/Kodakoğlu**, s.280; **Budak/Karaaslan**, s.410-411, kn.42.

¹⁵⁵³ **Korucu/Uyumaz**, s.1371.

¹⁵⁵⁴ “...HUMK'nun 443/4. maddesi gereğince aile ve şahsın hukuku ile ilgili hükümler kesinleşmedikçe takibe konu edilemez. Ayrıca, boşanma kararının "eklentisi" olan (yoksulluk) ve (iştirak) nafakası da aynı kurala tabi olup, kararın kesinleşmesinden sonra infazı istenebilir.” (Y. 12. HD. 11.12.2006, 20310/23497); “...Yoksulluk nafakası, boşanmadan sonraki dönem için hüküm altına alınan nafaka türü olduğundan, boşanma kararı kesinleşmeden icraya konulamayacağı gibi, anılan nafakanın kaldırılmasına dair mahkeme kararı da aynı şekilde kesinleşmeden infaz edilemez.” (Y. 12. HD. 01.04.2010, E.2009/25568, K.2010/7482; Legalbank İçtihat). Aynı yönde bkz. **Budak/Karaaslan**, s.410-411, kn.42. Aksi yöndeki görüş için ise bkz. **Tanrıver-** Aile Mahkemeleri, s.98-99, 101.

ği takdirde, inşaî davadaki hüküm ile eda davasındaki hükmün birbiriyle karışmasına yol açabileceği gibi ayrıca inşaî davanın sistemi ve ana prensipleriyle de bağdaşmaz¹⁵⁵⁵. Bu yüzden, babalık davasının kabulü üzerine verilen babalık hükmü kesinleşmeden, babalık hükmünün fer'îsi niteliğindeki eda hükümlerinden kaynaklanan edimlerin icrasının uygun olmadığı kanısındayız. Buna ilaveten belirtilmelidir ki, inşaî dava sonucunda yargılama giderleri ve vekâlet ücreti hakkındaki hüküm kısmının icrası için de, asıl hükmün kesinleşmesini beklemek gerekir. İnşaî hükmün yargılama giderlerine ilişkin olan kısmı, asıl hükümden kaynaklanmayıp aralarında organik bağ bulunmasa dahi, asıl hükme ek nitelikte ve onunla bütünlük arz eden bir yan eda hükmü olduğundan, asıl (inşaî) hüküm kesinleşmeden ilâmlı icraya konulması mümkün değildir¹⁵⁵⁶.

Son olarak, Türk mahkemelerinin kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca yetkili olan yabancı hukuku uygulamak suretiyle, evlilik dışı çocuğun yabancılık unsuru taşıyan soybağı ilişkisi üzerine vereceği babalık hükmü ile, yabancı ülkede verilmiş babalık hükmünün iç hukuktaki durumu hakkında bilgi vermek gerekirse, esas itibarıyla 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 16. maddesi ile 54. ve 58. maddelerine değinilmelidir. Anılan Kanun'un 16. maddesi uyarınca soybağının kuruluşu, çocuğun doğum anındaki millî hukukuna, kurulamaması hâlinde çocuğun mutat meskeni hukukuna tâbi olup; soybağı bu hukuklara göre kurulamıyorsa, ananın veya babanın, çocuğun doğumu anındaki millî hukuklarına, bunlara göre kurulamaması hâlinde ise ana ve babanın, çocuğun doğumu anındaki müşterek mutat mesken hukukuna, buna göre de kurulamıyorsa çocuğun doğum yeri hukukuna tâbi olarak kurulur¹⁵⁵⁷.

¹⁵⁵⁵ **Önen-** İnşaî Dava, s.198.

¹⁵⁵⁶ “...ilâmın yargılama gideri ve tazminata ilişkin bölümleri, davanın kabulü ya da reddine ilişkin bölümü ile bir bütündür. Bu kalemlerin kesinleşmesi ve infazı ancak bir bütün olarak ilâmın kesinleşmiş olmasına bağlıdır. Dolayısıyla, ilâmın esas hakkındaki hükmü kesinleşmeden vekâlet ücreti ve yargılama giderlerine ilişkin hüküm bölümü ayrıca infaz ve icra takibine konu edilemez.” (Y. HGK. 05.10.2005, 534/554); “Her dava ve takip açıldığı tarihteki şartlara göre değerlendirileceğinden takip tarihi itibarıyla kesinleşmemiş boşanma ilâmı ile birlikte hüküm altına alınan maddi ve manevi tazminat alacağı ile yargılama giderleri ve vekâlet ücreti alacağının tahsiline yönelik olarak yapılan icra takibinin iptali gerekir.” (Y. 12. HD. 10.10.2011, 2727/18211; Legalbanlık İçtihat).

¹⁵⁵⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Çam, G.:** Milletlerarası Özel Hukukta Soybağı İlişkisi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2012, s.79 vd.; **Gödekmerdan, B.:** Milletlerarası Özel Hukukta Soybağının Kurulması, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Erzurum 2012, s.78 vd.

Bu şekilde Türk mahkemelerince evlilik dışı çocuğun yabancılık unsuru taşıyan soybağı ilişkisi üzerine vereceği babalık hükmü de inşaî niteliğe sahip olup, yukarıda daha önce söylenenler çerçevesinde Türk hukukundaki yerini alır. Fakat MÖHUK m.16 çerçevesindeki kanunlar ihtilafı kuralının her bir basamağında yetkili kılınmış olan ve nesepsiz çocuğun yasal soybağının kurulmasını sağlayan yabancı hukuka ait soybağı hükümleri Türk kamu düzenine açıkça aykırılık oluşturduğu takdirde, yabancı hukukun ilgili hükümleri uygulanmaz; istisnai olarak Türk hukuku uygulanır¹⁵⁵⁸ (MÖHUK m.5). Zira soybağı meselesi kamu düzenine ilişkin olduğundan, nesepsiz çocuğun kanunlar ihtilafı kurallarına göre kurulamayan soybağı üzerindeki belirsizliğin Türk hukukuna göre giderilmesi zorunlu hâle gelir. Bunun dışında, yabancı mahkemede verilmiş babalık hükmünün iç hukukta tanınması ve kesin hüküm niteliğine kavuşabilmesi konusunda ise, yabancı ilâmın tenfiz şartlarını taşıdığına Türk mahkemesi tarafından tespiti gerekir. Bu bağlamda, MÖHUK m.58 uyarınca yabancı mahkeme ilâmının iç hukukta kesin delil veya kesin hüküm olarak kabul edilebilmesi, yabancı ilâmın tenfiz şartlarını taşıdığına mahkemece tespitine bağlı olup, tenfiz şartlarını düzenleyen 54. maddenin (c) bendine göre ise, tanınması istenen hükmün kamu düzenine açıkça aykırı bulunmaması şarttır¹⁵⁵⁹. Dolayısıyla tanıma talebi hakkında karar verecek olan Türk mahkemesi, yabancı babalık hükmünün kamu düzenine açıkça aykırı olup olmadığını resen inceledikten sonra, yabancı hukuk düzeninde verilmiş babalık hükmünün Türk hukukundaki kamu düzeni kavramıyla çelişmesi hâlinde, tanıma talebini geri çevirmek zorundadır. Yani, yabancı ülkenin soybağına ilişkin kuralları Türk kamu düzenine açıkça aykırı sonuçlar doğurabilecek nitelikteyse, o yabancı ülkenin soybağı hukukuna göre verilen babalık hükmünün iç hukukta tanınmaması ve bunun sonucunda inşaî etkiye kavuşamaması durumu ile karşı karşıya kalınır¹⁵⁶⁰. Türk kamu düzenine aykırılık oluşturmadığı saptan-

¹⁵⁵⁸ **Pürselim, H. S.:** MÖHUK Kapsamında İddet Müddetinin Soybağının Reddi ve Babalık Davalarına Etkileri (MÜHF-HAD, C.27, S.2021/1, s.513-542), s.538.

¹⁵⁵⁹ Milletlerarası özel hukuk bağlamında kamu düzeni kavramının anlamı, önemi, etkisi, türleri ve özellikleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Atakan, A.:** Kamu Düzeni Kavramı (MÜHF-HAD, C.13, S.2007/1-2, s.59-136), s.64 vd.

¹⁵⁶⁰ **Sungurtekin-Özkan-** İnşai, s.564. Yabancı mahkeme kararlarının tanınmasında kamu düzeni denetimi ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **Gökyayla-Demir, C.:** Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizde Kamu Düzeni, Ankara 2001, s.85-89; **Çelikel, A.:** Ahkâmı Şahsiye Konusundaki Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması, İstanbul 1963.

nan yabancı soybağı hukuku rejimine göre verilmiş babalık hükmünün iç hukukta ayrıca icrası gerekmediği için, tenfizine ihtiyaç duyulmadan, yalnızca tanıma kararıyla inşai etkiyi doğuracağı ve kesin hüküm niteliğine kavuşacağı söylenebilir¹⁵⁶¹.

c. Babalık Hükümünün Maddî Anlamda Kesin Hüküm Etkisi

Her şeyden önce, inşai davaların kabulü sonucunda verilen inşai hükümler, inşai etkinin yanı sıra kesin hüküm etkisi de doğurur. İnşai hükümlerde *inter partes* etki ile *inter omnes* etkinin aynı anda bir araya gelmesini engelleyen bir sebep bulunmamasına rağmen, her iki etkinin birbirinden ayırt edilmesine duyulan ihtiyaç da ortadadır. İnşai etki ile maddî anlamda kesin hüküm etkisinin aynı anlama gelmediği, birbirlerinden ayrılan özelliklere ve yapıya sahip oldukları tartışmasızdır¹⁵⁶². Nitekim maddî anlamda kesin hüküm etkisi, sadece çekişmeli yargı kapsamındaki mahkeme kararları bakımından ortaya çıktığı hâlde; inşai etki, çekişmeli yargının yanı sıra, çekişmesiz yargı işlemlerinden, geçici hukukî koruma tedbirlerinden, icraî işlemlerden ve hatta tek taraflı irade beyanıyla oluşan maddî hukuk ilişkilerinden dahi kaynaklanabilir¹⁵⁶³. Yine maddî anlamda kesin hüküm etkisi, hüküm anında bağımsız bir varlığa sahip hukuksal durumu geçmişe yönelik tespit ve deklare eden yargı kararına hukuk düzenince duyulan usulî bağlılığı gösterirken, inşai etki ise, ancak kanunun açıkça öngördüğü hâllerde hukukî değişikliğe yol açan ve şeklen kesinleştiği andan ileriye doğru sonuç doğuran hükmün maddî hukuk üzerindeki yansımalarını gösterir¹⁵⁶⁴.

Her ne kadar, maddî anlamda kesin hüküm etkisi ile inşai etki, hükmün konusunu teşkil eden şeyin kesin olarak karara bağlandığı, daha sonra başka bir davaya konu edilemeyeceği ve ileride bu hükümle çelişen bir sonuca varılamayacağı noktasında birleşmeler de, her iki kavram nitelik ve işlev bakımından birbirinden farklıdır¹⁵⁶⁵. Kesin hüküm, beyan edici (olumlu veya olumsuz tespitte bulunan) nitelikte, hâle ve geçmişe yönelik, sadece davanın taraflarıyla haleflerini bağlayıcı etki taşırken; inşai hüküm, ya-

¹⁵⁶¹ Sungurtekin-Özkan- İnşai, s.563; Gökyayla-Demir, s.57.

¹⁵⁶² Önen- İnşai Dava, s.178; Özkes- Hukuki Dinlenilme, s.279, dn.253; Görgün/Börü/Kodakoğlu, s.280; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s.210.

¹⁵⁶³ Önen- İnşai Dava, s.178-179; Özkes- Hukuki Dinlenilme, s.279, dn.253.

¹⁵⁶⁴ Önen- İnşai Dava, s.179; Özkes- Hukuki Dinlenilme, s.279, dn.253.

¹⁵⁶⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. Ramer, s.13 vd.

pıcı (kurucu-yenilik doğurucu) nitelikte, kural olarak geleceğe yönelik ve herkese karşı ileri sürülebilir bir etki doğurur¹⁵⁶⁶. Fakat inşai hükmün herkese sirayeti kesin hükümden değil, inşai etkiden kaynaklanır. Çünkü kesin hüküm, subjektif sınırları itibariyle nispi bir etki (*inter partes*) doğurmasına rağmen, inşai etki kural olarak tarafların yanı sıra üçüncü kişilere karşı (*inter omnes*) da sonuç doğurur¹⁵⁶⁷. İnşai hükmün içeriğindeki inşai etki, maddî anlamda kesin hükmün nispiliği kuralının bir istisnası konumundadır¹⁵⁶⁸. Örneğin soybağına ilişkin mutlak hakları ilgilendiren inşai hükümlerin üçüncü kişilere sirayeti inşai etkiden dolayı söz konusu olur. Ancak nispi haklarla ilgili inşai hükümler ise (örneğin, cezai şartın tenzili, kira bedelinin tespiti) taraflar arasındaki nispi borç ilişkilerini ilgilendirdiğinden, etkisi de taraflarla sınırlı kalır. Dolayısıyla inşai hükümlerin maddî anlamda kesin hüküm etkisi taşımadığı görüşü kanımızca isabetsiz olup, inşai hükmün içeriğinde kesin hüküm etkisi de mevcuttur¹⁵⁶⁹. Zira uyumsuzluk konusu vakıaların bir daha mahkeme önünde tartışılmasını ve yargılamaya dahil edilmesini önleyen maddî anlamda kesin hüküm kurumu, hukuk güvenliğine, etkin hukukî himayeye ve usul ekonomisine hizmet ederken, inşai etki tek başına bunu sağlayamaz. Nitekim inşai hükme kesin hüküm etkisi tanınmaması hâlinde, inşai sebepler hukuk düzenince gerçeklik vasfı kazanıp bağlayıcı şekilde saptanmış olmayacağından, inşai hükümle ortaya çıkan sonuçlar daha sonra yeniden tartışma konusu yapılabilir ve inşai etkinin hatalı ya da eksik sonuçlar doğurduğu iddia edilebilir¹⁵⁷⁰. Bu ise, inşai hükmün, hüküm olma vasfıyla bağdaşmaz. Keza inşai etki, maddî anlamda kesin hüküm gücü taşımayan çekişmesiz yargı işlerinden, geçici hukukî koruma tedbirlerinden veya tek taraflı hukukî işlemlerden de kaynaklanabileceğine göre, maddî hukukta yaratılan değişikliğin ne ölçüde ve kimleri kapsayacağı ile ilgili olduğundan, tek başına hükmün ke-

¹⁵⁶⁶ Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz/Hanağası, s.711; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s.210; Tanrıver- Usul, C.II, s.113-114.

¹⁵⁶⁷ Deren-Yıldırım- Kesin Hüküm, s.59-60; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s.210; Gürdoğan, s.84-85; Kuru/Aydın, s.561; Budak/Karaaslan, s.335, kn.30; Ramer, s.19-20.

¹⁵⁶⁸ Gürdoğan, s.85; Aras- Etki, s.153; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s.342; Görgün/Börü/Kodakoğlu, s.280.

¹⁵⁶⁹ Deren-Yıldırım- Kesin Hüküm, s.59-60; Meriç- Kesin Hüküm, s.386. Aynı yönde bkz. Budak, A. C.: Belgesay Kürsüsünün 1937-1938 Ders Yılı Medenî Usul Hukuku Dersleri: Özellikle İkrar ve Kesin Hüküm Takrirleri (İHM, C.78, S.2020/3, s.1169-1208), s.1201; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s.210.

¹⁵⁷⁰ Büyük, s.227.

sinliğini sağlayan bir sonuç doğuramaz. Usul hukukunda hükmün hukukî gerçeklik vasfını tartışmasız biçimde ortaya koyan kavram, maddî anlamda kesin hüküm olup, inşai hükmün inşai etkisi yanında, kesin hüküm etkisini de içinde barındırdığı söylenebilir¹⁵⁷¹.

Öte yandan maddî anlamda kesin hüküm kavramının yalnızca eda ve tespit içeren hükümler için kullanıldığını öne süren görüşe katılamıyoruz. Zira inşai hüküm de, içeriğinde olumlu bir tespit barındırır ve hükmün tespite dair kısmı olmadığında inşai etkinin de meydana gelmeyeceği açıktır. İnşai etkinin koşulu, inşai hakkın varlığını ortaya koyan tespit hükmüdür ve bu tespit hükmü maddî anlamda kesin hüküm teşkil eder¹⁵⁷². Tıpkı eda davalarında olduğu gibi, inşai davalarda da hükmün iki unsurlu olduğu ve ilk anda tespite yönelik kısmın ortaya konulduğu, ancak bundan sonra inşai etkinin doğduğu söylenebilir. Kaldı ki, eda davaları gibi, inşai davaların esastan reddi halinde verilen hükümlerin de, niteliği itibariyle bir menfi tespit hükmü olduğu görüşü doktrinde egemen konumdadır.

Ayrıca, inşai hükmün inşai etki doğurabilmesi, her şeyden önce davacının ileri sürdüğü ve inşai hakkın koşulu olan vakıaların, yani inşai sebeplerin ve bunların yeni bir hukukî değişiklik yaratmaya elverişli olup olmadığının tespitini zorunlu kılar. Mahkeme tarafından inşai sebeplere yönelik yürütülen bu yargısal tespit faaliyeti sonucunda ortaya çıkan kesin hüküm, bir hakkı veya hukukî ilişkiyi ya da durumu tespit etmeye yarayan işlev taşıdığından, bu tespit faaliyetine bağlı olarak yeni bir hukukî duruma karar verilmesi, hükmün inşai etkiye sebep olan ikinci basamağını oluşturur¹⁵⁷³. Kesin hüküm olmadan inşai etkiden söz edilemeyeceği için, tespit ve inşai unsurlu iki parçalı yapısı bulunan inşai hükmün inşai etkisinin, kesin hüküm etkisiyle iç içe geçtiği söylenebilir. Yani inşai hükmün kesin hüküm etkisi, davacının talep sonucunu haklı göstermeye yarayan vakıaların mahkemece tespitine ilişkin iken, inşai etki bu vakıaların tespitine bağlanan hukukî sonuca ilişkindir. İnşai hükmün yalnızca davanın tarafları üzerinde değil, bütün üçüncü kişiler üzerinde doğurduğu etki inşai etkiden, inşai etki ise kesin

¹⁵⁷¹ **Büyük**, s.227; **Meriç**- Kesin Hüküm, s.386.

¹⁵⁷² **Tanrıver**- Usul, C.I, s.629; **Tanrıver**- Usul, C.II, s.114; **Meriç**- Kesin Hüküm, s.386.

¹⁵⁷³ **Büyük**, s.242.

hüküm etkisinden kaynaklanır¹⁵⁷⁴. Kaldı ki, inşaî hükümün tek işlevi inşaî etki yaratmak değildir. İnşai hüküm ile maddî anlamda kesin hüküm yan yana olup inşaî hükümün, inşaî etkisinin yanında, ayrıca hükme esas olan inşaî hakkın tespitini de sağladığı dikkate alındığında, tespit yönü itibariyle şeklen kesinleştiği anda maddî anlamda kesin hüküm etkisi doğuracağı kuşkusuzdur¹⁵⁷⁵. Nitekim inşaî hüküm kesinleştikten sonra, artık o inşaî hakkın varlığının yeniden tartışma konusu yapılamaması, inşaî etkiden daha ziyade, kesin hükümün olumsuz etkisinden dolayıdır. Keza inşaî hükümün hatalı olduğu iddiasına dayanılarak, tamamen inşai hükme bağlı nafaka, tazminat vs. edimlere ilişkin eda hükmü kapsamında davacıya yapılan nakdî ödemelerin iadesi istenemez ve buna yönelik sebepsiz zenginleşme davası açılamaz. Bunun sebebi, maddî anlamda kesin hükümün olumsuz etkisidir¹⁵⁷⁶. Yine, şeklen kesinleşen inşai hükümün ağır yargılama hatalarından dolayı ortadan kaldırılabilmesinin yegâne yolu yargılamanın iadesidir. Yargılamanın iadesi yolundan başka inşaî hükümün bertarafını sağlayan başka bir hukukî çarenin olmaması da maddî anlamda kesin hüküm ile açıklanabilir¹⁵⁷⁷. Maddî anlamda kesin hüküm etkisinin, usul hukuku açısından inşaî etkiye nazaran daha baskın karakterde olduğu; inşai etkinin ise esasen maddî hukuk kapsamında işlev taşıdığı söylenebilir.

Ne var ki, doktrinde aksi yöndeki bir görüşe göre¹⁵⁷⁸ inşaî karar, maddî anlamda kesin hükümün olumsuz etkisinden dolayı değil, inşaî etkiye sahip olmasından dolayı değiştirilemez ve karara bağlanan hususlar hakkında yeniden dava açılamaz. Katılmadığımız bir başka görüş¹⁵⁷⁹ ise, inşaî davaların kabulüyle ortaya çıkan inşai hükümün maddî anlamda kesin hüküm etkisinin davanın taraflarıyla sınırlı olmayıp üçüncü kişileri de kapsadığını, herkese karşı maddî anlamda kesin hüküm teşkil ettiği için bağlayıcı etki doğurduğunu savunur. Gelgelelim, maddî anlamda kesin hüküm taraf özdeşliğini gerektirip davanın taraflarıyla sınırlı etki doğurduğu gibi, bunun yanında kesin hükümün

¹⁵⁷⁴ **Büyük**, s.243.

¹⁵⁷⁵ **Sungurtekin-Özkan**- İnşai, s.565.

¹⁵⁷⁶ **Kuru/Budak**, s.51; ayrıca bkz. **Domanic, H.:** Hukukta Kaziyyei Muhkeme ve Nisbi Kuvveti, İstanbul 1964, s.4 vd.

¹⁵⁷⁷ **Tanriver**- Usul, C.II, s.137-138. Ayrıca bkz. Y. 2. HD. 04.11.1996, 11008/11209 (Legalbank İçti-hat).

¹⁵⁷⁸ **Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz/Hanağası**, s.711; **Kuru, B.:** Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. V, 6. B., İstanbul 2001, s.5093-5094.

¹⁵⁷⁹ **İyilikli, A. C.:** Hukuk Yargılamasında Kesin Hüküm, Ankara 2016, s.520; **Üstündağ**, s.802.

bertarafına yönelik yargılamanın iadesini de yalnızca davanın hukukî yararı bulunan taraflarından birisi talep edebileceği için, inşai hükmün inşai etkisi dikkate alınmadan, salt kesin hüküm etkisi itibariyle üçüncü kişilere sirayet edeceğini söylemek, eksik bir bakış açısını yansıtabilir. Sonuç itibariyle, kanımızca babalık davasının olumlu karara bağlanması sonucunda ortaya çıkan babalık hükmü, şeklen kesinleştiği anda hem inşai etkiyi hem de maddî anlamda kesin hüküm etkisini aynı anda birlikte doğurur.

Öte yandan, inşai hüküm henüz şeklî anlamda kesinleşmeden inşai hak sahibi ölür yahut gaipliğine karar verilirse, hak ehliyeti ve taraf ehliyeti ortadan kalktığı için, dava konusu inşai hak sona erer ve kendisinden beklenen inşai etkiyi yitirir. Zira inşai hüküm, şeklen kesinleştiği anda inşai etki doğurur. Örneğin, babalık davasının esastan kabulüne ilişkin ilk derece mahkemesince verilen babalık hükmü henüz şeklî anlamda kesinleşmeden (kanun yoluna başvuru süresi dolmadan) önce davacı çocuk ölürse (ve çocuğun hiç yasal mirasçısı yoksa) dava konusu ortadan kalkacağı için, kararın maddî anlamda kesin hüküm gücü kazanamayacağı kanısındayız. Öyle ki, babalık hükmü şeklî anlamda kesinleşmeden, kendisinden beklenen hukuki sonuçları doğurmaya elverişli bir hüküm çeşidi olarak değerlendirilemez.

2. Davanın Esastan Reddine Karar Verilmesi Hâlinde

İnşai davanın esastan reddi hâlinde verilen hüküm, niteliği itibariyle inşai olmayıp, bir tespit hükmü olarak anılır. Zira inşai davanın reddine yönelik hüküm, davacının dayandığı inşai hakkın yokluğu sebebiyle buna bağlı inşai sonucun doğmayacağını tespit eder¹⁵⁸⁰. Aslında babalık davası dahil bütün inşai davalar, geniş anlamda tespit davası olarak da nitelenebilir. Zira davacı, davalının babalığına karar verilmesini talep ederken, öncelikle erişilmek istenen kesin sonuç babalığın tespitidir¹⁵⁸¹. Babalık davasının özünde biyolojik soybağının tespiti; bu özde mündemiç olarak ise yasal soybağının tespiti (hukukî babalığa hükmedilmesi) talebi yer aldığından, hâkim, davalının biyolojik babalığına ilişkin vakıa hakkında kesin yargıya varırsa, öncelikle bu vakıayı tespit eder ve ardından bu tespite istinaden, bu tespitin doğal bir uzantısı olan yasal soybağını kur-

¹⁵⁸⁰ **Önen-** İnşai Dava, s.167; **Bilge/Önen,** s.391; **Tanrıver-** İlâmlı İcra, s.66.

¹⁵⁸¹ **Önen-** İnşai Dava, s.47.

maya elverişli babalık hükmünü açıklar¹⁵⁸². Dolayısıyla buradan hareketle inşâî davanın reddi, bir menfi tespit hükmünden ibaret olduğu için, babalık davasının reddi hâlinde verilen nihai kararın da, teknik anlamda menfi tespit hükmü olarak görülmesi gerektiği söylenebilir.

Menfi tespit hükmü, bir davanın esastan incelenmesi sonucunda dava konusu hakkın ya da hukukî ilişkinin yokluğunu ortaya koyan nihai karardan ibaret olup, sadece tespit davalarında değil, eda davaları ve inşâî davalarda da menfi tespit hükümlerine rastlanabilir. Bu itibarla, örneğin bir inşâî dava olan babalık davasının esastan reddi yönündeki menfi tespit hükmü, maddî anlamda kesin hüküm etkisi doğurur ve aynı zamanda kesin delile vücut verir. Diğer yandan menfi tespit hükmü, yalnızca bir hakkın ya da hukukî ilişkinin yokluğunu saptadığından, borçluya yönelik birşeyi verme, yapma ya da yapmama gibi eda içerikli bir zorunluluk yüklemes ve cebrî icraya elverişli nitelik taşımaz; yani ilâmlı icranın dayanağını oluşturamaz¹⁵⁸³. Ancak menfi tespit hükmünde yer alan yargılama giderlerine ilişkin kısımlar bir eda emri içerdiğinden, bunlarla ilgili ayrı olarak cebrî icraya başvurulması ise mümkündür.

Dolayısıyla, babalık davasının esastan reddine ilişkin menfi tespit hükmü, şeklî anlamda kesinleştiği anda kesin hüküm etkisi doğurup, dava konusu inşâî hakkın mevcut olmadığı kesin şekilde saptandığı için, aynı inşâî hakka dayalı olarak yeni bir dava açılması hâlinde, bu davanın dinlenilmesine kesin hüküm etkisi engel olur¹⁵⁸⁴.

§ 12. KANUN YOLLARI

A. Olağan Kanun Yolları

I. Genel Olarak

5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun¹⁵⁸⁵ ile, 1086 sayılı Kanun'da değişiklik yapan ve istinaf yolunu getiren 5236 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda

¹⁵⁸² **Önen-** İnşai Dava, s.47.

¹⁵⁸³ **Tanrıver-** İlâmlı İcra, s.67; **Tanrıver-** Usul, C.I, s.629.

¹⁵⁸⁴ **Kuru/Budak,** s.51.

¹⁵⁸⁵ Bkz. RG. 07.10.2004, Sa.25606.

Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun'un yürürlüğe girmesinden önceki dönemde olağan kanun yolları, temyiz ve karar düzeltme olarak öngörülmüş iken; anılan yasal hükümlerle yeniden düzenlenen kanun yolu sistemine istinaf eklenmiş ve bu yeni sistemde temyiz kanun yolu varlığını korurken, karar düzeltme yolu tümüyle kaldırılmıştır. Ancak 5235 sayılı Kanun'un Geçici 2. maddesi uyarınca Adalet Bakanlığı'nın, yeni kanun yolu sistemini öngören düzenlemelerin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren en geç iki yıl içinde bölge adliye mahkemelerini kurması mümkün olmadıgından, 01.10.2011 tarihinde 6100 sayılı HMK yürürlüğe girinceye kadar geçen sürede, yine 1086 sayılı (mülga) HUMK'nun önceki kanun yoluna ilişkin hükümleri, yani temyiz ve karar düzeltme yolu uygulanmaya devam etmiştir. Dahası, 6100 sayılı HMK yürürlüğe girdikten sonraki dönemde bile, bölge adliye mahkemelerinin göreve başladığı ilân edilmemiş olduğundan, HMK Geçici 3. maddesinde, bölge adliye mahkemelerinin, 5235 sayılı Kanun'un Geçici 2. maddesi uyarınca Resmî Gazete'de ilân edilecek göreve başlama tarihine kadar, 1086 sayılı Kanun'un temyize ilişkin hükümlerinin uygulanmasına devam olunacağı da açıkça belirtilmiştir. Yine, bölge adliye mahkemelerinin göreve başlama tarihinden önce verilen ilk derece mahkemesi kararları hakkında, bu kararların kesinleşmesine kadar geçen süre zarfında, 1086 sayılı Kanun'un, 5236 sayılı Kanun'la yapılan değişikliktan önceki 427 ilâ 444. madde hükümlerinin uygulanmasına devam olunacağı da ayrıca düzenlenmiştir (HMK Geçici m.3).

Olağan kanun yolları, 01.11.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı Kanun'da da, 5236 sayılı Kanun'a uygun şekilde, istinaf ve temyiz olarak düzenlenmiş olmakla birlikte, Kanun'un yürürlük tarihi itibariyle bölge adliye mahkemelerinin göreve başladığı henüz ilân edilmediğinden, 1086 sayılı Kanun'un önceki kanun yolu sisteminin uygulanmasına bir süre daha devam edilmiştir. Fakat bölge adliye mahkemelerinin 20.07.2016 tarihinde göreve başlayacağı Adalet Bakanlığı tarafından 07.11.2015 tarihli Resmî Gazete'de ilân edildikten sonra, 20.07.2016 itibariyle yeni kanun yolu sistemi ve istinaf yolu artık fiilen de hukukumuzda girmiş bulunmaktadır. Buradan hareketle, 6100 sayılı Kanun'un yürürlük tarihi olan 01.11.2011'den, bölge adliye mahkemelerinin fiilen göreve başladığı 20.07.2016 tarihine kadar geçen sürede, ilk derece mahkemelerince verilen nihai kararlara karşı, 1086 sayılı (mülga) HUMK'nun 5236

sayılı Kanun’la değiştirilmeden önceki kanun yolu sistemi çerçevesinde temyiz ve karar düzeltme yoluna gidilmesi gerektiği söylenebilir.

Çalışmamızın konusu olan babalık davalarında görevli aile mahkemelerinin verdiği kararlara karşı olağan kanun yolları, başvuru koşulları, süreleri, inceleme usulü ve verilecek kararlar bakımından 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun m.7/3 ile 1086 sayılı (mülga) HUMK’na yapılan yollama, 6100 sayılı HMK m.447/2 sebebiyle Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun konuyla ilgili maddelerine yapılmış sayıldığı için, aile mahkemelerince verilen nihai kararlara karşı, özel hüküm bulunmayan hâllerde kural olarak gidilebilecek kanun yolları, başvuru koşulları ve süreleri, inceleme usulü ve duruşmalı inceleme yapılıp yapılmayacağı ile ilgili olarak Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda yer alan kurallara göre hareket edilir. Bu itibarla, aile mahkemelerinin görevine giren babalık davalarında 20.07.2016 tarihinden önce verilen nihai kararlara karşı 1086 sayılı Kanun’un değişiklikten önceki temyiz ve karar düzeltme yoluna ilişkin hükümleri çerçevesinde kanun yoluna gidilebildiği hâlde, 20.07.2016’dan sonra verilen kararlara karşı ise, artık bölge adliye mahkemeleri fiilen göreve başladığı için, istinaf kanun yolu devreye girmiştir.

II. İstinaf

1. Genel Olarak

İstinaf, ilk derece mahkemesinin, verildiği anda kesin olmayan nihai kararlarına karşı başvurulmuş, kararın vakıalara ve hukuka uygunluğu bakımından bir üst (ikinci) derece yargı yeri bölge adliye mahkemesince denetlenmesine, düzeltilmesine ya da yeni bir hüküm verilerek ortadan kaldırılmasına olanak sağlayan, kararın şekli anlamda kesinleşmesini erteleyici, olağan (dar anlamda) kanun yolu çeşididir¹⁵⁸⁶. Esas itibarıyla istinafın amacı, ilk derece mahkemesinin verdiği nihai kararların taraflarca ileri sürülen maddî ve hukukî sebeplere uygunluk yönünden incelenip denetlenmesiyle varılan sonuçta göre, karardaki değerlendirmelerin yerinde bulunmaması hâlinde, yasal sınırlar çerçevesinde ilk derece mahkemesi yerine yeniden karar vermek ya da dava dosyasını ye-

¹⁵⁸⁶ **Akkaya, T.:** Medenî Usûl Hukukunda İstinaf, Ankara 2009, s.62; **Yılmaz, E.:** İstinaf, Ankara 2005, s.53-54; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz/Hanağası,** s.624, 629; **Tanrıver-** Usul, C.II, s.38, 44.

niden incelenmek üzere ilk derece mahkemesine geri göndermek ve böylece hukuk uygulamasında birliği sağlayarak hukukî güvenliğin tesisindeki kamu yararına hizmet etmektedir¹⁵⁸⁷. Dolayısıyla istinaf kanun yolunda, ilk derece mahkemesince verilen kararın hatalı, eksik veya yanlış olduğu iddiasıyla kendisine başvuru istinaf mahkemesi, yapacağı incelemede, HMK m.353/1-a hükmünde sayılan koşullar çerçevesinde, dosyayı ilk derece mahkemesine geri gönderebileceği gibi; ilk derece mahkemesinin, davanın esasıyla ilgili delilleri önemli ölçüde toplamasına ve değerlendirmesine rağmen hatalı hüküm verdiği sonucuna varırsa, duruma göre uyuşmazlığın esası hakkında bizzat karar da verebilir¹⁵⁸⁸ (HMK m.356/2).

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 341. maddesinde, konusu malvarlığına ilişkin olmayan davalarda verilen kararlara karşı istinaf kanun yolunu sınırlayan herhangi bir hükme yer verilmemiş olup, kişilerin malvarlığını ilgilendirmeyen, şahısvarlığı haklarına ve aile hukukuna ilişkin davalardaki tüm nihai kararlara karşı istinaf kanun yolunun açık olduğu görülür. Şahısvarlığı ve aile hukukuna ilişkin davaların birçoğu kamu düzenine ilişkin olduğundan, yine kamu düzenine ilişkin soybağı konusunu kapsayan babalık davaları için kanun yolu denetiminin evleviyetle kabul edildiği söylenebilir.

Ayrıca kanun yolunun erteleyici etkisi, babalık davası açısından hükmün tamamı ya da bir kısmı için ortaya çıkabilecek olup, babalık hükmüne karşı istinafa başvurulması hâlinde, şahsî ve malî tüm sonuçları yönünden hükmün kesinleşmesi ertelenir. Fakat hükmün babalığa ilişkin şahsî ve inşâî etki doğuran kısmı değil de, babalığın malî yönünden fer'î sonuçlarını içeren kısmı için istinafa başvurulursa, o takdirde babalık hükmü-

¹⁵⁸⁷ **Özekes, M.:** Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Medenî Usûl Hukukunda Yeni Kanun Yolu Sistemi (İstinaf ve Temyiz), 2. B., Ankara 2011, s.29; **Akil, C.:** İstinaf Kavramı, Ankara 2010, s.39. *"İstinafın amacı ilk derece yargılamasını ve mahkemenin nihai kararlarını denetleyerek tespit edilen hataları ve eksiklikleri maddi vakia ve hukuki açıdan denetleyerek gidermektir. İstinaf mahkemesi bir hata veya eksiklik olmadığı müddetçe, ilk derece mahkemesinin vakia tespitleri ve dava malzemesi ile bağlıdır. Eksik delil toplama veya eksik değerlendirme var ise maddi vakia denetimi kapsamında bunları gidermeli, toplamalı ve karar vermelidir."* (Y. 9. HD. 31.10.2017, 21222/17021; <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>) (E.T. 19.12.2020).

¹⁵⁸⁸ **Akkaya-** İstinaf, s.76. Hukuk Muhakemeleri Kanunun'un 356. maddesine, 22.07.2020 tarihli ve 7251 sayılı Kanun'un 36. maddesiyle eklenen ikinci fıkra hükmü hakkındaki değerlendirmeler için bkz. **Özekes, M./Boran-Güneysu, N.:** Deliller ve Hüküm Eksikliği Yönünden İstinaf İncelemesi ve Kararı (HMK m.353/1-a-6), İstanbul 2021, s.24 vd.

nün asıl inşai kısmı kesinleşir; istinafa götürülen nafaka, tazminat ve diğer fer'î kısımlar yönünden ise erteleyici etki yine ortaya çıkar.

2. İstinaf Başvurusu

Hukuk Muhakemeleri Kanunu uyarınca istinaf yoluna başvuru süresi iki hafta olup, bu süre ilâmın taraflardan her birine tebliğinden itibaren işlemeye başlar (HMK m.345). İlâmın taraflara tebliği farklı tarihlerde gerçekleştiği takdirde istinafa başvuru süresi, her iki taraf için, tebliğin gerçekleştiği ayrı ayrı tarihlerde işlemeye başlar ve süresinde istinafa başvurulmamış olmasından dolayı hükmün kesinleştiği hâllerde ise kesinleşme tarihi, en son tebliğin yapıldığı tarafa göre belirlenir¹⁵⁸⁹.

İstinaf yoluna başvuran taraf, istinaf dilekçesinde dayandığı istinaf sebeplerini göstermek zorundadır (HMK m.342/2-e). Zira istinaf incelemesinin temelini istinaf dilekçesinde gösterilen istinaf sebepleri ve gerekçeleri oluşturduğundan, istinaf yargılaması öne sürülen bu sebepler çerçevesinde cereyan eder (HMK m.355). İstinaf dilekçesinde istinaf sebeplerinin hiç gösterilmemiş olması istinaf başvurusuna ilişkin usule aykırılık olarak kabul edilir ve hiçbir şekilde istinaf sebebi içermeyen istinaf dilekçeleri, kamu düzenine ve emredici temel usul hukuku normlarına aykırılık tespit edilemezse, esastan incelemeye alınmayıp ön inceleme aşamasında reddedilir¹⁵⁹⁰ (HMK m.352/1-d). Bununla birlikte istinaf dilekçesi, başvuranın kimliği ve imzasıyla, istinafa başvuru kararı yeterince belli etmeye yönelik kayıtları taşıması durumunda, diğer hususlarda eksiklik olsa bile hemen reddolunmaz; kamu düzeni ile emredici usul hukuku normlarına aykırılık hâlleriyle sınırlı olmak üzere istinaf mahkemesince gerekli inceleme yapılmalıdır¹⁵⁹¹ (HMK m.342/3). Zira Kanun'un lafzı açık olup mevcut düzenleme uyarınca

¹⁵⁸⁹ **Kuru-** El Kitabı, C.2, s.1350; **Karşı-** Muhakeme, s.771. Alman hukukunda istinaf başvurusunun, hükmün taraflara tebliğinden itibaren bir aylık süre içerisinde yazılı olarak yapılacağı öngörülmekle birlikte kanun koyucu, hükmün tebliğ edilememe ihtimâlini de göz önüne alarak, bir aylık istinafa başvuru süresinin en geç kararın tefhiminden itibaren beş ay sonra işlemeye başlayacağını düzenlemiştir (dZPO § 517). İsviçre hukukunda istinaf süresi, gerekçeli hükmün taraflara tebliğinden otuz gün (sZPO Art.311, Abs.1), Avusturya hukukunda ise dört hafta (öZPO § 464, 1) olarak belirlenmiştir.

¹⁵⁹⁰ **Çiftçi, M. Ö.:** Medeni Yargılama Hukukunda İstinaf, 2. B., Ankara 2016, s.210; **Hukuk Muhakemesinde İstinaf El Kitabı**, Türkiye Cumhuriyeti'de İstinaf Mahkemelerinin Kuruluşunun Desteklenmesi Projesi, Adalet Bakanlığı Yayını, Ankara 2007, s.47.

¹⁵⁹¹ **Çiftçi-** İstinaf, s.211; **Hukuk Muhakemesinde İstinaf El Kitabı**, s.48; **Atay-Coşkun, A.:** İstinaf Yargılaması (TBBD, S.2018/135, s.261-308), s.71. Ayrıca HMK m.342/3 hükmünün isabetsiz oldu-

sadece sebep ve gerekçenin gösterilmemiş olması ön inceleme aşamasında istinaf başvurusunun reddi kararı verilmesi için yeterli görülmemelidir¹⁵⁹².

İstinaf dilekçesinin içeriğine ilişkin bu kurallar babalık davası bakımından da geçerli olup istinafa başvuran taraf, istinaf dilekçesinde kanunen öngörülen asgari hususlara işaret etmeli ve istinaf sebeplerine de yer vermelidir. Keza, istinaf dilekçesinin içeriğinin yanı sıra, dilekçenin verilmesi (HMK m.343), katılma yoluyla istinaf (HMK m.348), istinafta ön inceleme (HMK m.352), duruşma yapılmadan karar verilecek hâller¹⁵⁹³ (HMK m.353), istinafta yapılamayacak işlemler (HMK m.357), istinaf incelemesi sonunda verilen kararın içeriği (HMK m.359) gibi hususlar, babalık davası kapsamındaki nihai kararlara karşı istinaf yolunda aynen geçerlidir. Fakat kamu düzeninden olması ve resen araştırma ilkesine tâbi bulunması sebebiyle babalık davası bakımından başvurudan sonra istinaftan feragatin (HMK m.349/2); incelemenin istinaf sebepleriyle sınırlı olmasına ilişkin düzenlemenin (HMK m.355, ilk cümle); istinaf başvurusunda bulunan tarafın mazeretsiz olarak duruşmalara katılmadığı veya tahkikatla ilgili giderleri süresi içinde yatırmadığı hâllerde tahkikat yapılmaksızın karar verilmesine olanak bulunmuyorsa başvurusunun reddedilmesini öngören düzenlemenin (HMK m.358/3) istinaf yargılamasında uygulanamayacağı kanaatindeyiz.

