

MEDENİ YARGIDA İNSAN BEDENİ ÜZERİNDE İNCELEME

Examination on the Human Body In The Civil Procedure

Arş. Gör. Zeynep ALBAYRAK¹

Geliş Tarihi: 13.06.2017

Kabul Tarihi: 22.12.2017

ÖZET

Medeni yargıda davanın çözümü kavuşturulması için hâkimin insan vücudu üzerinde inceleme yapmasını gerektiren haller söz konusu olabilir. Bu hallerde hâkim, davanın kabul şartlarının olup olmadığını tespit etmek ya da maddi olayı aydınlığa kavuşturmak için insan vücudunda yapılacak olan incelemeyi bir ispat aracı olarak kullanır. Bazen bu inceleme tek başına bir delil olarak kabul edilirken, bazen de ispat, insan bedeni ya da aklı üzerindeki incelemede elde edilen emareler sayesinde gerçekleşir. Her durumda insan bedeni üzerinde inceleme yapmak, vücut bütünlüğünün ihlali niteliğindedir. Dolayısıyla yapılacak olan incelemenin, vücut bütünlüğüne müdahale için belirlenen sınırlar içinde gerçekleşmesi gerekmektedir. Medeni yargıda insan bedeni üzerinde yapılacak incelemenin, uluslararası ve iç hukuk kurallarınca çizilen sınırlar içerisinde gerçekleştirilmesi, insan haklarına uygunluk ve bu yolla elde edilen bilgilerin delil olarak kullanılmasının meşruluğu açısından önemlidir.

Anahtar Kelimeler: medeni usul, beden incelemesi, vücut dokunulmazlığı, keşif, ispat.

ABSTRACT

In civil procedure there may be cases where the judge needs to examine the human body in order to resolve the case. In these cases, the judge utilizes the human body as a means of proof to determine whether the case is admissible, or to shed some light on the case. Occasionally, inspection on human body or mind is regarded as a stand-alone evidence, otherwise proof is attained by the indications acquired from them. In any case, examination of the human body is a violation of the physical integrity. Thus, the examination should be within the boundaries regulated by international and domestic rules of law for intervention in physical integrity. In civil procedure, implementation of examination on human body in within the boundaries of international and national law, is significant in terms of the compliance of the human rights and the admissibility of the data as evidence.

Keywords: civil procedure, physical bodily examination, physical integrity, inspection, evidence.

GİRİŞ

Medeni yargıda hâkim, davanın bilinmeyen noktalarını aydınlatmak ve gerçeği bulmak için ispat araçlarından yararlanmaktadır. Davanın içeriğine ve uyumsuzluğun niteliğine bağlı olarak, insan vücudu üzerinde inceleme yapılmasını gerektiren durumlar söz konusu olmaktadır. Bu durumlarda hâkimin, insanın bedenini, aklını ve davranışlarını incelemek suretiyle bilgi

¹ Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Ana Bilim Dalı, zeynepalbayrak@outlook.com

toplamaşı, yargılama sonucunda verilen kararın maddi vakiya ve adalete uygun olması bakımından gereklidir. Böylece hâkim, dava ile ilgili kanaat sahibi olabilmek ve karar verebilmek için insan bedenini bir ispat aracı olarak kullanacaktır.

Yargılama açısından bir gereklilik olan insan bedeni üzerinde yapılan incelemeler, inceleme konusunun “insan bedeni” olması nedeniyle ayrı bir öneme sahiptir. Zira insan, fiziki varlığının yanında psikojik, duygusal ve toplumsal yönleri olan, doğal olarak haklara ve onura sahip ve bütün bunlardan dolayı hukuk sisteminde korunan bir varlıktır. Bu nedenle insan üzerinde yapılan tüm incelemeler, başkaca hukuki sonuçlara ve menfaat ihlallerine neden olmaktadır. Yapılan tüm incelemelerin, insan haklarını koruyan iç ve uluslararası hukuk düzenlemeleri çerçevesinde kalması önem taşımaktadır.

İnsan bedeni üzerinde yapılacak incelemelerin taşıdığı bu özel mahiyete rağmen, medeni yargıda bu incelemelerin yapılmasına dair açık bir düzenleme mevcut değildir. Bu halde yapılan incelemelerin, hukuka uygunluğu açısından sorunlar ortaya çıkmaktadır. Çalışmamızda, bu sorunlar ve yapılacak incelemelerin meşruiyeti, insan hakları ve hukuk düzeni çerçevesinde değerlendirilecektir.

I. KAVRAM

İnsan bedeni üzerinde incelemenin kapsamının belirlenebilmesi için öncelikle “insan bedeni” kavramından ne anlaşılması gerektiği üzerinde durulmalıdır. İnsan bedeni, genel olarak “insan vücudu” kelimesi ile eş anlamlı olarak, insanın maddi varlığını belirtmek için kullanılmaktadır². Maddi varlıkla kastedilen, kişinin cismaniyetine dâhil olan ve dış dünyada yer kaplayan tüm organlarıdır. Tüm organların yanı sıra bunların teşekkülünü sağlayan her türlü hücre, doku ve genetik malzeme de doğrudan insanın maddi varlığına dâhildir. Çalışmamızda insan bedeni kavramı “beden” kelimesinin sözlükte olan ve akla ilk gelen anlamından daha geniş, insanın akıl, sinir, ruh ve davranışlarını da kapsar şekilde kullanılacaktır. Zira insanın maddi varlığa sahip olmayan bu unsurları hakkında inceleme yapmak ve bir sonuca varmak, ancak insan vücudunu gözlemlemek ve muayene etmek suretiyle mümkündür. Örneğin, kişide akıl hastalığının söz konusu olup olmadığına dair inceleme, kişinin maddi varlığı üzerinde yapılacak tetkik ve gözlemler yardımıyla gerçekleştirilecektir. Bu nedenle insanın aklı, ruhu, davranışları, bedeni ve genetik yapısına ilişkin yapılacak tüm incelemeler, insan bedeni üzerinde inceleme olarak nitelendirilecektir.

² Büyük Türkçe Sözlük, (<http://www.tdk.gov.tr>, e.t.25.04.2017); Devellioğlu, Ferit, Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat, Aydın Kitabevi, Ankara, 1992, 95.

İnsan bedenini konu edinen inceleme, muayene ve gözlemler çeşitlilik göstermektedir. Teşhis, tedavi ve koruma amacıyla gerçekleştirilen tıbbi müdahaleler, bilimsel deneyler, yapay dölleme gibi müdahaleler, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda düzenlenmiş olan gözlem altına alma, muayene, fiziki kimliğin tespiti ve keşif gibi işlemlerin tamamı insan bedeni üzerinde inceleme niteliğindedir.

Konumuz olan medeni yargıda inceleme, yargılamanın bir parçası olarak gerçekleştirilen ve maddi vakıyı aydınlatma amacı taşıyan incelemeler ile sınırlıdır. Medeni usul hukukunun gerçeği bulma amacına³ hizmet eden, hâkimi çözüme bir adım daha yaklaştıran ve yargılamanın ilerlemesini sağlayan incelemeler, medeni yargıda yapılan insan bedeni üzerinde inceleme olarak nitelendirilecektir. Mahkeme tarafından inceleme yapma yönünde bir kararın verilmesi ve incelemenin yapılması yargılama içerisinde bir mahkeme usul işlemidir⁴. İnceleme neticesinde elde edilen bilgiler ve yapılan değerlendirmeler ise hâkimde kanaat oluşmasını sağlayan bir ispat aracı niteliği taşıyacaktır. Bu nedenle medeni yargıda yapılacak incelemeler için tıbbi delil elde etme amacıyla inceleme ve elde edilen sonuç için de tıbbi delil kavramlarının kullanılması da mümkündür⁵.

II. MEDENİ YARGIDA İNSAN BEDENİ ÜZERİNDE İNCELEME YAPILMASINI GEREKTİREN HALLER

A. Genel Olarak

Kanunlarda doğrudan ya da dolaylı şekilde insan bedeni üzerinde inceleme yapılmasına dair hükümlerin bulunduğu ya da ilgili hukuk normunun uygulanabilmesi için inceleme yapılma zorunluluğunun söz konusu olduğu durumlarda, hâkim beden üzerinde inceleme yapılmasına karar verecektir. Haksız fiilden kaynaklanan zararın tespiti, iş davalarında tazminat talepleri ve maluliyet değerlendirmeleri, yaş tashihi gibi durumların tamamı beden üzerinde inceleme yapılmasını gerektiren durumlardandır. Ancak çalışmamızda

³ Medeni Usul Hukuku'nun amacı hakkında bakınız: 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Genel Gerekçesi (www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss393.e.t. 04.10.2016); Alangoaya, Yavuz, Medeni Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1979, 87; Gaul, , Hans Friedhelm, Yargılamanın Amacı Güncelliğini Koruyan Bir Konu, (çev. Doç. Dr. Nevhis Deren Yıldırım), Derleyen: Kâmil Yıldırım, İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku Beta Yayıncılık, İstanbul, 2012, 98; Taşpınar, Sema, Medeni Yargılama Hukukunda Amaç Sorunu, Faruk Erem Armağanı, TBB Yayınları, Ankara, 1999,769.

⁴ Karslı, Abdurrahim, Medeni Usul Hukukunda Usuli İşlemler, Kudret Yayınları, İstanbul, 2001, 145.

⁵ Budak, Ali Cem, "Türk Medeni Usul Hukukunda Tıbbi Deliller", YÜHFD, 2016, C. 3, S. 2 Özel Sayı: Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, 337 vd.

bu durumların hepsi ayrı ayrı incelenmeyecek; kanunun açıkça sağlık kurulu raporu alınmasını emrettiği ve özel önem taşıyan durumlara değinilecektir.

B. Soybağı Davaları

Geniş olarak kişinin üst ve altsoyu ile olan ilişkiyi tanımlamak için kullanılan soybağı kavramı, dar anlamda ise bir kişinin ana-babası ile olan biyolojik ve genetik bağı ifade eder⁶. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda soybağı kavramı dar anlamında kullanılmaktadır⁷. Soybağının yargılama hukukunu ilgilendiren kısmını ise soybağı davaları oluşturmaktadır. Soybağı davaları evlatla baba arasında soybağının kurulmasına ya da kurulmuş soybağının kaldırılmasına yarayan davalardır. Soybağının reddi davası (TMK m. 285), sonradan evlenmeyle kurulan soybağına itiraz davası (TMK m. 294), tanımanın iptali davası (TMK m. 297,298) ve babalık davası (TMK m. 391) Türk Medeni Kanunu'nda düzenlenmiş soybağı davalarıdır.

Soybağı davalarına ilişkin yargılama usulü Türk Medeni Kanunu'nun 284'üncü maddesinde ayrıca hükme bağlanmıştır. Buna göre, bu davalarda hâkim maddi vakıaları resen araştırır ve kanıtları serbestçe takdir eder. 284'üncü maddenin ikinci fıkrasında tarafların ve üçüncü kişilerin, soybağının belirlenmesi bakımından zorunlu olması ve sağlıkları yönünden tehlike yaratmaması durumunda araştırma ve inceleme yapılmasına rıza göstermek zorunda oldukları düzenlenmektedir. Bu hükme paralel olarak 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun keşfe ilişkin düzenlemeleri kapsamında 292'nci maddede herkesin soybağının tespiti amacıyla yapılacak incelemelerde vücudundan kan ve doku alınmasına katlanmak zorunda olduğu hüküm altına alınmıştır. Soybağı tespiti amacıyla yapılacak incelemelerde kişilerin, vücutları üzerinde inceleme yapılması, kan ve doku alınmasına dair Türk Medeni Kanunu'nun 284'ncü maddesi ile Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 292'nci maddesinde birbirine benzer şekilde bir zorunluluk getirilmiş olmakla beraber; bu zorunluğa uymamanın yaptırımını farklı şekilde düzenlenmiştir. 284'ncü maddeye göre kişinin soybağının tespiti amacıyla inceleme yapılmasına izin vermemesi durumunda, beklenen sonuç ilgili kişinin aleyhine doğmuş sayılmaktadır. 292'nci maddeye göre ise ilgili kişi keşfe katlanma

⁶ Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan/Gümüş, Mustafa Alper, Türk Özel Hukuku-Aile Hukuku, 12. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016, 254; Akıntürk, Turgut/ Ateş Karaman, Derya, Türk Medeni Hukuku-Aile Hukuku, 14. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2012, 321; Baygın, Cem, Soybağı Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010, 3.

