

## GENOM ANALİZ SONUÇLARININ ÖZEL SİGORTA SÖZLEŞMELERİ KAPSAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

Yard. Doç. Dr. Ayfer UYANIK-ÇAVUŞOĞLU\*

### I. Genel Olarak

İnsan genetiği, insanlardaki değişikliği ve kalıtımı incelemektedir. Genlerin tanımlanması ve gen teknolojisindeki gelişmeler, hastalıklarla mücadelede ve korunma hususunda çok önemli imkanlar sunmaktadır. Bu amaçla genetik malzemeyi kısmen değiştirme safhasına kadar gelinmiştir. İnsan genlerinin haritasını çıkarmayı hedef alan proje ile istenilen genleri tespit ederek haritalamak mümkün olabilecektir.<sup>1</sup> Söz konusu proje, (GENOM<sup>2</sup> projesi)<sup>3</sup> “tanrının hayatı yarattığı dili bugün öğreniyoruz”, “insan genleri haritasının çıkarılması ancak Ay’a ilk astronotun gönderilmesiyle kıyaslanabilir. Çünkü bu, insanlık var oldukça önemini koruyacak ve kullanılacak bir bilgi-

---

\* Çağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi Devletler Özel Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, (ayferuyanik@yahoo.de)

1 <http://www.sizinti.com.tr/konular/01/haziran/genetik.html>

2 Bütün genetik bilgiyi içeren kromozom setinin tamamına *genom* denir.

3 James Watson ve Francis Crick 1953 yılında DNA'nın çift sarmal yapısını ortaya çıkardıklarında yaşamın sırrını keşfettiklerini ileri sürmüşlerdi. DNA'nın yapısal ve işlevsel özelliklerine dayanan ve resmi olarak 1990 yılında başlatılan *Genom Projesi*, yüzyılımızın en büyük araştırmalarından biri ve sonuçları bütünüyle tamamlandığında insan DNA'sındaki genlerin sayısı, yerleri, düzenleri ve işlevleri konusunda ayrıntılı bilgiler içeren bir kaynak hazırlanmış olacak, [http://www.metu.e.du.tr/home/www.genom/on\\_bilgi.html](http://www.metu.e.du.tr/home/www.genom/on_bilgi.html).

*dir*” sözleriyle devlet başkanları Clinton ve Blair tarafından Dünya’ya duyuruldu. Genom Projesinin 26 Haziran 2000 tarihli ilk taslağına göre; hücre çekirdekleri içindeki Deoksiribonükleik asit (DNA) molekülünü oluşturan 3.2 milyar kadar nükleotid çiftinin sıralanma biçimlerini içerdiği biliniyor olmasına rağmen, henüz tüm genlerin DNA molekülünün tam olarak nerelerinde bulunduğu bilinmiyor. Ancak sadece nükleotid dizininin aydınlatılması bile, insanın ayda yürümesi ya da atomu parçalamasının ötesinde bir başarı olarak görülmektedir.<sup>4</sup> Devrim niteliğindeki bu başarı, dünyanın resmi ya da özel 16 merkezinde çalışan Amerikalı, İngiliz, Alman, Fransız, Çinli ve Japon yüzlerce bilim adamının 10 yıl süren emeklerinin bir ürünüdür. Elde edilen ve önümüzdeki bir kaç yıl içinde elde edilecek olan bilgiler sayesinde hastalıkları daha ortaya çıkmadan saptamak, gelişmelerini engellemek, hatta her kişiye uygun olan ilacı sentezlemek mümkün olacak. Kanseri, migren, astım, depresyon, Alzheimer gibi sorunlar giderek ortadan kalkacak. Gen terapileri ile kusurlu genler değiştirilebilecek. Böylelikle yaşam kalitesi alabildiğince yükselecek.<sup>5</sup>

İşte “*insan denen meçhul*”ün sırlarına bir kapı aralayan genetik program üzerindeki yeni keşifler, hukuki açıdan bir çok sorunu beraberinde getirmektedir. “Genom projesi”nin hukuken pek çok açıdan incelenmesi gerekmektedir. Ancak bu makalede genom analiz sonuçlarının özel sigorta sözleşmeleri<sup>6</sup> çerçevesinde nasıl değerlendirildiğini, özellikle karşılaştırmalı hukuk açısından, incelemeye çalışacağız. Son dönemlerde, dünyada genetik verilerin sigorta sözleşmelerinin akde-

4 <http://www.istanbul.edu.tr/enstituler/adli/dreaming.html>

5 <http://www.istanbul.edu.tr/enstituler/adli/dreaming.html>

6 Sigorta hukuku niteliği üzerine *özel sigorta hukuku ve sosyal sigorta hukukuna* ayrılmaktadır. Özel sigorta, münferit şahısların özel menfaatlerinin çeşitli rizikolara karşı teminat altına alınması için serbest iradeyle (sigorta sözleşmesiyle) vücuda getirdikleri bir riziko teminatıdır. Buna karşılık sosyal sigorta, belirli halk gruplarının sosyal güvenliklerinin temini amacıyla kanunla kurulan çoğu kez de zorunlu olan bir sigortadır, KENDER, Rayegan, *Türkiye’de Hususi Sigorta Hukuku*, İstanbul 1995, 15. Bu kanuni teminat sisteminde sigorta sadece kanunla kurulmuş olan kurumlar (Sosyal Sigortalar Kurumu ve Emekli Sandığı) tarafından yapılabilir. Özel sigorta sözleşmesi ise şahsın dilediği bir sigorta kurumu ile akdedilebilir, KENDER (dn.6) 15.

dilmesindeki yeri tartışılmaktadır. Bu tartışmanın perde arkasında, yukarıda da bahsettiğimiz gibi, son yıllardaki gen ve biyo-teknik alanındaki büyük gelişmeler, özellikle de insan DNA'sının deşifre edilmesi yatmaktadır. Tıp alanındaki bu gelişmeler hukukçuları da yakından ilgilendirmektedir.

Sigorta sözleşmeleri hukukunda sözleşme akdedildikten sonra sigorta ettirenden talep edilen prim, rizikoların karşılığıdır.<sup>7</sup> Rizikolar ise gelecekte meydana çıkıp çıkmayacağı ve ne oranda çıkacağı kesin olarak belli değildir. Diğer bir ifadeyle, sigorta şirketleri, potansiyel sigorta ettirenlerin ileride karşılaşılabilecekleri hastalıkların cinsi, ağırlığı, süresi ve ölüm zamanı vs. gibi konularda belirsizlik içerisindedirler. İşte genom analiz sonuçları sigorta şirketleri için önemini bu noktada göstermektedir. Bazı ülkelerde sigortalanan rizikonun gerçekleşme ihtimali genom analiz ile tespit edilmeye çalışılmaktadır. Böylece gerçekleşme ihtimali daha fazla olan rizikolar için prim miktarı daha yüksek tutulacaktır. Ancak bir hukukçu olarak, öngörülebilecek bir gelecek içerisinde, tıptaki bu gelişmenin insanın tüm hastalıklarını ve bunların seyrini tam anlamıyla tespit edemeyeceğini ifade etmemiz herhalde yanlış olmaz, çünkü bilindiği üzere hastalığa neden olan geni taşıyan herkeste hastalık ortaya çıkmayabilir. Hastalığın ortaya çıkmasında genlerin dışında etkili olan çevre, yaşam koşulları gibi etkenler de vardır.

Görüldüğü üzere, genetik verilerin ekonomik kazanç kaynağı olması olasılığı yüksektir. Gerçekten de genom projesinin başlamasıyla sigorta ve insan kaynakları şirketlerinin genetik bilgileri insanların aleyhine kullanacakları doğrultusunda kaygılar gittikçe tırmanıyor. İşverenler ve sigortacılar gen taraması sonuçlarını isteyip bu sonuçları adeta bir hastalık detektörü olarak kullanabilirler.<sup>8</sup> 1970'li yıllarda ABD'deki sağlık şirketlerinin çoğu zencilerde Akdeniz Anemisi testini zorunlu koşuyorlardı. Bu testi yaptırmayan ya da test sonucu pozitif olanlar sigortalanmıyordu. Sigortacılıkta bu ayrımcılıklar yasak ol-

---

7 ARSEVEN, *Sigorta Hukuku*, İstanbul 1987, 95 vd; KENDER, (dn. 6), 144 vd; ÜNAN, *Hayat Sigortası Sözleşmesi*, İstanbul 1998, 109 vd.

