

# DNA İNCELENMESİNİN

## HUKUK ALANINDAKİ İŞLEVİ

### GERİ

#### Mustafa SALDIRIM

#### Samsat Cumhuriyet Savcısı

#### Giriş

Mendel ile başladığı genellikle kabul edilen genetik bilimi çağımızda çok mesafe almıştır. Mendel biyolojik ve matematiksel prensiplerin birlikte uygulanabileceğini saptamak suretiyle canlıların genetik yapısının temellerini bulmuştur.(1) Mendel'in bezelyelerdeki bitki boyu, tohum şekli, çiçek rengi konularında yapmış olduğu çalışmalar bugün insan kopyalanması aşamasına ulaşmış bulunmaktadır.

Adli tıp alanında DNA analizi ile kimlik tespiti son yıllarda tüm dünyada ve buna paralel olarak ülkemizde gündeme gelmiştir. Bu gelişmeye moleküler genetik veya bir başka deyişle rekombinant DNA teknolojisinde kaydedilen ilerlemeler neden olmuştur.(2) Tıbbî genetik alanında yaşanmakta olan bu devrimin gerçekleşmesini sağlayan en önemli gelişmelerden biri DNA molekülü üzerinde bulunan nükleotid dizisi değişimlerinin direkt olarak görünebilir hale getirilmesi olmuştur.(3)

Gen teknolojisindeki bu gelişmelerin hukuku iki şekilde etkilediği söylenebilir.

Birincisi, uyuşmazlık konusu bazı maddî vakıaların gelişmiş bu teknoloji sayesinde güvenilir bir şekilde aydınlatılmasının olanaklı hale gelmiş olmasıdır.

İkincisi ise gen teknolojisinin uygulanmasından doğan uyuşmazlıkların çözümü için hukuksal çözüm yollarının araştırılması ve bu konuyla ilgili hukukî alt yapının oluşturulmasının bir zorunluluk haline gelmiş bulunmasıdır.

Biz çalışmamızda sadece gen teknolojisinden yararlanılarak uyuşmazlık konusu maddî vakıaların nasıl aydınlatılabileceği ve özellikle bu konudaki delillerin hukukî değeri ile ilgili açıklamalarda bulunacağız.

#### A. DNA testi nedir?

Rekombinant DNA teknolojisinin gelişimi tek yumurta ikizleri hariç her bir kişi için özgün olan DNA moleküllerinin tanımlanmasına yol açmıştır.(4)

DNA parmak izi uygulamalarının ilk ve en önemli basamağı incelenen biyolojik örnekteki DNA molekülünün sağlam bir şekilde izolasyonudur. İzole edilen yüksek molekül ağırlıklı DNA'nın daha ileriki aşamalarda gerçekleştirilecek restriksiyon ve blot transferine yetecek miktarda ve uygun saflıkta elde edilmesi başlıca hedefdir.(5)

DNA parmak izi veya DNA profili tayini testleri tıbbî genetikte sıklıkla kullanılan DNA polimorfizmini esas alırlar. Polimorfizm terimi, DNA molekülü üzerinde bulunan, herhangi

bir hastalıkla ilişkili olmayan ve kişiler arasında farklılık gösteren nükleik asit değişimlerini ifade eder. Bu değişimi göstermek için kullanılan rekombinant DNA teknikleri ile restriksiyon fragman boy polimorfizmleri (restriction fragment length poly-morphism: RFLP) incelenir.(6) Böylece DNA molekülleri arasındaki farklılıklar doğrudan ve güvenli bir şekilde tespit edilebilir. Bu testlerde en sık olarak insan DNA'sında bulunan değişken sayıda rastgele tekrarlar (variable number of tandem repeats:VNTR) hedef olarak seçilmişlerdir. Söz konusu VNTR'ler yaklaşık 20 ile 40 nükleotitten oluşan tekrarlar içerirler.(7)

## B. DNA testinin hukuk alanındaki rolü

Çeşitli ülkelerde DNA profilleri adli makamlar ve bilim adamlarının işbirliği ile ceza ve hukuk davalarının çözümünde güvenilir delil sağlamak için kullanılmaktadır. Bu davaların kapsamına çeşitli cinayet ve tecavüz olayları, nesep tayininden kaynaklanan uyuşmazlıklar girmektedir. Hindistan'da DNA parmak izi yönteminin adli uygulamalara ışık tutmak üzere kullanılması amacıyla başlatılan çabalar 1986 yılına dayanır. Çalışmaların ilki tartışmalı bazı babalık tespitlerinde, insan kan örneklerinden yüksek molekül ağırlıklı DNA'nın izolasyonu olmuştur. Bulguları açıklanan bu çalışmada kan örneklerinden izole edilen DNA molekülünün elde edilme verimi ortalama 27 mg/ml olup, saflığı 1.8 (OD 260 /OD 280) bulunmuş, molekülün sağlamlığı agaroz jel elektroforezi ile araştırılmış ve bulguların literatürdeki verilere uyduğu saptanmıştır.(8)

İleride kimlik tespiti amacı ile kullanılacak DNA profili bilgi bankalarının oluşturulmasının yararlı olacağı çeşitli çevrelerce ciddi olarak düşünülmektedir. Amerika Birleşik Devletlerinin bazı eyaletlerinde tecavüz suçundan mahkûm olanların DNA profillerine ait bilgi bankalarının oluşturulması için kanun hazırlanmakta veya hazırlanması düşünülmektedir. Yine bu DNA profili bilgi bankaları kapsamına uçak kazalarında kimlik tespiti için hava yollarında çalışanların, savaşta ölenlerin belirlenmesi için silâhlı kuvvetler mensuplarının ve yeni doğan bebeklerin dahil edilmesini savunanlar bulunmaktadır.(9)

