

YARGILAMA HUKUKU AÇISINDAN DNA İNCELEMESİNİN ÖNEMİ

Dr. Mustafa SALDIRIM
Hâkim

GİRİŞ

Mendel ile başladığı kabul edilen genetik bilimi çağımızda çok mesafe almıştır. Mendel biyolojik ve matematiksel prensiplerin birlikte uygulanabileceğini saptamak suretiyle canlıların genetik yapısının temellerini bulmuştur¹. 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 olmuştur². Tıbbi genetik alanında yaşanmakta olan bu devrimin gerçekleşmesini sağlayan en önemli gelişmelerden biri DNA molekülü üzerinde bulunan nükleotid dizisi değişimlerinin direkt olarak görünebilir hale getirilmesi olmuştur³.

Gen teknolojisindeki bu gelişmelerin hukuku iki şekilde etkilediği söylenebilir. Birincisi, uyuşmazlık konusu bazı maddi 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 hukuki alt yapının oluşturulmasının bir zorunluluk haline gelmiş bulunmasıdır. Bu yazıda sadece gen teknolojisinden yararlanılarak uyuşmazlık konusu maddi vakıaların nasıl aydınlatılabileceği ve özellikle bu konudaki delillerin hukuki değeri ile ilgili konular değerlendirilmiştir.

¹ Russel, P.J.: Genetics ,Pearson Education 2002 ,s.31-61

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

³ Özçelik, T. : DNA Promorfizmi ve Tıbbi Önemi (DNA), Hacettepe Tıp Dergisi, S.1996/27(1), s.72.

A) DNA Testi Nedir ?

Ökaryotik hücrelerin çekirdeklerinde ,türlere göre farklı sayılarda olan kromozomlar bulunur. İnsanda 23 çift (toplam 46) olan kromozomlar ışık mikroskopunda kolaylıkla tanınabilen bazı morfolojik özelliklere sahiptir. Hücreler 2 set kromozoma sahiptir ve diploit olarak bilinir.Ancak dişi ve erkek eşey hücreleri (gametler) haploittir.Erkek sperm ve dişi yumurta hücreleri sadece bir set kromozom(toplam 23) içerir. Dölleniş yumurta (zigot)ta ise 23 'ü anneden, 23'ü babadan gelen toplam 46 kromozom söz konusudur. Herbir kromozom aslında DNA'nın paketlenmiş şeklidir.

DNA bir bireyin gelişmesi için gerekli kalıtsal bilgiyi taşıyan uzun bir moleküldür.DNA'nın yapı blokları nükleotidler olarak adlandırılır.Herbir nükleotid 5 karbonlu şeker (deoksiriboz),bir azot gazı ve bir fosfat grubundan oluşmuştur. DNA'da Adenin (A),Guanin (G); Sitozin (C) ve Timin olmak üzere 4 tip azot bazı bulunur.Herbir hücrenin 6×10^9 baz içermesiyle hayatın kitabı oluşmuştur.İnsan genomu 3 milyon baz çifti DNA içerir ki burada 50 000 - 100 000 gen kodlanmaktadır. Kalıtımın fiziksel ve fonksiyonel ünitesi olarak tanımlayabileceğimiz bir gen; DNA'nın bilgi taşıyan ya da fonksiyonel bir protein kodlayan bir segmentidir.Genler 46 kromozom üzerinde genetik bölge olarak tanımlanan farklı bölgelere yerleşmişlerdir.Genlerin çoğu alel adı verilen çoklu şekilde bulunmaktadır. Bir birey ,bir gen bölgesi için biri anneden diğeri babadan gelmek üzere 2'den fazla farklı alele sahip olamaz. Ancak popülasyon düzeyinde düşünüldüğünde herhangi bir bölgede pek çok farklı alel gözlemek mümkündür.Bu çeşitlilik "genetik polimorfizm" olarak adlandırılır.

Tek yumurta ikizleri hariç herbirimizin genetik olarak farklı bireyler olduğuna dair hiç şüphe yoktur.Tabii bu farklılık DNA moleküllerimiz boyunca bazların kusursuz kimyasal dizilimindeki çeşitlilikten kaynaklanmaktadır. Özellikle adli tıpta amaç, mümkün olduğunca çok çeşitlilik gösteren basit,sağlam ve güvenilir DNA dizi sistemlerinin geliştirilmesidir.

