

**HAYAT VE SAĞLIK SİGORTASI
SÖZLEŞMELERİNDE GENETİK TEST
SONUÇLARININ KULLANILMASI**

Ezgi Başak DEMİRAYAK

DOKTORA TEZİ

Eskişehir, 2012

**HAYAT VE SAĞLIK SİGORTASI SÖZLEŞMELERİNDE
GENETİK TEST SONUÇLARININ KULLANILMASI**

Ezgi Başak DEMİRAYAK

**DOKTORA TEZİ
Özel Hukuk Anabilim Dalı
Danışman: Prof. Dr. Fırat ÖZTAN**

**Eskişehir
Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
12.11.2012**

JÜRİ VE ENSTİTÜ ONAYI

Ezgi Başak DEMİRAYAK'ın "Hayat ve Sağlık Sigortası Sözleşmelerinde Genetik Test Sonuçlarının Kullanılması" başlıklı tezi 12 Kasım 2012 tarihinde, aşağıdaki jüri tarafından Lisansüstü Eğitim Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinin ilgili maddeleri uyarınca **Özel Hukuk** Anabilim Dalında, **Doktora** tezi olarak değerlendirilerek kabul edilmiştir.

İmza

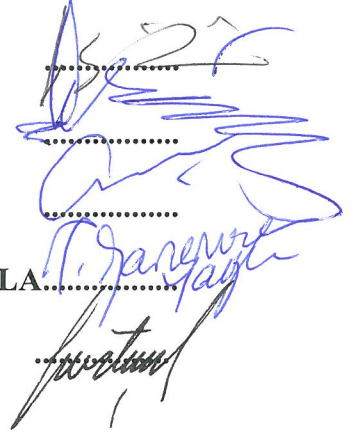
Üye (Tez Danışmanı) : Prof.Dr.Fırat ÖZTAN

Üye : Prof.Dr.Akar ÖCAL

Üye : Doç.Dr.Ayşe Tülin YÜRÜK

Üye : Yard.Doç.Dr.H.Tolunay OZANEMRE YAYLA

Üye : Yard.Doç.Dr.Filiz TEPECİK




Prof.Dr.B.Zafer ERDOĞAN
Anadolu Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürü

Doktora Tez Özü

HAYAT VE SAĞLIK SİGORTASI SÖZLEŞMELERİNDE GENETİK TEST SONUÇLARININ KULLANILMASI

Ezgi Başak DEMİRAYAK

Özel Hukuk Anabilim Dalı

Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Eylül 2012

Danışman: Prof. Dr. Fırat ÖZTAN

Genetik bilginin işveren ve sigortacılar tarafından kullanılması 80'li yıllardan beri tartışılmaktadır. Genetik test sonuçlarının sigortacı tarafından riziko ile prim arasındaki dengeyi sağlamak amacıyla kullanıldığı örnekler daha çok Amerika'da görülmektedir. Bu örneklerin artması nedeniyle pek çok ülkede genetik test sonuçlarının sigortacı tarafından kullanılmasına ilişkin özel düzenlemeler yapılmıştır. Son yıllarda Türkiye'de de genetik verilerin çeşitli alanlarda kullanımına ilişkin tartışmalar görülmektedir. Ancak sigorta hukuku alanındaki kullanımlara ilişkin tartışmalar aile hukuku, ceza hukuku ya da insan hakları hukukundaki tartışmalara oranla daha azdır. Sigorta hukuku alanında genetik test sonuçlarının kullanılması üç soruyu ortaya çıkarmaktadır. İlk soru sigortacı tarafından sözleşmenin ön şartı olarak genetik test talep edilmesine ilişkindir. İkinci soru, genetik test sonuçlarının sözleşmenin kurulması sırasında sigortacıya bildirilmesine ilişkindir. Bu iki konu sigorta ettirenin sözleşmenin kurulması sırasındaki beyan yükümlülüğü çerçevesinde incelenmelidir. Üçüncü soru ise olumsuz genetik test sonuçlarının riziko ağırlaşması olarak değerlendirilmesine ilişkindir. Bu çalışmanın amacı, bu soruların Türk Hukuk sistemi açısından incelenmesidir. Çalışma, Türkiye'deki ilgili düzenlemeleri, Amerika, Avusturya, İsviçre ve Almanya'daki benzer düzenlemelerle karşılaştırmaktadır. Çalışmada ayrıca genetik test sonuçlarının Türkiye'deki sigorta şirketleri tarafından kullanılması konusunda özel bir düzenleme de önerilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Genetik test, hayat sigortası, sağlık sigortası, beyan yükümlülüğü, riziko ağırlaşması

Abstract

THE USE OF THE RESULTS OF GENETIC TESTS IN LIFE AND HEALTH INSURANCE CONTRACTS

Ezgi Başak DEMİRAYAK

Department of Private Law

Anadolu University, Graduate School of Social Sciences, September 2012

Advisor: Prof. Dr. Fırat ÖZTAN

Use of genetic information by employers and insurers has been discussed since 80's. Examples of the use of genetic test results by insurer in order to set the balance between risk and premium was mostly observed in America. As the number of such examples increase, special regulations were enacted in many countries in regards to the use of genetic information by insurers. The use of genetic information in different fields in recent years is also being discussed in Turkey. But the use of genetic test results in the insurance law is relatively invisible in comparison to the fields such as family law, criminal law or human rights law. In the field of insurance law, three main questions arise relating to the use of genetic test results. The first question relates to the demand of genetic testing by the insurer as a prerequisite of insurance contract. The second question is based on the representation of genetic test results by the conclusion of the insurance contract. These two issues should be examined within the framework of duty of disclosure of the insurance holder by the conclusion of the insurance contract. As for the third question, it concerns with the assessment of negative genetic test results as an increase in hazards. This question should be discussed within the framework of legal regulations relating to the increase of hazard. The purpose of this study is to address these questions within the framework of Turkish Law System. It compares related regulations in Turkey with similar regulations in America, Austria, Switzerland and Germany. It also offers a special regulation for the use of genetic test results for insurance companies in Turkey.

Keywords: Genetic tests, life insurance, health insurance, duty of disclosure, increase of hazard.

27.09.2012

Etik İlke ve Kurallara Uygunluk Beyannamesi

Bu tez çalışmasının bana ait, özgün bir çalışma olduğunu; çalışmanın hazırlık, veri toplama, analiz ve bilgilerin sunumunda bilimsel etik ilke ve kurallara uygun davrandığımı; bu çalışma kapsamında elde edilmeyen tüm veri ve bilgiler için kaynak gösterdiğimi ve bu kaynaklara kaynakçada yer verdiğimi; bu çalışmanın Anadolu Üniversitesi tarafından kullanılan bilimsel intihal tespit programıyla tarandığını ve hiçbir şekilde intihal içermediğini beyan ederim.

Herhangi bir zamanda, çalışmamla ilgili yaptığım bu beyana aykırı bir durumun saptanması durumunda, ortaya çıkacak tüm ahlaki ve hukuki sonuçlara razı olduğumu bildiririm.

Ezgi Başak DEMİRAYAK



Özgeçmiş

Ezgi Başak DEMİRAYAK

Özel Hukuk Anabilim Dalı

Doktora

Eğitim

Yüksek Lisans, 2005, Technische Universitaet Dresden, Tez: "Europäisches und türkisches Handelsvertreterrecht", Danışman: Prof. Dr. Justus MEYER.

Lisans, 2002, Ankara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi.

Yayınlar

Demirayak, E. B. (2012). Sigorta sözleşmesinin yapılması sırasındaki beyan yükümlülüğünün ihlalinde nedensellik bağı. *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2 (2), 477-496.

Demirayak, E. B. (2007). Acquisition of the own shares by a public limited company according to Europeanized Turkish Law. *Law and Society in the 21st Century* konferansında sunulan sözlü bildiri, Berlin, Almanya: Law and Society Association.

Mesleki Deneyim

2006-..... Uzman, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

Burslar

2003-2005 Milli Eğitim Bakanlığı Yurtdışı Eğitim Bursu.

2010 (Temmuz-Ekim) Erasmus Staj Hareketliliği, Max-Planck-Institut für auslaendisches und internationales Privatrecht, Hamburg/Almanya.

Kişisel Bilgiler

Doğum yeri ve yılı: Banaz/1981
İngilizce

Yabancı dil: Almanca,

İçindekiler

	<u>Sayfa</u>
Jüri ve Enstitü Onayı.....	ii
Öz.....	iii
Abstract.....	iv
Etik İlke ve Kurallara Uygunluk Beyannamesi.....	v
Özgeçmiş.....	vi
Kısaltmalar Listesi.....	xiv
Giriş.....	1

Birinci Bölüm

Genetik Verilere İlişkin Genel Açıklamalar Ve Genetik Verilerin Korunması Meselesi

1. Genetik Verilere İlişkin Genel Açıklamalar	10
1.1. Kromozom	10
1.2. DNA	11
1.3. Gen	12
1.4. Genom	13
1.5. İnsan Genom Projesi	14
1.6. Genetik Testler	15
1.7. Genetik Hastalıklar.....	20
1.8. Genetik Testler Sonucu Elde Edilen Bilgilerin Sıradan Sağlık Bilgilerinden Farkı	23
2. Genetik Verilerin Korunması	28
2.1. Uluslararası Belgelerde Genetik Verilerin Korunması	30
2.1.1.Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi.....	31

2.1.1.1. Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp	
Sözleşmesi'nin genetik testlere ilişkin hükümleri.....	32
2.1.1.2. Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp	
Sözleşmesi'nin bağlayıcılığı.....	38
2.1.2.UNESCO'nun genetik testlere ilişkin bildirgeleri	40
2.1.2.1. İnsan Genomu ve İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi	40
2.1.2.2. Uluslararası İnsan Genetik Verileri Bildirgesi.....	41
2.1.2.3. Bildirgelerin bağlayıcılığı sorunu	44
2.2. Kamu Hukukunda Genetik Verilerin Korunması	45
2.2.1.Anayasa'da genetik verilerin korunması	45
2.2.1.1. Kişinin kendi durumu hakkında bilme ve bilmeme hakları	46
2.2.1.1.1.İnsan onurunun korunması.....	48
2.2.1.1.2.Kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirme	
hakkı	49
2.2.1.2. Kişisel verilerin korunması hakkı	51
2.2.2. Kişisel Verilerin Korunması Kanunu tasarısı	53
2.2.3.DNA Verileri ve Milli DNA Veri Bankası Kanunu tasarısı	57
2.2.4.Ayrımcılıkla Mücadele ve Eşitlik Kanunu tasarı taslağı.....	61
2.3. Özel Hukukta Kişilik Hakları Açısından Genetik Verilerin	
Korunması	64

İkinci Bölüm

Sigorta Sözleşmesinin Kurulması Sırasındaki Beyan Yükümlülüğü Açısından Genetik Test Sonuçlarının Sigortacıya Bildirilmesinin Gerekip Gerekmediği Sorunu

1. Genel Olarak	68
2. Sigorta Sözleşmelerinde Riziko Analizi ve Asimetrik Bilgi Sorunu.....	69

3. Yabancı Hukuk Sistemlerindeki Düzenlemeler	75
3.1. Alman Hukukundaki Düzenlemeler	76
3.1.1.Özel düzenleme öncesi dönemde Sigorta Sözleşmesi Kanunu .	76
3.1.1.1. Genel olarak.....	77
3.1.1.2. 2008 Reformu öncesinde Sigorta Sözleşmesi Kanunu § 16.....	79
3.1.1.3. 2008 Reformundan sonra Sigorta Sözleşmesi Kanunu § 19.....	85
3.1.1.4. Alman Sigorta Şirketleri Birliği'nin genetik test sonuçlarını kullanmama kararı.....	91
3.1.2. Özel düzenleme: Genetik Teşhis Kanunu	93
3.2. İsviçre Hukukundaki Düzenlemeler	101
3.2.1. İsviçre Federal Anayasası m. 119: Beşeri alanda gen teknolojisi ve üreme teknolojisi	102
3.2.2. Özel düzenleme öncesi dönemde Sigorta Sözleşmesi Kanunu	104
3.2.3. İsviçre Sigorta Sözleşmesi Kanunu revizyon çalışmaları çerçevesindeki değişiklikler	108
3.2.3.1. Tasarının sözleşmenin kurulması sırasındaki beyan yükümlülüğüne ilişkin 15 vd. maddeleri	109
3.2.3.2. Tasarının veri korumasına ilişkin 71 vd. maddeleri.....	111
3.2.4. Özel düzenleme: İnsanlar Üzerinde Genetik İncelemeler Hakkında Kanun.....	112
3.2.4.1. M. 26: Sigorta sözleşmesinin ön şartı olarak genetik incelemeler	113
3.2.4.2. M. 27 ve 28: Daha önce yapılmış bulunan genetik test sonuçlarının sigortacı tarafından kullanılması.....	114
3.3. Avusturya Hukukundaki Düzenlemeler.....	117

3.3.1. Özel Düzenleme Öncesi Dönemde Sigorta Sözleşmesi	
Kanunu § 16.....	118
3.3.2. Özel düzenleme: Gen Teknolojisi Kanunu.....	119
3.4. Amerika Birleşik Devletleri'ndeki Düzenlemeler	124
3.4.1. Genetik Verilere Dayalı Ayrımcılığa Karşı Kanundan	
önceki düzenlemeler	126
3.4.1.1. Engelli Amerikalılar Yasası (ADA)	127
3.4.1.2. Amerikan Sağlık Sigortası Taşınabilirlik ve	
Sorumluluk Yasası (HIPAA)	130
3.4.2. Özel düzenleme: Genetik Bilgilere Dayalı Ayrımcılığa Karşı	
Kanun	132
3.4.2.1. Genetik bilginin tanımı.....	132
3.4.2.2. Sağlık sigortası alanında genetik ayrımcılık	133
4. Türk Hukukundaki Düzenlemeler.....	134
4.1. 6762 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun Sigorta Akdinin Kurulması	
Sırasındaki İhbar Mükellefiyetine İlişkin 1290'ıncı Maddesi.....	135
4.1.1. Sigorta akdinin kurulması sırasındaki ihbar	
mükellefiyetinin kapsamı.....	136
4.1.1.1. Hayat sigortasında ihbar mükellefiyeti kapsamında	
yer alan hususlar	138
4.1.1.2. Sağlık sigortasında ihbar mükellefiyeti kapsamında	
yer alan hususlar	139
4.1.2. Genetik test sonuçlarının sözleşme öncesi ihbar	
mükellefiyeti kapsamında yer alıp almadığı meselesi	142
4.2. Hayat Sigortası Genel Şartlarının Sözleşmenin Yapılması	
Sırasındaki Beyan Yükümlülüğünü Düzenleyen C.2 Maddesi.....	145

4.3. Sağlık Sigortası Genel Şartlarının Sözleşmenin Yapılması	
Sırasındaki Beyan Yükümlülüğünü Düzenleyen 6'ncı Maddesi	145
4.4. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun İlgili Hükümleri	146
4.4.1. Kanunun sözleşmenin yapılması sırasındaki beyan	
yükümlülüğünü düzenleyen 1425 vd. maddeleri.....	148
4.4.1.1. Hayat sigortası açısından	150
4.4.1.2. Hastalık ve sağlık sigortası açısından	151
4.4.2. Kanunun doktor incelemesini düzenleyen 1492'nci maddesi .	152
4.5. Özel Düzenleme Yapılması Gereği ve Öneriler.....	157

Üçüncü Bölüm

Sigorta Sözleşmesinin Devamı Sırasındaki Beyan Yükümlülüğü Açısından Genetik Test Sonuçları

1. Genel Olarak	166
2. Yabancı Hukuk Sistemlerindeki Düzenlemeler	168
2.1. Alman Hukukundaki Düzenlemeler	168
2.1.1. Özel düzenleme öncesi dönemde Sigorta Sözleşmesi Kanunu	169
2.1.1.1. 2008 reformu öncesi Sigorta Sözleşmesi Kanunu § 23	
vd. maddeleri.....	170
2.1.1.2. 2008 reformundan sonra Sigorta Sözleşmesi Kanunu	
§ 23 vd. maddeleri.....	173
2.1.2. Genetik Teşhis Kanun'undaki düzenlemenin konuya etkisi..	178
2.2. İsviçre Hukukundaki Düzenlemeler	179
2.2.1. Özel düzenleme öncesi dönemde Sigorta Sözleşmesi	
Kanunu m. 28-30.....	179
2.2.2. Sigorta Sözleşmesi Kanunu Tasarısı'nın riziko ağırlaşmasına	
ilişkin 45'inci maddesi.....	183

2.2.3. İnsanlar Üzerinde Genetik İncelemeler Hakkında Kanun'un	
konuya etkisi	184
2.3. Avusturya Hukukundaki Düzenlemeler.....	186
2.3.1. Sigorta Sözleşmesi Kanunu § 23 vd. hükümleri.....	186
2.3.2. Gen Teknolojisi Kanunu'nun konuya etkisi	188
2.4. Amerika Birleşik Devletleri'ndeki Düzenlemeler	189
2.4.1. Genel olarak.....	189
2.4.2. Genetik Verilere Dayalı Ayrımcılığa Karşı Kanun'un	
konuya etkisi	191
3. Türk Hukukundaki Düzenlemeler.....	192
3.1. 6762 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun Sigorta Akdinin Devamı	
Sırasındaki İhbar Mükellefiyetini Düzenleyen 1291'inci Maddesi.	192
3.1.1. Sigorta akdinin devamı sırasındaki ihbar mükellefiyetinin	
kapsamı.....	194
3.1.1.1. Hayat sigortasında rizikonun ağırlaşması.....	195
3.1.1.1.1. Hayatta kalma şartlı sigortalarda rizikonun	
ağırlaşması.....	195
3.1.1.1.2. Ölüm rizikosuna karşı sigortalarda rizikonun	
ağırlaşması.....	197
3.1.1.2. Sağlık sigortasında rizikonun ağırlaşması	198
3.1.2. Rizikoyu etkileyen faktörlerin tespitinde genetik testlerin	
rolü.....	199
3.2. Hayat Sigortası Genel Şartlarının Sigorta Süresi İçinde Beyan	
Yükümlülüğünü Düzenleyen C.3 Maddesi	199
3.3. Sağlık Sigortası Genel Şartlarının Sigorta Süresi İçinde İhbar	
Yükümlülüğünü Düzenleyen 7'nci Maddesi	199
3.4. 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun İlgili Hükümleri.....	200

3.4.1. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun sözleşme süresi içinde beyan yükümlülüğünü düzenleyen 1444'üncü maddesi	200
3.4.2. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun rizikonun ağırlaşmasına bağlanan hüküm ve sonuçların uygulanmayacağı halleri düzenleyen 1445'inci maddesinin 4'üncü fıkrası	202
3.5. Özel Düzenleme Yapılması Gereği ve Öneriler.....	202
Sonuç.....	206
Kaynakça	214

Kısaltmalar Listesi

ABD	Amerika Birleşik Devletleri
ADA	Americans with Disabilities Act
a.g.e.	adı geçen eser
a.g.k.	adı geçen karar
AIHS	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
Bkz.	Bakınız
dn.	dipnot
DNA	deoksiribonükleik asit
EEOC	Equal Employment Opportunity Commission
EFD	Eidgenössisches Finanzdepartement
GenDG	Gendiagnostikgesetz
GINA	Genetic Information Nondiscrimination Act
GUMG	Bundesgesetz über genetische Untersuchungen beim Menschen
HD	Hukuk Dairesi
HIPAA	Health Insurance Portability and Accountability Act
HUGO	Human Genome Organisation
HUPO	Human Proteomics Organisation
Karş.	Karşılaştırınız
m.	madde
RG	Resmi Gazete
RNA	Ribonükleik Asit
s.	sayfa
SAMW	Schweizerischen Akademie der medizinischen Wissenschaften
TDK	Türk Dil Kurumu
TMK	Türk Medeni Kanunu

TTK	Türk Ticaret Kanunu
UNESCO	United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization
vd.	ve diğerleri/ve devamı
vs.	ve sair
VVG	Versicherungsvertragsgesetz

Giriş

1990 yılında resmen başlatılan ve insanın genetik haritasının çıkarılmasını amaçlayan “İnsan Genom Projesi”, insanlık tarihinin en önemli devrimlerinden biri olarak nitelenmektedir. Proje ile elde edilen bulguların çeşitli hastalıkların tedavisinde çığır açacağı düşünülmektedir.¹ Genetik testler yoluyla, pek çok hastalıkta önceden teşhis konulması olanağı doğacaktır. Ancak her bilimsel gelişmede olduğu gibi, genetik bilgilerin de kötüye kullanılmasından endişe edilmektedir.² Nitekim projenin başlatıldığı ülke olan Amerika Birleşik Devletleri’nde henüz 1993 yılında bir tıp bilim adamı 100 adet genetik ayrımcılık olayıyla karşılaştığını ifade etmiştir.³ Gerçekten de zamanla, genetik test sonuçlarıyla ilgilenenlerin sadece hastalar ve doktorlarla sınırlı kalmadığını, özellikle işverenler ve sigorta şirketlerince de test sonuçlarının kullanılmaya başladığını gösteren çok sayıda örnek ortaya çıkmıştır.

Gen teknolojisi alanındaki gelişmelere kadar, rizikonun saptanması açısından sigortacı tarafından cevaplanması istenilen soru listesinde yalnızca sigortalı adayının değil, aynı zamanda ailesinin hastalık geçmişine ilişkin sorulara da yer veriliyordu ve belli hastalıklarda sigortalı adaylarının detaylı bir doktor muayenesinden geçmesi talep edilebiliyordu. Sorulara verilen cevaplara veya doktor muayenesinin sonucuna göre de ya yüksek prim belirleniyor veya sigorta başvurusu reddediliyordu. Gen teknolojisi alanındaki

¹B. Akman ve T. Tuncer (2009). *Yaşamın şifresi: insan genom projesi*. Ankara: ODTÜ Yayıncılık , s. 3, s. 65.

²... (2006). İnsan genom projesinin düşündürdükleri. *Bilim ve Teknik*, Haziran 2006, s. 12, <http://www.biltek.tubitak.gov.tr/haberler/genetik/2000-06-8.pdf>, 23.03.2010; Y. Büyükay (2005). Gen analizleri ve mukayeseli hukuktaki düzenlemeler. *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, IX (3-4), s. 356.

³S. Sanides (1993). Missbrauch von Gentests. *Focus*, 3, http://www.focus.de/gesundheit/news/medizin-missbrauch-von-gentests_aid_229656.html, 22.03.2010.

gelişmelerle hastalık risklerinin daha kesin belirlenebilir hale gelmesine bağlı olarak sigortacılar, primleri bireysel rizikolara daha uygun saptayabilmek için, genetik verileri daha sık kullanmaya başladılar. Bu durum, sigortacıların primin rizikoya uygun saptanmasındaki menfaatlerine uygun olmakla beraber, zamanla genetik ayrımcılık uygulamalarını ortaya çıkararak, bireylerin özgürlük alanlarını tehdit etmeye başlamıştır. İngiltere’de yapılan bir ankette, her on kişiden üçünün sonuçları açıklama yükümlülüğünün bulunması halinde genetik test yaptırmayacağı ortaya çıkmıştır.⁴ Evsel’in çalışmasında da katılımcıların %71,6’sı, genetik analiz testinin sigorta şirketleri tarafından sağlık sigortasının kapsamını sınırlandırmak için kullanılabileceği düşüncesindedir.⁵ Yine aynı araştırma sonuçlarına göre katılımcıların %70,8’i ileride sigorta şirketlerinin genlerinde herhangi bir hastalık saptadığı birini sigortalamayabileceği düşüncesindedir.⁶

Genetik hastalıklar arasında yer alan hemofili B ve Huntington⁷ hastası olan Phil Hardt’ın yaşadıkları, Amerika Birleşik Devletleri’nde karşılaşılan genetik ayrımcılığın en çarpıcı örneklerinden biridir. Phil Hardt’ın 1996 yılında yapmış olduğu kredi sigortası başvurusu, bir süre önce bir nörolog tarafından

⁴K. Bayertz vd. (1999). Genetische Diagnostik: Zukunftsperspektiven und Regelungsbedarf in den Bereichen Humangenetik. *Arbeitsmedizin und Versicherungen*, s.263’ten aktaran Simon (2001). *Gendiagnostik und Versicherung*. Die internationale Lage im Vergleich. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, s.24-25.

⁵G. Evsel (2007). *Genetik analiz testleri ve bu testlerin kullanımına ilişkin algılar*. Ankara: Yayınlanmamış Yüksel Lisans Tezi, s. 133.

⁶A.g.e., s. 133; N. Peters vd. ise 2004 yılında yaptığı çalışmada farklı bir sonuca ulaşmıştır. Buna göre katılımcıların %47,1’si genetik testlerin sigorta şirketleri tarafından sağlık sigortası kapsamlarını sınırlandırmak için kullanılabileceği düşüncesindedir, The association between race and attitudes about predictive genetic testing, *Cancer Epidemiology, Biomarkers & Prevention* 2004; 13(3), <http://cebp.aacrjournals.org/content/13/3/361.full.pdf+html>, Erişim Tarihi: 10.08.2012, s. 363.

⁷Dördüncü kromozomda bulunan Huntington genindeki mutasyon sonucu ortaya çıkan bir hastalıktır. Düzensiz hareketler, heyecan, hayal görme ve psikolojik değişikliklerle 40-50 yaş civarında başlar ve 5-10 yıl içerisinde motor kontrol ve zihinsel yeteneklerin tümünün kaybına yol açar. Bu hastalıktan etkilenmiş kimselerin çocuklarında %50 dolaylarında bir olasılıkla hastalık görülmektedir. Mergen ve Özdağ (2002), s.37.

muayene edildiği gerekçesiyle sigorta şirketi tarafından reddedilmiştir. 2000 yılında Hardt'ın en büyük kızının çok sayıda sigorta şirketi nezdinde yaptığı mortgage hayat sigortası başvuruları reddedilmiş, Huntington hastalığına yönelik negatif test sonuçlarının ibrazı halinde sigorta kapsamına alınacağı bildirilmiştir. Hatta kızının eşini sigortalayan sigorta şirketi, yazılı red beyanının sonuna, ancak Huntington hastalığına ilişkin durumunu gösteren test sonuçlarını ibraz etmesi halinde, çocuklarını sigortalayabileceklerini belirterek, ayrımcılığın üçüncü kuşağı da kapsadığını göstermiştir. 2002 yılında ise Hardt'ın büyük oğlunun sağlık sigortası başvurusu hemofili hastalığı nedeniyle reddedilmiştir. Ardından Hardt, hastalığı nedeniyle ileriki yaşlarda bakıma ihtiyaç duyacağı düşüncesiyle, uzun dönem bakım sigortası başvurusu yapmış, ne var ki bu başvurusu da sigorta şirketi tarafından reddedilmiştir.⁸

Yine bir genetik rahatsızlık olan alfa-1 antitripsin yetmezliği teşhisinin ardından işten çıkarılan Terri Seargent ise, işsiz kalmasıyla birlikte hayatta kalması için gerekli pahalı tedavi masraflarını karşılamaya yardım eden sağlık sigortasından da mahrum kalmıştır.⁹

Terri Seargent gibi alfa-1 antitripsin yetmezliği olan Heidi Williams'ın çocukları için 2003 yılında yapmış olduğu sağlık sigortası başvurusu da yalnızca bu nedenle reddedilmiştir.¹⁰

Amerika Birleşik Devletleri'nde sigorta hukuku alanında karşılaşılan bunlara benzer yüzlerce olayda kişilerin genetik hastalıkları nedeniyle sağlık, hayat, bakım, seyahat, kaza ve hatta kredi ile kasko sigortası yaptıramadıkları

⁸Testimony of Phil Hardt (2004),
http://oba.od.nih.gov/oba/SACGHS/meetings/October2004/transcript/Hardt_trans.pdf,
23.03.2010.