Amerika Birleşik Devletlerinin bazı eyaletlerinde DNA testi mahkûmiyet kararlarına karşı yargılamanın yenilenmesi aşamasında da önemli bir işleve sahip olmuştur. Mahkûm olan sanıkların daha sonra yargılamanın yenilenmesi aşamasında yapılan DNA testi sonucuna göre suçsuz olduklarının tespit edildiği vakıalara rastlanmıştır.(10) Bu haliyle DNA testi adalet için ikinci bir şans olarak görülmektedir.(11) Amerika Birleşik Devletleri Adalet Bakanlığı tarafından yargılama sonrasında DNA analizi yapılmak suretiyle jürinin verdiği mahkûmiyet kararlarının bilim sayesinde ortadan kaldırılmasına ilişkin 1996 yılında yayınlanan rapordan sonra DNA incelemesine olan ilgi çok artmıştır. Bu raporun sonuç bölümünde mahkûm edilen bazı kişilerin daha sonra yapılan DNA testleri sonucunda suçsuz olduklarının kanıtlanması nedeniyle eyaletlerin bu konuyu daha fazla dikkate alma gereği duydukları belirtilmiştir.(12)

Gen teknolojisinin hukukî uyuşmazlıkların çözümüne getireceği kolaylıklar salt bunlarla sınırlı değildir. İleride gen teknolojisi kullanılarak işlenen suçları düzenleyen ceza yasalarının çıkması hiç de uzak bir ihtimal gibi görünmemektedir. Çok değerli bir hayvanın zilyedinden izin alınmadan ve hayvana da zarar verilmeden kopyalanması belki de ileride cezaî bir müeyyideye bağlanacaktır. Günümüzde böyle bir olayın sebepsiz zenginleşme ya da vekaletsiz iş görme hükümlerine göre bir hukuk davasına konu olma ihtimali vardır. Bu hallerde de maddî vakıanın güvenilir bir şekilde tespit edilmesinde DNA testi kuşkusuz büyük bir öneme sahip olacaktır.

## C. DNA testinin hukuk ve ceza yargılamasındaki işlevi

## 1. Genel olarak

DNA testi hem hukuk yargılamasında hem de ceza yargılamasında kullanılması gereken bir yöntemdir. Ceza yargılama sistemimizde delil serbestliği ve hâkimin delilleri serbestçe takdir etme yetkisi mevcut bulunduğundan akla, mantığa ve bilime aykırı olmayan her türlü delilden yararlanılması mümkündür. DNA testi de bu açıdan değerlendirildiğinde ceza davalarında vazgeçilmez bir ispat aracı olarak kabul edilmelidir.

Hukuk yargılama sistemi için de durum ceza yargılama sisteminden pek farklı değildir. Çünkü HUMK'un 293/2'nci maddesi uyarınca "Cürümden mütevellit olsun veya olmasın tazminatı müstelzim fiillerin" ispatı yazılı delille ispat zorunluluğuna tâbi değildir. Her ne kadar maddede hukukî fiillerin ispatı için şahit dinlenebileceği belirtilmişse de bu Kanun hükmünün anlamını sadece şahit dinlenilmesi ile sınırlamak doğru olmaz. Bu hükümde hukukî fiillerin kanunda yazılı deliller dışındaki delillerle de ispatının mümkün olduğu bir başka anlatımla bu fiillerin ceza yargılamasında olduğu gibi her türlü delille ispat edilebileceği belirtilmek istenmiştir. HUMK'un 367'nci maddesi de vardığımız bu sonucu doğrulamaktadır. Bu maddeye göre hâkim "... senetsiz ispatı caiz olan davalarda resen veya talep üzerine bu Kanunda gösterilmemiş olan diğer hüküm sebeplerinin istima ve tetkikatına" karar verebilecektir. HUMK'un 293/2 maddesine göre hukukî fiillerin ispatı senetsiz ispatı caiz olan davalardan sayıldığına göre hukukî fiiller, HUMK'un 367'nci maddesine göre de kanunda sayılmayan her türlü delille de ispat edilebilir. Bu nedenle özel hüküm sebeplerini sadece gayrimenkul dışındaki şeyler üzerindeki keşif halleri(13) olarak düşünmek isabetli olmaz.

DNA testleri hukukî fiillere ilişkin olarak kullanıldıkları için ceza davalarında olduğu gibi hukuk davalarında da çok önemli bir yere sahip olacaklardır. Buna rağmen ceza yargılama hukuku ile medenî yargılama hukukuna hâkim olan ilkelerin farklı olması nedeniyle DNA testinin sonuçlarının değerlendirilmesi veya bu incelemeye başvurulup başvurulmaması konusunda ceza davası ile hukuk davası arasında az da olsa farklılıkların bulunması mümkün olabilir.(14)

Yargı uygulamasında yeni kullanılmaya başlanan bir yöntemin güvenilirliği ve değerlendirilmesi konusunda bir anda yeknesak bir uygulamanın başlaması düşünülemez. Nitekim Amerika Birleşik Devletlerindeki eyaletlerde DNA testi ile ilgili uygulama birliğinin olmadığı belirtilmiştir.(15)

## 2. Usul ekonomisi açısından DNA testi

HUMK'un 77'nci maddesine göre yargıç, yargılamanın mümkün olduğu derecede hızlı ve düzenli bir şekilde işlemesine ve gereksiz masraf yapılmamasına dikkat etmek zorundadır. DNA testi için gerekli olan malzemeler yurt dışından ithal edildiği için bu inceleme yargılama giderlerini önemli ölçüde arttırmaktadır. Bu nedenle de babalık davalarında öncelikle kan muayenesi(16) yaptırılmakta baba olduğu iddia edilen şahsın % 99,73'ten daha az ihtimalle baba olabileceği belirlenmiş ise DNA tiplemesi yapılması yoluna gidilmektedir.(17) Bu nedenle Yargıtay İkinci Hukuk Dairesinin "B-3" formül bozma kararında önce basit ve ekonomik yöntemlerle maddî vakıanın tespit edilmesine çalışılması, bu şekilde güvenilir sonuç elde edilemediği takdirde DNA testi yapılması öngörülmüştür. Yargılamanın hızlı bir şekilde yürütülmesi de bir usul hukuku ilkesi olarak kabul edildiğine göre (HUMK, m.77) aslında kan muayenesi yapılmadan doğrudan DNA incelemesi yapılması yoluna gidilebilmelidir. Bu şekilde yargılamanın daha hızlı bir şekilde yapılması ve kan muayenesi

sonucunun maddî vakıayı aydınlatmaya yetmemesi sebebiyle DNA testi uygulanmasından dolayı meydana gelecek gecikmeler önlenemez. Ancak bu durumda yargılama giderlerinin ağırlaştırılması söz konusu olmakta ve usul ekonomisi ilkesi ile yargılamanın çabukluğu ilkesi birbiriyle çelişmektedir.