⁷ "Aile hukukunda düzenlenen nesep "bir kimsenin sadece babasına ve anasına nispeti, yani ana, baba ile çocuk arasındaki hısımlık ilişkisi" olarak tanımlanabilen dar ve sınırlı bir anlam taşır." Anayasa Mahkemesi Esas Sayısı: 1990/15 Karar Sayısı: 1991/5 Karar Günü: 28.2.1991; Uyumaz, Murat, Soybağı Davalarında Usule İlişkin Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, 5.

zorunluluğu kapsamında inceleme yapılmasına rıza göstermek zorundadır. Haklı bir sebep olmaksızın, bundan kaçınması halinde zor kullanılarak bu inceleme yapılabilmektedir. Şu halde incelemeye katlanmama halinde 292'nci madde zor kullanılmasını öngörmüşken, 284'ncü maddeye göre zor kullanma mümkün değildir. Öğretide Hukuk Muhakemeleri Kanunu Türk Medeni Kanunu'na göre sonraki kanun niteliği taşımasından dolayı 292'nci maddenin 284'ncü maddeyi zımnen ilga ettiği görüşü hâkimdir⁸. Dolayısıyla bu görüşe göre Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 292'nci maddesi uygulanarak gerekirse zor kullanılarak inceleme yapılması gerekir.

Gerçekten de soybağının tespit edilmesi amacıyla yapılacak olan incelemede Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 292'nci maddesi uygulanmalıdır. Zira 292'nci maddenin Adalet Komisyonu değişiklik gerekçesinde "*Maddenin görüşülmesi sırasında verilen önerge ile TMK'nın 284'nü maddesinde soybağını düzenleyen genel usul kurallarının varlığı sebebiyle tasarıda tekrar düzenlenmesine gerek olmadığı, dolayısıyla hükmün tasarı metninden çıkarılması teklif edilmiştir. Ancak çifte yürürlüğün uygulamacılar için sorun teşkil etmeyeceği ve usul kurallarının Hukuk Muhakemeleri Kanununda bulunmasının yararlı olacağı fikrinin hâkim olması sonucu önerge reddedilmiş ve madde teselsül nedeniyle 298'nci madde olarak aynen kabul edilmiştir.*" denilmesi kanun koyucunun iradesinin soybağı davalarında zor kullanılması yönünde olduğunu düşündürmektedir⁹. Yargıtay da soybağına ilişkin davalarda Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 292'nci maddesinin uygulanması gerektiğine dair kararlar vermektedir¹⁰.

⁸ Tüzüner, Özlem, "Soybağının Tespiti Davasında Genetik Analize İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi", 2013, AÜHFHD, C. 62, S. 4, 1153.

⁹ Özbay, İbrahim, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Neler Getirdi? , 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013, 354; Uyumaz, 191.

¹⁰ 1018. HUKUK DAİRESİ E. 2015/7572 K. 2016/2526 T. 16.2.2016 "Kamu düzeni ile yakından ilgili olan bu tür davalarda, Türk Medeni Kanunu'nun 284. maddesinde belirtilen koşullar saklı kalmak kaydıyla, Hukuk Muhakemeleri Kanunu uygulanır. Anılan madde uyarınca, hakim maddi olguları re'sen araştırır ve kanıtları serbestçe takdir eder. Yukarıda gösterilen Hukuk Muhakemeleri Kanunu 292.maddesi uyarınca dava dilekçesindeki talep çerçevesinde mahkemece tarafların iddia ve savunmaları da dikkate alınarak babalık iddiası ile ilgili olarak... testi yaptırmak üzere davalı ...'a meşruhatlı davetiye çıkarılarak... testi için gerekli kan ve doku örneklerini vermesi, aksi taktirde zor kullanılarak bu incelemenin yaptırılacağı hususu ihtar edilmeli, buna rağmen davalı gelmez veya gelir de kan ve doku örneklerini vermez ise bu incelemelerin zor kullanılarak yapılmasına karar verildikten sonra... testi yaptırılıp alınacak rapor doğrultusunda bir karar verilmesi gerekirken, yukarıda gösterilen yasal düzenlemelere aykırı şekilde eksik incelemeyle davanın kabulü doğru görülmemiştir. Mahkeme soybağına ilişkin davalarda kişilerin, bedenleri üzerinde inceleme yapılmasından kaçınması halinde zor kullanarak inceleme yapılmasına karar vermelidir."18. HUKUK DAİRESİ E. 2015/5033 K. 2015/19035 T. 23.12.2015; 18. HUKUK DAİRESİ E. 2015/22725 K. 2016/2948 T. 23.2.2016 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, e.t. 11.04.2017).

Kanun koyucu Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun soybağına dair 292'nci maddesi ile soybağına ilişkin davalarda gerekirse zor kullanılarak inceleme yapılmasını amaçlamaktadır. Zira maddenin hükümet gerekçesinde, "işin önemi dikkate alınarak böyle bir zorunluluk öngörüldüğü" ifade edilerek, inceleme sırasında zor kullanılmasının bilinçli bir düzenleme olduğu belirtilmiştir. Diğer taraftan, madde Alman Medeni Usul Kanunu'nda soybağına ilişkin inceleme yapılmasına dair §372a' da yer alan hükme benzer şekilde düzenlenmiştir¹¹. Alman hukukunda bu hükme dayanarak, soybağının tespiti amacıyla yapılan incelemelerde, katlanma yükümlülüğünü yerine getirmeyen kişiye karşı zor kullanılabilirliği kabul edilmektedir¹². Bu düzenleme sayesinde, soybağının tespiti amacıyla yapılacak incelemeler, beden bütünlüğünün ihlali niteliğinden çıkmakta ve hukuka uygun olmaktadır¹³. Zira, Federal Alman Cumhuriyeti Anayasası'nda (Art. 2 Abs. 2 S. 3) beden bütünlüğünün ancak bir yasaya dayanılarak sınırlandırılabilirliği düzenlenmektedir. Bu nedenle Usul Kanunu'ndaki soybağına ilişkin düzenleme, beden bütünlüğüne yapılacak müdahaleler için yasal zemin oluşturmaktadır. Kanun koyucu Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 292'nci maddesi ile Almanya'da olduğu gibi, soybağının belirlenmesi amacıyla yapılacak incelemelerin, T.C. Anayasası'nın vücut bütünlüğünü düzenleyen 17'nci maddesinde belirlenen ölçüler içinde kalmasını amaçlamaktadır. Bu nedenle Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 292'nci maddesinin uygulanması, beden bütünlüğünün ihlalini oluşturmamakta, bilakis müdahalenin vücut bütünlüğünü koruma altına alan Anayasa hükmüne uygun olmasını sağlayıcı nitelikte olmaktadır.

Kanun maddelerinin bu açık düzenlemeleri, soybağı davalarında insan bedeni üzerinde inceleme yapılmasını zorunlu hale getirmiştir. Buna göre hâkim soybağı kurulması ya da soybağının kaldırılmasına ilişkin davalarda insan vücudundan örnek alınması suretiyle tıbbi inceleme yapılmasına karar vermek zorundadır. Davada gerçeğe ulaşmak için tekniğin tüm imkânlarından yararlanılmalıdır¹⁴. Şu halde soybağı davalarında karar verilebilmesi için insan

¹¹ ZPO § 372a: "(1) Soybağının tespitin zorunlu olması halinde, herkes muayenelere, özellikle kan örneği alınmasına, katlanmak zorundadır; meğerki muayene, muayene olandan beklenemez olsun.

(2) 386 ilâ 390 arası maddeler kıyasen uygulanır. Muayenenin haksız ve tekrar eder şekilde reddi halinde, doğrudan zor kullanımına, özellikle muayenenin zor kullanarak icrasına karar verilebilir".

¹² Stein/Jonas, Kommentar ZPO, Band 5, 22. Auflage, Tübingen 2006, 433; Ahrens, Hans Jürgen, Der Beweis im Zivilprozess, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 2015, 553.

¹³ Adolphsen, Jens, Zivilprozessrecht, 4. Auflage, Nomos Verlag, 2014, 229-230.

¹⁴ YARGITAY 2. HUKUK DAİRESİ E. 2008/18852 K. 2009/623 T. 26.1.2009 "Babalık davası, soybağı ilişkisinin kuşkuya yer bırakmayacak nispette açığa çıkarılması halinde kabul edilebilir. Hâkim, maddi olguları resen araştırır.(TMK madde 284) Bu konuda tıbbin tüm imkânlarından yararlanılmalıdır. Soybağının belirlenmesinde zorunlu olan ve sağlıkları yönünden tehlike yaratmayan araştırma ve inceleme taraflar ve üçüncü kişiler rıza

bedeni üzerinde inceleme yapılması yasal olarak düzenlenmiş haldedir.

C. Cinsiyet Değişikliği Davaları

Cinsiyetini değiştirmek isteyen kişinin, hukuk sistemi içerisinde izlemesi gereken usul Türk Medeni Kanunu'nun 40'ncü maddesinde düzenlenmiştir. Madde iki aşamalı bir sistem öngörmüştür. Buna göre kişi, öncelikle mahkemeye başvurarak cinsiyet değişikliğine izin verilmesini talep etmelidir. Mahkeme cinsiyet değişikliğine izin verebilmek için, kişinin 18 yaşını doldurmuş olması ve evli olmaması şartlarının yanında transseksüel yapısı nedeniyle cinsiyet değişikliğinin ruh sağlığı açısından zorunlu olduğu ile üreme yeteneğinden sürekli olarak yoksun olduğunu, bir sağlık kurulu raporu ile belgelendirmesini aramalıdır. Bu şartların sağlanmasından sonra mahkeme kişiye cinsiyet değişikliği operasyonu geçirmesi için gerekli izni verir. Daha sonra kişi cinsiyet değişikliği ameliyatı geçirdiğine dair sağlık kurulu raporunu mahkemeye sunar ve mahkeme nüfus sicilinin düzeltilmesine karar verir¹⁵.

Hâkimin cinsiyet değişiklik talebini kabul edebilmesi için belli hususların sağlık kurulu raporu ile ispatlanması gerekmektedir. Sağlık kurulu raporu ise, tıbbi bilirkişinin insan bedeni üzerinde inceleme yapması ve bu incelemenin neticelerini rapor haline getirmesi ile meydana gelmektedir. Sağlık kurulu raporunda yer alacak kişinin transseksüel yapıda olduğu, bu nedenle cinsiyet değişikliğinin bir zorunluluk olduğuna dair tespit psikolojik inceleme; üreme yeteneğinden sürekli olarak yoksun olduğuna ilişkin tespit ise fiziki inceleme neticesinde yapılmaktadır.

İnsan bedeni üzerinde yapılacak incelemede hâkimin, inceleme konusu olan kişiyle teması hiçbir zaman kopmamaktadır. Nitekim cinsiyet değiştirmek isteyen kişinin, cinsiyet değişikliği operasyonundan önce hâkim izni almasını şart koyan kanun koyucu, hâkimin inceleme konusu olan kişiyle temasını hiçbir zaman kesmemesini ve kişiyi bizzat gözlemleyerek bu duruma karar vermesini öngörmüştür¹⁶. Bu nedenle, hâkim, tıbbi bilirkişi raporuyla birlikte kişinin

göstermekle yükümlüdürler.(TMK madde 284/2) Bu bakımdan Türk Medeni Kanununun 284. maddesi uyarınca, her türlü tıbbi ve benzerlik testleri yapılmalı, baba olduğu iddia edilen kişinin % 99.73 oranından daha az ihtimalle baba olacağı belirlenmiş ise D.N.A tipleme yapılması imkânı araştırılmalı, davalıların miras bırakanının baba olamayacağı ihtimali tamamen kaldırılıp, delillerin hep birlikte serbestçe takdiri yoluna gidilmelidir. Bu yönlerin gözetilmemesi de doğru bulunmamıştır.” (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, e.t. 11.04.2017).

¹⁵ Gençcan, Ömer Uğur, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu Yorumu, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015, Cilt 2, 389 vd.

¹⁶ Maddenin Hükümet Gerekçesi: “Madde bu şekli ile mahkemeye, kişinin cinsiyetinin değiştirilmesi sonucu nüfus sicilinde değişiklik yapma konusunda bir takdir yetkisi vermemekte, mahkemeyi adeta bir onay makamı haline getirmelidir. Bu amaçla yeni

davranışları ve ruhsal gelişimine dair izlenimlerini birlikte değerlendirecek ve cinsiyet değişikliğine dair kararını verir.

D. Akıl Sağlığına İlişkin İnceleme Yapılan Davalar

Özel hukuk, kişi iradelerine hukuki sonuç bağlayan ve bu iradelerin açıklanmasıyla oluşan bir disiplindir. Bu nedenle iradelerin sağlıklı olup olmadığının tespiti hukuk düzeni açısından önemlidir. Diğer taraftan kişinin normal kabul edilenden farklı hal ve hareketler sergilemesi kendisi, yakın çevresi ve tüm toplum için sorun teşkil etmektedir. Bu gibi hallerde durumdan etkilenecek tüm tarafları koruyucu önlemlere ihtiyaç vardır. Her iki durumda da mahkemenin, talep sonucuna dair karar verebilmesi ya da kanunun aradığı şartların varlığını tespit edebilmesi için kişinin ayırt etme gücünü, akıl zayıflığını ya da akıl sağlığını tespit etmesi gerekmektedir. Buna dair yapılacak incelemeler de insan bedeni üzerinde inceleme olarak kabul edilir.

