

ÇOCUĞUN SOYBAĞINI DEĞİŞTİRME SUÇU



YETKİN
YAYINLARI

ÖDEMELİ İSTEME VE GENEL DAĞITIM



YETKİN Basım Yayım ve Dağıtım A.Ş.

Strasburg Caddesi No: 31/A 06430 Sıhhiye / ANKARA

Tel : 0 (312) 231 42 34 (35) – 232 03 43 Faks: 229 87 85

Şube: Abide-i Hürriyet Cad. No: 158 34381 Şişli / İSTANBUL

Tel: 0 (212) 234 50 56 (57) Pbx Faks: 0 (212) 234 50 58

e-mail: yetkin@yetkin.com.tr <http://www.yetkin.com.tr>

Yayınevi Sertifika No: 47453

Yayın Kodu: ISBN 978-605-05-1865-8

© Yetkin Yayınları 2024

Dizgi: YETKİN Elektronik Yayımcılık Sistemleri

Baskı: YETKİN BASIMEVİ

Kâzım Karabekir Caddesi No: 95/7-8-10

Tel: 0 (312) 341 00 06 06060 ANKARA

Matbaa Sertifika No: 47452

Büşra KOLAK

ÇOCUĞUN SOYBAĞINI DEĞİŞTİRME SUÇU

Ceza Hukuku ve Adli Bilimler Açısından Bir Değerlendirme

Ankara 2024

*Her zaman yanımda olan
kıymetli babaannem
Hanife KOLAK' a ithaf ediyorum.*

TEŞEKKÜR

Bu kitabın yayınlanmasında yardımcı olan tez danışmanım sayın Doç. Dr. Veysel DİNLER'e ve değerli dostum Serap AÇIKEL'e tez yazım sürecindeki katkılarından dolayı teşekkür ederim.

Ayrıca kitabın basımında emeği geçen YETKİN Basım Yayım ve Dağıtım A.Ş. sahibi Muharrem BAŞER başta olmak üzere tüm çalışanlarına da teşekkür ederim.

Büşra KOLAK

İÇİNDEKİLER

TEŞEKKÜR.....	7
---------------	---

BİRİNCİ BÖLÜM

ÇOCUK VE SOYBAĞI

A) SOYBAĞI TANIMI VE TARİHÇESİ.....	15
B) ÇOCUK VE ÇOCUK HAKLARI AÇISINDAN SOYBAĞI.....	17
C) ÖZEL HUKUK AÇISINDAN SOYBAĞI KURULMASI.....	18
1. Soybağının Anne ile Kurulması	19
2. Soybağının Baba ile Kurulması	19
a) Anne ile Evlilik	19
b) Babalık Davası	23
c) Tanıma.....	25
3. Soybağının Kurulmasının Hukuki Sonuçları.....	28

İKİNCİ BÖLÜM

ADLİ GENETİK VE BİYOLOJİ BİLİMLERİ İŞİĞİNDA SOYBAĞI HUKUKU VE TAŞIYICI ANNELİK, SPERM-YUMURTA-EMBRIYO BANKALARI

A) TIP VE SAĞLIK HUKUKU BAKIMINDAN SOYBAĞININ KURULMASI	33
1. Evlilik Birliği İçinde Soybağının Kurulması.....	33
2. Heterolog Döllenme	34
3. Yumurta, Sperm ve Embriyo Bağışı.....	38
B) YARDIMCI ÜREME TEKNİKLERİ, TAŞIYICI ANNELİK KURUMLARI VE SOYBAĞI.....	44
C) ANONİM DOĞUM VE BEBEK SANDIĞI UYGULAMALARI BAKIMINDAN SOYBAĞI	56
D) BİYOTİP ETİĞİ YÖNÜNDEN YAPAY DÖLLENME YOLLARININ İNCELENMESİ.....	58

1.	Din Açısından Yapay Döllenme.....	59
2.	İnsan Klonlaması	59
3.	Embriyo Üzerinde Deney	60
4.	Taşıyıcı Annelik	62
5.	İnsan Hakları Biyotıp Sözleşmesi.....	63
E)	SOYBAĞININ BELİRLENMESİNDE DNA ANALİZİ	67
1.	Anayasa ve Delil Hukuku Bakımından DNA İncelemesi	67
2.	DNA İncelemesinin Hukuksal Yansımaları	70
3.	Ceza Muhakeme Kanunu ve Adli Tıp Kanunu Bakımından DNA İncelenmesi Usulü	79
4.	Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve Türk Medeni Kanunu Bakımından DNA İncelemesi	83

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

SOYBAĞINI DEĞİŞTİRME SUÇU VE SUÇUN BENZER SUÇLARLA KARŞILAŞTIRILMASI

A)	SOYBAĞINI DEĞİŞTİRME SUÇU	89
1.	Genel Olarak.....	89
2.	Korunan Hukuki Değer	93
3.	Suçun Şartları ve Unsurları	94
a)	Maddi Unsurlar (Tipikliğin Maddi Unsurları)	94
b)	Manevi Unsur	105
c)	Hukuka Aykırılık Unsuru.....	109
d)	Suçta Etki Eden Nedenler.....	110
e)	Kusurluluğu Etkileyen (Kaldıran veya Azaltan) Haller	111
f)	Cezanın Artırılmasını veya Azaltılmasını Gerektiren Nitelikli Haller	113
4.	Suçun Özel Görünüş Biçimleri.....	114
a)	Teşebbüs.....	114
b)	İştirak.....	117

c) İçtima.....	118
5. Netice ve İlliyyet Bağı.....	123
6. Suçun Yaptırımı.....	125
7. Ceza Muhakemesi Hukukuna İlişkin Hususlar	126
B) SOYBAğINI DEğİŞTİRME SUÇUNUN 765 SAYILI TCK VE 5237 SAYILI TCK’DEKİ DÜZENLEMELER BAKIMINDAN KARŞILAŞTIRILMASI	128
C) SOYBAğINI DEğİŞTİRME SUÇUNUN DİğER SUÇ TİPLERİYLE KARŞILAŞTIRILMASI.....	130
1. Çocuğun Soybağını Değiştirme Suçu ve Soykırım Suçu (TCK m. 76)	130
2. Çocuğun Soybağını Değiştirme Suçu ve Terk Suçu (TCK m. 97)	132
3. Çocuğun Soybağını Değiştirme Suçu ve Yardım Bildirim Yüklölölüğünün Yerine Getirilmemesi Suçu (TCK m. 98)	134
4. Çocuğun Soybağını Değiştirme Suçu ve Aile Hukukundan Kaynaklanan Yüklölölüğün İhlali Suçu (TCK m. 233)	135
5. Çocuğun Soybağını Değiştirme Suçu ve ocuğun Kaçırılması ve Alıkonulması Suçu (TCK m. 234)	137
6. Çocuğun Soybağını Değiştirme Suçu ve Resmî Belgede Sahtecilik Suçu (TCK m. 204) ve Özel Belgede Sahtecilik Suçu (TCK m. 207)	139
7. Çocuğun Soybağını Değiştirme Suçu ve Resmî Belgenin Düzenlenmesinde Yalan Beyan Suçu (TCK m. 206).....	148
8. Çocuğun Soybağını Değiştirme Suçu ve Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK m. 257).....	152
9. Çocuğun Soybağını Değiştirme Suçu ve Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmeme Suçu (TCK m. 280)	153
10. Çocuğun Soybağını Değiştirme Suçu Hakkında Değerlendirme	154

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

ADLİ BİLİMLER YÖNÜNDEN SOYBAĞINI DEĞİŞTİRME SUÇU VE YARGITAY KARARLARININ DEĞERLENDİRİLMESİ VE BU SUÇUN ÖNLENMESİNE YÖNELİK ÖNERİLER

A)	ADLİ BİLİMLER VE DELİL HUKUKU AÇISINDAN SOYBAĞININ DEĞİŞTİRİLMESİ SUÇU	157
1.	Adli Bilimler ve Delillerin Toplanması.....	159
2.	Soybağının Değiştirilmesi Suçunda Delillerin Elde Edilmesi.....	161
B)	YARGITAY KARARLARI VE DEĞERLENDİRMELER	164
1.	Soybağını Değiştirme Suçunun “Özel Norm” Oluşu	165
2.	Doğmamış Çocuğun Soybağını Değiştirme İmkânı Yoktur.....	168
3.	Evlatlık Vermek Saiki ve Soybağını Değiştirme Suçu.....	169
4.	Soybağını Değiştirme Suçunun Tespitinde Tıbbi Rapor Zorunluluğu	170
5.	Soybağını Değiştirme Suçunda Zamanaşımı.....	171
6.	Soybağı Tespit Davalarında Usul Hukuku	172
a)	Babalık Karinesi	172
b)	Soybağının Tespiti Davalarında, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Uygulanır.....	173
c)	Dava Ehliyeti.....	173
d)	Babalığın Tespiti İstemine İlişkin Davalarda, Hâkim Maddi Olguları Re’sen Araştırı ve Kanıtları Serbestçe Takdir Eder	173
e)	Hak Düşürücü Süre	173
C)	SOYBAĞINI DEĞİŞTİRME SUÇUNU ÖNLEME YOLLARI	174
	SONUÇ	177
	KAYNAKÇA	181

GİRİŞ

İnsan toplumsal bir varlıktır ve soyunu devam ettirmek için çeşitli insanlarla iletişim ve hısımlık kurar.¹ İnsanların birbiriyle kurmuş olduğu akrabalık ilişkisine hısımlık denir. Kişilerin birbiriyle bağ kurmaları belli bir gruba dahil olma ve başka topluluklarla olan ilişkilerinin ayırt edilmesini sağlar. Böylelikle kişi hısımlık yoluyla bir topluluk ile bağ kurar ve ait olma ihtiyacını karşılar. Hısımlık Türk Medeni Kanunu'na göre insanların birbiriyle evlenmesiyle, kan bağıyla veya evlat edinme yoluyla kurulabilir. Soybağının kan yoluyla kurulması ana ve baba ile doğrudan oluşan bağıdır ve soybağının asıl temeli burada yer almaktadır.² Soybağının kan yoluyla kurulması açısından Medeni Kanun'da yıllara göre değişim gözlenmektedir. Önceden evlilik dışı doğan çocuğun soybağının kurulması çeşitli şartlara tabi iken bugün gelinek noktada kanunkoyucu evlilik içinde doğup doğmamasına bakmadan ana ve baba ile çocuğun soybağını kurma imkânı tanımıştır.³ Ceza Kanunu bağlamında ise soybağının kurulması hususu özellikle ele alınmıştır. Soybağının gerçek ana baba ile kurulabilmesi için kanunkoyucu, ilgili kişilere çeşitli yükümlülükler yüklemiş ve soybağının değiştirilmesini suç olarak tanımlayıp yaptırma tabi tutmuştur.

Kanunlarımızda özenle ele alınan özel hukukta, ceza kanununda ve ilgili kanunlarda ayrı ayrı düzenlemesi bulunan soybağı aile ve toplum için büyük önem arz etmektedir. Soybağının hukuki niteliği, aile için önemi ve bu anlamdaki hakları koruyan davalar bakımından Türk Medeni Kanunu'nda (TMK) yer alan düzenlemeler dikkat çekmektedir. Çocuğun doğumu, biyolojik analık, babalığın tanınması davasında delil elde etme, taşıyıcı annelik gibi kurumlar açısından da sağlık hukuku ve tıp hukuku alanında yapılmış olan değişiklikler karşımıza çıkmaktadır. Soybağının değiştirilmesi Türk Ceza Kanunu'nda (TCK) suç olarak düzenlenmiş olup, aile düzenine karşı işlenen suçlar arasında yer almıştır. Kanun koyucunun soybağının değiştirilmesini suç olarak düzenlemesinin en önemli nedenlerinden biri

¹ Çakmut, Özlem Yenerer (2008) “*Soy Bağının Belirlenmesi ve Ceza Hukukunda Çocuğun Soy Bağını Değiştirme Suçu*” Beta Yayınları, İlk Baskı, İstanbul, s. 3.

² Çakmut, a.g.e. s. 4.

³ Baygın, Cem (2002), “Kan Bağına Dayanan Soybağı”, *Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: VI, Sayı: 1-4 s. 255.

çocuğu korumak olup, soybağının tam ve doğru olarak belirlenmesiyle kamu düzenini korumaktır. Bu bağlamda soybağının değiştirilmesi suçı şikâyet tabi olmayıp re'sen soruşturulacak suçlar arasında yer almıştır. Çalışmamızda da özellikle soybağı suçu, suçun görünüş biçimleri, diğer suçlarla karşılaştırılması özellikle incelenecektir.

Çocuğun soybağının ana ve babasıyla düzgün şekilde kurulması onun tüm hayatını etkileyecek bir husustur ve çocuk açısından hayati değer taşımaktadır. Çocuğun ailesiyle bağ kurabilmesi, var oluşunun meşrulaşması soybağının kim ile kurulmuş olduğunu belirlenmesiyle mümkün olmaktadır.⁴ Ayrıca çocuğun soybağının kimle kurulduğunu bilmesi doğal haklarındanır. Çünkü soybağının kurulması çeşitli hukuki ve toplumsal etkileri de beraberinde getirecektir. Toplumun yapı taşı insandır. İnsanların ailesi ile sağlıklı ilişki kurabilmesi ailelerin mutluluğu için en gerekli husustur. Devletin en önemli görevi ise burada soybağının tam olarak kurulmasını sağlayarak toplumun temeli olan çocuğa sahip olduğu tüm hakları tanımak ve bu hakları ailenin oluşumunu da gözeterek güvence altına almaktır. Devletin bu görevini yerine getirmesiyle toplumun ve ailenin huzuru sağlanmış olacak devletin sağlamış olduğu güvene dayalı aile yapısı meydana gelecektir.⁵ Sosyal düzenin sağlanması da ancak soybağının tam ve doğru olarak kurulmasına bağlıdır.

Soybağının tam ve doğru olarak kurulmasının önemi yadsınamayacak kadar büyük olsa da uygulamada karşılaşılan problemler, Yargıtay kararlarının bazılarında doğrudan suç olarak ele alınmayıp diğer suçların unsuymuş gibi değerlendirilmesi, son dönemlerdeki karalarında ise soybağının değiştirilmesi suçunun varlığını kabul etmesine rağmen birlikte işlenen diğer suçlarla içtima ilişkisi kurulması gereken durumların eksik değerlendirilmesi vb. gibi hususlar ve sorumlu kişilerin yükümlülüklerini ihmal etmesi dolayısıyla ilgili çalışmanın ele alınması zorunluluğu doğmuştur. Bu bağlamda da konu hakkında yapılan teorik çalışmalar derlenmiş; mevzuat ve yargı kararlarına yer verilerek metin analizleri yapılmış ve soybağının değiştirilmesi suçunun yerleşik uygulamalardan farklı cezalandırılması gerektiği hususu irdelenmiştir.

Bu doğrultuda öncelikle soybağı kavramını özel hukuk, sağlık hukuku, biyo-tıp etiği, delil hukuku, adli bilimler ve ceza hukuku bağlamında ele alamaya çalışarak sonrasında ülkemiz ve yurtdışı uygulamaların

⁴ Çakmut, a.g.e. s. 1.

⁵ Çakmut, a.g.e. s. 2.

farklılıklarına, benzerliklerine değineceğiz. Soybağı açısından güncel gelişmeleri de göz önünde bulundurarak taşıyıcı annelik, bebek sandığı ve diğer tıbbi uygulamaları da biyotıp etiği ile birleştirerek değerlendirmeye çalışacağız. Bu şekilde bir temel oluşturduktan sonra TCK’de ele alan benzer suçlarla karşılaştırmasını yapıp Yargıtay kararları ışığında uygulamalardan söz edeceğiz. Ayrıca söz konusu suçun adli bilimler içerisinde yerini özellikle delil hukuku bakımından değerlendirerek suçu önlemek amacıyla alınacak tedbirlere değinerek çalışmamızı sonlandıracağız.

BİRİNCİ BÖLÜM

ÇOCUK VE SOYBAĞI

A) SOYBAĞI TANIMI VE TARİHÇESİ

Soybağı insanın var olduğu andan itibaren hayatımızda yer alan bir olgu olmuştur. Düünden bugüne dar veya geniş çeşitli anlamlarda kullanılmış, farklı anlamlar yüklenen soybağı zamandan zamana değişiklik arz etmiş, ancak toplumdaki yerini ve önemini koruyarak günümüze kadar gelmiştir.

İlk olarak Roma dönemine baktığımızda; aileden birisi başkan olur ve aile bireylerinin tamamı başkana bağlı şekilde yaşamını sürdürür ve aynı soydan meydana gelen tüm bireyleri kapsayacak kadar geniş veya ailedeki erkeklerin bölünüp oluşturduğu dar aileler olmak üzere iki şekilde kurulurdu.⁶ Kan bağı yoluyla meydana gelen soybağı ise hukuki anlamda bir sonuca tabi değildi ve bu dönemde evlilik, çocuğun soybağını belirlemek açısından büyük bir öneme sahipti.⁷ Evlilik şartları sağlanmadan meydana geldiğinde geçersiz kabul ediliyor ve geçersiz evlilik içerisinde doğan çocuğun baba ile arasında bağ kurulamıyordu. Baba ile soybağı kurulmayan çocuk ananın bağı olduğu aile başkanına bağı kabul ediliyordu.⁸ Germen hukukunda evlilik dışı doğan çocuk ve babaya soybağı yoluyla bağlanamıyor ancak belli miktar nafaka talebinde bulunabiliyordu.⁹ Katolik kilisesi ise evliliği kutsal kabul ettiğinden evlilik dışı doğan çocuğa da çoğu hakkı kullanma imkânı verilmemiştir.¹⁰

İslam hukukunda ise erkeğin birden fazla kadın ile evlenmesine imkân tanınmış ancak gayri meşru ilişkiler İslam hukukunun temel kurallarını anlatan Kuran'da zina olarak kabul edilmiş olup bu yolla dünyaya gelen

⁶ Kayak, Sevgi, (2018), “Roma Hukukunda Aile Kurumu” *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, 8(2), 249-302 s. 253.

⁷ Kayak, a.g.e. s. 263.

⁸ Kayak, a.g.e. s. 264.

⁹ Çakmut, a.g.e. s. 13.

¹⁰ Çakmut, a.g.e. s. 14.

çocuğun babası tarafından tanınmasına olanak verilmemiştir.¹¹ Türklerde tek eşlilik toplumda yaygın olmakla birlikte kimi zaman çok eşlilik de görülmüştür. İslam sonrası ise Türk toplumu İslam hukuku ile benzer şekilde soybağının kurulmasına olanak tanımıştır. İslam hukukundan farklı olarak Osmanlı'da evlilik töreni esnasında din adamı bulunması ve kadı izninin aranması yasal zorunluluk kabul edilmiştir.¹² Bunun sebebi ise yapılan evliliklerin kaydını tutarak evlilik içinde meydana gelen çocukların soybağının tespitini kolaylaştırmaktır.¹³ Cumhuriyet döneminden itibaren ise medeni kanun hükümleri doğrultusunda tek eşlilik ve resmi nikâh uygulamasına geçilmiş olup dini nikahın resmi nikahtan sonra yapılabileceği medeni kanun kapsamında hükme bağlanmıştır.

Soy kişinin hangi gruba ait olduğunu belirlemeye yönelik bir araçtır. Soybağı çocuğun ebeveynleriyle kurmuş olduğu bağı nitelemekte olup üremeye ve kişilerin genlerinin nesilden nesile aktarımının bir yoludur. Kişiler arasındaki bu bağ; en genel ve dolaysız olan bağ olan kan bağına dayanır.¹⁴ Soybağı yalnızca ana ve babadan ibaret olmayıp kişinin alt ve üst soyunu da içine alır. Bu şekildeki soybağı geniş anlamda soybağıdır.¹⁵ Kişinin alt ve üst soyu ile kurmuş olduğu bu yakınlık ise hısımlık olarak adlandırılır. Bireyin evlilik yoluyla başka aileler ile kurmuş olduğu hısımlığa ise *kayın hısımlığı* denir. Türk hukukunda soybağı yalnızca ana ve baba ile kurulan ilişkiyi anlatmak için kullanılır.¹⁶ Yani kişinin ana ve babası ile kendisi arasında kurulmuş olan soybağı dar anlamda soybağı olarak adlandırılmaktadır. Türk Medeni Kanunu madde 282 ve devamı hükümlerde soybağı düzenlenmiştir. Bu maddeye göre; ana ile soybağı doğum ile kurulur. Türk medeni kanunumuz ana ile kurulan soybağını hukuki bir fiile değil fiili bir duruma bağlamıştır.¹⁷ Ana ile kurulan soybağının fiili bir durum şeklinde ortaya çıkması tüm dünyada genel kabul görmüş bir durumdur. Doğum ile kurulan soybağında doğumun tespiti yeterli olacaktır. Ananın doğurmuş olduğu çocuğu reddetme

¹¹ Cin, Halil ve Gül, Akyılmaz, (2015), “*Türk Hukuk Tarihi*” Sayram Yayınları, 6. Baskı, Konya s. 397.

¹² Cin ve Akyılmaz, a.g.e. s. 349.

¹³ Çakmut, a.g.e. s. 17.

¹⁴ Çakmut, a.g.e. s. 4.

¹⁵ Kırkbeşoğlu, Nagehan, (2005), “*Soybağı Alanında Biyoetik ve Hukuk Sorunları*”, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, s. 6.

¹⁶ Çakmut, a.g.e. s. 8.

¹⁷ Baygın, a.g.e. s. 256.

gibi bir durumu da mümkün değildir. Baba ile soybağı ise; ana ile evlilik, tanıma, hâkimin hükmü ve evlat edinme yoluyla kurulmaktadır.¹⁸ Baba ile soybağı kurulması ise hukuki bir fiile bağlanmıştır. Evlat edinme yoluyla soybağının kurulması hukuken kurulan soybağı çeşitlerinden olup kan bağına dayanmaz. Çalışmamızın kapsamında olmadığından ismini zikretmekle yetineceğiz.

B) ÇOCUK VE ÇOCUK HAKLARI AÇISINDAN SOYBAĞI

18 yaşını doldurana kadar geçen süreç çocukluk olarak tanımlanmaktadır. Bu yaş grubunda yer alan bireyler, yetişkinlerden ayrı tutulmuş olup tanınan haklar ve bu hakları uygulama bakımından ayrı bir hukuk alanı oluşturulmuştur. Çocuk hukuku; çocukların hukuka aykırı ve gelişigüzel uygulamalardan korunması, çocuğun kendini keşfedip özgür bir birey olarak kendini tamamlayabilmesi, istismar ve sömürüden uzak tutulabilmesi amacıyla oluşturulmuştur.¹⁹ Çocuğun anadan tamamen ayrılıp anadan ayrı olarak hayatını sürdürebiliyor olması ile tam ve sağ doğum gerçekleşir.²⁰ Doğumla kişilik haklarını elde eden çocuk, doğumdan belli bir yaşa gelene kadar ana-baba ve çevre desteğine ihtiyaç duyar. Çocuğun olası tehlikelerden korunabilmesi için de çocuk hukuku büyük önem arz etmektedir. Çocuk hakları küçüğe çocuk olması nedeniyle verilen haklar olup çocuğun ailesiyle olan bağını koruması, kendi düşüncelerini ve isteklerini belirtebilmesi yani küçük de olsa doğum ile kazanmış olduğu hak ehliyetini ve hukukun tanıdığı ölçülerde kullanabileceği fiil ehliyetini özgürce kullanabilmesi için verilir.²¹ Özetle anılan haklar çocuğun evliliğin içinde doğup doğmamasına bakmadan kendisinin sahip olduğu haklardır ve devlet bu hakları çocukların özgürce kullanmasını garanti etmek zorundadır.

Çocuk hakları içinde soybağına ilişkin çocuk haklarına özel olarak değinmek gerekir. Çünkü soybağı çocuk hukuku içerisinde özel bir öneme haizdir. Ülkemiz, **Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi**'ne taraftır. Bu sözleşmenin 3. maddesi kapsamında yapılacak işlemlerde öncelikle çocuğun üstün yararının korunması amaçlanmıştır. **Çocuk Hakları Sözleşmesi**'nde; çocuğun doğmuş olmasıyla birlikte derhal nüfus kütüğüne kaydedilmesi ve kütüğe kaydı sonucunda isim ve vatandaşlık kazanması

¹⁸ Baygın, a.g.e. s. 255.

¹⁹ Çakmut, a.g.e. s. 34.

²⁰ Mustafa Dural ve Tufan Ögüz, (2015), "*Kişiler Hukuku*" Cilt:2, Filiz Kitabevi,16. Baskı, İstanbul, s. 17.

²¹ Çakmut, a.g.e. s. 34.

hususla düzenlenmiştir.²² **Çocuk Hakları Sözleşmesi madde 7:** “Çocuk doğumdan hemen sonra derhal nüfus kütüğüne kaydedilecek ve doğumdan itibaren bir isim hakkına, bir vatandaşlık kazanma hakkına ve mümkün olduğu ölçüde ana-babasını bilme ve onlar tarafından bakılma hakkına sahip olacaktır.” Bu düzenlemenin amacı çocuğun ailesini, kökünü, kimlerden gelmiş olduğunu öğrenebilmesini sağlamaktır. İlgili düzenlemede çocuğun ana ve babasını kim olduğunu bilme ve onlar tarafından bakılıp büyütülme hakkı da yer almaktadır. Ana ve babasının kim olduğunu bilmek çocuğun en temel hakkıdır.²³ **Çocuk Hakları Sözleşmesi madde 8:** “Taraf devletler, yasanın tanıdığı şekliyle çocuğun kimliğini; tabiiyeti, isim ve aile bağları dahil, koruma hakkına saygı göstermeyi ve bu konuda yasa dışı müdahalelerde bulunmamayı taahhüt ederler. Çocuğun kimliğinin unsurlarının bazılarında veya tümünde yasaya aykırı olarak yoksun bırakılması halinde, Taraf Devletler çocuğun kimliğine süratle yeniden kavuşturulması amacıyla gerekli yardım ve korumada bulunurlar.” Sadece ulusal değil uluslararası anlamda da çocuğun ailesini bilmesi büyük önem taşımaktadır. Çünkü çocuğun tabi olduğu ülke, ailesinin tabi olduğu ülkeye göre şekil alacaktır. Sözleşmeye üye ülkeler çocuğun ailesini bilme ve tabiiyetini belirleme açısından hukuka uygun kayıt tutma ve bu kayıtları koruma yükümlülüğü altındadır. Çocuğun kimliği, tabiiyeti gibi hususların belirlenmesinde problem yaşıyorsa üye ülkeler gerekli yardımı yapmak ve çocuğun kimliğinin belirlenebilir hale getirilmesini sağlamak zorundadır.

C) ÖZEL HUKUK AÇISINDAN SOYBAĞI KURULMASI

Kişilerin genetik kökenlerini biyolojik türeme yöntemiyle aktardıkları çocuk ile aralarında kurulmuş olan bağ doğal soybağı olup dar anlamda soybağı olarak adlandırılır ve doğumla kendiliğinden kurulur.²⁴ “Soybağı birbirinin soyundan gelen kişiler arasındaki ilişkiyi ifade ettiğinden bu kavram içinde kan bağıının yanında hukuki münasebetin de bulunması, diğer bir ifade ile kan bağıının, hukuk düzeninin aradığı koşullar içerisinde oluşması zorunludur.”²⁵

²² Çakmut, a.g.e. s. 34.

²³ Çakmut, a.g.e. s. 36.

²⁴ Kırkbeşoğlu, a.g.e. s. 7.

²⁵ Yargıtay 8. Hukuk Dairesi 2020/1467 Esas, 2020/3892 Karar ve 24.06.2020 Tarih sayılı kararı;
Ruhi, Ahmet, Cemal, (2021), “Nüfus ve Soybağı Davaları”, Adalet Yayınevi, 1. Baskı, Ankara s. 757.

1. Soybağının Anne ile Kurulması

Çocuğu doğuran kadın anadır. Annenin bilinmediği hallerde bile ana bellidir ancak henüz kim olduğu bilinmemektedir.²⁶ Ananın kim olduğunun bilinmediği bu hallerde açılacak olan dava babalık davasından farklı olarak kurucu değil tespit davası olacaktır.²⁷ “Çocuk ile ana arasında soybağı doğumla kendiliğinden kurulur, tesisi için herhangi bir hükme gerek bulunmadığından, çocuğun annesi ile soybağı ilişkisinin kurulması değil, çocuğu doğuran kadının kim olduğunun tespiti dava konusu edilebilir.”²⁸ Açılacak olan tespit davası bakımından herhangi bir süre bulunmamakta olup hukuki yararı olan herkes tarafından açılabilecektir.²⁹

2. Soybağının Baba ile Kurulması

Baba ile soybağının belirlenmesi anada olduğu kadar kolay olmamaktadır. Bu sebeple de baba ile kurulan soybağı ana ile kurulan soybağından daha zor şartlara tabi kılınmıştır. Baba ile soybağı kanunda öngörülen şartlar gerçekleştiğinde kurulacak şekilde düzenlenmiştir.

a) Anne ile Evlilik

Baba ile soybağı kurulması yollarından biri ana ile evliliğdir. Medeni kanunumuzda evlilik içinde doğan veya evlilik devam ederken dünyaya gelen çocuğun babasının evlilikteki koca olduğunu karine olarak kabul etmiştir. Türk Medeni Kanunu madde 282’de bahsedilen evlilikle kurulan soybağında evliliğin doğumdan önce veya sonra olması bir önem arz etmez. Doğumdan sonra evlilik gerçekleşmişse Türk Medeni Kanunu madde 292 kapsamında çocuk evlilik birliği içinde doğmuş gibi kabul edilecektir. Madde 293’e göre; “Eşler, evlilik dışında doğmuş olan ortak çocuklarını, evlenme sırasında veya evlenmeden sonra, yerleşim yerlerindeki veya evlenmenin yapıldığı yerdeki nüfus memuruna bildirmek zorundadırlar. Bildirimin yapılmamış olması, çocuğun evlilik içinde doğan çocuklara ilişkin hükümlere tabi olmasını engellemez. Daha önce tanıma veya babalığa hükümle soybağı kurulmuş çocukların ana ve babası birbiriyle evlenince, nüfus memuru re’sen gerekli

²⁶ Kırkbeşoğlu, a.g.e. s. 13.

²⁷ Kırkbeşoğlu, a.g.e. s. 13.

²⁸ Sakarya Bölge Adliye Mahkemesi 4. Hukuk Dairesi 2020/1182 Esas, 202/1310 Karar ve 05.11.2020 Tarih sayılı karar; Ruhi, a.g.e. s. 704.

²⁹ Kırkbeşoğlu, a.g.e. s. 13.

işlemi yapar.” Bu hüküm kapsamında çocuğun doğumundan sonra ana-babasının evlenmesi halinde geriye etkili olarak soybağı kurulmuş olur.³⁰

Evlilik içinde doğan çocuğun soybağının kurulması için de ayrıca belli bir süre geçmiş olması da gerekmez. Ancak md. 287/2 kapsamında evlilik sona ermesinden itibaren 300 gün içinde doğan çocuğun da soybağı babaya bağlanır. Yine aynı maddeye göre kanunda belirtilmiş olan bu süre geçtikten sonra çocuk doğmuşsa gebeliğin evlilik içinde meydana geldiğinin tespiti gerekir. Bunun da tespiti mümkün değilse baba ile soybağının diğer yollardan biriyle kurulması mümkün olacaktır. Eşlerin fiilen ayrı yaşamaları, hakimın ayrılık kararı vermesi durumu babalık karinesinin işlemesine engel değildir.³¹ Mahkeme kararı olmadan kocanın fiili olarak kadından ayrı yaşadığı dönemde ana rahmine düşen çocuğun soybağı konusunda TMK madde 288 uygulanır.³² **Yargıtay 2. Hukuk Dairesi 13.06.2006 Tarih 2006/2900 Esas ve 2006/9378 sayılı Karar**’da da belirtmiş olduğu üzere; ananın hamile kaldığı dönemde kocadan ayrı yaşamış olduğu ve ayrı yaşadıkları bu dönemi tarafların da kabul ettiği davada eşlerin ayrı yaşadığına ilişkin tanık beyanlarının varlığını TMK madde 288/1 kapsamında yeterli kabul etmiştir.

Soy bağının reddi davası baba ile çocuk arasında kurulmuş olan soybağının hukuk dünyasından silinmesi amacıyla açılır.³³ TMK madde 286’ya göre; *“Koca, soybağının reddi davası açarak babalık karinesini çürütebilir. Bu dava ana ve çocuğa karşı açılır. Çocuk da dava hakkına sahiptir. Bu dava ana ve kocaya karşı açılır.”* Anayasa Mahkemesi’nin 2023/37 Esas ve 2023/140 Karar 26.07. 2023 Tarih sayılı kararına göre; *“Ana tarafından davacı sıfatıyla çocuğun biyolojik babasının koca olmadığı ileri sürülerek babalık karinesinin çürütülmesi için yargı mercilerine başvurmasına imkan tanımayan kural, özel hayata saygı gösterilmesini isteme hakkı bağlamında etkili başvuru hakkını ihlal ettiği, anılan maddenin Anayasa md. 20 ve md. 40’a aykırı olduğu”* gerekçesi ile TMK md.286’nın ilk fıkrası iptal edilmiş olup ilgili değişiklik 20.07.2024 tarihinde yürürlüğe girecektir.

Soybağının reddi davası baba ve çocuğa verilmiş bir haktır.³⁴ Soybağının reddi kararı yenilik doğuran hüküm niteliğinde olup baba ve çocuk arasındaki

³⁰ Ruhi, a.g.e. s. 593.

³¹ Ruhi, a.g.e. s. 593.

³² Dural ve Ögüz, a.g.e. s. 125.

³³ Turgut, Cemile, (2016), *“Yapay Döllenme Taşıyıcı Annelik ve Soybağına İlişkin Hukuki Sorunlar”*, On İki Levha Yayıncılık A.Ş. 1. Baskı s. 35.

³⁴ Turgut, a.g.e. s. 48.

soybağı geçmişe etkili olarak ortadan kalkar.³⁵ “Baba ile çocuk arasında evlilik içinde doğmaya, babalık karinesine (TMK madde 285), dayalı olarak hukukten kurulmuş bulunan soybağı ilişkisinin ortadan kalkması ancak soybağının reddi ile söz konusu olabilmektedir. Soybağının reddi davasının başarıya ulaşarak çocuk ile babası arasındaki soybağının ortadan kalkması sonucunda çocuk, baba yönünden soybağı bulunmayan çocuk statüsüne girer. **Anayasa Mahkemesinin 25.06.2009 tarihli ve 2008/30 Esas, 2009/96 Karar sayılı kararında** belirtildiği üzere, kişinin genetik-biyolojik köken, kendisine ait olmayan çocuğu reddetme hakkı en temel haklarından birisidir.”³⁶

Soybağının reddi dava yoluyla yapılmalı olup davacı baba olacaktır. Davalı ana ve çocuktur. Ancak ana ve çocuk arasında menfaat çatışması meydana gelebileceğinden çocuğa kayyım tayin edilmesi gerekmektedir.³⁷ Madde 285 ve 287’de belirtilen babalık karinesinin de çürütülmesi yine soybağının reddi davası ile mümkün olacaktır. Ancak karine doğrultusunda değil de yanlış bir kayıt söz konusu olduğu için soybağı kurulmuş gibi gözükiyorsa bu durumda nüfus sicilindeki yolsuz kaydın düzeltilmesi için dava açılması gerekir.³⁸ TMK madde 288 kapsamında çocuğun evlilikten önce veya eşler ayrı yaşarken ana rahmine düşmüş ise davacının başka bir kanıt getirmesine gerek yoktur. Ancak yine aynı maddenin devamına göre gebe kalma döneminde ana ve baba arasında cinsel ilişki meydana geldiğine yönelik kanıtlar varsa, babalık karinesi geçerliliğini koruyacaktır. TMK madde 289’a göre; “Koca, davayı, doğumu ve baba olmadığını veya ananın gebe kaldığı sırada başka bir erkek ile cinsel ilişkide bulunduğunu öğrendiği tarihten başlayarak bir yıl, içinde açmak zorundadır. Çocuk ergin olduğu tarihten başlayarak en geç bir yıl içinde dava açmak zorundadır. Gecikme haklı bir sebebe dayanıyorsa, bir yıllık süre bu sebebin ortadan kalktığı tarihte işlemeye başlar.” Madde 289/1’deki “her halde doğumdan başlayarak beş yıl” ibaresi **Anayasa 2008/30 Esas ve 2009/96 Karar** sayılı kararı ile Anayasa madde 2, 5 ve 17. maddelerine aykırılık teşkil etmesi dolayısıyla kaldırılmıştır. Kararın gerekçesi ise şu şekildedir:

“Ancak maddede öngörülen ikinci süre, yani 5 yıllık süre ile, esin ister öğrensin ister öğrenmesin dava hakkını doğumdan itibaren başlayacak olan 5 yıllık süre ile sınırlamıştır. Bu durumda; kötü niyetli olan anne

³⁵ Kırkbeşoğlu, a.g.e. s. 17.

³⁶ Yargıtay 8. Hukuk Dairesi 2017/8942 Esas, 2019/3455 Karar ve 01.04.2019 Tarih sayılı kararı; Ruhi, a.g.e. s.790

³⁷ Ruhi, a.g.e. s. 596.

³⁸ Turgut, a.g.e. s. 35.

çocuğun doğumunu 5 yıldan fazla bir süre eşinden gizlemişse, eşin dava hakkı düştükten sonra nüfusa tescil ettirerek, eş ile çocuk arasında aslı olmayan bir soy bağını kurabilecektir. Eş 5 yıllık süre geçtiği içinde soy bağının reddi davası açamayacaktır. Zira TMK'nun 289/son maddesinde 1 yıllık sürenin dava açmamakta haklı bir nedene dayanması halinde, sebebin kalkmasından itibaren işleyecek tarzda uzaması mümkünken, 5 yıllık hak düşürücü sürenin uzaması mümkün değildir. Burada öngörülen 5 yıllık sürenin doğumdan itibaren işlemesi hak arama hürriyetini engellemektedir. Zira bu 5 yıllık süre doğumdan itibaren değil de, her hâlükârda nüfusa tescilden itibaren işlemeye başlasa idi, herhangi bir sakıncalı durumun meydana geleceğinden bahsedilemeyecekti.”³⁹

Bu karar ve süreleri değerlendirmek gerekirse; TMK madde 289/1’de yer alan 1 yıllık süre bakımından, dava baba tarafından açılacaksa bu süre içinde baba çocuğu benimsemişse ve çocuğu kabul ederek çocukla yakın ilişki haline girmişse soybağının reddi davasının açılması hakkın kötüye kullanımı sayılmaktadır.⁴⁰ Madde 289/3’de yer alan 1 yıllık nispi sürenin haklı sebepler varsa uzaması hali mümkün olabilirken, maddede yer alan 5 yıllık süre mutlak olması ve bu sürenin geçmesi halinde babalık hakkının kaybedilmesi sonucu doğuyordu bu sebeple de bu hüküm Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir.⁴¹ Ancak yapılan lafzi yorumun yalnızca 1 yıllık süre bakımından yapılması ve 5 yıllık süreyi içine almaması Aksoy Dursun’a göre yanlış bir yaklaşım olup İsviçre Medeni Kanunu madde 256c. hükmü gibi her iki sürenin de nispi kabul edilerek uzamasını karşılayacak şekilde yazılması örnek alınmalıydı.⁴²

Madde 286 kapsamında değinilmesi gereken bir diğer konu da çocuğun da soybağının reddi hususunda dava hakkına sahip olmasıdır. Bu dava anne

³⁹ Sanem Aksoy Dursun, (2018), “Soybağı Davalarındaki Hak Düşürücü Sürelere İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararlarının Değerlendirilmesi”, *İstanbul Hukuk Mecmuası*, Cilt:76, Sayı:2, ss. 393-416, s. 398.

⁴⁰ Aksoy Dursun, a.g.e. s. 397.

⁴¹ Aksoy Dursun, a.g.e. s. 398.

⁴² Aksoy Dursun, a.g.e. s. 399.

Bkz. s. 401: “Anayasa Mahkemesi’nin soybağının reddi davasında koca açısından beş yıllık üst süreyi iptal eden kararı hem aslında bu kararın gerekli olmaması hem de bu kararlar kanunun sistematığının bozulmuş olması sebebiyle genel olarak isabetsizdir. Bu gibi hallerde haklı sebeple uzama durumunu devreye sokularak bir hak kaybı söz konusu olmaksızın sorun pekâlâ aşılabirdi. Ancak bunun ötesinde hukuk politikası olarak üst sürelerin tamamen kaldırılıp kaldırılmaması ayrıca düşünülebilir. Temelde burada iki hukuki menfaatin çatıştığını söylemek mümkündür. Birincisi ailenin korunması öteki tarafta kişilerin biyolojik ana, baba, çocuklarını öğrenme haklarıdır. Burada üst sürenin korunmasının daha isabetli olacağı yönündeki kanaatin sebebi bu davanın yapısı ve özelliği itibariyle hassas bir konuyu barındırıyor olmasıdır.”

ve kocaya karşı açılacaktır. Kocanın ölmesi halinde dava mirasçılara karşı açılacaktır. Davacı çocuğun, davalı babanın kendi babası olduğunu ispat etmesi gerekir. İspat açısından başvurulacak olan kanıt DNA'dır. DNA testi soybağı anlamında kesine yakın sonuç veren testtir. Dava açısından madde 289'da hak düşürücü süreler düzenlenmiştir. Diğer ilgili kişilerin dava hakkı ise madde 291'de düzenlenmiştir. TMK madde 291'e göre; *“Dava açma süresinin geçmesinden önce kocanın ölmesi veya gaipliğine karar verilmesi ya da sürekli olarak ayırt etme gücünü kaybetmesi hallerinde kocanın altsoyu, anası, babası veya baba olduğunu iddia eden kişi, doğumu ve kocanın ölümünü, sürekli olarak ayırt etme gücünü kaybettiğini veya hakkında gaiplik kararı alındığını öğrenmelerinden başlayarak bir yıl içinde soybağının reddi davasını açabilir.”* Kocanın altsoyu, anası veya babası bakımından tanınmış olan dava hakkı doğrudan bu kimselere tanınmış olup bu kişiler ancak kocanın bu hakkı kullanmaması halinde mümkün olacaktır.⁴³ Davanın çocuk tarafından açıldığı durumda ise süreler 1 yıl ve 5 yıl olmak üzere yine iki farklı süre olarak düzenlenmiş olup madde 291/2'de yer alan 5 yıllık süre 2013 yılında Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir.⁴⁴ 5 yıllık süre mutlak süre olup bu sürenin geçmesiyle kayyım atanması da anlamsız hale geliyordu ve sürenin iptal edilmesiyle zaten anlamlı olmayan bu hükmün iptal edilmesi yerinde olmuştur.⁴⁵ Burada hükmün iptal edilmesiyle oluşan boşluk açısından madde 291/son hükmüne *“kocanın açacağı soybağının reddi davasına ilişkin hükümler kıyas yoluyla uygulanır.”* denilerek doldurulmuş olsa idi kayyım, atanmasından itibaren 1 yıllık süre içinde soybağının reddi davası açma imkanı tanınmış olacaktır.⁴⁶

b) Babalık Davası

Soybağının baba ile kurulmasını sağlayan yollardan biri babalık davası olarak karşımıza çıkmaktadır. Babalık davasının amacı hukuki soybağının kurulmasını sağlamaktır.⁴⁷ TMK madde 301 babalık hükmünü düzenlemektedir. Bu maddeye göre; *“Çocuk ile baba arasındaki soybağının mahkemece belirlenmesini ana ve çocuk isteyebilirler. Dava babaya, baba ölmüşse mirasçılara karşı açılır. Babalık davası, Cumhuriyet savcısına ve Hazineye; dava ana tarafından açılmışsa kayyım; kayyım tarafından*

⁴³ Ruhi, a.g.e. s. 598.

⁴⁴ Aksoy Dursun, a.g.e. s. 400.

⁴⁵ Aksoy Dursun, a.g.e. s. 401.

⁴⁶ Aksoy Dursun, a.g.e. s. 401.

⁴⁷ Kırkbeşoğlu, a.g.e. s. 22.

açılmışsa anaya ihbar edilir.” Doğal yaşamda bir çocuğun yalnızca bir babası var kabul edilir.⁴⁸ Dolayısıyla birden fazla erkekle çocuk arasında soybağı kurulmasına hukuk düzeni izin vermemiştir. Çocuğun soybağı, genetik babası dışında başka bir kimse ile tanıma yoluyla kurulmuşsa bu ilişki tanınmanın iptali davası yoluyla kaldırılmalı ve sonrasında genetik baba ile çocuk arasında soybağı kurulmalıdır.

Babalık davası yoluyla çocuk ve baba arasında soybağı kurulabilmesinin bir diğer şartı da daha önce başka bir kimse ile çocuk arasında babalığa ilişkin hükmün bulunmaması ve çocuğun evlat edinilmemiş olması gerekmektedir. Yani çocukla herhangi bir şekilde başkası ile soybağı kurulmuşsa kişi genetik baba dahi olsa önce bu bağı kaldırılmasını sağlayıp sonra soybağının kurulması yollarına başvurmalıdır. TMK madde 301’e göre babalık davasında soybağının mahkeme tarafından belirlenmesini anne ve çocuk isteyebilecektir. Davalı ise babadır. Davalı ayırt etme gücünden yoksunsa davayı yasal temsilci takip edecektir. Baba ölmüşse düzenlemeye göre mirasçılara karşı dava açılır. Babalık davasının açılması davayı açan ana veya çocuk için kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardandır.⁴⁹ Babalık davasına ilişkin hüküm ile soybağı geçmişe etkili olarak kurulur. Çocuğun ölümünde dava hakkının mirasçılara geçip geçmeyeceği tartışmalı olup ananın ölümünde ise dava hakkı mirasçılara geçmez.⁵⁰ Babalık davasında davalı babanın davayı kabul etmesi tanıma hükmünde olduğundan mirasçılar davalı ise davanın kabulü davanın sonlanmasına sebebiyet verecekse de mirasçıların davayı kabulü davayı sona erdirmez.⁵¹ Babalık davasında hâkim kural olarak re’sen araştırma yapamaz. İspat yükü özel düzenleme yoksa ispat sonucuna bağlanan hukuki hak kimin lehine olacak idiyse o kişiye aittir.⁵²

TMK madde 302’de babalık karinesi düzenlenmiştir. Bu maddeye göre; *“Davalının, çocuğun doğumundan önceki üçyüzüncü gün ile yüzsekseninci gün arasında ana ile cinsel ilişkide bulunmuş olması babalığa karine sayılır. Bu sürenin dışında olsa bile fiili gebe kalma döneminde davalının ana ile cinsel ilişkide bulunduğu tespit edilirse aynı karine geçerli olur. Davalı, çocuğun babası olmasının olanaksızlığını veya bir üçüncü kişinin baba olma olasılığının kendisinininkinden daha fazla olduğunu ispatlarsa karine*

⁴⁸ Ruhi, a.g.e. s. 602.

⁴⁹ Ruhi, a.g.e. s. 603.

⁵⁰ Ruhi, a.g.e. s. 603.

⁵¹ Ruhi, a.g.e. s. 603.

⁵² Ruhi, a.g.e. s. 603.

geçerliliğini kaybeder.” Bu bağlamda kanuni karineye dayanan tarafın karineye yönelik vakıayı ispat etmesi gerekir. Babalık davasında davacı taraf DNA’nın incelenmesi, kan testi vasıtasıyla davalının baba olduğunu ispat edebilmelidir.⁵³

TMK madde 303 babalık davasına ilişkin hak düşürücü süreleri düzenlemektedir. Bu maddeye göre; *“Babalık davası, çocuğun doğumundan önce veya sonra açılabilir. Ananın dava hakkı, doğumdan başlayarak bir yıl geçmekle düşer. Çocuk ile başka bir erkek arasında soybağı ilişkisi varsa, bir yıllık süre bu ilişkinin ortadan kalktığı tarihte işlemeye başlar. Bir yıllık süre geçtikten sonra gecikmeyi haklı kılan sebepler varsa, sebebin ortadan kalkmasından başlayarak bir ay içinde dava açılabilir.”* Maddede düzenlenmiş olan süreler hak düşürücü süre olarak düzenlenmiştir. Babalık davasının bu düzenleme ile bir yıllık hak düşürücü süreye bağlanmış olması uzun süre sonra açılacak bir babalık davası dolayısıyla bu süreçte kanıtların kaybolması, davalının ailesi üzerinde sarsıcı etki meydana getirme ihtimali nedeniyle davalıyı korumak içindir.⁵⁴ Ayrıca bu bir yıllık süre çocuğun en kısa zamanda soybağına kavuşmasını sağlayacağı için kamu yararı ve aile düzenine de katkı sağlamaktadır.⁵⁵ Babalık davası yazılı yargılamaya tabidir. Görevli mahkeme aile mahkemesidir. Yetkili mahkeme de TMK madde 283 kapsamında dava ya da doğum esnasındaki yerleşim yeridir.

c) Tanıma

Soybağının baba ile kurulmasını sağlayan bir diğer yol ise Türk Medeni Kanunu madde 295 kapsamında *tanıma*’dır. Tanıma, evlilik dışında dünyaya gelen çocuğun medeni kanunda öngörülen şartlar doğrultusunda babanın çocuğu nüfusuna alması halidir. Tanımaya ilişkin tek şart tanıyan babanın doğal ve genetik baba olmasıdır. Tanıma babanın tek taraflı irade beyanı ile soybağının kurulmasını sağlayan yollardan biridir. Yine Medeni Kanun’un madde 295’e göre *“Tanıma, babanın, nüfus memuruna veya mahkemeye yazılı başvurusu ya da resmi senette veya vasiyetnamesinde yapacağı beyanla olur. Tanıma beyanında buluna kimse küçük veya kısıtlı ise, veli veya vasisinin de rızası gereklidir. Başka bir erkek ile soybağı bulunan çocuk, bu bağ geçersiz kılınmadıkça tanınamaz.”*

⁵³ Ruhi, a.g.e. s. 603.

⁵⁴ Kırkbeşoğlu, a.g.e. s. 23.

⁵⁵ Kırkbeşoğlu, a.g.e. s. 23.

Eski medeni kanun madde 292’de doğmuş her çocuğun tanınmasına engel olacak şekilde düzenlenmişti.⁵⁶ Bu hükme göre evli erkek ve evli kadının zinası dolayısıyla dünyaya gelen çocuklar ve evlenmesi yasak kişiler arasındaki ilişki sonucu meydana gelen çocukların tanınması mümkün değildi.⁵⁷ Yeni medeni kanunumuzda bu hükmün yerine madde 295 “*Başka bir erkek ile soybağı bulunan çocuk, bu bağ geçersiz kılınmadıkça tanınamaz.*” hükmü getirilmiştir.⁵⁸

Tanıma tek taraflı ve yenilik doğuran bir beyan olup kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardır.⁵⁹ 295. maddede belirtilmiş olduğu üzere ölüme bağlı tasarruf olan vasiyetname yoluyla da tanınmanın yapılması mümkündür. Ancak vasiyetname düzenleyen kimsenin vasiyetname düzenlemeye ehil bir kimse olması gerekmektedir. Kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olmasından dolayı yasal veya iradi temsilcinin ya da ayırt etme gücüne haiz olmayan bir kimsenin tanıma beyanı yapması mümkün değildir. Tanıma beyanında, ana veya çocuğun bu bağlamda rızasının olması gibi bir durum söz konusu değildir. Tanıma yoluyla babalık ilişkisinin tesisi geçmişe etkili olarak kurulmuş olur.⁶⁰ Çocuğun baba tarafından tanınmasına ilişkin davada babanın biyolojik baba olduğunu kanıtlaması gerekmektedir. Tanıma yoluyla soybağının kurulması kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan olup yalnızca ilgilisi tarafından kullanılacaktır. Çocuk öldükten sonra tanıma yapılması mümkün değildir.

Tanıma yoluyla soybağının kurulmasında bildirim ise TMK madde 296’da düzenlenmiştir. Bu maddeye göre; “*Beyanda bulunan nüfus memuru, sulh hâkimi, noter veya vasiyetnameyi açan hâkim, tanımayı babanın ve çocuğun kayıtlı bulundukları nüfus memurluklarına bildirilir. Çocuğun kayıtlı bulunduğu nüfus memurluğu da tanımayı çocuğa, anasına, çocuk vesayet altında ise vesayet makamına bildirilir.*” Nüfus Hizmetleri Kanunu madde 28/1’e göre nüfus memurluklarına bildirim 10 gün içinde yapılacaktır. Madde 28/2’e göre tanıma vasiyetname yoluyla yapılmışsa Nüfus Müdürlüğüne bildirim vasiyetnameyi açan hâkim tarafından yapılacaktır. Madde 28/3’e göre bildirim nüfus memurluklarına yapılmışsa nüfus memuru tarafından doğrudan aile nüfus kütüğüne tescili yapılacaktır. Madde 28/4’e göre çocukla

⁵⁶ Kırkbeşoğlu, a.g.e. s. 20.

⁵⁷ Kırkbeşoğlu, a.g.e. s. 20.

⁵⁸ Kırkbeşoğlu, a.g.e. s. 20.

⁵⁹ Ruhi, a.g.e. s. 606.

⁶⁰ Çakmut a.g.e. s. 44.

soybağı kurulduğundan babanın adı baba hanesine yazılır, çocuk aynı zamanda babanın soyadını alır.

Tanımaya beyanı, yalnızca soybağı başka kimseyle kurulmamış çocuk bakımından geçerli olur. Yapılan tanıma beyanı da TMK madde 297/1'e göre; *"Tanıyan, yanlışla, aldatma veya korkutma sebebiyle tanımanın iptalini dava edebilir."* Tanımının iptalinin dava edilebilmesi için bu hallerden birinin bulunması yeterlidir. İptal davasında davalı anne ve çocuk olacaktır. Ana ve çocuk bu dava bakımından zorunlu dava arkadaşısıdır. TMK madde 298/1'e göre; *"Ana, çocuk ve çocuğun ölümü halinde altsoyu, Cumhuriyet savcısı, Hazine ve diğer ilgililer tanımanın iptalini dava edebilirler. Dava tanıyana, tanıyan ölmüşse mirasçılara karşı açılır."* Tanımının iptali davası kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan olup anne ve çocuğun dava açma hakları birbirinden bağımsız olduğundan anne ve çocuk ayrı ayrı bu davayı açabilecektir.⁶¹ Çocuğun soybağının belirlenmesi kamu düzenini ilgilendirdiğinden dava açma hakkı bu düzenlemede Cumhuriyet savcısına da yetki verilmiştir.⁶² Hazineye dava hakkı tanınması ise soybağının gerçeğe aykırı olarak kurulması olması halinde miras konusunda oluşabilecek karışıklıkları önlemek adına yerinde bir düzenlemedir.⁶³

TMK madde 299'a göre; *"Davacı, tanıyanın baba olmadığını ispatla yükümlüdür. Ana veya çocuk tarafından tanıyanın baba olmadığı iddiasıyla açılan iptal davasıyla ispat yükü, tanıyanın, gebe kalma döneminde ana ile cinsel ilişkide bulunduğu ilişkin inandırıcı kanıtları göstermesinden sonra doğar."* Bu madde kapsamında davayı açan kişinin kim olduğuna göre ispat yükü farklı şekillerde tezahür etmiştir.⁶⁴ Cinsel ilişki bakımından ise, kesin kanıtlar değil güçlü kanıtlara dayanılmış olması yeterli olacaktır.⁶⁵ TMK madde 300'e göre; *"Tanıyanın dava hakkı, iptal sebebinin öğrenildiği veya korkusunun etkisinin ortadan kalktığı tarihten başlayarak bir yıl ve her halde tanımanın üzerinden beş yıl geçmekle düşer. İlgililerin dava hakkı, davacının tanımayı ve tanıyanın çocuğunun babası olamayacağını öğrendiği tarihten başlayarak bir yıl ve her halde tanımanın üzerinden beş yıl geçmekle düşer. Çocuğun dava hakkı, ergin olmasından başlayarak bir yıl geçmekle düşer. Yukarıdaki süreler geçtiği halde gecikmeyi haklı kılan sebep varsa, sebebin*

⁶¹ Ruhi, a.g.e. s. 608.

⁶² Ruhi, a.g.e. s. 608.

⁶³ Ruhi, a.g.e. s. 608.

⁶⁴ Ruhi, a.g.e. s. 608.

⁶⁵ Ruhi, a.g.e. s. 608.

ortadan kalkmasından başlayarak bir ay içinde dava açılabilir.” Düzenlenmiş olan bu süreler hak düşürücü olup hâkim resen dikkate alacaktır.

3. Soybağının Kurulmasının Hukuki Sonuçları

Türk Medeni Kanunu’nda çocuk hakları, çocukla kişisel ilişki tesisi, soyadı, soybağına ilişkin çeşitli düzenlemeler madde 322 vd. hükümlerinde yer almaktadır. Ulusal anlamda çocuğun soybağı sonucu elde etmiş olduğu hakları bu maddelerde düzenlenmiştir. Medeni kanuna göre ana ile soybağı doğum ile kurulur. Baba ile soybağı tanıma, evlilik ve babalık davası yoluyla kurulmaktadır. Bu şekilde kurulan soybağı biyolojik olarak kuruluş olan dar anlamda soybağı olup Medeni Kanun’un 282 vd. maddelerinde düzenlenmiştir. Çocuk ile ana babası arasında kurulan soybağı sonucu çocuk; ana ve baba evli ise babanın soyadını, evlilik dışında doğmuşsa ananın soyadını taşıyacaktır.

Çocuk doğduktan sonra ana ve baba ile arasında kurulan soybağı ve soybağına bağlı olarak isim, soy isim ve vatandaşlığa ilişkin hususlar nüfus kütüğüne kaydedilir. TMK madde 321’e göre; “Çocuk; ana ve baba evli ise ailenin; evli değilse ananın soyadını taşır. Ancak, ana önceki evliliğinden dolayı çifte soyadı taşıyorsa, çocuk onu bekarlık soyadını taşır.” 5091 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu ‘Soybağı’ başlıklı madde 7’ye göre; “Türkiye içinde veya dışında Türk vatandaşı ana veya babadan evlilik birliği içinde doğan çocuk Türk vatandaşıdır. Türk vatandaşı ana ve yabancı babadan evlilik birliği dışında doğan çocuk Türk vatandaşıdır. Türk vatandaşı baba ve yabancı anadan evlilik birliği dışında doğan çocuk ise soybağı kurulmasını sağlayan usul ve esasların yerine getirilmesi halinde Türk vatandaşlığını kazanır.” Soybağına bağlana bir diğer sonuç da bakım nafaka yükümlülüğüdür. TMK madde 327’ye göre bakım ve nafaka yükümlülüğü ana ve babaya aittir. Evlilik dışında doğmuş çocuk içinse bu yükümlülük anaya aittir. Ancak ana bu masrafları babalık davası yoluyla genetik babadan talep edebilecektir.

Çocuğun ana ve babasıyla kurmuş olduğu bağ, kanunen tanınmış olup “hısımlık ilişkisi” olarak adlandırılmaktadır. Hısımlık medeni kanunumuzda bahsedilmektedir. Hısımlık medeni kanunumuz madde 129’da bir evlenme engeli olarak düzenlenmiş olup soybağının dolaylı sonucu da evlenme yasağıdır.⁶⁶ Şahısların kurmuş olduğu hısımlık ilişkileri kendilerinin kişisel

⁶⁶ Kırkbeşoğlu, a.g.e. s.29

durumlarını oluşturur.⁶⁷ Kişisel durum Medeni Kanunumuz madde 24 vd. hükümlerinde “*Kişiliğin Korunması*” adıyla düzenlenmiştir. Kişisel duruma ilişkin bilgiler devletin belirlemiş olduğu görevliler tarafından kişisel durum siciline kaydedilir.⁶⁸ Kişisel durum sicili Türk Medeni Kanunu madde 36 ve devamındaki hükümlerde düzenlenmektedir. Ayrıca Nüfus Hizmetleri Kanunu ve kanun yönetmeliği de sicilin tutulması yoluyla kişisel durumun tespitine katkı sağlamaktadır. Nüfus Hizmetleri Kanunu’nun birinci maddesinde; kişinin doğmasından başlayarak öldüğü tarihe kadar kişisel durumunda meydana gelecek tüm doğal ve hukuka ilişkin değişikliklerin tespit edilerek bu amaç doğrultusunda oluşturulmuş nüfus kütüklerine kaydedileceği belirtilmiştir. Yine aynı kanunun beşinci maddesinde nüfusa ilişkin olayların kaydedildiği nüfus kütüklerinin resmî belge sayılacağı kabul edilmiştir. Kanunkoyucu tarafından konulmuş olan bu kanun maddeleri doğrultusunda; devletin aile hukukuna büyük etkisi olan soybağını kamu yararı, kamu sağlığı, toplum huzurunu sağlamak ve korumak amacıyla öncelendiği görülecektir.

Soybağına ilişkin konular kamu düzeninden olup toplumu ilgilendirir. Bu sebeple Türk Medeni Kanunu madde 284 son fıkrasına göre; hâkim soybağına ilişkin hususları re’sen araştırır ve delilleri de serbestçe takdir eder. Yine aynı maddede soybağının belirlenmesi için gerekli olan ve kişiler açısından herhangi bir tehlike yaratmayan; bulgu ve delil elde etmeye yönelik incelemelere buna maruz kalan kişinin rıza göstermesi gerektiği belirtilmiştir. Burada toplumun ve çocuğun yararı kişi yararından üstün tutulmuştur. Vücuttan tırnak, saç, tükürük gibi maddeler alınarak veya kişiden kan alınarak yapılan bu testlerin de kişinin sağlığına herhangi bir zarar vermeyeceği açıktır. Ancak bu örnekleri vermekten kaçınan kimse yine anılan madde gereği kendisine isnat edilen olguları kabul etmiş sayılacaktır.

Velayet de soybağı sonucunda elde edilen haklardandır. Velayet bakımından kanunda ana babanın evli olup olmamasına göre ayırım yapılmıştır.⁶⁹ Ana baba eğer evli ise TMK madde 336’ya göre velayet hakkına birlikte sahip olacaktır. Ancak ana ve baba evli değilse TMK madde 337’ye göre velayet hakkı ananın olacaktır. Babanın velayet hakkına sahip olabilmesi

⁶⁷ Çakmut, a.g.e. s.4

⁶⁸ Seda Öktem Çevik, (2012), “Çocuğun Anne ve/veya Babası Haricindeki Kişilerin Nüfus Siciline Kaydedilmesinden Doğan Sorunların Değerlendirilmesi” *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı (Prof. Dr. Cevdet Yavuz’ Armağan)* ss.2105-2130 s. 2018.

⁶⁹ Kırkbeşoğlu, a.g.e. s. 28.

için kanunda öngörülmüş olan soybağının kurulması yollarından birinin gerçekleşmiş olması dolayısıyla çocuk ile arasında soybağının kurulmuş olması gerekir. TMK madde 293'e göre; *"Daha önce tanıma veya babalığa hükümle soybağı kurulmuş çocukların ana ve babası birbiriyle evlenince, nüfus memuru re'sen gerekli işlemi yapar."* Kütüğe kayıt sonucu küçük, doğumla ve ilgili kanundaki şartları sağlayarak kazanmış olduğu hakları kütüğe aktarılmış olur. Nüfus kütüğü kişisel durum sicilini yansıtır. Kişisel durum sicili Türk Medeni Kanunu madde 36 vd. hükümlerinde düzenlenmiştir. Nüfus kayıtları Türk Medeni Kanunu madde 7 kapsamında resmî belgelerden olup geçersiz veya hatalı olduğu ispat edilene kadar geçerli sayılır. Çocuk doğal yol ile kurulmuş soybağı dışındaki kişilerin kütüğüne kaydedilmiş olabilir. Bu durum genelde hastanedeki kasıtlı veya kasıtsız ortaya çıkan karışma durumları sonucu veya çocuğu olmayan ailelerin evlat edinme prosedürünü arkadan dolanıp, kanuna aykırı olarak başka ailenin çocuğunu kendi nüfus kütüklerine kaydetmeleri nedeniyle meydana gelir. Küçüğün biyolojik ana- babası dışındaki kimselerin nüfus siciline kaydedilmesi nedeniyle açılmış olan düzeltme davası ile çocuğun kütüğünde gerçeğe aykırı bulunan kayıtlar düzeltilir. Söz konusu kayıt işlemi bir idari işlemdir. Nüfus siciline yanlış kayıt yapılması durumunda çocuk ve gerçekte soybağı olmayan kişiler arasında soybağı ilişkisi meydana getirilmiş olur. Fakat söz konusu yanlış kayıt gerçeği yansıtmayan fiili bir durum meydana getirir.⁷⁰

*"Çocuğun soybağı ise kanunun aradığı şartların gerçekleşmesi ile birlikte kurulur. Nüfus siciline yanlış kayıt kanunen kurulmuş olan bir soybağını değiştirmez. Sicildeki yanlış kaydın düzeltilmesi ile birlikte kanunen kurulmuş olan soybağı durumu sicile doğru bir şekilde aktarılmış olur."*⁷¹

Çocuğun kurulan soybağına göre yerleşim yeri belirlenmesi yine Medeni Kanun'da düzenlenmiştir. Medeni kanundaki çeşitli düzenlemeler çocuklar korunmaya muhtaç yapıda olmaları dikkate alınarak ve zamanın şartlarına uyarlanarak düzenlenmiştir. Aile yapısını korumak adı altında yapılan eski düzenlemelerin, aile yapısını korumadığını aksine doğan çocuğu çeşitli haklardan mahrum bırakarak adeta onu cezalandırdığı görülünce; evlilik dışı doğan çocukları cezalandıran ve onları çeşitli haklardan yoksun bırakan eski kaideler terk edilmiş ve kanunlarda iyileştirici düzenlemeler yapılmıştır. Örneğin miras hukuku bakımından dezantajlı grup olan evlilik dışı çocukların, evlilik içinde doğan diğer çocuklarla eşit oranda miras almasına hak

⁷⁰ Öktem Çevik, a.g.e. s. 2127.

⁷¹ Öktem Çevik, a.g.e. s. 2113.

tanınmıştır. Yapılan düzenlemelerle hem üye olunan Çocuk Hakları Sözleşmesi kapsamındaki yükümlülükler yerine getirilmiş hem de çocukların hakları koruma altına alınmıştır.

