

SOYBAĞININ TESPİTİ AMACIYLA İSTEĞE DAYALI OLARAK YAPILAN GEN İNCELEMELERİ

Yrd. Doç. Dr. K. Ali SONAT*

Özet

Gen incelemeleri, sağladığı ispat olanakları nedeniyle soybağı davaları kapsamında sıklıkla başvurulmuş bir bilimsel yöntemdir. Bu incelemenin, görülmekte olan bir davadan bağımsız olarak, salt isteğe dayalı olarak yapılması, soybağının tespiti bakımından dava yoluna başvurulmasına kıyasla ilgililere önemli avantajlar sağlamaktadır. Bu incelemeler, incelemeye katılanların ve üçüncü kişilerin kişilik değerlerine müdahale teşkil ettiğinden, kural olarak hukuka aykırıdır. Hukuka aykırılık, TMK m. 24/II uyarınca, kural olarak ilgililerin rızası ile önlenir. Rızanın geçerli olabilmesi ise aydınlatılmış bir irade temelinde, yetkili kişi tarafından ve şekle uygun olarak açıklanmış olmasına bağlıdır. Rızanın mevcut olmadığı durumlarda ise, çocuğun genetik kökenini öğrenme hakkı, üstün özel yarar teşkil ettiği ölçüde, gen incelemesinin hukuka aykırı olmasını önleyebilir.

Anahtar Kelimeler: Gen incelemesi, DNA analizi, isteğe dayalı gen incelemesi, soybağı, soybağının tespiti, kişilik hakkı, tıbbi müdahale, rıza, genetik kökenini öğrenme hakkı, üstün özel yarar, çocuğun menfaati, kayıymlık.

Abstract

Genetic testing is a scientific method applied frequently within civil proceedings owing to probative value it provides. The fact that these tests are being done outside the context of proceedings by private demand provides significant advantages to persons concerned in comparison with the determi-

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı.

nation of filiation within civil proceeding. These tests are unlawfull as they cause intervention to personality rights of persons who take part directly in the tests and indirectly to third persons as well. On the bases of article 24/II of Turkish Civil Code, as a rule, the avoidance of illegality is possible with the consent of the persons concerned with test. Besides this, the validity of the consent depends on its being declared in compliance with the formal requirements, by authorized person who is informed properly. In the absence of consent, the child's right to know his genetic origins can avoid genetic test from being unlawfull as long as this right is considered as an overriding private interest in the sense of article 24/II of Turkish Civil Code.

Keywords: *Genetic test, DNA analysis, filiation, genetic analysis by private demand, determination of filiation, personality rights, medical act, consent, right to know his genetic origins, overriding private interest, deputyship.*

Giriş

Soybağı, çocuk ile ana ve baba arasında kurulan bir ilişkiyi ifade eder. Bu ilişki hukuk düzeni tarafından da tanınmakta ve bu ilişkiye bazı sonuçlar bağlanmaktadır. Hukuk düzeni bu ilişkinin kurulmasını belirli bazı maddi olgulara ve karinelere dayandırmak suretiyle aslında hukuken olağan bir durumu tarif de etmiş olmaktadır. Söz konusu olağan durumlarda hukuki soybağı ilişkisi biyolojik soybağı ilişkisini yansıtır. Ne var ki, hayatın akışı içerisinde bu ilişkiler her zaman olağan kabul edilen duruma uygun şekilde gelişmemekte ve buna bağlı olarak, bu olasılıklarda hukuki soybağı ilişkisi, biyolojik soybağı ilişkisi ile örtüşmemektedir.

Bu noktada ilgililerin soybağı ilişkisinin salt biyolojik açıdan açıklığa kavuşturma yönünde menfaat ve talepleri olabileceği gibi, bunun ötesinde ilgililer soybağı ilişkisine hukuk düzeninin bağladığı sonuçlardan da yararlanmak isteyebilirler. Bu menfaat ve taleplerin karşılanabilmesi ise, maddi gerçeğin ortaya çıkarılması, diğer bir deyişle biyolojik soybağının tespit edilmesi sayesinde mümkün olacaktır.

Biyolojik soybağının tespiti konusunda çeşitli bilimsel araştırma ve inceleme yöntemlerinden yararlanılmaktadır. Bu yöntemlerden biri de gen incelemeleridir. Günümüzde gen incelemeleri pek çok alanda başvurulan bir bilimsel araştırma yöntemi olduğu gibi, bir süredir soybağının tespiti alanın-

da da kullanılmaktadır¹. Gen incelemesi yöntemi, diğer bilimsel araştırma yöntemlerine kıyasla biyolojik soybağı ilişkisini gerek müspet gerek menfi anlamda tespit etmek bakımından daha güvenilir bir yöntem olarak mahkemeler tarafından da itibar edilen bir araç olarak kullanılmaktadır².

Günümüzde gen teknolojisi alanındaki gelişmeler sonucunda bu uygulamaların kolaylaşması, maliyetinin düşmesi ve yaygınlaşması sonucunda gen incelemesinin, soybağının tespiti yöntemi olarak, kişiler tarafından salt isteğe dayalı olarak, açılmış bir davadan bağımsız surette kullanılabilen bir olanak haline geldiği görülmektedir. Günümüzde bu hizmet adli tıp kurumu dışında, özel laboratuvarlar tarafından da sunulmaktadır.

Bu derece etkili bir yöntem olarak, büyük ölçüde yaygın hale gelen bu incelemelerin, konusu, icra edilme şekli ve sonuçları bakımından kişilere ait menfaatler ve hakları yakından ilgilendireceği ortadadır. Bu cihetle gen incelemeleri, kişilerin hukuki durumlarını olumlu veya olumsuz yönde etkilemeye elverişli olup, bu incelemelerin hangi hukuk kurallarına tabi olacağı sorununun yanı sıra somut olayda inceleme ile doğrudan veya dolaylı şekilde ilgili kişilerin hukuki durumlarının belirlenmesi önem arz etmektedir.

Çalışmamızda soybağının tespiti amacıyla isteğe dayalı olarak yapılan gen incelemeleri başlığı altında esasen, bu incelemelerin hukuka uygunluğu sorunu ele alınacaktır. Bu noktada, isteğe dayalı olarak yapılan gen incelemelerinin, soybağının tespiti alanında ne şekilde icra edildiği, hangi hukuk kurallarına tabi olduğu ve bu kurallar karşısında, hangi durumlarda ve ne ölçüde hukuka aykırılığın söz konusu olacağının belirlenmesi, hukuka uygunluk değerlendirmesi bakımından bir ön sorun teşkil etmektedir. Vurgulamak gerekir ki, çalışmamızın ana eksenini soybağı ilişkisi teşkil ettiğinden, hukuka uygunluk sorunu Medeni Hukuk açısından ele alınacak, konunun Ceza Hukuku boyutu bu kapsamda incelenmeyecektir. Öte yandan Medeni Hukuk çerçevesinde hukuka uygunluk sorununun incelenmesinde, olağan durum olan sağlar arasındaki soybağı ilişkisinin tespitine yönelen gen incelemeleri esas alınmış olup, soybağı araştırılan taraflardan birinin hukuken

¹ İsviçre hukukunda soybağı davalarında gen analizi yöntemi, Adli Tıp Enstitüsü tarafından kullanılan neredeyse tek yöntem haline gelmiştir. Bu yönde bk. **Meier**, P. / **Stettler**, M.: *Droit de la filiation*, 4. éd., Zürich 2009, N. 189.

² Mahkemeler tarafından gen incelemesinin kullanılmaya başlamasından önceki dönemde, soybağının tespitine yönelik antropomorfolojik analiz ve kan tahlili yöntemlerine başvurulmakta idi. Bu konuda bk. **Meier** / **Stettler**, N. 185.

kişi sayılmadığı prenatal (doğumöncesi) ve postmortem (ölüm sonrası) gen incelemeleri, inceleme kapsamının dışında bırakılmıştır. Keza, gen incelemesinden elde edilen sonuçların ne şekilde korunacağı, gen incelemesinin hukuka aykırılığına bağlanan sonuçların ne olduğu gibi sorunlar da bu çalışmada incelenmeyecektir.

Bu açıklamalar ışığında aşağıda öncelikle, soybağının tespiti alanında gen incelemeleri, konusu ve uygulama tekniği bakımından ana hatları ile ele alınacak, daha sonra bu kurallar zemininde isteğe dayalı gen incelemesinin hukuka aykırı olup olmadığı veya ne ölçüde hukuka aykırı sayılacağı ve olası bir hukuka aykırılık sonucunun ne şekilde ve ne ölçüde önlenilebileceği hususları incelenecektir.

I. Soybağının tespiti alanında gen incelemeleri

Gen incelemeleri bugün pek çok alanda başvuru bilimsel bir araştırma yöntemidir. Bu amaçlar, tıp alanında hastalıkların teşhis ve tedavisi, bazı iş ilişkilerinin³ kurulmasında ilgililerin seçimi (*selection*) ve kişinin kimliğini tespiti olmak üzere üç ana başlıkta toplanabilir⁴. Soybağının tespitine yönelik gen incelemeleri kişinin kimliğinin teşhisi (*identification*) amacıyla yapılan gen incelemelerinin bir alt türünü teşkil etmektedir⁵.

Gen incelemelerinin soybağı tespiti alanında kullanılması yeni bir olgu değildir. Bir süredir medeni yargılama hukuku ve ceza hukuku alanlarında soybağının tespiti bakımından gen incelemesi sonuçlarına bir ispat aracı olarak başvurulmaktadır. Gen incelemesi yöntemi, kişiler arasındaki biyolojik ilişkinin gerek varlığını gerek yokluğunu çok büyük bir kesinlikle ortaya koyabildiğinden, soybağının tespiti alanında diğer bilimsel inceleme ve araştırma yöntemlerine göre daha elverişli bir ispat aracı haline gelmiştir⁶. Türk

³ Sigorta ilişkisinin kurulmasına yönelik risk arz eden müşterilerin belirlenmesi veya iş sözleşmesi açısından işe alınacak işçilerin seçimi gen incelemelerine seçim amacıyla başvurulduğu durumlara örnek teşkil etmektedir. Bu konuda bk. **Memiş, T. / Yıldırım, M. F.:** Soybağının Belirlenmesinde Gen Analizlerinin Kullanılması Ve Yarattığı Sorunlar, AÜHF, C. VIII, S. 1-2 (2004), sh. 288; **Guillod, O.:** Analyse génétique humaine et protection de la personnalité, Zürich 1994 (Kıs. Analyse), sh. 181 vd.

⁴ **Guillod, O.:** Analyse, sh. 170.

⁵ **Knoppers, B. M.:** Les tests génétiques à des fins d'identification, Analyse génétique humaine et protection de la personnalité, Zürich 1994, sh. 77 vd.

⁶ Gen incelemesinden farklı olarak klasik bilimsel araştırma yöntemleri bir kişinin bir başkasının soyundan geldiğini tespit etmeye yeterince elverişli değildir. Bu yöntemlerde

hukukunda, açılan bir soybağı davası kapsamında gen incelemelerine başvurulmasının yasal dayanağını TMK m. 284/II ve HMK m. 292 hükümleri teşkil etmektedir⁷.

Bilindiği üzere gen, vücudun çalışması için gerekli olan, kimyasal (protein) formda ve kromozomlar içinde depolanmış, kişinin kalıtsal özelliklerinin bilgisi şeklinde tanımlanmaktadır⁸. Bu bilgi, organizmada DNA⁹ tarafından taşınır. DNA ise, her organizmanın hücre çekirdeğinde bulunan, genleri taşıyan ve bu suretle insanın genetik mirasını veya genetik bilgisini içeren moleküler yapıdır¹⁰. Bu niteliği nedeniyle DNA, kişinin “genetik parmak izi” olarak da adlandırılmaktadır¹¹.

Gen incelemesi ise, genler tarafından taşınan bilgiler kullanılarak, kişinin genetik yapısı hakkında çeşitli sonuçlara varmak üzere yapılan bilimsel çalışmaların tümüne verilen addır¹². Gen teknolojisi alanındaki ilerlemelere bağlı olarak, gen incelemelerinin yaygın bir kullanım alanı oluşmuş ve gen incelemeleri birçok amaca hizmet eder hale gelmiştir¹³. Bu noktada belirt-

esas alınan ayırt edici özellikler aynı zamanda pek çok kişinin ortak niteliği olmasından ötürü, çoğu zaman bu yönde bir tespit yapılamamaktadır. Bu yönde bk. **Knoppers**, sh. 78.

⁷ TMK m. 284/I b. 2 hükmünde, görülmekte olan bir soybağı davasında soybağı ilişkisinin tespiti için bilimsel inceleme ve araştırmalara başvurulabileceği; HMK m. 292 hükmünde ise, soybağının tespitine yönelik olarak ilgililerin vücudundan kan ve doku alınabileceği öngörülmüştür. Söz konusu hükümler ileride hukuka uygunluk tartışması kapsamında detaylı olarak alınacaktır. Bk. aşağıda III. B. 1 no’lu bölümdeki açıklamalar.

⁸ **Zengin**, M. A.: *Biyoloji Uygulamaları ve Tıbbi Müdahaleler Karşısında İnsan Haklarının Korunması*, Ankara 2012, sh. 11; karşı. **Tekin / Yıldırım**, sh. 285.

⁹ DNA, İngilizce bir terim olan “deoksiribonükleik asit”in kısaltılmışıdır. DNA bir molekül olup, Adenin (A), Timin (T), Sitozin (S) ve Guanin (G) adı verilen dört temel yapı taşından oluşur.

¹⁰ **Memiş / Yıldırım**, sh. 284 dn. 4; **Çakmut**, Ö. Y.: *Soybağının Belirlenmesi ve Ceza Hukukunda Çocuğun Soybağını Değiştirme Suçu*, İstanbul 2008, sh. 74.

¹¹ **Meier / Stettler**, N. 190; **Özbilen**, A. B.: *İnsan Kökenli Biyolojik Maddelere İlişkin Hukuki İşlemler*, İstanbul 2011, sh. 32; **Çakmut**, sh. 76. DNA molekülü, hücre çekirdeğinde bulunan her bir kromozomun içinde yer almaktadır. Bir organizmadaki kromozomların içinde depolanmış genetik bilgilerin toplamı ise, o canlının genomu olarak adlandırılmaktadır. Bu yönde bk. **Meier / Stettler**, sh. 190; **Tekin / Memiş**, sh. 285

¹² **Müller**, H. J.: *Genetische Tests: praktische Aspekte, Analyse génétique humaine et protection de la personnalité*, Zürich 1994, sh. 9; karşı. **Çakmut**, sh. 73.

¹³ Çalışmamızın konusunu oluşturan soybağının tespitinin yanı sıra gen incelemelerine, başta tıp alanı olmak üzere, tarım ve hayvancılık alanında, gıda ve ilaç endüstrisinde, ceza hukuku alanında suçluların tespitinde, işçi – işveren ilişkileri ile sigorta ilişkileri kapsamında başvurulduğu görülmektedir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bk. **Büyükay**, Y.: *Gen analizleri ve mukayeseli hukuktaki düzenlemeler*, AÜEHFD, C. IX, S. 3 – 4 (2005), sh. 362; **Tekin / Memiş**, sh. 288 vd.; **Guillod**, *Analyse*, sh. 169 vd.

mek gerekir ki, gen incelemesine hangi alanda ve ne amaçla başvurulduğu, incelemede kullanılacak yöntem bakımından belirleyici rol oynamaktadır¹⁴.

Soybağının tespiti amacıyla yapılan gen incelemelerinde kullanılan yöntem, DNA incelemesi yöntemidir¹⁵. Bu yöntem esasen, soybağı ilişkisi araştırılan kişilere ait DNA molekülleri üzerinde yapılan bir seri biyokimyasal uygulama sonucunda ilgililerin DNA profillerinin¹⁶ çıkartılmasına ve bunların birbiriyle kıyaslanmasına dayanmaktadır¹⁷. Her bireyin DNA profili, kendine özgü, karakteristik bir yapıda olduğundan, bu yöntem sayesinde soybağı araştırılan kişiler arasında – çocuk ile anne veya çocuk ile yasal baba ya da baba olduğu iddia edilen kişi arasında – biyolojik bağlantının mevcut olup olmadığı büyük bir kesinlikle tespit edilebilmektedir¹⁸.

¹⁴ Gen incelemelerinde Fenotip (Morfolojik) analiz, kromozom analizi, protein kimyasal analiz ve DNA analizi şeklinde dört yöntemle başvurulduğu görülmektedir. Fenotip (Morfolojik) analiz yönteminde, kişinin genotip ve çevre tarafından belirlenen dış görünüşünün gözlenmesi ve bu suretle insanın dış görünüşündeki belirgin değişikliklerden genetik özelliklerinin ortaya çıkarılması söz konusudur. Kromozom analizi yöntemi ise, belirlemeye yönelik olarak, kromozomların mikroskop aracılığıyla incelenerek kromozomlardaki mutasyonların tespit edilmesi ve bu suretle insanın DNA yapısı ile çeşitli hastalıkların ilişkisinin araştırılmasıdır. Bu alandaki diğer bir yöntem ise, Protein kimyasal analiz yöntemidir. Bu yöntemle farklı proteinlerin genetiğe bağlı değişimleri araştırılmaktadır. Bu değişimler kişiyi tanımlamak için kullanılabilir gibi, bazı genetik hastalıkların teşhisine de olanak sağlamaktadır. Bu konuda bk. **Büyükay**, sh. 360 vd.; **Çakmut**, sh. 73; **Memiş / Yıldırım**, sh. 286.

¹⁵ **Büyükay**, sh. 362; **Çakmut**, 67 vd. sh. **Guillod**, Analyse, sh. 183. **Büchler**, A.: Aussergerichtliche Abstammungsuntersuchungen. Die neuen Bestimmungen des Bundesgesetz über die genetischen Untersuchungen beim Menschen (GUMG), ZVW 2005, sh. 33. Henüz yasalaşmamış olan DNA Verileri Milli DNA Veri Bankası Kanunu Tasarısı m. 2/I. f’de “DNA analizi, DNA verisi elde etmek amacıyla DNA izolatu üzerinden yapılan bilimsel testi ifade eder” şeklinde tanımlanmıştır. Yasa Tasarısının metni için bk. <http://www.kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamalari/Gorus/Kanunlar/dna.pdf>.

¹⁶ Keza DNA Verileri Milli DNA Veri Bankası Kanunu Tasarısı m. 2/I. g’de DNA profiline ilişkin olarak, “Bir kişiyi diğerlerinden ayırt eden DNA karakteristiklerinin tümü” şeklinde bir tanım verilmiştir. İsviçre Hukukunda GUMG m. 3’te ise, DNA profilinin, moleküler gen tekniği kullanılmak suretiyle kişinin DNA’sının kodlu olmayan kısmından elde edilen, kişiye özgü şifre olarak tanımlandığı görülmektedir.

¹⁷ Vurgulamak gerekir ki, DNA analizinde DNA üzerindeki tüm bilgiler değil, DNA’nın kodlanmamış (kalıtsal özelliklerin kodlanmamış bilgisini içermeyen) kısmında yer alan bilgiler incelenmektedir. DNA profillemesi yöntemi hakkında detaylı bilgi için bk. **Meier / Stettler**, N. 192 vd; **Schwenzer**, I.: Basler Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Schweizerischen Zivilgesetzbuch I, (Art. 217-456 ZGB), 3. Aufl., Basel/Genf/München 2006 (Kıs. Basl.K.), Art. 254 N. 13; **Büchler**, sh. 33 vd; **Büyükay**, sh. 361; **Çakmut**, sh. 78.

¹⁸ Bu kıyaslamadan sonuç elde edilemediği takdirde, ilgililer biyo-istatistiksel bir değerlendirmeye tabi tutulmaktadır. Bu değerlendirmede, soybağı ilişkisinin varlığının kabul edilebilmesi bakımından, kişiler arasında %99,8 oranında bir benzerliğin mevcut olması gerektiği ifade edilmektedir. Bu yönde bk. **Schwenzer**, Basl.K. Art. 254 N. 15; **Büchler**, sh. 34.

Söz konusu DNA profilinin çıkartılması için gerekli DNA molekülü ise, kişinin hücre çekirdeğinden, hücre çekirdeği de, kişinin biyolojik materyalinden elde edilir. DNA molekülünün organizmadaki tüm hücre çekirdeklerinde mevcut olduğu ve aynı özellikleri gösterdiği dikkate alındığında, DNA profilinin oluşturulmasında kullanılan biyolojik materyalin türü önem arz etmemekte, kişiden alınan kan, doku, saç, salya, gözyaşı, idrar, sperm vs. her türlü biyolojik numune üzerinden soybağı tespitine yönelik DNA incelemesi yapılması mümkün olmaktadır¹⁹.

Bu şekilde icra edilen soybağı tespitine yönelik gen incelemeleri, teknolojide gelişmelerin bir sonucu olarak kolaylaşmış, ucuzlamış ve yaygınlaşmış, yukarıda belirtilen teknik olanaklara sahip özel kuruluşlar, laboratuvarlar tarafından da yapılabilir hale gelmiştir. Bu gelişmeler sayesinde salt kişilerin özel talepleri üzerine biyolojik soybağı araştırması yapılabilmektedir.

Soybağının tespiti amacıyla gen incelemesinin isteğe dayalı olarak yapılması ile kastedilen, bu incelemenin açılmış herhangi bir davadan bağımsız olarak, mahkeme hükmü olmaksızın gerçekleştirilmesidir. Bu olasılıkta gen incelemesi, salt ilgilinin talebi üzerine özel laboratuvar tarafından icra edilmektedir²⁰. Bu talep zemininde laboratuvar ile talepte bulunan kişi arasında bir sözleşme ilişkisi kurulmaktadır²¹.

Genetik soybağı ilişkisinin dava yoluyla tespitiyle karşılaştırıldığında, isteğe dayalı gen incelemeleri, kişilere belirli yararlar sağlamakta, bu nedenle kişiler tarafından tercih edilmektedir. Şöyleki, öncelikle, genetik soybağının dava yoluyla tespiti belirli koşullara ve sürelerle tabi kılınmış olduğu gibi, bu dava yoluna başvurma hakkı yasada belirli kişilere tanınmıştır. Oysa dava dışında yapılacak bir tespit, ilgilinin yasada öngörülen koşullara tabi olmaksızın genetik gerçeği öğrenilebilmesini sağlayacaktır. Öte yandan, kişiler

¹⁹ **Büchler**, sh. 33; **Guillod**, Analyse, sh. 183; **Çakmut**, sh. 78.

²⁰ Bazı ülkelerde gen incelemesi, babalık testi adı altında eczanelerde satılan ürünler aracılığıyla da gerçekleştirilebilmektedir. Söz konusu ürün, soybağı ilişkisi incelenecek kişilerin biyolojik numunesinin alınması ve saklanması için gerekli aparatları içinde bulunduran bir set şeklindedir. Kişilerden gerekli biyolojik numune alındıktan sonra babalık testi, eczane tarafından incelemeyi yapacak olan laboratuvara iletilmektedir. İnceleme sonuçları daha sonra doğrudan laboratuvar tarafından veya eczane aracılığıyla ilgiliye bildirilmektedir. Bu konuda bk. **Benoit A.** / **Queloz**, N. / **Schaller**, F. / **Sprumont**, D.: Conditions de licéité des tests de paternité par analyse d'ADN en dehors du cadre judiciaire, PJA 2003, sh. 1280.