⁹P. Alten (2009). GINA: A genetic information nondiscrimination solution in search of a problem. *Florida Law Review*, 61, s. 384.

¹⁰Testimony of Heidi Williams (2004),
http://oba.od.nih.gov/oba/SACGHS/meetings/October2004/transcript/Williams_trans.pdf,
23.03.2010.

bilinmektedir. İngiltere ve Almanya’da da, Amerika Birleşik Devletleri’ndeki kadar yoğun olmamakla birlikte, benzer örneklerle zaman zaman karşılaşilmektedir.¹¹ Sigorta şirketlerinin bu şekildeki uygulamaları ile kişilerin ulusal ve uluslararası hukuk metinlerinde de ifadesini bulan yaşama hakkı, özel hayatın ve aile hayatının korunması, seyahat özgürlüğü gibi hakları ile ayrımcılık yasağı ihlal edilmektedir. Bu tür uygulamalar, aynı zamanda son yıllarda hızla yasal düzenlemeye bağlanan hasta haklarından özellikle “bilme” ve “bilmeme” hakkı açısından tartışmalara yol açmaktadır.

Türkiye’de, genetik test sonuçlarının sigorta şirketleri tarafından kullanıldığı bir olay şu ana kadar rapor edilmemiştir. Ancak uygulamada hayat ve sağlık sigortası sözleşmelerinin neredeyse tamamında genetik hastalıkların teminat dışı bırakıldığı gözlenmektedir. Hatta çocuğu genetik bir hastalık olan Trizomi 13¹² hastalığıyla doğan bir aile, çocuğu için özel sağlık sigortası yaptırmak istediklerini, ancak hiçbir sigorta şirketinin sözleşme yapmaya yanaşmadığını ifade etmektedir.¹³

Türkiye’de genetik test sonuçlarının sigorta şirketleri tarafından henüz kullanılmamasının, genetik test uygulamasının henüz yaygınlaşmamış olmasından kaynaklandığı düşünülebilir. Bunun en önemli nedenlerinden biri kanımızca testlerin maliyetinin oldukça yüksek olmasıdır.¹⁴ Nitekim *Evsel’in*

¹¹T. Lemke (2007). Genetische Diskriminierung: “Gesetzliche Regelungen lassen auf sich warten”. *Gesundheit und Gesellschaft*, 10(07), s. 6.

¹²Patau sendromu olarak da bilinen trizomi 13, 13’üncü kromozomun üç adet olmasından kaynaklanmaktadır. 10 bin canlıdoğumda bir görülen hastalıkta bu kromozomun anormalliği nedeniyle bebeğin yaşam süresi kısadır. Hastalık hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. D. Reçber ve S. Özen (2005). Trizomi 13, Patau syndrome: bir olgu sunumu. *Van Tıp Dergisi*, 12 (1), s. 29-31.

¹³E. Akman ve K. Kebir (2009). *Kutlay bebek-trizomi ile yaşamak*. İstanbul: Postiga, s. 101. Yazarlar, çocukları için genetik hastalığı ve kalbiyle ilgili sorunlardan kaynaklanan sağlık giderlerinin karşılanmaması şartıyla dahi sigorta yaptıramadıklarını ifade etmektedirler.

¹⁴Örneğin M. Tönbekici, 22.02.2012 tarihli köşe yazısında meme kanserine yatkınlığı ölçen BRCA1 ve BRCA2 mutasyon analizi için 3700-4000 TL arası fiyat verildiğini ifade etmektedir, Genetik ayrımcılığa hazır mısınız?. *Vatan Gazetesi*, <http://haber.gazetevatan.com/genetik-ayrimciliga-hazir-misiniz/432431/4/Haber>, Erişim Tarihi: 22.02.2012; Aynı şekilde ailesel akdeniz ateşi hastalığının tanısı için uygulanan testlerin fiyatları 270-540 TL arasında

çalışmasının sonuçlarına göre de katılımcıların %28,3'ü genetik test yaptırmak istemediğini belirtmiştir. Bunların çoğunluğunun (%26,5) genetik test yaptırmak istememe nedeni ise test fiyatının çok yüksek olmasıdır.¹⁵

Sigorta şirketlerinin genetik ayırmacılık niteliğindeki uygulamaları özel sigortalarda karşılaşılan bir durumdur. Sosyal sigortalarda risk, primin belirlenmesi açısından önemli bir unsur değildir. Sosyal adaleti gerçekleştirme amacına yönelik olan sosyal sigortalarda, prim daha çok gelir seviyesine göre belirlenir. Özel sigortalarda ise kâr amacının ön planda olması, primin rizikoya uygun olmasını gerektirmekte, bu nedenle sigortacılar rizikonun kıymetlendirilmesine yarayan faktörleri değerlendirerek, sözleşme özgürlüğü ilkesi çerçevesinde sigorta sözleşmesi yapıp yapmayacaklarını veya yapacaklarsa prim tutarını belirleyebilmektedirler.¹⁶ Bu anlamda özellikle can sigortalarında, riziko şahsının sağlık durumu, sigortacının primi belirlerken değerlendirdiği hususların başında gelmektedir.¹⁷ Genetik testler yoluyla, kişilerin hastalıklara yatkınlığının ortaya konulabilmesi de sigorta şirketlerinin bu türden genetik taramalara olan ilgisini artırmaktadır.¹⁸ Genetik verileri değerlendirmek suretiyle sigortacılar, riziko şahsının riziko potansiyelini ve buna uygun primi gerçekçi olarak hesaplama olanağına sahip

değişmektedir, <http://www.aileselakdenizatesi.com/tr/fmf-dna-testi-fiyaatlari>, Erişim Tarihi: 30.06.2012; Yine Acıbadem Hastanesi Genetik Tanı Merkezi'nce Kişiselleştirilmiş Genetik Tıp adı verilen program çerçevesinde kalp krizinden Alzheimera kadar pek çok hastalığa yatkınlığın tarandığı bir test uygulanmakta ve testin fiyatının 2000 TL civarında olduğu ifade edilmektedir, F. Saka (2012). 5 dakikada 500 hastalığa gen testi. *Vatan Gazetesi*, 24.03.2012, <http://bizimkahve.gazetevatan.com/haberdetay.asp?hkat=1&hid=18320&yaz=G%FCncel>, Erişim Tarihi: 30.06.2012.

¹⁵Eysel (2007), s. 93; Genetik test yaptırmak isteyenlerin yaş ve cinsiyete göre dağılımı için bkz. a.g.e. s. 107-108.

¹⁶M. Can (2009). *Türk özel sigorta hukuku*. Ankara: İmaj Yayınevi, s. 23;

¹⁷S. Ünan (1998). *Hayat sigortası sözleşmesi*. İstanbul: Beta Yayınevi, s. 141.

¹⁸R. Braun (1996). Gentests als Mittel zur Risikominimierung?. *Neue Zürcher Zeitung*, 18.06.1996, s. 8; ... (2001). Merkur Versicherung macht Biotech zum Thema. *Wirtschaftsblatt*, 20.12.2001, s. D2; P. Percher (2001). Gentests für Versicherer werden zum Streitthema. *Die Presse*, 20.12.2001, s. 15; ... (2001). Versicherer wollen Zugriff auf Gentests. *Salzburger Nachrichten*, 20.12.2001, s.1 ve 17.

olabilmektedirler. Ancak, sigortacının primin rizikoya uygun saptanmasındaki menfaati korunurken, genetik bilgilerin kullanılması yoluyla kişilerin temel haklarının ihlali yolunun da açılmaması gerekmektedir.

Türkiye açısından da sosyal sigortalar, kişilerin taşıdıkları bireysel rizikolara göre değil kişilerin gelirlerine göre farklılaşmaktadır. Bu nedenle de genetik test sonuçlarının kullanılmasına ilişkin tartışmalar özel sigortalar temelinde şekillenebilir. Ayrıca sosyal sigorta sisteminin geniş bir kesime hitap etmesi de özel sağlık sigortasının önemli bir sosyal işlevi yerine getirmesinin önüne geçmektedir. Ancak Almanya’da olduğu gibi sosyal sigorta sistemi çerçevesinde karşılanan giderlerin düşmesi durumunda özel sigortaların piyasadaki payı artacaktır. Bu durumda da sigorta şirketleri tarafından katı riziko analizlerinin yapılması sigortanın sosyal işlevi nedeniyle muhakkak tartışılacaktır.

Gerek iş hukuku gerekse sigorta hukuku alanında genetik verilerin kullanılması ile yaşanan hak ihlallerinin önlenmesinde genel düzenlemelerin yetersiz kalması, bu konuda hem uluslararası hem de ulusal özel düzenlemeleri teşvik etmiştir. 04.04.1997 tarihli İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi ve 16.09.2003 tarihli UNESCO Uluslararası İnsan Genetik Verileri Bildirgesi bu konuyu düzenleyen uluslararası belgelerdendir. Ulusal düzenlemeler arasında ise Amerika Birleşik Devletleri’nde Genetik Verilere Dayalı Ayrımcılığa Karşı Kanun (2008), İsviçre’de İnsanlar Üzerinde Genetik İncelemeler Hakkında Kanun (2007), Avusturya’da Gen Teknolojisi Kanunu (1995) ve son olarak Almanya’da Genetik Teşhis Kanunu (2009)’nda sigorta hukuku alanında genetik bilgilerin kullanılması ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.¹⁹

¹⁹Genetik test sonuçlarının sigorta hukuku alanında kullanımına ilişkin dünyanın çeşitli ülkelerindeki düzenlemeler hakkında bilgi için bkz. European Commission (2011). *Genetic testing*. Saarbrücken: Dictus Publishing; J. Simon (2001), s. 27-79; Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht (2002). *Genomanalyse und Privatversicherung. Rabels Zeitschrift*, 66, s. 116-139; A. Uyanık-Çavuşoğlu (2003). Genom analiz sonuçlarının özel

Genetik verilerin kullanılması sigorta hukuku açısından şu dört soruyu akla getirmektedir:

1. Sigortacı sigorta sözleşmesini yapıp yapmayacağı ya da hangi koşullar altında yapacağına ilişkin kararını verirken genetik verileri göz önünde tutabilir mi?
2. Sigortacı, sigortalı adayının sigorta sözleşmesinin kurulmasından önce genetik test yaptırıp yaptırmadığını sorabilir mi?
3. Sigortacı sözleşmenin kurulmasından önce sigortalı adayından genetik test yaptırmasını talep edebilir mi veya onu genetik test yaptırmaya zorlayabilir mi?
4. Sigorta sözleşmesinin kurulmasından sonra yaptırılan genetik test sonuçlarının sigorta ettirenin sözleşmenin devamı sırasındaki beyan yükümlülüğü kapsamında bildirilmesi gerekir mi?

Bu çalışma kapsamında yukarıda sıralanan sorulara yanıt aranacaktır. Bunun yanında genetik yatkınlıklara ilişkin bilgilerin sigortalı yanında sigortalı ile genetik açıdan hısımlık ilişkisi olan kişiler üzerinden de elde edilebilmesi mümkün olduğundan bu nokta da zaman zaman ele alınacaktır.

İnceleme, sözleşme özgürlüğünün hakim olduğu özel sigortalarla sınırlı olarak yapılacaktır. Genetik test sonuçlarının sigorta şirketleri tarafından kullanılmasından kaynaklı sorunların uygulamada sıklıkla can sigortaları açısından söz konusu olduğu gözlenmektedir. Bu çerçevede konunun tüm sigorta türleri bakımından ayrı ayrı incelenmesinin ortaya çıkaracağı zorluk göz önüne alınarak tez, uygulamada genetik test sonuçlarının kullanıldığı örneklerin en çok karşılaşıldığı hayat sigortaları ve sağlık sigortaları ile sınırlanacaktır.

sigorta sözleşmeleri kapsamında değerlendirilmesi. *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Prof. Dr. Gülören Tekinalp'e Armağan, 23 (1-2), s. 827-849.

Çalışmada öncelikle genetik alanındaki kavramlara ve genetik testlere ilişkin genel bilgiler verilecektir. Bu bilgilerin amacının yalnızca çalışmanın anlaşılmasını kolaylaştırmak olması nedeniyle bu bilgiler, olabildiğince temel düzeyde ve kısa tutulacaktır. Öte yandan genetik testler sonucu elde edilen bilgilerin hassasiyeti nedeniyle bu bilgiler, yalnızca sigorta hukukuna ilişkin düzenlemelerde değil uluslararası hukuk ile kamu hukuku ve özel hukukta kişilik hakları çerçevesinde de karşımıza çıkmaktadır. Bu düzenlemeler de sigorta hukuku açısından anlamlı olabilecekleri düşüncesiyle ve bu ölçüde ele alınmaya çalışılmıştır.

Türk hukukunda, genetik test sonuçlarının sigorta sözleşmelerinde kullanılmasına ilişkin olarak henüz özel bir düzenleme ya da düzenleme hazırlığı bulunmamaktadır. Bu nedenle konunun genel hükümler ışığında değerlendirilmesi zorunludur. Bilindiği gibi özel sigortalara ve sigorta sözleşmesine ilişkin hükümler hukukumuzda Türk Ticaret Kanunu'nda yer almaktadır. 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun altıncı kitabı da sigorta hukukuna ilişkin hükümlere ayrılmış bulunmaktadır. Bu nedenle çalışma, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun anılan hükümleri temel alınarak hazırlanmıştır. Mevcut düzenlemeler değerlendirildiğinde ilk üç sorunun cevaplanması açısından "sözleşmenin yapılmasında beyan yükümlülüğü"ne ilişkin Türk Ticaret Kanunu'nun 1435 vd. maddelerinden yararlanmak dışında bir olanak bulunmamaktadır. 4'üncü soru ise sigorta ettirenin sözleşme süresi içinde beyan yükümlülüğüyle ilgili olup, sorunun Türk Ticaret Kanunu'nun konuyu düzenleyen 1444'üncü maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir.

Ancak 6103 sayılı Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 39'uncü maddesine göre, 6762 sayılı Kanun yürürlükte iken yapılmış ve hüküm ifade etmeye başlamış sigorta sözleşmelerine, Türk

Ticaret Kanununun yürürlüğe girmesinden itibaren bir yıl süreyle 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu hükümleri uygulanacaktır.²⁰ Bu nedenle 6762 sayılı Kanunun sözleşmenin yapılması sırasındaki ihbar mükellefiyetine ilişkin 1290'ıncı ve sigorta müddeti içinde ihbar mükellefiyetine ilişkin 1291'inci maddeleri de çalışma kapsamına ele alınacaktır. Bu noktada, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'ndaki farklılıkların ortaya konulmasını kolaylaştıracağı düşünüldükçe, 6762 sayılı Kanun hükümleri, 6102 sayılı Kanun hükümlerinden önce incelenecektir.

Dünya üzerinde genetik test sonuçlarının sigorta sözleşmelerinde kullanılmasından doğan sorunlar dikkate alındığında konuya ilişkin olarak özel bir düzenlemenin yapılmasının zorunlu olduğu açıktır. Bu anlamda Almanya, Avusturya, İsviçre ve Amerika Birleşik Devletleri'ndeki özel yasal düzenlemelerin incelenmesi ve olumlu ve olumsuz yönleriyle değerlendirilmesi Türkiye'de gelecekte girilecek olası bir düzenleme hazırlığında yol gösterici olacaktır. Bu nedenle bu ülkelerdeki düzenlemeler de konuyla ilgili olduğu ölçüde ele alınacaktır.

²⁰Aynı maddeye göre bu bir yıllık süre içinde, sigorta ettireni, sigortalıyı ve lehdarı koruyan hükümler bakımından 1517'nci madde dışında kalan Türk Ticaret Kanunu hükümleri uygulanacaktır.

Birinci Bölüm

Genetik Verilere İlişkin Genel Açıklamalar Ve Genetik Verilerin Korunması Meselesi

1. Genetik Verilere İlişkin Genel Açıklamalar

Özellikle hayat ve sağlık sigortalarında, sigortacıların sözleşme yapma kararlarına ve sözleşme koşullarına etki edecek nitelikteki genetik test sonuçlarının sözleşmenin yapılması sırasındaki ve sözleşmenin devamı sırasındaki beyan yükümlülüğü kapsamında yer alıp almadığına ilişkin hukuki bir değerlendirmenin yapılabilmesi için, öncelikle insan genetiğine ilişkin temel bilgilerin verilmesi gerekmektedir. Bu kısımda yer alan bilgilerin amacının tezin anlaşılmasını kolaylaştırmak olduğu göz önünde tutularak, insan genetiğine ilişkin bilgiler mümkün olduğunca sınırlı tutulmuştur.

1.1. Kromozom

İnsan vücudu, düzenli olarak kendini yenileyen çok sayıda hücreden oluşmaktadır. Her hücrede içinde kromozomların yer aldığı hücre çekirdekleri yer alır. Kromozomlar DNA ve RNA nükleoproteinleri ile bazı özel proteinlerden oluşan kromatinlerin sıkı bir şekilde katlanmasıyla oluşan bir yapıdır. Kromozomlar, her canlıda farklı sayıda olup, biri anneden diğeri babadan gelmiş olmak üzere çiftler halinde bulunurlar.²¹

Hücrelerde bulunan kromozom sayısı canlının türüne göre değişmektedir. Bir türün üreme hücreleri dışındaki tüm hücrelerinde kromozom sayısı aynıdır;

²¹Akman ve Tuncer (2009), s. 8.

üreme hücrelerinde ise diğer hücrelerdekinin yarısı kadar kromozom bulunur.²² Örneğin insanın vücut hücrelerinde 23 çift kromozom varken, üreme hücrelerinde 23 adet kromozom bulunmaktadır.²³ Annenin yumurtasında bulunan 23 adet kromozom ile babanın sperminde bulunan 23 adet kromozomun döllenme sırasında bir araya gelmesiyle oluşan bireyde 23 çift, yani 46 adet kromozom bulunmaktadır.²⁴ Anneden gelen ve belli özellikleri taşıyan bir kromozom ile babadan buna karşılık gelen kromozom bir araya gelerek allelleri oluştururlar. Her bir allelde belli bir özelliğe, örneğin göz ya da saç rengine, ilişkin genetik bilgi bulunur.²⁵

1.2. DNA

Her kromozom çok sıkı bir şekilde katlanmış DNA zincirinden oluşur. DNA, aslında insan vücudundaki her hücrenin çekirdeğinde ve mitokondrilerde asit halinde bulunan materyalin kimyasal tanımıdır.²⁶ DNA (deoksiribonükleik asit), canlılarda kalıtsal bilginin aktarılmasını sağlayan²⁷,

²²A. Demirsoy (1997), *Kalıtım ve evrim*, Ankara: Meteksan, s. 207; I. Yuluğ (2002), İnsan genom projesi. *Avrasya Dosyası*, 8(3), s. 10; Mergen ve Özdağ (2002), s. 30.

²³Berberich (1998), *Zur Zulaessigkeit genetischer Tests in der Lebens- und privaten Krankenversicherung*. Karlsruhe: Verlag Versicherungswirtschaft s. 37.

²⁴Akman ve Tuncer (2009), s. 16; N. Başaran (1999). *Tıbbi genetik*. Bursa: Güneş&Nobel Tıp Kitapevi, s. 86; B. Karaçay (2010). *Yaşamın sırrı DNA*. Ankara: Tübitak Popüler Bilim Kitapları, s. 29; T. Brinkmann (2006). *Die Zulaessigkeit der Verwertung von genetischen Informationen im deutschen und amerikanischen Versicherungsrecht*. Karlsruhe: Verlag Versicherungswirtschaft, s. 17; S. Kubiak (2008). *Gendiagnostik bei Abschluss von Privatversicherungen*. Baden-Baden: Nomos, s. 24.

²⁵N. A. Campbell ve J. B. Reece (2006). *Biyoloji*. Ankara: Palme Yayıncılık, s. 236.

²⁶E. P. Fischer (2002). *Genler ve genom*. İstanbul: İnkılap, s. 8-9; Kubiak (2008), s. 23-24.

²⁷DNA'nın genetik materyalin taşıyıcısı olduğu 1944 yılında Avery tarafından keşfedilmiştir. Bu konuda bkz. H. Rieder (2006). *Genetische Untersuchungen und Persönlichkeitsrecht*. Basel: Helbing&Lichtenhahn, s. 8.; Büyükcay (2005), s. 359; Akman ve Tuncer (2009), s. 12; C. Kraus (2008). *Die Verwendung genetischer Daten in privaten Versicherungsverträgen in Italien und Deutschland*. Hamburg: Verlag Dr. Kovac, s. 31.; H. Mergen ve H. Özdağ (2002). Hastalıkların genetik kaynakları. *Avrasya Dosyası*, 8(3), s. 24; Aslında canlılarda iki tür nükleik asit bulunmaktadır. Canlıların büyük bir kısmında, genetik materyal deoksiribonükleik asit ile gelecek kuşaklara aktarılmaktadır. Bazı virüslerde ise genetik materyal ribonükleik asit yani RNA ile aktarılmaktadır. Başaran(1999), s. 7; Yuluğ (2002), s. 8; Brinkmann (2006), s. 15.

ikili sarmal şeklinde²⁸ kıvrılmış bir moleküldür. DNA, belirli bir düzene göre dizilmiş nükleotitlerden oluşur. DNA molekülleri farklı dört bazdan oluşmaktadır. Bunlar, adenin, guanin, sitozin ve timin adı verilen bazlardır. Adenin ve guanin pürin, sitozin ve timin pirimidin grubunda yer alır. DNA'nın oluşumu pürinlerle pirimidinlerin eşleşmesini gerektirir. Bunun için anılan bazlardan guanin sadece sitozinle eşleşerek ve adenin de timinle eşleşerek şeker ve fosfat yardımıyla birbirine bağlanır ve bir nükleotit zinciri oluşturur. İki nükleotit zinciri karşılıklı birbirine dolanarak sarmal bir görünüm oluşturur; işte bu, DNA'dır.²⁹ Bu DNA'nın bir kısmında kalıtsal bilginin asıl taşıyıcısı olan genler bulunur. DNA'da bulunan bilgi, her hücre bölünmesi sırasında oluşan yeni hücreye taşınır. DNA replikasyonu adı verilen bu işlem sırasında DNA'yı oluşturan nükleotit zincirleri birbirinden ayrılır ve daha sonra her zincir kendini tamamlar. Böylelikle iki yeni sarmal ortaya çıkmış olur.³⁰

1.3. Gen

Kalıtımın temel unsuru olan gen³¹, DNA sarmalının belli bir kesitidir.³² Bu anlamda gen, fenotipin özelliklerini bir kuşaktan sonraki kuşağa aktaran bir DNA parçası olup³³, bir canlının bireysel özelliklerini belirler.³⁴

²⁸DNA'nın bu yapısı 1953 yılında Watson ve Crick tarafından keşfedilmiştir.; Mergen ve Özdağ (2002), s. 27; Karaçay (2010), s. 37.

²⁹Y. Zhang (2001). *A dictionary of gene technology terms*. New York: The Panthenon Publishing Group, s. 142; Demirsoy (1997). *Kalıtım ve evrim*. Ankara: Meteksan, s. 281; Başaran (1999), s. 8; I. Raskó ve C. S. Downes (1995). *Genes in medicine*. London: Chapman & Hall, s. 11; Yuluğ (2002), s. 8; H. Mergen ve H. Özdağ (2002), s. 27; Karaçay (2010), s. 30; J. Cremer (2010). *Berücksichtigung prädiktiver Gesundheitsinformationen beim Abschluss privater Versicherungsverträge*. Baden Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, s. 58; Kubiak (2008), s. 21; Berberich (1998), s. 30-31.

³⁰Demirsoy (1997), s. 288; Başaran (1999), s. 16; Karaçay (2010), s. 39.

³¹Akman ve Tuncer (2009), s. 15; P. Sudbery (2002). *Human molecular genetics*. Harlow: Pearson Education Limited, s. 29; Demirsoy (1997), s. 361.

³²U. Stockter (2008). *Das Verbot genetischer Diskriminierung und das Recht auf Achtung der Individualität*. Berlin, s. 81; Campbell ve Reece (2006), s. 235.

³³Zhang (2001), s. 198; Başaran (1999), s. 5 ve 49; Kubiak (2008), s. 25.

1.4. Genom

DNA sarmalının içinde kayıtlı olan bilginin tamamı genomu oluşturur.³⁵ Bu anlamda genom, organizmaların hücrelerinde bulunan kalıtsal öge olup, genlerin toplamından oluşur.³⁶ Hücre çekirdeğine sahip olmayan hücrelerde (prokaryot), genom tek DNA'dan oluşurken, hücre çekirdeğine sahip olan hücrelerin (ökaryot) DNA'ları başka moleküllerle çevrilidir.

İnsan genomu sabit bir birim olmadığı için zaman içerisinde mutasyonlara uğrayabilir. Mutasyonlar, genetik materyalin bir sonraki kuşakta değişmesi sonucunu doğurabilirler. Bu, tek bir gende ya da DNA'da gerçekleşebileceği gibi, kromozomların yapısında ya da sayısında da ortaya çıkabilir; böylece mutasyonlar kromozom mutasyonları ve gen mutasyonları olmak üzere ikiye ayrılır.³⁷ Kromozom mutasyonları, kromozomlardaki bazların anormal dizilimleri sonucu ortaya çıkarlar. Bu durumda örneğin bir kromozom parçası yok olabilir, bir ya da daha fazla baz çifti eklenebilir, duplikasyon söz konusu olabilir ya da bir ya da daha fazla kromozom segmentinin konumu değişebilir. Tek bir gen moleküler açıdan değişikliğe uğramışsa gen mutasyonu söz konusu olur. Yani DNA'nın bir bölgesindeki gen diziliminde değişiklik ortaya çıkar. Burada da örneğin bir gendeki bazlar birbiriyle yer değiştirebilir, bir ya da daha fazla baz çifti yok olabilir ya da yeni baz çiftleri ortaya çıkabilir.³⁸

³⁴...(2000). *Oxford dictionary of biology*. (Ed: R. Hine), USA: Oxford University Press, s. 131; Akman ve Tuncer (2009), s. 100; Zhang (2001), s. 198.

³⁵Stockter (2008), s. 81; Akman ve Tuncer (2009), s. 15, 100; Sudbery (2002), s. 27; Yuluğ (2002), s. 8; Brinkmann (2006), s. 15; Kubiak (2008), s. 25.

³⁶Zhang (2001), s. 210; Campbell ve Reece (2006), s. 235; Fischer (2002), s. 13; I. Yuluğ (2002), s. 8; Başaran (1999), s. 425; C. Venter (2008). *Şifresi çözülmüş bir yaşam*. Ankara: ODTÜ Geliştirme Vakfı Yayıncılık ve İletişim A.Ş., s. 3; Berberich (1998), s. 32; Memiş ve Yıdırım (2004), s. 285.

³⁷Kubiak (2008), s. 27; Cremer (2010), s. 72;

³⁸Mutasyon türleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Başaran (1999), s. 33 vd.; Mergen ve Özdağ (2002), s. 33; Berberich (1998), s. 48.