Türk Medeni Kanunu'nun 165'nci maddesine göre, akıl hastalığı nedeniyle açılan boşanma davasında, talebin kabul edilebilmesi için, hastalığın geçmeyeceğine dair resmi sağlık kurulu raporunun varlığı gerekmektedir. Bu yönde alınmış bir rapor olmaksızın hâkimin boşanma kararı vermesi mümkün değildir¹⁷.

Kişinin akıl hastalığı ve akıl zayıflığı nedeniyle kısıtlanabilmesi için karar ancak resmi sağlık kurulu raporuna dayanılarak verilebilir (TMK m. 409). Bu şekilde kısıtlanmış olan kişi üzerinden vesayet kaldırılması da ancak buna ilişkin alınmış resmi sağlık kurulu raporuyla mümkün olmaktadır (TMK m.474). Sonuç olarak mahkemenin kişinin akıl hastalığı veya akıl zayıflığı nedeniyle vesayet altına alınmasına karar vermesi veya vesayet altına alınma kararının kaldırılması için mutlaka sağlık kurulu raporu alınmış olmalıdır¹⁸.

Türk Medeni Kanunu'nda insan bedeni üzerinde inceleme yapılması suretiyle alınacak sağlık kurulu raporunun zorunlu olduğu diğer bir müessese ise, koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasıdır. Kanunun 436'nci maddesine göre kişinin akıl hastalığı, akıl zayıflığı, alkol, uyuşturucu madde bağımlılığı veya ağır tehlike arz eden bulaşıcı hastalık nedeniyle kısıtlanabilmesi için bu durumların varlığına dair resmi sağlık kurulu almak zorunludur¹⁹.

düzenlemede cinsiyet değiştirmek isteyen kişinin bu değişikliğe gitmeden önce bizzat mahkemeye başvurması zorunlu kılınmış; mahkemenin böyle bir izni verebilmesi bazı koşullara bağlanmak suretiyle yürürlükteki 29'ncü maddenin ikinci fıkrasında olduğu gibi gelişigüzel cinsiyet değişikliklerinin önüne geçilmek istenmiştir''.

¹⁷ Öztan, Bilge, Aile Hukuku, 4. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2004, 402; Oğuzman, Kemal/ Dural, Mustafa, Aile Hukuku, 2. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1998, 122.

¹⁸ Gençcan, Ömer Uğur, Vesayet Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, 399.

¹⁹ Dağlı, Mehmet, Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011, 97.

III. CEZA MUHALEMESİNDE İNSAN BEDENİ ÜZERİNDE İNCELEME

Ceza muhakemesinde insan bedeni üzerinde inceleme yapılmasına dair Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 75, 76 ve 77'nci maddeleri ile Beden Muayenesi Yönetmeliği'nde düzenlemeler mevcuttur. Bu düzenlemelerle hem şüpheli ya da sanığın hem de diğer kişilerin iç ve dış beden muayeneleri ile vücutlarından örnek alınması hükme bağlanmıştır. Böylelikle iç beden muayenesi olarak kabul edilen kafa, göğüs, karın boşlukları ve cilt alt dokularının incelenmesi (BMY m. 3) ile cinsel organlar ve anüs bölgesinde yapılan muayene (CMK m. 75/4) yanında vücudun dış yüzeyi ile kulak, burun ve ağız bölgelerinin gözle ve elle yapılan yüzeysel tıbbî incelemesi şeklinde gerçekleşen dış beden muayenesine (BMY m.3) de hukuki bir dayanak oluşturulmaktadır. Bununla beraber bu düzenlemelerin bir kısmının kanunla yapılmayıp yönetmeliğe bırakılmış olması çokça eleştirilen ve Anayasa'ya aykırı bulunan bir durumdur²⁰. Zira insan bedeni üzerinde yapılacak bir tıbbî inceleme her ne kadar bir suçun aydınlatılması ve kamu düzeninin sağlanması amacıyla yapılsa da vücut bütünlüğünü tehdit etmektedir. Anayasa'nın 17'nci maddesinde "*Tıbbî zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbî deneylere tâbi tutulamaz.*" denilmektedir. Öyleyse ceza muhakemesi çerçevesinde insan bedeni üzerinde yapılacak inceleme kanunla düzenlenmediği sürece anayasaya aykırı bir müdahale niteliğinde olmaktadır.

Beden muayenesi ve insan bedeninden örnek alma, işlenen bir suçun aydınlatılması ve delillerin anlamlandırılması için delil elde etme amacıyla yapılır²¹. Ancak yapılabilmesi için bir takım şartların varlığı aranmaktadır. Bir başka deyişle kamu yararı gerekçesiyle vücut bütünlüğünün ihlal edilebilmesi için belirli koşulların oluşması gerekmektedir²². Bu koşullardan bazıları ceza muhakemesinin kendi amaç ve şartları gereği aranmakla beraber, beden incelemesi yapabilmek için aranan bazı şartlar kişilik hakları ve insan onurunu korumaya yöneliktir. Bu bakımdan üzerinde durulması gereken ilk şart ölçülülük ya da orantılılık şeklinde ifade edilen suçun ağırlığının vücut muayenesini gerekli göstermesidir²³. Beden muayenesi ile elde edilecek yarar, vücut bütünlüğüne müdahale etmeyi haklı kılacak ölçüde olmalıdır. Beden muayenesinin yapılabilmesi için aranan bir diğer şart ise yapılacak tıbbî müdahalenin sağlık

²⁰ Ünver, Yener/Hakeri, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 12. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, 283. Mahmutoğlu, F. S. Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması, 4 (<http://fsmahmutoglu.av.tr>, 16.05.2017).

²¹ Mahmutoğlu, 4; Ünver/Hakeri, 283.

²² Akbulut, Berrin, "Dış Beden Muayenesi", TAAD, Y. 2016, S.27, 96-111, Apış, Özge, "Ceza Muhakemesi Hukuku'nda Şüpheli/Sanığın Beden Muayenesi ve Vücutundan Örnek Alınması", MÜHF-HAD, Y. 2012, C.18, S. 1, 278-289.

²³ Şahin, Cumhuriyet, Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi, Ankara, 2005, 241; Mahmutoğlu, 9.

açısından bir tehlike yaratmayacak olmasıdır²⁴. Her ne kadar kamu yararı söz konusu olsa da insan bedenine zarar vererek bir sonuca ulaşmak insan hakları açısından kabul edilemez. Bununla beraber muayenenin, sağlık açısından bir sakınca taşıyıp taşımadığı hem müdahale şekli hem de şüpheli ya da sanığın durumuna göre bilirkişi yardımıyla tespit edilmelidir²⁵.

Müdahalenin kim tarafından yapılacağı da insan bedeni üzerinde muayene açısından önem arz eden noktalardan biridir. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 75/3'üncü maddesinde ve Beden Muayenesi Yönetmeliği'nin 5'inci maddesinde muayene ve incelemenin tabip ya da sağlık personeline yapılacağı hükme bağlanmıştır. Öyleyse hâkim, savcı ya da kolluk, şüpheli ya da sanığın bedenini inceleyemez ve bizzat delil elde edemez; bunu bilirkişi aracılığıyla gerçekleştirmesi gerekir²⁶.

Ceza muhakemesinde, kamu yararı ve kamusalık karakterinin baskın olmasının bir sonucu olarak beden muayenesi için şahsın rızası aranmaz. Bu konuda verilmiş bir hâkim kararının olması halinde kişinin rızası olmasa dahi gerekirse zorla beden muayenesi yapılabilir (BMY m. 18/1)²⁷.

Ceza muhakemesinde delil elde etmek amacıyla insan bedeninin incelenmesi, açıkça Kanun ve Yönetmelik ile düzenlenmiş ve belirli şartlara bağlanmış haldedir. Bunun yanı sıra bu amaçla yapılacak incelemelerde rıza aranmayacak olması da ayrıca önem taşımaktadır. Ne var ki medeni yargı her ne kadar yargılama hukukunun bir dalı olmak itibarıyla ceza yargısına benzerlik gösterse de insan bedeni üzerinde yapılacak olan incelemeye ilişkin olarak doğrudan bir kıyas yapmak mümkün değildir. Bu durum hem her iki yargılama kolunun farklı ilkelere ve amaçlara sahip olmasından hem de insan bedenine dair yapılacak olan incelemenin kişilik hakkının ihlali niteliği olmasından kaynaklanmaktadır. Zira Anayasa'nın 13'üncü maddesi gereğince temel hak ve özgürlükler ancak kanunla sınırlandırılabilir. Dolayısıyla söz konusu temel hak ve özgürlükler olduğunda kıyas yapmak mümkün olmayacaktır.

IV. İNSAN BEDENİ ÜZERİNDE YAPILACAK İNCELEMENİN NİTELİĞİ

Hâkim, uyumsuzluğun çözülmesi için gerekli olması halinde kişi üzerinde fiziksel ya da ruhsal yönden inceleme yapılmasına karar verebilir. Yapılacak olan bu incelemenin hukuka uygun ve meşru olabilmesi için niteliğinin doğru şekilde belirlenmesi büyük önem taşımaktadır. İnceleme yapılmasına dair kararı verecek mahkeme ve incelemenin icrasında görev alacak olan tüm kişi, kurum

²⁴ Ünver/Hakeri, 287.

²⁵ Apiş, 284.

²⁶ Ünver/Hakeri, 287.

²⁷ Ünver/Hakeri, 293.

ve organların, medeni yargının hangi müessesesi kapsamında işlem yaptıklarını bilmeleri, hukukun kendilerine çizdiği sınırdaki kalmalarını sağlayacaktır.

Medeni yargıda, insan vücudu üzerinde inceleme yapılmasına dair karar, bu incelemeyle davanın bilinmeyen noktalarının aydınlanması ve hâkimin çözüme yaklaşması amacıyla verilir. İnsan bedeni ya da aklı üzerinde yapılacak inceleme, talep şartlarının varlığını tespit etmek ya da maddi vakia hakkında bilgi sahibi olmak amacıyla gerçekleştirilir. Hâkimin, üzerinden bilgi edineceği insanın vücuduna erişmesi ve bilgi toplaması için de, kanunun kendisine bizzat inceleme yapma yetkisi verdiği keşif delilinden yararlanması gerekir.

Keşif, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 288 vd. maddelerinde hâkimin, duyu organları yardımıyla uyuşmazlık konusu üzerinde bizzat inceleme yapması olarak tanımlanmaktadır. Hâkim insan bedeni üzerinde yapılacak incelemeleri ancak keşif sınırları içerisinde gerçekleştirebilir. Diğer taraftan hâkimin keşif yapmaksızın bilirkişi incelemesi yapılmasına dair karar vermesi ve yalnız bilirkişi raporuna dayanması, söz konusu inceleme insan bedeni üzerinde olduğunda pek mümkün gözükmemektedir. Her ne kadar yapılacak tıbbi inceleme teknik bilgi gerektiriyor olsa da insan psikolojik, sosyolojik ve hukuki yönleri olan ve bu yönleri itibarıyla de hâkim tarafından değerlendirilmesi gereken bir uyuşmazlık konusudur. Bu nedenle, delil elde etmek amacıyla bilirkişiye başvurulmuş olsa bile, hâkim inceleme konusu olan insanı bizzat görerek değerlendirmelidir. Uygulamada da genellikle, hâkimler bilirkişi incelemesi yönünde karar vermeden önce, kişiyi teşhis amacıyla görmeyi istemektedir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda insan bedeni üzerinde yapılacak incelemelerin niteliğini belirleyen açık bir düzenleme bulunmamakla birlikte, insan bedeni üzerinde incelemeye dair var olan tek düzenleme olan soybağı tespiti için inceleme (HMK m.292), keşif başlığı altında yer almaktadır. Soybağı için yapılan incelemeler gibi, medeni yargıda yapılacak tüm beden incelemelerini keşif olarak nitelendirmek doğru olacaktır²⁸.

Keşif, hâkimin maddi vakıya ve uyuşmazlık konusuna bizzat duyu organları yardımıyla temas etmesi sonucunda edindiği izlenimleri ve değerlendirmelerini tutanağa geçirmesi ile oluşan takdir bir delildir²⁹. Hâkim, uyuşmazlık konusu üzerinde yapmış olduğu inceleme neticesinde elde etmiş olduğu izlenimlerini ve değerlendirmelerini tutanağa aktarır; bunları delil olarak yargılama

²⁸ Ahrens, 473; Jackel, Holger, Das Beweisrecht der ZPO, 2. Auflage, Stuttgart, 2014, 96.