Vatandaşlık hususunda ise, Türk ana veya babanın vatandaşlığı MÖHUK madde 17 kapsamında çocuk için de geçerli olacaktır. Yine çocuğun velayeti ve kanuni yerleşim yerinin belirlenmesi açısından Türk Medeni Kanunu madde 21'e göre soybağı büyük önem arz etmektedir. Çocuk soybağının kurulmasıyla elde etmiş olduğu birçok hakkı kullanabilmektedir. Ancak sadece soybağının kurulmuş olması yetmez çocuğa ulusal ve uluslararası anlamda tanınmış olan hakların devlet tarafından kullanımının engellenmemesi de büyük önem taşır. Örneğin babalık davasında hak düşürücü süre tesis edilmesi çocuğun bu süreyi geçirmesi halinde soybağı kurulamaması ve bu yolla elde edeceği hakları kullanamaması anlamına gelecek olup insan ve çocuk haklarının açıkça ihlal edilmesine neden olacaktır.⁷² Türk Medeni Kanunu madde 303'de ise babalık davasındaki düzenlemeden farklı olarak çocuk için babalık davası açmak herhangi bir süreye bağlanmamıştır. Bu husus küçüğün yararının korunması açısından önemli bir düzenlemedir. *“Anayasa Mahkemesinin iptal kararlarından sonra, çocuk tarafından açılan babalık davasında artık herhangi bir hak düşürücü süre söz konusu değildir. o halde mahkemece, işin esasının incelenip iddia ile ilgili taraf delillerinin toplanması, bütün delillerin birlikte değerlendirilmesi ve oluşacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekir.”*⁷³

Eski Hukuk Muhakemesi Kanunumuzda bu konuda herhangi bir hüküm bulunmaz iken yeni düzenlenen Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 292, yargıcın soybağına yönelik araştırmayı zorla yaptırabilmesine karar verme imkânı tanınmıştır. Soybağı kamu düzeninden olması dolayısıyla herhangi bir karışıklık ciddi sonuçlara yol açabileceğinden ilgili istisna kanunla öngörülmüştür. Bu husus her ne kadar kişilik haklarına aykırı görünse de vücuttan tırnak, saç gibi maddeler alınarak veya swap yardımıyla ağızdan tükürük veya kişiden kan alınarak yapılan bu testlerin de kişinin sağlığına herhangi bir zarar vermeyeceği açıktır. Kamu düzeni burada daha üstün tutulmuş olup çocuğun yararı korunmaya çalışılmıştır.

⁷² Çakmut, a.g.e. s. 36.

⁷³ Gaziantep Bölge Adliye Mahkemesi 2. Hukuk Dairesi 2020/176 Esas, 2020/873 Karar ve 05.04.2021 Tarih sayılı kararı; Ruhi, a.g.e. s. 676.

İKİNCİ BÖLÜM

ADLİ GENETİK VE BİYOLOJİ BİLİMLERİ İŞİĞİNDA SOYBAĞI HUKUKU VE TAŞIYICI ANNELİK, SPERM-YUMURTA-EMBRİYO BANKALARI

A) TIP VE SAĞLIK HUKUKU BAKIMINDAN SOYBAĞININ KURULMASI

1. Evlilik Birliği İçinde Soybağının Kurulması

Evlilik birliği içinde eşlerin, dünyaya bir çocuk getirmek istedikleri halde, zaman zaman çeşitli tıbbi sorunlar sebebiyle çocuk sahibi olamadıkları bilinen bir gerçektir. Ebeveynler için çok zor olan çocuk sahibi olamama durumu, yıllarca toplumda yara olarak var olmuştur. Sağlık alanındaki çalışmaların bir kısmı da bu problemi çözmek üzere yönlendirilmiştir. Yapılan çalışmalar sonucu bulunan alternatif yollar ile bu probleme çareler üretilmeye çalışılmış, anne ve babaların çocuk hasreti giderilmek istenmiştir. Günümüzde ana ve babadan alınan yumurta ve spermelerin birleştirilmesi laboratuvar ortamında yapılabilmektedir. Gelişen teknoloji sayesinde yeni üreme yöntemleri bulunmuş, ancak bu yolla elde edilen çocukların soybağının nasıl ve kimle kurulacağı sorunu ortaya çıkmıştır. Bu problemlere çare bulmakta çoğu hukuk kuralı yetersiz kalmış, toplumsal açıdan ciddi problemler meydana gelmiştir.⁷⁴ Ayrıca toplumların da bu derece hızlı teknolojik değişime hazır olmaması nedeniyle ahlaki ve etik sorunlar da hukuki problemlerin üzerine eklenmiştir.

Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik madde 4/1-ğ ile “Üremeye yardımcı tedavi (ÜYTE): Anne adayının yumurtası ile kocanın sperminin çeşitli yöntemlerle döllenmeye daha elverişli hale getirilerek, gerektiğinde vücut dışında döllenmesini sağlayıp gametlerin veya embriyonun anne adayına transferini kapsayan ve modern tıpta bir tıbbi tedavi yöntemi olarak kabul edilen uygulamaları ifade eder.” üremeye yardımcı tedavi yöntemlerinin tanımı yapılmıştır. Üremeye yardımcı tedavi yöntemleri ile cinsiyet de yapay yollarla

⁷⁴ Hülya Deniz Yıldırım, (2018), “Üremeye Yardımcı Tedavide Üçüncü Kişiden Üreme Hücresi Alınması, Yaklaşımlar ve Hukuksal Sorunlar”, *Adli Tıp Dergisi*, Cilt:31, Sayı:3, ss. 143-154. s. 144.

değiştirilebilmekte yani seçiminin embriyo haline getirilirken yapımı mümkün olmakta ve çocuğun çeşitli kalıtsal hastalıklara yakalanma riski de bu yöntemle ortadan kaldırılabilir. Ancak ülkemizde *Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik* EK-17’de belirtilmiş olduğu üzere laboratuvar ortamında cinsiyet belirleme ve bunun anne karnına yerleştirilmesi yasaklanmıştır.⁷⁵ Bahsedilen yönteme sadece çok ciddi genetik hastalık olması durumunda başvurulabilmektedir.⁷⁶

Ana ve babanın doğal yollarla çocuk sahibi olamaması durumunda, üreme hücrelerinin ana ve babadan alınarak laboratuvar ortamında birleştirilmesiyle çocuk sahibi olmaları gelişen teknoloji sayesinde mümkün olmaktadır. Burada genetik olarak çocuğun ana ve babası evli eşler olacağından soybağı açısından da herhangi bir sorun bulunmayacaktır. Çünkü çocuğun fiili ve hukuki bakımından ana ve babası tespit edilip soybağı kütüğüne işlenecektir. Yani çocuk ile ana ve babası arasında kurulan soybağı hem doğal hem de hukuki soybağı olacaktır.⁷⁷ Bu yolla meydana getirilen embriyonun laboratuvarda gerçekleştirilen dölleme işlemine ise *Homolog Dölleme* denilmektedir. Homolog Döllemede karı ve koca arasında cinsel birleşme olmadan erkeğin hücrelerinin kadının üreme hücreleriyle laboratuvar ortamında eşlerden alınan üreme hücreleri ile oluşturulan embriyonun kadının rahmine yerleştirilmesi olarak tanımlanmaktadır.⁷⁸ Homolog dölleme dar anlamda döllemedir. Kanun, ana ile cinsel ilişki yoluyla kurulan soybağına öncelik vermektedir. Ancak bunun mümkün olmaması halinde ulusal ve uluslararası anlamda gene kabul gören homolog dölleme yöntemi uygulanmasını mümkün kılacak düzenlemeler bulunmaktadır.

2. Heterolog Dölleme

Evli olmayan kimseler arasında veya evli kimselerin üreme hücrelerine üçüncü kişilerin üreme hücreleri eklenerek oluşturulan embriyonun anneye veya anne dışındaki bir kadının rahmine zerk edilmesiyle meydana gelen döllemeye *Heterolog Dölleme* denilmektedir.⁷⁹ Heterolog Dölleme yöntemi ile ana baba dışındaki kimselerden alınan ve soybağının

⁷⁵ Yıldırım, a.g.e. s. 144.

⁷⁶ Yıldırım, a.g.e. s. 144.

⁷⁷ Ergüneş, Seda, (2012). “Yapay Dölleme”, *İstanbul Barosu Yayınları Sağlık Hukuku Makaleleri I*, Basımevi, İlk Baskı Ege, ss.167-178 s. 171.

⁷⁸ Çakmut, a.g.e. s. 49.

⁷⁹ Çakmut, a.g.e. s. 49.

kurulmasında karışıklıklara yol açan yöntemleri kanunkoyucu sıkı şartlara bağlamış olup çeşitli denetimlere ve yasaklara tabi kılmıştır.⁸⁰ Çünkü bu şekilde yapılan döllenmeye eşler dışında üçüncü kimseler dahil olmakta bu sebeple de soybağında karışıklara neden olmaktadır. Kamusal önemi yadsınamaz olan soybağında karışıklık söz konusu olacağı için kanunkoyucu bu şekildeki döllenmeye müdahale etme gereği duymuştur. Kanunun izin verdiği üreme şekillerine aykırı olarak meydana getirilen üremeye ilişkin sözleşmeler ise; TMK madde 27'ye göre “*emredici hukuk kuralı karşısında kanuna, kişilik haklarına, ahlaka ve adaba aykırı sözleşmelerden kabul edilerek hukuken batıl sayılacaktır.*” denilerek soybağındaki karışıklıklara mâni olmak istenmiştir.⁸¹

Örneğin Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Yönetmeliği madde 17’de;

“Üremeye yardımcı tedavi eşlere sadece kendilerine ait üreme hücreleri uygulanır. Herhangi bir şekilde donör kullanılması, donör kullanılarak embriyo elde edilmesi, adaylardan alınan yumurta ve sperm ile elde edilen embriyoların başka adaylarda, aday olmayanlardan alınanlar da adaylarda kullanılması ve uygulanması yasaktır. Bu yasaklara aykırı olarak elde edilen gebeliklerin herhangi bir aşamada tespit edilmesi durumunda, merkezin ruhsatı/faaliyet izni ve bu işlemi yapan kişilerin sertifikaları iptal edilir. Ayrıca bu kişilerin bir daha merkezlerde çalışmasına izin verilmez ve adli yönden işlem yapılmak üzere Cumhuriyet Savcılığı’na bildirilir.”

denilmektedir.⁸²

Örnek olan madde ve yönetmeliğin diğer hükümleri incelendiğinde karı ve kocanın yabancı kimselere ait üreme hücreleri ile çocuk sahibi olmaları kamu düzeni nedeniyle yasaklanmıştır. *Taşıyıcı annelik* (karı ve kocanın yumurta ve sperminin laboratuvar ortamında birleştirilerek başka bir kadının rahmine yerleştirilmesi ve doğan çocuğun üreme hücrelerinin sahibi ana ve babaya verilmesi), sperm veya yumurta, embriyo bankaları ülkemizde yasaklanan üreme tedavi yöntemlerindendir.⁸³ Ayrıca üreme tedavisi yalnızca karı ve kocaya (evli çiftlere) belli şartları sağladıktan sonra uygulanır. Bekâr kimselerin üreme tedavisinden yararlanması mümkün değildir. Çocuk sahibi

⁸⁰ Yıldırım, a.g.e. s. 146.

⁸¹ Yıldırım, a.g.e. s.146

⁸² Yıldırım, a.g.e. s. 146.

⁸³ Ebru Şenöz Malkoç, (2014), “Uluslararası Taşıyıcı Annelik Sözleşmesinden Doğan İhtilaflarda Uygulanacak Hukuk” *MHB (Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genç Milletlerarası Özel Hukukçular Konferansı Tebliği)*, Cilt:35, Sayı:2, 13-49 s. 15.

olmak dışında embriyonun başka amaçlarla elde edilip saklanması da kesinlikle yasaklanmıştır. Aksi davranışların idari ve cezai yaptırımları bulunmaktadır.⁸⁴

Üremeye Yardımcı Tedavi için gerekli şartlar:

- 1- Üremeye yardımcı tedavi yöntemleri yetkili doktor eliyle yapılmalıdır.
- 2- Üreme tedavisi uygulanacak kimseler evli olmalıdır.
- 3- Doğal yollarla çocuk sahibi olma ihtimalinin düşük olmalı veya imkân bulunmamalıdır.
- 4- Kullanılacak üreme hücreleri tedavi uygulanacak eşlere ait olmalıdır.
- 5- Uygulamadan önce eşlerin her ikisinin de rızası alınmalıdır.
- 6- İşleme yönelik aydınlatma hekim tarafından yapılmalıdır.

Yardımcı üreme teknikleri yoluyla gerçekleştirilen homolog döllenme tıbbi işlemin gerçekleştirilebilmesi için rıza gerektiren hususlardandır. Eşlerden birinin rızası olmadan, diğer eşin yardımcı üreme teknikleri yoluyla çocuk sahibi olmaya çalışması ağır ve onur kırıcı bir durum olması nedeni ile boşanma sebebi olarak kabul edilebilecektir.⁸⁵ Tüm bu yasaklara rağmen hukuka aykırı ve şartları oluşmadan yapay yollarla meydana getirilen embriyonun büyümesi ve çocuğun doğması durumunda ise soybağı kurulması hususunun nasıl yapılacağı önem arz etmektedir. Kanunkoyucu burada çocuğun evlilik içinde doğup doğmamasına bakmaktadır. Temel kural, çocuğu doğuran kimse “ana”dır. Yani kanunumuz yumurta sahibine herhangi bir hak tanımamıştır. Yumurta sahibinin çocuk üzerinde hukuki bir bağı kabul edilmemiş ve dava açma hakkı da verilmemiştir.⁸⁶ Üreme hücreleri başkasına ait olsa da çocuğu doğuran kadın çocuğun anası kabul edilecek ve onunla soybağı kurulacaktır. Baba yönünden ise; ana eğer o sırada evli ise Türk Medeni Kanunu madde 282’ye göre eşi ile çocuğun soybağı kurulmuş olacaktır. Burada yine üreme hücrelerinin başka erkeğe ait olması soybağının kurulmasına etki etmeyecektir.

⁸⁴ Yıldırım, a.g.e. s. 146.

⁸⁵ Metin, Sevtap, (2019), “*Biyo-tıp Etiği ve Hukuk*” Betim Kitaplığı, 2. Baskı, İstanbul s. 481.

⁸⁶ Yıldırım, a.g.e. s. 151.

Üremeye yardımcı teknikler yoluyla kocanın üreme hücresiyle birlikte başka erkeklerin üreme hücreleri de kullanılmışsa bu durumda kocanın rızası varsa çocuk ile arasında soybağı kurulacaktır ancak kocanın rızası yoksa kocanın soybağının reddi davasını açarak soybağının reddetme imkânı bulunmaktadır.⁸⁷ Spermli kendisine ait olan erkek ise tanıma veya babalık hükmü yoluyla çocuğun babası kabul edilebilecek bu doğrultuda soybağı kurulacaktır. Üreme hücrelerinin sahibi kadın ve erkeğin doğan çocuk ile soybağının kurulması ise, ancak Türk Medeni Kanunu madde 306 uygulanarak evlat edinme yoluyla mümkün olacaktır. Kanun koyucunun bu tarz üreme metotlarını yasaklamasındaki temel amaç soybağı kurulmasında meydana gelebilecek karışıklıklardır. Ayrıca cenine bir eşya gibi davranılmakta; üreme hücreleri başka bir kadının rahmine yerleştirilerek para karşılığı onun karnında büyütmesi sağlanmakta veya bu hücrelerin ya da laboratuvarda üretilmiş embriyoların para karşılığında çocuk sahibi olmak isteyen kimselere satıldığı gözlenmektedir.⁸⁸ Bu durum kişilik haklarına da açıkça aykırı bir durum teşkil etmektedir. Soybağının kişilik üzerine etkisi de düşünüldüğünde çocuk kendisine tanınmış uluslararası haklar dolayısıyla soybağını, ana ve babasını öğrenme hakkında sahipken; anonim kişilerin toparlama hücreleriyle hayata tutunması belki de hiçbir bağı olmayan kişiler tarafından büyütülmesi sonucuyla karşı karşıya kalacaktır.

Örnek vaka:

“İngiliz Mahkemesi’nde açılmış olan bir davaya konu olayda, Ukraynalı evli bir kadınla İngiliz çift arasında ikame annelik (taşıyıcı annelik) sözleşmesi imzalanmıştır. Donörün yumurtasının babanın spermi ile birleştirilmesi neticesinde elde edilen embriyo taşıyıcı annenin rahmine yerleştirilmiş ve ikiz çocuk dünyaya gelmiştir. Ukrayna yasasına göre, taşıyıcı annelik sözleşmesi geçerli ve yasal kabul edildiğinden İngiliz çift çocuğun anne ve babasıdır. Ancak İngiliz hukukuna göre ikizlerin yasal anne ve babası çocuğu doğuran kadın ve onun kocası olduğu için genetik baba İngiliz erkek olmasına rağmen İngiliz Mahkemesince, Ukraynalı taşıyıcı anne ve onun kocasının ikizlerin anne ve babası olduğuna karar verilmiştir.”⁸⁹

⁸⁷ Turgut, a.g.e. s. 36.

⁸⁸ Yıldırım, a.g.e. s. 149.

⁸⁹ Yıldırım, a.g.e. s. 149.

3. Yumurta, Sperm ve Embriyo Bağışı

Evlilik içinde erkeğin üreme yeteneğinden yoksun olması veya evlilik dışı cinsel ilişki olmadan kadının çocuk sahibi olmak istediği durumlarda başka bir erkeğin sağlıklı üreme hücresinin kadının yumurtası ile birleştirilip embriyo haline getirilmesi ve embriyonun kadın rahmine yerleştirilmesi usulünde *sperm bağışı* söz konusu olur.⁹⁰ Sperm bağışı soybağı anlamında ciddi problemlere neden olabileceğinden ve heterolog döllenme yönteminin uygulanma yöntemlerinden biri olması nedeniyle *Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik EK-17* kapsamında yasaklanmıştır.⁹¹ Sperm bağışı yasaklanmış olduğundan herhangi bir kişinin sperm bağışladığından bahisle baba olduğunu iddia ederek dava açma imkânı bulunmamaktadır. Soybağı kurmak isteyen kimse ve çocuk arasında bu bağın kurulabilmesi için çocuğun başkasına soybağı ile bağlanmamış olması ve baba olduğunu iddia eden kişinin biyolojik baba olduğunu ispat etmesi gerekir. Biyolojik babanın çocuğu kendi soybağına bağlama gibi bir hakkı olsa da baba olduğunu iddia eden herkese bu davayı açma hakkının tanınması aile ve toplum düzeni bakımından karışıklıklara sebep olabilecek ya da çocuğun sosyal ve ruhsal dengesini bozabilecek niteliktedir.⁹²

Kadının üreme yeteneğinden yoksun olması durumunda sağlıklı yumurta hücrelerine sahip başka bir kadından yumurta alınarak diğer eşin spermi ile birleştirilir ve oluşturulan embriyo, yumurtası üreme amacıyla kullanılamayan kadının rahmine yerleştirilir. Bu durumda *yumurta bağışı* söz konusu olacaktır. Yumurta bağışında kastedilen üreme hücresi olan yumurta olup yumurtalığın naklinden bahsedilmemektedir.⁹³ Yumurtalık üreme hücrelerini içeren bir organ olması dolayısıyla organ nakli kapsamına girmektedir. Yumurta bağışı soybağı anlamında ciddi problemlere neden olabileceğinden ve heterolog döllenme yönteminin uygulanma yöntemlerinden biri olması nedeniyle *Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik EK-17* kapsamında yasaklanmıştır.

⁹⁰ **Embriyo:** Ana karnında gelişimini sürdüren ancak organları tam olarak gelişmemiş varlık

⁹¹ Yasağa rağmen sperm bağışı yapılmışsa ve sonrasında çocuk dünyaya gelmişse soybağının nasıl ve ne şekilde kurulacağı “*Yardımcı Üreme Teknikleri, Taşıyıcı Annelik Kurumları Bakımından Soybağı*” başlığında incelenmiştir.

⁹² Turgut, a.g.e. s. 50.

Yumurtalık: Döl yatağının iki yanında simetrik olarak bulunan bezlerde yer alan dışı üreme hücreleri olan yumurtaları içeren üreme organıdır.

⁹³ Turgut, a.g.e. s. 55.

Bu yasağa rağmen yumurta bağışı gerçekleşmişse çocuğu doğuran kadın ve çocuk arasında soybağı kurulacaktır.⁹⁴ Hukukumuzda yumurta sahibine herhangi bir hak tanınmamıştır.

Farklı kimselere ait yumurta ve spermin laboratuvar ortamında veya yabancı bir kadın rahminde döllendirilip belli bir gelişim düzeyine geldikten sonra ananın rahmine gelişen embriyonun yerleştirilmesine *embriyo bağışı/nakli* denir.⁹⁵ Embriyo nakli hem heterolog hem de homolog döllenme için kullanılabilir. Embriyo bağışı *In-Vivo* ve *In-Vitro* teknikleri kullanılarak iki farklı şekilde yapılabilir. *In-Vivo* “canlı içinde” anlamına gelmekte olup bu teknikte farklı kimselere ait spermin farklı bir kadının rahmine yerleştirilip embriyonun gelişmesinden sonra ana rahmine zerk edilmesi yoluyla embriyo bağışı gerçekleştirilmiş olur.⁹⁶ Embriyo naklinin söz konusu olduğu iki tekniğin de ortaya çıkmasının asıl nedeni üreme hücrelerinin veya ana rahminin üremeye elverişli olmamasından kaynaklanır.⁹⁷ Bu teknikte ayrıca döllendirme işleminin dışarıda yapılmadan spermilerin doğrudan kadın rahmine şırınga yoluyla enjekte edilmesi yoluyla yapılması da mümkündür.⁹⁸ *In-Vivo* tekniği ile elde edilen bebek için evlat edinme işleminin doğum öncesi zamana alınması olarak da bakılabilir. *In-Vitro* “tüp içinde” anlamına gelmekte olup bu teknikte de farklı kişilere ait üreme hücrelerinin laboratuvar ortamında birleştirilerek ana rahmine zerk edilmesi söz konusu olur.⁹⁹ Halk arasında tüp bebek yöntemi olarak da adlandırılır. Kadının yumurtalarının kalitesini açmak için öncelikle ilaç kullanılır ardından yumurta sperm ve kültür sıvısı tüp içine yerleştirilerek spermilerin yumurtaya kendiliğinden girip döllemesi beklenir ve döllenme işlemi üreme hücrelerinin karşılaşmalarından 24 saat sonra gerçekleşir.¹⁰⁰ Döllenme işlemi başarılı olana kadar bu işleme tekrarlanır. Döllenmiş yumurtalardan ÜYTE Yönetmeliğine göre kural olarak

⁹⁴ Yasağa rağmen sperm bağışı yapılmışsa ve sonrasında çocuk dünyaya gelmişse soybağının nasıl ve ne şekilde kurulacağı “*Yardımcı Üreme Teknikleri, Taşıyıcı Annelik Kurumları Bakımından Soybağı*” başlığında incelenmiştir.

⁹⁵ Turgut, a.g.e. s. 62.

⁹⁶ Turgut, a.g.e. s. 62.

⁹⁷ Çakmut, a.g.e. s. 60.

⁹⁸ Spermilerin rahim içine enjekte edilmesine ***Rahim İçi İnseminasyon*** denilmektedir. Bu yöntemde kadının her ay ürettiği yumurtaların sayısı kullanılan yöntemlerle birkaç katına çıkarılır ve erkeğin spermi laboratuvar ortamında belli seviyeye getirilip şırıngalanarak spermierahim içine özel bir boru yardımıyla bırakılır ve kadının hamile kalma şansı artırılır. Turgut, a.g.e. s. 63.

⁹⁹ Turgut, a.g.e. s. 64.

¹⁰⁰ Turgut, a.g.e. s. 70.

yalnızca bir tanesi rahme yerleştirilir. Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Yönetmeliği ek madde 7'e göre:

“Anne ve çocuk sağlığını riske eden çoğul gebeliklerin önlenmesi esastır. Bu kapsamda;

a) ÜYTE yöntemlerinden biri olan klasik ovulasyon indüksiyonu ile 2 (iki) den fazla folikül gelişmemesi hedeflenmelidir. Çoğul gebeliklerin önlenmesi için üç veya daha fazla folikül gelişmesi halinde artifisyonel inseminasyon işlemi yapılması yasaktır.

b) Merkezlerde ÜYTE uygulamasında birden fazla embriyo transfer edilmemesi esastır. Ancak, 35 yaşa kadar birinci ve ikinci uygulamada tek embriyo, üçüncü ve sonraki uygulamalarda iki embriyo, 35 yaş ve üzerinde tüm uygulamalarda en fazla iki embriyo transfer edilebilir. Bu yasaklara aykırı hareket eden merkezler ilk tespitite 6 ay yeni başvuru kabulü yapamaz, ikinci tespitite ise merkezin ruhsatı/ faaliyet izni iptal edilir. Ayrıca ÜYTE ünite sorumlusu ve laboratuvar sorumlusunun sertifikası iptal edilir ve bu kişiler merkezlerde çalışamaz.”

Yönetmelik maddesinde de belirtilmiş olduğu üzere birden fazla transferin sınırlandırılmasının nedeni ana ve doğacak çocuğun sağlığını korumaktır. Hukukumuzda iki tekniğin de yalnızca eşler arasında yapılması kabul edilmiştir. ÜYTE Yönetmeliği ek madde 17’de farklı kimseleri arasında yardımcı üreme tekniklerinin kullanılması yasaklanmıştır. Gelişen tıbbi uygulamalar ve toplumsal değişimler sonucu her ne kadar yasak olsa da meydana gelen doğumlar bakımından mevcut hükümlerin yetersiz kalması ve hukuksal boşlukların artması nedeniyle meydana gelen doğumlar ve soybağına ilişkin kanunumuzda yeni düzenlemelerin yapılmasını gerektirmektedir. Kadın ve erkekten alınan üreme hücreleriyle döllenme gerçekleştirildikten sonra kullanılmayan hücreler veya embriyolar belli şartlar sağlandığı takdirde dondurularak saklanabilir. Ancak kullanılmayan veya öngörülen şartları sağlayamayan üreme hücreleri veya embriyolarında belli koşullara uygun olarak imha edilmesi gerekir. Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Yönetmeliğinin 20. maddesine göre tıbbi olarak zorunlu değilse üreme hücrelerinin saklanması yasaktır. Ancak tıbbi zorunluluk varsa kadın ve erkekler açısından saklanmayı gerektiren haller şöyledir;

“(2) Erkeklerde üreme hücreleri ve gonad dokularının saklanması gerektiren tıbbî zorunluluk halleri şunlardır;

a) Cerrahi yöntemlerle sperm elde edilmesi halinde,

b) Kemoterapi ve radyoterapi gibi gonad hücrelerine zarar veren tedaviler öncesinde,

c) Üreme fonksiyonlarının kaybedilmesine yol açacak olan ameliyatlar (testislerin alınması ve benzeri) öncesinde,

ç) Çok az sayıda sperm olması (kriptozoospermi) durumunda.

(3) Kadınlarda üreme hücreleri ve gonad dokularının saklanması gerektiren tıbbî zorunluluk halleri şunlardır;

a) Kemoterapi ve radyoterapi gibi gonad hücrelerine zarar veren tedaviler öncesinde,

b) Üreme fonksiyonlarının kaybedilmesine yol açacak olan ameliyatlar (yumurtalıkların alınması gibi operasyonlar) öncesinde,

c) Düşük over rezervi olup henüz doğurmamış veya aile öyküsünde erken menopoz hikâyesinin üç uzman tabipten oluşan sağlık kurulu raporu ile belgelendirilmesi durumunda.”

ÜYTE Yönetmeliği madde 20/4’de ayrıca cerrahi yöntemlerle sperm elde edilmesi halinde veya çok az sayıda sperm olması durumunda saklama işlemi için “Dondurulma tarihinden itibaren doksan gün içinde kullanılması halinde DNA analizi aranmaz.” Üreme hücrelerinin saklanması da belli süreye bağlanmıştır. ÜYTE madde 20/4’e göre; “Saklama süresinin bir yılı aşması halinde kişi mutlaka başvuruda bulunarak rızasının devam ettiğini ifade eden imzalı dilekçesini vermelidir. Dondurulan üreme hücreleri ve gonad dokuları, alınan kişinin yıllık protokol yenilememesi, isteği ve ölümü durumlarında müdürlükte kurulacak komisyon tarafından tutanak altına alınarak imha edilir.” ÜYTE Yönetmelik madde 20/5’de ise saklama süresi ve prosedüründen ayrıca imha sebeplerinden bahsedilmiştir: “Adaylardan fazla embriyo elde edilmesi durumunda eşlerden her ikisinin rızası alınarak embriyolar dondurulmak suretiyle saklanır. Saklama süresinin bir yılı aşması halinde her yıl embriyonun saklanması için çiftler mutlaka başvuruda bulunarak taleplerinin devam ettiğini ifade eden imzalı dilekçe vermelidir. Eşlerin birlikte talebi, eşlerden birinin ölümü veya boşanmanın hükmen sabit olması halinde ya da belirlenen süre son bulduğunda saklanan embriyolar müdürlükte kurulacak komisyon tarafından tutanak altına alınarak imha edilir. Bakanlıkça elektronik kayıt sistemi oluşturulması halinde merkezde saklanan embriyolara ilişkin bilgiler bu sisteme kaydedilir. ÜYTE Yönetmeliği madde 20/6’da ise saklama süresinin en fazla beş yıl olması öngörülmüştür. Beş yıldan fazla saklanması gerekiyorsa Sağlık Bakanlığının izni aranacaktır. Aksi takdirde örneklerin imha edilmesi gerekir.

Dondurulmuş embriyonun kişiliği olup olmadığı doktrinde tartışma konusudur. Görüşlerden bir kısmı dondurulmuş embriyonun da rahimdeki embriyodan bir farkı olmadığını bu sebeple de hukuki korumalar sağlanarak

yok edilmesi gerektiğinde de rahimdeki embriyo ile aynı prosedürün uygulanması gerektiğini savunmaktadır.¹⁰¹ Diğer bir görüş de dondurulmuş embriyo kişi olmasa da gelecekte koşullar sağlanırsa kişilik kazanabileceğinden, kişilere gösterilen saygının dondurulmuş embriyoya da gösterilmesi gerektiğini savunan bu görüşe hukuk süjesinin yansıma etkisi denilmektedir.¹⁰² Bir diğer görüş ise dondurulmuş embriyoların kişi olmadığını savunmakta olup bu görüşün dayanağı olan *Case of Evans v. United Kingdom AİHM Kararına* göre; eşlerin evliyken embriyoların dondurulması için vermiş olduğu rızadan boşandıktan sonra eski kocanın vazgeçmesi üzerine dondurulan embriyoların yaşam haklarının olmadığından bahisle, çocuk sahibi olmak istemeyen bay Evans'ın hakkına öncelik tanınması ve menfaatler arasındaki dengenin bu şekilde sağlanacağı gerekçesiyle lehine, dondurulan embriyoların imhasına itiraz eden bayan Evans aleyhine karar verilmiştir.¹⁰³

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi madde 2 “Herkesin yaşam hakkı yasayla korunur. Yasanın ölüm cezası ile cezalandırdığı bir suçtan dolayı hakkında mahkemece hükmedilen bu cezanın infaz edilmesi dışında, hiç kimsenin yaşamına kasten son verilemez.” ve İnsan Hakları Biyo-tıp Sözleşmesi madde 1 “Bu sözleşmenin tarafları, tüm insanların haysiyetini ve kimliğini koruyacak; biyoloji ve tıbbın uygulanmasında, ayırım yapmadan herkese, bütünlüklerine ve diğer hak ve temel hürriyetlerine saygı gösterilmesini güvence altına alacaklardır.” birlikte incelendiğinde yaşam için başlangıç olarak cenin değil canlı olarak doğmanın esas alındığı görülecektir.¹⁰⁴ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi yaşam hakkının başlangıcına ilişkin net bir cevap verilemeyeceğini ve her ne kadar dondurulmuş embriyo veya ceninin yaşam potansiyeli olsa da bunun yaşam hakkı kapsamında korunacak kadar yeterli bir unsur olmadığı ancak başka yollarla embriyonun da koruma altına alınabileceğini belirtmiştir.¹⁰⁵

¹⁰¹ Turgut, a.g.e. s. 81.

¹⁰² Turgut, a.g.e. s. 81.

103 Turgut, a.g.e. s. 82; AİHM *Evans/Birleşik Krallık [BD]* – 6339/05 Kararı; Metin, a.g.e. s. 130.
[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:\[%22%22CASE%20OF%20EVANS%20v.%20THE%20UNITED%20KINGDOM%22%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:[%22%22CASE%20OF%20EVANS%20v.%20THE%20UNITED%20KINGDOM%22%22],%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22]})

¹⁰⁴ Turgut, a.g.e. s. 85.

¹⁰⁵ Turgut, a.g.e. s. 86.

Embriyo, ana karnına yerleştirilip doğuma kadar gelişimini sürdürmesi sürecinde *cenin* olarak adlandırılır. Ceninin gelişim dönemlerine göre farklı isimleri bulunmaktadır. Döllenmeden itibaren 14 günlük süreç içinde *pre embriyon*, 14. günden itibaren 8. haftaya kadar *embriyo*, 8. haftadan doğuma kadar ise *fetus* olarak adlandırılır.¹⁰⁶ Cenin Türk Medeni Kanunu madde 28 kapsamında tam ve sağ doğmasıyla hak ehliyetini elde etmiş olur. Tam ve sağ doğmakla birlikte kişiliğin geçmişe etkili olarak ana karnından itibaren kazanmış olur. Tam ve sağ doğma dünyaya geldikten sonra anadan ayrı olarak bir an da olsa bağımsız yaşayabilmiş olmasıdır. Baskın görüşe göre kadının ilk gebe olduğu an çocuğun ana rahmine düştüğü an olarak kabul edilir.¹⁰⁷ Yardımcı üreme tekniklerinde ise kişiliğin geçmişe etkili olarak başlama anının tüpteki döllenme tarihinden itibaren başlayacağı yaygın olarak kabul edilmektedir.¹⁰⁸ Cenine/embriyoya, yardımcı üreme tekniklerindeki gelişmeler de dikkate alınarak hak ehliyetinin verilmesi bakımından embriyonun basit bir obje konumundan kurtarılmasını ve hukuki koruma sağlanması için döllenmenin dış ortamda gerçekleştiği durumlarda “*döllenme anı*” esas alınmalıdır.¹⁰⁹ Kişilik haklarının başlangıcı olarak tüpteki döllenme anının esas alınmasının asıl sebebi ise laboratuvar ortamında döllenmesi gerçekleşen ceninin hukuki güvenliğini sağlayabilmektir.¹¹⁰ Kişiliğin tüpteki döllenme aşamasından başlatılmasıyla embriyo üzerinde deney, test vb. işlemlerden korunması amaçlanmıştır. Karşıt görüşte olanlar ise embriyonun ana rahminde rahim duvarına tutunabilmesinden itibaren kişiliğin başlaması gerektiğini ve laboratuvar ortamında meydana getirilen embriyonun da insana ait bir canlı olmasından dolayı nesne haline getirilerek zarar verilmesinin önlemesi gerektiğini savunmuşlardır.¹¹¹ Kişiliğin geçmişe etkili olarak kazanılmasıyla çocuk miras, ihlale uğramışsa tazminat gibi haklarını talep etme imkanına kavuşacaktır.

¹⁰⁶ Turgut, a.g.e. s. 70; Metin, a.g.e. s. 129; Apaydın, Bahar/ Akman, Nurten, “Dondurularak Saklanmış Üreme Hücrelerinin veya Embriyonun Eşin Ölümünden Sonra Ana Rahmine Transferi (Postmortal Döllenme) Sonucunda Doğan Çocuğun Mirasçılığı”, (2020), *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:24, Sayı:2, ss.63-107, s. 66.

¹⁰⁷ Dural ve Ögüz, a.g.e. s. 18.

¹⁰⁸ Turgut, a.g.e. s. 74.

¹⁰⁹ Kırkbeşoğlu, a.g.e. s. 15.

¹¹⁰ Turgut, a.g.e. s. 74.

¹¹¹ Turgut, a.g.e. s. 75.

B) YARDIMCI ÜREME TEKNİKLERİ, TAŞIYICI ANNELİK KURUMLARI VE SOYBAĞI

Tıbbi gelişmeler sonucu yardımcı üreme teknikleri ile çocuğu olmayan ailelerin çocuk sahibi olması sağlanmıştır. Çocuk sahibi olabilmeyi sağlayan bu yöntemlerin genel adı yardımcı üreme teknikleridir. Yardımcı üreme tekniklerinin kullanılmasındaki ilk sebeplerden biri *kısırlık* adı verilen üreme yolu hastalığıdır. Kısırlık erkek veya kadında mevcut olabilir. Yapay üreme tekniklerinin bir diğer amacı da genetik tanı yoluyla bebeğin cinsiyeti, bebekte oluşabilecek hastalıklar ve genetik bozukluklarının önceden tespit edilerek problemli durumlarda kürtaj yoluyla sorunlu doğumu sonlandırmaktır. Genetik bozuklukların tespitine ilişkin yöntem Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Yönetmeliği ile ülkemizde yasaklanmıştır. Cinsiyetin önceden belirlenmesi de bu madde kapsamında ciddi kalıtsal bir hastalık hali olması dışında yasaklanan hususlar arasındadır. Yine İnsan Hakları Biyotıp Sözleşmesi'nin 12. maddesi kapsamında da genetiğin değiştirilmesine ilişkin müdahale problem olabilecek bir hastalığı önlemek, teşhisini yapmak veya tedavi etmek amacı için kullanılabilecektir.¹¹² Bu hususlar dışında genetiğe yönelik müdahale hukuka aykırı sayılacaktır. Söz konusu müdahalenin yasaklanmasının sebebi ebeveynlerin çocuğun genetiği üzerinde keyfi uygulamalarla sipariş çocuk yapmasının, etik ve ahlaki açıdan da problemli olmasıdır.¹¹³ Burada her ne kadar genetiği önceden tespit etmenin bazı şartlar dahilinde mümkün olduğu belirtilmiş olsa da bu şartlar da genel nitelikte olduğundan, daha spesifik daraltmaların yapılması ve yardımcı üreme teknikleriyle ilgili maddelerin ve gerekçelerinin tıp, etik ve biyoetik bağlamında yeniden düzenlenmesi gerekmektedir.¹¹⁴

Yapay döllemenin amacı, doğal yollarla üreme yeteneğinden yoksun çiftlerin laboratuvar ortamında üreme hücrelerinin birleştirilerek yapay yollarla çocuklarının olabilmesine imkân sağlamaktır.¹¹⁵ Yardımcı üreme tekniklerine başvurulmasının bir diğer nedeni de rahme yerleştirilmek istenen çocuğun genetik hastalığa sahip olup olmadığının tanısının yapılabilmesi, cinsiyet belirlenmesinin mümkün olmasını sağlayarak sağlıklı çocuklar dünyaya getirmektir.¹¹⁶ Yapay dölleme yöntemleri kendi içerisinde homolog

¹¹² Turgut, a.g.e. s. 12.

¹¹³ Turgut, a.g.e. s. 14.

¹¹⁴ Turgut, a.g.e. s. 19.

¹¹⁵ Turgut, a.g.e. s. 9.

¹¹⁶ Kırkbeşoğlu, a.g.e. s. 42.

ve heterolog döllenme yöntemleri olarak ikiye ayrılmaktadır.¹¹⁷ Homolog döllenme yönteminde evli eşlerin üreme hücreleriyle embriyo oluşturulurken heterolog döllenmede sürece ve döllenme işlemine eşler dışında üçüncü kişiler dahil olmaktadır. Homolog döllenmenin basit haline embriyo nakli de denilmektedir. Homolog döllenme yöntemine başvurulmasındaki asıl amaç çeşitli sebeplerle cinsel birleşmenin gerçekleşememesi probleminin önüne geçilerek embriyonun meydana getirilmesini sağlamaktır. Homolog döllenme yoluyla dünyaya gelen çocuğun soybağının kurulması işleminin doğal yollarla dünyaya gelen çocuğun soybağı kurulması işleminden hiçbir farkı yoktur.¹¹⁸

Heterolog döllenmede üçüncü kişilerin döllenme sürecine dahil olmasının nedeni evli eşlerin birinin veya ikisinin üreme hücrelerinde meydana gelmiş olan tıbbi sorunlardır.¹¹⁹ Yardımcı üreme tekniklerinden heterolog döllenme doğası gereği evlilik ilişkisi bulunmayan kimseler arasında gerçekleşir.¹²⁰ Sadece eşler arasında yapay üreme tekniği ile embriyo oluşumunun homolog döllenme olduğundan bahsetmiştik. Eşlerin üreme hücrelerinden yalnızca biri döllenme sürecinde kullanıldığında ve buna bağlı olarak üreme tedavisinde üçüncü bir kişinin üreme hücresi kullanıldığında soybağının kimle nasıl kurulacağı sorunu ortaya çıkmaktadır. Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik EK-17’de heterolog döllenmenin uygulanması yasaklanmıştır:

“ÜYTE uygulanacak eşlere sadece kendilerine ait üreme hücreleri uygulanır. Herhangi bir şekilde donör kullanılması, donör olarak embriyo elde edilmesi adaylardan alınan yumurta ve spermiler ile elde edilen embriyoların başka adaylarda, aday olmayanlardan alınanlarında adaylarda kullanılması ve uygulanması yasaktır. Bu yasaklara aykırı olarak elde edilen gebeliklerin herhangi bir aşamada tespit edilmesi durumunda merkezin ruhsatı/faaliyeti izni ve bu işlemi yapan kişilerin sertifikaları iptal edilir. Ayrıca bu kişilerin bir daha merkezlerde çalışmasına izin verilmez ve adli yönden işlem yapılmak üzere cumhuriyet savcılığına bildirilir.”

Heterolog döllenme eşlerden birinin rızası olmadan gerçekleşmişse rızası olmayan eş olayın güven sarsıcı davranışlar sebebiyle evlilik birliğinin sarsılması veya onur kırıcı davranışa dayanarak boşanma davasının açılması

¹¹⁷ Apaydın, a.g.e. s. 67.

¹¹⁸ Turgut, a.g.e. s. 30; Kırkbeşoğlu, a.g.e. s. 43.

¹¹⁹ Apaydın, a.g.e. s.67

¹²⁰ Turgut, a.g.e. s. 37; Kırkbeşoğlu, a.g.e. s. 56.

söz konusu olabilecektir. Eşlerden birinin diğer eşin rızası olmadan başkasına üreme hücrelerini vermesi durumunda da diğer eşe karşı onur zedeleyici davranışta bulunduğu kabul edilebilecektir.¹²¹ Eşcinsel birliktelikler açısından ise bazı ülkelerde eşcinsel çiftlerin yardımcı üreme teknikleri yoluyla çocuk sahibi olabilmelerine imkân tanımıştır. Ancak ülkemizde evliliğin kadın ve erkek arasında olduğu kabul edilmiş olduğundan, bu tür evlilikler hukuka aykırı sayılmış olup çocuk sahibi olmalarına da imkân tanınmamıştır. Heterolog döllenme homolog döllenmeye oranla soybağı anlamında daha fazla hukuki ve sosyal problem meydana getirmesi sebebiyle bunun ayrıca değerlendirilmesi gerekmiştir. Mümkün olan ihtimallerin hukuki açıdan incelenmesi tıbbi gelişmelerin kanun maddeleri ile uyumu bağlamında soybağı kurulabilmesine olanak tanıyıp tanımadığı hususları ayrı ayrı ele alınmış olup heterolog döllenme ihtimalleri değerlendirilerek aşağıda belirtilmiştir.

Heterolog Döllenme aşamasındaki ihtimalleri sıralamak gerekirse; ilk durumda kadının yumurtalıklarında bir sorun olması halinde kocanın sperm hücreleri kullanılarak başka bir kadından alınan yumurta hücreleri laboratuvar ortamında birleştirilerek embriyo kadının rahmine yerleştirilir.¹²² Bu ihtimalde yumurta hücresi başka bir kadına ait olmasına rağmen eşlerden kocanın sperm hücreleri ile embriyo oluşması ve doğuran eşin de ana olması dolayısıyla hukuki olarak ana ile soybağı doğum ile kurulur. Burada kanun koyucunun dikkate almış olduğu husus yumurtanın doğuran kadına ait olduğuna yönelik genel kabulüdür.¹²³ Doğum evlilik içinde gerçekleşmişse baba ile soybağı evlilik olması dolayısıyla kurulmuş olacaktır. Ancak problem olan kısım başka bir kadından alınan yumurta hücresidir. Burada kanaatimizce hukuki anlamda soybağı kurumasında herhangi bir problem yoktur ancak yumurta hücresi alınan kadın ve çocuk arasındaki bağ da görmezden gelinemeyecek niteliktedir.

Doktrindeki bazı görüşlere göre yumurta sahibi olan kadın biyolojik annedir ve soybağı genetik bağlılığa dayalı olarak kurulmuş olduğundan genetik ana ile soybağının kurulmasına öncelik tanınmalıdır.¹²⁴ Genetik anaya öncelik tanınması halinde doğabilecek problemlerin de önüne geçilebileceği savunulmuştur. Ancak bu halde çocuğun belli bir süre annesiz kalması ve

¹²¹ Turgut, a.g.e. s. 38.

¹²² Çakmut, a.g.e. s. 50.

¹²³ Turgut, a.g.e. s. 56; Kırkbeşoğlu, a.g.e. s. 58-59.

¹²⁴ Turgut, a.g.e. s. 57.

nüfusa ana kaydı olmayan çocuk olarak düşülmesi gibi bir sonuç meydana gelebilecek olup çocuğun mağdur olmasına yol açabilecektir. Kanaatimizce doğuran kadının ana sayılması kuralına bağlı kalınarak ana ve baba arasında kurulan soybağı muhafaza edilmeli ve yumurtası alınan diğer kadın ve doğan çocuk arasındaki biyolojik bağ oluşturulacak bir kanuni kayıt sistemiyle devlet tarafından nüfus siciline kaydedilmelidir. Böylelikle bu ihtimalde meydana gelebilecek soybağı karışıklıkları önlemiş olacak ve çocuğun üstün yararı da korunmuş olacaktır. Bu ihtimalin içinde kadın ve erkeğin evli olmaması durumunda ise kadınla soybağı yine doğumla kurulacak erkekle ise tanıma, ana ile evlilik veya babalık hükmü yoluyla doğan çocuk ile soybağı kurulmuş olacaktır. Üreme hücresini veren kadın içinse yine önermiş olduğumuz kayıt sistemi ile problem çözülmüş olacaktır.

İkinci ihtimalde; kadının yumurta hücresinde problem yokken erkeğin sperm hücresi üremeye elverişli olmayabilir. Bu durumda da başka bir erkeğin sperm hücresi alınarak kadının yumurtası ile döllenme işlemi gerçekleştirilir ve kadının rahmine yerleştirilir.¹²⁵ Doğum ile birlikte ana ile soybağı kurulur. Eğer kadın evli ise evli olduğu kişi ile çocuk arasında soybağı kurulur. Koca heterolog döllenme ile çocuk sahibi olmak için başta rıza verip sonrasında bu kararından cayarsa hakkın kötüye kullanılması olarak kabul edilmelidir.¹²⁶ Ancak üreme hücresini başka bir erkek vermiş olduğu için çocuğun biyolojik babası başka bir kişi olacaktır. Çocuk evlilik içinde doğması dolayısıyla ananın eşi ile soybağı kurulmuş olduğundan biyolojik babanın çocuk ile soybağı kurma imkânı bulunmayacaktır. Ancak evlilik içindeki baba çocuk ile kurulmuş olan soybağını reddederse bu halde biyolojik baba, kanunun tanımış olduğu yollarla soybağını kurabilme imkanına kavuşacaktır. Burada da ilk ihtimalde önermiş olduğumuz kayıt sistemi kullanılarak her ne kadar baba ile soybağı ilk anlamda kurulamasa da soybağı kurulduğunda oluşabilecek karışıklıkların önüne geçilebilecektir.

Üçüncü ihtimalde; evli kadın ve erkeğin üreme hücreleri laboratuvar ortamında embriyo haline getirilerek kadının rahminin yetersiz olması nedeniyle başka bir kadının rahmine konulmasıyla döllenme işlemi gerçekleştirilir.¹²⁷ Heterolog döllenmenin bu haline *Taşıyıcı Annelik* de denir. Taşıyıcı anneliğin bir diğer çeşidi ise yumurta hücresi üremeye elverişli olmayan kadının kocasının spermliyle taşıyıcı annenin yumurtası

¹²⁵ Çakmut, a.g.e. s. 50.

¹²⁶ Turgut, a.g.e. s. 44.

¹²⁷ Çakmut, a.g.e. s. 50; Kırkbeşoğlu, a.g.e. s.70.

döllendirilerek çocuğu taşıyıcı annenin doğurması halidir. Taşıyıcı annelik, soybağı kurulması açısından en çok soruna sebep olan haldir. Taşıyıcı anneden doğan çocuğun soybağı doğumu taşıyıcı anne gerçekleştirmiş olduğu için taşıyıcı anneye bağlanır. Sonrasında taşıyıcı anne üreme hücrelerinin sahibi olan ana-babaya evlat edinme yoluyla çocuğu verebilir. Eğer taşıyıcı anne evli ise çocuğun soybağı taşıyıcı annenin kocası ile kurulacaktır. Bu durumda da üreme hücreleri verenler ve soybağının kurulduğu kişiler çok farklı olmaktadır. Yine bu ihtimalde de nüfus kayıtlarının çok titiz bir şekilde tutulması ve çocuğun zamanı geldiğinde bu konuda bilgilendirilmesi gerekmektedir. Ayrıca soybağının biyolojik babadan başkasına bağlanması durumunda soybağının reddi hakkının çocuğa verilmesi de bir başka yol olarak ele alınabilir.¹²⁸ Çocuğun gerçek ebeveyninin kim olduğunu bilmesi psikolojik ve sosyal yaşam açısından çocuk için hayati önem taşımış olduğundan çocuğun yararının üstün tutulması gerekir.¹²⁹ Bu anlamda Türk Medeni Kanunu madde 286/2 kapsamında çocuğun yararı üstün tutularak soybağının reddi davası açabilmesi öngörülmüştür. Madde 291 kapsamında ergin olmayan çocuk için davanın kayyım tarafından açılması öngörülmüştür. Soybağının reddi kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardandır ancak burada çocuğun ve toplumun yararı üstün tutulduğundan çocuğun ergin olana dek beklenmesi yerine kayyımın dava açması yerinde olacaktır. Medeni Kanun madde 291/2'de önceden soybağının reddi davası için öngörülen 1 ve 5 yıllık sürelerden, 5 yıllık hak düşürücü süre “her halde doğumdan itibaren başlayarak” olarak düzenlenmesi hak kaybına neden olduğu ve çocuğun üstün yararına aykırı olması dolayısıyla **Anayasa Mahkemesi’nin 2013/62 Esas, 2013/115 Karar ve 10.10.2013 Tarih** sayılı kararı ile kaldırılmıştır. Ayrıca mülga medeni kanun madde 245’de soybağının reddi davasını kamu adına Cumhuriyet savcısının açma imkânı da kaldırılmıştır.¹³⁰

¹²⁸ Turgut, a.g.e. s. 47.

¹²⁹ Baygın, a.g.e. s. 30.

¹³⁰ Turgut, a.g.e. s. 48.

743 sayılı Türk Medeni Kanunu madde 245: II Diğer Alakadarlar

“(1) *Ret müddetinin mürurundan evvel kocanın vefat etmesi veya temyiz kudretinden mahrum olması yahut bulunduğu yerin bilinmemesi veya herhangi bir sebepten dolayı çocuğun doğumundan haberdar edilememesi halinde, çocukla birlikte mirasçı veya çocuk sebebi ile mirastan mahrum olanlar, doğuma utuluları tarihinden itibaren bir ay içinde ret davasını ikame edebilirler.*

(2) *Kadın evlenmeden gebe kaldığı takdirde; koca tanımış olsa bile müddeiumumi(savcı), onun babası olması ihtimali bulunmadığını ispat edebilir.”*

*Mülga kanunda dava hakkı tanınan kişiler daha geniş tutulmuşken, 4721 sayılı Medeni Kanun düzenlemesi TMK madde 291 ile tutarsızlıklar ortadan kaldırılarak dava açma hakkı belli kimselere tanınmıştır.

Eşinin taşıyıcı anne olmasına izin veren koca açısından soybağının reddi davası yoluyla çocuğu reddetmesi hakkın kötüye kullanılması anlamına gelmeyecektir.¹³¹ Koca somut durumda yalnızca eşinin taşıyıcı anne olmasına rıza göstermiş olup çocuğun kendi soyuna bağlanmasına rıza göstermemiştir.¹³² Döllenmenin bu hali toplumsal ve etik açıdan soybağının ciddi tehlikelerle karşı karşıya bırakmaktadır. Bu halde hiç alakası olmadığı halde evlilik nedeniyle soybağının kurulduğu baba soybağının reddi davası yoluyla çocuk ile soybağının reddedecektir. Biyolojik baba tanıma veya babalık hükmü vasıtasıyla doğan çocuk ile soybağı kurulmuş olacaktır. Taşıyıcı anne evli değilse soybağı, biyolojik baba ile tanıma veya hâkimin hükmü ile kurulabilecektir. Her ne kadar bu durumda kocanın vermiş olduğu rızanın hukuka aykırı olması dolayısıyla meydana gelen soybağının reddetmeye hakkı olmadığını savunan görüşler bulunmuş olsa da kişinin kendine ait olmayan çocuk ile soybağının kurmaya ve devam ettirmeye zorlamak da kişilik haklarına aykırı olacaktır. İç hukuk bağlamında evlilik içinde doğmuş olsa da babaya soybağının reddetme hakkı kanunlar vasıtasıyla tanınmıştır. Taşıyıcı annelik için verilen rızanın hukuka aykırı olsa da davanın reddi için gereken sebeplerden olmadığından soybağının reddine engel olması kabul edilemeyecektir. Ana ile soybağı doğum ile gerçekleşmiş olacağından ve bunun reddinin mümkün olmaması nedeniyle üreme hücrelerini veren kadın ile yalnızca evlat edinme yoluyla soybağı kurulması sağlanabilecektir.

*“Taşıyıcı anne olmayı kabul edilen kadın nasıl soybağının reddetmesi mümkün olmuyorsa kocaya da benzer durumda soybağının reddi hakkının tanınması kadın-erkek eşitliğine aykırı olacaktır.”*¹³³ diyen görüşe katılmıyoruz. Şöyle ki; soybağının kurulmasında kadın ve erkek açısından farklılıklar bulunmaktadır. Kadın ve çocuk arasındaki soybağı doğumla kurulur. Burada soybağı hukuki değil fiili bir duruma bağlanmıştır. Ancak baba ile çocuk arasındaki soybağı ana ile evlilik, babalık hükmü ve tanıma yoluyla kurulur. Yani hukuki durum burada asli rol oynamaktadır. Hukukumuz yumurta sahibine herhangi bir hak tanımamıştır. Çünkü sadece yumurta değil ana rahmi de çocuk açısından fizyolojik anlamda önem taşımaktadır. Çocuk yumurta sahibiyle değil rahmine yerleştiği kadın ile fiziksel ve manevi bağ oluşturarak bir bütün olmuştur.¹³⁴ Doğum meydana getirmiş olduğu bedensel ve manevi bütünlüğün yanında fiili bir durum olması

¹³¹ Turgut, a.g.e. s. 44.

¹³² Turgut, a.g.e. s. 44.

¹³³ Turgut, a.g.e. s. 45-46.

¹³⁴ Turgut, a.g.e. s. 60.

sebebiyle de soybağının sağlıklı kurulabilmesi için en sağlıklı yoldur. Erkek üreme hücresinde ise böyle bir durum söz konusu olmadığı açıktır.

Taşıyıcı annelik hususunda diğer bir görüşe göre ise, yumurta sahibi kadına analığın tespiti için dava açma hakkı tanınmalı ve anneliğin iptali imkânı hem biyolojik anneye hem de genetik anneye tanınmalıdır.¹³⁵ Bir diğer görüşe göre ise, biyolojik ve genetik ananın başka kimseler olması durumunda çocuğu doğuran kişi anne kabul edilmeli ancak evlenme, miras vb. hükümler evlatlık kurumunda olduğu gibi her iki ana için de geçerli olmalıdır.¹³⁶ Bir başka görüş ise, genetik veya biyolojik anneliğin bir önemli olmadığını önemli olanın çocuğun ebeveyni olmak iradesiyle hareket etmek olduğunu savunmaktadır.¹³⁷ Yukarıda da belirtmiş olduğumuz üzere taşıyıcı anne ile soybağı kurulması çocuğun üstün yararı ve kamusal düzenin korunması bakımından en uygun yol olacaktır. Ancak belirtmiş olduğumuz görüşlerden iki anne için de evlenme, miras vb. hükümlerin uygulanması hususuna da ayrıca katılıyor olduğumuzu belirtmeliyiz.

Dördüncü ihtimalde; evli çiftin üreme hücrelerini başkasından alarak oluşturulan embriyonun başkasının rahmine yerleştirilip doğunca evli çifte verilmesi halidir.¹³⁸ Evli çifte hem sperm hem de yumurta bağı bu yöntemde yapılmaktadır.¹³⁹ Bu yöntem de aslında bir taşıyıcı annelik türü olarak kabul edilmektedir. Bu işlem aslında evlat edinme işleminin doğum öncesine taşınmasından başka bir şey değildir.¹⁴⁰ Bu sebeple Türk Medeni Kanun'un 305 ve devamı maddelerde düzenlenen evlat edinmeye ilişkin hükümler uygulanarak soybağı kurulması açısından karşılaşılabilecek problemlerin çözülmesi mümkündür. Evlat edinme ile oluşan soybağı hukuki soybağı olup kan bağına dayanmaz. TMK madde 305'e göre; *"Bir küçüğün evlat edinilmesi, evlat edinen tarafından bir yıl süreyle bakılmış ve eğitilmiş olması koşuluna bağlıdır. Evlat edinmenin her halde küçüğün yararına bulunması ve evlat edinenin diğer çocuklarının yararının hakkaniyete aykırı bir biçimde zedelenmemesi de gerekir."* Kanun koyucu çocuğun yararını korumak amacıyla evlat edinme işlemini evlat edinen ve evlat edinilen açısından belli şartlara tabi kılmıştır. TMK madde 306'ya göre; *"Eşler, ancak birlikte evlat*

¹³⁵ Turgut, a.g.e. s. 140.

¹³⁶ Turgut, a.g.e. s. 140.

¹³⁷ Turgut, a.g.e. s. 141.

¹³⁸ Çakmut, a.g.e. s. 50; Kırkbeşoğlu, a.g.e. s. 67.

¹³⁹ Kırkbeşoğlu, a.g.e. s. 67

¹⁴⁰ Çakmut, a.g.e. s. 51; Kırkbeşoğlu, a.g.e. s. 69.

edinebilirler; evli olmayanlar birlikte evlat edinemezler. Eşlerin en azından beş yıldan beri evli olmaları veya otuz yaşını doldurmuş bulunmaları gerekir. Eşlerden biri, en az iki yıldan beri evli olmaları veya kendisinin otuz yaşını doldurmuş bulunması koşuluyla diğerinin çocuğunu evlat edinebilir.”

Tek başına evlat edinme ise TMK 307. maddede düzenlenmiştir. Bekar kimseler evlat edinebilmek için 30 yaşını doldurmalı, ayırt etme gücüne sahip olmalı ya da vesayet altındaysa vesayet makamından evlat edinebilmek için izin almalıdır. Evlat edinilecek çocuğun bir başkası tarafından evlat edinilmemiş olması, küçüğün ayırt etme gücüne sahi ise evlat edinilmeye rıza göstermesi ve evlat edinilecek çocuğun genetik ailesinin de rızası gerekmektedir. Evlat edinen aile bağları oluştuktan sonra kanunkoyucu genetik ana babanın bağlarının da korunmasını öngörmüştür.¹⁴¹ Verilecek olan rızanın zamanı ise TMK madde 310’da düzenlenmiştir. Bu maddeye göre küçüğün evlat edinebilmesi için rıza en erken doğumdan itibaren 6 hafta sonra verilebilecektir. Ancak genetik ana-baba rıza hususunda haklarını kötüye kullanıyorsa TMK madde 311/2’ye göre öngörülen bu rıza aranmayacaktır. Ancak genetik ana-babanın rıza vermesi mümkün olmayan hallerde TMK madde 312’ye göre küçüğün yerleştirilmiş olduğu kurumun istemiyle oturulan yer mahkemesi rızanın aranıp aranmayacağına karar verir. Ergin ve kısıtlı kişilerin evlat edinilmesine ilişkin şartlar ise TMK madde 313’te düzenlenmiştir. Erginlerin evlat edilmesi, küçüğün sıcak bir yuvaya kavuşması amaçlandığından küçüğün evlat edinilmesinden daha ağır şartlara tabi kılınmıştır.¹⁴² Evlat edinme işlemi tarafları korumak ve evlat edinmenin ticari bir işe dönüşmesini engellemek amacıyla TMK madde 320 kapsamında aracılık faaliyetleri yetkili kurum ve kuruluşlar yoluyla yapılabilecektir.

Evlat edinme işlemi şekli ve usulü ise, TMK madde 315’te “*Evlat edinme kararı, evlat edinenin oturma yeri; birlikte evlat edinmede eşlerden birinin oturma yeri mahkemesince verilir. Mahkeme kararıyla birlikte evlatlık ilişkisi kurulmuş olur.*” şeklinde düzenlenmiştir. Evlat edinme kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardandır. Evlat edinme kararı kesinleştğinde mahkeme kesinleşme serhini o yerde bulunan Nüfus Müdürlüğüne yollar ve evlatlığın ve evlat edinenin nüfus kütüğüne evlat edinme işlemi kaydedilir. TMK madde 314/5 kapsamında da soybağının karışmaması, genetik aile ile olan bağın devam etmesi, kamu ve aile düzeninin zedelenmemesi ve evlat edinenin miras vb. gibi haklarının zarar görmemesi için evlat edinilenin naklen gelmiş olduğu aile kütüğü ve evlat edinildiği aile kütüğü arasında gerekli her türlü bağ

¹⁴¹ Ruhi, a.g.e. s. 618.

¹⁴² Ruhi, a.g.e. s. 618.

kurulur.¹⁴³ TMK madde 314/6'ya göre de evlat edinme işlemine ilişkin belge ve bilgiler gizli olup mahkeme kararı veya evlatlığın isteği olmadıkça açıklanamaz. Evlat edinme sayesinde çocuk hem genetik ailesinin hem de evlat edinildiği ailenin mirasçısı olur. Evlatlığın ad, soyad ve mirasa ilişkin durumu TMK madde 314 kapsamında düzenlenecektir. Vatandaşlık hususunda ise eğer çoğu evlat edinmeden önce vatandaşlığı varsa bu korunacak, çocuk vatansızsa evlat edinen ailenin vatandaşlığını kazanacaktır.¹⁴⁴ Evlat edinme ile evlat edilen ve evlat edinen arasında soybağı kurulur ve bu sayede hısımlık meydana gelmiş olur. Bu soybağı kan bağına değil mahkeme kararına dayanır. Yardımcı üreme teknikleri dolayısıyla soybağı kurulmasında yaşana problemlerden bazıları kamu ve aile düzeninin zarar görmemesi adına hukukumuzda öngörülmüş olan evlat edinme prosedürü ile giderilebilecektir.

Taşıyıcı annelik yapmayı kabul eden kadın ve doğan çocuğu almak isteyen ana-baba arasında ücret karşılığı veya karşılıksız yapılan sözleşmeler Türk Borçlar Kanunu madde 27'de ve Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik'te yer alan düzenlemelerle ahlaka aykırı olması nedeniyle yasaklanmıştır. Amerika'nın bazı eyaletleri, Almanya ve Fransa da taşıyıcı anneliğin yasaklanmış olduğu ülkelerdendir.¹⁴⁵ Çünkü taşıyıcı annelik ile kadın bedeni nesneleştirilmekte, doğacak çocuğun psikolojik ve fiziksel durumu düşünülmemekte ve işin içine para karşılığı yapılması hususu eklenince etik ve ahlaki bakımından topluma yarardan çok zararı olacak bir durum ortaya çıkmış olmaktadır. Taşıyıcı anneliğin yasal olduğu ülkelerde (İsrail, Amerika'nın bazı eyaletleri, İngiltere, Hindistan) ise yapılan sözleşme herhangi bir şekil şartına tabi değildir.¹⁴⁶ Uygulamada yazılı olarak yapılan taşıyıcı annelik sözleşmesi yapısı nedeniyle sui generis bir sözleşmedir.¹⁴⁷ Bu yöntemlerden soybağı açısından homolog döllenme dünya ülkelerin çoğunluğunca da kabul edilen yöntemdir. Heterolog döllenmede ise, ana ve baba dışındaki üçüncü kişilerin de döllenme sürecine dahil olması nedeniyle çocuğun soybağının kime ait olacağı, doğal yolla mı yoksa hukuki yolla mı soybağı kurulup kurulmayacağı net olarak belirlenememektedir. Bu şekilde meydana gelen döllenmelerle dünyaya gelen çocuğun soybağı belirlenirken çok fazla ihtimal devreye girmekte ve bu uygulamanın sosyal yaşama

¹⁴³ Ruhi, a.g.e. s. 622.

¹⁴⁴ Ruhi, a.g.e. s. 623.

¹⁴⁵ Turgut, a.g.e. s. 110.

¹⁴⁶ Turgut, a.g.e. s. 112.

¹⁴⁷ Turgut, a.g.e. s. 112.

hukuksal olarak adaptasyonunu zorlaştırmaktadır. Ancak döllenme heterolog döllenme yoluyla gerçekleşmiş ve çocuk bu yollardan biriyle dünyaya gelmişse çocuğun yararı öncelenmeli ve yürürlükteki hukuk bağlamında bir yol bulunarak çocuğun soybağı kurulmalı ve hukuksal bir zemine oturtularak çocuğun sosyal yaşama adaptasyonu sağlanmalıdır. Bu bağlamda yukarıda bahsetmiş olduğumuz öneriler dikkate alınabilir. Türkiye de homolog döllenmeyi destekleyen ülkeler arasındadır.

İnvitro Fertilizasyon ve Embriyo Transferi Merkezi Yönetmeliği 1987 yılında Resmî Gazete’de yayımlanmış; 1996, 2005, 2010 ve 2014 yıllarında yönetmelikte madde değişiklikleri yapılmış ve yönetmelik değişikliklerle birlikte farklı isimlerde Resmî Gazete’de yayınlamış ve son değişiklikler sonrası “*Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik*” adıyla 2014 yılında Resmî Gazete ‘de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. Yönetmeliğin ilk maddesine göre düzenlemenin amacı çocuk sahibi olmak isteyen kimseler bakımından kullanılan üremeye tedavi yöntemleri hakkında usul ve esasları belirleyerek ilgili tıbbi uygulamaları hukuki bir zemine oturtmaktır. İkinci maddede düzenlemenin hangi kurumları kapsadığından bahsetmiş; madde 19’da da ilgili tedavi bakımından kayıt sisteminin nasıl olacağı ve hangi usullere göre kayıt yapılacağı belirtilmiştir. Özellikle 19. madde soybağının belirlenmesi ve bu kayıt doğrultusunda kamusal barışın korumasını mümkün kılabilecek yerinde bir düzenlemedir. 20. maddede ise, eşlerden alınan üreme hücrelerini saklama ve imha edilme usullerinden bahsedilmiştir. 20. maddeye göre:

“Adaylardan fazla embriyo elde edilmesi durumunda eşlerden her ikisinin rızası alınarak embriyolar dondurulmak suretiyle saklanır. Saklama süresinin bir yılı aşması halinde her yıl embriyonun saklanması için çiftler mutlaka başvuruda bulunarak taleplerinin devam ettiğini ifade eden imzalı dilekçe vermelidir. Eşlerin birlikte talebi, eşlerden birinin ölümü veya boşanmanın hükmen sabit olması halinde ya da belirlenen süre son bulduğunda saklanan embriyolar müdürlükte kurulacak komisyon tarafından tutanak altına alınarak imha edilir. Bakanlıkça elektronik kayıt sistemi oluşturulması halinde merkezde saklanan embriyolara ilişkin bilgiler bu sisteme kaydedilir.”