²¹ Bu sözleşme ilişkisinin art. 394 CO vd. (TBK m. 502 vd.)'da düzenlenen vekâlet sözleşmesi hükümlerine tabi olduğu yönünde bk. **Hegnauer**, C.: Voraussetzungen der aussergerichtlichen Abstammungsuntersuchung, ZVW 1994, (Kıs. ZVW 1994), sh. 145.

genetik soybağı ilişkisinin tespitinin herhangi bir hukuki sonuç doğurmamasını tercih ederek, salt bu genetik gerçeği öğrenmiş olmakla yetinmek isteyebilirler²². Keza bu yönetime başvurulmasında, ilgiliye, ileride taraf olabileceği bir soybağı davasının akıbetini önceden kestirebilmesini sağlaması ve özellikle yargılama masraflarının kime yükleneceği noktasında dikkate değer yararlar mevcuttur. Nihayet ilgililerin isteğe dayalı olarak gen incelemesi yaptırmaları, ileride açacakları bir soybağı davasında kullanılabilecekleri bir delil elde etmek menfaatini de karşılayacaktır²³.

II. İsteğe dayalı gen incelemesinin hukuka aykırılığı

A. Genel olarak

Bugün için Türk hukukunda, genel olarak insan üzerinde yapılacak genetik incelemeler konusunda özel bir yasal düzenleme mevcut değildir. Soybağının tespiti amacıyla yönelik gen incelemeleri alanında, bu tür incelemelerin yapılmasına olanak veren bazı özel hükümler mevcut olmakla birlikte, bu hükümler esasen açılmış bir dava kapsamında bu incelemenin yapılmasının hukuki dayanağını teşkil etmektedir²⁴. Bununla birlikte, açılmış bir davadan bağımsız olarak ilgililerin soybağı tespiti amacıyla, salt isteğe dayalı olarak gen incelemesi yaptırmalarının mümkün olup olmadığı veya bu olanağın ne ölçüde ve hangi koşullarda icra edileceği hususlarını doğrudan ve açıkça düzenleyen özel hükümler sevk edilmiş değildir²⁵. Bu noktada, Türk huku-

²² **Berney**, M. M.: L'expertise en paternité sur demande privée, RDT 1998, sh. 132; **Büchler**, sh. 33.

²³ **Büchler**, sh. 33.

²⁴ TMK m. 284/II ve HMK m. 292 hükümleri, görülmekte olan bir davada soybağının tespitine yönelik genetik inceleme yapılmasına hâkim tarafından karar verilmesinin dayanağını teşkil etmektedir. Ceza hukuk alanında ise, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 75 ve 76'ncı maddelerinde, "Şüpheli veya sanığın beden muayenesi ve vücudundan örnek alınması" düzenlenmiş, bu kanunun 78'inci maddesinde ise, söz konusu örneklerin moleküler genetik incelemeden geçirilebileceği öngörülmüştür.

²⁵ İsviçre hukukunda ise, insan üzerindeki gen incelemeleri, 8 Ekim 2004 tarihli, İnsan Üzerindeki Genetik Araştırmalar Hakkında Kanun (Bundesgesetz über genetische Untersuchungen beim Menschen - GUMG / Loi fédéral sur l'analyse génétique humaine – LAGH) kapsamında düzenlenmiştir. Bu kanunun 7. kısmında soybağının tespiti veya kişinin kimliğinin teşhisine yönelik DNA profili çıkartılmasına ilişkin hükümlere yer verilmiş olup, bu kanunun 34'üncü maddesi, mahkeme dışında yapılacak soybağı tespitinin tabi olduğu koşulları düzenlemektedir. Bu kanun hk. detaylı bilgi için bk. **Büchler**, sh. 36. Fransız hukukunda ise, Medeni Kanuna eklenen 29 Temmuz 1994 tarihli yasa ile özel hukuk alanında açılmış bir soybağı davasında hâkim tarafından hükmedilmedikçe, genetik inceleme yapılamayacağı hükme bağlanmıştır. Söz konusu hüküm, hâkim kararı olmadıkça gen

kunda gen incelemelerine uygulanabilecek genel hükümlerin var olup olmadığının araştırılması gerekir.

Bilindiği gibi, gen incelemesi sonucunda kişinin genetik bilgisi tespit edilmektedir. Genetik bilgi, kişiyi dış dünyada somutlaştıran temel bilgi olması itibarıyla, kişiliğin bir uzantısı, kişisel veri niteliğindedir. Türk hukukunda kişisel verilerin korunmasına ilişkin özel bir yasal düzenleme mevcut değildir²⁶. Şu halde, genetik bilginin ilgilinin kişiliği ile olan bu yakın bağlantı dikkate alındığında, genel olarak kişilik hakkının korunmasına ilişkin hükümler uygulama alanı bulacaktır. Öte yandan, gen incelemesi soybağı ilişkisinin tespiti amacıyla gerçekleştiriliyor olması, bu konuda Türk Medeni Kanununun soybağı hükümlerinin de dikkate alınmasını gerektirir²⁷. Bu noktada soybağı araştırılan kişinin ergin olmaması ihtimalinin yüksek olması da hukuka aykırılık problemi bakımından özellik arz etmektedir. Ergin olmayan kişinin, yasal temsil altında bulunacağı ve ergin olmayan kişi ile soybağı ilişkisi araştırılan kişinin de, çoğu zaman, ergin olmayanın yasal temsilcisi konumunda olacağı gerçeği karşısında, yasal temsil yetkisinin sınırlarına ilişkin Türk Medeni Kanununun velayet ve vesayet hükümlerinin önem arz edeceği açıktır. Nihayet, gen incelemesinin icrası tıbbi müdahaleyi içerdiği ölçüde, tıbbi müdahalelere ilişkin mevzuatın da dikkate alınması gerekecektir.

Daha önce de belirtildiği üzere, isteğe dayalı gen incelemesinde, incelemeye katılan kişiler ile incelemeyi yapan laboratuvar veya hekim arasında bir sözleşme ilişkisi kurumaktadır. Bu sözleşme temelinde genetik bilgisinin incelenmesini talep eden kişi veya kişilerin, kendi kişisel değerleri üzerinde tasarruf etmekte oldukları, buna bağlı olarak, gen incelemesinin hukuka aykırı sayılıp sayılmayacağı hususunun, münhasıran talepte bulunan kişinin hukuki durumu üzerinden belirlenmesi gerektiği düşünülebilir. Oysa gen incelemesinin soybağını ilişkisini tespit amacıyla yapıyor olması, hukuka aykırılık değerlendirmesinde, incelemeye katılan kişilerin yanı sıra incelemeye katılmayan üçüncü kişilerin hak ve menfaatlerinin de dikkate alınma-

incelemesinin talep üzerine yapılması olanağını ortadan kaldırmaktadır. Hâkim kararı olmaksızın gen incelemesi yaptırılmış ise, inceleme sonuçları, davada ispat aracı olarak kullanılamayacaktır. Bu yönde bk. **Berney**, sh. 133. Genetik incelemeler konusunda mukayeseli hukuktaki diğer düzenlemeler için bk. **Knoppers**, sh. 57 vd.; **Büyükcay**, sh. 365 vd.

²⁶ Bu konuda detaylı bilgi için bk. **Başalp**, N.: Kişisel Verilerin Korunması ve Saklanması, Ankara 2004, sh. 99 vd.

²⁷ Gen incelemesine başvurulmuş diğer alanlarda ise, ilgili alanı düzenleyen kuralların dikkate alınması gerekir. Örneğin işçi-işveren arasındaki ilişkide yapılacak gen incelemesinin hukuka aykırı olup olmadığının belirlenmesinde iş hukuku kuralları dikkate alınacaktır.

sını gerektirir²⁸. Gerçekten de, gen incelemesinin, incelemeye doğrudan katılmayan kişilerin gizlilik alanında yer alan bazı bilgileri de açığa çıkarabileceği gerçeği karşısında, bu kişilerin kişilik hakkına müdahale söz konusu olacağı ve bu ölçüde incelemenin hukuka aykırı sayılacağı söylenebilir²⁹.

Aşağıda, gen incelemesinin hukuka aykırılığı, gerek incelemeye doğrudan katılan gerek incelemeye doğrudan katılmamakla birlikte onun sonuçlarından etkilenen üçüncü kişilerin kişilik hakkı yönünden ele alınacaktır. Bu noktada gen incelemesinin soybağını tespiti amacına yönelmiş olması, hukuka aykırılık değerlendirmesinde TMK'nun soybağına ilişkin hükümlerinin de dikkate alınmasını gerektirir³⁰.

B. Türk Medeni Kanunu'nun soybağı ilişkisini düzenleyen hükümleri yönünden

Soybağı ilişkisinin ne şekilde kurulacağı TMK m. 282'de sınırlayıcı şekilde düzenlenmiştir. Bu hüküm uyarınca, ana yönünden soybağı doğum ile, baba yönünde ise, ana ile evlilik, tanıma veya açılan davada verilecek babalık hükmü ile kurulur. TMK m. 282'de ayrıca, soybağının, gerek ana gerek baba yönünden, evlat edinme yoluyla da kurulabileceği öngörülmüş, bu suretle hukuki soybağının, biyolojik ilişkinin yanı sıra manevi-sosyal ilişkiye de dayanabileceği benimsenmiştir.

Bilindiği gibi, soybağı hukukundaki temel amaçlardan biri, çocuğun korunmasıdır³¹. Bu menfaatin korunması öncelikle çocuğun soybağı ilişkisinin kurulması yoluyla sağlanır. Gerçekten de, çocuğun ana ve baba yönünden soybağının kurulmuş olması onun kişiliğinin oluşumu bakımından belirleyici

²⁸ **Berney**, sh. 134; **Benoit / Queloz / Schaller / Sprumont**, sh. 1281.

²⁹ **Berney**, sh. 135. Örneğin, gen incelemesi baba yönünden yapılmış ve annenin kocasının genetik baba olmadığı tespit edilmiş ise, bu inceleme vasıtasıyla annenin koca dışındaki bir kişiyle cinsel ilişkiye girdiği ortaya çıkacağı ölçüde annenin kişilik hakkına bir müdahale söz konusu olur. Keza baba olduğunu iddia eden kişi ile yapılan gen incelemesi sonucunda bu kişinin baba olduğunun tespit edildiği ölçüde, annenin kocasının genetik baba olmadığı da ortaya çıkacağından aynı sonuca varmak gerekir.

³⁰ Gen incelemesinin, evli ana baba arasındaki ilişkide, evlilikten doğan bilgi verme ve sadakat yükümlülüklerinin; ana baba ile çocuk arasındaki ilişkide ise, TMK m. 322'de öngörülen karşılıklı yardım, saygı ve anlayış gösterme yükümlülüğünün ihlalini teşkil edip etmeyeceği hususları, söz konusu yükümlülüklerin ihlali taraflar arasındaki ilişkiyi ilgilendireceğinden, incelememizin kapsamı dışında bırakılmıştır. Bu hususlarda ayrıca bk. **Berney**, sh. 146 vd.

³¹ **Serozan**, R.: Çocuk Hukuku, İstanbul 2005 (Kıs. Çocuk), sh. 162.

rol oynadığı kabul edilmektedir³². Öte yandan, TMK m. 327 vd. hükümlerinde ana babaya, çocuğun bakımı ve korunması yönünden bazı hak ve ödevler yüklenmiştir. Çocuğun, ana babanın kendisine sağlayacağı bu bakım ve koruma olanaklarından yararlanması, yasal soybağı ilişkisinin kurulmuş olması sayesinde mümkün olabilir. Nitekim yasakoyucu, çocuğun söz konusu menfaatlerini korumaya yönelik olarak yasal soybağının, ana yönünden doğum ile, baba yönünden ise, ana ile evlilik ile kendiliğinden kurulacağını öngörmüş; bu olasılıkların dışında, TMK m. 295’de soybağının tanıma yoluyla kurulması olanağını; tanınmanın söz konusu olmadığı durumlarda ise, TMK m. 301 vd. hükümleri uyarınca anneye ve çocuğa babalık davası açma olanağını öngörmek suretiyle baba yönünden soybağının kurulmasını kolaylaştırmayı hedeflemiştir.

Buna karşılık Yasakoyucu, çocuk ile ana baba arasında yasal soybağı ilişkisi mevcut ise, çocuğun menfaatinin kural olarak, mevcut soybağı ilişkisinin devam etmesi yönünde olduğunu kabul etmek suretiyle³³, bu ilişkinin kaldırılması olanağı sınırlandırmıştır. Nitekim yasada, ana yönünden, çocuğu doğuran kişinin ana olduğu yönünde aksi ispat edilemeyen bir karine mevcuttur³⁴. Bu itibarla, çocuğu doğuran kişi, genetik anne olmasa dahi, soybağının reddi davası yoluyla, çocuk ile kurulan soybağı ilişkisini kaldırma olanağına sahip olmadığı öğretilde genel olarak kabul edilmektedir³⁵. Baba yönünden ise, üçüncü kişilerin soybağı ilişkisini kaldırma olanakları belirli koşul ve sürelerle tabi kılınmıştır. Bu kapsamda, üçüncü kişilerin soybağı ilişkisini iptal ettirme olanağı, kural olarak soybağı ilişkisinin tanıma yoluyla kurulduğu olasılıkta mevcuttur. Ana ile evlilik yoluyla kurulan soybağı ilişkisinde ise, bu olanak – açılacak soybağının reddi davası zemininde – kural olarak kocaya ve çocuğa tanınmıştır. Çocuğun annesi ise, soybağının reddi davası açma hakkına sahip değildir³⁶. Çocuğun genetik babası olduğunu iddia eden kişi ise, bu dava hakkına tali olarak sahiptir.

Nihayet belirtmek gerekir ki, gerek soybağının kurulması gerek soybağı ilişkisinin kaldırılmasına yönelik açılacak davalarda, çocuk ile ana baba arasında menfaat çatışmasının mevcut olduğu varsayımından hareketle, yasada,

³² Serozan, Çocuk, sh. 144; Benoit / Queloz / Schaller / Sprumont, sh. 1282.

³³ Benoit / Queloz / Schaller / Sprumont, sh. 1282.

³⁴ Serozan, Çocuk, sh. 166.

³⁵ Serozan, Çocuk sh. 166.

³⁶ Serozan, Çocuk, sh. 190.

ayırt etme gücünden yoksun çocuğun atanacak kayyım tarafından temsil edilmesi zorunluluğu söz konusudur. Her ne kadar bu zorunluluk, TMK m. 291/II’de soybağının reddi davası bakımından öngörülmüş ise de, bu zorunluluğun etme gücünden yoksun çocuk adına açılacak babalık davası ve tanımanın iptali davası bakımından da geçerli olduğu öğretilerde kabul edilmektedir³⁷.

Türk Medeni Kanununun bu ilkeleri ışığında, soybağının dava yoluyla tespiti ile isteğe dayalı olarak tespitinin birbirinden ayrışıyor olması, konumuz açısından önem arz etmektedir. Şöyleki; soybağının isteğe dayalı gen incelemesi yoluyla tespiti, soybağı davasına ilişkin yasada öngörülen koşullara tabi değildir. Bununla birlikte, söz konusu tespit, çocuğun yasal soybağı ilişkisi üzerinde doğrudan etki doğurmasa dahi, bu incelemenin sonuçlarının ileride bir soybağı davası açılmasına zemin hazırlayabileceği ve hatta açılacak bu davada ispat aracı olarak kullanılabilmesi dikkate alındığında³⁸, isteğe dayalı gen incelemesinin dolaylı bazı hukuki sonuçlar doğuracağı kabul edilmek gerekir³⁹.

Bu noktadan hareketle, öğretilerde bazı yazarlar tarafından, açılmış bir soybağı davası olmaksızın gen incelemesi yaptırılmasının bazı sınırlamalara tabi tutulması gerektiği ifade edilmiş⁴⁰, özellikle baba yönünden yapılacak gen incelemesinin hukuka uygun sayılabilmesinin, incelemenin çocuğun menfaatine aykırı olmaması ön koşuluna bağlanması gerektiği ileri sürülmüştür⁴¹. Bu görüş uyarınca, somut olayda gen incelemesi yapılması soybağı ilişkisi açısından çocuğun menfaatine uygun olmadığı ya da baba ile çocuk arasında menfaat çatışması mevcut olduğu ölçüde, isteğe dayalı olarak gen incelemesi yapılması hukuka aykırı sayılmalıdır⁴².

³⁷ **Dural / Ögüz / Gümüş**, Türk Özel Hukuku, C. III, Aile Hukuku, İstanbul 2013, sh. 289.

³⁸ **Çakmut**, sh. 72.

³⁹ **Berney**, sh. 134.

⁴⁰ **Berney**, sh. 135; **Benoit / Queloz / Schaller / Sprumont**, sh. 1282.

⁴¹ **Benoit / Queloz / Schaller / Sprumont**, sh. 1282; karşı. **Guillod**, Analyse, sh. 185.

⁴² Soybağı ilişkisi baba yönünden, ana ile evlilik veya tanıma yoluyla kurulmuş ise, baba gen incelemesinin yapılması, baba tarafından soybağının reddi veya tanımanın iptali davasının açılmasına hizmet edebileceğinden, çocuk ile baba arasında menfaat çatışması söz konusu olacaktır. Buna karşılık, çocuğun baba yönünden soybağı kurulmamış ise, soybağının kurma amacına hizmet ettiği ölçüde, gen incelemesinin çocuğun menfaatine olduğu söylenebilir. Buna karşılık, çocuğun baba yönünden soybağı kurulmamış ise, soybağının kurma amacına hizmet ettiği ölçüde, gen incelemesinin çocuğun menfaatine olduğu söylenebilir. Bu yönde bk. **Benoit / Queloz / Schaller / Sprumont**, sh. 1282.

Bize göre, somut olayda ilgilinin bir menfaati, yasa tarafından hak düzeyinde tanınmış olmadıkça, yapılan işlemin veya fiilin hukuka aykırı sayılıp sayılmaması üzerinde doğrudan etkili olmaması gerekir. İstisnai olarak yasanın menfaat durumuna hukuka aykırılık bakımından sonuç bağladığı durumlarda ise, söz konusu doğrudan etki mevcuttur. Konumuz açısından böyle bir etki yasada, yasal temsilci ile temsil olunan arasında menfaat çatışması mevcut olduğu olasılık bakımından öngörülmüştür. Bu olasılıkta, yasal temsilcinin temsil yetkisi kendiliğinden ortadan kalkmış sayılacaktır. Şu halde, öğretileri sürülenin aksine, kanımızca soybağı ilişkisi açısından çocuğun menfaatine uygun olmama, isteğe dayalı yapılan gen incelemesini doğrudan doğruya hukuka aykırı kılan bir olgu olmamakla birlikte, bu incelemenin yapılmasını hukuka uygun kılan sebeplerin geçerliliği bakımından dikkate alınması gereken bir olgu olarak, hukuka uygunluk üzerinde dolaylı bir etkiye sahiptir. Bu husus özellikle, hukuka uygunluk sebebi olarak rıza açıklanmasının geçerliliği bağlamında aşağıda ele alınacaktır⁴³.

Bu açıklamalar ışığında, TMK'nun soybağına ilişkin hükümleri dava dışı yapılacak soybağı tespiti amaçlı gen incelemeleri bakımından doğrudan bir sınırlandırma getirmediği, bununla birlikte bu hükümlerin koruduğu bazı menfaat durumlarının, gen incelemesinin hukuka uygunluğu üzerinde dolaylı olarak etkili olabileceği sonucuna varılmaktadır.

C. Kişilik hakkının korunması yönünden

Türk ve İsviçre hukuklarında, kişilik hakkının korunması bağlamında hukuka aykırılık, kişilik hakkı ihlali ve kişilik değerlerine müdahale kavramları üzerinden tanımlanmaktadır. TMK m. 24/II hükmüne göre, kişilik hakkını ihlal eden her fiil, kural olarak hukuka aykırıdır⁴⁴. Kişilik hakkı ihlali ise, kişilik hakkına dâhil olan kişisel değerler üzerinden tanımlanır. Kişilik hakkı kapsamında yer alan menfaatlere veya değerlere yönelik her müdahale, kişilik hakkı ihlali teşkil eder. Bu ilkelerden hareketle, gen incelemesi, ilgililerin kişilik değerlerine müdahale suretiyle kişilik hakkı ihlali teşkil ettiği durum ve koşulda hukuka aykırı olacaktır. Gen incelemesi ilgililerin kişilik hakkını ihlal etmiyor ise, hukuka aykırılık da söz konusu olmaz. Bu itibarla, konumuz açısından isteğe dayalı gen incelemesinin kişilik hakkı

⁴³ Bk. aşa. III. A. 2. a. ii. no'lu bölümdeki açıklamalar.

⁴⁴ **Serozan**, R.: Medeni Hukuk, Genel Bölüm / Kişiler Hukuku, İstanbul 2011, sh. 418.

teşkil edip etmediğinin veya ne ölçüde böyle bir müdahale teşkil ettiğinin belirlenmesi gerekmektedir. Somut olayda bu hususun belirlenebilmesi ise, genel olarak kişilik hakkının nasıl korunduğunun ve kişilik hakkı kapsamında korunan değerlerin neler olduğunun bilinmesi ile mümkündür.

1. Kişilik hakkının korunması ve korunan kişilik değerleri

Kişilik hakkı öğretide, kişinin toplum içindeki saygınlığını ve kişiliğini serbestçe geliştirmesini temin eden varlıkların tümü üzerindeki hak şeklinde tanımlanmaktadır⁴⁵. Hakkın konusunu, söz konusu kişilik değerleri olduğundan, kişilik hakkının korunması, esasen kişilik hakkı şemsiyesi altında yer alan kişilik değerlerinin korunmasına karşılık gelir. Kişilik değerleri ise, kişinin fiziksel varlığından ve bu varlığı toplum içerisinde sürdürmesinden kaynaklanan, kişiliği oluşturan münferit unsurlar olarak tanımlanabilir⁴⁶. Bu değerlerin korunması, dışarıdan gelen saldırılara karşı, çerçeve norm niteliğindeki TMK m. 24/I hükmü ile sağlanır⁴⁷. TMK m. 24/I uyarınca “*hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimse, hâkimden saldırıda bulunanlara karşı, korunmasını isteyebilir*”⁴⁸. Bu hükümde salt kişilik hakkından bahsedilmiş olmasından hareketle, Türk İsviçre hukuklarında genel anlamda kişilik hakkının varlığının kabul edilmiş olduğu öğretide ifade edilmektedir⁴⁸. Yasanın sağladığı korumadan yararlanmak bakımından, hükümde, kişilik hakkı kapsamında yer alan kişi varlığı değerleri sınırlayıcı şekilde sayılmış olmayıp, bu kapsama hangi değerlerin dâhil olacağı belirlenmesi hususu, uygulamaya ve öğretiye bırakılmıştır⁴⁹.

Öğretide ve uygulamada, kişilik hakkının korunmasından yararlanacak kişilik değerlerinin, kişinin fiziki varlığına, manevi varlığına ve sosyal varlığına

⁴⁵ **Dural**, M. / **Öğüz**, T.: Türk Özel Hukuku C. II Kişiler Hukuku, İstanbul 2002, sh. 92; **Helvacı**, S.: Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar, İstanbul 2001, sh. 42.

⁴⁶ **Çilingiroğlu**, C.: Tıbbi Müdahaleye Rıza, İstanbul 1993, sh. 37.