8 21.03.2000 tarihili milliyet gazetesinin haberine göre, İngiltere'de sigorta şirketleri müşterilerinin hastalık ve ölüm riskini saptamak için artık gen testi yapacaktır.

masına karşın şirketlerinin umutsuz hastaları sigortalamadıkları ya da anormal derecede yüksek primler istedikleri gözlenmiştir.<sup>9</sup>

Acaba sigorta şirketlerinin müstakbel müşterilerinin hastalık ve ölüm riskini saptamak için gen testi yaptırmalarını talep etmeleri hangi ülkelerde yasal bir düzenleme içerisine alınmıştır? Konunun kanuni düzenleme içerisnde ele alınmadığı ülkelerde hangi hükümler uygulanmaktadır? Sigorta şirketleri tarafından genom analiz sonucunun talep edilmesi hukuka uygun mudur? İnsan Genom Projesi'nin tamamlanması başka bir sorunu daha beraberinde getirecektir. İnsanların genlerinin işlevselliğini öğrendikleri anda bu bilgileri saklı tutmak hakları var mıdır?

## II. Yasal Düzenlemeler

Yukarıda belirtmiş olduğumuz sorunlar 80'li yıllardan itibaren bir çok sanayileşmiş ülkelerde bilimsel açıdan tartışılmaktadır. Hatta bir çok ülke bu sorunu kanuni düzenleme içerisine de almıştır. Aşağıda Avrupa, Avustralya ve ABD'nin bazı eyaletlerinin hukuk düzenlerinde konunun nasıl ele alındığı incelenecektir.<sup>10</sup> İncelemeye başlamadan önce, genom analiz sonuçlarının sigorta sözleşmeleri kapsamında değerlendirilmesinde sigortacı ile sigortalananın menfaatlerinin birbiriyle çatışmakta olduğunun belirtilmesi gerekir. Bir taraftan sigorta şirketlerinin potansiyel sigortacıların sağlığı hakkında olabildiğince fazla bilgi edinmede menfaati bulunurken, diğer taraftan potansiyel sigorta ettirenin daha önce yaptırmış olduğu genetik analiz sonucunu sigortacıya bildirme yükümlülüğünün bulunması, sigortadan "kabul edilebilir" şartlarla yararlanmayı tehlikeye sokmaktadır. Ayrıca sigorta ettiren kendi kalıtımını hakkında bilgi sahibi olmak istemeyebilir. Sigortalananın bu hakkının korunmaya değer olduğunu söyleyebiliriz. Ayrıca her şahsın özel sağlık ve hayat sigortası akdetme hakkına sahiptir. Ancak potansiyel sigorta ettirenden genom analiz sonuçlarının talep edilmesiyle bu hakka müdahale edilmektedir.

<sup>9</sup> Bkz. <http://amaasn.org/ama/pub/print/article/2312-2871.html>).

<sup>10</sup> Karşılaştırmalı hukuk için bkz. Jürgen SIMON, *Gendiagnostik und Versicherung* (2001) 27-78; Joachen TAUPITZ, *Genetischer Diagnostik und Versicherungsrecht* 2000, 15-17.

## A. Genel Hükümlerin Uygulandığı Ülkeler

Genetik veri analizi hakkında özel bir hükme sahip olmayan hukuk düzenlerinde meseleye sigorta sözleşmesine ilişkin genel hükümler uygulanmaktadır.

*Türk hukukunda*, hayat sigortaları alanında genel hükümler, sigorta denetim mevzuatı ve sigorta genel şartları, genom analiz sonuçlarının sigorta sözleşmeleri kapsamında değerlendirilmesine ilişkin hiçbir hüküm içermemektedir. Bu durumda Türkiye ilk grup içerisinde te-lakki edilmelidir.

Bu durumda sigorta sözleşmesi borç doğuran bir sözleşme olması itibariyle öncelikle Borçlar Kanunu hükümlerine dahildir.<sup>11</sup> Ancak Türk Ticaret Kanununda da sigorta sözleşmesi ile ilgili özel hükümler mevcuttur. Hayat sigortası sözleşmesi, Borçlar Hukuku'nun sözleşmelerin kuruluşuna dair temel ilkeleri uyarınca tarafların, yani sigortacı ve sigorta ettirenin sözleşmenin esaslı unsurları üzerinde anlaşmalarını sağlayan karşılıklı irade açıklamaları ile kurulur.<sup>12</sup> Sigorta hukukunda esaslı unsurlar üzerinde anlaşmaya ek olarak, sözleşmenin yürürlükteki "sigorta genel şartları"<sup>13</sup> çerçevesinde kurulduğu anlayışı hakimdir. Sigorta genel şartları ülkemizde Sigorta Murakabe Kanunu m. 28 uyarınca Müsteşarlıkça onaylanan sigortacıların uymakla yükümlü buldukları sözleşme şartlarıdır. Bu çerçevede içinde sigorta genel şartları, tarafların üzerinde anlaştığı kabul edilen özel sözleşme maddeleri olarak taraflar arasındaki ilişkiyi düzenleyecektir. Türk hukukunda hayat sigortası sözleşmesi alanında yasal bir sözleşme yapma yükümlülüğü bulunmamaktadır. Sigorta ettiren ve sigortacı sözleşmenin içeriğini *sözleşme özgürlüğü ilkesi*<sup>14</sup> çerçevesinde ser-

<sup>11</sup> KENDER (dn. 6), 120 vd.

<sup>12</sup> ÜNAN (dn.7), 68.

<sup>13</sup> Hayat sigortası genel şartları 1994 yılında yeniden düzenlenmiştir. Sigorta genel şartları, genel işlem şartı niteliğinde olup, tarafların karşılıklı hak ve borçlarını belirlemektedir. Bir hayat sigortası sözleşmesinde çıkabilecek anlaşmazlıklar, kanunun emredici hükümleri dışında öncelikle bu kurallar uygulanarak çözümlenmektedir, ÜNAN (dn.7), 176 vd.

<sup>14</sup> Ancak özel hukuk alanındaki sözleşme özgürlüğü ilkesi sigorta hukukunda kısmen geçerlidir, çünkü sigorta sözleşmeleri güvene dayalı bir sözleşme olması sebebiyle taraflardan sigorta ettirenin özel olarak korunması ilkesi bu-

bestçe belirleyebilir. Özellikle, kurulan sözleşmede rizikonun tanımlanması çok önemlidir, taraflar, diğer alanlarda olduğu gibi bu alanda da tamamen serbesttirler.<sup>15</sup>

Genel hükümlere göre, sigorta şirketi, sigorta ettirenden üstleneceği riski tahmin etmeye yarayan bazı soruların yer aldığı bir soru listesinin<sup>16</sup> cevaplandırılmasını talep etmektedir. Bazı yasal düzenlemeler, sigorta ettirenin sözleşme öncesi ihbar yükümlülüğünü sadece sigorta şirketinin sorduğu sorularla sınırlamaktadır.<sup>17</sup> Ancak bazı ülkelerde bunun yanı sıra kendiliğinden ihbar yükümlülüğü de bulunmaktadır.<sup>18</sup>

Türk hukukundaki sisteme göre ise; TTK hayat sigortasına ilişkin sözleşme öncesi ihbar görevi hakkında hiçbir hüküm içermemektedir. Ancak sözleşme öncesi ihbar görevine dair TTK m. 1290'ın hayat sigortalarında da geçerli olduğu Yargıtay'ın uzun zamandan beri kabul ettiği bir esastır.<sup>19</sup> Bu hükme göre, sigorta ettiren sigortacının sözleş-

---

lunmaktadır. Bu sebeple sözleşme özgürlüğü ilkesinin sigorta hukukunda mutlak olarak uygulanması olanak dışıdır. İşte bu sebeple devlet, sigorta sözleşmeleri alanında bazı müdahalelerde bulunmaktadır. Bu düşünceler, sigorta sözleşmelerinde yer alan genel ve özel şartların tamamen serbest bir şekilde tayin edilmesi, sigortalı tarafın yeterince korunması düşüncesine ve kamu menfaatine aykırı bulunmuştur. Bu sebeple TTK m. 1264'de yer alan emredici hükümlere göre, bazı hükümlere aykırı sözleşme şartları dolayısıyla bazen sözleşme batıl sayılmakta, bazen sadece o şart hükümsüz hale gelmekte, bazen de söz konusu sözleşme şartları yerine kanun hükümleri uygulanmaktadır.