Aynı yönde olmak üzere, babalık davasında nihai karara karşı istinafa başvurulması durumunda, istinaf mahkemesinde karşı dava açılmayacağı, davaya müdahale talebinde bulunulamayacağı, davanın ikinci kez ıslah edilemeyeceğini, HMK m.166/1 saklı kalmak koşuluyla davaların birleştirilmesinin istenemeyeceğini ve yetki sözleşme-

ğu yönündeki görüş için bkz. **Ünal-Kaya, H.:** Medeni Yargıda İstinaf Sebepleriyle Bağlılık Kuralı (İHM, C.78, S.2020/4, s.1899-1919), s.1905; **Özekes-** Pekcanitez Usûl, s.2237-2238.

¹⁵⁹² **Taşpolat-Tuğsavul, M.:** İstinaf İncelemesi Sonucunda Verilebilecek Kararlar (TBBD, S.2018/134, s.313-354), s.329; **Şahin, Ç. S.:** Hukuk Muhakemeleri Kanunu Uyarınca İstinaf Yargılamasında Ön İnceleme Aşaması [Prof. Dr. Durmuş Tezcan'a Armağan, C.II (DEÜHFD, C.21, Özel Sayı 2019), s.2659-2701], s.2690.

¹⁵⁹³ Bu hâllerde bölge adliye mahkemesi, istinaf başvurusuyla ilgili usule ilişkin (HMK m.353/1-a) eksiklikler sebebiyle ve esasa girmeden, ilk derece mahkemesinin kararının kaldırılmasına ve davanın yeniden görülmesi için dosyanın, kararı veren mahkemeye veya kendi yargı çevresi içerisinde uygun göreceği başka bir yer mahkemesine yahut görevli ve yetkili mahkemeye gönderilmesine, duruşma yapmaksızın kesin olarak karar verir.

si yapılamayacağını da vurgulamakta yarar vardır¹⁵⁹⁴. Yine soybağı davalarından olan babalık davası adlî tatil hükümlere tâbi olmadığı için, istinafa başvuru süresi adlî tatilde de işlemeye devam eder ve bu süreler hakkında HMK m.104 uygulama alanı bulmaz. Yani, babalık davasında istinafa başvuru süresinin bittiği tarih adlî tatil dönemine denk geldiği takdirde, istinaf süresi adlî tatilden dolayı uzamaz; adlî tatil içinde olağan şekilde işledikten sonra sürenin son günü mesai saati bitiminde dolduğu kabul edilir¹⁵⁹⁵.

Hukuk muhakemesinde kural olarak istinaf yoluna başvuru, İİK m.36 saklı kalmak kaydıyla, hükmün icrasını durdurmaz. Fakat kişiler hukuku, aile hukuku ve taşınmaz mal üzerindeki aynî hakka ilişkin davalarda verilen hükümler ise, kesinleşmediği sürece yerine getirilemez (HMK m.350/2). Bu itibarla, Türk Medeni Kanunu'nun Aile hukuku kitabının Hısımlık başlıklı ikinci kısmının soybağının kurulması bölümünde düzenlenen babalık davalarında verilen nihai kararlara karşı, hüküm kesinleşmeden cebrî icra yoluna gidilemez. Bunun için herhangi bir teminat gösterilmesine ve istinaf mahkemesinden icranın geri bırakılması kararı alınmasına gerek yoktur.

Öte yandan, babalık davasında istinaf yoluna başvuru hakkı, kural olarak taraflara aittir. Fakat dava kendisine ihbar edilen Cumhuriyet savcısının istinafa başvuru hakkı olup olmadığı sorusuna, daha önce yapılan tespitler çerçevesinde olumlu cevap verilebileceği kanısındayız. Zira Cumhuriyet savcısı, babalık davasındaki konumu itibariyle, yanında davaya katıldığı tarafın davayı kazanması için değil, kamu yararının korunması amacıyla davada “kendine özgü taraf” olarak yer aldığından, şeklen yanında katılmış (fer’î müdahil) gibi gözüксе de, davacı tarafın iradesinden bağımsız olarak usul işlemleri yapabileceği gibi, onun iznine bağlı olmaksızın istinaf kanun yoluna başvurabilir. Hatta kanımızca, sözlü yargılama aşamasında davanın reddi yönünde görüş beyan etmiş olmasına rağmen bu görüşün hatalı olduğu düşüncesi sonradan ağır basarsa, nihai karar kendi görüşüne uygun olsa bile, süresi içerisinde istinaf kanun yoluna gidebileceği söylenebilir. Zira kamu yararının gözetilmesi ve çocuğun menfaatlerinin azamî ölçüde korunması yönündeki rolü ve işlevi dikkate alındığında Cumhuriyet savcısının, davanın

¹⁵⁹⁴ Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz/Hanağası, s.618; Özekes- Pekcanitez Usûl, s.2253-2254; Karşlı-Muhakeme, s.779-780.

¹⁵⁹⁵ Kuru- El Kitabı, C.2, s.1352.

taraflarından bağımsız olarak taşıdığı usulî yetkilerin istinafa başvuru konusunda yetersiz olması düşünülemez. Nitekim Cumhuriyet savcısının, fer'î müdahili aşan ve adeta taraf gibi davada yer almasını öngören (HMK m.70/1) kanun koyucunun iradesinden hareketle, istinaf yoluna başvuru konusunda Cumhuriyet savcısına icazet verildiği sonucuna varmak mümkün olabilir.

Cumhuriyet savcısına ilişkin yapılan bu tespit, Hazine için geçerli değildir. Hazine, HMK m.70 ile düzenlenen Cumhuriyet savcısının konumundan farklı olarak, balık davasında fer'î müdahale hükümlerine tâbi olup fer'î müdahil sıfatıyla davada yer aldığı için, taraflar hakkında verilen hükme karşı tek başına istinaf yoluna başvuramaz¹⁵⁹⁶; ancak asıl tarafla birlikte başvurabilir. Aksi takdirde, fer'î müdahilin konumu adeta aslî müdahil seviyesine yükseltilmiş olacak ki, kesin hükmün nispîliği kuralı karşısında bunun mümkün olduğu söylenemez¹⁵⁹⁷. Dolayısıyla Hazine, yanında davaya katıldığı taraf istinafa başvurmadığı takdirde, tek başına böyle bir yetkiyi kullanmasında hukukî yararı bulunmadığı için, hükmü istinaf yoluna götüremez¹⁵⁹⁸. Ancak mahkeme, davada Hazine'yi doğrudan ilgilendiren, onun menfaatlerini de etkileyen bir hüküm verirse, yani taraflarla birlikte Hazine hakkında da hüküm kurarsa, o takdirde Hazine, hükmün kendisi ile ilgili kısmı için tek başına istinafa başvurabilir ve istinaf yargılamasına katılabilir¹⁵⁹⁹.

¹⁵⁹⁶ **Kuru-** El Kitabı, C.2, s.1356.

¹⁵⁹⁷ **Postacıoğlu**, s.313-314.

¹⁵⁹⁸ “Davaya konu olayda; yargılama sonucunda, fer'i müdahil olan ... hakkında herhangi bir hüküm kurulmamıştır. Öte yandan, fer'i müdahil, taraf veya bir tarafın temsilcisi olmayıp sadece iltihak ettiği tarafla birlikte hareket etme yetkisine sahip olduğundan tek başına temyiz yoluna başvuramaz, ancak lehine katıldığı tarafla birlikte hükmü kanun yoluna götürebilir. Bölge Adliye Mahkemesince her ne kadar ilam başlığında... asli müdahil olarak yazılmış ise de, dosyanın incelenmesinde ...'nın fer'i müdahil olarak davalara kabulüne karar verilmiş olduğu anlaşılmakla, kararı temyiz hakkı bulunmadığından temyiz inceleme isteğinin reddine karar verilmesi gerekmiştir.” (Y. 4. HD. 04.11.2020, 2582/3708; Legalbank İçtihat). “Davaya konu olayda; Yargılama sonucunda, fer'i müdahil olan kooperatif hakkında herhangi bir hüküm kurulmamıştır. Öte yandan, fer'i müdahil, taraf veya bir tarafın temsilcisi olmayıp sadece iltihak ettiği tarafla birlikte hareket etme yetkisine sahip olduğundan tek başına temyiz yoluna başvuramaz, ancak lehine katıldığı tarafla birlikte hükmü kanun yoluna götürebilir. Bu nedenle; temyiz inceleme isteğinin reddine karar verilmesi gerekmiştir.” (Y. 4. HD. 12.10.2015, 11859/11213; Legalbank İçtihat).

¹⁵⁹⁹ **Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz/Hanağası**, s.508; **Bilge/Önen**, s.658; **Karşı-** Muhakeme, s.302; **Postacıoğlu**, s.313-314; **Akkaya-** İstinaf, s.140. Aksi yöndeki diğer görüşe göre ise, fer'î müdahilin davada taraf yardımcısı konumunda olması, yanında davaya katıldığı tarafla birlikte hareket edebil-

İstinafa başvuru konusunu, babalık davasında dava arkadaşlığının ortaya çıktığı hâller bakımından ayrıca değerlendirmek gerekir. Yukarıda daha önce belirtildiği üzere, babalık davasında davalı biyolojik babanın ölümünden sonra davaya, ölenin bütün mirasçılara karşı, usul hukuku bakımından pasif maddî mecburi dava arkadaşlığı şeklinde devam edilir. Bu usul hukuku ilişkisinde kanun yoluna başvuru ile ilgili olarak doktrindeki bir görüş¹⁶⁰⁰, maddî mecburî dava arkadaşlarının, tıpkı ihtiyarî dava arkadaşlığında olduğu gibi, kanun yoluna başvuru konusunda birlikte hareket etmek zorunda olmadıklarını, birbirlerinden ayrı ve bağımsız şekilde istinafa başvurabileceklerini, dava arkadaşlarından birinin kanun yoluna başvurmuş olmasının, diğerleri ilgisiz kalsa dahi, onlar için de hüküm doğuracağını savunur. Fakat bizim de katıldığımız diğer görüşe göre¹⁶⁰¹, maddî mecburî dava arkadaşları kanun yoluna birlikte başvurmak zorunda olup, maddî mecburi dava arkadaşlarından birisi, süresi içinde istinafa başvurmadiğı hâlde, diğer dava arkadaşları süresinde ve usulüne uygun şekilde müracaat ederse, süresinde başvuru yapmayan dava arkadaşı da istinaf yargılamasına katılabilir. Aksi takdirde, maddî mecburî dava arkadaşları hep birlikte istinaf kanun yoluna başvurmadiğına istinaf mahkemesi, istinaf başvurusunun taraf ehliyeti yokluğundan usulden reddine karar verir¹⁶⁰². Fakat olması gereken hukuk açısından bakıldığında, Alman Medenî Usul Kanunu'nun § 62 hükmünde öngörüldüğü gibi, mecburî dava arkadaşlarından birisi istinaf yoluna başvurduğunda, çekişmeli hukukî ilişki hakkında hepsi için aynı hükme varılmasından hareketle, başvuruda bulunan dava arkadaşının diğerlerini de temsil ettiği düşüncesiyle, hükmün bozulmasında menfaati bulunan diğer dava arkadaşlarının bu başvurunun hukukî sonuçlarından yararlandırılması gerektiği söylenebilir¹⁶⁰³.

mesi, fer'î müdahilin işlemlerinin dar yorumlanmasına sebebiyet vereceği için, müdahale kurumunun amacına uygun düşmez ve fer'î müdahilin davaya katılmasının bir anlamı kalmaz. Bu sebeple, asıl taraf kanun yoluna başvurmadan açıkça feragat etmediği sürece, fer'î müdahilin, dava sonunda verilen hükme karşı tek başına kanun yoluna başvurma yetkisinin olduğu kabul edilmelidir (bkz. **Pekcanitez/Meriç**, s.320-321; **Pekcanitez/Taş-Korkmaz**- Pekcanitez Usûl, s.730-731; **Üstündağ**, s.379; **Akkaya**- İstinaf, s.139).

¹⁶⁰⁰ **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s.528.

¹⁶⁰¹ **Akkaya**- İstinaf, s.136-137; **Ulukapı**- Dava Arkadaşlığı, s.192; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz/Hanağası**, s.555; **Tanrıver**- Usul, C.I, s.597; **Pekcanitez/Taş-Korkmaz**- Pekcanitez Usûl, s.713-714; **Karlı**- Muhakeme, s.314, 773-774.

¹⁶⁰² Ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Tanrıver**- Usul, C.I, s.595-596.

¹⁶⁰³ **Ulukapı**- Dava Arkadaşlığı, s.193; **Kuru**- Usul, C.III, s.3334-3335.

3. İstinaf İncelemesi

İstinaf incelemesi, kural olarak sebeple bağıllık ilkesi çerçevesinde cereyan etmekle birlikte, kamu düzenine ilişkin konularda istinaf mahkemesi, taraflarca gösterilen istinaf sebepleriyle bağılı kalmaksızın resen tespit ettiği hususları da inceleyebileceği için, istinaf kanun yolunda kamu düzenine aykırılık, sebeple bağıllık ilkesinin bir istisnası olarak görülebilir¹⁶⁰⁴ (HMK m.355). Yine, kamu düzeni düşüncesiyle getirilen ve temelinde kamu yararı yatan maddî hukuka ilişkin kurallara aykırılık, – ki bu durum hukuk muhakemesinde en fazla kişiler ve aile hukukuna ilişkin davalarda ortaya çıkar – sebeple bağıllık ilkesinin istisnası olarak kabul edilmesi gerektiği için, taraflarca istinaf sebebi olarak gösterilmemiş olsa bile, istinaf mahkemesi bu konuyu resen dikkate alıp karar verebilir¹⁶⁰⁵. Sebeple bağıllık ilkesi çerçevesinde gerçekleştirilmesi öngörülen istinaf incelemesi, hem vakıalara uygunluk hem de hukukîlik denetimini beraber kapsamına aldığından, sebeple bağıllık kuralının tek istisnası olarak kamu düzenine aykırılık hâli, resen araştırma ilkesine tâbi davalarda yalnızca vakıalara uygunluk denetimiyle sınırlı değil, hukukîlik denetimi bakımından da istinaf mahkemesinin resen dikkate alması gereken bir husustur¹⁶⁰⁶. Görüldüğü üzere, kamu düzeni kavramının kapsam ve

¹⁶⁰⁴ **Tanrıver-** Usul, C.II, s.60. **Ermenek, İ.:** İstinaf Kanun Yolu ve Bölge Adliye Mahkemesinin İnceleme Sınırlarının Kapsamı (<https://www.izmirbarosu.org.tr/Upload/files/haberler/%C4%B0stinaf%20Kanun%20Yolu%20ve%20B%C3%B6lge%20Adliye%20Mahkemesinin%20%C4%B0nceleme%20S%C4%B1n%C4%B1rlar%C4%B1n%C4%B1n%20Kapsam%C4%B1.pdf>) (E.T. 9.9.2021), s.13. “Bölge adliye mahkemesi, incelemesini istinaf dilekçesinde belirtilen sebeplere bağılı olarak yapacaktır. Temyiz incelemesinden farklı olarak, bölge adliye mahkemesinde yapılacak incelemede tarafların ileri sürdüğü sebeplerle bağılı kalınmasının nedeni, bölge adliye mahkemesinin ilk derece mahkemesinin kararının kanuna aykırılığını tespit etmesi hâlinde, çoğu zaman yeniden yargılama yaparak yeni bir karar verebilmesidir. Tercih edilen istinaf sisteminde, ilk derecedeki yargılama tümüyle tekrarlanmamaktadır. Bu sebeple, istinaf sebepleri ile sınırlı tutulmuştur. Zira, istinaf incelemesi ilk derece mahkemesi kararını denetleyerek ondan sonra yapılan yargılama özelliği taşımaktadır. Bununla beraber, kamu düzenini ilgilendiren hususlarda bölge adliye mahkemesi istemle bağılı olmaksızın re’sen inceleme yapar. Örneğin, kamu düzenini ilgilendiren görev kuralına aykırılık bölge adliye mahkemesince re’sen incelenir. Yine dava şartlarının var olup olmadığı bölge adliye mahkemesince re’sen araştırılır. Bunun gibi, re’sen araştırma ilkesinin geçerli olduğu davalarda bölge adliye mahkemesi tarafların istemiyle bağılı olmaksızın ilk derece mahkemesinin kararını inceler.” [HMK m.355 (Tasarı m.359) Hükümet Gerekçesinden; bkz. Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/574) Sıra Sayısı 393, s.104-105].

¹⁶⁰⁵ **Konuralp-** İstinaf, s.146-147; **Akıl-** İstinaf, s.359; **Ünal-Kaya-** İstinaf, s.1907.

¹⁶⁰⁶ **Ünal-Kaya-** İstinaf, s.1911. Fakat Yargıtay’ın, sebeple bağıllık kuralı açısından maddî vakıa denetimi ile hukukîlik denetimi arasında bir ayrıma gittiği ve vakıa denetiminin sebeple bağılı olarak, hukuka uygunluk denetiminin ise sebeple bağılı olmaksızın gerçekleşeceği yönünde görüş ileri sürdüğü görülür: “Bölge Adliye Mahkemesi maddi vakıa denetimi bakımından istinaf sebepleri ile bağılıdır.

içeriği, istinaf mahkemesinin bilhassa resen araştırma ilkesine tâbi davalar bakımından taraflarca öne sürülen istinaf sebepleriyle bağlı kalmaksızın yapabileceği istinaf incelemesinin sınırlarını oluşturduğu için, bu kavramın, çalışmamızın boyutlarını aşmayacak ölçüde kısaca irdelenmesi gerekir.

Öncelikle kamu düzeni¹⁶⁰⁷ bir toplumun, belirli bir zaman dilimi içerisinde, siyasi, sosyal, ekonomik, ahlâkî ve hukukî açıdan temel yapısını belirleyen ve temel çıkarlarını koruyan kurum ve kurallar bütününe denir¹⁶⁰⁸. Bu kavramın, bir boyutuyla içini dolduran ve anlamına ışık tutan kamu düzenine ilişkin maddî hukuk kuralları, ülkenin sosyal, ekonomik, kültürel ve tarihsel gerçekleri doğrultusunda toplumsal açıdan olmazsa olmaz derecede büyük önemi haizdir. Keza toplumsal menfaatin gözetilmesi ve hukuk düzeninin korunması amacını taşıyan bu türden kuralların kamu düzeni ile ilgisi bulunduğu kabul edilirse, bilhassa aile hukuku kapsamında ailenin ve çocuğun menfaatlerinin korunmasını gerektiren konularda kanun koyucunun bu düşünceyle hareket ettiği söylenebilir¹⁶⁰⁹.

Ancak, Bölge Adliye Mahkemesi aynı zamanda hukukilik denetimi de yapmak durumundadır. Hukukilik denetimi bakımından ise istinaf sebepleri ile bağlı değildir.” (Y. 22. HD. 03.04.2017, 30909/7476; Legalbank İçtihat).

¹⁶⁰⁷ “...(Kamu düzeni) deyimini ise, belli edilmesi daha güç bir anlamı kapsamaktadır. Nitekim yerli ve yabancı birçok hukuk eserlerinde, çeşitli alanlardaki kişi haklarını sınırlayan bu terim sık sık görülmekte, fakat tarifine pek az rastlanmaktadır. Yapılan açıklamalarda ise bunun tarifinin güç olduğu kabul edildikten sonra çeşitli açılardan izahına çalışıldığı görülmektedir. Bu suretle yapılmış olan tariflerin incelenmesi sonucunda 'Kamu düzeni' deyiminin; toplumun huzur ve sükûnunun sağlanmasını, devletin ve devlet teşkilâtının muhafazasını hedef tutan her şeyi ifade ettiği, bir başka deyimle cemiyetin her sahadaki düzeninin temelini teşkil eden bütün kuralları kapsadığı sonucuna varılmaktadır.” (AYM. 28.01.1964, E.1963/128, K.1964/8; bkz. RG. 17.04.1964, Sa.11685).

¹⁶⁰⁸ **Tanrıver, S.:** Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye’de Tenfizi Bağlamında Kamu Düzeninin Etkisi (MHB, C.17, S.1997/1-2, s.467-492), s.476. Ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. **Sözen, T.:** Kamu Düzenine İlişkin Özel Hukuk Kuralları Üzerine Düşünceler (İBD, S.1992/4-5-6, s.362-372), s.362 vd.; **Haker, M.:** HUMK Bakımından Kamu İntizamı (İBD, C.34, S.1960/11-12, s.407-410), s.408; **Dayınlarlı, K.:** Milletlerarası Özel Hukukta Kamu Düzeni (Prof. Dr. Yaşar Karayalçın’a 65 inci Yaş Armağanı, Ankara 1988, s.653-692), s.659; **Atakan,** s.60-61.

¹⁶⁰⁹ “...Toplumun çıkarlarını koruyan hükümlerle ortaya çıkan hukuk düzeninin bütünü kamu düzeni olarak ifade edilebilir. Kamu düzeni, bilimsel içtihatlarda genel olarak "Bir toplumun, belirli bir zaman dilimi içerisinde, siyasi, sosyal, ekonomik, ahlaki ve hukuki açılardan temel yapısını belirleyen ve temel çıkarlarını koruyan kurum ve kurallar bütünüdür." şeklinde tanımlanmaktadır. (Süha Tanrıver, Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye’de Tenfizinde Kamu Düzeninin Rolü, Ankara - 1988) Kamu düzeninden; korunma ve uygulamasında, toplumun büyük yararı bulunduğu kabul edilen özel hukuk kuralları anlaşılmalıdır (Andreas von Tuhr, Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, Çev. Cevat Edege, Ankara, 1983, Yargıtay Yayını No: 15, sh. 258). Kamu düzeni, kamu menfaati dü-

İstinaf incelemesinde resen gözetilmesi gereken kamu düzenine aykırılık hâlleri, yalnızca usulî kamu düzenini değil, temelinde kamu yararı düşüncesi yatan bütün maddî hukuk kurallarına aykırılıkları da kapsar. Zira kanun koyucu, istinaf incelemesinde sebeple bağıllık ilkesinin istisnası olarak, hangi tür normlara aykırılıkların kamu düzenine ilişkin olduğu hususunda usul hukuku-maddî hukuk şeklinde bir ayırım gözetmediği için, kamu düzeni unsurlarını içeren her türlü hukuk kuralına aykırılık hâllerinin bu kap-

şüncesi ile konulmuş özel hukuk düzenidir. Aynı zamanda sözleşme serbestisinin sınırını tayin ederken, bu kavrama başvurulabilir (Becker H., Borçlar Kanunu, Çev. Bülent Olcay, Ankara, 1967, sh. 97). Kamu düzeninin yazılı metinler ve mahkeme içtihatları gibi başlıca iki kaynağı olmakla beraber, Schwarz'ın da belirttiği üzere "Kamu düzeni, takdiri bir kavramdır. Bunu kesin olarak sınırlamaya olanak yoktur" (Schwarz, Andreas, B: Borçlar Hukuku Dersleri; Çev. Bülent Davran, İstanbul 1948, sh. 343). Gerçekten de ünlü Fransız Hukukçusu Niyabet'in de açıkladığı gibi kamu düzeni kavramı ifade edilebilmekten çok, duyulabilen, sezinlenebilen şeylerdir. İsviçre Federal Mahkemesi kamu düzeni kavramını; "Bir kuralın kamu düzenine ilişkin sayılması için bu kurala aykırılığın, ülkenin hukuk düzeninin temel ilkelerinden birisiyle çatışması, ya da ülkenin genel hukuk duygusunu ağır şekilde zedelemesi zorunludur (Kaneti Selim, İsviçre Federal Mahkemesi'nin Borçlar Hukuku Kararları, Ankara, 1968, sh. 22)" şeklinde ifade etmiştir. Kamu düzeni kavramı yargısal içtihatlarla da konu olmuş bulunmaktadır. Anayasa Mahkemesi 28.01.1964 gün ve 63/128 E., 64/8 K. sayılı kararında kamu düzeni deyiminin; toplumun huzur ve sükununun sağlanmasını, devletin ve devlet teşkilatının muhafazasını hedef tutan her şeyi ifade ettiği, bir başka deyişle toplumun her sahadaki düzeninin temelini teşkil eden bütün kuralları kapsadığı sonucuna varmıştır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 12.12.1990 gün ve 1990/3-527, 1990/627 sayılı kararında bir kuralın kamu düzeni ile ilgisinin ülkenin sosyal, ekonomik, ekinel (kültürel) ve tarihsel gerçeklerine göre belirlenmesi gerektiği; sözü edilen gerçeklerin, kuralın vazgeçilmezliğini, toplumsal yararını ortaya koyması durumunda kuralın kamu düzeni ile ilgisinin mevcut olduğu ifade edilmiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 28.11.1973 gün ve 609/959 sayılı kararında ise "kamu düzeni kavramı, benzer yönler olmakla beraber her ülkenin, o ülkenin kendisine özgü tarihsel, sosyal, ekonomik ve diğer koşulların oluşturduğu özel bir anlam taşır" hükmüne yer verilmiştir. Kamu düzeni, öğretide kamu yararı düşüncesi ile konulmuş özel hukuk düzeni olarak kabul edilmektedir. Kamu düzeni, toplum içinde yaşayan fertlerin kamu yararına olarak uymak zorunda oldukları kuralların bütün olup, bu kuralların borç ilişkisi bakımından özelliği, kişisel iradeleri sınırlandırmış bulunmasında gözükmemektedir (Esenler Turhan, Borçlar Hukuku, 1, Ank. 1969, sh. 203). Bir başka deyişle; genellikle devletin yararına konulmuş bulunmaları nedeniyle bu kurallar tarafların iradelerine karşı korunmaktadır. Yukarıdaki görüşler birleştirilip incelendiğinde şu sonuca varılabilir: Bir kuralın kamu düzeni ile ilgisi, ülkenin sosyal, ekonomik, kültürel ve tarihsel gerçeklerine göre belirlenmelidir. Diğer bir deyimle, sözü edilen gerçekler kuralın vazgeçilmezliğini; toplumsal yararını ve hukuk düzeninin korunmasına yönelik amacını ortaya koyuyorsa, kuralın kamu düzeni ile ilgisi kabul edilmelidir. Bilimsel içtihatlarda kamu düzeninin zamana ve mekana göre değişiklik gösterdiği kabul edilmekte devletlerin vazgeçemeyeceği temel ilkelerde kamu düzenine ilişkin olarak değerlendirme yapıldığı anlaşılmaktadır. Özel hukukta kamu nitelikli kurallar genellikle aile, miras ve eşya hukukunda yer almakta ayrıca, Gümrük Kanunları, Vergiye İlişkin Mevzuat, Nesebe İlişkin Mevzuat vb. Türk Hukuku açısından kamu düzeninden sayıldığından devletin müdahalesine açık olarak değerlendirilmektedir." (Y. 15. HD. 12.05.2014, 2183/3226; Legalbank İçtihat). Aynı yönde bkz. Y. HGK. 12.12.1990, 3-527/627 (Legalbank İçtihat).

samda değeriendirilmesi gerektiği sylenebilir¹⁶¹⁰. Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 355. maddesinin birinci cümlesinde yer alan istinafta sebebe bağlılık (gerekçelendirme) kuralının amacı, dava malzemesinin teksifi ilkesinin desteklenmesiyle, başarı şansı bulunmayan, gereksiz istinaf başvurularının engellenmesi, yargılamanın hızlandırılması ve böylece mahkemelerin iş yükünün hafifletilmesi olarak dřnlebilir¹⁶¹¹. Gelgelelim kamu düzeniyle ilgili ve resen araştırma ilkesine tâbi davalar açısından istinafta gerekçelendirme kuralının istisnalarını yalnızca yargılamanın yenilenmesini gerekli kılan ağır yargılama hatalarından, tarafların davaya katılımına ilişkin temel esaslara aykırılıklardan yahut adil yargılanma, hukukî dinlenilme ve silahların eşitliği gibi başlıklarda toplanabilecek ihlllerden ibaret saymak, resen araştırma ilkesinin mantığıyla eliřecektir¹⁶¹². Keza istinaf mahkemesi, istinaf sebepleriyle bağlılık ilkesi uyarınca kamu düzenine aykırılık hâllerini yalnızca usul hukukuna ilişkin kurallarla sınırlandırıp usl kamu düzeni kapsamında değeriendirme yaptığı takdirde istinaf incelemesi çok sınırlı ve dar çerçevede işleyecek ve bu durumda resen araştırma ilkesine tâbi davalarda istinafın amacı tam olarak gerçekleşmeyecektir. Kaldı ki, resen araştırma ilkesine tâbi bir davada bu ilkenin gereklerine riayet edilmemiş olması bile, başlı başına usl anlamda kamu düzeni kuralına aykırılık oluşturacağından, kamu düzeni ölçütünün kapsamının belirlenmesinde maddî hukuk kuralları göz ardı edilse dahi, usul hukukundan kaynaklanan kamu düzenine aykırılık gerekçesiyle resen araştırma ilkesi, istinafta sebeple bağlılık kuralının istisnası olarak kabul edilmelidir¹⁶¹³. Dolayısıyla, kamu düzeni kavramının istinaf incelemesinde geniş yorumlanması ve emredici usul normlarının yanı sıra maddî hukuktaki kamu düzenine aykırılık hâllerinin de resen gözetilmesi, istinaf yargılama-sında sebeple bağlılık ilkesi ile kamu yararı arasında bir dengenin yakalanması adına

¹⁶¹⁰ **Aktepe-Artık, S.:** İstinaf Kanun Yolunda Kamu Düzeni Kavramı (TBBD, S.2018/134, s.257-292), s.268. **şahin-** İstinaf, s.2691. İstinafta gerekçelendirme kuralının bizatihi kendisinin emredici bir usul normu olması ve kamu düzenine ilişkin bulunması sebebiyle istinafta sebebe bağlılık kuralına kamu düzeni yönünden getirilen istisna hükmü (HMK m.342/3) sebebe bağlılık kuralı ile çelişki içerisindedir (bkz. **nal-Kaya-** İstinaf, s.1906).

¹⁶¹¹ **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım,** s.521.

¹⁶¹² Ayrıca bkz. **Deren-Yıldırım, N.:** İstinafın Gerekçelendirilmesi ve İstinaf Sebepleri (Prof. Dr. Özer Seliçi’ye Armağan, Ankara 2006, s.693-712), s.701-702.

¹⁶¹³ **Aykutalp, A.:** İstinaf Yargılamasında Yapılamayacak Taraf Usul İşlemleri (Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 357. Maddesi Bağlamında), İstanbul 2021, s.70-71; **Güneş, ř.:** Medeni Usul Hukukunda İstinaf İncelemesi Sonunda Verilebilecek Kararlar ve Sonuçları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2019, s.78; **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım,** s.522.

isabetli görülmektedir¹⁶¹⁴. Kamu düzeni kavramının böyle geniş yorumlanması, bilhassa resen araştırma ilkesine tâbi davalarda maddî gerçeğe uygun hukukî himayenin sağlanması amacına paralel olarak kanun yolu sisteminin temel unsuru konumundaki istinaftan beklenen faydayı artıracak olup, adil ve hukuka uygun olmayan kararların azamî ölçüde denetlenip düzeltilmesi sayesinde hukuk devletini ve adil yargılanma hakkını güçlendirecektir¹⁶¹⁵.

Kamu düzeni ölçütünü somutlaştırmaya elverişli olan maddî hukuk kurallarına aykırılığın resen incelenmesi, hâkimin hukuku resen uygulaması (*iura novit curia*) ilkesinin de bir uzantısıdır. Fakat maddî hukukta kamu düzeni meselesine açıkça işaret eden bir düzenlemenin bulunmadığı hâllerde ise, kamu düzenine aykırılık ölçütünün kapsam ve içeriğini belirlemek oldukça güçleşir. Nitekim doktrinde bu hususa vurgu yapılmış¹⁶¹⁶ ve istinaf incelemesinin kapsamını belirlerken kamu düzeni gibi son derece muğlak, belirsiz, subjektif bir kavrama işaret edilmiş olması, bu kavramın dar ya da geniş yorumuna göre istinaf incelemesinin de kapsamının değişkenlik gösterebilecek nitelik taşıması, hâkimin takdir yetkisini kullanırken karşılaşacağı güçlüğü daha da pekiştireceği için, kamu düzeninin kanun koyucu tarafından somutlaştırılması ve içi doldurulması gereken bir kavram olduğu öne sürülmüştür¹⁶¹⁷. Yine, istinafta kamu düzeni kavramının daha işlevsel olması için kamu düzeni düşüncesiyle konulmuş kurallara aykırılık şeklinde anlaşılması gerektiği ve emredici usul hukuku normlarının yanı sıra maddî hukukta kamu düzeni düşüncesiyle getirilen hükümlere aykırılık hâllerinin de, sebeple bağlılık ilkesinin istisnası olarak kabul edilebileceği doktrinde belirtilmiştir¹⁶¹⁸.

¹⁶¹⁴ **Öztek, S.:** Türk Medeni Yargılama Hukukunda İstinaf ve Temyiz (6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu m.341-m.373 Şerhi), Ankara 2021, para.289, s.452; **Meraklı-Yayla, D.:** Medeni Usul Hukukunda İstinaf Kanun Yolunda Yeniden Tahkikat Yapılması, Ankara 2014, s.73; **Aktepe-Artık,** s.267-268.

¹⁶¹⁵ **Aktepe-Artık,** s.269. Aksi yönde bkz. **Tanrıver-** Usul, C.II, s.60-61; **Özekes-** Pekcanitez Usul, s.2237-2238, s.2243-2244.

¹⁶¹⁶ **Bilge/Önen,** s.287; **Konuralp-** İstinaf, s.147-148; **Akkaya-** İstinaf, s.263; **Akil-** İstinaf, s.360.

¹⁶¹⁷ **Akkaya-** İstinaf, s.263-264. İstinafta kamu düzenine ilişkin durumlara verilen somut örnekler için bkz. **Albayrak, A.:** Hukukta İstinaf Uygulaması, 3. B., Ankara 2017, s.194 vd.

¹⁶¹⁸ **Akil-** İstinaf, s.360; **Öztek-** İstinaf, para.289, s.452; **Konuralp-** İstinaf, s.147. Kamu düzeni istisnasının geniş yorumlanması suretiyle bulunan palyatif çözümlerin yerine, HMK m.355 hükmünde yapılacak yeni bir düzenleme ile istinaf mahkemelerinin sebeple bağlılık kuralından tamamen kurtarılması gerektiği yönündeki görüş için bkz. **Ünal Kaya-** İstinaf, s.1916.

İstinaf mahkemesi, maddî hukukta kamu düzeni düşüncesiyle getirilen ve daha ziyade kişiler ve aile hukukuna ilişkin konuları düzenleyen kurallara altlanacak koşul vakıaları ve buna elverişli somut maddî vakıaların gerçekleşip gerçekleşmediğini, ilk derece yargılamasında toplanan dava malzemesinin bütünü üzerinde resen inceler ve o vakıalara yönelik delillerin de eksiksiz ikâme edilip edilmediğini resen araştırır. İstinaf mahkemesi, bu konuda tarafların herhangi bir istinaf sebebi gösterip göstermediğine bakmaksızın, ilk derece yargılamasında toplanan dava malzemesinin ışığında sübuta eren maddî vakıaların, kamu düzenine ilişkin kuralların koşul vakıalarını oluşturduğu kanısına varırsa, altlama işlemini gerçekleştirir. Bu itibarla, kanımızca esasen taraflarca gösterilen istinaf sebepleriyle sınırlı olarak yürütülmesi öngörülen istinaf incelemesinin, kamu düzenine ilişkin ve resen araştırma ilkesine tâbi davalarda istinaf sebepleriyle bağlı kalınmaksızın yapılması¹⁶¹⁹ (HMK m.355, c.2), tıpkı ilk derece yargılamasında hâkimin dava malzemesinden kendisinin sorumlu olması prensibindeki gibi, istinaf hâkiminin de ilk derece mahkemesince toplanan dava malzemesi bakımından eksiklik saptadığı hâllerde, gerekirse yeniden vakıa ve delil araştırmasına girişebilmesini gerekli kılar¹⁶²⁰.

Ayrıca istinaf yargılamasında yeni vakıalara dayanma yasağı ve Türk hukukunda geçerli dar istinaf sistemi sebebiyle taraflar, davanın açılmasından önceki dönemde mevcut olup da, ilk derece mahkemesinde ileri sürmedikleri yeni vakıalara istinaf aşamasında dayanamazlar (HMK m.357/1). Ancak kamu düzenine ilişkin ve resen araştırma ilkesine tâbi davalar bu yasaktan müstesna olup taraflar, ilk derece yargılamasında

¹⁶¹⁹ Aynı yönde bkz. **Görgün/Börü/Kodakoğlu**, s.675-676; **Aykutalp**, s.70.

¹⁶²⁰ “...Davada yabancılık unsuru bulunmasına göre, mahkemece uygulanması gereken yabancı hukukun; 5718 sayılı Yasanın 2. maddesi ile Türkiye'nin de taraf olduğu Yabancı Hukuk Hakkında Bilgi Edinilmesine Dair Avrupa Sözleşmesinin 1-5. maddeleri uyarınca belirlenmesinden sonra tarafların göstereceği tüm deliller toplanıp, sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde davanın kabulü yönünde hüküm kurulmuş olması doğru görülmemiştir. Babalığın tespitine ilişkin açılan davalar, soybağının doğru olarak tespit edilmesi gerekmektedir, kamu düzenine ilişkin davalardır. Anılan eksiklik bu nedenle HMK.355 maddesi uyarınca, istinaf incelemesi sırasında resen gözetilmesi gerektiğinden, bu konuda istinaf başvurusu olmaması sonuca etkili değildir. Bahsedilen eksiklik, hangi hukukun uygulanacağı ve o hukuka göre iddia ve savunma doğrultusunda gösterilen delillerin toplanıp değerlendirilmeden hüküm kurulması nedeni ile HMK. 353/1-a-6 maddesi uyarınca ilk derece mahkemesi kararının kaldırılmasını gerektiren bir hal olduğundan, mahkeme kararının kaldırılarak, dosyanın gereği için mahkemesine gönderilmesine, sair istinaf nedenlerinin bu aşamada incelenmesine yer olmadığına karar karar vermek gerekmiştir.” (İzmir BAM. 22.03.2017, 519/514; Le-galbank İçtihat).

ileri sürmedikleri yeni vakıaları istinaf aşamasında mahkeme önüne getirebilecekleri gibi mahkeme de resen bu türden yeni vakıaları dikkate alabilir¹⁶²¹. Bu itibarla, HMK m.357/1 hükmünde değinildiği üzere, “resen göz önünde tutulacaklar dışında”, ilk derece mahkemesinde ileri sürülmeyen iddia ve savunmaların istinaf mahkemesinde dinlenemeyeceği ve yeni delillere dayanılamayacağı yönündeki düzenleme uyarınca istinaf mahkemesi, babalık davası gibi kamu düzenine ilişkin istisnai konularda, dava malzemesini yeniden inceleyebilmesinin yanı sıra, ayrıca ilk derece yargılamasında ileri sürülmeyen yeni delilleri de resen toplayabilir ve yeniden tahkikat yapabilir¹⁶²².

“Resen göz önünde tutulma” ifadesi yalnız iddia ve savunmalar açısından değil, deliller için de kabul edilmelidir¹⁶²³. Zira bilindiği gibi, istinaf yargılamasında iddia ve savunmanın değiştirilmesi yasağının yanı sıra, yeni delil getirme yasağı da geçerli olup, istisnalar haricinde istinaf mahkemesi, ilk derece yargılamasında usulüne uygun şekilde ibraz edilmeyen delilleri, istinaf aşamasında ileri sürülmüş olsalar dahi, dikkate alamaz. Ancak taraflarca getirilme ilkesine tâbi davalar bakımından söz konusu olan bu yasaktan, resen araştırma ilkesinin uygulandığı davalar müstesnadır. Yani, istinaf yargılamasında yeni delil gösterme yasağı resen araştırma ilkesiyle bağdaşmadığından¹⁶²⁴, babalık davasında istinaf mahkemesi, tarafların ilk derece yargılamasında göstermedikleri yeni delilleri inceleyebilir ve kendisi de dosya kapsamında gerekli görürse resen delil araştırmasına girişebilir. Tıpkı ilk derece yargılamasında olduğu gibi, istinaf yargılamasında da geçerli resen araştırma ilkesi gereğince bu istisna hâkimin, davayı aydınlatma ödevinin bir parçası sayılabilir. Ne var ki, sınırlı (dar) istinaf rejiminin benimsendiği Türk hukukunda istinaf mercileri, ilk derece mahkemesinin tespitleri ve topladığı dava malzemesine bağlı olarak kontrol mahkemesi sıfatıyla inceleme yaptığından, sınırlı istinafın

¹⁶²¹ **Bolayır, N.:** İstinafta Yeni Vakıa ve Delil İncelemesi (TBBD, S.2018/134, s.293-312), s.304; **Tutumlu, M. A.:** İstinaf Yargılamasında Yeni Vakıa-Delil Getirme Yasağı (THD, S.2007/7, s.57-62), s.62; **Memişoğlu, S. Ö.:** Hukuk Yargılamasında İstinafa Başvuru Usulü ve İstinafta Yeni Vakıa ve Delillere Dayanılması (Legal Hukuk Dergisi, C.10, S.2012/113, s. 73-121), s.99-100; **Aykutalp, s.99, 111; Akkaya-** İstinaf, s.290, 293; **Atay-Coşkun, s.294; Mazlum, s.137.**

¹⁶²² **Aykutalp, s.99, 111; Meraklı-Yayla, s.133-134; Aktepe-Artık, s.284; Mazlum, s.137.**

¹⁶²³ **Albayrak-Açı, s.114-115.**

¹⁶²⁴ **Reetz, P./Hilber, S.:** Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), hrsg. Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, 3. Aufl., Zürich-Basel-Genf 2016, Neue Tatsachen, neue Beweismittel und Klageänderung Art.317, N.14; **Akkaya-** İstinaf, s.293 ve aynı yerde bkz. s.183; **Meraklı-Yayla, s.133.**

konusu, kural olarak yalnızca ilk derece mahkemesinin topladığı dava malzemesi ve buna ilişkin değerlendirmeleri ile, hukuk kurallarının somut olaya atılması kanuna uygunluğunun denetlenmesidir¹⁶²⁵.