Mutasyonlar ender karşılaşılan durumlar olmayıp, aksine düzenli olarak ortaya çıkarlar. Ortaya çıkış nedenleri çok çeşitlidir, hatta bazen nedeni tespit edilemeyebilir. Mutasyonlar, röntgen ışınları ya da ultraviyole ışınlar yardımıyla yapay olarak da oluşturulabilir.³⁹ Bazı gen mutasyonları rahatsızlıklara neden olurken, bazıları sadece işlevsel bozukluklara yol açabilir, hatta pozitif etkileri dahi olabilir.⁴⁰ Hastalıklara yol açan mutasyonlar patojenik mutasyonlardır. Bunlar, işlevsel proteinin görevini doğru yapamamasının sonucu olarak hastalığa neden olurlar. Eğer bu mutasyonlar gamet hücrelerinde ortaya çıkarsa, yani gametik mutasyon söz konusu olursa, genetik hastalıklar ortaya çıkar. Bu şekildeki bozuk genlerin sonraki nesile aktarılması da hastalığın tekrar görülmesine neden olur.⁴¹

1.5. İnsan Genom Projesi

1988 yılında farklı devletlerden çok sayıda bilim adamının katılımıyla İnsan Genom Organizasyonu (Human Genome Organisation-HUGO) oluşturulmuş ve 1990'da resmen başlatılan İnsan Genom Projesiyle insanın gen haritasının çıkarılması amaçlanmıştır. Projenin hedefi genlerin sıralamasını ve yerlerinin belirlenmesini sağlamaktır.⁴² Çalışmalara 19'uncu yüzyılın ortalarında insan genomunun sekanslanmasıyla başlanmış ve resmi olarak Nisan 2003'te tamamlanmıştır. Proje sonunda, insan genomunun dizilimi bugün %99.99 kesinlikte bilinmektedir.⁴³ İnsan genomunun bilinmesi sayesinde, artık genetik testler yoluyla daha sonra ortaya çıkabilecek hastalıklar ya da

³⁹Stockter (2008), s. 82; Mergen ve Özdağ (2002), s. 34.

⁴⁰Örneğin yine genetik nedenlerle ortaya çıktığı bilinen orak hücre anemisi taşıyıcısı olan kişilerin sıtmayı daha hafif geçirdikleri ve hastalığı yendikleri tespit edilmiştir. Bu konuda ayrıntılı açıklama için bkz. Karaçay (2010), s. 307 vd.; Kubiak (2008), s. 28, dn. 52.

⁴¹Akman ve Tuncer (2009), s.20; Kraus (2008), s. 32; Kansere ilişkin olarak Karaçay (2010), s. 153.

⁴²Yuluğ (2002), s. 11; Kubiak (2008), s. 22.

⁴³Akman ve Tuncer (2009), s. 59; Kubiak (2008), s. 22.

bireyin diğ er özellikleri hakkında bilgi edinmek mümkün hale gelmiştir. Öte yandan proje, bir takım etik ve sigorta hukuku boyutu bu çalışma kapsamında ele alınacak olan hukuksal tartişmaları da beraberinde getirmiştir.⁴⁴

İnsan Genom Projesi henüz tamamen sona erdirilmemiş olup, çalışmalar sekanslanmış genom yardımıyla protein sentezlerini, proteinlerin mutasyonlarını ve etkileşimlerini araştırmak üzere Human Proteomics Organisation (HUPO)'ın kurulmasıyla devam etmiştir.

1.6. Genetik Testler

1968 yılında İsviçre'de Arber ve Linn, onlardan iki yıl sonra da ABD'de Smith, genleri parçalayarak incelenebilir kesitler elde etmeye yarayan restriksiyon enzimlerini keşfederek, genetik test süreci için gerekli bir aracı elde etmişlerdir.⁴⁵ Böylelikle DNA'nın kendisini inceleyerek hastalıkları ve genetik hastalıklara yol açan bozuklukları ortaya çıkarma imkanı doğmuştur. Genetik testler, hastanın DNA  rneğinde, mutasyona uğramış gen dizisini bulmaya yönelik taramadır.⁴⁶ Bu taramanın tahmin ya da tanıya yönelik olarak yapılması mümkündür. Eğ r uygulanan genetik test ile henüz herhangi bir hastalık belirtisi gözlenmeden önce hastalığın kişide görülme olasılığı ortaya konulmakta ise prediktif genetik test söz konusu olur.⁴⁷ Hastalığın belirtileri ortaya çıkmış ve test ile bu hastalık tespit ediliyorsa genetik tanı testi söz

⁴⁴İnsan genom Projesine ilişkin etik tartişmalar için bkz. O. Kaşıkçı (2007). İnsan Genomu Projesi'nin etik açıdan değ rlendirilmesi. *Sağlık Hukuku Sempozyumu*, Ankara: Yetkin, s. 147-174.

⁴⁵Rieder (2006), s. 8.

⁴⁶Akman ve Tuncer (2009), s. 75; J. Ziegler (2008). *Genanalysen in der deutschen privaten Krankenversicherung*. Frankfurt am Main: Peter Lang, s. 18; Sudbery (2002), s. 249; H. Sürmeli ve F. şahin (2010). Üniversite  ğrencilerinin genetik m hendisliğ  ile ilgili biyoetik görüşleri: genetik testler ve genetik tanı. *Türk Fen Eğitimi Dergisi*, 7(2), s. 119-120.

⁴⁷Brinkmann (2006), s. 22; Kubiak (2008), s. 30.

konusu olmaktadır.⁴⁸ Bugün pek çok hastalık, belirtileri ortaya çıkmadan önce farklı genetik test yöntemleriyle tespit edilebilmektedir.⁴⁹ Doğum öncesinde yani prenatal ya da doğum sonrasında yani postnatal olarak⁵⁰ gerçekleştirilebilecek olan bu yöntemler genel olarak dört ana başlık altında incelenebilir. Hemen belirtmek gerekir ki, genetik test sonuçlarının sigortacı tarafından kullanılması postnatal yani doğum sonrasında gerçekleştirilecek olan genetik testlerde söz konusu olmaktadır⁵¹:

1- Fenotipik⁵² Analizler: Fenotipik analizlerde kişinin bedenine müdahalede bulunmaksızın, sadece gözlenmesi yoluyla genetik özellikleri saptanır. Örneğin trizomi 21⁵³ teşhisi, doğum sonrasında genetik test yapılmaksızın doktor tarafından konulabilmektedir. Fenotipik analizlerde kullanılan yöntem özel bir yöntem değildir. Aslında burada yapılan uygulama, gözle görülebilen dış özellikleri izlenmesidir ve uzunca bir süredir tıp uygulamasında kullanılmaktadır. Hemen belirtmek gerekir ki, fenotipik analizler yalnızca çıplak gözle yapılan analizler olmayıp, röntgen, ultrason, kan

⁴⁸İleride görüleceği gibi genetik testlerin sigorta sözleşmelerinde kullanılmasına ilişkin düzenlemeler genelde prediktif genetik testleri hedef almaktadır. Doktrinde ise prediktif genetik testler ile genetik tanı testleri arasındaki sınırın çok kesin olmamasından hareketle yapılacak yasal düzenlemelerin genetik tanı testlerini de kapsamı gerektiği ifade edilmektedir. Bkz. Brinkmann (2006), s. 200. Yazara göre tanı amaçlı genetik testler için de kişiden doku örneği alınacak ve bu örneğin incelenmesiyle sadece tanıya yönelik sonuçlar değil prediktif nitelikteki sonuçlar da görülecektir. Bu nedenle eğer elde edilen bilgilerin kötüye kullanılması önlenmek isteniyorsa tanı amaçlı test sonuçlarının kullanımı da sınırlandırılmalıdır. Öte yandan Cremer (2010), genetik testlerin diğer yöntemlerden ayrık tutulmasına karşı çıkmaktadır. Yazara göre prediktif nitelikteki sağlık bilgileri sadece genetik incelemeler yoluyla değil, genetik olmayan inceleme yöntemleriyle de ortaya çıkabilir, s. 40 ve 273.

⁴⁹Örneğin kistik fibroz, Alzheimer, Gaucher, Huntington, Tay-Sachs gibi hastalıkları tespit edebilecek nitelikte genetik testler uygulanmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Akman ve Tuncer (2009), s. 76.

⁵⁰P. Sudbery (2002), s. 315.

⁵¹Cremer (2010), s. 68. Yazar prenatal genetik test sonuçlarının sigortalı annenin ölüm olasılığı artırdığı durumlarda aktüeryal açıdan önem arzedeceğini isabetli olarak ifade etmektedir.

⁵²Bir canlının görülebilen özelliklerine fenotip, görünmeyen kalıtsal özelliklerine ise genotip denilmektedir. Bu konuda bkz. Fischer (2002), s. 16-17; I. Raskó ve C. S. Downes (1995), s. 4.

⁵³Down sendromu veya mongolizm olarak da bilinen bu hastalıkta normalde anneden bir adet ve babadan bir adet olmak üzere iki adet bulunması gereken 21'inci kromozomdan 3 adet bulunmaktadır.

testi gibi belli araçlarla desteklenen incelemeler de bu grupta yer almaktadır. Bundan başka aile sağlık geçmişinin sorgulanması da bu tip analizlerden sayılmaktadır.⁵⁴

Belirtilen yöntemlerde gizli gen bozukluklarının ve bunların henüz bilinmeyen sonuçlarının tespit edilmesi söz konusu değildir. Fenotipik bozukluklar herkes tarafından fark edilebilir, bu nedenle de prediktif bir inceleme yapılmamaktadır. Çünkü hastalık zaten ortaya çıkmıştır. Bu nedenle bu yöntem sıklıkla genetik test yöntemleri arasında sayılmamaktadır. Örneğin İsviçre İnsanlar Üzerinde Genetik İncelemeler Hakkında Kanun'unda fenotipik analizler göz önüne alınmamıştır. Zaten teknik anlamda genetik test denildiğinde, DNA molekülünün ya da gen ürünlerinin genetik hastalıkları tespit etmek amacıyla doğrudan incelenmesine yönelik teknikler anlaşılmaktadır.⁵⁵

2- Gen Ürünü Analizi: Protein kimyasal analizi olarak da bilinen gen ürünü analizinde gen ürünü olan proteinler incelenir. Örneğin genetik bozuklukların tespiti için protein yapımını sağlayan aminoasitlerin incelenmesinde durum böyledir. Bu analizlerin kolay yönü, analizin yapılabilmesi için ne genin kendisinin ne de kromozom üzerindeki yerinin bilinmesinin gerekmeiştir. Buna karşın bu yöntemin uygulanabilmesi için bozuk proteinin ya bir vücut sıvısında bulunması gerekir ya da proteinin üretildiği hücreye ulaşılabilmesi gerekir.⁵⁶

3- Kromozom Analizleri: Kromozom analizlerinde kromozomların sayısında veya yapısındaki farklılıklar incelenir.⁵⁷ Bu yöntemle örneğin trizomi 21 hastalığı doğumdan önce de tespit edilebilmektedir. Ancak bu yöntemle tek

⁵⁴Kraus (2008), s. 34.

⁵⁵Zhang (2001), s. 205.

⁵⁶Rieder (2006), s. 28; Cremer (2010), s. 80.

⁵⁷Kubiak (2008), s. 32; Berberich (1998), s. 38.

tek genlerin incelenmesi mümkün değildir. Bu nedenle bu yöntemle bireyin genetik özelliklerinin çok azı ortaya çıkarılabilir.

4- DNA Analizleri: DNA analizleri ile kromozomlar üzerinde bulunan genlerin tek tek ya da bu genlerin yapıtaşlarının incelenmesi mümkündür.⁵⁸ Bunun için önce DNA'nın restriksiyonu gerekmektedir. Restriksiyon, kromozomlar üzerinde bulunan genlerin belirli diziler şeklinde kesilmesidir.⁵⁹ Bu parçalar incelendiğinde DNA'nın yapısında bulunan baz dizilimlerinde bir hata veya yapısında başka bir farklılık olup olmadığı tespit edilebilmektedir.

Eğer tespit edilen genetik değişiklik genetik hastalığın doğrudan nedeni ise direkt genetik test söz konusu olur. Direkt genetik test yapılabilmesi için öncelikle genin normal durumunun, DNA üzerindeki yerinin ve genetik hastalığın sorumlusu olan gen mutasyonunun bilinmesi gereklidir.⁶⁰ Ör; Huntington hastalığı, hemofili A⁶¹ ve hemokromatoz⁶² gibi monogenik hastalıklar, direkt genetik test ile hastalık henüz ortaya çıkmadan önce tespit

⁵⁸Bu yöntem bazen genom analizi olarak nitelenmekle birlikte, insanın tüm genlerinin değil sadece belli genlerin incelenmesi mümkün olduğu için doğru bir kullanım olmadığı düşünülmektedir. Bu konuda bkz. Rieder (2006), s. 29; A. von Einem (2009). *Der privatrechtliche Schutz vor genetischer Diskriminierung: Eine Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung völker- und europarechtlicher Vorgaben sowie des österreichischen und englischen Rechts*. Hamburg: Verlag Dr. Kovac, s. 18; Kubiak (2008), s. 31.

⁵⁹Fischer (2002), s. 22.

⁶⁰Cremer (2010), s. 76; Kubiak (2008), s. 32.

⁶¹İnsanlarda en yaygın görülen kanama hastalığı olan hemofili A, resesif kalıtım yoluyla aktarılmakta ve yaşam boy devam etmektedir. Görülme oranı 1/10.000 olup hastalığın görüldüğü bireylerde kanın pıhtılaşma süresi normalden daha uzundur. Bunun yanında hastalarda eklem yerlerinde, kaslarda ve yumuşak dokularda iç kanamalar da meydana gelmektedir. Hastalığın genetik temelleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. C. Ün (2002). Hemofili A hastalığının moleküler genetik temelleri. *ADÜ Tıp Fakültesi Dergisi*, 3 (3), s. 43.

⁶²Nadir görülen ve otozomal resesif olarak aktarılan hemokromatozda çeşitli organlarda aşırı miktarda demir birikimi görülmektedir. Demir birikimi bu organlarda fibrozise yol açmakta ve durum bu organların fonksiyonel yetmezliği ile sonuçlanmaktadır. Bu konuda bkz. S. Kesebir ve E. Bayraktar (2003). Hemokromatoza bağlı psikiyatrik bozukluklar: Psikotik bozukluklu bir olgu ve literatürün gözden geçirilmesi. *Klinik Psikiyatri*, 6, s. 114.

edilebilmektedir. Bu yöntem güvenilir bir yöntem olmakla birlikte sadece o ana kadar bilinen monogenik hastalıklarda anlamlıdır.⁶³

Genin moleküler yapısı tam olarak bilinmiyorsa indirekt genetik test uygulanabilir. Burada genin kendisi incelenmez, mutasyona uğramış gene komşu DNA kesiti incelenir.⁶⁴ Bu yöntem direkt genetik test kadar kesin sonuçlar vermez.

Yukarıda özetlenen analiz yöntemleri hukuk literatüründe “gen testi”⁶⁵, “gen analizi”⁶⁶, “genetik analiz”⁶⁷, “genom analizi”⁶⁸ veya “genetik test”⁶⁹ olarak adlandırılmaktadır. Bu tez kapsamında “genetik test” ifadesiyle kastedilen, postnatal olarak gerçekleştirilen gen ürünü analizleri, kromozom analizleri ile DNA analizleridir. Ayrıca çalışma kapsamındaki tartışmalar daha çok tahmine yönelik, yani prediktif genetik testler üzerinden yürütülecektir.⁷⁰ Bu nedenle

⁶³Rieder (2006), s. 33.

⁶⁴Kubiak (2008), s. 33.

⁶⁵J. Basedow (2004). Gentests in der Lebens- und Krankenversicherung-Die juristische Perspektive. *Lebensversicherung-Altersvorsorge, Private Krankenversicherung, Versicherung als Geschaeftsbesorgung, Gentests, Der Ombudsman im Privatversicherungsrecht* (Ed: J. Basedow; U. Meyer; D. Rückle; H.P. Schwintowski). Baden.Baden: Nomos Verlagsgesellschaft. 139-146; H. Baumann (2002). Zur Bedeutung von Gentests beim Abschluss von Lebens- und Krankenversicherungsverträgen. *Zeitschrift für die Gesamte Versicherungswirtschaft*, 91(2), 169-202.

⁶⁶Ziegler (2008); Büyükay (2005), s. 355-382.

⁶⁷Cremer (2010).

⁶⁸E. Deutsch (1989). Die Genomanalyse im Arbeits- und Sozialrecht-ein Beitrag zum genetischen Datenschutz. *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht*, 17, 657-661; T. Memiş (2002). Sigorta sözleşmelerinde genom analizlerinin kullanılması ve ortaya çıkan hukuki sorunlar. *Reasürör*, 46, s. 27-42; Genom analizi denildiğinde insan genomunun bütünüyle analiz edilmesi anlaşıldığından, sigorta sözleşmelerinde ihbar mükellefiyeti açısından yapılacak değerlendirmelerde bu kullanım isabetli bulunmamaktadır. Zira riziko analizi amacıyla yapılan testlerde genomun bir bütün olarak incelenmesi söz konusu olmamaktadır. Karş. Cremer (2010), 56; Berberich (1998), s. 36.

⁶⁹Berberich (1998); U.S. Congress, Office of Technology Assessment (2002). *Genetic tests and health insurance: results of a survey-background paper*. Washington, D.C.: U.S. Government Printing Office.

⁷⁰Tanı amaçlı testlerde zaten hastalık belirtileri ortaya çıkmış olduğundan hastalık sigortası açısından artık rizikonun gerçekleşmesi söz konusu olmaktadır, Ziegler (2009), Genetische Diskriminierung in der privaten Krankenversicherung in den USA und Deutschland: Alter Wein in neuen Schlaeuchen?. *DAJV Newsletter* s. 118.

özellikle tanı amaçlı olduğunun belirtilmediği hallerde prediktif genetik testlerden bahsedildiği unutulmamalıdır.

1.7. Genetik Hastalıklar

Genetik değişiklikler birçok hastalığın nedeni olabilir. Gen bozukluklarının büyük bir kısmı mutasyonlar sonucu ortaya çıkmaktadır. Eğer hastalık sebebi olan mutasyon üreme hücrelerinde ise, bu mutasyonlar kural olarak gelecek kuşaklara aktarılır. Böylelikle mutasyonlar sonucu değişmiş olan bilgilerin gelecek kuşaklara aktarılması söz konusu ise ve bu genetik bozukluk bir hastalığın ortaya çıkmasında etkili ise genetik hastalıktan bahsedilir. Ancak her gen bozukluğunun mutlaka bir hastalığa yol açmayabileceği ya da hastalık belirtilerinin her bireyde farklı düzeylerde görülebileceği unutulmamalıdır. Bu farklılıkların nedeni henüz tam olarak bilinmemektedir. Ancak bazı kimselerin hastalığın ortaya çıkışını engelleyen ya da etkilerini hafifleten karşıt genlere sahip olabileceği düşünülmektedir.⁷¹

Genetik hastalıklar genel olarak üç grupta incelenebilir⁷²:

- 1- Monogenik hastalıklar: Tek gen bozuklukları olarak da bilinen bu hastalıklar, tek bir gendeki bozukluktan kaynaklanan hastalıklardır.⁷³ Söz konusu genin baskın ya da çekinik olmasına bağlı olarak da otozomal dominant ve otozomal resesif hastalıklardan söz edilebilir. Hastalığa yol açan genin baskın gen olması durumunda, anne ya da babasında hastalık görülen kişide söz konusu hastalık görülecektir.⁷⁴ Otozomal resesif hastalıklarda ise, hastalığın ortaya çıkması için,

⁷¹Rieder (2006), s. 21.

⁷²Başaran (1999), s. 85 ve 394.

⁷³Raskó ve Downes (1995), s. 172; Mergen ve Özdağ (2002), s. 34; Cremer (2010), s. 73; Brinkmann (2006), s. 19; Berberich (1998), s. 47.

⁷⁴Başaran (1999), s. 88.

hastalığa yol açan genin kişide çift doz halinde bulunması gerekir. Yani bu hastalığa yakalanan kişiler, hem annelerinden hem de babalarından bu geni almışlardır.⁷⁵ Bu hastalıklar Mendel kanunlarına uygun olarak ortaya çıkarlar.⁷⁶ Kistik fibrozis⁷⁷, orak hücre anemisi⁷⁸, Tay-Sachs⁷⁹ ya da Huntington gibi hastalıklar bu grupta yer almaktadır. Ağır hastalıkların yalnızca %1-2 kadarını oluşturacak kadar az sayıdaki⁸⁰ bu tür hastalıkların ortaya çıkma olasılığı hakkında genetik testler yoluyla diğer hastalıklara oranla daha doğru tahminlerde bulunmak mümkündür.⁸¹ Preseptomatik testler adı verilen bu testlerde sonucun pozitif olması durumunda, kişi yeterince uzun yaşadığı takdirde söz konusu hastalığa yakalanacaktır. Ancak bu testler, hastalığın olası ortaya çıkış zamanı konusunda bilgi vermemektedir.

- 2- Multifaktöriyel hastalıklar: En sık karşılaşılan genetik hastalıklar bu grupta yer almaktadır. Bu hastalıklar bir ya da birden fazla gendeki bozukluğun çevre faktörleriyle etkileşimi sonucu ortaya çıkarlar.⁸² Bu hastalıklarda kalıtımın yanında diyet, yaşam tarzı ve çevresel faktörlerin

⁷⁵Başaran, s. 91.

⁷⁶Sudbery (2002), s. 2; Fischer (2002), s. 78; Başaran(1999), s. 85 ve 394; Mergen ve Özdağ (2002), s. 34; Brinkmann (2006), s. 19.

⁷⁷7'nci kromozomdaki bir gendeki bozukluktan kaynaklanır ve otozomal resesif kalıtımla aktarılır. Bronş sistemi, viskoz müköz oluşum ve pankreas düzensizliklerine yol açar. Mergen ve Özdağ (2002),s. 37.

⁷⁸Akdeniz anemisi olarak da bilinen bu hastalık 11'inci kromozomda bulunan hemoglobin proteinini kodlayan gendeki mutasyon sonucu ortaya çıkar. Anılan protein, kanda oksijenin taşınmasından sorumludur. Mutasyonun etkisiyle kırmızı kan hücreleri orak şeklini alarak daha az oksijen taşır, ayrıca kılcal damarlardan da geçemez. Bu nedenle hastalarda ağrılı krizler görülür. Mergen ve Özdağ (2002), s. 37.

⁷⁹Nadir görülen bir genetik hastalık olan Tay-Sachs hastalığı, heksozaminidaz A enzim eksikliğinden kaynaklanmaktadır. Hastalığın ilerlemesiyle nöronal hücre kayıpları ve beyaz cevherde dejenerasyon ortaya çıkar. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. S. Gür vd. (2003). Tay-Sachs hastalığı; MR bulguları: Olgu sunumu. *Ege Tıp Dergisi*, 42 (3), s. 189.

⁸⁰Başaran (1999), s. 85; Raskó ve Downes (1995), s. 254.

⁸¹Braun (1996); Kraus (2008), s. 33.

⁸²Sudbery (2002), s. 13; Başaran (1999), s. 102 ve 394; Raskó ve Downes (1995), s. 254; Mergen ve Özdağ (2002), s. 34; Cremer (2010), s. 74; Brinkmann (2006), s. 20; Kubiak (2008), s. 26.

de etkisi bulunmaktadır.⁸³ Meme kanseri bu tür hastalıkların en bilinen örneğidir. Bundan başka koroner kalp rahatsızlığı, yüksek tansiyon, manik depresyon ya da şizofreni gibi bazı ruhsal bozukluklar, şeker hastalığı, alzheimer⁸⁴ gibi rahatsızlıkların da genetik faktörlerle birlikte çevresel faktörlerin de etkisiyle ortaya çıktığı bilinmektedir.⁸⁵ Mendel kanunlarına göre kalıtım göstermeyen bu hastalıkların tespitine yönelik genetik testler daha az gerçekçi sonuçlar vermekte, yani yalnızca olasılık ortaya koymaktadırlar.⁸⁶

- 3- Kromozom bozuklukları: Kromozom anomalisi olarak da adlandırılan bu hastalıklar kromozomlardaki yapısal veya sayısal değişimlerden kaynaklanırlar.⁸⁷ Down sendromu olarak bilinen trizomi 21 ya da Edward sendromu⁸⁸ olarak da bilinen trizomi 18 bu grupta yer alan hastalıklardır.
- 4- Mitokondriyal rahatsızlıklar: DNA'nın hücre çekirdeklerinde ve mitokondri adı verilen hücre organellerinde de bulunduğunu daha önce de belirtmiştik.⁸⁹ Mitokondride yer alan DNA'da ortaya çıkan mutasyonlar sonucu gelişen genetik hastalıklar mitokondriyal rahatsızlıklardır.⁹⁰ Kearn-Sayre sendromu⁹¹ ya da mitokondriyel sağırılık

⁸³Akman ve Tuncer (2009), s. 62; Ziegler (2008), s. 18; Berberich (1998), s. 47.

⁸⁴Bir tür erken bunamaya yol açan bir hastalıktır. Kişinin olanları ve olayları hatırlayamaması, yakınlarını hatırlayamaması gibi belirtileri vardır. Mergen ve Özdağ (2002), s. 37.

⁸⁵Raskó ve Downes (1995), s. 254 vd.; Mergen ve Özdağ (2002), s. 34.

⁸⁶Kraus (2008), s. 33; Başaran (1999), s. 394.

⁸⁷Sudbery (2002), s. 14-15; Başaran (1999), s. 161; Mergen ve Özdağ (2002), s. 31; Brinkmann (2006), s. 19.

⁸⁸Canlı doğumlarda sık görülen bir kromozomal hastalık olan Edward sendromunda bebeklerin çoğunda intrauterin gelişme geriliği, mikrosefali, mikrognati, düşük kulaklar ve ekstremitte anomalileri gözlenmektedir. Hasta bebeklerin %80'i doğumdan sonraki ilk haftada ve kalanların çoğu da ilk yılında kaybedilmektedir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. A. Karaman vd. (2012). Trizomi 18 sendromu: Olgu sunumu. *Bakırköy Tıp Dergisi*, 8, s. 44.

⁸⁹Bkz. yukarıda s.11

⁹⁰Botschaft zum Bundesgesetz über genetische Untersuchungen beim Menschen, Bundesblatt, 2002, <http://www.admin.ch/ch/d/ff/2002/7361.pdf>, s. 7367.

gibi hastalıkların örnek gösterilebileceği bu tür genetik rahatsızlıklar Mendel kanunlarına uygun olarak aktarılmaz. Bu tür hastalıkların ayırt edici yönü maternal olarak, yani sadece anne tarafından aktarılmalarıdır.⁹²

1.8. Genetik Testler Sonucu Elde Edilen Bilgilerin Sıradan Sağlık Bilgilerinden Farkı

Uygulamada sigorta şirketlerinin sözleşmenin yapılmasından önce sigorta yaptırmak üzere başvuruda bulunan kimselere rizikoya ilişkin sözlü veya yazılı bir takım sorular yönelttikleri bilinmektedir. Çoğu zaman yazılı bir liste olarak karşımıza çıkan bu sorular arasında, özellikle hayat ve sağlık sigortalarında, kişinin ve aile fertlerinin sağlık durumuna ilişkin sorular önemli bir yer tutmaktadır. Kişinin bu sorulara verdiği yanıtlardan hareketle, sigortacı riziko hakkında bilgi edinerek, rizikoya uygun bir prim talep etmeyi amaçlamaktadır. Sigortacının genetik testler sonucu elde edeceği bilgilerin bu yöntemle elde edeceği bilgilerden hangi noktalarda ayrıldığıнын belirlenmesi tezimiz açısından önem arz etmektedir. Zira bu farklılıklar, genetik test sonuçlarının sigorta ettirenin ihbar mükellefiyeti açısından özel olarak incelenmesini haklı kılmaktadır.⁹³

⁹¹20 yaşından önce bulguları ortaya çıkan bu hastalıkta mitokondriyal disfonksiyon ve oksidatif fosforilasyonun yapılamaması, dokuların enerji gereksinimlerinin karşılanamamasına yol açmaktadır. Hastalarda kalp iletim defektleri, serebellar ataksi, miyopati, endokrin patalojiler, işitme kaybı, katarakt gibi bulgular gözlenmekte, özellikle kalp iletim defektleri ani ölümlere yol açabilmektedir. Bu konuda bkz. A. G. Diniz vd. (2009). Bir Kearns-Sayre sendromu olgusu (çocukluk çağında gelişen mitokondriyal hastalıkların tanısında enzim boyalarının önemi). *Türk Patoloji Dergisi*, 25(2), s. 54.