15 ÜNAN (dn.7), 68, 69.

16 Soruları içeren "teklifname", ÜNAN (dn. 7), 68.

17 Örneğin İsviçre'de kanun sigorta şirketine سوال listesi verme mecburiyetini koymuştur. Bu sebeple İsviçre hukukuna göre beyan yükümlülüğü değil, doğru cevap verme yükümlülüğü vardır. Sahasında uzman olan sigorta şirketi nelerin riziko bakımından önemli olduğunu bilecek durumdadır ve önemli hususları سوال listesine koyar. İsviçre sigorta kanununun dördüncü maddesine göre سوال listesi yazılı olacak, cevaplar da yazılı verilecektir, ARSEVEN (dn.7), 105.

18 Bu ülkeler için bkz. ARSEVEN (dn.7), 106.

19 Yargıtay HGK da 1974 senesinde vermiş olduğu bir kararda (HGK 6.2.1974 gün ve 1973/11-159, 1974/93 sayılı kararı, YKD 1975, Sayı 6, sayfa 17 vd)

meysi hiç akdetmemesine veya daha ağır şartlarla akdetmesine yol açabilecek bütün hususları sözleşme yapılmadan önce sigortacıya bildirmeye mecburdur. Sigorta ettiren sorulduğu halde susmuş ise veya eksik yahut gerçek dışı beyanda bulunmuş ise sigortacı gerçek durumu öğrendiği andan başlayarak bir ay içinde sözleşmeden cayabilir. Cayma hakkı bir aylık süre içinde kullanılmadığı takdirde düşer. Sözleşme öncesi ihbar görevi kasten ihlal edilmiş olduğu takdirde sigortacı prime hak kazanır.<sup>20</sup> Görüldüğü üzere, TTK 1290 maddesinin 1.fikrasında “kendiliğinden beyan yükümlülüğü prensibi” getirilmişken, 2.fikrada “sorulara cevap yükümlülüğü” getirilmiştir. Uygulamada TTK md.1290 fıkra 2’de yer alan bu yükümlülük, sigortayı yapan sigorta şirketi tarafından önceden hazırlanan soru listesinin, sigorta edilen tarafından cevaplanıp, imzalanması ve sigorta şirketine geri verilmesi suretiyle yerine getirilmektedir. *Arsever*, TTK madde 1290’nın amaca ve mantığa uygun bir şekilde yorumlanması gerektiğini ifade etmektedir. *Hukukçuya* göre, soru listesi verilmiş ve bu da yazılı olarak sigorta ettiren tarafından cevaplandırılmışsa sigorta ettiren sadece doğru cevap vermekle yükümlüdür. Eğer böyle bir soru listesi verilmemişse, sigorta ettiren önemli hususları kendiliğinden bildirmek zorundadır.<sup>21</sup> Genel şartlar TTK fıkra 1 cümle 1’i aynen aldığı halde, TTK m.1290 fıkra 2’yi hariç bırakmıştır. *Ünan’a* göre, genel şartların suskunluğuna rağmen TTK m. 1290 fıkra 2’nin emredici bir

---

TTK md. 1290 hükmünün hayat sigortalarında da uygulanacağını şu şekilde belirtmiştir: “(İhtilaf) TTK’nun 1321 ve müteakip maddelerinde düzenlenen hayat sigortası ile ilgili bulunmaktadır. Bu hükümlerden 1232.maddenin son fıkrasında rizikonun gerçekleşmesinden sonraki ihbar mükellefiyeti tanzim olunmuş ise de, sigorta akdinin yapılmasından önceki ihbar mükellefiyeti hakkında özel bir hüküm mevcut değildir. Bu itibarla, bu yönden genel hüküm niteliğini taşıyan mal sigortasına ilişkin 1290.madde hükmünün can sigortalarında da uygulanması gerekir”. Doktrinde de TTK.md. 1290’ın hayat sigortaları hakkında da geçerli olduğu fikri benimsenmiştir, KENDER (dn.7), 177; BOZER, *Sigorta Hukuku*, Ankara 1981, 243; ÖZTAN, *Sigorta Akdinin İn’ikadında İhbar Mükellefiyeti*, Ankara 1966, 3.

20 Yeni Hayat Sigortası Genel Şartlarının C.2.2.2 hükmü kanuni düzenlemelerden kısmen ayrılmaktadır. TTK sigortacıya cayma hakkını kusur şartını aramaksızın ve rizikonun gerçekleşmiş olup olmaması arasında bir ayırım yapmaksızın tanımaktadır.

21 ARSEVER (dn.7), 107, 108.

düzenleme olarak hayat sigortası sözleşmelerine kuşkusuz uygulanacaktır.<sup>22</sup>

Yukarıdaki hükümlerin konumuz açısından şu şekilde yorumlanması mümkündür; sigorta ettiren başka bir vesileyle kendisine genom analizi yaptırmış ise, sonucun sigorta şirketine bildirilmesi gerekecektir. Ancak bu gereklilik sadece sigorta şirketinin böyle bir testin sonucunu açıkça sorması ve sigorta ettirilen riskin tahmini için bir öneme sahip olması halinde bulunmamaktadır (TTK m.1290 fıkra 1). Sigorta ettiren önemli bir husus teşkil edebilecek olan genom analiz sonucunu soru listesinde yer almasa dahi, *kendiliğinden* bildirmek zorundadır (TTK m.1290 fıkra 2).

Buna karşılık hayat sigortası sözleşmesi kurulmadan önce riziko şahsının doktor muayenesinden veya genetik testten geçmesini öngören bir anlaşma yapılmış olabilir.<sup>23</sup> Tabii burada böyle bir şartın hukuka uygunluğu tartışılabilir. Bu gibi bir anlaşmanın sigortacıya söz konusu muayenenin gerçekleştirilmesini istemek hakkını vermemesi gerekir.<sup>24</sup> Alman Hukukunda, sigortacının bu gibi bir talep hakkına sahip olmayacağı kanunda açıkça öngörülmüştür (VVG md. 160). Bu bakımdan sözleşme cezası da şart edilemez.<sup>25</sup> Aynı mantıkla, genetik analizin yaptırılması konusunda yapılan anlaşmaya dayanarak sigortacının talep hakkının bulunmaması gerekir. Bu konudaki tereddütlerin bertaraf edilmesi için ise, sigortacının sigorta ettirenden genom analizi yaptırmasını talep hakkına sahip olamayacağına ilişkin yasal düzenlemenin bulunması yerinde olacaktır. Diğer taraftan hayat sigortası sözleşmesi alanında sigortacının yasal bir sözleşme yapma zorunluluğu yoktur. Ancak hukuki işlem aracılığıyla bir kimsenin bu sigortayı yapma borcu altına girmesi geçerlidir. Fakat burada da kanunun emredici hükümleri dikkate alınmalıdır.

*Alman hukukunda* da bu genel prensipler geçerlilik taşımakta-

<sup>22</sup> ÜNAN (dn.7), 206.

<sup>23</sup> İspanya'nın 8.10.1998 tarihli Sigorta Sözleşmeleri Kanununun 10.maddesine göre sigorta ettirenin sözleşme öncesi ihbar yükümlülüğü kapsamında doktor muayenesinden geçmesi de yer almaktadır.

<sup>24</sup> ÜNAN (dn.7), 157.

<sup>25</sup> ÜNAN (dn.7), 157.



dır.<sup>26</sup>Çünkü Alman hukukunda VVG m.16, sigortacının açıkça ve yazılı olarak sormuş olduğu bir hususun şüphe halinde sigortacının kararı bakımından “önemli”, yani sözleşme öncesi ihbar görevi kapsamında olacağını öngörmüştür.<sup>27</sup> Soru listesinde yer alan bir hususun önemli olduğu karine olarak kabul edilir. “Önemli husus”tan amaç, sigortanın konusunu oluşturan rizikoyu gerçekleştirmeye elverişli her husustur.<sup>28</sup>

İsviçre doktrininde, sigorta şirketlerinin *prensipte* daha önce yapılan bir testin sonuçlarını sorma hakkına sahip oldukları kabul edilmektedir. Aksi takdirde, uygun olmayan test sonuçlarına sahip olan kişilerin, kendilerini çok düşük primlerle sigorta ettirebilme tehlikesiyle karşılaşılacaktır.<sup>29</sup> Ancak İsviçre hukukuna göre, sigorta şirketi potansiyel müşterisinden sözleşme öncesinde böyle bir testin yapılmasını talep edemez.<sup>30</sup> Bu ilkeye uygun olarak, Hususi Hayat Sigortacılar Derneği, üyelerine potansiyel sigorta ettirenlerden genom analiz sonuçlarını talep etmemelerini tavsiye etmiştir.<sup>31</sup>

Ancak İsviçre’deki bu yasal düzenleme anti-seleksyonu engellemeyecektir, çünkü özel olarak yaptırılan genetik test sonucunda önemsiz hastalıkların taşıyıcısı olduklarını bilen sigorta ettirenler, kendiliklerinden sigorta şirketlerine giderek uygun bir teklif talep edeceklerdir. Bu gibi davranışlarda bulunan sigorta ettirenler uzun vadede sigorta şirketlerinin pazarını etkileyerek, uygun test sonuçlarına sahip olmayan potansiyel sigorta ettirenlerin prim miktarının yükselmesine yol açabilecektir.