⁴⁷ **Helvacı**, sh. 24, 44; **Dural / Öğüz**, sh. 138; **Serozan**, sh. 416.

⁴⁸ **Helvacı**, sh. 43; **Dural / Öğüz**, sh. 92. Türk ve İsviçre hukuklarında bu genel düzenlemenin yanı sıra bazı kişilik değerleri, özel yasa hükümleri ile koruma altına alınmıştır. Genel bir kişilik hakkı varsayımı çerçevesinde, bazı kişilik değerlerinin özel yasa ile düzenlenmiş olmasının, tek bir kişilik hakkı varsayımına engel teşkil etmediği, söz konusu kişilik değerlerinin bu hakkın görünüm biçimleri olduğu ifade edilmektedir.

⁴⁹ **Dural / Öğüz**, sh. 92.

ğına ilişkin değerler başlıkları altında incelendiği görülmektedir⁵⁰. Hangi ayırım benimsenirse benimsensin, kişinin fiziki varlığıyla ilgili olarak, kişinin vücut bütünlüğü, hayatı ve sağlığı gibi değerlerin yanı sıra, kişinin manevi ve sosyal varlığı ile ilgili olarak, kişinin varlığını toplum içerisinde sürdürmesine bağlı olarak sahip olduğu, adı, resmi, sesi, onur ve saygınlığı, hayat (gizlilik) alanı başlıca kişilik değerlerini teşkil etmektedir⁵¹. Vurgulamak gerekir ki, korumadan yararlanacak olan değerler, sayılanlardan ibaret değildir. Somut olayda kişilik hakkının korunmasından yararlanabilmek bakımından belirleyici olan, ihlal edildiği iddia edilen kişi varlığı değerinin, hukuk düzeni tarafından korunan bir değer olup olmadığıdır⁵². İhlal edildiği ileri sürülen kişilik değeri, hukuk düzeni tarafından korunuyor ise, ilgili, TMK m. 24/I'de söz edilen korumayı talep edebilecektir⁵³.

2. İsteğe dayalı gen incelemesinin kişilik hakkı ihlali teşkil etmesi

Yukarıda ifade edildiği üzere, kişilik hakkı ihlalinin varlığı, bu hak kapsamında korunan değerlere müdahale edildiği koşulda ve ölçüde söz konusu olur. Kişinin genetik bilgisinin incelemesinin kişilik hakkı ihlali teşkil etmesi de, bu anlamda, bu incelemenin korunan kişilik değerlerinden herhangi birine yönelik müdahale teşkil etmesine bağlıdır. Böyle bir müdahalenin mevcut olup olmadığının tespiti, gen incelemesi ile ilişkili olan kişilik değerlerinin belirlenmesini ve bu değerlere bir müdahale söz konusu olup olmadığının belirlenmesi gerektirmektedir. Bu ilişkilendirmede, incelemenin konusunun yanı sıra incelemede kullanılan yöntemin ve incelemeden çıkan sonuçların da dikkate alınması gerekir.

⁵⁰ Helvacı, sh. 45; Çilingiroğlu, sh. 38; Öğretide Serozan, (sh. 416), fiziksel, manevi ve sosyal kişiliğe ilişkin değerlere ekonomik kişiliğe ilişkin değerleri de eklemek suretiyle bir gruplandırma yapmaktadır. Yazara göre, kişinin adı, resmi, sesi üzerindeki hakkı ekonomik kişiliğe ilişkin değerlerdendir.

⁵¹ Helvacı, sh. 50 vd.; Dural / Ögüz, sh. 96 vd.

⁵² Dural / Ögüz, sh. 93.

⁵³ Bu noktada, Anayasada tanımlanan temel kişilik değerlerinin de dikkate alınması gerekir. Kişiliğin korunmasına ilişkin temel ilke olan AY m. 17'de, herkesin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğu, tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamayacağı, rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamayacağı öngörülmüştür. Bu hüküm kişilik hakkı kapsamında korunan temel değerlerden olan, kişinin kendi geleceğini belirleme hakkının ve bunun bir görünüm biçimi olan kişisel veriler üzerindeki hakkın temelini oluşturmaktadır. Keza AY m. 20'de öngörülen özel hayatın gizliliği de, anayasal düzeyde korunan temel kişilik değerlerindedir. Bu yönde bk. Serozan, sh. 417.

Daha önce ifade edildiği üzere, soybağının tespitine yönelik gen incelemesi, yöntem itibariyle, kişinin genetik özelliklerini taşıyan DNA molekülü üzerinden gerçekleştirilmektedir. DNA molekülü ise, kişinin biyolojik materyalinde mevcuttur. Bu yönüyle soybağının tespitine yönelik gen incelemelerinde, soybağı araştırılan kişilerin biyolojik materyalinin elde edilmesi zorunludur. Biyolojik materyal, kişinin vücudunda bulunan her türlü biyolojik – organik unsurdur. Bu anlamda, kişinin DNA yapısı, her türlü biyolojik materyalde mevcut olduğundan, soybağı araştırılacak kişinin vücudundan elde edilmiş olma koşuluyla, biyolojik materyalin türünün önemi yoktur. İncelemede kullanılacak materyal ile kişinin vücudu arasındaki bu bağlantı, soybağının tespitine yönelik gen incelemelerinin soybağı araştırılan kişilerin vücut bütünlüğü ile ilişkili kılmaktadır.

Bilindiği üzere kişinin vücut bütünlüğü, bir kişisel değer olarak, esasen AY m. 17/II'nin “...*Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz...*” şeklindeki hükmü ve teminat altına alınmıştır⁵⁴. Kişinin vücut bütünlüğü ile fiziksel ve ruhsal tamlığı kastedilmektedir⁵⁵. Bu değer in ihlali, dışarıdan yapılan bir müdahale sonucunda kişinin vücudun anatomik yapısında bir değişiklik veya kişinin zihinsel yeteneklerinde eksilme meydana gelmesiyle gerçekleşir⁵⁶. Bu noktada soybağının tespiti amacıyla yapılacak gen incelemesinin vücut bütünlüğüne bir müdahale teşkil edip etmediği, incelemede kullanılan biyolojik materyalin ne şekilde elde edildiğine bağlı olarak yanıtlanması gereken bir sorundur. İncelemede kullanılacak biyolojik materyal kişinin vücudu ile fiziksel bağlılığı sürdüğü sırada kişinin bedenine bir müdahale yapılmak suretiyle elde edilmiş ise, söz konusu faaliyetin vücut bütünlüğü değerine bir müdahale teşkil edeceği açıktır⁵⁷. Bu müdahalenin ağır nitelikli olmaması, örneğin numunenin kişinin saçından bir parça kesilmek suretiyle elde edilmiş olması, bunun vücut bütünlüğü değerine müdahale teşkil etmesine engel değildir. Öte yandan, incelemede kullanılan biyolojik materyal daha önce kişinin vücudundan ayrılmış bir parça ise, bu parça ilgilinin vücudundan ayrılmakla bağımsız bir eşya

⁵⁴ **Dural / Ögüz**, sh. 96; **Çilingiroğlu**, sh. 41; **Çakmut**, sh. 88. **Özbilen**, sh. 82. Türk Hukukunda kişinin vücut bütünlüğünü korumaya yönelik başkaca yasal düzenlemeler de mevcuttur. Bu kapsamda vücut bütünlüğüne yönelen haksız fiillerden doğan tazminat sorumluluğuna ilişkin TBK m. 56 vd. hükümleri örnek teşkil etmektedir.

⁵⁵ **Çilingiroğlu**, sh. 41; **Çakmut**, sh. 88;

⁵⁶ **Çilingiroğlu**, sh. 41.

⁵⁷ **Özbilen**, sh. 83; karş. **Çakmut**, sh. 90.

niteliği kazandığından⁵⁸, salt bu parçanın gen incelemesinde kullanılmasının kişinin vücut bütünlüğü değerine müdahale teşkil ettiği söylenemez⁵⁹.

Öte yandan gen incelemesi sonucunda tespit edilen, kişinin genetik bilgisidir. Bu bilgi, ilgilinin kişiliğin ayrılmaz bir parçası ve yansıması, onun varlığını belirleyen temel şifre olması itibarıyla, kişisel veri niteliğindedir⁶⁰. Kişinin, irade serbestisi ilkesi zemininde, kişisel verileri üzerinde kendi geleceğini belirleme hakkına (*informationelle Selbstbestimmungsrecht*) sahip olduğu kabul edilmektedir. Türk hukukunda kişisel verilerin korunmasına ilişkin özel bir yasal düzenleme mevcut olmadığından, kişisel verilerin, kişisel değer olarak genel kişilik hakkı çatısı altında korunması gerektiği öğretide genel kabul gören görüştür⁶¹.

Kişinin genetik bilgisi de kişisel veri olarak kabul edildiğinden, bu bilginin incelenmesi, tespiti veya açıklanması kişilik hakkı kapsamında korunan kişisel verilere bir müdahale teşkil eder. Gerçekten de, gen incelemesi sonucunda elde edilen veriler, kişini sağlık durumu, fiziksel ve psikolojik özelliklerini ilgilendirir. Bu itibarla, kişinin genetik bilgiler üzerinde de kendi geleceğini belirleme hakkının olduğu kabul edilmektedir⁶². Bu bilgilerin, gen incelemesi kapsamında araştırılması ve tespit edilmesi, kullanılan biyolojik materyalin türünden bağımsız olarak, ilgilinin kişisel verileri üzerinde serbestçe tasarruf etme hakkına ve dolayısıyla onun kişilik hakkına bir müdahale teşkil eder⁶³.

Vurgulamak gerekir ki, kişisel veriler üzerinde kendi geleceğini belirleme hakkının bir diğer görünümü, kişinin bilmeme hakkıdır. Bilmeme hakkının konusunu, kişinin kendi hayatını ilgilendiren bazı hassas kişisel veriler teşkil eder. Kişinin, bu verilerden haberdar olmama konusunda menfaatinin olduğu açıktır. Kişinin genetiğine ilişkin bilgilerin de bu anlamda hassas veri niteliğinde olduğu ve bilmeme hakkının kişinin kendi genetik özelliklerine

⁵⁸ Bu yönde bk. **Özbilen**, sh. 61.

⁵⁹ **Özbilen**, sh. 84.

⁶⁰ **Yıldırım**, M. F.: Gen analizleri ve kişilik haklarının korunması, AEÜHFD, C. XI, S. 3 – 4 (2007), sh. 388.

⁶¹ **Dural / Ögüz**, sh. 128; **Başalp**, sh. 80 vd.

⁶² **Hausheer**, H.: DNS-Analyse und Recht: Eine Auslegung, ZBJV 1992, H. 10, sh. 499; **Yıldırım**, sh. 389.

⁶³ **Hausheer**, sh. 499; **Büchler**, sh. 35.

ilişkin bilgiyi de kapsayacağı kabul edilmektedir⁶⁴. Gerçekten de, gen incelemesinin ortaya koyacağı belirli genetik yatkınlıkları veya hastalık risklerini kişinin bilmek istememesi bir hak olarak korunmaya değer bir menfaattir⁶⁵. Bu noktada genel olarak, kişinin biyolojik numunesi kendisinden habersiz şekilde gen incelemesine tabi tutularak, bu bilginin tespit edilmesi ve kendisine açıklanması, kişinin bilmeme hakkına bir müdahale teşkil edecektir. Kişinin biyolojik soybağına ilişkin bilginin de bu hakkın kapsamına giren hassas kişisel verilerden olduğu, dolayısıyla kişinin kendisinden habersiz yapılan soybağı incelemesi sonucunu bilmeme hakkına sahip olduğu kabul edilmek gerekir. Şu halde, kişiden habersiz olarak yapılan bir soybağı incelemesi söz konusu olduğunda, bu inceleme sonuçlarının kişiye açıklanması, kişinin bilmeme hakkına müdahale teşkil edecektir.

Nihayet, soybağı tespitine yönelik yapılan gen incelemeleri, kişinin özel hayat ve gizlilik alanını da ilgilendirir. Bilindiği üzere, kişinin yalnızca kendisinin seçtiği insanlarca bilinmesini istediği veya yakın çevresi dışındaki insanlarla paylaşmak istemediği ve gizli kalmasında menfaatinin bulunduğu olaylar ve bilgiler, kişinin özel hayatı veya gizlilik alanı olarak tanımlanmakta olup⁶⁶, bu alan bir kişilik değeri olarak hukuk düzeni tarafından korunmaktadır⁶⁷. Kişilerin özel hayat veya gizlilik alanında gerçekleşen olayların üçüncü kişiler tarafından öğrenilmemesinde menfaati mevcuttur. Bu menfaat temel bir hak olarak, Anayasa'nın “*Özel Hayatın Korunması ve Gizliliği*” başlıklı m. 20 hükmü ile de teminat altına alınmıştır. Bu noktada ilgililer arasında biyolojik soybağı ilişkisinin kurulmasına esas teşkil eden maddi olgular, kural olarak üçüncü kişilerin algısında kapalı bir alanda, yani soyba-

⁶⁴ **Hausheer**, sh. 499; **Guillod**, Tests génétiques et protection de la personnalité: quelques réflexions, Mélanges en l'honneur de Jacques-Michel Grossen, Bale / Francfort-sur-le-Main 1992 (Kıs. Personalité), sh. 60; **Yıldırım**, sh. 385.

⁶⁵ **Yıldırım**, sh. 385.

⁶⁶ Kişinin, kamudan saklı tuttuğu ve belirli ya da belirsiz olmakla beraber sınırlı sayıda kişi tarafından bilinmesini istediği olay ve bilgileri içeren alanın, özel hayat alanı; kişinin yalnızca kendilerine açıkladığı kişilerce bilinmesini istediği olay ve bilgileri içeren alanın ise, gizlilik alanı olarak adlandırılması hk. bk. **Dural / Ögüz**, sh. 125; **Helvacı**, sh. 62.

⁶⁷ Öğretide, kişinin hayatında gerçekleşen olay ve bilgilerden hangilerinin başkaları tarafından öğrenilmesinin veya başkalarına açıklanmasının kişilik hakkı ihlali teşkil edeceği konusunda, kişinin hayat alanının, kamuya açık alan, özel hayat alanı ve gizlilik alanı şeklinde üçlü bir ayırma tabi tutulmakta, kişinin özel ve gizlilik alanı, kişilik hakkına dahil ve korunmaya değer kişisel varlıklardan kabul edilmektedir. Bu yönde bk. bk. **Dural / Ögüz**, sh. 125; **Helvacı**, sh. 62; **Özbilen**, sh. 89

ğı ilişkisinin taraflarının özel hayat veya gizlilik alanı içinde yer alırlar⁶⁸. Soybağının tespit amacıyla yapılan gen incelemesi de, sonuçları itibariyle, bu kapalı alanda gerçekleşen bazı gerçekleri ortaya çıkardığı ve ifşa ettiği ölçüde, ilgililerin hayat ve sır alanına müdahale teşkil edecektir⁶⁹. Örneğin, gen incelemesi sonucunda annenin kocasının çocuğun genetik babası olmadığına anlaşılması, kendiliğinden, annenin cinsel hayatı hakkında da bazı bilgileri ortaya çıkarmış olacaktır. Kişinin cinsel hayatına ilişkin bilgiler, onun gizlilik alanı içinde yer aldığı kabul edildiği ölçüde, gen incelemesinin, sonuçları itibariyle, annenin özel hayat veya gizlilik alanına müdahale teşkil edeceği söylenebilir.

Bu açıklamalar ışığında, soybağının tespitine yönelik gen incelemesinin kural olarak kişisel veriler üzerinde kendi geleceğini belirleme hakkı ve yine bu kişisel verilerle ilişkili kişinin hayat ve gizlilik alanına, bazı durumlarda da vücut bütünlüğü değerine müdahale teşkil edeceği kabul edilmelidir. Yukarıda ifade edildiği üzere, kişilik hakkını ihlal eden bir fiil, TMK m. 24/II'de öngörülen hukuka uygunluk sebeplerinden biri mevcut olmadıkça hukuka aykırı olacağından, soybağının tespit amacıyla isteğe dayalı yapılan gen incelemelerinin de, kural olarak – hukuka uygunluk sebebi mevcut olmadıkça – hukuka aykırı fiillerden olacağı sonucuna varmak gerekir.

III. İsteğe dayalı gen incelemesinin hukuka aykırılığının önlenmesi

Genel olarak gen incelemelerinin, bazı kişilik değerlerine müdahale teşkil ettiği sonucuna varıldığı ölçüde, soybağının tespit amacıyla isteğe dayalı yapılan incelemesi de, genetik bilgisi incelenen kişilerin yanı sıra bu inceleme dolayısıyla gizlilik alanı ihlal edilen üçüncü kişiler açısından kişilik hakkı ihlali teşkil edecektir. Kişilik hakkını ihlal eden fiil ise, TMK m. 24/II uyarınca, bu hükümde belirtilen hukuka uygunluk sebeplerinden biri mevcut olmadıkça hukuka aykırıdır. Fiilin hukuka aykırılığının önlenmesi için, somut olayda bu hükümde belirtilen sebeplerden birinin gerçekleşmiş olması gerekir. Söz konusu hükümde hukuka uygunluk sebepleri, kişilik hakkı zedeleyen rızası, üstün özel veya kamusal yararın varlığı ve kanunun verdiği yetkinin kullanılması şeklinde sayılmıştır. Şu halde isteğe dayalı yapılan gen

⁶⁸ Çakmut, sh. 95.

⁶⁹ Çakmut, sh. 95 vd. Genel olarak kişinin genetik bilgisinin onun özel hayat alanına ilişkin olduğu, bu bilginin kişinin rızası olmaksızın elde edilmesi veya işlenmesinin kişilik hakkı ihlali teşkil edeceği yönünde bk. Guillod, *Personalité*, sh. 59; Özbilen, sh. 93.

incelemesinin hukuka aykırılığının önlenmesi bakımından da, bu hükümde belirtilen sebeplerden birinin gerçekleşmiş olması aranacaktır. Bu noktada gen incelemesinin çoğu zaman tıbbi bir müdahaleyi gerektirdiği dikkate alındığında, kişilik hakkı ihlal edilenin rızası, diğer hukuka uygunluk sebeplerine göre öne çıkmaktadır. Bu itibarla konunun, rıza unsurunun bulunması ve bulunmaması şeklinde yapılan bir ayırım üzerinden ele alınması daha uygun olacaktır.

A. Hukuka aykırılığın rıza unsuru ile önlenmesi

1. Rızanın rolü

Bilindiği üzere kişilik hakkı zedelenenin rızası, TMK m. 24'te hukuka aykırılığı ortadan kaldıran sebepler arasında sayılmıştır. Bu hüküm uyarınca rızanın varlığı, fiilin hukuka aykırılığını engeller. Öte yandan, hükümde sayılan hukuka uygunluk sebepleri arasında bir kural istisna ilişkisi mevcut değildir. Buna karşılık, kişilik hakkı ihlali teşkil eden bazı müdahaleler bakımından, hukuka uygunluk sebepleri arasında bir kural istisna ilişkisi mevcuttur. Tıbbi müdahalelerde durum böyledir. Gerçekten de tıbbi müdahalenin hukuka aykırılığının önlenmesi, kural olarak ilgilinin bu müdahaleye rıza göstermesi ile sağlanır⁷⁰. Zira tıbbi müdahalelerin, vücut bütünlüğü, hayat ve sağlık gibi kişisel değerlere yönelmiş olması nedeniyle, müdahaleden önce kişinin rızasının alınması şarttır. Bu değerler üzerinde tasarruf edip etmeme konusunda karar verme konusunda hekim değil, bizzat kişinin kendisi yetkilidir⁷¹. Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun m. 70/ c. 1'de hekimin tıbbi müdahalede bulunmadan önce hastanın rızasını alması gerektiği şeklindeki kural, bu ilkeye işaret etmektedir⁷². Bu ilkeden hareketle, kendisine tıbbi müdahalede bulunulacak kişinin rızası bulunmadıkça, söz konusu tıbbi müdahalenin kural olarak hukuka aykırı olacağı söylenebilir⁷³. Bu rızanın baştan alınmadığı durumlarda ise, hukuka aykırılığın önlenmesi

⁷⁰ Dural / Öğüz, sh. 99; Çilingiroğlu, sh. 42; Özbilen, sh. 259; Hakeri, H.: Tıp Hukuku, Ankara 2007, sh. 147.

⁷¹ Hakeri, sh. 147.

⁷² Organ ve doku nakilleri, sterilizasyon, gebeliğin sona erdirilmesi gibi özellik arz eden tıbbi müdahaleler açısından da bu ilkenin ilgili yasa hükümlerinde tekrar edildiği görülmektedir. Bu konuda bk. Çilingiroğlu, sh. 43.

⁷³ Özbilen, sh. 259.

için, TMK m. 24/II'de belirtilen diğer hukuka uygunluk sebeplerinden birinin mevcut olması gerekecektir.

Müdahale edilen kişilik değerleri dikkate alındığında, tıbbi müdahalelerde geçerli olan bu ilkenin, isteğe dayalı gen incelemesi bakımından da kabul edilmesi gerekir. Bu anlamda, isteğe dayalı olarak yapılan bir gen incelemesinin hukuka aykırılığının önlenmesi bakımından, kural olarak ilgililerin buna rıza göstermiş olması gereklidir⁷⁴. Gerçekten de, gen incelemesi, incelemede kullanılacak biyolojik materyalin elde edilmesine yönelik olarak, genetik bilgisi incelenecek olan kişinin kişisel bilgilerine, vücut bütünlüğüne tıbbi veya tıbbi olmayan bir müdahalede bulunulmasını gerektirmektedir. Bu yönüyle gen incelemesi yapılmadan önce ilgilinin rızasının alınmasının gerekli olduğu şüphesizdir. Söz konusu müdahalenin hafif olması, ilgilinin hayatını ve sağlığını tehdit etmiyor olması, müdahale öncesinde ilgilinin rızasının alınması gerekliliğini etkilemez. Öte yandan, bazı durumlarda inceleme için kişinin vücut bütünlüğüne müdahalede bulunulmasının gerekli olmaması, diğer bir deyişle incelenecek biyolojik materyalin zaten vücuttan ayrılmış bulunması da, ilgilinin rızasının gerekliliği üzerinde etkili değildir. Zira kişinin genetik bilgisi üzerindeki menfaati, vücut bütünlüğü menfaatinin bağımsız olarak, kişilik hakkı kapsamında korunan bir değer olması itibarıyla, bu değer üzerinde tasarruf edilebilmesi için, inceleme öncesinde ilgilinin rızasının alınmış olması gerekir⁷⁵. Özetle, isteğe dayalı gen incelemesinin hukuka aykırılığı, kural olarak genetik bilgisi incelenecek olan kişi veya kişilerin rızası ile önlenir; bu rızanın gerekliliği, kişinin vücudundan biyolojik materyal alınıp alınmamasından bağımsızdır. Genetik bilgisi araştırılan kişi rıza göstermiş olmadıkça, yapılan gen incelemesi kural olarak hukuka aykırı olur⁷⁶.

Vurgulamak gerekir ki, genetik materyali incelenecek olan kişinin incelemeye rıza göstermiş olmasının, hukuka aykırılığı önleyebilmesi, bu rızanın hukuken geçerli bir rıza niteliğinde olması koşuluna bağlıdır⁷⁷. Rızanın geçerliliğinin tabi olduğu koşulların belirlenmesi ise, hukuka uygunluk sebebi olan rızanın hukuki niteliğinin bilinmesini gerektirir. Bu noktada öncelikle

⁷⁴ Büyükay, sh. 358; Benoit / Queloz / Schaller / Sprumont, sh. 1283; Büchler, sh. 35; Yıldırım, sh. 396.