Üreme hücrelerinin eşlerin rızası dışında saklanmaya devam edilememesi, eşlerin boşanması veya eşlerden biri veya ikisinin ölümü halinde imha edilmesi özellikle soybağı açısından neden olunabilecek karışıklıkları önlemek adına önemli bir maddedir. Eşlerden birinin ölümü sonrası üreme hücresi kullanılarak oluşturulan embriyonun doğumunda, soybağı anlamında büyük etik ve hukuki sorunlar oluşabilecektir. Ananın ölümü sonrası yumurta hücresi ile meydana getirilen embriyonun başka bir kadının rahmine zerk

edilmesiyle dünyaya gelen çocuk açısından soybağının kurulması doğuran taşıyıcı anne ile kurulacaktır. Bu yönden soybağı herhangi bir problem oluşturmamaktadır. İç hukukumuzun da yumurta sahibine değil doğuran kadına soybağı kurma hakkı vermiş olması da bunda büyük etkindir. Ancak çocuğun biyolojik annesinin yumurtanın asıl sahibi olması sebebiyle çocuğun biyolojik ana ve babasının kim olduğunu öğrenme hakkı doğrultusunda nüfus kayıt sistemine kaydedilmesi gerekmektedir.

Ana açısından daha kolay şekilde çözümlenebilen bu durum, ölü babanın üreme hücresi kullanılarak yapıldığında daha karmaşık sorunlara neden olmaktadır.¹⁴⁸ Bu döllenme yöntemine *postmortal döllenme* denir.¹⁴⁹ 2238 sayılı kanunda yardımcı üreme tekniklerine ilişkin hususlar düzenlenmekle birlikte bir kimsenin ölümünden sonra üreme hücresinin kullanımı hususu düzenlenmemiş olup ÜYTE Yönetmeliği madde 20/2 kapsamında yalnızca tıbbi zorunluluk halinde üreme hücrelerinin belli bir süre saklanması ve kişinin ölümü halinde bu hücrelerin imha edilmesi öngörülmüştür.¹⁵⁰ Her ne kadar ülkemizde bu yöntem yasaklanmış olsa da elde edilmiş bir embriyo transferi sonucunda çocuk dünyaya gelmişse hukuki durumu ne olacaktır? TMK madde 285 kapsamında eğer kadın evli ise ve ölen eşin üreme hücreleriyle dünyaya gelen çocuk 300 gün içerisinde ölen eş ile soybağı kurulması babalık karinesine göre hukuken mümkün olacaktır. Doktrinde de ağırlıklı olarak kabul edilen görüş bu yöndedir.¹⁵¹ Ancak bu süre geçtikten sonra çocuğun doğması durumunda babalık karinesinden faydalanabilmek için ananın çocuğun evlilik içinde doğduğunu ispat etmesi gerekmektedir. Nomer'e göre Türk Medeni Kanunu madde 28 kapsamında çocuğun hak ehliyeti ananın rahmine düşmüş olduğu andan başlayacağından dolayı döllenmiş yumurtanın evlilik sona ermeden en azından rahme yerleştirilmiş olması gerekmektedir.¹⁵² Doktrinde bazı yazarlara göre ise, soybağı kurulma aşamasında kanunda 300 gün olarak belirlenen babalık karinesine ilişkin süre değerlendirilirken, birkaç günlük sarkmanın dikkate alınmayabileceği ve bu süre içinde doğmuş sayılarak doğan çocuğun haklarından mahrum kalmamasının sağlanması gerektiği savunulmuştur.¹⁵³ Turgut'a göre ise 300 günlük süre somut olayın durumuna göre birkaç gün uzatılabilirdi ancak kanunun lafzına aykırı hareket etmek anlamına gelebileceğinden gelişen tıbbi

¹⁴⁸ Apaydın, a.g.e. s. 69.

¹⁴⁹ Apaydın, a.g.e. s. 68.

¹⁵⁰ Apaydın, a.g.e. s. 69.

¹⁵¹ Turgut, a.g.e. s. 31; Apaydın, a.g.e. s. 71.

¹⁵² Turgut, a.g.e. s. 33.

¹⁵³ Turgut, a.g.e. s. 33.

uygulamalar da dikkate alınarak 300 günlük süre yönünden kanuni düzenleme yapılması gerekmektedir. Biz de bu görüşe katılmaktayız.

“Türkiye’de de böyle bir konu yargı önüne taşınmıştır. Davaya konu olayda evli eşlerin çocuklarının olmaması sonucu 2003 yılında Londra’ya giderek tüp bebek tedavisine başvurur. Kocanın canlı spermlerinin dondurularak saklanmasına karar verilir. “Ölümünüz ya da bitkisel hayata girmeniz durumunda spermlerinizin kullanılmasına izin veriyor musunuz?” sorusuna koca evet diyerek spermleri kullanacak kişi kısmına da eşinin adını yazar v eşine de başına bir şey gelirse spermleri kullanması için söz verdirir. Türkiye’ye döndüklerinde koca vefat eder. Kadın eşinin ölümünden 15 gün sonra Londra’ya gider ve iki adet embriyo elde edilir. 17 Temmuz 2004’te doğması beklenen bebek bir ay önce dünyaya gelir. Babanın ölümünden 305 gün sonra kız çocukları dünyaya gelir. Kadın eşinin ölümü sonrasında düzenlenen mirasçılık belgesinin iptal edilerek yerine dünyaya gelen çocuğun da dikkate alınıp yeni bir mirasçılık belgesi düzenlenmesini Bakırköy 5. Sulh Hukuk Mahkemesi’nden talep eder. Aynı zamanda Asliye Hukuk Mahkemesi’ne de babalığın tespiti davası açıldığı ve ölen kocanın dünyaya gelen kız çocuğunun babası olduğuna Yargıtay incelemesinden geçmek suretiyle 2004/667 Esas, 2006/331 Karar sayılı kararı ile hükmedildiğini ifade etmiştir. Mahkeme de kız çocuğunun ölen kocanın çocuğu olması nedeniyle davayı kabul ederek yeni mirasçılık belgesinin düzenlenmesine hükmetmiştir.”¹⁵⁴

Homolog dölleme açısından önemli sorunlardan biri de kocanın ölümünden sonra onun üreme hücreleri ile dölleme yapılması halidir.¹⁵⁵ Ölü kimsenin hücreleriyle evlilikten yıllar sonra doğan çocuk açısından kocanın üreme hücresi üzerinde tasarruf hakkı kaybolmuş olacağından ve fiili olarak da tanıma yoluyla soybağının kurulması mümkün olmayacaktır. Bazı görüşlere göre ise kişiliğin tam ve sağ doğmakla ana rahmine düşmekle başlayacağından bahisle döllelenmiş yumurtanın evlenme sona ermeden önce rahme yerleştirilmemişse baba ile doğan çocuk arasında soybağının kurulamayacağını kabul etmektedir.¹⁵⁶ Bu gibi hallerde şartları oluşmuşsa babalık davası yoluyla çocuk ve baba arasında soybağı kurulması mümkün olabilecektir.¹⁵⁷ Ancak bu halde çocuğu yararının üstün tutularak karar verilmesi gerektiği ve babanın ölümünden itibaren 300 gün içinde doğan çocuğun babalık karinesinden faydalanması gerekmektedir.¹⁵⁸ Ancak bazı

¹⁵⁴ Apaydın, a.g.e. s. 72.

¹⁵⁵ Kırkbeşoğlu, a.g.e. s. 50.

¹⁵⁶ Kırkbeşoğlu, a.g.e. s. 51.

¹⁵⁷ Turgut, a.g.e. s. 32.

¹⁵⁸ Kırkbeşoğlu, a.g.e. s. 51.

ülkelerde babanın geleceğe etkili olarak rıza vermesi durumunda ölen babanın üreme hücrelerinden homolog döllenme ile embriyonun oluşturulması mümkün olabilmektedir.¹⁵⁹ Miras, soybağı, ve soybağına bağlanan her türlü hukuki durum ölü kimsenin üreme hücresiyle meydana gelen çocuk bakımından ölen kimsenin rıza dahilinde olsa bile problemlere sebep olabileceğinden, ülkemizde kabul edilmemiştir. Ayrıca Almanya, İngiltere, İsviçre gibi birçok ülkede de ölümden sonra üreme hücrelerinin kullanılması yasaklanmıştır.¹⁶⁰

C) ANONİM DOĞUM VE BEBEK SANDIĞI UYGULAMALARI BAKIMINDAN SOYBAĞI

Anonim doğum uygulamaları ve bebek sandığı iki numaralı başlıkta bahsedilen üreme yöntemleriyle oluşturulan embriyonun aksine doğmuş veya doğacak bir çocuk için söz konusu olur. Yani bu iki uygulamada ailesinin terk ettiği veya bakmak istemediği bir çocuk söz konusudur. Avrupa’da ve dünyanın birçok yerinde, doğan çocuğa bakamayacak durumda olan veya çocuğu istemeyen ana- baba ya da evlilik dışı doğan çocuğu istemeyen çevresinden gizleyen ana bu çocuklarının bakımını sağlayacak ve onları çocukları olmayan kişilere evlat edindirebilecek yerlere gizlice bırakmalarını sağlayan bir sistem kurulmuştur. Bu sisteme genellikle “*bebek sandığı*” adı verilir.¹⁶¹ Terk edilen bebeğin kendini dışarıdaki tehlikelerden ve ölüm

¹⁵⁹ Aydın, Öztürk, (2016), “Homolog Döllenme Yoluyla Elde Edilen Tüpteki Embriyonun Yasal Mirasçılığı”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt:22, Sayı:3, ss. 349-374 s. 359. Amerika “The Uniform Parentage Act” 2002 yılı düzenlemesi ile ölen eşin rıza vermesi durumunda homolog döllenmenin gerçekleşmesine olanak tanımıştır.

¹⁶⁰ Turgut, a.g.e. s. 31.

¹⁶¹ “**Bebek sandığı** olarak ifade edilecek düzenek, genellikle içini gösteren cam ya da benzeri maddelerden imal edilmekte, sıcak tutulmakta (ısıtılmakta), bu hizmeti sağlayan kuruluşun binasının dış yüzeyine yerleştirilmektedir. Böylece bebek sandığının dışarıdan açılır kapağı binanın dışında kalmaktadır. Buraya gelen ve sandığı kullanmak isteyen bir ana, kapağı açmakta bebeğini içeriye bırakmaktadır. Ananın bebeği bıraktıktan sonraya kapağı kapatması ile birlikte sistem kapağı kilitlenmekte, böylece dışarıdan açılarak bebeğin sandıktan çıkarılması engellenmiş olmaktadır. Ana tarafından bebek konularak kapak kapatıldıktan, ananın uzaklaşmasına olanak verecek bir süre geçtikten sonra bir alarm devreye girmekte, bu alarm sayesinde sandığa bebek konulduğunu öğrenen kuruluş görevlilerince bebek alınmakta ve sağlık vb. açılardan gerekli bakımı yapılmaktadır. Ancak genellikle bebek sandığını kuran kuruluş ananın çocuğunun geri alma ihtimaline karşı 8 hafta kadar bir süre beklemektedir. Bu süre geçtikten sonra ise terk edilen çocuk evlat edindirme sistemine dâhil edilmektedir.” Bkz. İkizler, Metin, (2007), “Hukuki Boyutu ile Almanya’da Bebek Sandığı ve Anonim Doğum Uygulamaları”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 9, Özel Sayı, ss. 683-719.

riskinden koruyamayacak durumda olması yardımsever kimi insanları böyle bir uygulama geliştirmeye itmiştir. Bu sistem içerisinde genellikle klişeler ve gönüllü çalışan kimseler bulunmakta bu yolla hem terk edilen çocuk için yuva olmakta hem de evlat edinmek isteyen aileler için imkân sağlamaktadır. Türkiye’de böyle bir sistem toplum yapısı gereği yer almamaktadır.

Anonim çocuğun başka ebeveynlerle soybağının gerçeğe uygun kurulmasında problemler yaşanmaktadır. Bu tür uygulamaları seçen devletlerde soybağına yönelik incelemelerin herhangi bir önemi bulunmamaktadır. Bunun aksine soybağının tam ve doğru kurulmasını politika haline getirmiş devletlerde ise soybağının açığa çıkaran tıbbi incelemelerin yapılması ve bunlara rıza göstermek zorunlu olacaktır.¹⁶² Anonim doğum uygulaması Avrupa ülkelerinde çok eskiye dayanmakta olup birçok ülkede kullanılmaktadır.¹⁶³ Bu uygulamayı yapan ülkelerde kurulan kuruluşlar aracılığıyla sistem işlemekte ve çocuk terk edildikten sonra evlat edindirilmektedir ancak bu sürecin herhangi bir hukuki dayanağı bulunmamaktadır.¹⁶⁴

Anonim doğum uygulaması ise bebek sandığı uygulamasından farklı olarak bebek doğmadan önce, terk etme düşüncesinde olan ananın gönüllü sağlık kuruluşları tarafından doğum yapana kadar bakım ve gözetiminin yapılmasını içeren bir doğum hizmeti sağlamaktadır.¹⁶⁵ Kadının sağlıklı bir şekilde bebeği dünyaya getirmesi sağlanmakta ve bebek sandığında olduğu gibi kötü koşullarda doğumların bu yolla önüne geçilmeye çalışılmaktadır.¹⁶⁶ Bu iki uygulamanın tek farkı doğum aşamasındaki bakım ve gözetim farkıdır. Bundan sonraki süreç yani vazgeçme veya evlat edinme süreci birebir aynıdır. Bu iki uygulamanın temeli annenin kimliğinin gizli kalmasına dayanmaktadır.¹⁶⁷ Bunun da soybağı kurulması açısından sıkıntılara yol açacak bir durum olduğu açıktır. Soybağının ana ile kurulabilmesi için doğum yeterlidir ancak ana ile kurulan bu soybağının gizlenmesi çocuğun anasının kim olduğunu öğrenme hakkını elinden alacaktır. Bu uygulama ile toplumun aile yapısı bozulmakta sağlıklı bireylerin, ailelerin ve soybağı politikalarının oluşumu sekteye uğratılmaktadır. Ancak bu uygulamaların faydaları da

¹⁶² Tüzüner, a.g.e. s. 1156.

¹⁶³ İkizler, a.g.e. s. 687.

¹⁶⁴ İkizler, a.g.e. s. 688.

¹⁶⁵ İkizler, a.g.e. s. 688.

¹⁶⁶ İkizler, a.g.e. s. 688.

¹⁶⁷ İkizler, a.g.e. s. 688.

bulunmaktadır. Örneğin çocuğunu aldırarak, gizlice rahim tahliyesi yaptırmaya çalışmak, doğan bebeği öldürmek veya ölüme terk etmek bu uygulama sayesinde azalan durumlardır.

Avrupa ülkelerinin birden fazla noktasında başvuru bu uygulamaların ve uygulamayı yürüten kuruluşların sayısının giderek artması ilgili ülkeleri bu konuda kanuni düzenleme yapmaya itmiştir.¹⁶⁸ Bu uygulamalarda ananın gizli kalması durumu doğumun bildirimini öngören hukuk kurallarına aykırılık arz ettiği kabul edilmekte ve bildirimin yapılması için çeşitli müeyyideler uygulanmaktadır.¹⁶⁹ Alman hukukunda soybağı kurulması Türk hukuku ile aynıdır. Ölen bebekleri kurtarmak için düşünülmüş bu yöntem soybağı kurulması açısından hem topluma zarar vermekte hem de bebekleri ölümden kurtarmaktadır. Bu uygulamanın zararlarını azaltabilmek için kanaatimizce ananın gizli kalması durumu bakımından değişikliğe gidilmelidir. Kişisel verilerin korunarak ananın kimliğinin en azından sicile kaydedilmesi evlat edinme sürecinde bu hususa dikkat edilmesi ve çocuğun annesinin kim olduğunu öğrenme hakkı elinden alınmamalıdır. Böylelikle söz konusu uygulama yine benzer şekilde evlat edindirme işlemleri yaparken soybağı kurumunu da koruyarak çocuğa ve topluma gereken hizmeti sağlamalıdır.

D) BİYOTİP ETİĞİ YÖNÜNDEN YAPAY DÖLLENME YOLLARININ İNCELENMESİ

Çocuk sahibi olamayan aileler için tıp biliminin insanlığa sağlamış olduğu yapay döllenme yöntemleri bir umut ışığı olmuştur. Ancak bu döllenme yöntemleri bazı etik ve ahlaki problemler meydana getirmiştir. Hızlı gelişen tıp bilimi uygulamalarına devletlerinin kanunları yetişememiş, bu sebeple de soybağının kurulmasında da problemler meydana gelmiştir. Doğum öncesindeki süreçte yer alan tanı ve tedavi yöntemleri, genetik bilimi alanında yapılan yeniliklerin nasıl ve ne şekilde kullanılacağı, yapılacak müdahalenin sınırlarının ne olacağını belirlemek yükümlülüğü hukuk devletine aittir.¹⁷⁰ Müdahaleye ilişkin sınırların belirlenmesinde ise ahlaki kurallar, değer yargıları, etik belirleyici olmaktadır. Biyo-etik kurumu da tıbbi uygulamalar ve ahlaki değerlerin senkronizasyonu hakkında değerlendirilme yapılması iyinin ve kötünün canlı bilimleri ışığında değerlendirilmesini sağlamak amacıyla ortaya çıkmıştır.¹⁷¹ Biyo-tıp etiği sosyal yaşam, dini

¹⁶⁸ İkizler, a.g.e. s. 692.

¹⁶⁹ İkizler, a.g.e. s. 695.

¹⁷⁰ Kırkbeşoğlu, a.g.e. s. 5.

¹⁷¹ Metin, a.g.e. s. 15.

inançlar, teamüller ve insanların birbiriyle olan ilişkileri sonucu şekillenen tıbbi etik kurallarıdır. Biyoetiğin dört temel ilkesi bulunmaktadır. Bunlar; *özerkliğe saygı* (kişinin eylemlerine diğer kişilerin saygı göstermesi), *yararlılık ilkesi*, *zarar vermeme ilkesi*, *adalet ilkesi*'dir.¹⁷² Hukuki, ahlaki veya dinsel birden fazla normun çatışması durumunda hangi kuralın önceleneceğini belirlemek yani dengelemek biyoetik kapsamında ele alınır.¹⁷³

1. Din Açısından Yapay Döllenme

Dinler tarihi açısından incelendiğinde İslam, Hristiyanlık'ta Katolikler ve Museviler ceninin rahme düşmesinden sonra bir hayata son vermek anlamına geleceği için aldırılmasına karşı çıkmışlardır. Ceninin hak ehliyeti TMK madde 28'e göre tam ve sağ doğmakla ana rahmine düşmüş olduğu andan itibaren başlayacaktır. Bu bağlamda Nüfus Planlaması Kanunu gereğince 10 haftalık süreçte kürtaj ile doğumun sonlandırılması çocuğun ana rahmine düştüğü andan itibaren sahip olduğu yaşama hakkını ihlal ettiği için kural olarak meşru sayılmamalıdır.¹⁷⁴ Bunun tek istisnası ise ananın çocuk aldırılmadığı takdirde hayati riski bulunması hali olmalıdır.¹⁷⁵ Günümüz teknolojisi ile ana ve babanın üreme hücreleri alınarak ananın rahmine konulması açısından herhangi bir sakınca olmadığı hususunda İslam din uleması arasında uzlaşma bulunmaktadır.¹⁷⁶ Ancak eşler dışında başka kimselerin döllenme aşamasına dahil olması durumunu bu kimselerle nikah akdi olmadığı için caiz kabul etmemektedir.¹⁷⁷ Katolik kilisesinde evli çiftler içinde yardımcı üreme tekniklerinin uygun görülmediği, ancak sağlıklı embriyoların ayıklanması ve imha edilmesi durumunun insan onuruna aykırı olduğu gerekçesiyle yalnızca tıbbi zorunluluk halinde başvurulmasını kabul etmiştir.¹⁷⁸

2. İnsan Klonlaması

Yardımcı üreme tekniklerinin yanı sıra tıpta bugün geline noktada konuşulan bir diğer husus da klonlamadır. Klonlama etik ve hukuki bakımdan tartışmalara neden olan konulardan biridir. Klonlama laboratuvar ortamında

¹⁷² Metin, a.g.e. s. 105.

¹⁷³ Metin, a.g.e. s. 104.

¹⁷⁴ Kırkbeşoğlu, a.g.e. s. 31.

¹⁷⁵ Kırkbeşoğlu, a.g.e. s. 31.

¹⁷⁶ Metin, a.g.e. s. 37.

¹⁷⁷ Metin, a.g.e. s. 38.

¹⁷⁸ Metin, a.g.e. s. 38.

bir canlının kopyasının yapılmasıdır. Özellikle üreme için geliştirilmiş olan bu yöntem cinsiyet seçimi, tedavi vb. başka amaçlarla da kullanılabilir hale gelmiştir.¹⁷⁹ Gerek üreme gerek de tıbbi tedavi amacıyla klonlama yönteminin insanlar üzerinde de uygulanması tüm dinlerde insanın bedeninin yaratıcıya ait olması, tasarruf hakkının bulunmaması ve hayatı bahşedecek olanın yalnızca yaratıcı olmasından dolayı yasaklanmış ve günah olarak görülmüştür. Üreme amaçlı klonlamaya bu anlamda özel olarak değinmek gerekir. Üreme amaçlı klonlamada sperm hücresine gerek kalmadan üreme gerçekleştirilir.¹⁸⁰

Klonlama açısından yapılmış deneylerde kullanılan yüzlerce canlı göz önüne alındığında bunun insan üzerinde denenmesi için de yüzlerce kişi gerekeceğinden ve bunun da insan onuruna ve yaşam hakkına aykırıdır. Ayrıca klonlama neticesinde dünyaya bir insan gelse dahi bu kişinin toplumsal yaşamının nasıl olacağı, soybağının kime bağlanacağını belirlemek gibi güç durumlar oluşabilecektir. Bunun yanında bu kişiye eşya gibi davranma, klonlama yüzünden insan nüfusunun orantısız artması gibi ciddi tehlikeler de doğurması mümkündür. Klonlama ile aynı DNA yapısına sahip binlerce kişinin ortaya çıkması ve adli tıp alanında suçlunun bulunmasının kimlik tespiti yönünden zorluklarla karşılaşılacağı da açıktır.¹⁸¹ Ayrıca klonlama sonrası hayvan üzerinde yapılan deneylerde binlerce sakat doğum meydana gelmiş olup bunların öldürülmesi gerekmiştir.¹⁸² Bunun insan üzerinde denendiğindeki vahim sonuçlarının ne olacağı da açıktır. Bu sebeple insan üzerindeki klonlamaya insan onuruna aykırı sonuçlar doğuracağından dolayı günümüzde sıcak bakılmamaktadır.

3. Embriyo Üzerinde Deney

Etik tartışmaların meydana geldiği bir alan da embriyolar üzerinde deney yapılıp yapılmayacağı ve embriyonun dondurulması hususlarıdır. Embriyo dondurulması açısından eşlerin üreme hücrelerinde problemin gelecek bir zamanda yaşanacak olması gibi durumlarda birçok ülke hukuku üreme hücrelerinden elde edilen embriyoların eşlerin ayrı ayrı rızası alınarak dondurulmasına imkân tanımıştır. Ancak eşlerden birinin dahi rızası kalkarsa söz konusu embriyoların imha edilmesi gerekmektedir.

¹⁷⁹ Kırkbeşoğlu, a.g.e. s. 32.

¹⁸⁰ Kırkbeşoğlu, a.g.e. s. 32.

¹⁸¹ Kırkbeşoğlu, a.g.e. s. 36.

¹⁸² Kırkbeşoğlu, a.g.e. s. 33-34.

Embriyo rahimde veya laboratuvar ortamında döllenmenin 14. gününden 8. haftasına kadar olan gelişim dönemine verilen addır. ve bu süreçte embriyo merkezi sinir sistemine sahip olmadığı için üzerinde yapılan deneylerde acı duymayacaktır.¹⁸³ Her ne kadar embriyo acı duymayacak olsa da insan olarak dünyaya gelme ihtimali bulunması ve yapılan deneyler nedeniyle yok olma tehlikesiyle karşı karşıya kalması, embriyonun ileriki gelişim aşamaları için de deney yapılmasının talep edilmesi ve deneyler sonuç elde edilen yararın embriyoya değil başkalarına fayda sağlaması hususları da göz ardı edilemez.¹⁸⁴ Türk Ceza Kanunu madde 90 kapsamında insan üzerinde deney yapılması yasaklanmıştır. Embriyo üzerinde deney yapılıp yapılmayacağı hususu ise Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Yönetmeliği ek madde 17’de “*Kendilerine ÜYTE uygulanacak eşlerden alınan yumurta ve spermiler ile bunlardan elde edilen embriyoların bu yönetmelikle belirlenen esaslar dışında her ne maksatla olursa olsun bulundurulması, kullandırılması, nakledilmesi ve satılması yasaktır.*” denilerek yasaklanmıştır. Yaşanan tıbbi gelişmelerden biri de Biobag (Yapay Rahim) uygulamasıyla yavru kuzuların yetişmesinin ardından aynı uygulamanın insanlar üzerinde de kullanılabileceği ve karın dışında kapsüllerde embriyoların büyüyerek dünyaya gelebileceği tartışmasıdır.¹⁸⁵ Bahsedilen yapay rahim uygulamasında da deney aşaması bakımından embriyoların kullanılacağı açıktır. İnsan Hakları ve Biyo-tıp Sözleşmesi madde 18’de “*Kanunların embriyo üzerinde tüpte araştırmaya izin vermesi halinde, embriyo için uygun koruma sağlanacaktır. Sadece araştırma amacıyla insan embriyolarının yaratılması yasaktır.*” yalnızca belli şartların varlığı halinde istisnai olarak embriyo üzerinde araştırma yapılmasına izin verilmiştir. Embriyo üzerinde araştırma yaparken insan haysiyeti üstün tutulmalı ve embriyonun insan onuruna, ahlaki kurallara uygun olarak belli sınırlar dahilinde yapılıp yapılmadığı gözetilmelidir. İnsan onuruna aykırı olması nedeniyle embriyolar yoluyla klonlama yapılması da İnsan Genomu ve İnsan Hakları Uluslararası Bildirisiyle yasaklanmıştır.¹⁸⁶

¹⁸³ Metin, a.g.e. s. 129; Apaydın, Bahar/ Akman, Nurten, “Dondurularak Saklanmış Üreme Hücresinin veya Embriyonun Eşin Ölümünden Sonra Ana Rahmine Transferi (Postmortal Döllenme) Sonucunda Doğan Çocuğun Mirasçılığı”, (2020), Ankara hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:24, Sayı:2, ss.63-107, s. 66.

¹⁸⁴ Metin, a.g.e. s.129

¹⁸⁵ <https://www.cumhuriyet.com.tr/bilim-teknoloji/gelecekte-bebekler-anne-karninda-olmayabilir-yapay-rahim-2011735>

¹⁸⁶ Turgut, a.g.e. s.90

4. Taşıyıcı Annelik

Bu başlık altında incelenmesi gereken bir diğer husus da taşıyıcı anneliktir. Üremeye yardımcı tedavi yöntemlerinden olan taşıyıcı anneliğin soybağında meydana getirdiği karışıklık, biyoetik bağlamında değerlendirilmesi gereken çeşitli etik ve ahlaki problemler meydana getirmiştir. Taşıyıcı annelik yapılırken para alınması bunun ticari bir sürece dönüşerek yapılmış olması kadının vücudunu bir üreme makinasına dönüştürdüğü için de tartışma yaratmıştır.¹⁸⁷ Taşıyıcı annelik amacıyla ivaz karşılığı veya ivaz olmadan yapılan taşıyıcılık sözleşmesi insan onuruna aykırı olması, kadının bir laboratuvar ortamı gibi kullanılması ve hamilelik sürecinde sözleşme vasıtasıyla bazı kısıtlamalara maruz kalması, sırf bebeği taşımış olduğu için bedenine bu süreçte müdahale edilebilmesi insan onuruna aykırı olacaktır. Taşıyıcı annelikte her ne kadar rıza doğrultusunda işlem yapıldığı iddia edilse de aydınlatılmış onamın tam yapılmamış olmaması veya taşıyıcı annenin maddi zorunluluk sebebiyle mecbur kalması halleri de göz önüne alınmalıdır. Ayrıca taşıyıcı annenin doğacak çocukla biyolojik bir bütünlük içine girecek olması ve sonrasında çocuğu sözleşme yapmış olduğu ebeveynlere vermek istememesi durumu da meydana gelen durumlardandır. Taşıyıcı annelik ile çocuk alınıp satılabilen bir şey vasfına indirgenmektedir.¹⁸⁸

Taşıyıcı annelikte sözleşmesini hukuki anlamda bebeğin satılması değil ebeveynlik haklarından bebeği alacak aile lehine vazgeçildiği bu konudaki bir diğer görüştür.¹⁸⁹ Ancak ebeveynlik kolayca vazgeçilebilecek bir hak değildir.¹⁹⁰ Taşıyıcı anneliği çocuk açısından incelediğimizde ise; çocuğun nasıl doğduğunu öğrenmesi ve bunun ruhsal dengesini bozması, gerçek durumu öğrenememesi nedeniyle genetik hastalıkları hakkında bilgi sahibi olamaması, biyolojik ve genetik annesinin farklı olması dolayısıyla yaşadığı dilemmalar, soybağında meydana gelen karışıklıklar, soybağına sonuç bağlanan kanuni düzenlemelerin çocuk üzerindeki etkileri de ciddi problemlerden sadece bir kaçıdır. Taşıyıcı annelik bu bağlamda toplumsal ve ahlaki yozlaşmaya neden olabilecek bir tıbbi yöntem olması nedeniyle kanun boşluklarına yer vermeden toplumsal gelişmeler de dikkate alınarak yasal zemine oturtulmalıdır. Taşıyıcı anneliği destekleyenlere göre ise; kadının taşıyıcı annelik sözleşmesi yapması değil, sözleşmeyi yapmasına izin

¹⁸⁷ Kırkbeşoğlu, a.g.e. s.70-72

¹⁸⁸ Metin, a.g.e. s.164

¹⁸⁹ Metin, a.g.e. s.164

¹⁹⁰ Metin, a.g.e. s.164

verilmemesi onun kişiliğine zarar verir.¹⁹¹ Bazı görüşler ise üçüncü kişilere bir zararı varsa kişinin özel hayatına karışılabilirdiğini ancak taşıyıcı annelik sonucu doğan çocuğa söz konusu durumun zarar verdiğine ilişkin deliller yoksa müdahale edilemeyeceğini savunur.¹⁹² Ancak soybağının kamusal öneme haiz olması ve devletçe korunduğu da göz önünde bulundurulduğunda bu görüşün doğru olmayan bir temele oturtulduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Evliliği kısırlık nedeniyle sallantıda olan çiftler için bir umut ışığı olması da taşıyıcı anneliğin faydaları arasında sayılmaktadır. Ayrıca çocuk sahibi olmak herkesin hakkı iken bu yol sayesinde üreme yeteneğinden yoksun ebeveynlerin çocuk sahibi olabilmesini engellemek ayrımcılık olacaktır diyen görüşler de mevcuttur.¹⁹³

5. İnsan Hakları Biyotıp Sözleşmesi

İnsan Hakları Biyotıp Sözleşmesi biyotıp hakkında bağlayıcı özelliği olan ve biyotibbin insan onuru, insan hakları doğrultusunda hazırlanan ilk uluslararası nitelikte kesin normları bulunan 38 maddelik bir sözleşmedir. Böyle bir sözleşmenin hazırlanmasının en büyük sebeplerinde biri tıbbi gelişmelerin insan onuru ve ahlakı bakımından ciddi problemlere yol açması ve biyotıp alanındaki gelişmelerin insan yararından ziyade kötüye kullanımının engellenmesidir.¹⁹⁴

Sözleşmenin ülkemizde de uygulanması TBMM tarafından 03.12.2003 tarihinde Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun ile kabul edilmiştir. İnsan Hakları Biyotıp Sözleşmesi Anayasa madde 90 kapsamında uluslararası bir anlaşma olması ve temel hak ve özgürlüklere ilişkin hükümler içermesi sebebiyle çıkacak uyuşmazlıklarda uygulanma bakımından önceliğe sahiptir.¹⁹⁵ Bu sözleşmenin amacı 1. maddeye göre, biyo teknolojiyi yasaklamak değil biyo teknoloji alanında yaşanan gelişmelerin insan onuruna aykırı sonuçlar doğurma ihtimalinin engellenerek etik çerçevesinde hukuki koruma sağlanarak bilimi yönlendirebilmektir. Madde 2'ye göre; “İnsanın

¹⁹¹ Metin, a.g.e. s. 165.

¹⁹² Metin, a.g.e. s. 165.

¹⁹³ Metin, a.g.e. s. 165.

¹⁹⁴ Kök, Nezh, Ahmet, (2018), “İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi’nin Uygulanmasında Türkiye İnsan hakları ve Eşitlik Kurumu” *Türkiye İnsan Hakları Eşitlik Kurumu*, Sayı:1, ss.147-162, s. 155.

¹⁹⁵ Kök, a.g.e. s. 156.

menfaatleri ve refahı, bilim veya toplumun menfaatlerinin üstünde tutulacaktır.” denilerek madde 26’daki genel sınırlama hükümleri haricinde bireye öncelik verilmiştir. Madde 26’da belirtilen sınırlandırmalar kamu güvenliği, suçun önlenmesi, kamu sağlığının korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için kanun tarafından öngörülen ve demokratik bir toplumda gerekli olan sınırlandırmalardır.

İnsan Hakları Biyotıp Sözleşmesi’nin 36. maddesine dayanarak Türkiye *İnsan Hakları Biyotıp Sözleşmesi* 20. maddeye çekince koymuştur. Ancak söz konusu çekince Resmî Gazete’de yayınlanmamış olduğundan çekincenin hukuki niteliği hakkında belirsizliklere neden olmaktadır.¹⁹⁶ Biyotıp sözleşmesi biyo-tıp faaliyetlerini içeren ana normları bir çatı altından toplayarak insan onuruna aykırı uygulamaları engellemek amacıyla yapılmış çerçeve bir sözleşmedir. Sözleşmenin 27. maddesine göre, sözleşmeye taraf olan devletler sözleşmenin getirmiş olduğu hukuki korumadan daha az koruma sağlayan hukuki düzenlemeler yapamazlar.¹⁹⁷ Bu maddenin amacı biyo-etik uygulamaları açısından taraf ülkeler nezdinde ortak standartlar getirebilmektir. Sözleşmenin 25. maddesine göre; *“Taraflar bu Sözleşme’de yer alan hükümlerin ihlal edilmesi halinde uygulanacak uygun yaptırımları sağlayacaklardır.”* denilerek eksik bırakılan yaptırımların taraf devletlerin iç hukuk düzenlemeleriyle sağlanması öngörülmüştür. Sözleşmenin 23. maddesine göre de *“Taraflar bu Sözleşme’de öngörülen hakların ve ilkelerin hukuka aykırı bir şekilde ihlalinin en kısa sürede önlenmesi veya durdurulması için uygun yargısal korumayı sağlayacaklardır.”* denilerek yargıya yönelik başvuru yollarının yine taraf devletlerin iç hukukuna bağlı olarak düzenlenecektir. Sözleşmenin 29. maddesine göre taraf devletler sözleşmenin yorumuna yönelik hukuki sorunlara ilişkin istişari nitelikte görüş talep edebileceklerdir. AIHM’e başvuru ise İnsan Hakları Biyotıp Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi tarafından sağlanan hakların ihlal edilmesi halinde mümkün olacaktır.

Sözleşmenin 4. maddesine göre; *“Araştırma dahil, sağlık alanında herhangi bir müdahalenin ilgili mesleki yükümlülükler ve standartlara uygun olarak yapılması gerekir.”* Sağlık alanında çalışan kimselerin bu yükümlülük altında olduğu açıktır. Ancak doğrudan tıbbi müdahale yapmasa da embriyo, döllenme gibi yardımcı tekniklerin uygulanması için çalışan yardımcı kimselerin de tıbbi personel olarak kabul edilmesi gerekmektedir.¹⁹⁸ Madde

¹⁹⁶ Turgut, a.g.e. s. 24; Metin a.g.e. s. 361.

¹⁹⁷ Metin, a.g.e. s. 362.

¹⁹⁸ Metin a.g.e. s. 366.

5'e göre; "Sağlık alanında herhangi bir müdahale, ilgili kişinin bu müdahaleye özgürce ve bilgilendirilmiş bir şekilde muvafakat etmesinden sonra yapılabilir. Bu kişiye, önceden, müdahalenin amacı ve niteliği ile sonuçları ve tehlikeleri hakkında uygun bilgiler verilecektir. İlgili kişi muvafakatini her zaman geri alabilir." denilerek müdahalenin ilgili kişiye açıkça anlatılması ve müdahale için rıza alınması şart koşulmuştur. Müdahale öncesi, sırası veya sonrasında da verilmiş olan rızanın alınabileceği kabul edilmiştir. Bu madde sayesinde müdahale yapılacak kimselerin müdahale konusunda kapsamlı bilgi sahibi olabilmesi ve bedenine yapılacak müdahale için rızayı verip vermeme tasarrufunda bulunabilme hakkı sağlanmıştır. Bu anlamda yardımcı üreme teknikleri açısından da aydınlatılmış onam ve rıza çok önemli bir yer tutmakta olup, Evans¹⁹⁹ davasında da bahsedilmiş olduğu üzere verilmiş olan rızanın alınabilmesi ve bu sayede kişinin çocuk yapıp yapmama hakkında tasarrufta bulunması sağlanmıştır. Devamında yer alan maddede ise küçüklerin ve ayırt etme gücünden yoksun kimseler hakkında ise rıza hususunda veli vasi yetkili olarak tayin edilmiştir. Madde 8 acil durumlarda tıbbi müdahalenin rıza alınmadan yapılabileceği istisnasını düzenlemiştir.

Sözleşmenin 10. maddesine göre ise; "Herkes, kendi sağlığıyla ilgili bilgiler bakımından, özel yaşamına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Herkes, kendi sağlığı hakkında toplanmış herhangi bir bilgiyi öğrenme hakkına sahiptir. Bununla beraber bireylerin bilgilendirilmeme istekleri de gözetilecektir. İstisnai durumlarda ikinci paragrafta belirtilen hakların kullanılmasında, hastanın yararları bakımından kanun tarafından kısıtlamalar öngörülebilir." maddesi kapsamında yardımcı üreme teknikleri sonucu meydana gelen çocuğun soybağını öğrenme hakkı bulunmaktadır. Aynı zamanda ebeveynler de farklı kimselerden üreme hücresi aldığı anda bu hücrelerin kime ait olduğunu öğrenme hakları olduğu gibi üreme hücrelerini veren kimsenin de bilgilendirilmeme isteği kapsamında gizli tutulma hakkı vardır. Bu da etik bakımdan bir dilemma meydana getirmektedir. Ancak soybağı kamuyu ilgilendiren bir konu olması hasebiyle soybağına ilişkin bilgilerin yine sözleşme madde 26/1 kapsamında gizli tutulma kapsamı dışında olması gereklidir. Yardımcı üreme teknikleri kullanılarak yapılan müdahale için kullanılan üreme hücrelerinin sahiplerinin kayıt altına alınarak ilgisine talep halinde açıklanmalıdır.

Sözleşmenin 14. maddesi "Cinsiyetle ilgili ciddi bir kalıtsal hastalıktan kaçınma hali hariç, doğacak çocuğun cinsiyetini seçmek amacıyla suni

¹⁹⁹ AİHM Evans/Birleşik Krallık [BD] – 6339/05 Kararı

döllenme tekniklerinin kullanımından kaçınılacaktır.” denilerek cinsiyetin belirlenmesinin keyfi amaçlarla yapılması yasaklanmıştır. İç hukukumuzda da ÜYTE Yönetmeliği’nde de Biyotıp Sözleşmesi ile aynı doğrultuda yasal düzenleme yapılarak cinsiyet seçiminin yalnızca zorunlu hallerde yapılabileceği düzenlenmiştir. Bilimsel araştırmaların sözleşmenin 15. maddesine göre yasal hükümlere bağlı kalmak şartıyla izin verilmiş, madde 16’da ise üzerinde araştırma yapılan kişilerin korunması amacıyla uyulması gereken kurallar belirtilmiş ve madde 17’de de rıza verme yeteneği olmayan kimselerin korunabilmesi amacıyla ayrı bir düzenleme yapılmıştır. Madde 18’e göre; *“Hukukun embriyon üzerinde tüpte araştırmaya izin vermesi halinde, embriyon için uygun koruma sağlanacaktır. Sadece araştırma amaçlarıyla insan embriyolarının yaratılması yasaktır.”* denilmiş ancak ‘uygun koruma’ deyiminin belirsiz olması nedeniyle madde eleştirilmiştir. Maddenin çerçeve şekilde düzenlenmiş olması korumanın asgari düzeyde olması anlamına gelip sözleşmeye üye her ülkenin kendi iç hukuklarına göre yaptırım uygulaması gerektiği anlaşılmaktadır.²⁰⁰ Bu anlamda iç hukukumuzda ÜYTE Yönetmeliği ile embriyo üzerinde araştırmanın kural olarak yasak olduğu araştırma yapılmasının da sıkı şartlara tabi olduğu görülmektedir.

Tıbbi gelişmeler sonucu insanlar sağlık yönünden sayısız imkanlara kavuşmuştur. Ancak bu imkanları kullanırken kimi zaman sağlık görevlilerinin de hatalı uygulamaları sonucu sağlıklı bir bedene kavuşmak amaçlanırken istenmeyen sonuçlarla karşılaşabilmektedir. Sağlık görevlilerinin tıp bilimi bakımından yapmış olduğu uygulamalarda hata yapmalarına *tıbbi uygulama hataları* (medikal malpraktis) denir. Hekimlik Meslek Etiği Kuralları’nın 13. maddesinde “Bilgisizlik, deneyimsizlik ya da ilgisizlik nedeni ile bir hastanın zarar görmesi” hekimlik mesleğine ilişkin bilgilerin kötü uygulanması olarak tanımlanmıştır.²⁰¹ Bu anlamda Biyotıp Sözleşmesinin 4. maddesine göre *“Araştırma dahil, sağlık alanında herhangi bir müdahalenin ilgili mesleki yükümlülükler ve standartlara uygun olarak yapılması gerekir.”* Sağlık alanında hastanın vücuduna yapılacak olan müdahale mesleki yükümlülükler gözetilerek özenli bir biçimde yerine getirilmelidir.²⁰² Sağlık görevlilerinin bizzat yapmış olduğu hatalar dışında; sağlık kuruluşlarında iş yükünün fazla olması, mobbing, sağlık görevlilerinin görev tanımı dışındaki işleri de yapmaya mecbur olması, ekip çalışmasındaki

²⁰⁰ Metin, a.g.e. s. 373.

²⁰¹ Kök, a.g.e. s. 157.

²⁰² Kök, a.g.e. s. 157.

aksaklıklar, sağlık görevlilerinin asli görevlerini aksatması gibi durumlar da tıbbi hata riskini doğuran hallerdendir.²⁰³ Hekimin hastaya inşa onurunu koruyacak şekilde bilgi ve becerilerini uygulamalıdır.²⁰⁴ Sağlık görevlilerinin özen yükümlülüğü bağlamında embriyonun yanlış kişiye nakledilmesi sağlık görevlisinin hukuki durumu ve malpraktis bakımından nasıl değerlendirilmelidir? Embriyonun yanlış kişiye nakledilmesi sonuçları aile ve doğacak çocuk açısından ciddi problemlere sebep olabilecek bir tıbbi hatadır. Sağlık görevlisinin embriyoyu yanlış kaydetmesi sebebiyle malpraktis sayılacak ve etik kurallarına aykırılığın yanında, TCK madde 231/2 kapsamında özen yükümlülüğüne aykırılık nedeniyle çocuğun da soybağının değişmesine sebebiyet verileceğinden yapılan tıbbi hata bu madde kapsamında cezalandırılacaktır.

E) SOYBAĞININ BELİRLENMESİNDE DNA ANALİZİ

1. Anayasa ve Delil Hukuku Bakımından DNA İncelemesi

Soybağının tam ve doğru şekilde kurulması aile ve toplum açısından büyük önem arz etmektedir. Ancak doğmuş olan çocuğun soybağı farklı sebepler veya özen yükümlülüğüne aykırı davranılması sonucu gerçeğe aykırı şekilde kurulabilmektedir. Bazen basit bir yazım yanlış veya yanlış beyan sonucu gerçeği yansıtmayan kayıtlar ortaya çıkabilir. Soybağının kayıt aşaması, gerçek hayatta kurulmuş olan soybağının hukuksal dünyaya farklı yansması sonucunu doğurabilecektir. Başlangıçta basit bir hata gibi gözüken soybağının yanlış kurulması, çok ciddi ve toplumsal sorunlara yol açabilecektir. Bu ciddiyeti bilen ve tehlikeyi gören kanun koyucu, soybağının doğru kurulmasına yönelik çeşitli kanunlar ihdas etmiş, cezai yaptırımlar getirmiş ve dava yolu açarak soybağının düzeltilmesini sağlamaya yönelik hukuk yolları geliştirmiştir. Toplum ve kişi yararı gözetilerek soybağının nasıl ve kimle kurulacağı kanuna uygun bir araştırma ile gerçekleştirilebilir. Bu araştırma, hukuk ve ceza davalarında elde edilen delillere, bilimsel gelişmeler yoluyla bulunan yeni metotların uygulanmasıdır.

Soybağına yönelik delil elde etmek amacıyla kullanılan bu yöntemlerin başında DNA ve gen analizi gelmektedir. Gelişen teknoloji ile insan DNA'sının incelenmesi mümkün olmuş bilinmesi zor olan hususların açıkça bilinmesi sağlanmıştır. İnsan DNA'sı incelenerek gen haritaları çıkarılabilmiş,

²⁰³ Gülbin Kutbay ve Sultan Alan, (2020), “Yenidoğan Ünitelerinin İşleyişinde Ortaya Çıkan Etik Durumlar”, *Lokman Hekim Dergisi*, Cilt:10, Sayı:1, ss. 37-46, s. 42.

²⁰⁴ Kök, a.g.e. s. 157.

biyolojik bağın kökeni araştırılabilmiş ve en önemlisi soybağının kiminle kurulduğunun tespiti bu yolla sağlanmıştır. DNA yoluyla soybağının belirlenmesi aşamasında ilgili kişilerden örnek alınması gerekir. DNA ve gen analizi araştırması ile çocuk ve arasında soybağı olduğunu savunan ana ve/veya babadan alınan kan, saç, idrar, sperm, tükürük vb. maddeler ile soybağının tespiti mümkün olmaktadır.²⁰⁵ Vücuttan örnek alınması işlemi vücut bütünlüğüne müdahale anlamına geldiğinden kanun koyucu Anayasa'nın 17/2. maddesinde düzenlenmiş olan “*Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz.*” hükmü ile vücut dokunulmazlığı hakkı korunmuştur.²⁰⁶ Ancak vücut bütünlüğüne yönelik müdahaleler bakımından 17/2. maddede “*tıbbi zorunluluk*” hallerinde bedene yönelik müdahalenin yapılabileceği kabul edilmiştir.

Ceza muhakemesinde deliller olayın aydınlatılması bakımından elzem nitelikte olup vücuttan örnek alma bu delillerin elde edilme yöntemlerinden biridir.²⁰⁷ Vücuttan alınan örnek, suça ilişkin delilin elde edilmesi için ilgili kimselerden alınan biyolojik materyaldir.²⁰⁸ Vücut dokunulmazlığına belli şartlar dahilinde müdahale edilmesine yönelik fiiller adli amaçla yapılacaksa, bu hususa ilişkin kanuni bir düzenlemenin olması gerekir.²⁰⁹ Vücuttan örnek alınmasına yönelik işlemler vücuda doğrudan müdahale anlamına geldiği için Ceza Muhakeme Kanunu madde 75 vd. hükümlerde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.²¹⁰ Vücuttan örnek alma işlemi var olan delilleri değerlendirmeyi amaçlar.²¹¹

Ceza Muhakemesi Kanununun 76. maddesi ve yönetmeliğin 7. maddesinde “*diğer kişiler*” denilerek, beden muayenesi bakımından soybağı tespiti yapılacak çocuk da bu diğer kişiler kapsamına alınmıştır.²¹² Ceza Muhakemesi Kanunu madde 78’e göre; “*75 ve 76’ncı maddelerde öngörülen işlemlerle elde edilen örnekler üzerinde, soybağının veya elde edilen*

²⁰⁵ Yıldırım, a.g.e. s. 149.

²⁰⁶ Pervin Aksoy İpekçioğlu, (2013), “Vücuttan Örnek Alma İşleminin Hukuki niteliği ve Anayasaya Uygunluğu”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırma Dergisi Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan*, Cilt:19, Sayı:2, ss. 1157-1176, s. 1158.

²⁰⁷ Aksoy İpekçioğlu, a.g.e. s. 1157.

²⁰⁸ Aksoy İpekçioğlu, a.g.e. s. 1159.

²⁰⁹ Aksoy İpekçioğlu, a.g.e. s. 1158.

²¹⁰ Aksoy İpekçioğlu, Aksoy, Pervin, (2012), “Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt:70, Sayı:1, ss. 19-38, s. 19.

²¹¹ Aksoy İpekçioğlu, (2013), s. 1162.

²¹² Aksoy İpekçioğlu, (2012), s. 23.

bulgunun şüpheli veya sanığa ya da mağdura ait olup olmadığının tespiti için zorunlu olması halinde moleküler genetik incelemeler yapılabilir.” Mağdurun, tanığın ve soybağı araştırılacak olan çocuğun iç ve dış beden muayenesi bu madde doğrultusunda yapılacak olup vücuttan alınacak kan, saç, tükürük, sperm örneği vb. gibi örnekler delil elde edebilmek için alınacaktır.²¹³ Soybağı kamusal öneme haiz olması ve çocuğun üstün yararının gözetilmesi nedeniyle gerekli kimselerden alınan DNA örnekleri alınması için rıza verilmesi gerekmez. Soybağının tespit edilmesi ve bu hususa bu kadar önem verilmesinin nedeni çocuğu korumaktır.²¹⁴ Soybağı ilişkisinin kurulması insanın kişiliğinin oluşmasında büyük önem taşır.²¹⁵ Bu sebeple yukarıda da açıklanmış olduğu üzere soybağının belirlenmesi için alınan doku örneklerinin kişiye yönelik bir ihlal olsa da çocuğun ve kamunun yararının daha üstün tutulacağı tekraren belirtilmelidir. Soybağının tespiti gereken dava ve işlerde çocuğun ebeveynleriyle arasındaki bu bağın tespiti için tanık beyanları, kan testi ve DNA belirleme testi yapılması gereklidir. Nüfus kütüğüne ana olarak kaydedilen kimse aslında çocuğun biyolojik anası olmayabilir ve bu sicil düzeltilmesi davasında tespit edilmişse gerçek ana ile soybağı kurulur. Ancak gerçek ana da tespit edilememişse sicilde gerçeği yansıtmayan ana kaydı silinir ve çocuk “*ana yönünden nüfus sicilinde soybağı olmayan çocuk statüsüne*” girer.²¹⁶ Kayıt bulunmayan bu hallerde ilgisi bulunan yan, analık iddiasında bulunan her kadın soybağının tespitini (olumlu veya olumsuz tespit davası) isteyebilir.²¹⁷

Anayasa madde 38/5’e göre; “*Hiç kimse kendisini veya kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz.*” Vücuttan örnek alınmasının şüpheli veya sanıktan örnek alınması ve bu sayede kendisi veya yakınlarını suçlayıcı bir delil elde edilmesine zorlanmasının mümkün olup olmayacağı bu madde bakımından da değerlendirilmesi gerekmektedir.²¹⁸ Ceza Muhakeme Kanununun 147/1 (e) bendine göre, “*Yüklenen suç hakkında açıklamada bulunmamasının kanunî hakkı olduğu söylenir.*” Şüpheli veya sanığın vücut örnekleri Anayasa madde 38/5 kapsamında değerlendirilmeyecek ve gerekli inceleme yapılabilmesi için örnek alınabilecektir.²¹⁹ Şüpheli veya sanığın vücudundan örnek alınmasına

²¹³ Aksoy İpekçioğlu, (2012), s. 24.

²¹⁴ Yıldırım, a.g.e. s. 149.

²¹⁵ Yıldırım, a.g.e. s. 149.

²¹⁶ Öktem Çevik, a.g.e. s. 2114.

²¹⁷ Öktem Çevik, a.g.e. s. 2114.

²¹⁸ Aksoy İpekçioğlu, (2013), s. 1169.

²¹⁹ Aksoy İpekçioğlu, (2013), s. 1169.

rızasının olmadığı hallerde koruma tedbiri niteliği ağır basacağından bu kimselerin rızası aranmadan örnek alma işlemi gerçekleştirilecektir.²²⁰

2. DNA İncelemesinin Hukuksal Yansımaları

DNA ile yapılan moleküler genetik incelemelerde, kişiden örnek alınması ve bu örnek üzerinde araştırmalar yapılması birden fazla kişilik hakkına müdahaleyi de zorunlu kılmaktadır. Söz konusu müdahalelerin yasal sınırlar içinde kalması ve hukuka aykırı incelemelerin engellenmesi amacıyla uluslararası ve ulusal düzeyde sözleşmeler imzalanmış, kanuni düzenlemeler yapılmıştır. Söz konusu sözleşmeler kapsamında kişilerin özel hayatı koruma altına alınmak istenmiş, kişilerin vücut bütünlüğünün korunması amaçlanmıştır.²²¹ İnsan Hakları Biyotıp Sözleşmesi 5. maddesine göre; *“Sağlık alanında herhangi bir müdahale, ilgili kişinin bu müdahaleye özgürce ve bilgilendirilmiş bir şekilde muvafakat etmesinden sonra yapılabilir. Bu kişiye, önceden, müdahalenin amacı ve niteliği ile sonuçları ve tehlikeleri hakkında uygun bilgiler verilecektir. İlgili kişi, muvafakatini her zaman, serbestçe geri alabilir.”* Yapılacak tıbbi uygulamalarda aydınlatılmış onam ve kişinin rızasının alınması gereklidir.

Sözleşmenin 12. maddesine göre *“Genetik hastalıkları teşhise yönelik veya ya kişinin bir hastalığa neden olan bir geni taşıdığını belirlemeye ya da genetik bir yatkınlığı veya bir hastalığa eğilimi ortaya çıkarmaya yönelik testler, sadece sağlık amaçlarıyla veya sağlık amaçlı bilimsel araştırma için ve uygun genetik danışmada bulunmak şartıyla yapılabilir.”* ve 13. maddesinde *“İnsan genomu değiştirmeye yönelik bir müdahale, yalnızca, önleme, teşhis ve tedavi gayeleriyle ve sadece, amacının, herhangi bir altsoyun genomunda değişiklik yapılması olmaması halinde yapılabilir.”* denilerek müdahale ve genetik teşhisin şartları düzenlenmiştir.

Sözleşmenin 16. maddesi kapsamında kişi üzerinde araştırma yapılması; başka bir seçeneğin bulunmaması, maruz kalınacak tehlikelerin araştırmanın beklenen yaralarıyla orantısız olmaması, etik bakımdan kabul edilebilirliğin çok disiplin olarak gözden geçirilmiş olması, aydınlatılmış onamın yapılması, kişiden muvafakat alınması şartları sağlandığında yapılabilecektir. Sözleşmenin 22. maddesi kapsamında insan vücudu üzerinde alınmış olan parçaların gerekli usullere uyulması halinde saklanıp kullanılması öngörülmüştür. Sözleşmenin bahsedilen maddeleri kapsamında DNA incelemelerinin de bu şartlara uygun olarak yapılması gerekmektedir.

²²⁰ Aksoy İpekçioğlu, (2013), s. 1172.

²²¹ Aydın, Devrim, (2014), “Ceza Muhakemesinde Deliller”, Yetkin Yayınları, 1. Baskı, s. 127.

Vücut dokunulmazlığı kişinin maddi ve manevi bedeninin bir bütünlük arz etmesidir.²²² Kişinin vücut tamlığına yönelik her türlü ihlal hukuka aykırı sayılmaktadır. Ancak kanunlarca öngörülmüş istisnalar bu ihlaller kapsamına alınmamaktadır. Soybağının tespiti de bu istisnalar kapsamındadır. Kamusal anlamda soybağının ve çocuğun üstün yararı, vücuttan örnek alması nedeniyle oluşacak ihlalden üstün tutulmuş ve ilgili istisna öngörülmüştür. Ancak öngörülmüş olan istisnaların kötüye kullanılmaması gerekmektedir. Bu sebeple alınacak örneklerin kanunda belirlenmiş şartlar dahilinde ilgili kişilerden alınması gerekir. Bu şartlar alınacak örneğin çocuğun üstün yararı amacıyla alınması alınan örneklerin amacı dışında kullanılmaması, örnek alırken korunan hukuki değer ve ihlal edilen değer arasındaki orantının korunması ve örnek alınabilmesi için hukuki bir düzenleme bulunmasıdır. Aksi takdirde alınan örnekle elde edilmiş olan deliller de hukuka aykırı sayılacaktır.

Sağlık kişinin vücudunda hissettiği esenlik halidir.²²³ Sağlığa yönelik her türlü ihlal Anayasa'nın 17. maddesindeki tıbbi zorunluluklar dışında hukuka aykırıdır. Bu madde kapsamında soybağının tespiti amacıyla çocuğun ve toplumun yararı için vücuttan sağlığı tehdit etmeyecek şekilde örnek alınması hukuka aykırı olmayacaktır. Kişinin yaşamı belirli parçalardan oluşur. Kişinin kamuya açık alanda paylaştığı parçaları bulunduğu gibi sadece belli kişilerle paylaştığı özel parçaları da bulunur. Buna ek olarak kişinin kimseyle paylaşmadığı kendine has parçaları da vardır. Kamuya açık alan özel hayatın gizliliği kapsamında sayılmazken, kişinin sadece belli kişilerle paylaştığı veya hiç kimseyle paylaşmadığı alanlar ve mekanlar özel hayatının gizliliği suçuna yönelik ihlallerin konusunu oluşturur. Özel hayatın gizliliği kapsamında kişinin kimlerle ilişki kurduğu ve neyi kimle paylaştığı yalnızca kendisini ilgilendirir. Ancak soybağı belirlenmesi için kişiden alınan DNA örneği yoluyla özel hayata müdahale edilmekte ve kişinin yalnızca belli kimselerle paylaşmış olduğu bir durum, konuyla ilgisiz kimselerce de bilinir hale gelmektedir. Ancak çocuğun üstün yararı olması ve kamuyu ilgilendiren bir konu olması dolayısıyla soybağının tespiti amacıyla ölçülülük gözetilerek özel hayatın gizliliği göz ardı edilebilecektir.

Kişinin vücut bütünlüğünü bir parçası olan manevi alanı insan onurunu da içermektedir. İnsan onuru kişiliğin dışı vurumudur. İnsan onuru kişinin vazgeçilmez haklarındanır.²²⁴ Demokratik bir hukuk devletinde insan onuru hukuki anlamda sınırları belirtilen ve kanunlarca korunan manevi bir

²²² Çakmut, a.g.e. s. 90.

²²³ Çakmut, a.g.e. s. 93.

²²⁴ Çakmut, a.g.e. s. 98.

unsurdur. Soybağının belirlenmesinde çocuğun ana-babasının kim olduğu araştırılırken bunun dışında başka bir bilgiye ulaşılması amaçlanmaz. Bu nedenle de insan onurunu zedeleyecek bir ihlal soybağının belirlenmesinde söz konusu olmayacaktır.²²⁵ Anayasa madde 38/5 kapsamında kişi kendi aleyhine delil vermeme hakkı olan beyan ve delilleri vermekten kaçınılabılır. Soybağının tespiti işleminde kişiden alınan DNA örneğiyle ana-babanın tespit edilmesi amaçlanır. Ceza Muhakemesi Kanunu 76. maddesine göre tanıklıktan çekinme sebepleri varsa kişi örnek alınma işleminden kaçınılabılır. Ceza Muhakemesi Kanununun 78. maddesi kapsamında tıbbi bir zorunluluk varsa genetik inceleme yapılması mümkündür. Tüm bu bilgiler kapsamında soybağının tespiti kimliğinin belirlenmesi amacını taşır. Çocuğun üstün yararı ve kamusal önemi de dikkate alındığında soybağının tespiti tıbbi zorunluluk kapsamında değerlendirilecek olup yukarıda anılan maddelere de aykırılık teşkil etmeyecektir.

1412 sayılı eski Ceza Muhakemesi Usulü Kanunu gelişen ve değişen toplumda DNA yasal zemin yaratamamıştı.²²⁶ 5271 sayılı şu an yürürlükte olan Ceza Muhakemesi Kanunu'nda genetik ve moleküler incelemeyi içine alan ve dinamik toplumun gereklerine uygun yasal düzenlemeler oluşturulmuştur. Ceza Muhakemesi Kanunu madde 75 vd. hükümlerde düzenlene genetik incelemeye ilişkin bu maddeleri tek tek belirtmek yerinde olacaktır. Madde 75'de şüpheli veya sanığın beden muayenesi ve vücudundan örnek alınması düzenlemiştir. Bu maddeye göre;

“(1) Bir suça ilişkin delil elde etmek için şüpheli veya sanık üzerinde iç beden muayenesi yapılabilmesine ya da vücuttan kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınabilmesine; Cumhuriyet savcısı veya mağdurun istemiyle ya da re'sen hâkim veya mahkeme, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilebilir. Cumhuriyet savcısının kararı, yirmidört saat içinde hâkim veya mahkemenin onayına sunulur. Hâkim veya mahkeme, yirmidört saat içinde kararını verir. Onaylanmayan kararlar hükümsüz kalır ve elde edilen deliller kullanılamaz.

(2) İç beden muayenesi yapılabilmesi veya vücuttan kan veya benzeri biyolojik örnekler alınabilmesi için müdahalenin, kişinin sağlığına zarar verme tehlikesinin bulunmaması gerekir.

(3) İç beden muayenesi veya vücuttan kan veya benzeri biyolojik örnekler alınması, ancak tabip veya sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi tarafından yapılabilir.

²²⁵ Çakmut, a.g.e. s. 98.

²²⁶ Çakmut, a.g.e. s. 101.

(4) Cinsel organlar veya anüs bölgesinde yapılan muayene de iç beden muayenesi sayılır.

(5) Üst sınırı iki yıldan daha az hapis cezasını gerektiren suçlarda, kişi üzerinde iç beden muayenesi yapılamaz; kişiden kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınamaz.

(6) Bu madde gereğince alınacak hâkim veya mahkeme kararlarına itiraz edilebilir.

(7) Özel kanunlardaki alkol muayenesine ve kan örneği alınmasına ilişkin hükümler saklıdır.”

İki yıldan daha az hapis cezasını gerektiren suçlarda vücuttan örnek alınması bu madde bağlamında hukuka aykırı olacaktır. Bir görüşe göre, her ne kadar iki yıldan az süreli suçlarda vücuttan örnek alınması hukuka aykırı olsa da eğer şüpheli veya sanık kendisinden örnek alınmasını talep ederse bu işlem yapılabilirdi ancak elde edilen deliller şüpheli ya da sanık aleyhine kullanılmamalıdır.²²⁷ Aleyhe kullanılmanın önlenmesinin amacı beden muayenesinin şüpheli ya da sanığının iradesin zorlanıp zorlanmadığı hususunda oluşabilecek tereddütlerin oluşmaması içindir.²²⁸

Beden muayenesi ve vücuttan biyolojik örneklerin alınması özel ve teknik bilgiyi gerektiren hususlardan olup görevi ve yetkili kimseler tarafından yapılmalıdır.²²⁹ Madde 76’da diğer kişilerin beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması hususu düzenlenmiştir. Bu maddeye göre;

“(1) Bir suça ilişkin delil elde etmek amacıyla, mağdurun vücudu üzerinde dış veya iç beden muayenesi yapılabilmesine veya vücudundan kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınabilmesine; sağlığını tehlikeye düşürmemek ve cerrahî bir müdahalede bulunmamak koşuluyla; Cumhuriyet savcısının istemiyle ya da re’sen hâkim veya mahkeme, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilebilir. Cumhuriyet savcısının kararı, yirmidört saat içinde hâkim veya mahkemenin onayına sunulur. Hâkim veya mahkeme, yirmidört saat içinde kararını verir. Onaylanmayan kararlar hükümsüz kalır ve elde edilen deliller kullanılamaz.

(2) Mağdurun rızasının varlığı halinde, bu işlemlerin yapılabilmesi için birinci fıkra hükmüne göre karar alınmasına gerek yoktur.

(3) Çocuğun soy bağının araştırılmasına gerek duyulması halinde; bu araştırmanın yapılabilmesi için birinci fıkra hükmüne göre karar alınması gerekir.

²²⁷ Aydın, a.g.e. s.129

²²⁸ Aydın, a.g.e. s.129

²²⁹ Aydın, a.g.e. s.131

(4) Tanıklıktan çekinme sebepleri ile muayeneden veya vücuttan örnek alınmasından kaçınılabılır. Çocuk ve akıl hastasının çekinmesi konusunda kanunî temsilcisi karar verir. Çocuk veya akıl hastasının, tanıklığın hukukî anlam ve sonuçlarını algılayabilecek durumda olması halinde, görüşü de alınır. Kanunî temsilci de şüpheli veya sanık ise bu konuda hâkim tarafından karar verilir. Ancak, bu halde elde edilen deliller davanın ileri aşamalarında şüpheli veya sanık olmayan kanunî temsilcinin izni olmadıkça kullanılamaz.

(5) Bu madde gereğince verilen hâkim veya mahkeme kararlarına itiraz edilebilir.”

78. maddede moleküler genetik incelemeler düzenlenmiştir:

“(1) 75 ve 76’ıncı maddelerde öngörülen işlemlerle elde edilen örnekler üzerinde, soybağının veya elde edilen bulgunun şüpheli veya sanığa ya da mağdura ait olup olmadığının tespiti için zorunlu olması halinde moleküler genetik incelemeler yapılabilir. Alınan örnekler üzerinde bu amaçlar dışında tespitler yapılmasına yönelik incelemeler yasaktır.

(2) Birinci fıkra uyarınca yapılabilen incelemeler, bulunan ve kime ait olduğu belli olmayan beden parçaları üzerinde de yapılabilir. Birinci fıkranın ikinci cümlesi, bu halde de uygulanır.”

79. maddede hâkimin kararı ve inceleme yapılması düzenlenmiştir:

“(1) 78’inci madde uyarınca moleküler genetik incelemeler yapılmasına sadece hâkim karar verebilir. Kararda inceleme ile görevlendirilen bilirkişi de gösterilir.