<sup>26</sup> Egon LORENZ, *Zur Berücksichtigung genetischer Tests und ihrer Ergebnisse beim Abschluß von Personenversicherungsverträgen*: VersR 1999, 1309-1315; TAUPITZ (dn.10), 43.

<sup>27</sup> § 16 VVG’nin uygulanması için bkz. LORENZ (dn. 26), 1309-1315; TAUPITZ (dn.10), 29, 43; ÜNAN (dn.7), 141.

<sup>28</sup> ÜNAN (dn.7), 141.

<sup>29</sup> *Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht*, Art.4, Rz.36.

<sup>30</sup> Aksi halde ZGB Art. 27’nin ihlal edileceği hakkında bkz.*Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht*, Art. 4 Rz.38).

<sup>31</sup> <http://www.bj.admin.ch/d/index.html>

## B. Genetik Verilerin Değerlendirilmesinin Kesin Olarak Yasaklanmış Olduğu Yasal Düzenlemeler

Bazı yasal düzenlemelerde, sigorta sözleşmelerinin akdedilmesinde genetik veri analiz sonuçlarının her hangi bir şekilde dikkate alınması veya sözleşmenin akdedilmesinin bu şarta tâbi tutulması açıkça yasaklanmıştır.

*Belçika kanun koyucu* 25.6.1992 tarihli *Sigorta Sözleşmesi Kanunu* md. 5 I 3 ile, genetik verilerin sigorta sözleşmeleri kapsamında kullanımını kural olarak yasaklamıştır. *Simon'a* göre Belçika, sigorta mukavelelerinde genetik test sonuçlarının dikkate alınmasını yasaklayan ilk Avrupa ülkesidir.<sup>32</sup> Kanun koyucu bu düzenlemeyle, bir taraftan bazı müşterilerin gen testi sonucunda yüksek sigorta primleri ile karşı karşıya kalmalarını engellemeyi, diğer taraftan sigorta ettirenin ve akrabalarının özel hayatlarının mahremiyetinin korunmasını amaçlamaktadır.<sup>33</sup> İlgili hükmün ifadesine göre, genetik analiz sonuçlarının sigorta ettirenin serbest iradesiyle beyan edilmesi dahi yasak kapsamındadır.

*Lüksemburg* da, 27.7.1997 tarihli “Sigorta Sözleşmesi Kanunu”nun 11.maddesine göre, genetik verilerin sigorta sözleşmesinin akdedilmesinde dikkate alınması açıkça yasaklanmıştır.

*Avusturya'da* da 1.1.1995 tarihinden itibaren “Gen Tekniği Kanunu” § 67 konuya ilişkin bir hüküm içermektedir. Bu hükme göre: “İş verenlerin ve sigortacıların, bunlar tarafından görevlendirilenlerin ve beraberinde çalışanların, işçilerinden, iş talep edenlerden veya sigorta ettiren veya sigorta talebinde bulunanlardan genom analiz sonuçlarını edinmeleri, talep etmeleri, kabul etmeleri veya başka bir şekilde kullanmaları yasaktır”. Hükümden anlaşıldığı üzere, sigorta talebinde bulunanın veya sigorta ettirenin serbest iradesiyle vermiş olduğu genetik bilgilerin dahi değerlendirilmesi yasak kapsamındadır. Böylece sigorta sözleşmesinin ilgilileri, sahip oldukları ve sigorta tekniği açısından uygun olan genom verilerini, sigorta kurumunun avantajlarından faydalanmak için kullanamayacaklardır.

<sup>32</sup> SIMON (dn.10), 65.

<sup>33</sup> *Max-Planck-Institut*, *RabelsZ* 66 (2002), 120.

Belçika ve Avusturya hukukundaki bu katı düzenlemeyle genom analizinin avantajlarından yararlanılamadığı gibi, kabul edilemeyen bazı sonuçları da beraberinde getirmektedir. Şöyle ki, sigorta ettiren ağır kalıtım hastalığı taşıyıcısı olduğunu bildiği halde uygun primlerle kendisini sigorta ettirebilecektir. Gerçi hileden dolayı sigortacının (Türk hukukunda BK m.28 ve m.31 gereğince)<sup>34</sup> haiz olduğu haklardan faydalanması mümkündür. Genom analiz sonuçlarının katı bir şekilde yasaklanması, yasağın uygulanabilirliği açısından da sorun yaratacaktır. Hukuki yaptırım için davacının harekete geçmesi gerekecektir. Oysa karşılıklı anlaşmaya dayanarak prim avantajlarından istifa edilen sigorta sözleşmelerinde taraflardan hiç biri davacı olmak istemeyecektir.

### C. Bu Konuda Kendilerine Sınırlama Koyan Sigorta Şirketleri

Fransız Sigorta Kodu (Code des assurances) genom analizi ile ilgili her hangi bir hüküm içermemektedir. Ancak Fédération française des sociétés d'assurance'a üye olan sigorta şirketleri 1994 yılında beş yıllık bir zaman süresince genetik veri analiz sonuçlarını, sigorta ettiren serbest olarak bildirse dahi, kullanmayacaklarını taahhüt etmişlerdir. Bu bildirim süresi 23.3.1999 yılında bir beş yıl daha uzatılmıştır.<sup>35</sup> Bu nedenle sigorta sözleşmesinin yapılması sırasında sigorta ettirene doldurulması teklif olunan listede genetik test ve bunun sonuçlarına ilişkin hiçbir soru yer almamaktadır. Bu uygulama "ek hastalık sigortası" (*protection complémentaire maladie*) için yasal düzenleme içerisine alınmıştır. 27.7.1999 tarihli ve 99-641 Nolu *sur la Couverture Maladie Universelle* Kanununun 62.maddesi ile genetik testleri kullanan sigortacıların ve diğer kuruluşların, 1 yıla kadar hürriyeti bağlayıcı ceza ve/veya azami 100.000 Fransız Frangı para cezası ile cezalandırılacağı hükme bağlanmıştır.<sup>36</sup> Diğer taraftan genetik ta-

<sup>34</sup> Türk doktrinde KENDER, sözleşme öncesi ihbar görevinin kanunda özel olarak düzenlendiğini ve bundan amacın da genel hükümlerin uygulanmasını bertaraf etmek olduğunu belirterek, Borçlar Kanunu'nun irade sakatlıklarına ilişkin hükümlerinin hiçbir şekilde uygulanamayacağı fikrindedir, (dn.6), 179-180.

<sup>35</sup> SIMON (dn.10), 44 vd.