⁷⁵ Guilloid, sh. 59; Benoit / Queloz / Schaller / Sprumont, sh. 1283; Büchler, sh. 35.

⁷⁶ Guilloid, sh. 59

⁷⁷ Rızanın geçerliliğinin tabi olduğu koşullara aşağıda C bölümünde yer verilmiştir.

belirtmek gerekir ki, rıza açıklaması, hukuk düzeninin kendisine sonuç bağladığı bir irade açıklamasıdır. Gerçekten de, TMK m. 24/II’de, rıza açıklamasının varlığına, hukuka uygunluk sonucu bağlanmıştır. Bu yönüyle rıza, hukuki fiiller alanında incelenen duygu ve bilgi açıklamalarından ayrılır⁷⁸. Öte yandan, rıza açıklamasının, ne tür bir irade açıklaması⁷⁹ teşkil ettiği hususu, öğretide tartışmalıdır⁸⁰. Öğretideki baskın görüşe göre, rıza açıklaması hukuk düzeninin öngördüğü hukuki sonuca yönelmiş bir iradeye dayandığından, hukuki işlem olarak nitelendirilmek gerekir. Buna karşın öğretideki diğer görüş ise, rıza açıklamasında bulunan kişinin iradesinin, belirli bir hukuki sonuç yaratmaktan sonuç maddi bir sonuca yönelik olduğunu, hukuka uygunluk sonucunun ise, hukuk düzeni tarafından rıza açıklayan kişinin sonuç iradesinden bağımsız olarak bağladığı düşüncesinden hareketle, rıza açıklamasının bir “hukuki işlem benzeri fiil” olduğu sonucuna varmaktadır⁸¹. Bu noktada belirtmek gerekir ki, öğretide, hukuki işlemlere ilişkin kuralların kıyasen hukuki işlem benzeri fiillere de uygulanacağı benimsendiğinden⁸², bu tartışmada ileri sürülen görüşlerden birinden yana tavır alınması, konumuz açısından önem arz etmemektedir. Yukarıda da belirtildiği üzere, rıza açıklaması, TMK m. 24/II uyarınca hukuka uygunluk sonucunun bağlanmış olduğu bir irade açıklaması niteliğindedir. Bu itibarla, genetik materyali incelenecek kişinin rıza açıklaması, kural olarak gen incelemesinin hukuka aykırı olmasını engelleyecektir. Bu rızanın geçerliliği ise, hukuki işlemlere ilişkin geçerlilik koşullarına tabi olacaktır.

Nihayet rıza açıklamasının, gen incelemesinin hukuka aykırı olmasını önlemesi bakımından değinilmesi gereken bir diğer konu rızanın kapsamıdır. Somut olayda hukuka aykırılığın önlenmesi için, müdahale edilen kişilik değerinin, rızanın kapsamı içinde yer alması gerekir. Müdahale edilen kişilik

⁷⁸ Bk. **Eren**, F.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. B., Ankara 2012, sh. 160 vd; **Kocayusufpaşaoğlu**, N.: KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPAÇI, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukukuna Giriş – Hukuki işlem – Sözleşme, 4. B., İstanbul 2008, sh. 86.

⁷⁹ Bilindiği üzere, öğretide irade açıklamaları, hukuki işlemler, hukuki işlem benzerleri ve maddi fiiller olmak üzere üç başlıkta incelenmektedir. Bu yönde bk. **Eren**, sh. 160 vd.; **Kocayusufpaşaoğlu**, sh. 84.

⁸⁰ Bu tartışma çerçevesinde ileri sürülen görüşler hk. bk. **Çilingiroğlu**, sh. 43 vd.; **Özbilen**, sh. 261 vd.

⁸¹ **Çilingiroğlu**, sh. 44.

⁸² **Çilingiroğlu**, sh. 45; **Özbilen**, sh. 262; karş. **Şenocak**, Küçükün Tıbbi Müdahaleye Rızası, AÜHF 2001, C. 50, S. 2, sh. 69.

değeri, açıklanan rızanın kapsamı dışında kalıyor ise, her ne kadar görünüşte bir rıza açıklaması mevcut olsa dahi, kapsam dışında kalan kişilik değerleri bakımından rızanın hukuka aykırılığı önleyeceği söylenemez. Soybağının tespiti amacıyla yapılan gen incelemelerinde ilgilinin rızası, kural olarak kişinin vücudundan biyolojik madde alınmasına, bunun soybağının tespiti yönünden yapılacak incelemede kullanılmasına ve inceleme sonuçlarının genetik materyali incelenen kişiye açıklanmasına yöneliktir⁸³. Bu itibarla, somut olayda ilgilinin açıkladığı rıza, yalnızca bu işlemlerin hukuka aykırı olmasını önler. Soybağı ilişkisinin belirlenmesi dışında kalan bir amaca yönelik olarak genetik materyalin kullanılabilmesi için, kişinin bu konuda ayrıca rızasının alınmış olması gerekir⁸⁴. Örneğin, babalık testi için alınan biyolojik numunenin, kişinin genetik haritasının çıkarılmasında veya genetik hastalıklara yatkınlığının belirlenmesinde kullanılması⁸⁵, ilgilinin açıkladığı rızanın kapsamı dışında kalır ve bu işlemler konusunda ilgilinin ayrıca rızanın alınması gerektirir. Zira ilgilinin – kişilik hakkı kapsamında korunan – bu tür bir genetik incelemenin sonuçlardan haberdar olmama ya da bunları bilmeme yönünde menfaati mevcuttur⁸⁶. Şu halde, soybağının belirlenmesine yönelik gen incelemesine verilen rızanın, soybağının tespiti dışındaki amaçlara hizmet eden genetik incelemeler bakımından kural olarak incelemenin hukuka aykırı olmasını önlemeyeceği sonucuna varmak gerekir.

2. Rızanın geçerliliği

Genetik incelemenin hukuka uygun sayılabilmesi bakımından, genetik bilgisi incelenecek olan tarafların bu incelemeye rıza göstermiş olmaları başlı başına yeterli değildir. Daha önce ifade edildiği üzere⁸⁷, rıza açıklaması hukuki işlemin geçerlilik koşullarına tabi olduğundan, hukuki işlemin geçerliliği bakımından aranan, işlemin konusunun hukuka ve ahlaka aykırı veya imkânsız olmaması, irade açıklamasında bulunanın ehliyetli olması, irade

⁸³ **Berney**, sh. 136; **Benoit / Queloz / Schaller / Sprumont**, sh. 1283.

⁸⁴ **Berney**, sh. 136.

⁸⁵ İsviçre hukukunda GUMG m. 31/I'de, kişinin soybağının veya kimliğinin tespiti amacıyla yapılacak gen incelemesinde, kişinin cinsiyetinin tespiti hariç, kişinin sağlık durumunun veya diğer genetik yatkınlıklarının araştırılmayacağı açıkça hükme bağlanmıştır. Bu konuda bk. **Büchler**, sh. 36.

⁸⁶ **Guillod**, *Personalité*, sh. 60.

⁸⁷ Bk. yuk. rıza unsurunun hukuki niteliğine ilişkin III. Bölüm A. 1 no'lu başlık altındaki açıklamalar.

sakatlıklarının olmaması, kanuni şekle uyulması koşullarının, isteğe dayalı gen incelemesine gösterilecek rıza bakımından da yerine gelmiş olması gereklidir⁸⁸. Bu kapsamda, isteğe dayalı gen incelemesinin, konu itibariyle imkânsız olmadığı açıktır. Öte yandan, soybağının tespiti için gen incelemesi yapılmasına, açılmış bir soybağı davasında, TMK m. 254/II ve HMK m. 292 hükümleri zemininde hükmedilebileceğinden, isteğe dayalı yapılan gen incelemesinin hukuka ve ahlaka aykırı olduğu da söylenemez⁸⁹. Bu itibara aşağıdaki açıklamalarımız, rızanın ehliyetli ve yetkili kişi tarafından, irade sakatlığı olmaksızın, serbest iradeye dayalı olarak ve kanunda öngörülen şekilde açıklanmış olması koşullarına ilişkin olacaktır.

a. Rızanın yetkili kişi tarafından açıklanmış olması

Hukuki işlemler alanında, gerekli iradeyi açıklama yetkisinin kime ait olduğu, iradenin hukuki sonuçlarının yöneldiği kişinin fiil ehliyetine sahip olup olmadığına göre belirlenir⁹⁰. Fiil ehliyetine sahip olan kişi, bizzat kendi iradesi ile hak elde edebilir ve borç altına girebilir iken, fiil ehliyetine sahip olmayan kişi yerine bu iradenin yasal temsilci tarafından açıklanması gerekir. Kişilik hakkına yönelik müdahaleye rıza gösterilmesi de, hukuki işlemin geçerlilik koşullarına tabi olduğundan, rıza açıklamaya yetkili olan, bizzat kişilik değeri ihlal edilen kişi veya onun yasal temsilcisidir. Şu halde, genetik incelemelere rıza gösterilmesi konusunda yasada özel bir düzenleme de mevcut olmadığından, soybağının tespitine yönelik genetik incelemeye rıza gösterme yetkisinin kime ait olduğu konusunda biyolojik numunesi incelenecek olan kişinin fiil ehliyeti bakımından içinde bulunduğu durumun esas alınması gerekir.

i. Kişi fiil ehliyetine sahip ise

TMK m. 9 uyarınca, fiil ehliyetine sahip kişiler, kendi fiili ile hak kazanıp, borç altına girmeye ve her türlü hukuki işlemi bizzat gerçekleştirmeye

⁸⁸ Helvacı, sh. 103.

⁸⁹ Karş. Hegnauer, ZVW 1994, sh. 145.

⁹⁰ Hukuki işlemin hüküm doğurması için gerekli olan irade, kural olarak, işlemin hukuki sonuçlarının yöneldiği kişi tarafından açıklanır. Söz konusu iradenin ilgili kişi adına hareket eden üçüncü kişi tarafından, temsil yoluyla da açıklanması mümkündür. Temsil ilişkisi için gerekli temsil yetkisi, bizzat temsil olunanın iradesinden kaynaklanabileceği gibi, doğrudan doğruya yasadan da kaynaklanabilir. Her iki durumda da, temsilci, irade açıklamaya yetkili kişi konumundadır.

yetkilidir. Fiil ehliyetinin koşulları ise, TMK m. 10'da belirlenmiştir. Bu hüküm uyarınca, ayırt etme gücüne sahip olan ve kısıtlı olmayan her ergin kişi, fiil ehliyetine sahiptir. Kişi ergin ise, ayırt etme gücüne sahip olduğu karine olarak kabul edilir. Şu halde, ayırt etme gücüne sahip kişi, ergin olup, kısıtlanmış da değil ise, vücudundan genetik incelemeye yönelik numune alınmasına ve/veya bu biyolojik numunenin genetik incelemeye tabi tutulmasına bizzat rıza göstermeye de yetkilidir⁹¹. Diğer bir deyişle, fiil ehliyetine sahip kişi, genetik incelemeye de rıza gösterip göstermeme konusunda karar vermeye bizzat yetkili sayılır.

ii. Kişi fiil ehliyetine sahip değil ise

TMK m. 14'te ayırt etme gücünden yoksun kişilerin, küçüklerin ve kısıtlıların fiil ehliyetinin olmadığı, TMK m. 15'de ise, fiil ehliyetinden yoksun kişilerin bizzat yaptıkları fiil ve işlemlerin hukuki sonuç doğurmayacağı öngörülmüştür. Kural bu olmakla birlikte, TMK m. 16'de ayırt etme gücü olan küçük veya kısıtlının bazı işlemleri bizzat yapmaya yetkili olduğu kabul edilmiştir. Bu hükümler ışığında, genetik incelemeye rıza gösterme yetkisinin kime ait olduğu konusunda küçük veya kısıtlının ayırt etme gücüne sahip olup olmadığı bakımından bir ayırım yapılması gerekir.

aa. Sınırlı ehliyetsiz kişinin durumu

TMK m. 16/I c. 1 uyarınca ayırt etme gücüne sahip küçük veya kısıtlının yaptığı hukuki işlemin hüküm ifade etmesi, kural olarak yasal temsilcinin katılımını gerektirir. TMK m. 16/I c. 2'de ise, "...kişiye sıkı surette bağlı hakları kullanılması bakımından bu rıza gerekli değildir." denilmek suretiyle kuralın istisnası düzenlenmiş⁹², kişiye sıkı surette bağlı hakların kullanılması söz konusu olduğunda, yasal temsilcinin katılımının gerekli olmadığı, sınırlı ehliyetsizin bu hakları yasal temsilcinin iradesinden bağımsız olarak, bizzat kullanabileceği öngörülmüştür. Bu noktada, sınırlı ehliyetsizin genetik incelemeye bizzat rıza açıklamaya yetkili sayılması bakımından, genetik ince-

⁹¹ Hegnauer, ZVW 1994, sh. 146

⁹² Bilindiği üzere kişiye sıkı surette bağlı hak kavramı yasakoyucu tarafından tanımlanmış değildir. Öğretide ise, kişiye sıkı surette bağlı hak, hak sahibinin kişiliğini ve daha çok iç dünyasını ilgilendiren, buna bağlı olarak kullanılması hakkındaki kararın kişinin kendisine bırakılması uygun olan hak şeklinde tanımlanmaktadır. Bu konuda bk. **Dural / Ögüz**, sh. 72; **Akıntürk / Karaman**, sh. 315; **Serozan**, sh. 396; **Baygın**, C.: Soybağı Hukuku, 1. B., İstanbul 2010, sh. 314.

meye rıza gösterme konusunda karar vermenin, kişiye sıkı surette bağlı bir hakkın kullanılması olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği önem arz eder. Bu değerlendirmede, genetik incelemede kullanılacak numunenin elde edilmesinin çoğu zaman bir tıbbi müdahaleyi gerektireceğinin de dikkate alınması gerekir.

Öğretide, kişinin, kişilik hakkına dâhil değerler üzerinde tasarruf etmesinin, özellikle bu değerlere yönelik müdahalelere rıza göstermesinin veya bu değerleri koruyucu davalara başvurusunun, kişiye sıkı surette bağlı bir hakkın kullanılması olduğu görüşü benimsenmektedir⁹³. Bununla birlikte, kişinin vücut ve ruh bütünlüğü üzerinde tasarruf anlamına gelen tıbbi müdahaleler söz konusu olduğunda, uygulanmak istenen tıbbi müdahaleye rıza gösterip göstermeme konusunda karar vermenin, TMK m. 16/I c. 2'nin uygulama alanına dâhil olup olmadığı ve buna bağlı olarak sınırlı ehliyetsizin bizzat rıza açıklamaya yetkili sayılıp sayılmayacağı, öğretide tartışmalıdır. Bu konuda bazı yazarlar, Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun (TŞSTİDK) ve Hasta Hakları Yönetmeliğinde (HHY) yer alan bazı hükümlerden⁹⁴ hareketle, tıbbi müdahaleye rıza bakımından TMK m. 16/I c. 2 hükmünün uygulanmayacağı, küçük veya kısıtlı adına rıza açıklama yetkisinin yasal temsilciye ait olduğu, sınırlı ehliyetsizin hekim için bağlayıcı olmayacak şekilde yalnızca görüşünün alınmasının gerektiği sonucuna varmaktadır. Öğretideki diğer bir görüş çerçevesinde ise, tıbbi müdahalelerde sınırlı ehliyetsizin karar verme özgürlüğü ile korunma ihtiyacı arasında denge kurulması gerektiği ifade edilmiş; tıbbi müdahalenin önemi ve ciddiyeti arttığı ölçüde sınırlı ehliyetsiz ile yasal temsilcinin rıza gösterip göstermeme konusunda birlikte hareket etmeleri gerektiği, bu tür tıbbi müdahalelerde

⁹³ **Dural / Ögüz**, sh. 98; **Çilingiroğlu**, sh. 56; **Şenocak**, sh. 73; **Guillod**, *Le consentement éclairé du patient*, Neuchâtel 1986, sh. 209.

⁹⁴ 11.04.1928 tarih ve 1219 sayılı TŞSTİDK m. 70/I uyarınca, hekim ve dış hekimleri, hasta küçük veya kısıtlı ise, uygulanacak tıbbi müdahale öncesinde hastanın yasal temsilcinin rızasını almakla yükümlüdür. Bu kural, 01.08.1998 tarih ve 23420 sayılı HHY m. 24/I'de "*Hasta küçük veya mahcur ise, velisinden veya vasisinden izin alınır.*" hükmü ile tekrarlanmıştır. HHY m. 26'da ise, "*Kanuni temsilcinin muvafakatinin gerektiği ve yeterli olduğu hallerde dahi, mümkün olduğu ölçüde küçük ve mahcur olan hastanın dinlenmesi suretiyle tıbbi müdahaleye iştiraki sağlanır.*" şeklindeki hüküm ile, hekime sınırlı ehliyetsiz konumunda olan hastanın görüşünü alma yükümlülüğü yüklenmiştir. Bu hükümler birlikte değerlendirildiğinde, sınırlı ehliyetsize uygulanacak tıbbi müdahale bakımından rıza açıklama yetkisi yasal temsilciye ait olduğu, sınırlı ehliyetsizin beyanının ise, hekim için bağlayıcı olmadığı sonucuna varılmaktadır. Bu yönde bk. **Dural / Ögüz**, sh. 98; **Özbilen**, sh. 269 dn. 710'daki açıklamalar.

sınırlı ehliyetsizin ve yasal temsilcisinin tıbbi müdahaleye rıza gösterme konusunda birlikte yetkili oldukları ileri sürülmüştür⁹⁵. Nihayet öğretilerdeki diğer bir görüş, tıbbi müdahaleye rızanın TMK m. 16/I c. 2'nin uygulama alanına dâhil olduğu, bu suretle sınırlı ehliyetsizin tek başına rıza açıklamaya yetkili olduğu yönündedir⁹⁶. Bu görüş uyarınca, TŞSTİDK ve HHY'deki küçük ve kısıtlılara yönelik tıbbi müdahalelerde yasal temsilciyi rıza açıklamaya münhasıran yetkili kılan hükümlerin uygulama alanının, ayırt etme gücünden yoksun küçük ve kısıtlıya yönelik tıbbi müdahaleler ile sınırlı olduğu kabul edilmek gerekir⁹⁷.

Bize göre, genetik incelemenin kişilik hakkı kapsamında korunan vücut bütünlüğü ve/veya kişisel veriler gibi değerlere müdahale teşkil ettiği dikkate alındığında, bu değerler üzerinde tasarruf edilmesi anlamına gelen rıza açıklamasının, kişiye sıkı surette bağlı bir hakkın kullanılması olduğunda tereddüt etmemek gerekir. Bu nitelendirmeye bağlı olarak, TMK m. 16/I c. 2 uyarınca sınırlı ehliyetsizin genetik incelemeye rıza göstermeye bizzat yetkili olduğu kabul edilmelidir⁹⁸. Kişi, ayırt etme gücüne sahip ise, küçük ya da kısıtlı olsa dahi, onun adına yasal temsilci tarafından rıza açıklamasında bulunulamaz⁹⁹. Bu noktada, kanımızca, tıbbi müdahaleler alanında sınırlı ehliyetsiz ile yasal temsilcinin birlikte hareket etmesi gerektiği şeklindeki yaklaşım da reddedilmelidir. Zira bu yaklaşımın temelinde yatan düşünce, hayat, sağlık açısından risk arz eden tıbbi müdahaleler söz konusu olduğunda sınırlı ehliyetsizin korunma ihtiyacı içinde olduğudur. Soybağının belirlenmesi amacıyla yapılan genetik incelemelerde ise, kanımızca sınırlı ehliyetsiz kişi açısından bu anlamda bir korunma ihtiyacı mevcut değildir. Zira genetik inceleme için gerekli olan tıbbi müdahale, ilgiliden kan, salya, saç vs. maddelerin alınmasından ibarettir. Bu türden basit tıbbi müdahalelerin, sınırlı ehliyetsizin sağlığı veya hayatı için tehlike arz ettiği kural olarak söylenemez. Korunma ihtiyacının söz konusu olmadığı ölçüde, sınırlı ehliyetsizin bizzat rıza açıklamaya yetkili

⁹⁵ Çilingiroğlu, sh. 56; Serozan, sh. 284.

⁹⁶ Özbilen, sh. 270 vd.; Ayırt etme gücüne sahip küçük bakımından bu yönde bk. Şenocak, sh. 80.

⁹⁷ Şenocak, sh. 80.

⁹⁸ Yıldırım, sh. 397; İsviçre hukukunda bu yönde bk. Benoit / Queloz / Schaller / Sprumont, sh. 1284; Büchler, sh. 37; Meier / Stettler, N. 425; Geiser, T.: Private Vaterschaftsabklärungen Zustimmung des Kindes, ZVW 2002, sh. 242 – 248.sh. 244; Aebi-Müller, R.E.: Persönlichkeitsschutz und Genetik – Einige Gedanken zu einem aktuellen Thema, unter besonderer Berücksichtigung des Abstammungsrecht, ZBJV 144/2008, s. 89.

⁹⁹ Geiser, sh. 244.

olduğu kabul edilmek gerekir. Kaldı ki, öğretide haklı olarak vurgulandığı üzere, kişinin ayırt etme gücüne sahip olduğu, vücut bütünlüğü ve kişisel verileri üzerinde karar verme özgürlüğünün kullanabileceği kabul edildikten sonra, bu hakkın kullanılmasını yasal temsilcinin katılımına bağlı kılmak gereksiz bir tedbirdir¹⁰⁰. Bunun yerine söz konusu korumanın, ayırt etme gücünün varlığını kabul bakımından sınırlı ehliyetsiz kişide aranacak niteliklerde katı davranılmak suretiyle sağlanması tercih edilmelidir. Ayrıca, genetik inceleme, sonuçları itibariyle de tıbbi müdahalelerden farklılaşmaktadır. Gerçekten de, genetik incelemenin sonuçları, ilgilinin soybağı ilişkisi üzerinde salt dolaylı ve hukuki açıdan etkili olabilir. Sınırlı ehliyetsizin karşılaşılabileceği bu tür hukuki sonuçlara karşı korunması ise, hekimin genetik inceleme konusundaki aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmesi ile sağlanacaktır. Aydınlatma yükümlülüğü kapsamında ilgiliye aktarılacak hususlar, soybağı ilişkisinin kurulması veya sona erdirilmesine ilişkin olacağından, korunma ihtiyacı bakımından ayırt etme gücüne sahip küçük veya kısıtlı ile tam ehliyetli kişi arasında fark yoktur. Her ikisi bakımından da gerekli koruma, hekimin aydınlatma yükümlülüğü ile sağlanır. Nihayet genetik incelemeler alanında sınırlı ehliyetsiz için gösterilecek rıza bakımından yasal temsilcinin katılımının zorunlu olması, bazı durumlarda sınırlı ehliyetsizin menfaatine aykırı olacaktır. Özellikle sınırlı ehliyetsiz velayet altında ise, yasal temsilci ana ve/veya baba olacağından, soybağının tespiti konusunda sınırlı ehliyetsiz ile yasal temsilci arasında menfaat çatışması ortaya çıkacaktır.