Rekombinant DNA teknolojisinin gelişimi tek yumurta ikizleri hariç her bir kişi için özgün olan DNA moleküllerinin tanımlanmasına yol açmıştır⁴.

DNA parmakizi 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 hedeftir⁵.

⁴ Özçelik (Adli), s.50.

⁵ Pandian, S. K. : DNA Fingerprint : Its Debut in India, Adli Tıp Dergisi, S.1989/1-2, s.13

DNA parmakizi veya DNA profili tayini testleri tıbbi 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 polymorphism: RFLP) incelenir⁶. Böylece DNA molekülleri arasındaki farklılıklar doğrudan ve güvenli bir şekilde tespit edilebilir. Bu testlerde en sık olarak insan DNA'sında bulunan değişken sayıda rasgele tekrarlar (variable number of tandem repeats :VNTR) hedef olarak seçilmişlerdir. Sözkonusu VNTR'ler yaklaşık 20 ile 40 nükleotitden oluşan tekrarlar içerirler⁷. VNTR bölgeleri ve bu bölgelerde bulunan farklı baz dizilimlerine dayalı "DNA parmakizi" yöntemi birçok adli olayın çözümünde devreye girmiştir. DNA parmakizi yönteminde Southern Blot tekniği kullanılarak Restriksiyon Fragment Uzunluk Polimorfizmi (RFLP) ve Amplifikasyon (PCR) tekniği kullanılarak tekrar sayıları analiz edilmektedir. RFLP Southern Blot yöntemiyle tespit edilir. Bu tekniğin DNA parmakizinde uygulanması için ilk aşama kan, sperm, saç kökü, kemik gibi uygun bir kaynaktan DNA'nın izolasyonudur. Daha sonraki aşamalar için DNA'nın saf olup olmadığı kontrol edildikten sonra, DNA parçalarının eldesi için DNA'yı belli tanıma dizilerinden bölen restriksiyon enzimlerle kesim yapılır ve agaroz jel elektroforezinde DNA fragmentleri boylarına göre ayrılır. PCR ile DNA parmakizi yönteminde yine ilk aşama kurumuş kan ya da eser miktardaki örneklerden DNA izolasyonudur. Ardından PCR ile VNTR bölgesine özgül primerler kullanılarak o bölgenin çoğaltılması sağlanır ve elektroforezde DNA fragmentleri boylarına göre ayrılır. DNA parmakizi ilk olarak tıbbi genetik için daha iyi DNA markerları sağlamak amacıyla geliştirilmekle beraber adli tıpta da uygulama alanı bulmuştur. 1985 'lerin başında bir göç davasında ,1985 lerin sonunda babalık testinde ,1986 da ise semen incelemesiyle gerçekleştirilen adli bir çalışmada uygulanmıştır. DNA parmakizi ayrıca hayvan ve bitki türlerindeki genetik varyasyon çalışmaları ,prenatal teşhis(doğum öncesinde hastalıkların teşhisi) , insan genom haritasının çıkarılması , kalıtsal kanser analizi gibi bilimsel ve tıbbi pek çok alanda da uygulama alanı bulmuştur.

⁶ Özçelik (Adli), s.50

⁷ DNA testi sırasında kullanılan teknik yöntemler hakkında daha geniş bilgi için bkz. Özçelik (adli), s. 50 vd.; Özçelik (DNA), s.72 vd. ;

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 parmakizi 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 (OD260 / OD 280) bulunmuş, molekülün sağlamlığı agaroz jel elektroforezi ile araştırılmış ve bulguların literatürdeki verilere uyduğu saptanmıştır⁸.

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 mahkum 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 havayollarında çalışanların, savaşta ölenlerin belirlenmesi için silahlı kuvvetler mensuplarının ve yeni doğan bebeklerin dahil edilmesini savunanlar bulunmaktadır⁹.