⁹²Berberich (1998), s. 47.

⁹³Nitekim örneğin Alman Genetik Teşhis Kanunu'nun çıkarılma nedeni genetik bilgilerin diğer bilgilerden farklı olduğunun kabulü olmuştur. Bu konuda bkz. Cremer (2010), s. 156. Yazara göre Kanun'un çıkması bu konudaki tartışma nedeniyle oldukça uzun sürmüştür, s. 155.

Günümüzde yaklaşık 4000-5000 civarı hastalık ve yine yaklaşık 1000-1500 kadar gendeki mutasyonların bir takım hastalıkların ortaya çıkmasında etkili olduğu bilinmektedir.⁹⁴ Ancak bunların tamamına yönelik genetik test bulunmamaktadır. Monogenik hastalıkların büyük bir kısmı için mutasyon analizleri yapılabilmektedir (örneğin; Alzheimer, genetik meme kanseri, kistik fibrozis, hemokromatoz, hemofili A, Huntington hastalığı, vs.). Bu tür hastalıkların genetik hastalıklar içinde oldukça düşük bir yüzde oluşturduğu göz önünde bulundurulduğunda, genetik testlerin sınırlı sayıdaki hastalığa ilişkin olasılıkları ortaya koyacağı açıktır.⁹⁵

Genetik test sonuçları bir kimsenin hastalık durumuyla ilgili çok sınırlı bilgi verirler. Bu testlerin diğer muayene yöntemlerinden en önemli farkı öngörüsöl olmalarıdır. Çünkü bireylerin bir gendeki moleküler değişikliklere gösterecekleri tepkiler değişik olabilir.⁹⁶ Özellikle multifaktöriyel hastalıklarda, yaşam tarzının değiştirilmesi ile hastalığın ortaya çıkması engellenebilir. Bilindiği gibi bu tür hastalıklarda birden fazla genle birlikte çevre faktörleri de hastalığın ortaya çıkışını ve seyrini etkilemektedir. Örneğin beslenme alışkanlıkları, alkol ve sigara tüketimi, kişinin yaşadığı ve çalıştığı ortam, hatta annenin hamilelik sırasındaki beslenme alışkanlıkları, alkol ve sigara tüketimi dahi anılan çevre faktörlerindendir.⁹⁷ Bu faktörler ise genetik testlerde dikkate alınmamaktadır. Bu nedenle genetik testler sonucu tespit edilen genetik bozuklukların hastalık olarak ortaya çıkıp çıkmayacağı veya çıkacaksa ne zaman çıkacağını söylemek her zaman mümkün değildir. ⁹⁸ Aslında bu özellik,

⁹⁴Rieder (2006), s. 37.

⁹⁵Sürmeli ve Şahin (2010), s. 120; Bundesaerztekammer (2003). Richtlinien zur praediktiven genetischen Diagnostik. *Deutsches Aerzteblatt*, 100 (19), s. A1298.

⁹⁶Cremer (2010) 'in de ifade ettiği gibi tek yumurta ikizleri bile aynı genlere sahip olmalarına rağmen aynı genetik hastalıklara yakalanmayabilmektedirler, s. 65

⁹⁷Ayrıntılı bilgi için bkz. Karaçay (2010), s. 144; U. Tazebay (2002). Genetik araştırmalar ve etik. *Avrasya Dosyası*, 8(3), s. 58.

⁹⁸Örneğin Huntington hastalığında mutasyonun varlığı halinde hastalığın görülme olasılığı neredeyse %100 iken meme kanserinde bu olasılık %40 ile 80 arasında değişmektedir. Hastalığın

bir taraftan da genetik test sonuçlarının riziko analizinde kullanılabilmesinin önünü açmaktadır. Bilindiği gibi sigorta şirketlerinin varlıklarını koruyabilmeleri, gelecekteki bir takım belirsizliklerin varlığına bağlıdır. Kesin bilgiler sigorta sektörünün ölmesi sonucunu doğurur. Çünkü böyle bir durumda kişiler sigorta himayesi elde edemeyenler ve sigorta himayesine gerek duymayanlar olarak ikiye ayrılacaktır.⁹⁹ Genetik testlere ilişkin dikkat edilmesi gereken bir başka nokta da genetik biliminin bugün eriştiği aşamada hala bir miktar hata payının bulunduğu gerçeğidir. Örneğin kişinin 100 yaşına kadar yaşayıp yaşamayacağını belirtmeye yönelik olarak geliştirilen bir genetik testte teknik hata olduğu, testi geliştiren bilim adamlarınca bir yıl sonra kabul edilmiştir.¹⁰⁰ Böyle bir aşamada henüz güvenilir bilgi verdiği şüpheli olan genetik testlerin kullanımına ilişkin olarak çekingen davranılmasında kanımızca fayda vardır.

Genetik testler, sıradan yöntemlerle elde edilen bilgilere göre sağlık durumuna ilişkin olarak daha fazla veri sağlamaktadır. Özellikle monogenik hastalıklarda daha kesine yakın olan tahmin gücü, poligenik hastalıklarda daha belirsizliklerle doludur.¹⁰¹ Ancak genetik testlerin sağladığı veriler bir tek hastalıkla sınırlı kalmamakta, kişinin tüm genetik yapısı ortaya

ortaya çıkma zamanı da hastalıktan hastalığa farklılık görülmektedir. Örneğin kistik fibrozun ilk belirtileri bebeğin doğumunda, hatta bazen doğumdan önce gözlenebilirken Huntington hastalığının ilk belirtileri 50-50 yaş aralığında ortaya çıkabilmektedir. Bazı genetik hastalıkların ortaya çıkma olasılığı ve ilk belirtilerin ortaya çıkma zamanına ilişkin olara bkz. Bundesärztekammer (2003), s. A1298; Fischer (2002), s. 73; Cremer (2010), s. 63-64; Brinkmann (2006), s. 22; Kubiak (2008), s. 35; A. Genenger (2010). Das neue Gendiagnostikgesetz. *Neue Juristische Wochenschrift*, 63 (3), s. 113; B. Buchner (2003). Die Genomanalyse im Arbeits- und Versicherungsrecht. *Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2003*, Stuttgart: Richard Boorberg Verlag, s. 321; Oysa Evsel'in çalışmasının sonuçlarına göre ise katılımcıların %79,2'si genetik test uygulamasının erken teşhis konusunda devrim yarattığı düşüncesindedir, s. 104.

⁹⁹Schöffski (1999a), Genomanalyse und Versicherungsschutz, <http://130.75.112.1/jahresbericht/99/genom.pdf>, Erişim Tarihi: 10.08.2012.

¹⁰⁰...(2011). "Gen testinde" teknik hata tespit edildi. *Radikal Hayat*, 24.07.2011.

¹⁰¹Rieder, s.2; Kubiak (2008), s. 36.

konulabilmektedir.¹⁰² Öte yandan sıradan muayene yöntemleri genellikle sadece kişinin kendi sağlık durumuna ilişkin veri sağlarken, genetik testler sonucunda kişinin kendisinin, ailesinin, çocuklarının ya da kardeşlerinin de genetik yapısı ortaya konabilmekte¹⁰³, bu anlamda testlere katılmayan, belki de bu tür testler yaptırmak istemeyen aile üyelerini de ilgilendiren veriler elde edilmektedir.¹⁰⁴

Genetik testler sonucu ortaya çıkabilecek en önemli olumsuz etkilerden biri de, test sonucu hastalık riski altında bulunduğu anlaşılan bireyin ailesi ya da başkaları tarafından dışlanması ve ayrımcılığa maruz bırakılması ihtimalidir.¹⁰⁵ Bu olumsuzluk tezimiz açısından da önem arz etmektedir. Zira genetik açıdan risk altında bulunan bireylerin ayrımcılığa maruz bırakıldığı alanlardan biri de sigorta hukukudur. Bu alanın kişinin yaşama hakkı dışında kalan çok sayıda insan hakkı ile temel hak ve özgürlüklerinin sınırlandırılması sonucunu doğurduğunu daha önce belirtmiştik.¹⁰⁶

Genetik testler sonucu elde edilen bilgileri özel kılan bir başka nokta da genetik materyal içinde kayıtlı bilgilerin büyük ölçüde değişmez nitelikte oluşudur.¹⁰⁷ Sınırlı hallerde, ancak yeni mutasyonların ortaya çıkması durumunda genetik bilgiler değişir. Değişmezlik özelliğinden dolayı genetik bilgiler test edilen kişinin yaşından ve mevcut sağlık durumundan bağımsızdır. Kişinin genetik yapısı testin uygulandığı dönemde nasıl ise gelecekte de öyle

¹⁰²J. Scherrer (2012). *Das Gendiagnostikgesetz*. Berlin: LIT Verlag, s. 91.

¹⁰³Stockter (2008), s. 82; Sürmeli ve Şahin (2010), s. 121; Berberich (1998), s. 73; Scherrer (2012), s. 47; Büyükay (2005), s. 356; F. Yıldırım (2007a). Gen analizleri ve kişilik haklarının korunması. *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, XI (3-4), s. 389; F. Yıldırım (2008). *Gen teknik uygulamalardan doğan hukuki sorumluluk*. Ankara: Engin, s. 39.

¹⁰⁴Rieder, s. 2; Kubiak (2008), s. 112.

¹⁰⁵Tazebay (2002), s. 60; Yıldırım (2007a), s. 389.

¹⁰⁶Bkz. yukarıda s. 23.

¹⁰⁷Brinkmann (2006), s. 22; Scherrer (2012), s. 47.

kalacaktır. Zaten bu nedenle genetik bilgiler yoluyla geleceğe ilişkin prediktif verilere ulaşmak mümkün olabilmektedir.¹⁰⁸

Diğer yöntemlerden farklı olarak gen örneklerinin kullanımı oldukça basittir. Bir gen analizi için elde çok küçük bir biyolojik örneğin olması yeterlidir. Bu örnek, kan ya da yanak içi gibi herhangi bir dokudan elde edilebilir.¹⁰⁹ Bu anlamda DNA, yani genetik materyal bulundurduğu için, her hücre bir bilgi kaynağıdır. Bu şekildeki doku örneklerinin elde edilmesi oldukça kolaydır. Kişinin çiğnediği bir sakızdan alınan tükürük örneğinde olduğu gibi bu örneklerin gizli olarak elde edilmesi de mümkün olduğu için suiistimallere açık bir yöntemdir.¹¹⁰ Bu dokuların gizli olarak elde edilebilmesi, kişinin rızası olmaksızın verilerine ulaşma ve verileri kullanma olanağı sağladığından verilerin korunması, özel hayatın gizliliği ve kişilik hakları açısından tehlike yaratmaktadır.

Özellikle multifaktöriyel hastalıklarda, test sonuçlarına bakılarak kişi, sağlık kontrollerini sıklaştırmaya ya da seyrekletirmeye veya yaşam tarzını değiştirmeye teşvik edilebilir.¹¹¹ Bu anlamda örneğin Huntington hastalığı gibi tedavisi bulunmayan hastalıklara yönelik olarak yapılan genetik testler kişinin gelecek planlaması yapması açısından faydalı olmakla birlikte, bu tür bir hastalığa yakalanabileceği bilgisinin kişilerde ve aile bireylerinde psikolojik travmalara yol açtığı da bilinmektedir.¹¹² Bu noktada bireylerin kızgınlık,

¹⁰⁸Stockter, s. 81; Kraus (2008), s. 24; Berberich (1998), s. 72.

¹⁰⁹Akman ve Tuncer (2009), s. 75; Başaran (1999), s. 291; Tazebay (2002), s. 59.

¹¹⁰Stockter, s. 81.

¹¹¹*Eysel'in* çalışmasının sonuçlarına göre de katılımcılardan genetik test yaptırmak istediğini beyan eden %62,4'lük kesimin çoğunluğunun (%55,3) gerekçesi, öğrenmek ve tedbir almaktır, s. 92.

¹¹²Sürmeli ve Şahin (2010), s. 120; Tazebay (2002), s. 59; Yıldırım (2007a), s. 389; *Eysel'in* çalışmasının sonuçlarına göre genetik test yaptırmak istemeyen %28,3'lük kesimin %14,7'si gerekçe olarak "testin ortaya çıkaracağı sonuçlar psikolojik sağlığını bozabilir" yanıtını vermiştir, s. 93.

çaresizlik, korku, depresyon gibi olumsuz sonuçlarla karşılaşma ihtimalleri yüksektir.

Genetik testlerin tedavi aşamasında doğru yöntemlerin kullanılmasını sağlamak gibi bir faydası olmakla birlikte¹¹³, hastalıkların önemli bir kısmının tedavisi olmadığı göz önüne alındığında, bu fayda sakıncalara kıyasla bir üstünlük sağlamamaktadır.

Görüldüğü üzere genetik testler, aile sağlık geçmişi sorgulaması gibi geleneksel yöntemlerle elde edilen bilgilere erişimi sağlayan yeni bir yöntemdir.¹¹⁴ Ancak geleneksel yöntemlerden farklı olarak bu yöntemde teste tabi olan kişi ve hatta kişinin aile fertleri için son derece ağır sonuçlar ortaya çıkmaktadır.¹¹⁵ Bu nedenle de pek çok ülkede kanun koyucular bu yöntemle elde edilen bilgileri özel olarak korumaya, bu tür bilgilerin elde edilmesini ve kullanılmasını sıkı koşullara bağlayarak sınırlamaya yönelik tedbirler almaktadır.

2. Genetik Verilerin Korunması

Veri, “bir araştırmanın, bir tartışmanın, bir muhakemenin temeli olan ana öge”¹¹⁶ olarak tanımlanmaktadır. Bilgi ise, “kurallardan yararlanarak kişinin

¹¹³Tazebay (2002), s. 59.

¹¹⁴J. Taupitz (2000), kişinin asıl en az güvenilir yöntem olan aile sağlık geçmişine bakılarak sigortalanmasının ayrımcılık olacağını ve kişiyi mağdur edeceğini ifade etmektedir, *Genetische Diagnostik und Versicherungsrecht*. Karlsruhe: Verlag Versicherungswirtschaft, s. 37; Genetik test sonuçlarının geleneksel yöntemlere nazaran herhangi bir özellik arzetmediği düşüncesinde S. Sahmer (2000). Private Krankenversicherung und Gentests. F. Thiele, *Genetische Diagnostik und Versicherungsschutz. Die Situation in Deutschland*, Bad Neuenahr: Graue Reihe, s. 51; F. Breyer ve J. Bürger (2005). Genetische Differenzierung in der Privatversicherung. *Biopolitik* (Ed: W. Van den Daele). Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften s. 93; Ziegler (2009), s. 117, yazara göre GINA ile genetik bilgilerin kullanımının yasaklanması yalnızca Amerikan halkındaki korkunun giderilmesine yöneliktir.

¹¹⁵Aynı doğrultuda Brinkmann (2006), s. 198.

¹¹⁶Türk Dil Kurumu (2009). *Türkçe Sözlük*. Ankara: Türk Dil Kurumu Yayınları, s. 2087.

veriye yönelttiği anlam"¹¹⁷dır. Bu tanımlara göre bilgi bir üst kavram olup, verilerin analiz edilmesiyle ortaya çıkar.¹¹⁸ Ancak, hukukta veri, sıklıkla kişisel verilerin korunması hukukunda karşımıza çıkmakta ve gerek ulusal gerekse uluslararası hukuk metinlerinde bir çeşit bilgi olarak tanımlanmaktadır. Gerçekten de, Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Serbest Dolaşımı Bakımından Bireylerin Korunmasına İlişkin 24.10.1995 tarih ve 95/46/EC sayılı Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Konseyi Direktifi¹¹⁹'nin tanımlara ayrılan 2'nci maddesinin a bendinde kişisel veri, "kimliği belirli veya belirlenebilir bir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgi" olarak tanımlanmıştır. Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı¹²⁰'nın 3'üncü maddesine göre de kişisel veri, "kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek ve tüzel kişilere ilişkin bütün bilgileri" ifade etmektedir. Bu anlamda bir kimsenin kimliğine, sağlık durumuna, öğrenim durumuna, aile yaşantısına ilişkin hususlar gibi bilgiler kişisel verilerdendir. Genetik test sonuçları da, bu bağlamda kişinin genetik yapısına ve sağlık durumuna ilişkin bilgiler içerdiğinden, kişisel veri niteliğindedir.¹²¹ Hatta kişisel verilerin korunmasına ilişkin ulusal ve uluslararası belgelerde, bazı kişisel veri türleri özel olarak korunmaktadır. Doktrinde, açıklanmasının ilgili kişiye zarar verebileceği ya da veri sahibi aleyhine ayrımcılığa yol açabileceği ifade edilen¹²² ve "hassas veriler" olarak adlandırılan bu veriler, kişisel verilerin korunmasına ilişkin ulusal ve uluslararası belgelerde tanımlanmamakta,

¹¹⁷TDK (2009), s. 267.

¹¹⁸H. C. Aksoy (2010). *Medeni hukuk ve özellikle kişilik hakkı yönünden kişisel verilerin korunması*. Ankara: Çakmak Yayınevi, s. 11, dn. 2; Berberich (1998), s. 68.

¹¹⁹Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, Official Journal L 281, 23/11/1995, s. 31-50, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31995L0046:en:HTML>, Erişim Tarihi: 25.05.2011.

¹²⁰Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı, <http://www.kgm.adalet.gov.tr/tbmmkom/kisiselveriler.pdf>, Erişim Tarihi: 25.05.2011.

¹²¹Aynı doğrultuda M. Gürbüz (2011). Bir kişilik hakkı olarak kişinin genetik bilgileri üzerinde kendi geleceğini belirleme hakkı. *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1-2, s. 119.

¹²²O. Şimşek (2008). *Anayasa hukukunda kişisel verilerin korunması*. İstanbul: Beta, s. 121.

yalnızca hassas veri sayılan veri türleri sayılmaktadır. Kişilerin ırk ve etnik kökenleri, politik düşünceleri, inançları, sağlık ve cinsel yaşamlarına ilişkin veriler hassas verilerdendir. Bu açıdan bakıldığında, bir kimsenin sağlık durumuna ve hatta ırk ve etnik kökenine ilişkin bilgiler de veren genetik test sonuçlarının hassas veri olarak nitelenmesi mümkündür.¹²³

Görüldüğü gibi hukuk metinlerinde “bilgi” ve “veri” sözcükleri birbirinin yerine geçecek şekilde kullanılabilmektedir. Bu durum, iki ifade arasında ayrım yapmayı zorlaştırmakta ve sakıncalı hale getirmektedir. Birtakım hususları veri, diğer bir kısmını ise bilgi olarak nitelemek, kişiyle ilgili bazı hususların veri koruma hukuku açısından koruma dışı kalması sonucunu doğuracaktır.¹²⁴ Bu nedenle Türkiye’de veri koruma hukukunun bu ifadeler arasında farkı ortaya koymaya yetecek ölçüde gelişme kaydetmesine kadar iki sözcüğü eş anlamlı olarak kullanmak en uygun çözüm yolu gibi görülmektedir. Bu tez kapsamında da veri ve bilgi sözcükleri aynı anlamda kullanılacaktır.

2.1. Uluslararası Belgelerde Genetik Verilerin Korunması

Genetik verilerin korunmasına ilişkin uluslar arası belgelerde yer alan düzenlemeler, bunları onaylayan devletlerin hukukları üzerinde etkili olmaktadır. Konumuz açısından Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi ile UNESCO tarafından kabul edilmiş olan konuya ilişkin bildirgelerin incelenmesi bu nedenle faydalı olacaktır.

¹²³N. Başalp (2004). *Kişisel verilerin korunması ve saklanması*. Ankara: Yetkin Yayınları, s. 42, dn. 16.

¹²⁴Aynı doğrultuda E. Küzeci (2010). *Kişisel verilerin korunması*. Ankara: Turhan, s. 12.

2.1.1. Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi

Avrupa Konseyi tarafından 1997’de imzaya açılan “Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi”¹²⁵, Avrupa genelinde biyoloji ve tıbbın modern yöntemleriyle gerçekleştirilebilecek insan hakları ihlallerini önlemeyi amaçlamaktadır ve bu amaca yönelik olan ilk uluslararası, hukuken bağlayıcı düzenlemedir.¹²⁶ Sözleşme, 03.12.2003 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından onaylanmış ve buna ilişkin 5013 sayılı Kanun¹²⁷ 09.12.2003 tarihinde Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi, Avrupa Birliği çerçevesinde genetik konusunda yapılan ilk çalışma değildir. Daha önce 16.03.1989 tarihinde Avrupa Parlamentosu, gen manipülasyonun yarattığı etik ve hukuksal problemler hakkında bir karar¹²⁸ almıştır. Kararın 19 ve 20’nci maddeleri sigorta hukukuna ilişkindir. 19’uncu maddeye göre sigortacıların, sözleşmenin kurulmasından önce ya da sonra genetik analiz yapılmasını veya yapılmış bulunan genetik analiz sonuçlarının kendilerine bildirilmesini talep etme hakkının kabul edilemeyeceği ifade edilmektedir. Aynı maddede ayrıca genetik analizlerin sigorta sözleşmesinin önşartı olarak öngörülemediği de belirtilmiştir. 20’inci maddede ise sigortacıların sigorta ettiren tarafından

¹²⁵Council of Europe, Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine, 04.04.1997, <http://conventions.coe.int>, <http://conventions.coe.int/treaty/en/treaties/html/164.htm>, Erişim Tarihi: 05.08.2010. Sözleşme, beş devlet tarafından onaylanarak 1 Aralık 1999 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

¹²⁶Rieder (2006), s. 48; von Einem (2009), s. 79; Scherrer (2012), s. 66; M. Gürbüz (2010). *Kişilik hakkı açısından tıbbi genetik analizler*. Eskişehir: Yayınlanmamış Doktora Tezi, s. 119-120.

¹²⁷03.12.2003 tarih ve 5013 sayılı Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun, RG, T: 09.12.2003, S: 25311.

¹²⁸Hemen belirtmek gerekir ki Avrupa Parlamentosu tarafından “resolution” adı altında kabul edilen metinler Avrupa Birliği’nin İşleyişi Hakkındaki Sözleşme’nin 288’inci maddesinde bağlayıcı olduğu belirtilen metinler arasında almamaktadır.

bilinen genetik verilerin bildirilmesini talep edemeyecekleri ifade edilmiştir.¹²⁹Kararın 20'inci maddesinde bilgilerin hangi yöntemle elde edildiğine bakılmamış olması dikkat çekicidir. Avrupa Parlamentosunca arzu edilen husus, genetik testlerle veya başka bir yöntemle elde edilmiş olup olmadığından bağımsız olarak genetik verilerin paylaşılmasının sigortacı tarafından talep edilememesidir. Dolayısıyla burada istenilen korumanın aşağıda ele alacağımız düzenlemelerin tümünden daha geniş bir koruma olduğunu söylemek yanlış olmaz.¹³⁰ Öte yandan kararda sigorta türlerine ilişkin bir ayırım da yapılmadığı gözlenmektedir.¹³¹

2.1.1.1. Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin genetik testlere ilişkin hükümleri

Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi genetik test sonuçlarının sigorta hukuku alanında kullanılmasına ilişkin özel bir düzenleme içermemektedir. Bununla birlikte, bu konuyu da kapsayan bir ek protokol üzerinde çalışıldığı belirtilmektedir.¹³² Genetiğin tıp dışındaki alanlarda, özellikle iş hukuku ve sigorta hukuku alanındaki kullanımını düzenlemeye yönelik olması amaçlanan ek protokole ilişkin yayınlanmış bir taslak metni ise henüz bulunmamaktadır.

¹²⁹Europaeisches Parlament, Entschliessung zu den ethischen und rechtlichen problemen der genmanipulation, Amtsblatt der Europaeischen Gemeinschaften, Tarih: 17.04.1989, Sayı: C 96, s. 168, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:1989:096:FULL:DE:PDF>, Erişim Tarihi: 24.07.2012.

¹³⁰Genetik verilerin genetik test sonuçlarından daha fazlasını kapsadığına ilişkin bkz. Simon (2001), s. 80; Berberich (1998), s. 364.

¹³¹Aynı doğrultuda Simon (2001), s. 80.

¹³²Bkz. <http://www.coe.int/>, http://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/Activities/07_Human_genetics_en/default_en.asp, Erişim Tarihi: 07.10.2010.

Sözleşme'nin ayrımcılık yasağına ilişkin 11'inci maddesi, bilme ve bilmeme haklarına ilişkin 10'uncu maddesi ile genetik test sonuçlarının kullanılmasına ilişkin 12'nci maddesinin incelenmesinde tezin konusu açısından fayda bulunmaktadır. Hemen belirtmek gerekir ki, bu maddelerdeki düzenlemeler de diğer maddelerde olduğu gibi asgari standartlar getirmektedir ve Sözleşme'nin 27'nci maddesine göre taraf devletlerin daha kapsamlı koruma önlemleri almalarını engelleyecek şekilde yorumlanamazlar.

a- Madde 11: Ayrımcılık Yasağı

İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesinin “Ayrımcılık Yapmama” başlığını taşıyan 11'inci maddesine göre: “Bir kimseye, genetik kalıtımından dolayı herhangi bir ayrımcılık uygulanması yasaktır.” Burada öncelikle ayrımcılık kavramından ne anlaşılması gerektiği açıklığa kavuşturulmalı, daha sonra da sigorta hukukunun da bu ayrımcılık yasağının uygulama alanına girip girmediği tespit edilmelidir.

Ayrımcılık “haksız yere kötü duruma düşürmek (unfair discrimination-ungerechtfertigte schlechterstellung)”¹³³ anlamına gelmektedir. Bunun sonucu olarak da her farklı davranmanın haklı bir nedeni olmalıdır. *Taupitz* (2000)'e göre, önemli bir genetik bozukluğu olan kişilerin sigorta kapsamına alınmaması ya da bu türden rahatsızlığı olmayan kişilerden farklı koşullarla sigortalanmaları durumunda haksız yere farklı muameleden söz edilemez.¹³⁴ Yazara göre önemli bir genetik bozukluk, mevcut bir hastalık, yaş ya da cinsiyet gibi haklı bir farklılaştırma nedenidir.¹³⁵

¹³³von Einem (2009), s.80; Brinkmann (2006), s. 80; Taupitz (2000), s. 31.

¹³⁴Aynı doğrultuda Baumann (2002), s. 200; C. Brömmelmeyer (2009). § 42. *Versicherungsrechts-Handbuch* (Ed: R. M. Beckmann ve A. Matusche-Beckmann). Münih: Beck Juristischer Verlag, s. 2546.

¹³⁵Taupitz (2000), s. 31; Sözleşmeye ilişkin olmamakla birlikte aynı doğrultuda O. Brand (2009). Grenzen der vorvertraglichen Anzeigepflichten des Versicherungsnehmers. *Versicherungsrecht*, 16, s. 718.