Bu noktada önem arz eden husus sınırlı ehliyetsizin ayırt etme gücüne sahip olup olmadığının belirlenmesidir. Bilindiği üzere TMK m. 13'te "*yaşının küçüklüğü yüzünden veya akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da bunlara benzer sebeplerden biriyle akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olmayan...*" herkesin ayırt etme gücüne sahip olduğu öngörülmüştür. Bu hükümden hareketle ayırt etme gücü, öğretide, kişinin makul surette hareket edebilme, fillerinin sebep ve sonuçlarını idrak edebilme yeteneği şeklinde tanımlanmaktadır¹⁰¹. Bu tanım çerçevesinde ayırt etme gücünün varlığı, idrak ve irade unsurları şeklinde iki unsurun varlığına bağlıdır¹⁰². İdrak unsuru, kişinin somut olayda belirli bir davranışın anlamını ve sonuçlarını değerlendirme ve kavrama; irade unsuru ise, somut olayda kişisel kavra-

¹⁰⁰ Şenocak, sh. 76; Özbilen, sh. 276.

¹⁰¹ Dural / Ögüz, sh. 54.

¹⁰² Dural / Ögüz, sh. 54.

yısa ve değerlendirmeye dayalı serbestçe karar alma, seçim yapma, kavranan, idrak edilen hususu gerçekleştirmeye yönelik harekete geçebilme yeteneğidir¹⁰³. Kişide bu yeteneklerin var olup olmadığı, belirli bir davranış veya işleme bağlı olarak, bu işlem veya davranışın yapıldığı anda araştırılır¹⁰⁴.

TMK m. 13 uyarınca, ergin kişiler bakımından ayırt etme gücünün varlığı karine olduğundan¹⁰⁵, (ergin olup) kısıtlanmış kişinin ayırt etme gücüne sahip olduğu ve TMK m. 16/I c. 2 uyarınca genetik incelemeye bizzat rıza göstermeye yetkili sayılacağı kabul edilmelidir. Küçük (ergin olmayan) bakımından ise, TMK m. 13’de yaş küçüklüğü ayırt etme gücünü ortadan kaldıran bir sebep olarak öngörülmüş olduğundan, ayırt etme gücünün varlığı karine olarak kabul edilemez. Bu noktada ayırt etme gücünün varlığının küçükler bakımından hangi yaştan itibaren kabul edilebileceğinin belirlenmesi önem arz etmektedir. TMK’da ayırt etme gücünün varlığını kabul bakımından belirli bir yaş sınırı öngörülmüş olmadığından, bu husus, somut olayda gerçekleştirilmek istenen fiil ya da işlemin özelliği göz önüne alınarak hâkim tarafından belirlenecektir¹⁰⁶. Soybağının tespitine yönelik yapılan genetik incelemeler söz konusu olduğunda, bu belirlemede, bir yandan genetik incelemenin tıbbi bir müdahaleyi gerektirmesi diğer yandan da incelemenin sonuçlarının soybağı ilişkisini etkileyebilecek olması hususlarının dikkate alınması gerekir.

Tıbbi müdahalelere rıza bakımından öğretilerdeki genel yaklaşım, kategorik şekilde belirli bir yaş sınırının esas alınması yerine, tıbbi müdahalenin ciddiyeti ve kapsamına göre olgunluk yaşının belirlenmesidir¹⁰⁷. Genetik incelemeler alanında ise, ayırt etme gücünün varlığını kabul bakımından

¹⁰³ **Dural / Ögüz**, sh. 54; **Guillod**, sh. 209.

¹⁰⁴ Kişinin makul şekilde hareket edebilme yeteneğine sahip olup olmadığının, somut olayda gerçekleştirilmek istenen davranış veya işlemin arz ettiği özellikler esas alınmak suretiyle, subjektif olarak belirlenmesi gerekliliği, öğretilerde ayırt etme gücünün nisbililiği olarak ifade edilmektedir. Bu yönde bk. **Dural / Ögüz**, sh. 56; **Akıntürk / Karaman**, sh. 289; **Serozan**, sh. 392.

¹⁰⁵ **Akıntürk / Karaman**, sh. 293.

¹⁰⁶ **Baygın**, sh. 296.

¹⁰⁷ **Hakeri**, sh. 154. Öğretilerde, tıbbi müdahalelerde ayırt etme gücünün varlığı bakımından kategorik bir şekilde belirli bir yaşın esas alınamayacağı vurgulanmakla birlikte, olağan tıbbi müdahaleler açısından belirli yaş aralıklarının karine olarak esas alınabileceği de benimsenmektedir. Bu kapsamda öğretilerde bir görüşe göre, kural olarak 10 yaşından küçüklerin (olağan) tıbbi müdahalelere rıza açısından ayırt etme gücüne sahip olmadığı, karine olarak kabul edilmelidir. 10 ile 15 yaşları arasındaki küçüklerin ise, somut olaya göre aşamalı olarak ayırt etme gücüne sahip olduğu söylenebilir. 15 yaşından itibaren ise, küçüklerin tıbbi müdahalelere rıza bakımından ayırt etme gücüne sahip olduğu kaninedir. Bu yönde bk. **Guillod**, sh. 214 vd.; karşı. **Hakeri**, sh. 154 vd.

gerekli olgunluğun, tıbbi müdahalelere göre daha geç yaşta elde edilebileceği genel kabul gören görüştür¹⁰⁸. Bu yaklaşım çerçevesinde bazı yazarlar tarafından, küçüğün en erken 14 veya 15 yaşından itibaren, genetik incelemenin ne olduğunu, bu incelemenin gerek kendi gerek ailesinin hayatı üzerindeki muhtemel sonuçlarını idrak edebilecek ve bu zeminde incelemeye rıza gösterip göstermemek konusunda serbestçe karar verebilecek bilinç ve olgunluk düzeyine ulaşacağı ifade edilmektedir. Öğretideki bir diğer görüşe göre ise, ayırt etme gücü açısından esas alınacak yaş bakımından genetik incelemeye rıza gösterme ile incelemeyi reddetme arasında bir ayırım yapılması gerekir¹⁰⁹. Genetik incelemenin yapılmamasına göre, incelemenin yapılmasının doğurabileceği muhtemel sonuçlar karşısında küçüğün korunma ihtiyacı daha fazla olduğundan, rıza gösterme açısından gerekli olgunluğun incelemeyi reddetmek bakımından gerekli olana göre daha geç yaşta elde edileceği kabul edilmelidir. Bu görüş uyarınca, kategorik olmamak üzere, normal gelişime sahip bir çocuk açısından genetik incelemeyi reddetme konusunda ayırt etme gücünün varlığı 12 yaşından itibaren kabul edilebilecek iken; incelemeye rıza gösterme konusunda ise, ayırt etme gücünün varlığının 16 yaşından önce kabul edilmemesi gerektiği ifade edilmektedir¹¹⁰.

Bize göre de, soybağını tespit amacıyla yapılacak genetik inceleme, doğuracağı muhtemel hukuki sonuçlar itibariyle, alelade tıbbi müdahalelere göre küçüğün daha fazla idrak yeteneğine sahip olmasını gerektirir. Genetik incelemeye karar vermek bakımından küçük, ana babanın baskısına maruz kalmaya daha açıktır. Bu itibarla küçüğün serbestçe karar verebilmesi bakımından, tıbbi müdahalelere kıyasla, irade yeteneğinin daha gelişmiş olması gerekir. Bu hususlar dikkate alındığında, genetik incelemelere rıza bakımından ayırt etme gücünün görece daha fazla olgunluk gerektirdiği kabul edilmelidir. Bu olgunluğun hangi yaştan itibaren mevcut olduğu hususunun ise, kategorik olmayan bir şekilde, somut olayın özelliklerine göre hâkim tarafından belirlenmesi, kanımızca en uygun çözümdür.

bb. Tam ehliyetsiz kişinin durumu

Bilindiği üzere, TMK m. 15 uyarınca ayırt etme gücünden yoksun kişinin fiil ve işlemleri, kanundaki istisnalar hariç hukuki sonuç doğurmaz. Ayırt

¹⁰⁸ Berney, sh. 138; Benoit / Queloz / Schaller / Sprumont, 1284; Büchler, sh. 37 vd.

¹⁰⁹ Hegnauer, sh. 146; Meier / Stettler, N. 425.

¹¹⁰ Hegnauer, ZVW 1994, sh. 146.

etme gücünden yoksun küçük veya kısıtlı, bilinçli bir iradeden ve bu iradeye uygun davranma yeteneğinden yoksun olması nedeniyle, tam ehliyetsiz kabul edilmektedir. Bu itibarla, tam ehliyetsiz kişinin irade açıklaması da, hukuki sonuç doğurmaz. Hukuki sonuç doğurmaya yönelik iradenin, kural olarak tam ehliyetsiz adına yasal temsilci tarafından açıklanması gerekir. Kural olarak iradesine hukuki sonuç bağlanmadığından, tam ehliyetsiz kişi, genel olarak kişilik değerlerine yönelik müdahalelere ve özel olarak genetik incelemelere rıza göstermeye de yetkili değildir. Bu noktada, tam ehliyetsiz yerine yasal temsilcisinin genetik incelemeye rıza göstermeye yetkili kabul edilip edilmeyeceği önem arz eder. Yasal temsilcinin bu yetkisinin varlığını kabul bakımından, bir ön sorun olarak, genetik incelemeye rıza gösterip göstermeme konusunda karar verme hakkının temsil yoluyla kullanılmaya elverişli bir hak olup olmadığının belirlenmesi gerekir.

Daha önce belirtildiği gibi, genel olarak kişilik değerlerine yönelik müdahaleye ve özel olarak genetik incelemeye rıza gösterilmesi, öğretide kişiye sıkı surette bağlı bir hakkın kullanılması olarak nitelendirilmektedir. Hak sahibinin ayırt etme gücünden yoksun olması halinde, kişiye sıkı surette bağlı hakların yasal temsilci tarafından kullanılıp kullanılmayacağı ise, öğretide tartışmalıdır¹¹¹. Her ne kadar, bu kategoriye dâhil hakların karakteristik özelliğinin, yasal temsilci aracılığıyla kullanılmama olduğu ifade edilse dahi¹¹², öğretide, hakkın yasal temsilci tarafından da kullanılmamasının tam ehliyetsizin menfaatine aykırı olduğu veya tam ehliyetsizin çıkarının temsil yasağı ile engellenmek istenen riske oranla ağır bastığı durumlarda, istisnai olarak, hakkın temsil yoluyla kullanılabilmesine cevaz verilmesi gerektiği ifade edilmektedir¹¹³. Bu noktada yanıtlanması gereken soru, gene-

¹¹¹ Öğretide bir görüş, kişiye sıkı surette bağlı hakların karakteristik özelliğinin temsil yoluyla kullanılmama olduğundan hareketle, kişiye sıkı surette bağlı hakları, mutlak ve nisbi kişiye sıkı surette bağlı haklar şeklinde ikiye ayırmaktadır. Mutlak kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar (*die absolut höchstpersönlichen Rechte*) açısından temsil yolu caiz değildir. Nisbi kişiye sıkı sıkıya bağlı hak olarak nitelendirilen (*die relativ höchstpersönlichen Rechte*) haklar ise, hak sahibinin tam ehliyetsiz olması durumunda, onun yasal temsilcisi tarafından kullanılabilir. Öğretideki diğer bir yaklaşıma göre ise, TMK m. 16/1 c. 2 hükmü, kişi ayırt etme gücüne sahip olduğu takdirde, kişiye sıkı surette bağlı hakların yasal temsilcisi tarafından kullanılmasına engel teşkil etmekte olup, bunun ötesinde hükümde, kişi tam ehliyetsiz olduğu takdirde bu hakların onun adına yasal temsilcisi tarafından kullanılıp kullanılmayacağı konusu düzenlenmiş değildir. Şu halde, genel kural uyarınca tam ehliyetsiz adına kişiye sıkı surette bağlı hakların yasal temsilci tarafından kullanılabilmesinin kabul edilmesi gerekir. Bu görüşler hk. bk. **Dural / Ögüz**, sh. 73 vd; **Baygın**, sh. 315.

¹¹² **Dural / Ögüz**, sh. 73; **Serozan**, sh. 396.

¹¹³ **Dural / Ögüz**, sh. 76; **Serozan**, sh. 397.

tik inceleme bakımından tam ehliyetsizin bu türden bir menfaatinin mevcut olup olmadığıdır. Tıbbi müdahaleler söz konusu olduğunda, tam ehliyetsiz hastanın tedavisine yönelik olanlar bakımından böyle bir menfaatin mevcut olduğu, buna bağlı olarak ayırt etme gücünden yoksun hasta adına yasal temsilcisi tarafından rıza açıklamasında bulunulabileceği tartışmasızdır¹¹⁴. Bu sonuç, öğretide gen incelemesine rıza gösterip göstermeme konusunda karar verme hakkı bakımından da benimsenmektedir¹¹⁵. Zira çocuğun soybağlı ilişkisinin aydınlatılmasında genel bir menfaatinin olduğu söylenebilir. Soybağlı davalarında çocuğun dava hakkına ilişkin TMK hükümleri de, varılan bu sonucu destekler niteliktedir. Gerçekten de, ayırt etme gücünden yoksun çocuk adına TMK m. 301/III'de babalık davasının, TMK m. 291/II'de ise, soybağının reddi davasının yasal temsilci konumundaki kayyım tarafından açılacağı öngörülmüştür. Bu hükümler dikkate alındığında, soybağlı ilişkisinin kurulması veya ortadan kaldırılmasına yönelik dava hakkının yasal temsilci tarafından kullanılabilmesinin yasakoyucu tarafından kabul edildiği görülmektedir. Şu halde, dava hakkının kullanılmasında ön aşamayı teşkil eden gen incelemesi bakımından da bu sonucun benimsenmesi ve rızanın yasal temsilci tarafından açıklanabileceğinin kabul edilmesi gerekir. Sonuç itibarıyla, kanımızca gen incelemesine rıza gösterilmesi, temsil yoluyla kullanılabilen kişiye sıkı surette bağlı haklardan sayılmalı ve tam ehliyetsiz adına yasal temsilcisi rıza açıklayıp açıklamamaya yetkili kabul edilmelidir.

Yasal temsil yetkisinin kime ait olduğu hususu ise, velayet ve vesayete ilişkin genel hükümler çerçevesinde belirlenecektir. Bu noktada soybağlı araştırılan ergin olmayan çocuk adına yasal temsil yetkisinin kim tarafından kullanılacağı özel bir önem arz etmektedir.

Bilindiği üzere, TMK m. 355 uyarınca, ergin olmayan çocuk kural olarak velayet altındadır. Ana baba hayatta değil veya velayet kendilerinden alınmış ise, çocuk vesayet altına alınarak kendisine vasi atanır. Bu olasılıkta vasi, ayırt etme gücünden yoksun çocuk adına, gen incelemesine rıza gösterip göstermemeye yetkilidir¹¹⁶. Öte yandan çocuğa kayyım atanmış ise, kayyımın çocuk adına rıza açıklamaya yetkili olup olmadığı, kayyımın hangi

¹¹⁴ **Özbilen**, sh. 280.

¹¹⁵ **Hegnauer**, ZVW 1994, sh. 147; **Berney**, sh. 139; **Büchler**, sh. 38; **Geiser**, sh. 244. İsviçre Hukukunda, genetik incelemelerde ayırt etme gücünden yoksun kişi yerine yasal temsilcisininin rıza açıklamaya yetkili olduğu hususu GUMG m. 5/II'de açıkça düzenlenmiştir. Bu düzenleme hk. ayrıntılı bilgi için bk. **Büchler**, sh. 32.

¹¹⁶ **Hegnauer**, sh. 17; **Geiser**, sh. 244.

amaca yönelik atandığına bağlıdır. Kayyım çocuğun taraf olduğu soybağının reddi, babalık veya tanınmanın iptali davasında çocuğu temsil etmek üzere atanmış ise, kayyımın görevinin isteğe dayalı gen incelemesi konusunda karar vermeyi de kapsadığı, kayyımın çocuk adına rıza açıklama konusunda karar vermeye yetkili olacağı kabul edilmek gerekir¹¹⁷.

Velayet altındaki çocuğun yasal temsilcisi ise, TMK m. 342/I uyarınca, velayet hakkı kendilerinden alınmadıkça ana babadır. Ana baba evli ise, TMK m. 336/I uyarınca bu yetkiyi kural olarak birlikte kullanırlar. Şu halde, gen incelemesi konusunda da küçük adına rıza açıklama yetkisinin ana baba tarafından birlikte kullanılması gerekir. Ana babadan yalnızca birinin gen incelemesine rıza göstermiş olması hukuka uygunluk bakımından yeterli değildir¹¹⁸. Bu noktada öğretilde, TMK m. 342/II'de öngörülen, – ana babadan birinin rızasının eksikliği karşısında – iyiniyetli üçüncü kişilerin güveninin korunması ilkesinin, gen incelemesine gösterilecek rıza bakımından uygulama alanı bulmayacağı, nu anlamda ana babadan birinin rızası alınmadığı takdirde, gen incelemesi için açıklanan rızanın geçersiz olacağı ifade edilmektedir¹¹⁹. Buna karşılık, evlilik birliği sona ermiş veya velayet ana babanın birinden alınmış ise, TMK m. 336, 337 uyarınca yasal temsil yetkisi velayet kendisine bırakılan ana veya babaya aittir. Bu olasılıkta velayet hakkına sahip ana veya baba, tek başına rıza açıklamaya kural olarak yetkilidir.

Öte yandan, velayet hakkı sahibi ana babanın çocuk adına rıza açıklama yetkisinin mevcut olup olmadığı konusunda TMK m. 426/II b. 2 hükmünün de dikkate alınması gerekir. Bu hükümde yasal temsilci ile temsil olunan arasında menfaat çatışmasının varlığı, yasal temsil altındaki kişiye kayyım atanmasının gerektiren sebeplerden biri olarak düzenlenmiştir. Öğretilde bu hükmün kapsamına giren türden bir menfaat çatışmasının varlığının, yasal temsil yetkisini ortadan kaldıran bir sebep olduğu kabul edilmektedir¹²⁰. Yine öğretildeki baskın görüşe göre, hükümde belirtilen menfaat çatışmasının varlığının kabulü için, temsil olunanın menfaatini ihlale yönelik salt soyut

¹¹⁷ Hegnauer, sh. 17; Geiser, sh. 244.

¹¹⁸ Aebi – Müller, sh. 90.

¹¹⁹ Hegnauer, sh. 19; Meier / Stettler, sh. 426; Büchler, sh. 38; Benoit / Queloz / Schaller / Sprumont, 1285; Geiser, sh. 245

¹²⁰ Öztan, B.: Aile Hukuku, 5. B., Ankara 2004, sh. 664; Baygın, sh. 309; Gümüş, M. A.: Türk Medeni Hukukunda Kayyımlik, İstanbul 2006, sh. 40.

bir tehlike olasılığının bulunması yeterli olup, somut olayda tarafların ve özellikle temsilcinin sübjektif durumu dikkate alınmaz¹²¹.

Soybağının tespitine yönelik genetik incelemeler söz konusu olduğunda, hangi durumlarda çocuk ile velayet hakkı sahibi ana baba arasında bu türden bir menfaat çatışmasının mevcut kabul edileceği öğretide tartışmalıdır¹²². Hangi görüş kabul edilirse edilsin, kanaatimizce kural olarak, çocuğun, kendisi ile soybağı ilişkisi araştırılan velayet hakkı sahibi ana veya baba ile menfaat çatışması içinde olacağı, bu olasılıklarda menfaat çatışması içinde olan velayet hakkı sahibi ana veya babanın çocuk adına gen incelemesine rıza gösterip göstermeme yetkisinin bulunmadığı kabul edilmek gerekir¹²³. Nitekim TMK m. 291/II ve TMK m. 301/III hükümleri uyarınca, çocuğun baba yönünden soybağının ilişkisinin kurulması veya kaldırılması konusunda açılacak soybağı davalarında ergin olmayan çocuğun kayyım tarafından temsili hususu, bu davalar bakımından ana baba ile çocuk arasında mutlak anlamda bir menfaat çatışmasının mevcut olduğu varsayımına dayanmaktadır.

¹²¹ Soyut tehlike olasılığı ile kastedilen, yasal temsilci ile temsil olunanın menfaatlerinin paralel olmaması, diğer bir deyişle, bu menfaatler arasında zıtlığın ortaya çıkma potansiyelinin mevcut olmasıdır. Somut olayda temsilcinin kişisel yetenekleri veya işlemi yapmadan önce açıkladığı ve temsil olunanın menfaatine olan amaç ise, bu değerlendirmede belirleyici değildir. Bu yönde bk. **Gümüş**, sh. 46 vd.; **Baygın**, sh. 310.

¹²² Öğretideki bir görüşe göre, menfaat çatışmasının varlığı bakımından, yalnızca, ana babanın ileride tarafı olacağı bir dava sürecinde bu test sonucundan yararlanma olanağına sahip olup olmadığı esas alınmalıdır. Bu yönde bk. **Hegnauer**, sh. 18. Bu yaklaşım benimsendiği takdirde, somut olayda, yasal baba açısından, soybağının reddi veya tanımanın iptali davasının tabi olduğu hak düşürücü süreler geçmediği sürece, yasal babanın çocuk ile menfaat çatışması içinde olduğu kabul edilir. Keza yasal baba, söz konusu test sonucundan anneye karşı açacağı bir boşanma davasında veya boşanmanın sonuçlarını değiştirmeye yönelik açılacak bir davada yararlanabileceğinden, çocuk ile menfaat çatışması içinde olduğu kabul edilmelidir. Öte yandan anne açısından da, yasal babaya karşı tanımanın iptali veya biyolojik babaya karşı açacağı babalık davasının tabi olduğu hak düşürücü süreler geçmiş olmadıkça, çocuk ile menfaat çatışmasının mevcut olacağı sonucuna varmak gerekir.

Bu konuda ileri sürülen diğer bir görüş çerçevesinde, menfaat çatışmasının varlığı bakımından, tarafların soybağı ilişkisini hukuken değiştirme olanağına sahip olup olmadıklarının yanı sıra, söz konusu inceleme sonucunun ana baba ile çocuk ilişkisinde psikolojik açıdan yaratacağı sonuçların da dikkate alınması gerekir. Bu yönde bk. **Berney**, sh. 145; **Geiser**, sh. 246; **Meier / Stettler**, N. 427. Bu yaklaşıma göre, test sonucunda yasal babanın çocuğun biyolojik babası olmadığına anlaşılması çocuk ile yasal baba arasındaki kişisel ilişkiyi etkiler. Bu ilişkinin değişmesi suretiyle yasal babanın çocuk nezdinde psikolojik konumunun zayıflamasında annenin menfaati olabilir. Bu olasılıklarda anne ile çocuk arasında da menfaat çatışmasının mevcut olduğu kabul edilmelidir.

¹²³ Nitekim İsviçre hukukunda GUMG m. 34/I'de çocuk ile soybağı ilişkisi araştırılan kişinin ayırt etme gücü olmayan çocuk adına rıza açıklama yetkili olmadığı açıkça hükme bağlanmıştır.