(2) Yapılacak incelemeler için resmen atanan veya bilirkişilikle yükümlü olan ya da soruşturma veya kovuşturmayı yürüten makama mensup olmayan veya bu makamin soruşturma veya kovuşturmayı yürüten dairesinden teşkilat yapısı itibarıyla ve objektif olarak ayrı bir birimine mensup olan görevliler, bilirkişi olarak görevlendirilebilirler. Bu kişiler, teknik ve teşkilat bakımından uygun tedbirlerle yasak moleküler genetik incelemelerin yapılmasını ve yetkisiz üçüncü kişilerin bilgi edinmesini önlemekle yükümlüdürler. İncelenecek bulgu, bilirkişiye ilgilinin adı ve soyadı, adresi, doğum tarihi bildirilmeksizin verilir.”

80. maddede genetik inceleme sonuçlarının gizliliği düzenlenmiştir:

“(1) 75, 76 ve 78 inci madde hükümlerine göre alınan örnekler üzerinde yapılan inceleme sonuçları, kişisel veri niteliğinde olup, başka bir amaçla kullanılamaz; dosya içeriğini öğrenme yetkisine sahip bulunan kişiler tarafından bir başkasına verilemez.

(2) Bu bilgiler, kovuşturmaya yer olmadığı kararına itiraz süresinin dolması, itirazın reddi, beraat veya ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilip kesinleşmesi hallerinde Cumhuriyet savcısının huzurunda derhâl

yok edilir ve bu husus dosyasında muhafaza edilmek üzere tutanağa geçirilir.”

81. maddede fizik kimliğin tespiti düzenlenmiştir:

“(1) Üst sınırı iki yıl veya daha fazla hapis cezasını gerektiren bir suçtan dolayı şüpheli veya sanığın, kimliğinin tespiti için gerekli olması halinde, Cumhuriyet savcısının emriyle fotoğrafı, beden ölçüleri, parmak ve avuç içi izi, bedeninde yer almış olup teşhisini kolaylaştıracak diğer özellikleri ile sesi ve görüntüleri kayda alınarak, soruşturma ve kovuşturma işlemlerine ilişkin dosyaya konulur.

(2) Kovuşturmayla yer olmadığı kararına itiraz süresinin dolması, itirazın reddi, beraat veya ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilip kesinleşmesi hallerinde söz konusu kayıtlar Cumhuriyet savcısının huzurunda derhâl yok edilir ve bu husus tutanağa geçirilir.”

CMK 82. maddesinde “75 ilâ 81 inci maddelerde öngörülen işlemlerin yapılması ile ilgili usuller yönetmelikte gösterilir.” denilerek yönetmeliğe yönlendirme yapılmıştır. Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi Genetik İnceleme Yönetmeliği’nin 3. maddesinde *moleküler genetik* incelemenin tanımı şu şekilde yapılmıştır:

“Moleküler genetik inceleme: Gereken tür ve miktardaki biyolojik materyali kullanarak, kişiyi diğer kişilerden ayıran ve kalıtım kurallarına uygun olarak aktarılan hastalık dışındaki özelliklerinin moleküler düzeyde araştırılmasını ifade eder.”

6. maddede şüpheli veya sanığın vücudundan örnek alınması düzenlenmiştir:

“Bir suça ilişkin delil elde etmek için, şüpheli veya sanığın vücudundan kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak, gibi örnekler alınabilmesine, Cumhuriyet savcısı veya mağdurun istemiyle ya da re’sen hâkim veya mahkeme, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilebilir. Cumhuriyet savcısının kararı, yirmidört saat içinde hâkim veya mahkeme onayına sunulur. Hâkim veya mahkeme, yirmidört saat içinde kararını verir. Onaylanmayan kararlar hükümsüz kalır ve elde edilen deliller kullanılamaz. Bu örnekler Cumhuriyet savcısının huzurunda ve uygun göreceği usullerle derhâl yok edilerek bu husus tutanağa geçirilir. Bu müdahaleler ancak tabip tarafından veya tabip gözetiminde sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi tarafından yapılabilir. Vücuttan örnekler alınabilmesi için; müdahalenin, kişinin sağlığına açıkça ve öngörülebilir zarar verme tehlikesinin bulunmaması gerekir. Tıbbî müdahaleler, hekimlik sanatının ve tıp biliminin kabul ettiği yöntem ve araçlarla yapılır. Üst sınırı iki yıldan daha az hapis cezasını gerektiren suçlarda; kişiden kan, saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınamaz.”

7. maddede diğer kişilerin beden muayenesi düzenlenmiştir:

“Bir suça ilişkin delil elde etmek amacıyla, mağdurun ve diğer kişilerin vücudu üzerinde dış veya iç beden muayenesi yapılabilmesine sağlığını açıkça ve öngörülebilir şekilde tehlikeye düşürmemek ve cerrahî bir müdahalede bulunmamak koşuluyla; Cumhuriyet savcısının istemiyle ya da re’sen hâkim veya mahkemece, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilebilir. Cumhuriyet savcısının kararı, yirmidört saat içinde hâkim veya mahkemenin onayına sunulur. Hâkim veya mahkeme, yirmidört saat içinde kararını verir. Onaylanmayan kararlar hükümsüz kalır ve elde edilen deliller kullanılamaz. Mağdurun ve diğer kişilerin beden muayenesi ancak tabip tarafından yapılır.”

8. maddede diğer kişilerin vücudundan örnek alınması düzenlenmiştir:

“Bir suça ilişkin delil elde etmek amacıyla, mağdurun ve diğer kişilerin vücudundan kan, veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınabilmesine, sağlığını açıkça ve öngörülebilir şekilde tehlikeye düşürmemek ve cerrahî bir müdahalede bulunmamak koşuluyla; Cumhuriyet savcısının istemiyle ya da re’sen hâkim veya mahkeme, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilebilir. Cumhuriyet savcısının kararı yirmidört saat içinde hâkim veya mahkemenin onayına sunulur. Hâkim veya mahkeme yirmidört saat içinde kararını verir. Onaylanmayan kararlar hükümsüz kalır ve elde edilen deliller kullanılamaz. Bu müdahaleler ancak tabip tarafından veya tabip gözetiminde sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi tarafından yapılabilir. Tıbbî müdahaleler, hekimlik sanatının ve tıp biliminin kabul ettiği yöntem ve araçlarla yapılır.”

9. maddede soybağının araştırılması hususu düzenlenmiştir:

“Çocuğun soy bağının araştırılmasına gerek duyulması hâlinde, bu araştırmanın yapılabilmesi için, bu Yönetmeliğin 7 ve 8’nci maddeleri hükümlerine göre karar alınması gereklidir.”

12. maddede moleküler genetik incelemeler düzenlenmiştir:

“Bu Yönetmelikte öngörülen işlemlerle elde edilen örnekler üzerinde, soy bağının veya elde edilen bulgunun şüpheli veya sanığa ya da mağdura ait olup olmadığının tespiti için zorunlu olması hâlinde moleküler genetik incelemeler yapılabilir. Alınan örnekler üzerinde bu amaçlar dışında tespitler yapılmasına yönelik incelemeler yasaktır. Birinci fıkra uyarınca yapılabilen incelemeler, bulunan ve kime ait olduğu belli olmayan beden parçaları üzerinde de yapılabilir. Birinci fıkranın ikinci cümlesi, bu hâlde de uygulanır.”

13. maddede bilirkişi incelemesi hususu düzenlenmiştir:

“Bu Yönetmeliğin 12 inci maddesi hükümleri uyarınca moleküler genetik incelemeler yapılmasına sadece hâkim karar verebilir. Kararda inceleme

ile görevlendirilen bilirkişi de gösterilir. Bilirkişi gerçek ya da tüzel kişi olabilir. Yapılacak incelemeler için resmen atanan veya bilirkişilikle yükümlü olan ya da soruşturma veya kovuşturmayı yürüten makama mensup olmayan veya bu makamın soruşturma veya kovuşturmayı yürüten dairesinden teşkilât yapısı itibarıyla ve objektif olarak ayrı bir birimine mensup olan görevliler, bilirkişi olarak görevlendirilebilirler. Bu kişiler, teknik ve teşkilât bakımından uygun tedbirlerle yasak moleküler genetik incelemelerin yapılmasını ve yetkisiz üçüncü kişilerin bilgi edinmesini önlemekle yükümlüdürler. İncelencek bulgu, bilirkişiye ilgilinin adı ve soyadı, adresi, doğum tarihi bildirilmeksizin verilir. Bilirkişiye gönderilen örneklerle ilgili olarak; hâkimlikler, mahkemeler ve Cumhuriyet başsavcılıkları gizliliği sağlamak ve karışıklığa yer vermemek için gerekli her türlü tedbiri alırlar. Bu amaçla güvenli ve gizli bir kayıt sistemi belirlenir. Bu kayıt sisteminde bedeninden örnek alınan kişinin adı, soyadı, adresi ve doğum tarihine karşılık gelmek üzere bir kod sistemi uygulanır. Üçüncü fıkranın uygulanması açısından, teşkilât yapısı itibarıyla üniversiteler, Emniyet Genel Müdürlüğü, Jandarma Genel Komutanlığı ve Adli Tıp Kurumu objektif olarak ayrı birimler sayılırlar.”

14. maddede moleküler genetik inceleme sonuçlarının gizliliği düzenlenmiştir:

“Bu Yönetmelik hükümlerine göre alınan örnekler üzerinde yapılan inceleme sonuçları, kişisel veri niteliğinde olup, başka bir amaçla kullanılamaz; dosya içeriğini öğrenme yetkisine sahip bulunan kişiler tarafından bir başkasına verilemez. Bu bilgiler, kovuşturmaya yer olmadığı kararına itiraz süresinin dolması, itirazın reddi, beraat veya ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilip kesinleşmesi hâllerinde Cumhuriyet savcısının huzurunda ve uygun göreceği usullerle yok edilir ve bu husus dosyasında muhafaza edilmek üzere tutanağa geçirilir. Olay yerinden elde edilen diğer delillere ilişkin hükümler saklıdır. Bilirkişi tarafından yapılan analizler sonucu elde edilen bulgular ilgili makama gönderilir; bulgular üzerinden moleküler genetik analizler için izole edilen DNA örnekleri bilirkişi tarafından rapor hazırlandıktan sonra imha edilir ve bu husus raporda açıkça belirtilir. Moleküler genetik incelemelerin özel kalıtsal karakterler hakkındaki açıklamayı içermediği bilinen kromozom bölgesi ile sınırlı kalmasına özen gösterilir.”

16. maddede verilerin imhası düzenlenmiştir:

“Kovuşturmaya yer olmadığı kararına itiraz süresinin dolması, itirazın reddi, beraat veya ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilip kesinleşmesi hâllerinde bu Yönetmeliğin 15’inci maddesi hükümleri uyarınca elde edilen veriler, Cumhuriyet savcısının huzurunda ve uygun göreceği usullerle derhâl yok edilir ve bu husus tutanağa geçirilir.”

17. maddede verilerin korunması düzenlenmiştir:

“Mahkûmiyet kararı verilmesi hâlinde bu Yönetmeliğin 15'inci maddesinin birinci ve ikinci fıkraları uyarınca elde edilen veriler kolluk tarafından, üçüncü fıkrasında belirtilen dış izleri ise bu işlemi yapan sağlık kuruluşu tarafından arşivlenir.”

18. maddede ilgilinin rızası düzenlenmiştir:

“Mevzuatta aranan tüm koşulların gerçekleşmiş olmasına ve şüpheli sanık veya diğer kişilerin bu konuda aydınlatılmış olmalarına rağmen muayene yapılmasına ya da örnek alınmasına rıza vermemeleri hâlinde, kararın infazı için ilgilinin muayenesini veya vücudundan örnek alınmasını sağlamak üzere ilgili Cumhuriyet başsavcılığınca gerekli önlemler alınır. Mağdurun rızasının varlığı hâlinde bu işlemlerin yapılabilmesi için Yönetmeliğin 7'nci ve 8 inci maddeleri uyarınca karar alınmasına gerek yoktur. Bir suçun aydınlatılmasını sağlamak amacıyla, şüpheli, sanık ve diğer kişilerin kendiliğinden başvurarak rıza göstermeleri hâlinde, soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısının istemi, kovuşturma aşamasında ise hâkim veya mahkeme kararıyla tıbbî muayeneleri yapılabilir ya da vücutlarından örnek alınabilir.”

19. maddede tedavi amaçlı müdahaleler düzenlenmiştir:

“Sağlık mevzuatı ve taraf olunan uluslararası sözleşmeler uyarınca tabip tarafından yapılması gereken tedavi amaçlı tıbbî muayene ve müdahaleler için Cumhuriyet savcısı ya da hâkim kararı aranmaz.”

20. maddede incelemeye ilişkin raporların düzenlenme usulü belirtilmiştir:

“Tabip raporları üç nüsha hâlinde düzenlenir. Raporu düzenleyen sağlık kuruluşunca iki nüshası kapalı ve mühürlü zarf içerisinde ilgili Cumhuriyet başsavcılığına, hâkimliğe veya mahkemeye en seri şekilde iletilir. Raporun bir nüshası raporu düzenleyen sağlık kuruluşunda kalır.”

21. maddede güvenliğe ilişkin hususlar düzenlenmiştir:

“Muayene edilmesi veya vücudundan örnek alınması amacıyla sevk edilen kişi dışında başka bir kişinin muayene edilmemesi ya da vücudundan örnek alınmaması için Cumhuriyet başsavcılıklarınca gerekli önlemler alınır. Tabip veya diğer sağlık mesleği mensuplarınca, sevk edilen kişinin kimliği konusunda şüpheyne düşülmesi hâlinde durum derhâl Cumhuriyet başsavcılığına bildirilir. Alınan, muhafaza edilen, nakledilen ve incelenen örneklerin değiştirilmemesi ve dış koşullardan etkilenip bozulmaması için Cumhuriyet başsavcılığı, kolluk, sağlık kuruluşu ve bilirkişi tarafından gerekli tedbirlere başvurulur.”

3. Ceza Muhakeme Kanunu ve Adli Tıp Kanunu Bakımından DNA İncelenmesi Usulü

Ceza Muhakeme Kanununun 78. maddesine göre, sadece zorunlu hallerde tıbbi incelemenin uygulanması öngörülmüştür. Zorunlu olma ibaresinde şüphenin ne derece olduğu anlaşılamamaktadır. Genel olarak basit şüphe ile genetik incelemeye başvurulabileceği kabul edilse de bu husus doktrinde tartışmalıdır. Moleküler genetik inceleme yoluyla suç şüphesi bulunan kişi hakkında kolaylıkla bilimsel ve net bir delil elde edilmekte bu sayede de ceza davasına konu olan suç aydınlatılabilmektedir. Bu sebeple de Çakmut'a göre soybağının tespiti açısından şüpheye yönelik "tıbbi zorunluluk" ibaresi ikincil bir nitelik taşımamaktadır.²³⁰ Biz de bu görüşe katılmaktayız. Kanun metnindeki "tıbbi zorunluluk" ibaresi ile kanun koyucunun saikinin moleküler genetik inceleme yoluyla elde edilen delillere ikincil bir nitelik vermek olmadığı açıktır. Kanun maddesinin gerekçesinde de bahsedilmiş olduğu üzere çoğunlukla soybağı ya da elde edilen delillerin kime ait olduğunun bilinmesinin moleküler genetik inceleme yapılmadan netleşmeyeceği açıktır. Bu nedenle gerekçe okunduğunda da davanın aydınlatılması açısından tıbbi bir zorunluluk olması hali gözetilerek ilgili maddenin düzenlenmiş olduğu anlaşılabacaktır. Çakmut'un da belirtmiş olduğu üzere, moleküler genetik incelemeye ilişkin delilin ikincil nitelik haline getirilmesi istenmiş olsaydı maddede bu husus "başka surette delil elde etme imkanının bulunmaması" gibi bir ibare ile açıkça yazılmış olurdu.²³¹ Ayrıca CMK madde 79 kapsamında madde 78'e göre yapılacak inceleme hâkimin takdirine bırakılmıştır. Hâkimin dosya kapsamında orantılılığı da gözeterek vermiş olduğu karar sonucunda moleküler genetik inceleme yapılabilecektir.

Moleküler genetik inceleme yapılabilmesinin Ceza Muhakeme Kanunu kapsamında bir diğer şartı da suçun belli bir nitelikte olmasıdır.²³² Kanunun 76. maddesi kapsamında vücuttan alınan örneklerin incelenmesine yönelik usulün moleküler genetik incelemeye de uygulanabileceği kabul edilmiştir. Buna göre moleküler ve genetik inceleme yapılabilmesi için Ceza Muhakeme Kanunu madde 75/5'e göre suç 2 yıl ve daha fazla hapis cezası gerektiriyor olmalıdır. Moleküler genetik incelemenin şekli şartları da elde edilen delilin usul yönünden hukuka uygun hale getirebilmesi için vardır. Moleküler genetik inceleme açısından bu şartları açıklamak gerekirse; incelemeye Ceza Muhakemesi Kanunu madde 79 kapsamında hâkim karar verir. Bu kararın başka bir merci tarafından verilmesine ilişkin bir düzenleme olmadığı gibi

²³⁰ Çakmut, a.g.e. s. 107.

²³¹ Çakmut, a.g.e. s. 107.

²³² Çakmut, a.g.e. s. 108.

gecikmesinde sakınca bulunan hal gibi bir istisnai durum da düzenlenmemiştir. Bu maddede bahsedilen hâkim kararı örnek alınacak kimselerin belli olması durumu için düzenlenmiştir. Çünkü alınan örnekler Anayasa madde 17'ye göre tıbbi zorunluluk kapsamında istisnai bir hal olarak düzenlenmiştir. Yani kişiden soybağı tespiti amacıyla tıbbi bir zorunluluk olarak alınan örneğin istisnai bir durum olması dolayısıyla incelemeye yönelik kararın hâkim tarafından verilmesi ve buna istisna getirilmemesi konunun önemi nedeniyledir. Ancak olay yerinde bulunan ve henüz kime ait olduğu tespit edilemeyen bulguların incelenmesi bakımından hâkim kararı aranmayacaktır.²³³ Bunun nedeni olay yerinden elde edilmiş olan bulgular anonim kişilere ait olması ve olayı aydınlatmada ipucu niteliğinde olmaları ve muhatap olarak hakkı ihlal edilecek belli bir kişi bulunmamasıdır.

Ceza Muhakemesi Kanunu madde 78'de bulunan “*elde edilen bulgular*” ibaresi Çakmut'a göre olay yerinde bulunan tüm materyalleri kapsamamaktadır. “*Beden parçası*” ibaresinin olay yerindeki saç, kıl, tüy ve cinsel salgıyı kapsamamasından ötürü, Çakmut bu maddenin güncellenerek olay yerindeki tüm materyalleri içeren bir kavram olarak kullanılması gerektiğini savunmaktadır. Biz yazarın aksine ilgili maddedeki “bulgu” ibaresinin olay yerinde elde edilmiş ve incelenmesi mümkün olan her delili kapsayacak nitelikte olduğunu düşünmekteyiz. Türk Dil Kurumu sözlüğünde bulgu; var olan ve o zamana kadar varlığı bilinmeyen şeyin bulunmasıdır. Ancak *beden parçası* ibaresi sadece bedende bulunan materyalleri içermek anlamında olup yanına beden parçası dışında olay yerinden elde edilen bulgular bakımından başka terimler kullanarak nesneleri genişletmemiz mümkün olabilmektedir. Bu sebeple *beden parçası* ifadesi bazı alanlarda yetersiz kalabilecek nitelikteyken bulgu kelimesinin daha geniş bir anlam ifade ettiği açıktır. Açıklanan sebeplerle de kanun maddesinin güncellemeye ihtiyaç duymadığı kanaatindeyiz.

Moleküler genetik incelemenin amacı soybağının tespiti ya da elde edilen delillerin şüpheli veya sanığa ait olup olmadığının tespitini sağlamaktır.²³⁴ Moleküler genetik inceleme CMK 78. ve 80. maddelerinde düzenlenmiş olup, moleküler genetik incelemenin yapılmasına ilişkin kararı 79. maddeye göre hâkim verir. Yargıtay 13. Ceza Dairesi 2012/17565 Esas, 2012/12323 Karar ve 11.04.2011 Tarih sayılı kararında da belirtilmiş olduğu üzere hâkim kararı olmadan yapılan moleküler genetik inceleme yapılması bozma nedenidir.²³⁵

²³³ Çakmut, a.g.e. s. 110.

²³⁴ Ayşe Özge Atalay, (2019), “Ceza Muhakemesi Hukukunda Moleküler Genetik İncelemelerin Özel Nitelikli Kişisel Verilerin Korunması Açısından Değerlendirilmesi”, *Ceza Hukuk ve Kriminoloji Dergisi*, Cilt:7, Sayı:2, ss.127-184.

²³⁵ Atalay, a.g.e. s. 148.

Moleküler genetik inceleme bilirkişilik incelemesi gerektiren bir husus olması nedeniyle bilirkişi tarafından yapılır. Yani teknik bir inceleme söz konusu olduğu için bilirkişi atanması zorunludur. Bu incelemeyi bilirkişilik kapsamında Adli Tıp Kanunu madde 22 vd. hükümlerine göre Adli Tıp Kurumu tarafından yapılmaktadır. Adli tıp kurumunca yapılan inceleme her ne kadar resmi bir belge olsa da hâkim adli tıp raporuyla bağlı değildir. Hâkim dosya kapsamını inceleyip farklı bir gerekçe kurmuşsa Adli Tıp Kurumu tarafından hazırlanmış raporun aksine de karar vermesi mümkündür. Ancak moleküler genetik incelemenin kesine yakın sonuçlar vermesi dolayısıyla söz konusu bilirkişi raporu da hâkim tarafından göz ardı edilemeyecektir. CMK madde 79/2 kapsamında görevli kimseler yetkisiz kimselerin inceleme hakkında bilgi edinmesini önlemekle yükümlüdür. CMK madde 80'e göre bu veriler kişisel veri kapsamında olup bu bilgiler *"Kovuşturulmasına yer olmadığı kararına itiraz süresinin dolması, itirazın reddi, beraat veya ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilip kesinleşmesi hallerinde cumhuriyet savcısı huzurunda derhal yok edilir ve bu husus dosyasında muhafaza edilmek üzere tutanağa geçirilir."* düzenlemesi kapsamında genetik incelemeden sonra üzerinde inceleme yapılan örnekler usulüne uygun olarak imha edilir.

CMK madde 80'e göre moleküler genetik inceleme sonucu elde edilen bilgiler kişisel veri niteliğinde olması nedeniyle kullanma amacı dışında kullanılamayacaktır. Moleküler genetik inceleme açısından dikkate alınacak önemli hususlardan biri moleküler genetik incelemeye ilişkin sonuç negatif çıkmışsa kişinin fail olmadığına ilişkin kesin bir kanıt niteliğinde iken, inceleme sonucunun pozitif çıkması fail hakkında mahkûmiyet kararı verebilmek için tek başına yeterli olmayacaktır.²³⁶ CMK madde 78 kapsamında soybağının tespiti amacıyla yapılacak olan moleküler genetik inceleme, yalnızca bir suça ilişkin aydınlatma açısından soybağının tespiti gerekli ise yapılabilecek olup, suç ile ilişkisi olmayan hukuk muhakemesini ilgilendiren soybağı tespiti için CMK madde 78 uygulanamayacaktır.²³⁷ CMK madde 78 ve Genetik İncelemeler Fizik Kimliğinin Tespiti Hakkında Yönetmelik madde 7-8 kapsamında moleküler genetik inceleme yapılabilecek kişiler şüpheli, sanık, mağdur ve diğer kişilerdir.

DNA incelemesi açısından tartışmalı olan bir husus da DNA Veri Bankalarıdır. DNA Veri Bankası daha önce çeşitli suçlara karışmış kimselerin DNA'larının saklanarak daha sonra başka bir suça karışması halinde olay mahallinde bırakmış olduğu vücut örneklerinin incelenerek DNA bankasındaki verilerle eşleşmesi halinde faillerin kolaylıkla tespit edilmesini

²³⁶ Atalay, a.g.e. s. 137.

²³⁷ Atalay, a.g.e. s. 142.

sağlayan bir yöntem olarak karşımıza çıkmaktadır.²³⁸ Çakmut’a göre, DNA verilerine ilişkin bir çalışma olan Millî DNA Veri Bankası Kanun Tasarısı kadük kalmış olup kanunlaşmış olsaydı tasarının maddeleri CMK’da yer alan boşlukları dolduracak nitelikte olacaktı. Ayrıca Ceza Muhakemesi Kanunu tarafından getirilmiş yeniliklerin de daha etkin kullanılması yine DNA bankası sayesinde sağlanmış olacaktı.²³⁹ Söz konusu tasarının 1. maddesine göre tasarının amacı adli amaçla ya da kimlik tespiti için alınan DNA verilerin saklanarak bu verilerden yararlanılması olarak açıklanmıştır.²⁴⁰ Tasarının 2. maddesi incelendiğinde DNA, DNA Analizi, DNA veri tabanı gibi hususlara yer verilmiş olup sadece adli amaçlarla DNA profili elde etme amacı ağırlıklı olarak göze çarpmaktadır.²⁴¹

“Tasarı uyarınca DNA analizi; 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda belirlenen esas ve usuller çerçevesinde vücuttan, bir suç sebebiyle olay yerinden, kim olduğunu tespit etmek amacıyla, hukukî ve fiilî sebeplerle kimliği tespit edilemeyen kişiler ile vücut parçalarından ve ölmüş kişilerden, görevleri sebebiyle hayati risk taşıyanlardan ve gönüllü kişilerden alınan biyolojik örnekler üzerinde yapılabilir. (m.5) Madde hükmünde kim olduğunu tespit etmek amacıyla, hukukî ve fiilî sebeplerle kimliği tespit edilemeyen kişiler ile vücut parçalarından ve ölmüş kişilerden ve ayrıca görevleri sebebiyle hayati risk taşıyanlardan DNA analizi yapılmak üzere biyolojik örnek alınmasının ancak Cumhuriyet savcısının gözetimi altında mümkün olabileceği düzenlenmiştir. Yine anılan maddede, DNA analizi yapılmak üzere laboratuvara gönderilen biyolojik örneklerin kime ait olduğunun, analizi yapacak olan görevlilerden “kodlanmak” suretiyle gizli tutulacağı belirtilmiştir.”²⁴²

DNA Millî Veri Bankası kanun tasarısında düzenlenen hususlara aykırı olarak örnek alınması ve bu örnek üzerinde DNA analizi yapılması TCK madde 135/1 hükmüne göre 6 aydan 3 yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı düzenlenmiştir.²⁴³ Ülkemizde doktrinde DNA Millî Veri Bankasının kurulması ağırlıklı olarak desteklenmekte olup biz de bu görüşe katılmaktayız.²⁴⁴ Moleküler genetik inceleme yoluyla suçların aydınlatılması ve delillerin değerlendirilmesinin daha verimli yapılmasının sağlanması

²³⁸ Dinler, a.g.e. s. 68.

²³⁹ Dinler, a.g.e. s. 68.

²⁴⁰ Atalay, a.g.e. s. 155.

²⁴¹ Fulya İlçin Gönenç ve Kemale Aslanova, (2018), “Biyobankalar ve Millî DNA Veri Bankası Kanunu Tasarısı”, *İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:4 Sayı:2, ss.13-32, s. 25

²⁴² Gönenç ve Aslanova, a.g.e. s. 26.

²⁴³ Gönenç ve Aslanova, a.g.e. s. 28.

²⁴⁴ Atalay, a.g.e. s. 156.

amacıyla DNA Milli Veri Bankasının kurulması elzemdir.²⁴⁵ Güncel yasal düzenlemelerimizde DNA veri bankası kurulma imkânı bulunmamakta olup Yargıtay tarafından da alınacak örneklerin saklanması, kaydedilmesi ve sonraki süreçlerde kullanılması için yapılmış herhangi bir düzenlemenin olmadığını belirtmiştir.²⁴⁶ DNA Milli Veri Bankası'na ilişkin düzenleme yapılırken kişi hak ve özgürlükleri gözetilmeli özellikle kişisel verilerin korunmasına yönelik ayrıntılı düzenlemelere yer verilerek kapsamlı bir kanun tasarısı hazırlanması ve bunun en yakın zamanda yürürlüğe girmesi gerekmektedir.²⁴⁷

DNA analizi kararına yönelik başvurulacak yol için Ceza Muhakemesi Kanunu madde 78 içerisinde bir açıklık yoktur. Bu nedenle madde 75 ve 76 incelendiğinde vücuttan alınan örnek için uygulanacak usulün moleküler genetik incelemeye de uygulanması gerekmektedir. Bu maddelerin sentezi sonucu moleküler genetik inceleme hâkim kararıyla verilmiş olduğundan incelemeye yönelik kanun yolu, soruşturma aşamasında madde 267 kapsamında itiraz yoluna gidilmesiyle mümkün olacaktır. Hâkim kararlarına açık hüküm bulunmasa dahi itiraz yoluna başvurulabilir. Ancak mahkeme kararları için itiraz yoluna başvurulması için açık hüküm bulunması gerekmektedir. Moleküler genetik inceleme için açık hüküm ilgili maddede bulunmaması nedeniyle mahkemenin kovuşturma aşamasında vermiş olduğu kararlar için yalnızca istinaf (CMK md. 273) ve temyiz (CMK md. 291) yoluna gidilebilecektir.

4. Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve Türk Medeni Kanunu Bakımından DNA İncelemesi

DNA incelemesinin ceza hukukunda olduğu kadar özel hukuktaki yerinin de ayrıca incelenmesi gerekmektedir. Kişinin vücudundan alınmış olan kan ve doku örneklerinden DNA inceleme yapılarak soybağını tespiti kesine yakın bir şekilde belirlenmektedir. Her ne kadar özel hukukta taraflarca getirilme ilkesi hâkim olsa da soybağının belirlenmesi kamu düzenini ilgilendirdiğinden soybağının tespiti re'sen araştırılması gereken delilleri de içermektedir.²⁴⁸

²⁴⁵ Dinler, a.g.e. s. 68.

²⁴⁶ Atalay, a.g.e. s. 158; Yargıtay 17. Ceza Dairesi 2016/10020 Esas, 2016/112/26 Karar ve 01.11.2016 Tarih sayılı Kararı; Gönenç ve Aslanova, a.g.e. s. 28.

²⁴⁷ Gönenç ve Aslanova, a.g.e. s. 28.

²⁴⁸ Konuralp, Orhan, Emre, (2020), "Kişilerden Kan ve Doku Örneği Alınmasına İlişkin Olarak Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 292'nci Maddesi Karşısında Türk Medenî Kanunu'nun 284'üncü Maddesinin Durumu", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:69, Sayı:4, ss. 1609-1640, s.1610.

Soybağının kamu düzeni yanında çocuk ve soybağı kurulacak aile açısından miras, vatandaşlık vb. konularda önemli sonuçlar içermesi nedeniyle sadece tarafları ilgilendirmedeği açıkça görülmektedir.²⁴⁹

HMK madde 292 ve TMK madde 284 maddelerinin getirmiş olduğu usul ve esaslar birbirinden farklı olup çelişkili düzenlemelerdir.²⁵⁰ TMK madde 284 şu şekildedir:

“Soybağına ilişkin davalarda, aşağıdaki kurallar saklı kalmak kaydıyla Hukuk usulü Muhakemeleri Kanunu uygulanır. Hâkim maddi olguları re’sen araştırır ve kanıtları serbestçe takdir eder. Taraflar ve üçüncü kişiler, soybağının belirlenmesinde zorunlu olan ve salık yönünden tehlike yaratmayan araştırma ve incelemelere rıza göstermekle yükümlüdürler. Davalı, hâkimin öngördüğü araştırma ve incelemeye rıza göstermezse, hâkim, durum ve koşullara göre bundan beklenen sonucu, onun aleyhine doğmuş sayılabilir.”

HMK madde 292’ e göre ise;

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

Her iki kanun maddesinde de ilgili kimselerin kan ve doku örneği vermeleri mecbur tutulmuşsa da TMK kan ve doku örneği alınmasına rıza göstermeyen kimse için *“onun aleyhine doğmuş sayılabilir.”* diyerek farklı bir sonuç bağlamıştır. Yani bu iki düzenleme arasındaki çelişkili hal şudur; TMK madde 284’te rıza verilmemesi halinde kan ve doku örneği zorla alınmazken, HMK 292’deki düzenleme rıza verilmezse zorla kan ve doku örneği alınabileceğini öngörmüştür. HMK’deki bu düzenleme yapılmadan önce Adli Tıp Kanunu madde 23’e göre kan ve doku örneği alırdırılabilceğini ancak kişi rıza vermezse TMK kapsamında örneklerin alınamayacağını fakat bunun sonuçlarına katlanacağı doktrinde kabul edilmekteydi.²⁵¹ TMK kapsamında kan ve doku örneği verme işlemi bir yükümlülük olarak değil külfet olarak kabul edilmektedir.²⁵² TMK’da külfet olarak düzenlenmiş olan bu maddeye

²⁴⁹ Konuralp, a.g.e. s. 1611.

²⁵⁰ Konuralp, a.g.e. s. 1612.

²⁵¹ Konuralp, a.g.e. s. 1614.

²⁵² Konuralp, a.g.e. s. 1615.

göre, rıza verilmemesi halinde aleyhe olan sonucun kabul edilmesi durumu her ne kadar caydırıcı olması amacıyla düzenlenmiş olsa da; soybağı sadece rıza vermeyen kişiyi değil çocuğu, aileyi ve kamu düzenini de etkileyen bir husus olduğu ve re'sen araştırma ilkesini değil karineye dayalı olarak hakimın karar vermesi sonucunu doğuracağı için bu düzenlemenin faydadan çok zararı olabileceği açıktır.²⁵³ Soybağını belirlemek amacıyla kan ve doku örneği alınması işleminin HMK madde 292'de yer alan düzenleme kamu düzeninin sağlanmasına daha çok hizmet edeceği açıktır.²⁵⁴

Yukarıda belirtildiği üzere CMK madde 75 vd. hükümler, kan ve doku örneği alınmasına ilişkin benzer düzenlemeler içermekte olup madde 76 çerçevesinde Cumhuriyet savcısının zor kullanarak kan ve doku örneği almasının özel hukuktaki soybağına ilişkin davalarla ulaşılmak istenen amacın benzer olması dikkate alınmalı ve maddi gerçeğin ortaya çıkarılabilmesi için burada da kan ve doku örneği alınmasının mümkün olduğu kabul edilmelidir.²⁵⁵ Bu maddelerin birbiri ile çelişkili olup olmadığı ve geçerliliklerini sürdürme durumları hususunda doktrinde farklı görüşler de olmak üzere bizim katıldığımız görüşe göre; HMK'daki düzenleme zaman bakımından sonra yürürlüğe girmiş olması ve iki hüküm arasında çelişki bulunması nedeniyle zımni olarak TMK'daki çelişkili durumun ilga edilmiş sayılması gerekmektedir.²⁵⁶ HMK madde 292'de yer alan düzenleme

²⁵³ Konuralp, a.g.e. s. 1615.

²⁵⁴ *"Soybağı ile ilgili davalar kamu düzenindendir. Bu nitelikteki davalarda, hâkim, maddî hadiseyi kendiliğinden araştırır ve serbestçe değerlendirebilir. Uyuşmazlığın çözümü bakımından, davanın tarafları yanında üçüncü kişiler de, zorunluluk halinde, bilimsel verilere uygun olmak, sağlık yönünden bir tehlike oluşturmamak koşuluyla, vücutlarından kan veya doku alınmasına katlanmak zorundadırlar. İşin önemi dikkate alınarak böyle bir zorunluluk öngörülmüş ve üçüncü kişilerin tanıklıktan çekinme haklarını ileri sürerek bu yükümlülüğün kaçınma yolu da kapatılmıştır."*

(HMK madde 292'nin gerekçesinden alınmıştır.)

²⁵⁵ Konuralp, a.g.e. s. 1626.

²⁵⁶ Konuralp, a.g.e. s. 1617; 1620-1621-1622.

Doktrindeki diğer görüşler şunlardır:

1-HMK düzenlemesi TMK düzenlemesini ilga etmemektedir. HMK düzenlemesi vücut tamlığına saldırı niteliğinde olması dolayısıyla orantısızdır ve TMK düzenlemesinin bu sebeple ayakta tutulması gerekmektedir.

2-Hukukumuzda yapma ve yapmama borçlarının zor kullanılarak yerine getirilmesi mümkün değildir ve sadece soybağına ilişkin davanın açılması kan ve doku örneğinin alınması bakımından zorla alınmayı gerektirecek bir neden değildir. Bu anlamda soybağının reddi bakımından en azından eşin sadakatsizliğinin ispatının gerekli olduğu savunulmaktadır. Soybağının tespiti bakımından ise çocuğun kendinden olmadığına ilişkin kanaatin güçlü olması ve bunun maddi olgularla ispat edilmesi gerekir.

soybağının araştırılması bakımından gerekli olmakla birlikte eksik bir düzenlemedir. Madde 292 sistematik olarak keşif kapsamında düzenlenmesi, kan ve doku örneğinin nasıl alınacağı, alınan örneklerin nasıl inceleneceği hususuna yer verilmemesi maddenin eksik olan yönleri olup bu bağlamda kanunda olmasa da en azından yönetmelikte düzenleme yapılması ve TMK madde 284 düzenlemesi ile oluşan çelişkili halin ortadan kaldırılması elzemdir.²⁵⁷

Yargıtay TMK ve HMK’da yer alan bu çelişkili hususa uzunca bir süre değinmemiş olup bir kararında da yalnızca TMK düzenlemesi dikkate almış olduğu bir değerlendirme yapmıştır.²⁵⁸ Bu karara göre;

“Davalıya 26.8.2010 tarihinde Tebligat Yasasının 21. maddesi uyarınca, 10.2.2011 tarihinde ise bizzat yapılan tebligatlar ile soybağına yönelik tıbbi inceleme yapılmasını sağlamak amacıyla davalının Adli Tıp Kurumuna sevki için belirlenen günlerde mahkemede hazır bulunması, aksi halde yargılama sonucunda oluşacak hukuki durumu kabul etmiş sayılacağı ihtar edilmiş; ancak davalı mahkemeye başvurmamıştır. Türk Medeni Kanunu’nun 284/2. maddesi uyarınca yapılan ihtarlı davetiyeye rağmen tıbbi incelemeden kaçınan davalı aleyhine babalık olgusu ispat edilmiş sayılır. Açıklanan sebeple davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken; davacının süresinden sonra tanık bildirildiği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmesi isabetsiz olmuş, bozmayı gerektirmiştir.”²⁵⁹

Ancak burada HMK’daki düzenleme usul hukukuna ilişkin bir düzenleme olup usule ilişkin kuralların derhal uygulanması ilkesi gereğince çözülmeli ve Yargıtay’ın kanun değişikliğini belirterek kan ve doku örneği vermekten kaçınma halinde baba sayılmasını değil bu örneklerin ilgisinden zorla alınması gerekçesiyle kararı bozması gerekirdi.²⁶⁰

Yargıtay başka bir kararında;

“Bu talep çerçevesinde mahkemece tarafların iddia ve savunmaları da dikkate alınarak babalık iddiası ile ilgili olarak çocuk Pınar, anne Şaheste ve baba olduğu iddia edilen A. K.’e ait gerekli kan ve doku örneklerinin alınıp DNA testi yaptırılıp alınacak rapor doğrultusunda bir karar

3-HMK 292 genel anlamda soybağının tespitini inceleme hususunu düzenlerken TMK 284 özel olarak baba ve çocuk arasındaki soybağını düzenlemiş olduğundan iki düzenlemenin farklı alanları düzenlemesi sebebiyle TMK 284’ün geçerliliğini HMK 292 ile birlikte sürdüğü kabul edilmelidir.

²⁵⁷ Konuralp, a.g.e. s. 1618.

²⁵⁸ Konuralp, a.g.e. s. 1630.

²⁵⁹ Konuralp, a.g.e. s. 1631; Yargıtay 2. Hukuk Dairesi 2013/4904 Esas, 2013/8620 Karar ve 28.03.2013 Tarih sayılı kararı.

²⁶⁰ Konuralp, a.g.e. s. 1631.

verilmesi gerekirken yukarıda gösterilen yasal düzenlemelere aykırı şekilde eksik incelemeyle davanın kabulüne karar verilmesi doğru görülmemiştir.”

diyerek TMK düzenlemesini de belirtmiş ancak HMK madde 292'nin uygulanması gerektiğini kabul etmiştir.²⁶¹ Başka bir kararında da TMK madde 282'de yer alan 'tarafın rıza göstermesi' halini görmezden gelerek;

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

diyerek HMK madde 292 uygulanarak ilgili kimselerin kan ve doku örneğine katlanmaları gerektiğini belirtmiştir.²⁶²

Yargıtay TMK madde 284 yerine HMK madde 292'nin uygulamasını kabul etmiş olmasına rağmen bazı ilk derece mahkemelerin TMK madde 284 kapsamında vermiş olduğu kararları bozmuştur.²⁶³ Yargıtay HMK madde 292'nin uygulanmasını kabul etmekle birlikte bunun gerekçesini;

“Madde gerekçesinde de bu nitelikteki davalarda soybağının tespiti için vücuttan kan veya doku alınmasına katlanma zorunluluğu açık bir şekilde düzenlenmiştir. Yerel mahkemeye, test yaptırmaktan kaçınan davalı hakkında TMK'nın 284/2. maddesi uyarınca incelemeden beklenen sonucun onun aleyhine doğmuş olduğu kabul edilerek karar verildiği belirtilmiş ise de az yukarıda açıklandığı üzere TMK'ya göre sonraki kanun durumunda olan HMK'da soybağının tespiti için yapılacak inceleme hakkında özel bir düzenleme yapılmış ve bu tür davalarda işin önemine binaen kan veya doku alınmasına katlanma zorunluluğu getirilmiştir. Hal böyle olunca, kamu düzenine ilişkin olan babalık iddiası hakkında doğru sonucun elde edilebilmesi için sonraki kanun olan ve özel düzenleme içeren HMK'nın 292. maddesi hükmünün uygulanması ve alınacak rapor doğrultusunda bir karar verilmesi gerekmektedir.”

²⁶¹ Konuralp, a.g.e. s. 1632; Yargıtay 18. Hukuk Dairesi 2014/13961 Esas, 2014/13961 Karar ve 13.10.2014 Tarih sayılı kararı.

²⁶² Konuralp, a.g.e. s. 1626; Yargıtay 18. Hukuk Dairesi 2014/499 Esas, 2014/3432 Karar ve 16.10.2014 Tarih sayılı kararı.

²⁶³ Konuralp, a.g.e. s. 1633; Yargıtay 8. Hukuk Dairesi 2017/6623 Esas, 2018/2257 Karar ve 15.02.2018 Tarih sayılı kararı.

diyerek açıklamış ve kan ve doku örneğine ilişkin incelemenin zorla yapılmasına karar vermemeyi bozma sebebi olarak kabul etmiştir.²⁶⁴

Yukarıda belirtmiş olduğumuz CMK madde 76 da kan ve doku örneği alımı bakımından soybağına yönelik özel bir düzenleme olup HMK madde 292'den farklı olarak CMK madde 76/4'de tanıklıktan çekinme hakkı olan kimselerin kan ve doku örneği vermeyebileceği düzenlenmiştir.²⁶⁵ Ancak bu madde her ne kadar başlığı diğer kişiler demiş olsa da metninde yalnızca mağdur belirtilmiş olduğundan yalnızca mağdura yönelik bir düzenleme iken Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik'in 7. maddesi düzenlemesinde diğer kişilere yapılacak beden muayenesi de düzenlenmiştir. ²⁶⁶ Yönetmelikte bu düzenlemenin kanun maddesine aykırı olarak uygulamayı genişletmesi Anayasa'ya aykırı olup tüm bu açıklamalar ışığında HMK ve CMK ve Yönetmelikte bulunan kan ve doku örneği alımı arasındaki bu uyumsuzluğun giderilmesi gerekmektedir.²⁶⁷

²⁶⁴ Konuralp, a.g.e. s. 1634; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2017/8-1927 Karar, 2018/1471 Karar ve 18.10.2018 Tarih sayılı kararı

²⁶⁵ Konuralp, a.g.e. s. 1626.

²⁶⁶ Konuralp, a.g.e. s. 1626.

²⁶⁷ Konuralp, a.g.e. s. 1627.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
SOYBAĞINI DEĞİŞTİRME SUÇU
VE
SUÇUN BENZER SUÇLARLA KARŞILAŞTIRILMASI

A) SOYBAĞINI DEĞİŞTİRME SUÇU

1. Genel Olarak

TCK madde 231’de düzenlenmiş olan soybağının değiştirilmesi suçuna ilişkin düzenleme şu şekildedir:

“(1) Bir çocuğun soybağını değiştiren veya gizleyen kişi bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Özen yükümlülüğüne aykırı davranarak, sağlık kurumundaki bir çocuğun başka bir çocukla karışmasına neden olan kişi, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”

Kanun maddesinin gerekçesi ise şu şekildedir:

“Madde bir çocuğun soybağının değiştirilmesini veya gizlemesini suç haline getirmiştir. Bu netice, yetkili mercilere gerekli bilgileri vermemek veya yanlış bilgiler vermek suretiyle gerçekleştirilecektir. Kişilerin aileleriyle olan ilişkileri, doğum, evlat edinme, tanıma veya babalığa hükmolunması yolları ile hukukten oluşur. Doğumla meydana gelen ilişkinin maddede belirtilen suretlerle değiştirilmesi suç haline getirilmiştir. Suçun oluşması için failde, çocuğun soybağını değiştirme veya gizleme kastının varlığı esastır. Maddenin ikinci fıkrasında ise, bu fiillerin taksirle işlenmesi suç olarak tanımlanmıştır. Bu suçun, sağlık kurumu bünyesinde kurum görevlileri tarafından işlenebileceğinin gözden uzak tutulmaması gerekir”

Geçmişten günümüze insanlar neslini devam ettirmek istemiş almış oldukları bu karar doğrultusunda da çocuk dünyaya getirmişlerdir. Ancak çeşitli nedenlerle çocuk sahibi olamayan kişilerin kimi çocuk sahibi olabilmek için tıbbi yöntemlere başvurmuş kimi ülkesinin izin verdiği hukuki ölçülerde evlat edinme yoluyla çocuk sahibi olmayı seçmiş kimi de kendine ait olmayan çocuğu kendi nüfusuna kaydederek suç yoluna (*iter criminis*) girmiştir. Kendisiyle bağı olmayan çocuk ile arada kurulmamış olan soybağını kurulmuş gibi gösteren bu kimselerin artması nedeniyle ilgili fiil engellenmek istenmiş

ve Roma döneminden itibaren bu fiillerin kanun koyucular tarafından cezalandırılması öngörülmüştür. Toplumun sağlıklı soybağı kurabilmesi ve kamu düzenini sağlanabilmesi için bu fiil ulusal ve uluslararası anlamda suç kabul edilmiş ve yaptırıma tabi tutulmuştur. Genel olarak ülke kanunlarında farklı başlıklar altında düzenlenmiş olsa da soybağının değiştirilmesi fiili, suç olma özelliğini korumuş olup sosyal toplumsal yaşamda soybağının güvenle ve sağlıklı olarak kurulması ve bunun korunması amaçlanmıştır. Soybağının değiştirilmesi suçu ile korunması amaçlanan hukuki değer; özelde çocuğun sağlığı ve genetik kökenini öğrenme hakkı, genelde ise kamu ve aile düzenidir.²⁶⁸

Soybağına ilişkin olarak soybağının tanımı, tespiti, soybağının kurulması vb. gibi düzenlemeler esasında özel hukukta yer almakta olup Türk Medeni Kanunu'nda düzenlenmiş ve soybağının değiştirilmesi de esasında ilk burada yasaklanmıştır.²⁶⁹ Gerçek hayatta var olan soybağının değiştirilmesi, gizlenmesi ya da yok edilmesi ceza hukuku bakımından da üst alt soyun belirlenmesi ve bu bağlamda ağırlaştırıcı veya hafifletici nitelikli hal değerlendirilmesi yapılarak kişilerin cezalandırılması gibi çeşitli sonuçlara sebep olmaktadır.²⁷⁰ Ayrıca çocuk sahibi olmayan kimselerin başka ülkelerde de bulunması ve farklı ülkelerdeki çocukların kaçırılması, alıkonulması, satılması gibi şekillerle de suç işlenmesi hem ulusal hem de uluslararası önemini açıkça öne sermektedir. Soybağının değiştirilmesi suçuna ilişkin benzer düzenlemelerin birçok ülkede var olduğu ve ülkemizde işlenen bir suçun uluslararası bir suç haline gelebileceği de göze çarpmaktadır.²⁷¹ Bu anlamdaki en önemli düzenlemelerden biri de Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesidir. Almanya, Avusturya, Fransa, İtalya ve İspanya ceza kanunları incelendiğinde soybağının değiştirilmesi suçuna ilişkin düzenlemelere rastlandığı ve suçun yaptırımının genellikle hapis cezası, Alman ceza kanununda farklı olarak suç, hapis veya adli para cezası olarak seçimlik yaptırım şeklinde düzenlenmiştir.²⁷²

Soybağı kişinin sosyal hayatındaki kişisel durumunu belirten unsurlardan biridir. Bu sebeple kişilerin yaşamı boyunca gerçekleşen olayları bilme ve bunları kaydetme hakkı vardır. İnsan hayatındaki tüm olguları devlet

²⁶⁸ Köksal Bayraktar vd., (2020), *Özel Ceza Hukuku*, On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, Cilt: VII s. 215.

²⁶⁹ Bayraktar vd., VII. Cilt, a.g.e. s. 214.

²⁷⁰ Bayraktar vd., VII. Cilt, a.g.e. s. 214.

²⁷¹ Bayraktar vd., VII. Cilt, a.g.e. s. 211.

²⁷² Bayraktar vd., VII. Cilt a.g.e. s. 212.

koruma ve kayıt altına almakla yükümlüdür. Bir kimsenin kişisel durumu onun kimliğidir.²⁷³ Soybağının doğru biçimde kurulması çocuğun ruhsal ve fiziksel yaşamı için büyük önem arz etmektedir. Ayrıca soybağı sadece çocuğu değil ana ve babayı hatta üçüncü kişileri de ilgilendirdiğinden kamu yararı ve toplum açısından elzem niteliktedir. Yani soybağının kurulması, kuruluş süreci “*hem aileyi hem de toplumu ilgilendirmekte*” olup ceza kanunumuzda da bu husus itina ile ele alınmıştır.²⁷⁴ Soybağının değiştirme suçu ceza kanununda topluma karşı suçların içinde aileye karşı suçlar başlığı altında düzenlenmiş olup sistematik yeri itibari ile de sadece kişi değil aile ve aile düzenini bakımından önem arz etmesi nedeniyle kamu düzenini ilgilendirdiği açıktır.²⁷⁵

Soybağı bahsetmiş olduğumuz üzere öncelikle aile sonra toplum ve devleti ilgilendiren önemli bir konudur. Bireylerin sosyal ve bireysel hayatlarına ilişkin kayıtların tutulması çocuk ve ana-baba arasında kurulmuş soybağının korunmasını sağlayacak en önemli yoldur. Kamu görevlilerince yapılan soybağına yönelik kaydın hatalı olması veya hiç kaydedilmemesi aile ve toplum düzenini bozacak gözden kaçırıldığı takdirde büyük problemlere yol açacak bir husustur.²⁷⁶ Soybağının değiştirilmesi suçuyla çocuğa doğum ile birlikte tanınan ana-babasını bilme hakkı, medeni kanunun aileye bağlı olarak tanımış olduğu haklar ve evrensel nitelikteki haklar dış müdahale yoluyla önlenmiş olur. Fail, değiştirme veya gizleme fiili ile mağdur çocuğun doğum yoluyla elde edebileceği bu hakların elinden alınmasına ve ailenin temelden itibaren sağlıklı kurulup korunmasına engel olur. Madde kapsamında suç teşkil eden ilgili fiiller yoluyla da söz konusu suç vücut bulmuş olur. Kişinin doğum yoluyla sahip olduğu soybağı başta olmak üzere aile ve toplumun sağlıklı ilişkiler kurabilmesi için ceza hukuku yoluyla ulusal ve uluslararası düzeyde korunması amaçlanır. Soybağının kamusal yarar barındırması dolayısıyla ana-baba ve çocuk arasında kurulmuş olan soybağının devlet tarafında tutulan nüfus sicil defterlerine sağlıklı olarak kaydedilmesi TCK 231. maddesinin de amaçlarından. Soybağı yoluyla kazanılan ve elde edilen hukuki statüler kişisel durum ve sosyal hayat açısından bir binanın temeli niteliğindedir. Bu sebeple hukuk düzenince

²⁷³ Çakmut, a.g.e. s. 181.

²⁷⁴ Özkaya, Nesrin, (2012), “Çocuğun Soybağını Değiştirme Suçu”, *İstanbul Barosu Yayınları Sağlık Hukuku Makaleleri II*. Ege Basımevi, ss.179-194.

²⁷⁵ Özkaya, a.g.e. s. 179.

²⁷⁶ Çakmut, a.g.e. s. 182.

soybağına bağlanmış olan sonuçlar dikkate alındığında bu bağın en doğru ve güvenilir şekilde kurulması gerekir.

Soybağının değiştirilmesi suçunun önlenebilmesi için Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun 15. maddesinde belirtilen süreler içinde doğan çocuğun kaydettirilmek amacıyla doğumun ilgili kurumlara bildirilmesi gereklidir. Söz konusu kanun maddesi kapsamında yapılan bildirim hukuka aykırı nitelik taşıyorsa yine soybağının değiştirilmesi suçu gündeme gelecektir.²⁷⁷ Yine Türk Medeni Kanunu madde 293/1-2'ye göre de çocuğun doğumunun bildirilme zorunluğu bulunmaktadır. Bu madde kapsamında doğum ile soybağı kurulan ana, eğer çocuğu evlilik dışı dünyaya getirmişse çocuğun babasını bildirmek zorunluluğu yoktur. Hukukumuzda göre baba ile soybağı ana ile evlilik, tanıma veya hâkimin hükmü yoluyla kurulacağından ananın nüfus memuruna beyanına gerek duyulmamıştır. Ancak ana çocuğun babasından başkasını nüfus memurlarına baba olarak bildirir ve bunu kaydettirirse soybağının değiştirilmesi suçu oluşacaktır.²⁷⁸

Ananın, babanın kim olduğunu bildirmeye yönelik bir yükümlülüğü bulunmamaktadır. Ancak babanın kimliğinin yanlış bildirilmesi ise suç sayılacaktır. Baba ile çocuk arasında soybağının kurulma yollarından birinin tanıma olduğundan bahsetmiştik. Tanıma Türk Medeni Kanunu madde 295 ile şu şekilde düzenlenmiştir; *“Tanıma, babanın, nüfus memuruna veya mahkemeye yazılı başvurusu ya da resmi senette veya vasiyetnamesinde yapacağı beyanla olur.”* Baba tarafından tanıma fiili ile yapılması öngörülen beyanın, beyana muhatap olan kurum veya kişilerce nüfus müdürlüğüne bildirilmesi mecburidir. Aksi takdirde soybağının gizleme yoluyla değiştirilmesi suçu meydana gelmiş olacaktır. Ancak yapılan beyanın resmi olarak kurulmuş olan soybağını yalnızca tespit ettiği hallerde bildirimin yapılmaması soybağının değiştirilmesi suçunu oluşturmayacaktır.²⁷⁹ Fakat eğer şartları varsa başka suçların oluşması mümkün olacaktır.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunun 91. maddesinde doku alımı, satımı ve aşılması suç olarak tanımlanmış olup üreme hücreleri ve embriyo da bu madde kapsamında cezai yaptırıma tabidir.²⁸⁰ Ancak bilerek veya ihmal yoluyla üremeyi devam ettirici ve destekleyici merkezlerde evli çiftlere ait yumurta ve spermelerden, yabancı kişilerin yumurta ve spermleri ile embriyo

²⁷⁷ Çakmut, a.g.e. s. 207.

²⁷⁸ Çakmut, a.g.e. s. 209.

²⁷⁹ Çakmut, a.g.e. s. 210.

²⁸⁰ Yıldırım, a.g.e. s. 150.

oluşturulması suç olarak sayılmamıştır ve herhangi bir yaptırımı da bulunmamaktadır. Bahsedilen fiilin, kamu düzeni açısından soybağı hususunda ciddi problemler oluşturabilecek bir hukuk boşluğu doğurduğu açıktır. Türk toplum yapısı adet gelenek ve görenekleri bağlamında bu fiilin kanunkoyucu tarafından en kısa zamanda ceza kanununda yaptırıma tabi bir suç olarak düzenlenmesi gerekmektedir.²⁸¹

2. Korunan Hukuki Değer

Soybağının değiştirilmesi suçu TCK madde 230-234 arasında düzenlenmiş olup; burada düzenlenmiş olan suçlar aile düzenine karşı suçlar olarak sınıflandırılmıştır. Ailenin tanımını TCK’da değil TMK madde 118- 281 arasında tanımlanmıştır. Soybağının değiştirilmesi suçunun düzenlenmiş olduğu Aile Düzenine Karşı suçlar bölümü göz önüne alındığında bu suçun düzenlenme amacının aile düzenini korumak olduğu açık olup aile düzeninin korunması toplum düzenini korumak adına ilk adım olarak ele alınabilir.²⁸² Sistematik olarak bakıldığında da aile düzenine karşı suçların topluma karşı suçlar başlığı altında düzenlenmiş olduğu görülecektir.²⁸³ Dar anlamda aile sadece eşleri içine alan bir tanım olup geniş aile ise eşlerle birlikte çocuklardan da oluşan topluluk olarak tanımlanmıştır.²⁸⁴

Soybağının değiştirilmesi suçunda korunan hukuki değer ne olduğu hususunda görüş ayrılıkları bulunmaktadır. Bu görüşlerin ilkinde göre soybağının değiştirilmesi suçunda korunan hukuki değer *çocuğun kişisel durumudur*.²⁸⁵ Bir diğer görüşe göre korunan hukuki değer *çocuğun mensubu aile ile kurmuş olduğu bağıdır*.²⁸⁶ Soybağının değiştirilmesi suçu kapsamında korunan hukuki değer ise; çocuk, çocuğun kişisel durum sicili, kimliği, aile ve toplum yapısıdır.²⁸⁷ Korunan hukuki değerler bakımından yukarıda açıklanmış olduğu üzere farklı görüşler olmakla birlikte sayılan hususlara ek olarak sağlık hakkını da eklemek gerekir.²⁸⁸ Sağlık hukuku bakımındansa,

²⁸¹ Yıldırım, a.g.e. s. 143.

²⁸² Genç, Fatma, Umay, (2018), “Çocuğun Soybağını Değiştirme Suçu”, Dr. Dr. h.c. Silvia Tellenbach’a Armağan, Seçkin Yayınları, 1. Baskı, Ankara, s. 162.

²⁸³ Genç, a.g.e. s. 162.

²⁸⁴ Genç, a.g.e. s. 162.

²⁸⁵ Çakmut, a.g.e. s. 181.

²⁸⁶ Çakmut, a.g.e. s. 181.

²⁸⁷ Özkaya, a.g.e. s. 184.

²⁸⁸ Çakmut, a.g.e. s. 186; Genç, a.g.e. s. 163.

soybağı sayesinde aileden alınan genetik mirasın çocuğa fiziksel ve ruhsal etkilerinin önemi büyüktür. Yani çocuğun genetik kökenini bilme hakkı da bu suç ile korunması amaçlanan hukuki değerler arasındadır.²⁸⁹ Çocuğun genetik kökenini bilmesi sayesinde kendini tanıması ve geleceğini de bu bağlamda yönlendirmesi kişiliğinin gelişmesi açısından önem arz etmektedir.²⁹⁰ Ayrıca genetiğin sosyal ve hukuksal alanda da çocuk üzerinde çeşitli etkileri bulunmaktadır. Kamusal anlamda kişileri birbiriyle meydana getirdiği ilişkilerin sağlıklı olabilmesi soybağının kimle nasıl kurulduğunun bilinmesi sayesinde gerçekleşir. Hastalık, evlilik, miras, vatandaşlık gibi kişiyi oluşturan çoğu olayın temelinde soybağı yer almaktadır. Eklemek gereken bir husus da genetik kökenin bilinmesi sayesinde kardeşlerin evlenmesi gibi tehlikeli ve gelecek nesillerin sağlığını tehlikeye atarak toplumsal düzenin bozulması da önlenilebilir.²⁹¹ Özetle soybağının değiştirilmesi suçu bakımından korunan hukuki değer ilk olarak aile düzeninin korunması ve bu bağlamda aile fertleri ve toplum düzeninin korunmasıdır.²⁹²

3. Suçun Şartları ve Unsurları

a) Maddi Unsurlar (Tipikliğin Maddi Unsurları)

i. Fail

Suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları gerçekleştiren kimseye *fail* denir.²⁹³ Yani kanuni tanıma uygun haksızlığı gerçekleştiren kişi faildir.²⁹⁴ Her suçun mutlaka bir faili yani suç teşkil eden fiili işleyen bir kişisi vardır.²⁹⁵ Fiil ancak bir insan tarafından gerçekleştirilebilir. Suçu işleyen asıl kişiye fail denir. Soybağının değiştirilmesi suçunun temel şekli Türk Ceza Kanunu madde 231/1'de değiştirme veya gizleme olarak düzenlenmiş olup failin sıfatından doğan herhangi bir nitelikli unsur olması hali düzenlenmemiştir.

²⁸⁹ Genç, a.g.e. s. 162.

²⁹⁰ Genç, a.g.e. s. 163.

²⁹¹ Genç, a.g.e. s. 164.

²⁹² Genç, a.g.e. s. 165.

²⁹³ Mahmut Koca ve İlhan Üzülmüş, (2016), *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayıncılık, 9. Baskı, Ankara s. 105.

²⁹⁴ Koca ve Üzülmüş, a.g.e. s. 108.

²⁹⁵ Koca ve Üzülmüş, a.g.e. s. 108; Nevzat Toroslu ve Haluk Toroslu, (2019), *Ceza Hukuku Genel Kısım*, Savaş Yayınları, 25. Baskı, s. 107.

Yani suçun faili herkes olabilir.²⁹⁶ Kanundaki suçların çoğu kural olarak herkes tarafından işlenebilir. 231/2'nin ise ayrı incelenmesi gerekmektedir. Burada failin sağlık görevlisi olması gerektiğini savunanlar suçun özgü suç olduğunu savunmaktadır.²⁹⁷ Bazı suçlarda failin belli sorumluluk altında bulunan ve belli özellikleri taşıyan kimseler tarafından işlenebileceği belirtilir ve buna *özgü suç* denir.²⁹⁸ Soybağının değiştirilmesi suçunu düzenleyen kanun maddesi incelendiğinde özellikle sağlık görevlisi olması hususu düzenlenmemiş ancak kanun maddesinin gerekçesinde vurgulanmıştır.²⁹⁹ Ancak soybağının değiştirilmesi suçu bu bağlamda özgü suç kapsamında değildir. Yani bu suçun işlenebilmesi için failin belli özelliklere sahip olması gerekmemektedir. Ancak TCK madde 231/2 kapsamında sağlık görevlisi suçun faili olma bakımından özellik arz eder bu yüzden de özgü suçtur diyen görüşler bulunmaktadır.³⁰⁰ Bu görüşe dayanak olması bakımından Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun bir kararında *“Çocuğun soybağının kasten değiştirilmesinde suçun faili, çocuğun gerçek annesi ve babası dahil herkes olabilir. Soybağının taksirle işlenmesi suçunda ise fail ancak bir sağlık kurumunda çalışan görevli personel olabilecektir.”*³⁰¹ denilmiştir. Ancak biz bu görüşe katılmamaktayız. Sağlık görevlisi ibaresinin bizzat kanun maddesinde yer almaması yine bu suçun failinin herkes tarafından işlenebileceği hususunu ortadan kaldıramamakta ve yorumla kanun maddesinin daraltılmasına neden olmak gibi sonuçlara yol açabilecektir.

Suçun failinin özellikle sağlık görevlisi olup olmayacağı belirtilmemiş ancak suçun işleneceği yer açısından bir daraltma yapılmış ve nitelikli unsur yer bakımından düzenlenmiştir. Kanun maddesinin gerekçesinde vurgulanan sağlık görevlisi olması hususu ise maddede düzenlenmemiş olduğu için kanun maddesini genişletmek anlamına geleceğinden doğru olmayacaktır. Her ne kadar kanun koyucu bu düzenleme ile sağlık personelinin daha özenli davranmasını sağlamak istese de kamu kurumundaki ibaresi özgü suç olarak değerlendirmeye yeterli olmayacağından kanunilik ilkesi bağlamında madde metninin yeniden düzenlenmesi gerekmektedir.³⁰² Ancak sağlık görevlisinin

²⁹⁶ Genç, a.g.e. s. 178.

²⁹⁷ Tezcan, a.g.e. s. 1128.

²⁹⁸ Toroslu ve Toroslu, a.g.e. s. 108.

²⁹⁹ Tezcan, a.g.e. s. 1128.

³⁰⁰ Görüşler için bakınız: Bayraktar vd., VII. Cilt, a.g.e. s. 216; Çakmut, a.g.e. s. 218.

³⁰¹ Bayraktar vd, VII. Cilt, a.g.e. s. 217; Yargıtay Ceza Genel Kurulu 2015/412 Esas, 2015/286 Karar ve 29.09.2015 Tarih sayılı Kararı.

³⁰² Genç, a.g.e. s. 179.

suçu işlemesindeki kolaylık ve bu bağlamda kanun maddesinin sağlık görevlileri açısından daha caydırıcı olacağı düşünüldüğünde sağlık görevlisinin bu madde kapsamında suçu işlemesinin nitelikli hal olarak değerlendirilmesinde yarar vardır.³⁰³ Soybağının değiştirilmesi suçunun çocuğun karışmasına sebep olmakla meydana geldiği bu halde karışmaya sebebiyet veren kişinin özen yükümlülüğü bulunan kimse olması ve bu özen yükümlülüğüne aykırı hareket etmesi yani garantör vasfına sahip olması gerekmektedir. Garantör vasfına haiz olan kimselerin kimler olacağı ise sağlık kuruluşlarının iç düzen yönetmelikleri kapsamında görev tanımlarına bağlı olarak yapılabilecektir.³⁰⁴

Suçlar çok failli ve tek failli suçlar olmak üzere ikiye ayrılır. Suç tek kişi tarafından işlenebiliyorsa *tek failli suç* olarak adlandırılır. Suçun işlenebilmesi için birden fazla kişi gerekiyorsa *çok failli suç* olarak adlandırılır. Türk Ceza Kanunu madde 37'ye göre suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kimselere *müşterek fail* denir. Fiili başkasını araç olarak kullanan ve kullanmış olduğu kişi vasıtasıyla gerçekleştiren kişi de faildir. Birlikte suç işleme kararı her katılanın birlikte kasten hareket etme konusunda anlaşmasını gerektirmektedir.³⁰⁵ Fiilin birlikte icra edilmesi de birlikte suç işleme kararı sonucunun dış dünyaya yasıma şartıdır.

ii. Konu

Bir suç ihlal ediciliğini suçun konusundan alır.³⁰⁶ Bir suçun hukuki konusu suça ilişkin olarak düzenlenmiş olan kanuni düzenleme tarafından korunan ve suçun işlenmesiyle ihlal edilen hukuki varlık ya da menfaattir. TCK madde 231 kapsamında suçun konusu çocuğun soybağıdır.³⁰⁷ Soybağı çocuğun ebeveynleriyle kurmuş olduğu bağı nitelemekte olup üremeye ve kişilerin genlerinin nesilden nesile aktarımının bir yoludur. Soybağı esasen Türk Medeni Kanunun 282. maddesinde düzenlenmiş olup soybağının değiştirilmesi suçunun konusunu da TMK uyarınca doğumla kurulmuş olan soybağı oluşturmaktadır.³⁰⁸ Kanun maddesinde tanımlanan değiştirme veya

³⁰³ Çakmut, a.g.e. s. 190.