Dolayısıyla, yeni vakıalara dayanma ve yeni delil gösterme yasaklarının benimsendiği, dayanılan istinaf sebebine bağlı olarak vakıa ve delil sunulmasına izin vermeden Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndaki gibi bir sınırlı (dar) istinaf modelinin, kamu düzenine ilişkin ve resen araştırma ilkesinin geçerli olduğu davalarda tam anlamıyla uygulanamayacağı kanısındayız. Bu sebeple, kamu düzenine ilişkin ve resen araştırma ilkesine tâbi bir davada istinaf incelemesini gerçekleştiren mahkeme, ilk derece mahkemesinde toplanan dava malzemesini de vakıalara uygunluk yönünden denetleyebilir, gerekli görürse yeni vakıa ve delil araştırmasına girişebilir ve ilk derece yargılamasında yapılanlardan bağımsız olarak yeniden tahkikat usul işlemleri gerçekleştirebilir¹⁶²⁶.

4. İstinaf İncelemesi Sonunda Verilebilecek Kararlar

İstinaf mahkemesi, istinafa konu ilk derece mahkemesi kararının usul ve esas yönünden hukuka uygun olduğunu anlar ve istinaf talebinin haksız olduğu kanaatine varırsa başvurunun esastan reddine karar verebileceği gibi; istinaf talebini haklı görmesi hâlinde ise, dayanılan istinaf sebebine göre ya ilk derece hükmünü kaldırıp mahkemesine geri gönderebilir ya da hukukun olaya uygulanmasında hata edilip de yeniden yargılama yapılmasına ihtiyaç duyulmayan hâllerde, örneğin kararın gerekçesinde hata edilmiş ise bunu düzelterek, yeniden esas hakkında hüküm kurmak dâhil gerekli her türlü kararı kendisi verebilir (HMK m.353/1-b-2; m.356/2). İstinaf mahkemesinin davanın esasına ilişkin kararı daha ziyade ilk derece mahkemesinin hükmünü değiştirme ve düzeltme amacına yönelik olduğundan, istinaf mahkemesi aynı anda ilk derece kararını kaldırır ve hatalı olan hüküm kısımlarını değiştirerek yeniden karar verir¹⁶²⁷.

¹⁶²⁵ Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s.514-515.

¹⁶²⁶ İsviçre hukukunda sınırlı resen araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda dahi istinaf yargılamasında mahkemece davanın esasının resen aydınlatılıp hüküm verilinceye kadar yeni vakıa ve delilleri dikkate alınabileceği ve ilk derece yargılaması bakımından konuya ilişkin yasal düzenlemenin (sZPO Art.229, Abs.3) istinaf aşamasında da geçerli olduğu görüşü kabul edildiğine göre, sınırsız resen araştırma ilkesine tâbi davalar bakımından herhangi bir tereddüde yer olmadığı söylenebilir (bkz. BK-Spycher, ZPO Art.296, N.10).

¹⁶²⁷ Taşpolat-Tuğsavul, s.332.

Öte yandan, istinaf dilekçesinde istinaf sebepleri ve gerekçelerinin hiç gösterilmemiş olması hususu, HMK m.352/1-d hükmü uyarınca ön incelemede ele alınıp istinaf başvurusunun usulden reddine yol açan bir eksiklik olarak değerlendirilebilir. Gelgelelim HMK m.342/3 hükmü gereğince, istinaf başvurusunda hiç sebep bildirilmemiş olsa dahi, ön incelemede dilekçenin reddine karar verilmeyip kamu düzenine aykırılık oluşturan hâllerle sınırlı şekilde resen yapılacak asıl istinaf incelemesi sonucunda kamu düzenine ve emredici temel usul normlarına yönelik herhangi bir aykırılık saptanmazsa, istinaf mahkemesince başvurunun esastan reddine karar verilebilecektir¹⁶²⁸. Zira ön incelemede HMK m.352/1 ile öngörülen usulî konulara ilişkin herhangi bir eksiklik saptanmadığına göre, bir sonraki aşamada doğrudan işin esasının incelenmesine geçilmesine ve istinaf başvurusunda herhangi bir sebep veya gerekçe bildirilmediği düşünüldüğünde artık kamu düzeni ile sınırlı olarak esasa ilişkin her türlü meselenin istinafta asıl incelemeye konu edilebilmesine bir engel yoktur. Bundan dolayı istinaf başvurusunda hiç sebep gösterilmeyen hâllerde istinaf mahkemesinin yapacağı inceleme sonucunda vermesi gereken karar başvurunun esastan reddi kararı olmalıdır¹⁶²⁹.

¹⁶²⁸ **Öztek-** İstinaf, para.284, s.447; **Şahin-** İstinaf, s.2690; **Budak/Karaaslan,** s.418, kn.50. Halbuki bu durum, istinafın amacına ve niteliğine uygun düşmediği gibi, HMK m.342/1-d hükmünün içinin boşalmasına da sebebiyet vermektedir. Böylece istinaf kanun yolu temyize yaklaştırılarak istinafın ruhu ve işleviyle bağdaşmayan bir durum yaratılmaktadır (bkz. **Şahin-** İstinaf, s.2690-2691; **Ermenek-** İstinaf, s.13).

¹⁶²⁹ **Şahin-** İstinaf, s.2691. Aynı yönde bkz. “...borçlu vekilinin ...HMK’nın 342/3. maddesine uygun olacak şekilde istinaf (süre tutum) dilekçesini verdiği halde, ...yasal süresi içinde istinaf gerekçelerini içerir dilekçesini sunmadığı görülmektedir. Bu durumda, Bölge Adliye Mahkemesince yapılacak iş, HMK’nın 342/3. maddesinde belirtildiği üzere, istinaf dilekçesini reddetmeden, HMK’nın 355. maddesi uyarınca kamu düzeni ile sınırlı inceleme yapmaktır. Şayet, incelenen mahkeme kararında kamu düzenine aykırılık tespit edilmez ise, işin esasına dair inceleme yapılmış olacağından, HMK’nın 353/1-b-1 maddesi gereği, istinaf isteminin esastan reddine karar verilmesi gerekecektir. O halde, Bölge Adliye Mahkemesince, borçlu tarafından süresinde istinaf (süre tutum) dilekçesi verildiği halde, incelenen ilk derece mahkemesi kararında kamu düzenine aykırılık bulunmadığı tespit edildiğine göre, HMK’nın 353/1-b-1. maddesi gereğince, istinaf isteminin esastan reddine karar verilmesi gerekirken, HMK’nın 352. maddesi gereği usulden reddine karar verilmesi isabetsizdir.” (Y. 12. HD. 17.09.2018, E.2017/4223, K.2018/8129; Legalbank İçtihat). Ayrıca bkz. Y. 12. HD. 11.06.2020, E.2019/11131, K.2020/4407; 8. HD. 17.04.2019, E.2018/11622, K.2019/4271 (Legalbank İçtihat).

Olması gereken hukuk açısından, istinaf başvurusunda hiç sebep bildirilmemiş olması hâlinde, kamu düzeni vb. hiçbir konuda istisnai bir incelemeye yer verilmeksizin HMK m.352/1-d hükmüne aykırılıktan ötürü doğrudan ön incelemede başvurunun usulden reddine karar verilmesi yönünde bir düzenleme yapılmalıdır (bkz. **Şahin-** İstinaf, s.2691).

Yapılan bu tespitler ışığında, babalık davası açısından istinaf yargılaması sonucunda verilecek kararlara ilişkin istinaf mahkemesinin izleyeceği usul ile ilgili olarak değerlendirme yapmak gerekirse; babalık davasında ilk derece mahkemesinin tahkikat ve yargılamayı resen araştırma ilkesine uygun şekilde yürütmemesi sebebiyle ortaya çıkan usule aykırılığın istinaf mahkemesi tarafından nasıl giderileceği hususunda bir görüşe göre¹⁶³⁰, sözü edilen olasılıkta istinaf mahkemesinin, dosyayı ilk derece mahkemesine geri göndermeyip, usule aykırılığı bizzat kendisi gidermek amacıyla eksik tahkikatı tamamlaması ve davanın esası hakkında yeni bir karar vermesi gerekir. Zira ilk derece mahkemesinin dava malzemesinin toplanmasında resen araştırma ilkesine aykırı hareket etmiş olması, gönderme kararı verilmesini gerektiren hâller arasında sayılmamıştır (HMK m.353/1-a). Nitekim resen araştırma ilkesine aykırılık hâllerinin, davanın esasına girmeden anlaşılması mümkün olmadığı gibi, bir usule aykırılığın gönderme kararına dayanak oluşturabilmesi için, davanın esasına girilmeden ön incelemede tespit edilebilen bir eksiklikten kaynaklanması gerekir.

Davanın tâbi olduğu yargılama ilkelerinden birisine uyulmamış olması sebebiyle ilk derece mahkemesi kararının kaldırılıp dosyanın geri gönderilmesine karar verilebilmesi için, bu durumun HMK m.353/1 hükmünün (a) bendinde sayılan usule aykırılık hâlleri kapsamına girmesi gerekir. Örneğin ilk derece mahkemesi, taraflarca gösterilen delillerin hiçbirisini değerlendirmeye almadan hükmünü açıklamışsa, istinaf mahkemesi bu kararın kaldırılmasına ve dosyanın yeniden ilk derece mahkemesine gönderilmesine karar verebilir¹⁶³¹. Buna benzer durumların haricinde istinaf mahkemesi, ilk derece yargılamasında meydana gelen usule aykırılığı dosya üzerinden yahut duruşma açarak bizzat kendisi gidermeli ve davanın esası hakkında yeniden karar vermelidir¹⁶³². Örneğin ilk derece mahkemesi, çözümü özel ve teknik bilgiyi gerektiren bir konuda bilirkişi incelemesine başvurmadan karara varmışsa, istinaf mahkemesi bu eksikliği bizzat giderip davanın esasına etkili bilirkişi raporunu temin ederek, hatta gerekirse duruşma yaparak tarafların bilirkişi raporuna karşı beyanlarını da topladıktan sonra kararını vermelidir.

¹⁶³⁰ **Akkaya-** Boşanma, s.533.

¹⁶³¹ **Akkaya-** Boşanma, s.533; **Taşpolat-Tuğsavul**, s.336.

¹⁶³² **Akkaya-** Boşanma, s.533-534.

Bu noktada, olması gereken hukuk açısından *Akkaya*'ya göre¹⁶³³, ilk derece yargılamasında kararın esası üzerinde etkili vakıa ve delillerin toplanmasında tahkikatın eksik bırakılması ve ilk derece mahkemesinin taraflarca getirilen dava malzemesini büyük ölçüde dikkate almadan karar vermesi hâlinde, istinaf mahkemesinin davanın esasına girmeyip, dosyanın ilk derece mahkemesine geri gönderilmesi yönünde karar vermesi ve mevcut eksikliklerin ilk derece yargısında tekrar ele alınarak tamamlanmasının sağlanması gerekir. Yine ilk derece mahkemesi, tarafların talep sonuçlarını hiç dikkate almadan, salt usule aykırılık sebebiyle davanın esası hakkında karar vermeden yargılamayı sonlandırmışsa, istinaf başvurusunun haklı bulunması hâlinde istinaf mahkemesi, ilk derece mahkemesinin kararını kaldırıp yeniden karar vermesi için dosyayı mahkemesine geri göndermelidir¹⁶³⁴. Örneğin babalık davasında ilk derece mahkemesi, biyolojik babalığın tespiti ve buna bağlı olarak ananın gebelik, doğum ve geçim giderlerinin tazminine yönelik talebi hakkında herhangi bir karar vermeden davayı usule ilişkin sebeplerle reddederse istinaf mahkemesi, istinaf başvurusunu haklı gördüğü takdirde, davanın esasına ilişkin olarak kendisi karar veremez. Zira ilk derece yargılamasında babalık olgusu ve buna bağlanan sonuçlarla ilgili hiçbir inceleme yapılmamış ve hüküm verilmemiş olduğundan istinaf mahkemesi, ilk derecenin kararını düzelterek esas hakkında kendisi bizzat karar veremez. Bu olasılıkta istinaf mahkemesi, ilk derecenin kararını kaldırıp, yeniden esas hakkında karar verilmesi için dosyanın ilk derece mahkemesine geri gönderilmesine karar vermelidir¹⁶³⁵. Bir başka anlatımla istinaf mahkemesi, HMK m.353/1-a çerçevesinde esasa ilişkin hiçbir incelemeye yer vermeksizin yalnızca usulî

¹⁶³³ **Akkaya-** Boşanma, s.534.

¹⁶³⁴ **Akkaya-** Boşanma, s.534. "...HMK'nın 294. maddesinde, hükmün verilmesi ve tefhimi hususları düzenlenmiş olup, HMK'nın 298/2 maddesinde de "Gerekçeli karar, tefhim edilen hüküm sonucuna aykırı olamaz" şeklinde emredici düzenleme yer almaktadır. Kısa karar ile gerekçeli kararın farklı olması hususu HMK. 355 maddesine göre kamu düzenine aykırılık teşkil etmektedir. Mahkemece, bu şekilde kamu düzenine aykırı şekilde karar verildiğinden, bu haliyle de, kısa karar ve gerekçeli karar arasında oluşan çelişki nedeniyle denetlenebilir ve uygulanabilir olmaktan uzak olan yerel mahkeme kararı, Anayasa ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun emredici hükümlerine de açıkça aykırılık oluşturduğundan, bu husus HMK'nın 355. maddesine göre kamu düzenine ilişkin ve re'sen dikkate alınacak hususlardan olduğundan HMK'nın 298/2, 355., 353. maddeleri gereğince, ilgili mahkeme kararının kaldırılmasına ve davanın yeniden görülmesi için dosyanın ilgili mahkemeye iadesine karar verilmesi gerekmektedir." (İstanbul BAM. 16.02.2021, E.2019/381, K.2021/409; Legalbank İçtihat).

¹⁶³⁵ **Akkaya-** Boşanma, s.534.

konularda bir inceleme yaparak, ilk derece mahkemesini bağlayıcı nitelikte usule ilişkin nihai bir kararla dosyayı ilk derece mahkemesine göndermekle yetinir; bundan sonra artık dosya üzerinde başka herhangi bir işlem yapamaz¹⁶³⁶. Nitekim gönderme kararı dosya kendisine gönderilen ilk derece mahkemesini bağlayıcı nitelik taşıdığından, ilk derece mahkemesi, gönderme kararında işaret edilen usule ilişkin hata ve eksiklikleri gidermeye yönelik yargılama yaparak yeniden bir karar vermek durumunda kalır¹⁶³⁷.

Son olarak babalık davası bakımından üzerinde durulması gereken bir başka konu ise, istinaf aşamasında aleyhe karar verme yasağıdır. Tasarruf ve taleple bağlılık ilkesinin sonucu olarak kabul edilen aleyhe karar verme yasağından maksat, taraflardan yalnızca birisinin istinaf kanun yoluna başvurusu hâlinde istinaf mahkemesinin, istinafa başvuran taraf aleyhine sonuç doğuracak biçimde ilk derece mahkemesi kararını kaldıramaması ve değiştirememesidir¹⁶³⁸. İstinafa başvuran taraf açısından, ilk derecede verilen karara nazaran durumu kötüleştiren bir kararın verilememesini sağlayan aleyhe karar verme yasağı, kural olarak taraflarca getirilme ilkesine tâbi davalarda işlerlik kazanır; resen araştırma ilkesiyle bağdaşan bir yönü yoktur. Bu itibarla, babalık davasında istinaf aşamasında aleyhe karar verme yasağından söz edilemez¹⁶³⁹. Örneğin babalık davasında yalnızca davalı taraf kanun yoluna başvurmuş olsa dahi istinaf mahkemesi, ilk derece kararında çocuk lehine belli bir miktar nafaka ödemeye mahkum edilen davalının aleyhine olacak şekilde, bilirkişi raporunda varılan sonuçla örtüşmediği gerekçesine dayanarak, takdir edilen nafaka tutarının artırılmasına karar verebilir. Zira babalık davasında çocuğa ödenmesi gereken nafaka tutarı bakımından taleple bağlılık kuralı uygulanmaz. Yine çocuğa yönelik velayet, kişisel ilişki kurulması gibi hukukî sonuçlar bakımından istinaf mahkemesi, resen araştırma yapıp, gerekli görürse istinafa başvuran tarafın aleyhine olacak şekilde yeni bir karar verebilir. Çocuğun korunmasını gerektiren konularda da aleyhe karar verme yasağından söz edilemez¹⁶⁴⁰.

¹⁶³⁶ Çiftçi- İstinaf, s.656; Taşpolat-Tuğsavul, s.338, 340.

¹⁶³⁷ Taşpolat-Tuğsavul, s.340.

¹⁶³⁸ Atalı, M.: Medenî Usûl Hukukunda Aleyhe Bozma Yasağı, Ankara 2014, s. 17 vd.; Akkaya- İstinaf, s.226; Kuru, B.: Hukuk Usulünde Aleyhe Bozma Yasağı (Makaleler, İstanbul 2006, s.317-327), s.318 vd.

¹⁶³⁹ Akkaya- Boşanma, s.536; Akkaya- İstinaf, s.227-228.

¹⁶⁴⁰ Akkaya- Boşanma, s.539.

III. Temyiz

Hukukun hiç uygulanmaması veya yanlış uygulanması sebebiyle açık şekilde hatalı ve kanuna aykırı olan kararların, üçüncü derece yargı yeri tarafından hukukîlik yönünden denetlenip düzeltilmesini sağlayan ve bu aşamada şeklen kesinleşmesini ertele-yen temyiz (olağan) kanun yolu, kanunların ülke sınırları dahilindeki bütün mahkeme-lerde yeknesak uygulanmasını, içtihatlar yoluyla hukukun gelişimine katkı sağlanmasını ve hatalı kararların düzeltilmesi suretiyle kanun yoluna başvuran tarafın menfaatinin korunmasını amaçlar¹⁶⁴¹.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda temyiz kanun yoluna ilişkin olarak, temyiz edilebilen ve temyiz edilemeyen kararlar şeklinde, bölge adliye mahkemelerinin hangi kararlarına karşı temyiz yolunun açık olduğu, hangilerinde ise kapalı olduğu hususu iki ayrı maddede düzenlenmiş olup, temyiz edilebilen kararların gösterildiği HMK m.361 hükmüne göre bölge adliye mahkemesi hukuk dairelerinden verilen temyizi kabil nihai kararlar ile hakem kararlarının iptali talebi üzerine verilen kararlara karşı temyiz yoluna gidilebilir. Esasında kanun yapma tekniği bakımından temyiz edilebilen kararların gösterilmesi isabetli bir tercih teşkil etmemekle birlikte, kanun koyucunun yalnızca hangi kararlara karşı temyiz kanun yolunu kapattığını açık bir biçimde göstermesi daha yerin-de olurdu. Zira, kanunlarda temyiz yoluna başvurulabileceği değil, başvurulamayacağı hususu açıkça belirtilmesi gerektiği için, kanun yollarına başvurulamayacağına yönelik açık bir düzenlemenin bulunmadığı durumlarda, diğer şartları mevcut olduğu sürece kanun yoluna gidilebileceği kabul edilmelidir¹⁶⁴². Bir başka deyişle temyizi yasaklayan, temyize başvurulamayacağını veya kararın kesin olduğunu belirten bir kanun hükmü olmadıkça, temyiz yolunun açık olduğu söylenebilir¹⁶⁴³. Halbuki HMK m.361/1'de genel olarak temyiz edilebilen kararlardan söz edildikten hemen sonra, m.362'de temyiz

¹⁶⁴¹ **Akcan-** Temyiz Nedenleri, s.14; **Ercan, İ.:** Güncel Tartışmalar Işığında Hukuk Yargısı Bağlamında Alman İstinaf Sistemi (Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı, C.I, İstanbul 2001, s.671-741), s.677- 678.

¹⁶⁴² **Alangoya, Y.:** Kanun Yolunun Anayasal Temeli ve HUMK m.427 Hükmü ile Kanun Yolu Kapatılmış Olan Kararlara Karşı Kanun Yoluna Müracaat İmkânı (75. Yaş Günü İçin Prof Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara 2004, s.17-48), s.18, dn.4.

¹⁶⁴³ **Özbay, İ.:** 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununa Göre İstinaftan Sonraki Temyiz Sistemi-mizde Temyiz Edilebilen ve Edilemeyen Kararlar (İÜHFİM, C.69, S.2011/1-2, s.411-438), s.416.

edilemeyen kararların sayılmış olması teknik olarak isabetsiz bir yaklaşımdır¹⁶⁴⁴. Hâl böyleyken, bölge adliye mahkemesi hukuk dairelerinin temyizi kabil nihaî kararları bakımından ilk derecede görevli genel ve özel mahkemeler arasında herhangi ayırım gözetilmemiş olup asliye hukuk mahkemesi, aile mahkemesi ve diğer görevli mahkemelerin nihai kararları hakkında istinaf incelemesi yürüten bölge adliye mahkemesinin, istisnalar haricindeki tüm nihai kararlarına karşı temyize başvurulması mümkün kılınmıştır¹⁶⁴⁵.

Öte yandan Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda, soybağı üzerinde sonuçlar doğuran davalar hariç olmak üzere, bölge adliye mahkemelerinin nüfus kayıtlarının düzeltilmesine yönelik dava ve işlerde verdiği kararlara karşı temyiz yoluna başvurulamayacağı açıkça öngörülmüş olup (HMK m.362/1-d); şu hâlde, nüfus kayıtlarının düzeltilmesine ilişkin dava ve işler bakımından istinaf aşamasında verilen kararların kesinlik taşıdığı söylenebilir. Yani, soybağı davalarına ilişkin bölge adliye mahkemesi kararlarının temyizi kabil olduğu, kanun koyucunun ifadesinden açıkça anlaşıldığı için, babalık davaları bakımından temyiz kanun yolunun açık olduğu söylenebilir. Soybağına ilişkin davalar da temyiz yolunun açık olması, bu davaların istisnai karakterinden, yargılamaya egemen olan ilkelerden farklılaşan özelliğinden ve kamu düzenine ilişkin olmasından kaynaklanmaktadır¹⁶⁴⁶.

Yargıtay hukuk daireleri arasındaki işbölümü ilişkisi her yıl Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Yargıtay Büyük Genel Kurulu kararıyla düzenlenir. Babalık davasının temyiz incelemesine hangi hukuk dairesinin bakacağına ilişkin olarak, hâlihazırda geçerli olan Yargıtay Büyük Genel Kurulu'nun 02.07.2021 tarih ve 211 sayılı kararı¹⁶⁴⁷ uyarınca, 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun 2. kitabının 'Hısımlık' başlıklı 2. kısmında yer alan 'Soybağının Kurulması' başlıklı 1. bölümünün 1, 2, 3. ve

¹⁶⁴⁴ **Taşpınar-Ayvaz, S.:** İstinaftan Sonraki Temyiz İncelemesi ve Sonuçları [Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı-VI, Medenî Usûl Hukukunda Kanun Yolları ve Arabuluculuk Kanun Tasarısı (İzmir/Çeşme, 19-20 Ekim 2007), Ankara 2008, s.151-207], s.158.

¹⁶⁴⁵ **Özbay-** Temyiz, s.417.

¹⁶⁴⁶ **Özbay-** Temyiz, s.429-430; **Uyumaz,** s.209.

¹⁶⁴⁷ Bkz. RG. 09.07.2021, Sa.31536.

4. ayrımlarında yer alan maddelerden (TMK m.282 ilâ 320) kaynaklanan davalar sebebiyle verilen hüküm ve kararlar, Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin işbölümüne girer.

Temyiz süresi, istinaf mahkemesince verilen nihai kararın taraflara tebliğinden itibaren iki hafta olup, temyiz dilekçesi, kararı veren bölge adliye mahkemesi hukuk dairesine veya Yargıtayın bozması üzerine hüküm veren ilk derece mahkemesine yahut temyiz edenin bulunduğu yer bölge adliye mahkemesi hukuk dairesine veya ilk derece mahkemesine verilebilir (HMK m.361/1; m.365/1).

Öte yandan soybağı davalarından sayılan babalık davası adlî tatil hükümlerine tâbi değildir (HMK m.103/1-b). Bu yüzden babalık davasında temyize başvuru süresi adlî tatilde de işlemeye devam eder ve bu süreler hakkında HMK m.104 uygulama alanı bulmaz. Yani, babalık davasında temyize başvuru süresinin bittiği tarih adlî tatil dönemine denk geldiği takdirde, temyiz süresi adlî tatilden dolayı uzamaz; adlî tatil içinde olağan şekilde işledikten sonra sürenin son günü mesai saati bitiminde dolduğu kabul edilir¹⁶⁴⁸.

Ayrıca Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun istinafa ilişkin 343 ilâ 349. maddeleriyle 352. maddesinin kıyasen temyiz kanun yolunda da uygulanacağı öngörülmüş olup (HMK m.366), bu itibarla, dilekçenin verilmesi (HMK m.343), katılma yoluyla temyiz (HMK m.348), temyizde ön inceleme (HMK m.352) gibi hususların yanı sıra, temyiz sebepleriyle bağlı olmama kuralı (HMK m.369/1) babalık davasında istinaf mahkemesince verilen nihai kararlara karşı temyizde de aynen geçerlidir. Fakat kamu düzeninden olması ve resen araştırma ilkesine tâbi bulunması sebebiyle babalık davasında başvurudan sonra temyizden feragatin (HMK m.349/2) uygulama alanı bulamayacağı kanaatindeyiz.

Yargıtay, temyiz incelemesini kural olarak dosya üzerinden yapmakla birlikte, istisnai bazı hâllerde, özellikle de soybağına ilişkin davalarda taraflardan biri temyiz veya cevap dilekçesinde duruşma yapılmasını talep ettiği takdirde bir gün belirlenerek taraflara usulen davetiye gönderilir (HMK m.369/2). Yine aynı düzenlemeye göre, taraflardan biri tebligat giderini yatırmadığı takdirde duruşma talebi dikkate alınmaz; an-

¹⁶⁴⁸ **Kuru-** El Kitabı, C.2, s.1404.

cak duruşma giderinin eksik ödenmiş olduğu anlaşılırsa, bir haftalık kesin süre içinde tamamlanması, aksi hâlde duruşma talebinden vazgeçilmiş sayılacağı, duruşma isteyene yazılı olarak bildirilir ve nihayetinde verilen süre içinde giderler tamamlanmadığı takdirde, temyiz incelemesi dosya üzerinden gerçekleştirilir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 368. maddesi uyarınca, temyiz talebinin kötüniyetle yapıldığı anlaşılırsa Kanun'un 329. maddesi uygulanacak olup, buna göre kötüniyetli temyiz talebinde bulunan taraf, yargılama giderlerinin yanı sıra, karşı tarafın vekiliyle aralarında kararlaştırılan vekâlet ücretinin tamamını veya bir kısmını ödemeye mahkûm edilebilir (HMK m.329/1). Yine kötüniyetle temyize başvuran taraf, bunlardan başka beşyüz Türk Lirasından beşbin Türk Lirasına kadar disiplin para cezasına çarptırılabilir gibi, bu duruma vekil sebebiyet vermişse, disiplin para cezası vekil hakkında da uygulanır (HMK m.329/2). Buradan hareketle, vekil marifetiyle takip edilen babalık davalarında temyiz başvurusunun kötüniyetle yapıldığı anlaşılırsa, başvuruyu yapan vekil hakkında disiplin para cezası uygulanabileceği gibi, bir görüşe göre¹⁶⁴⁹, çocuğun yasal temsilcisi konumundaki kayyım tarafından çocuğun yararına olmayacak şekilde, kötüniyetle temyize başvurulduğu belirlenirse, aynen vekile uygulandığı gibi, kayyımın da disiplin para cezasına çarptırılması gerekir.

Temyizin icraya etkisi itibariyle, aynen istinaf yolunda olduğu gibi, aile hukukuna ilişkin davalarda verilen kararlar şeklen kesinleşmediği sürece icra edilemezler¹⁶⁵⁰.

¹⁶⁴⁹ Uyumaz, s.211.

¹⁶⁵⁰ “Medeni usul hukukumuzda ilk derece mahkemesinin verdiği bir hükmün icra edilebilmesi için kural olarak o hükmün kesinleşmesi gerekmemektedir. İtiraz konusu kuralın da yer aldığı Kanun'un 433. maddesinde de, temyiz kararın icrasını durdurmayacağı hüküm altına alınmıştır. Bununla birlikte kanunda açıkça öngörülmek suretiyle bazı istisnai hallerde birtakım ilâmların icra edilebilmesi için kesinleşmesi zorunluluğunun öngörülmesi de mümkündür. /...bazı ilamların kesinleşmeden icra edilmesi halinde, daha sonra üst mahkemece kanun yoluna başvuru sonucu ilam bozulduğunda, icranın iadesi, mümkün olamayabilir. Bu durum özellikle aile hukukunda daha da belirgindir. Kanun koyucu bu nedenle, kamu düzenine olan etkilerini de dikkate alarak, aile hukukuna ilişkin ilamların kesinleştikten sonra icra edilmelerini kabul etmiştir. Bununla birlikte ilamın kesinleşmesinin beklenmesi halinde taraflardan birinin çok zor durumda kalabileceği nafaka gibi bazı durumlar genel kuraldan istisna tutulmuştur. Aile hukukuna ilişkin kararlar 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 118. ilâ 494. maddeleri arasında düzenlenen, evlenme, boşanma, eşler arasındaki mal rejimi, hısımlık hukuku bağlamında soybağının kurulması, aile, vesayet hukuku bağlamında vesayetin düzeni, yürütülmesi ve sona ermesi hakkında verilen kararlardır. Toplumun sağlıklı bir şekilde gelişebilmesi, ilişkilerin huzur, barış ve güvenlik içinde yürüyebilmesi için Türk toplumunun temeli olan aile kurumunun sağlam temellere oturtulması gereklidir. Bu sebeple de aile kurumunu koruyucu ve kollayıcı düzenlemeler yapmak Devletin pozitif yükümlülükleri arasındadır. Devlet, ailenin korunmasıyla

Bu yüzden babalık davasında yasal süresi içerisinde temyiz yoluna başvurulmuş olması hâlinde, temyizde karar kesinleşmediği sürece edaya mahkûmiyet içeren hüküm fıkralarının cebrî icrası mümkün olmaz (HMK m.367/2). Bunun için ayrıca teminat gösterilmesine yahut bölge adliye mahkemesinden icranın geri bırakılması kararı alınmasına gerek yoktur¹⁶⁵¹.

Ayrıca kamu düzeninden olan hâllerde bozmaya uyulmakla usulî kazanılmış hak doğmaz¹⁶⁵². Örneğin, babalık davası henüz şeklen kesinleşmemiş iken, bir kanun hük-

ilgili olarak sahip olduğu müdahale, denetleme görev ve yetkisi kapsamında, aile ilişkilerinin kurulması, devamı ve sona ermesiyle ilgili düzenlemeler yaparak gerek eşlerin kendi aralarında gerekse ana, baba ile çocuklar arasındaki kişisel ve mali ilişkileri düzenleyen bir takım hukuk kuralları öngörebilir. Bu bağlamda kanun koyucunun, itiraz konusu kuralla aile hukukuna ilişkin ilamların kesinleşmeden icra edilmemelerini öngörmesi takdir yetkisi kapsamındadır. /...Bu çerçevede, aile hukukuna ilişkin ilamların kesinleşmeden yerine getirilemeyeceği hakkında itiraz konusu kuralın, ailenin Türk toplumunun temeli olduğu ve çocuğun ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına aykırı bir düzenleme olduğu söylenemez. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 41. maddesine aykırı değildir, iptal talebinin reddi gerekir. /...1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun, 26.9.2004 tarihli ve 5236 sayılı Kanun'un 16. maddesiyle yeniden düzenlenen 433. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan '... ve aile...' ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, 16.3.2016 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi." (AYM. 16.03.2016, E.2015/104, K.2016/20; RG. 08.04.2016, Sa.29678).

¹⁶⁵¹ Özbay/Aksan Nar, s.226.

¹⁶⁵² "...Medeni Kanunun 310. maddesinin Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesinden önce evli erkeklerin evli olmayan kadınlarla birleşmelerinden doğan çocukların (tüm sonuçları ile) babalıklarına hükmolunması mümkün değildir. Ancak iptal kararı ile buna imkan verilmiştir. Anayasanın 152. maddesine göre iptal kararları geriye yürümez. Ancak 10.03.1959 gün ve 1/3 sayılı içtihadı birleştirme kararının gerekçe bölümünde belirtildiği gibi iptal kesin şekilde çözüme bağlanmış uyuşmazlıkları etkilemez ise de, henüz anlaşmazlık halinde olanlar iptalin kapsamına girer. Şu halde açılan bir babalık davasında olumlu veya olumsuz karar verilmiş ve bu hüküm kesinleşmiş ise Anayasa Mahkemesinin sözü edilen iptal kararı iş bu kesin hükmü etkilemez. Zira bu kazanılmış hak ilkesinin tabi sonucudur. Şayet uyuşmazlık henüz kesin biçimde bir sonuca ulaştırılmamış olsaydı bu takdirde iptal kararı babalık davasını etkiler idi. Medeni Kanunun 310. maddesi, çocuğun ana rahmine düştüğü tarihte erkeğin evli olmasını babalığa karar verme"engeli olarak saymakta idi. Ne var ki Anayasa Mahkemesi 21.05.1981 günlü ve 29/22 sayılı kararı ile bu hükmü iptal ettiğine göre bundan böyle açılacak davalarda baba evli bile olsa (ana evli olmamak şartı ile) bütün sonuçları ile birlikte babalığa karar verilmesi mümkündür. Az önce açıklanan Yargıtay içtihadı birleştirme kararı karşısında iptalden önce açılmış olup da yargılaması devam eden davalarda artık tabii babalığa değil, bütün sonuçları ile babalığa hüküm verilmesi zorunluğu doğmuş bulunmaktadır. Bozmaya uyulmakla doğan usuli kazanılmış hakka dokunulamaz. Ancak görev bu kuraldan istisna (ayrık) tutulmuştur. Bu yön 4.02.1959 gün ve 13/5 sayılı Yargıtay içtihadı birleştirme kararında yer almıştır. Sözü geçen konu tahdidi (sınırlayıcı) değildir. Kamu düzeninin sözkonusu olduğu bütün haller istisnanın (ayrıcalığın) kapsamına girer. Babalık davası da kamu düzeni ile ilgili bulunduğundan hakim tabi babalığa karar vermesi yolundaki bozmaya uymuş olması, Anayasa Mahkemesinin sonradan yürürlüğe giren iptal kararı karşısında bütün sonuçları ile babalığa karar verilmesine engel değildir. Öyle ise az önce açıklanan gerekçeler gözetilerek bütün sonuçları ile babalığa karar verilmesi için

münün Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesi hâlinde, kamu düzenine ilişkin ayrıksı durumlarda bu iptal kararı geriye yürüyerek bozma kararına uyulmasından sonra devam eden yargılamada dikkate alınmalıdır. Keza kamu düzenine aykırılık hâlleri usulî kazanılmış hak için olduğu gibi, aleyhe bozma ve aleyhe hüküm verme yasağı bakımından da istisna teşkil eder. Yani, kamu düzenine aykırılık hâllerinde usulî kazanılmış hak ile birlikte, aleyhe bozma yasağı ve aleyhe hüküm verme yasağı da uygulama alanı bulamaz¹⁶⁵³.

Son olarak değinmek gerekir ki, temyiz olunan kararın, esas yönünden kanuna uygun olmasına rağmen kanunun olaya uygulanmasında hata edilmiş olması sebebiyle bozulması gerektiği ve fakat kanuna uymayan husus hakkında yeniden yargılama yapılmasına ihtiyaç duyulmadığı hâllerde Yargıtay, düzelterek onama kararı verebilir¹⁶⁵⁴. Ne var ki, ilk derece yargılamasında hâkimin takdir yetkisine bağlı olarak karara bağlanan eda hükümleri hakkında düzelterek onama kararı verilemez (HMK m.370/2). Dolayısıyla babalık davasında hâkimin, takdir yetkisine dayanarak çocuk lehine hükmettiği nafaka tutarı bağlamında temyiz merci tarafından düzelterek onama kararı verilmesinin mümkün olmadığı söylenebilir¹⁶⁵⁵.

B. Olağanüstü Kanun Yolları

I. Yargılamanın İadesi

1. Genel Olarak

Yargılamanın iadesi, kanunda tahdidî sayılan ağır yargılama hatalarına ilişkin sebeplerden dolayı maddî anlamda kesin hükmün bertaraf edilmesi amacıyla davanın yeniden görülüp incelenmesini ve önceki kararın kaldırılarak yeniden hüküm kurulma-

hükmün bozulması gerekir.” (Y. 2. HD. 08.12.1981, 1796/7886; Legalbank İçtihat). Aynı yönde bkz. Budak/Karaaslan, s.457, kn.157.

¹⁶⁵³ **Budak/Karaaslan**, s.458, kn.160.

¹⁶⁵⁴ “...davalıya atfedilecek bir kusurun bulunmadığı gibi ilk duruşmadan önce verdiği cevap dilekçesi ile davayı kabul ettiğine göre, artık 6100 sayılı HMK 312/2 maddesi gereği yargılama giderleri ve vekalet ücretinden sorumlu tutulamayacağından; davalının HMK'nun 323. maddesinde sayılan giderlerden, aleyhine hüküm kurulan diğer davalılarla birlikte sorumlu tutulması doğru bulunmamış ise de bu husus yeniden yargılama yapılmasını gerektirmediğinden kararın düzeltilerek onanması uygun görülmüştür (HUMK md.438/7).” (Y. 8. HD. 08.06.2017, 2376/8582; aynı yönde bkz. Y. 10. HD. 23.06.2014, 9595/15373; Legalbank İçtihat).

¹⁶⁵⁵ **Akkaya-** Boşanma, s.541.

sını sağlayan olağanüstü bir kanun yolu olup¹⁶⁵⁶, henüz şeklen kesinleşmemiş nihai kararlara karşı yargılamanın iadesi yolu caiz değildir¹⁶⁵⁷. Babalık davası bakımından da aynı sonuca varılacağı için HMK m.375'te belirtilen sebeplere dayanılarak babalık davasında şeklen kesinleşmiş esasa ilişkin nihai karara (hükme) karşı yargılamanın iadesi yoluna başvurulabilir¹⁶⁵⁸.

Babalık davasında yargılamanın iadesi başvurusu, hükmün verildiği aile mahkemesine yahut aile mahkemesi sıfatıyla hükmü veren asliye hukuk mahkemesine yapılır (HMK m.378/1) ve hükmün icrasını kendiliğinden durdurmaz. Ancak hükmün niteliğine ve diğer hâllere göre talep üzerine icranın durdurulmasına ihtiyaç duyulursa, yargılamanın iadesi talebinde bulunan kişiden teminat alınmak şartıyla iade talebini inceleyen mahkemece icranın durdurulması kararı verilebilir (HMK m.381).

Babalık davasında yargılamanın iadesi talebi üzerine mahkeme, tarafları çağırıp dinledikten sonra, iade sebeplerinin ortaya çıkmasından itibaren üç ay ve her hâlükârda hükmün verildiği tarihten itibaren on yıl içerisinde iade talebinde bulunulduğunu, iadesi istenen hükmün kesinleşmiş olduğunu ve kanunda yazılı sebeplerden birisinin ileri sürüldüğünü ön incelemede saptarsa, dinlenebilirlik koşulları sağlandığı için davanın esasına girerek yargılamayı mutlaka duruşmalı yürütür. İnceleme sonunda mahkeme, dayatılan iade sebebini sabit görürse, yeniden yargılama yaptıktan sonra ortaya çıkan duruma göre, yeni bir karar ile, daha önce verilmiş olan kararı onar veya kısmen ya da tamamen değiştirir. Ancak davacının açık veya zımni muvafakati olmaksızın, vekil veya temsilci olmayan kimselerin huzuruyla davanın görülüp karara bağlanmış olması yahut hükmün kesinleşmesinden sonra tarafları, konusu ve sebebi aynı olan ikinci davada, öncekine aykırı bir hüküm verilmiş ve bu hükmün de kesinleşmiş olması hâline dayalı olarak yargılamanın iadesi dilekçesi kabul edilirse, başka bir inceleme yapılmaksızın mahkeme, iadesi istenen hükmü iptal eder (HMK m.380).

¹⁶⁵⁶ Yargılamanın iadesini bir kanun yolu olarak değil de, aslî mahiyeti bakımından istisnai bir hukuki araç olarak değerlendiren görüş için bkz. **Umar, B.:** Türk Medenî Usûl Hukukunda İadei Muhakeme (İÜHFM, C.29, S.1963/1-2, s.261-298), s.264-265. Olağanüstü hukukî çare olarak nitelendiren görüş için ise bkz. **Namlı, M.:** Türk ve Fransız Medenî Usûl Hukuku'nda Yargılamanın Yenilenmesi, İstanbul 2014, s.77.

¹⁶⁵⁷ **Namlı, s.96.**

¹⁶⁵⁸ **Arsalan-** Yargılamanın Yenilenmesi, s.74.

Eğer babalık davasının yeniden yargılaması sonucunda değiştirilmesine ya da iptaline karar verilen eski hüküm babalık hükmüyse, bu durumda evlilik dışı çocuğun davalının yasal soybağına girmesine bağlı olarak ortaya çıkan bütün sonuçlar geçmişe yönelik kalktığı gibi, babalığa ilişkin malî nitelikli edimler cebri icra yoluyla tamamen icra edilmişse, İİK m.40'a göre başka bir hükme gerek olmaksızın icranın eski hâle iadesi gerçekleşir¹⁶⁵⁹. Babalığa ilişkin malî nitelikli edimler cebrî icra yoluyla değil de, iradî olarak ifa edilmişse, o takdirde icranın iadesi için İİK m.40 hükmü yerine, sebepsiz zenginleşme ya da haksız fiil hükümleri doğrultusunda ayrı bir dava açılması gerekir¹⁶⁶⁰. Yargılamanın iadesi sonucunda verilen yeni hükme karşı istinaf ve temyiz kanun yolu açık olup, iade yargılamasında ortaya çıkan istinaf veya temyiz sebepleri, daha önceden de belirtildiği gibi, resen gözetilir.