Çocuğun ana ve/veya babasının yasal temsil yetkisini kullanıp kullanamayacağı ve bununla bağlantılı olarak çocuğa kayyım atanıp atanmayacağı sorunu esasen, soybağı ilişkisi araştırılacak kişinin anne veya baba mı olduğu; soybağı araştırılan kişi ile çocuk arasında çocuk arasında soybağı ilişkisinin kurulu olup olmadığı; soybağı araştırmasında çocuk ile menfaat çatışmasının ana babadan yalnızca biri ile mi yoksa her ikisi açısından da mı mevcut olduğu; velayet hakkı sahibi ana babadan birinin menfaat çatışması içinde olması dolayısıyla diğeri ile de menfaat çatışmasının söz konusu olup olmayacağı; ana babadan yalnızca birinin çocuk ile menfaat çatışması içinde olduğu durumda, diğer tarafın yasal temsil yetkisini tek başına kullanıp kullanamayacağı veya her durumda çocuğa kayyım atanmasının mı gerekeceği şeklinde sayılabilecek düzlemlerde ele alınmak suretiyle yanıtlanmalıdır. Somut olayda, olayın özellikleri göz önünde tutularak, sorunun bu ayırımlara konu boyutlarının bir veya birden çoğunun mevcudiyetine göre, çözümler de değişiklik arz edecektir¹²⁴.

b. Rızanın serbest iradeye dayalı olarak açıklanmış olması

Gen incelemesi için açıklanan rızanın geçerliliğinin diğer bir koşulu, rızanın, sağlıklı ve özgür bir iradeye dayalı olarak açıklanmış olmasıdır. Böyle bir iradenin varlığından söz edebilmek için, bir yandan rıza açıklamaya yetkili kişinin iradesinin irade sakatlıklarından biri ile sakatlanmamış olması, diğer yandan da, onun gen incelemesi konusunda aydınlatılmış olması gereklidir.

İrade sakatlıkları kapsamında gündeme gelebilecek durumlar, esasen, rıza açıklamaya yetkili kişinin hataya düşmesi, hileye veya korkutmaya maruz kalmasıdır. Böyle bir irade sakatlığı halinde, gen incelemesine yönelik açıklanan rıza geçersiz olacaktır. Kişilik değerlerine yönelik müdahalelere rıza gösterilmesi, hukuki işlemlere ilişkin kurallara tabi olduğu kabul edildiği ölçüde, irade sakatlığı halinde uygulanacak geçersizlik rejimi de, TBK m.

¹²⁴ İsviçre hukukunda konu bu ayırımlar zemininde ele alınmış ve çeşitli görüşler ileri sürülerek çözüm önerileri getirilmiştir. Tüm bu ayırımların incelemesi ve bu konuda öğretileri ileri sürülen çeşitli görüşlerin değerlendirilmesi çalışmamızın boyutlarını fazlasıyla aşacağından, yukarıda bu konuda gündeme gelebilecek temel ayırımlar vurgulanmakla yetinilmiştir. Bu konuda ayrıca bk. soybağının ana veya baba ile kurulması bakımından ayırım yapılması yönünde **Hegnauer**, ZVW 1994, sh. 147; soybağı ilişkisi araştırılan kişi ile çocuk arasında soybağının mevcut olup olmaması bakımından ayırım yapılması yönünde bk. **Geiser**, sh. 246 vd.; ana babanın her ikisi ile de menfaat çatışmasının her zaman mevcut olacağı ve çocuğa mutlak olarak kayyım atanması gerektiği yönünde bk. **Berney**, sh. 152.

23 vd. hükümlerine tabi olacak ve bu hükümler uyarınca genetik incelemeye rıza gösteren kişi, iptal hakkına sahip olacaktır¹²⁵. Genetik materyali incelenen kişi rıza açıklaması bakımından iptal hakkını kullandığı takdirde, yapılan gen incelemesi de kendiliğinden hukuka aykırı hale gelecektir. Bu noktada irade sakatlıklarına ve iptal hakkının kullanılmasına ilişkin hükümler, gen incelemesine gösterilecek rıza bakımından özellik arz etmediğinden, aşağıdaki açıklamalarımız rızanın aydınlatılmış olmasının gerekliliği ve hangi durumlarda böyle bir rızanın mevcut kabul edileceği hususlarına ilişkin olacaktır¹²⁶.

Rızanın bilinçli ve özgür bir iradeye dayandığının söylenebilmesi için, rıza açıklayan kişinin yeterli ve doğru şekilde bilgilendirilmiş olması gerekir. Ancak bu hususlar bir arada bulunduğu takdirde aydınlatılmış bir rızanın varlığından söz edilebilir¹²⁷. Tıbbi müdahaleler alanında, aydınlatma, hastanın kendisine uygulanmak istenen tıbbi müdahale hakkında serbestçe karar verebilmesini sağlayacak bilgilerle donatılması olarak tanımlanmakta¹²⁸ olup, aydınlatılmış rızanın varlığı, hekimin aydınlatma yükümlülüğü ile ilişkili olarak belirlenmektedir. Hekimin aydınlatma yükümlülüğü ise, öğretide, genel olarak, Anayasa m. 17/I hükmünden türetilen “kişinin kendisi hakkında serbestçe karar verme hakkı”na ve tıbbi müdahalenin vücut bütünlüğü değerini ilgilendirmesi nedeniyle TMK m. 23-24 hükümleri ile korunan kişilik hakkına dayandırılmaktadır¹²⁹. Gerçekten de, kişinin kendisine uygulanacak tıbbi müdahale hakkında verdiği kararın serbest iradeye dayandığının söylenebilmesi, öncelikle kişinin, vereceği kararın sonuçlarını bilmesine bağlıdır. Kişinin bu sonuçları bilebilmesi ise, uzman hekim tarafından söz konusu tıbbi müdahale konusunda bilgilendirilmiş olması ile mümkündür.

¹²⁵ **Özbilen**, sh. 200 vd.

¹²⁶ Tıbbi müdahaleye rıza gösteren kişinin hata, hile, korkutma gibi sebeplerle iradesinin sakatlandığı durumların çoğunda, hekim açısından da aydınlatma yükümlülüğünün ihlali söz konusu olacağı; bu olasılıklarda ilgili kişi için avantajlı olanın, irade sakatlığı nedeniyle rıza açıklamasını iptal etmek değil, aydınlatma yükümlülüğünün ihlali nedeniyle uğradığı zararını tazmin ettirmek olduğu yönünde bk. **Özbilen**, sh. 298.

¹²⁷ **Helvacı**, sh. 107.

¹²⁸ **Çilingiroğlu**, sh. 59.

¹²⁹ **Çilingiroğlu**, sh. 61; **Hakeri**, 104; **Özbilen**, sh. 288. Hekim ile hasta arasında bir tedavi sözleşmesi mevcut olduğu ve bu sözleşme ilişkisinin vekâlet hükümlerine tabi olduğu kabul edildiği ölçüde, vekilin özen gösterme ve hesap verme yükümlülüklerinin, hekimin aydınlatma yükümlülüğüne hukuki dayanağını teşkil edebileceği ifade edilmektedir. Bu konuda ayrıca bk. **Özbilen**, sh. 288 dn. 748'deki açıklamalar.

Böyle bir bilgilendirme olmadığı takdirde, kişinin tıbbi müdahaleye rıza gösterip göstermeme konusunda serbestçe karar verdiği söylenemez¹³⁰.

Tıbbi müdahale ile benzerlikleri dikkate alındığında, aydınlatma yükümlülüğünün gen incelemesi yapan hekim açısından da mevcut olduğu kabul edilmek gerekir¹³¹. Gerçekten de, gen incelemesi için gerekli biyolojik materyalin çoğu zaman kişinin vücut bütünlüğüne müdahalede bulunulmak suretiyle elde edilmektedir. Öte yandan gen incelemesi, kişinin gizlilik alanına da bir müdahale teşkil ettiği ölçüde, kişinin kendi kaderi hakkında bizzat karar verme hakkına yönelik bir müdahale niteliğindedir¹³². Her ne kadar gen incelemesi sonuçları, kural olarak kişinin sağlığını ilgilendirmese dahi, onun soybağı ilişkisi hakkında bilgi verdiği ölçüde, kişisel veri olarak kişilik hakkı kapsamında korunan değerlerden olduğu kabul edilmek gerekir¹³³. Nihayet, gen incelemesini uygulayan kişilerin, hekim veya sağlık personeli sıfatını taşıyan kişiler olması da, tıbbi müdahaleler ile benzerlik arz eden diğer bir yöndür. Şu halde, gen incelemesi bakımından da, hekimin aydınlatma yükümlülüğünün bulunduğu ve rızanın geçerliliğinin hekimin bu yükümlülüğünü yerine getirmiş olmasına bağlı olduğu kabul edilmek gerekir¹³⁴.

Bu yükümlülük kapsamında hekim ilgiliyi, gen incelemesinin anlamı ve muhtemel sonuçları konusunda bilgilendirecektir. Vurgulamak gerekir ki, hekimin ilgiliye biyolojik materyalin kendisinden ne şekilde alınacağını ve ne amaçla kullanılacağını anlatılmış olması, aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmiş olması bakımından yeterli değildir. İnceleme soybağını belirlemek amacıyla yapıldığından, hekim, incelemenin soybağı ilişkisi üzerinde doğurabileceği muhtemel hukuki sonuçlar hakkında da bilgi vermekle yükümlüdür¹³⁵. Ergin kişilere yönelik bilgilendirme söz konusu olduğunda,

¹³⁰ **Hakeri**, sh. 104.

¹³¹ **Yıldırım**, sh. 398.

¹³² **Benoit / Queloz / Schaller / Sprumont**, sh. 1286.

¹³³ **Benoit / Queloz / Schaller / Sprumont**, sh. 1286.

¹³⁴ İsviçre hukukunda GUMG m. 34/II'de, gen incelemesini yapacak olan laboratuvarın, rızası alınacak kişilere yazılı olarak bilgi verme yükümlülüğünün varlığı ve kapsamı açıkça düzenlenmiştir. Bu konuda ayrıca bk. **Büchler**, sh. 43; **Meier / Stettler**, N. 420.

¹³⁵ **Berney**, sh. 136; **Benoit / Queloz / Schaller / Sprumont**, sh. 1286. İsviçre hukukunda GUMG m. 34/II'de, soybağının belirlenmesine yönelik gen incelemesini yapacak olan laboratuvarın, rızası alınacak kişiyi, İsviçre Medeni Kanununun soybağının kurulmasına ilişkin hükümleri hakkında yazılı olarak bilgilendirmek ve gen incelemesinin doğurabileceği muhtemel psikolojik, sosyal sonuçlar hakkında dikkatini çekmekle yükümlü olduğu öngörülmüştür. Söz konusu yazılı belgede, gen incelemesinin sonuçlarının kişinin soybağı iliş-

hekimin yükümlülüğünü yerine getirmiş sayılması bakımından, incelemenin hukuki sonuçları konusunda ilgilinin dikkatini çekmeye yetecek ölçüde, asgari hukuki bilgiyi vermiş olması gerekir¹³⁶. İlgilinin uyarılmış ve dikkatinin çekilmiş olunması ile kastedilen, ilgilide konu hakkında şüphe ve daha detaylı bilgi edinme arzusunun uyandırılmasıdır¹³⁷. Ergin olmayan kişi söz konusu olduğunda ise, hekimin bilgi verme yükümlülüğünün kapsamının genişleyeceği kabul edilmektedir¹³⁸. Bu olasılıkta hekim, incelemenin muhtemel sonuçları hakkında ilgilinin salt dikkatini çekmekle yetinemez. Bunun ötesinde hekim, ilgiliye, soybağı ilişkisinin kurulması veya sona erdirilmesinin yanı sıra, soybağı ilişkisinin ortadan kalkmasının malvarlıksal sonuçları hakkında da asgari ölçüde hukuki bilgi vermekle yükümlüdür¹³⁹.

c. Rızanın uygun şekilde açıklanmış olması

Bilindiği üzere, hukuki işlemin geçerlilik koşullarından birisi de, kanunen şekle tabi kılınan bir işlem söz konusu olduğunda, iradenin kanunda öngörülen bu şekle uyularak açıklanmış olmasıdır. Genetik inceleme için açıklanacak rızanın geçerliliği bakımından da, bu rızanın şekle uygun olarak açıklanmış olması gerekir. Şekil şartına uyulmadan açıklanan rıza, geçersiz olacağından, gen incelemesinin hukuka aykırılığını önlemez.

Gen incelemelerine rıza gösterilmesinde uyulması gereken şekil konusunda yasada özel bir düzenleme mevcut değildir. Bu itibarla hukuki işlemlerin geçerlilik şekline ilişkin genel hükümlerin dikkate alınması gerekir. Bilindiği üzere, hukuki işlemlerde kural TBK m. 12/I uyarınca şekil serbestisi olup, bu serbesti çerçevesinde hukuki işlemin hüküm ifade etmesi bakımından, iradenin belirli bir şekle uyularak açıklanmış olması gerekli değildir. Bu ilkenin kural olarak, tıbbi müdahalelere gösterilecek rıza bakımından

kisi üzerinde doğrudan hukuki sonuç doğurmayacağı, soybağı durumunda değişiklik yapılmasının dava yoluyla mümkün olduğu, öte yandan gen incelemesi sonuçlarının psikolojik sonuçlar doğurabileceği hususlarının da belirtilmesi gerekmektedir.

¹³⁶ Nitekim İsviçre hukukunda GUMG m. 34/II'ye ilişkin Genel Gerekçede, ilgiliye genel mahiyetteki hukuki bilgilerin aktarılmasının yeterli olduğu, bunun ötesinde, somut olayın arz ettiği özelliklerin gerektirdiği hukuki bilginin aktarılmasının gerekli olmadığı hususu vurgulanmıştır. Bu konuda bk. 11 Eylül 2002 tarihli İnsan Üzerindeki Genetik İncelemeler Hakkındaki Federal Kanuna İlişkin Genel Gerekçe, sh. 6928. (<http://www.admin.ch/opc/fr/federal-gazette/2002/6841.pdf>)

¹³⁷ **Berney**, sh. 137.

¹³⁸ **Berney**, sh. 138; **Benoit / Queloz / Schaller / Sprumont**, sh. 1286.

¹³⁹ **Berney**, sh. 138.

da geçerli olduğu kabul edilmektedir¹⁴⁰. Nitekim HHY m. 28’de “*Mevzuatın öngördüğü istisnalar dışında, rıza herhangi bir şekilde bağlı değildir*” denilmek suretiyle bu ilke benimsenmiştir. Bu ilke uyarınca rıza, kural olarak açık veya örtülü, yazılı veya sözlü olarak açıklanabilir¹⁴¹. Bununla birlikte, yasa da bazı tıbbi müdahaleler bakımından rıza açıklamasının yazılı olarak yapılması koşulu öngörülmüştür. Bu noktada önem arz eden konu, genetik incelemede kullanılacak biyolojik materyalin elde edilmesinin kişiye tıbbi bir müdahalede bulunulmasını gerekli kıldığı durumlarda, bu müdahale bakımından rıza açıklamasının yazılı şekilde tabi olup olmadığıdır.

Bilindiği üzere, rıza açıklaması bakımından yazılı şekle bağlanan tıbbi müdahale türlerinden biri TŞSTİDK m. 70/I’de öngörülmüştür. TŞSTİDK m. 70/I’ e göre, büyük cerrahi müdahalelerde rızanın yazılı olması gereklidir. Hükümde öngörülen büyük cerrahi müdahale ile kastedilen, uzman cerrah tarafından genel veya lokal anestezi altında uygulanabilen operasyonlardır¹⁴². Gen incelemesi söz konusu olduğunda, incelemede kullanılacak biyolojik materyalin türü ve elde edilme şekli önem arz etmediği dikkate alındığında, bu hükümde öngörülen anlamıyla büyük cerrahi müdahalenin söz konusu olmayacağı açıktır. Bu itibarla, gen incelemesinde kullanılmaya üzere kişinin vücudundan biyolojik madde alınması için yapılacak tıbbi müdahaleye gösterilecek rıza bakımından da, ilgili hükümde öngörülen yazılı şekle koşulu aranmayacaktır.

Öte yandan rızanın yazılı şekilde açıklanmasının öngörüldüğü TMK m. 23/III c. 1 hükmü de, konumuz bakımından önem arz etmektedir. Bilindiği üzere TMK m. 23/III c.1’ e göre, “*yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılması ve nakli mümkündür.*” Hükümde, alınması, aşılması ve nakli yazılı rızaya bağlanan “insan kökenli biyolojik madde kavramı” tanımlanmış değildir. Öğretide, “insan kökenli biyolojik madde” kavramı, insan vücudu içinde bulunan organ, doku ve hücre gibi maddelerin yanı sıra insan organizması tarafından üretilen ve insan vücudundan ayrılabilen her türlü madde olarak tanımlanmaktadır¹⁴³. Bu tanımdan hareketle, genetik inceleme amacıyla kişinin vücudundan alınacak materyalin, bu hüküm

¹⁴⁰ Çilingiroğlu, sh. 72; Özbilen, sh. 303.

¹⁴¹ Çilingiroğlu, sh. 72; Özbilen, sh. 303.

¹⁴² Çilingiroğlu, sh. 72; Özbilen, sh. 306 dn. 793.

¹⁴³ Akıncı, Ş.: Türk Özel Hukukunda İnsan Kökenli Biyolojik Madde (Organ – Doku) Nakli Kavramı ve Bundan Doğan Hukuki Sonuçlar, Ankara 1996, sh. 12 vd.; Özbilen, sh. 7 vd.

anlamında insan kökenli biyolojik madde niteliğinde olduğu ve hükmün uygulama alanına dâhil olduğu şüphesizdir. Öte yandan, lafzı itibarıyla TMK m. 23/III c. 1 hükmü, hangi amaçla alındığına bakılmaksızın, insan kökenli biyolojik madde alınmasına ilişkin tüm tıbbi müdahalelerde rızanın yazılı şekilde açıklanmasının gerekli olduğu şeklinde yorumlanmaya elverişlidir¹⁴⁴. Bu konuda öğretilerdeki bir görüşe göre, söz konusu hüküm, tıbbi müdahaleler alanında rıza açıklaması bakımından şekil serbestisi kuralının bir istisnasını teşkil etmektedir¹⁴⁵. Hükmün uygulama alanına 2238 sayılı ODNK'na kapsamına giren organ ve dokunun yanı sıra ODNK'na tabi olmayan kan, sperm, yumurta, embriyon gibi her türlü insan kaynaklı biyolojik madde dâhil olup, kişiden bu türden maddelerin alınmasını konu alan tüm tıbbi müdahalelerde rızanın yazılı şekilde açıklanması gerekir¹⁴⁶. Buna karşılık, öğretilerdeki diğer bir görüşe göre, TMK m. 23/III hükmünde öngörülen yazılı şekil kuralı, tıbbi müdahaleye rıza bakımından şekil serbestisi ilkesinin bir istisnası değildir. Söz konusu hüküm dar yorumlanmak suretiyle, yazılı şekil kuralının yalnızca yasada açıkça rıza açıklamasının yazılı şekil koşuluna bağlanmış olan tıbbi müdahaleleri ilgilendirdiği kabul edilmek gerekir¹⁴⁷. Bu görüş uyarınca TMK m. 23/III c. 1 hükmünün uygulama alanı, insan kökenli biyolojik maddelerin bir başkasına nakil amacı ile alındığı tıbbi müdahaleler ile sınırlıdır¹⁴⁸. Nitekim hükmün gerekçesi de bu görüşü destekler niteliktedir¹⁴⁹.

¹⁴⁴ **Özbilen**, sh. 305.

¹⁴⁵ **Çilingiroğlu**, sh. 73.

¹⁴⁶ **Çilingiroğlu**, sh. 73. TMK m. 23/III kapsamına giren biyolojik maddelerin, 2283 sayılı ODNK'nun uygulama alanı dışında kalan kan, sperm, yumurta gibi, insan bedeninden ayrıldıktan sonra beden tarafından kendiliğinden ikame edilebilen maddeler ile sınırlı olduğu yönünde bk. **Gürzumar**, O. B.: Özel hukukumuzda organ nakli ve 2238 sayılı yasa üzerine düşünceler, ABD 1991/3, sh. 380.

¹⁴⁷ **Özbilen**, sh. 306.

¹⁴⁸ Bu yönde bk. **Dural / Ögüz**, sh. 106, 107; karş. **Kılıçoğlu**, A.: Organ Nakli ve Doku Alınmasının Hukuki Yönleri, TBBD 1991/2, sh. 247. Yazar, 23 Kasım 1990 tarih ve 3678 sayılı yasa ile 743 sayılı Medeni Kanun m. 23'e üçüncü fıkra olarak eklenen bu hükmün, 2238 sayılı ODNK'da zaten mevcut ve bu anlamda özel kanunda düzenlenmiş olan bir hususun genel kanunda tekrar edilmiş olduğu, bu hususlar dikkate alındığında, söz konusu hükmün yenilik getirmediği görüşündedir. Öğretilerde **Dural / Ögüz** (sh. 106 vd.) ise, TMK m. 23/III hükmünün, ODNK m. 6'daki şekle ilişkin düzenlemesini kısmen değiştirdiği görüşündedir. Yazara göre, ODNK m. 6'dan farklı olarak, TMK m. 23/III uyarınca, yazılı rıza açıklaması yalnızca organı verecek kişi için değil kendisine organın nakledileceği kişi için de aranacaktır. Öte yandan TMK m. 23/III uyarınca yazılı rıza koşuluna, 2238 sayılı ODNK m. 6'dan farklı olarak saç, deri ve kan aşılmasını da kapsayacak şekilde tüm insan kökenli biyolojik maddelerin nakli tabidir. Görüşümüze göre, TMK m. 23/III uyarınca, insan kökenli biyolojik maddenin nakledileceği kişinin rızasının yazılı olmasının aranması naklin yapılacağı kişinin menfaatlerine aykırıdır. Zira çoğu zaman, organ veya

Bize göre de, TMK m. 23/III hükmünün insan kökenli biyolojik maddelere ilişkin tıbbi müdahaleler alanında rıza açıklaması bakımından genel bir şekil kuralı öngördüğü kabul edilemez. Zira hemen hemen tüm tıbbi müdahalelerde ilgiliden biyolojik madde alınması, bu maddenin ilgiliye aşılması veyahut nakli söz konusudur¹⁵⁰. Bu olgu karşısında, tüm tıbbi müdahalelerde rıza açıklamasının geçerliliğinin yazılı şekle tabi olduğu sonucuna varmak gerekecektir. Bu sonuç ise, tıbbi müdahalelere rızanın şekle tabi olmadığı kuralının fiilen ortadan kalkması anlamına geleceğinden kabul edilebilir değildir. Öte yandan, rızanın yazılı şekle tabi olması, rıza açıklayabilecek durumda olmakla birlikte, yazılılık koşulunu yerine getirmeyecek kişiler bakımından da olumsuz sonuçlar doğurur. Zira bu olasılıkta, hekimin acil olmasına rağmen tıbbi müdahaleyi yapmaktan imtina etmesi ya da yazılı rıza gerekliliğinden kurtulmak amacıyla hasta rıza açıklayamayacak duruma gelinceye kadar beklemesi kabul edilebilir çözümler değildir. Şu halde, bize göre de, TMK m. 23/III hükmünün uygulama alanının, insan kökenli biyolojik maddelerin bir başkasına nakil amacıyla alınması ile sınırlı olduğu kabul edilmek gerekir. Diğer bir ifade ile, bir başkasına nakil amacı olmaksızın, örneğin salt saklanmak veya incelenmek üzere kişiden doku, deri, kan vs. madde alınması, hükmün uygulama alanı dışındadır. Yürürlükteki mevzuat açısından, genetik inceleme amacıyla kişinin vücudundan biyolojik madde alınmasının hükmün uygulama alanına dâhil olmadığı, bu amaçla yapılan tıbbi müdahalelerde rızanın yazılı şekilde açıklanması gerekli olmadığı sonucuna varmak gerekir. İsviçre Hukukunda GUMG m. 34/I'de ise, soybağının belirlenmesi amacıyla isteğe dayalı olarak yapılacak gen incelemelerinde, rıza açıklanmasının geçerliliği yazılı şekil koşuluna bağlanmıştır¹⁵¹. Kanımızca Türk hukukunda da, de lege feranda olarak, gen incelemesi konu-

dokunun nakledileceği kişi, rızasını yazılı şekilde açıklama olanağından yoksun olacaktır. Nitekim bu husus ODNK m. 6'da gözetilmiş ve yalnızca oranı verecek kişinin yazılı rızası aranmıştır.