<sup>36</sup> bkz.Max-Planck-Institut (dn.33), 122 ve dn.21.

ramanın kabul edilebilirliği Fransa'da *Code civil*, *Code de la santé publique* ve *Nouveau Code pénal* da düzenlenmiştir. Söz konusu konuyla bağlantılı olarak *Code civil*'in 16-10 maddeleri ve *Nouveau Code*'un 226-26 maddesi önemlidir. Cc. Madde 16-10 uyarınca bir şahıs ancak tıbbi veya bilimsel amaçla genetik taramaya tabi tutulabilir; taramadan önce ilgili şahsın iznine başvurulmalıdır. Yukarıdaki amaca aykırı hareket edenler, *Nouveau Code pénal* madde 226-26 uyarınca 1 yıl hürriyeti bağlayıcı cezaya ve 100 000 Fransız Frangı para cezası ile cezalandırılmaktadır. Bu hüküm sigortacıların hazırladıkları soru listelerine bazı sınırlamalar getirmiştir. Özellikle hayat sigortası akdeden sigortacılar soracakları soruların niteliğine dikkat etmelidir. Ancak sigorta ettirenin sahip olduğu olumlu genetik verilerin kendi serbest iradesiyle bildirilmesi konusu açıklığa kavuşturulmamıştır.<sup>37</sup>

#### D. Şahsın Kendi Genom'u Hakkında Bilgi Edinmemek Hakkı

*Avustralya hukuku* genom analiz sonuçlarının sigortacılık alanında yaratabileceği sorunlarla ilgili açık bir hukuki düzenlemeye sahip değildir. Ancak Avustralya'da *Investment Funds ve Securites Association, Ltd. (IFSA)* tarafından oluşturulan *policy on Genetic Testing* bulunmaktadır. IFSA'nın genetik test politikası uyarınca sigortacılar,

- potansiyel sigorta ettirenlerden genetik analiz talep etmeyeceklerdir;
- sigorta ettirenlere, genetik risk içermeyen genetik analizin sonuçlarının bildirilmesi halinde bazı prim avantajlarından yararlandırılacaklarına dair *dolaylı baskı* yapmayacaklardır.
- Ancak sigortacılar, potansiyel sigorta ettirenlerden daha önce yapılmış olan genom analiz sonuçlarına ilişkin bilgi isteyebilirler.

Kısaca, IFSA, sigorta ettirenlerin genetik bilgilere sigorta akdinden önce sahip olup olmadıklarına göre bir ayırım yapmaktadır. Ayrıca muayenenin seyri ve sonuçların değerlendirilmesine ilişkin bazı kuralların da dikkate alınması gerekmektedir. Bu kurallara göre sigortacılar;

<sup>37</sup> Yvonne LAMBERT-FAIVRE, *Droit des assurances* (1998), Kn. 914.

- test sonuçlarını, teste tabi tutulanların yazılı izni ile değerlendirecekler;
- kalıtsal hastalık taşıyıcısı olan potansiyel sigorta talebinde bulunanın risk grubu

tayin edilirken, evvelki tıbbi müdahalelerini ve başarılı olacağı ümit edilen tedavi şekillerini de dikkate alacaklar;

- genom analiz sonucunda edindiği bilgileri, kanun ile müsaade edilen haller dışında, hiçbir şekilde açıklayamazlar.
- Kurallardan biri de, üçüncü kişilerin test sonuçlarına ulaşımının, ancak ilgilinin yazılı izniyle mümkün olmasıdır.

Avustralya'daki hukuki durum İngiltere'deki düzenleme ile benzerlik göstermektedir. İngiltere'de de genetik test sonuçlarının sigorta sözleşmeleri kapsamında kullanımı ile ilgili kanuni bir düzenleme mevcut değildir. Ancak 1997'de *Association of British Insurers* adlı kurum "*Genetic Code of Practice*"i düzenlemiştir. Bu Kod'un ikinci paragrafına göre, sigorta şirketleri sigorta sözleşmesinin akdi esnasında müşterilerinden genetik test yaptırmalarını talep edemezler. Ancak sözleşme kurulduğu sırada müşterinin bilgisi dahilinde olan ve risk değerlendirilmesinde önem arz edebilecek genom test sonuçlarının sözleşme öncesi ihbar görevi içerisinde değerlendirilmektedir.<sup>38</sup> Diğer bir ifadeyle, genom analiz sonucunda sigorta sözleşmesi için önemli olan bilgilere sahip olan müşteri, bunları sözleşme akdedilmeden önce sigorta şirketine bildirmelidir.

### **E. Hastalık ve Hayat Sigortası Ayrımı Yapan Hukuk Düzenleri**

Şu anda ABD'nin 19 eyaletinde genetik testlere dayanarak sigorta poliçesi düzenlemek; 15 eyalette de genetik testlerden elde edilen sonuçlara göre işten çıkartmalar yasaklandı. Ancak sorun hayat ve sağlık sigortaları alanında farklı ele alınmaktadır.<sup>39</sup> Ayrıca 8 Şubat 2000 ta-

<sup>38</sup> SIMON (dn.10), 39 vd.

<sup>39</sup> M.Davidson, The Potential for Discrimination in Health Insurance based on predictive Genetic Tests, Testimony before the House Committee on Energy and commerce, 11.July 2001 [http://energy commerce.house.gov/10....001/he-

rihli executive order<sup>40</sup> ile devlet dairelerinde işe alınanların genetik verilerinin dikkate alınması yasaklanmıştır.

Federal Kanun koyucu şimdiye kadar sadece “grup sigortaları”<sup>41</sup> alanında bir düzenleme getirmiştir. 1996 tarihli “Sağlık Sigortaları Mevzuatı” (*Health Insurance Portability and Accountability Act*) (HIPAA)<sup>42</sup>, grup sigortalarında, üyelerden birinin muayene esnasında bir hastalığının teşhisi veya olumsuz genom analiz sonucu sebebiyle (grup sigortası) üyelerinin tamamının daha kötü bir konuma konulmasını engellemeye çalışmaktadır, meğer ki muayene esnasında bir hastalık teşhis edilmiş olsun. Ancak bu hükümler bütün grup için prim miktarının yükseltilmesine engel olmamaktadır ve bireysel sağlık sigortasını kapsamamaktadır. Bu boşluğu doldurmak için *Senator Olympia Snowe* senatoya 15.2.2001 yılında “*Genetic Information Non-discrimination in Health Insurance Act*” için bir kanun teklifi sunmuştur. Teklifte, grup hastalık sigorta ve bireysel hastalık sigorta sözleşmelerinin akdi esnasında veya prim miktarının belirlenmesi esnasında, potansiyel sigorta ettirenin veya akrabasının *olumsuz genom analiz sonuçlarının* kullanılması yasaklanmıştır.<sup>43</sup> Teklif senatoda iki

---

aring322/Davidson 518 print.html]; F.Collins, Genetic Discrimination, Testimony United States Senate, hearing on Genetic Information in the workplace, July 20, 200 (http://ama-assn.org/ama/pub/print/article/2312-2871.html).

<sup>40</sup> Executive order No.13, 145, 65 Fed. Reg.6, 877 (2000) [http://www.whitehouse.gov/WH/New/html/20000 208.html]

<sup>41</sup> Aynı özelliği taşıyan bir topluluğun (grubun) mensuplarının sigortalanması anlamına gelmektedir, ÜNAN (dn.7), 9; COŞKUN, *Türk ve Amerikan Hukukunda Grup Sigortası ve Çeşitleri*, 1969, 61 vd.

<sup>42</sup> ABD Sağlık Bakanlığı, Aralık 2000 tarihinde HIPAA yasası doğrultusunda kuruluşların izleyecekleri prosedürü düzenleyen yönetmelik yayınladı. Bu yönetmelik, Amerikan vatandaşlarının bireysel sağlık bilgilerini koruyan ilk federal düzenleme niteliğindedir. Amerika’da, özel sağlık bilgilerinin izin alınmadan kullanılmasını ve açıklanmasını sınırlayan yönetmelik, hastaların kendi tıbbi kayıtlarına erişme ve bu kayıtlara başka kimlerin eriştiği bilgisini almaları için haklarını da genişletiyor. Yönetmelik ayrıca, verilerin uygun olmayan kullanımı ile açıklanması konusunda yeni cezai ve kurumsal sorumluluklar getirip, araştırmacılar ile diğer tarafların kayıtlara erişimi için taşıması gereken şartları yeniden düzenliyor [http://tur.internet.com/haber/yazigoster.php3?yaziid=1088].