Öte yandan, HMK m.376'daki istisna dışında, kural olarak yargılamanın iadesi yoluna yalnızca davanın tarafları başvurabilir. Daha doğru bir ifadeyle, tarafların yargılamanın iadesi yoluna gidebilmeleri için aranan hukukî yarar koşulu dikkate alındığında, yargılamanın iadesi talebini, ilk davayı (kısmen dahi olsa) kaybeden taraf ileri sürebilir. Zira ilk davayı kaybeden tarafın, ilk davada bir yargılamanın iadesi sebebi ortaya çıktığından, talep sonucu kabul edilmediği için, yargılamanın iadesi yoluna başvurmakta hukukî yararı bulunduğu kabul edilir¹⁶⁶¹. Fakat istisnai olarak, babalık davasına müdahale yoluyla katılan Cumhuriyet savcısının da, kamu düzeninden doğan hukukî yararı bulunduğu kabulünden hareketle, müdahil sıfatıyla babalık davasını yargılamanın iadesi yoluna götürebileceği kanısındayız.

Ayrıca davalı olarak biyolojik babanın mirasçılarına karşı açılan babalık davasında davanın kabulüyle ortaya çıkan babalık hükmünün şeklen kesinleşmesi üzerine, bu hükme karşı, mirasçıların maddî mecburî dava arkadaşlığı ilişkisi içerisinde bulunmaları sebebiyle, hep birlikte yargılamanın iadesi yoluna başvurabilecekleri söylenebilir. Ancak davacı tarafta ana ile çocuğun ihtiyari dava arkadaşlığı şeklinde açtıkları babalık davasında davanın reddine ilişkin hükmün kesinleşmesi üzerine, yargılamanın iadesi yoluna birlikte başvurmaları zorunlu değildir; her biri birbirinden ayrı olarak yar-

¹⁶⁵⁹ **Namlı**, s.478-479.

¹⁶⁶⁰ **Namlı**, s.478.

¹⁶⁶¹ **Arslan**- Yargılamanın Yenilenmesi, s.134.

gılamanın iadesini talep edebilirler. Bir başka ifadeyle, kendi lehine olan bir yargılamanın iadesi sebebine dayanarak ana veya çocuktan herhangi birisinin tek başına ilk davada verilen kesin hükmün bertarafını sağlamakta hukukî yararı bulunduğu söylenebilir¹⁶⁶².

2. Babalık Davası Bakımından Yargılamanın İadesi Sebepleri

Tıp ve genetik alanında son yıllarda kaydedilen gelişmelerin öncesindeki dönemde mahkemelerce görülüp karara bağlanan soybağı uyuşmazlıklarında, biyolojik babanın tespiti için kan grubu tahlili, benzerlik testi gibi diğer yöntemlerin uygulanmasıyla elde edilen tıbbî raporların içeriğini yanlışlayan, hükümde varılan sonucun aksini gösteren yeni ve güncel soybağı analizi, tek başına yargılamanın iadesi sebebi oluşturur¹⁶⁶³. Esasında soybağı alanında yeni keşfedilen teknolojik gelişmelerin doğrudan yargılamanın iadesi sebebi sayılabilmesi için sınırlı sayma ilkesi doğrultusunda HMK m.375'te öngörülmüş açık bir düzenlemenin varlığından söz edilemez. Kanun'daki yargılamanın iadesi sebepleri dar kapsamda ele alınması gerektiğinden, bunların yorum yoluyla genişletilmesi mümkün değildir. Fakat yasal soybağının genetik gerçekliğe uygun şekilde kurulması hususundaki kamu yararının üstünlüğü düşünülecek olursa, geçmişte yeterince elverişli olmayan bilimsel koşullar altında gerçekleştirilen genetik soybağı araştırmalarının doğruluğunun ve bilimselliğinin tartışma götürdüğü hâller ortaya çıktığı takdirde, soybağı üzerindeki bu tartışmalı durumun kesin ve net veriler ışığında bilim ve teknolojinin en yeni imkânlarıyla yeniden açıklığa kavuşturulması gerektiği de aşıkardır.

Alman hukukunda, Aile Davalarında ve Çekişmesiz Yargı İşlerinde Yargılama Usulü Hakkında Kanun'un yürürlüğe girmesinden önceki dönemde geçerli olan Medenî Usul Kanunu'nun ilgili (mülga) paragrafında, DNA testlerinin yargılamanın iadesi sebebi olabileceğine ilişkin bir düzenleme bulunuyordu. Anılan düzenlemeye göre babalık hakkında kesinleşen bir hükme karşı yargılamanın iadesi davası, § 580 hükmünde sayılan yargılamanın iadesine ilişkin genel sebeplerin dışında, eğer taraflardan birisi, baba-

¹⁶⁶² **Arslan-** Yargılamanın Yenilenmesi, s.135.

¹⁶⁶³ **Tüzüner-** Adli Genetik, s.145.

lık hakkında tek başına veya önceki yargılamada ileri sürülmüş olan deliller ile birlikte değerlendirildiğinde farklı bir karar verilmesine yol açacak yeni bir rapor sunarsa, iade davası (*Restitutionsklage*) kabule şayandır¹⁶⁶⁴ (dZPO § 641i). Hâlihazırda yürürlükte olan Aile Davalarında ve Çekişmesiz Yargı İşlerinde Yargılama Usulü Hakkında Kanun'un § 185 hükmüne göre ise, soybağı hakkında kesin hüküm teşkil eden karara karşı, tek başına veya önceki yargılamada öne sürülmüş delillerle bağlantılı olarak başka bir karar verilmesini gerektiren yeni bir bilimsel rapor sunulduğu takdirde, yargılamanın iadesi talebi kabul olunur (FamFG § 185, 1). Görüldüğü üzere Alman hukukunda, kesin hükümle sona eren önceki yargılamada öne sürülmeyip de, sonradan elde edilen ve önceki davanın farklı şekilde karara bağlanmasını gerektirecek nitelikte yeni bir DNA analizi raporu mahkemeye sunulduğu takdirde yargılamanın iadesi talebinin kabul edileceği düzenlenir.

İsviçre hukukunda ise, Federal Medeni Usul Kanunu'nun 328. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendine göre, aleyhine hüküm verilen taraf, kesin hükümle sonuçlanan yargılama esnasında mevcut olup da, kendisinin herhangi bir kusurundan kaynaklanmayan sebeplerle temin edemediği için mahkemeye sunamadığı kritik bir delili, kararın verilmesinden sonra elde ederse, yargılamanın iadesi talebinde bulunabilir. Fakat hükmün verildiği anda mevcut olmayan, hükmün verilmesinden sonraki dönemde meydana gelen deliller bu kapsamda sayılmamıştır. Dolayısıyla, Türk hukukundakine benzer şekilde, geçmiş yıllardaki bilimsel imkânların elverişsizliği sebebiyle henüz keşfedilmeyen ve fakat önceki yargılamada ortaya çıkan hüküm sonucunun aksini ispatlayan DNA analizi raporu, hükmün kesinleşmesinden sonra oluştuğu için, yargılamanın iadesi sebebi olarak kabul edilmemiştir. Halbuki Nöşatel Kantonu Medenî Usul Kanunu'nun 427. maddesinde, hükmün verilmesinden sonraki dönemde taraflardan birinin, yargılama esnasında ikame edemediği, hükme etkili kritik önemdeki bir delili ele geçirmiş olması yargılamanın iadesi için yeterli görülmekte ve yargılamanın iadesini talep eden tarafın bu delili ikame edememiş olmasında herhangi bir kusurunun bulunmamasını, bütün

¹⁶⁶⁴ Üstündağ, s.916.

delillerin gereken azami dikkat ve özen çerçevesinde ikame edilmiş olmasını şart koşmaktaydı¹⁶⁶⁵.

Öte yandan, babalık davasına bakan hâkim, kadının gebelik dönemi içerisinde gerçekleşen cinsel ilişki vakıasının davalı tarafça ikrarı doğrultusunda, usulen hatalı ve bozmayı gerektirir nitelikte olsa da, babalık karinesinden hareketle davanın kabulüne karar vermiş ve bu karar kanun yoluna götürülmeksizin kesinleşmiş olsa; fakat daha sonraki dönemde, davacı kadınla aralarındaki cinsel ilişkiyi ikrar eden davalı, davacı tarafından hile yoluyla kandırılarak ikrarda bulunduğunu anladıktan sonra, ikrara konu cinsel ilişkinin çocuğun doğumuyla illiyet bağının olmadığını, bu sebeple de genetik gerçeklikte çocuğun biyolojik babasının kendisi olmadığını ileri sürerek yargılamanın iadesi yoluna başvurabilir mi? Bununla ilgili olarak Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 375. maddesinin birinci fıkrasının (h) bendini zikretmek gerekir. Anılan hükme göre bir davada lehine karar verilen tarafın, karara etki eden hileli bir davranışta bulunmuş olması, yargılamanın iadesi sebebi oluşturur. Kanun koyucunun, “hile” kavramının tarifini yapmaktan bilhassa kaçınmış olduğu göz önüne alınırsa, yoruma açık genel bir kural sevk etmek suretiyle hâkime, somut olayın koşulları çerçevesinde geniş bir takdir yetkisi tanıdığı söylenebilir¹⁶⁶⁶. Halbuki kanun koyucunun, HMK m.375/1-h kapsamına giren hile hâllerini cezayı gerektiren fiillerle sınırlandırması, yani yargılamanın iadesi yolunun olağanüstü niteliğine uygun şekilde, iade sebeplerine ilişkin takdir yetkisini daraltması uygun olurdu¹⁶⁶⁷. Yukarıdaki örnekten devam edersek, davalının, davacı hasım tarafından hile yoluyla kandırılarak ikrarda bulunması üzerine çekişmeli olmaktan çıkan “kritik gebelik dönemindeki cinsel ilişki” vakıası, babalık karinesinin koşulunu gerçekleştireceği için, davalı aleyhine babalık hükmü verilmiş olması, yapılan hilenin hükme etki ettiğini gösterir. Bu şekilde hasım tarafından yapılan hile, hüküm üzerinde

¹⁶⁶⁵ **Namlı**, s.277-278. Nöşatel Kanton Temyiz Mahkemesi’nin 1997 tarihli bir kararında, hükmün verildiği dönemde bilimin henüz keşfetmediği bir tekniğin, hükümden sonra cereyan eden bilimsel gelişmeler sonucunda keşfedilip uygulanmasıyla, ilk davadaki sonucun aksini gösteren farklı bir raporun elde edilmiş olması yargılamanın iadesi sebebi olarak değerlendirilmiştir (bkz. **Namlı**, s.278).

¹⁶⁶⁶ **Arslan-** Yargılamanın Yenilenmesi, s.104-106 ve ayrıca bkz. aynı yerde dn.89.

¹⁶⁶⁷ **Arslan-** Yargılamanın Yenilenmesi, s.105, dn.91. Nitekim Avusturya Medeni Usul Kanunu’nda yargılamanın iadesi sebepleri sayılırken hükme etkin eden hareketlerin neler olduğu Ceza Kanunu’ndan suç tipleri sayılarak cezai yaptırımını gerektiren davranışlarla sınırlandırılır (bkz. ÖZPO § 530, 1, Abs.3).

etki doğurmuş ve hükmün biyolojik gerçeklikle örtüşmeyecek şekilde verilmesine yol açmışsa, yargılamanın iadesi sebebinin oluştuğu söylenebilir.

Acaba evlilik dışı çocuk, şeklen kesinleşmiş olan babalık davasında, davacı ana ile davalının, aralarında anlaşmak suretiyle, biyolojik babalık söz konusu olmamasına rağmen, davanın kabulüne karar verilmesine yönelik hileli davranışlar sergilemesi sebebiyle kendi hukukî durumunun olumsuz etkilendiği ve zarara uğratıldığı iddiasıyla yargılamanın iadesi yoluna başvurulabilir mi? Bununla ilgili olarak ise, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 376. maddesini zikretmek gerekir. Anılan hükme göre davanın taraflarından birisinin alacaklıları veya aleyhine hüküm verilen tarafın yerine geçenler, borçluları veya yerine geçmiş oldukları kimselerin aralarında anlaşarak, kendilerine karşı hile yapmaları nedeniyle hükmün iptalini isteyebilirler. Esasen bu husus, tarafların ortaklaşa hareket ederek muvazaalı hüküm elde etme hususunda anlaştıkları ve hükmün hile ürünü olduğu iddiasına dayanır¹⁶⁶⁸. Fakat anılan hükümde tarafların aralarında hile yaparak anlaşmalarından ne anlaşılması gerektiği açıkça tarif edilmediğinden, hangi hâllerde hileden söz edileceği hususunda hâkime yüksek seviyede takdir yetkisi verildiği söylenebilir. Kanımızca babalık davasında davacı ana ile davalının bir araya gelip, hile yaparak bir anlaşma sağlamaları sonucunda çocuğun menfaatlerinin zarara uğratılabileceği hâller söz konusu olabilir. Örneğin bir hayat kadınının, fuhuş sonucu dünyaya getirdiği çocuğun soybağının tespiti için açtığı babalık davasında davalıyla anlaşarak, onunla birlikte davanın kabulüne yönelik hileli davranışlar sergilemesi sonucunda çocuğun soybağının aslında biyolojik baba olmayan bir kişiye bağlanması durumunda, böyle bir olasılık ortaya çıkabilir. Zira davacı ile davalı, iffetsizlik definin ileri sürülmemesi hususunda anlaşarak davanın reddine yol açabilecek bir savunma vasıtasını mahkemeden saklaması hâlinde, hile ile babalık karinesinin çürütülmesi ve davanın reddine karar verilmesi önlenmiş olur¹⁶⁶⁹. Bu şekilde elde edilen babalık hükmünün şeklen kesinleşmesinden sonra, davanın tarafları arasındaki muvazaanın ve yapılan hileli davranışların çocuk tarafından anlaşılması hâlinde, hukuksal durumu olumsuz etkilenen ve belki de zarara uğrayan çocuk, halef sıfatıyla HMK m.376 uyarınca babalık hükmünün iptalini

¹⁶⁶⁸ Üstündağ, s.927-928, dn.28.

¹⁶⁶⁹ Mefhumu muhalifinden aynı yönde bkz. Umar- İadei Muhakeme, s.287-288.

isteyebilmelidir. Aksi takdirde anılan düzenlemenin, yasal soybağının hukukî sonuçları itibariyle çocuğun zarara uğratılan haklarını korumayacağı açıktır.

3. Yargılamanın İadesi Sebebi Olarak DNA Analizine İlişkin Tartışmalar

a. Genel Olarak

DNA analizi yönteminin henüz keşfedilmediği dönemde soybağına ilişkin kesin hüküm teşkil eden kararlara karşı, DNA incelemesinden elde edilen sonuçların kesin hükmün aksini göstermesi sebebiyle yargılamanın iadesi yoluna gidilip gidilemeyeceği doktrinde tartışmalı idi. 1086 sayılı (mülga) HUMK döneminde, Kanun'un 445. maddesinin birinci fıkrasında buna ilişkin açık bir düzenleme yer almamakla birlikte, hükümde geçen "vesika" kavramının yalnızca yazılı belgeleri değil, vakıanın ispatına elverişli tüm ispat araçlarını kapsamına aldığı ve DNA analizine ilişkin raporun da vesika olarak değerlendirilmesi gerektiği yönünde görüşlere rastlanmaktaydı¹⁶⁷⁰. Gerçi, derdest dava görülürken mevcut olup varlığı bilinmesine rağmen DNA analizine ilişkin gen teknolojisine yargılama boyunca başvurulmadıysa, ileride hüküm kesinleştikten sonraki dönemde bu yöntemden yararlanılarak genetik inceleme raporu elde edilmesi hâlinde, bir vesikanın mücbir sebepten ötürü sonradan ele geçirilmesi sebebine istinaden yargılamanın iadesi yoluna gidilmesi mümkün değildir. Zira yargılamanın iadesini gerektiren vesikanın mücbir sebepten ötürü elde edilememiş olmasından maksat, hakkaniyet gereği bir kimseden beklenen çaba ve özene rağmen yargılama sırasında ele geçirilememiş olması yahut vesikanın ele geçilememesinde herhangi bir kusurun bulunmaması tarzında anlaşılmamalıdır. Eğer yargılamanın iadesini talep eden taraf, vesikanın resmî bir dairede bulunduğunu biliyorsa, fakat vesikayı kendi imkanlarıyla ele geçirememiş olması yahut mahkeme aracılığıyla ibrazının sağlanmasını talep etmemesi ve bu yüzden vesikanın içeriğini öğrenememiş olması, vesikanın yeni bulunmuş olduğu anlamına gelmez¹⁶⁷¹. Yine, diğer tarafa atfedilebilen bir kusur ve hile olmadığı hâlde kendisinin

¹⁶⁷⁰ **Arslan-** Yargılamanın Yenilenmesi, s.79-80; **Erten/Acır/Taşveren,** s.584; **Umar-** İadei Muhakeme, s.269; **Konuralp-** İspat, s.110; **Saldırım-** DNA, s.144; **Gürbüz-** DNA, s.64.

¹⁶⁷¹ "...Davacının dayandığı belge, taraflara ait 16.07.1987 ve 27.07.1987'de alınan ve Zurih İrchel Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsüne o günlerde tevdi edilen kan örneklerinden çıkarılan babalık testine ilişkindir. Davacı, bu dava dilekçesinin 2. sayfasında aynen "Zurih Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsünde Dr. Walter Baer kanlarımızı incelemeye başladı. Ancak, bu inceleme sonuçları beklediğimiz

veya davaya bakan hâkimin bir hatasından dolayı elde edilemeyen vesika da yargılamanın iadesi sebebi olamaz¹⁶⁷². Örneğin, yargılama sırasında ne davacının sahip olduğu usulî olanaklar ne de davalının hükme olumsuz etki edebilecek nitelikteki davranışları, hile veya mücbir sebebe vücut verir. Zira delil tespiti yoluyla yurtdışındaki resmî bir makamdan temin edilebilecek olmasına rağmen, yargılamanın iadesini talep eden taraf-ça bu yola başvurulmadığı için, mahkemece incelenememiş olan bir DNA raporu, mücbir sebepten ötürü elde edilemeyen vesika sayılamaz¹⁶⁷³. Bu noktada önem arz eden

sırada, davalı S. S., Zürih'e gitmiş ve Zürih Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsüne verdiği 26.08.1987 günlü bir yazı ile kan tahlili sonuçlarının açıklanmasını istemediğini bildirmiş, bunun üzerine Zürih Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü 1.09.1987 günlü yazı ile... Kan tahlilleri hakkında hazırlamış olduğu raporu bana açıklamayacağını bildirdi. Bu yazı benim elime 5.09.1987 tarihinde geçti” demektedir. Şu halde: Davacının bu davaya dayanak yaptığı belge: a) Davaya bakıldığı sırada (30.09.1987 ile 25.03.1991 tarihleri) mevcuttur. b) Davanın sonucuna etkili olup olamayacağı tartışılabilir ise de burada bir tartışmaya girmek gereksizdir. c) Davacının belgeyi hükümden sonra ele geçirdiği anlaşılmaktadır. (Ankara Asliye 6. Hukuk Mahkemesinin 1992/20 değişik iş sayılı delil tesbiti dosyası ile) d) Davada, bu belgenin yargılama sırasında bir mücbir sebepten veya davalıların fiili sebebiyle elde edilemediği iddiası önem kazanmaktadır. Önce burada söz konusu olan mücbir sebep deyiminin açıklığa kavuşturulması gerekir. Mücbir sebep (Force Majeure) sözü “hakkaniyet gereği bir kimse-den beklenen çaba ve ihtimama rağmen bir senedin veya vesikanın yargılama sırasında ele geçirilememiş olması, sened veya vesikanın ele geçilememesinde her hangi bir kusurun bulunmaması tarzında anlaşılmamak gerekir. ...İade-i muhakeme davacısı, senedin resmi bir dairede bulunduğunu biliyorsa, senedin muhtevasını bilmemiş olması, senedin yeni bulunmuş olması diye kabul edilemez”. (Wieczorek Sf.1341’e atfen Prof. Dr. Saim Üstündağ, Medeni Yargılama Hukuku, 1989, Sf. 751, 753) Şu halde davacı bu belgenin Zürih Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsünde hazır olduğunu 5.09.1987 gününden itibaren bilmekte olup daha sonra delil tesbiti sırasında yaptığı gibi mahkeme kanalı ile dava sırasında getirtmek imkânına sahip olduğundan ortada bir mücbir sebep söz konusu değildir” (Y. 2. HD. 04.11.1996, 11008/11209; Legalbank İçtihat).

¹⁶⁷² “...Davacı 30.09.1987 tarihli dava dilekçesinde bu belgeden söz etmiş ve delil olarak göstermiş (3.05.1989 düzenleme, 4.05.1989 havale tarihli dilekçe); dava süresi bakımından Medeni Kanunun 246. maddesinden yararlanmaları gerektiğini, bu belgeye dayanak 19.11.1987 günlü cevaba cevap dilekçelerinde uzun uzun açıklamış; ilk karardan önceki savunmalarında (4.12.1989 günlü oturum) bu yönü tekrarlamıştır. Konu 4.12.1989 tarihli 482-982 sayılı kararda temyiz ve temyize cevap dilekçelerinde tartışılmış, dairemizin 26.06.1990 tarihli 3305-6603 sayılı kararında değerlendirilip davanın hak düşürücü sürede açılmadığı sonucuna varılmıştır. Karar düzeltme istemleri de (10.09.1990, 26.09.1990, 19.11.1991 tarihli) aynı belge ve konu üzerinde teksif edilmiştir. Gerek Mahkemenin ve gerekse Yargıtayın yargılama sırasında söz konusu belgeyi getirmeyi gereksiz bulmaları bir iade-i muhakeme sebebi olarak kabul edilemez.” (Y. 2.HD. 04.11.1996, 11008/11209; Legalbank İçtihat).

¹⁶⁷³ “...Davalının mahkemeyi veya davacıyı yanıltmaya yönelik faaliyetleri hükme etkili ise ancak Usul Hukuku bakımından yargılamanın iadesi sebebi olabilir. Davacı, davalının laboratuvar tahlil sonuçlarının davacıya açıklanmasını önlemekten başka bir fiilini ortaya koymamıştır. Yukarıda açıklandığı üzere davalının bu fiili yargılama sırasında ne davacının nede mahkemenin davranışlarına ve kararlarına etkili olabilecek nitelikte değildir. Davacı ısrarla davaya bakan mahkemeden veya şimdi yaptığı gibi bir delil tesbiti yolu ile söz konusu belgeyi istese bu belge elde edilebilir idi, Şu halde

husus, DNA analizi yönteminin yargılamanın cereyan ettiği zaman diliminde henüz hiç keşfedilmemiş olmasıdır. Esasen 1086 sayılı (mülga) HUMK dönemindeki tartışmanın odağı, davanın görüldüğü esnada bilimsel gelişmişlik düzeyinin geldiği nokta itibariyle henüz keşfedilememiş olan DNA analizinin yargılama kapsamında ele alınamamasının tarafların kusurundan ileri gelip gelmediği, yani bu durumun bir “mücbir sebebe” dayanıp dayanmadığı hususunda tebarüz ediyordu. Fakat 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 375. maddesinin (ç) bendinde yer alan “tarafın elinde olmayan sebepler” ibaresi, mücbir sebebe nazaran daha geniş bir içeriğe sahip olup daha esnek yoruma elverişli konumda bulunduğundan, sözü edilen “elde olmayan sebepler” kapsamına, aleyhine hüküm verilmiş olan tarafın iradesi dışında gelişen her türlü durum, örneğin yargılamanın cereyan ettiği dönem itibariyle bilimsel olarak DNA analizi yönteminin henüz hiç keşfedilmemiş olması da dahil edilebilir¹⁶⁷⁴.

Son yıllarda gen bilimindeki çok etkileyici gelişmelere ve günümüz itibariyle DNA testlerinden çok önemli neticeler alınmasına rağmen, geçmiş dönemlerde yaşanan soybağının tespiti konulu davalarda DNA testlerinden elverişli sonuç alınamadığı durumlara ilişkin ilginç bir örnek olarak, doktrinde bir Yazar tarafından aynen şu ifadelerle yer verildiği görülür¹⁶⁷⁵:

“Örneğin yıllar önce davalı vekili olarak girdiğimiz Asliye Hukuk Mahkemesinde görülen 1999 senesinde esasa kayıt edilmiş uyuşmazlık konusu soybağı ile ilgili bir dosyasında “dava konusu özetle; müvekkilin eşi olan muris koca müvekkil beş aylık hamile iken av tüfeği ile intihar etmiş, daha sonra çocuğun doğumuna müteakip derhal murisin anne ve babası tarafından nesebin reddi davası açılmıştır. Yargılamanın geldiği aşamada hakim tarafından verilen keşif kararı üzerine mezarın açılması (fethi kabir) işlemi keşif şeklinde yapılarak, bilirkişi raporu düzenlenmesi için Adli Tıp Kurumunun istediği müteveffanın üç dört adet azı dişi, beş santimetre

davalının Enstitüye verdiği 26.08.1987 tarihli yazı hiç bir surette hükme müessir hile ve hudda olarak nitelenemez.” (Y. 2.HD. 04.11.1996, 11008/11209; Legalbank İçtihat).

¹⁶⁷⁴ **Karşı-** Muhakeme, s.822-823; **Tanrıver-** Usul, C.II, s.148; **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s.574.

¹⁶⁷⁵ **Ege, Ö.:** Medeni Usul Hukukunda Keşif, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Mersin 2013, s.23.

uzunluğunda fibula ve tibus starnum kemik parçaları alınarak steril bir kap ile kuruma gönderilmiş, ancak DNA izolasyon çalışmalarından kesin bir sonuca varılamamıştı. Daha sonra bir kez daha mezarın açılması suretiyle yeni parça ve doku örnekleri almak amacı ile keşif işlemi yapılmış ve daha farklı kemik parçaları gönderildiği halde, Adli Tıp Kurumu raporunda, değişik yöntemler denenmesine rağmen soybağı tespiti yönünden bir neticeye varılamadığı ibaresi yer almış, bunun üzerine mahkemece, davacıların davasını ispat edemedikleri gerekçesi ile sübut bulmayan davanın reddine karar verilmiş ve karar kesinleşmiştir¹⁶⁷⁶. Hal böyle olunca iki tarafın da tatmin olmadığı bir durum ortaya çıkmıştı. Ne davacılar iddialarını ispatlayabilmişler ne de davalı. Davalı eşin çocuğunun babasının mahkeme kararı neticesinde hukuken halen koca yani muris gözükmese rağmen, kamuoyu önünde davalı eş, mahkeme kararı ile aklanarak haklılığını ispatlayabilmiş değildir. Bugünlere kadar da bu şüpheli durum devam etmekte, çocuğun dedesi ve babaannesi torunlarını kabul etmemektedirler. Burada şu hususu tartışmakta fayda var. Yukarıda bahsettiğimiz üzere günümüzün teknik koşulları ile o tarihteki koşullar artık ciddi ölçüde değişmiştir. Yeni bir yargılamanın gerekçesi olarak, bilimsel ve teknolojik gelişmelerin, o günün koşullarına göre olağan üstü değiştiği olgusu olabilir mi?... Bu olayda kesin hüküm olmasına rağmen günümüzde alınan bir rapor ile yeni bir dava açılabilir mi? Çünkü o tarihte DNA testi ile Adli Tıp Kurumu bir netice alamamış ve hakim tarafından maddi gerçek ortaya çıkarılamamıştır¹⁶⁷⁷.

Yukarıdaki ifadelerin sahibi olan Yazarı haklı bulduğumuz hususlar göz önünde alındığında, ileride geniş şekilde değerlendirileceği üzere, kanımızca, geçmişte dava derdest iken tıbbi imkanların yetersizliğinden dolayı elde edilemeyen bilimsel rapor, bugünün teknik imkanları dahilinde düzenlenebiliyor ve maddî gerçek ortaya çıkarılabilir.

¹⁶⁷⁶ Tarsus 2. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 13.12.2001 tarih ve E.1999/229, K.2001/942 sayılı kararından alıntı için bkz. **Ege-** Tez, s.23, dn.67.

¹⁶⁷⁷ **Ege-** Tez, s.24.

liyor ise, yargılamanın iadesi sebeplerini düzenleyen HMK m.375/1 hükmünün (ç) bendi uyarınca yargılamanın iadesi talebinin kabulü gerekir¹⁶⁷⁸. Çünkü soybağının tespiti konulu davalar kamu düzeni ve kamusal yarar prensibi çerçevesinde ele alındığına göre, her ne kadar yargılamanın iadesi sebepleri Kanun’da tahdidî sayılmışsa da, konuyu kamu düzeni ve çocuğun üstün yararı açısından yorumlayıp sonuca varmak daha isabetli bir tercih olur. Bu noktada doktrinde, anılan gerekçeyle yargılamanın iadesi yolunun işletilebilmesi ve konunun aydınlığa kavuşturulabilmesi için hâkim huzurunda bir delil tespiti yapılması gerektiğine işaret edilmiş olup¹⁶⁷⁹; bu görüş paralelinde, bize göre de, önceden elde edilemeyen bir belgenin dava aleyhine sonuçlanan taraf lehine daha sonraki tarihte ortaya çıkması hususunu düzenleyen HMK m.375/1-ç hükmü, DNA testleri açısından da aynı şekilde yeni bir belgenin ortaya çıkması olarak anlaşılmalıdır¹⁶⁸⁰. Nitekim Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 199. maddesinde “belge” kavramının neleri kapsadığı açıkça düzenlenmiş olduğuna göre, DNA testi ile ilgili olarak 1086 sayılı mülga HUMK m.445/1, b.1 hükmündeki “vesika” tabirinin yorumu konusundaki tereddütlerin bertaraf edildiği de söylenebilir¹⁶⁸¹. Nitekim 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun, yargılamanın iadesi sebeplerini düzenleyen 375. maddesinin birinci fırcasının (ç) bendi, doktrindeki görüşler doğrultusunda kaleme alınmış ve “*Yargılama sırasında, aleyhine hüküm verilen tarafın elinde olmayan nedenlerle elde edilemeyen bir belgenin, kararın verilmesinden sonra ele geçirilmiş olması*” şeklinde düzenlenmiştir. Anılan hüküm, esasen bilimsel gelişmeler sebebiyle davadan sonra elde edilen belgeleri de kapsamına almaktadır. Fakat söz konusu hükmün, soybağı uyuşmazlıklarının arz ettiği özellikler itibariyle herhangi bir duraksamaya yer verilmemesi ve “belge” ibaresinin yetersiz kaldığı durumlara çözüm getirilmesi amacıyla, “*Yargılama sırasında, aleyhine hüküm verilen tarafa izafe edilemeyecek olaylardan yahut bilimsel ve teknik imkânların elverişsizliğinden dolayı elde edilemeyen, esasa doğrudan etkili bir delilin hükmün verilmesinden sonra ortaya çıkması*” şeklinde revize edilmesi düşünülebilir. Bunun

¹⁶⁷⁸ Aynı yönde bkz. **Konuralp-** İspat, s.109-110; **Uğur**, s.1934; **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s.574, dn.14, son cümle; **Özekes-** Pekcanitez Usûl, s.2330.

¹⁶⁷⁹ **Ege-** Makale, s.248; **Ege-** Keşif, s.32.

¹⁶⁸⁰ **Ege-** Makale, s.248; **Ege-** Keşif, s.32; **Saldırım-** DNA, s.145; **Uğur**, s.1934.

¹⁶⁸¹ **Akar**, s.136-137; **Erten/Acır/Taşveren**, s.584; **Umar-** İadei Muhakeme, s.269.

yani sıra, İsviçre (sZPO Art.328, Abs.1, Ziff. a) ve Avusturya (öZPO § 530, 1, Ziff. 7) hukuklarında görüldüğü üzere, “*yargılama esnasında mevcut olmasına rağmen, hüküm aleyhine olan tarafa izafe edilemeyecek sebeplerle ileri sürülemeyen ve esasa doğrudan etki eden vakıaların hükmün kesinleşmesinden sonra anlaşılması*” şeklinde formüle edilebilecek bir yargılamanın iadesi sebebinin Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na eklenmesinin, gerçeğe ulaşma amacını pekiştireceğini düşünüyoruz¹⁶⁸².

b. Yargıtay’ın Görüşü ve AİHM İçtihadı

1086 sayılı (mülga) HUMK’nun yürürlükte olduğu dönemde Yargıtay, “fennin gelişmesi” olgusunu, yani bilimde kaydedilen ilerlemeleri, HUMK m.445/1, b.1 hükmü çerçevesinde mücbir sebep olarak değerlendirmeyip¹⁶⁸³; sonradan saptanan talî kan gruplarının, yeni tekniklerle yapılan babalık testlerinin, yaş düzeltme davasında adlî tıptan alınan raporun, soybağının tespiti konulu davada hükmün kesinleşmesinden önce

¹⁶⁸² Aynı yönde bkz. **Karşı-** Muhakeme, s.822-823.

¹⁶⁸³ “*İadei muhakeme talep eden A. evvelce taraflar arasında aleyhine delil teşkil edecek şekilde varılan Tıbbî Adli raporunun memleketteki o tarihte gayrikafi ilmi ve fenni imkanlar için tarafların asli kan gruplarının tahlili sonucu verilmiş bulunduğunu, halbuki inkişaf eden fenni imkanlara nazaran bu gibi sebebi ile babalığın tayin usulünde kat’i sonuç elde edebildiğini iler sürerek ve binnetice eski ilmi seviyenin mücbir sebep teşkil ettiğini beyanla Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu 445-1. madde ve bendine göre mücbir sebep hukuki nedenine dayanan muhakemenin iadesini istemiş ve diğer taraf ise cevap layihasında öne sürdüğü sebeplerle hadisede iadei muhakeme sebep ve şartları bulunmadığını savunmuştur. H.U.M.K.nun 445. maddesinde yazılı nedenlere dayanarak iadei muhakeme yolu evvelce usul hükümlerine göre mahkemeden verilmiş ve tarafları arasında muhkem kaziye teşkil etmiş bir hükmün değiştirilmesini temine yarayan fevkalade ve tamamen istisnai bir kanun yoludur. Bu niteliği itibari ile de evvelce hal edilen bir davanın yeniden görülmesi sonucunu vermekle anılan maddede yazılı pek ciddi ve tahdidi sebeplerle başvurulması kabil bir kanun yolu bulunmaktadır. Ve iadei muhakeme sebepleri tahdididir. Bu sebeplerin kıyas yolu ile genişletilmesi söz konusu olamaz. Kesin hüküm niteliği alınmış olan ilk davanın duruşması sırasında gerek hariç memleketlerde ve gerekse memleketimizde o tarihte bilinmediği öne sürülen yeni ilmi vakıaların sonradan keşfedilmiş olması eskiye nazaran fennin inkişaf etmiş bulunması hali Hukuk sistemimize göre H.U.M.K.nun 445-1. madde ve fıkrasındaki manada bir mücbir sebep sayılmaz. Şu kanuni duruma nazaran mahkemece mücbir sebebe dayana iade talebinin kabul edilmiş olması H.U.M.K.nun 445. maddesine aykırı olduğu gibi esas hakkındaki inceleme ve yargılama safhasında da, iadei muhakeme talebinde bulunan A.’nın kan grubu hakkında Gülhane Askeri Tıp Akademisince verilen 23.8.1967 günlük raporda yazılı kan faktörleri ile mahkemece esas bakımından iadei muhakeme talebinin kabulü sebebi sayılan Adli Tıp Müessesesinin 17.7.1968 tarihli tek imzalı rapordaki kan faktörleri arasındaki çelişmezliğin ve aleyhine iadei muhakeme istenen F. vekili tarafından 17.7.1968 tarihli Adli Tıp raporunun noksanlık ve taraflardan kan alışı şekli ile ilgili doktora izafe edilen sözlerle dair itirazlar üzerinde ve işin dahi bir iadei muhakeme yolu ile tetkik konusu yapılmakta olduğu eski müspet raporun da varlığı üzerinde hiç durulmamış olması usulsüz bulunmakla aleyhine iadei muhakeme istenenin temyiz itirazları yerinde görülmüştür.” Y. 2. HD. 24.03.1969, 6478/1561 (ABD, S.1969/3, s.563-564).*

elde edilememesi gibi durumları da ilgili taraf açısından zorlayıcı sebep olarak görmemiştir¹⁶⁸⁴. Doktrinde *Üstündağ*¹⁶⁸⁵, mücbir sebep denildiğinde tarafın kusurundan kaynaklanmayan hâllerin anlaşılması gerektiğini belirterek eleştirdiği Yargıtay kararına konu babalık davasında, davalının biyolojik babalığına ilişkin gerçeği bilimsel gelişmelerin ışığında daha doğru tespit etmeye yarayan raporun, ilk derece yargılaması sürerken bütün dikkat ve özeni göstermesine rağmen DNA analizi yönteminin henüz keşfedilmemiş olmasından dolayı elde edilememiş olmasını bir mücbir sebep olarak değerlendirmiş ve bu durumda yargılamanın iadesi sebebinin gerçekleştiğini öne sürmüştür.

Yine, mücbir sebebe ilişkin örnek sayılabilecek bir olayda, soybağının reddi yargılaması sürerken 1982 yılında alınan DNA analizi raporu ile, yıllar sonra haklı şüphe üzerine 1997’de tekrar gerçekleştirilen DNA analizine ilişkin raporun birbiriyle çelişmesi yargılamanın iadesi için yeterli görülmemiş ve yargılamanın iadesi talebinin reddine ilişkin ilk derece mahkemesi kararı onanmıştır. Bu kararda DNA analizine ilişkin bilimsel gelişmelerle sağlanan yeni tekniklerin dava tarihinde kullanılamamış olması mücbir sebep olarak yorumlanmamış ve davacının maddî (biyolojik) gerçekliği ispatlamakta yaşadığı güçlükler göz ardı edilmiştir.

Anılan kararın ardından davacı-başvuranın Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne başvurusu sonucunda, Mahkeme’nin 09.11.2006 tarihli içtihadında¹⁶⁸⁶, adli genetik bilimindeki gelişmeler sebebiyle yeni gen analizi tekniklerinin de kullanılmasıyla doğruluk payı oldukça artan soybağı testlerinin yaygın hâle gelmesi üzerine, ciddi şüphe sebebiyle tekrarlanan DNA testinde, ilk testten farklı sonuca ulaşılmasına rağmen, bu gelişmeyi soybağının reddi davası bakımından yargılamanın iadesi sebebi saymayıp davacının talebini reddeden Türkiye, aile ilişkilerindeki hukukî kesinliğin korunmasına yönelik genel menfaat ile başvuranın kanunî babalık karinesini biyolojik delillerle ispat-

¹⁶⁸⁴ **Arslan-** Yargılamanın Yenilenmesi, s.81; **Karsh-** Muhakeme, s.822.

¹⁶⁸⁵ **Üstündağ**, s.915.

¹⁶⁸⁶ AİHM Üçüncü Dairesi, *Tavlı & Türkiye* Kararı (Başvuru No: 11449/02). Karar metnine erişim için bkz. <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-77936> (E.T. 08.12.2019).

lama hakkı arasında adil bir dengenin kurulamadığı sonucuna varılarak, haksız bulunmuş ve tazminata mahkûm edilmiştir¹⁶⁸⁷.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, başvuranın işlettiği bu yargısal süreçle ilgili olarak bazı tespitlere yer vermiş ve hak ihlâli gerçekleştiği sonucuna varmıştır. Bu bağlamda, çocuğun doğumundan sonraki iki aydan kısa bir süre zarfında hak düşürücü süre dolmadan soybağının reddi davasını açan davacının, çocuğun biyolojik babası olmadığını ispatlayamadığı; bu sebeple de ulusal mahkemenin başvuranın, evlilik içinde doğan çocuğun biyolojik babası olduğuna hükmettiği görülmektedir. İlerleyen yıllar içerisinde DNA testlerinin yaygınlaşması ile birlikte yeni bir test yaptırmaya karar veren başvuranın, bu test sonunda biyolojik baba olmadığı sonucuna varılmasına ve testin doğruluğuna dair herhangi bir şüphe de bulunmamasına rağmen ulusal mahkeme, yeni elde edilen bir delilin yargılamanın yapıldığı zamanda dahi mevcut olması ve fakat bu delile mücbir sebepten dolayı (*force majeure*) erişilememesi koşulunun gerçekleşmediğinden bahisle, yeni yapılan DNA testini bu kapsamda değerlendirmemiş; yani yargılamanın iadesi için yeni elde edilen delilin, yargılama devam ederken de mevcut olması, ancak mücbir sebepten ötürü buna ulaşılamaması gerektiği düşüncesiyle başvuranın yargılamanın iadesi talebini geri çevirmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin önüne getirilen ulusal mahkeme kararı ise, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin özel hayata ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkını düzenleyen 8. maddesine aykırı görülmüş ve hak ihlâli tespitinde bulunulmuştur¹⁶⁸⁸. Esasen başvuranın bu talebi, yargılama esnasında mücbir sebep nedeniyle elde edilemeyen bir belgenin hükmün açıklanmasından sonra ele geçirilmiş olması halinde mahkemenin yargılamanın iadesine karar verebileceğini belirten HUMK m.445 hükmüne dayanıyor olsa da Yargıtay, bilimsel gelişmenin söz konusu yasal düzenleme kapsamında mücbir sebep olarak değerlendirilemeyeceğini belirtmiş; bu nedenle, ulusal mahkemenin HUMK m.445'e ilişkin yorumu, adli DNA testi yaygınlaşmadan önceki dönemde babalığa ilişkin biyolojik tespit yaptıramamış olanlar için bir imkân sağlamamıştır.

¹⁶⁸⁷ **Karılı-** Muhakeme, s.822; **Özekes-** Pekcanıtez Usûl, s.2331.

¹⁶⁸⁸ AİHM, *Tavlı & Türkiye* Kararı, para.33.