Amerika Birleşik Devletlerinin bazı eyaletlerinde DNA testi mahkumiyet kararlarına karşı yargılamanın yenilenmesi aşamasında da önemli bir işleve sahip olmuştur. Mahkum olan sanıkların daha sonra yargılamanın yenilenmesi aşamasında yapılan DNA testi sonucuna göre suçsuz olduklarının tespit edildiği vakıalara rastlanmıştır¹⁰. Bu haliyle DNA testi adalet için ikinci bir şans olarak görülmektedir¹¹. Amerika Birleşik Devletleri Adalet Bakanlığı tarafından yargılama sonrasında DNA analizi yapılmak suretiyle jürinin verdiği mahkumiyet kararlarının bilim sayesinde ortadan kaldırılmasına ilişkin 1996 yılında yayınlanan rapordan sonra DNA incelemesine olan ilgi çok artmıştır. Bu raporun sonuç bölümünde mahkum edilen

⁸ Pandian, s.13.

⁹ Özçelik (Adli), s.50.

¹⁰ Bu vakıaların sayısının Amerika Birleşik Devletlerinin tamamında 40'ı bulunduğu, sadece Illionis Eyaletinde bu sayının 12 olduğu belirtilmiştir. Bkz. O'Reilly, G.W. :A Second Chance For Justice, Judicature Volume 81, Number 3, November - December 1997, s.114.

¹¹ O'Reilly, s.114.

bazı kişilerin daha sonra yapılan DNA testleri sonucunda suçsuz olduklarının kanıtlanması nedeniyle eyaletlerin bu konuyu daha fazla dikkate alma gereği duydukları belirtilmiştir¹².

Gen teknolojisinin hukuki uyumsuzlukların 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 cezai bir müeyyideye bağlanacaktır. Günümüzde böyle bir olayın sebepsiz zenginleşme ya da vekaletsiz işgörme hükümlerine göre bir hukuk davasına konu olma ihtimali vardır. Bu hallerde de maddi vakıanın güvenilir bir şekilde tespit edilmesinde DNA testi kuşkusuz büyük bir öneme sahip olacaktır.

C) DNA Testinin Hukuk ve Ceza Yargılamasındaki İşlevi

1) Genel Olarak

DNA testi hem hukuk yargılamasında hem de ceza yargılamasında kullanılması gereken bir yöntemdir. Ceza yargılama sistemimizde delil serbestliği ve hakim delilleri serbestçe takdir etme yetkisi mevcut bulunduğu için 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. maddesi uyarınca "Cürümden mütevellit olsun veya olmasın tazminatı müstelzim fiillerin" ispatı yazılı delille ispat zorunluluğuna tabi değildir. Her ne kadar maddede hukuki fiillerin ispatı için şahit dinlenebileceği belirtilmişse de bu kanun hükmünün anlamını sadece şahit dinlenilmesi ile sınırlamak doğru olmaz. Bu hükümde hukuki 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. maddesi de vardığımız bu sonucu doğrulamaktadır. Bu maddeye göre hakim "... senetsiz ispatı caiz olan davalarda re'sen veya talep üzerine bu kanunda gösterilmemiş olan diğer hüküm sebeplerinin istima ve tetkikatına" karar verebilecektir. HUMK'un 293/2 maddesine göre hukuki fiillerin ispatı senetsiz ispatı caiz olan davalardan sayıldığına göre hukuki fiiller, HUMK'un 367. maddesine göre de

¹² O'Reilly, s.114

kanunda sayılmayan her türlü delille de ispat edilebilir. Bu nedenle özel hüküm sebeplerini sadece gayrimenkul dışındaki şeyler üzerindeki keşif halleri¹³ olarak düşünmek isabetli olmaz.

DNA testleri hukuki fiillere ilişkin olarak kullanıldıkları için ceza davalarında olduğu gibi hukuk davalarında da çok önemli bir yere sahip olacaklardır. Buna rağmen ceza yargılama hukuku ile medeni yargılama hukukuna hakim 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 olabilir¹⁴.

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 belirtilmiştir¹⁵.