²⁹ Postacıoğlu İlhan E./Altay, Sümer, Medeni Usul Hukuku Dersleri, 7. Bası, Vedat Kitapçılık, Ankara, 2015, 752; Yıldırım, Kamil / Deren Yıldırım, Nevhis, Medeni Usul Hukukunun Esasları, 7. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2009, 370; Kuru, Baki, Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, 317; Atalay, Oğuz, Pekcanitez Medeni Usul Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, 1949; Muşul, Timuçin, Medeni Usul Hukuku, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012, 424.

sırasında kullanır. Bu nedenle keşif delilinin maddi vakiayı temsil etme gücü zayıftır³⁰. Keşif, diğer taraftan doğrudan hâkimin vakiaya ya da uyuşmazlık konusuna teması neticesinde ortaya çıktığı için, diğer takdiri delillere göre hâkim nezdinde daha önemlidir³¹. Keşif her ne kadar hâkimin uyuşmazlık konusu üzerinde bizzat yapacağı inceleme olsa da Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun keşfi düzenleyen maddelerinde hâkimin bilirkişiden yardım alabileceği düzenlenmektedir. Bu yardım bilirkişinin inceleme sırasında sözlü olarak dinlenilmesi şeklinde olabileceği gibi, daha kapsamlı ölçme ya da araştırma gerektiren durumlarda bilirkişiye tetkik yapmak üzere süre vermek ve bilirkişi raporunun bu süre sonunda alınması şeklinde de olabilir (HMK m. 290/2). Yapılacak olan incelemenin keşif niteliğini kaybetmemesi için hâkimin, inceleme konusu ile bağlantısını kesmemesi, inceleme konusunu görmüş olması ve incelemenin kapsamını biliyor olması gerekmektedir. Aksi takdirde hâkimin hiç görmediği uyuşmazlık konusu hakkında bilirkişiye keşif yetkisi vererek inceleme yaptırması ve daha sonra ortaya çıkan bilirkişi raporuna dayanarak keşif tutanağı oluşturması mümkün değildir.

İnsan vücudu üzerinde yapılacak keşif sırasında hâkim bilirkişiden yararlanmak durumundadır. Her ne kadar hâkim, üzerinde inceleme yapılacak kişiyi görse ve incelemenin mahiyeti hakkında bilgi sahibi olsa da yeterli tıbbi bilgiye sahip olmaması nedeniyle bilirkişi yardımına başvurmaksızın inceleme yapamaz. Hâkim, tıbbi bilirkişiye yapılacak incelemede dikkat edilmesi gereken noktaları, incelemenin hangi amaçla yapıldığını ve rapor neticesinde bilmek istediği hususları bildirir (HMK m. 272). Bilirkişi, incelemesinin neticesinde hazırladığı raporu hâkime sunar. Hâkim bilirkişi raporunu, üzerinde inceleme yapılan kişinin durumunu göz önünde tutarak değerlendirir. Netice itibarıyla hâkim, keşif incelemesi sırasında teknik ve özel bilgi gerektirdiği için bilirkişiden yararlanmış olur. Örnek olarak Türk Medeni Kanunu'nun 40'nci maddesinde kişinin cinsiyet değiştirebilmesi için transeksüel yapıda olduğuna dair sağlık kurulu raporu alması gerektiği düzenlenmektedir. Kişinin transeksüel yapıda olup olmadığı hâkimin şahsen anlayabileceği bir durum değildir, bu nedenle bu hususta bilirkişi yardımına başvurması gereklidir. Diğer taraftan hâkimin, cinsiyet değiştirecek kişinin psikolojik ve sosyal açıdan bu durumun önemini kavrayıp kavradığının tespitini yapması gerekmektedir. Bir başka anlatımla, hâkim bilirkişi raporunu, kişi hakkındaki kendi izlenimini, varsa başka delilleri, hukuki bilgilerini kullanarak değerlendirilmelidir³².

³⁰ Konuralp, Haluk, Medeni Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, 12.

³¹ Atalay, 1950.

³² Sert, Selin, "Türk Medeni Hukuku'nda Cinsiyet Değiştirme". TBB Dergisi, 2015, S.118, 253; 2. HD, E. 2002/3556 K. 2002/4451 T. 29.3.2002.

İnsan vücudu üzerinde yapılacak keşif incelemesinin teknik inceleme ve özel bilgi gerektirmesi halinde hâkimin bilirkişiden yararlanacağı kuşkusuzdur. Bununla beraber, insan bedeni üzerinde yapılacak olan incelemenin bilirkişi yardımına başvurmaksızın hâkimin bizzat yapacağı inceleme ile çözmesinin mümkün olup olmadığı hususu, üzerinde durulmalıdır. Örneğin hâkimin, bakmakta olduğu bir tazminat davasında, davacının trafik kazasında kolunun yaralanmasından dolayı talep ettiği tazminata hükmedebilmesi için bilirkişiden yararlanmak mecburiyetinde olduğuna dair bir hüküm mevcut değildir. Kendi yapmış olduğu keşif neticesinde kişinin kolunun yaralanmış olduğu tespit edebiliyorsa ve bu zararlar trafik kazası arasında illiyet bağı kurmasına yarayacak başka deliller mevcutsa, hâkimin bu eksikliğin tespiti için ayrıca bilirkişiye başvurmasına gerek yoktur. Zira bilirkişi incelemesi, kanunda yalnızca özel ve teknik bilgi gerektiren konularda başvurulacak bir müessese olarak düzenlenmiş; hâkimin, genel bilgi ya da tecrübeyle veya hâkimlik mesleğinin gerektirdiği hukuki bilgiyle çözülecek konularda bilirkişiye başvurması yasaklanmıştır (HMK m. 266). Bu genel düzenlemenin dışında özel kanun hükümleri ya da içtihatların gereği olarak bilirkişiye başvurmanın zorunlu tutulduğu haller olsa da insan bedeni üzerinde yapılacak inceleme bu hallerden değildir³³. Öyleyse hâkim, bir bakışta anlaşılabilen ve genel bilgiyle değerlendirilmesi yapılabilen hallerde sadece incelemenin insan bedeni üzerinde olmasından dolayı bilirkişiye başvurmak zorunda değildir³⁴. Ancak yaralı bir kolun kişinin yaptığı iş ve sosyal hayatı göz önünde tutularak nasıl bir zarara neden olduğu ya da tedavi masrafları, iyileşme ihtimali gibi tazminat miktarına etki edecek başka araştırma hususları için bilirkişiden yardım alınması gerekebilir. Her ne kadar, inceleme konusu hakkında hâkim bir bakışta kanaat sahibi olsa da, bu kanaate dayanarak değerlendirme yapması her zaman mümkün değildir. Zira incelenecek unsurun niteliği, sebebi ve sonucu tıbbi bilgi olmaksızın anlaşılabilir olabilir. Uygulamada da insan bedeni üzerinde yapılacak incelemelerde hemen her zaman bilirkişiye ihtiyaç duyulmaktadır.

V. İNSAN BEDENİ ÜZERİNDE İNCELEMENİN GERÇEKLEŞTİRİLMESİ

Keşif kararı talep üzerine ya da resen alınabilir (HMK m. 288). İnsan bedeni üzerinde inceleme yapılmasına dair kararı da hâkim, taraflardan birinin talebi üzerine ya da uyuşmazlığın çözümü için gerekli görmesi halinde kendiliğinden alabilir. Keşif, keşif kararında belirtilmiş olan zamanda gerçekleştirilir. Bu bakımdan bir keşif kararı almaksızın, insan bedeni üzerinde incelemenin de keşif olarak değerlendirilmesi söz konusu olamaz. Örneğin, yargılama dışında yapılmış olan bir DNA testi sonucu ya da zarar tespitini içeren bir sağlık raporu,

³³ Umar, Bilge, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, 797.

³⁴ Müller, Heinrich Andreas, ZPO Kommentar, 2. Auflage, Dike Verlag, Zürich, 2016, 1471.

daha sonra açılmış olan davada keşif delili olarak kabul edilemez³⁵. İnsan bedeni üzerinde yapılan inceleme sonucunun keşif olarak yargılama sırasında kullanılabilmesi için, incelemenin bu yönde verilen bir karar neticesinde ve hâkim gözetiminde gerçekleştirilmiş olması gerekmektedir.

Keşfin, bizzat hâkim tarafından gerçekleştirilmesinin zorunlu olduğu ancak gerekli hallerde bilirkişiden yardım alınacağı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda düzenlenmiştir (m. 288). İnsan bedeni üzerinde yapılacak olan incelemenin doğrudan hâkim tarafından icra edilmesi yalnızca dışardan bakıldığında değerlendirilmesi mümkün olan istisnai durumlarda söz konusu olabilir³⁶. İnsan bedeni üzerinde yapılacak olan keşif incelemelerinin çoğunda hâkimin, bilirkişiden yardım alması gerekmektedir³⁷. Bu zorunluluk hem insan bedeni üzerinde yapılacak olan incelemenin teknik ve özel bilgi gerektirmesinden (HMK m. 266) hem de tıbbi incelemelerin sağlık memuru tarafından yapılmasının gerekliliğinden kaynaklanmaktadır³⁸. Yapılacak olan tıbbi incelemeler için Adli Tıp Kurumu resmi bilirkişi olarak kanun tarafından görevlendirilmiş durumdadır (2659 sayılı Adli Tıp Kurumu Kanunu m. 1)³⁹. Tıbbi bilirkişi, hâkimin belirlemiş olduğu kapsam ve sınır dâhilinde insan bedeni üzerinde incelemeyi gerçekleştirmelidir (Bilirkişilik Kanunu, m. 3/6).

³⁵ Schweighauser, Jonas, ZPO Kommentar, 3. Auflage, Schulthess Juristische Medien, 2016, 2233.

³⁶ Müller, 1471; Weibel, Thomas/ Walz, Claudia, ZPO Kommentar,3. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich, 2016, 1361.

³⁷ Atalay, Oğuz, Pekcanitez Medeni Usul Hukuku, 15. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, 1917,1918, 1923; 21. HD, E. 2009/6548, K. 2010/5592, T. 11.5.2010 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 25.09.2017).

³⁸ Medeni yargıda delil elde edilmesi amacıyla yapılacak tıbbi incelemelere dair özel bir hüküm olmadığından, bu incelemelerin sağlık memuru tarafından yapılmasının gerekliliği de açıkça ve ayrıca düzenlenmiş değildir. Ancak Ceza Muhakemesi'nde kişilerin iç ve dış beden muayeneleri ile vücutlarından örnek alınması işleri ancak sağlık memuru tarafından gerçekleştirilmektedir (Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik, m. 4,5,6). Benzer şekilde, tanı ve tedavi amacıyla yapılacak olan tıbbi müdahalelerde de, muayenenin ancak sağlık memuru tarafından yapılacağı kabul edilmektedir (Zengin, Mehmet Ali, Biyoloji Uygulamaları ve Tıbbi Müdahaleler Karşısında İnsan Haklarının Korunması, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012, 31). Bu hallerde müdahalenin sağlık personeli tarafından yapılması bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmektedir. Bu durumlarda olduğu gibi medeni yargıda yapılan incelemelerin de sağlık personeli tarafından gerçekleştirilmesi asıl olmalıdır. İncelemenin bu konuda eğitim almış ve yetkili tıbbi bilirkişiye yaptırılması, kişilik hakları ve insan onuru bakımından da koruyucu olacaktır.

³⁹ Tıbbi incelemelerde raporun Adli Tıp Kurumu ya da üniversitelerin adli tıp bölümlerinden alınmasının, denetlenebilirlik ve güvenilirlik açısından gerekli olduğuna dair: 17. HD, E. 2014/16885, K. 2016/10549, T. 17.11.2016; 17. HD, E. 2016/1236, K. 2016/3357, T. 16.3.2016 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 25.09.2017).

Davanın aydınlatılması için gerekli olan ve hâkimin kapsamını belirlemiş olduğu incelemenin gerektirdiği müdahale türü, bilirkişi tarafından tespit ve icra edilmektedir. Buna göre inceleme gözle ya da elle yapılabilir; gerektirmesi halinde ise bedenden örnek alınır⁴⁰. Fiziksel incelemenin yanı sıra, boşanma, vesayet ya da cinsiyet değişikliği davalarında veya uğranılan zararın tespiti amacıyla kişinin ruhsal yönden incelenmesi de söz konusu olmaktadır. Ruhsal yönden yapılacak olan incelemeler, fiziksel incelemelerden farklı olarak, genellikle kişinin belli bir süre gözlem altında tutulmasını gerektirmektedir. Alman medeni usul hukukunda kişinin gözlem altına alınmasını ve bu yolla muayenesine ilişkin FamFG'nin (Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit- Aile Hukuku ve Çekişmesiz Yargı Davalarına İlişkin Kanun) 284'üncü maddesinde düzenleme bulunmaktadır. Maddede, kişinin hangi koşulla, ne kadar süreyle ve nasıl gözlem altında tutulacağı hüküm altına alınmıştır. Buna göre mahkeme, bu yönde bilirkişi raporu olması halinde, ilgili kişiyi bizzat dinlemiş olmak kaydıyla, koruma ve gözlem altına alma kararı verebilir. Bu işlemin süresi altı haftayı geçemez, ancak bilirkişinin raporunu hazırlayamaması durumunda en fazla üç aya kadar uzatılabilir. Kişinin gözlem altında tutulması, mahkemenin açık kararı olması halinde, zor kullanılarak ve zorla eve girilerek icra edilebilmektedir. Bu işlemlere karşı şikâyet kanun yolunun açık olduğu belirtilmiştir⁴¹. Türk hukukunda ise, kişinin ruhsal incelemesinin yapılması ve bu yönde sağlık kurulu raporu alınması gereken hâllere ilişkin usuli bir düzenleme bulunmamaktadır (TMK 40, 165, 409, 474). Yalnızca Adli Tıp Kurumu Kanunu'nun, çalışma esaslarının düzenlendiği 23'üncü maddesinde genel olarak Adli Tıp Kurumu'nun nasıl inceleme yapacağı düzenlenmiştir. İnsan bedeni üzerinde inceleme, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin yaşam hakkını düzenleyen 2'nci maddesi, işkence yasağını düzenleyen 3'üncü maddesi, özel hayata saygıyı düzenleyen 8'inci maddesi ile Anayasa'nın kişi dokunulmazlığını koruyan 17'nci maddesi çerçevesinde olmalıdır. Ayrıca tıbbi müdahaleler ve ceza muhakemesinde beden muayenesi açısından kabul edilen sınırlamalar, medeni yargıda yapılacak insan bedeninin incelenmesi için de uygun düştüğü ölçüde uygulanmalıdır. Zira her ne kadar medeni yargıda yapılacak beden incelemesinin amacı diğer incelemelerden farklı olsa da, muayeneye dair sınırlamalar insan hakları ve insan onurunu koruma amacı taşımaktadır. Buna göre; beden muayenesi, ancak gerekli olduğu ve kişinin sağlığı açısından sakınca olmadığı durumlarda gerçekleştirilmelidir⁴².