Anılan kararda AİHM, başvuranın ilk olarak soybağının reddi davası açtığı 1982 yılında DNA testi yapılmasının teknolojik zorlukları hesaba katılmaksızın yargılamanın iadesi talebinin reddinin neden “demokratik bir toplumda gereklilik” (*necessary in a democratic society*) olduğuna dair Hükümet’in sebep sunmadığını gözlemlemiş; ayrıca ulusal mahkemelerin, başvurandan ziyade çocuk ve ailenin yararını gözettiğine yönelik Hükümet’in savunmasından tatmin olmamış; özellikle çocuğun çıkarının nasıl gözetildiği belirtilmemiş; bilimsel kanıtlara göre kendisine ait olmayan bir çocuğun babalığını reddetmek için en azından bir fırsat verilmesinin başvuranın yasal hakkı olduğu gibi çocuğun da biyolojik babasının kimliğini bilmekte çıkarının bulunduğunu saptamıştır¹⁶⁸⁹. Mahkeme’nin aynı içtihadına göre, tespit edilen maddî vakıalar ve ilgililerin talepleri dikkate alınmaksızın, biyolojik ve sosyal gerçekliğe karşı hukuksal karinelere üstünlük tanınmış olması, devlete bırakılan belli bir ölçüdeki takdir yetkisi dikkate alındığında dahi, özel hayata ve aile hayatına etkili “saygı”nın güvence altına alınması yükümlülüğü ile bağdaşmamaktadır¹⁶⁹⁰. Mahkeme, bilimin gelişmesi olgusunu, HUMK m.445 hükmüne göre yargılamanın iadesi için sebep olarak kabul edilmemesi nedeniyle, başvuran kişinin soybağının reddi hakkından mahrum bırakılmış olmasının, ulaşılmaya çalışılan yasal amaçlarla orantılı olmadığı; aile ilişkileri bakımından hukukî güvenliğin ve yargısal kesinliğin korunması noktasındaki genel menfaat ile, babalığı hususundaki kanunî karinenin biyolojik delillerin ışığında gözden geçirilmesine ilişkin başvuranın hakkı arasında adil bir dengenin tesis edilemediği; ulusal mahkemelerin, yürürlükteki mevzuatı, bilimsel gelişmeler ve bunun toplumsal yansımaları ışığında yorumlaması gerektiği kanaatiyle¹⁶⁹¹ birlikte; sonuç olarak sorumlu devletin, kendisine tanınmış olan ölçülü takdir yetkisine rağmen, Sözleşme tarafından başvurana tanınan özel hayata saygı hakkını koruyamadığına karar vermiştir.

Görüldüğü üzere, genetik testlerin yaygınlaşmasıyla birlikte, davanın karara bağlanmasından sonraki bir tarihte mahkeme dışı elde edilen DNA analizi raporu, doğal soybağına ilişkin önceden verilip kesinleşen mahkeme hükmünün aksini gösterdiği tak-

¹⁶⁸⁹ AİHM, *Tavlı & Türkiye Kararı*, para.34.

¹⁶⁹⁰ AİHM, *Tavlı & Türkiye Kararı*, para.35.

¹⁶⁹¹ AİHM, *Tavlı & Türkiye Kararı*, para.36.

dirde, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarına göre yargılamanın iadesine izin verilmelidir; zira, 21. yüzyılda artık genetik biliminde meydana gelen önemli gelişmeler, teknolojinin eski imkânlarıyla ve ilkel yöntemlerle gerçekleştirilen DNA analizlerine dayalı olarak soybağına ilişkin mahkeme kararları toplumsal açıdan hukuka olan itimadı sarsmaya ve hukukî güvenliği tehdit etmeye başlamıştır¹⁶⁹².

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin anılan içtihadındaki tespit ve eleştirileri dikkate alan Yargıtay, 2014 yılında vermiş olduğu bir kararında¹⁶⁹³, yerleşik içtihadından dönmüş ve bilimin gelişmişlik düzeyi itibarıyla geçmişten günümüze kadar geçen zaman zarfında tıbbî imkânlardaki ilerleme sayesinde soybağını belirleyen testlerden net ve bilinebilir sonuçlar alınabilmesi karşısında, daha önce verilen ve kesinleşen mahkeme kararının aksine davalının, çocuğun biyolojik babası olmadığı kesin şekilde belirlendiği takdirde, artık HMK m.375 hükmüne istinaden yargılamanın iadesi yoluna başvurulabileceğini belirtmiştir¹⁶⁹⁴.

c. Değerlendirmeler

Tıptaki bilimsel gelişmişlik düzeyinin yeterince elverişli olmadığı dönemlerde henüz keşfedilmemiş yahut doğruluğu kanıtlanmamış olan genetik inceleme yöntemleri ve özellikle DNA analizinin, zaman ilerledikçe bilimsel değeri kanıtlanan ve biyolojik babalığın tespitinde güvenilir bir delil olarak tıp çevrelerince ciddi itibar gören yöntem olarak yaygın hâle gelmesiyle, ilgilinin babalık davasında verilen hükmün kesinleşmesinden sonra yaptırdığı DNA testinden çıkan sonuç, kesin hükmün içeriğiyle çeliştiği takdirde, yargılamanın iadesi sebebinin oluştuğu kabul edilmelidir. Yani, babalık davasında verilen hükmün kesinleşmesi sonrasında ortaya çıkan bilimsel gelişmelerden yararlanılarak alınan DNA analizine ilişkin genetik inceleme raporu, önceki davada kesinleşen hüküm sonucuyla örtüşmüyorsa, ilgili kişi bakımından yargılamanın iadesi yolu-

¹⁶⁹² **Tüzüner-** Adli Genetik, s.133.

¹⁶⁹³ Y. 18. HD. 06.03.2014, 439/3973 (Legalbank İçtihat).

¹⁶⁹⁴ **Akar**, s.137; “...İlk dava tarihi ile günümüz arasında geçen zaman içerisindeki tıbbi gelişmeler sonucunda soybağını belirleyen bu testlerden (babalık vb. testler) net, bilinebilir sonuçlar elde edilmektedir. Yargılamanın yapıldığı sırada ulaşılamayan bu durum nedeni ile davacı vekilinin talebinin kabulü ile Adli Tıp Kurumundan yeniden rapor alınması ve diğer kanıtların toplanmasından sonra oluşacak duruma göre bir karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile davanın reddi doğru görülmemiştir.” (Y. 18. HD. 06.03.2014, 439/3973; Legalbank İçtihat).

nun açık olduğu söylenebilir. Çünkü bilimsel gelişmişliğin henüz yeterli seviyeye ulaşmamasından ötürü biyolojik babalığa dair kesine yakın bir sonuç veren DNA analizi raporunun, babalık davasında hükmün kesinleşmesinden önceki dönemde mahkemeye ibraz edilememiş olması “tarafın elinde olmayan sebepler” kapsamında değerlendirilir. Kişi, eline yeni geçen DNA analizi raporunu davanın görüldüğü sırada göstereceği bütün dikkat ve özene rağmen ibraz edebilecek konumda bulunmadığı için, bununla ilgili olarak kendisine kusur yüklenemez. Bu yüzden kişi nezdinde hem zorlayıcı hem de elde olmayan sebebin varlığını kabul etmek gerekir¹⁶⁹⁵. Nitekim Alman hukukunda Aile Davalarında ve Çekişmesiz Yargı İşlerinde Yargılama Usulü Hakkında Kanun’un § 185 hükmünün ilk fıkrasına göre, biyolojik babalığa ilişkin olarak başlı başına ya da önceki yargılamada ileri sürülen diğer delillerle birlikte öncekinden farklı bir hükmün verilmesini gerektirecek yeni bir rapor sunarsa, soybağının tespiti hakkında verilen kesin hükme karşı yargılamanın iadesi yoluna gidebilir. Kaldı ki, bu durumda yargılamanın iadesi talebinin kabulünde herhangi bir sakınca olduğu da söylenemez; çünkü babalık davasında biyolojik babalığın ispatında kullanılacak belge, özel kişi ve kurumlarca değil, aksine resmî bilirkişiler tarafından hazırlanır. Dolayısıyla kötüniyetli olarak yöneltilen yargılamanın iadesi talepleri sonucunda kesin hükmün haksız yere bertarafını teşvik edici bir nitelik taşımadığı da ortadadır¹⁶⁹⁶. Her ne kadar ülkemizde Alman hukukundakine benzer açık bir düzenleme yer almasa da, içtihat yoluyla geliştirilecek yorum sayesinde aynı sonuca varılması mümkün olabilir. Aksi takdirde, genetik verilere göre aslında biyolojik baba olmayan bir kişinin, sırf kesin hükmün bağlayıcılığı ilkesinden ötürü hukuken baba saymak gibi, adalet duygularını derinden inciten bir sonuçla karşı karşıya kalınır¹⁶⁹⁷. Bir başka deyişle, Yargıtay’ın mevcut anlayışı çerçevesinde kalınması hâlinde, genetik kökenin aydınlatılması hususunda kullanılan tıbbî yöntemler zamanla ne kadar gelişirse gelişsin, bilimsel temeli bulunan maddî gerçeklik hukukî gerçeklik karşısında anlam ve önemini tümüyle yitirir. Halbuki maddî gerçeklik gayesi, kesin hüküm

¹⁶⁹⁵ Üstündağ, s.915; Arslan- Yargılamanın Yenilenmesi, s.81-82; Konuralp- İspat, s.110; Namlı, s.276.

¹⁶⁹⁶ Üstündağ, s.916.

¹⁶⁹⁷ Üstündağ, s.916; Arslan- Yargılamanın Yenilenmesi, s.83; Erten/Acır/Taşveren, s.584-585; Akar, s.137-138.

olgusuna feda edilmemelidir¹⁶⁹⁸. Keza yargılamanın iadesi, kesin hükmün gerçeği yansıttığına yönelik hukukî güvenlik düşüncesi ile maddî gerçeğin ortaya çıkarılmasına ilişkin yargısal menfaat arasındaki dengede, hukuk güvenliği bakımından olmazsa olmaz bir durum bulunmadığı sürece, gerçeğin ortaya çıkarılmasına ilişkin yargısal menfaate üstünlük tanınması ve bu doğrultuda yargılamanın iadesi sebeplerinin mümkün mertebe geniş yorumlanması gerekir¹⁶⁹⁹. Bu sebeple, Yargıtay'ın mevcut görüşünün terkedilmesi ve bilimsel gelişmelerden payını alan bir içtihat hukukunun oluşturulması isabetli olur¹⁷⁰⁰.

Buna karşın, kanımızca önceden açılan babalık davası süre yönünden yahut usulî eksiklikler sebebiyle (usulden) reddedilmiş ve verilen karar kesinleşmişse, daha sonradan yargılama dışında elde edilen babalık testi yargılamanın iadesi yolunun işletilebilmesine cevaz vermez. Çünkü önceki davanın reddinde davacı tarafın kusurundan kaynaklanan bir durum söz konusudur. Fakat dava, süresinde açılmakla birlikte, usul hukukuna yönelik gerekçelerle değil de, delil yetersizliğinden yahut tıbbi olanakların elverişsizliğinden dolayı biyolojik babalığın ispatlanamaması sebebiyle esastan reddedilmişse, bu durumda, az önce saydığımız gerekçelerle, sonradan tıptaki ilerlemeler sayesinde biyolojik babalığı %100'e yakın bir kesinlik içerecek şekilde ispatlayan babalık testinin elde edilmiş olması yargılamanın iadesi yolunu açan bir gelişme olarak görülmelidir.

Son olarak, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda tahdidî olarak sayılan yargılamanın iadesi sebepleri arasına, Alman Medeni Usul Kanunu'nun (mülga) § 641i; hali hazırda yürürlükte olan Aile Davalarında ve Çekişmesiz Yargı İşlerinde Yargılama Usulü Hakkında Kanun'un ise § 185 hükümlerinde olduğu gibi, DNA testleri örneğinden hareketle, bilimsel gelişmelerin ve teknolojik ilerlemelerin sağladığı imkanlarla ilgili bir hükmün eklenmesinde yarar olduğu kanısındayız¹⁷⁰¹. Yani, geçmişte bilimin sağladığı teknik imkânların kısıtlılığından dolayı ileri sürülemediği olan bir delilin daha sonradan elde edilebilmesi ve bu delile göre verilmesi gereken kararın, önceki hükümle ters düş-

¹⁶⁹⁸ **Arslan-** Yargılamanın Yenilenmesi, s.83; **Erten/Acır/Taşveren**, s.585.

¹⁶⁹⁹ **Namlı**, s.276.

¹⁷⁰⁰ **Akcan-** Madde 284 Üzerine, s.909-910.

¹⁷⁰¹ Aynı yönde bkz. **Akar**, s.136.

mesi hâlinde, bu durumun mücbir sebep teşkil ettiği kabulünden hareketle yargılamanın iadesi koşulları arasında sayılması, hukukun gereğidir. Böylece kamu düzeni açısından tartışmalara son verecek şekilde maddî gerçeğin mahkeme kararlarına yansıtılmasına olanak sağlanabileceği gibi, benzer uyuşmazlıklarda farklı kararların verilmesi ve maddî gerçeğin bulunması hususunda hakimin takdir yetkisini kullanırken karşılaştığı, karar alma sürecini olumsuz etkileyici nitelikteki güçlükler (örn. kamuoyundan gelen ve yargılamayı gereksiz yere uzatabilecek ölçüdeki bir vicdanî baskı) önlenebilir¹⁷⁰².

II. Kanun Yararına Temyiz

Kanun yararına temyiz, hukuk uygulamasında yeknesaklığı sağlamak amacıyla, taraflar nezdinde meydana gelen kesin hüküm hâlinin korunmasına rağmen, kanun yolu incelemesinden hiç geçmeden kesinleşen kararın hukuken yanlış olduğu ve kanunun kesin hükümde belirtilen şekilde uygulanamayacağı hususunun açıklanması, böylece ilerideki uygulamalarda bu konuda hataya düşülmesinin önlenmesi için mahkemelerin uyarılmasından ibaret olağanüstü bir kanun yoludur¹⁷⁰³. Kanun yararına temyiz yoluna başvurulması, kesin hükmün hukukî sonuçlarını ortadan kaldırmadığı gibi, kanun yararına bozma kararı verilmesi, aynı uyuşmazlığa ilişkin daha önceki karar üzerinde hiçbir etki doğurmaz¹⁷⁰⁴. Zira kesin hükmün hukukî sonuçlarının kaldırılması, yalnızca yargılamanın iadesi yoluyla mümkün olup, kanun yararına temyiz bir yargılamanın iadesi sebebi oluşturmaz. Tek başına kanun yararına temyiz yolu bir yargılamanın iadesi sebebi olarak düzenlenmemiş olmakla birlikte, kanun yararına temyize başvurulması sonucunda verilen bozma kararının içeriğindeki mesele, ayrıca yargılamanın iadesi sebebi teşkil ederse, o takdirde şartları göz önüne alınarak yargılamanın iadesi yoluna başvurulabilir ve kesin hükmün bertarafı ancak bu şekilde söz konusu olabilir¹⁷⁰⁵.

İlk derece mahkemelerinin, verildiği anda kesin olan kararlarıyla, istinaf incelemesinden geçmeden kesinleşen kararlarına karşı ve bölge adliye mahkemesi hukuk dai-

¹⁷⁰² Ege- Keşif, s.34.

¹⁷⁰³ Y. HGK. 24.05.1972, 1049/340 (İBD, S.1973/2, s.161-166). Ayrıca bkz. **Yılmaz, E.:** Olağanüstü Temyiz, Ankara 2003, s.49 vd.

¹⁷⁰⁴ **Yılmaz-** Olağanüstü Temyiz, s.387 vd.; **Akcan-** Temyiz Nedenleri, s.17; **Tanrıver-** Usul, C.II, s.105.

¹⁷⁰⁵ **Yılmaz-** Olağanüstü Temyiz, s.388.

relerinin ilk derece mahkemesi sıfatıyla kesin olarak verdikleri kararlarıyla, yine bu sıfatla verdikleri ve temyiz incelemesinden geçmeden kesinleşmiş bulunan kararlarına karşı, yürürlükteki mevzuata aykırı bulunduğu ileri sürülerek Adalet Bakanlığı veya Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından kanun yararına temyiz yoluna başvurulur ve kanun yararına temyiz talebi Yargıtay tarafından yerinde görüldüğü takdirde, kesinleşmiş olan karar, hukukî sonuçlarını koruyarak kanun yararına bozulur. Kanun yararına bozma kararının bir örneği, Resmî Gazete’de yayımlanması için Adalet Bakanlığı’na gönderilir ve böylece kanunların yurdun her yerinde aynı şekilde anlaşılıp uygulanması için duyurulması sağlanır (HMK m.363).

Anılan hüküm çerçevesinde bütün hukuk mahkemelerince verilen nihai kararlar kanun yararına temyize tâbi olduğuna göre¹⁷⁰⁶, aile mahkemelerinde görülen soybağı davalarındaki nihai kararlara karşı da kanun yararına temyize başvurmak mümkündür. Zira soybağı davalarında verilen nihai kararlar, taraflar veya Cumhuriyet savcısı süresi içerisinde istinaf yoluna başvurmadiğı takdirde şeklen kesinleşeceği için, kesin hüküm hâline gelen bu kararlarda hukukun yanlış uygulanmış olması sebebiyle mahkemelerin bundan sonraki benzer olaylarda aynı yanlışla düşmelerini önlemek açısından kanun yararına bozulur. Kanun yararına temyiz hakkındaki genel kural babalık davası açısından da geçerli olup herhangi bir özellik arz etmez. Dolayısıyla babalık davalarında verilen ilk derece mahkemesi kararlarına karşı istinaf yolu açık olduğuna göre, bu davaların sonucunda verilen ve istinaf incelemesinden geçmeden kesinleşmiş bulunan kararlara karşı kanun yararına temyiz yolunun müsait olduğu söylenebilir.

¹⁷⁰⁶ **Yılmaz-** Olağanüstü Temyiz, s.76.

SONUÇ

Babalık davası, evlilik dışı doğan çocuğun biyolojik babasının tespitini ve böylelikle çocuğun biyolojik babasıyla olan soybağı ilişkisinin hukuksal zeminde kurulmasını sağlamaya yönelik inşai bir dava türü olup mahkeme davalı erkeğin, biyolojik anlamda gerçekten çocuğun babası olup olmadığını, eldeki delillere ve yapılacak genetik soybağı incelemelerinin sonucuna göre tespit ederse, yani evlilik dışı çocuğun biyolojik babası olduğu ortaya çıkarsa, hukuken onun babalığına hükmeder. Babalığa dair hükmün kesinleşmesi sonucunda davalı erkekle çocuk arasında yasal soybağı (nesep) ilişkisi oluşur ve çocuğun aile hukuku ve miras hukuku bağlamında birtakım hakları doğar. Bu itibarla babalık davası, öncelikle çocuğun hak ve menfaatlerinin korunması amacıyla öngörülmuş bir dava türü olduğu için, usul hukuku açısından bu davanın, diğer davalardan ayrılan çeşitli yönleri ve arz ettiği özel durumlar söz konusudur. Ayrıca babalık davası, kamu düzenini ve kamu yararını doğrudan ilgilendiren bir niteliğe de sahip olduğundan, bu davalarda yargılamaya egemen ilkeler ve yargılama süresince uygulanan prosedür açısından da alelade hukuk davalarına göre bazı farklılıklar göze çarpar.

İnşai davalarda verilen hükümler esas itibarıyla geleceğe etkili olmakla birlikte babalık davasının, biyolojik babalığın hukuken hüküm altına alınmasının amaçlandığı, geçmişe etkili (*ex tunc*) inşai (yenilik doğurucu) bir dava olduğu kabul edilir. Öte yandan çocuğun biyolojik babasından başka bir erkek ile aralarında tanıma, evlat edinme, ana ile biyolojik babanın sonradan evlenmesi gibi herhangi bir yolla kurulmuş soybağı ilişkisi mevcutsa yahut çocuk evlilik içi doğan bir çocuk konumunda ise, bu soybağı ortadan kaldırılmadıkça, biyolojik baba olduğu iddia edilen erkeğe karşı babalık davası açılmaz; açıldığı takdirde, bu davanın özel dava şartı yokluğundan usulden reddi gerekir. Yine, evlilik birliği içinde doğan çocuğun soybağı reddedilmedikçe, yani dava konusu çocuk evlilik dışına çıkarılmadıkça babalık davası açılmaz; bu husus özel bir dava şartı olarak değerlendirilmelidir. Soybağının reddi davasıyla babalık davasının birlikte açılmasının da usulen isabetli olmadığına işaret etmek gerekir. Fakat babalık davasından önce açılmış ve hâlihazırda görülmekte olan derdest bir soybağının reddi davası, daha sonradan açılan babalık davasında bekletici sorun yapılabilir. Aynı şekilde, soybağı he-

nüz ananın kocası tarafından reddedilmeden önce açılmış olan babalık davasında da, daha sonradan açılan soybağının reddi davası, henüz nihai karara bağlanmamış olan babalık davası için bekletici sorun teşkil edebilir. Soybağının reddi davası ile babalık davasının birlikte açılmış olması ihtimalinde ise, çocuk ile ananın kocası arasındaki yasal soybağı ilişkisi ortadan kaldırılmadığı sürece babalık davası görülemeyeceğinden, bu davaların ayrılmasına karar verilmeli (HMK m. 167) ve babalık davası ayrı bir esasa kaydedilerek, soybağının reddi davası bu davada bekletici sorun yapıldıktan sonra, soybağının reddi davasının sonucuna göre bir karara bağlanmalıdır.

Evlilik dışı çocuk doğuran anaya ve çocuğa ayrı ayrı tanınmış olan babalık davası açma hakkı, kural olarak birbirinden bağımsız olup; ana ve çocuk, bu davayı birlikte, ihtiyarî dava arkadaşı olarak açabilecekleri gibi, her ikisinin ayrı ayrı açmalarında da herhangi bir engel yoktur. Ananın tek başına açtığı davada çocuk, davanın tarafı konumunda olmadığı için, örneğin nafaka, tazminat vb. malî sonuçlu talepler yönünden feragat sebebiyle davanın sona ermesi, diğerinin de aynı konularda dava açabilmesini engellemeyeceği gibi, dava hakkını da ortadan kaldırmaz. Bu itibarla ana ve çocuğun dava haklarının birbirinden bağımsız oluşu, örneğin çocuk adına kayyım tarafından açılan babalık davasının, çocuğun ölü doğması veya biyolojik babası tarafından tanınması sebebiyle konusuz kalması, davanın açılmamış sayılması, davada ileri sürülen bazı taleplerden feragat edilmesi yahut dava şartı yokluğundan usulden reddedilmesi, anaya ait babalık davası açma hakkının etkilenmemesini gerektirir. Ana ile çocuğun dava haklarının bağımsız olması, ayrı ayrı açılan her iki babalık davası arasında derdestlik ilişkisinin ortaya çıkmasını da önler. Nitekim derdestliğin söz konusu olabilmesi için tarafları, konusu ve sebebi aynı olan iki ayrı davanın varlığı gerekir. Dolayısıyla bu bağlamda, ana ve çocuk tarafından aynı anda ve fakat ayrı ayrı açılan her iki babalık davası arasında öncelik-sonralık ilişkisi de bulunmadığı için, aynı kişiye karşı, aynı veya benzer sebeplerle açılan davalar arasında HMK m.166/4 çerçevesinde bağlantı bulunduğu ve bu bağlantı sebebiyle davaların birleştirilmesi gerektiği söylenebilir. Fakat bağlantı sebebiyle davaların, ilk davanın açıldığı mahkemede birleştirilmesine karar verilmedikçe, her iki davanın aynı zaman dilimi içerisinde paralel şekilde görülmesinde de usulî bir

engel yoktur. Zira her iki davanın görülmesi bakımından birinin diğerine herhangi bir üstünlüğünden ya da önceliğinden söz edilemez.

Evlilik dışı çocuğun biyolojik babasıyla soybağının kurulmasına yönelik talebi içeren babalık davası açma hakkı, nispi anlamda kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan olduğu için, ayırt etme gücünü haiz küçük ana tarafından tek başına kullanılabilir ve ananın sınırlı ehliyetsiz olması buna engel oluşturmaz. Ergin olmayan ve fakat ayırt etme gücünü haiz ananın babalık davası açabilmesi için yasal temsilcisinin rızasına ihtiyaç yoktur.

Babalık davasında ayırt etme gücünü haiz küçük ananın davayı takip yetkisi münhasıran kendisine ait olup, ancak ayırt etme gücüne sahip ananın babalık davası açması için yasal temsilcisine yetki vermesi hâlinde yasal temsilci onun adına babalık davası açabilir. Ana, ayırt etme gücünden yoksun, yani tam ehliyetsiz konumunda ise, bu durumda ana adına babalık davası açıp yürütme yetkisinin, onun yasal temsilcisine ait olması gerekir. Zira, hem tam ehliyetsiz ananın babalık davasına ilişkin haklarının korunması ihtiyacı hem evlilik dışı çocuk doğuran ananın şahsında haksız ve adil olmayan sonuçların doğabilecek olması hem de tam ehliyetsizlik hâlinde ana adına yasal temsilcisi marifetiyle babalık davası açılıp açılmayacağı hususunda kanunda açık bir düzenlemeye yer verilmemiş bulunması sebebiyle, ayırt etme gücünden yoksun tam ehliyetsiz ananın yasal temsilcisine de bu davayı açabilme imkânının tanınması gerektiği söylenebilir.

Tıpkı ana gibi, evlilik dışı doğmuş ve hâlihazırda bir erkekle herhangi yoldan soybağı ilişkisi kurulmamış olan çocuk da, sağ olduğu müddetçe, biyolojik babasına karşı açılan babalık davasında davacı konumunda yer alıp taraf olabilme yetisine, yani taraf ehliyetine sahiptir. Öte yandan kanun koyucu, evlilik dışı çocuğun velayetini esasen anaya bırakmış olsa da, vesayet makamınca evlilik dışı çocuğun doğumundan herhangi bir şekilde haberdar olunması yahut ana tarafından evlilik dışı gebeliğin vesayet makamına bildirilmesi durumunda, çocuğun menfaatlerinin korunması amacıyla çocuğa, anası dışında bir kişinin kayyım olarak atanması ve babalık davasının, atanan bu kayyım marifetiyle ikamesi gerekir. Yani, bilhassa babalık davaları bakımından evlilik

dışı çocuk doğuran ana ile çocuğun menfaat ve yarar çatışması bulunduğu karineten kabul edilip kayyım atanmasıyla, bu çatışmanın önlenmesi amaçlandığı için, ananın çocuk adına, çocuğun yasal temsilcisi sıfatıyla dava açamayacağı söylenebilir. Ayrıca babalık davası açma hakkının nispî anlamda kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan olması sebebiyle, ayırt etme gücünü haiz küçük çocuğun bizatihi kendisi de bu davayı açıp yürütebilir. Zira sınırlı ehliyetsiz kategorisinde bulunan mümeyyiz küçük ve kısıtlıların, kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların kullanımını konu alan babalık davası gibi şahısvarlığını ilgilendiren davalar bakımından dava ehliyetini taşıdıkları; hatta sınırlı ehliyetsiz olsalar bile, bu tip davaların açılması bakımından anılan durumun bir engel teşkil etmediği bilinmektedir. Bu sebeple sınırlı ehliyetsizlerin, yasal temsile yahut yasal temsilcinin rızasına ihtiyaç duymaksızın tek başlarına babalık davası açıp yürütebilecekleri aşikardır. Yine, mümeyyiz küçük çocuğun tek başına dava açmasının fiilen mümkün olmadığı hâllerde kayyım aracılığıyla babalık davası açılması mümkündür. Ayırt etme gücü olmayan çocuk ise, tam ehliyetsiz olup, fiil ehliyetine ve dolayısıyla dava ehliyetine sahip değildir. Bu sebeple, ayırt etme gücünden yoksun çocuk, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan olan babalık davası açma hakkını tek başına kullanamaz; bu dava ile ilgili usul işlemlerini gerçekleştiremez; bunun için çocuğun mutlaka yasal temsiline ihtiyaç duyulur.

Babalık davası, evlilik dışı çocuğun babası olduğu iddia edilen kişiye karşı açılır. Yani babalık davasında pasif husumet, evlilik dışı çocuğun biyolojik babası olan kişiye aittir. Ananın kritik dönemde birden fazla erkekle cinsel ilişkide bulunması sebebiyle birden fazla kişinin baba olma ihtimalinin söz konusu olduğu hâllerde ise, babalık ihtimalinden bahsedilen her bir potansiyel babaya karşı subjektif dava yığılması, diğer deyişle dava arkadaşlığı formatında dava açılması gerekir. Ancak yapay dölleme amacıyla sperm bağışında bulunan donörün bağışladığı spermle dünyaya getirilmiş çocuğun söz konusu olduğu hâllerde, sperm bağışçısı biyolojik babaya karşı babalık davası açılması mümkün değildir.

Babalık davasında davalı konumundaki kişi ayırt etme gücüne sahipse, davada kendisi tek başına savunma yapıp usul işlemleri gerçekleştirebileceği gibi, varsa velisi veya vasisi konumundaki yasal temsilcisi tarafından temsil edilerek dahi davayı yürüte-

bilir. Zira kendisine karşı babalık davası açılan ayırt etme gücüne sahip küçük veya kısıtlı, kişiye sıkı sıkıya bağlı hakkın kullanımına ilişkin bu davada davalı tarafta yer alıp usul işlemleri yapabilir savunma gerçekleştirebilir, yani dava ehliyetine sahiptir. Davalının ayırt etme gücüne sahip olmaması hâlinde ise, kişiliği koruyan davalardan olan babalık davasında tam ehliyetsizin menfaatlerinin korunması amacıyla kendisini yasal temsilcisi (velisi veya vasisi) temsil eder; yani, davalı tarafta yer alan tam ehliyetsiz adına davayı takip yetkisi yasal temsilcisine aittir. Kendisine karşı babalık davası açılan kişi, ayırt etme gücünden yoksun olduğu hâlde henüz kendisine yasal temsilci atanmamışsa, bu durumda davanın açıldığı mahkeme, davalıya bir vasi atanması için resen vesalet makamına başvurur ve davalıya vasi atanıncaya kadar davayı bekletir. Aynı şekilde, açılmış ve görülmekte olan davada davalının yasal temsilcisinin ölmesi yahut temsil yetkisini kaybetmesi sebebiyle ayırt etme gücü taşımayan küçüğün hukuken yetkili bir yasal temsilcisinin olmadığı hâllerde de, mahkemece derhal harekete geçilip davalıya yeniden yasal temsilci atanması için vesalet makamına bildirimde bulunulması ve vesalet makamınca atanan yeni yasal temsilcinin kimliği mahkemeye bildirilinceye kadar yargılamaya ara verilip beklenmesi gerekir.

Biyolojik baba olduğu iddia edilen kişinin ölümünden sonra babalık davası, kanun gereği onun yasal ve atanmış tüm mirasçılarına karşı açılır. Biyolojik babanın sağlığında açılan babalık davası derdest iken, davalının ölmesi hâlinde de aynı kural geçerli olup, derdest babalık davasında HMK m.55'e göre taraf teşkili yeniden sağlanarak davalının mirasçılarına karşı davaya devam edilebilir. Zira mirasbırakan öldükten sonra babalık davasında verilen babalık hükmü, davacı çocuk ile ölen davalı biyolojik baba arasında soybağına ilişkin kişisel nitelikli sonuçların doğmasına sebep olur. Yani, biyolojik baba öldüğü takdirde babalık davası, onun mirasında hak sahibi olan bütün yasal mirasçılarına karşı açılabilceği gibi, dava derdest iken ölen davalı biyolojik babanın mirasçılarına karşı davaya devam edilebilir; her iki durumda da davalı mirasçılar arasında pasif husumet noktasında maddî mecburî dava arkadaşlığı şeklinde bir usul hukuku ilişkisi ortaya çıkar. Evlilik dışı çocuğun, ölen davalının (biyolojik babanın) yasal soybağına girme hakkı, konusu itibariyle para dışında başka talepleri kapsar. Bu sebeple davalı (biyolojik baba), çocuğun dava açmasından önce ölürse, davacı çocuk, ölenin

mirasçılarına karşı hep birlikte dava açmak zorunda olup, davalı tarafta pasif maddî mecburî dava arkadaşı olarak davalıların da hep birlikte hareket edip miras ortaklığı adına savunma yapması gerekir. Yine babalık davasının ana ve çocuk tarafından birlikte açılması hâlinde, ana ile çocuk arasında ihtiyarî dava arkadaşılığı şeklinde usul hukuku ilişkisinin oluştuğu belirtilmelidir.

Türk Medeni Kanunu'nun 301. maddesine göre babalık davasının Cumhuriyet savcısına ve Hazine'ye, dava ana tarafından açılmışsa kayyıma, kayyım tarafından açılmışsa anaya ihbar edileceği özel olarak düzenlenmiş olup, bu düzenlemeyle mahkemenin davayı resen ihbarı kurumunun hukukumuzdaki önemli bir örneğine yer verildiği söylenebilir.

Ana tarafından açılmış olan babalık davasının kayyıma ihbar edilebilmesi için, dava açıldıktan sonra, davanın açıldığı aile mahkemesince vesayet makamı olan sulh hukuk mahkemesine bildirimde bulunularak evlilik dışı çocuğa resen bir kayyım atanması ve çocuğun, yasal temsilcisinden bağımsız şekilde kayyım marifetiyle davaya katılması sağlanmalıdır.

Babalık davasının Cumhuriyet savcısına resen ihbar edilmesinin gerekçesi, davanın kamu düzenine ilişkin olması, toplumda yerleşik aile yapısının korunması ve evlilik dışı çocuğun soybağı üzerinden gerçekleşmesi muhtemel suistimallerin engellenmesi düşüncesidir. Hazine'den farklı olarak, Cumhuriyet savcısının, ihbar üzerine davaya katılması zorunludur. Cumhuriyet savcısının katıldığı hukuk davalarında, genel olarak Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile birlikte hukukumuzda giren münhasır dava takip yetkisi ile donatıldığı söylenebilir. Zira, Cumhuriyet savcısının açtığı ya da katıldığı hukuk davalarında Cumhuriyet savcısı, çekişmeli maddî hukuk ilişkisinin tarafı konumunda bulunmadığı gibi, dava konusu yapılan subjektif hakka ya da hukukî ilişkiye yabancısıdır. Kanun koyucu, şeklî anlamda taraf sıfatı ve münhasıran dava takip yetkisi vererek, kamu düzeni düşüncesiyle, Cumhuriyet savcısına kendi adına usul işlemleri yürütüp taraflar için sonuç doğuracak şekilde hüküm alabilme yetkisi tanıdığından, Cumhuriyet savcısı, kanunda belirtilen bu hukuk davalarında şeklen taraf gibi konumlanır ve onun bu konumu, bağımsız kanunî dava takip yetkisine dayanır.

Babalık davasında “hak düşürücü süreler” başlıklı TMK m.303 hükmünün birinci fıkrasına göre ananın babalık davası açma hakkı, çocuğun doğumundan başlayarak bir yıl geçmekle düşer. Babalık davası için öngörülen bu süre, niteliği itibariyle hak düşürücü nitelikte olup, süreyi düzenleyen hüküm de usul hukuku normu değil, maddî hukuka ilişkin bir normdur. Ananın, çocuğun doğumundan önce açabileceği babalık davasının görülebilmesi ise, ancak çocuğun sağ olarak dünyaya gelmesi koşuluna bağlıdır. Yani, doğumdan önce açılan davada babalığa hükmedebilmesi için hâkim, doğum olayını beklemeli ve çocuğun tam ve sağ doğması halinde davaya devam edip kararını açıklamalıdır.

Çocuk yönünden babalık davası açma süresinin öngörüldüğü TMK m.303/2 hükmü, Anayasa Mahkemesi’nce iptal edilmiştir. Esasen, Anayasa Mahkemesi’ne yapılan iptal başvurusunun konusu, anılan fıkradaki “*hiç kayyım atanmamışsa çocuğun ergin olduğu tarihten itibaren işlemeye başlar.*” ibaresi olmakla birlikte; Anayasa Mahkemesi, bu ibarenin iptali nedeniyle uygulanma olanağı kalmayan, aynı fıkranın “*Çocuğa doğumdan sonra kayyım atanmışsa, çocuk hakkında bir yıllık süre, atamanın kayyım tebliği tarihinde;...*” şeklindeki geri kalan bölümünün de iptaline ve iptal hükmünün, kararın yayımlanmasından başlayarak bir yıl sonra (07.02.2013’te) yürürlüğe girmesine karar vermiştir. Dolayısıyla 07.02.2013 tarihi itibarıyla, Türk Medenî Kanunu’nda çocuğun ya da kayyımın babalık davası açması için herhangi bir süre koşulu kalmamış olup, iptal edilen hükmün yerine yeni bir düzenleme ihtiyacı ortaya çıkmıştır. Anayasa Mahkemesi’nin söz konusu iptal kararında, çocuğa babalık davası açmak için tanınan bir yıllık sürenin haklı bir sebeple kullanılamaması hâlinde, bunun yerine öngörülen bir aylık ek sürenin çok sınırlı olması ve yine hak düşürücü nitelikteki bu sürenin de dolmasından sonra çocuğun biyolojik babasıyla yasal soybağını kurma ve buna bağlı haklara sahip olma olanağını tümüyle yitireceği düşüncesinden hareketle, çocuğun maddî ve manevî varlığını geliştirme hakkını ve hak arama özgürlüğünü sınırlayan bu bir aylık ek sürenin adil, ölçülü ve makul olmadığı ifade edilmiştir.

Babalık davası aile hukuku meselelerinden biri olduğundan, 4787 sayılı Kanun’un 1. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca bu davada görevli mahkeme, aile mahke-

mesidir. Yetkili mahkeme bakımından ise, Türk Medenî Kanunu'nun 283. maddesi uyarınca, babalık davasında davacı ananın veya çocuğun, davanın açıldığı andaki ya da ananın doğum anındaki yerleşim yerinin yanı sıra, davalının dava ya da doğum anındaki yerleşim yeri mahkemesinin de yetkili olduğu görülür. Keza soybağı davalarının kamu düzenine ilişkin, resen araştırma ilkesinin uygulandığı ve dolayısıyla tarafların, üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri hususlara ilişkin davalardan olması sebebiyle, açık ve emredici bir ifadeyi içeren mezkur yetki kuralının (TMK m.283) kesin yetkiyi düzenlediği ve yetki sözleşmesini de yasakladığı sonucuna varmak mümkündür.

Soybağı davalarında yargılama usulünü düzenleyen TMK m.284'ün birinci bendine göre hâkim, babalık davasında maddî vakıaları resen araştırır ve delilleri serbestçe takdir eder. Soybağı davalarının kamusal niteliği sebebiyle, dava sırasında çocuğa kayyım atanması gibi gerekli tedbirlerin alınmasına ilişkin çekişmesiz yargı işleri bakımından resen harekete geçme ve tahkikat aşamasında dava malzemesinin resen araştırılması ilkelerinin geçerli olduğu söylenebilir.

Asliye hukuk mahkemesi derecesinde kurulmuş olan aile mahkemesindeki davalarda HMK m.322/1 uyarınca yazılı yargılama usulü uygulanır. Fakat yazılı yargılama usulü, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda kapsamlı şekilde düzenlenen ve esas olarak benimsenen yargılama usulü olduğu için, basit yargılama usulüne nazaran formalitesi fazla ve uzun süren bir yargılama usulü olarak görülebilir. Halbuki aile hukukundan doğan uyuşmazlıkların özel önemi ve hassasiyetiyle birlikte aile mahkemelerinin kurulmasında güdülen amaç göz önüne alındığında, aile mahkemeleri bakımından da basit yargılama usulünün, hatta 4787 sayılı Kanun çerçevesinde özel bir başka yargılama usulünün öngörülmesi düşünülebilirdi. Zira aile hukukundan doğan davalar için özel bir mahkeme kurulması kadar, bu davalarda uygulanacak olan yargılama usulü de önemlidir.

Babalık davasında iddia ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağı ile bunun istisnaları uygulama alanı bulmaz. Yani, resen araştırma ilkesine tâbi olan babalık davalarında teksif ilkesi geçerli değildir. Zira resen araştırma ilkesi, teksif ilkesinin istisnaları arasında yer alıp taraflar, vakıa iddialarını ve delillerini yalnızca belli bir

usul kesitine kadar, yani dilekçeler aşamasının tamamlanmasına kadar ileri sürmek zorunda değildir; tam tersine, hüküm aşamasına kadar yeni dava malzemesi sunabilirler. Keza ikrar ve yemin, hâkimi bağlamadığı gibi, delil sözleşmesi de hukuken caiz değildir. İkinci tanık listesi verme yasağı, bu ilkenin uygulandığı davalar bakımından işlerlik kazanamaz ve hâkimin, tahkikatı çekişmeli maddî vakıalara hasretme zorunluluğu da söz konusu değildir. Fakat babalık davasında tarafların isticvabı mümkün değil ise de, HMK m.144 çerçevesinde tarafların dinlenilmesi mümkündür. Ayrıca tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği davalardan olan babalık davasında HMK m.325 gereği, resen başvurulmuş deliller için gerekli avansın süresinde yatırılmaması hâlinde, ileride bu gideri ödemesi gereken taraftan alınmak üzere, giderin Hazine bütçesinden ödenmesine karar verilir. Yalnızca kamu düzenine ilişkin ya da kanun koyucunun açıkça öngördüğü istisnai hâllerde işlerlik kazanan resen araştırma ilkesi, çoğunlukla tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunamayacağı yahut hukuk politikası uyarınca davanın taraflarından birisinin diğerine nazaran korunmaya değer üstün yararının olduğu düşünülen hâllerde, örneğin babalık davasında uygulanır.

Babalık davasında davacı, baba yönünden nesepsiz çocuğun evlilik dışı cinsel ilişkisinin ürünü olarak dünyaya geldiği hususundaki iddiasını mahkeme önüne taşıdığından, çocuğun anası ile davalı erkek arasındaki evlilik dışı cinsel ilişki vakıası, davaya taraf olanların ve hatta evlilik dışı çocuğun özel hayatının en mahrem alanına dahil kabul edilip aleniyetin kaldırılması gerekir. Her ne kadar HMK m.28/2 hükmünden, babalık davasının gizli yargılamaya tâbi olduğu sonucunun çıkarılması mümkün değil ise de, çocuğun toplum içindeki statüsünün korunması ve tarafların özel hayatının gizliliği bakımından babalık davasına bakan hâkim, taraflardan birisi talepte bulunmasa dahi, resen gizlilik kararı verip duruşmaların kapalı ortamda yapılmasını sağlayabilir.