Öte yandan ayrımcılığın sözcük anlamından hareketle farklı davranmak olarak anlaşılması da mümkündür. İngilizcedeki “discrimination” sözcüğü de mutlaka negatif bir içeriği çağrıştırmamaktadır. Bu durumda genetik özelliklere dayalı olarak gerçekleştirilen her türlü farklı muamele yasak olacaktır.¹³⁶

İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi’nin giriş kısmında sözleşmenin hazırlanmasında 1950 İnsan Hakları ve Temel Hürriyetlerin Korunması Sözleşmesi’nin göz önünde bulundurulduğu ifade edilmiştir. Bu nedenle ayrımcılık kavramının anlaşılmasında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nden de yararlanmak mümkündür. AİHS m. 14, her türlü farklılaştırmayı değil, yalnızca haksız yere farklı davranmayı yasaklamaktadır. Bu nedenle, Avrupa Konseyi’nin İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi’ne ilişkin açıklayıcı raporunda da belirtildiği üzere İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi’nin de yalnızca haksız yere farklı muameleleri kapsadığının kabulü gerekir.¹³⁷ Raporda ayrıca 11’inci madde ile AİHS m. 14’te sayılan ayrımcılık kriterlerine kalıtsal özelliklerin de eklenmiş olduğu ifade edilmektedir. Böylelikle İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi arasındaki bağlantı bir kez daha vurgulanmış olmaktadır.¹³⁸

Her iki sözleşmede yer alan ayrımcılık yasağının sigorta sözleşmelerinin kurulması açısından da geçerli olup olmayacağı sorunu üzerinde de durulmalıdır. Bilindiği gibi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 14’üncü maddesi yalnızca sözleşmede yer alan haklar bakımından ayrımcılık yapılmasını yasaklamaktadır. Bu husus madde metninde açıkça belirtilmiştir.

¹³⁶von Einem (2009), s. 80.

¹³⁷Council of Europe, Explanatory Report on the convention for the protection of Human rights and dignity of the human being with regard to the application of biology and medicine, madde 11, paragraf 77, <http://conventions.coe.int>, <http://conventions.coe.int/treaty/en/Reports/Html/164.htm>, Erişim Tarihi: 05.08.2010.

¹³⁸Council of Europe, Explanatory Report on the convention for the protection of Human rights and dignity of the human being with regard to the application of biology and medicine, madde 11, paragraf 76; Aynı doğrultuda von Einem (2009), s. 81.

Ne sözleşmede ne de sözleşmenin göz önünde bulundurduğu 1948 İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nde sözleşme kurulmasına ilişkin bir hak yer almadığından, İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin 11'inci maddesinden sözleşmenin kurulmasında ayrımcılık yasağının uygulanacağına ilişkin bir sonuca ulaşmak mümkün değildir.¹³⁹

Farklı bir görüşe göre ise Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 14'üncü maddesindeki sınırlama İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin 11'inci maddesi için geçerli olamaz. *Spranger*'in¹⁴⁰ savunduğu görüşe göre 11'inci maddede açıkça "herhangi bir ayrımcılık uygulanması" yasaklanmıştır. Sözleşmenin 1'inci maddesi de aynı şekilde bütünlük ve diğer temel hak ve hürriyetlere saygı gösterilmesinden söz edilmektedir. *Astrid von Einem*¹⁴¹ ise, burada ayrımcılık yasağının uygulama alanı ile bu uygulama alanında ayrımcılık oluşturan davranışların karıştırıldığı düşüncesindedir. Buna göre 11'inci maddedeki "herhangi bir ayrımcılık" ifadesi ayrımcılık oluşturan fiillere ilişkindir. Ayrımcılık yasağının uygulama alanı ise Sözleşme'nin giriş bölümünde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne yapılan atfa uygun olarak AİHS m. 14'e göre belirlenmelidir. Bu nedenle İnsan Hakları Biyotıp Sözleşmesi'nin 11'inci maddesinde düzenlenen ayrımcılık yasağı sözleşmelerin kurulmasını kapsamaz. Zaten sigorta hukuku ve iş hukuku alanında genetiğin kullanımına ilişkin ek protokol hazırlıklarına gerek duyulması da bu yaklaşımı doğrulamaktadır.

Sonuç olarak, sigortacının genetik test sonuçlarına göre risk altında bulunan kişilerle sigorta sözleşmesi yapmaktan kaçınması ya da bu kişilerden yüksek prim talep etmesinin Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp

¹³⁹von Einem (2009), s. 82.

¹⁴⁰T.M. Spranger (2000). Praediktive genetische Tests und genetische Diskriminierung im Versicherungswesen. *Versicherungsrecht* , s. 819.

¹⁴¹von Einem (2009), s. 83.

Sözleşmesi'nin 11'inci maddesi anlamında ayrımcılık olarak nitelendirilmesine imkan bulunmamaktadır.¹⁴²

b- Madde 10: Özel Yaşam ve Bilgi Edinme Hakkı

Sözleşme'nin 10'uncu maddesinin birinci fıkrasında herkesin, kendi sağlığı hakkındaki bilgilerle ilgili olarak, özel yaşamına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olduğu hükme bağlanmıştır. Aynı maddenin 2'nci fıkrasında ise bilme ve bilmeme hakları düzenlenmiştir. Buna göre: "Herkes, kendi sağlığı hususunda toplanmış her bilgiyi öğrenme hakkına sahiptir. Bununla beraber, bireylerin, bilgilendirilmeme istekleri de gözetilecektir." Sigorta sözleşmelerinde genetik test sonuçlarının riziko analizinde kullanılması açısından bu madde özellikle önemlidir. Sigorta sözleşmesinin önkoşulu olarak genetik testlerin talep edilebilmesi durumunda, kişi istemediği hallerde dahi sağlık durumuyla ilgili doğrudan ya da dolaylı olarak bilgilendirilmiş olacaktır. Bu durumda kişinin bilmeme hakkının ihlal edilmiş olacağı açıktır.

Maddenin üçüncü fıkrasında hastanın yararı için ikinci fıkra da belirtilen haklara kanuni kısıtlamalar getirilebileceği hükme bağlanmıştır.

c- Madde 12: Prediktif Genetik Testler

Sözleşme'nin "prediktif genetik testler" başlığını taşıyan 12'nci maddesi testlerin hangi hallerde yapılabileceğine ilişkin bir düzenleme içermektedir. Buna göre: "Genetik hastalıkları teşhise yönelik veya kişinin bir hastalıktan sorumlu bir gen taşıyıp taşımadığını belirlemeye ya da bir hastalığa genetik yatkınlığı veya hassasiyeti olup olmadığını ortaya çıkarmaya yönelik testler, sadece sağlık amaçlarıyla veya sağlık amaçlı bilimsel araştırmalar için ve uygun genetik danışmanlık hizmeti verilmesi şartıyla yapılabilir." Madde, her ne kadar "prediktif genetik testler" başlığını taşısa da, madde metninden

¹⁴²Kubiak (2008), s. 165; von Einem (2009), s. 83; *Brinkmann* (2006) ise bu noktadaki belirsizliğin ya sigorta sektörüne ilişkin bir ek protokolle ya da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin 29'uncu maddesi uyarınca yapacağı yorumla giderilmesi gerektiğini ifade etmektedir, s. 80.

anlaşılacağı üzere hem prediktif genetik testleri hem de teşhis amaçlı genetik testleri kapsamaktadır.¹⁴³

Genetik testlerin hangi amaçlarla yapılabileceği, maddede açıkça belirtilmiştir ve sayılan amaçlara yenilerinin eklenmesi mümkün değildir. Bu nedenle bu amaçlar dışındaki amaçlarla, bu arada örneğin sonuçlarını sigortacıya sunmak amacıyla, genetik test yapılması, kişinin rızasıyla dahi mümkün değildir; dolayısıyla hüküm, genetik testlerin sigorta sözleşmesinin ön şartı olarak öngörülmesini engellemektedir.¹⁴⁴ Aynı sonuç Avrupa Konseyinin açıklayıcı raporunda da yer almaktadır.¹⁴⁵ Raporda ayrıca, genetik testlerin sağlık amacı dışında ve bu arada hizmet ya da özel sigorta sözleşmelerinde kullanılmasının, kişinin özeline orantısız müdahale oluşturacağına dikkat çekilmektedir. Rapora göre sigorta şirketleri, sözleşmenin

¹⁴³Aynı doğrultuda Cremer (2010), s. 28; Taupitz (2000), s. 19; Kubiak (2008), s. 163.

¹⁴⁴Hükümün lafzı bu şekilde olmasaydı dahi, 11'inci maddede düzenlenen bilme ve bilmeme haklarının korunması açısından bu şekilde yorumlanması gerekirdi. Çünkü genetik testlerin yaygınlaşması durumunda, kişilerin genetik test taleplerine rıza göstermeleri zorunluluğunun dolaylı bir şekilde ortaya çıkması söz konusu olabilecektir. Şöyle ki, genetik teste rıza göstermekten kaçınan kişiler, kötü genetik özelliklerin taşıyıcısı olan kişilerle aynı muamelelere tabi tutulup, sigorta sözleşmesi yapamadıkları ya da daha ağır koşullarla yaptıkları takdirde, rıza gösterme zorunluluğunun dolaylı olarak ortaya çıkması kaçınılmazdır. Aynı doğrultuda bkz. von Einem (2009), s. 86. 11'inci maddede düzenlenen bilmeme hakkına saygı gösterilmesi zorunluluğu Avrupa Konseyi'nin açıklayıcı raporunda da açıkça yer bulmuştur. Council of Europe, Explanatory Report on the convention for the protection of Human rights and dignity of the human being with regard to the application of biology and medicine, madde 12, paragraf 85; Scherrer (2012), genetik testlerin yapılış amacını sağlık amacıyla sınırlayan düzenlemelerde istisnaların öngörülmesi gerektiğini ifade etmektedir. Yazara göre genetik test uygulamasının istisnasız sağlık amacıyla sınırlanması durumunda örneğin tedavisi olmayan hastalıklara ilişkin genetik test uygulanamayacaktır. Oysa bu, aile ve gelecek planlaması açısından gereklidir. Ayrıca yazar, sigortacıların genetik bilgileri öğrenmesini tümünden yasaklamanın bu sektör açısından gerekli olan bilgi simetrisi açısından uygun olmadığını belirtmektedir, s. 83-84; Memiş (2002) de Sözleşme'nin genetik testlerin sigorta sözleşmesinin ön şartı olarak öngörülmesini engellediği sonucuna ulaşmakta; ancak bu sonuca Sözleşme'nin 12'nci maddesi ile birlikte insan hayatının ve onurunun korunmasına üstünlük tanıyan 2'nci maddesi üzerinden ulaşmaktadır, s. 37-38.

¹⁴⁵Council of Europe, Explanatory Report on the convention for the protection of Human rights and dignity of the human being with regard to the application of biology and medicine, madde 12, paragraf 85.

sonlanmasını veya değiştirilmesini genetik test uygulamasına bağlı kılmaya yetkili olmamalıdır.¹⁴⁶

Son olarak belirtilmesi gereken bir başka husus da, 12'nci maddenin sadece genetik testlerin hangi koşullar altında yapılabileceğini düzenlemiş olduğudur. Madde, yapılmış bulunan genetik test sonuçlarının kullanımına ilişkin bir sınırlama getirmemektedir. Bu nedenle başka herhangi bir amaçla genetik test yaptıran kişinin, test sonuçlarını sözleşmenin yapılması sırasındaki ihbar mükellefiyeti kapsamında, kendi iradesiyle sigortacıya bildirmesi mümkündür.¹⁴⁷

2.1.1.2. Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin bağlayıcılığı

Sözleşme, 33'üncü maddenin üçüncü fıkrasına uygun olarak beş devlet¹⁴⁸ tarafından onaylanmasının ardından 01.12.1999'da yürürlüğe girmiştir. Türkiye de sözleşmeyi onaylayarak Anayasa'nın 90'ıncı maddesi gereği iç hukukunun bir parçası haline getirmiştir.¹⁴⁹

Sözleşme'nin 1'inci maddesinin ikinci fıkrasına göre taraf devletler, Sözleşme hükümlerinin yürürlüğe konulması için kendi iç hukuklarında gerekli

¹⁴⁶Council of Europe, Explanatory Report on the convention for the protection of Human rights and dignity of the human being with regard to the application of biology and medicine, madde 12, paragraf 86; Simon (2001), s. 82; von Einem (2009), s. 87.

¹⁴⁷von Einem (2009).s. 88; Cremer (2010). s. 29; Simon (2001), s. 82; Brinkmann (2006), s. 81; Taupitz (2000), s. 19; Kubiak (2008), s. 163; Spranger (2000), s. 819, yazara göre kişinin başka bir sebeple yaptırmış olduğu genetik test sonuçlarının sigortacı tarafından kötüye kullanılması durumunda Sözleşme'nin 11'inci maddesine dayanılması mümkündür.

¹⁴⁸Danimarka, Yunanistan, San Marino, Slovakya ve Slovenya. İsviçre Sözleşme'yi 07.05.1999'da imzalamış, ancak henüz onaylamamış, Almanya ise, Sözleşme'nin sağladığı garantinin Almanya'daki düzeyin gerisinde kaldığı gerekçesiyle imzalamamıştır. Almanya'daki tartışmalara ilişkin olarak bkz. von Einem (2009), s. 89-90; Rieder (2006), s. 50; Almanya'nın Sözleşme'yi onaylamaya karar vermesi durumunda 12'inci maddeye ilişkin olarak çekince koyması gerektiği konusunda bkz. Taupitz (2000), s. 41; Kubiak (2008), s. 199; Baumann (2002), s. 200.

¹⁴⁹Türkiye'nin Sözleşme'nin 20'nci maddesi ile ilgili bir çekincesi bulunmaktadır.

tedbirleri alacaklardır. Avrupa Konseyinin açıklayıcı raporuna göre bu, sözleşme hükümlerinin iç hukukta doğrudan uygulanması yoluyla sağlanabileceği gibi, hükümlerin uygulanmasını sağlamak üzere gerekli yasama faaliyetlerinin gerçekleştirilmesi suretiyle de mümkün olabilir.¹⁵⁰ Türkiye’de henüz böyle bir düzenleme yapılmamıştır, bilinen bir düzenleme hazırlığı da bulunmamaktadır. Sözleşme’nin 30’uncu maddesi ise taraf devletlere, Avrupa Konseyi Genel Sekreteri’nin talebi üzerine, Sözleşme hükümlerinden birinin etkin şekilde uygulanmasını sağlamak üzere, kendi iç hukukunda ne tarz bir düzenleme bulunduğu hakkında açıklamada bulunma yükümünü yüklemektedir.

Sözleşme’de, üçüncü kişi konumunda olan taraf devlet vatandaşları için herhangi bir başvuru imkanı tanınmamıştır. Ancak, Sözleşme’nin 29’uncu maddesinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin bazı durumlarda Sözleşme’nin yorumuna ilişkin hukuki sorunlar hakkında istisari nitelikte görüş bildirebileceği hükme bağlanmıştır. Bu haller şunlardır:

- Diğer taraflara bilgi vermek kaydıyla, taraf devletlerden birinin başvurusu
- 32’nci maddeye göre kurulan ve üyeleri Sözleşme taraflarının temsilcilerinden ibaret olan Komitede, üçte iki oy çoğunluğu ile alınacak karara dayalı talepler

Görüldüğü gibi üye devletlerin mahkemelerinin ya da vatandaşlarının Sözleşme’nin yorumuna ilişkin bir talep hakları dahi bulunmamaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, kendisinden yorum için talepte bulunulması durumunda, yorumu, bir mahkemede görülmekte olan özel bir davaya doğrudan atıfta bulunmaksızın gerçekleştirecektir.

¹⁵⁰Council of Europe, Explanatory Report on the convention for the protection of Human rights and dignity of the human being with regard to the application of biology and medicine, madde 1, paragraf 20.

2.1.2. UNESCO'nun genetik testlere ilişkin bildirgeleri

UNESCO'nun, genetik testlere ilişkin 1997 ve 2003 yıllarında kabul etmiş olduğu iki bildirge bulunmaktadır. Bunlardan ilki İnsan Genomu ve İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, diğeri ise İnsan Genetik Verileri Uluslararası Bildirgesi'dir.

2.1.2.1. *İnsan Genomu ve İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi*

1997 yılında UNESCO'nun 29'uncu Genel Konferans'ında kabul edilmiş olan İnsan Genomu ve İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, insan genomunu ilgilendiren araştırma, tedavi ve teşhislerde insan haklarının korunmasına ilişkin global standartlar getirmeyi ve araştırma ve genetik testlerin kullanılmasının etik sınırlarını belirlemeyi amaçlamaktadır.¹⁵¹ Bildirge İsviçre ve Türkiye dahil 186 devlet tarafından kabul edilmiştir.

Bildirge'de düzenleme konusu yapılan ve konumuz açısından tartışılabilir bir nokta ayrımcılık yasağıdır. Ayrımcılık yasağı Bildirge'nin daha başlangıç bölümünde vurgulanmıştır. Bildirge'nin 6'ncı maddesi ise daha somut bir düzenleme içermektedir. Buna göre: "Hiç kimse genetik özellikleri nedeniyle insan hak ve temel özgürlükleri ile onurunu ihlal etmeye yönelik veya bunları ihlal edici sonuçlar doğuracak bir ayrımcılığa maruz bırakılmamalıdır." Bu hükmün sözleşme özgürlüğünü de kapsayıp kapsamadığına bakılmalıdır. Bunun için, öncelikle Bildirge'nin başlangıç bölümünde atıf yapılan uluslararası metinlere bakılmalıdır. Bu metinlerin hiçbirinde ayrımcılık yasağının kapsamı sözleşme özgürlüğünü kapsayacak kadar geniş tutulmamıştır. Bu nedenle Bildirge'nin 6'ncı maddesinde

¹⁵¹von Einem (2009), s. 94.

düzenlenen ayrımcılık yasağı sigorta hukuku alanında koruma sağlamamaktadır.¹⁵²

Bildirge'nin bilme ve bilmeme haklarına ilişkin 5'inci maddesinin c bendine göre: "Her bireyin, genetik inceleme ve bunların doğuracağı sonuçlar hakkında bilgi sahibi olmak veya olmamak kararına saygı gösterilmelidir." Aynı maddenin b bendinde, genetik incelemelerin ilgili bireyin özgür ve aydınlatılmış onamı ile yapılabileceği hükme bağlanmıştır.

Bildige'de ayrıca genetik verilerin gizliliğine ilişkin bir düzenleme de yer almaktadır. Bildirgenin 7'nci maddesine göre: "Araştırma veya başka amaçlarla saklanan veya işleme tabi tutulan, kimliği tanımlanabilen bir kişiyle ilişkilendirilmiş genetik veriler yasa tarafından belirlenen koşullarda gizli tutulmalıdır."

2.1.2.2. Uluslararası İnsan Genetik Verileri Bildirgesi

UNESCO Genel Konferansı, 1997 tarihli İnsan Genomu ve İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi ile uyumlu olarak, 16 Ekim 2003 tarihli 32'nci oturumunda İnsan Genetik Verileri Uluslararası Bildirgesi¹⁵³'ni kabul etmiştir.

Bildirgenin giriş kısmında "bireylerle ilgili genetik yatkınlıkların habercisi ve önceden teşhis edebilmenin hassas yapısı nedeniyle" insan genetik verilerinin özel durumu vurgulanmıştır. Kişilerin gelecek kuşaklarını hatta

¹⁵²Aynı doğrultuda von Einem (2009), s. 96.

¹⁵³International Declaration on Human Genetic Data, http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL_ID=17720&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html, Erişim Tarihi: 07.10.2010. Türkçe metin için bkz. http://www.unesco.org/new/fileadmin/MULTIMEDIA/HQ/SHS/pdf/Human-Genetic-Data_Turc.pdf, Erişim Tarihi: 07.10.2010.

bütün bir topluluğu etkileyebilecek nitelikte bilgiler içeren biyolojik örneklerin toplandığı anda hemen anlaşılamayan bilgiler içeriyor olabilecekleri de ayrıca ifade edilmiştir. Bu nedenle insan hak ve temel özgürlüklerini ve insan onurunun saygınlığının korunması bakımından potansiyel risk taşıdığı kabul edilerek, Bildirge ile genetik verilerin elde edilmesi, işlenmesi, kullanımı ve saklanması ile ilişkin olarak bir takım ilkeler kabul edilmiştir.

Genetik testlere ilişkin olarak Bildirge’de genetik testin tanımı, genetik test sonucu elde edilen bilgileri özel kılan nitelikler, ayrımcılık yasağı, bilme ve bilmeme hakları ile verilerin gizliliğinin sağlanmasına ilişkin hükümlere yer verilmiştir.

Öncelikle Bildirge’nin “terimlerin kullanımı” başlığını taşıyan 2’nci maddesinin xii bendinde genetik test tanımlanmıştır. Burada genetik test, “özellik bir genetik değışikliğin göstergesi olarak belirli bir genin, kromozomun veya dolaylı olarak gen ürününün ve özellik bir metabolitin varlığının, yokluğunun veya değışikliğinin saptanması amacıyla yapılan işlem” olarak tanımlanmıştır.

Bildirgenin 4’üncü maddesinde daha önce giriş kısmında yer verilen ve genetik verileri diğer veriler karşısında farklı ve özel kılan nedenler ortaya konulmuş ve böylelikle genetik verilerin özel konumuna vurgu yapılmıştır. Maddede genetik verilerin özel olarak nitelenmesinin nedenleri şöyle sıralanmıştır:

- a- Genetik veriler, bireylerin genetik yatkınlıkları hakkında tahminde bulunmayı sağlayabilirler.
- b- Genetik veriler bazı durumlarda söz konusu kişinin ait olduğu tüm topluluk üzerinde ve nesiller boyu aile ve çocuk için önemli bir etkiye sahip olabilir.
- c- Biyolojik örnekler, toplandığı zaman diliminde önemi anlaşılamayan bilgiler içerebilir.

d- Genetik veriler bireyler ve topluluklar için kültürel bir öneme sahip olabilir.

Bu nedenlerden dolayı insan genetik verilerine özen gösterilmeli ve bu veriler gerekli düzeyde korunmalıdır.

Ayrımcılık yasağı da Bildirge’de düzenleme konusu yapılan konular arasındadır. Bildirge’nin “Ayrımcılık Yapmama ve Aşağılamama” başlıklı 7’nci maddesi, insan genetik verilerinin insan haklarını, temel özgürlükleri veya bir bireyin insanlık onurunu ihlal edecek ya da bir bireyin, ailenin, topluluğun veya toplumun aşağılanmasına yol açabilecek amaçlara hizmet edecek şekilde kullanılmaması için çaba sarfedilmesini öngörmektedir. Böylelikle bireylerin genetik özelliklerine dayalı olarak farklı muameleye tabi tutulmasının önüne geçilmesi gereği vurgulanmış olmaktadır.

Bildirgenin 8’inci maddesi verilerin toplanması sırasında kişinin onamının alınması gereğini vurgulamaktadır. 10’uncu maddeye göre ise, onam alınırken, ilgili kişi, sonuçları öğrenme ya da öğrenmeme hakkında karar verebilme hakkına sahip olduğu konusunda da bilgilendirilmelidir. Maddeye göre bilgilendirilmeme hakkı, sonuçlardan olumsuz yönde etkilenebileceği düşünülen kişinin hısımlarına da tanınmalıdır.

Genetik verilerin gizliliğini sağlamak üzere devletlerce önlemlerin alınması gereğini vurgulayan “ Mahremiyet ve Gizlilik” başlıklı 14’üncü maddenin b bendinde üçüncü kişilerin bu verilere erişiminin engellenmesi gereğine değinilmektedir. Üçüncü kişiler arasında özellikle işverenler, sigorta şirketleri, eğitim kurumları ve aileler sayılmaktadır.

2.1.2.3. *Bildirgelerin bağlayıcılığı sorunu*

Bildirge sözcüğü devletler hukukunda genellikle politik niyetlerle hazırlanan ve bağlayıcı etkisi olmayan belgeler için kullanılan bir ifadedir.¹⁵⁴ İnsan Genomu ve İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin uygulamaya ilişkin 22'nci maddesinde de sadece devletlerin, bildirgede öngörülen ilkelerin uygulanması için çaba gösterecekleri hükme bağlanmıştır. Bu nedenle şu an için Bildirge'nin "soft law" olarak nitelenen ve bağlayıcı olmayan belgelerden olduğu söylenebilir.¹⁵⁵ Ancak, Bildirge'nin zamanla örf ve adet hukuku niteliği kazanıp bağlayıcılık kazanması da mümkündür. Bağlayıcı niteliği olmamasına rağmen Bildirge'nin önemi yadsınmamalıdır. Çünkü Bildirge, iç hukuklardaki düzenlemelerde Bildirge ilkelerinin göz önüne alınması konusunda devletlere çağrıda bulunmaktadır. Uluslararası alanda konuya ilişkin ilk düzenlemeler arasında olduğu için de Bildirge, gelecekteki düzenlemelerin temeli olacaktır.¹⁵⁶

UNESCO, genetik verilere ilişkin İnsan Genetik Verileri Uluslararası Bildirgesi'nde de onaylanmayı gerektiren anlaşma şeklindeki hukuken bağlayıcı bir metin ortaya koymaktan kaçınarak, "bildirge" niteliğindeki düzenlemeyi tercih etmiştir. Bu tercih, genel olarak insan genetiği alanındaki karmaşık sorunlar konusunda küresel bir anlayışta birleşmenin zorluğuna bağlanmaktadır.¹⁵⁷ Bildirge, devletlerin düzenlediği alandaki politikalarını ve yasalarını şekillendirmelerine yardımcı olacak ilkeleri ortaya koymakta ve bu konudaki tedbirlerle ilgili öneriler içermektedir. Bildirgede yer alan ilkelerin konuya ilişkin ulusal ve uluslararası düzenlemelerin hazırlanmasında model olarak alınması düşünülebilir.

¹⁵⁴Ş. Ünal (2005). *Uluslararası hukuk*. Ankara: Yetkin, s. 76; von Einem (2009), s. 97.

¹⁵⁵K. Paerli (2007). Die arbeits- und versicherungsrechtlichen Bestimmungen des Bundesgesetzes über genetische Untersuchungen (GUMG). *Aktuelle Juristische Praxis*, s. 80; Scherrer (2012), s. 65 ve 145; Gürbüz (2010), s. 114-115.

¹⁵⁶Rieder (2006), s. 49; C. Mund (2005). *Grundrechtsschutz und genetische Information*. Basel: Helbing & Lichtenhahn, s. 41; Scherrer (2012), s. 145.

¹⁵⁷Kraus(2008). s. 91-92.

2.2. Kamu Hukukunda Genetik Verilerin Korunması

Sigorta sözleşmelerinde sözleşmenin yapılması ve devamı sırasındaki beyan yükümlülükleri çerçevesinde sigorta ettiren ya da sigortalı tarafından sigortacıya bildirilen bilgiler kişisel veri niteliği taşımaktadır. Bu verilerin özel hukukun bir dalı olan sigorta hukuku açısından işlenmesi ve korunması, kamu hukukundan bağımsız olarak düşünülemez. Bu nedenle iç hukukta kişisel verilerin korunmasına ilişkin kamu hukuku düzenlemelerinin incelenmesi kanımızca faydalı olacaktır. Kişisel verilerin korunmasına yönelik kamu hukuku düzenlemelerinin başında Anayasa’da yer alan hükümler gelmektedir. Aynı amaca yönelik kanun düzeyinde düzenlemeler ise hazırlık aşamasında bulunmaktadır. Bunlar da Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı, DNA Verileri ve Milli DNA Veri Bankası Kanunu Tasarısı ile Ayrımcılıkla Mücadele ve Eşitlik Kanunu Tasarı Taslağı olmak üzere aşağıda incelenecektir.