Kanımızca çelişen bu iki ilkenin şu şekilde bağdaştırılması mümkündür. Hukuk davalarında ve özellikle babalık davalarında DNA testinin öncelikle uygulanıp uygulanmaması konusunda davacının görüşü alınmalı, davacının gerekli giderleri ödemeyi kabul etmesi halinde kan muayenesine gidilmeden doğrudan DNA incelemesi yaptırılmalıdır. Bu tercihte davalının korunmaya değer bir yararı olmadığı için davacının iradesi esas alınmalıdır. Davayı inkar eden davalının daha sonra yargılama masraflarına mahkûm edileceği düşüncesiyle usul ekonomisi ilkesine öncelik verilmesinin bir gereği yoktur. Kaldı ki kan muayenesi sonucunun hüküm kurmaya yeterli olmaması halinde davalı zaten DNA testine katlanmak zorunda kalacaktır.

Davacının ilk önce kan muayenesi yapılmasını istemesi halinde ise davacıyı masraflı olan DNA incelemesine zorlamak doğru olmaz. Bu durumda önce kan muayenesi, bunun sonucunun hüküm kurmaya elverişli olmaması halinde ise DNA incelemesi yaptırılmalıdır.

Ceza yargılaması açısından DNA testinin uygulanmasının hukuk yargılamasına göre pek farklı bir özellik göstermediğini daha önce belirtmiştik. Ama ceza yargılamasında usul ekonomisi ilkesinin önemi hukuk yargılamasına göre daha az olduğu için özellikle tutuklu işlerde Cumhuriyet savcısının ya da yargılama makamının tercihi kan muayenesine başvurmadan doğrudan DNA testi yapılması olmalıdır. Özellikle CMUK'un 3842 sayılı Yasa ile değişik 110/2 hükmüne göre hazırlık soruşturması ve yargılama aşamasında tutukluluk süreleri sınırlanmış olduğundan tutuklu işlerde doğrudan DNA testine başvurulmasında yasal bir zorunluluk bulunduğu da söylenebilir.

### 3. Yargılama makamının DNA testi sonucunu değerlendirmesi

DNA incelemesi sonucunda verilen bilirkişi raporu bilimsel bir mütalâadır. Ancak bilimsel bir mütalâa olması yargılama makamını mutlak olarak bağladığı anlamına gelmez. Yargıç bu delili de takdir edecektir.(18) Çünkü yanılmalar daima mümkündür ve bu nedenle yargıcın bu raporla bağlı olmaması gereken durumlar olabilir. Tamamen objektif ve doğru olan bilimsel delil mevcut olduğu takdirde ise hâkimin bu delille bağlı olmasında zorunluluk vardır. Bütün sorun her türlü sübjektif etkilerden uzak,(19) objektif ve bilimsel kurallara uygun doğru delil elde edilmesidir.(20) Başka bir anlatımla yüksek düzeyli bilimsel incelemeler sonucunda ortaya konulan bilirkişi görüşleri, hukukî anlamda olmasa da bilimsel açıdan mahkemeyi bağlayacaktır.(21) Bu nedenle yargılama makamının DNA incelemesi sonucunda düzenlenen bilirkişi raporunu bilirkişi raporlarına ilişkin genel esasların yanı sıra aşağıda belirteceğimiz yönlerden de değerlendirmesi gerektiği kanısındayız.

#### a. DNA analizinin uzman kişiler tarafından yapılması

DNA incelemesi sonucunda düzenlenen rapor her şeyden önce bir bilirkişi raporudur. Bu nedenle bilirkişi incelemesi sırasında uygulanan kurallar ve esaslar DNA incelemesi için de kural olarak geçerlidir. Bu nedenle biz bu başlık altında bilirkişilere ilişkin genel açıklamalarda bulunmayıp sadece bilirkişiliğin DNA incelemesinde arz ettiği özellikler üzerinde duracağız.

Bir davada hâkim tarafından bilinmeyen özel veya teknik bilgiyi gerektiren hallerde oy ve görüşüne başvurulmuş kişiye (veya kişilere) bilirkişi denir (HUMK, m. 275). Hâkimin DNA incelemesini bir uzmana yaptırması gerekir. Bu uzman Adli Tıp Kurumu, Polis Kriminal Laboratuvarı gibi kurumlarda çalışan kişilerden seçilebileceği gibi adli tıp ile ilgili özel laboratuvarlarda ya da üniversitelerin bu konuyla ilgili ana bilim dallarında çalışan kişilerden de seçilebilir. Burada önemli olan davanın sonucunu belirleyecek kadar önemli bir konuda verilen raporun uzman bir kişi tarafından hazırlanmış olmasıdır. İyi yapılan bir bilirkişi seçimi daha sonra davanın taraflarının bilirkişi raporuna karşı bilirkişinin uzman olmadığı yönündeki itirazlarını önceden önleyeceği için yargılamanın çabuk bir şekilde yürütülmesi açısından önem taşımaktadır. Mümkün olduğu ölçüde bilirkişinin bu uzmanlığını kanıtlayan belgeler dosyaya konulmalı ya da konuyla ilgili unvanı olan kişiler bilirkişi olarak seçilmelidir.