2) Usul Ekonomisi Açısından DNA Testi

HUMK'un 77.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 muayenesi¹⁶ yaptırılmakta baba olduğu iddia edilen şahsın %99,73'ten daha az ihtimalle baba olabileceği belirlenmiş ise DNA tiplemesi yapılması yoluna gidilmektedir¹⁷. Bu nedenle

¹³ Kuru'ya göre özel hüküm sebepleri, hakimin senetsiz ispatı caiz davalarda gayrimenkul dışındaki şeyleri duyguları vasıtası ile doğrudan doğruya muayene etmesi, yoklaması, tatması, koklaması ve dinlemesi suretiyle elde edebileceği bilgilerdir. Kuru, B. : Hukuk Muhakemeleri Usulü El Kitabı, Ankara 1995, s.515.

¹⁴ Örneğin DNA testi için esas alınan biyolojik bulguların yasak yöntemle ele geçirilmiş olması halinde ceza hakimi CMUK'un 254/2. hükmü uyarınca o delili dikkate almadan karar vermek zorunda olmasına rağmen HUMK'ta bu tür bir hüküm bulunmadığından hukuk hakimi ceza davası dosyasındaki DNA inceleme sonuçlarını tazminat davasında ya da babalık davasında hükmüne esas alabilir.

¹⁵ Özçelik (Adli) s.54.

¹⁶ Babalık davalarında kan muayenesi için uygulanan yöntemlerle ilgili açıklamalar için bkz. Tekinay, S.S. : Türk Aile Hukuku, İstanbul 1990, s.404 vd.

¹⁷ Yargıtay 2. HD'nin babalık davaları ile ilgili olarak hüküm mahkemesine yol göstermek için kullandığı "B-3" formül bozma kararı şu şekildedir: Babalık davası irs ve nesep ilişkisinin kuşkuya yer bırakmayacak (MK, m.301) nispette açığa çıkarılması halinde kabul edilebilir. Bu konuda tekniğin tüm imkanlarından

Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin “B-3” formül bozma kararında önce basit ve ekonomik yöntemlerle maddi vakianın 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 maddi vakıayı aydınlatmaya yetmemesi sebebiyle DNA testi uygulanmasından dolayı meydana gelecek gecikmeler önlenebilir. Ancak bu durumda yargılama giderlerinin ağırlaştırılması sözkonusu 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 ödemei 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 mahkum 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.

yararlanılmalıdır. Bu cümleden olarak davalının kurtuluş beyinesi olan her türlü benzemezlik testleri yapılmalıdır. Davacı, çocuk ve baba olduğu iddia olunan davalının kan gurupları belirlenerek Adli Tıp Kurumunda bir inceleme yapılmışsa da bu yeterli değildir. Davacı, çocuk ve davalının Alyuvar (Eritrosit) Antijenleri (ABO,Rh, (CDE, ode)),MNS, Duffy (Fya,Fyb) Kidd (Jka,Jkb). Kell (Kk)): Lokosit Antijenleri, (((HLA, (HLB), (HLC), (HLDR), (HLDQ)); Alyuvar (Eritrosit) Enzimleri; Adenozin Dezaminaz, Esteraz D. Fosfoğlukumutaz, glikoksaz (I) Adenilat Kinaz,Glukoz 6 fosfat dehidrogenaz, Alanin Transaminaz, Eritrosit Asit fosfotaz (LAP)); Serum Proteinleri (Heptogloblin, Hemaglobin ve Transferrin) testleri mutlaka yapılmalı, baba olduğu iddia olunan kişinin %99,73 oranından daha az ihtimalle baba olabileceği belirlenmiş ise Karbonik Anhidraz(Ca II), Peptidaz A,GM, levis araştırması ve karşılaştırılması ile sonuca gidilmelidir. Yine de aynı oranda bir sonuç elde edilemiyorsa DNA tiplemei yapılması imkanı araştırılmalı, davalının baba olamayacağı ihtimali tamamen kaldırılıp delillerin hep beraber takdiri gerekir.