2.2.1. Anayasa’da genetik verilerin korunması

Kişisel verilerin korunması, anayasa hukuku alanında sıklıkla insan onurunun korunması ve kişiliğin serbestçe geliştirilmesi hakkının bir uzantısı olarak görülmektedir. Bu bağlamda Alman Anayasa Mahkemesi tarafından geliştirilen “kişisel veriler üzerinde belirleme hakkı (informationelle Selbstbestimmungsrecht)”¹⁵⁸ çerçevesinde kişinin bilme ve bilmeme haklarından söz edilmektedir. Hukukumuzda ise 1982 Anayasası’nın özel

¹⁵⁸Genel Kişilik hakkının bir parçası olan bu hak çerçevesinde kişi, kişisel bilgilerini ne zaman ve hangi sınırlar içinde paylaşacağına serbestçe karar verebilir. Bu konuda bkz. Brinkmann (2006), s. 37-38.

hayatın gizliliğine ilişkin 20'nci maddesine 2010 yılında eklenen bir fıkra ile açıkça kişisel verilerin korunması hakkına yer verilmiştir.¹⁵⁹

2.2.1.1. Kişinin kendi durumu hakkında bilme ve bilmeme hakları

Genetik testler sonucu elde edilen bilgilerin sigorta sözleşmelerinde kullanılması açısından kişilerin bilme ve bilmeme hakları ciddi öneme sahiptir. Özellikle sigorta sözleşmesinin ön şartı olarak genetik test uygulamasının talep edilmesi durumunda kişi, henüz bir hastalık şüphesi ya da herhangi bir belirti görülme dahi genetik yatkınlığı hakkında bilgi sahibi olmak zorunda bırakılmakta, bu durumdaki kişiler hastalık risklerini öğrendiklerinde psikolojik anlamda sıkıntılar yaşayabilmektedirler. Bu nedenle genetik bilgilere ilişkin olarak kişinin öğrenmeme hakkına sahip olduğu ifade edilmektedir. Bunun sağlanabilmesi için de kişinin genetik test yaptırap yaptırmama kararını tamamen özgürce vermesi gerekmektedir. Sigortacının sözleşmenin kurulmasından önce sigorta ettiren ya da sigortalı şahsın genetik test yaptırmamasını talep edebileceği ve sözleşme yapma kararını ve sözleşme koşullarını bu çerçevede şekillendirebileceği kabul edildiğinde kişi, hukuken olmasa bile fiilen baskı altında kalacak, bu nedenle de genetik test yaptırap yaptırmama konusundaki kararını gerçekten özgürce vermiş olmayacaktır. Zira kişi, genetik test yaptırmayı reddetmesi halinde ya hiç sigorta sözleşmesi yapamama veya yüksek prim ödeme tehdidiyle karşı karşıyadır.¹⁶⁰ Öte yandan

¹⁵⁹07.05.2010 tarih ve 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, <http://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k5982.html>, Erişim Tarihi: 29.03.2012.

¹⁶⁰G. Wiese (1991). Gibt es ein Recht auf Nichtwissen?. *Festschrift für Hubert Niederlaender*, Heidelberg: Carl Winter Universitaetsverlag, s. 487; P. Praeve (1992). Das Recht des Versicherungsnehmers auf geninformationelle Selbstbestimmung. *Versicherungsrecht*, s. 279; Praeve (2009). Das Gendiagnostikgesetz aus versicherungsrechtlicher Sicht. *Versicherungsrecht*, 19, s. 859; Wandt (2010), teşhis amaçlı genetik testlerde kişinin zaten mevcut hastalıktan haberi olduğu için bilmeme hakkının ihlal edilmiş olmayacağını haklı olarak ifade etmektedir,

kişi, başka bir nedenle sigortacının talebi olmaksızın genetik test yaptırmış ise, *Brinkmann*'ın da haklı olarak ifade ettiği gibi, artık bilmeme hakkından söz edilemez.¹⁶¹

Alman hukukunda Federal Alman Anayasası'nın 5/1, 2/1'inci maddelerine dayalı olarak kişinin bilmeme hakkının bulunduğu kabul edilmektedir. Gerçekten de Federal Alman Anayasası'nın 5'inci maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesinde düzenlenen bilgi edinme hakkının negatif bilgi alma serbestisini de kapsadığı ve bu anlamda kişinin herhangi bir konuyu bilme veya bilmeme konusunda karar almak konusunda serbest olduğu kabul edilmektedir. Aynı şekilde Anayasa'nın 2'inci maddesinde düzenlenen kişiliğin serbestçe geliştirilmesi hakkı da kişinin genetik yapısını bilme ve bilmeme hakkını da kapsamaktadır.¹⁶²

Hukukumuzda da Anayasal anlamda kişisel verilerin korunması ve bu arada kişinin kendi genetik durumu hakkında bilme ve bilmeme hakları, insan

Versicherungsrecht. Köln: Heymann, s. 92; *Brinkmann* (2006), genetik test sonuçlarının sigortacı tarafından talep edilmesinin kişinin bilmeme hakkını ortadan kaldırmadığı görüşündedir. Yazara göre genetik testlere ilişkin olarak doktor muayenesindeki gibi bir değerlendirme yapılabilir. Her ikisinde de bir yükümlülük değil külfet söz konusu olduğundan kişi, külfeti yerine getirip getirmemekte serbesttir. Genetik durumu hakkında bilgi sahibi olmayan kişi, bilmeme hakkını kullanabilir; ancak bu durumda kararının sonuçlarına da katlanır, s. 232. Aynı doğrultuda Sahmer (2000), s. 50. Kanımızca yazarlar bu noktada kişinin bilmeme hakkını kullanmasının sonuçlarını katlanmak durumunda olduğunu ifade ederken bu sonucun fiili bir zorlamayı da beraberinde getireceğini göz ardı etmektedir.

¹⁶¹Brinkmann (2006), s. 37; Taupitz (2000), s. 43; Spranger (2000), s. 816; Kubiak (2008), s. 140; Baumann (2002), s. 194; Ziegler (2008), s. 146; Berberich (1998), s. 319; E. Lorenz (2000). Zur Berücksichtigung genetischer Tests und ihrer Ergebnisse bei Abschluss von Personenversicherungsverträgen- ein Diskussionsbeitrag. *Genetische Diagnostik und Versicherungsschutz. Die Situation in Deutschland* (Ed: F. Thiele). Bad Neuenahr: Graue Reihe, s. 31.

¹⁶²Wiese (1991), s. 476; R. Buyten ve J. Simon (2003). Gendiagnostik beim Abschluss privater Kranken- und Lebensversicherungsverträge. *Versicherungsrecht*, 19, s. 815; Şimşek (2008) de bilgi edinme özgürlüğünün negatif bilgi edinme özgürlüğünü de kapsadığını ifade etmektedir, s. 143; Kubiak (2008) ise Alman Federal Anayasası m. 2/1 ve m. 1/1'e dayalı olarak bilmeme hakkından söz etmektedir, s. 143.

onurunun korunması ve kişiliğin serbestçe geliştirilmesi haklarına dayalı olarak kabul edilebilir.¹⁶³

2.2.1.1.1. İnsan onurunun korunması

İnsan onuru, temel hak ve özgürlüklerin kökeninde yer alan bir kavram olup, tüm temel hak ve özgürlüklerin korunmasının gerekçesini oluşturmaktadır.

1982 Anayasası'nın Başlangıç kısmının 6'ncı paragrafında her Türk vatandaşının Anayasa'daki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanarak millî kültür, medeniyet ve hukuk düzeni içinde onurlu bir hayat sürdürme ve maddî ve manevî varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu ifade edilmektedir. Anayasa Mahkemesi'ne göre de insan onuru kavramı, insanın ne durumda, hangi koşullar altında bulunursa bulunsun salt insan oluşunun kazandırdığı değer korunmasını ve sayılmasını anlatır. Buna göre insanı insan olmaktan çıkaran davranışlar insan onuruna aykırı olmaktadır.¹⁶⁴ İşte kişisel verilerin ve bu arada genetik verilerin korunması hakkının temellerinden birini insan onurunun korunması oluşturmaktadır.

¹⁶³ Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 20'nci maddesine göre de "İlgili mevzuat hükümlerine ve hastalığın mahiyetine göre yetkili mercilerce alınacak tedbirlerin gerektirdiği haller dışında; hasta, sağlık durumu hakkında kendisine veya ailesine veya yakınlarına bilgi verilmemesini isteyebilir.". Hasta Hakları Yönetmeliği için bkz. <http://sbu.saglik.gov.tr/hastahaklari/yonetmelik.htm>, Erişim Tarihi: 18.09.2012.

¹⁶⁴Anayasa Mahkemesi, 28.06.1966 tarih ve E. 1963/132, K. 1966/29 sayılı kararı, aktaran: Şimşek (2008), s. 128-129.

2.2.1.1.2. Kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkı

1982 Anayasası'nın 17'nci maddesinin ilk fıkrasına göre herkes maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. Kişiliğin serbestçe geliştirilmesi ya da genel kişilik hakkı olarak da ifade edilen bu hak kapsamında kişiliğin serbestçe geliştirilmesini sağlayacak tüm varlıklar ve bu arada kişisel veriler korunmaktadır.¹⁶⁵ Bu hakkın bir uzantısı olarak kişi, verileri üzerinde belirleme hakkına¹⁶⁶ da sahiptir.

Alman Anayasa Mahkemesi tarafından geliştirilen kişinin verileri üzerinde belirleme hakkı¹⁶⁷ kapsamında kişi, üçüncü kişilerin özel alana müdahalelerini önleyebilir. Bu çerçevede kişi, kişisel verilerini paylaşp paylaşmayacağı ve kimlerle ne ölçüde paylaşacağı konusunda karar verme hakkına sahiptir.¹⁶⁸ Kişi, aynı zamanda kendisinin bu verilerin ne kadarını öğreneceği konusunda da karar verebilmelidir. Genetik bilgilere ilişkin olarak Wiese¹⁶⁹, kişinin kendi genetik yapısına ilişkin bilginin kişinin en kişisel alanına dahil olduğunu ve hukuk düzeninin bunu öğrenme ya da öğrenmeme kararına ilişkin özgürlüğünü sağlamakla yükümlü olduğunu ifade etmektedir. Yazara göre genetik yatkınlık kişinin özeldir. Bu nedenle kişi bu bilgileri başkasının öğrenmesini önleyebileceği gibi, sağlık durumu hakkında doğru bilgi verebilmek adına öğrenmekten de kaçınabilmelidir. Bu anlamda hukuk düzeni

¹⁶⁵Şimşek (2008), s. 132,133.

¹⁶⁶Bu noktada kimi yazarlar genetik verilere ilişkin olarak "kişinin genetik verileri üzerinde belirleme hakkı"ndan dahi söz etmektedirler, bkz. Taupitz (2000), s. 23; Berberich (1998), s. 64; R. Damm (2007). Gendiagnostik als Gesetzgebungsprojekt. *Bundesgesundheitsblatt-Gesundheitsforschung-Gesundheitsschutz*, s. 148.

¹⁶⁷Federal Anayasa Mahkemesi, ilk kez 1983 yılında verdiği Nüfus Sayımı Kararında kişinin verileri üzerinde belirleme hakkından söz etmiştir, karar için bkz. https://cdn.zensus2011.de/live/fileadmin/material/pdf/gesetze/volkszaehlungsurteil_1983.pdf, Erişim Tarihi: 08.07.2012; Bu konuda ayrıca bkz. Küzeci (2010), s. 112; Cremer (2010), s. 192; Kubiak (2008), s. 78; Buyten ve Simon (2003), s. 814; Berberich (1998), s. 65.

¹⁶⁸Scherrer (2012), s. 273 ve 321; Genenger (2010), s. 113.

¹⁶⁹Wiese (1991), s. 482.

öğrenmeyi teşvik ya da önleme yönünde dolaylı bir zorlamada dahi bulunmamalıdır ki kişi, genetik yatkınlığını bilme ya da bilmeme konusunda özgürce karar verebilsin.¹⁷⁰ *Cremer*¹⁷¹ de kişinin bilmediği bir sağlık bilgisini öğrenmek durumunda kalmasının kişi üzerinde yaratacağı psikolojik tahribata dikkati çekmektedir. Yazarın da isabetli olarak belirttiği gibi özellikle kişinin yakalanma olasılığının bulunduğu hastalığın ağır ve tedavisi bulunmayan bir hastalık olduğu durumlarda söz konusu tehlike daha da büyüktür. *Buyten* ve *Simon* ise kişinin genetik test yaptırma ve sonuçlarını paylaşma konusundaki kararının sosyal ve ekonomik baskı altına alınması durumunda kişinin özel hayatını geliştirme hakkının bir parçası olan bilmeme hakkının hukuka aykırı şekilde ticarileştirilmesinin yolunun açılacağına dikkati çekmektedir.¹⁷²

Bilmeme hakkı açısından önem arzeden bir husus, kişinin bilmeme hakkının bulunduğunu bilmesi meselesidir. Buna göre kişi, öncelikle neyi bilebileceğini bilmelidir ki öğrenip öğrenmeme konusunda karar verebilsin. Bu nedenle kişinin öncelikle neyi öğrenebileceği konusunda aydınlatılması son derece önemlidir. Aksi halde kişi bilme hakkının varlığından haberdar olmadığından bilmeme hakkını bilinçli bir şekilde kullanamaz. Bu çerçevede doktrinde “aydınlatılmış bilmeme”den söz edilmektedir.¹⁷³ Genetik verilere ilişkin düzenlemelerde de genellikle öncelikle kişinin genetik testlere ilişkin olarak bilgilendirilmesine ilişkin hükümlere yer verildiği gözlenmektedir.¹⁷⁴ Böylelikle kişinin öncelikle genetik test süreci ile test sonuçlarını bilmesinin ve

¹⁷⁰A.g.e. s. 482.

¹⁷¹*Cremer* (2010), s. 220.

¹⁷²*Buyten* ve *Simon* (2003), s. 814.

¹⁷³*Scherrer* (2012), s. 27.

¹⁷⁴Örneğin Alman Genetik Teşhis Kanunu’nun 7 vd. maddeleri. Hukukumuzda da Hasta Hasta Hakları Yönetmeliği’nin 15’inci maddesinin birinci fıkrasında genetik testler özelinde olmamakla birlikte hastanın sağlık durumu hakkında bilgi alma hakkından söz edilmektedir. Buna göre: “Hasta; sağlık durumunu, kendisine uygulanacak tıbbi işlemleri, bunların faydaları ve muhtemel sakıncaları, alternatif tıbbi müdahale usülleri, tedavinin kabul edilmemesi halinde ortaya çıkabilecek muhtemel sonuçları ve hastalığın seyri ve neticeleri konusunda sözlü veya yazılı olarak bilgi istemek hakkına sahiptir.”.

bilmemesinin sağlayacağı avantaj ve dezavantajlar hakkında aydınlatılması ile kişinin bilme veya bilmeme hakkını sağlıklı bir şekilde kullanmasına olanak sağlanmış olmaktadır.

Bu değerlendirmeler ışığında, sigortacının sözleşmenin ön şartı olarak genetik test yaptırılmasını talep etmesine imkan tanınmasının kişinin bilmeme hakkını ihlal edeceği şüphesizdir. Çünkü böyle bir durumda sigorta başvurusunda bulunan kişi, genetik yatkınlıklarını bilmek istemese de sigorta sözleşmesi akdedebilmek için öğrenmek zorunda kalacaktır.¹⁷⁵ Bu nedenle sigortacının sözleşmenin yapılmasını genetik test yaptırılması şartına bağlamasına izin verilmemelidir. Böyle bir yasaklama sigortacı açısından da ciddi bir sakınca yaratmayacaktır. Zira sigorta başvurusunda bulunan kişinin daha önce herhangi bir genetik test yaptırmadığı durumlarda her iki taraf da genetik yatkınlık konusunda aynı ölçüde bilgisiz olacağından, zaten sigortacının kendisine başvuran kişi karşısında dezavantajlı olduğundan söz edilemeyecektir.

2.2.1.2. Kişisel verilerin korunması hakkı

Anayasa'nın özel hayatın gizliliğine ilişkin 20'nci maddesi de kişisel verilerin korunması hakkının anayasal temellerindendir. Hatta anılan maddeye 2010 yılında eklenen fıkra artık kişisel verilerin korunması hakkını doğrudan düzenlemektedir. Maddenin son fıkrasına göre: "Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle

¹⁷⁵R. Wellbrock (1989). Genomanalysen und das informationelle Selbstbestimmungsrecht. *Computer und Recht*, 5 (1-12), s. 210; Cremer (2010), s. 225; Scherrer (2012), s. 281; Yıldırım (2007a), s. 385; Memiş (2002), s. 39 ve 42. *Taupitz* (2000), geleneksel yöntemlerden biri olan doktor muayenesinde de kişinin daha önce haberdar olmadığı bir hastalığının ortaya çıkabileceğini, bu açıdan genetik testlerin bir özellik arzetmediğini ifade etmektedir, s. 37. Kanımızca yazar bu noktada, genetik testlerle kişinin henüz belirtisi dahi olmayan hastalıklara yakalanma riskini, doktor muayenesinde ise var olan ama kişinin henüz farkında olmadığı rahatsızlıkları öğrenmek zorunda kaldığını gözden kaçırmaktadır.

ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir.” Görüldüğü gibi düzenlemede tanınan hak kapsamında kişinin kişisel verilerinin korunması, kendi kişisel verileri hakkında bilgilendirilmesi, bu verilere erişmesi, bu verilerin düzeltilmesini ya da silinmesini ve bu verilerin amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi talep hakları garanti altına alınmıştır. Söz konusu hükme ilişkin gerekçede, Anayasa’da kişisel verilerin korunmasına ilişkin dolaylı hükümler bulunduğu, ancak bunun yeterli olmadığı ifade edilmiştir. Gerçekten de hukukumuzda genel olarak Anayasa’nın 17’inci maddesinde düzenlenen “Kişinin Dokunulmazlığı, Maddi ve Manevi Varlığı” kenar başlıklı düzenlemeye dayanılarak kişisel verilerin korunması kabul edilmekteydi. Nitekim Anayasa’nın 20’nci maddesine yukarıda bahsettiğimiz fıkranın eklenmesinden önce hazırlanması tamamlanan Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı¹⁷⁶ da Anayasa’nın 17’inci maddesine dayanılarak hazırlanmıştır.

Anayasa’nın 20’inci maddesini son fıkrasına göre kişisel verilerin işlenebilmesi ya kanunda açıkça öngörülmesi veya kişinin açık rızasının bulunması halinde mümkündür. Kişisel verilerden olduğu şüphesiz olan genetik test sonucu elde edilen bilgilerin işlenebilmesi için de aynı şartlar aranmalıdır. Buna göre sigorta sözleşmelerinde bu türden bilgilerin kullanılabilmesi için de kanunda açık bir düzenlemeye yer verilmelidir. Aksi halde genetik test sonuçlarının kullanılması ancak kişinin açıkça rıza göstermesi durumunda mümkün olabilir. Bu noktada “açık rıza” olgusu üzerinde kanun

¹⁷⁶<http://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0576.pdf>, Erişim Tarihi: 20.10.2010.

koyucunun özenle durması ve fiili zorlamaların önüne geçmeye elverişli bir düzenlemeye yer vermesi uygun olur.

2.2.2. Kişisel Verilerin Korunması Kanunu tasarısı

2003 yılında hazırlanması tamamlanan Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı 22 Nisan 2008 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisine sevk edilmiştir. Halen komisyonlarda beklemekte olduğu anlaşılan Tasarı'nın genetik test sonuçlarının sigortacı tarafından rizikonun değerlendirilmesi amacıyla kullanılması konusunda yapılacak değerlendirmede dikkate alınması gereken hükümleri bulunmaktadır.

Tasarının konumuz açısından incelenmesi gerektiği düşüncesini uyandıran ilk düzenlemesi uygulama alanına ilişkin 2'nci maddesidir. Maddede kişisel verilerin gerçek ve tüzel kişiler tarafından işlenmesi durumunda Kanunun uygulanacağı ifade edilmektedir. Bu anlamda verilerin sigorta şirketleri tarafından işlenmesinin de bu kapsamda yer alacağı şüphesizdir.

Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı'nın 1'inci maddesine göre Kanun'un amacı "kişisel verilerin işlenmesinde kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı ile temel hak ve özgürlüklerini korumak ve kişisel verileri işleyen gerçek ve tüzel kişilerin uyacakları esas ve usulleri düzenlemek"tir. Kanun anlamında kişisel verilerin işlenmesi, kişisel verilerin otomatik olan veya olmayan yollarla elde edilmesi, kaydedilmesi, depolanması, değiştirilmesi, silinmesi veya yok edilmesi, yeniden düzenlenmesi, açıklanması veya başka bir şekilde elde edilebilir hale getirilmesi, üçüncü kişilere aktarılması, kullanılmasının sınırlandırılması amacıyla işaretlenmesi veya tasniflenmesi veya kullanılmasının engellenmesi gibi bu veriler üzerinde gerçekleştirilen bir işlem ya da işlemler bütünüdür (m. 3). Görüldüğü gibi Tasarı'da kişisel verilerin

işlenmesi oldukça geniş tanımlanmıştır. Kişisel verilerin işlenmesi Kanun'un 4'üncü maddesine göre ancak "bu Kanun'da veya diğer kanunlarda öngörülen hallerde" mümkündür.

Tasarı'ya göre kişisel veri, belirli veya kimliği belirlenebilir gerçek ve tüzel kişilere ilişkin bütün bilgileri ifade etmektedir. Bu anlamda genetik test sonuçları ile elde edilen bilgilerin de kişisel veri olarak Tasarı kapsamında yer aldığından şüphe yoktur. Tasarının 3'üncü maddesine ilişkin gerekçesi de bu kabulü haklı kılmaktadır. Gerçekten de gerekçeye göre, kişisel veriler bireyin adı, soyadı, doğum tarihi ve doğum yeri gibi onun kesin teşhisini sağlayan bilgiler yanında kişinin akli, psikolojik, fiziki, kültürel, ekonomik, sosyal ve sair özelliklerine ilişkin verilerdir. Doktrinde de Şimşek, genetik bilgileri kişisel veriler arasında saymaktadır.¹⁷⁷

Ancak Tasarı'nın "özel niteliği olan kişisel veriler" başlığını taşıyan 7'nci maddesi bir takım kişisel verilere özel koruma sağlamaktadır. Gerçekten de anılan madde ile bazı kişisel verilerin işlenmesini yasaklanmaktadır. Maddenin birinci fıkrasında sayılan özel niteliği olan kişisel veriler şunlardır: Kişilerin ırk, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep veya diğer inançları, dernek, vakıf ve sendika üyeliği, sağlık ve özel yaşamları ve her türlü mahkumiyetleri ile ilgili kişisel veriler. Genetik test sonucu elde edilen bilgilerin 7'nci maddenin birinci fıkrası anlamında özel niteliği olan kişisel verilerden olup olmadığının tespiti tezimiz açısından önemlidir. Zira genetik test sonucu elde edilen bilgiler özel niteliği olan kişisel verilerden ise, bu takdirde ancak 7'nci maddenin ikinci fıkrasındaki şartlarla işlenebilecektir.

Bildiğimiz gibi genetik testler kişinin genetik yapısı hakkında bilgiler içermektedir. Bu bilgiler kişinin ırk veya etnik kökeninden başlayıp sağlık durumuna kadar ulaşan çeşitliliktedir. Bu nedenle genetik testler sonucu elde

¹⁷⁷Şimşek (2008), s. 195.

edilen bilgilerin, her ne kadar maddede özel niteliği olan kişisel veriler arasında açıkça sayılmamış olsa da, Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısının 7'nci maddesi anlamında özel niteliği olan kişisel verilerden olduğu açıktır.¹⁷⁸

Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı'nın 7'nci maddesine göre özel niteliği olan kişisel veriler ve dolayısıyla genetik veriler kural olarak işlenemez. Bu türden kişisel veriler ancak aynı maddenin 2'nci fıkrasında sayılan hallerde ve özel hayatın ve aile hayatının gizliliğinin korunmasını sağlayacak yeterli önlemlerin alınması şartıyla işlenebilecektir. Sigorta sözleşmelerinde sözleşmenin yapılması sırasındaki ihbar mükellefiyeti kapsamında genetik test sonuçlarının kullanılmasının Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısının 7'nci maddesinin 2'nci fıkrasında sayılan istisnalardan birine dahil olup olmadığının incelenmesi faydalı olacaktır. 7'nci maddenin 2'nci fıkrasında şu istisnalar sıralanmaktadır:

- a- Kanunla yasaklanmayan hallerde kişinin rızasının alınması halinde özel niteliği olan kişisel verilerin işlenmesi mümkündür. Genetik test sonuçları bu açıdan ele alındığında, sigortalı şahsın rızasının varlığı halinde, sözleşmenin yapılması sırasındaki ihbar mükellefiyeti kapsamında genetik test sonuçlarının kullanılmasının mümkün olduğu kabul edilmelidir. Ancak bunun için genetik test sonuçlarının kullanılmasının kanunla yasaklanmamış olması gerekmektedir ki, Türk hukukunda bu türden bir yasak bulunmamaktadır.
- b- Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı'nın 7'nci maddesinin 2'nci fıkrasında yer alan ikinci istisna, hukuki veya fiili nedenlerle rızasını açıklayamayacak durumda bulunan bir kişinin kendisinin veya bir başkasının hayatı veya beden bütünlüğünün idamesi için veri

¹⁷⁸Küzeci de genetik bilgilerin sağlık verileri içersinde evleviyetle korunacağını kabul edilmesi gerektiğini ifade etmektedir, s. 372, dn. 350; Alman hukukunda da genetik bilgiler Bundesdatenschutzgesetz (Federal Veri Koruma Kanunu) § 3 anlamında hassas veri olarak nitelenmektedir, bkz. Cremer (2010), s. 170

işlemenin zorunlu olması halidir. Sözleşmenin yapılması sırasındaki ihbar mükellefiyeti kapsamında genetik test sonuçlarının kullanılması anlamında bu istisnanın işletilmesi söz konusu olamaz.

- c- İlgili kişiye yeterli koruma imkanının sağlanması şartıyla, veri kütüğü sahibinin, bu Kanunla veya diğer kanunlarla tanınan hak ve yetkileri kullanabilmesi veya yükümlülükleri yerine getirebilmesi için veri işlemenin zorunlu olması durumunda da özel niteliği olan kişisel verilerin işlenmesi mümkündür. Sözleşmenin yapılması sırasındaki ihbar mükellefiyeti, sigortacının rizikoyu değerlendirerek buna uygun şekilde prim belirleyebilmesi için sigorta ettiren ve sigortalıya Türk Ticaret Kanunu ile yüklenmiş bir yükümlülüktür. Bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi durumunda sigortacıya ifayı talep hakkı ya da tazminat talep etme hakkı tanınmamıştır. Böyle bir durumda sigortacının yalnızca sözleşmeden cayma hakkı bulunmaktadır. Bu durum karşısında Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı'nın 7'nci maddesinin 2'nci fıkrasında yer alan bu istisnanın sözleşmenin kurulması sırasındaki ihbar mükellefiyeti açısından düşünülmesi olanaksızdır.
- d- 7'nci maddenin 2'nci fıkrasında yer alan bir başka istisna ise vakıf, dernek, sendika ve siyasi partilerce, kuruluş amaçlarına ve tabi oldukları mevzuata uygun ve faaliyet alanlarıyla sınırlı olmak şartıyla, üye ve mensuplarına yönelik ve ilgili kişinin rızası olmadan üçüncü kişilere açıklanmamak kaydıyla veri işlenmesidir. Bu istisna da konumuz açısından düşünülemez.
- e- İlgili kişi tarafından alenen açıklanmış olan özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesi mümkündür.