Nitekim DNA analizi metodlarının arasında genelde az bilinen “bağlantı analizi” metodunun uygulanması sırasında incelemeyi yapan kişinin bazı durumlarda sonuçları hatalı yorumlayabileceği belirtilmiştir.(22)

#### b. Teknik olanakların elverişli olması

Bilirkişi raporunun uzman bir kişi tarafından hazırlanması tek başına yeterli değildir. Aynı zamanda bilirkişinin sahip olduğu teknik olanakların da bu şekilde bir rapor hazırlanmasına elverişli bir standartta bulunması gerekir. Bu nedenle DNA testi konusunda bilirkişilik yapacak özel veya resmî merkezler için teknik olanaklar açısından bir standart getirilmelidir. Bu incelemelerin yapılmasında yararlanılan cihazların çok pahalı olması nedeniyle kalitesiz cihazlar kullanılarak verilecek raporlar adli hatalara neden olabilir.

Amerika Birleşik Devletlerinde DNA analizinin bir delil olarak mahkemelere sunulmasında “Fry kriterleri” olarak adlandırılan bir kural uygulanmaktadır. Buna göre yeni bir bilimsel tekniğin uygulanması ile elde edilen sonuçlar mahkemelere delil olarak sunulmadan önce o teknik, ait olduğu bilim dalında yeterli derecede yerleşmiş olmalı ve genel kabul görmelidir. “Fry kriterleri” Amerika Birleşik Devletlerinde yerine gelmiş ve pek çok eyalet yüksek mahkemesi DNA analizini bir delil olarak kabul etmiştir. DNA analizinin bir delil olarak kabul edilmediği davalar da olmuştur. Kabul edilmemesinin gerekçesini ise DNA testini uygulayan laboratuvarların teknik yeterliliği ile ilgili şüpheler oluşturmuştur.(23)

#### c. Bilirkişi raporu mantığa uygun olmalıdır

Bilirkişi raporu tecrübe kurallarına aykırı olabilirse de mantık kurallarına aykırı olamaz. Tecrübe kuralları hayat deneyimlerine ve büyük sayılar kanununa dayandığı için bazı istisnaî durumların doğması mümkün olabilir. Örneğin, evli bir kadının doğurduğu bebeğin babası, hamile kaldığı sırada evli olduğu şahıstır. Bu tecrübe kuralının da etkisi ile MK'nın 300 ve 303'üncü maddeleri düzenlenmiştir. Ancak bu tecrübe kuralının aksi de olabilir. Kadın evli olduğu sırada kocası dışında bir kişi ile cinsel ilişkiye girerek çocuk sahibi olabilir.

Mantık kuralları açısından ise durum farklıdır. Örneğin cinayet veya ırza geçme suçu ile suçlanan sanığın olay anında başka bir şehirdeki kapalı cezaevinde olduğunu resmî kayıtlarla (cezaevi kayıtlarıyla) ispatlaması halinde olay yerinde bulunan doku örneklerinin olay anında kapalı cezaevinde olan sanığa ait bulunduğuna ilişkin DNA testi sonucunu şüpheyle karşılamak gerekir. Klâsik mantığın üçüncü temel kuralına göre üçüncü durumun imkânsızlığı söz konusudur.(24) Bir kimse aynı anda iki ayrı yerde birden olamaz. Bir kimse kapalı

cezaevinde iken kapalı cezaevi dışında bir suç işleyemez. Bilirkişi raporunun mantığa aykırı olması her zaman bu kadar net bir şekilde ortaya çıkmayabilir. Aynı sanık olay anında açık cezaevinde ya da organ nakli nedeniyle hastanede bulunduğunu yine resmî belgelerle ispatlayabilir. Bütün bu örnekler DNA testinin kesin delil(25) olarak kabul edilmesi fikrini şüpheyle karşılamayı gerektirmektedir. Kanımızca gerek hukuk davalarında gerekse de ceza davalarında DNA testine rağmen yapılan adli soruşturmanın da önemli olduğunu unutmamak gerekir. Soruşturma sırasında toplanması mümkün olan tanık anlatımı dahil her türlü delili toplamak isabetli karar verilmesi açısından bir zorunluluktur. En azından bu şekilde DNA incelemesi sonucu verilen bilirkişi raporlarının güvenilirliğini, test sırasında bir hata yapıp yapılmadığını değerlendirmek ve rapora yapılan itirazlar hakkında daha sağlıklı bir karar vermek mümkün olabilir.

Yapılan adli soruşturmanın DNA incelemesi sonucu verilen bilirkişi raporunu doğrulaması DNA testi sonucuna göre bir karar verilmesi için bir zorunluluk olarak kabul edilemez ise de yapılan adli soruşturmanın sonucu ile DNA incelemesi sonucu arasında yukarıdaki örneklerde olduğu gibi bir mantıksızlık varsa bu çelişkinin nedeni araştırılarak bulunmalıdır. Çelişki giderilmeden veya hangi sonucun neden üstün tutulduğu yeterli gerekçelerle açıklanıp tartışılmadan sadece DNA testine göre karar verilmemelidir. En azından günümüzün olanakları ile DNA incelemesinin %100 doğru sonuç vermediği(26) unutulmamalıdır. Ayrıca aynı aileye mensup bireylerin ve özellikle tek yumurta ikizlerinin DNA yapılarının benzerliği de dikkate alınmalıdır.

D. DNA incelemesinde kullanılan biyolojik bulgular doğru olmalıdır

DNA testine esas alınacak biyolojik bulguların dava konusu olayla ilgili şahıslara ait olması sonucun doğruluğu açısından çok önemlidir. Yapılması muhtemel hilelerin önlenmesi için Yargıtay İkinci Hukuk Dairesinin daha önce sözünü ettiğimiz “B-3” formül kararında davacı, çocuk ve davalının birlikte DNA testi yapılacak kuruma gönderilmesi öngörülmüştür. Bu yapılırken gönderilen şahısların sol kollarının mühürlenmesi ve ayrıca mühürlü fotoğraflarının da birlikte gönderilmesi yapılması olası hileleri önleyecektir.