<sup>43</sup> http://thomas.loc.gov/cgi-bin/query/z?c107:S.382:

kez görüşüldükten sonra *Commitee for Health, Education, Labor and Pensions*'a iletilmiştir.<sup>44</sup> Genom analiz sonuçlarının hayat ve maluliyet sigortaları alanında kullanılması konusunda Federal hukuk hiçbir norm içermemektedir. Ne var ki yasalardaki bu açıklardan yararlanan işveren ve sigortacılar, genetik testleri gizliden gizliye incelemeyi sürdürüyor. 1995 yılında yapılan bir araştırmaya göre ABD'de orta ve küçük ölçekli şirketlerin % 30'u terfi ve işten çıkartmalarda çalışanlarının genetik testlerinden yararlanıyor.<sup>45</sup>

Kaliforniya Sigorta Sözleşmeleri Kanunu modern ve oldukça kapsamlı bir hüküm içermektedir.<sup>46</sup> İlgili eyalet hukuku, hastalık sigortası kapsamında genetik bilgilerin edinilmesini ve kullanılmasını yasaklamaktadır. Ayrıca bir grup işverenler tarafından sunulan "işçi sağlık sigortası" (*multiple employer welfare arrangements*), işveren ve/veya işçi organizasyonların sundukları "işçilere ve bazı durumlarda bunların ailelerine sağlanan hastalık sigortası" (*self-insured employee welfare benefit plans*) ve "bireysel sağlık sigortaları" (*health care service plans*) akdedilirken veya yenilenirken, potansiyel sigorta ettirenin genetik özellikleri sebebiyle ortaya çıkma olasılığı olan hastalık ret sebebi olarak gösterilmesini de yasaklar.<sup>47</sup> Aynı şekilde sigortacılar, sigorta ettirenin genetik özellikleri sebebiyle, yüksek prim miktarı belirleyemezler veya sigorta genel şartlarının aksine anlaşmalar yapamazlar veya sorumluluğu sınırlandıramazlar.<sup>48</sup> Sağlık sigortası yapan sigortacılar ancak tedavi amacıyla müşterilerinin genetik vasıfları için bilgi edinebilirler.

44 <http://thomas.loc.gov/cgi-bin/query/z?d107:S382>:

45 [www.afyuksel.com](http://www.afyuksel.com)

46 ABD'nin tüm münferit eyalet hukukları hakkında şematik açıklama için bkz. SIMON, (dn. 10), 54 vd.

47 Sec.1374.7 (a) California Health and Safety Code (health care service plan); sec. 742.405 (a) California Insurance Code (multiple employer welfare arrangement); sec. 10123.3 (a) California Insurance Code (self-insured employee welfare benefit plan).

48 Sec. 1374.7 (a) California Health and Safety Code (health care service plan); sec. 742.405 (a) California Insurance Code (multiple employer welfare arrangement); sec. 10123.3 (a) California Insurance Code (self-inured employee welfare benefit plan).

Ancak hayat ve maluliyet sigortası sunan sigorta şirketleri, müşterilerinden genom analiz sonuçlarını talep edebilir. Fakat sigorta şirketlerinin bu talepleri bazı şartlara tabi tutulmuştur: Genom analiz sonucu sadece burada söz konusu olan sigorta türleri için talep edilir, çünkü bu sigorta sözleşmelerinin akdi hastalık veya diğer tıbbi testlere ve muayenelere bağlı tutulmuştur. Fakat bu durumda dahi genom analizi potansiyel sigorta ettirenin yazılı izniyle mümkündür. Yazılı izin, yapılmak istenen testin tasvire, amaca, ileride kullanılacağı alanlara ve sınırlarına, test sonuçların anlamına, bildirim usulüne ve talepte bulunanın bu bilgilerin kullanımına ilişkin sır saklama yükümlüğüne ve sorumluluklarına dair bilgiler içermelidir.

### F. Sigorta Meblağına Göre Ayırım Yapan Hukuk Düzenleri

Son olarak da sigorta sözleşmelerinin akdinde genetik verilerin kullanımını sigorta meblağına göre ayırma tâbi tutan hukuk düzenleri hakkında bilgi verilmelidir. Bu ayırım uygulamada özellikle hayat sigortaları açısından önem taşımaktadır.

İsveç'de devlet ile İsveç sigortacılar derneği arasında genom analiz sonuçlarının kullanımına ilişkin bir anlaşma yapılmıştır. Anlaşma 1.7.1999 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Anlaşmanın 3. Paragrafı gereğince, derneğe üye olan sigorta şirketleri, genom analizini sigorta sözleşmelerinin veya var olan sözleşmenin geliştirilmesinin şartı olarak öngörmeyeceklerini kabul etmişlerdir. Paragraf 4, derneğin kendilerine üye olan sigorta şirketlerinin, sigorta talep edenin veya aile üyelerinin yaptırmış oldukları genom analiz sonuçlarını öğrenmemeleri veya genom analiz sonuçlarını risk hesabının temeli olarak alınmaması için çaba harcayacaklarına dair yükümlülük üstlenmiştir.

Ancak, bu yükümlülükler aşağıda belirtilen sigorta ilişkilerinde geçerli değildir:

- *Prisbasbelopp enligt lagen om almän försäkring*<sup>49</sup> (tahminen 112.500 Alman Markı)'in 15 katı aşan Kapital hayat sigortalarında,
- her yıl için *prisbasbelopp enligt lagen om almän försäkring*'den daha yüksek periyodik ödemeler öngören ölüme bağlı sigortalarda,

<sup>49</sup> Mayıs 2003 itibariyle 1 ABD Doları 8.3779 (SEK) İsveç Kronu'dur.



- hastalık halinde sigorta ettirene *prisbasbelopp enligt lagen om almän försäkring* 'in 15 katının ödenmesini öngören sigortalarda,
- hastalık halinde sigorta ettirene yıllık periyodik ödemelerin *prisbasbelopp enligt lagen om almän försäkring*'den fazla olan sigortalarda.

Yukarıdaki hükümlerin uygulanmasından, sigorta ettirenler tarafından düşük meblağlı birden fazla sigorta sözleşmeleri akdedilerek kaçınılamaz. Ancak değişik sigorta şirketlerinde akdedilen sigorta sözleşmelerinde “*yığılma yasağının*” nasıl işleyeceği ise çözümlenmesi gereken bir problemdir. Belirtilen sınırların aşılmasından bağımsız olarak, sigorta şirketlerinin yapılmış olan genetik sonuçlarını sormayacaklarından hareket edilmelidir. Belli ki İsveç hukukuna göre, serbest olarak elde edilen genetik test sonuçlarının risk tayininde kullanılması mümkündür.<sup>50</sup>

*Hollanda hukukunda* genetik verilerin sigorta sözleşmelerinde kullanımına ilişkin mesele, 5.7.1997 tarihli *Wet op de medische keuringen* ile düzenlenmiştir. İlgili Kanun, sigorta şirketlerinin ilgilinin sağlık durumu hakkında soru sorulmasını veya doktor muayenesinin talep edilmesini yasaklamaktadır. Grup sağlık sigortalarında her çeşit sağlık taramasının yapılmasının talep edilmesi yasaklanmıştır (Madde 4 III-VI *Wet op de medische keuringen*). Müşterinin biri bireysel sigorta koruması talep ediyor ise, *Wet op de medische keuringen*'in 5.maddesi, sigortacının potansiyel sigorta ettirene kalıtsal hastalık ve buna ilişkin muayene sonucuna ilişkin “belirli soruların” dışında soru sorması yasaklanmıştır. Hayat sigortalarında sınır 300.000 Hollanda Florini'dir (Md. 5 II *Wet op de medische keuringen*).

### III. Genetik Verilerin Kullanımı Hakkındaki Düşünceler

Karşılaştırmalı hukukun incelenmesi sonucunda, özel sigorta sözleşmelerin akdi esnasında genom analiz sonuçlarının kullanımının sınırlandırılmaya yönelik bir ağırlık olduğu görülmektedir. Bu amaca ulaşmak için bazı hukuk düzenleri genom analiz sonuçlarını açıkça yasaklamıştır, bazıları ise aynı sonuca sigorta şirketlerinin kendilerini sı-

50 SIMON (dn.10), 74.

nırlandırarak ulaşmıştır. Bu sınırlandırmanın derecesi ise ülkeden ülkeye değişiklik arz etmektedir. Konuya ilişkin kanaatimizi belirtmeden önce, genom analiz sonuçlarının sigorta sözleşmeleri kapsamında değerlendirilmesi lehine ve aleyhine olan gerekçelere yer vermeyi uygun bulmaktayız.

### A. Genetik Verilerin Kullanılması Aleyhine Olan Düşünceler

Genetik verilerin sigorta akitlerinde kullanımına ilişkin politik tartışmalar, genetik araştırma ve gen-teknikliği ile yakından ilgilidir. Her kim genetik araştırmayı ve gen teknolojisini tıbbi açıdan bakıldığında etiğe aykırı, dini açıdan bakıldığında yaratana müdahale olarak algılıyor ise, genetik araştırmalar sonucunda elde edilen *genetik verilerin kullanımını* da yasaya aykırı görecektir.