- f- Hukuken bir hakkı tesis, kullanma veya korunması için veri işlemenin zorunlu olması halinde de özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesi mümkündür. Sözleşmenin kurulması sırasındaki ihbar mükellefiyetinin sigortacıya herhangi bir talep hakkı sağlamayıp sadece cayma hakkı vermesinden dolayı, genetik test sonuçlarının sigortacı tarafından kullanılmasını bu istisna kapsamında kabul etmeye de olanak yoktur.
- g- 7'nci maddenin 2'nci fıkrasında sayılan son istisna ise koruyucu hekimlik, tıbbi teşhis, tedavi, bakım ve sağlık hizmetlerinin yürütülmesi amacıyla kişisel verilerin sağlık kurumları, sigorta şirketleri, sosyal güvenlik kurumları, işyeri sağlık birimi oluşturmakla yükümlü işverenler ve sağlıkla ilgili okul ve üniversiteler tarafından ilgili kanunlara uygun olarak, hukuken veya meslek kurallarına göre sır saklama yükümlülüğü altında bulunan sağlık personeli veya eşdeğer seviyede sır saklama yükümlülüğü altındaki bir başka kişinin gözetimi altında işlenmesi halidir. Bu düzenleme ile sigorta şirketlerine açıkça özel nitelikteki kişisel verileri işleme imkanı tanınmış bulunmaktadır. Ancak bunun için verilerin koruyucu hekimlik, tıbbi teşhis, tedavi, bakım ve sağlık hizmetlerinin yürütülmesi amacıyla işlenmesi gerekmektedir. Dolayısıyla sigorta şirketlerinin başka bir amaçla ve bu arada rizikoyu değerlendirme ve rizikoya uygun prim tayin etme amacıyla kişisel verileri ve dolayısıyla genetik verileri işlemesi söz konusu olamaz.

2.2.3. DNA Verileri ve Milli DNA Veri Bankası Kanunu tasarısı

04.05.2007 tarihinde Adalet Bakanlığı'nca sevk edilen, fakat 14.04.2008 tarihinde Başbakanlıktan iade edilen DNA Verileri ve Milli DNA Veri Bankası

Kanunu Tasarısı¹⁷⁹, “kimlik tespiti veya adli amaçla DNA örneklerinin alınması, analiz yapılması, verilerin saklanması, verilerden yararlanılması ile Türkiye Milli DNA Veri Bankasının kuruluş ve görevlerine ilişkin esas ve usulleri düzenlemek” amacını taşımaktadır (Tasarı m. 1). Esasen 04.12.2004 tarih ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 75 vd. maddelerine göre elde edilen örneklerin kişisel veri olma niteliğinden hareketle, “özellikle kişi dokunulmazlığı ve kişi güvenliğinin teminat altına alınması amacıyla” hazırlanan Tasarıda konuya ilişkin oldukça detaylı düzenlemeler bulunmaktadır.¹⁸⁰ Tasarının DNA analiz sonuçlarının sigortacı tarafından kullanılmasına imkan tanıyıp tanımadığının değerlendirilmesi tezimiz açısından faydalı olacaktır.

Tasarının 1’nci maddesinin 2’nci fıkrasına göre tıbbi etik kuralları çerçevesinde bir hastalığın teşhis ve tedavisi ile bilimsel araştırma ve deney amacıyla yapılan DNA analizleri Tasarı hükümlerine tabi değildir. Yargılama sırasında, özellikle de ceza yargılamasında DNA verilerinin özel bir önem taşıdığı bilinen bir gerçektir. Aynı şekilde kimlik tespitinde de sıklıkla DNA verilerinden yararlanılabilmektedir. Bu nedenle kimlik tespiti ve adli amaçlar Tasarının düzenleme alanında yer almaktadır. Anılan amaçlarla yapılacak DNA analizlerine ilişkin esaslar Tasarıda belirlenmektedir.

Tasarının “kanunilik ilkesi” başlığını taşıyan 3’üncü maddesinin ilk fıkrasına göre DNA analizi, ancak kanunda öngörülen hallerde yapılabilecektir. İkinci fıkraya göre ise kanunda öngörülen esas ve usullere uygun olarak ve ancak meşru amaçlarla ilgili kişinin açık rızasıyla da DNA analizi yapılması mümkündür. Görüldüğü gibi DNA analizi yapılabilmesi için öncelikle Tasarıda veya başka bir Kanunda DNA analizi yapılması öngörülmüş olmalıdır. Buna göre sigorta sözleşmelerinde riziko analizi yapmak amacıyla DNA analizi

¹⁷⁹<http://www.kgm.adalet.gov.tr/gg/dna.pdf>, Erişim Tarihi: 20.10.2010.

¹⁸⁰Tasarı, Genel Gerekçe.

yapılabilmesi, Kanunla açıkça öngörülünceye kadar mümkün olamayacaktır. Her ne kadar ikinci fıkradaki düzenleme nedeniyle kişinin açık rızası ile bunun mümkün olacağı düşünülebilirse de, düzenlemede açık rızadan başka koşullara da yer verilmiş olması bu düşüncenin kabulünü olanaksızlaştırmaktadır. Zira düzenlemeye göre kişinin açık rızasıyla DNA analizi yapılabilmesi için de kanunlarda öngörülen esas ve usullere uyulması gerekmektedir. Gerekçeye göre bu koşul kanunilik ilkesini tamamlamakta, böylelikle kişinin açık rızası ile kanunilik ilkesinin dolanılması önlenmektedir. Buna ek olarak kişinin rızası ile DNA analizinin meşru amaçlarla yapılması da gerekmektedir. Böylelikle de hukukun izin vermediği bir amaçla DNA analizi yapılmasının önüne geçilmektedir.

3'üncü maddenin 2'nci fıkrasındaki düzenlemenin sigorta sözleşmelerinde riziko analizi amacıyla kişinin rızası ile DNA analizi yapılmasına imkan verip vermediğinin incelenmesi gerekmektedir. Belirttiğimiz gibi kişinin açık rızası ile DNA analizi ancak meşru amaçlarla yapılabilir. Bu durumda riziko analizinin meşru bir amaç olup olmadığına bakılmalıdır. Sigortacı, DNA analiz sonuçlarını riziko analizi yapmak amacıyla kullanmak isteyecektir. Sigortacının riziko analizi yapabilmesini sağlamak amacıyla da gerek 6762 sayılı gerekse 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununda sigorta ettiren ve sigortalıya sözleşmenin yapılması sırasında sigortacının sözleşme yapma ve sözleşmenin koşulları hakkındaki kararına etki edebilecek nitelikteki hususları sigortacıya bildirme yükümlülüğü yüklenmiş bulunmaktadır. Bu anlamda sigortacının riziko analizi yapmasına elverişli koşulları hazırlayan yasa koyucunun riziko analizini meşru amaç olarak kabul ettiği şüphesizdir. Dolayısıyla sigortacının riziko analizinde kullanmak üzere talep ettiği DNA analizine sigorta ettiren veya sigortalının rıza göstermesi durumunda Tasarının 3'üncü maddesinin 2'nci fıkrasına uygunluk sağlanmış olacaktır. Ancak Tasarının 9'uncu maddesine göre Milli DNA Veri

Bankası bünyesinde kayıtlı olan DNA profillerinden ancak, bir soruşturma, kovuşturma veya özel hukuk uyuşmazlığında gerçeğin ortaya çıkarılabilmesi veya kimlik tespiti amacıyla yararlanılabilecektir. Bu durumda sigortacının riziko analizi amacıyla, kişinin rızası olsa dahi, Banka bünyesinde kayıtlı DNA profillerinden yararlanması mümkün olamayacaktır.

Tasarıda önem arzeden bir başka düzenleme de DNA analizi yapma yetkisine sahip kurumlara ilişkin 7'nci maddedir. Maddenin birinci fıkrasında DNA analizi yapma yetkisine sahip kurumlar üç bentte sayılmış bulunmaktadır. Bu kurumlar şöyle sıralanabilir:

- Adli Tıp Kurumu, Jandarma Genel Komutanlığı Kriminal Daire Başkanlığı ve Emniyet Genel Müdürlüğü Kriminal Polis Laboratuvarları Dairesi Başkanlığı
- Milli DNA Veri Bankasının olumlu görüşü alınmak suretiyle üniversiteler
- Milli DNA Veri Bankasının olumlu görüşü ve Sağlık Bakanlığının izniyle diğer gerçek ve tüzel kişilere ait olan laboratuvarlar

İlk iki bentte sayılanlar dışında diğer gerçek ve tüzel kişilere ait laboratuvarlarda DNA analizi yapılmasına izin verilebilmesinin birey ve toplum açısından yaratabileceği sakıncalar açıktır. Her şeyden önce bu durum son derece önemli olan DNA verilerinin gizliliğinin korunmasını zorlaştıracaktır. Bu konuda etkili ve işler bir denetim mekanizması oluşturulmaması durumunda kişilerin en özel ve önemli bilgileri tehdit altında olacaktır.¹⁸¹

¹⁸¹Aynı doğrultuda Ü. Çınar. "DNA Verileri ve Türkiye Milli DNA Veri Bankası Kanunu Tasarısı" üzerine bir değerlendirme ve öneriler. *Terazi Hukuk Dergisi*, Yıl: 3, Sayı: 21, Mayıs 2008, s. 154.

2.2.4. Ayrımcılıkla Mücadele ve Eşitlik Kanunu tasarı taslağı

İçişleri Bakanlığınca hazırlanarak başbakanlığa sunulan Ayrımcılıkla Mücadele ve Eşitlik Kanunu Tasarı Taslağı'nın 1'inci maddesine göre Kanun'un amacı kişilerin eşit muamele görme hakkını güvence altına almak ve ayrımcılığa karşı etkili bir şekilde korunmalarını sağlamaktır. Aynı maddenin 2'inci fıkrasında Kanun'un kapsamı belirlenmiştir. Buna göre Kanun, kamu kurum ve kuruluşları ile gerçek ve tüzel kişilerin ya da bunlar adına hareket edenlerin davranış, uygulama, işlem ve düzenlemelerini kapsamaktadır. Sigorta şirketlerinin de tüzel kişi olarak bu kapsamda yer aldıkları şüphesizdir. Aynı cümlede ayrımcılık temelleri de sıralanmıştır. Bunlar cinsiyet, ırk, renk, dil, din, inanç, etnik köken, cinsel yönelim, felsefi ve siyasi görüş, sosyal statü, medeni hal, sağlık durumu, özürlülük, yaş ve benzeri temeller olarak ifade edilmiştir. Genetik temele dayalı ayrımcılığı "sağlık durumu" başlığı altında düşünmek mümkündür.¹⁸² Ancak "ve benzeri" ifadesinin verdiği genişletme imkanından yararlanılarak, genetik durum ayrı bir ayrımcılık temeli olarak da ele alınabilir.

Ayrımcılığın yasaklandığı hizmet alanları ise Kanun'un 5'inci maddesinde ve yine sınırlayıcı olmayan bir şekilde sayılmaktadır. Bu alanlar eğitim ve öğretim, yargı, kolluk, sağlık, ulaşım, iletişim, sosyal güvenlik, sosyal hizmetler, sosyal yardım, spor, konaklama, kültür, turizm ve benzeri hizmetlerdir. Sigortacılık hizmetlerini de buraya dahil etmek mümkündür.

¹⁸²Alman Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (Eşitlik Kanunu) § 1'de sayılan ayrımcılık kriterleri arasında sağlık durumu yer almamaktadır. Bu nedenle Almanya'da genetik bozukluğu olan kişilerin engelli olarak nitelenip nitelenemeyeceği üzerinden tartışma yürütülmektedir. *Cremer (2010)*, sigorta başvurusunda bulunan kişinin sözleşme öncesi beyan yükümlülüğü çerçevesinde prediktif sağlık bilgilerinin değerlendirilmesinin engellilerin ayrımcılığa tabi tutulması olarak nitelenemeyeceği görüşündedir. Yazara göre eğer belli hastalıklar belli etnik gruplarda istatistiksel olarak daha sık görülüyor ve bu durum prediktif sağlık bilgisi olarak dikkate alınıyorsa bu durumda, etnik kökene dayalı ayrımcılık olarak nitelemek mümkündür, s. 169.

Kanun'un 3'üncü maddesinin ikinci fıkrası ile ayrımcılık yapılması yasaklanmaktadır ve üçüncü fıkra göre bu yasak herkesi bağlar. Ayrımcılığın türleri 4'üncü maddede sayılmış ve bu türler tanımlara ayrılan 2'inci maddede tanımlanmıştır. Buna göre ayrımcılık türleri şunlardır:

- Kişilerin Kanun'da sayılan temellerden biri veya birden fazlası nedeniyle, bir eylem veya eylemsizlik sonucu olarak diğerlerinden ayrı tutulması,
- Bir kişinin kendi nam veya hesabına eylem ve işlemlerde bulunmaya yetkili kıldığı kişilere veya bir kamu görevlisinin diğer kişilere ayrımcılık yapılmasına yönelik talimat vermesi ve bu kişilerin verilen talimatı uygulaması,
- Birden fazla ayrımcılık temeli ile ilişkili olarak ayrımcı uygulama yapılması,
- Bir gerçek veya tüzel kişi ya da topluluğun, hak ve özgürlüklerden, karşılaştırılabilir durumdakilere kıyasla eşit şekilde yararlanmasını Kanun'da sayılan ayrımcılık temellerine dayanılarak engelleyen veya zorlaştıran her türlü farklı muamele,
- Görünüşte ayrımcı olmayan her türlü eylem, işlem ve uygulamalar sonucunda, Kanunda yasaklanan ayrımcılık temelleriyle bağlantılı olarak, bir gerçek veya tüzel kişinin veya topluluğun hak ve özgürlüklerden yararlanması bakımından nesnel olarak haklılaştırılmayan dezavantajlı bir konuma sokulması,
- Kanunda sayılan ayrımcılık temellerine dayanılarak kişiyi işinden soğutmak, dışlamak, bıkırtmak amacı ile kasıtlı olarak yapılan eylemler,
- Eşitlik ilkesine uyulmasını talep eden veya Kanunda yasaklanan tutum ve davranışlara karşı şikâyetle bulunan ya da bu şikâyet

süreçlerine katılan kişiler ile bu kişileri temsil edenlerin, bu talep ve şikâyetler nedeniyle maruz kaldıkları her türlü olumsuz tutum ve davranış,

- Özürlülerin hak ve özgürlüklerini tam ve diğer bireylerle eşit şekilde kullanmasını veya bunlardan yararlanmasını sağlamak üzere ihtiyaç duyulan, aşırı bir yük getirmeyen, ölçülü gerekli ve uygun değişiklik ve tedbirleri almamak,
- Kanunda sayılan temellerden birisine dayanılarak belirli bir kişi ya da gruba karşı nefret veya şiddete tahrik veya teşvik etmek,
- Psikolojik ve cinsel türleri de dâhil olmak üzere Kanunda sayılan temellerden birisine dayanılarak, insan onurunun çiğnenmesi amacını taşıyan veya böyle bir sonucu doğuran, yıldırıcı, onur kırıcı, aşağılayıcı veya utandırıcı her türlü davranışta bulunmak,
- Bir gerçek veya tüzel kişinin, ayrımcılık temellerinden birisiyle gerçekte ilgisi olmamasına rağmen, bu temellerden birisini taşıdığı sanılarak hak ve özgürlükler alanında ayrımcı muameleye maruz kalması.

Sigortacıların sigorta başvurusunda bulunan kişinin genetik yapısına göre sigorta talebini yanıtlamasının bu Kanun anlamında ayrımcılık oluşturup oluşturmayacağı, üzerinde durulması gereken bir konudur. Daha önce de belirttiğimiz gibi genetik testler sonucu elde edilen bilgiler kesinlik bildirmemektedir. Kişinin genetik testte ortaya çıkan hastalığa yakalanıp yakalanmayacağı ya da ne zaman yakalanacağı kesin olarak bilinmemektedir. Buna rağmen, ülkemiz uygulamasında gündeme gelen bir örneği bulunmamakla birlikte, sigorta şirketleri kişilerden genetik test talep edebilmekte ve sigorta başvurusuna yanıtını test sonucuna göre şekillendirebilmektedir. Bu anlamda genetik yapısı bozuk olan kişilerin sigorta

başvurularının reddedildiği bilinmektedir. Hatta Amerika Birleşik Devletleri'nde bir "genetik alt sınıf"tan bahsedilmektedir. Sigorta şirketlerinin ekonomik varlıklarını sürdürebilmeleri için riziko analizi yapmaları gerekmele birlikte kişileri genetik yapılarına göre farklı muamelelere tabi tutmaları bu analiz açısından şart değildir. Böyle bir uygulama Ayrımcılıkla Mücadele ve Eşitlik Kanunu Tasarı Taslağı anlamında ayrımcılığın bir türü olan "ayrı tutma" olarak nitelenebilir.

Bu noktada Taslak'ta yer alan en önemli düzenlemelerden biri de 3'üncü maddenin birinci fıkrasının ilk cümlesidir. Buna göre Devlet, fırsat eşitliğini sağlamak amacıyla pozitif tedbirler alır. Görüldüğü gibi bu düzenlemeye göre Devlet, yalnızca ayrımcılığı önlemeye çalışmakla yetinmeyecek, aynı zamanda eşitliği sağlamaya yönelik pozitif tedbirler de alacaktır.

2.3. Özel Hukukta Kişilik Hakları Açısından Genetik Verilerin Korunması

Kişilik, kişinin esaslı değerlerinin bütünü olarak tanımlanmaktadır.¹⁸³ Bu değerler genel olarak fiziksel, duygusal ve sosyal kişilik başlıkları altında toplanabilmektedir.¹⁸⁴ Fiziksel kişilik, kişinin hayatı ve vücut bütünlüğünü kapsar ve kişinin sağlığı da buraya dahildir. Duygusal kişilik kapsamında ise özellikle aile hukuku ilişkileri korunmaktadır. Sosyal kişilik ise kişinin özel hayatını ve kişisel bilgilerini, onurunu, ismini kapsar.

Kişinin kişiliğini oluşturan unsurların tamamı üzerinde hukuken korunan bir menfaati ya da kişilik hakkı söz konusudur. Bu hak kapsamında kişinin yaşamı, bedeni, fiziksel ve ruhsal sağlığı, onuru, saygınlığı, özgeçmişi tanıma çıkarı, özel yaşamının gizliliği, özgürlüğü, eseri, sözü, sesi, resmi, ismi ve

¹⁸³A. Bucher (1999). *Natürliche Personen und Persönlichkeitsschutz*. Basel: Helbing & Lichtenhahn, s. 114. Buradaki sayımın sınırlayıcı olmadığı konusunda bkz. a.g.e. s. 115; Gürbüz (2010), s. 52.

¹⁸⁴Bucher (1999), s. 116; R. Serozan (2011). *Medeni hukuk- genel bölüm- kişiler hukuku*. İstanbul: Vedat, s.417.

benzer insani değerleri korunmaktadır.¹⁸⁵ Ayrıca kişisel verilerin de kişilik hakkının bir parçası olduğu kabul edilmektedir.¹⁸⁶ Bu anlamda kişilik haklarının korunması Türk hukukunda Türk Medeni Kanunu'nun 23 ve 24'üncü maddelerinde düzenlenmiştir. TMK m. 23 uyarınca:

“Kimse, hak ve fiil ehliyetlerinden kısmen de olsa vazgeçemez.

Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlâka aykırı olarak sınırlandırmaz.

Yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılanması ve nakli mümkündür. Ancak, biyolojik madde verme borcu altına girmiş olandan edimini yerine getirmesi istenemez; maddî ve manevî tazminat isteminde bulunulamaz.”

Genetik testler sonucu elde edilen bilgilerin buradaki anlamda kişiliğin bir unsuru olup olmadığının belirlenmesi gerekmektedir. Her şeyden önce genetik test uygulanabilmesi için kişinin vücudundan örnek alınması zorunludur. Bu noktada genetik test uygulanması kişinin vücut bütünlüğüne yani fiziksel kişiliğine müdahale oluşturmaktadır. İkinci olarak ise genetik testler ile kişinin mevcut ve gelecekteki sağlık durumuna ilişkin bilgiler elde edilebilmektedir. Hatta bu bilgiler sadece kendisine test uygulanan kişi ile sınırlı olmamakta, o kişiyle kan bağı olan kişiler hakkında da bilgiler elde edilebilmektedir. Kişinin sağlık durumunun kişinin maddi varlıklarına dahil olduğu şüphesizdir. Kişinin hastalıkları, sakatlıkları, genetik yatkınlıklarına ilişkin bilgiler diğer taraftan da kişinin gizlilik alanına yani sosyal kişiliğine dahildir.¹⁸⁷ Bu noktada kişi, gizlilik alanına dahil bu bilgilerin üçüncü kişiler tarafından öğrenilmesini ya da başkalarına açıklanmasını istemeyebilir.¹⁸⁸ Bu nedenle genetik testlerin

¹⁸⁵Serozan (2011), s. 411; Aksoy (2010), s. 38.

¹⁸⁶Aksoy (2010), s. 47.

¹⁸⁷Gülbüz (2011), s. 113; F. Yıldırım (2007b). İnsan Genom Projesi ve hukuk dünyasına etkileri. *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, XI(1,2), s. 490; Bucher (2008), s. 120.

¹⁸⁸Gülbüz (2011), s. 116.

yapılması kişilik haklarına saldırı olarak nitelendirilmektedir ve bu nedenle de kişinin rızası¹⁸⁹ ve de kanunla öngörülen hallerde mümkün olmalıdır.¹⁹⁰ TMK m. 24/1 uyarınca hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimse, hâkimden, saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteyebilir. Kişilik hakkına yapılan müdahalelerin ne zaman hukuka aykırı sayılacağı ise aynı maddenin ikinci fıkrasında belirtilmiştir. Buna göre kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır. Bu hükme göre genetik test uygulamasının kişilik haklarına saldırı oluşturmaması için ya kişinin rızası ile ya daha üstün nitelikte özel¹⁹¹ veya kamusal yarar sebebiyle ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebebiyle gerçekleştirilmiş olması şarttır. Bu noktada, kişinin rızasının konuya ilişkin olarak yeterince aydınlatılmasından sonra alınması gerektiği vurgulanmalıdır.¹⁹² Bu anlamda kişi gerek incelemenin süreci ve kapsamı hakkında gerekse sonuçlarının kişi üzerinde yaratabileceği olası etkiler hakkında detaylı olarak bilgilendirilmelidir.

¹⁸⁹Bu konuda Genetik Hastalıklar Tanı Merkezleri Yönetmeliği'nin 19'uncu maddesinde "Genetik tanı merkezlerinde, başvuranın bilgilendirilmiş onay formu ile (EK:3) rızası alınmadan işlem yapılamaz. Sonuçlar, kişinin rızası olmadan üçüncü kişilere bildirilemez." Hükümü yer almaktadır. Genetik Hastalıklar Tanı Merkezleri Yönetmeliği için bkz. <http://www.saglik.gov.tr/TR/belge/1-503/genetik-hastaliklar-tani-merkezleri-yonetmeli.html>, Erişim Tarihi: 18.09.2012. Ayrıca Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 5'inci maddesinin d bendinde "tıbbi zorunluluklar ve kanunlarda yazılı haller dışında, rızası olmaksızın kişinin vücut bütünlüğüne ve diğer kişilik haklarına dokunulamayacağı", e bendinde "kişinin, rızası ve Bakanlığın izni olmaksızın tıbbi araştırmalara tabi tutulamayacağı" ve f bendinde "Kanun ile müsaade edilen haller ile tıbbi zorunluluklar dışında, hastanın özel hayatının ve aile hayatının gizliliğine dokunulamayacağı" hükme bağlanmıştır.

¹⁹⁰Yıldırım (2008), s. 151; E. Deutsch (1991). Haftung für unerlaubte bzw. fehlerhafte Genomanalyse. *Versicherungsrecht*, 42 (31), s. 1205; Yıldırım (2007a), s. 401; Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Gürbüz (2010), s. 58 vd.

¹⁹¹Sigortacının ekonomik menfaatinin, kişinin özel hayatının korunması karşısında üstün özel yarar olarak nitelenemeyeceği konusunda bkz. Gürbüz (2010), s. 152.

¹⁹²Aynı doğrultuda Deutsch (1991), s. 1207.

Genetik testler sonucu elde edilen bilgilerin kişinin özel ve gizlilik alanı olarak korunmasının sonucu olarak bu bilgiler üzerinde belirleme hakkı da kişinin kendisine ait olmalıdır. Bu bilgilere kimlerin, ne zaman ve ne kadar erişebileceğini belirleme hakkı da kişiye ait olmalıdır.¹⁹³ Kişinin genetik bilgileri üzerinde belirleme hakkı, bu bilgileri üçüncü kişilerin öğrenip öğrenmemesi konusunda karar verme hakkıyla sınırlı değildir. Kişinin kendisine de bu bilgileri öğrenip öğrenmeme konusunda tercih yapma olanağının tanınması zorunludur. Bu kapsamda kişinin kendi geleceğini belirleme hakkının sonucu olarak ortaya çıkan bilme ve bilmeme haklarına tezin önceki kısımlarında değinildiğinden bu kısımda tekrar edilmeyecektir.¹⁹⁴

¹⁹³Gürbüz (2011), s. 125.

¹⁹⁴Bkz. yukarıda s. 45 vd.

İkinci Bölüm

Sigorta Sözleşmesinin Kurulması Sırasındaki Beyan Yükümlülüğü Açısından Genetik Test Sonuçlarının Sigortacıya Bildirilmesinin Gerekip Gerekmediği Sorunu

1. Genel Olarak

Sigorta, kişilerin günlük hayatta karşılaştıkları bir takım olayların zararlı ekonomik sonuçlarının, benzer rizikolara maruz kalma olasılığı bulunan kişiler arasında dağıtılması esasına dayanan bir kurumdur. Sigortacı, sigorta yaptırmak üzere başvuruda bulunan kişinin riziko durumunu inceleyerek uygun bir prim tespit etmekte ve bu primin ödenmesi karşılığında sigorta teminatı sağlamayı üstlenmektedir. Bu çerçevede belli bir rizikoyla karşılaşma olasılığı fazla olan kişilerden diğerlerine oranla daha yüksek prim talep edilmesi sigortanın doğal bir sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır. Böylelikle farklı riziko durumlarına sahip olan kimselerin farklı muameleye tabi tutulmasının sigortanın özünde varolan bir unsur olduğunu söylemek mümkündür.¹⁹⁵ Nitekim sigorta şirketlerinin prim miktarlarını belirlerken bir takım hususlardan hareket etmeleri alışlagelmiş bir uygulamadır. Hayat ve sağlık sigortalarında örneğin yaş, meslek, cinsiyet ya da sağlık durumuna göre kişiden farklı prim talep edilebilmektedir.