Davalı ya da sanığın DNA testi için gerekli doku örneklerini vermektan kaçınması durumunda ne HUMK’ta ne de CMUK’ta özel bir düzenleme vardır. Alman Usul Kanununa eklenen bir hükme göre herkes sağlığı için bir sakınca olmadıkça nesebin tespiti için gerekli vücut muayenesine ve özellikle kan muayenesi için kendisinden kan alınmasına katlanmak ile yükümlüdür; kaçınma halinde kendisine karşı zor kullanılabilir (Alman ZPO §372 a). Benzer bir hüküm Bern Kantonu Usul Kanununa da eklenmiştir (Bern ZPO §264 bis). Nöşatel Usul Kanununa da vücut muayenesine ve özellikle kan muayenesi için kan alınmasına katlanmak yükümlülüğüne ilişkin yeni bir hüküm eklenmiştir (bkz. Nöşatel Usul Kanunu m. 251 bis).(27)

Yargılama makamı gerek davanın taraflarının gerekse de üçüncü kişilerin DNA incelemesine esas olmak üzere kan, kıl gibi doku örneklerinin alınmasına karar verip de bu kişiler kararın gereğini yerine getirirse herhangi bir sorun ortaya çıkmaz. Ancak kan örneklerinin alınmasına izin vermezlerse, bu kişilerden DNA analizine elverişli doku örneklerinin zorla alınmasının mümkün olup olmadığı sorunu ortaya çıkar.

Hukukumuz açısından ise bu sorunu medenî yargılama hukuku ve ceza yargılama hukuku açısından ayrı ayrı değerlendirmek faydalı olacaktır.

Yukarıda da belirttiğimiz gibi Türk hukukunda bu konuyla ilgili açık bir kanun hükmü yoktur. Ancak 2659 sayılı Adli Tıp Kurumu Kanununun 23'üncü maddesinin (C) bendinin 2'nci fıkrasına göre "Adli Tıp Kurumu Genel Kurulu ve İhtisas Kurulları ilgili kişileri gerektiğinde muayene ve bunları usulüne göre dinleyebilir. Her türlü tetkikatı yapar ve yaptırabilir." Adli Tıp Kurumu Kanununun 20'nci maddesinde açıkça sayılmış olan kan muayenesinin de bu hüküm kapsamına girdiği ve dolayısıyla hâkimin tarafları dinledikten sonra gerekli tedbirleri alarak (HUMK m. 367, 2. yarım cümle) o kişinin muayene edilmek ve kanı alınmak üzere zorla Adli Tıp Kurumuna gönderilmesinin mümkün olduğu ileri sürülmüştür.(28) Bir kişinin vücudunun zorla muayene edilmesinin ve kendisinden zorla kan alınmasının mümkün olmadığı kabulü halinde kan vermektan kaçınan kişinin durumunun hâkim tarafından o kişi aleyhine değerlendirilmesi gerektiği de belirtilmiştir.(29)

Bu görüş çeşitli açılardan eleştirilebilir. Öncelikle daha önce değindiğimiz gibi DNA analizleri Adli Tıp Kurumunda yapılmamakta Adli Tıp Kurumu, üniversitelerin ilgili ana bilim dallarındaki uzmanlara bu incelemeyi yaptırmaktadır. Yargıtay İkinci Hukuk Dairesinin "B-3" bozma kararında belirtildiği gibi DNA analizleri gerektiğinde üniversitelerde de yaptırılabilir. Bu nedenle Adli Tıp Kurumu Kanununun her zaman uygulanmasının mümkün olduğu söylenemez. İkinci olarak en kolay DNA analizi kan ile yapılmakla birlikte ölmüş bir insanın sadece iskeletten ibaret cesedi üzerinde yapılacak DNA incelemesi için kemik dokusunun elde edilmesi gerekebilir. Bu ise 20'nci maddede açıkça sayılmamıştır. Üçüncü olarak Anayasa ile güvence altına alınan vücut bütünlüğüne karşı yapılacak bir müdahale için HUMK'un 367'nci maddesi yeterli bir açıklığa sahip değildir. Çünkü Anayasa'nın 17'nci maddesine göre "herkes yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir." Bu ilkenin istisnaları ise sonraki fıkralarda gösterilmiştir. Konumuzla ilgili olan Anayasa'nın 17'nci maddesinin 2'nci fıkrasında "tıbbî zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbî deneylere tâbi tutulamaz" hükmü yer almıştır. Bu fıkrada geçen kanunda yazılı hallerin ise Anayasa ilkesine istisna getirmeleri nedeniyle vücut bütünlüğüne yönelik müdahaleye açıkça izin vermeleri gerekir. Anayasa hukuku açısından soruna yaklaşıldığında HUMK'un 367'nci maddesinin vücut bütünlüğüne müdahaleye açıkça izin verdiğini söylemek zorlama bir yorum olur.

Bir kişinin zorla vücudunun muayene edilmesinin ve kan örneği alınmasının Anayasa'ya aykırı olduğu kabul edildiği takdirde hâkim kararına rağmen muayeneden ve kan vermektan kaçınan kişinin hukukî durumunun o kişinin aleyhine değerlendirilmesinin mümkün olmadığı haller de olabilir. Örneğin, Medenî Kanunun 245'inci maddesinin 2'nci fıkrasına göre evlenmeden önce gebe kalan kadının doğurduğu çocuğu koca tanımış olsa bile Cumhuriyet savcısı çocuğun kocadan olmadığı tespitini ve bu şekilde yanlışlığın giderilmesi için dava açabilir. Bu durumda davanın taraflarının kan muayenesine karşı çıkması halinde o çocuğun kocadan olmadığına hükmetmek kanımızca isabetli değildir. Çünkü kanun koyucu Cumhuriyet savcısının doğrudan dava açmasına olanak tanıyarak nesebin tespitinde kamu yararı görmüştür. Bu davalarda resen araştırma ilkesi uygulandığından maddî vakıa her türlü şüpheden uzak ve inandırıcı delillerle ispatlanmadıkça hüküm kurulamaz.