Sözlülük ilkesinin ve sözlü yargılamanın öne çıkan avantajları sebebiyle babalık davası açısından sözlülüğün vazgeçilmemesi gereken bir yöntem olduğu söylenebilir. Zira babalık davası, çocuğun yüksek menfaatlerini ilgilendiren kamu düzenine ilişkin soybağı konusunu ele aldığı için hâkimin, duruşmada taraflarla şahsen bir araya gelip dava malzemesinin toplanması amacıyla birlikte hareket edebilmesi sözlülüğün yardı-

miyla mümkün olabilir. Her ne kadar babalık davasında isticvap ve ikrar kavramları kendilerinden beklenen etkileri doğurmasa da, sözlü yargılama sayesinde hâkim, biyolojik baba olduğu iddia edilen davalı ile evlilik dışı çocuğun anası arasındaki dava ilişkisini çocuğun menfaatleriyle mukayese şansı yakalar ve davayı aydınlatma ödevi çerçevesinde soru sorma ve açıklama yapılmasını isteme yetkisini çocuğun yararı doğrultusunda azamî verim elde ederek kullanabilir.

Hukuk muhakemesinde beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması da dahil olmak üzere, genel anlamda insan vücudu üzerindeki incelemelerin nasıl cereyan edeceği ile ilgili HMK m.292 haricinde herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Hukuk muhakemesi bağlamında genel olarak beden muayenesi, vücuttan örnek alınması ve bu süreçlere katlanma yükümlülüğü bakımından ortaya çıkan yasal düzenleme boşluğu, HMK m.291 ve devamındaki genel keşfe katlanma yükümlülüğü ile ilgili hükümlerle doldurulabilir mi? Ya da acaba konusu soybağının tespiti olmayan hukuk davalarında da HMK m.292 hükmünden yararlanılarak özel bir keşfe katlanma zorunluluğu bulunduğu söz edilebilir mi? Yürürlükteki mevzuat çerçevesinde soruna çözüm bulabilmek için, kanımızca hukuk muhakemesinde beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması gibi, insan vücudu üzerindeki müdahale ve incelemelerin usulü ile ilgili olarak Ceza Muhakemesi Kanunu'nda düzenlenen hükümlerin, niteliğine uygun düştüğü ölçüde ve mutlaka kamu düzenine ilişkin davalarla sınırlı şekilde kıyasen uygulanması düşünülebilir. Hukuk muhakemesinde dava konusu soybağı dışında kalmakla birlikte, insan vücudu üzerinde inceleme yapılmasını gerektiren ve kamu düzenine ilişkin olan diğer davalar bakımından Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre hareket edilmesinde kanunilik, öngörülebilirlik yahut hukukî güvenlik ilkeleri itibariyle bir sakınca bulunmadığı düşüncesindeyiz. Zira ceza muhakemesinde geçerli olan ilke ve kuralların birçoğu, hukuk muhakemesinde kamu düzenine ilişkin davalar bağlamında da söz konusu olup, kamunun ortak menfaatini ilgilendiren konularda davanın hangi muhakeme dalına ait olduğu her hâlükârda belirleyici görülmemelidir. Kamu düzenine ilişkin davalarda özellikle ispat hakkının kullanılmasına katkı sağlayıcı nitelikteki yasal hükümlerin, sırf hukuk muhakemesi kapsamında düzenlenmemiş olmasına dayanarak kanunilik ilkesinin ihlâline yol açılacağından söz etmek kamu yararının korunması amacıyla bağdaşmaz.

Ayrıca, usulüne uygun olarak, sınırları önceden çizilmiş şekilde ve somut koşulları gözetilmek suretiyle gerçekleştirilen soybağı üzerine genetik incelemelerin tek başına kişinin manevî bütünlüğüne müdahale niteliği taşımadığı ve özel hayatın gizliliğiyle korunmak istenen menfaati ihlâli etmediği kanısındayız. Babalık davasında doğal soybağının tespitine yönelik genetik inceleme yapılabilmesi için, derdest bir davada esasa girilmiş olması; davalının biyolojik babalığa ilişkin makul ve haklı şüphenin bulunması; incelemenin, soybağının aydınlatılabilmesi için gerekli ve zorunlu olması; bilimsel esaslara uygun ve orantılı (ölçülü) olması; kişinin sağlığı yönünden sakıncasız ve katlanılabilir olması; genetik verilerin korunması adına gerekli tedbirlerin alınması ve muhataba önceden bildirim yapılması koşulları sağlanmalı ve bu koşullar sağlandığı takdirde hukuka uygun sayılmalıdır.

Soybağının tespiti için yapılmasına karar verilen genetik incelemeye ilişkin olarak, kişinin, vücudundan numune alınmasına rıza gösterme (katlanma) zorunluluğu bağlamında, davanın tarafları ve üçüncü kişiler, soybağının belirlenmesinde zorunlu olan ve sağlıkları yönünden tehlike yaratmayan araştırma ve incelemelere rıza göstermekle yükümlü olup; davalı buna rıza göstermediği takdirde hâkim, durum ve koşullara göre soybağı incelemesinden beklenen sonucu, onun aleyhine doğmuş sayabilir (TMK m.284/1, b.2). Türk Medeni Kanunu'nun m.284/1, b.2 hükmü, babalık davasına bakan hâkim tarafından, DNA analizi yöntemiyle genetik incelemeye karar verilerek, biyolojik baba olduğu iddia edilen davalıdan kan, doku ve sıvı örneği alınabilmesine imkân sağlamakta; davalıya veya ilgili üçüncü kişiye de kan, doku veya sıvı örneği alınması işlemine rıza gösterme zorunluluğu getirmektedir. Buna karşın DNA analizi için vücudundan numune alınmasına rıza göstermeyen davalı veya üçüncü kişiye yönelik genetik inceleme kararının zor kullanılarak uygulanmasına izin vermeyen bu düzenleme, keşfe katlanma zorunluluğuna uymamanın yaptırımı olarak, biyolojik baba olduğu iddia edilen davalının, doğal soybağı ispatlanmamış olsa bile, hukukî anlamda baba olarak kabulüne ve bunun sonucunda evlilik dışı çocuğun yasal soybağının kurulmasına imkân tanımaktadır.

Öte yandan, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 292. maddesinde sevk edilen özel düzenlemeye göre ise, evlilik dışı çocuğun soybağına ilişkin uyuşmazlığın hâlli bakımından zorunlu, bilimsel verilere uygun ve sağlık yönünden bir tehlike oluşturmamak şartıyla, herkes genetik soybağının tespiti amacıyla vücudundan kan, doku veya sıvı örneği alınmasına katlanmak zorunda olup, haklı bir sebep olmaksızın bu zorunluluğa uyulmaması hâlinde hâkim, incelemenin zor kullanılarak yapılmasına karar verir. Anılan düzenlemenin, Türk Medeni Kanunu'nun 284. maddesinin ikinci bendindeki kuraldan farklılaşan en önemli yanı, keşfe katlanma yükümlülüğü altındaki davalı veya ilgili üçüncü kişinin, haklı bir sebep olmaksızın, soybağının tespiti amacıyla vücudundan kan, doku veya sıvı örneği alınmasına rıza göstermemesi halinde işlerlik kazanması öngörülen yaptırım olarak, DNA örneği alınması işleminin ilgiliye karşı zorla uygulanması imkânının hukuken tanınmış olmasıdır.

Soybağı incelemesi, usul hukuku yönüyle keşif niteliği taşıdığından, mahkeme usul işlemi olarak değerlendirilebilir. Keşif ile ilgili usulî hükümler arasında yer alan HMK m.292, keşfin icrası ve keşfe katlanma zorunluluğu bakımından, TMK m.284/son c. hükmüne nazaran sonraki tarihli özel hüküm niteliğinde olup, öncelikle uygulanmalıdır. İki ayrı usul hukuku normu arasında özel ve sonraki tarihli hüküm olan HMK m.292 üstün tutulmalıdır. Netice itibarıyla, bu noktadaki tartışmaları tümüyle bertaraf etmenin en kestirme yolu ise, kanun koyucu tarafından TMK m.284/son c. hükmünün açık ve net bir şekilde yürürlükten kaldırılmasıdır.

Soybağının tespitine yönelik genetik incelemelerde resmî bilirkişilerden başka herhangi bir bilirkişinin görevlendirilmesi mümkün değildir. Aksi yönde bir tutum, hükme etkili usule aykırılık olarak bozma sebebi sayılır. Adli Tıp Kurumu'ndan başka, DNA analizi yöntemiyle genetik incelemeler bağlamında, Jandarma Genel Komutanlığı ve Emniyet Genel Müdürlüğü bünyesinde faaliyet gösteren Kriminal Daire Başkanlığı Laboratuvarlarının yanı sıra, üniversitelerin tıp fakülteleri bünyesindeki adli tıp anabilim dalı veya adli tıp enstitülerinin de resmî bilirkişi sıfatıyla görevlendirildikleri bilinmektedir.

Soybağının tespiti amacıyla yapılan DNA analizi sonucunda elde edilen veriler tıbbî ve biyolojik kesinlik içeren, zamana, mekana ve kişiye göre değişmeyen objektif bilimsel veri niteliğinde olduğundan hâkim, bu verileri takdir edemez; işin niteliği gereği, soybağı incelemesinin söz konusu olduğu davalarda yapılan bilimsel incelemeler, doğruluklarının değerlendirilmeleri bakımından, hukuken değilse bile, bilimsel açıdan hâkimi bağlar. Diğer hukuk davalarından farklı olarak, soybağını aydınlatan davalarda Adli Tıp Kurumu’nun hazırladığı genetik analiz sonuçlarına ilişkin bilirkişi raporunun hâkim nazarında takdirî delil sayılması ve serbestçe değerlendirilmesi, esasen teorik bir söylemden öteye gidemez ve adli tıp raporuna itibar etmek istemeyen hâkimin yapabileceği tek şey, yeniden rapor hazırlanması için dosyanın tekrar bilirkişiye tevdiinden ibarettir.

Hukukumuzda yargısal faaliyet kapsamında insan üzerindeki genetik incelemelerin işleyişini özel olarak düzenleyen, Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 75. ilâ 80. maddeleri dışında, başka herhangi bir yasal mevzuat bulunmamakla birlikte, “Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik” bu konuda öne çıkan en detaylı düzenlemedir. Mevzuatta moleküler genetik inceleme adıyla bilinen adli DNA analizi, yalnızca ceza muhakemesinde değil, hukuk muhakemesinde de kullanılan bir ispat aracı olması sebebiyle, ceza muhakemesi kapsamındaki bu hükümlere benzer şekilde, hukuk muhakemesinde de uygulanmak üzere bazı düzenlemelere gereksinim olduğu ortadadır. Ceza muhakemesinde yer alan beden muayenesi, vücuttan örnek alınması ve genetik incelemeler ile ilgili hükümlerin hukuk muhakemesi bakımından da öngörülerek kişi dokunulmazlığına müdahalenin hukuka uygunluğu, öngörülebilirliği ve hukukî güvenlik ilkesinin korunması adına ayrıntılı şekilde düzenlenmesi son derece önemlidir.

Olması gereken hukuk açısından, hukuk muhakemesinde yargılama giderlerine kimin katlanacağı hususunda yürürlükteki genel hükümlerden ayrı olarak aile mahkemelerinde görülen dava ve işlerin özelliği ve yargılamada karşı karşıya gelen menfaatlerin niteliği sebebiyle yargılama giderlerinden sorumluluğun özel düzenlemeler sevk edilerek yeni bir rejime bağlanması gerekir. Zira, aile mahkemelerinde görülen dava ve

işlerin büyük bir bölümünde ailenin huzur ve refahıyla ananın ve çocuğun korunmasını gerektiren durumlar ortaya çıkar ve devlet, Anayasa'nın 41. maddesinden doğan yükümlülüklerini yerine getirmek için toplumun yapı taşı aile kurumunu korumaya ve aile hukukuna ilişkin yargılamalarda mahkemelere önemli görev ve sorumluluklar yüklemeye yönelik düzenlemeler sevk etmek zorundadır. Özellikle çocuğun korunmaya değer yüksek menfaatleri sebebiyle, soybağına ilişkin davalarda yargılama ve cebrî icraya yönelik harç ve giderlerden çocuk lehine muafiyet sağlayan genel bir düzenleme yapılarak, aile mahkemesinin görevine giren ve açıkça öngörülenlerin haricindeki diğer dava ve işler bakımından da adli yardım kurumunun daha etkin ve işlevsel hâle getirilmesi gerektiği düşünülmektedir.

Son olarak, geçmişteki babalık davalarında, dava derdest iken teknik imkanların yetersizliğinden dolayı elde edilemeyen tıbbî bilimsel rapor, bugünün teknik imkanları dahilinde düzenlenebiliyor ve maddî gerçek ortaya çıkarılabiliyor ise, yargılamanın iadesi sebeplerini düzenleyen HMK m.375/1 hükmünün (ç) bendi uyarınca yargılamanın iadesi talebinin kabulü gerekir. Çünkü soybağının tespiti konulu davalar kamu düzeni ve kamu yararı esası çerçevesinde ele alındığına göre, her ne kadar yargılamanın iadesi sebepleri Kanun'da tahdidî sayılmışsa da, konuyu kamu düzeni ve çocuğun üstün yararı açısından yorumlayıp sonuca varmak daha isabetli bir tercih olur. Tereddütlerin bertarafı için, bilimsel gelişmeler, “mücbir sebep” ve “elde olmayan sebep” ifadelerinin anlamı ile ilgili herhangi bir duraksamaya yer vermemek için HMK m.375/1-ç hükmü, *“Yargılama sırasında, aleyhine hüküm verilen tarafa izafe edilemeyecek olaylardan yahut bilimsel ve teknik imkânların elverişsizliğinden dolayı elde edilemeyen, esasa doğrudan etkili bir delilin hükmün verilmesinden sonra ortaya çıkması”* şeklinde revize edilebilir.

KAYNAKÇA

- Aba-Harmancı, F.** : Tıbbi Bilirkişi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gaziantep 2019.
- Acabey, M. B.** : Soybağı (Kurulması, Genel Olarak Sonuçları, Özellikle Evlilik Dışında Doğan Çocukların Mirasçılığı), İzmir 2002.
- Açıkgöz, A.** : Dar Anlamda Vesayeti Gerektiren Hâller ve Vesayet Altına Almanın İşlem Ehliyeti Bakımından Sonuçları, İstanbul 2017.
- Açıkgöz, N./ Hancı, İ. H.** : Babanın Belirlenmesi (Nesep Tayini) (STED, C.12, S.2003/12, s.464-465).
- Açıkgöz, N./Hancı, İ. H./Çakır, A. H.:** DNA Laboratuvarının İşleyişi (STED, C.11, S.2002/4, s.126-128).
- Adolphsen, J.** : Zivilprozessrecht, 5. Aufl., Baden-Baden 2016.
- Aebi-Müller, R. E.** : Abstammung und Kindesverhältnis - wo stehen wir heute? (*hrsg. Girsberger/Luminati: ZGB gestern - heute - morgen, Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 2007, Zürich-Basel-Genf 2007*).
- Aebi-Müller, R. E.** : Persönlichkeitsschutz und Genetik - Einige Gedanken zu einem aktuellen Thema, unter besonderer Berücksichtigung des Abstammungsrechts (ZBJV 144/2008, S.82, s.82-125).
- Aebi-Müller, R./Jaggi, M.** : Streit um die Abstammung- Länderbericht Schweiz (Streit um die Abstammung -ein europäischer Vergleich- Beiträge zum europäischen Familienrecht, *hrsg. Spickhoff/Schwab/Henrich/Gottwald, Bielefeld 2007, s.343-394*).
- Ahrens, H. J.** : Der Beweis im Zivilprozess, Köln 2015.
- Akar, K.** : Soybağı Tespiti, Ankara 2015.
- Akbal, M.** : Medeni Yargılama Hukukunda Adli Yardım (TBBD, S.2011/93, s.147-173).
- Akbıyık, C./Aydın, G. S.** : Hukuk Muhakemeleri Kanunu M.292 Uyarınca Kişilerden Soybağı Tespiti Amacıyla Zor Kullanılarak Kan Veya Doku Alınmasının Kişilik Hakkını İhlal Edip Etmediği Sorunu (İKÜHFD, C.13, S.2014/1, s.7-31).

- Akbıyık, C.** : Anayasa Mahkemesinin Soybağı Hukuku Alanındaki Kararlarının Toplu Bir Değerlendirilmesi (MÜHFD, S.2012/1, s.203-224).
- Akbulut, P. E.** : 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununa Göre Aile Hukukuna İlişkin İhtilaflarda Türk Mahkemelerinin Yetkili İle Bu Kuralların 5718 Sayılı MÖHUK’a Etkisi [Prof. Dr. Burhan Ceyhan’a Armağan, C.II, İzmir 2012 (DEÜHFD, C.12, Özel Sayı 2010), s.1053-1072].
- Akcan, R.** : Hukuk ve Ceza Mahkemesi Kararlarının Birbirine Etkisi, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 1988.
- Akcan, R.** : Medenî Usul Hukukundaki Özel Hüküm Sebeplerinin Bir Örneği Olarak İnsan Vücudunun Muayenesi ve Kişilerden Zorla Kan Alınması (Yeni Bir Hüküm Olan Medenî Kanun Madde 284 Üzerine İnceleme) (Prof. Dr. Turgut Kalpsüz’e Armağan, Ankara 2003, s.887-933). (**Akcan-** Madde 284 Üzerine)
- Akcan, R.** : Usul Kurallarına Aykırılığa Dayanan Temyiz Nedenleri, Ankara 1999. (**Akcan-** Temyiz Nedenleri)
- Akgündüz, A.** : İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyatı, Özel Hukuk-I, C.II, İstanbul 2012.
- Akıntürk, T./Ateş, D.** : Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku, İkinci Cilt, Yenilenmiş 22. B., Ankara 2020.
- Akil, C.** : İstinaf Kavramı, Ankara 2010. (**Akil-** İstinaf)
- Akil, C.** : Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda Sulh ve Sulh Yoluyla Şarta Bağlı Hüküm Verilip Verilemeyeceği Meselesi (GÜHFD, C.16, S.2012/4, s.1-18).
- Akil, C.** : Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun Hâkimin Bilirkişi Raporuyla Bağlı Olup Olmadığı Hakkında Vermiş Olduğu 24.12.2008 Gün ve E.2008/4-734, K.2008/766 Sayılı Kararının Tahlili (AÜHFD, C.60, S.2011/3, s.693-731). (**Akil-** Bilirkişi)
- Akipek, J./Akıntürk, T./Ateş, D.:** Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, 13. B., İstanbul 2016.
- Akkan, M.** : Medenî Usûl Hukukunda Tarafların Farklı Olması Durumunda Kesin Hükümün Delil Niteliği [Prof. Dr. Bilge Umar’a Armağan, C.I, İzmir 2010 (DEÜHFD, C.11, Özel Sayı 2009), s.3-61].

- Akkaş, A. H.** : Ceza Muhakemesi Bağlamında Yargı Mercileri Kararlarının Birbirleri Üzerindeki Etkisi, Ankara 2016.
- Akkaya, T.** : Aile Mahkemelerinde Boşanma Yargılamasına İlişkin Tespit ve Öneriler [Özel Mahkemeler ve Özel Mahkemelerdeki Yargılama Usulü (Türk Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukukçuları Birliği XVII. Toplantısı, 4-5 Ekim 2019/Antalya), Ankara 2021, s.141-162].
(**Akkaya-** Aile Mahkemeleri)
- Akkaya, T.** : Medenî Usûl Hukuku Bakımından Boşanma Davası, Ankara 2017. (**Akkaya-**Boşanma)
- Akkaya, T.** : Medenî Usûl Hukukunda İstinaf, Ankara 2009.
(**Akkaya-** İstinaf)
- Aksoy, Z. B./Soydemir, E.** : Polimorfizm (Güncel Gastroenteroloji, 21/1, s.9-13).
- Aksoy-Dursun, S.** : Soybağı Davalarındaki Hak Düşürücü Sürelere İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararlarının Değerlendirilmesi (İHM, C.76, S.2018/2, s.393-416).
(**Aksoy-Dursun-** Süreler)
- Aksoy-Dursun, S.** : Soybağının Belirlenmesi Bakımından MK m.284 ve HMK m.292'nin Değerlendirilmesi (BÜHFKHD, C.8, S.95-96, 2012, s.109-124).
(**Aksoy-Dursun-** Soybağının Belirlenmesi)
- Aksoy-İpekçioğlu, P.** : Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma (İÜHFM, C.70, S.2012/1, s.19-38). (**Aksoy-İpekçioğlu-** Beden Muayenesi)
- Aksoy-İpekçioğlu, P.** : Vücuttan Örnek Alma İşleminin Hukuki Niteliği ve Anayasaya Uygunluğu [Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan (MÜHF-HAD, Özel Sayı, C.19, S.2013/2), İstanbul 2013, s.1157-1175].
(**Aksoy-İpekçioğlu-** Vücuttan Örnek Alma)
- Aktepe-Artık, S.** : İstinaf Kanun Yolunda Kamu Düzeni Kavramı (TBBD, S.2018/134, s.257-292).
- Akyol-Aslan, L.** : Medeni Usul Hukukunda Davadan Feragat, Ankara 2011
- Akyüz, E.** : Çocuk Hukuku Çocukların Hakları ve Korunması, Güncelleştirilmiş 4. Bası, Ankara 2015.

- Alangoya, Y.** : Kanun Yolunun Anayasal Temeli ve HUMK m.427 Hükümü ile Kanun Yolu Kapatılmış Olan Kararlara Karşı Kanun Yoluna Müracaat İmkânı (75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara 2004, s.17-48).
- Alangoya, Y.** : Medeni Usul Hukukunda Dâva Ortaklığı (Tarafların Taaddüdü), İstanbul 1965 (Tıpkı Basım 1999).
(**Alangoya-** Dava Ortaklığı)
- Alangoya, Y.** : Medenî Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanması İlişkin İlkeler, İstanbul 1979.
(**Alangoya-** İlkeler)
- Alangoya, H. Y./Yıldırım, M. K./Deren-Yıldırım, N.:** Medenî Usul Hukuku Esasları, Genişletilmiş Gözden Geçirilmiş 7. Baskı, İstanbul 2009.
- Albayrak, Z.** : Medeni Yargıda İnsan Bedeni Üzerine İnceleme (TAAD, C.9, S.2018/33, s.721-751).
- Albayrak-Açı, Z.** : Medenî Usûl Hukukunda Keşif, Ankara 2019.
- Alpay, E.** : İngiliz ve Türk Yargılama Hukukunda Sözlülük İlkesi, İstanbul 2020.
- Altınar-Yolcu, F. Z.** : Soybağının Reddi Davasında Biyolojik Baba (İAÜHFD, C.6, S.2020/2, s.249-286).
- Altunkaya, M.** : Tabii Olmayan Yollarla Çocuk Sahibi Olmanın Soybağına Etkisi [Organ ve Doku Naklinde Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sorunları, I. Uluslararası Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Kongresi, (17-20 Ekim 2007, Antalya), Bildiri Kitabı, İstanbul 2007, s.107-109].
- Ansay, S. S.** : Hukuk Yargılama Usulleri, 7. B., Ankara 1960.
- Apiş, Ö.** : Ceza Muhakemesi Hukukunda Şüpheli/Sanığın Beden Muayenesi ve Vücudundan Örnek Alınması (MÜHF-HAD, C.19, S.2012/1, s.267-296).
- Aras, A.** : Çekişmesiz Yargıda Yargılama Usulü, Ankara 2017.
- Aras, A.** : HMK Çerçevesinde Çekişmesiz Yargı İşlerinde Uygulanacak Yargılama Usûlü [Özel Mahkemeler ve Özel Mahkemelerdeki Yargılama Usulü (Türk Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukukçuları Birliği XVII. Toplantısı, 4-5 Ekim 2019/Antalya), Ankara 2021, s.111-140].

- Aras, B.** : Hukuk ve Ceza Mahkemesi Kararlarının Birbirine Etkisi, Ankara 2014. (**Aras-** Etki)
- Aras, B.** : Türk Hukukunda Babalık Davası ve İspat Yöntemleri (THD, C.3, S.2008/27, s.15-36). (**Aras-** Babalık)
- Aras, B.** : Aile Mahkemelerinde Tarafların Sulh Yoluyla Çözümüne Teşviki (YD, C.31, S.2005/3, s.303-310). (**Aras-** Sulh)
- Arens, P./Lüke, W.** : Zivilprozessrecht, 10. Aufl., München 2011.
- Arslan, A. S.** : 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Medenî Usul Hukukunda Delillerin Toplanması ve Doğrudanlık İlkesi, Ankara 2012. (**Arslan-** Delillerin Toplanması)
- Arslan, A. S.** : Doğrudanlık İlkesi [SDÜHFD, MİHBİR Özel Sayısı (Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı-XII, HMK Çerçevesinde Yargılamaya Hakim Olan İlkeler, 18-19 Ekim 2014-Isparta), C.4, S.2014/2, s.133-144]. (**Arslan-** Doğrudanlık)
- Arslan, A. S.** : Türk Aile Mahkemelerinin Yapısı ve Yargılama Usulleri (ABD, C.68, S.2010/I, s.187-204). (**Arslan-** Aile Mahkemeleri)
- Arslan, H. S.** : Medeni Usul Hukukunda Bilirkişi Raporu ve Bağlayıcılığı, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2002.
- Arslan, R./Tanrıver, S.** : Yargı Örgütü Hukuku, 2. B., Ankara 2001.
- Arslan, R./Yılmaz, E./Taşpınar-Ayvaz, S./Hanağası, E.:** Medenî Usul Hukuku, 6. B., Ankara 2020.
- Arslan, R.** : Bilirkişilik Uygulaması ve Bu Uygulamaya Yargıtay'ın Etkisi (YD, Özel Sayı, C.15, S.1989/1-4, s.156-183). (**Arslan-** Bilirkişilik Uygulaması)
- Arslan, R.** : Bilirkişilik, Sorunlar ve Çözüm Önerileri [Yargı Reformu 2000 Sempozyumu (İzmir Barosu, 5-6-7-8 Nisan 2000), İzmir 2000, s.190-210]. (**Arslan-** Bilirkişilik)
- Arslan, R.** : Kesin Hüküm İhtiyacı ve Yanılma Gerçeği (ABD, S.1988/5-6, s.722-737). (**Arslan-** Yanılma)

- Arslan, R.** : Medenî Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı, Ankara 1989. (**Arslan-** Dürüstlük)
- Artus, A.** : Babalık Davası (Adliye Ceridesi, C.33, S.2, Ankara 1942, s.166-179). (**Artus-** I)
- Artus, A.** : Babalık Davası (Adliye Ceridesi, C.33, S.3, Ankara 1942, s.232-256). (**Artus-** II)
- Artus, A.** : Babalık Davası (Adliye Ceridesi, C.33, S.5, Ankara 1942, s.598-607). (**Artus-** III)
- Aslan, Z.** : Türk İdari Yargı Sisteminde Re'sen Araştırma İlkesi (İÜSBFD, S.23-24, Ekim 2000-Mart 2001, s.53-58).
- Asprion-Stöcklin, S.** : Die Verhandlungsmaxime im schweizerischen Zivilprozessrecht de lege lata und de lege ferenda, Basel 2008.
- Aşcıoğlu, Ç.** : Bilirkişilik Kavramı ve Görev Sınırları [Bilirkişilik Sempozyumu (9-10 Kasım 2001, Samsun), Ankara 2002, s.25-159].
- Aşcıoğlu, Ç.** : Yargılama Çalışmalarında Bilirkişi Sorunu ve (Hukuk Davalarında) Nitelendirmede Bilirkişinin Görevi (TBBD, S.1992/3, s.349-368).
- Aşcıoğlu, F.** : X-STR Polimorfizminin Adli DNA Analizlerindeki Önemi (Adli Bilimler Dergisi, C.6, S.2007/2, s.58-67). (**Aşcıoğlu-** X STR)
- Aşcıoğlu, F.** : Y STR Polimorfizminin Adli Genetikteki Önemi ve Uygulaması (Adli Bilimler Dergisi, C.1, S.2002/1, s.55-61). (**Aşcıoğlu-** Y STR)
- Aşık, İ.** : Alman Hukukunda Dolaylı Aleniyete İlişkin Gelişmeler ve Düşünceler (MİHDER, C.13, S.38, 2017/3, s.718-758).
- Aşık, İ.** : Medenî Usul Hukukunda Keşif, Ankara 2019. (**Aşık-** Keşif)
- Atakan, A.** : Kamu Düzeni Kavramı (MÜHF-HAD, C.13, S.2007/1-2, s.59-136).
- Atalay, A. Ö.** : Ceza Muhakemesi Hukukunda Moleküler Genetik İncelemelerin Özel Nitelikli Kişisel Verilerin Korunması Açısından Değerlendirilmesi (CHKD, C.7, S.2019/2, s.127-184). (**Atalay-** Moleküler Genetik İncelemeler)

- Atalay, O.** : Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nda Avukatla Temsil Zorunluluğu ve Adli Yardım (HPD, S.2006/8, s.97 vd.).
- Atalay, O.** : Menfi Vakıaların İspatı, İzmir 2001. (**Atalay-** Menfi Vakıalar)
- Atalay, O.** : Pekcanıtez Usûl Medenî Usûl Hukuku, 15. B., İstanbul 2017. (**Atalay-** Pekcanıtez Usûl)
- Atalı, M.** : Avusturya Hukukunda Çekişmesiz Yargı [Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı-IV, Medenî Usûl Hukukunda Çekişmesiz Yargı, İcra ve İflâs Kanunu'nda Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi (Ankara, 30 Eylül-11 Ekim 2005), Ankara 2006, s.49-105].
- Atalı, M.** : Medenî Usûl Hukukunda Aleyhe Bozma Yasağı, Ankara 2014.
- Atalı, M.** : Medenî Usûl Hukukunda Davanın İhbarı, Ankara 2007. (**Atalı-** İhbar)
- Atalı, M.** : Medenî Usûl Hukukunda Hâkimin Vakıalar Hakkında Dava Dışında Edindiği (Şahsî) Bilgisini Kullanması (Halûk Konuralp Anısına Armağan, C.I, Ankara 2009, s.139-161). (**Atalı-** Armağan)
- Atalı, M.** : Pekcanıtez Usûl Medenî Usûl Hukuku, 15. B., İstanbul 2017. (**Atalı-** Pekcanıtez Usûl)
- Atalı, M./Ermenek, İ./Erdoğan, E.:** Medenî Usûl Hukuku, 3. B., Ankara 2020.
- Atasoy, S.** : Bilimsel Deliller [Yargı Reformu 2000 Sempozyumu (İzmir Barosu, 5-6-7-8 Nisan 2000), İzmir 2000, s.516-518].
- Atay-Coşkun, A.** : İstinaf Yargılaması (TBBD, S.2018/135, s.261-308).
- Ateş, B.** : Soybağı ve Soybağı Alanında Oluşabilecek Hukuksal Problemler, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2016.
- Atıcı, C.** : Medeni Usûl Hukukunda Dava Ehliyeti, Ankara 2021. (**Atıcı-** Dava Ehliyeti)
- Atıcı, C.** : Medeni Usûl Hukukunda Tam Ehliyetsizlerin Dava Ehliyeti ve Davada Kanuni Temsilleri (MİHDER, C.15, S.42, 2019/1, s.137-186). (**Atıcı-** Tam Ehliyetsizler)

- Aust, K.** : Das Kuckuckskind und seine drei Eltern, Eine kritische Würdigung der bestehenden Rechtslage mit Vorschlägen für interessengerechte Regelungen unter rechtsvergleichenden Aspekten aus dem EMRK-Raum, Frankfurt am Main 2015.
- Avcı-Braun, C.** : Nüfus Kaydının Düzeltilmesi Davası Mı, Soybağının Kurulmasına İtiraz Davası Mı? (YÜHFD, C.XVIII, S.2021/2, s.843-859).
- Aybay, A.** : Evlilik Dışında Doğan Çocuklar Sorunu (ABD, S.1969/3, s.461-467).
- Aydın-Ünver, T.** : Ceninin Hukuki Konumu, İstanbul 2011.
- Aydın, M. B.** : Yapay Döllenme Tekniklerinin Soybağı Hukuku ve Kişilik Hakları Bakımından Sonuçları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Eskişehir 2013.
- Aydın, T.** : Kişilik Haklarının Doğum Öncesi Korunması, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2007.
- Aygörmez-Uğurlubay, G. A.** : Almanya, İsviçre ve Avusturya Hukuku Bağlamında Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Adli DNA Analizleri (Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, C.5, 2017/2, s.29-87).
- Ayiter, N.** : Medenî Kanunun Nesebe İlişkin Düzenlemesinin Yeni Eğilim ve Gereksinimler Karşısında Değerlendirilmesi [Medenî Kanun'un 50. Yılı (Bilimsel Hafta: 15-17 Nisan 1976), Ankara 1977, s.43-81].
- Aykutalp, A.** : İstinaf Yargılamasında Yapılamayacak Taraf Usul İşlemleri (Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 357. Maddesi Bağlamında), İstanbul 2021.
- Aysal, M.** : Nüfus Kaydının Düzeltilmesi ve Soybağı Davaları Arasındaki İlişki ve Görev Sorunu (YD, C.45, S.2019/2, s.677-702).
- Badur, E.** : Tıbbi Müdahaleye Rızanın Özellik Gösterdiği Haller, Ankara 2017.
- Bağlar, Y. E.** : Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması (TAAD, C.12, S.2021/45, s.121-154).

- Baktır, S.** : Aile Mahkemeleri, Ankara 2003.
- Başaklar, E.** : Uygulamada Babalık Davaları (YD, C.1, S.1975/4, s.63-81).
- Başözen, A.** : Medenî Usûl Hukukunda İlk Görünüş İspatı, Ankara 2010.
- Batur, N.** : Ceza Yargılamasında Moleküler Genetik İnceleme (TBBD, S.2016/126, s.69-94).
- Baumann, S. P.** : Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) Kommentar, *hrsg. Brunner/Gasser/Schwander*, 2. Aufl., Zürich-St. Gallen 2016.
- Baumbach, A./Lauterbach, W./Albers, J./Hartmann, P.** : Zivilprozessordnung, Band-1, 74. Aufl., München 2016.
- Baygın, C.** : Kan Bağına Dayanan Soybağı (AÜEHFD, C.IV, S.2002/1-4, s.255-284). (**Baygın-** Kan Bağı)
- Baygın, C.** : Soybağı Hukuku, İstanbul 2010. (**Baygın-** Soybağı)
- Baygül, N.** : Aleniyet İlkesi (Prof. Dr. Bilge Öztan’a Armağan, Ankara 2008, s.223-239).
- Bayraktar, Ç. D.** : Şüpheli ve Sanığın Dış Beden Muayenesi ve Vücudundan Örnek Alınması Tedbirlerinin Uygulanması Konusunda Tartışmalı Hususlar (AD, C.67, S.2021/2, s.205-237).
- Baysal, B.** : Çocuğun Kökenini Öğrenme Hakkı (Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, C.1, İstanbul 2010).
- BeckOK-FamFG** : Beck’sche Online-Kommentar, *hrsg. Hahne/Schlögel/Schlünder*, 37. Edition, 1.1.2021.
- BeckOK-ZPO** : Beck’sche Online-Kommentar, *hrsg. Vorwerk/Wolf*, 35. Edition 1.1.2020.
- Belgesay, M. R.** : Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi- Teoriler, 4. B., İstanbul 1956.
- Belgesay, M. R.** : Türk Kanunu Medenîsi Şerhi, Aile Hukuku C.II, Hısımlar-Velayet-Vesayet, 3. B., İstanbul 1952.
- Belgin-Güneş, D.** : Ceza Mahkemesi Kararlarının Hukuk Mahkemesi Bakımından Etkileri, İstanbul 2019.
- Beretta, P.** : Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht (Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB; *hrsg. Honsell/Vogt/Geiser*), 5. Aufl., Basel 2014.

- Berki, A. H.** : Hukuk Mantığı ve Tefsir, Ankara 2018.
- Berki, O. F.** : Türk Devletler Hususi Hukukunda Babalık Davası (AÜHFD, C.7, S.1950/3, s.359-377).
- Berki, Ş.** : Evlilik Dışında Doğan Çocukların Ana ve Babalarına Karşı Durumları (AÜHFD, C.27, S.1970/1, s.93-107).
- Berki, Ş.** : Medeni Hukuk Umumi Esaslar - Şahıs ve Aile Hukuku, Ankara 1961.
- Biderbost, Y.** : Findelkinder - Gedanken zum Thema aus juristischer Sicht (ZVW, 1999/2, s.49-74).
- Bilge, N./Önen, E.** : Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, 3. B., Ankara 1978.
- Bilge, Y.** : Adli Bilimler Sözlüğü, Ankara 2002.
- Bilgin, A.** : Cumhuriyet Savcısının Hukuk Davalarındaki Görevleri, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2013.
- Bolayır, N.** : Hukuk Yargılamasında Delillerin Toplanmasında Tarafların ve Hâkimin Rolü, İstanbul 2014. (**Bolayır**- Hakimin Rolü)
- Bolayır, N.** : İstinafta Yeni Vakıa ve Delil İncelemesi (TBBD, S.2018/134, s.293-312).
- Bozcuk, A. N.** : Genetik, Ankara 2011.
- Börü, L.** : Medeni Usul Hukukunda İddia ve Somutlaştırma Yükü, Ankara 2016. (**Börü**- Somutlaştırma)
- Börü, L.** : Sıfat ve Dava Takip Yetkisi (BATİDER, C. XXVII, 2011/3, s.249-278). (**Börü**- Sıfat)
- Budak, A. C./ Karaaslan, V.:** Medenî Usul Hukuku, 5. B., İstanbul 2021.
- Budak, A. C.** : Belgesay Kürsüsünün 1937-1938 Ders Yılı Medenî Usul Hukuku Dersleri: Özellikle İkrar ve Kesin Hüküm Takrirleri (İHM, C.78, S.2020/3, s.1169-1208).
- Budak, A. C.** : Medeni Usul Hukukunda Üçüncü Kişilerin Haklarının Korunması, İstanbul 2000. (**Budak**- Üçüncü Kişiler)
- Budak, A. C.** : Türk Medeni Usul Hukukunda Tıbbi Deliller (YÜHFD, Özel Sayı: Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, C.III, S.2006/2, s.337-356). (**Budak**- Tıbbî Deliller)
- Bumiller, U./Harders, D./Schwamb, W.** : FamFG- Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtbarkeit, 12. überarbeitete Aufl., München 2019.

- Butler, J. M.** : Short tandem repeat typing technologies used in human identity testing (BioTechniques, Vol.43, 2007/4, s.ii-v).
- Büchler, A.** : Aussergerichtliche Abstammungsuntersuchungen Die neuen Bestimmungen des Bundesgesetzes über die genetischen Untersuchungen beim Menschen (GUMG) (ZVW, 2005/1, s.32-44).
- Bühler, A.** : Berner Kommentar zum Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO, Band I: Art. 1-149 ZPO; Band II: Art. 150-352 ZPO und Art. 400-406 ZPO, *hrsg. Hausheer/Walter*), Bern 2012.
- Büyük, E. I.** : Medeni Usul Hukukunda İnşai Dava ve İnşai Hüküm, İstanbul 2021.
- Büyükay, Y.** : Gen Analizleri ve Mukayeseli Hukuktaki Düzenlemeler (AÜEHFD, C.IX, S.2005/3-4, 355-382).
- Büyüktanır, T.** : Türk Medeni Kanunu Değişiklikler ve Yeni Düzenlemelere İlişkin Açıklamalar (ABD, S.2002/2, s.55-109).
- Centel, N./Zafer, H.** : Ceza Muhakemesi Hukuku, 17. Bası, İstanbul 2020.
- Cin, H./ Akgündüz, A.** : Türk Hukuk Tarihi, II. Cilt, İstanbul 1996.
- Cin, H.** : İslam ve Osmanlı Hukukunda Evlenme, Konya 1988.
- Çam, G.** : Milletlerarası Özel Hukukta Soybağı İlişkisi, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2012.
- Çelikel, A.** : Ahkâmı Şahsiye Konusundaki Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması, İstanbul 1963.
- Çiftçi, M. Ö.** : Medeni Yargılama Hukukunda İstinaf, 2. B., Ankara 2016. (Çiftçi- İstinaf)
- Çiftçi, P.** : Medenî Yargılama Hukukunda İspat Hakkı ve Sınırlamaları, Ankara 2018. (Çiftçi- İspat Hakkı)
- Çiftçi, P.** : Özel Hayatın Korunması Menfaati Kapsamında Medenî Yargılamada Aleniyet İlkesinin Sınırlandırılması (DEÜHFD, C.20, S.2018/2, s.159-189). (Çiftçi- Aleniyet)
- Çilenti-Konuralp, A.** : Anne Yönünden Soybağı Tespit Edilemeyen Çocuğun Baba Yönünden Soybağının Kurulması Sorunu [ÇÜHFD, C.5, S.2020/1 (Arş. Gör. Ceren Damar Şenel Armağanı, C.II, Ankara 2020), s.2071-2090].