Adli Tıp Kurumunda açıklanan testlerin yapılmamakta oluşu eksik tahkikatla hüküm kurmayı haklı gösteremez. Üniversitelerin Tıp Fakültelerinden özellikle Adli Tıp, Tıbbi Biyokimya anabilim dalları ile enstitülerinden hangisinde açıklanan araştırma yapılabildiği belirlendikten sonra; davacı, çocuk ve davalı o kurumlara birlikte sevk edilip davalının savunması araştırılmadan hüküm kurulması doğru görülmemiştir.

Sonuç: Davalının temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün bozulmasına ... karar verildi.” Bu karar yayınlanmıştır. Bkz. 2. HD. 18.10.1993 T, E.1993/8685, K.1993/9405 YKD, S.1993/12, s.1799-1800.

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 mütalaadır. Ancak bilimsel bir mütalaa olması yargılama makamını mutlak olarak bağladığı anlamına gelmez. Yargıç bu delili de takdir edecektir¹⁸. Çünkü yanılgılar daima mümkündür ve bu nedenle yargıcın bu raporla bağlı olmaması gereken durumlar olabilir. Tamamen objektif ve doğru olan bilimsel delil mevcut olduğu takdirde ise hakim bu delille bağlı olmasında zorunluluk vardır. Bütün sorun her türlü sübjektif etkilerden uzak¹⁹, objektif ve bilimsel kurallara uygun doğru delil elde edilmesidir²⁰. Başka bir anlatımla yüksek düzeyli bilimsel incelemeler sonucunda ortaya konulan bilirkişi görüşleri, hukuki anlamda olmasa da bilimsel açıdan

¹⁸ Yalnız yargıcın bu konudaki bilirkişi raporunu takdir yetkisi aşağıda daha geniş bir şekilde açıklanacağı gibi özellikler göstermektedir. Nitekim Anglo-Sakson hukuk uygulamasında yargıcın "DNA incelemesinin yapıldığı örnek dokunun saklanma koşulları, laboratuvar çalışmalarında yeterli titizlik gösterilip gösterilmediği, incelemeyi yapan kişinin konusunda uzman olup olmadığı ve uzmanlık derecesi" gibi DNA incelemesinin sonucu ile ilgili değil de DNA incelemesi yöntemiyle sınırlı olarak bilirkişi raporlarının güvenilirliğini araştırdıkları belirtilmiştir. Bkz. Erten, R.-Acır, B.- Taşveren, S.: Gen (DNA) Testinin İspat Hukuku Açısından Değerlendirilmesi, AÜHFD, 1996/45, S.1-4, (Ayrı Bası) Ankara 1998, s.580, dn.18.

¹⁹ Nitekim bu konuda verilen bilirkişi raporlarının bilimsel açıdan mahkemeyi bağlayacağı, bir anlamda hükmü bilirkişilerin verecekleri, bu durumda mahkeme kararlarında tarafsızlığın sağlanması bakımından hakim bağımsızlığına ve tarafsızlığına ilişkin hükümlerin yetersiz kalmaması için, bilirkişilerin de tarafsızlığını sağlayacak ileri düzenlemelere ihtiyaç duyulduğu belirtilmiştir. Bkz. Konuralp, H. :İspat Hukukunun Zorlanan Sınırları, Ankara 1999, s. 108.

²⁰ Kunter, N. : Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 1989, s. 592.,

mahkemeyi bağlayacaktır²¹. Bu nedenle yargılama makamının DNA incelemesi sonucunda düzenlenen bilirkişi raporunu bilirkişi raporlarına ilişkin genel esasların yanısıra aşağıda belirteceğimiz yönlerden de değerlendirmesi gerektiği kanısındayız.

a) DNA Analizinin Uzman Kişiler Tarafından Yapılması

DNA incelemesi sonucunda düzenlenen rapor herşeyden önce bir bilirkişi rapordur. 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 hakim tarafından bilinmeyen özel veya teknik bilgiyi gerektiren hallerde oy ve görüşüne başvurulana kişiye (veya kişilere) bilirkişi denir (HUMK, m.275). Hakimin DNA incelemesini bir uzmana yaptırmaması 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 anabilim 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 belirtilmiştir²²

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 resmi merkezler için teknik olanaklar açısından bir standart

²¹ Konuralp, s.108.

²² Özçelik (Adli),s.55.