Bazı davalarda davanın tarafı olmayan üçüncü kişinin DNA testinin yapılması gerekebilir. Bu durumda üçüncü kişinin vücuduna müdahalede bulunulmasına muvafakat etmemesi halinde de problemler ortaya çıkabilir. Özellikle resen araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda tanıklığa ilişkin hükümlere göre uygulanan yaptırımlara (HUMK, m. 271) rağmen kişinin kan muayenesi yapılmasına izin vermemesi ihtimali vardır. Acaba bu durumda o kişiye karşı zor kullanmak mümkün olacak mıdır?

Hâkim kararına uymayan gerek tarafların ve gerekse de tarafların dışındaki üçüncü kişilerin DNA testi için gerekli dokunun alınmasına izin vermemeleri halinde sorunun nasıl çözülmesi gerektiği konusunda bir yasal düzenleme boşluğu bulunduğunu söyleyebiliriz. Bu nedenle yukarıda belirttiğimiz yabancı hukuklardaki düzenlemelere benzer bir düzenlemenin HUMK'ta yer almasında bir zorunluluk vardır. HUMK'un 367'nci maddesinin uygulanması suretiyle zorla kan örneği alınması Anayasa'nın 17'nci maddesi de dikkate alındığında zorlama bir yorum olarak görünmektedir. Diğer taraftan kan muayenesine izin vermeyen tarafın hukukî durumunun hâkim tarafından o tarafın aleyhine değerlendirilmesi resen araştırma ilkesine tâbi davalarda tercih edilmesi mümkün olmayan bir öneridir. Kaldı ki kan örneğinin alınmasına izin vermeyen kişinin üçüncü bir şahıs olması halinde durumunun hâkim tarafından aleyhe değerlendirilmesi söz konusu olamayacaktır.(30) Diğer taraftan yasaların günün ihtiyaçlarını karşılamaya yeterli olmaması nedeniyle daha doğru karar verilmesi amacıyla bilimsel gelişmelerin getirdiği kolaylıklardan mahkemelerin yararlanmaması düşünülemez. Bu nedenle zorlama yorumlarla da olsa zorla kan örneği alınmasının mümkün olduğu görüşü daha isabetli görünmektedir. Kaldı ki yapılan müdahale bir mahkeme kararına dayandığı için kişi dokunulmazlığını düzenleyen Anayasa'nın 17'nci maddesinin amacına aykırı bir yön bulunmadığı da söylenebilir.

Ceza yargılama hukuku açısından soruna bakıldığında HUMK'ta olduğu gibi CMUK'ta da konuyla ilgili açık bir düzenlemenin bulunmadığını görmekteyiz. Ancak CMUK'ta HUMK'a göre kan örnekleri alınmasını mümkün kılan hükümler bulunmaktadır. CMUK'un bilirkişi ve keşif faslı içinde yer alan 66'ncı maddesinin son fıkrasına göre "Hazırlık soruşturmasında muayeneleri icap eden kimselerin muayeneleri Cumhuriyet savcısının talebi ile yapılır." Açıkça anlaşıldığı üzere kanun, muayeneleri yapılacak kimseler için bir sınırlama getirmediği gibi muayenenin cinsi konusunda da bir sınırlama getirmemiştir. Dolayısıyla hazırlık soruşturması sırasında Cumhuriyet savcısının DNA testi yaptırmasına izin veren açık bir kanun hükmü bulunduğu söylenebilir. (31)

Kamu davası açılmasından sonra yargılama makamı tarafından ihtiyaç duyulması halinde tekrar muayene yapılabileceği de açıkça belirtilmiştir (CMUK, m. 218). Bu nedenle medenî yargılama hukuku açısından vardığımız sonuca ceza yargılaması açısından da katılmakta bir sakınca göremiyoruz.

e. Elde edilen biyolojik bulgular sağlıklı ortamlarda muhafaza edilmelidir

Uzun süre bir yerde kapalı kaldıktan sonra incelenen biyolojik delillerin üstünde ortamın nem derecesine bağlı olarak mikroorganizmaların üreyebileceği unutulmamalı ve sonuçlar yorumlanırken bu husus dikkate alınmalıdır.(32) Bu nedenle yargılama sırasında bilirkişi raporuna bu açıdan yapılan itirazlar titizlikle değerlendirilmeli, itirazda haklılık payı bulunduğu takdirde elde edilecek yeni biyolojik delillerle tekrar DNA testi yaptırılmalıdır.

f. İstatistikî hesaplamaları yapılacak VNTR işaretleyicisinin allel ve genotip frekansları ilgili toplumda daha önce belirlenmiş olmalıdır

Adlî bir olayın meydana geldiği yerden elde edilen ve delil niteliğinde olan bir biyolojik örnek ile şüpheli bir şahsın genotipleri VNTR işaretleyicileri itibarıyla karşılaştırıldığında sonuçlar farklı olduğunu gösterirse DNA parmakizi/profilinin adlî olarak geçerliliği hemen herkes tarafından kabul edilirken söz konusu genotiplerin aynı olması durumunda uygulanacak istatistikî hesapların doğruluğu ve geçerliliği Amerika Birleşik Devletlerindeki pek çok mahkemede tartışma konusu olmaktadır.(33)



Ülkemizde yapılan istatistiki çalışmaların yeterli olduğunu söylemek ise mümkün değildir.(34)

#### D. DNA incelemesinin yargılamanın yenilenmesi aşamasındaki işlevi

##### 1. Genel olarak

Maddî anlamda kesin hükmün amacı kişiler arasındaki uyuşmazlıkların kesin biçimde çözümlenmesidir. Bu amacın gerçekleşmesinde hem devletin hem de kişilerin yararı vardır. Maddî anlamda kesin hüküm kural olarak sona ermez. Ancak bazı ağır yargılama yanlışlıkları nedeniyle kesin hükmün yeniden gözden geçirilmesine ve aynı uyuşmazlık hakkında yeni bir hüküm verilmesine istisnâ olarak olanak tanınmaktadır ki bu da olağanüstü bir kanun yolu olan yargılamanın yenilenmesidir.