- Dayınlarlı, K.** : Milletlerarası Özel Hukukta Kamu Düzeni (Prof. Dr. Yaşar Karayalçın'a 65 inci Yaş Armağanı, Ankara 1988, s.653-692).
- Demir, A.** : Osmanlı Mahkemesi, İzmir 2010.
- Demir, R.** : Gen İncelemelerindeki Hata Payının Soybağının Reddi Davalarına Etkisi (Tıp Hukuku Dergisi, S.2019/16, s.289-318). (**Demir-** Hata Payı)
- Demir, R.** : Hukuksal Yönleriyle İnsan Geni Üzerindeki İncelemeler, Ankara 2019. (**Demir-** İnsan Geni)
- Demirbaş, F.** : Baba İle Çocuk Arasındaki Soybağına İlişkin Davalarda Davacı Olabilecek Kişiler (AHBVÜHFD, C.XXII, S.2018/3, s.3-36).
- Deren-Yıldırım, N.** : Aile Mahkemelerinin Görevi ve Uygulamaları (Prof. Dr. Zahit İmre'ye Armağan, İstanbul 2009, s.245-260). (**Deren-Yıldırım-** Aile Mahkemeleri)
- Deren-Yıldırım, N.** : Hâkimle Tarafların İşbirliği İlkesi ve Yarattığı İdeolojik Çağrışımlar (75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara 2004, s.817-832). (**Deren-Yıldırım-** İşbirliği İlkesi)
- Deren-Yıldırım, N.** : İstinafin Gerekçelendirilmesi ve İstinaf Sebepleri (Prof. Dr. Özer Seliçi'ye Armağan, Ankara 2006, s.693-712). (**Deren-Yıldırım-** İstinaf)
- Deren-Yıldırım, N.** : Teksif İlkesi Açısından İstinaf [İstinaf Mahkemeleri (Uluslararası Toplantı, 7-8 Mart 2003), TBB Yayınları, Ankara 2003, s.267-284]. (**Deren-Yıldırım-** Teksif)
- Deren-Yıldırım, N.** : Türk, İsviçre ve Alman Medeni Usul Hukukunda Kesin Hükümün Subjektif Sınırları, İstanbul 1996. (**Deren-Yıldırım-** Kesin Hüküm)
- Dethloff, N.** : Familienrecht, 31. Aufl., München 2015.
- Direnisa, E.** : Medenî Yargılamada Ön İnceleme Aşaması, İstanbul 2021. (**Direnisa-** Ön İnceleme)
- Direnisa, E.** : Die materielle Rechtskraft im deutschen und türkischen Zivilverfahrenrecht, Frankfurt am Main 2011. (**Direnisa-** Rechtskraft)
- Dişel, B.** : Dava Takip Yetkisi, İstanbul 2020.

- Doğan, C.** : Bilirkişiliğin Hukuksal Yapısı ve Tıbbî Bilirkişilik
[Uluslararası Sağlık Hukuku Sempozyumu (16-17 Ekim 2014, Lefkoşa-KKTC), *Editörler: Hakeri, H./Doğan, C.*, Ankara 2015, s.391-496].
- Doğan, M.** : Nesep Tayininde Sadece Anne/Çocuk ya da Sadece Baba/Çocuk Çalışmanın Riskleri, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2014.
(**Doğan-** Nesep Tayini)
- Doğan, R.** : Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma (TBBD, S.2019/142, s.93-132).
(**Doğan-** Beden Muayenesi)
- Doğan-Alakoç, Y. v.d.** : Y-chromosome and autosomal STR diversity in four proximate settlements in Central Anatolia (Forensic Science International: Genetics, Vol.4, 2010/5, s.e135-e137).
- Doğan-Alakoç, Y.** : Adli Bilimlerde DNA Analizleri (Ankara Üniversitesi Dikimevi Sağlık Hizmetleri Meslek Yüksekokulu Dergisi, Cilt 9, S.2010/2, s.1-8)
- Domaniç, H.** : Hukukta Kazıyyei Muhkeme ve Nisbî Kuvveti, İstanbul 1964.
- Domej, T.** : Kurzkomentar ZPO, 2. Aufl., hrsg. Oberhammer/Domej/ Haas, Basel 2014.
- Dural, M./Öğüz, T./Gümüş, M. A.** : Türk Özel Hukuku -Cilt III- Aile Hukuku, 15. B., İstanbul 2020.
- Dural, M./Sarı, S.** : Türk Özel Hukuku, Cilt I, Temel Kavramlar ve Medenî Kanunun Başlangıç Hükümleri, 7. B., İstanbul 2012.
- Duran, H.** : Babalık Davası, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2007. (**Duran-** Babalık Davası)
- Duran, O.** : Medenî Usûl Hukukunda Taleple Bağlılık İlkesi, Ankara 2020. (**Duran-** Taleple Bağlılık)
- Durmuş, R. F.** : Yenilik Doğuran Davalar, İstanbul 2021.
- Dursun, G.** : Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması ve Konuya İlişkin AİHM Kararlarının İncelenmesi [Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan, C.III (DEÜHFD, C.19, Özel Sayı 2017), s.2955-2996].

- Dölger, İ./Akbulut, B./Cin, M. O./Aydın, M.:** Beden Muayenesi Genetik-Moleküler İncelemeler ve Fizik Kimliği Tespiti [Koruma Tedbirleri ve Türk Anayasaları İle Yeni Anayasa Önerilerinde Koruma Tedbirlerine İlişkin Düzenlemeler, (11. Ceza Hukuku Günleri, 1-3 Haziran 2016), İstanbul 2016, s.353-372].
- Ege, Ö.** : Medeni Usul Hukukunda Keşif, Ankara 2014. (Ege- Keşif)
- Ege, Ö.** : Medeni Usul Hukukunda Keşif, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Mersin 2013. (Ege- Tez)
- Eichberger, R.** : Aktuelle Probleme der Feststellung der Abstammung (§ 372a ZPO), Diss. Regensburg 1988.
- Elgün-Toğrul, E. Ş.** : Medenî Usul Hukukunda Dava Ehliyeti, Ankara 2021.
- Ellermann, R./Opolka, U.** : “Genomanalyse: Ihre biochemischen, medizinischen, juristischen und politischen Aspekte”, Frankfurt am Main 1991.
- Elmas, İ./Ersoy, G.** : Adli Olgulardan Biyolojik Örnek Alınması Moleküler Genetik İncelemelerde Yasal Boyut (Birinci Basamakta Adli Tıp, *Editörler: Koç, S./Can, M.*, 2. Baskı, İstanbul 2011, s.217-221).
- Elöve, M. E.** : Evlilik Dışı Çocukların Himayesi (ABD, C.8, S.99-100, 1952, s.35-52).
- Ercan, İ.** : Aile Mahkemesinde Uyuşmazlıkların Sulh Yoluyla Çözümlemesi (Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan, İstanbul 2007, s.63-102). (Ercan- Sulh)
- Ercan, İ.** : Boşanma Davalarında Geçerli Olan Yargılama İlkeleri (Prof. Dr. Ramazan Arslan’a Armağan, C.1, Ankara 2015, s.721-748). (Ercan- Boşanma)
- Ercan, İ.** : Güncel Tartışmalar Işığında Hukuk Yargısı Bağlamında Alman İstinaf Sistemi (Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı, C.I, İstanbul 2001, s.671-741).
- Erdoğan, E./Üçüncü, S. H.** : Bilirkişilik Kurumu ve Bilirkişi Raporunun Delil Değerine İlişkin Bazı Sorunlar (HHFD, C.10, S.2020/1, s.354-387).
- Erdoğan, E.** : Hakem Kararlarının Kesin Hüküm Etkisi, Ankara 2017.

- Erdönmez, G.** : HMK. m.57/1, c Hükmü Çerçevesinde İhtiyari Dava Arkadaşlığının Mümkün Olduğu Haller [Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, C.I, İzmir 2015 (DEÜHFD, C.16, Özel Sayı 2014), s.695-755].
- Erdönmez, G.** : Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, 15. B., İstanbul 2017. (**Erdönmez-** Pekcanitez Usûl)
- Erişir, E.** : Medenî Usul Hukukunda Taraf Ehliyeti, İzmir 2007.
- Ermenek, İ.** : Hukuk Muhakemeleri Kanuna Göre Ön İnceleme (İnÜHFD, C.II, S.2011/1, s.139-175). (**Ermenek-** Ön İnceleme)
- Ermenek, İ.** : İstinaf Kanun Yolu ve Bölge Adliye Mahkemesinin İnceleme Sınırlarının Kapsamı (<https://www.izmirbarosu.org.tr/Upload/files/haberler/%C4%B0stinaf%20Kanun%20Yolu%20ve%20B%C3%B6lge%20Adliye%20Mahkemesinin%20%C4%B0nceleme%20S%C4%B1n%C4%B1rlar%C4%B1n%C4%B1n%20Kapsam%C4%B1.pdf>) (E.T. 9.9.2021) (**Ermenek-** İstinaf)
- Ermenek, İ.** : Medeni Usul Hukukunda Davayı Kabul (Mahkeme Huzurunda Yapılan Kabuller), Ankara 2009. (**Ermenek-** Kabul)
- Eroğlu, A. v.d.** : X-STR Analizinin Adli Bilimlerdeki Önemi (Adli Tıp Dergisi, C.29, S.2015/3, s.187-194).
- Erten, R./Acır, B./Taşveren, S.:** Gen (DNA) Testinin İspat Hukuku Açısından Değerlendirilmesi (AÜHFD, C.45, 1996/1-4, s.573-588).
- Ertuğrul, H.** : Ceza Muhakemesinde Katlanma Yükümlülüğü (GÜHFD, C.12, S.2008/1-2, s.687-699).
- Erten, R.** : Türklerin Kişi Hâllerine İlişkin Davalarda Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi (MÖHUK m.41), Ankara 2017.
- Erturhan, S.** : Fikhî Açidan Biyolojik Annelik ve Babalık (İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, S.15, 2010, s.175-196).
- Evren, Ç. C.** : İptal Davalarında Kendiliğinden Araştırma İlkesi (GÜHFD, C.XII, S.2008/1-2, s.701-723).
- Eyce, A.** : DNA Kaçağı Babaya Yakalama Emri (<https://www.yeniasir.com.tr/yasam/2015/02/15/dna-kacagi-babaya-yakalama-emri>)

- Ferrand, F.** : Streit um die Abstammung in Frankreich (Streit um die Abstammung -ein europäischer Vergleich- Beiträge zum europäischen Familienrecht, *hrsg. Spickhoff/Schwab/Henrich/Gottwald*, Bielefeld 2007, s.93-118).
- Ferrari, S.** : Streit um die Abstammung -die Rechtslage in Österreich (Streit um die Abstammung -ein europäischer Vergleich- Beiträge zum europäischen Familienrecht, *hrsg. Spickhoff/Schwab/Henrich/Gottwald*, Bielefeld 2007, s.183-203).
- Feyzioğlu, F. N.** : Aile Hukuku, 3.B., İstanbul 1986.
- Fezer, G.** : Die Funktion der mündlichen Verhandlung im Zivilprozess und im Strafprozess, Tübingen 1970.
- Fischer, E. P.** : Genler ve Genom (*Çev: Barış Konukman*), İstanbul 2005.
- Fişek, H.** : Nesebin Tashihi (AÜHFD, C.8, S.1951/3, s.555-594).
- Flattet, G.** : Mediko-Legal Ekspertizler ve Nesep Davaları (*Çev: Serdar Kurtoğlu*; İBD, C.39, 1965, s.598-613).
- Fucik, R./Kloiber, B.** : Kommentar zum Außerstreitgesetz, Wien 2005.
- Gasser, D./Rickli, B.** : Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) Kurzkomentar, 2. Aufl., Zürich/St.Gallen 2014.
- Gehri, M. A.** : Basler Kommentar (Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., *hrsg. Spühler/Tenchio/Infanger*), Basel 2017.
- Geiser, T.** : Private Vaterschaftsabklärungen Zustimmung des Kindes (ZVW, 2002/6, s.242-248).
- Gençcan, Ö. U.** : 6100 Sayılı HMK Hükümlerine Göre Aile Mahkemesi Davaları, 2. B., Ankara 2016. (**Gençcan- Aile Mahkemesi**)
- Gençcan, Ö. U.** : Aile Hukuku, Ankara 2011. (**Gençcan- Aile Hukuku**)
- Gençcan, Ö. U.** : Türk Medeni Kanunu, C.2 (m.185-530), 2. B., Ankara 2007. (**Gençcan- Medeni Kanun**)
- Gençcan, Ö. U.** : Adli Yardım (YD, C.31, S.2005/1-2, s.127-140).
- Gençcan, Ö. U.** : 743 ve 4721 Sayılı Türk Medeni Kanununa Göre Soybağının Kurulması, Reddi, Düzeltilmesi, İtiraz Davaları ve Soybağının Hükümleri, Ankara 2002. (**Gençcan- Soybağının Kurulması**)

- Genenger, A.** : Erleichterte Abstammungsklä rung ohne Berücksichtigung der biologischen Vater (JZ 2008/21, s.1031-1038).
- Glasl, D.** : Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) Kommentar, hrsg. Brunner/Gasser/Schwander, 2. Aufl., Zürich-St.Gallen, 2016.
- Gloor, U./Lukas, B. U.** : Kindes- und Erwachsenenschutzrecht (Fachhandbuch, hrsg. Fountoulakis/Affolter-Fringeli/Biderbost/Steck, Zürich 2016, s.449-479).
- Gödekmerdan, B.** : Milletlerarası Özel Hukukta Soybağının Kurulması, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Erzurum 2012.
- Gökyayla-Demir, C.** : Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizde Kamu Düzeni, Ankara 2001.
- Gönenç, F. İ./Aslanova, K.** : Biyobankalar ve Milli DNA Veri Bankası Kanunu Tasarısı (İAÜHFD, C.4, S. 2018/2, s.13-32).
- Gören-Ülkü, N.** : “Sıfat”ın Bir Dava Şartı Olup Olmadığı Sorunu (MÜHF-HAD, C.13, S.2007/3-4, s.103-115).
- Görgün, Ş./Börü, L./Kodakoğlu, M.** : Medenî Usûl Hukuku, 7251 Sayılı Kanunla Değiştirilmiş, Güncellenmiş 10. Baskı, Ankara 2021.
- Grassinger, G. E.** : Türk Medeni Kanununda Yer Alan Velâyet Hükümleri Kapsamında Küçüğün Kişi Varlığının Korunması İçin Alınacak Tedbirler, İstanbul 2009.
- Gross, B./Zuber, R.** : Berner Kommentar zum Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO, Band I: Art. 1-149 ZPO; Band II: Art. 150-352 ZPO und Art. 400-406 ZPO, hrsg. Hausheer/Walter), Bern 2012.
- Grundsky, W./Jacoby, F.** : Zivilprozessrecht, 14. Aufl., München 2014.
- Güldiken-Taşyaran, F. Ö.** : Medeni Usul Hukukunda Tıbbi Bilirkişilik, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2005.
- Güleç, Ş.** : Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi, Ankara 2021.
- Gültepe, H.** : Soybağı Tayininde Genetik İncelemeler (İBD, C.78, S.2004/2, s.497-505).
- Gülümser, İ.** : Tabîî Babalık Rabıtasının Yokluğundan Dolayı Şahsî Neticelerile Babalık Davasının Reddine Dair Kesin Hükümün İdarî Makamlarca Yapılan Nesebin Tashihi Muamelesine Tesiri ve Bu Muameleye İtiraz Hakkını Düşüren Sürelerin Önemi (İÜHFM., C.20, S.1955/1-4, s.297-307).

- Gümüş, A.** : Türk Medeni Hukukunda Kayyımlık, İstanbul 2006.
- Güneş, ř.** : Medeni Usul Hukukunda İstinaf İncelemesi Sonunda Verilebilecek Kararlar ve Sonuçları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2019.
- Güngör, D./Bakşı, O.** : Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Bedenden Örnek Alınması ve Genetik İncelemeler (Adli Bilimler Dergisi, C.8, S.2009/3, s.63-71).
- Gürbüz, M.** : Bir İşpat Aracı Olarak Gen ve DNA İncelemeleri (Eskişehir Barosu Dergisi, 2005/7, s.55-66).
(**Gürbüz-** DNA)
- Gürbüz, M.** : Kişilik Hakkı Açısından Tıbbî Genetik Analizler, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Eskişehir 2010.
- Gürdoğan, B.** : Medenî Usul Hukukunda Kesin Hüküm İtirazı, Ankara 1960.
- Gürelli, N.** : Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik, İstanbul 1967.
- Gürsoy, S./Bulut, H.** : Aile Mahkemeleri Uygulaması, İstanbul 2004.
- Haker, M.** : HUMK Bakımından Kamu İntizamı (İBD, C.34, S.1960/11-12, s.407-410).
- Hanağası, E.** : Davada “Sıfat” Kavramına İlişkin Yeni Bir Yaklaşım Denemesi (MİHDER, C.11, S.32, 2015/3, s.51-90).
(**Hanağası-** Sıfat)
- Hanağası, E.** : Davada Menfaat, Ankara 2009. (**Hanağası-** Menfaat)
- Hanağası, E.** : Medenî Yargılama Hukukunda Silahların Eşitliği, Ankara 2016. (**Hanağası-** Silahların Eşitliği)
- Hansel, F.** : Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyetinde Yapay Dölllenme Uygulamaları [Uluslararası Sağlık Hukuku Sempozyumu (16-17 Ekim 2014, Lefkoşa), *Editörler: Hakeri, H./Doğan, C.*, TBB Yayınları, Ankara 2015, s.149-166].
- Hasenböhler, F.** : Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), *hrsg. Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger*, 3. Aufl., Zürich-Basel-Genf 2016.
- Hatemi, H./Serozan, R.** : Aile Hukuku, İstanbul 1993.
- Hatemi, H.** : Aile Hukuku, 8. B., İstanbul 2020.

- Hausheer, H./Geiser, T./Aebi-Müller, R. E.:** Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 5. Aufl., Bern 2014.
- Haußleiter, M. (hrsg)** : FamFG Kommentar, Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtbarkeit, 2. Aufl., München 2017.
- Hegnauer, C.** : Grundriss des Kindesrechts und des übrigen Verwandtschaftsrechts, 5. Aufl., Bern 1999.
(**Hegnauer-** Kindesrecht)
- Hegnauer, C.** : Nochmals: Aussergerichtliche Abstammungsuntersuchung beim urteilsunfähigen Kind (ZVW, 1999/2, s.81-87).
- Heiderhoff, B.** : Die Vaterschaftsklärung und ihre Folgen – von der Vaterschaftsanfechtung zur Vaterschaftsbeendigung? (FamRZ 2010, Heft 1, s.8-16).
- Helms, T.** : Die Stellung des potenziellen biologischen Vaters im Abstammungsrecht (FamRZ 2010, Heft 1, s.1-8).
- Helvacı, S.** : Kişilik İşlemi Hakları (Münhasıran Şahsa Bağlı Haklar), Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 1993.
- Herzig, C. A.** : Das Kind in den familienrechtlichen Verfahren, AISUF Schweiz Band Nr.318, Zürich/Basel/Genf 2012.
(**Herzig-** Das Kind)
- Herzig, C. A.** : Die Partei- und Prozessfähigkeit von Kindern und Jugendlichen sowie ihr Anspruch auf rechtliches Gehör (AJP, 2013/2, s.182-188). (**Herzig-** Prozessfähigkeit)
- Herzig, C. A.** : Die Parteistellung von Kindern und Jugendlichen (ZKE, 2017/6, s.461-474). (**Herzig-** Parteistellung)
- Herzig, C. A.** : Prozessstandschaft im Kindesunterhaltsrecht- quo vadis? (Kaleidoskop des Familien- und Erbrechts Liber amicarum für Alexandra Rumo-Jungo, hrsg. Eitel/Zeiter, Zürich-Basel-Genf 2014, s.147-167).
- Higi, P.** : Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) Kommentar, hrsg. Brunner/Gasser/Schwander, 2. Aufl., Zürich-St.Gallen, 2016.
- Hinteregger, M./Ferrari, S. :** Familienrecht, 7. Aufl., Wien 2015.

- Hoagland, M. B.** : Hayatın Kökleri (*Çev: Şen Güven*), 18. Baskı, Ankara 2000.
- Hrubesch-Millauer, S.** : Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) Kommentar, *hrsg. Brunner/Gasser/Schwander*, 2. Aufl., Zürich-St.Gallen 2016.
- Hubert, H. L.** : In The Child's Best Interests: The Role of The Guardian Ad Litem in Termination of Parental Rights Proceedings (University of Miami Law Review, Vol.49, 1994/2, s.531-566).
- Hug, B.** : Die gerichtliche Feststellung der Vaterschaft nach dem neuen Schweizer Kindesrecht, Diss. Freiburg 1977.
- Hukuk Muhakemesinde İstinaf El Kitabı**, Türkiye Cumhuriyeti'de İstinaf Mahkemelerinin Kuruluşunun Desteklenmesi Projesi, Adalet Bakanlığı Yayını, Ankara 2007.
- Hurni, C.** : Berner Kommentar zum Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO, Band I: Art. 1-149 ZPO; Band II: Art. 150-352 ZPO und Art. 400-406 ZPO, *hrsg. Hausheer/Walter*), Bern 2012.
- Ildır, G.** : Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Ankara 2003.
- İnceoğlu, S.** : İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı Kamu Ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal Hak ve İlkeler, Tıpkı 4. B., İstanbul 2013.
- İnci, Z. Ö.** : Şüpheli ve Sanığa Rağmen Bir Ceza Muhakemesi Hukuku Mu? Şüpheli ve Sanığın Ceza Muhakemesi İşlemlerine Katlanma Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğün Sınırları Hakkında Düşünceler (HHFD, C.7, S.2017/2, s.119-168).
- İyilikli, A. C.** : Hukuk Yargılamasında Kesin Hüküm, Ankara 2016.
- Jamma, C.** : Genetik Parmak İzi (Bilim ve Teknik Dergisi, C. 21, S.248, s.14-17).
- Jauernig, O./Hess, B.** : Zivilprozessrecht, 30. Aufl., München 2011.
- Jenny, D.** : Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), *hrsg. Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger*, 3. Aufl., Zürich-Basel-Genf 2016.

- Jobling, M. A./Gill, P.** : Encoded Evidence: DNA in Forensic Analysis (Nature Reviews, Vol.5, October 2004, s.739-751).
- Kale, S.** : Medeni Yargılamada Taraf Ehliyeti, İstanbul 2010.
(**Kale-** Taraf Ehliyeti)
- Kale, S.** : Ses ve Görüntü Nakledilmesi Yoluyla Duruşma İcrası (HMK m.149) (MİHDER, C.9, S.25, 2013/2, s.141-155).
(**Kale-** Ses ve Görüntü Nakledilmesi)
- Kalkan-Oğuztürk, B.** : Türk Medeni Hukuku'nda Biyoetik Sorunlar, İstanbul 2011.
- Kamacı, M.** : Embriyo Transferi (Aktarımı) ve Ortaya Çıkan Soybağı Sorunları (YD, C.36, S.2010/1-2, s.25-63).
- Kamay, B. T.** : Babalığın Araştırılması Problemi (AD, C.49, S.1958/2, s.107-129).
- Kara, U./Yükseloğlu, E. H.** : Hukukçular ve Genetikçiler İçin Temel Adli Genetik, İstanbul 2015.
- Karaaslan, V.** : Medenî Usûl Hukukunda Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi, 2. B., Ankara 2019.
- Karagülmez, A./Ural, S. S.** : Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usulleri, Ankara 2003.
- Karakaş, F. T.** : Kişiyi Sıkı Sıkıya Bağlı Haklar, Ankara 2015.
- Karşlı, A.** : Medeni Muhakeme Hukuku, 5. Baskı, İstanbul 2020.
(**Karşlı-** Muhakeme)
- Karşlı, A.** : Medeni Usul Hukukunda Usulî İşlemler, İstanbul 2001.
- Kavasoğlu, A.** : Medeni Usul Hukukunda Davada Temsil, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2008.
- Keçeligil, H. T.** : Ceza Muhakemesi Kanununda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması [Adli Bilimciler Derneği III. Ulusal Sağlık Hukuku Kongresi (23-25 Nisan 2016, Bursa), *Editörler: Hancı, H./Ünver, Y.*, Ankara 2016, s.57-84].
- Keidel, T.** : FamFG Kommentar, Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtbarkeit (*hrsg.Engelhardt/Sternal*), 20. überarbeitete Aufl., München 2020.

- Keskin, A.** : Yüksek Sağlık Şurasının Hukuki Konumu ve Hukuktaki Yeri [Ankara Barosu & Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sağlık Hukuku Kurultayı (1-3 Kasım 2007, Ankara), Ankara 2008, s.349-353].
- Kılıç, Ü.** : Nemo Tenetur İlkesi Işığında Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2010.
- Kılıçoğlu, A.** : 2526 Sayılı Kanuna Göre Fiilî Birleşmelerin Evlilik Olarak Tescili ve Evlilik Dışı Doğan Çocukların Neseplerinin Düzeltilmesi (AÜHFD, C.38, S.1981/1, s.165-207).
- Kılıçoğlu, A.** : Aile Hukuku, Ankara 2015. (**Kılıçoğlu-** Aile)
- Kılıçoğlu, E.** : Gizli Babalık Testlerinin Soybağının Reddi Davasına Etkileri ve Bu Bağlamda Alman Hukukunda “Hukuki Babanın Biyolojik Babalığının Açıklığa Kavuşturulması Talebi”nin Tanınması -Yargılama Hukuku Perspektifinden Bir Bakış- (MÜHF-HAD, C.16, S.2010/3-4, s.279-307).(**Kılıçoğlu-**Gizli Babalık Testleri)
- Kılınç, A.** : Medenî Usûl Hukukunda Adlî Yardım, Ankara 2013. (**Kılınç-** Adlî Yardım)
- Kılınç, A.** : Osmanlı Yargılama Hukukunda Bilirkişilik, Ankara 2019.
- Kırkbeşoğlu, N.** : 28.02.2008 Tarihli İsviçre Federal Mahkemesi Kararının (BGE 134 II 241) Çevirisi ve Kökenini Öğrenme Hakkı İle İlgili Genel Bir Değerlendirme (TAAD, C.7, S.2016/24, s.199-225). (**Kırkbeşoğlu-** Kökenini Öğrenme Hakkı)
- Kırkbeşoğlu, N.** : Soybağı Alanında Biyoetik ve Hukuki Sorunlar, İstanbul 2006. (**Kırkbeşoğlu-** Biyoetik)
- Killias, L.** : Berner Kommentar zum Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO, Band I: Art. 1-149 ZPO; Band II: Art. 150-352 ZPO und Art. 400-406 ZPO, *hrsg. Hausheer/Walter*), Bern 2012.
- Kiraz, T. Ö.** : Medeni Yargılama Hukukunda İkrar, 2. Tıpkı Bası, Ankara 2013.

- Koçhisarlıoğlu, C.** : Salt Biyolojik Babalık ve Yasal Mirasçılık (AÜHFD., C.42, 1992/1, s.141-179).
- Koçias, Y.** : DNA Düzeyinde Soybağı Belirtimi Yapılan Laboratuvarlarda Uluslararası Kalite Güvencesi, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2008.
- Konuralp, H.** : İstinafta Kamu Düzeni Kavramı [Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı-VI, Medenî Usûl Hukukunda Kanun Yolları ve Arabuluculuk Kanun Tasarısı (İzmir/Çeşme, 19-20 Ekim 2007), Ankara 2008, s.133-148]. (**Konuralp-** İstinaf)
- Konuralp, H.** : Medeni Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları, Ankara 1999. (**Konuralp-** İspat)
- Konuralp, O. E.** : Kişilerden Kan ve Doku Örneği Alınmasına İlişkin Olarak Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 292’nci Maddesi Karşısında Türk Medenî Kanunu’nun 284’üncü Maddesinin Durumu (AÜHFD, C.69, S.2020/4, s.1609-1640). (**Konuralp-** Kan ve Doku Örneği)
- Korucu, Y./Uyumaz, M.** : Soybağının Reddi Davasında Usul Hükümlerinin İncelenmesi (Prof. Dr. Ejder Yılmaz’a Armağan, C.2, Ankara 2014, s.1325-1382).
- Köprülü, B./Kaneti, S.** : Aile Hukuku, İstanbul 1986.
- Kunter, N./Yenisey, F./Nuhoğlu, A.:** Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 18. B., İstanbul 2010.
- Kunter, N.** : Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 9. B., İstanbul 1989.
- Kurt, E.** : Türk Hukukunda Kişiyeye Sıkı Sıkıya Bağlı Haklar ve Hukuki Sonuçları [Prof. Dr. M. İlhan Uluhan’a Armağan (İKÜHFD, C.15, S.2016/2, Özel Sayı), C.II, Ankara 2016, s.121-187].
- Kurt, L. M.** : Ceninin Malvarlığı Hakları (İnÜHFD, C.2, S.2011/1, s.177-207). (**Kurt-** Cenin)
- Kurt, N.** : Medeni Yargılama Hukukunda Doğrudan Doğrualık İlkesi (Prof. Dr. Bilge Öztan’a Armağan, Ankara 2008, s.599-625). (**Kurt-** Doğrudan Doğrualık)

- Kurt-Konca, N.** : Medenî Usûl Hukukunda Alenîyet İlkesi, Ankara 2009.
(**Kurt-Konca-** Aleniyet İlkesi)
- Kurt-Konca, N.** : Medeni Usul Hukukunda Aleniyet İlkesinin Sınırlandırılması [SDÜHFD, MİHBİR Özel Sayısı (Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı-XII, HMK Çerçevesinde Yargılamaya Hakim Olan İlkeler, 18-19 Ekim 2014-Isparta), C.4, S.2014/2, s.65-96].
(**Kurt-Konca-** Aleniyetin Sınırlandırılması)
- Kuru, B.** : Medenî Usul Hukuku El Kitabı, C.I-II, Ankara 2020.
(**Kuru-** El Kitabı)
- Kuru, B.** : Hukuk Muhakemeleri Usulü, C.I-II-III-IV-V, 6. B., İstanbul 2001. (**Kuru-** Usul)
- Kuru, B.** : Hukuk Usulünde Aleyhe Bozma Yasağı (Makaleler, İstanbul 2006, s.317-327). (**Kuru-** Aleyhe Bozma)
- Kuru, B.** : Nizasız Kaza, Ankara 1960. (**Kuru-** Nizasız Kaza)
- Kuru, B./Aydın, B.** : İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı, 6. B., Ankara 2021.
- Kuru, B./Budak, A. C.** : Tespit Davaları, 2. B., İstanbul 2010.
- Kutoğlu, T.** : Türk Mevzuatında ve İçtihatlarında Babalık Hükümü [Prof. Dr. Burhan Ceyhan'a Armağan, C.II, İzmir 2012 (DEÜHFD, C.12, Özel Sayı 2010), s.945-984].
- Küçük, A. T.** : Vakıaların Toplanması Açısından Teksif İlkesi, İstanbul 2021.
- Külahçı, Ş.** : KKTC Hukuku'nda Evlilik Dışı Çocuğun Soybağı İle İlgili Hükümlerinin Değerlendirilmesi (ABD, 2017/4, s.141-161).
- Leuenberger, C./Uffer-Tobler, B.:** Schweizerisches Zivilprozessrecht, Bern 2010.
- Leuenberger, C.** : Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), hrsg. Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, 3. Aufl., Zürich-Basel-Genf 2016.
- Lötscher, C.** : Die Prozessstandschaft im schweizerischen Zivilprozess, Basel 2016. (**Lötscher-** Prozessstandschaft)
- Lötscher, C.** : Prozessführung und Vollstreckung durch die Eltern im Lichte des Betreuungsunterhalts (FamPra.ch 2017/3, s.621-648). (**Lötscher-** Prozessführung)

- Mavioğlu, O.** : Bilirkişiye Başvurma Zorunluğu ve Bilirkişi Raporları Karşısında Yargıcın Durumu (İÜHFM, C.36, S.1970/1-4, s.371-387).
- Mazlum, N.** : Medeni Usul Hukukunda Teksif İlkesi (AÜHFD, C.70, S.2021/1, s.107-144).
- McDonald, K. M.** : Paternity DNA Testing on a Deceased Father: Post-Mortem Analysis of Samples (<https://www.forensicmag.com/article/2014/05/paternity-dna-testing-deceased-father-post-mortem-analysis-samples>)
- Memiş, T./Yıldırım, M. F.** : Soybağının Belirlenmesinde Gen Analizlerinin Kullanılması ve Yarattığı Hukuki Sorunlar (AÜEHFD, C.VIII, S.2004/1-2, s.283-306).
- Memişoğlu, S. Ö.** : Hukuk Yargılamasında İstinafa Başvuru Usulü ve İstinafta Yeni Vakıa ve Delillere Dayanılması (Legal Hukuk Dergisi, C.10, S.2012/113, s. 73-121).
- Meraklı, D.** : Özel Hukuka İlişkin Uyuşmazlıklarda Resmî Bir Bilirkişi Kurumu Olarak Adli Tıp Kurumu [Prof. Dr. Bilge Umar'a Armağan, C.I, İzmir 2010 (DEÜHFD, C.11, Özel Sayı 2009), s.325-376].
- Meraklı-Yayla, D.** : Medeni Usul Hukukunda İstinaf Kanun Yolunda Yeniden Tahkikat Yapılması, Ankara 2014.
- Meriç, N.** : Medeni Yargılama Hukukunda Tasarruf ve Taleple Bağlılık İlkesinin Kapsamı ve Bazı Güncel Kararların Değerlendirilmesi [SDÜHFD, MİHBİR Özel Sayısı (Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı-XII, HMK Çerçevesinde Yargılamaya Hakim Olan İlkeler, 18-19 Ekim 2014-Isparta), C.4, S.2014/2, s.23-63].
(**Meriç-** Tasarruf ve Taleple Bağlılık)
- Meriç, N.** : Hâkimin Davayı Aydınlatma Yükümlülüğü [Prof. Dr. Bilge Umar'a Armağan, C.I, İzmir 2010 (DEÜHFD, C.11, Özel Sayı 2009), s.377-424].
(**Meriç-** Aydınlatma Yükümlülüğü)
- Meriç, N.** : Türk Hukukunda Maddî Anlamda Kesin Hükümün Objektif Sınırları (MİHDER, C.3, S.7, 2007/2, s.377-434). (**Meriç-** Kesin Hüküm)

- Mıdık, B.** : Medenî Yargıda E-Duruşma Pilot Uygulaması ve Yargının Elektronik Dönüşümü Üzerine Bazı Düşünceler (Lexpera Blog, 03.12.2020) (<https://blog.lexpera.com.tr:443>) (E.T. 03.06.2021).
- Morling, N. v.d.** : Paternity Testing Commission of the International Society of Forensic Genetics: recommendations on genetic investigations in paternity cases [Forensic Science International 129 (2002), s.148-157].
- Musielak, H. J./Borth, H.** : Familiengerichtliches Verfahren, 1. und 2. Buch, Kommentar, 6. Aufl., München 2018.
- Musielak, H. J./Voit, W.** : Grundkurs ZPO, 12. Aufl., München 2014.
- Musielak, H. J./Voit, W.** : Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz Kommentar, 17. neubearbeitete Aufl., München 2020.
- Muster, A.** : ZPO Kommentar (Schweizerische Zivilprozessordnung, Orell Füssli Kommentar, hrsg. Gehri/Jent-Sorensen/Sarbach), 2. Aufl., Zürich 2015.
- MüKo-FamFG** : Münchener Kommentar zum FamFG, hrsg. Rauscher, T., 3. Aufl., München 2018.
- MüKo-ZPO** : Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzes, 6. Aufl., München 2020.
- Müller, B.** : Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) Kommentar, hrsg. Brunner/Gasser/Schwander, 2. Aufl., Zürich-St.Gallen, 2016.
- Namlı, M.** : Türk ve Fransız Medenî Usûl Hukuku'nda Yargılamanın Yenilenmesi, İstanbul 2014.
- Neupärthl, J.** : Abstammungsrecht in Deutschland und Österreich, Saarbrücken 2009.
- Nomer, H. N.** : Suni Döllenme Dolayısıyla Ortaya Çıkabilecek Nesep Problemleri (Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s.545-594).
- Oğuzman, K.** : Evlilik Dışı Çocukların Babalarına Mirasçılığı Sorunu [Prof. Dr. İlhan Öztrak'a Armağan, Ankara 1994 (AÜSBFD, C.49, 1994/1-2, s.303-310)].

- Oğuzman, M. K./Barlas, N. :** Medeni Hukuk, Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar, 19. B., İstanbul 2013.
- Oğuzman, K./Dural, M. :** Aile Hukuku, 2. B., İstanbul 1998.
- Oğuzman, M. K./Seliçi, Ö./Oktay-Özdemir, S.:** Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), 12. B., İstanbul 2012.
- Oktay-Özdemir, S./Tek, G. S.:** Türk Hukukunda Tıp Bilimindeki Gelişmelerin Soybağına Etkileri (Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan, İstanbul 2013, s.909-931).
- Okumuş, N. :** Medeni Usul Hukukunda Özel Hüküm Sebepleri (Kanunda Düzenlenmemiş Takdiri Deliller), Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Erzurum 2010.
- Öğüz, T. :** Anayasa Mahkemesinin Türk Medeni Kanununun Soybağına İlişkin İptal Kararlarının Değerlendirilmesi [Anayasa Mahkemesinin Medeni Hukuka İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumu (21 Mayıs 2012), İstanbul 2013, s.201-210].
- Öktem-Çevik, S. :** Çocuğun Anne ve/veya Babası Haricindeki Kişilerin Nüfus Siciline Kaydedilmesinden Doğan Sorunların Değerlendirilmesi [MÜHF-HAD, C.22, S.2016/3 (Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, Özel Sayı, C.II), s.2105-2130].
- Ölmez, S. :** Babalığın Tâyini (Kan gurubu ve faktörleri) (AD, C.63, S.1972/8-9, s.589-595).
- Önen, E. :** İnşai Dava, Ankara 1981. (**Önen-** İnşai Dava)
- Önen, E. :** Medeni Medenî Yargılama Hukukunda Sulh, Ankara 1972. (**Önen-** Sulh)
- Önen, E. :** Medeni Yargılama Hukuku, Ankara 1979. (**Önen-** Medeni Yargılama)
- Örnek-Büken, N./Zeybek-Ünsal, Ç.:** Kişisel Verilerin Korunması Kanununun Biyomedikal Alana Yansımaları Açısından Değerlendirilmesi (HHFD, C.7, S.2017/2, s.33-54).
- Öz, T. :** Soybağının Reddi Davasında İspat ve Süreler [Medeni Hukuk Alanındaki Güncel Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumları, Cilt 2-Aile Hukuku (20 Nisan 2017, *Editör: Engin, B. İ.*), İstanbul 2019, s.319-345].

- Özbay, İ./Aksan-Nar, Ş.** : Son Yasal Değişiklikler Çerçevesinde Tanımanın İptali Davası ve Bu Davada Uygulanacak Usul (ErzÜHFD, C.XIV, S.2010/3-4, s.187-226).
- Özbay, İ.** : 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Neler Getirdi?, 2. B., Ankara 2012.
- Özbay, İ.** : 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununa Göre İstinaftan Sonraki Temyiz Sistemimizde Temyiz Edilebilen ve Edilemeyen Kararlar (İÜHFM, C.69, S.2011/1-2, s.411-438). (**Özbay-** Temyiz)
- Özbek, V. Ö./Doğan, K./Bacaksız, P./Tepe, İ.:** Ceza Muhakemesi Hukuku, 11. B., Ankara 2018.
- Özbek, V. Ö.** : Ceza Muhakemesi Hukukunda DNA-Analizi (Prof. Dr. Turhan Tûfan Yüce'ye Armağan, İzmir 2001, s.523-572). (**Özbek-** DNA-Analizi)
- Özbek, V. Ö.** : DNA Verileri ve Türkiye Milli DNA Veri Bankası Kanunu Tasarısı Hakkındaki Görüşlerimiz (CHD, S.2007/1, s.47-76). (**Özbek-** DNA Verileri)
- Özbek, V. Ö.** : Tıbbi Deliller ve Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu (YÜHFD, Özel Sayı: Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, C.III, S.2006/2, s.357-406). (**Özbek-** Tıbbi Deliller)
- Özbilen, A. B.** : İnsan Kökenli Biyolojik Maddelere İlişkin Hukuki İşlemler, İstanbul 2011.
- Özbilen, A. B.** : Vücut Bütünlüğüne Yönelik Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu Bakımından Rızanın Aranmadığı Hâller (İTÜSBD, C.12, S.2013/2, s.99-124). (**Özbilen-** Rıza)
- Özcan, H.** : Çocuğun Soybağının Kurulması ve Yardımcı Üreme Teknikleri Sonucu Soybağının Tespiti (UAÜHFD, C.3, S.2015/5, s.95-112).
- Özçelik, V.** : Türk Medenî Usûl Hukukunda Taraflarca Getirilme İlkesi, Ankara 2020.
- Özdamar, D./Biçer, Ş.** : Reşit Çocuk, Babalığın Tespitini Her Zaman İsteyebilir Mi? (İzmir Barosu Dergisi, C.65, 2000, s.25-38).
- Özdemir, H.** : Yapay Döllenme ve Soybağı (Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan, İstanbul 2013, s.875-908).