¹⁴⁹ TMK m. 23/III'ün madde gerekçesinde "...EMK.'daki maddenin üçüncü fıkrasına 3678 sayılı Kanunla eklenen hükmün, Ülkemizde bu konu ile ilgili özel bir kanun olan 2238 sayılı "Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun" varken, aynen korunmasının isabetli olup olmadığı tartışılabilirse de kişi haklarının korunması açısından madde metninde yer alması uygun görülmüştür." denildiği dikkate alındığında, hükmün uygulama alanının nakil amacıyla kişiden insan kökenli biyolojik maddelerin alınması ile sınırlı olduğu sonucuna varılabilir.

¹⁵⁰ **Özbilen**, sh. 23.

¹⁵¹ Bu konuda bk. **Meier / Stettler**, N. 419; **Aebi-Müller**, sh. 89.

sunda yapılacak yasal düzenleme çerçevesinde rıza açıklamasının yazılı şekil şartına bağlanması yerinde olacaktır.

B. Rıza olmaksızın hukuka aykırılığın önlenmesi olanağı

Yukarıdaki açıklamalarımızda isteğe dayalı yapılan gen incelemesinin hukuka aykırılığının kural olarak, biyolojik materyali incelenen kişilerin, vücutlarından numune alınmasına ve bu numunenin incelenmesine rıza göstermeleri suretiyle engelleneceği belirtilmiş idi. Bilindiği üzere TMK m. 24/II uyarınca, kişilik hakkı zedelenenin rızasından başka, üstün nitelikte özel veya kamusal bir yararın bulunması veya kanunun verdiği yetkinin kullanılmış olması, kişilik hakkına yapılan müdahalelerde hukuka uygunluk sebebi teşkil etmektedir. Bu hüküm uyarınca, somut olayda, kişilik hakkı zedelenenin rızası mevcut olmasa dahi, hükümde sayılan üstün özel veya kamusal yarar veyahut kanunun verdiği yetkinin kullanılması gibi sebeplerden birinin mevcut olması, müdahalenin hukuka aykırı olmasını önler. Şu halde, yapılan gen analizinin hukuka aykırı olmasının engellenmesi bakımından, ilgilinin rızasının mevcut olmadığı durumlarda, TMK m. 24/II’de zikredilen sebeplerden birinin somut olayda mevcut olması aranacaktır. Bu noktada, soybağının tespiti amacıyla isteğe dayalı olarak yapılan gen analizi bakımından, hangi durum ve koşullarda hukuka uygunluk sebebi teşkil edecek şekilde üstün bir özel yararın veyahut kanunun verdiği yetkinin kullanılmasının söz konusu olacağı belirlenmesi gerekmektedir. Üstün kamusal yarar, bir kanun hükmü ile somutlaştığı ölçüde hukuka uygunluk sebebi olarak dikkate alınabileceğinden¹⁵², bu unsurun, kanunun verdiği yetkinin kullanılmasından bağımsız bir hukuka uygunluk sebebi olarak ayrıca incelenmesine gerek görülmemiştir.

1. Kanunun verdiği yetkinin kullanılması

TMK m. 24/II uyarınca, kişilik hakkına yapılan müdahaleyi hukuka uygun kılan sebeplerden biri de, müdahalenin kanunun verdiği yetkinin kullanılmasına dayanmasıdır. Söz konusu yetkinin, kaynağını bir kamu hukuku veya bir özel hukuk normundan almış olması önem arz etmez¹⁵³. Bu noktada

¹⁵² Karş. **Özbilen**, sh. 321; **Helvacı**, sh. 119.

¹⁵³ **Özbilen**, sh. 322; bu yetkinin kamu hukukuna ilişkin bir normdan kaynaklanması gerektiği yönünde bk. **Dural / Öğüz**, sh. 141.

konumuz açısından önem arz eden husus, kişinin vücudundan onun rızası olmaksızın biyolojik madde alınması ve soybağının tespitinde kullanılmasına dayanak teşkil eden yasal bir normun mevcut olup olmadığıdır. Böyle bir normun mevcut olduğu kabul edildiği ölçüde, bu normun tanıdığı yetki zemininde hareket edilerek, kişinin rızası olmaksızın vücudundan biyolojik madde alınması ve soybağının belirlenmesinde kullanılmış olması, hukuka aykırılık teşkil etmeyecektir.

Soybağının tespit amacıyla isteğe dayalı gen incelemeleri alanında bu türden bir yetkinin var olup olmadığı belirlenmesi bakımından, soybağına ilişkin davalarda yargılama usulünü düzenleyen TMK m. 284/1 b. 2 ve HMK m. 292 hükümlerinin dikkate alınması gerekir.

Bilindiği üzere, TMK m. 284/1 b. 2 hükmünde¹⁵⁴ taraflar ve üçüncü kişilerin, soybağının belirlenmesinde zorunlu olan ve sağlıkları yönünden tehlike yaratmayan araştırma ve incelemelere rıza göstermekle yükümlü oldukları öngörülmüştür. Hüküm, taraflara ve üçüncü kişilere soybağı ilişkisinin belirlenmesi için bilimsel incelemelere katılma yükümlülüğü yüklemektedir¹⁵⁵. Söz konusu yükümlülüğe uygun davranılmamasının yaptırımı olarak ise, rıza göstermekten kaçınan kişi aleyhine yargıcın takdirine bağlı olarak, fiili bir karine öngörülmüş, bu kapsamda, bilimsel inceleme ile kanıtlanmak istenen olgunun, kaçınan kişi aleyhine olacak şekilde kanıtlanmış sayılabileceği hükme bağlanmıştır¹⁵⁶. Hüküm, soybağının kurulmasını düzenleyen genel hükümler arasında yer aldığından, soybağına ilişkin açılacak tüm davalarda uygulama alanı bulur¹⁵⁷.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, isteğe dayalı gen analizinin, hükümde belirtilen araştırma ve incelemeler kapsamında yer alan bir faaliyet olduğu şüphesizdir¹⁵⁸. Keza, gen analizinin ilgililerin sağlığı açısından tehlike yaratacağı da kural olarak söylenemez¹⁵⁹. Öte yandan soybağı ilişkisinin tespiti

¹⁵⁴ TMK m. 284/1 b. 2: “Taraflar ve üçüncü kişiler, soybağının belirlenmesinde zorunlu olan ve sağlıkları yönünden tehlike yaratmayan araştırma ve incelemelere rıza göstermekle yükümlüdürler. Davalı, hâkimin öngördüğü araştırma ve incelemeye rıza göstermez ise, hâkim, durum ve koşullara göre bundan beklenen sonucu, onun aleyhine doğmuş sayabilir.”

¹⁵⁵ **Serozan**, Çocuk, sh.178.

¹⁵⁶ **Serozan**, Çocuk, sh. 178.

¹⁵⁷ **Aksoy Dursun**, Soybağının Belirlenmesi Bakımından MK m. 284 ve HMK m. 292'nin Değerlendirilmesi, Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi 2012, C. 8, S. 95 – 96, sh. 111.

¹⁵⁸ **Memiş / Yıldırım**, sh. 299.

¹⁵⁹ **Büchler**, sh. 34.

amacına hizmet etmesi de, gen analizinin, hükmün uygulama alanı kapsamında değerlendirilmesini gerektirmektedir. Bu hususlar dikkate alındığında TMK m. 284/I b. 2 hükmünde TMK m. 24/II kapsamına giren bir yetkinin söz konusu olduğu düşünülebilir. Bununla birlikte, söz hükmünde öngörülen rıza gösterme yükümlülüğünün doğabilmesi için, TMK m. 286 vd. hükümleri uyarınca açılmış, soybağına ilişkin bir davanın mevcut olması gerekir¹⁶⁰. Bu hükümler uyarınca açılmış bir dava mevcut olmadığı sürece, ilgililer açısından bilimsel incelemelere katlanma yükümlülüğünün doğduğu da söylenemeyecektir. Şu halde, isteğe dayalı gen incelemesi, bilimsel ve tıbbi bir inceleme olmakla birlikte, açılmış veya açılacak bir soybağı davasından bağımsız olarak yürütülen bir faaliyet olduğundan, TMK m. 284/I b. 2 hükmü zemininde soybağı ilişkisi araştırılacak kişiler açısından, vücutlarından biyolojik madde alınmasına ve bu maddenin gen incelemesinde kullanılmasına katlanma yükümlülüğü söz konusu olmayacaktır. Kaldı ki, TMK m. 284/I b. 2 hükmünde öngörülen, ilgililer açısından bir rıza gösterme yükümlülüğü olup, ilgilinin rıza göstermekten kaçınmasına bağlanan yaptırım, hâkimin takdirine bağlı olarak aleyhte fiili karine teşkil etmesidir. Yükümlülüğün koşulları oluşmuş olmasına rağmen, kişi rıza göstermekten, bilimsel inceleme için işbirliği yapmaktan kaçınır ise, ona karşı zor kullanılamaz¹⁶¹. Bu kaçınmaya bağlanan tek yaptırım, bu davranışın somut dava açısından kendi aleyhine sonuç doğurmasına katlanmaktır¹⁶². Bunun ötesinde, hükmünde belirtilen katlanma yükümlülüğünün koşullarının oluşmuş olması, ilgilinin rızası olmasızın – zor kullanılarak – vücudundan madde alınmasını ve/veya alınan maddenin gen incelemesinde kullanılmasını hukuka uygun hale getirmeyecektir. Bu noktada davanın tarafları ile üçüncü kişiler arasında bir ayırım yapılması da söz konusu olmamalıdır. Zira vücudundan madde alınmasına rıza göstermekten kaçınan davanın taraflarına karşı zor kullanılmayacağı ilkesi, davanın tarafı olmayan üçüncü kişiler bakımından evleviyetle kabul edilmek gerekir¹⁶³. Bu yönüyle, TMK m. 284/I b. 2 hükmü, bilimsel incelemelerde hukuka uygunluk bakımından davanın tarafları ve üçüncü kişilerin rızasının alınmasının gerekliliği üzerinde etkili olmadığından, hük-

¹⁶⁰ Memiş / Yıldırım, sh. 299.

¹⁶¹ Serozan, Çocuk, sh. 178; Memiş / Yıldırım, sh. 299.

¹⁶² Hükmünde öngörülen, vücudundan biyolojik madde alınmasına rıza gösterme yükümlülüğünün dar ve teknik anlamda bir yükümlülük değil, bir külfet niteliğinde olduğu görüşü için bk. Özbilen, sh. 327.

¹⁶³ Özbilen, sh. 327.

mün, gen incelemeleri alanında da, hukuka uygunluk için rızanın gerekliliğini ortadan kaldıran, TMK m. 24/II anlamında kanunundan doğan bir yetki içermediği sonucuna varmak gerekir.

Bu noktada dikkate alınması gereken diğer bir hüküm, “*Soybağı tespiti için inceleme*” kenar başlıklı HMK m. 292’de¹⁶⁴ yer almaktadır. HMK m. 292 uyarınca, soybağının tespiti amacıyla, sağlık açısından tehlike oluşturmamak koşuluyla herkesin, vücudundan kan ve doku alınmasına katlanmakla yükümlüdür. Hükümde, TMK m. 284/I b. 2’ye paralel şekilde, soybağının tespitine yönelik açılan davada, soybağı ilişkisi incelenen davanın tarafları ile üçüncü kişiler için vücudundan kan ve doku alınmasına rıza gösterme yükümlülüğü öngörülmüştür. Buna karşılık, hükümde ilgileye yüklenen rıza gösterme yükümlülüğünden kaçınılmasına bağlanan yaptırım, TMK m. 284/I b. 2’de öngörülenden farklıdır¹⁶⁵. Gerçekten de hükme göre, haklı sebep mevcut olmadıkça ilgilinin kan veya doku alınmasına rıza göstermekten kaçınmayacağı, kişinin haklı sebep olmaksızın ilgilinin kan veya doku alınmasına rıza göstermemesi halinde, hâkimin, söz konusu kan ve dokunun ilgilinin rızası olmaksızın, zor kullanılarak alınmasına karar verebileceği öngörülmüştür¹⁶⁶. Hüküm, zorunluluk hallerinde kan ve doku alınması bakımından rızanın gerekliliğini ortadan kaldırdığı ölçüde, TMK m. 284/I b. 2’deki düzenlemeden ayrılmaktadır.

¹⁶⁴ HMK m. 292: “*Uyuşmazlığın çözümü bakımından zorunlu ve bilimsel verilere uygun olmak, ayrıca sağlık yönünden bir tehlike oluşturmamak şartıyla, herkes, soybağının tespiti amacıyla vücudundan kan ve doku alınmasına katlanmak zorundadır. Haklı bir sebep olmaksızın bu zorunluluğa uyulmaması halinde, hâkim incelemenin zor kullanılarak yapılmasına karar verir. Üçüncü kişi tanıklıktan çekinme hakkı bulunduğunu ileri sürerek bu yükümlülüğün kaçınmaz.*”

¹⁶⁵ HMK m. 292’nin TMK m. 284/I b. 2 hükmü ile olan ilişkisi öğretide tartışmalıdır. Tartışma, 6100 sayılı HMK’nun sonraki kanun olması nedeniyle, aynı konuyu düzenleyen iki hükümden HMK m. 292 hükmünün, TMK m. 284/II hükmünü zımnen ilga etmiş olup olmadığı noktasında toplanmaktadır. Öğretide bir görüşe göre, HMK m. 292 hükmü TMK m. 284/I b. 2’yi değiştirmiş veya ilga etmiş değildir. TMK m.284/I’de, soybağına ilişkin davalarda TMK m. 284/I b. 2’nin uygulanması saklı tutulmuş olduğundan, TMK m. 284/I b. 2 hükmünün soybağına ilişkin davalarda HMK m. 292’ye göre özel hüküm niteliğinde olduğu kabul edilmek gerekir. Yine bu görüş uyarınca TMK m. 284/I b. 2 hükmü, kişilik hakkına müdahale teşkil edecek yargılama işlemlerinin hukuka uygunluğunu ilgilendirilmesi itibarıyla maddi hukuk normu niteliğinde olduğundan, söz konusu iki hükmün uygulama alanları da farklıdır. Bu yönde bk. **Dural / Öğüz / Gümüş**, sh. 261 vd. Öğretideki diğer bir görüş ise, HMK m. 292’nin aynı konuyu düzenleyen daha sonraki tarihli kanun olmasından ve hükmün madde gerekçesinin yorumundan hareketle, HMK m. 292 hükmünün TMK m. 284/I b. 2 hükmünü zımnen ilga ettiği sonucuna varmaktadır. Bu yönde bk. **Özbilen**, sh. 330; **Aksoy Dursun**, sh. 121 vd.

¹⁶⁶ **Aksoy Dursun**, sh. 120.

Hükümde öngörülen katlanma yükümlülüğü, soybağının tespiti bakımından soybağı ilişkisinin tarafları veya üçüncü kişilerin vücudundan kan veya doku alınmasına ilişkindir. İlgilinin vücudundan alınacak biyolojik materyal, soybağının tespitine yönelik bilimsel incelemede ve araştırmada kullanılacaktır. Bu noktada ilgiliden alınan biyolojik materyalin tabi tutulacağı bilimsel inceleme veya tahliller kapsamına gen incelemesinin dâhil olduğu şüphesizdir. Öte yandan TMK m. 284/I b. 2 hükmü incelenirken belirtildiği üzere, gen incelemesine yönelik kişiden kan veya doku alınması, bilimsel verilere uygun şekilde icra edilen ve ilgilinin sağlığı yönünden kural olarak tehlike oluşturmayan bir müdahale niteliğindedir. Şu halde, soybağının tespiti amacıyla yapılan bir gen analizi açısından kişi, analizde kullanılmak üzere vücudundan kan veya doku örneği alınmasına katlanmakla yükümlüdür. Kişi, vücudundan biyolojik madde alınmasına rıza göstermez ise, HMK m. 292 zemininde hâkimin söz konusu biyolojik maddenin, kişinin rızası aranmaksızın, zor kullanarak alınmasına hükmetme yetkisi doğacaktır. Gen incelemesinden bağımsız olarak, bu yetkinin kullanılması suretiyle davanın taraflarından veya üçüncü kişilerden kan veya doku alınması, hukuka aykırı bir müdahale teşkil etmeyecektir. Bu bağlamda HMK m. 292 hükmünün, davanın taraflarının ve üçüncü kişilerin rızasının gerekliliğini ortadan kaldırdığı kabul edildiği ölçüde, TMK m. 24/II anlamında kanunun verdiği yetkinin kullanılması söz konusu olacaktır. Bununla birlikte söz konusu yetkinin kullanılabilmesi, TMK m. 284/I b. 2 hükmünün uygulamasına paralel bir şekilde, soybağına ilişkin açılmış ve görülmekte olan bir davanın varlığını gerektirir. Yukarıda belirtildiği üzere, isteğe dayalı gen incelemesi, açılmış herhangi bir davadan bağımsız olarak icra edileceğinden, HMK m. 292 hükmünde öngörülen yetkinin kullanılması, isteğe dayalı gen incelemesi bakımından hukuka uygunluk sebebi teşkil etmeyecektir.

2. Üstün özel yararın varlığı

TMK m.24/II'de öngörülen hukuka uygunluk sebeplerinden bir diğeri, müdahalede bulunanın, bir üçüncü kişinin veya bizzat kişilik hakkına müdahale edilen kişinin, özel hukuktan kaynaklanan ve korunan hukuki menfaate göre daha üstün bir yarara sahip olmasıdır. Bilindiği üzere üstün özel yarar, ihlal edilen kişilik değerine göre üstün tutulması gereken başka bir kişilik değerinin mevcut olması şeklinde anlaşılmalıdır. Somut olayda bu türden bir üstün yararın var olup olmadığı, çatışan menfaatlerin karşılıklı tartılması

suretiyle belirlenir¹⁶⁷. Bu noktada isteğe dayalı gen incelemesi bakımından önem arz eden husus, genetik bilgisi incelenen kişinin vücut bütünlüğüne ve/veya kişisel bilgileri üzerindeki geleceğini belirlemesine ilişkin menfaatine kıyasla daha ağır basan bir hak veya menfaatin mevcut olup olmadığıdır. Somut olayda gen incelemesi talep eden kişinin bu türden bir menfaatinin mevcut olduğu sonucuna varılabildiği ölçüde, incelemenin hukuka uygunluğu bakımından genetik bilgisi incelenen kişinin rızasının gerekli olmadığı kabul edilebilecektir.

Bilindiği üzere, kişinin biyolojik soybağı hakkında bilgi edinme hakkı, açılacak soybağının reddi (TMK m. 286), tanınmanın iptali (TMK m. 297) ve babalık davası (TMK m. 301) kapsamında kullanılabilen bir hak olup, bunun dışında Türk Medeni Kanunu kapsamında genetik soybağı konusunda genel bir bilgi edinme hakkı düzenlenmiş değildir. Çocuğun genetik kökenini öğrenme hakkının ise, bu kuralın bir istisnasını teşkil ettiği söylenebilir. Bilindiği üzere, genetik kökenini öğrenme hakkı, çocuğun, kişiliğini geliştirme hakkının bir uzantısı olarak, soybağı ilişkisinden bağımsız şekilde – çocuğun soybağı ilişkisi üzerinde kurucu veya bozucu bir etkisi olmaksızın – sahip olduğu bir hak niteliğindedir¹⁶⁸. Uluslararası hukuk metinlerinde¹⁶⁹ çocuğun genetik kökenini öğrenme hakkının, genel bir çocuk hakkı olarak düzenlenmiş olduğu da göze çarpmaktadır. İsviçre¹⁷⁰ ve Türk¹⁷¹ hukuklarında ise,

¹⁶⁷ **Serozan**, sh. 421.

¹⁶⁸ **Serozan**, Çocuk, sh. 163; **Yıldırım**, sh. 399; **Baysal**, B.: Çocuğun Kökenini Öğrenme Hakkı, Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, C. I, İstanbul 2010, sh. 518;

¹⁶⁹ Uluslararası hukuk metinleri kapsamında, çocuğun genetik kökenini öğrenme hakkına ilişkin temel düzenlemeyi, Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesinin (BMÇHS) 7'nci maddesinin 1'inci fıkrası teşkil etmektedir. Bu hükümde, soybağının türü üzerinden ayırım yapılmaksızın, her çocuğun, mümkün olduğu ölçüde, ana babasını bilme ve onlar tarafından yetiştirilme hakkına sahip olduğu öngörülmüştür. Bu konuda detaylı bilgi için bk. **Reilingh**, Le droit fondamental de l'enfant à connaître son ascendance, PJA 2003, sh. 364.

¹⁷⁰ İsviçre Hukukunda, genel bir hak olarak, çocuğun genetik kökenini öğrenme hakkının kaynağını, BMÇHS m. 7'nin teşkil ettiği kabul edilmektedir. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesinin 4 Mart 2002 tarih ve ATF 128 I 63 no'lu kararında, Sözleşmenin bu maddesinin, iç hukukta doğrudan uygulanabilir olduğuna hükmedilmiştir. Bu konuda bk. **Meier / Stettler**, N. 376; **Baysal**, sh. 512. Öte yandan iç hukukta ise, çocuğun genetik kökenini öğrenme hakkına ilişkin genel bir düzenleme mevcut olmayıp, bu hak, özellik arz eden bazı soybağı durumlarına ilişkin olarak düzenlenmiştir. Bu bağlamda konu, yapay dölleme yoluyla dünyaya gelmiş çocuk bakımından, öncelikle Federal Anayasa m. 119/II (g)'de, herkesin genetik kökenine ilişkin bilgilere ulaşma hakkına sahip olduğu öngörülme suretiyle temel hak düzeyinde teminat altına alınmıştır. Bu düzenlemeye paralel şekilde, 1 Ocak 2001'de yürürlüğü giren Tıbbi Destek Alınması Yoluyla Üreme Hakkındaki Kanun (LMPA) m. 27'de çocuğa sperm bağışçısı hakkında bilgi edinme hakkı tanınmış

genetik kökenini öğrenme hakkının, özellik arz eden bazı soybağı ilişkileri çerçevesinde çocuğa tanınan bir hak olarak düzenlendiği görülmektedir¹⁷². Bu düzenleme tarzı karşısında, soybağı ilişkisinin kurulma şeklinden bağımsız şekilde, çocuğun genetik kökenini öğrenme hakkının mevcut olup olmadığı hususu Türk ve İsviçre hukukları öğretisinde tartışmalıdır¹⁷³. Bu konu ile bağlantılı şekilde öğretilen tartışılan diğer bir husus ise, söz konusu hakkın mutlak nitelikli bir hak olup olmadığına ilişkindir. Bir görüşe göre, çocuğun genetik kökenini öğrenme hakkı, somut olaydaki soybağı ilişkisinin ilgililerinin kişilik değerleri ve menfaat durumundan bağımsız, mutlak bir hak niteliğindedir. Öğretilen diğer görüş ise, çocuğun genetik kökenini tanıma hakkının var olup olmadığına, somut olayda ilgili kişilerin menfaat durumlarına göre belirlenmesi gerektiği yönündedir¹⁷⁴. Bu tartışmaların detaylı biçimde incelenmesi, konumuzun kapsamını aşacaktır. Bununla birlikte belirtmek gerekir ki, bu görüşlerden hangisi benimsenirse benimsensin, somut olayda gen incelemesini gerçekleştirecek olan hekim, çocuğun genetik kökenini

olduğu görülmektedir. Evlat edinilen çocuk bakımından ise, 1 Ocak 2003'te yürürlüğe giren İMK m. 268 c hükmünde, çocuğun 18 yaşını doldurduktan sonra biyolojik ana babası hakkında bilgi edinme hakkına sahip olduğu; korunmaya değer menfaatinin bulunması halinde bu bilgileri 18 yaşından önce de talep edebileceği hükmüne bağlanmıştır. Bu konuda bk. **Baysal**, sh. 509 vd.; **Meier / Stettler**, N. 376; **Aebi – Müller**, Persönlichkeitsschutz und Genetik – Einige Gedanken zu einem aktuellen Thema, unter besonderer Berücksichtigung des Abstammungsrechts, RBJV 144/2008, sh. 95.