DNA incelemesinin sağladığı ispat olanağı, daha önce dava konusu yapılarak kesin hüküm halini alan uyuşmazlıkların yeniden gözden geçirilmesi ihtiyacını doğurmaktadır.(35) Bu ihtiyaç hem hukuk yargılamasında hem de ceza yargılamasında kendini hissettirmektedir. Biz bu nedenle konuyu hem hukuk hem de ceza yargılaması açısından ayrı ayrı incelemeyi yararlı görüyoruz.

##### 2. Hukuk Yargılamasında DNA testi nedeniyle yargılamanın yenilenmesi

Herhangi bir sebeple yapılan DNA testi sonucu daha önce kesinleşmiş bir mahkeme kararıyla varılan sonucun aksini gösterebilir. Örneğin, bir kişinin baba olduğuna dair daha önce verilen bir mahkeme kararına rağmen daha sonra herhangi bir sebeple yapılan DNA testine göre o kişinin aslında baba olmadığı anlaşılabilir. Bu durumda bir yandan hukukî istikrar ve kesinliği amaçlayan kesin hüküm müessesesi diğer yandan bilimsel olanakların ortaya koyduğu şüphe götürmez maddî gerçek birbiriyle çelişmektedir. DNA testi sonucuna göre bulunan maddî gerçeğe hukukî değer verilmesi halinde kesin hüküm müessesesine bir istisna tanımak gerekecektir.

Alman Usul Kanununun 641-i maddesine göre “Babalık hakkında kesin olarak karar verilmiş bir hükme karşı yargılamanın yenilenmesi davası, ZPO. § 580’inci maddede yer alan hallerin dışında, eğer bir taraf babalık hakkında başlı başına veya önceki muhakemede ileri sürülmüş olan delillerle birlikte olarak bir başka karar verilmesini mucip olacak yeni bir rapor ibraz ederse (yine) caizdir.”(36) Dava sırasında mevcut verilerin kararın kesinleşmesinden sonra gelişen teknikler yardımıyla daha güvenilir şekilde değerlendirilmesi sonucu ilk verilen karara aykırı sonuç çıkmasının yargılamanın iadesi sebebi teşkil edip etmeyeceği Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda açıkça düzenlenmemiştir.

Yargıtay İkinci Hukuk Dairesi eski tarihli bir kararında(37) “... Bu sebeplerin (yargılamanın yenilenmesi sebeplerinin) kıyas yolu ile genişletilmesi söz konusu olamaz. İlk davanın duruşması sırasında gerek hariç memleketlerde ve gerekse memleketimizde o tarihte bilinmediği öne sürülen yeni ilmî vakıaların sonradan keşfedilmiş olması eskiye nazaran fennin inkişaf etmiş bulunması hali hukuk sistemimize göre HUMK’un 445-1’inci madde ve fıkrasındaki manada bir mücbir sebep sayılamaz. ...” görüşünü benimsemiştir. Bu karara göre bilimsel metodların gelişmesi ile ortaya konan maddî gerçek kesin hükmü ortadan kaldırmayacaktır.

Bilimsel yöntemlerin gelişmesi ile ortaya çıkan her türlü şüpheden uzak maddî gerçeğe rağmen kesin hükmün kanunî hakikat vasfının korunmasının gerekli olduğuna karar veren bu yargısal anlayış öğretilerde eleştirilmiştir. İsbetli olarak belirtildiği gibi ilgilinin kesin hükümden sonra geliştirilen yöntemlere göre aldığı belgeyi hükümden önce alamamış olmasında kendisinin hiçbir kusuru yoktur. Bu nedenle ilgili için bir mücbir sebebin varlığı kabul edilmelidir. Yargıtayın mücbir sebebin olmadığına değil de yargılama sırasında böyle bir belgenin bulunmadığı gerekçesine dayanması da mümkündür. Ancak belgenin içeriğini oluşturan verilerin hükümden önce mevcut olduğu gerçeği karşısında yargılama sırasında belgenin var olmadığı itirazı da yersiz kalacaktır.(38) Tıbbî verilere göre baba sayılamayan bir kimseyi sırf kesin hükme sadakat prensibine aşırı bağlılık nedeni ile hukuken baba saymakta ısrar etmek adalet duygularını derinden yaralayan bir sonuç ortaya çıkaracaktır.(39) Ayrıca usulüne uygun olarak yapılan DNA incelemesinin yukarıda açıklandığı gibi kesinlik ortaya koyan bir teknik olduğu gerçeği de dikkate alınmalıdır.

Türk kanun koyucusu Alman kanun koyucusu gibi bu yönde yeni bir düzenleme getirinceye kadar Yargıtay'ın DNA incelemesi sonucunu gösteren belgeyi HUMK'un m. 445-1 de belirtilen belge gibi nitelendirerek yargılamanın yenilenmesine olanak tanınması gerektiği görüşüne(40) biz de katılıyoruz.

## 2. Ceza yargılamasında DNA testi nedeniyle yargılamanın yenilenmesi

CMUK'ta yargılamanın yenilenmesi sebepleri sanığın lehine ve aleyhine olmak üzere iki ayrı grupta düzenlenmiştir. Bu nedenle dava sırasında mevcut verilerin kararın kesinleşmesinden sonra gelişen teknikler nedeniyle daha güvenilir şekilde değerlendirilmesi sonucu ilk verilen karara aykırı sonuç çıkmasının yargılamanın yenilenmesi sebebi teşkil edip etmeyeceği sorununu bu ikili ayrımına göre incelemek gerekmektedir.