³⁰⁴ Tezcan, a.g.e. s. 1131.

³⁰⁵ Koca ve Üzülmöz, a.g.e. s. 436.

³⁰⁶ Toroslu ve Toroslu, a.g.e. s. 109.

³⁰⁷ Genç, a.g.e. s. 165.

³⁰⁸ Genç, a.g.e. s. 166.

gizleme fiiliyle ihlal edilen şey soybağdır.³⁰⁹ Soybağı dışında çocuğa yönelik gerçekleştirilen fiiller soybağının değiştirilmesi suçuna vücut vermeyecektir. Soybağının değiştirilmesi suçuna konu edilen soybağı kan bağına dayanan soybağıdır.³¹⁰

TCK madde 231'in gerekçesinde de suç bakımından kabul edilen soybağı biyolojik soybağıdır.³¹¹ Bu bağlamda incelenmesi gereken bir diğer konu da yardımcı üreme teknikleri kullanılarak bir çocuğun dünyaya gelmesinde soybağının belirlenmesinde karışıklıklar meydana gelmesi hususudur. Hukuki soybağı ve genetik soybağı bu gibi durumlarda örtüşmemekte olup yardımcı üreme teknikleri söz konusu olduğunda TMK'de belirtilen doğumla kurulan soybağının esas alınması gerekmektedir.³¹² Kanunların elverdiği ölçüde soybağı kurulması için öngörülen yollar dışındaki fiiller şartları sağlanmışsa soybağının değiştirilmesi suçunu, sağlanmamışsa başka bir suç oluşturabilecektir.

iii. Mağdur

İşlenen tüm suçlarda bu suçtan dolayı mağdur olan biri vardır.³¹³ Mağdursuz suç olmaz. Mağdur “işlenen suçta haksızlığa uğrayan kişi”dir. Suçun konusunun ait olduğu kimse mağdurdur. Suçun mağduru belirli bir kimse olabileceği gibi toplumun tamamı da olabilir. Suçun mağduru yalnızca gerçek kimseler olacaktır.³¹⁴ Soybağının değiştirilmesi suçu seçimlik hareketli bir suçtur. Seçimlik hareketli suç kanunda bir fiilin farklı bir yolla da işlenmesinin düzenlenmesi anlamına gelir. Kanunda soybağını değiştirme suçu için birbirinin alternatifi olarak düzenlenen fiiller “değiştirme” veya “gizleme” dir. Suçun mağduru soybağı değiştirilen veya gizlenen çocuk ile birbiri ile karışmasına neden olunan çocuklar olacaktır.³¹⁵ Soybağının değiştirilmesi suçunda değiştirme veya gizleme fiili sonucu mağdur çocuğun kim olduğu ve neye göre belirleneceği hususunda farklı görüşler bulunmaktadır. Görüşler, TCK'nin 231. maddesinde yer alan “çocuk” ibaresi için hangi yaş aralığının esas alınması gerektiği hususunda toplanmıştır.

³⁰⁹ Bayraktar vd., VII. Cilt, a.g.e. s.219; Çakmut, a.g.e. s. 194.

³¹⁰ Çakmut, a.g.e. s. 195.

³¹¹ Bayraktar vd., VII. Cilt, a.g.e. s. 220.

³¹² Genç, a.g.e. s. 172

³¹³ Toroslu ve Toroslu, a.g.e. s. 112..

³¹⁴ Koca ve Üzülmmez, a.g.e. s. 110.

³¹⁵ Genç, a.g.e. s. 179.

Hukuki anlamda 18 yaşına kadar herkes çocuktur. Ancak 18 yaşından önceki bir zamanda da çocuğun etrafındakileri algılama, olaylara anlam verme yeteneği mevcut olacaktır.³¹⁶ Soybağını değiştirme suçunun mağduru olabilmesi için çocuğun suça ilişkin fiilleri algılama ve anlam verme yetisinden yoksun olduğu bir dönem içerisinde olması gerekir.³¹⁷ Aksi takdirde çocuğun ilgili suçun mağduru olması mantık çerçevesinde mümkün olmayacaktır. Bu bağlamda doktrinde öne sürülen görüşlerden bazıları şunlardır: İlk görüşe göre; 18 yaşına gelene kadar herkesin çocuk olduğu tanımı temel alarak bu yaşa kadar olanların mağdur olarak kabul edilmesi gerektiği, diğer bir görüşe göre de yaş kaydı konuşmayıp bu konuda hakime takdir hakkı tanınması gerektiğini savunur.³¹⁸ Başka bir görüşe göre; “*çocuk*” kelimesinin değiştirilerek yerine “*yeni doğan*” gibi bir terimin kullanılması gerekir. Bir diğer görüşe göre; kanun maddesindeki çocuk deyiminden 7 yaşına kadar olan çocukların anlaşılması gerekir. Bir diğer görüşe göre; çocuğun soybağının kolayca değiştirilebilir bir zamanda olması gerekir. Doktrindeki son görüş ise; çocuğun yaşının herhangi bir sınırlamaya tabi tutulmaması gerektiğini ve mağdur olabilmesi için sınırın çocuğun kendi soybağına ilişkin bilgileri kendi duygu ve düşünceleri yoluyla algılayabilecek makul bir düzeyde olmasının yeterli ve gerekli olduğu savunulmaktadır.³¹⁹ Doktrinde ulusal ve uluslararası anlamda kabul edilen baskın görüş son görüştür. Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun kararları da doktrindeki baskın görüş doğrultusundadır. Yani soybağının değiştirilmesi suçunda çocuğun mağdur olabilmesi için; çocuğun kendi soybağının durumu hakkında makul anlamda bilgi sahibi olabilecek ve algılama yeteneğinde olmaması aranacaktır.³²⁰ Çocuğun kendi soybağına ilişkin bilgileri kendi duygu ve düşünceleri yoluyla algılayabilecek makul bir düzeyde olması halinde çocuk suçun mağduru olamayacaktır.

Soybağının değiştirilmesi suçunun söz konusu olabilmesi için, mağduru olan çocuğun tam ve sağ doğmuş olması gerekmektedir.³²¹ Doğmamış bir çocuğun nüfusa kaydettirilmesi soybağının değiştirilmesi suçunu değil şartları oluşmuşsa TCK madde 206 kapsamında resmî belgenin düzenlenmesinde

³¹⁶ Bayraktar vd., VII. Cilt, a.g.e. s. 217.

³¹⁷ Çakmut, a.g.e. s. 191.

³¹⁸ Bayraktar vd., VII. Cilt, a.g.e. s. 218.

³¹⁹ Çakmut, a.g.e. s.191; Genç, a.g.e. s. 180.

³²⁰ Çakmut, a.g.e. s. 193.

³²¹ Bayraktar vd., VII. Cilt, a.g.e. s. 218.

yalan beyan suçunu oluşturacaktır.³²² Ölü doğan çocuk Türk Medeni Kanun madde 28'e göre kişi sayılamayacağından nüfus kütüğüne kaydedilemeyecek ve soybağının değiştirilmesi suçunun işlenilmesi fiilen mümkün olmayacaktır. Önceki başlıklarda incelenmiş embriyo hakkındaki durumun incelenmesi gerekirse de sonuç yine değişmeyecektir. Çocuğun soybağının değiştirilmesi suçunun mağduru olabilmesi için tam ve sağ doğmuş olması gerekmektedir. Çocuk tam ve sağ olarak doğmamışsa doğum öncesi sürecin herhangi bir önemi kalmayacaktır. Embriyonun suçun mağduru olabilmesi için TCK madde 231'de değişikliğe gidilmesi gerekir.³²³ Ancak, tam ve sağ doğum gerçekleşmişse doğum öncesi soybağına etki eden hususlar teknoloji ve hukuk senkronizasyonu kapsamında çözülmeye çalışılacaktır. Bu bağlamda hukuka aykırı fiiller de ilgili oldukları kanunlar kapsamında yaptırıma tabi tutulacaktır. Ayrıca çocuğun evlilik içinde veya dışında doğmuş olması halinde de durum değişmeyecektir.³²⁴ Ayrıca suçun failinin ana-baba veya yakın akraba dışındaki kişiler olması durumunda ana-baba veya yakın akraba da suçtan zarar gören olacaktır.³²⁵

Ülkemizde özellikle imam nikahı adı altında yapılan gayri resmi evliliklerden dünyaya gelen çocuklar veya evlilik dışı doğan çocuklar arada evlilik bağı varmış gibi nüfus kütüğüne kaydedilebilmektedir.³²⁶ Ülkemizde suçun bir diğer işleniş şekillerinden biri ise yurtdışına (özellikle Almanya) işçi olarak giden bazı kişilerin orada çocuklar için vermiş olduğu bakım yardımından faydalanabilmek için Türkiye'ye dönüp kendinden olmayan birden çok çocuğu yasalara aykırı olarak nüfusuna kaydettirmeleridir. Bu usulsüz kayıtlar dolayısıyla da soybağında kamu düzenini bozacak değişiklikler meydana gelmiştir.

Eski dönemlerde küçükken ölen bir çocuğun nüfus cüzdanı sonrasında yeni doğan çocuk için kullanılması durumu da ülkemizde çokça yaşanmış hallerden olup, bu durumda Yargıtay dahil genel görüş çocuğun soybağının

³²² Bayraktar vd., VII. Cilt, a.g.e. s. 218.

³²³ Bayraktar vd., VII. Cilt, a.g.e. s. 218.

³²⁴ Çakmut, a.g.e. s. 196.

³²⁵ Bayraktar vd., VII. Cilt, a.g.e. s. 219; Genç, a.g.e. s. 179.

³²⁶ “Somut olayda davacının Bülent S.’in 01.01.1962 tarihinde doğduğu, nüfusa 14.06.1968 tarihinde tescil edildiği, davacının annesi Sulhiye ile Bülent’in genetik babası olmadığı iddia edilen babası Mehmet’in 12.01.1965 tarihinde resmi nikahla evlendikleri, çocuğun doğduğu tarihte resmi nikahlı evli olmadıkları anlaşılmaktadır. Bu durumda, Bülent’in nüfus kaydında genetik baba olarak yazılan Mehmet’in genetik baba olmadığının tespiti yönünden soybağı davası niteliğindedir.” Gaziantep Bölge Adliye Mahkemesi 2020/1764 Esas, 2021/121 Karar ve 03.02.2021 Tarih sayılı kararı; Ruhi, a.g.e. s. 694.

aynı ailede devam etmesi dolayısıyla değişmemiş olduğundan soybağının değişmeyeceğidir. Bu örneklerden de anlaşılacağı üzere soybağının değiştirilmesi suçu yalnızca hastanedeki olaylarla sınırlı olmayıp toplumun sosyolojik yapısı ile bağlantılı olarak örneklerde de görüldüğü gibi çeşitli hallerde de karşımıza çıkmaktadır.

iv. Fiil

Suç her şeyden önce fiilden meydana gelir.³²⁷ Bir fiilin suç teşkil edebilmesi için bu fiilin insandan kaynaklanması gerekir.³²⁸ Türk Ceza Kanunu madde 231’de soybağını değiştirme suçu için birbirinin alternatifi olarak düzenlenen fiiller “*değiştirme*” veya “*gizleme*” dir. Fiil suçu gerçekleştirmek amacıyla yapılan eylemdir. Değiştirme fiili çocuğun soybağının olması gerekenden başkasıyla kurulması sonucu meydana gelen durum, soybağının aslolanandan farklı bir gerçekliğin parçasıymış gibi gösterilmesidir. Değiştirme fiili icrai bir hareketle meydana gelir.³²⁹ Ancak kanun maddesinde bu fiilin nasıl işleneceği hususunda herhangi bir netlik bulunmamaktadır.³³⁰ Kanun maddesinin gerekçesinde; suç olarak öngörülen ilgili fiillerin yetkili makamlara gerekli bilginin verilmemesi veya yanlış verilmesi durumunda gerçekleşeceği belirtilmiştir.³³¹ Gerekçede bahsedilen fiillerin kanunda bizzat belirtilmemiş olmasından dolayı yalnızca örnek olarak alınması gerekmektedir.³³² Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun görüşü de bu yöndedir.³³³ Aksi taktirde kanunun anlamca daraltılması söz konusu olacak olup gerekçeye kanun özelliği atfedilmiş gibi olacak ve suç bağlı hareketli bir suç vasfına bürünecektir.³³⁴

Bu suç bakımından 765 sayılı TCK bakımından soybağını değiştirme fiilinden ne anlaşılması gerektiği tartışılmış ve çeşitli görüşler öne sürülmüştür. İlk görüşe göre; değiştirme fiili çocuğa gerçek olmayan bir soybağı kazandırılması anlamına geldiğini, ikinci görüşe göre; doğan veya

³²⁷ Toroslu ve Toroslu, a.g.e. s. 131.

³²⁸ Toroslu ve Toroslu, a.g.e. s. 131.

³²⁹ Tezcan, a.g.e. s. 1129.

³³⁰ Çakmut, a.g.e. s. 197.

³³¹ Çakmut, a.g.e. s. 197.

³³² Genç, a.g.e. s. 173.

³³³ Bayraktar vd., VII. Cilt, a.g.e. s. 226; Yargıtay Ceza Genel Kurulu 2015/412 Esas, 2015/286 Karar ve 29.09.2015 Tarih sayılı kararı : “... çocuğun soybağının resmi olarak tespitini tehlikeye düşüren aldatıcı başka hareketlerle de işlenmesi mümkündür.”

³³⁴ Tezcan, a.g.e. s. 1129.

ölen çocuğun yerine başka bir çocuğun konulması ya da çocuğun farklı bir çocuk olarak gösterilmesi şeklinde değiştirme fiilinin gerçekleştiğini, (ancak ailenin ölen çocuğun yerine yeni doğan diğer çocuğunu koyması halinde soybağının değiştirilmesi suçunun oluşmayacağı savunulmaktadır.); başka bir görüşe göre çocuğun farklı bir ailenin mensubuymuş gibi gösterilmesi şeklinde olduğunu savunmuştur.³³⁵ Tüm bu görüşlerin ortak noktası çocuğun soybağının değiştirilmesi sonucu genetik kökeninin, ana-babasının gerçekten farklı gösterilmesidir.³³⁶ Değiştirme fiili ile çocuk başka bir soybağına sahipmiş gibi gösterilmekte ve gerçekte olan soybağı hakkında resmi makamlar ve diğer kişilerin yanıltılması söz konusu olmaktadır.³³⁷

Suçlar bağlı hareketli ve serbest hareketli suçlar olarak ikiye ayrılır.³³⁸ Bağlı hareketli suçlar tipik hareketin belli bir şekilde veya belli bir vasıta ile işlenmesi anlamına gelirken, serbest hareketli suçlarda ise tipik fiilin sonucu meydana getirmeye elverişli olmasının yeterli kabul edilmesi anlamına gelir.³³⁹ Bu suç bakımından 765 sayılı TCK, soybağının değiştirilmesi suçunu bağlı hareketli suç olarak düzenlemiş olsa da gerekçede belirtilen fiillerin açıklanmış olduğu üzere örnek kabul edilerek 5237 sayılı TCK bağlamında icrai hareketlerle işlenen bu fiiller serbest hareketli suç olarak düzenlenmiştir.³⁴⁰ Değiştirme fiili ile icrai hareketle çocuğun soybağı hakkında doğru olmayan bilgilerin verilmesine yol açacak davranışlarda bulunulması gerekir.³⁴¹ Değiştirme ile aslolan durum hem resmi makamlara hem de somut dünyaya farklı şekilde aksettirilmeye çalışılmaktadır. Hiç şüphe bırakmadan gerçekmiş gibi aksettirilen bu durum sonucu soybağı bakımından gerçek durumun tespit edilmesi zorlaşacağından faillerin TCK madde 231 kapsamında cezalandırılması gerekecektir. Doktrinde her ne kadar soybağı resmi olarak tespit edilen çocuğun gerçeğe aykırı olarak tanıma yoluyla nüfusa geçirilmesini suç kapsamında görse de mevcut soybağı ortadan kalkmadan başka bir soybağı kurulamayacağından bu şekilde suçun işlenmesi mümkün olmayacaktır.³⁴² Ölü çocuğun yerine başka bir çocuğun değiştirilme fiiliyle konması sonucu yine soybağının değiştirilmesi suçu oluşacak, ancak ölü

³³⁵ Bayraktar vd., VII. Cilt, a.g.e. s. 223.

³³⁶ Bayraktar vd., VII. Cilt, a.g.e. s. 223.

³³⁷ Genç, a.g.e. s. 174.

³³⁸ Toroslu ve Toroslu, a.g.e. s. 139.

³³⁹ Toroslu ve Toroslu, a.g.e. s. 139.

³⁴⁰ Tezcan, a.g.e. s. 1130; Bayraktar vd., VII. Cilt, a.g.e. s. 221.

³⁴¹ Çakmut, a.g.e. s. 201.

³⁴² Genç, a.g.e. s. 174.

çocuğun yerine konan çocuk ölü çocuk ile aynı ebeveynlerden dünyaya gelmişse soybağı değişmeyeceğinden bu fiil suç oluşturmaz. ³⁴³ Fakat nüfus olayı resmi makama bildirilmediğinden Nüfus Hizmetleri Kanunu kapsamında yaptırımla karşı karşıya kalınabilecektir.

Seçimlik hareketlerden diğeri ise, gizleme fiilidir. Gizlemek, saklamak bir şeyi veya durumu kimsenin göremeyeceği bir şekle sokmaktır. ³⁴⁴ Burada gizlenen şey biyolojik olarak kurulmuş olan soybağının saklanmasıdır. Gizlenen maddi anlamda çocuğun gizlenmesi değil çocuğun soybağının gizlenmesidir. ³⁴⁵ Değiştirme fiilinden farklı olarak burada çocuğun başka bir soybağına sahip olduğu izlenimi oluşturulmamaktadır. ³⁴⁶ Bu fiil ile gerçekte meydana gelmiş olan soybağının gizlenmesi ve ortaya çıkmasının zorlaştırılması söz konusu olur. ³⁴⁷ Soybağının hem resmîyete hem de sosyal hayata doğru olarak tezahür edemediği fiiller yoluyla gizleme gerçekleşir. Gizleme fiilinde aldatma unsuru da bulunmaktadır. Gerçekte meydana gelen biyolojik bağın tespit edilmesini güçleştiren bilgilerin ilgili kurumlara verilmemesi aldatmaya ve bunun sonucunda da soybağının gizlenmesine neden olur. Gizleme fiili ile soybağının değiştirilmesi suçunun işlenmesi icrai ve ihmali hareketlerle işlenebilecektir. ³⁴⁸ Fail burada gerçeğe aykırı bir durumu çeşitli araçlarla gerçekmiş gibi yansıtmakta ve gerçek olan durumu ise saklayarak öğrenilmesine engel olmaktadır. ³⁴⁹

5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu madde 15/5'e göre doğuma ilişkin bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmesinden imtina edilmesi suçun ihmali şekilde işlenmesi veya nüfus siciline kayıt yaptırılırken failin yükümlü olduğu doğru bilgiler yerine yanlış bildirimlerde bulunulması vb. gibi durumlar örnek olarak verilebilecektir. ³⁵⁰ Çocuğun nüfus siciline kaydedilmesinden sonra gizleme fiilin işlenmesi mümkün değildir. ³⁵¹ Soybağının gizlenmesi suçu soybağının tespitini sağlayan yöntemlere veya yollara engel olunması, bildirimlerin yapılmaması veya yanlış yapılması gibi durumlara ile engel

³⁴³ Genç, a.g.e. s. 176.

³⁴⁴ Bayraktar vd., VII. Cilt, a.g.e. s. 226.

³⁴⁵ Genç, a.g.e. s. 176.

³⁴⁶ Genç, a.g.e. s. 176.

³⁴⁷ Bayraktar vd., VII. Cilt, a.g.e. s. 226.

³⁴⁸ Çakmut, a.g.e. s. 206.

³⁴⁹ Bayraktar vd., VII. Cilt, a.g.e. s. 226.

³⁵⁰ Bayraktar vd., VII. Cilt, a.g.e. s. 227.

³⁵¹ Genç, a.g.e. s. 176.

olunması ve bu fiiller sonucu oluşmuş gerçeğe aykırı durumun tespit edilene kadar gerçekmiş gibi devam etmesinden dolayı mütemadi suçtur.³⁵²

İhmali suçlar failin tipikliği emredileni yapmamak suretiyle, yani sırf ihmalle gerçekleştirildiği suçlardır. İhmali davranış, hukuk normlarıyla kişiye belli bir icrai davranışta bulunma yükümlülüğünün yüklendiği hallerde, kişinin bu yükümlülüğü yerine getirmemesi şeklinde ortaya çıkmaktadır.³⁵³ Gerçek ihmali suçlarda tipiklik, kanunda tarif edilen belli bir emredici normun kasten yerine getirilmemesiyle gerçekleşmiş olur. Kişinin tipte yer alan icrai davranışta bulunma yükümlülüğünü kasten yerine getirmemesi sonucu gerçek ihmali suç meydana gelir.³⁵⁴ Gerçek olmayan ihmali suçlar neticeli suçlardır. Suçun oluşabilmesi için garantörlük durumunun bulunması gerekir. Bu suçta netice faile onun eseri olarak isnat edilebilmelidir. Gerçek olmayan ihmali suçlar sözleşme, kanun veya öngelen tehlikeli davranıştan kaynaklanır. İhmali suçlara teşebbüs mümkün değildir. Soybağının değiştirilmesi suçunda değiştirme fiili icrai olarak işlenebilirken gizleme fiiline yönelik hareketler icrai veya ihmali olarak gerçekleştirilebilecektir.³⁵⁵ TCK madde 231 kapsamında suçun ihmali davranışla işlenebilmesi için failin soybağına ilişkin olarak bildirim yükümlülüğü olan kimseler olması gerekmektedir.³⁵⁶ Bu iki seçimlik hareketin TCK madde 231 kapsamında suç teşkil edebilmesi için çocuğun daha önce kişisel durum sicili yönünden kaydına yönelik bir işlemin bulunmaması gerekir. Eğer bu fiillerden önce çocuk doğru soybağı ile nüfusa kaydedilmişse ilgili fiiller soybağının değiştirilmesi suçunu değil resmî belgede sahtecilik gibi başka suçların oluşmasına vücut verecektir.³⁵⁷ Ancak 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu madde 15'e göre;

“(1) Sağ olarak dünyaya gelen her çocuğun, doğumdan itibaren Türkiye’de otuz gün içinde nüfus müdürlüğüne, yurt dışında ise altmış gün içinde dış temsilciliğe bildirilmesi zorunludur. Doğum bildirimleri, doğumu gerçekleştiren sağlık kuruluşlarına da yapılabilir.

(2) Sağlık kuruluşları ve sağlık kuruluşları dışında sağlık personeli nezaretinde gerçekleşen doğumlar, ilgili sağlık birimince bulunulan yer nüfus müdürlüğüne beş iş günü içinde bildirilir. Bildirimde, doğumun sağlık kuruluşunda veya sağlık personeli nezaretinde olduğunu ispatlayan

³⁵² Bayraktar vd., VII. Cilt, a.g.e. s. 228.

³⁵³ Koca ve Üzülmmez, a.g.e. s. 375.

³⁵⁴ Koca ve Üzülmmez, a.g.e. s. 378.

³⁵⁵ Genç, a.g.e. s. 176.

³⁵⁶ Bayraktar vd., VII. Cilt, a.g.e. s. 221.

³⁵⁷ Çakmut, a.g.e. s. 206.

rapor veya resmî belge ve doğum tescil isteğini belirten form dilekçe yer alır.

(3) Sağlık personelinin nezaretinde gerçekleşmeyen doğum bildirimi; gebelik sırasında anneyi takip eden tabip ya da sağlık mesleği mensubunca düzenlenecek rapor veya belge ile yapılır.

(4) Sağlık personelinin takibi dışında doğan çocukların doğum bildirimi nüfus müdürlüklerine sözlü beyanla yapılır. Her sözlü beyanda mülki idare amirinin emri ile aile hekimlerince beyanların doğruluğunun araştırılması zorunludur.

(5) Doğum bildirimi, veli, vasi, kayyım, bunların bulunmaması halinde çocuğun büyük ana, büyük baba veya ergin kardeşleri ya da çocuğu yanında bulunduranlar tarafından yapılır. Çocuğa konulan ad, üç adı geçmemek üzere ve kısaltma yapılmadan yazılır. Doğum ve gebelik raporu ile doğumun bildirilmesi ve doğum tutanağının düzenlenmesine ilişkin usul ve esaslar Sağlık Bakanlığının görüşü alınarak Bakanlıkça belirlenir.

(6) Yurt dışındaki doğum bildirimleri, yabancı makamlardan alınmış resmî belge veya raporun dış temsilciliğe verilmesi ile yapılır. Doğum bildiriminin dış temsilciliğe bizzat yapılmaması halinde, yabancı makamlardan alınmış resmî belge veya rapor ile çocuğa konulan adın belirtildiği dilekçe, ana ve babanın kimlik bilgilerini gösteren belgelerle birlikte dış temsilciliğe gönderilmesi suretiyle de yapılabilir. Bu kanunun 68. maddesinde bildirim yükümlülüğünü yerine getirmeyenlere idari para cezası verileceği düzenlenmiştir. Kabahat teşkil eden bildirim yükümlülüğünü yerine getirmeme eğer çocuğun soybağının ortaya çıkmasına engel olmak amacıyla yapılmışsa TCK madde 231. maddenin uygulanması mümkün olabilecektir.”

Yukarıda verilen hükümler doğrultusunda doğan çocuğu nüfusa kaydettirme yükümlülüğü bulunan kimselerin bu yükümlülüğe aykırı davranarak hareketsiz kalması çocuğu nüfus siciline kaydetmemesi durumunda failin soybağının değiştirilmesi suçunu ihmali olarak işlediği kabul edilebilecektir.³⁵⁸ TCK madde 231/2’de belirtilen hareket ise “soybağının karışmasına neden olma” fiilidir. Çocuğun bir başkasıyla karışmasına neden olma fiili özen yükümlülüğüne aykırı davranılmasıyla meydana gelecektir.³⁵⁹ Ancak çocuğun karışmasına yönelik kastın bulunması halinde 231/1’e göre fail sorumlu tutulacaktır.³⁶⁰ Karışma ile fiile maruz kalan çocukların soybağı ve soybağına bağlanan tüm hukuki sonuçlar değişmiş olacaktır. Sonucun çok ağır olması sebebiyle failin yükümlülüğüne aykırı

³⁵⁸ Tezcan, a.g.e. s. 1130; Bayraktar vd., VII. Cilt, a.g.e. s. 222.

³⁵⁹ Genç, a.g.e. s. 177.

³⁶⁰ Genç, a.g.e. s. 177.

olarak davranmış olması cezalandırılmaktadır.³⁶¹ Çocuğun karışmasının ailelere teslim edilmeden önce düzeltildiği durumlarda suç oluşmayacaktır.³⁶² Bu fiil yalnızca ilgili madde gereği sağlık kurumunda işlenebilecektir. Taksirli halin düzenlendiği bu maddede suç tek hareketli olarak düzenlenmiştir ve fiilin suç kabul edilebilmesi için tipe uygun eylemin yapılmış olması yeterlidir.³⁶³ Yine bu fiil de serbest hareketli olup özen yükümlülüğüne aykırı herhangi bir davranışla gerçekleştirilebilir.³⁶⁴

b) Manevi Unsur

Fiil ile fail arasındaki ilişki, manevi bağ olarak adlandırılır. Suçun manevi unsuru kusurluluk olarak ifade edilmektedir.³⁶⁵ Tipikliğin manevi unsuru kast ve taksirden oluşur.³⁶⁶ Bir davranış ancak manevi unsurların varlığı halinde tipik bir haksızlık olarak nitelendirilebilir.³⁶⁷ Türk Ceza Kanunu madde 21'e göre suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır. Kasten işlenen suçlarda tüm unsurlar kast kapsamında oluşmaktadır.³⁶⁸ Kanunun başka şekilde belirtmediği hallerde özel hükümler kısmında gösterilen bir suçun oluşması için failin kasten hareket etmesi şarttır.³⁶⁹ Maksat failin hedefe yönelen iradesidir. Saik failin haksızlık teşkil eden fiili işlemeye iten iç etken dürtüdür.³⁷⁰ Saik ve maksat kasttan önce meydana gelir ve kastı hazırlayan bir duygu ve düşünce olarak ifade edilebilir. Kusurun tipik şekli ise kast olarak ortaya çıkar.³⁷¹ Kast, suçun kanuni tanımında bulunan unsurların fail tarafından bilinerek ve istenerek yapılmasıdır.³⁷² Kasıtlı suçlarda hukuken yasaklanmış olan bir fiilin bilinçli olarak fail tarafından işlenmesi kınanır.³⁷³

³⁶¹ Bayraktar vd., VII. Cilt, a.g.e. s. 230.

³⁶² Genç, a.g.e. s. 177.

³⁶³ Bayraktar vd., VII. Cilt, a.g.e. s. 223.

³⁶⁴ Bayraktar vd., VII. Cilt, a.g.e. s. 223.

³⁶⁵ Toroslu ve Toroslu, a.g.e. s. 201.

³⁶⁶ Toroslu ve Toroslu, a.g.e. s. 201.

³⁶⁷ Koca ve Üzülmmez, a.g.e. s. 139.

³⁶⁸ Koca ve Üzülmmez, a.g.e. s. 105.

³⁶⁹ Koca ve Üzülmmez, a.g.e. s. 139.

³⁷⁰ Koca ve Üzülmmez, a.g.e. s. 243.

³⁷¹ Gökpınar, Mahmut, (2008), "Ceza Sorumluluğunun Temeli: Kast", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 79 ss.198-234, s. 200.

³⁷² Gökpınar, a.g.e. s. 201.

³⁷³ Toroslu ve Toroslu, a.g.e. s. 201.

Failin kasten işlemiş olduğu suç hususunda fiilin bütün unsurlarını bilmiş olsa da fiilin haksızlık teşkil ettiğini bilmeyebilir.³⁷⁴ Suçu işleyen failin neticeyi düşünmüş ve öngörmüş olması gerekir.³⁷⁵ Fail neticeyi öngörüp suçu bilerek ve isteyerek gerçekleştirmişse TCK madde 21/1'e göre *doğrudan kast* söz konusu olurken neticeyi öngörmesine rağmen fiili işlemişse TCK madde 21/2'ye göre *olası kast* söz konusu olur. Olası kastın unsurları öngörme ve kabullenmedir. Kasten işlenen suçlara teşebbüs mümkündür. Ancak olası kast netice ile belirlenmiş olduğundan olası kasta teşebbüs mümkün değildir.³⁷⁶

Soybağının değiştirilmesi suçunu düzenleyen maddenin gerekçesi incelendiğinde suçun asıl olarak kastla işlenebileceği belirtilmiş; ayrıca ikinci fıkrada da taksirle işlenebileceği düzenlenmiştir. Bu suçun olası kastla işlenebileceğine dair görüşler de bulunmaktadır.³⁷⁷ Gerekçede açıklanan durumun özel kast arandığı şeklinde yorumlanmaması gerekmektedir.³⁷⁸ Soybağının değiştirilmesi veya gizlenmesi fiillerini bilmek ve istemek genel kastın içinde yer alır.³⁷⁹ Soybağının değiştirilmesi suçunun kasten işlenen hali de seçimlik hareketlidir. Yargıtay önceki kararlarında bu suç bakımından belli saikle hareket etme kapsamında özel kast ararken, güncel kararlarında bu görüşünden dönmüştür.³⁸⁰

Soybağının titiz bir şekilde korunmaya çalışılmasının temel nedeni bireylerin bir araya gelerek oluşturduğu ve kan bağı yoluyla devam ettirdiği çekirdek yapı olan aile düzeni ve bununla birlikte toplumsal düzeni sağlayabilmektir. Bu sebeple aileyi meydana getiren olaylar kanunlarca evlilik, nişanlanma, doğum vb. gibi başlıklar altında kanunlarda ayrı ayrı düzenlenmiştir. Bu düzenlemelere aykırı olarak gerçekleşen fiiller ise hukuka aykırı kabul edilmiş ve ceza kanunlarınca suç olarak çeşitli yaptırımlara tabi tutularak aile yapısı korunmak istenmiştir. Aile düzenini korumak amacıyla birden fazla farklı suç tipi Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenmiştir. Soybağının değiştirilmesi suçu da bu suçlardan biridir.

Soybağının değiştirilmesi suçu Türk Ceza Kanunu'nun 231. Maddesinde şu şekilde düzenlenmiştir:

³⁷⁴ Gökpınar, a.g.e. s. 203.

³⁷⁵ Gökpınar, a.g.e. s. 204.

³⁷⁶ Gökpınar, a.g.e. s. 222.

³⁷⁷ Genç, a.g.e. s. 181.

³⁷⁸ Tezcan, a.g.e. s. 1131.

³⁷⁹ Tezcan, a.g.e. s. 1132.

³⁸⁰ Tezcan, a.g.e. s. 1132.

“Bir çocuğun soybağını değiştiren veya gizleyen kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

Özen yükümlülüğüne aykırı davranarak, sağlık kurumundaki bir çocuğun başka bir çocukla karışmasına neden olan kişi, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”

Soybağının değiştirilmesi suçunun manevi unsuru genel kast olup fail çocuğun gerçekte meydana gelmiş olan soybağını bilerek bu gerçeği dış dünyaya farklı yansıtmak isteği ile hareket etmelidir.³⁸¹ Failin amaç ve saikinin suçun manevi unsuru olan kast bakımından herhangi bir önemi olmayıp soybağının değiştirildiğini bilmesi ve bunu istemesi yeterlidir ve suçun olası kastla işlenmesi de mümkündür.³⁸²

Türk Ceza Kanunu madde 231/2’de failin göstermesi gereken özene dayalı sorumluluğuna aykırı davranarak çocuğun başka bir çocukla karışması ve bunun sonucunda soybağının değiştirilmesine mahal vermesi fiili ile suç işlenmiş olacaktır. İlk fıkrada kasıtlı hali düzenlenen soybağının değiştirilmesi suçunun, bu fıkrada taksirli hali düzenlenmiştir. Ancak suçu işleyen sağlık personelinin soybağında meydana getirmek istediği karışıklık anlamında kast varsa TCK madde 231/1 somut olaya uygulanacaktır.³⁸³ Taksirle işlenen hali ise karışmaya neden olmak olarak tek fiil şeklinde düzenlenmiştir. Soybağının değiştirilmesi suçu sağlık görevlileri, nüfus görevlileri, aile veya üçüncü kişiler tarafından işlenebilir. Soybağını eksik veya yanlış bildirme, bildirmeyi ihmal etme veya doğumla meydana gelen durumların yetkililere hiç bildirilmemesi halinde söz konusu suç oluşmuş olacaktır.³⁸⁴

Kast ve taksirle işlenen suçlar birbirinden bağımsızdır.³⁸⁵ *Taksir*, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesinin öngörülmeyle gerçekleştirilmesidir.³⁸⁶ Kanunda açık ve ayrıca belirtilmemişse taksirle meydana gelen hareketler cezalandırılmayacaktır.³⁸⁷ Taksirli suçun unsurları; fiilin istenmemiş olması, davranış kurallarının ihlali, davranış kurallarına uymamanın faile isnat

³⁸¹ Bayraktar vd., VII. Cilt, a.g.e. s. 234.

³⁸² Bayraktar vd., VII. Cilt, a.g.e. s. 235; Çakmut, a.g.e. s. 221-221.

³⁸³ Tezcan, a.g.e. s. 1132

³⁸⁴ Özkaya, a.g.e. s. 183.

³⁸⁵ Koca ve Üzülmöz, a.g.e. s. 183.

³⁸⁶ Koca ve Üzülmöz, a.g.e. s. 179.

³⁸⁷ Toroslu ve Toroslu, a.g.e. s. 229.

edilebilir olması olarak sayılabilir.³⁸⁸ Taksirle meydana gelmiş fiilin cezalandırılmasının sebebi toplumun kişilere yüklediği dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlalidir. Taksirin esasını objektif dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlali oluşturmaktadır.³⁸⁹ Taksirli suçlarda fail gerekli önlemleri alabilecekken almadığı için istenmeyen bir sonuç meydana gelmektedir. Taksirli suçlarda dikkat eksikliği sonucu neticenin öngörülememesi nedeniyle kanun koyucu öngörülemeyen netice bakımından faile sorumluluk yüklenmektedir. Neticenin öngörülemediği ve sonucun istenmediği taksir haline *basit taksir* denir. Neticenin öngörülüp kişinin önceki tecrübeleri veya yaşantısı sonucu neticenin meydana gelmeyeceği hususundaki güven ve sonucun istenmemesi hali ise *bilinçli taksir* olarak adlandırılır.

Taksirli suçlarda kusur yargısını oluşması bakımından aranan ilk unsur failin yaşı ve akli sağlığına bağlı olan kusur yeteneğidir. Kusur yeteneği olmayan bir kimse taksir alanında da kusurlu hareket edemez.³⁹⁰ Ayrıca taksirli suçlarda kişilere bağlı olarak değil genel hayat tecrübeleri kapsamında failin sorumluluğu belirlenmektedir. Soybağının değiştirilmesi suçu bakımından TCK 231. maddenin ikinci fıkrasında suçun taksirle işlenilebilen haline yer verilmiştir. Burada failin özene dayalı sorumluluğunu yerine getirmeyerek çocukların karışmasına neden olması bakımından aranan kusurluluk türü taksirdir.³⁹¹ Taksirli suçlar belli bir meslek yürütmekten veya hayatın herhangi bir alanından kaynaklanabilir. TCK m. 231/2 kapsamında sağlık kurumundaki çocuğun başka bir çocukla karışmasına neden olma fiili ile taksirli suç gerçekleştirilmiş olacaktır.³⁹² Karışma fiili ve sonucunda soybağının değişmesine neden olma neticesi arasında nedensellik bulunmalı ve bu nedensellik bağı ceza hukukundaki genel kurallar çerçevesinde belirlenecektir.³⁹³ Nedensellik bağı, meydana gelen değişikliğin insan davranışından kaynaklanmasın olarak açıklanabilir.³⁹⁴ Neticeye yani soybağının değişmesine neden olma fiiline birden fazla kişinin sebep olması durumunda nedensellik bağının kopması değil suça sebebiyet veren faillerin her birinin TCK madde 22/5 kapsamında kendi kusurlarından dolayı ayrı ayrı

³⁸⁸ Toroslu ve Toroslu, a.g.e. s. 234-236.

³⁸⁹ Koca ve Üzülmüş, a.g.e. s. 193.

³⁹⁰ Koca ve Üzülmüş, a.g.e. s. 221.

³⁹¹ Çakmut, a.g.e. s. 224.

³⁹² Çakmut, a.g.e. s. 197.

³⁹³ Bayraktar vd., VII. Cilt, a.g.e. s. 230.

³⁹⁴ Toroslu ve Toroslu, a.g.e. s. 147.

sorumlu tutulması söz konusu olacaktır.³⁹⁵ Soybağının değiştirilmesi suçunun taksirli hali 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda ilk kez düzenlenmiştir. 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda bu şekilde bir düzenleme bulunmamaktadır.

c) Hukuka Aykırılık Unsuru

Bir fiilin suç teşkil edebilmesi için hukuka aykırı olması gerekir. Hukuka aykırılık ceza normlarınınca düzenlenmiş olan kurallara karşı hareket etmekle meydana gelir.³⁹⁶ Bir fiilin suç teşkil edebilmesi için fiilin kanun koyucu tarafından yapılmış olan suç tipine uygun olması gerekir.³⁹⁷ Ayrıca hukuka aykırı olarak kabul edilen hareketin ceza kanunlarında da düzenlenmiş olması gerekmektedir. Hukuka aykırı fiiller kanundaki bazı istisnai durumlarda cezalandırılmaz. Bu düzenlemelere hukuka uygunluk nedeni denilmektedir. Failin fiiliyle meydana gelmiş olan suç açısından hukuka uygunluk nedenleri mevcutsa kanun maddesinde öngörülen yaptırımların uygulanması engellenmiş olacaktır. Hukuka uygunluk nedenleri Türk Ceza Kanunu'nda madde 24 vd. hükümlerde düzenlenmiştir. Bunlar; *kanun hükmü ve amirin emri, meşru müdafaa, hakkın kullanılması ve ilgilinin rızasıdır*. Bu hukuka uygunluk halleri Türk Ceza Kanunu madde 231 kapsamında somut olayın durumuna göre uygulanabilecekse de doktrindeki bazı görüşlere göre bu suç bakımından herhangi bir hukuka uygunluk sebebi bulunmamaktadır.³⁹⁸ Ceza kanunun genel hükümler kısmında düzenlenmiş bulunan hukuka uygunluk sebeplerinin her ne kadar soybağının değiştirilmesi suçuna uygulanması zor gözükse de somut olayın özelliklerine göre hukuka uygunluk sebepleri uygulanabilecektir.³⁹⁹ Örneğin kız çocuk doğurduğu için kendisi veya çocuğunun öldürülme ihtimali bulunan ananın çocuğu değiştirmesi ya da hastalığı sebebiyle farklı ildeki çocuğun tedavisinin başka ilde yapılması ve nüfusa kayıtlı olmamasını problem olması durumunda tedavi sürecinde kendi nüfusuna çocuğu kaydetmeleri gibi durumlar zorunluluk hali bakımından değerlendirilebilecektir.⁴⁰⁰

Hukuka uygunluk nedenlerinden *ilgilinin rızası* ayrıca incelenmek gerekirse; rıza kişinin yapılan veya yapılacak bir fiilin onaylanması ve istenmesidir. Kanun koyucu bazı hallerde kişinin rızası olması halinde suç

³⁹⁵ Bayraktar vd., VII. Cilt, a.g.e. s. 231.

³⁹⁶ Toroslu ve Toroslu, a.g.e. s. 117.

³⁹⁷ Toroslu ve Toroslu, a.g.e. s. 118.

³⁹⁸ Bayraktar vd., VII. Cilt, a.g.e. s. 236.

³⁹⁹ Genç, a.g.e. s.182

⁴⁰⁰ Genç, a.g.e. 182-183

teşkil edecek fiillerin cezalandırılmamasını öngörmüş ve ilgili kişinin rıza vererek söz konusu fiilde tasarrufta bulunmasına imkân tanımıştır.⁴⁰¹ İlgilinin rızası Türk Ceza Kanunu madde 26/2’de düzenlenmiştir. İlgilin rızası her ne kadar kişinin kendi hakkı üzerinde tasarruf edebilme hakkı olsa da bazı durumlarda kişi kendine karşı da korunur. Kişinin kendine karşı korunduğu haller veya kamu yararının söz konusu olduğu hallerde ilgilinin rızası bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmeyecek ve fiilin suç olarak yaptırma tabi tutulması gerekecektir. Bu suç kamu düzenini ilgilendiren bir suç olması ve konusunun toplumu aileyi ileri derecede ilgilendirmesinden dolayı ilgilinin rızası bir hukuka uygunluk sebebi değildir.⁴⁰² Bu şekilde hem çocuk ve ana- baba arasındaki bağ hem de ana- baba kendisine karşı da korunmuştur. Soybağının değiştirilmesi suçu bakımından ilgilinin rızası hali bir hukuka uygunluk nedeni değildir. Açıklamış olduğumuz üzere çocuğun suçun mağduru olabilmesi için soybağının değiştirilmesi fiilini ve sonuçlarını algılayamayacak durumda olması gerekmektedir. Fiili ve bu fiilin kişinin üzerinde yaratacağı etkileri tahayyül edemeyen kişinin söz konusu fiile rıza göstermesi kabul edilemez. Ayrıca soybağı kamusal öneme haizdir. Toplum, aile ve çocuk açısından önemi göz ardı edilemez bir hususa yönelik fiil için de ilgilinin rıza vermesi fiili bu sebeple suç olmaktan çıkarmayacaktır. Anılan sebepler dolayısıyla da soybağının değiştirilmesi suçunda ilgilinin rızası bir hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilmeyecektir.

d) Suça Etki Eden Nedenler

Suçta etki eden nedenler objektif ve sübjektif nedenler olarak ikiye ayrılır. Suçun konusu, suça konu olan hareketin niteliği, suçun işlenmiş olduğu zaman ve yer, suç işlemek amacıyla kullanılan araçlar ve suç sonucu meydana gelen zararlar objektif nedenlerdir. Fail ve mağdur arasındaki ilişki ise sübjektif neden olarak karşımıza çıkmaktadır. Eski ceza kanunu soybağının değiştirilmesi suçu bakımından ağırlaştırıcı veya hafifletici nedenler bakımından düzenleme yapmışsa da yeni ceza kanunumuzda bu suç bakımından böyle bir düzenleme bulunmamaktadır. Eski ceza kanununda “suçun namus saiki ile işlenmesi” hafifletici neden iken, yeni ceza kanunumuzda yer almadığı için bir görüşe göre bu halin de takdiri indirim nedeni olarak kabul edilmesi gerektiği savunulmaktadır.⁴⁰³ Bu hafifletici nedenin yeni düzenlemede yer almaması kanaatimizce de isabetli olup; suçun

⁴⁰¹ Çakmut, a.g.e. s. 217.

⁴⁰² Çakmut, a.g.e. s.218; Genç, a.g.e. s.182

⁴⁰³ Bayraktar vd., VII. Cilt, a.g.e. s. 237.

alt üst soy tarafından işlenmesi halinin ağırlaştırıcı neden olarak alınamaması doğru olmamıştır.⁴⁰⁴ Ancak TCK madde 61 ve 62 kapsamında somut olayın özelliklerine göre hâkim tarafından uygulanmasında herhangi bir sakınca yoktur. Sağlığa yönelik iyileştirme faaliyetinde bulunan kurumsal yerler kanun maddesinde suçun işlenebileceği özel yerler olarak düzenlenmiştir. İlgili sağlık kurumunda suçun işlenebilmesi için çocuğun bu kurumda bulunması gereklidir. Failin suçu sağlık kurumunda işlemesi ve özen yükümlülüğüne aykırı olarak çocukların karışmasına neden olması ile suçun şartları oluşmuş olacaktır. Gerek yoğunluğu gerekse çalışanların basit bir dalgınlığıyla dünyaya gelen çocuğun soybağında karışma sonucu geri dönülemez sonuçların meydana gelmesi söz konusu olabilir. Kanunun bu maddesi ile sağlık kurumunda meydana gelebilecek özene aykırı davranışlar en aza indirilmek istenmiştir.

e) Kusurluluğu Etkileyen (Kaldıran veya Azaltan) Haller

Failin şahsi yeteneğine göre objektif olarak mevcut bulunan özen yükümlülüğünü ortalama bir insan gibi öngörebilecek durumda olup olmadığı ilk olarak kusur alanında incelenmelidir.⁴⁰⁵ Failin fiilinin suç teşkil edebilmesi için iradi olması gerekmektedir.⁴⁰⁶ Suçun unsurlarının failin zihin dünyasıyla ilişkilendirilebilmesi kusurluluk değerlendirilmesiyle ortaya çıkmaktadır. Kusurluluk kast veya taksir olarak meydana gelebilir.⁴⁰⁷ Türk Ceza Kanunu madde 231/1'e göre failin fiilinin suç kabul edilebilmesi için aranan kusurluluk kast olarak ortaya çıkmakta olup kusurluluğu tamamen ortadan kaldıran veya etkileyen herhangi bir özel nedene maddede yer verilmemiştir.⁴⁰⁸

TCK madde 28/1 kapsamında bu suç bakımından cebir tehdit halinin uygulanması söz konusu olabilecektir.⁴⁰⁹ Tehdit suç olarak TCK madde 106'da Hürriyete Karşı Suçlar başlığı altında düzenlenmiştir. Failin bu suç kapsamında cezalandırılabilmesi için soyut tehlikenin varlığı aranmaktadır.⁴¹⁰

⁴⁰⁴ Bayraktar vd., VII. Cilt, a.g.e. s. 237.

⁴⁰⁵ Koca ve Üzülmüş, a.g.e. s. 195.

⁴⁰⁶ Çakmut, a.g.e. s. 219.

⁴⁰⁷ Çakmut, a.g.e. s. 220.

⁴⁰⁸ Bayraktar vd., VII. Cilt, a.g.e. s. 237.

⁴⁰⁹ Bayraktar vd., VII. Cilt, a.g.e. s. 237.

⁴¹⁰ Egemenoglu, Alaaddın, (2017), "Yargıtay Kararları Işığında 5237 Sayılı Türk ceza Kanunu'nda Tehdit Suçu", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:4, Sayı:1, ss. 59-102, s.59.

Tehdit suçu Türk Ceza Kanunu özel hükümler başlığı altında düzenlenen başka suçlarla da ortaya çıkabilir. Tehdit fiili ile fail, mağdur üzerinde korku ve endişeye sebep olmakta ve mağduru bir zarar ihtimali ile karşı karşıya bırakmaktadır.⁴¹¹ Tehdit suçu ile korunmakta olan kişinin huzur ve güvenliğidir. Tehdit suçu sırf hareketli suçlardan olduğundan hareketin gerçekleşmesi yeterlidir.⁴¹² Soybağının değiştirilmesi suçunun cebir tehdit fiilleri ile gerçekleştirilmesi halinde mağdurda meydana gelecek olan korku ve endişeye sebep olan failin amacı, gerçekte meydana gelmiş olan soybağını değiştirmek veya gizlemektir. Cebirin suç olarak düzenlenmiş olduğu madde ise TCK madde 108'dir. Cebir mağdurun bir şey yapma veya yapmamaya zorlanmasıdır.⁴¹³ Cebir suçu sonucunda hem mağdurun istemediği bir fiile zorlanması söz konusu olmakta hem de mağdurun vücudu üzerinde zarar meydana gelmesi söz konusu olmaktadır.⁴¹⁴ TCK m. 28 uyarınca "Karşı koyamayacağı veya kurtulamayacağı cebir ve şiddet veya muhakkak ve ağır bir korkutma veya tehdit sonucu suç işleyen kimseye ceza verilmez. Bu gibi hallerde cebir ve şiddet, korkutma ve tehdidi kullanan kişi suçun faili sayılır." Soybağını değiştirme suçu, kişinin kaçınmayacağı bir biçimde tehdit ve cebir altında zorla işletilmişse, ceza sorumluluğu ortadan kalkacaktır.

Kusurluluğu azaltan veya kaldıran hallerden biri de hatadır. Türk Ceza Kanunu madde 30/1'e göre; *hata* suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmemektir. Hata maddi unsurlarda veya nitelikli unsurlarda gerçekleşebilir. Hata sadece doğrudan kastla işlenen suçlarda gündeme gelebilir. TCK m. 30/4 ise kaçınılmaz hatayı düzenlemektedir. Bu fıkra kapsamında işlediği fiilin suç olduğu hususunda kaçınılmaz bir yanılgıya düşen kimse bu yanılgısından yararlanacak ve cezalandırılmayacaktır. Hatanın kaçınılmaz olup olmadığı failin kişisel durumu ve yaşamı baz alınarak değerlendirilecektir.⁴¹⁵ Örneğin failin nüfusa kendi çocuğunu kaydettirdiğini zannederken başkasının çocuğunu kendi çocuğu olduğu hususunda hataya düşmesi halinde (eşin başkasından olan çocuğu babaya onun çocuğuymuş gibi söylemesi vb.) suçun maddi unsurlarında hata gerçekleşip ve kastı kaldıran hata meydana gelmiş olacaktır.⁴¹⁶ Bir diğer ihtimal ise tanıma ile soybağının kurulması aşamasında tanıyan kişi biyolojik baba değilse soybağının değiştirilmesi suçu oluşacaktır

⁴¹¹ Egemenoglu a.g.e. s. 74.

⁴¹² Egemenoglu a.g.e. s. 74.

⁴¹³ Egemenoglu, a.g.e. s. 66.

⁴¹⁴ Egemenoglu, a.g.e. s. 66.

⁴¹⁵ Çakmut, a.g.e. s. 221; Genç, a.g.e. s. 183.

⁴¹⁶ Bayraktar vd., VII. Cilt, a.g.e. s. 238.

ancak fail bu konuda kaçınılmaz bir hataya düşmüşse yine cezalandırılması söz konusu olmayacaktır.⁴¹⁷ Taşıyıcı annelik yöntemi ile genetik ananın çocuğu kendi nüfusuna kaydettirmesi halinde resmi belgenin düzenlenmesinde yalan beyan veya soybağının değiştirilmesi suçunun oluşmayacağı, tipiklik gerçekleşmişse haksızlık yanılığının söz konusu olabileceğini savunan bir görüş de bulunmaktadır.⁴¹⁸ Ancak bu görüşe katılmak mümkün değildir. Şöyle ki, ülkemizde ÜYTE Yönetmeliği ile taşıyıcı annelik yasaklanmış olup bunun bilinmemesi mümkün değildir.⁴¹⁹ Kaldı ki; kişi kaçınılmaz hataya düşse bile Nüfus Hizmetleri Kanunu madde 15 kapsamında bildirim yapması gerektiğinden doğum belgesi talep edilen ilgilinin bu hususta hataya düştüğü kaçınılmaz olmayacaktır.⁴²⁰

f) Cezanın Artırılmasını veya Azaltılmasını Gerektiren Nitelikli Haller

TCK madde 231'in ilk fıkrasında suç herkes tarafından işlenebilirken ikinci fıkrasında suç yalnızca bir sağlık kurumunda işlenebilir.⁴²¹ Kasten işlenebilen ilk fıkrası bakımından suça yönelik herhangi bir nitelikli hal düzenlenmemiştir. Ancak kastla işlenen soybağının değiştirilmesi suçunda fiile yönelik cezanın azaltılmasını gerektiren durum, fiilin olası kastla işlenmiş olmasıdır. *Olası kast*, kişinin suçun kanuni tanımda belirtilen unsurlarının gerçekleşeceğini öngörmesine rağmen bunu önemsemeyerek suçun gerçekleşmesini kabullenmesidir. TCK madde 21/2'ye göre işlenen suç olası kastla işlenmişse 1/3'ten 1/2'ye kadar indirilebilecektir. Kanun maddesinin ikinci fıkrası incelendiğinde kanunda daraltma kapsamına alınan alan yer bakımındandır ve bu kurum sağlık kurumudur. İkinci fıkrada fail yönünden herhangi bir özellik yine aranmamıştır.

Suçun taksirli halinde taksirin bilinçli taksir olması suçu ağırlaştıran bir etken olarak karşımıza çıkmaktadır. Bilinçli taksirle soybağının değiştirilmesi suçunun işlenmesi halinde TCK 22/3'e göre suçun miktarı 1/3'ten 1/2'ye kadar artırılabilir. Bilinçli taksir olması halinde TCK madde 50'nin de uygulanması mümkün olmayacak yani hapis cezasının adli para cezasına çevrilmesi mümkün olmayacaktır. Genel hükümlerde işlenen tüm suçlar açısından öngörülen hafifletici nedenler, genel takdiri indirim nedenleri

⁴¹⁷ Bayraktar vd., VII. Cilt, a.g.e. s. 238.

⁴¹⁸ Genç, a.g.e. s. 183.

⁴¹⁹ Genç, a.g.e. s. 184.

⁴²⁰ Genç, a.g.e. s. 184.

⁴²¹ Koca ve Üzülmüş, a.g.e. s. 136.

soybağının değiştirilmesi suçu bakımından da uygulanabilecektir. Suçun taksirli hali bakımından genel hükümlerde düzenlenen bir hafifletici neden de TCK madde 22/6'dır. TCK madde 22/6'ya göre; *“Taksirli hareket sonucu neden olunan netice, münhasıran failin kişisel ve ailevi durumu bakımından, artık bir cezanın hükmedilmesini gereksiz kılacak derecede mağdur olmasına yol açmışsa ceza verilmez. Bilinçli taksir halinde verilecek ceza yarıdan altıda bire kadar indirilebilir.”* Bu madde kapsamında failin ailesinden birine karşı taksirle soybağının değiştirilmesi suçunu gerçekleştirmesi halinde şahsi cezasızlık sebebi olarak ortaya çıkabilecektir. Soybağının değiştirilmesi suçu yönünden başkaca bir şahsi cezasızlık hali de bulunmamaktadır.

Suçun yalnızca sağlık kurumunda işlenmesi de bir nitelikli unsurdur. Nitelikli unsur suçun temel şekline göre daha ağır ceza alınması halidir. Soybağını değiştirme suçunun nitelikli hali olarak düzenlenen ikinci fıkrasındaki yerin sağlık kurumu olması ve failin sağlık görevlisi olması diğer kişilere ve yerlere göre daha kolay işlenebilmesinin mümkün olmasındandır. Bu sebeple kanun koyucu işlenen yerin temel cezadan daha ağır bir ceza öngörerek suçun caydırıcılığını artırmayı amaçlamıştır.⁴²² Ancak kişi bakımından, yani failin sağlık görevlisi olması bakımından kanunda herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu sebeple de suçun failinin herhangi bir kimse veya sağlık görevlisi olmasının faile özgü bir nitelik verip vermediği hususunda farklı görüşler bulunmaktadır.⁴²³ Bu görüşlerden biri failin herkes olabileceğini savunurken diğer görüşe göre failin sağlık görevlisi olması gerekir. Ancak kanun maddesi ve gerekçesi incelendiğinde faile böyle bir özgü nitelik atfedilmediği açıktır. Ancak ceza kanunun geneli göz önüne alındığında suçun alt üst soy veya sağlık görevlisi tarafından işlenilmesi halinin nitelikli hal olarak değerlendirilmesi mümkün olabilecektir.⁴²⁴

4. Suçun Özel Görünüş Biçimleri

a) Teşebbüs

Suç meydana gelene kadar geçmiş olduğu aşamaların bütünü *iter criminis* (suç yolu) olarak adlandırılır.⁴²⁵ İcrasına başlanan ancak elde olmayan nedenlerle tamamlanamayan suçlara *teşebbüs halinde kalmış suçlar* denir. Teşebbüs kurumu Türk Ceza Kanunu madde 35'te düzenlenmiştir. Teşebbüste

⁴²² Koca ve Üzülmüş, a.g.e. s. 137.

⁴²³ Çakmut, a.g.e. s. 190.

⁴²⁴ Çakmut, a.g.e. s. 190.

⁴²⁵ Toroslu ve Toroslu, a.g.e. s. 290.

önemli olan husus hareketin tamamlanamaması veya tamamlanmış olmasına rağmen neticenin gerçekleşmemiş olmasıdır. Teşebbüse ilişkin hükümler kanuni tarife göre eksikliği yapısında bulunduran, yani tamamlanmamış suç tamamlanmış şekline göre cezalandırılmasını mümkün kılan yardımcı norm niteliği taşımaktadır.⁴²⁶ Türk Ceza Kanunu'nda teşebbüs için suçun tamamlanmış şekline göre indirimli ceza öngörülmüştür.⁴²⁷ Teşebbüs halinde kalan suçlar için ceza tayininde teşebbüs hükümlerinin uygulanmasını sağlayan asli suç dikkate alınacaktır.⁴²⁸

Soybağının değiştirilmesi veya gizlenmesi fiiliyle soybağının farklı olduğu izlenimi yaratılmasıyla suç tamamlanmış olur.⁴²⁹ Tamamlanma anı bakımından farklı görüşler olduğu gibi teşebbüs anı bakımından da farklı görüşler bulunmaktadır. TCK madde 231 bakımından ceza genel hükümleri madde 35'te düzenlenmiş olan teşebbüs uygulanabilecektir. Teşebbüs bakımından bir görüşe göre; gerçeğe aykırı olan bilgilerin yetkili kurumlara bildirilmiş olmasına rağmen elinde olmayan sebeplerle soybağının değiştirilememesi, çocukların karıştırılması fiilinde ise dış dünyaya değiştirilmiş olduğu izlenimini veren fiillerin yarıda kalması halinde suç teşebbüs aşamasında kalmıştır.⁴³⁰ Başka bir görüş; suçun kasıtlı halinde soybağının değiştirildiği izlenimi gerçekleştirildiği anda suç tamamlanmış olur dolayısıyla bu suçta teşebbüsün mümkün olmadığını savunur.⁴³¹ Başka bir görüşe göre de resmi kurumlara kayıt işlemi anında suç tamamlanmış olacağından bu kurumlara yapılan kayıt işleminin elde olmayan sebeplerle yapılamaması durumunda suç teşebbüs aşamasında kalmış olacaktır.⁴³²

Soybağının yok edildiği veya değiştirildiği görüntüsünü dış dünyaya yansıtan hareketlerin yapılmasıyla suç tamamlanmış olur.⁴³³ Ancak bu görüşlerden ilgili fiilleri gerçekleştirirken failin elinde olmayan sebeplerle suç

⁴²⁶ Koca ve Üzülmöz, a.g.e. s. 399.

⁴²⁷ Koca ve Üzülmöz, a.g.e. s. 401.

⁴²⁸ Koca ve Üzülmöz, a.g.e. s. 417.

⁴²⁹ Genç, a.g.e. s. 184.

⁴³⁰ Bayraktar vd., VII. Cilt, a.g.e. s. 233.

⁴³¹ Bayraktar vd., VII. Cilt, a.g.e. s. 233.

⁴³² Bayraktar vd., VII. Cilt, a.g.e. s. 234; Genç, a.g.e. s. 185.

⁴³³ Tezcan, a.g.e. s. 1132. **Karşı görüş;** Bayraktar, VII. Cilt, a.g.e. s.231'de belirtilmiş olduğu üzere değiştirme ve gizleme fiilleri bakımından suçun tamamlanma anı resmî kurumlara yanlış bilgi verilerek gerçeğe aykırı durumun kayıtlara geçirilmiş olduğu andır. Karışma fiili bakımından ise resmî kurumlara kayıt aranmayıp çocukların karışmasıyla suç tamamlanmış olur.

işlenemezse teşebbüs gündeme geleceği görüşünü kabul etmekteyiz. *Yargıtay 4. Ceza Dairesi 2012/10978 Esas, 2014/10333 Karar ve 23.09.2014 tarih sayılı kararında da görüleceği üzere Yargıtay soybağının değiştirilmesi suçunun kasıtlı halin teşebbüsün mümkün olduğunu kabul etmiştir.*⁴³⁴ Suça ilişkin maddenin gerekçesinde yer almış olduğu gibi yetkili makamlara bildirim yapılması zorunlu olmayıp, buna ilişkin gerekçedeki açıklamalar dayanaksızdır.⁴³⁵ Gerekçede belirtilmiş olduğu gibi yetkili kurumlara bildirim yapılması gerekmiş olsaydı bu suç da ihmali suçlar kapsamına girecek ve teşebbüs mümkün olmayacaktı.⁴³⁶ Çünkü ihmali suçlara teşebbüs olmaz. Soybağının değiştirilmesi suçunun ilk fıkrasında teşebbüs mümkünken ikinci fıkrasında suçun taksirli halinin düzenlenmiş bulunması nedeniyle teşebbüs mümkün değildir. Taksirli suçlara teşebbüs olmaz. Yani sadece suçun kasıtlı hali olarak düzenlenmiş ilk fıkrasına teşebbüs mümkündür. Teşebbüsün ne zaman söz konusu olabileceği ve icra hareketlerinin ne zaman başlayacağı Yargıtay içtihatlarında da *“çocuğun gerçek soybağının ortaya çıkmasını engellemeye, çocuğun gerçek ana-babasının değil de farklı kişilerin soybağında gözükmelerini sağlamaya yönelik olduğu, böylelikle atılı çocuğun soybağını değiştirme suçunun teşebbüs aşamasında kaldığı...”* denilerek belirtilmiştir.⁴³⁷

Soybağının değiştirilmesi suçunda gizleme fiili ihmali hareketle işlenebilir.⁴³⁸ İhmali suçlarda suçun tamamlanması için ihmali hareketin yapılmış olması yeterlidir. İhmali suça teşebbüs mümkün değildir.⁴³⁹ Bu sebeple TCK madde 231/2 kapsamında soybağının değiştirilmesi suçunun taksirle işlenmiş olduğu durumlarda teşebbüsten söz edilemeyecektir.⁴⁴⁰ Bu hususta doktrinde görüş birliği bulunmaktadır. İhmali suçlara teşebbüs olmamasının nedeni bu fiil ile neticenin bitişik olmasıdır.⁴⁴¹ Kanuni

⁴³⁴ Bayraktar vd., VII. Cilt, a.g.e. s. 234 “Sanıkların eylem ve iradelerinin çocuğun gerçek soybağının ortaya çıkmasını engellemeye, çocuğun gerçek ana ve/veya babasının değil de, farklı kişilerin soybağında gözükmelerini sağlamaya yönelik olduğu, böylelikle çocuğun soybağını değiştirme suçunun teşebbüs aşamasında kaldığı gözetilmelidir.”

⁴³⁵ Tezcan, a.g.e. s. 1132.

⁴³⁶ Tezcan, a.g.e. s. 1133.

⁴³⁷ Tezcan, a.g.e. s. 1133; Yargıtay 14. Ceza Dairesi 23.09.2014 Tarih ve 10978/10333 sayılı Karar.

⁴³⁸ Çakmut, a.ge. s. 230.

⁴³⁹ Çakmut, a.ge. s. 230.

⁴⁴⁰ Genç, a.g.e. s. 185.