⁴⁰ Kızırlarlan, Hakan, Vücutun Muayenesi ve Örnek Alma, Çetin Ofset, Ankara, 2007, 77 vd.

⁴¹ Haußleiter, Martin, FamFG Kommentar, 2. Auflage, C.H. Beck, Münschen, 2017, § 284 Rn. 2-4; Keidel, Theodor/Budde,Lutz, FamFG Kommentar, C.H. Beck, Münschen, 2017, § 284, Rn. 2-8.

⁴² Ünver/Hakeri, 287.

İnsan bedeni üzerinde inceleme, Anayasa'da aranan "kanunen düzenlenmiş olma" şartı nedeniyle yalnızca kanunda belirtilen hallerde mümkün olabilir. Diğer taraftan hâkimin, beden üzerinde inceleme yapılacağına dair açıkça bir kararının da olması gerekmektedir⁴³. Kişinin aydınlatılmış olması da önem taşımaktadır. Tıbbi müdahale açısından bakıldığında aydınlatılmış rıza (aydınlatılmış onam, hukuken geçerli rıza) kişiye yapılacak müdahalenin nasıl ve kim tarafından yapılacağı, riskleri, sonuçları hakkında bilgi verilmesi ve bu durumları bilerek rızanın alınmasıdır⁴⁴. Yargılama içerisinde yapılacak müdahalede kişinin bu hususlar hakkında hâkim ve incelemeyi yapacak hekim tarafından bilgilendirilmesi gerekmektedir. Kişi yapılacak incelemeye mecbur olmadığı ve incelemeye rıza göstermemesi halinde ispat bakımından aleyhine değerlendirilme yapılacağı bilgisine sahip olmalıdır.

VI. TIBBİ DELİL ELDE ETME SIRASINDA İNCELEMeye KATLANMA ZORUNLULUĞU

A. Genel Olarak Rıza ve İncelemeye Katlanma Zorunluluğu

Tıbbi delil elde etme amacıyla insan bedeni üzerinde yapılacak inceleme aynı zamanda vücut bütünlüğüne müdahale niteliği taşımaktadır. Bu müdahale için, ilgili kişinin rızasının gerekli olup olmadığı hususunun üzerinde durulması gerekmektedir. Rıza kavramı, doktrinde ve pozitif hukukta büyük çoğunlukla tıbbi müdahaleler bağlamında değerlendirilmektedir. Ancak medeni yargıda yapılan insan bedeni üzerinde inceleme, delil elde etme amacını taşımaktadır ve bir keşif işlemi niteliğindedir. Bu nedenle tıbbi delil elde etme sırasında rızanın, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun keşfe katlanma zorunluluğunu düzenleyen 291'inci maddesi açısından incelemesi gerekmektedir. Zira ilgili maddede, yapılacak olan keşif incelemesi karşısında ilgili kişilerin iradesinin değeri ve sonuçlarını düzenlemektedir.

291'inci maddenin ilk fıkrasında, tarafların ve üçüncü kişilerin keşfe katlanmak zorunda oldukları ile keşfi engelleyecek tutum ve davranışlardan kaçınmaları gerektiği düzenlenmiştir. Maddenin diğer fıkralarında keşif incelemesinden kaçınmanın sonuçları ayrı ayrı hükme bağlanmıştır. Biz de bu ayrıma bağlı kalarak, tarafların ve üçüncü kişilerin keşfe katlanma zorunluluğunu ayrı ayrı inceleyeceğiz.

⁴³ Bumiller Ursula/ Harders, Dirk/ Schwamb, Werner, FamFG Kommentar, 11. Auflage, C.H. Beck, Münschen, 2015, § 283 Rn. 2, § 284 Rn. 4-6.

⁴⁴ Zengin, Mehmet Ali, Biyolojik Uygulamaları ve Tıbbi Müdahaleler Karşısında İnsan Haklarının Korunması, Adalet Yayınevi, Ankara, 41; Ozanoğlu, Hasan Seçkin, Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü, AÜHFYD Y. 2003, C.2, S. 3, 64 vd.

B. Taraflar Bakımından İncelemeye Katılma Zorunluluğu

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 291'inci maddesinin 2'nci fıkrasında, ispat yükü üzerine düşen tarafın keşif yapılmasına karşı koyması halinde, bu durumun ispat yükü açısından değerlendirilmesi gerektiği belirtilmektedir. İspat yükü, hâkimin, iddiada bulunmuş ancak bu iddiasını ispatlamamış taraf aleyhine karar verebilmesine olanak sağlayan bir yüküdür⁴⁵. Buna göre, keşfe karşı koyan taraf ispat yükü üzerine düşen tarafı keşif delilinden vazgeçmiş; diğer tarafı iddia edilen vakıaları kabul etmiş sayılmalıdır. Dolayısıyla, medeni yargıda beden muayenesine izin verilmemesi durumunu, hâkim delillerin değerlendirilmesi aşamasında göz önünde tutar. Örneğin, bir trafik kazasında bedensel zarara uğradığını iddia eden davacı, beden muayenesinden kaçınması halinde, keşif delilinden vazgeçmiş ve bu yolla iddiasını ispat edememiş sayılır.

İsviçre Medeni Usul Kanunu'nun 160'uncü maddesinde de kişilerin keşif incelemesine katılmak zorunda oldukları belirtilmiştir. 164'üncü maddede ise, haksız olarak keşif incelemesinden kaçınılması halinde, bu durumun delillerin değerlendirilmesinde göz önüne alınacağı hüküm altına alınmıştır. Bu nedenle İsviçre hukukunda da Türk hukukundaki gibi, kişinin incelemeye zorlanması mümkün değildir⁴⁶. Bu durum, bedeni üzerinde inceleme yapılmasına izin vermemiş dolayısıyla delillerin toplanmasında işbirliği yapmamış olan kişinin aleyhine değerlendirilir⁴⁷. İsviçre Medeni Usul Kanunu'nun 163'üncü maddesinde, taraflarla belli yakınlık derecesinde olan kişilerin incelemeden kaçınabileceği de düzenlenmiştir. Bu sebeplerden birinin varlığı halinde, keşfe katılma zorunluluğu söz konusu olmaz ve kişi delillerin değerlendirilmesinde dezavantajlı konuma düşmez⁴⁸.

Alman Medeni Usul Kanunu'nda keşfin düzenlendiği 371'inci maddenin 3'üncü fıkrasına göre de taraflardan birinin, keşif yapılmasını kabul etmemesi halinde, bu durum delillerin değerlendirilmesinde göz önünde tutulur. Dolayısıyla, Alman hukukunda da taraflardan birinin keşiften kaçınması ispat yükü bakımından değerlendirilmektedir. Ancak elbette kaçınmanın haklı bir nedene dayanıp dayanmadığı hâkim tarafından göz önünde tutulur⁴⁹.

⁴⁵ Umar/Yılmaz, (1980), 3; Atalay, (2017), 1694; Taşpınar, (2001), 160; Kuru, (2016), 320; Postacıoğlu/Altay, (2015), 570.

⁴⁶ Weibel/Walz, 1363; Müller, 1294.

⁴⁷ Rüetschi, Sven, ZPO Berner Kommentar, Stampfli Verlag, Zürich, 2012, 1754, 1770.

⁴⁸ Rüetschi, 1769.

⁴⁹ Rauscher, Thomas/ Krüger, Wolfgang, Münchener Kommentar ZPO, Verlag C.H. Beck, München, 2013, Band 2, § 371 Rn. 28; Musielak, Hans-Joachim/ Voit, Wolfgang, ZPO Kommentar, Verlag Franz Vahlen, Münschen, 2017, § 371, Rn. 20.

Anglo-sakson hukuk sistemlerine dâhil olan ABD, İngiltere ve Kanada gibi ülkelerde ise ilgili taraf mahkeme tarafından beden incelemesine, kan testi veya DNA testi gibi testlere hukuken zorlanabilmekte; ancak bu zorlama testlerin zor kullanılarak yapılabilmesi sonucunu doğurmamaktadır. Buna göre mahkemenin bu testlere karar vermesi fakat ilgili tarafın buna uymayı haklı neden olmadan reddetmesi halinde mahkeme bu durumu testi reddeden tarafın aleyhine delil olarak kullanabilmekte; hatta duruma göre bu davranış mahkeme kararına itaat etmeme suçu (contempt) oluşturmakta ve kişi mahkemece cezalandırılabilir. Tüm bu bakımından mahkemenin (hâkimin) geniş takdir yetkisi bulunduğu kabul edilmektedir⁵⁰.

Taraflardan birinin incelemeden kaçınması, delillerin değerlendirilmesi bakımından bu kişinin aleyhine yorumlanmaktadır. Bu nedenle kişinin bu ağır sonuçla karşılaşmadan önce bilgilendirilmesi önem taşımaktadır. İncelemeye katlanmaması halinde, hâkimin bu durumu nasıl değerlendireceğinin, kısacası incelemeye katlanma zorunluluğunun kapsamının ve sonuçlarının ilgili tarafa bildirilmesi gerekmektedir. Diğer taraftan, engelleme amacını taşımayan itiraz ve çekincelerin keşfe karşı koyma olarak değerlendirilmemesi ve keşfin gerçekleştirilmesi için her türlü önlemin alınması gerekmektedir. Yargıtay da aldığı bir kararda *“keşif tutanağında, hâkimin keşfin düzenini sağlamak için hangi tedbirleri aldığı, hangi uyarıları yaptığı ve bunlara uyulmaması halinde neticesinin ne olacağı konusunda tarafları uyardığı hususlarında bir kayıt bulunmamaktadır. Keşfin sağlıklı yapılmasını engelleyen her tutum ve davranış doğrudan keşif deliline dayanmaktan vazgeçmiş sayılma sonucunu doğuracağını kabul etmek adil yargılanma hakkı ile örtüşmeyeceği gibi, böyle bir sonuç 6100 sayılı HMK'nın 291. maddesinin amacına da uygun değildir”* diyerek bu duruma işaret etmiştir⁵¹.

Tarafların keşiften kaçındığı her durumun ispat yükü bakımından bir değerlendirmeye tabi tutulması isabetli değildir. Zira kendisi için keşfe katlanmanın külfeti, durumun aleyhine değerlendirilmesi nedeniyle meydana gelecek zarardan daha ağır olarsa, taraf keşif delilinden vazgeçmeyi ya da vakıyı ikrar etmiş sayılmayı göze alır. Bu durumu göz ardı ederek ya da kişiyi cezalandırıcısına aleyhine sonuç çıkarmaya çalışmak yargılamanın temel amacı ve adil yargılanma hakkı ile bağdaşmamaktadır. Dolayısıyla hâkimin

⁵⁰ Greenberg, LW, Family Law in California, CreateSpace Independent Publishing, 2016, 513; Foote, Caleb/ Levy, Robert/Sander, Frank, Cases and Materials on Family Law, Little, Brown and Company, 1966, 48; Örnek olarak bakınız: Kanada: Children's Law Reform Act, R.S.O. 1990, 17.2; Avustralya: Family Law Act 1975 No.53, 69W; İngiltere: Family Law Reform Act 1969, 21-23; Yeni Zelanda: Family Proceedings Act 1980, 57; Güney Afrika Cumhuriyeti: Children's Status Act 2006, 10.

⁵¹ 16. HD, E. 2014/12442, K. 2014/10058, T. 16.9.2014 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 02.10.2017).

durumun koşullarına göre keşfe engel tutum ve davranışları değerlendirmesi gerekmektedir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 291'inci maddesinin 2'nci fıkrasında da hükmün, duruma ve karşı koyma sebebine göre uygulanacağı ifade edilmektedir. Şu halde, incelemeden kaçınan kişi delillerin takdiri bakımından mutlak olarak dezavantajlı durumda olduğu kabul edilmemeli, hâkim tarafından mevcut duruma göre bir değerlendirme yapılmalıdır.