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 oluşturmuştur²³.

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 istisnai 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. 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 resmi 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. Klasik mantığın üçüncü temel kuralına göre üçüncü durumun imkansızlığı sözkonusudur²⁴. 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 resmi belgelerle ispatlayabilir. Bütün bu örnekler DNA testinin kesin delil²⁵ olarak kabul edilmesi fikrini şüpheyle karşılamayı gerektirmektedir. Kanımızca gerek hukuk davalarında gerekse de ceza

²³ Özçelik (Adli), s.54

²⁴ Karayalçın, Y. : Hukukta Öğretim-Kaynaklar-Metod, Ankara 1994, s.76.

²⁵ DNA profillerinin ceza ve hukuk davalarının çözümünde kesin delil elde etmek için kullanılabileceği belirtilmiştir. Bkz. Özçelik (Adli), s.50.

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 vermediği²⁶ unutulmamalıdır. Ayrıca aynı aileye mensup bireylerin ve özellikle tek yumurta ikizlerinin DNA yapılarının benzerliği de dikkate alınmalıdır.

d) DNA İncelemesinde 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 2. 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 vermekten 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 §372a). Benzer bir hüküm Bern Kantonu Usul Kanununa da eklenmiştir (Bern ZPO §264 bis). Nöşatel Usul

²⁶ Özçelik (Adli), s.54.

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.

Hukumumuz açısından ise bu sorunu medeni 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 14.4.1982 gün ve 2659 sayılı Adli Tıp Kurumu Kanununun 23. maddesinin (C) bendinin 2. 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. maddesinde açıkça sayılmış olan kan muayenesinin de bu hüküm kapsamına girdiği ve dolayısıyla hakim tarafları dinledikten sonra gerekli tedbirleri alarak (HUMK, m.367, 2. yarım cümle) o kişinin muayene edilmek ve kanı alınmak üzere zorla Adli Tıp Kurumu’na gönderilmesinin mümkün olduğu ileri sürülmüştür²⁸. Bir kişinin vücudunun zorla muayene edilmesinin ve kendisinden zorla kan alınmasının mümkün olmadığı kabulü halinde kan vermektan kaçınan kişinin durumunun hakim tarafından o kişi aleyhine değerlendirilmesi gerektiği de belirtilmiştir²⁹.

Bu görüş çeşitli açılardan eleştirilebilir. Öncelikle daha önce değindiğimiz gibi DNA analizleri Adli Tıp Kurumunda yapılmamakta Adli Tıp Kurumu, Üniversitelerin ilgili anabilim dallarındaki uzmanlara bu incelemeyi yaptırmaktadır. Yargıtay 2.HD’nin “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 yaptırılacak DNA incelemesi için kemik dokusunun elde edilmesi gerekebilir. Bu ise 20. maddede açıkça sayılmamıştır. Üçüncü olarak Anayasa ile güvence altına alınan vücut bütünlüğüne karşı yapılacak bir müdahale için HUMK’un 367. maddesi yeterli bir açıklığa sahip değildir. Çünkü Anayasa’nın 17. maddesine göre “Herkes yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.” Bu

²⁷ Kuru, s.516.

²⁸ Kuru, s.516,517.

²⁹ Kuru, s.517.

ilkenin istisnaları ise sonraki fıkralarda gösterilmiştir. Konumuzla ilgili olan Anayasanın 17. Maddesinin 2. fıkrasında “Tıbbi zorunluluklar ve **kanunda yazılı haller** dışında kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi 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. 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 hakim kararına rağmen muayeneden ve kan vermekten kaçınan kişinin hukuki durumunun o kişinin aleyhine değerlendirilmesinin mümkün olmadığı haller de olabilir. Örneğin, Medeni Kanununun 245. maddesinin 2. fıkrasına göre evlenmeden önce gebe kalan kadının doğurduğu çocuğu koca tanımış olsa bile Cumhuriyet Savcısı çocuğun kocadan olmadığını tespiti 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 kanunkoyucu Cumhuriyet Savcısının doğrudan dava açmasına olanak tanıyarak nesebin tespitinde kamu yararı görmüştür. Bu davalarda re’sen araştırma ilkesi uygulandığından maddi 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 re’sen 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?