CMUK'un 327'nci maddesinin 5'inci bendine göre "Yeni vakıalar ve yeni deliller dermeyeran edilip de bunlar yalnız başına veya evvelce irat edilen delillerle birlikte nazara alındıkları takdirde sanığın beraatini veya daha az bir cezayı havi kanun hükmünün tatbiki ile mahkûm olmasını istilzam edecek mahiyette olursa ..." bu sanık lehine bir yargılamanın yenilenmesi sebebi teşkil edecektir. Görüldüğü üzere kanun hükmü sanık lehine yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak sanığın hukukî durumunu etkileyen yeni kanıt ve olayların ortaya çıkmasını yeterli görmüş, bu kanıt ve olayların muhakeme sırasında mevcut olmasını aramamıştır. Ayrıca yine HUMK'tan farklı olarak bu kanıt ve olayların mücbir sebep nedeniyle ilk yargılama sırasında ileri sürülemediği olmasına da gerek yoktur. Bu nedenle ceza yargılaması açısından DNA incelemesi sonucunu gösteren belgelerin sanık lehine bir yargılamanın yenilenmesi sebebi olacağından şüphe etmemek gerekir.

Sanık aleyhine yargılamanın yenilenmesi sebeplerini düzenleyen CMUK'un 330'uncu maddesinde yargılamanın yenilenmesi sebepleri daha dar tutulmuş olup bu sebepler arasında 327'nci maddenin 5'inci bendine benzer bir hükme yer verilmemiştir. Bu nedenle ilk yargılama kesin hükümle sonuçlandıktan sonra ortaya çıkan yeni delil ve olaylara dayanılarak sanık aleyhine yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilemez. Dolayısıyla beraat kararını içeren kesin hükümden sonra yapılan DNA incelemesi sanığın mahkûmiyetini gerektirecek içerikte olsa bile bu durum yargılamanın yenilenmesi sebebi oluşturmayacaktır.

Sonuç

DNA incelemesi ispat hukukunda yakın zamanlarda kullanılmaya başlanan bir ispat aracıdır. İsbet yüzdesi açısından klâsik tekniklere göre üstün olan bu metot pahalı oluşu ve Türkiye'nin her yerinde yapılamaması nedeniyle gerektiği ölçüde yaygın olarak kullanılamamaktadır. Ayrıca Türk popülasyonunun allel ve genotip frekanslarının tespiti için yapılması gereken istatistiklerin de yeterli olduğu söylenemez. Bu nedenle DNA incelemesi sonucunda verilen bilirkişi raporlarının doğruluğu ve güvenilirliği konusunda tereddüt bulunduğu takdirde yeni DNA analizleri yapılmalıdır. DNA testlerinin doğruluğunun adli soruşturma ile teyit edilmesi şart değilse de adli soruşturma ile açıkça çelişen ya da DNA analizi sonucunda verilen bilirkişi raporu dışında dosyada başka delil bulunmayan hallerde sonuçların kontrol ettirilmesi gerektiği kanısındayız.

DNA inceleme yöntemleri sürekli olarak bir gelişim içindedir. Buna bağlı olarak bir DNA laboratuvarının yöneticisinin veya yardımcı sağlık personelinin mevcut en yeni bilgileri öğrenme sorumluluğu vardır. Bu nedenlerden dolayı diğer ülkelerde olduğu gibi Türkiye'de de klinik uygulamalı moleküler genetik, adli tıp ve hukuk alanlarında öncü kişilerin biraraya gelerek DNA testi ile ilgili sorunları tartışmaları, gerekirse bazı ülkelerde olduğu gibi "Ad Hoc" komiteleri oluşturarak "adli ve klinik amaçlı DNA analizleri" konularının yasal yönleri üzerinde çalışmaları(41) ve bu incelemeler için birtakım standartlar getirmelerinde zorunluluk vardır.

Olması gereken hukuk açısından ise kesin hükümden sonra yapılan DNA testinin sonucunun kesin hükümle çelişmesi halinde bunun HUMK'ta bir yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak düzenlenmesinde zorunluluk vardır. Maddî gerçeğe aykırılığı açıkça belli olan bir mahkeme kararına kanunî hakikat vasfı tanımakta ısrar etmek hukuksal bağnazlıktır. Bu konuda açık bir düzenleme yapılmasına kadar da Yargıtayın HUMK'un 445'inci maddesinin 1'inci bendini amacına uygun şekilde yorumlayarak yargılamanın yenilenmesi yolunu açması isabetli olacaktır. Diğer taraftan DNA testi yapılması sırasında mahkemenin gerektiğinde bireylere karşı zor kullanılmasına karar verme yetkisine sahip olduğuna ilişkin açık bir düzenleme yapılması çağdaş eğilimlere ve Anayasal ilkelere uygun bir davranış olacaktır.

## **KAYNAKÇA**

Arslan, R., Medenî Usul Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi, Ankara 1977

Erten, R-Acır,

B.-Taşveren, S., Gen (DNA) Testinin İspat Hukuku Açısından Değerlendirilmesi, AÜ HFD, 1996/45, S.1-4, (Ayrı Bası) Ankara 1998.

Karayalçın, Y., Hukukda Öğretim-Kaynaklar-Metot, Ankara 1994

Konuralp, H., İspat Hukukunun Zorlanan Sınırları, Ankara 1999

Kunter, N., Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 1989

Kuru, B., Hukuk Muhakemeleri Usulü El Kitabı, Ankara 1995

Özçelik, T., DNA Promorfizmi ve Tıbbî Önemi (DNA), Hacettepe Tıp Dergisi, S.1996/27(1), s.72-76.

Özçelik, T., Adli amaçlı DNA Analizleri(Adli), Hacettepe Tıp Dergisi, S.1996/27(2), s.50-55.

Pandian, S. K., DNA Fingerprint : Its Debut in India, Adli Tıp Dergisi, S.1989/1-2, s.13

O'Reilly,G.W., A Second Chance For Justice, Judicature Volume 81, Number 3, November-December 1997, s.114-116.

Tekinay, S.S., Türk Aile Hukuku, İstanbul 1990

Tezok,Ö., Genetikte Temel Prensipler, Bursa Üniversitesi Yayınları, Bursa 1977

Ülküer, Ü./

Menevse, S., The Distribution of the HLA-DQ alleles and genotypes in the Turkish Population as determined by the use of DNA amplification and allele-specific oligonucleotides, Science & Justice, S.1995/35 (4), s.259-262.