⁴⁴¹ Çakmut, a.ge. s. 230.

hareketlerin her birinin konusu aynı ise seçimlik hareketli suç, farklı ise ayrı ayrı suçlar söz konusudur.⁴⁴² Seçimlik hareketlerden birisi tamamlanmış diğeri teşebbüs aşamasında kalmış olsa dahi suç tamamlanmış kabul edilir.⁴⁴³ TCK madde 231 kapsamında suçun kasıtlı halinin işlenilmesi seçimlik hareketli olarak gerçekleştirilebilir.⁴⁴⁴ Birbirine alternatif olarak kanunda düzenlenen bu fiillerden sadece birisinin gerçekleştirilmesiyle suç tamamlanmış olur. İkisinin birlikte işlenmesi veya art arda işlenmiş olması gerekmez.⁴⁴⁵ Kanununda seçimlik hareket olarak öngörülen fiiller değiştirme veya gizlemedir.

b) İştirak

Suç bir kişi tarafından işlenebileceği gibi, birden fazla kişi tarafından da işlenebilir.⁴⁴⁶ Bir suçu birden fazla kişinin işlemesi durumunda suça iştirak söz konusu olur.⁴⁴⁷ Suçu bizzat işlememiş olmakla birlikte suçun işlenmesine belli şekillerde katkıda bulunma hallerine ise *şeriklik* denmektedir. Bir diğer tanım ise; bir suçun işlenişine katılan fakat gerçekleştirmiş olduğu katkıyla suçun kanuni tanımında yer alan fiil üzerinde hakimiyet kuramayanlara *şerik* denmektedir.⁴⁴⁸ Şeriklik, azmettirme ve yardım etme olarak ikiye ayrılır. Bir kişinin faili suç işleme kararına yönlendirmesi ve bu kararı güçlendirmesi *azmettirme* olarak adlandırılır. Suçun işlenmesine katkı niteliğindeki her türlü hareket ise *yardım etme* olarak adlandırılır. Soybağının değiştirilmesi suçunda, kasten işlenebilen şekli için iştirakın her türlü mümkündür.⁴⁴⁹ Soybağının değiştirilmesi suçu durum suçlarından olması sebebiyle sonradan başka bir kişinin suça dahil olması yani iştirak etmesi mümkün olmayıp TCK madde 278/2 kapsamında suçu bildirmeme suçundan sorumluluk doğabilecektir.⁴⁵⁰ Suçun taksirli hali açısından ise, iştirak hükümleri uygulanamayacaktır. İştirakta, iştirak iradesi aranan koşuldur. Ancak taksirli suçlarda iştirak iradesinden söz edilemez. İradi hareketlerin varlığı kasten

⁴⁴² Koca ve Üzülmöz, a.g.e. s. 118.

⁴⁴³ Koca ve Üzülmöz, a.g.e. s. 118.

⁴⁴⁴ Çakmut, a.g.e. s. 197.

⁴⁴⁵ Koca ve Üzülmöz, a.g.e. s. 117.

⁴⁴⁶ Toroslu ve Toroslu, a.g.e. s. 317.

⁴⁴⁷ Toroslu ve Toroslu, a.g.e. s. 317.

⁴⁴⁸ Koca ve Üzülmöz, a.g.e. s. 455.

⁴⁴⁹ Bayraktar vd., VII. Cilt, a.g.e. s. 242; Genç, a.g.e. s. 186.

⁴⁵⁰ Tezcan, a.g.e. s. 1135.

işlenen suçlarda söz konusu olacağından taksirli suçlara iştirak mümkün olmayacaktır. Ancak taksirli suçlara birlikte sebebiyet verilmesi mümkün olabilir. Bu halde her fail, TCK madde 22/5 kapsamında kendi kusurlarına göre ayrı ayrı sorumlu tutulacaklardır.

c) İçtima

Birden çok suç işlenmiş olmasına rağmen faile tek suçtan dolayı ceza verilen hallerde suçların içtimaidan söz edilir.⁴⁵¹ Çocuğun soybağının değiştirilmesi suçunda işleniş anı ve suçun bitiş anı aynı değildir. Ancak işlenme ve bitme anının farklı olması suçu kesintisiz suç haline getirmemektedir.⁴⁵² Soybağının değiştirilmesi suçunda öngörülen fiiller ile suç işlenmiş olmakta ancak hukuki dünyada meydana getirilen gerçeğe aykırı durum suç tespit edilene kadar varlığını korumaktadır. Açıklanan sebeple de suç ani hareketle işlenmekte fakat yaratmış olduğu durum hukuk düzeninde varlığını devam ettirmektedir. TCK 42, 43 ve 44. maddelerde içtima hükümleri düzenlenmiştir. İçtima hükümlerinin soybağının değiştirilmesi suçuna uygulanması konusunda herhangi bir engel yoktur. Zincirleme suç hükümleri bakımından aynı çocuğa karşı soybağının değiştirilmesi suçunun hukuki olarak tek bir eylem olarak kabul edilmesi dolayısıyla farklı zamanlarda birden fazla kez işlenemeyeceği bunun görüşündeyiz.⁴⁵³ Ancak aksi yöndeki görüşe göre; zincirleme suç hükümlerinin uygulanması imkansız olmayıp failin sahte doğum belgesiyle suça teşebbüs edip bunda başarılı olamadıktan sonra farklı bir zamanda aynı çocuğu tanıma yoluyla kendi soybağına bağlarsa zincirleme suç hükümleri uygulanabilecektir.⁴⁵⁴

Soybağı niteliği itibariyle resmî kurumlara bilgi verilerek kayıt tutulması yoluyla kayıt altına alınır. Soybağının tespiti ve kaydı için gerekli resmi veya özel belgeler kullanılarak da soybağının değiştirilmesi suçu işlenebilmektedir. Bu anlamda da soybağının değiştirilmesi suçunun resmi veya özel belgede sahtecilik suçu ile resmî belgenin düzenlenmesinde yalan beyan suçu ile ya da özel belgeyi bozma yok etme suçu ile birlikte işlenmesi mümkündür. Ancak herhangi bir belgeye dayanmadan sadece gerçeğe aykırı beyanda bulunarak fail soybağının değiştirilmesine yol açmışsa burada sahte resmî belge kullanımı söz konusu olmadığından resmî belgede sahtecilik suçu oluşmaz ve

⁴⁵¹ Koca ve Üzülmöz, a.g.e. s. 488.

⁴⁵² Çakmut, a.g.e. s. 230.

⁴⁵³ Aynı yönde görüş: Çakmut, a.g.e. s. 235.

⁴⁵⁴ Bayraktar vd., VII. Cilt, a.g.e. s. 241.

bu suç bakımından içtima hükümleri uygulanamaz.⁴⁵⁵ Failin tek hareketle birden fazla suçu işlemesi yani hareketin birden fazla suça vücut vermesi halinde içtima hükümleri uygulanacaktır. İçtima hükümleri TCK madde 44'e göre; *"İşlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren kişi, bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılır."* Kanun maddesi kapsamında soybağının değiştirilmesi suçunu işlerken tek hareketle birden fazla farklı suçun oluşması halinde fail en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılarak içtima hükümleri uygulanmış olacaktır.

İçtima suçların ayrı ayrı cezalandırılmasının istisnasıdır. Ancak içtimanın da istisnası bulunmaktadır. İçtimanın istisnasının öngörüldüğü hallerde işlenen suçlar içtima hükümlerine göre değil ayrı ayrı cezalandırılır. Bu bağlamda TCK madde 212 düzenlemesine göre; *"Sahte veya özel belgenin bir başka suçun işlenmesi sırasında kullanılması halinde, hem sahtecilik hem de ilgili suçtan dolayı ayrı ayrı cezaya hükmolunur."* Soybağının değiştirilmesi suçu ve resmi veya özel belgede sahtecilik suçlarıyla birlikte işlendiğinde anılan madde gereği içtima hükümleri uygulanmayacak fail her suç ayrı ayrı cezalandırılacaktır.⁴⁵⁶ Yargıtay 11. Ceza Dairesi 2013/21033 Esas, 2015/29999 Karar ve 22.10.2015 tarih sayılı kararında da gerçeğe aykırı olarak düzenletmiş oldukları yaş tespit formu ile başkasına ait çocuğun sadece beyan üzerine kendi çocuğuymuş gibi kaydettiren failin TCK madde 231 ve madde 212'yi aynı anda işlemiş olması halinde hem sahtecilik hem de ilgili suçtan dolayı ayrı ayrı cezalandırılması gerektiği belirtilmiştir. Yargıtay önceki kararlarında soybağının değiştirilmesi suçunda özel kast aramış olmasından dolayı soybağının değiştirilmesi suçunun resmî belgede sahtecilik suçu içinde erimesine yönelik kararlar vermişken, son dönemlerdeki kararlarında ise sadece soybağının değiştirilmesi suçunun uygulanması gerektiğini kabul etmektedir.⁴⁵⁷ Ancak belirtmiş olduğumuz üzere madde 212 kapsamında soybağının değiştirilmesi suçu ile birlikte meydana gelmiş olan belgede sahtecilik suçları bakımından içtima hükümleri uygulanmayarak ayrı ayrı cezalandırılması gerekmektedir.⁴⁵⁸

TCK madde 206 *"Resmî Belgenin Düzenlenmesinde Yalan Beyan"* suçu bakımından da içtima hükümlerinin uygulanması gerekmektedir.⁴⁵⁹ TCK

⁴⁵⁵ Bayraktar vd., VII. Cilt, a.g.e. s. 238.

⁴⁵⁶ Genç, a.g.e. s. 186.

⁴⁵⁷ Tezcan, a.g.e. s. 1134.

⁴⁵⁸ Aynı yönde görüş için bkz. Tezcan, a.g.e. s. 1134.

⁴⁵⁹ Tezcan, a.g.e. s. 1134.

206'ya göre özel hüküm niteliğinde olan Nüfus Hizmetleri Kanunu madde 67 kapsamında yanlış bildirimde bulunma cezalandırılacak olup yanlış bilgilendirilme sonucu çocuğun soybağında değişiklik meydana gelmişse TCK madde 231/1'in de somut olaya aynı anda uygulanması gerekecektir.⁴⁶⁰ Dolayısıyla da bu iki suç bakımından da içtima hükümleri uygulanacak ve bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet verilmesinden dolayı farklı neviden fikri içtima kuralı uygulanacak ve fail cezası en ağır olan suçtan dolayı cezalandırılacaktır.⁴⁶¹ Bu husus bakımından Yargıtay'ın görüşü ise değişkendir. *Yargıtay 9. Ceza Dairesi 2015/33390 Esas, 2018/78749 Karar ve 12.09.2018 tarih sayılı kararında* farklı neviden fikri içtima uygulanmasını kabul etmiştir.⁴⁶²

“TCK'nın 44. maddesi uyarınca aynı kanunun 231. maddesinde düzenlenen soybağının değiştirilmesi suçunu oluşturduğu gözetilmeyerek yasal ve yerinde olmayan gerekçeyle 5490 Sayılı Kanun'un 67/1. maddesi uyarınca ceza tayin edilmesi yasaya aykırıdır.”

Yargıtay 11. Ceza Dairesi 2018/6979 Esas, 2019/348 Karar ve 14.01.2019 Tarih sayılı kararı gibi diğer güncel bazı kararlarında ise özel normun önceliği ilkesi doğrultusunda failin yalnızca TCK madde 231 kapsamında cezalandırılması gerektiği belirtilmiştir.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu 2015/412 Esas, 2015/286 Karar ve 29.09.2015 tarih sayılı kararı şöyledir:

“Nüfus müdürlüğüne gerçeğe aykırı beyanda bulunmak suretiyle çocuğun soybağının değiştirilmesi sebebiyle hem TCK'nın 231/1. maddesinde düzenlenen çocuğun soybağının değiştirilmesi hem de 206. Maddesinde düzenlenen resmi belgenin düzenlenmesinde yalan beyan hem de 5490 sayılı kanun madde 67/1 kapsamında nüfus müdürlüğüne gerçeğe aykırı beyanda bulunma suçlarının oluştuğundan söz etmek mümkünse de TCK'nın 206. maddesinde genel olarak her türlü yalan beyanın, 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun 67/1. Maddesinde bundan daha özel biçimde nüfus işlemlerinde yalan beyanın, TCK 231. maddesinde ise sadece çocuğun soybağı konusundaki yalan beyanın yaptırım altına alındığı nazara alındığında TCK 231. Maddesinin her iki düzenlemeye göre de özel norm niteliğinde olup özel normun önceliği ilkesi uyarınca sadece TCK'nın 231/1. maddesinin uygulanmasının mümkün olduğu kabul edilmelidir.”

⁴⁶⁰ Tezcan, a.g.e. s. 1134.

⁴⁶¹ Aynı yönde görüş Bayraktar vd., VII. Cilt, a.g.e. s. 239.

⁴⁶² Bayraktar vd., VII. Cilt, a.g.e. s. 239.

Doğan iki çocuğun birbiriyle değiştirilmesi durumunda ise, iki ayrı suçun olduğu baskın görüştür.⁴⁶³ Ancak başka bir görüşe göre bu durumda hukuki anlamda tek bir fiil ile birden fazla mağdura karşı suçun işlenmesi söz konusu olduğundan TCK madde 43/2 kapsamında aynı neviden fikri içtimaya ilişkin hükümler uygulanmalıdır.⁴⁶⁴ Biz de bu durumda aynı nevide fikri içtima hükümlerinin uygulanması gerektiği kanaatindeyiz.

Türk Ceza Kanunu 210. maddesi de soybağının değiştirilmesi suçundan önem taşımaktadır. Bu maddeye göre; “Gerçeğe aykırı belge düzenleyen tabip, diş tabibi, eczacı, ebe, hemşire veya diğer sağlık mesleği mensubu üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Düzenlenen belgenin kişiye haksız bir menfaat sağlaması ya da kamunun veya kişilerin zararına bir sonuç doğurucu nitelik taşıması halinde, resmî belgede sahtecilik hükümlerine göre cezaya hükmolunur.” Soybağının değiştirilmesi suçunun özellikle sağlık kurumunda gerçekleşen şekli bakımından sağlık görevlileri bakımından dikkate alınması gereken bir düzenlemedir.⁴⁶⁵ Ayrıca soybağının değiştirilmesi suçunun işlenilmesiyle Nüfus Hizmetleri Kanunu kapsamında düzenlenen yükümlülükler de ihlal edilmiş olacaktır. Bu bağlamda fail hem soybağının değiştirilmesi suçundan hem de Nüfus Hizmetleri Kanunu içinde düzenlenmiş idari yaptırımlardan sorumlu olacaktır.⁴⁶⁶

Fikri içtima hükümlerinin uygulanması mümkün olan soybağının değiştirilmesi suçunun zincirleme suç hükümleri bakımından da somut olaya göre değerlendirme yapılması mümkündür. *Zincirleme suç*, failin bir suçu aynı suç işleme niyetiyle farklı zamanlarda aynı kişiye karşı birden fazla olacak şekilde işlemesidir. Zincirleme suç TCK madde 43’te düzenlenmiştir. TCK madde 43/1’de zincirleme suç hükümleri düzenlenmişken madde 43/’de aynı neviden fikri içtima husus düzenlenmiştir. Soybağının değiştirilmesi suçunda zincirleme suç hükümleri uygulanabilmesi için çocuğun soybağını değiştirmeye yönelik hareketin gerçekleştirilememesi sonucu başka bir yolla yeniden suçu işlemeye çalışmak olabileceği gibi kocanın, eşinin başkasından doğan ikiz çocukları kendi çocuğuymuş gibi nüfus siciline kaydettirmesi, almış olduğu sahte belge ile fiili gerçekleştiremeyen failin tanıma suretiyle çocuğu kendi nüfusuna geçirmesi halinde de gerçekleşebilir.⁴⁶⁷ Ancak

⁴⁶³ Tezcan, a.g.e. s. 1134.

⁴⁶⁴ Bayraktar vd., VII. Cilt, a.g.e. s. 241; Çakmut, a.g.e. s. 235.

⁴⁶⁵ Çakmut, a.g.e. s. 232.

⁴⁶⁶ Çakmut, a.g.e. s. 234.

⁴⁶⁷ Çakmut, a.g.e. s. 235; Genç, a.g.e. s. 187.

doktrindeki başka bir görüşe göre soybağının değiştirilmesi suçunda fiilin yalnızca bir kez bir mağdura karşı işlenebileceğini bu sebeple de bu suç bakımından zincirleme suç hükümlerinin uygulanmasının mümkün olamayacağını savunmaktadır.⁴⁶⁸ Birden fazla çocuğun soybağının değiştirilmesi halinde çocuk sayısı kadar soybağının değiştirilmesi suçu olacağı kabul edilmektedir.⁴⁶⁹ Başka bir görüşe göre de iki çocuğun birbiri ile değiştirilmesi durumunda tek fiil ile iki suçun işlendiğini kabul etmeyip fikri içtima hükümlerinin uygulanması gerektiği savunulmaktadır.⁴⁷⁰ Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun 15. maddesi bakımından doğum bildirim yükümlülüğü kapsamında düzenlenen tutanak ve bu tutanak doğrultusunda aile kütüğüne yapılan tescilde yapılan yalan beyan sonucu bu yalan beyana dayanarak düzenlenen her doğum tutanağının kullanımı ayrı ayrı gerçekleşecek olup tek bir fiilin varlığından söz edilemeyecektir.⁴⁷¹

Farklı neviden fikri içtima hükümleri bakımında bir değerlendirme yapılması gerekirse de; failin elinde belge olmadan sözlü beyanı ile işlenen soybağının değiştirilmesi suçunun aynı zamanda TCK madde 204, 206 veya NHK madde 67 suçlarından hangisini oluşturacağı hususu doktrinde tartışmalıdır.⁴⁷² Bir görüşe göre soybağının değiştirilmesi amacıyla memura yapılan yalan beyan bakımından gerçek dışı beyan suçunun resmi belgenin düzenlenmesinde yalan beyan suçuna göre özel hüküm olması nedeniyle farklı neviden fikri içtima hükmünün soybağının değiştirilmesi suçu ve gerçek dışı beyan suçu arasında uygulaması gerektiği savunulmaktadır.⁴⁷³ Başka bir görüş ise bu halde soybağının değiştirilmesi suçunun da gerçek dışı beyana göre özel hüküm olması sebebiyle iki suç arasında görünüşte içtima hükmünün olduğu savunulmakta olup Yargıtay da bu görüş doğrultusunda karar vermiştir.⁴⁷⁴ *Yargıtay Ceza Genel Kurulu 2015/412 Esas, 2015/286 Karar ve 29.09.2015 Tarih sayılı kararı* şöyledir:⁴⁷⁵

“Sanığın evlilik dışı ilişkide bulunduğu’den doğan çocuğunu evlilik birliği içinde resmi nikahlı eşi ...’den olmuş gibi doğum bildiriminde bulunarak nüfus kütüğüne tescilini sağladığı olayda; sanık tarafından sahte

⁴⁶⁸ Genç, a.g.e. s. 187 .

⁴⁶⁹ Genç, a.g.e. s. 188.

⁴⁷⁰ Genç, a.g.e. s. 188.

⁴⁷¹ Genç, a.g.e. s. 188.

⁴⁷² Genç, a.g.e. s. 190.

⁴⁷³ Genç, a.g.e. s. 190-191.

⁴⁷⁴ Genç, a.g.e. s. 191.

⁴⁷⁵ Genç, a.g.e. s. 192.

bir resmi belge düzenlenmesi, gerçek bir resmi belgenin başkalarını aldatacak şekilde değiştirilmesi veya sahte resmi belgenin kullanılması söz konusu olmadığından resmi belgede sahtecilik suçunun unsurlarının oluşmadığı, nüfus müdürlüğüne gerçeğe aykırı beyanda bulunmak suretiyle çocuğun soybağının değiştirilmesi sebebiyle hem TCK 231/1 maddesinde düzenlenen çocuğun soybağının değiştirilmesi, hem de 206. maddesinde düzenlenen resmi belgenin düzenlenmesinde yalan beyan ve 5490 sayılı NHK madde 67/1 maddesinde hüküm altına alınan nüfus müdürlüğüne gerçeğe aykırı beyanda bulunma suçlarının oluştuğundan söz etmek mümkünse de TCK'nun 206. Maddesinde genel olarak her türlü yalan beyanın, NHK madde 67/1 maddesinde bundan daha özel biçimde nüfus işlemlerinde yalan beyanın, TCK madde 231/1'de ise sadece çocuğun soybağı konusundaki yalan beyanın yaptırım altına alındığı nazara alındığında TCK 231/1 maddesinin her iki düzenlemeye göre de özel norm niteliğinde olup özel normun önceliği ilkesi uyarınca TCK madde 231/1'in uygulanması gerektiği kabul edilmelidir.”

Bizim de katıldığımız görüşe göre soybağının değiştirilmesi suçunun özel norm olması hakkındaki görüş yerinde olmayıp resmi belgenin düzenlenmesinde yalan beyan suçu ve soybağının değiştirilmesi suçunun farklı hukuki değerleri korumak amacıyla düzenlendiği ve unsurlarının da çok farklı olduğu açık olup soybağının değiştirilmesi suçunun serbest hareketli olması ve yalan beyanda bulunarak bu suçun işlenebilmesi sadece fiillerin işlenme yollarından biri olması hasebiyle özel hüküm olarak düzenlenmediği anlaşılabacaktır.⁴⁷⁶ Eğer soybağının değiştirilmesi suçu resmi belgenin düzenlenmesinde yalan beyan suçuna göre özel hüküm olarak kabul edilmiş olsaydı soybağının değiştirilmesine ilişkin fiillerin başka suçlar açısından da özel hüküm olarak düzenlenmiş olduğunun kabulü gerekirdi.⁴⁷⁷

5. Netice ve İlliyyet Bağı

Soybağının değiştirilmesi suçunu işlemek için gerçekleştirilen değiştirme ve gizleme fiillerinde suçun tamamlanma anının hangi an olduğu hususunda farklı görüşler bulunmaktadır.⁴⁷⁸ Görüşlerden biri, bu fiillerin işlenmesiyle suçun tamamlandığını ve gerçeğe aykırı oluşan soybağının bu şekilde nüfus siciline kaydedilmesinin tamamlanma açısından herhangi bir şüphe oluşturmayacağını ve dolayısıyla da yetkili olan kurumların aldatılmasıyla suçun tamamlanmış olduğunu savunmaktadır.⁴⁷⁹ Yani değiştirme fiilinde dışa

⁴⁷⁶ Genç, a.g.e. s. 195.

⁴⁷⁷ Genç, a.g.e. s. 195.

⁴⁷⁸ Bayraktar vd., VII. Cilt, a.g.e. s. 231.

⁴⁷⁹ Bayraktar vd., VII. Cilt, a.g.e. s. 231.

karşı gerçeğe aykırı görüntünün oluşturulmasıyla, gizleme fiilinde ise bildirimin zamanında yapılmamış olmasıyla soybağının değiştirilmesi suçu işlenmiş olur.⁴⁸⁰ Diğer bir görüşe göre de suça ilişkin fiillerin nasıl işlenmiş olursa olsun yetkili kurumların aldatılması sonucu gerçeğe aykırı durumun kayıtlara geçirilmiş olmasıyla suç tamamlanır.⁴⁸¹ Yani yetkili mercilerin aldatılması sonucu çocuğun sahip olduğu soybağı oradan kalkmış olmakta ve görüntüde başka biriyle soybağı kurulmuş olmaktadır. Kanaatimizce soybağının gerçeğe aykırı bir şekilde dış görüntüsünün oluşmasıyla suç tamamlanmış olur.

Soybağının değiştirilmesi suçunun ikinci fıkrasında yer alan sağlık kurumunda bulunan çocuğun karışmasına neden olma fiili taksirle işlenir. Bu fıkarda özen yükümlülüğü bulunan kimselerin çocuğun soybağının karışmasına yani çocukların karışmasına neden olunması aranmakta olup karışma fiilinden sonra yetkili mercilere kayıt edilmesi aranmamıştır.⁴⁸² Dolayısıyla burada suça ilişkin karışma fiilin neticesi soybağının gerçeğe aykırı olarak kayıt edilmiş olması değil çocukların karışmış olması dolayısıyla soybağının karışmasıdır.⁴⁸³ Kanunun burada aramış olduğu kusurluluk taksirdir. Sağlık kurumundaki çocuğun karışmasına neden olmakla fail özen yükümlülüğüne aykırı davranmakta ve ihmal etmiş olduğu bir durum sonucunda çocuğun soybağının değişmesine neden olmaktadır. Eğer beklenen özen gösterilseydi çocuğun soybağının karışması engellenebilecek idiye beklenen özenin gösterilmemesinin sonucu oluşan suç faile isnat edilebilecektir. Faile isnat edilen fiilin kişisel özelliklerden bağımsız objektif olarak değerlendirilmesi gerekir. Hareket ile netice arasındaki nedensellik bağı belirlenmeli, daha sonra da neticenin faile objektif olarak yüklenebilirliği araştırılmalıdır.⁴⁸⁴ Çocuğun karışmasına neden olma fiili ile soybağının değişmesi suçu meydana gelmekte ve aradaki nedensellik bağı ve objektif isnadiyet sonucunda faile sorumluluk yüklenebilmektedir. Aynı şekilde ilk fıkarda yer alan değiştirme veya gizleme fiilleri açısından da fail ve fiil arasında nedensellik ve objektif isnadiyet bulunması gerekmektedir. Neticeye yani soybağının değişmesine neden olma fiiline birden fazla kişinin sebep olması durumunda nedensellik bağının kopması değil suça sebebiyet veren

⁴⁸⁰ Çakmut, a.g.e. s. 218-219.

⁴⁸¹ Bayraktar vd., VII. Cilt, a.g.e. s. 232.

⁴⁸² Bayraktar vd., VII. Cilt, a.g.e. s. 232.

⁴⁸³ Bayraktar vd., VII. Cilt, a.g.e. s. 232.

⁴⁸⁴ Koca ve Üzülmüş, a.g.e. s. 126.

faillerin her birinin TCK madde 22/5 kapsamında kendi kusurlarından dolayı ayrı ayrı sorumlu tutulması söz konusu olacaktır.⁴⁸⁵

6. Suçun Yaptırımı

Türk Ceza Kanunu madde 231/1 kapsamında soybağının değiştirilmesi veya gizlenmesi suçunu işleyen faile öngörülen yaptırım “*bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır.*” olarak düzenlenmiştir. Şartları oluşmuşsa kasten işlenebilir. Soybağının değiştirilmesi suçu bakımından alt sınırın 1 yıl olması dolayısıyla *hükümün açıklanmasının geriye bırakılmasına* (HAGB) karar verilebilecektir.⁴⁸⁶ 231/2 kapsamında da özen yükümlülüğüne aykırı olarak soybağının değiştirilmesine neden olan fail “*bir yıla kadar*” hapis cezası ile cezalandırılır. Suçun taksirli işlenen hali bakımından da suçun üst sınırının bir yıl olması nedeniyle *kamu davasının açılmasının ertelenmesine* karar verilebilecektir.⁴⁸⁷ Burada alt sınır belirtilmemiş olduğundan TCK madde 49/1 kapsamında taksirle işlenen soybağının değiştirilmesi suçunda alt sınırın 1 ay olarak kabul edileceği göz önünde bulundurulmalıdır.⁴⁸⁸ Taksirle işlenen suçta taksir basit taksir ise ceza miktarı ne olursa olsun sonuç ceza adli para cezasına çevrilebilecektir. Ayrıca kısa süreli hapis cezası öngörülmüşse TCK madde 50 kapsamında hapis cezasının adli para cezasına veya başka tedbirlere çevrilmesine de karar verilebilecektir. TCK madde 231/1 kapsamında kasten işlenen fiil eğer olası kastla işlenmişse öngörülen ceza TCK madde 21/2’ye göre işlenen suç olası kastla işlenmişse 1/3’ten 1/2’ye kadar indirilebilecektir. Ancak suç TCK madde 231/2 kapsamında bilinçli taksirle işlenmişse TCK 22/3’e göre suçun miktarı 1/3’ten 1/2’ye kadar artırılabilir. Bilinçli taksir olması halinde TCK madde 50’nin de uygulanması mümkün olmayacaktır. Yani hapis cezasının adli para cezasına çevrilmemesi mümkün olmayacaktır. Suçun taksirli hali bakımından genel hükümlerde düzenlenen bir hafifletici neden de TCK madde 22/6’dır. TCK madde 22/6’ya göre failin ailesinden birine karşı taksirle soybağının değiştirilmesi suçunu gerçekleştirmesi halinde şahsi cezasızlık sebebi olarak ortaya çıkabilecektir.

Hapis cezaları süreli hapis cezaları ağırlaştırılmış müebbet hapis, müebbet hapis ve süreli hapis cezası olarak üçe ayrılır. Soybağının değiştirilmesi suçu yönünden faile süreli hapis cezası verilmesi öngörülmüşse

⁴⁸⁵ Bayraktar vd., VII. Cilt, a.g.e. s. 231.

⁴⁸⁶ Bayraktar vd., VII. Cilt, a.g.e. s. 242.

⁴⁸⁷ Bayraktar vd., VII. Cilt, a.g.e. s. 242.

⁴⁸⁸ Bayraktar vd., VII. Cilt, a.g.e. s. 242.

TCK madde 49 kapsamında kısa süreli hapis cezası olarak nitelendirilecektir. Verilen ceza madde TCK 51 kapsamında iki yıldan az ise ertelenmesi veya TCK madde 50 kapsamında ertelenmesi mümkün olabilecektir. Hapis cezası ile cezalandırılan fail aynı zamanda bu süre içinde TCK madde 53 kapsamında belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılmasına karar verilecektir.

7. Ceza Muhakemesi Hukukuna İlişkin Hususlar

Soybağının belirlenmesi ve suçun ortaya çıkarılması açısından ise DNA incelemesi büyük önem taşımakta olup 5271 sayılı CMK hükümlerince DNA analizinin yapılması gerekir.⁴⁸⁹ DNA incelemesinin yapılabilmesi içinse ceza muhakemesi kanunu bağlamında belli şartların bulunması gerekmektedir.⁴⁹⁰ Ayrıca genetik inceleme, beden muayenesi yapılabilmesi hususunun çocuk açısından önemine binaen ceza muhakemesi kanunumuzda madde 76/3 kapsamında ayrıca düzenlenmiştir.⁴⁹¹ Çünkü kişiye DNA analizi yapmak kişilik haklarını ihlal kapsamında değerlendirilmektedir. Suçun yeterli derecede şüpheye ulaşması ve 2 yıl üzeri cezayı gerektiren bir suç olması şartları örnek olarak verilebilir.

TCK madde 231 ile ilgili olarak Cumhuriyet savcısı *kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumunu* uygulayabilecektir. Mahkeme bakımından ise, basit yargılamanın uygulanması mümkündür. İkinci fıkrada yer alan suç bakımından tutuklama kararı verilmesi şartları oluşmadığı için tutuklama kararı verilemeyecektir. İlk fıkradaki suç bakımından ise tutuklama kararı verilmesinde herhangi bir engel yoktur. Ancak verilmiş olan tutuklama kararı Ceza Muhakemesi Kanunu madde 102/1’de belirtilmiş olduğu üzere en çok 1 yıl olabilir.

Soybağının değiştirilmesi suçunu kamu düzenine haiz olması dolayısıyla soruşturması ve kovuşturması re’sen yapılır. Yani soruşturması ve kovuşturması şikâyeteye tabi değildir. Soybağının değiştirilmesi suçunda davanın görüleceği görevli mahkeme ilk fıkra ve ikinci fıkra bakımından farklılık teşkil etmektedir. Soybağının değiştirme suçunda görevli mahkeme 5235 sayılı kanun kapsamında Asliye Ceza Mahkemesi’dir. Bu suçta uzlaştırma hükümleri uygulanması mümkün değildir. CMK madde 12/1 kapsamında da yetkili mahkeme suçun işlendiği yer mahkemesidir.

⁴⁸⁹ Genç, a.g.e. s. 197.

⁴⁹⁰ Özkaya, a.g.e. s. 184.

⁴⁹¹ Bağlar, Yunus E., (2021), “Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Yıl: 12, Sayı: 45 ss. 121-154.

Soybağını değiştirilmesi suçu bakımından zamanaşımı ise TCK md. 66/1-e kapsamında suçun işlendiği tarihten itibaren 8 yıl olup bunun dava zamanaşımını kesen çeşitli sebeplerle uzaması ile ve TCK md. 67/4 uyarınca ancak 12 yıl olması mümkündür. TCK madde 66/4 kapsamında zamanaşımına ilişkin “*Sürelerin belirlenmesinde suçun kanunda yer alan cezasının yukarı sınırı göz önünde bulundurulur. Seçimlik cezaları gerektiren suçlarda zamanaşımı bakımından hapis cezası esas alınır.*” Zamanaşımı bakımında dikkate alınması gereken bir husus failin yaşıdır. TCK madde 66/2 kapsamında fail on iki yaşını doldurmuş ancak on beş yaşını doldurmamışsa yukarıdaki sürelerin yarısını, on beş yaşını doldurmuş ancak on sekiz yaşını doldurmamışsa üçte ikisinin geçmesiyle dava zamanaşımının dolması söz konusu olacaktır. TCK madde 66/3’ e göre “*Dava zamanaşımı süresinin belirlenmesinde dosyadaki mevcut deliller itibariyle suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli halleri de göz önünde bulundurulur.*”

Zamanaşımı TCK madde 66/6 ‘ya göre; “*Tamamlanmış suçlarda suçun işlendiği günden, teşebbüs halinde kalan suçlarda son hareketin yapıldığı günden, kesintisiz suçlarda kesintinin gerçekleştiği ve zincirleme suçlarda son suçun işlendiği günden, çocuklara karşı üstsoy veya bunlar üzerinde hüküm ve nüfuzu olan kimseler tarafından işlenen suçlarda çocuğun onsekiz yaşını bitirdiği günden itibaren işlemeye başlar.*” denilmiştir. Çocuğun soybağını değiştirme suçu bakımından dava zamanaşımı değerlendirilirken bu madde dikkate alınmalıdır. Yargıtay’ın kararlarında ise dava zamanaşımı değerlendirilirken failin kimliği (üst soy, alt soy ya da çocuk üzerinde nüfuzu olan kişi) dikkate alınmadan suçun tamamlandığı anın “*çocuğun nüfus kütüğüne kaydedildiği tarih*” esas alındığı görülmektedir.⁴⁹² “*Sanığın üzerine atılı soybağını değiştirme suçunu çocuğun nüfusa tescil tarihi olan 25.04.2007 tarihinde işlediği, 31.03.2016 tarihinde savunmasının alındığı gözetildiğinde 25.04.2015 tarihinde 5237 sayılı TCK’nın 66/1-e maddesinde öngörülen 8 yıllık olağan zamanaşımı süresinin gerçekleşmesi nedeniyle düşme kararı verilmesi gerekir.*”⁴⁹³ Halbuki; madde 66/6 dikkate alındığında dava zamanaşımının başlangıcının failin kim olduğuna göre değişebildiği görülecek olup dava zamanaşımının çocuğun nüfusa kaydedildiği tarihten başlatılması

⁴⁹² Ersan Şen ve Selvacan Akpınar, (2021), “Çocuğun Soybağını Değiştirme Suçu ve Dava Zamanaşımı Sorunu” <<https://sen.av.tr/tr/makale/cocugun-soybagini-degistirme-sucu-ve-dava-zamanasimi-sorunu>> (Son Erişim Tarihi: 28.03.2023)

⁴⁹³ Yargıtay 3. Ceza Dairesi 2020/24099 Esas, 2020/18750 Karar ve 14.12.2020 Tarih sayılı kararı.

kanunilik ilkesine aykırılık teşkil edecek ve maddenin amacına ulaşmasına engel olacaktır.⁴⁹⁴

TCK madde 66/6 lafzın doğrultusunda soybağının değiştirilmesi suç bakımından alt-üst soy ya da çocuk üzerinde nüfuzu olan kimse ise çocuğun 18 yaşını doldurmasından, eğer bu kimseler suçta yer almıyorsa suçun işlendiği tarihten itibaren dava zamanaşımı başlatılmalıdır.⁴⁹⁵ Yargıtay 11. Ceza Dairesinin bir kararında:⁴⁹⁶

“5237 sayılı TCK madde 7 ve 5252 sayılı TCK Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun madde 9 hükümleri uyarınca, sanın A... C..’nun gayri resmi beraberliğinin olduğu A.A. isimli kadından doğan çocuğunu, resmi nikahlı eşi olan G.C.’nin çocuğuymuş gibi 29/07/2004 tarihinde nüfusa kaydettirmekten ibaret eyleminin, Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 29/09/2015 tarih, n2015/412 Esas ve 2015/286 Karar sayılı ilamında da belirtildiği üzere 5237 sayılı TCK madde 231/1(765 sayılı TCK madde 445.) maddesinde düzenlenen çocuğun soybağını değiştirme suçunu oluşturduğu ve u suçun işlendiği tarihte yürürlükte bulunan ve lehe olan 765 sayılı TCK madde 102/4 ve 104/2. maddelerinde öngörülen dava zamanaşımının, 29/07/2004 olan suç tarihinden hüküm tarihine kadar gerçekleştiği gözetilmeden yargılamaya devamla yazılı şekilde hüküm kurulması yasaya aykırı olup...”

denilerek suç bakımından dava zamanaşımını ne zaman başladığı değerlendirilirken, suçun işlenmiş olduğu tarihteki kanun hükmünün de göz önünde bulundurulması gerektiği vurgulanmaktadır.⁴⁹⁷

B) SOYBAĞINI DEĞİŞTİRME SUÇUNUN 765 SAYILI TCK VE 5237 SAYILI TCK’DEKİ DÜZENLEMELER BAKIMINDAN KARŞILAŞTIRILMASI

Soybağını değiştirme suçu 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun Cürümler kitabının *Adabı Umumiye ve Nizamı Aile Aleyhinde Cürümler* 8. Babının 6. faslında “Nesep cürümleri” başlığında ve 445-447. maddeler arasında düzenlenmiştir.

Madde 445: *Her kim bir çocuğu gizleyerek yahut yerine başka bir çocuk koyarak o çocuğun nesebini yok eder veya değiştirirse bir seneden beş seneye kadar hapis cezasına müstahak olur.*

⁴⁹⁴ Şen ve Akpınar, a.g.e.

⁴⁹⁵ Şen ve Akpınar, a.g.e.

⁴⁹⁶ Yargıtay 11. Ceza Dairesi 2015/4910 Esas ve ‘015/31011 Karar ve 18.11.2015 Tarih sayılı kararı.

⁴⁹⁷ Şen ve Akpınar, a.g.e.

Madde 446: *Yukarıki maddede yazılı olan hallerden başkasında her kim meşru veya sebebi ikrar olunmuş bir çocuğun kim olduğunu saklayarak Darül-aceze'ye ve sair bir müesseseye tevdi eder veya bir hayır sahibi tarafından alınmak üzere umumun görebileceği bir yere bırakırsa üç aydan iki seneye kadar hapsolunur.*

Fail çocuğun usulünden biri ise hapis cezası bir seneden üç seneye kadar uzar.

Madde 447: *Yukarıki maddelerde yazılı cürümlerden birini işleyen kimse bu cürmü kendisinin veya karısının veya anasının veya kız kardeşinin veya fiuruundan birinin veyahut evlatlığı olan kızının namusunu kurtarmak için yapılmış ise bir aydan üç seneye kadar hapsolunur.*

Eski ceza kanunumuzda soybağının değiştirilmesi konusunda düzenlenmiş bu maddeler “*Adabı Umumiye ve Nizamı Aile Aleyhinde Cürümler*” başlığı altındaki bölümde yer alıyordu. Yani eski ceza kanunu ve yeni ceza kanunu bakımından soybağının değiştirilmesi suçunun düzenlenmiş olduğu yerler farklıdır. Eski ceza kanunumuzda soybağı yerine nesep terimi kullanılmaktaydı. Yeni ceza kanunundaki düzenleme daha sade ve uygulanma alanı eski ceza kanunundaki düzenlemeye nazaran daraltılmıştır.⁴⁹⁸

Eski ceza kanunumuzda “*çocuğu gizleyerek yahut yerine başka bir çocuk koyarak*” tanımı ile *bağlı hareketli* suç olarak ihdas edilmişken yeni ceza kanunumuzda soybağının değiştirilmesi suçu açısından *değiştirmek, gizlemek* ve *çocuğun karışmasına neden olmak* fiilleri bakımından hareketin nasıl olacağı belirtilmemiş olup, ilgili suç *serbest hareketli* olarak düzenlenmiştir.⁴⁹⁹ Yeni ceza kanunumuzda 446. maddede belirtilen suça ve madde 447'deki indirimde yer verilmemiş olup 446. maddedeki fiilin çocuğun üst soyu tarafından işlenilmesi halinde yeni ceza kanunundaki karşılığı 97. maddedeki *Terk* suçu olacaktır.⁵⁰⁰

Eski ceza kanununda suçun nesebin yok edilmesi veya değiştirilmesi fiilleriyle doğrudan veya nesebi belli çocuğu darülacezeye, hayır kurumuna ya da umuma açık bir yere bırakma fiilleri ile dolaylı olarak işlenmesi mümkünken yeni ceza kanunumuzda suç yalnızca doğrudan işlenebilir.⁵⁰¹ Eski ceza kanunu döneminde namus saiki ve çocuğun üst soyunun soybağının değiştirilmesi suçunu işlemesi hali nitelikli hal olarak kabul edilmişken yeni ceza kanunumuzda soybağının değiştirilmesi suçu bakımından herhangi bir

⁴⁹⁸ Bayraktar vd., VII. Cilt, a.g.e. s. 213.

⁴⁹⁹ Özkaya, a.g.e. s. 184; Genç, a.g.e. s. 161.

⁵⁰⁰ Genç, a.g.e. s. 161.

⁵⁰¹ Bayraktar vd., VII. Cilt, a.g.e. s. 213.

nitelikli hal düzenlenmemiştir.⁵⁰² Eski ceza kanununda bu suçun yalnızca kasten işlenebilen hali düzenlenmişken yeni ceza kanununda hem kasten hem de taksirle işlenebilen hali düzenlenmiştir.⁵⁰³ Önceki ceza kanunu madde 446 düzenlemesinde, suçun oluşabilmesi için çocuğun bir kuruma bırakılması veya kamuya açık alanda herkesin görebileceği şekilde terk edilmesi hali suç olarak düzenlenmişken; 5237 sayılı yeni ceza kanunu madde 231 düzenlemesinde yalnızca sağlık kurumunda bulunan çocuğun yine sağlık görevlisi tarafından özen yükümlülüğüne aykırı hareket etmesi sonucu çocuğun soybağının karışması hali suç olarak düzenlenmiştir. Eski ceza kanununda failin alt üst soy içindeki kimseler olması ağırlaştırıcı neden iken yeni ceza kanununda fail bakımından herhangi bir ağırlaştırıcı neden öngörülmemiştir.⁵⁰⁴ Eski ceza kanununda hafifletici neden olarak “kızının namusunu kurtarma” ibaresi bulunurken yeni ceza kanununda herhangi bir hafifletici neden öngörülmemiştir.⁵⁰⁵

İki ceza kanununda da suça karşılık olarak verilecek cezalar farklıdır.⁵⁰⁶ Eski ceza kanununda suçların cezası bir yıldan beş yıla kadar hapis ve bir yıldan üç yıla kadar hapis olarak düzenlenmişken yeni ceza kanununda ceza bir yıldan üç yıla kadar hapis, taksirle işlenmesi halinde ise bir yıla kadar hapis cezası olarak düzenlenmiştir.

C) SOYBAĞINI DEĞİŞTİRME SUÇUNUN DİĞER SUÇ TİPLERİYLE KARŞILAŞTIRILMASI

1. Çocuğun Soybağını Değiştirme Suçu ve Soykırım Suçu (TCK m. 76)

Türk Ceza Kanunu’nun 76. maddesinde düzenlenen *Soykırım* suçu şu şekildedir:

“(1) Bir planın icrası suretiyle, milli, etnik, ırki veya dini bir grubun tamamen veya kısmen yok edilmesi maksadıyla, bu grupların üyelerine karşı aşağıdaki fiillerden birinin işlenmesi, soykırım suçunu oluşturur:

a) Kasten öldürme.

b) Kişilerin bedensel veya ruhsal bütünlüklerine ağır zarar verme.

⁵⁰² Bayraktar vd., VII. Cilt, a.g.e. s. 210.

⁵⁰³ Çakmut, a.g.e. s. 161; Genç, a.g.e. s. 161.

⁵⁰⁴ Çakmut, a.g.e. s. 162.

⁵⁰⁵ Çakmut, a.g.e. s. 162.

⁵⁰⁶ Çakmut, a.g.e. s. 162.

c) Grubun, tamamen veya kısmen yok edilmesi sonucunu doğuracak koşullarda yaşamaya zorlanması.

d) Grup içinde doğumlara engel olmaya yönelik tedbirlerin alınması.

e) Gruba ait çocukların bir başka gruba zorla nakledilmesi.

(2) Soykırım suçu failine ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası verilir. Ancak, soykırım kapsamında işlenen kasten öldürme ve kasten yaralama suçları açısından, belirlenen mağdur sayısınınca gerçek içtima hükümleri uygulanır.

(3) Bu suçlardan dolayı tüzel kişiler hakkında da güvenlik tedbirine hükmolunur.

(4) Bu suçlardan dolayı zamanaşımı işlemez.”

Soykırım suçu ceza kanununda uluslararası suçlar içinde düzenlenmiş olup gerçek anlamda uluslararası suçlardandır.⁵⁰⁷ Soybağını değiştirme suçu ise, topluma karşı suçlar içinde düzenlenmiştir. Soybağının değiştirilmesi suçunun taksirli hali düzenlenmiş olup hem kasten hem de taksirle işlenebilir ancak soykırım suçu yalnızca kasten işlenebilen bir suçtur. Soykırım suçunu meydana getiren fiiller uluslararası barış ve güvenliği tehdit etmekte iken, soybağının değiştirilmesi suçunu meydana getiren fiiller kamu ve aile düzenini ilgilendirir.⁵⁰⁸ Soykırım suçunda mağdur bakımından belli bir ırk, etnik din vb. gibi bir gruba dahil olmasından dolayı özgü suç söz konusu iken, soybağının değiştirilmesi suçunda suçun mağduru herkes olabilir. Ancak TCK madde 231/2 kapsamında sağlık görevlisi suçun faili olma bakımından özellik arz eder bu yüzden özgü suçtur diyen görüşler de bulunmaktadır.

Soykırım suçunda hukuka uygunluk nedeni bulunmazken, soybağının değiştirilmesi suçunda somut olaya göre hukuka uygunluk nedenlerinin uygulanması mümkündür. TCK madde 76/2'ye göre soykırım suçunda mağdur sayısı kadar gerçek içtima hükümleri uygulanır ancak soybağının değiştirilmesi suçunda şartları gerçekleşmişse içtima hükümlerinin uygulanması mümkündür.

Soykırım suçu, soybağının değiştirilmesi suçu gibi icraen veya ihmalen işlenebilir.⁵⁰⁹ Soykırım suçu bir grubun yok edilmesi ortadan kaldırılmasını amaçlar. Bu doğrultuda soykırım suçu bir grup çocuğun zorla başka bir yere ve başka ailelere nakli açısından soybağının değiştirilmesi suçuna

⁵⁰⁷ Tezcan, Durmuş; Erdem, Ruhan ve Önok, Murat, (2022), “Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku”, Seçkin Yayınevi, 20. Baskı, Ankara, s. 56.

⁵⁰⁸ Tezcan, Erdem ve Önok, a.g.e. s. 61.

⁵⁰⁹ Tezcan, Erdem ve Önok, a.g.e. s. 67.

benzemektedir.⁵¹⁰ Bu şekilde nakil ile çocukların kendi kültürleri ve benliklerinden uzaklaştırılması amaçlanmakta olup biyolojik soykırım olarak adlandırılır. Soybağı sayesinde ailelerin çocuklarına aktaracağı çeşitli maddi manevi değerler bulunmakta iken soykırım suçunun bu halinde görülmüş olduğu üzere bu aktarımların engellenmiş olacaktır. Soykırım suçunda amaç etnik bir topluluk ya da grubun tamamen yok edilmesidir. Soybağının değiştirilmesi suçunda ise amaç çocuğu olmayan ana ve babanın yasal olmayan yollarla bir çocuk ile soybağı kurmaya çalışmasıdır. Ancak çocuğun mensup olduğu aile veya topluluğu yok etme gibi bir amaç yoktur. Soykırım suçu ve soybağının değiştirilmesi suçu için öngörülen cezalar farklılık arz etmektedir.

2. Çocuğun Soybağını Değiştirme Suçu ve Terk Suçu (TCK m. 97)

Türk Ceza Kanunu'nun 97. maddesinde düzenlenen *Terk* suçu şu şekildedir:

“(1) Yaşı veya hastalığı dolayısıyla kendini idare edemeyecek durumda olan ve bu nedenle koruma ve gözetim yükümlülüğü altında bulunan bir kimseyi kendi haline terk eden kişi, üç aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Terk dolayısıyla mağdur bir hastalığa yakalanmış, yaralanmış veya ölmüşse, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç hükümlerine göre cezaya hükmolunur.”

Terk kişilere karşı suçlar kısmı 4. bölümde düzenlenmiştir. Soybağını değiştirme suçu ise topluma karşı suçlar içinde 8. bölümde düzenlenmiştir. Terk suçunda bakıma ve gözetime muhtaç olan kimseye bakma yükümlülüğü olan kişinin bakım ve gözetim yükümlülüğünü yerine getirip kişiyi kendi başına bırakması halidir. Bu suça göre kişi yaşlı veya hasta olduğu için kendini idare edemeyecek kimseye karşı; sözleşme, kanun veya bağlı davranış dolayısıyla yükümlü olan kimse suçun failidir.⁵¹¹ Fail, mağdura olan yükümlülüğünü ihmal edip onu bir başına bırakmaktadır. Terk suçunda hareket unsuru mağduru kendi haline terk etmek olup koruma ve gözetim yükümlülüğü yerine getirilmemektedir.⁵¹²

⁵¹⁰ Çakmut, a.g.e. s. 166.

⁵¹¹ Çakmut, a.g.e. s. 170.

⁵¹² Veli Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, (2020), “Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler”, Seçkin Yayıncılık, 15. Baskı, s. 300.

Terk suçunda suçun tamamlanmış olması için mağdurun mutlaka zarara uğramış olması aranmaz.⁵¹³ Bu suçta korunan hukuki değer kişilerin ruh-beden sağlığı ve bütünlüğüne karşı meydana gelebilecek tehlikelere karşı karşıya kalmalarını engellemektir.⁵¹⁴ Soybağının değiştirilmesi suçunda ise korunan hukuki değer soybağı özelinde kamu ve aile düzenidir. Ancak soybağının değiştirme suçunda çocuğu kendi haline bırakıp terk etme gibi bir durum söz konusu değildir ve korunan hukuki diğer soybağı bağlamında aile ve kamu düzenidir. Soybağının değiştirilmesi suçunda fail bahsedilen terk fillini gerçekleştirilmekte çocuğun gerçekte meydana gelmiş soybağını gizleyerek veya değiştirerek başka kimselerle soybağı varmış gibi göstermektedir.

Terk suçu yalnızca kasten işlenebilirken soybağının değiştirilmesi suçunda çocuğun hukuken ve fiilen kurulması gereken soybağı kasten veya taksirle hukuka aykırı olarak olması gerekenden farklı kişilerle kurulması yoluyla işlenebilir.⁵¹⁵ Terk suçu faili ve mağduru bakımından özgü suç niteliğinde iken soybağının değiştirilmesi suçu bu bakımdan özgü suç niteliğinde değildir.⁵¹⁶ Ancak TCK madde 231/2 kapsamında sağlık görevlisi suçun faili olma bakımından özellik arz eder bu yüzden özgü suçtur diyen görüşler de bulunmaktadır. Terk suçunda koruma ve gözetim yükümlülüğüne aykırı davranılmış olması gerekmektedir. Koruma ve gözetim yükümlülüğü kanun, sözleşme, mahkeme kararı veya doğal bağılıktan (TMK md. 335 vd. hükümleri) kaynaklanabilecektir.⁵¹⁷ Terk suçunda mağdurun terk edilmesiyle suç tamamlandığından salt hareket suçu olup bu suça teşebbüs mümkün değildir.⁵¹⁸ Ancak soybağının değiştirilmesi suçuna teşebbüs mümkündür. Terk suçunda ve soybağının değiştirilmesi suçunda somut olayın durumuna göre hukuka uygunluk sebepleri, iştirak hükümleri uygulanabilecektir. Ayrıca her iki suç açısından da rıza bir hukuka uygunluk sebebi olamayacaktır. Soybağının değiştirilmesi TCK md. 231/2 bakımından ise özen yükümlülüğüne aykırılıktan çocukların karışmasına neden olunması hali bir yükümlülüğün ihmal olması nedeniyle terk suçuna benzemektedir. Terk suçu da soybağının değiştirilmesi suçu gibi icraen veya ihmalen işlenebilir.⁵¹⁹ İki

⁵¹³ Özbek, Doğan ve Bacaksız, a.g.e. s.301

⁵¹⁴ Tezcan, Erdem ve Önok, a.g.e. s. 342; Özbek, Doğan ve Bacaksız, a.g.e. s.299.

⁵¹⁵ Özbek, Doğan ve Bacaksız, a.g.e. s. 302.

⁵¹⁶ Tezcan, Erdem ve Önok, a.g.e. s. 343; Özbek, Doğan ve Bacaksız, a.g.e. s. 299 -306.

⁵¹⁷ Tezcan, Erdem ve Önok, a.g.e. s. 343.

⁵¹⁸ Tezcan, Erdem ve Önok, a.g.e. s. 353.

⁵¹⁹ Tezcan, Erdem ve Önok, a.g.e. s. 346.

suç için öngörülmüş cezalar da farklıdır. Dolayısıyla iki suç arasında benzerlik bulunmamaktadır.

3. Çocuğun Soybağını Değiştirme Suçu ve Yardım Bildirim Yükümlülüğünün Yerine Getirilmemesi Suçu (TCK m. 98)

Türk Ceza Kanunu'nun 98. maddesinde düzenlenen *Yardım bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi* suçu şu şekildedir:

“(1) Yaşı, hastalığı veya yaralanması dolayısıyla ya da başka herhangi bir nedenle kendini idare edemeyecek durumda olan kimseye hal ve koşulların elverdiği ölçüde yardım etmeyen ya da durumu derhal ilgili makamlara bildirmeyen kişi, bir yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır.

(2) Yardım veya bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi dolayısıyla kişinin ölmesi durumunda, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.”

Kişilere karşı suçların içinde 2. kısım ve 4. bölümde düzenlenmiştir. Soybağını değiştirme suçu ise, topluma karşı suçlar içinde 8. bölümde düzenlenmiştir. Failin zor durumda olan kimsenin bu halini ilgili makamlara bildirmesi ve bu halde bırakılmaması amaçlanmıştır.⁵²⁰ Yardım ve bildirim yükümlülüğünün yerine getirilememesi suçunda kişilere genel bir yükümlülük yüklenmiş olup ayrıca bir hukuk kuralı vasıtasıyla özel bir yükümlülük başka kimselere yüklenmişse madde 98 kapsamındaki genel yükümlülük kuralı uygulanmayacaktır.⁵²¹ Yardım ve bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi suçu bakımından korunan hukuki değer, tehlikedeki kimseler bakımından yardım ve bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmesi sağlanarak bu kişilerin bedensel bütünlüğünü, sağlığını ve yaşama hakkını korumaktır.⁵²² Soybağının değiştirilmesi suçunda ise, korunan hukuki değer soybağı özelinde kamu ve aile düzenidir. Fail ve mağdur arasında herhangi bir bağ bulunmamakta olup suçun faili herkes olabilir.⁵²³ Çocuğun hukuken ve fiilen kurulması gereken soybağı kasten veya taksirle hukuka aykırı olarak olması gerekenden farklı kişilerle kurulması yoluyla bu suç işlenmiş olur.

Yardım ve bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi suçunda madde 98/2 nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Soybağının değiştirilmesi suçu

⁵²⁰ Çakmut, a.g.e. s. 170.

⁵²¹ Tezcan, Erdem ve Önok, a.g.e. s. 366.

⁵²² Özbek, Doğan ve Bacaksız, a.g.e. s. 303.

⁵²³ Özbek, Doğan ve Bacaksız, a.g.e. s. 303.

bakımından nitelikli hal ise madde 231/2’de yalnızca yer bakımından belirlenmiş olup bu yer sağlık kurumudur. Yardım ve bildirim yükümlülüğünün yerine getirilememesi suçunda hukuka uygunluk nedeni olarak yükümlülüklerin çatışması veya zorunluluk hali söz konusu olabilecektir. Soybağının değiştirilmesi suçunda ise, somut olayın durumuna göre hukuka uygunluk nedenlerinin uygulanması mümkündür. Yardım ve bildirim yükümlülüğünün yerine getirilememesi suçu gerçek ihmali suç olması dolayısıyla teşebbüs mümkün değildir.⁵²⁴ Soybağının değiştirilmesi suçuna teşebbüs mümkündür.

Yardım ve bildirim yükümlülüğünün yerine getirilememesi suçunda birden fazla kişinin yardıma ihtiyaç duyması ancak bunlardan hiçbirine yardım edilmemesi durumunda TCK madde 43/2 kapsamında bir fiil ile birden fazla kişiye karşı suçun işlenmesi söz konusu olacak olup zincirleme suç hükümlerinin uygulanması mümkündür. Soybağının değiştirilmesi suçunda da bu bağlamda somut olayın durumuna göre zincirleme suç hükümleri uygulanması mümkündür. Yardım ve bildirim yükümlülüğünün yerine getirilememesi suçunda iştirak hükümleri bakımında yalnızca azmettirme ve yardım etme söz konusu olabilir.⁵²⁵ Her failin yükümlülüğü birbirinden bağımsız olarak değerlendirilir. Bu doğrultuda suçun birden fazla kişi tarafından işlenmesi mümkün olmayıp yan faillik söz konusu olacaktır.⁵²⁶ Ancak soybağının değiştirilmesi suçu bakımından iştirakın her türlü mümkündür. İki suç için öngörölmüş cezalar da farklıdır.

4. Çocukun Soybağını Değiştirme Suçu ve Aile Hukukundan Kaynaklanan Yükümlüğün İhlali Suçu (TCK m. 233)

Türk Ceza Kanunu’nun 233. maddesinde düzenlenen *Aile hukukundan kaynaklanan yükümlüğün ihlali* suçu şu şekildedir:

“(1) *Aile hukukundan doğan bakım, eğitim veya destek olma yükümlülüğünü yerine getirmeyen kişi, şikâyet üzerine, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*

(2) *Hamile olduğunu bildiği eşini veya sürekli birlikte yaşadığı ve kendisinden gebe kalmış bulunduğunu bildiği evli olmayan bir kadını çaresiz durumda terk eden kimseye, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası verilir.*

⁵²⁴ Özbek, Doğan ve Bacaksız, a.g.e. s. 305.

⁵²⁵ Tezcan, Erdem ve Önok, a.g.e. s. 368.

⁵²⁶ Tezcan, Erdem ve Önok, a.g.e. s. 368.

(3) *Velayet hakları kaldırılmış olsa da, itiyadi sarhoşluk, uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin kullanılması ya da onur kırıcı tavır ve hareketlerin sonucu maddi ve manevi özen noksanlığı nedeniyle çocuklarının ahlak, güvenlik ve sağlığını ağır şekilde tehlikeye sokan ana veya baba, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*”

Aile hukukundan kaynaklanan yükümlülüğün ihlali suçu topluma karşı suçların altında aile düzenine karşı suçların içinde düzenlenmiştir. Soybağını değiştirme suçu ise, topluma karşı suçlar içinde aile düzenine karşı suçlar 8. bölümde düzenlenmiştir.⁵²⁷ Madde üç fıkradan oluşmakta ve her fıkroda ayrı bir suç düzenlenmektedir. Türk Medeni Kanunu’nda düzenlenen aile hukuku kapsamındaki bakım yükümlülüklerinin ihlali durumunda aile hukukundan kaynaklanan yükümlülüğü ihlal suçu oluşur. Yani failin aile hukukuna ilişkin yükümlülüklerini ihlal etmesi durumunda TCK madde 233/1’e göre cezalandırılır. Bu suç terk fiili olmadan işlenmişse takibi şikâyetle bağlıdır. Ancak terk fiili de gerçekleşmişse adli makamlarca re’sen soruşturulur. Aile hukukundan kaynaklanan yükümlülüğün ihlali suçunun ikinci fıkrası “*Gebe kadını terk etmek suçu*” dur. Fail yalnızca erkek eş olabilir ve çocuğu çaresiz durumda bırakıp terk eden fail açısından soyut tehlike suçu söz konusu olur. Soybağının değiştirilmesi suçu durum suçudur ve özen yükümlülüğüne aykırı olarak soybağının değiştirilmeye çalışılması söz konusu olur fail ve mağdur bakımından da özellik arz etmez. Aile hukukundan kaynaklanan yükümlülüğün ihlali suçunda korunan hukuki değer nafaka hakkı olan kişinin hayatına devam etmesi için gereken gereksinimlerinin karşılanması, gebe kadının maddi manevi varlığı, doğacak çocuğun gelecekteki yaşama hakkı ve aile düzenidir.⁵²⁸ Soybağının değiştirilmesi suçunda ise korunan hukuki değer soybağı özelinde kamu ve aile düzenidir. İki suç bakımından da aile düzeni ortak korunan hukuki değerdir.

Aile hukukundan kaynaklanan yükümlülüğün ihlali suçu suçunda fail aile hukuku bakımından destek, bakım ve eğitim yükümlülüğü altında olması dolayısıyla ve mağdur da bunların sağlanması gereken kişi olması bakımından özgü suç söz konusu iken soybağının değiştirilmesi suçunda suçun faili ve mağduru herkes olabilir.⁵²⁹ TCK madde 233/1’de belirtilen yükümlülüğe sahip olan kişiler Türk Medeni Kanunu kapsamında belirlenecek olup bu kişiler üst-alt soy, kardeşler, evlat edinen, eşler, boşanmış eşler, ev başkanı ve vasi olarak sayılan bu kişilerin bakım, eğitim ve destek yükümlülüğü

⁵²⁷ Çakmut, a.g.e. s. 172.

⁵²⁸ Tezcan, Erdem ve Önok, a.g.e. s. 1146.

⁵²⁹ Tezcan, Erdem ve Önok, a.g.e. s. 1146.

bulunmaktadır.⁵³⁰ Ancak TCK madde 231/2 kapsamında sağlık görevlisi suçun faili olma bakımından özellik arz eder bu yüzden özgü suçtur diyen görüşler de bulunmaktadır.

Aile hukukundan kaynaklanan yükümlülüğün ihlali suçu seçimlik ve bağlı hareketli bir suç iken, soybağının değiştirilmesi suçu seçimlik hareketli ve serbest hareketli bir suçtur. Aile hukukundan kaynaklanan yükümlülüğün ihlali suçu tehlike suçu olup yükümlülüklerin yerine getirilmemesi yeterlidir ancak soybağının değiştirilmesi suçu durum suçudur.⁵³¹ TCK madde 233/1-2 kapsamında ihmali suç söz konusudur ve teşebbüs olmaz.⁵³² TCK madde 231/2 kapsamında ise, taksirli suç düzenleniş olduğundan taksirli suçlara teşebbüs olmaz. Aile hukukundan kaynaklanan yükümlülüğün ihlali suçu suçunda çocuğun maddi varlığına yönelik bir ihlal bulunurken soybağının değiştirilmesi suçunda çocuğun soybağına yönelik bir ihlal bulunmaktadır.⁵³³ TCK madde 233/3'te ise, manevi terk düzenlenmektedir ve taksirle işlenemez.⁵³⁴ İki suç bakımından da hafifletici ve ağırlaştırıcı neden düzenlenmemiştir.⁵³⁵ Her iki suç bakımından da içtima hükümlerinin uygulanması mümkündür. Soybağını değiştirme suçu ise re'sen soruşturulan bir suç olup şikâyeteye tabi bir hali bulunmamaktadır. Her iki suç için öngörülen cezalar farklıdır.

5. Çocuğun Soybağını Değiştirme Suçu ve Çocuğun Kaçırılması ve Alıkonulması Suçu (TCK m. 234)

Türk Ceza Kanunu'nun 234. maddesinde düzenlenen *Çocuğun kaçırılması ve alıkonulması* suçu şu şekildedir:

“(1) Velayet yetkisi elinden alınmış olan ana veya babanın ya da üçüncü derece dâhil kan hısmının, onaltı yaşını bitirmemiş bir çocuğu veli, vasi veya bakım ve gözetimi altında bulunan kimsenin yanından cebir veya tehdit kullanmaksızın kaçırması veya alıkoyması halinde, üç aydan bir yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

(2) Fiil cebir veya tehdit kullanılarak işlenmiş ya da çocuk henüz oniki yaşını bitirmemiş ise ceza bir katı oranında artırılır.

⁵³⁰ Bayraktar vd., a.g.e. s. 275.

⁵³¹ Tezcan, Erdem ve Önok, a.g.e. s. 1147.

⁵³² Tezcan, Erdem ve Önok, a.g.e. s. 1151; Bayraktar vd., VII. Cilt, a.g.e. s. 278.

⁵³³ Çakmut, a.g.e. s. 173.

⁵³⁴ Tezcan, Erdem ve Önok, a.g.e. s. 1152.

⁵³⁵ Bayraktar vd., VII. Cilt, a.g.e. s. 292.

(3) Kanunî temsilcisinin bilgisi veya rızası dışında evi terk eden çocuğu, rızasıyla da olsa, ailesini veya yetkili makamları durumdan haberdar etmeksizin yanında tutan kişi, şikâyet üzerine, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”

Çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçu ile soybağını değiştirme suçu aynı kısım ve aynı başlık altında düzenlenmiştir. Çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçu ile korunan hukuki değer; aile düzeni, çocuğun bedeni ve yaşayacağı yer hususunda karar verebilmesini korurken çocuğu aynı zamanda kendine karşı da korur. Çocuğun korunması devletin sorumluluğundadır.⁵³⁶ Soybağını değiştirme suçunda ise, korunan hukuki değer aile düzeni, kişinin soybağına ilişkin bilgileri öğrenebilmesi ve gerçek ana babası ile yaşama hakkının korunmasıdır. İki suçta da aile düzeni ortak korunan hukuki değerdir. Soybağının değiştirilmesi suçunda ise korunan hukuki değer soybağı bağlamında kişinin genetik kökenini bilme hakkıdır. TCK md. 234/1’de düzenlenen çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçu fail bakımından özgü nitelik taşımakta iken soybağının değiştirilmesi suçunda herhangi bir özgü suç hali bulunmamaktadır.⁵³⁷

Çocuğun kaçırılması suçunda suçun mağduru velayet hakkına sahip olan ana-baba, vasi veya çocuğa bakan kişi ve TCK madde 234/’e göre 18 yaşını tamamlanmamış çocuktur.⁵³⁸ Soybağının değiştirilmesi suçunda ise mağdur kendi soybağına ilişkin bilgileri kendi duygu ve düşünceleri yoluyla algılayabilecek makul bir düzeyde olan çocuktur. Ayrıca çocuğun soybağının değişmesine neden olan bizzat ana-baba veya yakın akraba değilse bu kimseler de mağdur olacaktır. Ancak TCK madde 231/2 kapsamında sağlık görevlisi suçun faili olma bakımından özellik arz eder bu yüzden özgü suçtur diyen görüşler de bulunmaktadır.

Çocuğun kaçırılması suçu kesintisiz suçlardandır. Ancak soybağının değiştirilmesi suçu ani suç olarak karşımıza çıkmaktadır.⁵³⁹ Çocuğun kaçırılması kesintisiz suç olması dolayısıyla alıkoyma ve yanında tutma fiilleri bakımından teşebbüs söz konusu olmayacaktır.⁵⁴⁰ Soybağının değiştirilmesi suçu kapsamında ise TCK madde 231/1 kapsamında teşebbüs mümkündür. Çocuğun kaçırılması suçu çocuğun bedeni hayatı yani maddi varlık

⁵³⁶ Bayraktar vd., VII. Cilt, a.g.e. s. 301.

⁵³⁷ Çakmut, a.g.e. s. 175.