C. Kamu Düzeninden Kaynaklanan Davalarda İncelemeye Katılma Zorunluluğu

Yukarıda taraflardan birinin keşiften kaçınması halinde zor kullanılarak keşif yapılamayacağı, durumun yalnızca delillerin değerlendirilmesi bakımından göz önüne alınacağı belirtildi. Bu durum Medeni Usul Hukuku'na hâkim olan taraflarca getirilme ilkesinin bir sonucudur (HMK m. 25). Bu ilkeye göre hâkim, taraflarca ileri sürülmeyen delilleri araştırmaz ve bunlara dayanarak hüküm tesis edemez. Bir tarafın bedeni üzerinde inceleme yapılmasına rıza göstermemesi halinde ise bu ilke gereğince hâkimin, bu delile ulaşmaya çalışma yani zor kullanma yetkisi ve ödevi söz konusu değildir. Taraflarca getirilme ilkesinin istisnasını kamu düzenini ilgilendiren davalar oluşturmaktadır ve bu davalarda kendiliğinden araştırma ilkesi uygulanmaktadır⁵². Kamu düzeninin söz konusu olduğu davalarda, hâkimin delile kendiliğinden ulaşmaya dair görev ve yetkisinden dolayı, kişilerin rızası olmasa bile insan bedeni üzerinde inceleme yapılmasına karar verilebilmektedir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 292'nci maddesinde soybağının tespiti için yapılacak incelemelerde, taraflardan birinin bu incelemeden kaçınması halinde, zor kullanılabileceği düzenlenmektedir. Buna göre hâkim, babalık davası (TMK m. 301), soybağının reddi davası (TMK m. 285) ve soybağına itiraz davasında (TMK m. 294,297), tarafın keşiften kaçınması haklı bir nedene dayanmıyorsa zor kullanarak beden incelemesi yapılması kararı vermelidir. Bununla birlikte, zor kullanılabilmesi için maddede üç tane ölçüt getirilmiştir. Bunlardan ilki yapılacak olan incelemenin uyuşmazlığın çözümü bakımından zorunlu olmasıdır. Zira bu inceleme vücut bütünlüğünün ve kişilik hakkının ihlali niteliğinde olacağından, hâkimin bu yönde karar verirken dikkatli olması gerekmektedir. Soybağıyla ilgili açılan her davada hâkimin diğer delilleri değerlendirmeden ve belli ölçüde kanaate sahip olmadan kişilerin soybağının tespiti için incelemeye göndermesi isabetli değildir⁵³. İncelemenin bilimsel verilere uygun olarak gerçekleştirilmesi, hâkimin bu yönde karar belirtilmiş son

⁵² Erdönmez, Güray, Pekcanitez Medeni Usul Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, 805; Yılmaz, Ejder, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Yetkin Yayınları, 2013, 277.

⁵³ Erten, Rifat/Acır, Birsen/Taşveren, Sema, "Gen Testinin İspat Hukuku Açısından Değerlendirilmesi", AÜHFD, Y. 1996, S.1-4; 578; Duran, 82.

şart ise, yapılacak müdahalenin sağlık yönünden bir tehlike oluşturmamasıdır. Her ne kadar kamu düzeni nedeniyle, hâkim soybağı davalarında doğrudan zor kullanarak inceleme yapabilse de bu durum ancak bu koşulların bir arada bulunması halinde mümkün olmaktadır.

Türk Medeni Kanunu'nun 405'inci maddesinde düzenlenmiş olan akıl sağlığı ve akıl zayıflığı nedeniyle kısıtlama, zor kullanılarak beden incelemesi yapılabilecek durumlardan biridir. Yargıtay da bir kararında "TMK m. 405'den kaynaklanan vesayete ilişkin davalar resen yürütülen davalardır. Hâkimin bu gibi davalarda resen delil toplaması esası geçerlidir. Kaldı ki, TMK m. 405 uyarınca davacının vesayeti gerektirir bir durumunun bulunup bulunmadığını belirleme açısından, resmi sağlık kurulu raporu almasında yasal zorunluluk bulunmaktadır (TMK m. 409/2). Bu nedenle, muhik bir sebep olmaksızın, rapor için hastaneye gitmekten imtina eden davacının kolluk marifetiyle hastaneye sevinde usul ve yasaya aykırılık bulunmamaktadır" ifadesiyle vesayete ilişkin davalarda zor kullanılabilceğini belirtmiştir⁵⁴.

Türk Medeni Kanunu'nun kısıtlanmaya ilişkin usul hükümlerini düzenleyen 409'uncu maddesinin 2'nci fıkrasında akıl hastalığı ve akıl zayıflığı nedeniyle verilecek kısıtlama kararlarından önce mutlaka resmi sağlık kurulu raporu alınması gerektiği belirtilmektedir⁵⁵.

Alman Medeni Usul Kanunu'nun 372a maddesinde de soybağı davalarında zor kullanılabilceği açıkça düzenlenmiş durumdadır⁵⁶. Ancak bu şekilde inceleme yapılabilmesi için, incelemenin gerekli olması⁵⁷ ve ilgililerin bu incelemeye katlanmasının beklenebilir olması⁵⁸ şartları aranmaktadır. Alman medeni yargısında zorla insan bedeni üzerinde inceleme yapılacak bir diğer hal, FamFG'de yer almaktadır. Kanun'un 283'üncü maddesinde kanun kapsamındaki davalarda⁵⁹ zor kullanılarak inceleme yapılması ve 284'üncü maddesinde bu incelemeler için gerekli olması halinde ilgilinin gözlem altında tutulması düzenlenmiş durumdadır. Ancak zorla kişi üzerinde inceleme yapılması için mahkemenin bu yönde, ayrı ve açık bir kararı aranmaktadır⁶⁰.

⁵⁴ HGK, E. 2013/2-1738, K. 2014/114, T. 19.2.2014 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 03.10.2017).

⁵⁵ Dural/Öğüz/Gümüş, 405; Gençcan, 1849.

⁵⁶ ZPO § 372a (2): "Muayenenin haksız ve tekrar eder şekilde reddi halinde, doğrudan zor kullanımına, özellikle muayenenin zor kullanarak icrasına karar verilebilir".

⁵⁷ Rauscher/ Krüger, § 372a Rn. 4-12.

⁵⁸ Rauscher/Krüger, § 372a Rn. 13-16; Stein/Jonas/Berger, Kommentar ZPO IV, 22. Auflage, Mohr Siebeck, Tübingen, 2006, § 372a Rn. 8.

⁵⁹ FamFG § 1: "Bu kanun, aile hukuku ve çekişmesiz yargı konularına ilişkin davalarda, federal yasa tarafından mahkemelerin yetkisine bırakılmış durumlarda uygulanır".

⁶⁰ Bumiller Ursula/ Haders, Dirk/ Schwamb, Werner, § 283 Rn. 2, § 284 Rn. 4-6; Haußleiter, Martin, § 283 Rn. 4-6, § 284 Rn. 10.

İsviçre medeni yargılama hukukunda tarafların bedeni üzerinde zor kullanılarak inceleme yapılabilecek iki durum söz konusudur⁶¹. Bunlardan birincisi, Medeni Usul Kanunu'nun 296'ncı maddesinin 2'nci fıkrasında soybağının aydınlatılması için gerekirse taraflara karşı zor kullanılacağına dair düzenlemedir. Bu düzenlemeye göre, taraflar ve üçüncü kişiler kaçınma hakkından yararlanamaz ve gerekirse kuvvet kullanılarak inceleme gerçekleştirilir. Ancak bu hükmün uygulanabilmesi için, incelemenin gerekli olması ve sağlık yönünden tehlike oluşturmaması gerekmektedir⁶². Zorla incelemenin söz konusu olduğu bir diğer hal ise İsviçre Medeni Kanunu'nun 448'inci maddesinde belirtilmiştir. Vesayet altına alınmaya ilişkin bu hüküm, kişilerin rızası olmasa bile orantılı olarak güç kullanılmasını mümkün kılmaktadır⁶³.

Türk, Alman ve İsviçre medeni yargılarında, zorla beden muayenesinin yapılmasına ancak kanunda açıkça belirtilmiş ve kamu menfaatinin söz konusu olduğu hallerde izin verilmektedir. Bu hallerde dahi, beden muayenesinin gerçekleştirilmesi için, incelemenin gerekli olması ve bu incelemenin sağlık yönünden tehlike yaratmaması şartları aranmaktadır. Gerçekten de, her ne kadar kamu menfaati nedeniyle vücut bütünlüğü ihlal edilmesi bir gereklilik olsa da, bu durumun yalnızca kanunda düzenlenmiş istisnai hallerde ve yine kanunda belirtilmiş sınırlar içerisinde yapılması gerekmektedir.

D. Üçüncü Kişilerin İncelemeye Katılma Zorunluluğu

Yargılamada, tarafların yanı sıra üçüncü kişilerin de bedenlerinin incelenmesi, uyuşmazlığın çözülmesi bakımından gerekli olabilmektedir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 291'inci maddesinin 3'üncü fıkrası, üçüncü kişinin bir eşyasının, hakkının ya da bedeninin yargılamada delil olarak kullanılabilmesinin yasal dayanağını oluşturmaktadır. Madde hükmüne göre, incelemenin üçüncü kişi için uygun olan zamanda, bildirilen yer ve tarihte yapılması gerekmektedir. Bununla birlikte gecikmesinde sakınca olan hallerde bildirim yapılmaksızın keşif yapılması da mümkündür. Maddenin devamında, üçüncü kişinin keşif incelemesinden kaçınmasının yaptırımları düzenlenmiş durumdadır. Buna göre, üçüncü kişi sebep olduğu giderleri ödemeye ve disiplin para cezasına mahkûm edilir. Hâkim gerektiğinde zor kullanılmasına, kuvvet kullanarak inceleme yapılmasına karar verebilir. Üçüncü kişi tanıklıktan çekinme sebeplerine dayanarak, keşfe katılma yükümlülüğünden kurtulabilir.

⁶¹ Rüetschi, 1893.

⁶² Baumann, Stefan Pfänder, ZPO Kommentar, 2. Auflage, Dike Verlag, Zürich, 2016, 2241; Schweighauser, Jonas, ZPO Kommentar, 3. Auflage, Schulthess Juristische Medien, Zürich, 2016, 2232.

⁶³ Fassbind, Patrick, ZGB Kommentar, 3. Auflage, Orell Füssli Verlag, Zürich, 2016, 878.

İsviçre Medeni Usul Kanunu'nun 165-167'nci maddelerinde de üçüncü kişilerin keşfe katlanma zorunluluğu düzenlenmiş durumdadır. 167'nci maddede, haklı bir neden olmaksızın keşif incelemesinden kaçınan kişinin para cezası ya da yargılama giderlerini ödemesine karar verilebileceği gibi, hapis cezasına ya da incelemenin zorla icra edilmesine de karar verilebilir. Alman Medeni Usul Hukukunda keşfe katlanma zorunluluğundan kaçınan üçüncü kişi hakkında ise, ZPO'nun 144'üncü maddesinde yapılan atf nedeniyle 390'ıncı madde uygulanmaktadır⁶⁴. Buna göre, hapis cezası verilmesi ya da zor kullanmak suretiyle keşfin icrası mümkün olmaktadır⁶⁵.

Kanun koyucu soybağının tespitine ilişkin davalarda, herkesin keşfe katlanmak zorunda olduğunu ve üçüncü kişinin tanıklıktan çekinme hakkının söz konusu olmadığını düzenlemiştir (HMK m. 292). Bu nedenle soybağına ilişkin davalarda, taraflara olduğu gibi, üçüncü kişiye karşı da kuvvet kullanılabilir. Zira bu durumda kişinin vücut bütünlüğü ve mutlak bir hak olan kişilik hakkının karşısında, korunmaya değer bir kamu menfaati söz konusudur. Ancak, kamu düzeninin söz konusu olmadığı dava ve işlerde, zor kullanmak suretiyle üçüncü kişinin bedeninin incelenmesi, üzerinde durulması gereken bir konudur. Örnek olarak, haksız fiil nedeniyle oluşmuş bir bedensel zararda, zarar görenin yakınının manevi tazminat talebinde bulunması durumunda, bedeni üzerinde inceleme yapılacak olan mağdur, üçüncü kişi konumundadır. Mağdurun, beden incelemesine rıza göstermemesi halinde, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 291'inci maddesinin 3'üncü fıkrasına dayanılarak beden incelemesinin yapılacağını söylemek, çok kolay gözükmemektedir. Zira her ne kadar ilgili madde, üçüncü kişiye karşı kuvvet kullanımına izin verse de, incelemenin vücut bütünlüğüne müdahale niteliği taşıyacağı unutulmamalıdır. Anayasa'nın 17'nci maddesinde, "tıbbi zorunluluklar" ve "kanunda yazılı haller" dışında vücut bütünlüğüne dokunulamayacağı belirtilmektedir. Ancak ne var ki 291'inci madde, tüm keşif incelemelerini kapsayan genel bir hükümdür. Yalnızca bu hükme dayanarak, medeni yargıda gereken her durumda insan bedeninin muayene edilebileceğini söylemek, vücut dokunulmazlığı için yetersiz bir koruma sağlamaktadır. Diğer taraftan 291'inci maddede mutlak olarak zorla beden incelemesi yapılması öngörülmüş değildir. Hâkim zor kullanmaya, orantılı ve araştırma için gerekli olması şartıyla karar verebilir⁶⁶. Vücut bütünlüğü ve kişilik hakkının ihlaline neden olacak beden incelemesine karar vermek için ancak bu durumu haklı gösterecek bir menfaat söz konusu olmalıdır. Nitekim kamu menfaatini ilgilendiren uyuşmazlıklarda, üçüncü kişiye karşı zor kullanılması kanun koyucu tarafından öngörülmüş durumdadır.