Genetik bilim dalının konusu, insan hayatının yapı taşlarını incelemek ve yeni tespitlerde bulunmak iken, sigorta hukukunun konusu (bu tartışmada) riskin belirlenmesi için var olan kaynaklardan yararlanılıp yararlanılmayacağıdır. Bunun aslında, sigorta sözleşmesinde sigortalının önemli meseleleri bildirme mecburiyetinden başka bir şey olmadığı da söylenebilir. Çünkü önemli husus akdin yapılıp yapılmamasına veya daha ağır şartlar ile yapılmasına ilişkin bir meseledir.<sup>51</sup> Beyan zorunluluğuna giren hususlar riziko ile ilgili önemli hususlardır.<sup>52</sup> Var olan test sonuçlarının bildirilmesine ilişkin talepler, sigorta talebinde bulunanın ve yakınlarının sıhhatlerinin geçmişi hakkındaki sorular ile aynı risk potansiyeli taşımaktadır. Fakat madalyonun arka yüzüne bakıldığında bazı olumsuzlukların bulunduğu görülmektedir.

Genom analiz sonuçlarının sigorta işlemlerinde değerlendirilmesine karşı ileri sürülen en önemli itirazlardan biri, kişinin kendisi hakkında ne kadar bilgi edinileceğini kendisinin belirleme hakkına sahip olmasıdır. Özellikle İsviçre’de yerleşmiş olan bir görüşe göre, sigorta sözleşmelerinin genetik testin yapılması şartına tabi tutulması “kişilik hakkını” ihlal etmektedir.<sup>53</sup> Ancak eldeki genom analiz sonuçları

51 ARSEVER (dn.7), 106.

52 ARSEVER (dn.7), 107.

53 Konuya ilişkin geniş bilgi için bkz. Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht.

nın sigorta şirketi tarafından talep edilmesi hukuken uygundur. Eldeki genom analiz sonuçlarının beyan edilme zorunluluğundan dahi bahsedilmektedir. İlgilinin genom analiz sonuçlarının kullanılmasına izin vermesi, kişilik hakları içerisinde değerlendirilen test sonuçlarının ticari açıdan değerlendirilmesine yol açacaktır. Bunun sonucunda bir çok sigorta ettiren düşük prim ödemek için kendilerine genetik test yaptıracaktır. Ancak İtalya gibi bazı ülkelerde, bazı verilerin kullanımını için ilgilinin izni yeterli olmayıp, ayrıca idari makamların da iznine başvurulmalıdır.<sup>54</sup>

Genom analiz sonuçlarının kullanımına karşı ileri sürülen eleştirilerden biri de, sigorta şirketlerinin bu alanda sigorta ettirenlerden daha fazla bilgi sahibi oldukları ve bu bilgilerin kâr gütmek amacıyla kullanılması riskinin bulunmasıdır. Ancak burada bahsedilen bilgi fazlalığı bireysel riske ilişkin bilgiler değildir. Hastalık ve sağlık sigorta sözleşmelerinde, sigorta ettirenin bireysel risk konusunda daha fazla bilgi sahibi olduğu muhakkaktır. Aksi takdirde sözleşme öncesi ihbar yükümlülüğünden bahsedilmezdi. Burada sigorta şirketlerinin bilgi öncülüğünden kastedilen, sigorta şirketleri tarafından somut risklerin bilimsel ve teknik esaslarla, istatistik ve ihtimaller hesabına göre gerçekleşme nispetinin ne olacağının bilinmesidir.<sup>55</sup>

Sigorta sözleşmelerinin akdinde genetik veri analiz sonuçlarının kullanımına karşı ileri sürülen eleştirilerden biri de, genetik özelliklere göre bir ayırım yapmanın *ayırım yasağını* ihlal etmesidir.<sup>56</sup>

<sup>54</sup> Karşılaştır Md.22 Verilerin Korunması Hakkındaki Kanun md. 22, Max-Planck-Institut (dn.33), 131.

<sup>55</sup> KENDER (dn.6), 145.

<sup>56</sup> İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetlerini Korumaya Dair Sözleşmenin (AIHS) 14.maddesine göre: “İşbu Sözleşmede tanınan hak ve hürriyetlerden istifade keyfiyeti, bilhassa cins, ırk, renk, dil, din, siyasi veya diğer kanaatler, milli veya sosyal menşe, milli bir azınlığa mensupluk, servet, doğum veya herhangi diğer bir durum üzerine müesses hiçbir tefriğe tabi olmaksızın sağlanmalıdır”. Ayırım yasağı'nın düzenlendiği 14.maddeye göre, sözleşmenin, ege-men devletçe sağlanıp korunmasını emrettiği haklar ve özgürlükler herkes için olduğu cihetle (m.1) bunların kullanılmasında, bunlardan yararlanmada bireyler arasında ayırım gözetilmesi, açık bir hükümlerle, yasaklanmış bulunmaktadır. Bu husus yasalar önünde eşitlik ilkesinin de açık bir sonucudur. Kısaca, 14.madde, aynı ya da benzer durumda bulunan bireyleri haksız

## B. Genetik Analizin Avantajları

İnsanın genetik haritasının sigorta sözleşmelerindeki kullanımını tamamen yeni sayılmaz. Özellikle hastalık ve hayat sigortalarında “ailenin hastalık tablosu”, yani sigorta ettirenin yakın akrabasının hastalıklarına ilişkin sorular, bir çok sigorta şirketinin soru listesinde yer almaktadır. Soru listesinde yer alan “ailenin hastalık tablosuna” ilişkin soruyu ihmalden yanlış cevaplayanlar, bazı ülke hukuklarında ağır müeyyidelere bağlanmıştır.<sup>57</sup> Mesela TTK m.1290 uyarınca sigorta ettiren sorulduğu halde susmuş ise veya eksik yahut gerçek dışı beyanda bulunmuş ise sigortacı gerçek durumu öğrendiği andan başlayarak bir ay içinde sözleşmeden cayabilir. Alman Sigorta Sözleşmesi Kanunu (VVG) § 17 benzer bir düzenlemeye sahiptir. Genetik verilerin bildirilmesi ile çoğu kez aile üyelerinin hastalıklarının hatırlan-

---

farklı muameleye karşı korumaktadır. Yine Avrupa Birliği Temel Hakları Şartı'nın 21.maddesine göre:” *Herhangi bir temele dayalı ayrımcılık (cinsiyet, ırk, etnik veya sosyal köken, GENETİK ÖZELLİKLER, dil, din veya inanç, siyasi ya da başka bir görüş, ulusal bir azınlığın üyesi olmak, doğum, sakatlık, ya da cinsel tercih) engellememelidir.*”

- 57 Sözleşme öncesi ihbar görevinin yerine getirmesi bakımından sigortacının sormuş olduğu soruların tam ve doğru olarak cevaplandırılması veya soru listesi verilmemişse, sigortacının kararını etkileyecek bütün hususların ona yine tam ve doğru şekilde bildirilmesi lazımdır; Yargıtay 11 HD'nin 7.10.1988 gün ve 1988/1255-5606 sayılı kararı için bkz. ULAŞ, *Can Sigortaları*, 94. Eğer soru listesi verilmemişse, sigorta ettiren önemli hususları kendiliğinden bildirme zorundadır. Türk hukukunda TTK 1365 fıkra 2 uyarınca, sigorta ettiren veya sigortalı önemli hadiseyi bilmiyorsa veya kusuru olmadan yanlış beyanda bulunmuş, yahut hiç beyanda bulunmamışsa müeyyide uygulanmaz. Soru listesi verme zorunluluğu olan İsviçre’de prensip itibariyle kusurun bulunup bulunmadığına bakılmaz. Ancak sigorta ettiren veya sigortalı sorulan hususu bilmiyor ve bilmesi kendisinden beklenemiyorsa sorumlu olmaktan kurtulur. TTK 1290.madde kusursuz sorumluluğu almış, fakat sübjektif kusursuzluk problemi üzerinde durmamıştır. Yargıtay bazı kararlarda İsviçre kanununa yakın, mantıklı bir sonuca varmıştır, Yarg. HGK 2.12.1958 gün ve 958/50 karar, ARSEVEN (dn.7), 109. Bizdeki sigorta genel şartlarında 1390.maddenin bu konudaki sert prensibi yumuşatılmıştır. Kusursuz beyanda bulunmama veya yanlış beyanda bulunmanın müeyyidesi yoktur. Hatta kasıt dışı veya kusurlu beyanın müeyyidesi hafifletilmiştir ve sadece kusurun ağırlığı nispetinde tazminattan bir indirim öngörülmüştür, ARSEVEN (dn.7), 109.