⁵³⁸ Bayraktar vd., VII. Cilt, a.g.e. s. 305-306.

⁵³⁹ Çakmut, a.g.e. s. 176.

⁵⁴⁰ Tezcan, Erdem ve Önok, a.g.e. s. 1158.

unsurlarına yönelik olarak işlenirken, soybağının değiştirilmesi suçu çocuğun ana ve babası ile arasında kurulmuş olan soybağına yönelik olarak işlenmektedir.⁵⁴¹ İki suç bakımından da rıza suçun temel halini ortadan kaldırmayacaktır.⁵⁴² İki suç bakımından da iştirakin her türlü mümkündür ve her iki suç da seçimlik hareketlidir. Her iki suça da teşebbüs mümkündür. Çocuğun kaçırılması suçunda re'sen veya şikâyeteye tabi olarak takip edilen halleri bulunmakta iken soybağının değiştirilmesi suçu yalnızca re'sen takip edilir.⁵⁴³ Her iki suç tipi için öngörülen cezalar farklıdır.

6. Çocuğun Soybağını Değiştirme Suçu ve Resmî Belgede Sahtecilik Suçu (TCK m. 204) ve Özel Belgede Sahtecilik Suçu (TCK m. 207)

Türk Ceza Kanunu'nun 204. maddesinde düzenlenen *Resmî belgede sahtecilik* suçu şu şekildedir:

(1) *Bir resmî belgeyi sahte olarak düzenleyen, gerçek bir resmî belgeyi başkalarını aldatacak şekilde değiştiren veya sahte resmî belgeyi kullanan kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*

(2) *Görevi gereği düzenlemeye yetkili olduğu resmi bir belgeyi sahte olarak düzenleyen, gerçek bir belgeyi başkalarını aldatacak şekilde değiştiren, gerçeğe aykırı olarak belge düzenleyen veya sahte resmî belgeyi kullanan kamu görevlisi üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*

(3) *Resmî belgenin, kanun hükmü gereği sahteliği sabit oluncaya kadar geçerli olan belge niteliğinde olması halinde, verilecek ceza yarısı oranında artırılır.*

Belgede sahtecilik suçları 3. bölüm kamu güvenine karşı suçlar başlığı içinde düzenlenmiştir. Soybağını değiştirme suçu ise, topluma karşı suçlar içinde aile düzenine karşı suçlar 8. bölümde düzenlenmiştir. Belgede sahteciliği düzenleyen suçlar bakımından korunan hukuki değer kamu güvenidir.⁵⁴⁴ Belgede sahtecilik suçları belgenin üzerindeki hakla değil, onun delil niteliği taşımasıyla ilgilenir.⁵⁴⁵ Belgede sahtecilik suçları bakımından zararın fiili olarak meydana gelmiş olması gerekmez. Bu sebeple de soyut tehlike suçlarındandır. Kanun koyucu resmî belgeye yüklemiş olduğu ispat gücü nedeniyle özel belgede sahtecilik ve resmî belgede sahtecilik suçlarını

⁵⁴¹ Çakmut, a.g.e. s. 176.

⁵⁴² Tezcan, Erdem ve Önok, a.g.e. s. 1157.

⁵⁴³ Çakmut, a.g.e. s. 176.

⁵⁴⁴ Özbek, Doğan ve Bacaksız, a.g.e. s. 841.

⁵⁴⁵ Tezcan, Erdem ve Önok, a.g.e. s. 1054.

ayrı ayrı düzenlemiştir.⁵⁴⁶ Belgede yapılan sahtecilik ile hukuki bir etkinin meydana gelmesi, yani işlem sonucu hakkın doğması, değişmesi veya ortadan kalkması sonucunu meydana gelmelidir. Eğer sahtecilik faaliyeti yapılmamış olsaydı dahi ilgili sonuç doğacak idiyse sahtecilik faaliyeti cezalandırılmaz.⁵⁴⁷

Kamu görevlisinin yasal düzenlemelere uygun olarak kendi görevinin sonucu olarak düzenlemiş olduğu belgelere *resmî belge* denir.⁵⁴⁸ Bu suçun konusu resmî belge ve resmî belge hükmündeki belgelerdir. Resmî belge yazılı olmalı ve mecburi şekil şartlarını taşımalıdır.⁵⁴⁹ Ancak yazılı olması gereken belgenin illa fiziksel bir kâğıt olması aranmaz. Elektronik belge, plaka vb. gibi şekillerde de resmî belgenin karşımıza çıkması mümkündür.⁵⁵⁰ Ayrıca TCK madde 210'a göre vasiyetname de resmî belge hükmünde kabul edilmektedir.⁵⁵¹ Resmî belgenin öngörülen tüm şartları taşımış olması gerekir aksi halde belge özel belge kabul edilecektir.⁵⁵² 204/1'e resmî belgede sahtecilik yapan kimsenin kamu görevlisi olmaması hali düzenlenmiştir. Bu fıkra açısından suçun faili herkes olabilir. Failin kamu görevlisi olması durumunda kamu görevlisinin yetkisi olmayan bir belgeyi düzenlemesi bu fıkra kapsamında cezalandırılır.⁵⁵³ 204/2'de ise sahteciliği yapan kimsenin kamu görevlisi olması hali düzenlenmiştir. Bu madde delaletiyle gidilebilecek diğer madde TCK 210/2'dir. Bu maddeye göre:

Gerçeğe aykırı belge düzenleyen tabip, dış tabibi, eczacı, ebe, hemşire veya diğer sağlık mesleği grubu, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Düzenlenen belgenin kişiye haksız bir menfaat sağlaması ya da kanunun veya kişilerin zararına bir sonuç doğurucu nitelik taşıması halinde, resmî belgede sahtecilik hükümlerine göre cezaya hükmolunur.

Kamu görevine haiz sağlık görevlileri için *sağlık mesleği mensubunun gerçeğe aykırı belge düzenleme suçu* ayrıca düzenlenmiş ve sahte belgenin sağlık görevlisi tarafından düzenlenmesini daha az cezalandırmayı öngörmüştür. Burada düzenlenmiş olan belge şeklen geçerli bir belge iken

⁵⁴⁶ Bayraktar, Köksal vd., (2020), “Özel Ceza Hukuku”, On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, Cilt: IV s. 86.

⁵⁴⁷ Tezcan, Erdem ve Önok, a.g.e. s. 1058.

⁵⁴⁸ Tezcan, Erdem ve Önok, a.g.e. s. 1060.

⁵⁴⁹ Bayraktar vd., a.g.e. Cilt: IV, s. 90; Özbek, a.g.e. s. 829-834.

⁵⁵⁰ Özbek, Doğan ve Bacaksız, a.g.e. s. 830.

⁵⁵¹ Özbek, Doğan ve Bacaksız, a.g.e. s. 836.

⁵⁵² Yargıtay Ceza Genel Kurulu 29.09.2015 Tarih ve 412/286 sayılı karar. Ayrıca bkz. Özbek, Doğan ve Bacaksız, a.g.e. s. 838.

⁵⁵³ Bayraktar vd., a.g.e. Cilt: IV, s. 87.

içerik olarak gerçeği yansıtmamaktadır.⁵⁵⁴ Sağlık görevlisinin sahte olarak düzenleyebileceği belgelere sağlık raporları, reçeteler, epikriz raporu ve soybağının tespitini sağlamak amacıyla düzenlenen belgeler, ceza yargılamasında failin akıl sağlığının durumu hakkındaki tıbbi raporlar vb. de girecektir.⁵⁵⁵ Özellikle soybağının tespiti amacıyla düzenlenmiş olan belgede sahtecilik yapılmasıyla ceza hukuku bakımından garantör yükümlülükleri doğması, soybağına bağlı olarak alt üst soy bakımından ağırlaştırıcı ya da hafifletici nedenlerin uygulanması vb. gibi sonuçları değiştirebilecek güçte olması da bu suçun düzenlenmesindeki en büyük etkenlerdendir.⁵⁵⁶

Söz konusu belgenin aldatmaya elverişli olması gerekmektedir.⁵⁵⁷ Bu hükümde belirtilen kişiler aslında kamu görevlisi değildir. Ancak sağlık görevlilerinin düzenlemiş oldukları belgelerin önemine binaen, bu belgeler resmî belge hükmünde kabul edilmiş ve kanunkoyucu sağlık görevlilerini kamu görevlisi gibi kabul etmiştir. Suçun konusu resmi veya özel belge olabilecektir. TCK madde 210/2 ile maddi sahtecilik değil fikri sahtecilik cezalandırılmaktadır.⁵⁵⁸ Bu madde ile de kamu güveninin korunması amaçlanmış olup bağlı hareketli bir suçtur. Ancak sağlık görevlisi tarafından hazırlanan belgenin sonuç doğurucu nitelik kazanması halinde ise madde 204'e göre cezalandırılacağı belirtilmiştir. Bu açıklamalar sonucu sahte belgeyi düzenleyen kimsenin sağlık görevlisi olması halinin daha az cezayı gerektiren nitelikli hal olduğu söylenebilecektir. 204/3 kapsamında sahteliği sabit oluncaya kadar geçerli olan belge üzerinde yapılan sahtecilik nitelikli hal olarak kabul edilmiştir. Ayrıca sağlık görevlisi TCK madde 30/1 kapsamında belgenin içeriği hususunda hataya düşmüşse kast ortadan kalkacaktır.⁵⁵⁹ Bu madde bakımından somut olayın özelliklerine göre hukuka uygunluk sebepleri uygulanabilecektir. İspat bakımından ise, sağlık mesleği mensubunun düzenlemiş olduğu belgeler hatalı değerlendirme sonucunda mı, yanlış teşhis nedeniyle mi ya da bilerek mi gerçekleştirildiğini belirlemek güç

⁵⁵⁴ Bayraktar vd., a.g.e. Cilt: IV, s. 240.

⁵⁵⁵ Yüksel, Tülay, (2021), “Kamu Görevlisi Sağlık Mesleği Mensubu Tarafından İşlenen Resmî Belgede Sahtecilik Suçu”, 7. *Uluslararası Hukuk Sempozyumu Tam Metin Kitabı*, İstanbul Şehir Üniversitesi, ss.753-798, s. 759.

⁵⁵⁶ Yüksel, a.g.e. s. 760.

⁵⁵⁷ Yüksel, a.g.e. s.766; Özbek, Doğan ve Bacaksız, a.g.e. s. 846.

⁵⁵⁸ Bayraktar vd., a.g.e. Cilt: IV, s. 239.

⁵⁵⁹ Bayraktar vd., a.g.e. Cilt: IV, s. 243.

olacağından Yargıtay sahteliğin ispatı yönünden ayrıntılı araştırma yapılması gerektiğini öngörmektedir.⁵⁶⁰

TCK madde 205'e göre: “Gerçek bir resmî belgeyi bozan, yok eden veya gizleyen kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Suçun kamu görevlisi tarafından işlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır.” Bu madde kapsamında suç bozmak, yok etmek ve gizlemek seçimlik hareketlerinden oluşur. Bozmak fiilinde belgenin tamamen veya kısmi olarak bozulması arasında fark yoktur.⁵⁶¹ Yok etmede ise, belgenin ortadan kaldırılması gerekmektedir. Ancak belgenin tamamı bakımından veya kısmi olarak ortadan kaldırılmasında hukuki sonuç doğuracak kısmın yok edilmiş olması dikkate alınacaktır.⁵⁶² Gizlemede ise, belge yok edilmez yani fiziki varlığına son verilmez ancak belgenin varlığı inkâr edilir.⁵⁶³ Bu suça teşebbüs mümkündür. Kasten işlenebilen suçlardan olup somut olaya göre hukuka uygunluk sebeplerinin uygulanması mümkündür. Suçun nitelikli hali kanun maddesinde de belirtilmiş olduğu üzere suçun kamu görevlisi tarafından işlenmesidir.

Türk Ceza Kanunu'nun 207. maddesinde düzenlenen *Özel belgede sahtecilik* suçu şu şekildedir:

(1) Bir özel belgeyi sahte olarak düzenleyen veya gerçek bir özel belgeyi başkalarını aldatacak şekilde değiştiren ve kullana kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Bir sahte özel belgeyi bu özelliğini bilerek kullanan kişi de yukarıdaki fıkra hükmüne göre cezalandırılır.

İlk fıkra da sahte özel belgeyi yapan kişinin kullanması, ikinci fıkra da özel sahte belgenin sahte olduğunu bilen kişinin bu belgeyi kullanması olarak iki ayrı suç düzenlenmiştir.⁵⁶⁴ Özel belge TCK madde 210/1'e göre resmî belge niteliği taşımayan her türlü belgeyi içine alır. Özel belge, özel hukuka ilişkin anlaşmazlıkların çözümlenebilmesi için ispat aracıdır.⁵⁶⁵ Özel belge ile kanun koyucu çıkan ihtilafların çözüleceğine dair inancı korumaktadır.⁵⁶⁶ Kamu görevlilerin görevlerinden kaynaklı olmayan yani yetkileri dışındaki

⁵⁶⁰ Yüksel, a.g.e. s. 787.

⁵⁶¹ Bayraktar vd., a.g.e. Cilt: IV, s. 119; Özbek, Doğan ve Bacaksız, a.g.e. s. 856.

⁵⁶² Bayraktar vd., a.g.e. Cilt: IV, s. 120.

⁵⁶³ Bayraktar vd., a.g.e. Cilt: IV, s. 120.

⁵⁶⁴ Bayraktar vd., a.g.e. Cilt: IV, s. 146.

⁵⁶⁵ Bayraktar vd., a.g.e. Cilt: IV, s. 149.

⁵⁶⁶ Bayraktar vd., a.g.e. Cilt: IV, s. 149.

hususlarda düzenlemiş olduğu belgeler de özel belge sayılmaktadır.⁵⁶⁷ Bu durumda ilgili kamu görevlisi hakkında uygulanacak madde ise TCK madde 204/1 hükmü olacaktır.⁵⁶⁸ Ancak özel belgenin resmi bir kurum tarafından onaylanması halinde belge özel belge niteliğini kaybederek resmî belgeye dönüşebilecektir.⁵⁶⁹ Özel belgede sahtecilik suçunda sahte olarak düzenlenmiş olan belgenin suç olarak cezalandırılabilmesi için madde 204/1'e göre kullanılması gerekmektedir. Ancak resmî belgede sahtecilik faaliyetinde madde 204/2'ye göre kullanma aranmamış düzenleme cezalandırma için yeterli görülmüştür.

Özel belgede sahtecilik suçunun faili herkes olabilir. Suçun ihdas edilmesinin amacı kamu güveninin sağlanması olduğundan suçun mağduru kamudur.⁵⁷⁰ Suçun konusu da maddede açıkça düzenlenmiş olduğu üzere özel belgedir. Seçimlik hareketli suçlardan olup soyut tehlike suçudur.⁵⁷¹ İştirakin her türlü mümkündür. TCK madde 208'e göre: *“Gerçek bir özel belgeyi bozan, yok eden veya gizleyen kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”* Bu madde ile de özel belgenin haiz olduğu ispat gücüne duyulan güven korumak amaçlanmıştır. Özel belgede sahtecilik bozma, yok etme ve gizleme şeklindeki seçimlik hareketlerde oluşur. Suçun faili herkes olabilir ve mağduru kamudur.

Belgede sahtecilik suçları soybağının değiştirilmesi suçu ile karşılaştırılması dışında bağlantılı suçlar olması dolayısıyla da ayrıntılı ele alınması gereken suçlardır. Ayrıca Yargıtay'ın son dönemlerde bu içtihadından dönmüş olsa da eski dönemlerde vermiş olduğu birçok kararında da soybağının değiştirilmesi suçunun kimi zaman belgede sahtecilik suçları içinde ermesinden dolayı da özellikle incelenmesi gerektiği kanaatindeyiz. Soybağının değiştirilmesi veya gizlenmesi suçu, sahtecilik suçu yoluyla veya sahte bir belge ile işlenebileceği gibi sözlü beyana dayalı olarak nüfus kütüklerinde değişikliğe sebep olma şeklinde de işlenebilir.⁵⁷² Türk Medeni Kanunu madde 42'ye göre; *“Kişisel durumdaki değişiklikler, özellikle evlilik dışı bir çocuğun tanınması veya hakimin babalığa karar vermesi, soybağının*

⁵⁶⁷ Tezcan, Erdem ve Önok, a.g.e. s. 1064.

⁵⁶⁸ Tezcan, Erdem ve Önok, a.g.e. s. 1065.

⁵⁶⁹ Tezcan, Erdem ve Önok, a.g.e. s. 1064; Yargıtay Ceza Genel Kurulu 29.09.2015 Tarih ve 412/286 sayılı karar.

⁵⁷⁰ Bayraktar vd., a.g.e. Cilt: IV, s. 153.

⁵⁷¹ Bayraktar vd., a.g.e. Cilt: IV, s. 179.

⁵⁷² Meran, Necati, (2013), “Çocuğun Soybağını Değiştirme ve Resmî Belgede Sahtecilik Suçunun Ayırıştırılması” *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt: 8, Sayı: 85, ss. 48-53, s. 48.

düzeltilmesi, evlat edinme ya da bulunmuş bir çocuğun soybağının belli olması ilgili kanun hükümlerine göre kütüğe işlenir.” denilmekte olup soybağının belirlenmesi amacıyla yapılman nüfus kütüğüne kayıt işlemleri üzerinde de soybağının değiştirilmesi amacıyla yapılan değiştirme ve gizleme fiilleriyle sahtecilik suçunun birlikte işlenmesi mümkün olacaktır.⁵⁷³

Resmî belgede sahtecilik suçu da soybağının değiştirilmesi suçu gibi seçimlik hareketli bir suçtur. Resmî belgede sahtecilik suçundaki seçimlik hareketler; sahte olarak belge düzenlemek, başkalarını aldatacak biçimde belgeyi değiştirmek, bu belgeyi kullanmak ve gerçeğe aykırı belge düzenlemektir. Madde 205'te düzenlenmiş olan seçimlik hareketler ise; bozma, yok etme ve gizlemedir. Gizleme fiili yalnızca resmî belge üzerinde işlenebilecek olup sahte olarak düzenlenmiş belgeler bu fiil ile işlenecek suçun konusunu oluşturmayacaktır.⁵⁷⁴ Resmî belgede sahtecilik suçunda suçun kamu görevlisi tarafından işlenmesi bir nitelikli hal olarak düzenlenmişken soybağının değiştirilmesi suçundan fail bakımından herhangi bir nitelikli hal düzenlenmesine gidilmemiştir. Özel belgede sahtecilik suçunda da suçun faili herkes olabilir. Ayrıca burada incelenmesi gereken bir ihtimal de; soybağının değiştirilmesi suçunun, resmî belge üzerinde hukuka aykırı değişiklikler yapılarak işlenmesi ve bunu yapan kişinin sağlık görevlisi olması durumunda uygulama nasıl olacaktır? Burada kanaatimizce TCK madde 210/2 kapsamında sağlık görevlisi kamu görevlisi sayılacak ve doldurmuş olduğu belgede önemine binaen resmî belge sayılacaktır. Doldurulan belge soybağı anlamında hukuki bir sonuç da doğurmuş olacağından sağlık görevlisi madde 210/2 yönlendirmesiyle madde 204/2'e göre cezalandırılacaktır.

Hakimin hükmü dolayısıyla çocuk ile baba arasında soybağı kurulması ve babalığa karar verilmiş olan çocuğun nüfus kütüğüne başka biri olarak kaydının yapılması, soybağının düzeltilmesi vb. gibi durumlarda buna göre oluşturulacak olan nüfus kütüğü ve nüfus cüzdanı ile soybağının değiştirilmesi suçu işlenmiş olacak ve bu suçun işlenmesi için sahte bir belge kullanılmışsa TCK madde 212 maddesinde yer alan özel içtima hükmü gereği cezalandırılacaktır.⁵⁷⁵ Ancak sahte belge kullanılmadan soybağının değiştirilmesi suçu işlenmişse TCK madde 44 kapsamında farklı neviden fikri içtima hükmü uygulanması mümkün olacak ve TCK madde 204 resmi belgede sahtecilik suçu TCK madde 231 soybağının değiştirilmesi suçuna göre daha ağır ceza öngörmüş olması dolayısıyla TCK madde 204 kapsamında failin

⁵⁷³ Meran, a.g.e. s. 49.

⁵⁷⁴ Tezcan, Erdem ve Önok, a.g.e. s. 1071.

⁵⁷⁵ Meran, a.g.e. s. 49.

cezalandırılması söz konusu olacaktır.⁵⁷⁶ Ayrıca sağlık görevlisi bir fiil ile birden fazla farklı suç işlemiş olacağından içtimaa ilişkin de değerlendirme yapmak gerekecektir. TCK madde 212 kapsamında soybağının değiştirilmesi suçunun işlenmesi sırasında hastanede doldurulması gereken doğum belgesi vb. gibi resmî belge sayılacak herhangi bir belge üzerinde sağlık görevlisinin gerçeğe aykırı hareket etmesi söz konusu olacaktır. Bir fiil ile birden fazla suçun oluşmasına sebebiyet verilmiş olmasına rağmen 212. maddedeki açık hüküm gereği içtima hükümleri uygulanamayacak sağlık görevlisi her iki suçtan dolayı ayrı ayrı cezalandırılacaktır.⁵⁷⁷

Soybağının değiştirilmesi açısından bir başka resmî belgede sahtecilik suçu da nüfus memuru tarafından yapılmış halidir. Nüfus Hizmetleri Kanunu madde 15 kapsamında resmi bir sağlık merkezinde doğan çocuğun failin kendi çocuğuymuş gibi sahte bir belge oluşturulmasını isteyip memurun ya da sağlık görevlisinin bu isteğe uyup bu belgeyi düzenlediği takdirde belgeyi düzenleyen sağlık görevlisi ya da memurun fail, belgenin düzenlenmesini isteyen kişinin ise azmettiren olacağı açıktır.⁵⁷⁸ Bahsedilen sahte belgenin nüfus memuruna soybağının kaydedilmesi için dayanak olarak sunulması halinde TCK madde 231 ve madde 212 yönlendirmesi ile madde 204 suçları söz konusu olacak olup sahte olarak düzenlenmiş olan resmi belgenin soybağının değiştirilmesi suçunu işlerken kullanılmış olması suç eylemidir.⁵⁷⁹ Sağlık görevlisinin failin beyanının gerçek olduğu düşüncesiyle doğum tutanağı düzenlemesi ve bu belgeyi dayanak olarak alan nüfus memurunun nüfus kütüğüne kayıt yapması halinde failin; soybağını değiştirmeye neden olan ilk belge nedeniyle TCK madde 206 ve bu belgenin nüfus memuruyla verilmesi nedeniyle TCK madde 231 kapsamında cezalandırılması gerekir.⁵⁸⁰

Doğum tutanağı olmadan failin beyanına göre soybağının kütüğe işlenmesi halinde beyanın gerçek olduğu inancıyla işlemi yapan memurun bilgisi olmaması ve dolayısıyla kast unsurunun olmadığından resmi belgede sahtecilik suçunu işleyemeyeceği açıktır.⁵⁸¹ Nüfus memuru failin gerçeğe aykırı beyanda bulunması üzerine, önce doğum tutanağı düzenlenmesini sağlamış olduğu için dolaylı fail olarak resmî belgede sahtecilik suçu işlemiş

⁵⁷⁶ Meran, a.g.e. s. 49.

⁵⁷⁷ Aynı yönde görüş için bkz. Bayraktar vd., VII. Cilt, a.g.e. s. 239.

⁵⁷⁸ Meran, a.g.e. s. 50.

⁵⁷⁹ Meran, a.g.e. s. 50.

⁵⁸⁰ Meran, a.g.e. s. 50.

⁵⁸¹ Meran, a.g.e. s. 50.

olacaktır.⁵⁸² Sonrasında sahte doğum tutanağı nüfus tescili amacıyla kullanılacağı için dolaylı fail olan nüfus memuru doğrudan fail olarak ikinci bir resmî belgede sahtecilik suçunu ve aynı fiil ile ayrıca soybağının değiştirilmesi suçunu işlemiş olacaktır.⁵⁸³ Burada iki resmi belgede sahtecilik suçu bakımından mağdurun aynı olması ve birden fazla kez işlenmesi göz önüne alındığında zincirleme suç hükümleri uygulanacak olup, aynı zamanda tek fiil ile soybağının değiştirilmesi suçunun da işlenmiş olması sebebiyle TCK madde 212 özel hükmü uygulanarak hem soybağının değiştirilmesi suçu hem de resmi belgede sahtecilik suçundan fail nüfus memuru ayrı ayrı gerçek içtima hükümleri doğrultusunda cezalandırılacaktır.⁵⁸⁴ Doğum tutanağı düzenlenmesi ve bu belgenin soybağını değiştirmede kullanılması halinde ortada tek bir belge olduğundan bahisle hukuki anlamda tek bir fiil olduğu ve bu sebeple tek suçun varlığı kabul edilse dahi, Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun aksine tek fiil ile hem soybağının değiştirilmesi hem de resmi belgede sahtecilik suçunun işlenmiş olacağı açık olduğundan TCK madde 44 kapsamında farklı neviden fikri içtima hükümlerinin uygulanması gerekecektir.⁵⁸⁵

Sahte belge olmadığı halde aynı bölümde yer alan diğer suçlar bakımından TCK madde 212 uygulanmaz. TCK madde 42 kapsamında ceza verilmesi mümkün olmayacak olup, TCK madde 212'nin burada uygulanmama sebebi, sahte belgenin başka bir suçun işlenmesi esnasında kullanılmasının haksız menfaat sağlama, kamu veya kişi zararına yol açmasının nitelikli unsur olarak görülmediği sahtecilik suçları bakımından geçerli olması dolayısıyladır.⁵⁸⁶ TCK madde 210/2'deki sahte belgenin başka bir suçun işlenmesi esnasında kullanılmasının haksız menfaat sağlama, kamu veya kişi zararına yol açmasının nitelikli unsur olarak kabul edilmesinden sonra başka bir suçtan ayrıca ceza verilmesi '*non bis idem*' kuralına aykırı olacaktır.⁵⁸⁷ Ancak bu madde kapsamında TCK madde 44 farklı neviden fikri içtima kuralının uygulanması mümkün olabilecek ve daha ağır olan suçtan dolayı ceza verilecektir..⁵⁸⁸ Bu görüşün sonucu olarak sağlık görevlisinin tek

⁵⁸² Genç, a.g.e. s. 196.

⁵⁸³ Genç, a.g.e. s. 196.

⁵⁸⁴ Genç, a.g.e. s. 197.

⁵⁸⁵ Genç, a.g.e. s.197; Yargıtay Ceza Genel Kurulu 2015/412 Esas, 2015/286 Karar ve 29.09.2015 Tarih sayılı kararı.

⁵⁸⁶ Bayraktar vd., a.g.e. s. 248.

⁵⁸⁷ Bayraktar vd., a.g.e. s. 248.

⁵⁸⁸ Bayraktar vd., a.g.e. s. 249.

fiil ile hem madde 210/2 göndermesiyle madde 204'ü hem de madde 231'i aynı anda işlemesi sonucu farklı neviden fikri içtima hükümleri uygulanacak ve fail daha ağır yaptırım içeren TCK madde 204'e göre cezalandırılacaktır.⁵⁸⁹

TCK madde 211 kapsamında bir *“hukuksal ilişkiye dayalı alacağın ispatı veya gerçek bir durumun belgelenmesi amacıyla işlenmesi”* hali suçun daha az ceza alınmasını gerektiren nitelikli hal olarak düzenlenmişken soybağının değiştirilmesi suçunda buna benzer bir nitelikli hal düzenlemesi yoktur. Resmî belgede sahtecilik suçunda da soybağının değiştirilmesi suçunda olduğu gibi teşebbüs mümkündür. Özel belgede sahtecilik suçunda ise düzenleme ile birlikte kullanma da aranmış olduğu için sadece düzenleme söz konusu ise teşebbüsten bahsedilemeyecektir. Ancak kullanmaya yönelik hareketler varsa teşebbüsten söz edilebilecektir. İçtima hükümleri bakımından resmî belge kullanılarak ayrıca bir suç işlenmişse bu suçların ayrı ayrı cezalandırılması gerekmektedir.⁵⁹⁰ Resmî ve özel belgede sahtecilik suçları bakımından zincirleme suç hükümlerinin de uygulanması mümkündür. Soybağının değiştirilmesi suçunda da somut olayın özelliklerine göre zincirleme suç hükümleri uygulanması mümkündür.

Özel belgede sahtecilik suçu bakımından ise, TCK madde 212'ye göre; *“Sahte resmî veya özel belgenin bir başka suçun işlenmesi sırasında kullanılması halinde, hem sahtecilik hem de ilgili suçtan dolayı ayrı ayrı cezaya hükmolunur.”* denilerek içtima hükümlerinin uygulanmasına istisna getirilmiştir. İştirak bakımından ise, resmî belgede sahtecilik suçu TCK madde 204/2 kapsamında kamu görevlisi olmayan bir kimse kamu görevlisinin işlemiş olduğu suçta iştirak ederse kamu görevlisi olmayan kişiler de kamu görevlisi olarak cezalandırılır. Soybağının değiştirilmesi suçunda iştirakın her türlü mümkün olup resmî belgede sahtecilikte olduğu gibi özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Özel belgede sahtecilik suçunda ise düzenleme veya kullanma aşamasına göre iştirakın olup olmadığı madde 207 kapsamında değerlendirilecektir. Azmettirme ve yardım etme şeklinde iştirak da bu suç kapsamında mümkündür. Resmî belgede yapılan sahtecilik ile soybağının değiştirilmesi suçunun işlenmesinde teşebbüsü değerlendirmek gerekirse; bir kimse hastanede dünyaya gelen çocuk için kendisi ya da başkasına ait olduğuna yönelik düzenletmiş olduğu doğum belgesini nüfus memuruna sunmamışsa ya da sunmuş olduğu halde nüfus memuru bu belgeyi kayıtlara geçirmeden durumun fark edilmesi halinde suç teşebbüs aşamasında

⁵⁸⁹ Bayraktar vd., a.g.e. s. 252.

⁵⁹⁰ Tezcan, Erdem ve Önok, a.g.e. s. 1074.

kalmış olacaktır.⁵⁹¹ Nüfus kütüğüne kayıt işleminin gerçekleşmesi halinde suç tamamlanmış olur. Bundan sonraki süreçte cüzdanını düzenlenmemiş olması suçun teşebbüs halinde kaldığı anlamına gelmez.⁵⁹²

7. Çocuğun Soybağını Değiştirme Suçu ve Resmî Belgenin Düzenlenmesinde Yalan Beyan Suçu (TCK m. 206)

Türk Ceza Kanunu'nun 206. maddesinde düzenlenen *Resmî belgenin düzenlenmesinde yalan beyan* suçu şu şekildedir:

“(1) Bir resmî belgeyi düzenlemek yetkisine sahip olan kamu görevlisine yalan beyanda bulunan kişi, üç aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır.”

Bu suç topluma karşı suçlar başlığı altında kamu güvenine karşı suçlar bölümünde düzenlenmiştir. Soybağını değiştirme suçu ise topluma karşı suçlar içinde aile düzenine karşı suçlar 8. bölümde düzenlenmiştir. Her iki suç bakımından fail herkes olabilir. Yalan beyan suçunda konu failin gerçeğe aykırı beyanda bulunarak resmî belgeyi bu yanlış bilgi doğrultusunda kamu görevlisine doldurtmasıdır. Yani suçun konusu gerçeğe uygun şekilde beyan edilmesi gereken bilgilerdir.⁵⁹³ Kamu görevlisine yapılan yalan beyan sözlü veya yazılı olabileceği gibi açık veya zımni şekilde de yapılabilir.⁵⁹⁴ Yalan beyanın mutlaka resmî belgenin düzenlendiği esnada yapılmış olması, beyanın kamu görevlisine yapılmış olması ve kamu görevlisinin ilgili belgeyi düzenlemeye yetkili olması ve failin yalan beyanının resmi belgeye aktarılmış olması gerekir.⁵⁹⁵ Yalan beyan suçu iftira ve yalan tanıklık suçları bakımından genel norm niteliğindedir.⁵⁹⁶ Resmî belge aksi ispat edilene kadar geçerli sayılan belgelerdendir. Bu sebeple kamu güveninin zedelenmemesi için gereceğe aykırı beyanların cezalandırılması yoluna gidilmiştir. Bu suç ile soybağının değiştirilmesi suçu arasında somut bir bağlantı bulunmamakla beraber çocuğun soybağını değiştirme kamu görevlisine gereceğe aykırı beyanda bulunarak işlenebilir.⁵⁹⁷ Ancak soybağını değiştirme suçunu kamu görevlisine yalan söyleme fiili ile işlemek soybağının değiştirilmesi suçunun

⁵⁹¹ Meran, a.g.e. s. 53.

⁵⁹² Meran, a.g.e. s. 53.

⁵⁹³ Bayraktar vd., a.g.e. s. 129; Özbek, Doğan ve Bacaksız, a.g.e. s. 860.

⁵⁹⁴ Bayraktar vd., a.g.e. s. 132.

⁵⁹⁵ Tezcan, Erdem ve Önok, a.g.e. s. 1081; Bayraktar vd., a.g.e. s. 137.

⁵⁹⁶ Özbek, Doğan ve Bacaksız, a.g.e. s. 861.

⁵⁹⁷ Çakmut, a.g.e. s. 179.

şartları arasında değildir ve bundan farklı şekillerde de soybağının değiştirilmesi suçu işlenebilir.⁵⁹⁸

Resmî belgenin düzenlenmesinde yalan beyan suçu açısından korunan hukuki değer kamu güvenidir.⁵⁹⁹ Soybağının değiştirilmesi suçunda korunan hukuki değer ise aile ve kamu düzenidir. Resmî belgenin düzenlenmesinde yalan beyan suçu yalnızca yalan beyanda bulunmak suretiyle işlenebileceğinden bağıli hareketli bir suçtur.⁶⁰⁰ Ancak soybağının değiştirilmesi suçu değiştirime veya gizleme hareketleriyle işlenebilen serbest hareketli bir suçtur. Resmî belgenin düzenlenmesinde yalan beyan suçu yalnızca kasten işlenebilirken soybağının değiştirilmesi suçu hem kasten hem de taksirle işlenebilir. Resmî belgenin düzenlenmesinde yalan beyan suçunda suçun faili gerçeğe uygun beyanda bulunması gereken kişi olması dolayısıyla bu suç özgü suçlardandır.⁶⁰¹ Ancak soybağının değiştirilmesi suçunda herhangi bir özgü suç hali bulunmamaktadır. Fakat TCK madde 231/2 kapsamında sağlık görevlisi suçun faili olma bakımından özellik arz eder bu yüzden özgü suçtur diyen görüşler de bulunmaktadır.

Herhangi bir belgeye dayanmadan nüfus memuruna yalan beyan yoluyla failin soybağının değiştirilmesi suçuna sebebiyet verdiği halde memurun bilgisi olmadığı için kastı da olmayacaktır ve memur bakımından resmî belgede sahtecilik suçunun ve soybağının değiştirilmesi suçunun işlenemeyeceği açıktır. Ancak yalan beyanda failine neye göre cezalandırılması gerekecektir? Bu halde TCK madde 204 resmî belgenin düzenlenmesinde yalan beyan suçunun oluşmayacağını savunan görüşe göre; memurun beyan gerçek olduğu düşüncesiyle işlem yaptığı ve kastının olmadığı, failin yalnızca beyan ile bu belgeyi düzenlemiş gibi bir değer atfedilmesini ve memurun düzenlemiş olduğu belgeden failin belgeyi düzenlemiş gibi sorumlu tutulması anlamına gelecek olup TCK madde 204'ün torba bir madde haline gelmesine ve diğer bütün maddelerin yok sayılmasına sebep olabilecektir.⁶⁰² Bu bağlamda sahte belgenin düzenlenmesini isteyen kişi azmettirici, sahte resmi belgeyi bilerek düzenleyen ise fail olmalıdır.⁶⁰³ Belge olmadan nüfus memuruna yapılacak gerçeğe aykırı beyan ile nüfus

⁵⁹⁸ Çakmut, a.g.e. s. 179.

⁵⁹⁹ Özbek, Doğan ve Bacaksız, a.g.e. s. 860.

⁶⁰⁰ Bayraktar, a.g.e. s. 134.

⁶⁰¹ Bayraktar, a.g.e. s. 128.

⁶⁰² Meran, a.g.e. s. 50.

⁶⁰³ Meran, a.g.e. s. 51.

kütüğüne kayıt yapılması halinde içtima kuralı gereği özel düzenleme olan Nüfus Hizmetleri Kanunu madde 67/1 uygulanarak fail cezalandırılmalıdır. Bu maddeye göre; “herhangi bir işlem sebebiyle nüfus müdürlüğüne gerçek dışı beyanda bulunanlar”ın cezası 6 aydan 4 yıla kadar hapis olup, soybağının değiştirilmesine neden olunması halinde alt sınırın TCK madde 231 kapsamından 1 yıldan az olmaması ve üst sınırın da NHK madde 67/1’e göre 4 yıl olarak değerlendirilip cezalandırılması gerekmektedir.⁶⁰⁴ Gerçeğe aykırı beyanda bulunarak soybağının değiştirilmesi suçunun işlenmesi durumunda bir fiil ile birden fazla farklı suça sebep olma halinden içtima hükümleri uygulanabilecektir. Ancak kanun koyucu bu hususta değişikliğe gitmiştir. TCK md. 212’de; “Sahte resmi veya özel belgenin bir başka suçun işlenmesi sırasında kullanılması halinde hem sahtecilik hem de ilgili suçtan dolayı ayrı ayrı cezaya hükmolunur.” diyerek burada içtima hükümlerinin uygulanmasını engellemiş ve her fiilden ayrı ayrı ceza verilmesini öngörmüştür. Kamu düzeni ve kamu güvenliğini ilgilendiren bu iki suçun ayrı ayrı cezalandırılması hem caydırıcılık hem de korumuş olduğu değerler bakımından önemi olduğundan söz konusu madde düzenlemesi yerinde olmuştur. Resmî belgenin düzenlenmesinde yalan beyan suçu yalnızca kasten işlenebilirken, soybağının değiştirilmesi suçu hem kasten hem de taksirle işlenmektedir.⁶⁰⁵ Her iki suç için öngörülen cezalar farklıdır. Örneğin suçun nüfus siciline kaydedilmiş olan çocuk üzerinde işlenmesi halinde doğum ile birlikte kurulan soybağı kayıt ile birlikte resmiyet kazanacağından sonradan yapılacak değiştirme soybağının değiştirilmesi suçuna vücut vermez. Şartları varsa TCK md. 204 kapsamında resmî belgede sahtecilik suçu oluşacaktır. Başka bir örnek vermek gerekirse; doğan çocuğun farklı ana babanın nüfusuna kaydedilmeyip; kız iken erkek veya erkek iken kız olarak nüfus siciline kaydedilmesi durumunda ise, ana ve baba bakımından bir değişiklik olmadığından soybağının değiştirilmesi suçu oluşmayacaktır.⁶⁰⁶

“İlk derece mahkemesince sanık hakkında çocuğun soybağını değiştirme veya gizleme suçundan sanığın yapılan yargılama sonucunda eyleminin resmî belgede sahtecilik suçundan verilen mahkûmiyet hükmünü Yargıtay’ca incelenip gereği düşünüldü:

Sanığın, gayri resmi birlikte yaşadığı A’dan olan çocuğu G’yi resmi nikahlı eşi sanık S ile olan müşterek evliliklerinden olma gibi 14.12.2005 tarihli Mernis Doğum Formunu düzenleyerek nüfusa kayıt ettirdiğinin iddia ve kabul olunması karşısında sanığın eyleminin TCK 231. maddesinde özel

⁶⁰⁴ Meran, a.g.e. s. 51.

⁶⁰⁵ Çakmut, a.g.e. s. 180.

⁶⁰⁶ Çakmut, a.g.e. s. 206.

olarak düzenlenen suç oluşturduğu gözetilmeden suç vasfında yanılığa düşülerek yazılı şekilde TCK madde 204/1 maddesinde düzenlenen resmî belgede sahtecilik suçundan mahkûmiyet hükmü kurulması,

Kabule göre de;

Sanığın beyanı üzerine nüfus memuru tarafından Mernis tutanağının düzenlenip aynı gün nüfus kütüğüne kayıt edilmesi eyleminde zincirleme suç hükümlerinin uygulanamayacağı gözetilmeden, eylemin zincirleme şekilde gerçekleştiğinin kabulü ile yazılı şekilde fazla ceza tayini, kanuna aykırı, sanığın temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden bozulmasına... ”⁶⁰⁷

Bölge Adliye Mahkemesi’nce temyiz yolu açık olarak verilmiş bu kararı ayrıca irdelemek gerekmektedir. Yargıtay 11. Ceza Dairesi 2013/21033 Esas, 2015/29999 Karar ve 22.10.2015 Tarih sayılı kararında da gerçeğe aykırı olarak düzenletmiş oldukları yaş tespit formu ile başkasına ait çocuğun sadece beyan üzerine kendi çocuğuymuş gibi kaydettiren failin TCK madde 231 ve madde 212’yi aynı anda işlemiş olması halinde hem sahtecilik hem de ilgili suçtan dolayı ayrı ayrı cezalandırılması gerektiği belirtilmişken; Bölge Adliye Mahkemesi kararında belirtilmiş olan gerekçede, yalnızca Babalık Karinesi’ne dayanılarak beraat kararı verilmesi unsurları oluşmuş suçun yok sayılması anlamına gelecek olup her ne kadar annenin, babanın kim olduğunu açıklama zorunluluğu olmasa ve evlilik içinde doğan çocuk ile koca arasında karineye dayalı olarak soybağı kurulsa da soybağının kamu ve aile düzenini ilgilendirmesi nedeniyle ananın, çocuğunu babadan başkası yani kocası ile soybağı kurulmasına sessiz kalarak ve çocuk kocaya aitmiş gibi davranarak TCK madde 231/1 kapsamında gizleme fiili ile soybağının değiştirilmesi suçunu işlediğinin kabulü gerekir.

Çoğu yabancı ülkede ve ülkemizde evlilik dışı doğum yapan kadının babayı bildirme zorunluluğu bulunmamaktadır. Ancak çocuğu doğuran kadın, babayı farklı biri olarak bildirirse bu durumda TCK md. 231 kapsamında soybağının değiştirilmesi suçu meydana gelecektir. Tanıma, babalık hükmü yoluyla çocuk ile arasında soybağı kurulan babanın bunu nüfus memuruna bildirmesi ve memurun bunu kaydetmesi gerekir. Memur bu bildirim sonucu tespit niteliğinde olan bu kaydı yapmazsa soybağının değiştirilmesi suçu değil TCK md. 257 kapsamında görevi kötüye kullanma suçu oluşacaktır.⁶⁰⁸ Baba

⁶⁰⁷ Yargıtay 14. Ceza Dairesi 2011/9533 Esas, 2013/1775 Karar ve 25.02.2013 Tarih sayılı kararı

⁶⁰⁸ Çakmut, a.g.e. s. 210.

çocuğu vasiyetname ile tanımış ancak vasiyetnameyi açanlar bu bilgiyi gizlemişse soybağının değiştirilmesi suçu gizleme yoluyla işlenmiş olur.⁶⁰⁹

8. Çocuğun Soybağını Değiştirme Suçu ve Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK m. 257)

Türk Ceza Kanunu'nun 257. maddesinde düzenlenen *Görevi kötüye kullanma* suçu şu şekildedir:

(1) *Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında, görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir menfaat sağlayan kamu görevlisi altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*

(2) *Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan kişiler dışında, görevinin gereklerini yapmaktan ihmal veya gecikme göstererek, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir menfaat sağlayan kamu görevlisi, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*

Görevi kötüye kullanma suçu ile soybağının değiştirilmesi suçunun karşılaştırılmaktan ziyade bağlantılı suç olması nedeniyle ele alınması gerekmektedir. Görevi kötüye kullanma suçu 4. Kitap 1. Bölüm *Kamu İdaresinin Güvenirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar* bölümünde düzenlenmiştir. Bu suç kapsamında korunan hukuki değer kamusal görevi icra eden kimseler üzerinde disiplin kurarak, idarenin tarafsız, dürüst ve düzen içinde işlemesini sağlamaktır.⁶¹⁰ Bu suç kanunda da açıkça belirtilmiş olduğu üzere yalnızca kamu görevlisi tarafından işlenebilen özgü suçtur. Mağdur kamudur. Bu suçtan kaynaklanan fiiller nedeniyle zarar görmüş bir kimse varsa bu kişi mağdur değil suçtan zarar görendir. İcrai ve ihmali hareketle işlenmesi mümkündür. Seçimlik hareketli bir suçtur. Fiillerin suç teşkil edebilmesi için fiilin kamu görevlisinin görev alanı içine girmiş olması gerekir. Görevi kötüye kullanma suçunun oluşabilmesi için kişilerin mağduriyetine neden olma veya kamunun zararına neden olma veya kişilere haksız bir yarar sağlama gibi neticeler meydana gelmelidir. Bu neticelerin meydana gelmesine suç bağlamış olduğu için görevi kötüye kullanma suçu bir zarar suçudur. Bu neticelerin meydana gelmemesi halinde suça teşebbüs gündeme gelmiş olacaktır.⁶¹¹ Görevi kötüye kullanma kapsamında örneğin doğan çocuğunu nüfus siciline kaydetmesi için görevli memura başvuran

⁶⁰⁹ Çakmut, a.g.e. s. 210.

⁶¹⁰ Tezcan, Erdem ve Önok, a.g.e. s. 1242.

⁶¹¹ Tezcan, Erdem ve Önok, a.g.e. s. 1261.

kimsenin beyanının sicile hiç kaydedilmemesi veya bilerek yanlış kaydedilmesi, vasiyetnameyi açmaya yetkili olan kamu görevlisinin vasiyetnamede yapılan tanıma beyanı ile baba ve çocuk arasında kurulacak olan soybağını gizlemesi, mahkemede hakimın hükmüyle soybağının kurulması gerekirken hakimın bu hususu duruşma tutanağına geçirmemesi vb. durumlarda görevi kötüye kullanma suçu ve soybağının değiştirilmesi suçu tek bir fiil ile birden fazla suçun oluşmasına sebebiyet verecek şekilde işlenmiş olacaktır.

9. Çocuğun Soybağını Değiştirme Suçu ve Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmeme Suçu (TCK m. 280)

Türk Ceza Kanunu'nun 280. maddesinde düzenlenen *Sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmeme* suçu şu şekildedir:

(1) Görevini yaptığı sırada bir suçun işlendiği yönünde bir belirti ile karşılaşmasına rağmen, durumu yetkili makamlara bildirmeyen veya bir hususta gecikme gösteren sağlık mesleği mensubu, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Sağlık mesleği mensubu deyiminden, tabip dış tabibi, eczacı, ebe, hemşire ve sağlık hizmeti veren diğer kişiler anlaşılır.

Sağlık mensuplarının suçu bildirmeme suçu ile soybağının değiştirilmesi suçunun karşılaştırılmaktan ziyade bağlantılı suç olması nedeniyle ele alınması gerekmektedir. Bu suç 4. Kitap, 2. Bölüm *Adliye Karşı Suçlar* bölümünde düzenlenmiştir. Bu suçun faili yalnızca sağlık görevlisi olabilir. Bu sebeple de özgü suçtur. Bu suç ile hastanın özel hayatı ve kamu yararı arasında kamu yararı ve bozulan düzenin yeniden sağlanması hususu üstün tutulmuş ve işlenen suçların sağlık görevlileri tarafından yetkili makamlara bildirilmesi amaçlanmıştır.⁶¹² Bu suç kasten veya olası işlenebilen bir suç olup taksirli hali kanunda düzenlenmemiş olduğundan taksirli hali cezalandırılmayacaktır.⁶¹³ Sağlık mesleği mensubunun sır saklama yükümlülüğü her ne kadar bir hukuka uygunluk nedeni olsa da kanun koyucunun kamu barışının sağlanmasına öncelik tanınmasından dolayı bu sebep de bir hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilemeyecektir.⁶¹⁴ Ancak diğer hukuka uygunluk sebepleri yine somut olaya uygun olarak bu suçta uygulanabilecektir.

⁶¹² Tezcan, Erdem ve Önok, a.g.e. s. 1425.

⁶¹³ Tezcan, Erdem ve Önok, a.g.e. s. 1430.

⁶¹⁴ Tezcan, Erdem ve Önok, a.g.e. s. 1430.

Ani suç olması ve sağlık görevlisinin kendisine tanınan bildirimde bulunma olanağını kullanmamış olması ile suç tamamlanacağından teşebbüs mümkün değildir.⁶¹⁵ İçtima hükümleri bu suça uygulanabilecektir. Ancak iştirak bakımından her fail bildirim hususunda ayrı ayrı sorumludur. Özgü suç olması dolayısıyla yalnızca azmettirme ve yardım etme yoluyla bu suça iştirak edilebilecektir. Soybağının değiştirilmesi suçu bakımından bu suçun işleniş şekillerine örnek olarak; sağlık kuruluşunda dünyaya gelen bir bebeğin başka bir bebekle değiştirildiğine şahit olan, gerçeğe aykırı doğum tutanağı düzenlediğini bildiği meslektaşını ihbar etmeyen, yardımcı üreme teknikleri yoluyla embriyo meydana getirilmesi aşamasında yasak olmasına rağmen heterolog döllenme yöntemiyle embriyonun meydana getirilmiş olduğuna tanıklık edip bunu ilgili makamlara bildirmeyen, eşler kendi üreme hücrelerinin kullanıldığını zannederken yardımcı üreme tekniğini uygulayan doktorun kendi üreme hücrelerini kullanarak tedavi ettiğini gören sağlık çalışanının bunu bildirmemesi vb. gibi durumlarda bu suçun işlenmiş olacağı kabul edilmelidir.

10. Çocuğun Soybağını Değiştirme Suçu Hakkında Değerlendirme

Çocuğun soybağını değiştirme suçu, aile düzenini korumak amacıyla hukuk düzenimize getirilmiş, kendine özgü bir suçtur. Çocuğun soybağını değiştirme suçu pek çok suç ile bağlantılıdır. Meydana gelen soybağını değiştirme veya gizleme fiilleri ile başka şekillerde yansıtılması amacına ulaşmak için fail çok farklı yöntemlere başvurabilir. Örneğin memura-sağlık görevlisine yalan beyanla, sağlık kurumunda çocuğu başka bir çocukla değiştirerek, resmi belgede sahteciliğe sebebiyet vererek vb. yöntemlerle bu suçun işlenmesi mümkün olabilir. Açıklanmış olan örneklerin her birinin soybağını değiştirme sonucuna faili ulaştırdığı aynı zamanda da başka suçları oluşturduğu açıktır. Çocuğun soybağının değiştirilmesi suçu bazen tek başına işlenebilirken çoğu zaman ise, başka suçlarla birlikte işlenebilir. Fiilin hem soybağının değiştirilmesi suçunu hem de farklı bir suçu oluşturduğu hallerde her suç için nasıl değerlendirme yapılacağı yukarıda ayrı ayrı açıklanmıştır. Burada özellikle dikkat çekmek istediğimiz husus TCK madde 212 özel içtima kuralı gereği soybağının değiştirilmesi suçunun sahte resmi veya özel belgenin kullanılması halinde içtima mümkün olmayacak ve fail her iki suçtan da ayrı ayrı cezalandırılacaktır. Ancak diğer suçlarda fikri içtima hükümlerinin uygulanmasında bir engel yoktur.

⁶¹⁵ Tezcan, Erdem ve Önok, a.g.e. s. 1431.

Soybağının değiştirilmesi suçu birçok suç ile bağlantılı olmakla birlikte en çok iç içe olduğu suç resmi belgede sahtecilik suçudur. Gerçekte meydana gelen soybağının hukuksal dünyaya aktarılması aşamasında yaşanan sıkıntıların çoğu buradan kaynaklanmaktadır. Resmi belgenin oluşturulması aşamasında verilmiş olan beyanlar, beyan doğru olsa da belgeye kaydederken gerçeğe uygun olarak kaydedilmemesi gibi durumlar sağlık çalışanı ya da nüfus memurunun da suça dahil olmasına ve kamu düzeninin bozulmasına neden olabilmektedir. Resmi belgeler kamu kurumlarının işleyişi bakımından öncelikle başvurulacak belgeler olması nedeniyle kesin delil niteliğinde kabul edilir. Ancak bu belgelerin gerçeği yansıtmadığına ilişkin husus her zaman ispat edilebilir. Soybağının değiştirilmesi suçunun resmi belgede sahtecilik yapılması yoluyla işlenmesi halinde resmi belgelerin kamu güvenine mazhar olması ve geçerli kabul edilmesi nedeniyle fail açıklandığı üzere her iki suçtan dolayı ayrı ayrı cezalandırılacaktır. Non bis idem ilkesi kapsamında kişi bir suçtan dolayı iki kez cezalandırılmaz.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

ADLİ BİLİMLER YÖNÜNDEN SOYBAĞINI DEĞİŞTİRME SUÇU VE YARGITAY KARARLARININ DEĞERLENDİRİLMESİ VE BU SUÇUN ÖNLENMESİNE YÖNELİK ÖNERİLER

A) ADLİ BİLİMLER VE DELİL HUKUKU AÇISINDAN SOYBAĞININ DEĞİŞTİRİLMESİ SUÇU

Ceza muhakemesinde amaç maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasıdır. İddia konusu olayın gerçekleşip gerçekleşmediğini, olay gerçekleşmişse kim tarafından ve nasıl işlendiğini ortaya çıkarmak amaçlanır.⁶¹⁶ Yani temel amaç muhakemeye konu olan maddi gerçeğin ortaya çıkmasını sağlamaktır.⁶¹⁷ Maddi gerçeği ortaya çıkaran araçlara delil denir. Deliller suçun aydınlatılması ve faillerin tespitine yarayan her türlü ispat vasıtasıdır.⁶¹⁸ Ceza muhakemesinde hukuka uygun olarak elde edilmiş her şey delil olarak kabul edilir. Bu hususa *delil serbestliği ilkesi* denir. Deliller olayı temsil etme kabiliyeti olan somut verilerdir.⁶¹⁹ Deliller; akılda kalıcı, olayı temsil edici, ispat bakımından önemli, müşterek ve hukuka uygun olmalıdır.

Ceza muhakemesinde davanın konusu iddianame ile ortaya konulan olaylar olup, iddianamede olduğu iddia edilen meseleler ispatın konusunu oluşturur.⁶²⁰ Herkesçe bilinen olaylar ve genel doğruların, kesin hükümle belirlenmiş olayların ispatına gerek yoktur.⁶²¹ Ceza Muhakeme Kanunu taraflardan hiçbirine iddiasını ispat etme yükümlülüğü yüklememiştir.⁶²² Ceza Muhakeme Kanunu madde 170'e göre lehe ve aleyhe olan tüm delillerin

⁶¹⁶ Veysel Dinler, (2009), *Ceza Muhakemesinde Delillerin Toplanması*, Polis Akademisi Güvenlik Bilimler Enstitüsü Suç Araştırmaları Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Ankara, s. 1.

⁶¹⁷ Dinler, a.g.e. s. 1.

⁶¹⁸ Dinler, a.g.e. s. 2-10.

⁶¹⁹ Aydın, a.g.e. s. 41.

⁶²⁰ Aydın, a.g.e. s. 19.

⁶²¹ Aydın, a.g.e. s. 21-22.

⁶²² Aydın, a.g.e. s. 25.

toplanması Cumhuriyet savcısı tarafından yapılacaktır. Hâkim iddia edilen olayların gerçekleşip gerçekleşmediğini ve gerçekleşmişse nasıl gerçekleştiğini duruşma esnasında ortaya konulmuş olan ve olaya ilişkin deliller vasıtasıyla tespit eder.⁶²³ Hâkimin kararını, delillerle doğrudan doğruya temasa geçerek vermesine *vasıtasızlık ilkesi* denir. Hâkim kararını ancak duruşmaya getirilmiş ve huzurda tartışılmış delillere dayandırabilir.⁶²⁴ *Delilsiz mahkûmiyet olmaz* ilkesi kapsamında, hâkim tarafından verilecek olan ceza mutlaka delillere dayandırılmalı ve bu bağlamda gerekçelendirilmelidir.⁶²⁵ Delillerin asıl işlevi yargılama esnasında delillerin hukuka uygun olarak ortaya konulması sonucunda yargı makamının suçun işlenip işlenmediği hususunda kanaate varmasını sağlamaktır.⁶²⁶

Fiilin fail tarafından işlendiği veya işlenmediği konusunda, hukuk düzeni tarafından kabul edilen vasıtaların yargılama makamının tam bir kanaate ulaşma çabası ispat olarak adlandırılır. İspat deliller yoluyla yapılır. Deliller olaya ilişkin olmalı ve onu temsil edebilmedir. Elde edilmiş olan deliller ceza muhakemesinin amacı olan maddi gerçekliğe ve hukuka uygun olmalıdır. İspat için gereken araçlar sanığın açıklamaları, ikrar, tanık açıklamaları, yazılı belgeler yoluyla yapılan açıklamalar, görüntü veya ses kaydeden araçlarla yapılmış olan açıklamalar olarak sayılabilir.⁶²⁷ İspat edilecek olayın dolaylı olarak ispatına yardımcı olan duygulara ve izlere belirti denir.⁶²⁸ CMK m. 75 vd. düzenlenen hususlar, suçla ilgili belirtileri elde etmeye yöneliktir. Belirtiler günümüz ceza mahkemesi için çok önemlidir. Hatta bazen tanık açıklamalarından da daha değerli olabilecektir. *Alibi* adı verilen ve sanığın suç işlendiği sırada suç mahallinde bulunmadığı anlamına gelen belirti, başka delillerle desteklendiğinde sanığın beraat etmesi gibi önemli sonuçlar doğurabilmektedir.⁶²⁹

⁶²³ Aydın, a.g.e. s. 37.

⁶²⁴ Bahri Öztürk (ed.), (2018), *Ana Hatlarıyla Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, 5. Baskı, Ankara s. 223.

⁶²⁵ Aydın, a.g.e. s. 38.

⁶²⁶ Aydın, a.g.e. s. 39.

⁶²⁷ Aydın, a.g.e. s. 57-92.

⁶²⁸ Öztürk, a.g.e. s. 254.

⁶²⁹ Öztürk, a.g.e. s. 254.

1. Adli Bilimler ve Delillerin Toplanması

Adli bilimler, kriminalistik biliminin katkılarıyla suça ilişkin delillendirme yaparak suçu aydınlatmayı sağlayan bilim dallarıdır.⁶³⁰ Kriminalistik delillerin toplanması konusunda ilkeler ortaya koymuştur.⁶³¹ Kriminalistik ile ilişkili dallardan olan biyoloji bu anlamda suçların aydınlatılmasında katkısı yadsınamaz bilimlerde olup, vücuttan alınan örneklerin ya da olay yerinden elde edilen biyolojik örneklerin kan, DNA, saç, tükürük vb. gibi vücut parçalarını üzerinde analizin yapılması ile failin kim olduğunun bulunmasına katkı sağlaması önemini açık şekilde gösterir niteliktedir.⁶³² Kriminalistik, bilimsel araç ve yöntemler sayesinde suçun aydınlatılması ve failin bulunmasını sağlayan bir tekniktir ve maddi gerçeğin meydana çıkarılmasını sağlamak amacıyla oluşmuş bir disiplindir.⁶³³ İz, belirti bilimi olarak da nitelendirilebilecek kriminalistik belirtilerin değerini daha da artırmıştır.⁶³⁴

Hukuka uygun elde edilmeyen bir delil Ceza Muhakemesi Kanunu kapsamında hükme esas alınmayacaktır.⁶³⁵ Ceza Muhakemesi Kanunu'nda karar verme yetkisine haiz olan yetkililerin karar verebilmelerini temin için delillerin hazır bulundurulmasına *delillerin toplanması* denir.⁶³⁶ Ceza Muhakemesi Kanunu'nda delil toplamaya ilişkin hükümler dağınık halde düzenlemiş olduğundan delil toplamaya ilişkin kesin bir sıradan söz edilememektedir.⁶³⁷ Ülkemizde adli kolluğun henüz kurulmamış, bilimsel deliller aşamasına geçmekte geç kalınmış olması; kriminalistikten yeterli alt yapı bulunmaması sebebiyle yeterince yararlanılamaması yüzünden iz ve eserleri konuşturamayan kovuşturma makamları şüpheli ve sanıkları zorla konuşturma yoluna gidebilmektedir.⁶³⁸ İnsan haklarını, sorgu teknik ve taktiklerini, kriminalistiği bilmeyen; bilse de uygulayamayan kadrolarla ifade

⁶³⁰ Dinler, a.g.e. s. 29.

⁶³¹ Öztürk, a.g.e. s. 255.

⁶³² Dinler, a.g.e. s. 36.

⁶³³ Dinler, a.g.e. s. 29.

⁶³⁴ Öztürk, a.g.e. s. 255.

⁶³⁵ Öztürk, a.g.e. s. 254.

⁶³⁶ Öztürk, a.g.e. s. 256.

⁶³⁷ Dinler, a.g.e. s. 46.

⁶³⁸ Öztürk, a.g.e. s. 260.

alma ve sorgu işlemlerinin amacına uygun bir şekilde yapabilmesi ceza muhakemesinin amacına ulaşabilmesi olanaksızdır.⁶³⁹

Keşif saklı olan şeyi bularak ortaya çıkarma anlamına gelir. Hukuki anlamda keşif; tanık, şüpheli ya da sanık ifadeleri ile olaya ilişkin delillerden yararlanarak suçun işlenip işlenmediği ve işlenmişse nasıl işlendiğinin meydana çıkarılmasını sağlamaktır.⁶⁴⁰ Keşif kural olarak hâkim tarafından yapılır ancak gecikmesinde sakınca bulunan bir hal varsa Cumhuriyet savcısı tarafından da yapılabilir.⁶⁴¹ Keşif esnasında CMK madde 84/1 kapsamında mağdur, şüpheli, sanık ve bu kimselerin müdafii ve vekilleri hazır bulunabilir. Ancak aynı maddesinin üçüncü fıkrasına göre bu kimseler gerçeğe uygun tanıklık yapılmasına engel olacaksa keşifte bulunmamasına karar verilebilir. Hâkim olaylara daha yakından bakabilmek, dosyayı gereği gibi değerlendirebilmek için olay yerini incelemekle görevlidir.⁶⁴² Bu işlemlerin tümüne *keşif* denir. Keşif beş duyu organı ile algılanabilen şeyleri gözlemleyip, olay yerini incelemektir. Gerekli durumlarda istinabe veya niyabet yoluyla da keşif yapılması gerekebilir. Özellikle hâkimin hukuk bilgisiyle çözülemeyecek nitelikte olan örneğin vücuttan örnek alınması gibi teknik bilgiyi gerektiren bazı hususlar yetkili ve görevli kimseler tarafından yapılmalıdır. Hakimin hukuki bilgisiyle çözebileceği sorunlarda CMK madde 63/1 kapsamında bilirkişi dinlenemeyecek olup teknik bilgi gerektiren konularda da bilirkişi tayini zorunlu olacaktır.⁶⁴³ Yargıtay'a göre bilirkişi dinlenmesi gerekmeyen bir konuda bilirkişi dinlenmesi ya da teknik bir konu olması dolayısı ile bilirkişi tayini gerekirken dosyaya bilirkişi atanmaması bozma nedenidir.⁶⁴⁴ Gerekli teknik bilgiye sahip olan ve olayların aydınlatılmasında hakkime yardımcı olan kimselere *bilirkişi* denir.⁶⁴⁵ Bilirkişi mütalaası hukuki bilgiyle anlaşılamayacak bir delilin teknik bilgiyle çözümlenmesi ve olaya ışık tutmasını sağlar.⁶⁴⁶

⁶³⁹ Öztürk, a.g.e. s. 264.

⁶⁴⁰ Dinler, a.g.e. s. 82.

⁶⁴¹ Dinler, a.g.e. s. 83.

⁶⁴² Aydın, a.g.e. s. 166.

⁶⁴³ Dinler, a.g.e. s. 85.

⁶⁴⁴ Dinler, a.g.e. s. 85.

⁶⁴⁵ Aydın, a.g.e. s. 168; Dinler, a.g.e. s. 84.

⁶⁴⁶ Aydın, a.g.e. s. 169

Biyolojik deliler insan vücudunun herhangi bir bölgesinden elde edilebilecek parçalar olup, yapıları itibarı ile hassas delillerdendir.⁶⁴⁷ Bu sebeple delillerin toplanmasında dikkatli olunması gerekir. Aksi halde toplanan deliller muhafaza altına alınmayacak olursa kaybolabilir veya kullanılamaz hale gelebilir.⁶⁴⁸ *Suç ile ilgili iz ve eserler teknik yöntemlerle adeta konservelenir ve ceza muhakemesinde kullanılabilecek halde tutulurlar.*⁶⁴⁹ Türk Ceza Kanunu madde 281 kapsamında delillerin muhafaza edilmemesi suç teşkil eder.

Elde edilen delillerin suçun aydınlatılmasında kullanılabilmesi için hukuka uygun olarak elde edilmesi gerekmektedir. Hukuka aykırı olarak elde edilmiş olan delillere ilişkin düzenlemelere bakıldığında Ceza Muhakemesi Kanununda dağınık olarak düzenlenmiştir ve bu konuda bir terim birliği yoktur.⁶⁵⁰ CMK madde 148/3'e göre; *"Yasak usullerle edilen ifadeler rıza verilmiş olsa da delil olarak değerlendirilemez."* CMK madde 206/2'ye göre delil hukuka aykırı olarak elde edilmişse reddolunur. CMK madde 217'ye göre; *"Yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir."* Delillerin elde edilişleri genel olarak haklara müdahale niteliği taşıyabileceğinden elde ediliş usulleri kanunda açıkça düzenlenmiş olmalıdır.⁶⁵¹ Anayasa madde 38/6'ya göre; *"Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez."* denilerek, hukuka aykırı delillerin kesin red yaklaşımı doğrultusunda kabul edilemeyeceği hukukumuzda esastır.⁶⁵² Bu esas kapsamında delilin hukuka aykırılığı ileri sürülmesine de hâkim tarafından re'sen incelenmesi gerekmektedir.⁶⁵³

2. Soybağının Değiştirilmesi Suçunda Delillerin Elde Edilmesi

Soybağının değiştirilmesi suçu bakımından delil elde etme yöntemlerinden en önemlisi beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasıdır. Şüpheli, sanık, mağdur veya üçüncü kişilerden biyolojik maddeler alınarak bunlar üzerinde araştırma yapılması gerekebilir. Vücuttan örnek alınması hem vücut bütünlüğünün hem de özel hayatın gizliliğinin ihlali anlamına

⁶⁴⁷ Dinler, a.g.e. s. 103

⁶⁴⁸ Öztürk, a.g.e. s. 264; Dinler, a.g.e. s. 103.

⁶⁴⁹ Öztürk, a.g.e. s. 264.

⁶⁵⁰ Aydın, a.g.e. s. 173.

⁶⁵¹ Aydın, a.g.e. s. 175.

⁶⁵² Aydın, a.g.e. s. 210.