Hakim 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. maddesinin uygulanması suretiyle zorla kan örneği alınması Anayasa’nın 17. maddesi de dikkate alındığında zorlama bir yorum olarak görünmektedir. Diğer taraftan kan muayenesine izin vermeyen tarafın hukuki durumunun hakim tarafından o tarafın aleyhine değerlendirilmesi re’sen araştırma ilkesine tabi davalarda tercih edilmesi mümkün olmayan bir öneridir. Kaldı ki kan örneğinin alınmasına izin vermeyen kişinin üçüncü bir şahıs olması halinde durumunun hakim

tarafından aleyhe değerlendirilmesi sözkonusu olamayacaktır³⁰. 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. 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. 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 söylenebilir³¹.

Kamu davası açılmasından sonra yargılama makamı tarafından ihtiyaç duyulması halinde tekrar muayene yapılabileceği de açıkça belirtilmiştir (CMUK, m.218). Bu nedenle medeni 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 alınmalıdır³². 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.

³⁰ Konuralp, s.105.

³¹ Konuralp, s.104, dn.105

³² Özçelik (Adli), s.54.

f) İstatistiki Hesaplamaları Yapılacak VNTR İşaretleyicisinin Allel ve Genotip Frekansları İlgili Toplumda Daha Önce Belirlenmiş Olmalıdır

Adli 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 adli olarak geçerliliği hemen herkes tarafından kabul edilirken sözkonusu genotiplerin aynı olması durumunda uygulanacak istatistiki hesapların doğruluğu ve geçerliliği Amerika Birleşik Devletlerindeki pek çok mahkemede tartışma konusu olmaktadır³³.

Ülkemizde yapılan istatistiki çalışmaların yeterli olduğunu söylemek ise mümkün değildir³⁴.

D) DNA İncelemesinin Yargılamanın Yenilenmesi Aşamasındaki İşlevi

1) Genel Olarak

Maddi anlamda kesin hükmün amacı kişiler arasındaki uyuşmazlıkların kesin biçimde çözümlenmesidir. Bu amacın gerçekleşmesinde hem devletin hem de kişilerin yararı vardır. Maddi 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 istisnai 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 doğurmaktadır³⁵. 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.

³³ Özçelik (Adli), s.54

³⁴ Ülkemizde 150 birey üzerinde yapılan incelemede allel ve genotip frekansları tespit edilmeye çalışılmıştır. Bkz. Ülküer, Ü. / Menevse, S. :The Distribution of the HLA-DQ^α 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.

³⁵ Nitekim Amerika Birleşik Devletlerinde DNA incelemesinin adalet için ikinci bir şans olarak kabul edildiğini yukarıda belirtmiştik. Bkz. dn.10.

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 hukuki istikrar ve kesinliği amaçlayan kesin hüküm müessesesi diğer yandan bilimsel olanakların ortaya koyduğu şüphe götürmez maddi gerçek birbiriyle çelişmektedir. DNA testi sonucuna göre bulunan maddi gerçeğe hukuki 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. maddede yer alan hallerin dışında, eğer bir taraf babalık hakkında başlıbaşına 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 2. Hukuk Dairesi eski tarihli bir kararında³⁷ “... Bu sebeplerin (yargılamanın yenilenmesi sebeplerinin) kıyas yolu ile genişletilmesi sözkonusu olamaz. İlk davanın duruşması sırasında gerek hariç memleketlerde ve gerekse memleketimizde o tarihte bilinmediği öne sürülen yeni ilmi vakıaların sonradan keşfedilmiş olması eskiye nazaran fennin inkişaf etmiş bulunması hali hukuk sistemimize göre HUMK’un 445-1. madde ve fıkrasındaki manada bir mücbir sebep sayılamaz. ...” görüşünü benimsemiştir. Bu karara göre bilimsel metodların gelişmesi ile ortaya konan maddi gerçek kesin hükmü ortadan kaldırmayacaktır.