⁶⁴ Stein/Jonas, § 144 Rn. 32.

⁶⁵ Vorwerk, Volkert/Wolf, Christian, BeckOK ZPO, C.H. Verlag, München, 2017, § 144 Rn.10.

⁶⁶ Higi, Peter, ZPO Kommentar, 2. Auflage, Dike Verlag, 2016, 1361.

Ancak böyle bir menfaatin söz konusu olmadığı medeni usul hukuku uyuşmazlıklarında, zorla üçüncü kişinin beden incelemesinin yapılması isabetli değildir. Bu nedenle 291'inci maddenin 3'üncü fıkrasının uygulanma alanını, yalnızca kanunda belirtilmiş istisnai durumlar ile sınırlı tutmak gerekmektedir.

VI. YASAL DAYANAK GEREKLİLİĞİ

Hâkim ya da bilirkişinin insan bedenini gözlemlemesi, muayene etmesi ya da bedenden örnek alması vücut bütünlüğüne müdahale niteliği taşır. Vücut bütünlüğü, kişilik hakkının kapsamı içinde yer alan ve kişiye, vücuduna yönelik iç ya da dış müdahaleleri bertaraf etme hakkı veren bir kavramdır⁶⁷. Bu kavrama göre insanın, bedeni ve akli üzerinde yapılacak tüm ihlalleri önleme yönünde bir hakkı vardır. Bu hak iç ve uluslararası hukuk kuralları ile de koruma altına alınmıştır. Medeni yargı içerisinde insan bedeni üzerinde yapılacak incelemeler, vücut bütünlüğüne müdahale niteliği taşıdığından, hukuk tarafından belirlenen bu sınırlar içerisinde yapılmalıdır.

1982 Anayasası'nın 17'nci maddesinde vücut dokunulmazlığı "Tıbbî zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbî deneylere tâbi tutulamaz" demek suretiyle koruma altına alınmış ve müdahale belli şartlara bağlanmıştır. Tıbbi zorunluluk olması, önleme ve tedavi amaçlı müdahalelerde hasta ya da kamu sağlığı için mecburi nitelikte olması olarak anlaşılabilir⁶⁸. Fakat keşif ve bilirkişi incelemesi ile delil elde etmek amaçlandığı için söz konusu müdahalenin tıbbi bir zorunluluk taşıdığından söz edilemez.

Medeni yargıda insan bedenini inceleme yönünde karar verilebilmesi, Anayasa'nın 17'nci maddesine göre bu durumun kanunda öngörölmüş olmasına bağlıdır. Bu hüküm karşısında hâkimin karşılaştığı her durumda, insan bedeninden bir ispat aracı olarak yararlanması ve beden incelemesi yapılması yönünde karar vermesi mümkün değildir. Böyle bir karar için, ilgili durumu düzenleyen kanun maddesinde beden üzerinde inceleme yapılması veya uzman bilirkişiden yararlanılması düzenlenmiş olmalıdır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8'inci maddesinin 1'inci fıkrasında özel hayata ve aile hayatına saygı düzenlenmektedir. Özel hayat kavramı hakkında

⁶⁷ Kişinin, hayat, sağlık ve vücut bütünlüğü üzerinde sahip olduğu kişilik hakkı ona, dışarıdan gelen müdahalelere karşı bir koruma sağlamakla beraber; bu korumayı kendi rızası ile de aşamamaktadır. Vücut bütünlüğünü ihlal edici davranışların kişi tarafından bizzat yapılması ya da başkası tarafından yapılan davranışlara izin vermesi, bunları hukuka uygun hale getirmeyecektir: Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan, Türk Özel Hukuku-Kişiler Hukuku, 12. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016, 104.

⁶⁸ Kirkit, Ecem, Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğu, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, 158,159.

bir tanımlama yapılmamış olmakla beraber AİHM'ne yapılan başvurular⁶⁹ ve verilen kararlardan anlaşılacağı kadarıyla kişinin beden bütünlüğüne ilişkin durumlar da özel hayat kapsamında değerlendirilmelidir. Mahkemeye göre insan bedeni özel hayatın bir unsurudur⁷⁰; bu nedenle insan bedenine yapılan müdahaleler özel hayata saygıyı ihlal edici niteliktedir ve Sözleşme'nin 8'inci maddesi kapsamında değerlendirilir. İnsan bedeni üzerinde yapılacak olan incelemenin Sözleşme'ye aykırı olmaması için 8'inci madde sınırları içerisinde yerine getirilmesi gerekmektedir.

Özel hayata saygı hakkını hüküm altına alan 8'inci maddenin 2'nci fıkrasında müdahalenin şartları şu şekilde düzenlenmektedir: "Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesi, ancak müdahalenin yasayla öngörülmüş ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu olabilir". Bu hükme göre insan bedenine müdahale, kanunda öngörülmüş olması ve belirli durumların varlığı halinde söz konusu olabilir. Öyleyse insan bedeni üzerinde inceleme yapılması yönünde karar verecek olan mahkeme, ön koşul olan kanunda öngörülmüş olma şartını aramalıdır. Bunun dışında incelemenin yapılmasına maddede belirtilmiş ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refah ve düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın, ahlakın ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli olması durumunda karar vermelidir. Sayılan bu şartlar Anayasa'nın 17'nci maddesinde yer alan "tıbbi zorunluluk olma" koşulunun daha kapsamlı bir görünümü halindedir. Şöyle ki Anayasa'da zorunluluk olma şartı yalnızca tıbbi müdahaleler⁷¹ için kullanılmış durumdadır. Ancak Sözleşme'deki sınırlar, insan bedenine yapılacak tüm müdahaleleri kapsamaktadır. Buna göre özel hayatın kapsamı içinde yer alan insan bedenine müdahale edebilmek için, müdahalenin kanunda düzenlenmiş olmasının yanı sıra belirtilen şartların varlığı da aranmalıdır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Türkiye aleyhine vermiş olduğu bir kararında medeni yargıda söz konusu insan bedeni olduğunda hâkimin, inceleme kararı verebilmek için açık ve ayrı yasal dayanakları olması gerektiğine hükmetmiştir⁷². Mahkeme, başvuranın 2-23 Ocak 2003 tarihlerinde Kozan Sulh Hukuk Mahkemesi'nin kararıyla, Adana Ruh Sağlığı ve Hastalıkları

⁶⁹ Costello Robert-Birleşik Krallık Davası, 25 Mart 1993; Peters-Hollanda, 6 Nisan 1994 (<http://www.bailii.org>, e.t. 12.06.2017).

⁷⁰ Y.F-Türkiye Davası, 24209/92, 33. Paragraf (<http://www.globalhealthrights.org>, e.t.12.06.2017).

⁷¹ Tıbbi müdahale kavramı, önleme, tespit etme ve tedavi etme amacıyla vücut bütünlüğüne yapılan müdahaleler için kullanılmaktadır.

⁷² Ümit Bilgiç/Türkiye, 3 Eylül 2013 (hudoc.echr.coe.int e.t. 12.06.2017).

Hastanesi'nde gözlem altına alınmasına dair yaptığı değerlendirmede, insan bedeni üzerinde yapılacak incelemelerle ilgili önemli noktalara işaret etmiştir. Mahkeme, kişinin vesayet altına alınmasına yer olup olmadığına dair inceleme yapılması kararını, Türk Medeni Kanunu'nun 432 vd. maddelerinde düzenlenen koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması hükmüne dayanarak vermiştir. Bu nedenle AİHM, belirtilen yasal hükümlerin, kişinin gözlem altına alınmasına dair kanuni bir dayanak oluşturmadığını belirtmiştir (96. paragraf). Söz konusu insan hakları ve özgürlükler olduğunda mahkemenin, müesseseler arasında kıyas yapması mümkün değildir. Davada hâkimin, şartlarını araştırdığı ve sonucuna hükmedeceği müessesenin –olayda vesayet altına alınma- insan bedeni üzerinde inceleme yapılmasını açıkça öngörmüş olması halinde bu yönde karar verebilir. Aksi takdirde hâkimin vermiş olduğu insan bedeninin incelenmesi kararı hukuka aykırı olur.

Yukarıda, insan bedeni üzerinde yapılacak incelemelerin, özel hayat kapsamında değerlendirilmesinden dolayı, Sözleşme'nin 8'inci maddesini ihlal ettiğinden söz edilmişti. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi belirtilen kararda ayrıca kişinin 22 gün gözlem altında tutulmasından dolayı Sözleşme'nin 5'inci maddesinin de ihlal edildiğini tespit etmiştir. Özgürlük hakkının yer aldığı bu maddede, hiç kimsenin yasaların öngördüğü usule uygun olmayan şekilde özgürlüğünden mahrum bırakılmayacağı düzenlenmektedir. Şu halde hukuk hâkimi, bir durumun tetkiki amacıyla kişinin gözlem altında tutulmasına karar veremez. Zira özel hukuk mevzuatlarımızda kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılarak gözlem altında tutulması yalnızca Türk Medeni Kanunu'nun 432 vd. maddelerinde düzenlenen koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması kapsamında mümkündür. Bunun dışındaki durumlarda hukuk hâkimi, kişinin belli bir yerde tutulmasına hükmedemez.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi vermiş olduğu kararda ayrıca vesayet altına alınmaya ilişkin Türk Medeni Kanunu'nun 409'uncu maddesini de eleştirmiştir. Bu maddede kişinin akıl sağlığı ve akıl zayıflığı nedeniyle kısıtlanmasına hâkimin ancak resmi sağlık kurulu raporu ile karar vereceği düzenlenmektedir. Ancak Mahkeme'ye göre bu maddede hangi usulün uygulanacağı açıkça düzenlenmediğinden keyfilığe karşı gerekli korumayı sağlayamamaktadır (99-101. Paragraf). Bu nedenle 409'ncu maddeye dayanarak vesayet altına alınma amacıyla yapılacak insan vücudu muayeneleri Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne göre hukuka uygun değildir.

Mahkeme, değerlendirmelerinin ileriki kısımlarında Ceza Muhakemeleri Kanunu'nda gözlem altına alınmayı düzenleyen maddeyi ele almış ve söz konusu düzenlemenin Medeni Kanun'un 409'uncu maddesinden farklı olarak uygulanabilir usulü açıkça öngörmesinden dolayı keyfilığe karşı yeterli koruma derecesi sağlayan, öngörülebilir ve erişilebilir bir yasal dayanak

olduğunu belirtmiştir. Ceza Muhakemesi Kanunu'nda "Gözlem Altına Alma, Muayene, Keşif ve Otopsi" başlığı altında insan bedeni üzerinde yapılacak her türlü inceleme düzenlenmiştir. Kanunda yapılmış bu düzenlemeler, ceza yargılamasında yapılacak insan bedenini konu alan her türlü incelemeye yasal bir dayanak niteliğindedir. Mahkeme yargılaması sırasında maddi gerçeğe ulaşmak için, insan bedeni üzerinde inceleme kararı verdiğinde, bu karar ve kararın icrası hukuki bir dayanağa sahip olacaktır.

Yukarıda belirtildiği gibi özel hukuk mevzuatlarında hâkimin, davayı kabul etmesi için insan bedeni üzerinde inceleme yapılmasını gerekli gören hükümler mevcuttur. Bu maddelerde hâkimin bakmakta olduğu davada beden incelemesine karar verebilmesi, bu yönde sağlık kurulu raporu almasına bağlanmıştır. Kanunlarda açık veya zımni şekilde insan bedeni üzerinde inceleme yapılmasını düzenleyen maddeler bulunmakla birlikte kararının hangi şartlarda verileceğini ve inceleme yapılmasına dair usul ve esasların ne olacağını düzenleyen ayrı bir madde bulunmamaktadır. Yalnızca 2659 sayılı Adli Tıp Kurumu Kanunu'nun 23'ncü maddesinin C bendinin 2'nci fıkrasında "Adli Tıp Üst Kurulları ve ihtisas kurulları ilgili kişileri gerektiğinde muayeneye çağırabilir ve bunları usulüne göre dinleyebilir, her türlü tetkikatı yapar veya yaptırabilir." şeklinde açıklıktan uzak bir düzenleme mevcuttur. Oysa maddi kanunlarda şartları ve sonuçları öngörülmüş olan bu hallerin yargılama sırasında bir keşif ve bilirkişi incelemesi haline geldiği ve inceleme konusunun insan olması sebebiyle diğer tüm incelemelerin dayanaklarını oluşturan usul maddelerinden ayrı bir maddede düzenlenmesine gerek olduğu açıktır. Zira tüm yargısal inceleme konularından farklı olarak söz konusu insan ve insan bedeni olduğunda hukuk, korunmaya değer bir menfaatle karşı karşıya kalmaktadır. Vücut bütünlüğüne müdahale niteliği taşıyan yargılama işlemlerine yasal dayanak oluşturacak açık ve ayrı bir usul hükmünün olmaması, insan hakları bakımından eksik bir koruma sağlamaktadır.