masındaki boşluklar objektif veriler ile doldurulmaktadır ve böylece doğabilecek ihtilafın minimuma indirilmesi sağlanmaktadır. Genetik veri analizi bazı kalıtsal hastalıkları keşfetmektedir, bu noktada bireysel risklerin genetik analiz sonrasında daha elverişsiz değerlendirildiği intibası doğabilir. Ancak bu algılama yanıltıcıdır. Her şeyden önce kalıtsal hastalık taşıyıcısı bir kişi, taşıyıcısı olduğu hastalığın tespiti ve tedavisinin seyri hakkında erken bilgi sahibi olacaktır ve belki de yaşam koşullarını değiştirecektir. Örneğin, solunum yolu hastalığını bu şekilde öğrenen bir kişi, yaşam merkezini yoğun trafikten ve kirli hava koşullarının bulunduğu bir ortamdan, temiz havası olan sahil kesimine nakledecektir. Genetik analiz sonucunda gerçi risk grubu tespit edilmektedir, ancak sağlıklı yaşamak için gerekli tedbirlerin alınmasıyla, somut olaydaki riskin gerçekleşmesi minimuma indirmektedir. Riskten haberdar olmak bütün diğer alanlarda olduğu üzere riskin gerçekleşmesini ertelemek için gerekli olan tedbirlerin alınmasının ön şartıdır.

Genom analizin toplum için de bazı menfaatleri bulunmaktadır. Bir ülkede yaşayan bireylerin genetik analiz sonuçları, sağlık bakanlığı, çevre bakanlığı ve aile bakanlığı için önemli ipuçlarına sahiptir. Devlet, vatandaşlarının genom'u hakkında bilgi edinme imkanına sahip olmadığına göre, genom analiz sonuçlarının değerlendirilmesini yasaklayacağına, toplumun menfaatine kullanılmak üzere merkezi bir veri bankasının tesis edilmesini sağlayabilir.

#### IV. Sonuç

Türkiye genetik analiz alanında şüphesiz Avrupa ve ABD'nin seviyesine ulaşmış değildir. Ancak yukarıda da belirttiğimiz üzere, özellikle son 10 yıl içerisinde bu alanda çığır açacak gelişmeler olmuştur. Bu gelişmelerin önümüzdeki yıllarda daha da artacağı gözüküyor. Türkiye de bu gelişmelerin dışında kalmayacaktır. İşte bu düşüncelerle, genetik analiz sonuçlarının sigorta sözleşmeleri kapsamındaki kullanımının hukuki bir çerçeve içerisine alınması zorunludur. Karşılaştırmalı hukukta, genom analiz sonuçlarının sigorta sözleşmelerinde kullanımının yararından çok doğurabileceği tehlikelerinden bahsedildiğini gördük. Fakat genom analiz sonuçlarının sigorta sözleşmeleri çerçevesinde yaratabileceği tehlikeler hukuken kontrol altında tutulabilirse, yararlarından istifade edilebilir. Bu açıdan bakıldığında, si-

gorta hukukunda genom analizini istisnasız yasaklamak doğru gözükmüyor.

Türkiye’de de konuya ilişkin özel hükümlere ihtiyaç duyulmaktadır. Şu anki hukuk anlayışımıza göre, sigorta şirketlerinin, genom analiz sonuçlarını sigorta sözleşmesinin akdedilmesi şartı olarak ileri sürmeleri yasaklanmalıdır. Sanırım kamuoyunun da baskısı bu yönde olacaktır. Aynı sonuca pekâla, sigorta şirketlerinin kendilerine bu konuda sınırlama getirmeleriyle de ulaşılabilir, ancak bu girişim, yabancı sigorta şirketlerinin Türkiye pazarındaki faaliyetleri sebebiyle yeterli görülmeyecektir. Örneğin muhabir sigortalarda, Türk sigorta ettiren örneğin internet üzerinden yabancı bir sigorta şirketiyle sigorta sözleşmesi akdedebilir. Her ne kadar Türk Kanunlar İhtilafı Hukukunda sigorta sözleşmeleri düzenlenmemişse de, yabancı unsurlu sigorta sözleşmelerinde uygulanacak hukuku ortaya koymak için, MÖHUK m. 24 uygulama alanı bulacaktır. İlgili hükme göre, eğer taraflar uygulanacak hukuku seçmemişlerse, ağırlıklı edimin ifa yerini belirlemek gerekir. Sigorta sözleşmesinde, karakteristik edim sigortacının edimidir.<sup>58</sup> Sigorta şirketleri tüzel kişi olmaları sebebiyle sigorta aktı statüsü, merkezin veya şubenin yaptığı akitler açısından merkezin ikâmetgahı veya şubenin ikâmetgahı hukukudur.<sup>59</sup> Pekâla seçilen veya objektif bağlama kuralının öngördüğü hukuka göre sigorta sözleşmelerinin akdinde genom analiz sonuçlarının kullanımı yasaklanmamış olabilir. Tâbi burada hakim yabancı hukuku uygulama zorunluluğunu kamu düzenine aykırılık (MÖHUK md. 5) gerekçesi ile bir kenara bırakarak ya kendi hukukunu ya da olaydaki unsurlara göre ilgili görebileceği başka bir hukuku ihtilafın çözümünde esas alabilecektir.

Konu sağlık sigortası ile hayat sigortası açısından farklı bir düzenlemeye tabi tutulmalıdır. Bilindiği üzere kamu sigortaları, kamu eliyle mecburi sigorta halinde işler ve tabi olduğu hükümler, kamu hukukunun usul ve esas hükümleridir. İşte bu tür sigortalarda genom analiz sonuçlarının kullanılmasının yasaklanması gerekmektedir. Aksi takdirde olumsuz genom analiz sonuçlarına sahip olanların “uygun şart-

<sup>58</sup> TEKİNALP, *Milletlerarası Özel Hukuk, Bağlama Kuralları*, 6.Bası, İstanbul 1999, 294.

<sup>59</sup> TEKİNALP (dn.58), 294.

larla” özel sigorta hukukundan yararlanamayacakları gibi, kamu sigortalarından da yararlanamayacaklardır. Ayrıca bu durumun sosyal devlet ilkesiyle bağdaştırılması da zordur. Buna karşılık Türk özel sigorta hukukunun, örneğin özel hayat sigortalarından faydalanmak isteyenlerden, en azından elde bulunan genom analiz sonuçlarının talep edilmesi yerinde olurdu. Şayet kanunla bu alanda da genom analiz sonuçlarının kullanımının yasaklanması uygun görülürse, bu durumda yasağın en azından *belirli sigorta meblağına* kadar geçerli olması uygun olur.<sup>60</sup>

Genetik araştırmalar son yıllarda inanılmaz bir ilerleme kaydetmiştir. Hatta bu gelişmeler kamuoyunun bazı konulara bakış açısını da değiştirmiştir. Genetik bilim alanındaki gelişmenin hızı, genom analiz sonuçlarının sigorta sözleşmeleri alanında kullanımına ilişkin ihtilafı nihai bir çözüme bağlanması için doğru bir zamanlama olup olmadığı konusunda tereddüt uyandırmaktadır. Daha önce de ifade ettiğimiz gibi, genom analiz sonuçlarının sigorta sözleşmeleri kapsamında değerlendirilmesi meselesi hukuki bir düzenlemeye ihtiyaç duymaktadır. Ancak bu düzenlemenin geçerlilik süresi de, konunun özelliği sebebiyle, açıklığa kavuşturulmalıdır.

Sonuç itibarıyla,

1. Her şahsın genetik verilerini “öğrenmemek hakkı”na sahiptir. Özel hastalık sigortası akdeden sigorta şirketleri, akdin kuruluşu esnasında olduğu gibi, sözleşme ilişkisinin devamında da, sigorta ettirenlerden genetik test yaptırmalarını talep edememeleri gerekir.
2. Hayat sigortalarında da, gen testi sözleşmenin akdedilme şartı olarak öne sürülmemelidir.
3. Ağır genetik hastalığı hakkında bilgi edindikten sonra yüksek sigorta meblağlı hayat sigortası akdetmek isteyen sigorta ettirenlerin, ellerindeki genetik bilgileri sigortacıya ihbar etmeleri de yasal bir yükümlülük olarak düzenlenmelidir.

---

<sup>60</sup> Örneğin İsveç Hukuku böyle bir yasağı 110.000 DM üst meblağa kadar kabul etmiştir. Hollanda hukukunda ise bu sınır 240.000 DM'dir.