- Özdemir, M. H./Çekin, N.** : Yüksek Sağlık Şurası'nın Yapısı ve Bilirkişilik Görevleri (Adli Tıp Bülteni, C.3, S.1998/3, s.94-97).
- Özekes, M.** : Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Medenî Usûl Hukukunda Yeni Kanun Yolu Sistemi (İstinaf ve Temyiz), 2. B., Ankara 2011. (**Özekes-** Kanun Yolu)
- Özekes, M.** : Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı, Ankara 2003. (**Özekes-** Hukuki Dinlenilme)
- Özekes, M.** : Pekcanıtez Usûl Medenî Usûl Hukuku, 15. B., İstanbul 2017. (**Özekes-** Pekcanıtez Usûl)
- Özekes, M./Boran-Güneysu, N.:** Deliller ve Hüküm Eksikliği Yönünden İstinaf İncelemesi ve Kararı (HMK m.353/1-a-6), İstanbul 2021.
- Özen, C.** : Babalık Araştırmaları (Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, S.1978/1, s.65-71).
- Özkaya-Ferendeci, H. Ö.** : Sözlülük İlkesi (Alman Hukuku'ndaki Örneği İle), İstanbul 2019.
- Özkorkmaz, E. G./Öztürk, C.:** DNA Analizi ve Riskler I. Akreditasyon ve Kalite (THD, C.2, S.2007/12, s.87-93).
- Özmen, İ.** : Babalığın Tespiti Davası (TNBHD, S.2000/107, s.27-32).
- Özmumcu, S.** : Türk Hukukunda Yargıtay Kararları Işığında Re'sen Araştırma İlkesi [SDÜHFD, MİHBİR Özel Sayısı (Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı-XII, HMK Çerçevesinde Yargılamaya Hakim Olan İlkeler, 18-19 Ekim 2014-Isparta), C.4, S.2014/2, s.145-171].
- Özsunay, E.** : Evlilik Dışı Çocuk Adına Kayyım Tarafından Açılan Babalık Davasında Dava Süresinin Başlangıcı (İÜHFM., C. 28, 1962/2, s.508-525).
(**Özsunay-** Dava Süresinin Başlangıcı)
- Özsunay, E.** : Gerçek Kişilerin Hukukî Durumu, 4. B., İstanbul 1979.
(**Özsunay-** Gerçek Kişiler)
- Özsunay, E.** : MK. 296'daki Bir Yıllık Dava Süresinin Geçirilmesine Rağmen, Babalık Dâvasının İstisnaen Açılabilceği Durumlar (İÜHFM, C.29, S.1963/1-2, s.218-239).
(**Özsunay-** Dava Süresinin Geçirilmesi)

- Özsunay, E.** : Rights of Embryo and Foetus in Private Law
(Convergence of legal systems in the 21st century, General Reports delivered at the XVI. International Congress of Comparative Law, Brisbane - Australia, 14-20 July 2002, Bruxelles 2006, s.1275-1413).
- Özsunay, E.** : Uluslararası Belgelerde ve Bazı Ulusal Hukuk Düzenlerinde Embriyo ve Cenin'in Hukuksal Durumu ve Korunması (Medeni Hukuk Hocalarına Saygı Günleri, Medeni Hukukta Güncel Sorunlar ve Önemli Gelişmeler Sempozyumu, 26-27 Haziran 2008, İstanbul 2011).
- Öztan, B.** : Aile Hukuku, 6. B., Ankara 2015.
- Öztek, S./Taşpınar-Ayvaz, S./Kale, S.:** Hukuk Muhakemeleri Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında 20 Mart 2020 Tarihli Kanun Teklifi'ne İlişkin Bazı Açıklamalar ve Kanun Teklifinin Değerlendirilmesi (TBBD, S.2020/149, s.77-152).
- Öztek, S.** : Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Aleniyet İlkesine İlişkin 28 inci Maddesi İle Ses ve Görüntü Nakledilmesi Yoluyla Veya Başka Yerde Duruşma İcrasına İlişkin 149 uncu Maddesinde 7251 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler Hakkında Bazı Düşünceler (AD, C.66, S.2021/1, s.641-665). (**Öztek-** Düşünceler)
- Öztek, S.** : Türk Medeni Yargılama Hukukunda İstinaf ve Temyiz (6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu m.341-m.373 Şerhi), Ankara 2021. (**Öztek-** İstinaf)
- Öztek, S.** : Bilirkişi Raporunun Hakimi Bağlamaması (Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan, C.2, Ankara 2014, s.1607-1627). (**Öztek-** Bilirkişi)
- Öztürk, B. (Editör)** : Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 12. Baskı, Ankara 2018. (**Öztürk-** Ceza Muhakemesi)
- Öztürk, C.** : Ceza Muhakemesinde İz Bilimi, Kriminalistik Gerçeği, Ankara 2006.
- Özüğür, A. İ.** : Türk Medeni Kanununun Değişen Yeni Düzenlemeleri İle Açıklamalı İçtihatlı Velâyet Vesayet Soybağı Evlat Edinme Hukuku Diğer Eşin Rıza ve Onamına Bağlı İşlemler, 4. B., Ankara 2010.

- Pahud, E.** : Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) Kommentar, hrsg. Brunner/Gasser/Schwander, 2. Aufl., Zürich-St.Gallen 2016.
- Paksoy, G.** : Soybağının Reddi (TBBD, S.2011/97, s.353-376).
- Pekcanıtez, H.** : Pekcanıtez Usûl Medenî Usûl Hukuku, 15. B., İstanbul 2017. (**Pekcanıtez-** Pekcanıtez Usûl)
- Pekcanıtez, H.** : Hukuk Muhakemeleri Kanun Tasarısının Tanıtımı [Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı-V, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Değerlendirmesi (Ankara, 8-9 Eylül 2006), Ankara 2007, s.3-31].
- Pekcanıtez, H.** : Medeni Usul Hukukunda Aleniyet İlkesi (İzBD, Yıl 65, Ekim 1999, s.21-42). (**Pekcanıtez-** Aleniyet)
- Pekcanıtez, H.** : Medenî Usûl Hukukunda Aleniyet İlkesi (Prof. Dr. Faruk Erem'e Armağan, Ankara 1999, s.635-666). (**Pekcanıtez-** Aleniyet İlkesi)
- Pekcanıtez, H.** : Medenî Usûl Hukukunda Aleniyet İlkesi (Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, İzmir 2000, s.408-427). (**Pekcanıtez-** Yargı Reformu)
- Pekcanıtez, H.** : Hukuki Dinlenilme Hakkı (Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan, İzmir 2000, s.753-791). (**Pekcanıtez-** Hukuki Dinlenilme)
- Pekcanıtez, H./Atalay, O./Özekes, M.:** Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifinin (2020) Değerlendirilmesi (<https://blog.lexpera.com.tr/hmk-ile-bazi-kanunlarda-degisiklik-yapilmasina-dair-kanun-teklifinin-2020-degerlendirilmesi>, 30.03.2020- Lexpera Blog).
- Pekcanıtez, H./Meriç, N.** : Medenî Usûl Hukukunda Fer'i Müdahale, 2. B., İstanbul 2020.
- Pekcanıtez, H./Taş-Korkmaz, H.:** Pekcanıtez Usûl Medenî Usûl Hukuku, 15. B., İstanbul 2017.
- Peters, E.** : Der Ausforschungsbeweis im Zivilprozess, Köln/Berlin 1966.
- Poetsch, M./Preusse-Prange, A./**

- Schwark, T./Wurmb-Schwark, N.:** The new guidelines for paternity analysis in Germany how many STR loci are necessary when investigating duo cases? (IJLM, Mayıs 2013, C.127, s.731-734).
- Pohlmann, P.** : Zivilprozessrecht, 3. Aufl., München 2014.
- Polat, İ. İ./Polat, M.** : HMK m.292 Düzenlemesinin İnsan Hakları, Anayasa ve TMK Hükümleri Uyarınca Değerlendirilmesi (<https://www.kararara.com/forum/viewtopic.php?t=31496>)
- Postacioğlu, İ. E.** : Medeni Usul Hukuku Dersleri, 6. Bası, İstanbul 1975.
- Prütting, H./Gehrlein, M.** : ZPO Kommentar, 8. Aufl. 2016.
- Pürselim, H. S.** : MÖHUK Kapsamında İddet Müddetinin Soybağının Reddi ve Babalık Davalarına Etkileri (MÜHF-HAD, C.27, S.2021/1, s.513-542).
- Ramer, P.** : Die prozessualen Gestaltungsklagen des schweizerischen Rechts in rechtsvergleichender Darstellung mit dem deutschen Recht, Zürich 1973.
- Rath, M./Brinkmann, B.** : Strafverfahrensänderungsgesetz - DNA-Analyse („Genetischer Fingerabdruck“) und DNA-Identitätsfeststellungsgesetz aus fachwissenschaftlicher Sicht (NJW, 1999/37, s.2697-2702).
- Rauscher, T.** : J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen (Buch 4 Familienrecht §1589-1600d Abstammung), Neubearbeitung 2011, Berlin.
- Rechberger, W. H.** : Kommentar zum Außerstreitgesetz (AußStrG), 2. Aufl., Wien 2013. (**Rechberger-** Außerstreitgesetz)
- Rechberger, W. H.** : Zur Eventualmaxime – eine rechtsvergleichende Untersuchung (Das Zivilrecht und seine Durchsetzung Festschrift für Professor Thomas Sutter-Somm, *hrsg. Fankhauser/Widmer Lüchinger/Klingler/Seiler*, Zürich 2016, s.471-487). (**Rechberger-** Eventualmaxime)
- Rechberger, W.** : Avusturya Medeni Yargılamasında Yargılamanın Hızlandırılması [İlkeler Işığı Altında Medeni Yargılama Hukuku (Derleyen ve Çeviren: Yıldırım, M. K.), 6. B., İstanbul 2011, s.1-15]. (**Rechberger-** Çeviri)

- Reich, J.** : CHK Handkommentar zum Schweizer Privatrecht (Personen- und Familienrecht Partnerschaftsgesetz Art.1-456 ZGB - PartG; *hrsg. Breitschmid/Jungo*), 3. Aufl., Zürich-Basel-Genf 2016.
- Reichenbach, S. B.** : Zivilprozessuale Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Informationen am Beispiel heimlicher Vaterschaftstests (AcP, Band 206, 2006, s.598-623).
- Rittner, C./Rittner, N.** : Unerlaubte DNA-Gutachten zur Feststellung der Abstammung- Eine rechtliche Grauzone (NJW 2002/24, s.1745-1753).
- Rosenberg, L./Schwab, K. H./Gottwald, P.:** Zivilprozessrecht, 17. Aufl., München 2010.
- Rüetschi, S.** : Berner Kommentar zum Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO, Band I: Art. 1-149 ZPO; Band II: Art. 150-352 ZPO und Art. 400-406 ZPO, *hrsg. Hausheer/Walter*), Bern 2012.
- Rüzgaresen, C.** : Medeni Usul Hukukunda Dosyanın İşlemden Kaldırılması, Ankara 2021.
(**Rüzgaresen-** Dosyanın İşlemden Kaldırılması)
- Rüzgaresen, C.** : Medeni Muhakeme Hukukunda Usul Ekonomisi, Ankara 2013. (**Rüzgaresen-** Usul Ekonomisi)
- Sabır, S.** : Cumhuriyet Savcısının Hukuk Davalarında Yer Alması, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2019.
- Sagiri, Y.** : Babalık Davası (İAÜHFD, C.3, S.2017/2, s.55-72).
- Saldırım, M.** : Cumhuriyet Savcısının Katıldığı Hukuk Davalarında Kanun Yollarına Başvurma Yetkisinin Kapsamı (<http://saldirim.com/yeni/wp-content/uploads/2013/11/CUMHUR%C4%B0YET-SAVCISININ-KATILDI%C4%9EI-DAVALARDA-KANUNYOLLARINA-BA%C5%9EVURM A-HAKKI.pdf>)
- Saldırım, M.** : DNA İncelemesinin Özel Hukuktaki İşlevi (AD, C.91, S.2000/8, s.127-148). (**Saldırım-** DNA)
- Saldırım, M.** : Özel Hukukta Cumhuriyet Savcısının Görevleri, Ankara 2005. (**Saldırım-** Görev)
- Saraçoğlu, N.** : Tespit Hükümlerinin ve İnşâî Hükümlerin İcra Hukuku Bakımından Durumu, Ankara 2022.

- Sarıaslan, O.** : Bireysel Başvuru Süreciyle Değişen Yargısal Paradigma ve Adil Yargılanma Hakkı Ekseninde İdari Yargıda Re'sen Araştırma İlkesi (UMD, S.2018/12, s.647-692).
- Sarsıkoğlu, Ş.** : Türk Ceza Muhakemesi Hukuku'nda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması [Prof. Dr. Doğan Soyaslan Armağanı, *Editörler: Ünal, A./Birtok, F./Erkal, A.* (ErcÜHFD, C.8, S.2013/2), Seçkin Y., Ankara 2013, s.693-722].
- Saygılı, A./Akça, K. N.** : 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Sözlü Yargılama Hükmünün Adil Yargılanma Hakkı İle Olan Rabıtası (AD, C.67, S.2021/2, s.15-27).
- Schulte-Bunert, K.** : Familienrecht, 2. Aufl., München 2014.
- Schwab, D.** : Familienrecht, 23. Aufl., München 2015.
- Schwander, I.** : ZPO Kommentar (Schweizerische Zivilprozessordnung, Orell Füssli Kommentar, *hrsg. Gehri/Jent-Sorensen/Sarbach*), 2. Aufl., Zürich 2015.
- Schweighauser, J.** : Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), *hrsg. Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger*, 3. Aufl., Zürich-Basel-Genf 2016.
- Schwenzer, I./Cottier, M.** : Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht (Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB; *hrsg. Honsell/Vogt/Geiser*), 5. Aufl., Basel 2014.
- Serozan, R.** : Çocuk Hukuku, Genişletilmiş 2. Bası'dan Tıpkı Bası, İstanbul 2017. (**Serozan- Çocuk**)
- Serozan, R.** : Soybağı Hukuku Üzerine Çeşitlemeler (Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan, Ankara 2008, s.759-777). (**Serozan- Soybağı**)
- Simil, C.** : Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevinin Sınırları [Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez'e Armağan, C.II, İzmir 2015 (DEÜHFD, C.16, Özel Sayı 2014), s.1351-1376].
- Sirmen, L./Koçhisarlıoğlu, C./Tanrıver, S./**
- Süral, N./Tercan, E.** : Karşılaştırmalı Hukukta Aile Mahkemeleri ve Türkiye'de Aile Mahkemelerinin Kurulmasında Yararlanılabilecek Bir Model (Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C.5, S.2000/3, s.1-32).

- Sonat, K. A.** : Soybağının Tespiti Amacıyla İsteğe Dayalı Olarak Yapılan Gen İncelemeleri (MÜHF-HAD, C.19, S.2013/3, s.323-377).
- Soy, A.** : Türk Medeni Yargılama Hukukunda Sulh, Ankara 2017.
- Sözen, T.** : Kamu Düzenine İlişkin Özel Hukuk Kuralları Üzerine Düşünceler (İBD, S.1992/4-5-6, s.362-372).
- Spühler, K./Dolge, A./Gehri, M.:** Schweizerisches Zivilprozessrecht und Grundzüge des internationalen Zivilprozessrechts, 9. Aufl., Bern 2010.
- Spycher, A.** : Berner Kommentar zum Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO, Band I: Art. 1-149 ZPO; Band II: Art. 150-352 ZPO und Art. 400-406 ZPO, hrsg. Hausheer/Walter), Bern 2012.
- Staehelin, E./Schweizer, S.** : Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), hrsg. Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, 3. Aufl., Zürich-Basel/Genf 2016.
- Stefanie, P. B.** : Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) Kommentar, hrsg. Brunner/Gasser/Schwander, 2. Aufl., Zürich-St.Gallen 2016.
- Stehli, C.** : ZGB Kommentar (Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Orell Füssli Kommentar, hrsg. Kostkiewicz/Wolf/Amstutz/Fankhauser), 3. Aufl., Zürich 2016.
- Sterchi, M. H.** : Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht (Zivilprozessordnung, Band I: Art.1-149 ZPO; hrsg. Hausheer/Walter), Bern 2012.
- Stöhr, A.** : Der Ausforschungsbeweis im Zivilprozess (JA, 2020/9, s.688-691).
- Sunar, G.** : Medeni Usul Hukukunda Basit Yargılama Usulü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2002.
- Sungurbey, İ.** : Medeni Hukuk Eleştirileri, İstanbul 1963.
- Sungurtekin-Özkan, M.** : İnşai Karar ve Özellikleri (75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru'ya Armağan, Ankara 2004, s.553-576).
(Sungurtekin-Özkan- İnşai)

- Sungurtekin-Özkan, M.** : Medenî Kanun'un Aile Hukuku Alanında Getirdiği Değişikliklerin Medenî Usul Hukuku Bakımından Düşündürdükleri [Medenî Usul ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı-I (Eskişehir, 9-10 Kasım 2002), Eskişehir 2003, s.75-91].
- Sutter-Somm, T.** : Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Zürich Basel Genf 2017.
- Sutter-Somm, T./Amman, D.:** Rechtsbegehren und Sachverhaltsermittlung in familienrechtlichen Verfahren – oder die Gefahr von Abbau des Rechtsschutzes (Brennpunkt Familienrecht Festschrift für Thomas Geiser zum 65. Geburtstag, *hrsg. Fankhauser/Reusser/Schwander*, Zürich-St.Gallen 2017, s.557-575).
- Sutter-Somm, T./Schränk, C.:** Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), *hrsg. Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger*, 3. Aufl., Zürich-Basel-Genf 2016.
- Sutter-Somm, T./Seiler, B.** : Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), *hrsg. Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger*, 3. Aufl., Zürich-Basel-Genf 2016.
- Süß, B.** : Die Feststellung der Vaterschaft unabhängig von Anfechtungsverfahren -Das neue Abstammungs-recht unter besonderer Berücksichtigung der Perspektive der Vater, Peter Lang Frankfurt 2010.
- Şahin, C.** : Ceza Muhakemesinde Bilirkişi Atanması ve Zorunlu Bilirkişilik [Bilirkişilik Sempozyumu (9-10 Kasım 2001, Samsun), Ankara 2002, s.190-236]. (**Şahin-** Bilirkişi)
- Şahin, C.** : Ceza Muhakemesinde İspat (Delillerin Doğrudan Doğruluğu İlkesi), Ankara 2001. (**Şahin-** İspat)
- Şahin, Ç. S.** : Hukuk Muhakemeleri Kanunu Uyarınca İstinaf Yargılamasında Ön İnceleme Aşaması [Prof. Dr. Durmuş Tezcan'a Armağan, C.II (DEÜHFD, C.21, Özel Sayı 2019), s.2659-2701]. (**Şahin-** İstinaf)
- Şatıroğlu, M.** : Babalık Davasında Maddî ve Manevî Tazminat (I) (YD, C.6, S.1980/4, s.492-506). (**Şatıroğlu-** I)

- Şatıroğlu, M.** : Babalık Davasında Maddî ve Manevî Tazminat (II) (YD, C.7, S.1981/3, s.265-292). (**Şatıroğlu- II**)
- Şener, E.** : Babalık Davası ve Af Kanunu İle Tescillerde İspat, Velayet, Nafaka ve Kişisel İlişki Üzerine Düşünceler (Yasa Hukuk Dergisi, C.IV, 1981/7, s.1005-1016).
- Şimşek, M.** : Soybağının Kurulması (YD, C.29, S.2003/3, s.252-262).
- Şimşek, M.** : Yeni Medeni Yasaya Bakış (YD, C.28, S.2002/1-2, s.123-151).
- Tahiroğlu, F.** : Medenî Usûl Hukukunda Re'sen Araştırma İlkesi, İstanbul 2021.
- Tan-Dehmen, M.** : Türk Vatandaşlarının Kişi Hallerine İlişkin Davalar Bakımından 5718 Sayılı MÖHUK'ta Kabul Edilen Yetki Kuralı (MHB, C.33, S.1, s.169-211).
- Tanrıver, S.** : Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nın 1 ilâ 122. Maddelerinde Yer Alan Temel Düzenlemeler ve Bunların Genel Çerçeve Değerlendirilmesi (AÜHFD, C.57, S.2008/3, s.635-664).
- Tanrıver, S.** : Hukuk Yargısı (Medenî Yargı) Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı (TBBD, S.2004/53, s.191-215). (**Tanrıver- Adil Yargılanma**)
- Tanrıver, S.** : Hukuk Yargısı Bağlamında Bilirkişilikle İlgili Temel Problemler ve Çözüm Arayışları [Prof. Dr. Bilge Umar'a Armağan, C.I, İzmir 2010 (DEÜHFD, C.11, Özel Sayı 2009), s.575-594].
- Tanrıver, S.** : Hukukumuzda Bilirkişilik, Ankara 2017. (**Tanrıver- Bilirkişilik**)
- Tanrıver, S.** : İlâmlı İcra Takibinin Dayanakları ve İcranın İadesi, Ankara 1996. (**Tanrıver- İlâmlı İcra**)
- Tanrıver, S.** : Mahkeme Huzurunda Yapılan Sulhler (Prof. Dr. İlhan Öztrak'a Armağan, AÜSBFD, C.49, S.1994/1-2, s.333-348).
- Tanrıver, S.** : Medenî Usul Hukuku, C.I, Temel Kavramlar ve İlk Derece Yargılaması, Tümüyle Gözden Geçirilmiş, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 4. Bası, Ankara 2021. (**Tanrıver- Usul, C.I**)

- Tanriver, S.** : Medenî Usûl Hukuku, C.II, Üst Derece Yargılamaları, Kesin Hüküm ve Bertaraf Edilmesi, Diğer Hukukî Çareler, Geçici Hukukî Korumalar, Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri ve İç Tahkim, Ankara 2021. (**Tanriver-** Usul, C.II)
- Tanriver, S.** : Türk Aile Mahkemeleri, Ankara 2014. (**Tanriver-** Aile Mahkemeleri)
- Tanriver, S.** : Türk Aile Mahkemesi Hâkimlerinin Sulhe Teşvik Ödevi [Makalelerim-III, Ankara 2016, s.199-202 (Kadına Yönelik Şiddet ve Ev İçi Şiddet, Ankara 2014, s.111-115)]. (**Tanriver-** Sulhe Teşvik)
- Tanriver, S.** : Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye’de Tenfizi Bağlamında Kamu Düzeninin Etkisi (MHB, C.17, S.1997/1-2, s.467-492).
- Tarım, S.** : Soybağının Reddi Davasında İlk Derece Yargılama Usulü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2020.
- Taşpınar, S.** : Medeni Yargılama Hukukunda Amaç Sorunu (Prof. Dr. Faruk Erem Armağanı, Ankara 1999, s.759-787). (**Taşpınar-** Amaç Sorunu)
- Taşpınar, S.** : Medeni Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri, Ankara 2001. (**Taşpınar-** İspat)
- Taşpınar-Ayvaz, S.** : Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun (HMK) Zaman Bakımından Uygulanması, Ankara 2013. (**Taşpınar-Ayvaz-** Zaman)
- Taşpınar-Ayvaz, S.** : İstinaftan Sonraki Temyiz İncelemesi ve Sonuçları [Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı-VI, Medenî Usûl Hukukunda Kanun Yolları ve Arabuluculuk Kanun Tasarısı (İzmir/Çeşme, 19-20 Ekim 2007), Ankara 2008, s.151-207].
- Taşpınar-Ayvaz, S.** : Mahkeme Kararıyla Düzeltilmiş Nüfus Kayıtları Hakkında Tekrar Mahkemeye Başvurulabilir Mi? (Prof. Dr. Ejder Yılmaz’a Armağan, C.2, Ankara 2014, s.1851-1878).
- Taşpolat-Tuğsavul, M.** : İstinaf İncelemesi Sonucunda Verilebilecek Kararlar (TBBD, S.2018/134, s.313-354).

- Taupitz, J./Theodoridis, A.** : Das Gesetz zur Regelung des Rechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung bei heterologer Verwendung von Samen (MedR, C.36, 2018/7, s.457-466).
- Taupitz, J.** : Genetische Untersuchungen zur Klärung der Abstammung (MedR, C.31, 2013/1, s.1-6).
- Tekinay, S. S.** : Türk Aile Hukuku, 7. B., İstanbul 1990.
- Tenchio, K.** : Basler Kommentar (Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., *hrsg. Spühler/Tenchio/Infanger*), Basel 2017.
- Tercan, E.** : Medeni Usul Hukukunda Tarafların İsticvabı, Ankara 2001 (**Tercan-** İsticvap).
- Tercan, E.** : Türk Aile Mahkemeleri (AÜHFD, C.52, S.2003/3, s.19-53) (**Tercan-** Aile Mahkemeleri).
- Thormann, T.** : Schweizerische Zivilprozessordnung Stämpflis Handkommentar, *hrsg. Baker&McKenzie*, Bern 2010.
- Tokar, Z.** : Babalık Davası, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2004.
- Toraman, B.** : Covid-19 Pandemisinin Etkisi Altında Hukuk Yargısında Elektronik (Ses ve Görüntü Nakli Yoluyla) Duruşma (E-Duruşma) (Covid-19 Küresel Salgınının Hukuktaki Yansımaları, Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları-I, *Editör: Şenocak, K.*, Ankara 2021, s.459-523). (**Toraman-** E-Duruşma)
- Toraman, B.** : Medeni Usul Hukukunda Bilirkişi İncelemesi (6754 Sayılı Bilirkişilik Kanunu İle Getirilen Yenilikler Çerçevesinde), Ankara 2017. (**Toraman-** Bilirkişi)
- Toraman, B.** : Medeni Usul Hukukunda İspat Hakkına Dair Bazı Tespit ve Değerlendirmeler [Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez'e Armağan, C.II, İzmir 2015 (DEÜHFD, C.16, Özel Sayı 2014), s.1483-1523]. (**Toraman-** İspat Hakkı)
- Tosun, Y./Baş, E.** : Soybağının Reddi Davasında ve Babalık Davasında Sürelere İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararlarının Değerlendirilmesi (BÜHFD, C.9, S.123-124, 2014, s.99-117).
- Tuğ, A.** : Babalık Testlerinde Son Düzenlemeler (Adli Tıp Dergisi, C.24, S.2010/1, s.52-59).

- Tuğ, A./Doğan-Alakoç, Y./Elma, C.:** Ankara Üniversitesi Tıp Fakültesi Adli Tıp Anabilim Dalında Gerçekleştirilen Babalık Testlerinin Değerlendirilmesi (Adli Bilimler Dergisi, C.3, S.2004/3, s.57-62)
- Tuğ, A./Elma, C. :** Ankara Üniversitesi Adli Tıp Anabilim Dalı 2004-2007 Verileri İle Babalık Testlerinin Değerlendirilmesi (Adli Tıp Dergisi, C.22, S.2008/3, s.15-21).
- Tuğ, E./Gültekin-Akduman, G.:** General characteristics of paternity test applicants (Turkish Journal of Medical Sciences, C.39, S.2009/6, s.923-931).
- Tuor, P./Schnyder, B./Rumo-Jungo, A.:** Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 13. Aufl., Zürich-Basel-Genf 2010.
- Turan, M. F. :** İslam Muhakeme Hukukunda İz Bilimi (Kriminalistik) ve Adli Tıp Çalışmalarını Anımsatan Bazı Uygulamalar (AÜİFD, S.33, Erzurum 2010, s.145-169).
- Turan-Başara, G. :** Ana İle Evlilik Dışında Doğan Çocuk Arasındaki İlişkiyi Düzenleyen Türk Medeni Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi (TBBD, S.2017/131, s.211-238).
- Turhan, F. :** Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi ve Tıp Hukuku (Özellikle AİHM Kararları Işığında Şüpheli veya Sanığın Zorla Muayenesi Konusunun Değerlendirilmesi) [Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu (28 Şubat-1 Mart 2008, Ankara), TBB Yayınları, Ankara 2008, s.1025-1074].
- Tutumlu, M. A. :** İstinaf Yargılamasında Yeni Vakıa-Delil Getirme Yasağı (THD, S.2007/7, s.57-62).
- Tüzüner, Ö. :** Adli Genetik ve Tıbbî Biyoloji Bilimlerinin Soybağı Hukukuna Etkileri, İstanbul 2016.
(**Tüzüner-** Adli Genetik)
- Tüzüner, Ö. :** Soybağının Tespiti Davasında Genetik Analize İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi (AÜHFD, C.62, 2013/4, s.1139-1166). (**Tüzüner-** Soybağının Tespiti)
- Uğur, A. :** Soybağının Tespiti İçin İnceleme ve Kişilik Hakkının Korunması: HMK m.292 ve TMK m.284 Hükümlerinin Kıyaslanması (Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan, C.2, Ankara 2014, s.1913-1939).

- Ulukapı, Ö.** : Medeni Usul Hukukunda Dava Arkadaşlığı, Konya 1991
(**Ulukapı-** Dava Arkadaşlığı)
- Ulukapı, Ö.** : Yargıtay Kararları Işığında Medeni Usul Hukukunda Yargılamaya Hakim Olan İlkelerden Taraflarca Hazırlama İlkesi [SÜHFD, C.6, S.1998/1-2 (Prof. Dr. Süleyman Arslan’a Armağan, Konya 1998), s.713-732].
- Umar, B./Yılmaz, E.** : İspat Yüğü, 2. B., Büyükçekmece 1980.
- Umar, B.** : Hak Düşüren Süreye Uyulup Uyulmadığı Konusunda İsbat Yükünü Taşıyan Taraf (İÜHFM, C.30, S.1964/3-4, s.897-914). (**Umar-** Hak Düşüren Süre)
- Umar, B.** : Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2011.
(**Umar-** Şerh)
- Umar, B.** : Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı’na Katkı [Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı-V, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Değerlendirmesi (Ankara, 8-9 Eylül 2006), Ankara 2007, s.87-129].
(**Umar-** Katkı)
- Umar, B.** : Medenî Usul Hukukunda Dâvanın Dinlenme Şartı Olarak Ehliyet (İÜHFM, C.29, S.1963/3, s.591-619).
(**Umar-** Ehliyet)
- Umar, B.** : Türk Medenî Usûl Hukukunda İadei Muhakeme (İÜHFM, C.29, S.1963/1-2, s.261-298).
(**Umar-** İadei Muhakeme)
- Urwyler, A./Grütter, M.** : Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) Kommentar, hrsg. Brunner/Gasser/Schwander, 2. Aufl., Zürich-St.Gallen 2016.
- Uyanık-Çavuşoğlu, A.** : Yeni MÖHUK’a Göre Soy Bağı İlişkinine Uygulanacak Hukuk Sorunu (Maltepe ÜHFD, 10. Yıl Kuruluş Armağanı, S.2008/2, s.315-322).
- Uyumaz, M.** : Soybağı Davalarında Usule İlişkin Hükümler, Ankara 2015.
- Üçüncü, H.** : Medenî Yargılama Hukukunda Kişisel Verilerin ve Sırların Korunması, İstanbul 2019.
- Ünal, M.** : Medenî Kanunun Kabulünden Önce Türk Aile Hukukuna İlişkin Düzenlemeler ve Özellikle 1917 Tarihli Hukuk-i Aile Kararnamesi (AÜHFD, C.34, 1977/1, s.195-231).

- Ünal-Kaya, H.** : Die Mitwirkungspflicht der Parteien des Zivilprozesses vor dem Hintergrund letzter Reformen in Deutschland und der Türkei, Berlin 2018.
(Ünal-Kaya- Mitwirkungspflicht)
- Ünal-Kaya, H.** : Medeni Yargıda İstinaf Sebepleriyle Bağlılık Kuralı (İHM, C.78, S.2020/4, s.1899-1919).
(Ünal-Kaya- İstinaf)
- Ünver, Y./Hakeri, H.** : Ceza Muhakemesi Hukuku, C.I, 11. Baskı, Ankara 2016.
- Ünver, Y.** : Genetik Teşhislere Yönelik Tıbbi Müdahalelerden Kaynaklanan Ceza Hukuku Sorumluluğu [Tıp Hukuku Dergisi (İstanbul Medeniyet Üniversitesi Tıp Hukuku Araştırmaları Birimi Yayını, Özel Sayı Genetik Teşhisler ve Hukuki Sorunlar), 2013/4, s.191-213].
- Üstündağ, S.** : Medenî Yargılama Hukuku, C.I-II, 7. B., İstanbul 2000.
- Üstündağ, S.** : İddia ve Müdafaanın Değiştirilmesi Yasası, İstanbul 1967.
- Van de Graaf, B.** : Kurzkomentar ZPO, 2. Aufl., hrsg. Oberhammer/ Domej/ Haas, Basel 2014.
- Velidedeoğlu, H. V.** : Türk Medeni Hukuku, C.II Aile Hukuku, B.5, İstanbul 1965.
- Wallimann, M.** : Der Unmittelbarkeitsgrundsatz im Zivilprozess, Tübingen 2016.
- Wellenhofer, M.** : Das neue Gesetz zur Klärung der Vaterschaft unabhängig vom Anfechtungsverfahren (NJW 2008/17, s.1185-1189).
- Wieczorek, B./Schütze, R. A.** : Zivilprozessordnung und Nebengesetze, Großkommentar, 6. Band § 355-510c, 4. neu bearbeitete Aufl., Berlin 2014.
- Wullschleger, P.** : ZPO Kommentar (Schweizerische Zivilprozessordnung, Orell Füssli Kommentar, hrsg. Gehri/Jent-Sorensen/Sarbach), 2. Aufl., Zürich 2015.
- Yaşlı, H./Bulut, Ö.** : Morfolojik ve Antropometrik Yöntemlerin Yüz Karşılaştırma İşlemlerinde Uygulanması (Adli Bilimler Dergisi, C.7, S.2008/2, s.7-16).

- Yavaş, M.** : Mehaz Kanun ile Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Medeni Yargılamaya Hakim Olan İlkeler ve Hakimın Rolü (Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan, İstanbul 2007, s.283-335).
- Yazgı, B.** : Medenî Usul Hukukunda Babalık Davası, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2002.
- Yenerer-Çakmut, Ö.** : Soybağının Belirlenmesi ve Ceza Hukukunda Çocuğun Soybağını Değiştirme Suçu, İstanbul 2008.
- Yenisey, F./Nuhoglu, A.** : Ceza Muhakemesi Hukuku, 6. B., Ankara 2018.
- Yenisey, F.** : Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'na Göre Tıbbî Deliller ve Bilirkişi İncelemesi (YÜHFD, Özel Sayı: Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, C.III, S.2006/2, s.309-321).
- Yıldırım, M. F.** : Gen Analizleri ve Kişilik Haklarının Korunması (ErzÜHFD, C.XI, S.2007/3-4, s.383-402).
(**Yıldırım-** Gen Analizleri)
- Yıldırım, M. F.** : Gen Teknik Uygulamalardan Doğan Hukukî Sorumluluk, Ankara 2008. (**Yıldırım-** Gen Teknik)
- Yıldırım, M. F.** : Genetik Analizler ve Kişilik Haklarının Korunması Özellikle Üçüncü Kişilerin Bilmeme Hakkının İhlâli [Ankara Barosu V. Sağlık Hukuku Kurultayı (1-2 Kasım 2013, Ankara), *Editörler: Doğan, C./Aksoy-Gülaslan, P.*, Ankara 2014, s.415-424]. (**Yıldırım-** Tebliğ)
- Yıldırım, M. K.** : Bilirkişi Delilinin Mukayeseli Hukuk ve Türk Hukukundaki Durumu (75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara 2004, s.833-841).
- Yıldırım, M. K.** : Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, İstanbul 1990. (**Yıldırım-** Delillerin Değerlendirilmesi)
- Yıldırım, M. K.** : Medeni Yargılama Hukukunda Hakimın Rolü [Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, C.II (MÜHF-HAD, Özel Sayı, C.22, S.2016/3), s.3027-3044].
(**Yıldırım-** Hâkimin Rolü)
- Yıldırım, M. K.** : Teksif ve Sözlülük İlkeleri Açısından Yargılama Usulleri Hakkında Düşünceler (Prof. Dr. Ergun Önen'e Armağan, İstanbul 2003, s.467-491). (**Yıldırım-** Yargılama Usulleri)
- Yıldız, E./Gürsoy, S.** : Kayyımlik ve Kayyım Katılımıyla Görülmesi Gereken İşler ve Davalar, İstanbul 2007.

- Yılmaz, E.** : “Çocuk Hakları” Açısından: Çocuğun Davada Temsilinin ve İradesinin Önemi [Prof. Dr. Bilge Umar’a Armağan, C.I, İzmir 2010 (DEÜHFD, C.11, Özel Sayı 2009), s.819-841]. (**Yılmaz- Çocuk**)
- Yılmaz, E.** : Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, C.1, C.2, C.3, 3. Baskı, Ankara 2017. (**Yılmaz- Şerh**)
- Yılmaz, E.** : İstinaf, Ankara 2005. (**Yılmaz- İstinaf**)
- Yılmaz, E.** : (Medeni Yargılama Hukukunda) Yemin, Genişletilmiş 3. B., Ankara 2021. (**Yılmaz- Yemin**)
- Yılmaz, E.** : Olağanüstü Temyiz, Ankara 2003. (**Yılmaz- Olağanüstü Temyiz**)
- Yılmaz, E.** : Savcıların Hukuk Davalarındaki Görevleri (AÜHFD, C.29, 1972/1-2, s.255-287). (**Yılmaz- Savcı**)
- Yılmaz, G. A.** : HMK ve TMK’daki Soybağının Belirlenmesine İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi (KBD, S.2019/1, s.57-73).
- Yılmaz, H.** : Das Problem der Unehelichkeit in der Schweiz und in der Türkei, insboshendere für den Gesetzgeber, Bern-Frankfurt am Main-Las Vegas 1980. (**Yılmaz- Unehelichkeit**)
- Yılmaz, İ.** : İslâm (Aile) Hukukunda DNA Parmak İzi Testi İle Nesebin Sübûtu (İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, S.2013/2, s.63-112). (**Yılmaz- İslam**)
- Yokuş-Sevük, H.** : Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik (İÜHFM, C.LXIV, S.2006/1, s.49-107).
- Yurtbaşı, F.** : Medeni Usul Hukukunda Keşif, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2015.
- Yücel, Ö.** : Çocuğun Kayyım Tarafından Temsili, Ankara 2011.
- Yükseloğlu, E. H.** : Y Kromozomu STR Polimorfizmin Babalık Tayini ve Adli İdentifikasyonda Kullanımı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2003.
- Yüzer-Eltimur, D.** : AİHS Kapsamında Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunmasında Devletin Pozitif Yükümlülükleri, İstanbul 2019.
- Zevkliler, A./Acabey, M. B./Gökyayla, K.:** Zevkliler Medenî Hukuk, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 6. Baskı, Ankara 2000.
- Zimmermann, W.** : FamFG Einführung in das familiengerichtliche Verfahren und die freiwillige Gerichtsbarkeit, 2. Aufl. München 2011.

- Ziyan, A.** : Velayet İlişkisi Bağlamında Çocuğun Ebeveyni Tarafından Temsili, İstanbul 2019.
- Zogg, S.** : Das Kind im familienrechtlichen Zivilprozess (FamPra.ch 2017/2, s.404-451).
- Zogg, S.** : Selbständige Unterhaltsklagen mit Annexentscheid über die weiteren Kinderbelange- verfahrensrechtliche Fragen (FamPra.ch 2019/1, s.1-35).
- Zorluoğlu, A.** : Gen Analizlerinden ve Genetik Veri Bankalarından Doğan Hukuki Sorumluluk (Uluslararası Türk-Amerikan Tıp Hukuku ve Etiği Sempozyumu, 2-5 Mayıs 2013, *Editörler: Özel, Ç./Özcan -Büyüktanır, B. G.*, Ankara 2014, s.373-388).



ÖZET

Babalık davası, evlilik dışı doğan çocuğun biyolojik babasının tespitini ve böylelikle çocuğun biyolojik babasıyla olan soybağı ilişkisinin hukuksal zeminde kurulmasını sağlamaya yönelik, geçmişe etkili (ex tunc), yenilik doğurucu (inşai) bir dava türüdür. Mahkemece davalının babalığına hükmedilmesi ve bu hükmün şeklen kesinleşmesi sonucunda davalı erkek ile çocuk arasında yasal soybağı (nesep) ilişkisi oluşur ve çocuğun aile hukuku ile miras hukuku bağlamında birtakım hakları doğar. Babalık davası, çocuğun yüksek menfaatini doğrudan etkilediği ve bu yüzden kamu yararını da ilgilendirdiği için, diğer tipik özel hukuk davalarından ayrılır ve medenî usul hukuku bakımından birtakım farklı yansımaları ortaya çıkarır. Bu sebeple, medenî usul hukuku açısından yaklaşıldığında babalık davasının, usule ilişkin olarak diğer davalardan ayrılan yönlerinin ve arz ettiği özel durumların incelenmesi gerektiği aşikardır.

Bu kapsamda, tezin giriş bölümünde babalık davasının tanımı, sebebi, konusu, amacı, türü, hukukî niteliği, bazı yabancı hukuk düzenlerindeki genel görünümü, Türk pozitif hukukundaki tarihsel gelişimi, soybağının reddi ve nüfus kaydının düzeltilmesi ile mukayesesi hakkında açıklamalar yer alacaktır. Birinci bölümde ise, babalık davasının tarafları, dava ehliyeti ve davada temsile ilişkin özel durumlar, Cumhuriyet savcısının davadaki konumu, işlevi ve dava arkadaşlığı, davanın ihbarı, davaya fer'î müdahale, dava açma süreleri, görevli ve yetkili mahkemeler, yargılama usulü ve yargılamaya egemen olan ilkeler hakkında bilgiler verilecektir. Tezin ikinci bölümünde, babalık karesi, ispat yükü, babalığın doğrudan ispatına elverişli deliller, tıbbî bilirkişilik, soybağının tespitinde başvurulacak olan tıbbi yöntemler, DNA analizinin delil değeri, hukuka aykırı şekilde elde edilen delillerin durumu irdelenecektir. Tezin üçüncü bölümünde ise, yargılamanın tahkikat aşamasında soybağının tespitine yönelik inceleme kararı, bu kararın niteliği, şartları, usulü, kişilerin soybağı tespiti için verilen inceleme kararına rıza göstermesi bakımından HMK m.292 ile TMK m.284 arasındaki ilişki, babalık hükmünün niteliği, etkisi, kesinleşmesi ve hükme karşı gidilebilecek olağan ve olağanüstü kanun yolları ile ilgili ayrıntılara yer verilecektir.

ABSTRACT

A paternity suit is a type of action with retrospective (*ex tunc*), formative (constructive) effect aimed at determining the biological father of the child born out of wedlock thus establishing the paternity relationship with the child's biological father on a legal basis. As a result of the judgment of the paternity of the defendant by the court and the formal finalization of this provision, a legal lineage relationship is formed between the defendant man and the child, and the child gains some rights in the context of family law and inheritance law. Since the paternity suit directly affects the best interests of the child therefore also concerns the public interest, it differs from other typical private law cases and reveals some different reflections in terms of civil procedural law. Thus, when approached from the point of view of civil procedural law, the aspects of the paternity case that differ from other cases and the special situations it brings forward should clearly be examined.

In this context, the definition, reason, subject, purpose, type, legal nature, general appearance in some foreign legal systems, historical development in Turkish positive law, rejection of paternity, correction of birth registration, and comparison will be explained in the introduction section of the thesis. The parties to the paternity suit, legal capacity, and special cases related to representation in the case, the position of the public prosecutor in the case, his function and fellowship, notification of the case, secondary intervention in the case, the duration of filing a lawsuit, the competent and authorized courts, the trial procedure, and the ruling jurisdiction will all be discussed in the first section. The presumption of paternity, the burden of proof, the shreds of evidence suitable for direct proof of paternity, medical expertise, the medical methods to be used in paternity determination, the evidential value of DNA analysis, and the situation of unlawfully obtained evidence will all be discussed in the second section of the thesis. The examination decision for the determination of paternity at the investigation stage of the proceedings, its nature, conditions, and procedure, the relationship between the Code of Civil Procedure-article 292 and Turkish Civil Code-article 284 in terms of the consent of the persons to the examination decision for the determination of paternity, the nature and effect of the paternity provision, and the details of the ordinary and extraordinary paternity provisions will be finalized in the third section of the thesis.