Hâkimin, her davada ve tüm müesseselerin uygulanmasında Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde belirtilmiş "zorunluluk olma" ve "gerekli olma" şartlarının varlığını göz önünde tutması gerekli olduğundan, bu şartların olmaması durumunda insan bedeni üzerinde inceleme yapılması yönünde karar verilemez. Hâkimin bu yönde bir karar verebilmesi için, bu durumun uygulanan maddi hukuk normunda düzenlenmiş, hiç değilse yapılacak olan incelemeye sonuç bağlanmak suretiyle örtülü de olsa ifade edilmiş olması gerekmektedir. Diğer bir deyişle hâkimin insan bedenini inceleme konusu yapabilmesi, kanunda düzenlenmiş olma şartına bağlıdır. Ancak bu halde en azından pozitif hukuk açısından meşru bir inceleme söz konusu olur. Öte yandan olması gereken hukuk açısından duruma bakıldığında bu incelemelerin yapılmasına dair usuli bir düzenleme eksikliği varlığını korumaktadır. Zira

vücut bütünlüğü mutlak bir kişilik hakkıdır⁷³; bu hakkın ihlali niteliğindeki müdahalelerin hukuka ve insan haklarına uygun olabilmesi için incelemelerin yapılmasına dair usulün erişilebilir ve öngörülebilir biçimde kanun maddesiyle belirlenmiş olması gerekmektedir.

SONUÇ

Medeni yargıda, davanın aydınlatılması için insan bedeni üzerinde inceleme yapılmasını gerektiren haller söz konusu olabilmektedir. Bu hallerde bedenin incelenmesi ve gözlemlenmesi yapılmakta, netice olarak elde edilen bilgiler uyuşmazlığın çözümünde kullanılmaktadır. Dolayısıyla, insan bedeni, medeni yargı açısından bir ispat aracı haline gelmektedir. İnsan bedeninin yargılamada bu şekilde kullanılması ve üzerinden delil elde edilmesi için, hâkim keşif başvurur. Zira Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda hâkime, uyuşmazlık konusu üzerinde inceleme yapma yetkisi, keşif delili kapsamında verilmektedir. Bu nedenle insan bedeni üzerinde yapılacak olan incelemelerin, keşif hükümleri çerçevesinde gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Diğer taraftan insan bedeni üzerinde yapılacak olan incelemenin özel bilgi gerektirmesi ve vücut dokunulmazlığından dolayı hemen her zaman keşif sırasında bilirkişi yardımına başvurulmaktadır (HMK m. 288/1, 290/2).

Söz konusu incelemenin keşif ve bilirkişi sınırları içerisinde gerçekleştirilecek olması beraberinde bir takım sorunları da getirmektedir. Zira ilgili hükümler, herhangi bir eşya, yer ya da olaya dair yapılacak olan genel incelemelere ilişkindir. Ne var ki söz konusu insan bedeni olduğunda yargılama hukuku korunması gereken özel bir menfaatle karşı karşıya kalmaktadır. Davanın çözüme kavuşturulması amacı ile dahi olsa, insan bedeninin incelenmesi, vücut bütünlüğüne müdahale ve dolayısıyla mutlak bir kişilik hakkının ihlali sonucunu doğurmaktadır. Bu nedenle incelemenin meşru olarak gerçekleştirilebilmesi için, Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümlerinin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin özel hayata saygıyı düzenleyen 5'inci maddesi ve Anayasa'nın vücut dokunulmazlığını düzenleyen 17'nci maddesi ile birlikte uygulanması gerekmektedir.

İnsan bedeni üzerinde inceleme kararının verilebilmesi için, bu durumun kanunda belirtilmiş ya da hiç değilse yapılacak olan incelemeye sonuç bağlanmak suretiyle değinilmiş olması gerekmektedir. Aksi halde her durumda hâkimin, inceleme kararı vermesi mümkün değildir. Hâkimin keşif kararı vermeden önce, ilgilileri incelemenin mahiyeti ve incelemeden kaçınmanın yaptırımını konusunda aydınlatması gerekmektedir. Diğer taraftan hâkimin, insan bedeni üzerinde yapılacak olan incelemenin, bir menfaati

⁷³ Dural, /Öğüz, 104.

ihlal ettiğini sürekli göz önünde tutması ve bu menfaat ihlalinin, inceleme neticesinde elde edilecek yararlar orantılı olması halinde bu yönde karar vermesi isabetli olur. Beden incelemesinden kaçınılması halinde bu durumun haklı bir sebepten kaynaklanıp kaynaklanmadığının, hâkim tarafından göz önünde tutulması gerekmektedir. Bu durum ispat yükü bakımından yapılacak değerlendirme ya da uygulanacak yaptırımlar açısından önem taşımaktadır. Taraflar ve üçüncü kişilerin zor kullanılarak beden incelemesinin yapılması ise, ancak kanunla bu durumun açıkça öngörülmesi ve kamu menfaatinin söz konusu olması halinde mümkündür.

Olması gereken hukuk açısından duruma bakıldığında ise, Türk Medeni Usul Hukuku'nda insan bedeni üzerinde yapılacak olan incelemelere dayanak oluşturacak bir yasal düzenlemeye ihtiyaç duyulmaktadır. Zira Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndaki keşfe dair hükümler, Anayasa'nın ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin aradığı "kanunen düzenlenmiş olma" şartı için oldukça genel ve belirsiz durumdadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararında da belirtildiği üzere, maddi kanunlarda yer alan "sağlık kurulu raporu alınmalıdır" göndermesinin usul hukuku alanında, erişilebilir, anlaşılır ve insan hakları bakımından yeterli korumayı sağlar bir karşılığının olması gerekmektedir. Zira sağlık kurulu raporunun nasıl alınacağı şu halde belirsiz durumdadır. Ceza Muhakemesi Kanunu'ndaki beden muayenesine ve Alman FamFG'deki beden incelemesi ve gözlem altına alınmaya ilişkin usuli hükümlere benzer bir düzenleme Türk medeni usul hukukunda yoktur. Ancak yapılan beden incelemesinin ve elde edilen delillerin meşru olabilmesi, bu durumun kanunda, açıkça ve insan haklarını koruyucu şekilde düzenlenmesine bağlıdır.

KAYNAKLAR

- Adolphsen, Jens, Zivilprozessrecht, 4. Auflage, Nomos Verlag, 2014.
- Ahrens, Hans Jürgen, Der Beweis im Zivilprozess, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 2015. Akbulut, Berrin, "Dış Beden Muayenesi", TAAD, Y. 2016, S.27, 83-123.
- Akıntürk, Turgut/ Ateş Karaman, Derya, Türk Medeni Hukuku-Aile Hukuku, 14. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul,2012.
- Alangoya, Yavuz, Medeni Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1979.
- Apiş, Özge, "Ceza Muhakemesi Hukuku'nda Şüpheli/Saniğin Beden Muayenesi ve Vücutundan Örnek Alınması", MÜHF-HAD, S. 2012, C.18, S. 1, 267-296.
- Baumann, Stefan Pfänder, ZPO Kommentar, 2. Auflage, Dike Verlag, Zürich, 2016. Baygın, Cem, Soybağı Hukuku, On iki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010.

Budak, Ali Cem, "Türk Medeni Usul Hukukunda Tıbbi Deliller" , YÜHFD, 2016, C. 3, S. 2 Özel Sayı: Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu.

Bumiller Ursula/ Harders, Dirk/ Schwamb, Werner, FamFG Kommentar, 11. Auflage, C.H. Beck, Münschen, 2015.

Dağlı, Mehmet, Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011.

Devellioğlu, Ferit, Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat, Aydın Kitabevi, Ankara, 1992.

Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan, Türk Özel Hukuku-Kişiler Hukuku, 12. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016.

Erten, Rifat/Acır, Birsen/Taşveren, Sema, "Gen Testinin İspat Hukuku Açısından Değerlendirilmesi", AÜHFD, Y. 1996, S.1-4.

Fassbind, Patrick, ZGB Kommentar, 3. Auflage, Orell Füssli Verlag, Zürich, 2016.

Foot, Caleb/ Levy, Robert/Sander, Frank, Cases and Materials on Family Law, Little, Brown and Company, 1966.

Gaul, Hans Friedhelm, Yargılamanın Amacı Güncelliğini Koruyan Bir Konu, (çev. Doç. Dr. Nevhis Deren Yıldırım), Derleyen: Kâmil Yıldırım, İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku Beta Yayıncılık, İstanbul, 2012.

Gençcan, Ömer Uğur, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu Yorumu, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015.

Gençcan, Ömer Uğur, Vesayet Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009.

Greenberg, LW, Family Law in California, CreateSpace Independent Publishing, 2016.

Haußleiter, Martin, FamFG Kommentar, 2. Auflage, C.H. Beck, Münschen, 2017.

Higi, Peter, ZPO Kommentar, 2. Auflage, Dike Verlag, 2016.

Karslı, Abdurrahim, Medeni Usul Hukukunda Usuli İşlemler, Kudret Yayınları, İstanbul, 2001.

Keidel, Theodor/Budde,Lutz, FamFG Kommentar, C.H. Beck, Münschen, 2017.

Kızıllarlan, Hakan, Vücudun Muayenesi ve Örnek Alma, Çetin Ofset, Ankara, 2007.

Kirkit, Ecem, Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğu, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.

- Konuralp, Haluk, Medeni Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009.
- Kuru, Baki, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017.
- Mahmutoğlu, F. S. Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması, (<http://fsmahmutoglu.av.tr>, 16.05.2017).
- Musielak, Hans-Joachim/ Voit, Wolfgang, ZPO Kommentar, Franz Vahlen Verlag, Münschen, 2017.
- Muşul, Timuçin, Medeni Usul Hukuku, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012.
- Müller, Heinrich Andreas, Schweizerische Zivilprozessordnung ZPO Kommentar, 2. Auflage, Dike Verlag, Zürich, 2016.
- Oğuzman, Kemal/Dural, Mustafa, Aile Hukuku, 2. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1998.
- Özby, İbrahim, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Neler Getirdi? , 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013.
- Öztan, Bilge, Aile Hukuku, 4. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2004.
- Pecanitez, Hakan/Özkes, Muhammet/Akkan, Mine/Taş Korkmaz, Hülya, Medeni Usul Hukuku, 15. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- Postacıoğlu İlhan E./Altay, Sümer, Medeni Usul Hukuku Dersleri, 7. Bası, Vedat Kitapçılık, Ankara, 2015.
- Rauscher, Thomas/ Krüger, Wolfgang, Münchener Kommentar ZPO, Verlag, München, 2013.
- Rüetschi, Sven; ZPO Berner Kommentar, Stampfli Verlag, Zürich, 2012.
- Schweighauser, Jonas, ZPO Kommentar, 3. Auflage, Schulthess Juristische Medien, Zürich, 2016.
- Sert, Selin, "Türk Medeni Hukuku'nda Cinsiyet Değişirme". TBB Dergisi, 2015, S.118.
- Stein/Jonas, Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band 5, 22. Auflage, Tübingen, 2006.
- Şahin, Cumhuriyet, Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi, Ankara, 2005.
- Taşpınar, Sema, Medeni Yargılama Hukukunda Amaç Sorunu, Faruk Erem Armağanı, TBB Yayınları, Ankara, 1999.
- Umar, Bilge, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014.

Uyumaz, Murat, Soybağı Davalarında Usule İlişkin Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.

Ünver, Yener/Hakeri, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 12. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.

Vorwerk, Volkert/Wolf, Christian, BeckOK ZPO, C.H. Verlag, Münschen, 2017.

Weibel, Thomas, Walz, Claudia, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich, 2016.

Yıldırım, Kamil / Deren Yıldırım, Nevhis, Medeni Usul Hukukunun Esasları, 7. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2009.

Yılmaz, Ejder, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Yetkin Yayınları, 2013.

Zengin, Mehmet Ali, Biyoloji Uygulamaları ve Tıbbi Müdahaleler Karşısında İnsan Haklarının Korunması, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012.

İnternet Kaynakları

www.tbmm.gov.tr; emsal.yargitay.gov.tr; www.kazanci.com; www.globalhealthrights.org; www.bailii.org; hudoc.echr.coe.int