¹⁷¹ Türk hukukunda çocuğun genetik kökenini öğrenme hakkının yasal dayanaklarının başında, Türkiye'nin de taraf olduğu BMÇHS m. 7 hükmü gelir. Öte yandan Anayasanın 17'nci maddesinin "*Herkes yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir*" şeklindeki hükmünün çocuğun genetik kökenini öğrenme hakkına anayasal dayanağını oluşturabileceği ifade edilmektedir. Bu yönde bk. **Baysal**, sh. 514. Evlat edinilen çocuklar bakımından ise, TMK m. 314/IV hükmünün "*Evlat edinme ile ilgili kayıtlar, belgeler ve bilgiler mahkeme kararı olmadıkça veya evlatlık istemedikçe hiçbir şekilde açıklanamaz.*" şeklindeki ifadesinden, evlatlığın talebi halinde bu bilgilerin ona mahkeme kararına gerek kalmadan verilmesi gerekeceği sonucuna varılmaktadır. Keza 01.08.2002 tarih ve 145 sayılı "*Evlat Edindirme Yönergesi*"nin 20. maddesinin "*...Evlat edinen hakkında çocuğun öz ailesine bilgi verilmez. Ancak evlat edinen isterse çocuğun öz ailesi hakkında bilgi edinmek hakkına sahiptir.*" şeklindeki hükmü, evlat edinilen çocuklar bakımından bir başka yasal dayanak olarak görülmektedir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bk. **Baysal**, sh. 496 vd.

¹⁷² Bunun ötesinde, bugün için Türk ve İsviçre hukuklarında, soybağı ilişkisinin kurulma şeklinden bağımsız şekilde, çocuğa genetik kökenini öğrenme hakkı tanıyan pozitif bir düzenleme mevcut değildir.

¹⁷³ Bu tartışma hk. bk. **Meier / Stettler**, N. 377 vd.; **Aebi – Müller**, sh. 97.

¹⁷⁴ Bu tartışma kapsamında ileri sürülen görüşler hk. bk. **Reilingh**, sh. 366; **Baysal**, sh. 496 vd. Çıkar çatışması söz konusu olduğunda, çocuğun biyolojik babasını öğrenme hakkının, annenin özel yaşamının gizliği, sperm vericisinin veya evlat edinilenlerin gizli kalma çıkarından ağır basan bir menfaat sayılması gerektiği yönünde bk. **Serozan**, Çocuk, sh. 163, dn. 1.

öğrenme hakkının varlığını ve bu hakkın somut olayda üstün özel yarar anlamında bir hukuka uygunluk sebebi teşkil edip etmediğini değerlendirebilecek konumda değildir¹⁷⁵. Bu itibarla, genetik materyali incelenecek kişi incelemeye rıza göstermiş değil ise, hekim incelemeyi gerçekleştirmekten kaçınmakla yükümlüdür. Bu olasılıkta, çocuğun, genetik kökenini öğrenme hakkını dava yoluyla ileri sürmesi gerekecektir¹⁷⁶. Buna karşılık, somut olayda gen incelemesi ilgilinin rızası olmaksızın, bir şekilde gerçekleştirilmiş ise, çocuğun genetik kökenini öğrenme hakkının mevcut olduğu kabul edildiği ölçüde, rıza olmaksızın yapılan gen incelemesinin hukuka uygun olacağı sonucuna varılabilir¹⁷⁷.

Bu noktada önem arz eden diğer bir konu, gen incelemesine katılmayan hatta böyle bir incelemenin varlığından haberdar dahi olmayan, ancak inceleme sonuçlarından dolayı olarak kişilik değerleri etkilenen kişi veya kişilerin rızasının alınmasının gerekli olup olmadığıdır. Daha önce de ifade edildiği gibi, soybağının belirlenmesi amacıyla yapılan gen analizinin, özellik arz eden yönlerinden biri, inceleme sonuçlarının kendisinden biyolojik materyal alınan kişiler dışında, üçüncü kişilerin de kişilik hakkını ilgilendirebilmesidir. Örneğin, yapılan analiz sonucunda kocanın, çocuğun biyolojik babası olmadığı tespit edilmesi, anne ile üçüncü kişi arasında evlilik dışı ilişkiyi ortaya koyduğu ölçüde, annenin cinsel hayatının gizliliğine bir müdahale söz konusu olur. Keza annenin evlilik dışı ilişki yaşadığı kişinin çocuğun babası olduğunun tespiti de, kocanın biyolojik baba olmadığını ortaya koyduğu ölçüde, yasal babanın genetik gerçeği bilmeme özgürlüğüne bir müdahale teşkil eder. Tüm bu durumlarda, gen incelemesine doğrudan dâhil olmamakla birlikte, inceleme sonucundan dolayı olarak kişilik değerleri etkilenen

¹⁷⁵ Geiser, sh. 243.

¹⁷⁶ Meier / Stettler, N. 423. Açılacak bu davada, TMK m. 284/I b. 2’de öngörülen koşullar mevcut olduğu ölçüde, ilgililer açısından gen incelemesine rıza gösterme yükümlülüğü doğacaktır. Keza rıza göstermeyen ilgiliye karşı HMK m. 292 zemininde zor kullanılması gündeme gelebilir.

¹⁷⁷ Kanımızca bu tür durumlarda genetik bilgisi incelenen kişinin çocuk ile soybağı ilişkisi içinde olup olmaması bakımından bir ayırım yapılması gerekir: Genetik bilgisi incelenen kişi çocuğun hâlihazır soybağı ilişkisi içinde olduğu ana veya baba ise, kural olarak çocuğun genetik kökenini öğrenme hakkına dayalı üstün özel yararının varlığı kabul edilebilir. Buna karşın, ana baba dışındaki üçüncü kişiler söz konusu olduğunda, kural olarak üçüncü kişinin kişilik hakkı değerleri, çocuğun genetik kökenini öğrenme hakkına üstün tutulmalıdır. Nihayet bu olasılıkta dahi, üçüncü kişinin rızası olmaksızın bir şekilde gerçekleştirilen analiz sonucunda üçüncü kişinin çocuk ile genetik bağlantısı ortaya çıkmış ise, yine çocuğun üstün yararının mevcut olduğu ve analizin hukuka uygun sayılması gerektiği savunulabilir.

kişilerin rızasının alınmamasının, söz konusu kişiler açısından kişilik hakkı ihlali teşkil edip etmeyeceği sorunu ile karşılaşılmaktadır. Bu konuda öğretilerde genel kabul gören görüş, biyolojik materyali incelenmeyen kişilerin rızasının alınmasının gerekli olmadığı yönündedir¹⁷⁸. Bu görüş çerçevesinde gen incelemesinin sonuçlarından dolayı şekilde etkilenen kişilerin rızasının gerekli olmaması, TMK m. 24/II anlamında üstün özel yararın varlığına dayandırılmaktadır¹⁷⁹. Buna göre, çocuğun yasal ana veya babasının çocuğun genetik kökenini öğrenmeye ilişkin menfaati, üçüncü kişilerin gizlilik menfaatlerine göre daha üstün niteliktedir. Yasal baba, çocuğun kendi soyundan olup olmadığını bilmek bakımından, anne ile ilişkiye giren üçüncü kişi karşısında; evli kadın ise, çocuğun babasının koca olup olmadığını bilmek bakımından koca karşısında üstün özel yarara sahiptir¹⁸⁰. İnceleme talep eden hukuki ana veya babanın üstün özel yararın varlığı karşısında, incelemenin hukuka uygunluğu, genetik materyali incelenmeyen kişilerin incelemeye rıza göstermiş olmasına bağlı değildir¹⁸¹.

Sonuç

Çalışmamızda, soybağının tespiti amacıyla yönelik isteğe bağlı gen incelemeleri hukuka uygunluk sorunu perspektifinden incelenmek suretiyle esasen şu sonuçlara varılmıştır:

Soybağının tespiti alanında yapılan gen incelemeleri, yöntem itibariyle DNA analizine dayanır. Sağladığı ispat olanakları sayesinde, bir süredir soybağı davalarında kapsamında başvurulmuş başlıca ispat aracını teşkil eden gen incelemeleri, gen teknolojisinde yaşanan gelişmelere bağlı olarak özel kuruluşlar nezdinde, açılmış bir davadan bağımsız şekilde, salt ilgililerin talebi üzerine yapılır hale gelmiştir. Gen incelemesinin isteğe dayalı olarak yapıl-

¹⁷⁸ Geiser, sh. 244; Benoit / Queloz / Schaller / Sprumont, sh. 1284; Nitekim İsviçre GUMG m. 34/I'de açıkça genetik materyali incelenecek kişilerin rızasının alınmasının gerekli olduğu belirtilmiştir. Öğretilerde bu hükümden hareketle, gen incelemesi sonuçlarından dolayı olarak etkilenen kişilerin rızasının alınmasının gerekli olmadığı sonucuna varılmaktadır. Bu konuda bk. Büchler, sh. 37; Aebi – Müller, sh. 91; Meier / Stettler, N. 434.

¹⁷⁹ Meier / Stettler, N. 422. Öğretilerde Hegnauer (Persönlichkeitsrecht, sh. 92), ilgilinin genetik kökenini öğrenme hakkının var olduğundan hareketle, hiç kimsenin kendisine ait bir bilgiyi, bu bilginin aynı zamanda bir başkasının gizlilik alanına dahil olduğu gerekçeyle öğrenmekten alıkonulamayacağını, bu nedenle genetik incelemeden dolayı şekilde etkilenecek olanların rızasının alınmasının gerekli olmadığı sonucuna varmaktadır.

¹⁸⁰ Hegnauer, Persönlichkeitsrecht, sh. 92.

¹⁸¹ Meier / Stettler, N. 422.

ması, biyolojik soybağının dava yoluyla tespitine kıyasla ilgililere önemli avantajlar sağlamaktadır.

Genel olarak insan üzerindeki gen incelemeleri ve özel olarak soybağı tespitine yönelik yapılan isteğe dayalı yapılan gen incelemelerine ilişkin özel yasal düzenlemelerin yokluğunda, hukuka aykırılık sorununun, söz konusu faaliyetin ilgilendirdiği alanlarda var olan genel hükümler çerçevesinde değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu kapsamda isteğe dayalı gen incelemeleri kişilik hakkının korunması ve soybağı ilişkisi perspektifinden ele alınmıştır.

Türk Medeni Kanununun soybağı hükümleri, gen incelemesinin isteğe dayalı yapılmasını doğrudan yasaklayan veya sınırlandıran herhangi bir düzenleme içermemekle birlikte, korumayı hedeflediği menfaatler, özellikle soybağı araştırılan çocuğun menfaatlerinin korunması yönünden söz konusu incelemelerin hukuka aykırılığı üzerinde dolaylı bir etkiye sahiptir. Kişilik hakkının korunması yönünden ise, soybağının tespiti yönelik gen incelemelerinin yapılması, vücut bütünlüğü, kişisel veriler üzerindeki kendi geleceğini belirleme hakkı, özel hayat ve gizlilik alanı gibi kişisel değerlere müdahale teşkil ettiğinden, incelemeye doğrudan katılan kişilerin yanı sıra bazı durumlarda, incelemeye katılmayan üçüncü kişilerin de kişilik hakkını ihlal edebilen, dolayısıyla da kural olarak hukuka aykırı sayılması gereken müdahalelerdendir.

İsteğe dayalı gen incelemelerinin hukuka aykırılığının önlenmesi bakımından, bu faaliyetin isteğe dayalı olarak yapılıyor olması temelinde kural, genetik bilgisi incelenen kişilerin incelemeye rıza göstermiş olmalarıdır. Genetik inceleme sonuçlarından kişilik değerleri etkilenen üçüncü kişilerin ise, rızasının alınması gerekli değildir. Genetik bilgisi incelenecek kişilerin rızasının hukuka aykırılığı önleyici etki doğurması, geçerli bir rıza açıklaması teşkil etmesi koşuluna bağlıdır. Bu kapsamda, ilgilinin rızasını, incelemenin doğurabileceği sosyal ve hukuki sonuçlar konusunda hekim tarafından aydınlatıldıktan sonra açıklanmış olması gerekir. Kural olarak rıza açıklaması şekle tabi olmamakla birlikte, inceleme sonuçlarının arz ettiği önem dikkate alındığında, rızanın geçerliliği de lege feranda yazılı şekil koşuluna tabi kılınmak gerekir. Soybağı araştırılan kişiler ayırt etme gücüne sahip oldukları sürece bizzat rıza açıklamaya yetkilidirler. Ayırt etme gücünden yoksun kişiler için ise, yasal temsilci gen incelemesi yapılmasına rıza gösterip göstermeme konusunda karar vermeye kural olarak yetkili sayılmalıdır. Ayırt etme gücünden yoksun küçük söz konusu olduğunda, yasal temsilci konumundaki velayet hakkı sahibi ana babanın rıza açıklama yetkisi, çocuk ile menfaat çatışmasının içinde ol-

mama koşuluyla mevcut sayılır. Kanımızca soybağı araştırılan ana veya baba ile çocuk arasında her zaman menfaat çatışması mevcuttur.

Soybağı araştırılan kişi veya kişilerin rızasının alınmadığı durumlarda yapılan gen incelemesinin hukuka aykırılığının önlenmesine üstün özel yarar veya kanunun verdiği yetkinin kullanılması kavramları gündeme gelecektir. Her ne kadar TMK m. 284/I b. 2 ve HMK m. 292 hükümlerinin soybağının tespitine yönelik gen incelemesinin ilgilinin rızası olmaksızın yapılmasına olanak tanıdığı kabul edilse dahi, bu hükümler açılmış bir davanın varlığını gerektirdiğinden, isteğe dayalı gen incelemelerinde hukuka uygunluk sebebi olarak dikkate alınamayacaktır. Çocuğun genetik kökenini öğrenme hakkı ise, istisnai durumlarda soybağı ilişkisinin diğer tarafının kişilik değerleri karşısında üstün bir özel yarar olarak dikkate alınabilir. Keza ana babanın ve çocuğun biyolojik soybağı gerçeğini öğrenmeye ilişkin menfaatleri de, üçüncü kişilerin kişilik değerleri karşısında üstün bir özel yarar teşkil edecektir.

KAYNAKÇA

- AEBİ-MÜLLER, E. Regina.**, Persönlichkeitsschutz und Genetik – Einige Gedanken zu einem aktuellen Thema, unter besonderer Berücksichtigung des Abstammungsrechts, RBJV 144/2008, sh. 82-125.
- AKINCI, Şahin.**, Türk Özel Hukukunda İnsan Kökenli Biyolojik Madde (Organ – Doku) Nakli Kavramı Ve Bundan Doğan Hukuki Sonuçlar, Ankara 1996.
- AKINTÜRK, Turgut / KARAMAN, Derya Ateş.**, Türk Medeni Hukuku, Başlangıç Hükümleri – Kişiler Hukuku, C. 1, 8. B., İstanbul 2011.
- AKINCI, Şahin.**, Türk Özel Hukukunda İnsan Kökenli Biyolojik Madde (Organ – Doku) Nakli Kavramı ve Bundan Doğan Hukuki Sonuçlar, Ankara 1996.
- AKSOY, Hüseyin Can.**, Medeni Hukuk ve Özellikle Kişilik Hakkı Yönünden Kişisel Verilerin Korunması, Ankara 2010.
- BAYGIN, Cem.**, Soybağı Hukuku, 1. B., İstanbul 2010.
- BAŞALP, Nilgün.**, Kişisel Verilerin Korunması ve Saklanması, Ankara 2004.
- BAYSAL, Başak.**, Çocuğun Kökenini Öğrenme Hakkı, Prof. Dr. Rona Se-rozan'a Armağan, C. I, İstanbul 2010, sh. 493 – 533.
- BENOIT, Anne / QUELOZ, Nicolas / SCHALLER, Frédéric / SPRU-MONT, Dominique.**, Conditions de licéité des tests de paternité par analyse d'ADN en dehors du cadre judiciaire, PJA 2003, sh. 1280 – 1290.
- BERNEY, Mandofia Marina.**, L'expertise en paternité sur demande privée, RDT 1998, sh. 129 – 153.
- BÜCHLER, Andrea.**, Aussergerichtliche Abstammungsuntersuchungen. Die neuen Bestimmungen des Bundesgesetz über die genetischen Untersuchungen beim Menschen (GUMG), ZVW 2005, sh. 32 – 44.
- BÜYÜKAY, Yusuf.**, Gen analizleri ve mukayeseli hukuktaki düzenlemeler, AÜEHFD, C. IX, S. 3 – 4 (2005), sh. 355 – 382.
- ÇAKMUT, Özlem Yenerer.**, Soybağının Belirlenmesi ve Ceza Hukukunda Çocuğun Soybağını Değiştirme Suçu, İstanbul 2008.
- ÇİLİNGİROĞLU, Cüneyt.**, Tıbbi Müdahaleye Rıza, İstanbul 1993.
- DURAL, Mustafa / ÖĞÜZ, Tufan / GÜMÜŞ, Alper.**, Türk Özel Hukuku, C. III, Aile Hukuku, İstanbul 2013.

- DURAL, Mustafa / ÖĞÜZ, Tufan.**, Türk Özel Hukuku, C. II, Kişiler Hukuku, İstanbul 2002.
- AKSOY DURSUN, Sanem.**, Soybağının belirlenmesi Bakımından MK m. 284 ve HMK m. 292'nin Değerlendirilmesi, Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi 2012, C. 8, S. 95 – 96, sh. 109 – 124.
- EREN, Fikret.**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. B., Ankara 2012.
- GEISER, Thomas.**, Private Vaterschaftsabklärungen Zustimmung des Kindes, ZVW 2002, sh. 242 – 248.
- GUILLOD, Oliver.**, Le consentement éclairé du patient, Neuchâtel 1986.
- GUILLOD, Oliver.**, Tests génétiques et protection de la personnalité: quelques réflexions, Mélanges en l'honneur de Jacques-Michel Grossen, Bale / Francfort-sur-le-Main 1992, sh. 55 – 66. (Kıs. Personnalité)
- GUILLOD, Oliver.**, Analyse génétique humaine et protection de la personnalité, Zürich 1994, sh. 167 – 185. (Kıs. Analyse)
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper.**, Türk Medeni Hukukunda Kayımlık, İstanbul 2006.
- GÜRZUMAR, Osman Berat.**, Özel hukukumuzda organ nakli ve 2238 sayılı yasa üzerine düşünceler, ABD 1991/3, sh. 364 – 389.
- HAKERİ, Hakan.**, Tıp Hukuku, Ankara 2007.
- HAUSHEER, Heinz.**, DNS-Analyse und Recht: Eine Auslegeordnung, ZBJV 1992, H. 10, sh. 493 – 529.
- HEGNAUER, Cyril.**, Voraussetzungen der aussergerichtlichen Abstammungsuntersuchung beim urteilsunfähigen Kind, ZVW 1994, sh. 16 – 20.
- HEGNAUER, Cyril.**, Voraussetzungen der aussergerichtlichen Abstammungsuntersuchung, ZVW 1994, sh. 144 – 148 (Kıs. ZVW 1994).
- HEGNAUER, Cyril.**, Die Aussergerichtliche Abstammungsuntersuchung und das Persönlichkeitsrecht, ZVW 1997/3, sh. 92 – 93 (Kıs. Persönlichkeitsrecht).
- HELVACI, Serap.**, Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar, İstanbul 2001.
- KILIÇOĞLU, Ahmet.**, Organ Nakli ve Doku Alınmasının Hukuki Yönleri, TBBD 1991/2, sh. 246 – 265.
- KNOPPERS, Bartha Maria.**, Les tests génétiques à des fins d'identification, Analyse génétique humaine et protection de la personnalité, Zürich 1994, sh. 57 – 105.

KOCAYUSUFPAŞAOĞ-

LU, Necip., KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARP ACI, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukukuna Giriş-Hukuki İşlem-Sözleşme, 4. B., İstanbul 2008.

MEIER, Philippe / STETTLER, Martin., Droit de la filiation, 4. éd., Zürich 2009.

MEMİŞ, Tekin / YILDIRIM, Mustafa Fadıl., Soybağının Belirlenmesinde Gen Analizlerinin Kullanılması Ve Yarattığı Sorunlar, AÜHFD, C. VIII, S. 1-2 (2004), sh. 283 – 306.

MÜLLER, Hans Jacob., Genetische Tests: praktische Aspekte, Analyse génétique humaine et protection de la personnalité, Zürich 1994, sh. 9 – 28.

ÖZBİLEN, Arif Barış., İnsan Kökenli Biyolojik Maddelere İlişkin Hukuki İşlemler, İstanbul 2011.

ÖZTAN, Bilge., Aile Hukuku, 5. B., Ankara 2004.

SCHWENZER, Ingeborg., Basler Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Schweizerischen Zivilgesetzbuch I, (Art. 217-456 ZGB), 3. Aufl., Basel/Genf/München 2006. (Kıs. Basl.K.)

SEROZAN, Rona., Çocuk Hukuku, İstanbul 2005. (Kıs. Çocuk)

SEROZAN, Rona., Medeni Hukuk, Genel Bölüm / Kişiler Hukuku, İstanbul 2011.

ŞENOCAK, Zarife., Küçüğün Tıbbi Müdahalaya Rızası, AÜHFD 2001, C. 50, S. 2, sh. 65 – 80.

REILINGH, Jeanine de Vries., Le droit fondamental de l'enfant à connaître son ascendance, PJA 2003, sh. 363 – 372.

YILDIRIM, Mustafa Fadıl., Gen analizleri ve kişilik haklarının korunması, AEÜHFD, C. XI, S. 3 – 4 (2007), sh. 383 – 402.

ZENGİN, Mehmet Ali., Biyoloji Uygulamaları ve Tıbbi Müdahaleler Karşısında İnsan Haklarının Korunması, Ankara 2012.