Bilimsel yöntemlerin gelişmesi ile ortaya çıkan her türlü şüpheden uzak maddi gerçeğe rağmen kesin hükmün kanuni 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

³⁶ Üstündağ, S. : Medeni Yargılama Hukuku, İstanbul 1997, s.916.

³⁷ 2.HD, 24.03.1969 T, E.6478, K.1561 (ABD, 1969/3, s.563-564).

olmasında kendisinin hiçbir kusuru yoktur. Bu nedenle ilgili için bir mücbir sebebin varlığı kabul edilmelidir. Yargıtay'ın 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 kalacaktır³⁸. Tıbbi verilere göre baba sayılmayan bir kimseyi sırf kesin hükme sadakat prensibine aşırı bağlılık nedeni ile hukuken baba saymakta ısrar etmek adalet duygularını derinden yaralayan bir sonuç ortaya çıkaracaktır³⁹. Ayrıca usulüne uygun olarak yapılan DNA incelemesinin yukarıda açıklandığı gibi kesinlik ortaya koyan bir teknik olduğu gerçeği de dikkate alınmalıdır.

Türk Kanunkoyucusu Alman Kanunkoyucusu 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 görüşüne⁴⁰ 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 ayrımaya göre incelemek gerekmektedir.

CMUK'un 327. maddesinin 5. bendine göre "*Yeni vakıalar ve yeni deliller dermeyan edilip de bunlar yalnız başına veya evvelce irad edilen delillerle birlikte nazara alındıkları takdirde sanığın beraatini veya daha az bir cezayı havi kanun hükmünün tatbiki ile mahkum 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 hukuki 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 sürülememiş olmasına da gerek yoktur. Bu nedenle ceza yargılaması

³⁸ Arslan, R. : Medeni Usul Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi, Ankara 1977, s.81,82.

³⁹ Üstündağ, s.516.

⁴⁰ Arslan, s. 83; aynı yöndeki diğer görüşler için bkz. Üstündağ, s.915, 916; Erten - Acır - Taşveren, s.585.; Konuralp, s.110.

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. maddesinde yargılamanın yenilenmesi sebepleri daha dar tutulmuş olup bu sebepler arasında 327. maddenin 5. 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 mahkumiyetini gerektirecek içerikte olsa bile bu durum yargılamanın yenilenmesi sebebi oluşturmayacaktır.

SONUÇ VE ÖNERİLER

DNA incelemesi ispat hukukunda yakın zamanlarda kullanılmaya başlanan bir ispat aracıdır. İsbet yüzdesi açısından klasik tekniklere göre üstün olan bu metod 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 çalışmaları⁴¹ ve bu incelemeler için birtakım standartlar getirmelerinde zorunluluk vardır.

⁴¹ Özçelik (Adli), s. 55

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. Maddi gerçeğe aykırılığı açıkça belli olan bir mahkeme kararına kanuni hakikat vasfı tanımakta ısrar etmek hukuksal bağnazlıktır. Bu konuda açık bir düzenleme yapılmasına kadar da Yargıtay'ın HUMK'un 445. maddesinin 1.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.

TEŞEKKÜR : Yazının hazırlanma aşamasında yorum ve önerileri ile bize destek olan Sayın Prof.Dr. Emin Kansu'ya (Hacettepe Üniversitesi Tıp Fakültesi) teşekkür ederiz.

KAYNAKÇA

- Arslan, R. : Medeni Usul Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi, Ankara 1977
- Erten,R-Acır,B.-Taşveren,S.:Gen(DNA)Testinin İspat Hukuku Açısından Değerlendirilmesi AÜHFD, 1996/45, S.1-4, (Ayrı Bası) Ankara 1998.
- Karayalçın, Y.: Hukukta Öğretim-Kaynaklar-Metod, 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
- O'Reilly,G.W. :A Second Chance For Justice, Judicature Volume 81, Number 3, November - December 1997, s.114-116.
- Özçelik, T. : DNA Polimorfizmi ve Tıbbi 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
- Russel,P.J. : Genetics , Pearson Education 2002, S. 31-61.
- Tekinay, S.S. : Türk Aile Hukuku, İstanbul 1990
- Ülkür, Ü. / Menevse, S. :The Distribution of the HLA-DQ^α 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