⁶⁵³ Aydın, a.g.e. s. 210.

geldiğinden Ceza Muhakemesi Kanununda ve *Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi Genetik İnceleme Yönetmeliğinde* ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.⁶⁵⁴ Bu anlamda inceleme konusu olan biyolojik örnekler kan, saç tükürük, sperm, yumurta vb. gibi maddeler olacaktır. Bu maddeler alınarak incelenir ve her insanda biricik olarak bulunan DNA'ya ulaşarak suç aydınlatılmaya çalışılır. *Moleküler genetik inceleme, vücuttan örnek alınması ve olay yeri inceleme tedbirinin* bir uzantısı niteliğindedir. Moleküler genetik inceleme, yapılma amacı ne ise ona yönelik olmalıdır. Örneğin bu amaç soybağının tespiti olabilir.⁶⁵⁵ Amaca aykırı moleküler incelemeler yapılması hukuka aykırı olacaktır.⁶⁵⁶

İnsan DNA'sının incelemesi sonucu elde edilen veriler hem tıp bilimine ışık tutmuş hem de birçok alanda kullanılmıştır. Bu alanlardan konumuz olan soybağının aydınlatılması anlamında hukuki sonuçları ve bunun etkileri önemli olmuştur. DNA bugün Delil Hukuku bağlamında ayrıca çok değerli hale gelmiştir. Olay yerinden, sanık, mağdur veya üçüncü kişilerden elde edilen deliller toplanarak incelemeye tabi tutulur. İncelenen delillerin konu olduğu davayı aydınlatması ve gerçeğe ışık tutması beklenir. Delil hukukunun asıl amacı da olay sonucu ilgili kişi ve yerlerden alınan örneklerle gerçeğe ulaşmaktır. DNA incelemesi de bu anlamda net sonuçlar sağlayabildiği ve güvenilirliği yüksek olduğu için tercih edilen yöntemler arasındadır. Tek yumurta ikizleri dışında bir insanın DNA örneklerinin başka bir insanın DNA örneklerinin birbirine benzemesi yaklaşık beş milyarda birdir.⁶⁵⁷ Bu anlamda DNA örnekleri diş şekli, dil ve parmak izi gibi biricik ve tektir. Suçu aydınlatma ve suçlunun tespitinde bu yüzden en güvenilir delil elde etme yöntemlerinden kabul edilmektedir. Açıklanan nedenlerle DNA analizi soybağının tespiti açısından kullanılmakta ve araştırmacıya kesine yakın sonuçlar sunar.

DNA analizi olaya ilişkin gerçekleri açığa çıkarmada ve mahkemenin hüküm verirken kullanacağı deliller sunmaktadır. Ancak DNA analizi de kanunlarla belli şartlara tabi tutulması ve koruma altına alınması gereken bir araştırma yöntemidir. Kanunda belirtilen zorunluluk halleri dışında alınan DNA örnekleri üzerinde araştırma yapılabilmesi için rıza aranmalı ve elde edilen bulgular amacı dışında kullanılmamalıdır. Araştırma yalnızca istenilen

⁶⁵⁴ Bkz. *Soybağının Belirlenmesinde DNA Analizi* başlığı.

⁶⁵⁵ Dinler, a.g.e. s. 67-68.

⁶⁵⁶ Dinler, a.g.e. s. 68.

⁶⁵⁷ Çakmut, a.g.e. s. 74.

olaya ilişkin olmalı olay ile alakası olmayan durumlara yönelik bir inceleme yapılmamalıdır. Ceza Muhakemesi Kanunu ve kanunda genetik incelemeyi ele alan maddeleri açıklayan ilişkin Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi Genetik İnceleme Yönetmeliği maddelerinde bedenden kimden ve nasıl örnek alınacağı, alınan örneklerin neler olabileceğine ilişkin usuller açıkça belirtilmiştir. DNA analizi yapabilmek için kanunda öngörülen belli şartların sağlanmış olması gerekmektedir. Şüpheli yargılama yapılabilmesi için en temel unsurdur. Toplanan deliller sonucu kişinin suçu işlediğine dair emareler bulunması gerekir. Fiili işleyen kişiye yönelik oluşan şüphenin de dereceleri bulunur. Suç şüphesinin bu dereceleri basit şüpheli, yeterli şüpheli, kuvvetli şüpheli gibi dereceleri şüphelinin şiddetine göre değişmektedir. Ceza Muhakemesi Kanununun 160. maddesine göre, basit şüphelinin oluşacağı şekilde bir suç haberinin alınması ile başlar.⁶⁵⁸ Basit şüpheli şüphelinin en hafif derecesi olup fiilin kovuşturulabilir nitelik arz etmesi halinde basit şüphelinin varlığından söz edilir.⁶⁵⁹ Basit şüphelinin daha yoğun hali makul şüpheli olup soruşturma veya kovuşturma konusu suçun işlendiğine yönelik belirli derecede şüphelinin bulunması halinde koruma tedbirine hükmedilmesi bu aşamada mümkün olur.⁶⁶⁰ Soruşturma aşamasında yapılan değerlendirmeler sonucu şüphelinin mahkum olma ihtimalinin beraat etme ihtimalinden fazla olması haline de yeterli şüphelinin varlığından söz edilir.⁶⁶¹ Mevcut delillerin değerlendirilmesi sonucunda sanığın mahkum olması kuvvetle muhtemel ise, kuvvetli şüphelinin varlığından söz edilir.⁶⁶²

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 78. maddesi *Moleküler Genetik İncelemeler* başlığıyla düzenlenmiş ve DNA'ya yönelik yapılan araştırmayı hukuksal bir zemine oturtturarak belli şartların varlığı halinde yapılmasına olanak tanımıştır. Vücuttan örnek alınması ve bu kapsamda DNA üzerinde inceleme yapılabilmesi için kanunda açık bir düzenleme bulunması mecburidir. Her suçta olduğu üzere ilgili inceleme yapılabilmesi için suça yönelik şüpheli bulunması da şarttır. Moleküler genetik inceleme CMK 79. maddesi kapsamında yalnızca hâkimin kararına bağlı olarak verilebilir. Hâkim bu kararı verirken koruna hukuki değer ve müdahale edilen hukuki değer arasında orantılılığı gözetmeli vermiş olduğu inceleme kararı ölçülü olmalıdır.

⁶⁵⁸ Gökçen, Ahmet vd., (2017), "Ceza Muhakemesi Hukuk II", Adalet Yayınevi, 1. Baskı, s. 7.

⁶⁵⁹ Gökçen, a.g.e. s. 8; Dinler, a.g.e. s. 39.

⁶⁶⁰ Gökçen, a.g.e. s. 9; Dinler, a.g.e. s. 39.

⁶⁶¹ Gökçen vd., a.g.e. s. 11.

⁶⁶² Gökçen vd., a.g.e. s. 11.

Bilimsel analize dayanan DNA incelemesi sonucu elde edilen bulgular, hukuk ve ceza davalarında hiç şüphe bırakmayacak deliller olarak karşımıza çıkar. Ancak inceleme sürecinde oluşacak deformasyonlar, hatalar, incelenecek maddenin incelemeye müsait olmaması gibi hususlar DNA incelemesinde şüpheler oluşturabilecek bazı noktalardır.⁶⁶³ Dava sürecinde DNA her ne kadar kesine yakın sonuçlar verse de oluşabilecek bu hataların da göz ardı edilmemesi gerekir. Soybağının tespiti gereken dava ve işlerde çocuğun ebeveynleriyle arasındaki bu bağın tespiti için tanık beyanları, kan testi ve DNA belirleme testi yapılması gereklidir. Ulaşılan sonuçlarla hâkim yalnızca DNA testine değil dava sürecinde elde etmiş olduğu diğer delilleri de sentezleyerek bir sonuca varacaktır.

Türk Ceza Kanunu bakımından; çocuğun soybağını değiştirmenin veya soybağını gizlemenin de suç olduğu madde 231/1'de açıkça belirtilmiştir. Kanunda suç olarak tanımlanan soybağı değiştirme veya gizleme fiili ile ilgili bulunan kimselerden kan ve doku örneği alınması gerektiği öngörülmüştür. Ancak ilgili kişilerin rızaları olmazsa hâkim rıza veremeyen kişi aleyhinde karar verebilecektir. Yani burada ilgilinin rıza vermemesi ispatı istenen husus ispatlanmış sayılabilecektir.⁶⁶⁴ Bu çözüm yargıcı gerçekte olmayan bir duruma veya sonuca götürebilecek olup günümüz teknolojik gelişmeleri düşünüldüğünde hukuki faydadan uzak olduğu anlaşılabacaktır.

B) YARGITAY KARARLARI VE DEĞERLENDİRMELER

Yargıtay kararlarında Anayasanın 41. maddesi uyarınca aile, Türk toplumunun temeli olarak kabul edilmiş ve soybağının kamu düzeninden olduğu belirtilmiştir. Aile bireylerinin birbiri arasında ve toplum aile arasında sağlam temelli ilişkilerin meydana gelmesi için soybağının doğru tespit edilmesi gerekir. Soybağı ile ilgili işlenmiş olan suçlar için de mahkemeler tarafından verilecek olan kararlar hem geçmişi hem de geleceği ilgilendirecek niteliktedir. Yargıtay kararları ise verilecek olan ilk derece mahkemesi hükümleri bakımından yol gösterici bir ışık niteliği taşıması nedeniyle elzem niteliktedir. Yargı erklerince verilecek kararlar hem birden fazla kişiyi etkileyecek hem de gelecek nesillerin şekillenmesinde büyük rol oynayacaktır. 25.01.2023 Tarih ve 32086 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanmış olan Yargıtay Dairelerine Ait İş Bölümü'ne ilişkin Yargıtay Büyük Genel

⁶⁶³ Çakmut, a.g.e. s. 72.

⁶⁶⁴ Tüzüner, Özlem, (2013), “Soybağının Tespiti Davasında Genetik Analize İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:62, Sayı:4 ss. 1139-1166. s. 1148.

Kurulu Kararı kapsamında Soybağı Değiştirme Suçu Yargıtay 11. Ceza Dairesi görevlendirilmiştir. Aynı suça ilişkin farklı daire kararlarının bulunmasının nedeni ise bölümünün yıllara göre değişiklik göstermesidir.

1. Soybağı Değiştirme Suçunun “Özel Norm” Oluşu

Yargıtay daha önceki bazı kararlarında, nüfus kütüğünde sahte soybağı oluşturmayı TCK m. 204 resmî belgede sahtecilik suçu kabul etmiştir.

*Sanığın gayri resmi eşinden olan çocuğunu resmi eşinden olma çocuklarıymış gibi nüfus aile kütüğüne tescil ettirilmesi sonucu nüfus kütüğünün sahte oluşturulmasından ibaret eylemin 5237 Sayılı TCK md. 204/1’de (Resmî belgede Sahtecilik) tanımlanan suçu oluşturabileceği ve bu konudaki delilleri tartışıp değerlendirme ve suç niteliğini belirleme görevinin üst dereceli Ağır Ceza Mahkemesine ait bulunduğu nazara alınarak CMK md. 4 ve 5 gereğince görevsizlik kararı verilmesi yerine duruşmaya devamlı yazılı şekilde hükme varılması nedeniyle bozulmasına...*⁶⁶⁵

*Sanığın, resmi nikâhlı olmayan eşinden doğan çocuğunu, resmi nikâhlı eşinden doğmuş gibi 28.07.2011 tarihinde doğum bildirimi formu düzenlettirip, aynı anda nüfusa tescil ettirerek, nüfus cüzdanı çıkarmaktan ibaret eyleminin, sanığın doğrudan nüfus müdürlüğüne müracaat ederek yalan beyanda bulunmak suretiyle ve salt bu beyanına istinaden nüfusa kaydının yapılması, nüfusa kayıt sırasında herhangi bir başka sahte belgenin kullanılmamış olması karşısında, eyleminin küll halinde 5237 sayılı TCK’nın 231. maddesindeki soybağı değiştirme suçu kapsamında kaldığı gözetilmeden ayrıca resmi belgede sahtecilik suçunu da oluşturduğundan bahisle yazılı şekilde hükümler kurulması, bozma nedenidir.*⁶⁶⁶

Yargıtay’ın TCK m. 231 soybağı değiştirme suçunu, 206. maddede düzenlenen resmî belgenin düzenlenmesinde yalan beyan suçuna göre “özel norm” olarak kabul etmesi belli bir süreç içinde olmuştur. Örneğin Yargıtay 11. Dairesinin aşağıdaki kararı oy çokluğu ile alınmış ve üyelerden biri “resmî belge niteliğindeki nüfus kütüğünün sahte oluşturulması” suçu olduğunda ısrarla, eylemin soybağı değiştirme suçunu oluşturacağından bahisle bozma kararı verilmesine karşı çıkmıştır.⁶⁶⁷

⁶⁶⁵ Yargıtay 5. CD. 2008/16017 Esas, 2011/2017 Karar ve 16.3.2011 tarihli kararı.

⁶⁶⁶ Yargıtay Ceza Genel Kurulu 2015/412 Esas, 2015/286 Karar ve 29.09.2015 tarihli kararı.

⁶⁶⁷ **Karşı oy:** Sanığın gayri resmi olarak birlikte yaşadığı A’dan olan çocukları H ve S’yi resmi nikahlı eşi B ile olan evliliğinden olmuş gibi beyanda bulunmak suretiyle nüfusa kaydettirmekten ibaret eyleminin resmî belge niteliğindeki nüfus kütüğünün sahte

“Sanık F’nin birlikte yaşadığı A’dan doğan çocuklarını B’nin çocuğuymuş gibi doktor raporları ile birlikte giderek beyanda bulunmak suretiyle 24.02.2009 tarihinde nüfusa kaydettirmekten ibaret oluşsa uygun olarak sübuta uygun olarak sübutu kabul edilen eylemlerin TCK’nın 231/1 maddesinde düzenlenen çocuğun soybağını değiştirme suçunu oluşturduğunun gözetilmemesi nedeniyle bozulmasına...”⁶⁶⁸

Yargıtay sonraki kararlarında, TCK m. 231 soybağını değiştirme suçunu, 206. maddede düzenlenen resmî belgenin düzenlenmesinde yalan beyan suçuna göre “özel norm” olarak kabul etmiştir.

Sanığın evlilik dışı doğan çocuğunu resmi nikâhlı eşinden olmuş gibi doğum bildiriminde bulunarak nüfus kütüğüne tescilini sağladığı olayda; hem TCK’nın 231/1. maddesinde düzenlenen çocuğun soybağının değiştirilmesi, hem de 206. maddesinde düzenlenen resmi belgenin düzenlenmesinden yalan beyan ve 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunun 67/1. maddesinde gerçeğe aykırı beyanda bulunma suçlarının oluştuğundan söz etmek mümkün ise de TCK’nın 231/1. maddesinde ise sadece çocuğun soybağı konusundaki yalan beyanın yaptırım altına alındığı nazara alındığında “özel norm” niteliğinde olup “özel normun önceliği” ilkesi uyarınca sadece TCK’nın 231/1. Maddesinin uygulanmasının mümkün olduğu kabul edilmelidir. Bu itibarla, sanığın TCK’nın 231/1. maddesi uyarınca çocuğun soybağının değiştirilmesi suçundan cezalandırılmasına karar veren yerel mahkeme hükmü ile bu hükmü onayan Özel Daire kararında bir isabetsizlik bulunmadığından Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının reddine karar verilmelidir.”⁶⁶⁹

Yargıtay sonraki kararlarında da bu yaklaşımını sürdürmüştür.

F ve M’nin evlilik dışı birlikteliklerinden olan N adlı çocuklarını sanık G’nin evde kendisinden doğmuş gibi göstererek nüfusa kayıt ettirmesi olayında; sanığın fiilinin TCK madde 231/1. maddesindeki “çocuğun soybağının değiştirilmesi” suçunu oluşturduğu gözetilmeden, suç niteliğinde yanılğıya düşülerek yazılı şekilde resmî belgede sahtecilik suçundan hüküm kurulması bozmayı gerektirmiş olup...”⁶⁷⁰

Yargıtay sonraki kararlarında da bu yaklaşımını sürdürmüştür.

Dairenin benimsediği Yargıtay Ceza Genel Kurulu 2015/412 Esas, 2015/286 Karar ve 29.09.2015 Tarih sayılı kararı doğrultusunda nüfus

oluşturulması nedeniyle TCK madde 44 delaletiyle madde 231. maddesinde düzenlenen soybağını değiştirme suçunu oluşturacağından bahisle bozma kararı verilmesine karşıyım.

⁶⁶⁸ Yargıtay 11. Ceza Dairesi 2014/19737 Esas, 2015/23197 Karar ve 09.03.2015 Tarih sayılı kararı

⁶⁶⁹ Yargıtay Ceza Genel Kurulu 2015/412 Esas, 2015/286 Karar ve 29.09.2015 tarihli kararı.

⁶⁷⁰ Yargıtay 11. Ceza Dairesi 2018/4864 Esas, 2018/7970 Karar ve 15.10.2018 Tarih sayılı kararı

müdürlüğüne gerçeğe aykırı beyanda bulunmak suretiyle çocuğun soybağının değiştirilmesi durumunda TCK madde 231/1'de düzenlenen soybağının değiştirilmesi suçu oluşacaktır. Zira çocuğun soybağının doğumu gösteren herhangi bir resmî belgeye dayanılmadan nüfus müdürlüğüne gerçek dışı beyanda bulunulması suretiyle değiştirilmesi durumunda, failin sahte bir resmî belge düzenlemesi, gerçek bir resmî belgenin başkalarını aldatacak şekilde değiştirilmesi veya sahte resmî belgenin kullanılması söz konusu olmadığından resmî belgede sahtecilik suçunun hareket unsuru oluşmaz. Ancak, nüfus müdürlüğüne doğum bildiriminin doğumu gösteren sahte bir resmî belgeye dayanılarak yapılması durumunda resmî belgede sahtecilik suçunun işlenmesi söz konusu olabilir. Somut olayda sanıkların doğum için yatırıldığı hastanede sanık A'nın adını kocasının resmi nikahlı eşinin adı olan B olarak beyan ettiği doğan çocuğun da bu beyan doğrultusunda doğumu yapan A adına değil resmi nikahlı eş B adına kaydedildiği, sanığın hastaneye yattıktan sonra adını B olarak beyan etmesi fiilinin TCK madde 206 kapsamında yalan beyan suçunu oluşturacağı, doğan çocuğun nüfusa kaydettirilmesi eyleminde de kaydın yalnızca beyan ile yapılması durumunda TCK madde 231/1 kapsamında soybağının değiştirilmesi suçunu, ancak kaydın devlet hastanesinden alınan ve içeriği sahte doğum raporu ibraz edilerek yapılmış olması durumunda ise eylemlerin TCK'nın 212. Maddesi uyarınca aynı kanunun madde 204/1 ve 231. Maddelerindeki suçları oluşturacağı, her sanığın kendi eylemlerinden sorumlu tutulması gerektiği de gözetilerek...

671

*İddianamede resmî belgede sahtecilik olarak vasıflandırılmış fiilin TCK madde 231/1'de düzenlenen soybağının değiştirilmesi suçunu oluşturduğu gözetilmeden, suç vasfında yanılgiya düşülmesi sonucu yazılı şekilde resmî belgede sahtecilik suçundan dolayı hüküm kurulmuş olması yasaya aykırı ise de...*⁶⁷²

*Sanığın Özbekistan'da tanıştığı A'yı Türkiye'ye getirerek ölen nikahsız eşi B'nin adına nüfus cüzdanı çıkarttığı, daha sonra nüfus müdürlüğüne müracaat ederek doğan çocuklar C ve D'yi B'den doğma göstererek, beyana dayalı şekilde nüfusa kaydettirmekten ibaret eylemlerinin, Ceza Genel Kurulu kararında da açıklandığı üzere özel norm olması dolayısıyla TCK madde 231/1'den dolayı hüküm kurulması gerekirken suç niteliğinde yanılgiya düşülerek yazılı şekilde resmi belgede sahtecilik suçundan hüküm kurulması dolayısıyla bozulmasına....*⁶⁷³

Yargıtay önceki kararlarında soybağının değiştirilmesi suçunda özel kast aramış olmasından dolayı soybağının değiştirilmesi suçunun resmî belgede

671 Yargıtay 11. Ceza Dairesi 2018/2405 Esas, 2020/3227 Karar

672 Yargıtay 11. Ceza Dairesi 2019/9281 Esas, 2020/2124 Karar

673 Yargıtay 11. Ceza Dairesi 2020/1687 Esas, 2020/4210 Karar

sahtecilik suçu içinde erimesine yönelik kararlar vermişken son dönemlerdeki kararlarında ise sadece soybağının değiştirilmesi suçunun uygulanması gerektiğini kabul etmektedir.⁶⁷⁴ Soybağının değiştirilmesi suçundaki fiil ile başka suçların oluşması da mümkündür. Bu halde içtima hükümleri uygulanması gerekirken kanun koyucunun özel düzenlemesi TCK md. 212 gereği her fiil ayrı ayrı cezalandırılmaktadır. Yargıtay'ın yerleşik içtihatlarına bakıldığında ise soybağının değiştirilmesi suçu işlenirken meydana gelen suçlar kanun metninin aksine tek bir suç olarak değerlendirilmekte ve tek bir ceza verilmektedir. Yargıtay bu yöndeki kararları ile kanun koyucunun uygulanmasını öngördüğü istisnai hüküm bu anlamda çelişmekte ve soybağının değiştirilmesi suçunun çoğu zaman diğer suçlar içinde erimesine yol açmaktadır. Kamu düzeninde büyük önemi olan soybağı meselesinin hem geçmişe hem de geleceğe etki ettiği de düşünüldüğünde verilecek Yargıtay kararlarında da kanun lafzının uygun bir şekilde uygulanıp bir fiil ile birden fazla suça sebebiyet verildiğinde içtima yerine ayrı ayrı cezalandırılması yoluna gidilmelidir.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu 2015/412 Esas, 2015/286 Karar ve 29.09.2015 Tarih sayılı kararında soybağının değiştirilmesi suçu ve resmi belgenin düzenlenmesinde yalan beyan suçu arasında görünüşte içtima ilişkisi oluştuğuna dair görüşün aksine bizim de katıldığımız görüşe göre soybağının değiştirilmesi suçunun özel norm olması hakkındaki görüş yerinde olmayıp resmi belgenin düzenlenmesinde yalan beyan suçu ve soybağının değiştirilmesi suçunun farklı hukuki değerleri korumak amacıyla düzenlendiği ve unsurlarının da çok farklı olduğu açık olup soybağının değiştirilmesi suçunun serbest hareketli olması ve yalan beyanda bulunarak bu suçun işlenebilmesi sadece fiillerin işlenme yollarından biri olması hasebiyle özel hüküm olarak düzenlenmediği anlaşılabacaktır.⁶⁷⁵ Eğer soybağının değiştirilmesi suçu resmi belgenin düzenlenmesinde yalan suçuna göre özel hüküm olarak kabul edilmiş olsaydı soybağının değiştirilmesine ilişkin fiillerin başka suçlar açısından da özel hüküm olarak düzenlenmiş olduğunun kabulü gerekirdi.⁶⁷⁶

2. Doğmamış Çocuğun Soybağını Değiştirme İmkânı Yoktur

Yargıtay henüz doğmamış çocuğun soybağının değiştirilmesi imkanının bulunmadığına karar vermiştir:

⁶⁷⁴ Tezcan, a.g.e. s.1134

⁶⁷⁵ Genç, a.g.e. s. 195.

⁶⁷⁶ Genç, a.g.e. s. 195.

“Somut olaya gelince, sanığın resmi nikahlı eşi Y’nin 29.03.2006 tarihinde doğum yaptığı, ancak bu sırada sanık ile gayri resmi birliktelik yaşayan P’nin de hamile olduğu ve sanığın Nüfus Müdürlüğü’ne giderek 03.04.2006 tarihinde eşi Y’nin ikiz bebek doğurduğunu beyan ederek henüz dünyaya gelmemiş çocuğu nüfusa kaydettirmesinden ibaret eyleminde, henüz doğmamış çocuğun soybağının değiştirilmesi imkanının bulunmadığı ve atılı suçun unsurları itibarıyla oluşmadığı gözetilmeksizin, sanığın beraatı yerine yazılı şekilde mahkumiyetinin verilmesi yasaya aykırı olup bozulmasına...”⁶⁷⁷

3. Evlatlık Vermek Saiki ve Soybağını Değiştirme Suçu

Yargıtay bazı kararlarında, tarafların evlatlık vermek saikiyle hareket etmesinde, icrai hareketlerine başlamadığını ve nüfus memuruna doğum bildiriminde bulunmadığını sürece, TCK m. 231 soybağını değiştirme suçunun unsurlarının oluşmadığını kabul etmiştir.

Temyiz dışı sanık, 21.07.2015 tarihinde hastanede doğum yapmış, evlilik dışı birlikteliğinden olan bebeği 5.000 TL karşılığında evlatlık olarak vermiştir. Bebeği vermek üzere 27.05.2005 günü hazırlanan sanıklar, ihbar üzerine polisin olay yerini basmasıyla yakalanmışlardır. Tutulan belgeler ve hastane kayıtlarına göre sanıkların eylem ve iradelerinin evlatlık vermek olduğu tespit edilmiştir. Sanık hakkında asliye ceza mahkemesi tarafından çocuğun soybağının değiştirilmesi suçundan yargılama yapılmış, sanık hakkında mahkûmiyet kararı verilmiştir. Yargıtay, dosya incelemesinde sanıkların çocuğun soybağının değiştirilmesi suçunda icrai hareketlerine başlamadığını ve nüfus memuruna doğum bildiriminde bulunmadığını sürece suçun yasal unsurlarının oluşmadığını tespit etmiştir. Bu nedenle sanıklar hakkında mahkûmiyet kararı verilmesi yerine beraat kararı verilmesi gerektiği belirtilmiştir. Tüm bu nedenlerle mahkemenin vermiş olduğu karara karşılık bozma yönünde karar verilmiştir.⁶⁷⁸

“Somut olayda; sanığın temyiz dışı sanık S ile gayri resmi birlikteliklerinden 24.09.2009 tarihinde dünyaya gelen erkek çocuğunu tespit edilemeyen şahıslara vermek suretiyle ‘çocuğun soybağını değiştirme’ suçunu işlediğine karar verilmiş ise de; çocuğun nüfusa tescil edilip edilmediği tespit edilemediğinden eylemin çocuğun soybağını gizleme suretiyle çocuğun soybağını değiştirme suçuna vücut verdiği anlaşılmakla, tebliğnamedeki bozma isteyen görüşe iştirak etmemiştir. Yargılamanın hukuka uygun olarak yapıldığı, iddia ve savunmada ileri sürülen hususların gerekçeli kararda gösterilip tartışıldığı, hukuka uygun yöntemlerle elde edilen delillerin değerlendirilerek fiilin sanık tarafından

⁶⁷⁷ Yargıtay 21. Ceza Dairesi 2015/10246 Esas, 2016/7332 Karar ve 30.11.2016 Tarih sayılı kararı

⁶⁷⁸ Yargıtay 11. Ceza Dairesi 2016/8395 Esas, 2016/7881 Karar ve 28.11.2016 tarihli Kararı

*işlendiğinin tespit edildiği, suç vasfının doğru biçimde belirlendiği, cezanın kanuni takdir sınırlarında uygulandığı tüm dosya kapsamında anlaşılmakla, sanığın temyiz nedenleri yerinde görülmediğinden hükmün onanmasına...*⁶⁷⁹

*“Somut olayda; sanığın temyiz dışı sanık ile gayri resmi birlikteliklerinden 24.09.2009 tarihinde dünyaya gelen erkek çocuğunu tespit edilemeyen şahıslara vermek suretiyle “çocuğun soybağını değiştirme” suçunu işlediğine karar verilmiş ise de; çocuğun nüfusa tescil edilip edilmediği tespit edilemediğinden eylemin çocuğun soybağını gizleme suretiyle çocuğun soybağını değiştirme suçuna vücut verdiği anlaşılmakla, tebliğnamedeki bozma isteyen görüşe iştirak etmemiştir.*⁶⁸⁰

4. Soybağını Değiştirme Suçunun Tespitinde Tıbbi Rapor Zorunluluğu

Yargıtay tıbbi bir rapor, görüş vs. dayanılmadan yazılı şekilde çocuğun soybağını değiştirme suçundan mahkumiyet kararı verilmesini yasaya aykırı bulmuştur.

Somut olayda, temyiz dışı sanık C'nin M isimli şahısla evli olduğu, adı geçen kişi ile aralarındaki boşanması devam ederken sanık H ile birlikte yaşamaya başladığı ve bu birlikteliklerinden 11.02.2005 tarihinde T isimli kız çocuğunun dünyaya geldiği, boşanma kararının ise 20.10.2005 tarihinde kesinleştiği, sanıkların 11.02.2005 tarihinde dünyaya gelen kız çocuğunun babasının M olarak kayıtlara geçmemesi için, çocuğun 20.07.2007 tarihinde doğduğunu beyan etmek suretiyle biyolojik babası olduğu için, çocuğun 20.07.2007 tarihinde doğduğunu beyan etmek suretiyle biyolojik babası olduğu iddia edilen H'nin çocuğu olarak nüfusa kaydını sağladıklarının iddia ve kabul olunması karşısında, her ne kadar sanık H'nin çocuğun biyolojik babası olduğu kabul edilmiş ise de, bu hususun sanıkların iddiasından ibaret olduğu, bu şekilde kabul halinde ise sanığın üzerine atılı soybağını değiştirme suçunun unsurları itibarıyla oluşmayacağı cihetle; gerçeğin kuşkuya yer vermeyecek şekilde aydınlanması, sanığın suç kastının belirlenmesi veya suç vasfının tespiti açısından, öncelikle TMK uyarınca, çocuğun babası olarak kabul edilen koca M'nin ifadesine başvurularak temyiz dışı sanık C ile fiilen ne zaman ayrıldıkları ve suça konu olaya ilişkin bilgisinin nelerden ibaret olduğu sorulduktan sonra, sanık H'nin T isimli kız çocuğunun gerçekten biyolojik babası olup olmadığı yöntemince araştırılıp sanığın hukuki durumunun belirlenmesi gerekirken, bu hususu doğrulayan tıbbi bir rapor, görüş vs.

⁶⁷⁹ Yargıtay 11. Ceza Dairesi 2021/8051 Esas, 2021/6354 Karar ve 13.09.2021 Tarih sayılı karar

⁶⁸⁰ Yargıtay 11. Ceza Dairesi 2021/8051 Esas, 2021/6354 Karar

dayanılmadan yazılı şekilde çocuğun soybağını değiştirme suçundan mahkumiyet kararı verilmesi yasaya aykırı olup bozulmasına...⁶⁸¹

5. Soybağını Değiştirme Suçunda Zamanaşımı

“Somut olayda sanık A’nın B ile evlendiği bu evlilikten A’nın iki çocuk dünyaya getirdiği ve çocukların babası olarak katılan B’nin adına çocukların kaydedildiği ve A ve B’nin boşanmaları üzerine sanık A’nın çocukların B’den olmadığını söylediği ve katılan B’nin Aile mahkemesinde açmış olduğu dava ile soybağı ilişkisinin iptal edildiği, nüfusa kaydın kendinin baba olduğunu sanan B tarafından yapıldığı ve bu durumun evlilik birliği içinde olması nedeniyle karine sayıldığı, A’nın çocukların B’den olduğuna inandırıldığı ve evlilik içinde eşin de çocuğun başkasından olup olmadığını sorgulamamasının olağan hayat akışına uygun olduğu talebiyle açılmış olan davada ilk derece mahkemesi tarafından beraat hükmü verilmiş olup katılanın istinaf başvurusu üzerine Kayseri Bölge Adliye Mahkemesi’nce ilk derece mahkemesinin hükmü CMK madde 280/2 kapsamında kaldırılmış olup şu gerekçe ile yeni hüküm kurulmuştur: Yargıtay 11. Ceza Dairesi’nin istikrar kazanmış kararlarında da vurgulandığı üzere; 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun 285 ve 295. Maddelerindeki ‘Evlilik birliği devam ederken veya evliliğin sona ermesinden başlayarak üç yüz gün içerisinde doğan çocuğun babası kocadır ve başka bir erkek ile soybağı bulunan çocuk, bu bağ geçersiz kılınmadıkça tanınmaz.’ Düzenlemeleri karşısında; çocuğun nüfusa kaydı sırasında sanık ile katılanın evlilik birliğinin devam ettiği ve bu evlilik dışı çocuğun, biyolojik babası üzerine derhal kayıt edilmesinin mümkün olmadığı, resmi nikahlı eşin üzerine kaydedilmesinin yasadan kaynaklanan bir zorunluluk olduğu, bu hali ile suçun unsurlarının oluşmayacağı gerekçesiyle beraat kararını onamış ve sanığın 28.06.2010 doğumlu çocuk yönünden ise TCK madde 231/1 bakımından zamanaşımının TCK madde 66/1-e maddesi gereğince 8 yıl olması ve doğum tarihinden itibaren 21.02.2019 tarihli iddianamenin düzenlendiği tarihe kadar zamanaşımını kesen bir neden bulunmaması nedeniyle zamanaşımı süresinin dolduğu anlaşıldığından davanın düşmesine karar vermiştir.”⁶⁸²

Yargıtay’ın soybağının değiştirilmesi suçu bakımından dava zamanaşımı değerlendirmesinde başlangıç tarihi olarak çocuğun nüfus kütüğüne kaydedilme tarihini esas alıp TCK madde 66/6 kapsamında özel olarak düzenlenmiş olan failin alt-üst soy veya çocuğun üzerinde nüfuz sahibi olan kimse olması hususunu değerlendirerek bu halde suçun dava zamanaşımını çocuğun 18 yaşını doldurmasından itibaren başlatması gerekmektedir. Aksi

⁶⁸¹ Yargıtay 11. Ceza Dairesi 2020/5852 Esas, 2021/2483 Karar ve 11.03.2021 Tarih sayılı kararı

⁶⁸² Kayseri Bölge Adliye Mahkemesi 7. Ceza Dairesi 2019/165 Esas, 2020/130 Karar ve 22.01.2020 Tarih sayılı kararı

takdirde verilmiş olan kararlar kanunilik ilkesi bakımından hukuka aykırı nitelik taşıyacaktır. Son dönemlerde Yargıtay'ın soybağının değiştirilmesi suçunu da ayrıca değerlendirerek bu suç kapsamında bozma ya da onama yapması suçun kadük kalma durumunu ortadan kaldıran olumlu bir gelişmedir. Kamu ve aile düzeni bakımından ciddi sonuçları olan çocuğun soybağını değiştirme suçu çalışmamızda belirtmiş olduğumuz hususlar bakımından yeni değerlendirmeler yapılarak daha etkin soruşturulabilir ve kovuşturulabilir hale getirilmeli suçun daha caydırıcı nitelik taşımasına katkı sağlanmalıdır.

6. Soybağı Tespit Davalarında Usul Hukuku

a) Babalık Karinesi

Ana ile soybağı doğumla kurulur. Baba ile çocuk arasında kurulun soybağında ise ana ili evli olmak bu yollardan biridir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında açıklanan durum ise doğum ile kurulduğu kabul edilen kadının ana olmaması durumunda nüfusa baba olarak kaydedilen erkeğin durumu ne olacaktır? Kararda da açıklanmış olduğu üzere Babalık Karinesi gereği nüfusa baba olarak kaydedilen erkek bu bağlamda hukuki dayanağını kaybetmiş olacağından nüfus kütüğünden de babalık kaydının silinmesi yerinde olacaktır.

“Çocuk ile anne arasındaki soybağı doğum ile kendiliğinden kurulacağına, anne yönünden soybağı tesisi amacıyla değil, sadece, çocuğu doğuran kadının kim olduğunun tespiti amacıyla dava açılabilir. Nüfusa kayıtlı anne ve baba adının gerçeği yansıtmadığı ve bu nedenle gerçek anne ve baba adının yazılması istemiyle açılacak ve nüfusa kayıtlı bulunan hanenin de değiştirilmesi sonucu doğuran davalarda iki iddia bulunmaktadır. Bunlardan bir tanesi, çocuğun kayden anne olan kadından değil, başka bir anneden doğduğu; ikincisi ise, kayden baba olarak gözüken kişinin genetik baba olmadığı iddiasıdır. Bu davada, kayden anne gözüken kişinin çocuğu doğurmadığı, genetik annenin başka bir kadın olduğunun tespit edilmesi halinde, yukarıdaki sözü edilen babalık karinesi aksi yönde işleyecek ve “genetik annenin kocası olmayan” kayden babanın, babalık sıfatı kendiliğinden ortadan kalkacaktır.”⁶⁸³

“Çocuğun doğduğu tarihte, genetik annenin evli bulunmaması halinde, genetik anne ile evli olmayan genetik baba yönünden, “babalık karinesi” gerçekleşmediğinden, genetik babanın nüfus kaydına işlenmesi talebi “soybağı davası” niteliğini kazanacaktır.”

⁶⁸³ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2013/354-1554, 18. Hukuk Dairesi 2015/1360-3281, 2015/1591-4537.

b) Soybağının Tespiti Davalarında, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Uygulanır

*Kamu düzeni ile yakından ilgili olan soybağının tespiti davalarında, Türk Medeni Kanunu'nun 284. maddesinde belirtilen koşullar saklı kalmak kaydıyla, Hukuk Muhakemeleri Kanunu uygulanır. Anılan madde uyarınca, hâkim maddi olguları re'sen araştırır ve kanıtları serbestçe takdir eder.*⁶⁸⁴

c) Dava Ehliyeti

*Davacı ile çocuklar arasındaki soybağının TMK madde 285 gereğince değil TMK madde 292/1-2 yolu ile kurulduğu, soybağını kuran işleme göre davanın soybağının reddi değil sonradan evlenme yoluyla soybağının düzeltilmesine itiraz niteliğinde TMK madde 294/1 olduğu anlaşıldığından; davanın bu şekilde vasıflandırılması yerine, soybağının reddi olarak nitelendirilip hak düşürücü süre geçtiğinden davanın reddine karar verilmesi doğru değil ise de; TMK madde 294/1 maddesine göre de davacı babanın sonradan evlenme yoluyla kurulan soybağına itiraz davası açma hakkı bulunmadığından davanın aktif husumet ehliyeti yokluğundan reddi gerekip...*⁶⁸⁵

d) Babalığın Tespiti İstemine İlişkin Davalarda, Hâkim Maddi Olguları Re'sen Araştırı ve Kanıtları Serbestçe Takdir Eder

*Kamu düzeni ile yakından ilgili olan babalığın tespiti istemine ilişkin davalarda, hâkim maddi olguları re'sen araştırı ve kanıtları serbestçe takdir eder. Dava, türlü kanıtlarla ispatlanabilir. İlk derece mahkemesince somut olaydaki iddia ile ilgili olarak DNA testi yaptırılıp alınacak rapor doğrultusunda karar verilmesi gerekir.*⁶⁸⁶

e) Hak Düşürücü Süre

“Soybağının reddi davasında, davanın hak düşürücü süre içerisinde açılıp açılmadığı hususunda ve davanın temellendirilmesinde belirleyici olan “öğrenmenin” ne zaman gerçekleştiği noktasında şüphenin öğrenme açısından yeterli olup olmadığı üzerinde durulmalıdır. Yerleşik Yargıtay uygulamalarında, yargılama dışında elde edilmiş babalık raporlarına özellikle hak düşürücü süre niteliğinde dava açma süresinin öğrenme tarihinden itibaren başlaması bakımından dikkate alındığı görülmekte yani öğrenmenin yargılama dışı babalık testi ile gerçekleşmesi anında hak düşürücü sürenin başlayacağı kabul edilmektedir. Dolayısı ile bir çocuğun

⁶⁸⁴ Diyarbakır Bölge Adliye Mahkemesi 2. Hukuk Dairesi 2021/410 Esas, 2021/448 Karar ve 15.06.2021 Tarihli sayılı karar.

⁶⁸⁵ Yargıtay 18. Hukuk Dairesi 2016/3740 Esas, 2016/6213 Karar

⁶⁸⁶ Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 28. Hukuk Dairesi 2021/610 Esas, 2021/820 Karar ve 26.05.2021 Tarih sayılı karar.

*kendisinden olmadığı yönündeki şüphe öğrenme açısından yeteli kabul edilemeyecektir.*⁶⁸⁷

C) SOYBAĞINI DEĞİŞTİRME SUÇUNU ÖNLEME YOLLARI

“Önlemek tedavi etmekten daha iyidir.” sözü doğrultusunda suçların da toplumsal birer hastalık olması nedeniyle oluşmalarından önce önlemek amacıyla tedbirler alınması suçun işlenmesini de en aza indirecektir.⁶⁸⁸ Suçun işlenmesini önlemek amacıyla geliştirilmiş metotlardan biri suçun icrasının engellenmesidir. Bu metoda göre fiilin ön şartlarını yok ederek suçun önlenmesi mümkündür.⁶⁸⁹ Ayrıca toplumun aydınlatılması, meslekleri gereği suça maruz kalma ya da fail olma ihtimali yüksek kimseler bakımından bunu engelleyecek önlemlerin alınması, suçun işlenme ihtimalinin yüksek olduğu yerlerde daha geniş güvenlik önlemlerinin alınması vb. gibi önlemler fiilin ön şartlarını önlemek amacına hizmet edecek bazı yöntemlerdendir.⁶⁹⁰ Bir diğer metot ise suçu oluşturacak çevre tahriklerini azaltmaktır.⁶⁹¹ Bu önleme yöntemine koruyucu tedbirler vasıtasıyla çocuklu ailelerin çocuklarını başka ailelere çocuklarını gizlice vermesini ya da taşıyıcı annelik gibi yasaklanmış yöntemlere başvurmamaları için ekonomik durumlarının düzelterek imkanlar sağlanması, çocuk sahibi olamayan aileler içinde yardımcı üreme tekniklerinin daha ulaşılabilir hale getirilmesi veya evlat edinme ya da koruyucu aile olma süreci hakkında bilgilendirmeler yapılarak bu yönde teşvik sağlanması örnek olarak verilebilir. Suçun önlenmesi bakımından bir diğer metot ise ruhsal direncin kuvvetlendirilmesidir.⁶⁹² Kişi ahlaki öğretiler ve topluma saygı kapsamında suç işlemekten çekinecek olup çocukluktan başlayarak bireylerin hukuka ahlaka saygılı olarak yetiştirilmesi suçların işlenmesini önleyebilecek niteliktedir.

Soybağının tespiti hem ceza hukuku hem medeni hukuk bağlamında büyük önem arz etmektedir. Soybağının tespiti ise adli bilimler sayesine

⁶⁸⁷ İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 2. Hukuk Dairesi 2021/558 Esas, 2021/897 Karar ve 17.05.2021 Tarih sayılı kararı; Ruhi, a.g.e. s.655

⁶⁸⁸ Timur Demirbaş, (2002), “Suçun Önlenmesinin Yolları” [https://www.kriminoloji.com / Sucun-Onlenmesinin-Yollari-Timur-Demirbas.htm](https://www.kriminoloji.com/Sucun-Onlenmesinin-Yollari-Timur-Demirbas.htm) (Son Erişim Tarihi: 28.03.2023). Ayrıca bkz. Veysel Dinler, (2016), “Problem Odaklı ve Toplum Destekli Suç Önleme”, [5. Ünite], *Suç Önleme Modelleri*, (ed. Filiz Tepecik), Anadolu Üniversitesi Yayınları, Eskişehir, s. 91.

⁶⁸⁹ Demirbaş, a.g.e.

⁶⁹⁰ Demirbaş, a.g.e.

⁶⁹¹ Demirbaş, a.g.e.

⁶⁹² Demirbaş, a.g.e.

mümkün olmaktadır. DNA tespiti ile ana ve baba nerdeyse kesin şekilde belirlenmekte ve çocuğun soybağının kimlerle kurulmuş olduğu belirlenmektedir. Ancak DNA tespiti yapılırken çok dikkat edilmelidir. Özellikle test sürecinde yapılan hatalardan geri dönüş olmayabilir. DNA örneği alınırken de aynı şekilde dikkatli olunmalıdır. Bunun dışında kan örneği, tükürük ve çeşitli salgılar yoluyla da soybağının tespiti mümkündür ve bu örneklerin alınması test edilmesinde de gerekli dikkat ve özen gösterilmelidir.

*Baba olduğu iddia olunan kişinin %99,73 oranından daha az ihtimalle baba olabileceği belirlenmiş ise, Karbonik Anhidraz (Ca II), Peptidaz A. Gm. Levis araştırması ve karşılaştırılması ile sonuca gidilmelidir. Yine de aynı oranda bir sonuç elde edilemiyor ise DNA tiplemesi yapılması imkânı araştırılmalı, davalının baba olamayacağı ihtimali tamamen kaldırılıp delillerin hep birlikte takdiri gerekir. Üniversitelerin tıp fakültelerinden özellikle adli tıp, tıbbî biyokimya ana bilim dalları ile enstitülerinden herhangiinde açıklanan araştırma yapılabildiği belirlendikten sonra; davacı, çocuk ve davalı o kurumlara birlikte sevk edilip davacının savı araştırılmadan eksik incelemeyle yazılı şekilde hüküm kurulması ve davanın reddi doğru görülmemiştir.*⁶⁹³

Özellikle sağlık kurumlarında bu suçun işlenmesine engel olmak için özen yükümlülüğüne aykırı davranışların önüne geçilmek için çeşitli önlemler alınması durumunda suçun oluşumunu engellemek mümkün hale gelecektir. Suçun önlenmesi amacıyla sağlık kayıtlarının, aile veya yakınlarının kimler olduğuna ilişkin bilgilerin doğumdan itibaren hemen en güvenli şekilde tutulması ve kaydedilmesi gerekmektedir. Ayrıca doğumdan çıkan anneye, aile yakınlarına ve çocuğa aynı şekil veya desende tanımayı kolaylaştıracak bileklik, halhal gibi işaretlerin takılması da özen sorumluluğuna aykırı davranmayı en aza indirecektir. Doğumhanede görev yapan sağlık çalışanlarının da sayılarının artırılması çalışanlarının yorgunken hata yapmalarını engelleyecek olup doğan bebeklerle de daha yakından belli sayıda görevlinin ilgilenmesini sağlayacaktır.

Ceza kanunumuzdaki suçun düzenlenmiş halinde de bazı eksiklikler bulunmaktadır. Öncelikle suçun sağlık görevlisi tarafından işlenmesi ağırlaştırıcı hal olarak düzenlenmelidir. Böylelikle sağlık görevlilerinin daha dikkatli ve özenli davranmaları sağlanmış olacaktır. Özellikle toplumumuzda evlilik dışı birliktelikler imam nikâhı adı altında kurulmakta ve doğan çocuklar da resmi nikâhı olan eşin çocuğu gibi gösterilmektedir. Bu durumun da önlenmesi için kanunda öngörülen yaptırımların daha caydırıcı olması

⁶⁹³ Yargıtay 2. Hukuk Dairesi 93/8685 Esas, 93/9405 Karar ve 18.10.1993 tarih sayılı kararı.

gerekmektedir. Kanundaki gerekli düzenlemeler yapıldıktan sonra Yargıtay içtihatlarında süregelen soybağının değiştirilmesi suçunu işlemeye yönelik fiil başka suçların da işlenmesine neden olmuşsa bunların kanun maddesi gereği ayrı ayrı cezalandırılması yönünde karar verilmelidir.

SONUÇ

Soybağı insanın geçmişiyle bağlantı kurması ve geleceğini şekillendirmesi açısından büyük önem taşımaktadır. Aynı zamanda aile ve toplum açısından da soybağının tam ve doğru kurulması kamu düzeni tesisinde mihenk taşlarındandır. Aile bireyleri arasındaki güvenin tesisi ve toplum ilişkilerinde çeşitli sorunları önlemek adına soybağının kurulmuş olduğu şekilde kaydedilmesi bakımından devletin sorumluluğu da büyüktür. Ülkemiz ve tüm dünyada bu husus etraflıca ele alınmış ve her toplumun kendi yapısı doğrultusunda bir çözüm bulunmaya çalışılmıştır.

Yardımcı üreme teknikleri giderek yaygınlaşmaya başlamasına rağmen bu hususta ülkemizde bulunan tek düzenleme *Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Yönetmeliği*'dir. Ancak yukarıda da belirtilmiş olan birçok sorun bakımından yönetmelik eksik kalmaktadır. Yardımcı üreme tekniklerinden bazıları her ne kadar yönetmelikle yasaklanmış olsa da yasağa rağmen yapılmakta bu durumdan en çok etkilenenler dünyaya gelen çocuklar olmaktadır. Doğan çocuğun soybağının kimle nasıl kurulacağı hususunda kanunda çok fazla boşluk bulunmaktadır ve var olan düzenlemeler ise, çocuğun üstün yararını korumak için yeterli değildir. Özellikle heterolog döllenme yoluyla dünyaya gelen çocuk açısından ciddi soybağı problemlerinin gündeme geleceği açıktır. Ayrıca soybağının kurulması özellikle Medeni Kanun temelli bir husus olmasından dolayı daha ayrıntılı düzenlenmeli ve kanundaki düzenlemeler doktrindeki görüşler de dikkate alınarak yeniden şekillendirilmelidir. Taşıyıcı annelik her ne kadar ülkemizde yasaklanmış olsa da bu işlemin yapılması haline herhangi bir yaptırım sağlık kuruluşları ve görevli sağlıkçılar hariç herhangi bir yaptırım öngörülmemiştir. Kişilerin bu işlemi yasal olmayan yollardan yapması halinde yine mağduriyet yaşayacak olan çocuklardır.

Çocuğun geleceğini şekillendirmesi, gerektiğinde sağlık, miras, ceza aile hukuku konularında haklarına ulaşabilmesi ve bunları kullanabilmesi için soybağının kimlerle kurulduğunu bilmesi elzemdir. Devlet bu hususta birey, aile ve topluma gerekli imkânı sağlamak durumunda olup soybağı kayıtlarının doğru ve güvenilir şekilde tutulmasından sorumludur. Bu sorumluluk aynı zamanda soybağını değiştirmeye yönelik fillerin ceza kanunlarında suç olarak belirlenmesi ve yaptırma bağlanasını da gerekli kılmaktadır. Yargıtay her ne kadar soybağını değiştirme suçunun somut olaya birebir uygulanmasını

sağlayamamış ve diğer suçlarla birlikte işlendiğinde diğer suçların içinde erimesine yönelik içtihatlarda bulunmuşsa da bu kararların değişmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Soybağı ailenin yapı taşı olup toplumu ilgilendiren ve kamu düzenine etki eden bir husustur. Soybağının değiştirilmesi suçu açısından korunmak istenen hukuki değer aile ve toplum düzeni olsa da yalnızca bunlarla sınırlanmak yerinde olmayacaktır. Soybağının belirlenmesi yalnızca ceza hukuku alanında değil medeni hukuk bakımından da önemli sonuçları bulunmaktadır. Bu sebeple soybağının tespiti de aynı derecede önemlidir. Gelişen teknoloji soybağının tespitinde insanlığa büyük faydalar sağlamıştır. Basit bir örnekle kesine yakın sonuçlarla soybağının kimlerle kurulduğu bilgisi elde edilebilecek duruma gelinmiştir. Aynı zamanda üreme konusunda da yapay birçok yol keşfedilmiş ve bu yollarla çocuğu olmayan ailelerin sorunlarına çözümler bulunmuştur. Yapay yollarla üreme tekniklerinde kullanılan üreme hücrelerinin kimlerden alındığı ve bu hücrelerin laboratuvar ortamında birleştirildikten sonra kimin rahmine yerleştirildiği, meydana gelen embriyonun durumu gibi birçok hukuki sorun da teknolojinin hızlı ilerlemesi sonucu çözülemez hale gelmiştir. Taşıyıcı annelik hususundaki problemler de bunlardan biridir. Taşıyıcı annelik kimi ülkelerde yasal kabul edilirken kimi ülkelerde ise yasaklanmıştır. Taşıyıcı annelikte genel kabul doğuran kişinin ana olarak kabul edilmesi ve soybağının doğuran kadına bağlanmasıdır. Taşıyıcı annelik özellikle heterolog döllenme yoluyla meydana gelmişse soybağı anlamında ciddi problemlere sebep olabileceğinden yalnızca ebeveynler mecbur kalmışsa kullanılacak bir yol olmalı ve toplumun gerçeği olarak ciddi yer etmiş bu tıbbi uygulamalar için daha kapsamlı ve güncel kanunları hazırlanması gerekmektedir.

Ülkemizde yardımcı üreme yöntemlerine ilişkin her ne kadar yapılmış bir yönetmelik olsa da bu hususun daha güncel, sistematik ve kapsamlı bir şekilde kanun hazırlanarak ele alınması ve meydana gelen hukuki boşluklar bu şekilde giderilmelidir. Tüm bu sorunların çözümünde toplumun ahlaki yapısı, hukuk kuralları, aile hukuku sınırları ve biyo-etik alanında yapılan çalışmalar kanun koyucuya yol gösterici nitelikte olacaktır. Ayrıca üreme tedavi yollarında kanuna ahlaka adaba aykırı durumlar meydana gelmesi halinde buna ilişkin sınırlamaların mutlaka kanunla konulması gerekir. Yasakların kanundan daha aşağı normlarla konulması, sadece idari yaptırıma tabi olmasına ve iptal edilebilir nitelikte olmasına neden olacağından ulaşılması istenen amaca hizmet etmeyecektir.

Ceza kanunu bağlamında özellikle soybağının değiştirilmesi suçunun uygulanması daha etkin hale getirilmelidir. Çünkü ülkemizde bilinenden daha fazla soybağının değiştirilmesi suçu işlenmektedir. Bu suçun işlenmesini önlemek içinse öncelikle yapay üreme yollarında eşlere daha fazla imkân sağlanmalıdır. Kanunlarda yapılacak düzenlemelerle suçun işlenmesini önlemek amacıyla caydırıcılık unsuru etkin kılınmalı ve suçu işlemesi daha kolay olan sağlık çalışanları bakımından özgü suç niteliği verilmeli ve bu bağlamda suçun failinin sağlık görevlisi olması ağırlaştırıcı neden olarak öngörülmelidir. Ayrıca doğumhanede, yeni doğan ünitesinde çalışan sağlık personelinin sayılarının artırılması, vardiyalarının dikkat dağınıklığını en aza indirecek şekilde düzenlenmesi özellikle soybağının değiştirilmesi suçunun taksirle işlenmesini en aza indirecek olup özen yükümlülüğüne aykırı davranılmasının da önüne geçecektir. Doğumdan sonra da ana ve çocuğun ayırt bağlarını belirginleştirmek ve yeni doğanı diğer bebeklerden ayırt etmek için çeşitli bileklik halhal gibi işaretler takılarak karışmasının önüne geçilmelidir. Ayrıca doğan çocuğun kaydının tutulması ve kayıt için fotoğraf çekiminden de yararlanılması soybağının etkin şekilde korunmasına fayda sağlayacaktır. Unutulmamalıdır ki soybağı toplumun geçmişini bilmesi geleceğini inşa etmesi için en önemli şeydir.

Son dönemlerde hastanede doğum, nüfus kayıt sistemi, teknolojik gelişmeler ve DNA testi gibi kesine yakın sonuçlar sağlayan araştırma yöntemleri sayesinde her ne kadar çocuğun soybağının değiştirilmesi suçunun azalmış olduğu görülse de halihazırda çeşitli şekillerde işlenmeye devam edip, aile ve toplum düzenini tehdit etmeye devam etmektedir. Suçun görülme oranının az olması ve Medeni Kanun, Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Ceza Muhakemeleri Kanunu ve Ceza Kanunu arasında soybağına ilişkili düzenlemelerin yer aldığı çalışmamızda da ayrıntılı olarak ele alınmış bir husus olup çelişkili düzenlemeler arasında birliğin sağlanması elzemdir.

Soybağının değiştirilmesi suçunun sadece çocuk sahibi olamayan kimseler tarafından değil başka amaçlar için de işlenebileceği açıktır. Yalnızca hastanede çocukların birbiri ile değiştirilmesiyle değil, nüfus kütüğüne yanlış bilgilerin verilmesi nedeniyle soybağının gerçekten farklı görünmesine neden olan durumlardandır. Ayrıca bir dönem çalışmak amacıyla Almanya'ya giden bazı Türk vatandaşlarının Almanya'nın doğan çocuklara bakım parası vermesini fırsat bilerek Türkiye'de kendi soybağından olmayan çocukları kendi çocuğuymuş gibi nüfus kütüğüne kaydetmiş olduğu durumlar da göz önüne alınarak suçun sosyolojik nedenlerle de işlenebildiği unutulmamalı ve her anlamda suç önleyecek nitelikte önlemler alınması gerekmektedir.

Çocuğun soybağını değiştirme suçunun günümüzde teknolojik gelişmeler sayesinde azalmış olduğu görünse de özellikle evlilik dışı ilişkisinden olan çocuğu evlilik birliği içindeymiş gibi eşinin çocuğu olarak nüfus kütüğüne kaydettirmesi en çok karşılaşılman işlenme biçimidir. Bun durumunu önleyebilmek amacıyla nüfus memurları ve sağlık görevlileri açısından daha etkili kontrol yöntemlerinin geliştirilmesi gerekmektedir. Kamu ve aile düzeninin korunması bakımından bu suçun önlenmesi ve caydırıcı düzenlemelerin yapılması ve işlenmiş olması halinde de etkin bir şekilde cezalandırılması suçun topluma vereceği zararı en aza indirmek için gereklidir.

Sonuç olarak, çocuğun soybağının değiştirilmesinin konu edildiği bu tezde, bu suç tipinin benzer fiillerle farkı karşılaştırmalı olarak ele alınmış. Bu suçun aydınlatılmasında adli bilimsel yöntemlere yer verilmiştir. Bu suç tipi sonuçları itibariyle sadece ceza hukuku konusunu oluşturmamakta, başta medeni hukuk, miras hukuku, devletler özel hukuku olmak üzere pek çok konuyla ilgili ve bağlantılıdır. Hukuk doktrininde üzerinde daha fazla durulması yararlı olacaktır.

KAYNAKÇA

Aksoy Dursun, Sanem. (2018), “Soybağı Davalarındaki Hak Düşürücü Sürelere İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararlarının Değerlendirilmesi”, *İstanbul Hukuk Mecmuası*, Cilt:76, Sayı:2, ss. 393-416.

Aksoy İpekçioğlu, Pervin. (2012), “Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt:70, Sayı:1, ss. 19-38.

Aksoy İpekçioğlu, Pervin. (2013), “Vücuttan Örnek Alma İşleminin Hukuki niteliği ve Anayasaya Uygunluğu”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırma Dergisi Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan*, Cilt:19, Sayı:2, ss. 1157-1176.

Apaydın, Bahar ve Nurten Akman. (2020), “Dondurularak Saklanmış Üreme Hücresinin veya Embriyonun Eşin Ölümünden Sonra Ana Rahmine Transferi (Postmortal Döllenme) Sonucunda Doğan Çocuğun Mirasçılığı”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:24, Sayı:2, ss.63-107.

Atalay, Ayşe Özge. (2019), “Ceza Muhakemesi Hukukunda Moleküler Genetik İncelemelerin Özel Nitelikli Kişisel Verilerin Korunması Açısından Değerlendirilmesi”, *Ceza Hukuk ve Kriminoloji Dergisi*, Cilt:7, Sayı:2, ss.127-184.

Aydın, Devrim. (2014), *Ceza Muhakemesinde Deliller*, Yetkin Yayınları, 1. Baskı, Ankara.

Aydın, Öztürk. (2016), “Homolog Döllenme Yoluyla Elde Edilen Tüpteki Embriyonun Yasal Mirasçılığı”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt:22, Sayı:3, ss. 349-374 .

Bağlar, Yunus E., (2021), “Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Yıl: 12, Sayı: 45 ss.121-154.

Baygın, Cem. (2002), “Kan Bağına Dayanan Soybağı”, *Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: VI Sayı: 1-4, ss. 255-284.

Bayraktar, Köksal ve diğerleri. (2020), *Özel Ceza Hukuku*, On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, Cilt: VI, Ankara.

Bayraktar, Köksal ve diğerleri. (2020), *Özel Ceza Hukuku*, On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, Cilt: VII, Ankara.

Cin, Halil ve Gül Akyılmaz. (2015), *Türk Hukuk Tarihi*, Sayram Yayınları, 6. Baskı, Konya.

Çakmut, Özlem Yenerer. (2008) *Soy Bağının Belirlenmesi ve Ceza Hukukunda Çocuğun Soy Bağını Değiştirme Suçu*, Beta Yayınları, 1. Baskı, İstanbul.

Demirbaş, Timur. (2002), “Suçun Önlenmesinin Yolları” <https://www.kriminoloji.com/Sucun-Onlenmesinin-Yollari-Timur-Demirbas.htm> (Son Erişim Tarihi: 28.03.2023).

Dinler, Veysel. (2009), *Ceza Muhakemesinde Delillerin Toplanması*, Polis Akademisi güvenlik Bilimler Enstitüsü Suç Araştırmaları Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Ankara.

Dinler, Veysel. (2016), “Problem Odaklı ve Toplum Destekli Suç Önleme”, [5. Ünite], *Suç Önleme Modelleri*, (ed. Filiz Tepecik), Anadolu Üniversitesi Yayınları, Eskişehir, s. 90-111.

Dural, Mustafa ve Tufan Ögüz, (2015), *Kişiler Hukuku* Cilt:2, Filiz Kitabevi, 16. Baskı, İstanbul.

Ergüneş, Seda. (2012). “Yapay Döllenme”, *İstanbul Barosu Yayınları Sağlık Hukuku Makaleleri I*, Basımevi, İlk Baskı Ege, ss.167-178.

Egemenoglu, Alaaddin. (2017), “Yargıtay Kararları Işığında 5237 Sayılı Türk ceza Kanunu’nda Tehdit Suçu”, *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:4, Sayı:1, ss. 59-102.

Genç, Fatma Umay. (2018), “Çocuğun Soybağını Değiştirme Suçu”, *Dr. Dr. h.c. Silvia Tellenbach’a Armağan*, Seçkin Yayınları, 1. Baskı, Ankara, ss.159-208.

Gökçen, Ahmet ve diğerleri. (2017), *Ceza Muhakemesi Hukuk II*, Adalet Yayınevi, 1. Baskı, Ankara.

Gökpinar, Mahmut. (2008), “Ceza Sorumluluğunun Temeli: Kast”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 79 ss.198-234.

Gönenç, Fulya İlçin ve Kemale Aslanova. (2018), “Biyobankalar ve Milli DNA Veri Bankası Kanunu Tasarısı”, *İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:4 Sayı:2, ss.13-32.

İkizler, Metin. (2007), “Hukuki Boyutu ile Almanya’da Bebek Sandığı ve Anonim Doğum Uygulamaları”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 9, Özel Sayı, ss. 683-719.

Kayak, Sevgi. (2018), “Roma Hukukunda Aile Kurumu”, *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, 8(2) 249-302.

Kırkbeşoğlu, Nagehan. (2005), “Soybağı Alanında Biyoetik ve Hukuk Sorunları”, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı.

Koca, Mahmut ve İlhan Üzülmaz. (2016), “Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler”, Seçkin Yayıncılık, 9. Baskı, Ankara.

Kutbay, Gülbün ve Sultan Alan. (2020), “Yenidoğan Ünitelerinin İşleyişinde Ortaya Çıkan Etik Durumlar”, *Lokman Hekim Dergisi*, Cilt:10, Sayı:1, ss. 37-46.

Konuralp, Orhan Emre. (2020), “Kişilerden Kan ve Doku Örneği Alınmasına İlişkin Olarak Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 292’nci Maddesi Karşısında Türk Medenî Kanunu’nun 284’üncü Maddesinin Durumu”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:69, Sayı:4, ss. 1609-1640.

Kök, Neziha Ahmet. (2018), “İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi’nin Uygulanmasında Türkiye İnsan hakları ve Eşitlik Kurumu” *Türkiye İnsan Hakları Eşitlik Kurumu*, Sayı:1, ss.147-162, s.155.

Meran, Necati. (2013), “Çocuğun Soybağını Değiştirme ve Resmî Belgede Sahtecilik Suçunun Ayırıştırılması” *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt:8, Sayı:85, ss. 48-53.

Metin, Sevtap. (2019), “Biyo-tıp Etiği ve Hukuk” Betim Kitaplığı, 2. Baskı, İstanbul.

Öktem Çevik, Seda. (2012), “Çocuğun Anne ve/veya Babası Haricindeki Kişilerin Nüfus Siciline Kaydedilmesinden Doğan Sorunların Değerlendirilmesi” *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı (Prof. Dr. Cevdet Yavuz’ Armağan)* ss.2105-2130.

Özkaya, Nesrin. (2012), “Çocuğun Soybağını Değiştirme Suçu”, Ege Basımevi, *İstanbul Barosu Yayınları Sağlık Hukuku Makaleleri II*. ss.179-194.

Özbek, Veli, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız. (2020), “Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler”, Seçkin Yayıncılık, 15. Baskı, Ankara.

Öztürk, Bahri (ed.) (2018), “*Ana Hatlarıyla Ceza Muhakemesi Hukuku*”, Seçkin Yayıncılık, 5. Baskı, Ankara.

Ruhi, Ahmet Cemal. (2021), “*Nüfus ve Soybağı Davaları*”, Adalet Yayınevi, 1. Baskı, Ankara.

Şen, Ersan ve Selvacan Akpınar, (2021), “Çocuğun Soybağını Değiştirme Suçu ve Dava Zamanasımı Sorunu” <https://sen.av.tr/tr/makale/cocugun-soybagini-degistirme-sucu-ve-dava-zamanasimi-sorunu> (Son Erişim Tarihi: 28.03.2023).

Şenöz Malkoç, Ebru. (2014), “Uluslararası Taşıyıcı Annelik Sözleşmesinden Doğan İhtilaflarda Uygulanacak Hukuk” *MHB (Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genç Milletlerarası Özel Hukukçular Konferansı Tebliği)*, Cilt:35, Sayı:2, 13-49.

Tezcan, Durmuş, Mustafa Ruhan Erdem ve Murat Önok. (2022), “*Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*”, Seçkin Yayınevi, 20. Baskı, Ankara.

Toroslu, Nevzat ve Haluk Toroslu. (2019), “*Ceza Hukuku Genel Kısım*”, Savaş Yayınları, 25. Baskı.

Turgut, Cemile. (2016), “*Yapay Döllenme Taşıyıcı Annelik ve Soybağına İlişkin Hukuki Sorunlar*”, On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı.

Tüzüner, Özlem. (2013), “Soybağının Tespiti Davasında Genetik Analize İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:62, Sayı:4 ss. 1139-1166.

Yıldırım, Hülya Deniz. (2018) “Üremeye Yardımcı Tedavide Üçüncü Kişiden Üreme Hücresi Alınması, Yaklaşımlar ve Hukuksal Sorunlar”, *Adli Tıp Dergisi*, Cilt:31, Sayı:3, ss. 143-154.

Yüksel, Tülay. (2021), “Kamu Görevlisi Sağlık Mesleği Mensubu Tarafından İşlenen Resmî Belgede Sahtecilik Suçu”, *7. Uluslararası Hukuk Sempozyumu Tam Metin Kitabı*, İstanbul Şehir Üniversitesi, ss.753-798.