Hayat ve sağlık sigortasıyla teminat altına alınan rizikolar hastalık ve ölüm gibi kişi açısından temel öneme sahip rizikolardır. Bu nedenle bu rizikolar Türkiye gibi sosyal devlet niteliğine sahip devletlerde sosyal sigorta sistemi çerçevesinde güvence altına alınmaktadır. Ancak sosyal sigorta sistemlerinin özellikle finansal zorunluluktan dolayı giderek zayıfladığı da dünya genelinde

¹⁹⁵Buchner (2003), s. 326.

görünen bir gerçektir.¹⁹⁶ Bu süreç, özel sigortaların önemini de arttırmaktadır. Böylelikle özel sağlık ve hayat sigortası sözleşmelerinde genetik test sonuçlarının kullanılması konusu da ayrıca önem kazanmaktadır.¹⁹⁷ Çünkü daha önce de belirttiğimiz gibi genetik test sonuçları kişinin hastalıklara olan yatkınlığını ortaya koymakla birlikte kişinin hastalıklara yatkın olması, mutlaka hastalanacağı anlamına gelmemektedir. Oysa genetik test sonuçlarının sigorta sözleşmelerinde kullanılması mutlak olarak serbest bırakıldığında pek çok kişi, ortada kesin bilgi olmamasına rağmen ya sigorta satın alamayacak ya da yüksek primler ödemek zorunda kalacaktır. Bu nedenle konu, değişik ülkelerde değişik düzenlemelere tabi tutulmaktadır. Çalışmamızın bu bölümünde öncelikle riziko analizi ve asimetric bilgi sorunu hakkında kısaca bilgi verilecek ardından da Avusturya, İsviçre ve Amerika Birleşik Devletleri'nde konuya ilişkin düzenlemeler değerlendirilecektir. Son olarak Türkiye'deki mevcut düzenlemelerin uygun sonuçlar ortaya çıkarıp çıkarmadığına bakılacak ve özel düzenlemeye ihtiyaç olup olmadığı değerlendirilecektir.

2. Sigorta Sözleşmelerinde Riziko Analizi ve Asimetrik Bilgi Sorunu

Tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olan sigorta sözleşmesi ile sigorta ettirenin ödediği prim karşılığında sigortacı, sözleşmede kararlaştırılan rizikonun gerçekleşmesi durumunda sigorta tazminatını ya da sigorta bedelini ödemeyi üstlenir. Her sözleşmede olduğu gibi sigorta sözleşmesinde de tarafların edimleri arasında bir denge olmalıdır. Bu nedenle sigortacı tarafından yapılacak bir riziko analizinin ardından bir prim belirlenir. Belirlenen prim ile

¹⁹⁶Buchner (2003), s. 327.

¹⁹⁷Buchner (2003) bu süreci "özel sigortanın sosyalleşmesi" olarak nitelemektedir, s. 327.

üstlenilen riziko arasında mümkün olduğunca denge sağlanmalıdır. Buna primin rizikoya uygun olması ilkesi denir.¹⁹⁸

Primin rizikoya uygunluğu ilkesi gereği prim-riziko dengesinin sağlanabilmesi için sigortacının riziko analizi yaparken rizikoya ilişkin hususlar hakkında bilgi sahibi olması gerekir. Sözleşmeler söz konusu olduğunda sıklıkla ortaya çıkan asimetrik bilgi problemi burada da karşımıza çıkmaktadır. Asimetrik bilgi problemi, bir sözleşmede taraflardan birinin bilgi düzeyi ile diğer tarafın bilgi düzeyi arasındaki farklılıktan kaynaklanmaktadır.¹⁹⁹ Durumu sigorta sözleşmesi açısından somutlaştıracak olursak; sigortacı, sigorta konusundaki teknik bilgilere sigorta ettirenden daha hakimdir. Buna karşılık sigorta ettiren de sigorta sözleşmesi ile teminat altına alınan rizikoyu etkileyen faktörlerin bilgisine sahiptir.²⁰⁰ İşte edimler arasındaki dengenin kurulabilmesi, yani sigorta sözleşmesi açısından ifade etmek gerekirse, primin rizikoya uygunluğunun sağlanabilmesi için taraflar arasındaki bilgi asimetrisinin mümkün olduğunca giderilmesi gerekmektedir. Aksi halde sözleşmenin daha fazla bilgi sahibi olan tarafı, sözleşmede avantajlı duruma geçer.²⁰¹ Bu amaçla, hemen her hukuk düzeninde, sözleşmenin tarafları arasında bilgi alışverişini sağlamaya yönelik düzenlemeler bulunmaktadır. Türk hukukunda da sigortacının sigorta ettirene bilgi vermesini sağlamaya yönelik olarak bir “aydınlatma yükümlülüğü” öngören kanun koyucu, sigorta ettirenin rizikoya ilişkin olarak bildiği hususları sigortacıyla paylaşmasını sağlamak amacıyla da

¹⁹⁸Cremer (2010), s. 96; G. Saremba (2010). *Die Gefahrerhöhung im deutshen und US-amerikanischen Versicherungsvertragsrecht*. Karlsruhe: Verlag Versicherungswirtschaft, s. 2; M. K. Omağ (1985). *Türk sigorta hukukunda rizikonun ağırlaşması sorunu*. Ankara: Sigorta Hukuku Türk Derneği, s. 14.

¹⁹⁹T. Wein (1997). *Versicherungsmarkt, asymmetrische Information und asymmetrische Regulierung*. *Zeitschrift für die gesamte Versicherungswirtschaft*, 1-2, s. 103; Cremer (2010), s. 99.

²⁰⁰D. Looschelders (2011). §§ 19-27. *VVG-Kommentar* (Ed: D. Looschelders ve P. Pohlmann). Köln: Carl Heymanns Verlag, s. 553; Brand (2009), s. 715.

²⁰¹O. Schöffski (2000). *Gendiagnostik: Versicherung und Gesundheitswesen: Eine Analyse aus ökonomischer Sicht*. Karlsruhe: Verlag Versicherungswirtschaft, s. 152; Ziegler (2008), s. 137; Berberich (1998), s. 106.

“beyan yükümlülüğü” öngörmektedir.²⁰² Tezimizin konusunun dayandığı beyan yükümlülüğü açısından; sigorta ettirenin bildiği bazı önemli hususları sigortacıdan gizlemesi ya da eksik bildirmesi durumunda tarafların bilgi düzeyleri arasındaki dengesizlik korunmuş olacaktır. Bu durumda ise bilgi asimetrisine bağlı olarak “ters-seçim” tehlikesi ortaya çıkacaktır.²⁰³ Belirttiğimiz tehlike can sigortalarında daha da ön plana geçmektedir. Çünkü bu sigorta türünde sigortalının sağlık durumuna ilişkin bilgilerden hareketle sigorta primi tespit edilmektedir. Bu bilgiler ise daha çok sigorta ettiren ya da sigortalının hakimiyet alanında yer aldığından bu kişilerin sigortacıyı doğru bilgilendirmesi daha da önem kazanmaktadır.²⁰⁴

Asimetrik bilgi sorununu ortaya koyan Akerlof’a göre, bu sorunun giderilmemesi durumunda ortaya çıkacak sonuçlardan biri de ters seçimdir. Akerlof, asimetrik bilgiyi ve sonuçlarını ikinci el araba piyasası örneğinden yola çıkarak açıklamaktadır. İkinci el araba piyasasında alıcılar, olabildiğince az para ödeyerek olabildiğince iyi bir araba almayı amaçlarlar. Bazı satıcılar ise kötü arabalarını da olabildiğince çok para karşılığı satmayı isterler. Ancak bu süreçte bir arabanın iyi mi yoksa kötü mü olduğu sadece satıcılar tarafından bilinmektedir. Sonuçta ekonomik düzeyi iyi olan alıcılar, ikinci el araba almak istemezler. Çünkü kötü arabalar için de değerinden fazla para ödemeleri olasılığı bulunmaktadır. Bu sürecin sonunda ikinci el araba piyasasında iyi bir araba bulma olasılığı giderek azalır ve neticede ikinci el araba piyasasında sadece pahalı ve kötü arabalar satılmaya başlanır.

²⁰²Sahmer (2000)’e göre kanun koyucunun sigorta ettirene susma hakkı tanıyarak sigortacının riziko farklılaştırmasına gitmesini sınırladığı her durumda taraflar arasındaki bilgi simetrisi bozulmaktadır, s. 51.

²⁰³Taupitz (2000), s. 12; Brand (2009), s. 715; Berberich (1998), s. 25; Buyten ve Simon (2003), s. 814.

²⁰⁴I. Uhlenbrock (2005). *Die Lösungsrechte des Versicherers bei Verletzung der vorvertraglichen Anzeigepflicht durch den Versicherungsnehmer*. Frankfurt am Main: Peter Lang, s. 1; Eroğlu (2005). *Hastalık sigortası sözleşmesinin kurulmasında ihbar kulfeti*. Ankara: Seçkin, s. 2.

Aynı tehlike sigorta piyasası açısından da söz konusudur. Sigorta sektöründe de kötü riskleri de az prim ödeyerek sigortalatmak isteyen sigorta ettirenlerle teminat altına aldıkları riziko karşılığında olabildiğince yüksek prim almayı isteyen sigortacılar karşılaşmaktadır. Sigorta ettirenler rizikoya ilişkin bazı önemli hususları gizleyerek düşük prim karşılığı sigorta yaptırmak istemektedirler. Bu durumda rizikonun gerçek durumunu bilmeyen sigortacı, düşük görünen gerçekleşme olasılığı nedeniyle düşük prim talep edecektir. Ancak sigorta piyasasında bu şekilde hareket eden sigorta ettirenlerin sayısı arttığında, sigortacı artık olabildiğince yüksek primler talep etmeye başlayacaktır. Sonuçta piyasada iyi riskler için de yüksek primler talep edileceğinden sigorta ettirenler artık gerçekleşme olasılığı gerçekten düşük olan rizikolar için sigorta yaptırmak istemeyeceklerdir. En sonunda ise sigorta ettirenlerin büyük bir kısmı ciddi ölçüde rizikonun gerçekleşme olasılığıyla karşı karşıya olan kişiler olacaklardır ve sigortacılar sadece kötü riskleri²⁰⁵ sigortalamak durumunda kalacaklardır.²⁰⁶

Bu sonuçların ortaya çıkmasının önlenmesi anlamında sigorta ettirenin beyan yükümlülüğünü gereği gibi yerine getirmesi şarttır. Aksi halde beyan yükümlülüğünü gereği gibi yerine getiren ve düşük rizikolarla karşı karşıya olan sigorta ettirenler de giderek yüksek primler ödemeye başlayacak ve bu durum bütün riziko topluluğunu etkileyecektir. Zira beyan yükümlülüğünün amacı, sigortacının risk hakkında olabildiğince bilgi sahibi olmasını ve

²⁰⁵Hayat ve sağlık sigortası açısından hastalık ve buna bağlı olarak maliyet olasılığının yüksek olduğu durumlarda “kötü risk” söz konusu olmaktadır, W. Schulz-Weidner (1993). *Der versicherungsrechtliche Rahmen für eine Verwertung von Genomanalysen*. Baden-Baden: Nomos, s. 176.

²⁰⁶K.Yıldırım vd. (2005). *Endüstriyel ekonomi*. Bursa: Ekin, s. 256; G. A. Akerlof (1970). The market for “lemons”: quality uncertainty and the market mechanism. *The Quarterly Journal of Economics*, 84 (3), s. 492; Cremer (2010), s. 99.

böylelikle sözleşme yapma ve sözleşme koşulları konusunda doğru karar verebilmesini sağlamaktır.²⁰⁷

Genetik testlerin ters seçim problemine yol açıp açmayacağına ilişkin değerlendirme de tezimiz açısından özel bir önem taşımaktadır. Kişinin genetik hastalıklara olan yatkınlığının genetik test ile tespit edilmemiş olması durumunda her iki taraf da bu konuda bilgi sahibi olmayacağından herhangi bir asimetrik bilgi ve buna bağlı ters seçim sorunu söz konusu olmayacaktır. Şu halde sigorta ettirenin kendisinin de bilmediği bir bilgiyi sigortacı ile paylaşmaması durumunda taraflar arasında herhangi bir eşitsizlik durumu ortaya çıkmamaktadır. Bu durumda sigorta ettirenin sigortacı karşısında avantajlı durumda olduğunu söylemek de doğru olmaz. Zira genetik yatkınlığından haberdar olmayan sigorta ettireni, genetik yatkınlığı olmayan ve bundan haberdar olmayan sigorta ettirenden farklı değerlendirmek mümkün değildir. Her ikisi açısından da riziko aynı ölçüde belirsiz görünmektedir ki bu, sigortanın varoluş nedenidir. Bu nedenle sigorta ettirenin, kendisinin de bilmediği bir bilgiyi elde etmek üzere genetik test gibi ağır sonuçları olan bir sürece maruz kalmaya zorlanması kabul edilmemelidir. Zira genetik testler, daha önce de açıklandığı gibi, halen kesin sonuçlar vermemekte, yalnızca bir olasılığı ortaya koymaktadır. Kaldı ki genetik testlerin kesin sonuçlar ortaya koyması durumunda artık tesadüfi riskten söz edilemeyeceği için ortada sigortalanabilir bir risk de bulunmayacaktır.²⁰⁸

²⁰⁷Cremer (2010), s. 147; Kubiak (2008), s. 39; Looschelders (2011), s. 553, yazara göre beyan yükümlülüğü, şahıs sigortalarında özel bir öneme sahiptir. Çünkü bu tür sigortalarda rizikonun tahmini sigorta ettiren ya da sigortalının bireysel koşullarıyla çok ilgilidir ve bu bilgileri sigortacının kendi olanaklarıyla elde etmesi çoğu zaman olanaksızdır. Sağlık alanında genetik tanı modern tekniklerin kullanımının yaygınlaşması da bu sorunu tetikleyecektir, s. 555.

²⁰⁸Bir riskin sigortalanabilmesi için belirsizlik arz etmesi gerekir. Bu anlamda rizikonun gerçekleşip gerçekleşmeyeceğinin ve gerçekleşecekse ne zaman gerçekleşeceğinin belli olmaması sigortalanabilirlik açısından önemlidir. Can (2009), s. 9; Ziegler (2008), s. 68; R. Kender (2008). *Türkiye’de hususi sigorta hukuku*. İstanbul: Arıkan, s. 255; M. Çeker (2011). 6102 sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu’na göre sigorta hukuku. Adana: Karahan, s. 48.

Sigorta ettirenin zaten bir genetik test yaptırmış olması durumunda bunun sonuçlarının sigortacıyla paylaşılmamasının bir ters seçim sorununa yol açıp açmayacağı da ayrıca incelenmelidir. Sigorta ettirenin bir genetik test yaptırmış olması ve test sonucu genetik açıdan hastalıklara yatkın olduğu anlaşılmışsa sigorta ettirenin rizikoya ilişkin olarak sigortacıdan daha fazla bilgi sahibi olacağı açıktır. Böyle bir bilgi asimetrisinin varlığında rizikonun gerçekleşme olasılığı konusunda tam olarak bilgi sahibi olmayan sigortacının ilgili rizikoyu, gereğinden düşük bir prim karşılığı teminat altına alması olasılığı mevcuttur. Süreç bu şekilde devam ettiğinde, yani genetik test sonuçları sadece sigorta ettirenler tarafından bilindiğinde, sigorta ettirenler giderek yalnızca genetik olarak hastalıklara yatkın olan kimselerden oluşmaya başlayacaktır.²⁰⁹ Zira sigorta ettirenlerin çoğunluğunun hastalıklara genetik yatkınlığı olan kimseler olması, sigorta fiyatlarında yükselmeye yol açacaktır.²¹⁰ Bu durumda ise düşük risklerle karşı karşıya olan kimseler yüksek fiyattan sigorta yaptırmak istemeyecekleri için sigorta yaptıranların önemli bir çoğunluğunu yüksek risklere maruz olan kimseler oluşturmaya başlayacak, böylelikle de sigortacı bir ters seçim sorunu ile karşı karşıya kalacaktır.²¹¹

Elbette bu düşüncenin aksini ortaya koyan çalışmalar da bulunmaktadır. Örneğin 2000 yılında yayınlanan bir çalışmanın sonuçlarına göre yaptırdıkları BRCA1 testi sonuçları pozitif çıkan kadınlar, testin sonrasındaki bir yıl içinde sahip oldukları bilgi avantajı nedeniyle genetik test yaptırmayan kadınlardan

²⁰⁹B. Baldinger Pirotta ve J. von Overbeck (2003) 'e göre teorik olarak sigorta yaptırmak isteyen kişi daha önce test yaptırarak genetik yapısı açısından risk altında olduğunu öğrendiğinde bilinçli olarak sigorta yaptırabilir. Böyle bir durum bütün özel sigorta sisteminin dengesini bozabilir, *Genomanalyse und Versicherungen Prinzipien der Risikoprüfung bei den Privatrechtlich geregelten Lebensversicherungen. Digma-Zeitschrift für Datenrecht und Informationssicherheit*, s. 155.

²¹⁰Yıldırım/ Eşkinat/ Kabasakal (2005), s. 275.

²¹¹Schöffski (2000), s. 152; A. M. Sharp vd. (1998). *Economics of social issues*. Boston: Irwin McGraw-Hill, s. 151.

daha fazla hayat sigortası satın almamaktadırlar.²¹² Bu sonuç, risk altında olduğunun bilgisine sahip olan sigorta ettirenin, muhakkak bu bilgi avantajından yararlanarak sigorta yapmak yoluna gitmediğini göstermektedir.²¹³

3. Yabancı Hukuk Sistemlerindeki Düzenlemeler

Sağlık ve hayat sigortasında genetik test sonuçlarının sigortacı tarafından riziko analizi amacıyla kullanılması konusunda farklı ülkelerde farklı yönde düzenlemeler bulunmaktadır. Bu konudaki düzenlemeler genetik bilgi ve genetik test tanımından bilgilerin kullanımının kapsamına kadar pek çok

²¹²C. D. Zick vd. (2000), Genetic testing, adverse selection, and the demand for life insurance. *American Journal of Medical Genetics*, 93(29-39), s. 37. Bu çalışma, kişiler genetik test sonuçlarını bildiklerinde, fakat sigortacılar bilmediklerinde ortaya bir ters seçim sonucunun çıkıp çıkmadığını tespit etmek amacıyla yapılmıştır. Bu doğrultuda meme ve yumurtalık kanseri olma riskini artıran ve BRCA1 olarak bilinen geninde mutasyon bulunma olasılığı bulunan bir grup kadından oluşan bir örneklem alınmıştır. Kadınların bir kısmına mutasyonun tespitine yönelik genetik test uygulanmış ve sonuçlar kendilerine bildirilmiştir. Sigorta şirketlerine ise bu sonuçlar bildirilmemiştir. Buna göre genetik test sonuçlarını bilen 189 kadından 129'u 18-55 yaş aralığındadır. Bunlardan da kişisel bir kanser geçmişi olmayanlar, sigorta sorularında eksik cevabı olmayanlar ve hayat sigortası primlerinin tamamı işverenler tarafından ödenmeyenler tespit edilmiştir. Bu sınırlamaların tamamına uyan kadınların sayısı ise 105 olup, bunlardan 44'ünün meme ya da rahim kanseri teşhisi konmuş birinci derece kadın akrabası bulunmaktadır. Bu 105 kadından BRCA1 testi pozitif olanların sayısı 27 ve negatif olanların sayısı 77'dir. 18-55 yaş aralığındaki 243 kadına ise BRCA1 testi uygulanmamıştır. Bunlardan 209'unun herhangi bir kişisel kanser geçmişi bulunmamakta, 197'sinin sigorta sorularında eksik bilgi bulunmamakta ve 177'sinin hayat sigortası primleri işveren tarafından ödenmemektedir. Bu koşulların tümünü taşıyan 177 kadından 34'ünün ailesinde meme ya da rahim kanseri bulunmakta, 143'ünde ise bulunmamaktadır. Genetik test yaptırmış olan kadınlar, kendilerinde mutasyon tespit edilenler (taşıyıcılar) ve mutasyon tespit edilmeyenler (taşıyıcı olmayanlar) olarak iki gruba ayrılmıştır. Daha sonra kadınlarla genetik test sonuçlarının bildirilmesinden 4-6 ay sonra, bir yıl sonra ve iki yıl sonra telefonla görüşülerek hayat ve sağlık sigortası satın alma eğilimlerindeki değişiklikler izlenmiştir. Sonuçta BRCA1 genindeki mutasyonun tespitine yönelik genetik test sonuçları pozitif çıkan kadınların, negatif sonuç alan ya da test yaptırmamış bulunan kadınlardan daha çok sigorta satın almadıkları gözlenmiştir.

²¹³Cremer (2010) ise Huntington ve HIV örneğinde yaptığı değerlendirmede sigortacının ödeme gücünü önemli ölçüde sarsacak nitelikte ters seçim tehlikesi ortaya çıkmaksızın sigorta ettireni korumak amacıyla bir takım test sonuçlarının beyan yükümlülüğü dışında bırakılabileceği görüşündedir, s. 107.

noktada çeşitlilik göstermektedir. Örneğin Amerika Birleşik Devletleri'ndeki düzenleme genetik bilginin tanımını kişinin ve kişinin aile fertlerinin genetik test sonuçlarından aile sağlık geçmişi sorgulamasına kadar geniş tutmakta, buna karşın İsviçre'de genetik test tanımı presemptomatik ve prenatal genetik testleri kapsamaktadır. Avusturya'da genetik test sonuçlarının kullanılması tamamen yasaklanmış, buna karşın Almanya'daki düzenlemede belli meblağların üzerindeki sigortalarda genetik test sonuçlarının sigortacı tarafından kullanılmasına olanak tanınmıştır. Anılan ülkelerdeki düzenlemelerin ve özel düzenlemelerin yapılmasından önce konunun ele alınış biçiminin değerlendirilmesi, Türkiye'deki durumun değerlendirilmesinde yol gösterici olacaktır.

3.1. Alman Hukukundaki Düzenlemeler

Alman hukukunda konu Genetik Teşhis Kanunu'nun 18'inci maddesi ile özel olarak düzenlenmiştir. Kanunun yürürlüğe girmesinden önce ise Sigorta Sözleşmesi Kanunu'nun sözleşme öncesi ihbar külfetini düzenleyen hükmü kapsamında konu ele alınmaktaydı.

3.1.1. Özel düzenleme öncesi dönemde Sigorta Sözleşmesi Kanunu

Genetik Teşhis Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden önceki dönemde soruna ilişkin çözüm arayışlarının ortaya konulması Türk hukuku açısından yol gösterici olacaktır. Bu noktada sorunun çözümü açısından Sigorta Sözleşmesi Kanunu'nun sözleşme öncesi ihbar külfetini²¹⁴ düzenleyen maddelerinin

²¹⁴Alman hukukunda Sigorta Sözleşmesi Kanunu'nun 19 maddesinde hukuki bir yükümlülüğün değil, bir külfetin söz konusu olduğu görüşü hakimdir. Bunun sonucu olarak sigortacının ilgili hususların ihbarını talep etme hakkı olmadığı gibi, ihbarın gereği gibi

incelenmesi gerekmektedir. Sigorta Sözleşmesi Kanunu'nun konuyu düzenleyen hükümleri 2008 yılında önemli değişiklikler geçirmiştir²¹⁵. Bu nedenle 2008 reformundan önceki ve sonraki hükümlerin ayrı ayrı incelenmesi faydalı olacaktır.

3.1.1.1. Genel olarak

Alman Federal Adalet Bakanlığı, 1908 tarihli Sigorta Sözleşmesi Kanunu'nda bir reform gerçekleştirmek amacıyla bir hükümet tasarısı hazırlaması için 07.06.2000 tarihinde bir komisyon oluşturmuştur. Komisyon, 30.05.2002 tarihinde bir ara rapor hazırlayarak Bakanlığa sunmuştur. Raporda genetik test sonuçlarının sigortacı tarafından kullanılması konusunda da değerlendirmeler yapılmış ve sigorta şirketlerinin genetik test sonuçlarını kullanmayacaklarına ilişkin taahhütleri dolayısıyla şimdilik bir yasal düzenlemenin gerekli olmadığı ifade edilmiştir.²¹⁶ Bu nedenle reform çalışmalarında genetik testlere ilişkin özel düzenlemeye yer verilmemiştir.

yapılmaması durumunda tazminat talep hakkı da söz konusu olmaz. Sigortacı lehine sadece Sigorta Sözleşmesi Kanunu'nun 19. maddesinin 2-4. fıkralarındaki haklar doğar. Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Looschelders (2011), s.553; T. Langheid (2010). § 19. *Münchener Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz Band 1* (Ed: T. Langheid ve M. Wandt). München: Verlag C.H. Beck, s. 1012; P. Schimikowski (2011). § 19. *Versicherungsvertragsgesetz* (Ed: W. Rüffer vd.). Baden Baden: Nomos, s. 212.

²¹⁵Gesetz zur Reform des Versicherungsvertragsrechts, 23.11.2007, BGBl. I S. 2631. Kanun'un büyük bir kısmı 01.01.2008 tarihinde yürürlüğe girdiği için 2008 reformu olarak anılmaktadır. 2008 reformuna kadar Sigorta Sözleşmesi Kanunu'nun 16 vd. maddelerinde düzenlenmiş olan ihbar külfeti, 2008 reformundan bu yana 19 vd. maddelerinde yer bulmaktadır.

²¹⁶Zwischenbericht der Kommission zur Reform des Versicherungsvertragsrechts vom 30 Mai 2002, http://www.hzv-uhh.de/index.php?eID=tx_nawsecuredl&u=0&file=fileadmin/Versicherungsrecht/VVG_Reform/Zwischenbericht_der_VVG-Kommission.pdf&t=1336399872&hash=65aece485fc10e0211497cca1c6bd1c6, s. 154, Erişim Tarihi: 06.05.2012. Ancak aynı raporun 150'nci sayfasında genetik testlerin niteliği ve teste tabi tutulacak ya da tutulmuş kişilerin aydınlatılmasına ilişkin yasal düzenlemelerin gerekliliğine de dikkat çekilmiştir.

Gerek 2008 reformu öncesinde gerekse sonrasında kanunun lafzı “sözleşme öncesi ihbar külfeti” şeklinde olsa da, burada söz konusu olan sadece sözleşmenin ilk kez yapılması sırasındaki ihbar külfeti değildir; aynı zamanda mevcut sigorta sözleşmesinde değişiklik yapılması ya da sözleşme süresinin uzatılması durumunda da ihbar külfetinin yerine getirilmesi gerekmektedir.²¹⁷ Sigorta ettirenin ihbar külfetini amacı, sigortacının primleri doğru hesaplayabilmesi²¹⁸ ya da sigorta talebini reddedebilmesi veya riziko istisnası kararlaştırabilmesi için, riziko hakkında olabildiğince bilgi edinmesini sağlamaktır. Kanun’un bu maddesi, tüm sigorta türleri için bir genel hüküm niteliğinde olmakla birlikte şahıs sigortaları açısından özel bir öneme sahiptir. Bunun nedeni ise, şahıs sigortalarında rizikonun daha çok sigorta ettirenin bireysel koşullarına bağlı olmasıdır. Sigortacıların, bu tür bilgileri kendi olanaklarıyla elde etmesi oldukça zordur. Gen teknolojisi gibi modern teknolojilerin sağlık sektöründe kullanımının artmasının da sigortacıların işini giderek zorlaştıracığı düşünülmektedir.²¹⁹

İhbar külfeti, sigorta ettiren tarafından, başkası hesabına sigortada ise sigorta ettirenin yanında sigortalı tarafından yerine getirilir. Kanuni temsilin söz konusu olduğu hallerde ihbar külfeti sadece yasal temsilci tarafından yerine getirilir.

²¹⁷Langheid (2010), s. 1019; H. Honsell (1999). *Berliner Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz*. Berlin: Springer, s. 344.

²¹⁸Alman hukukunda Sigorta Denetleme Kanununun (Versicherungsaufsichtsgesetz) 11’inci maddesinin 1’inci fıkrası ile sigortacıya hayat sigortalarında ve 12’nci maddesinin 1’inci fıkrasının 1 numaralı bendinde sağlık sigortalarında primi sigorta matematiğine uygun olarak hesaplama yükümlülüğü yüklenmiştir. Buna göre sigorta primleri, sigortacının kabul ettiği bütün sigorta sözleşmelerinden doğan yükümlülüklerini sürekli olarak yerine getirmesini temin edecek yükseklikte olmalıdır.

²¹⁹Karş. Looschelders (2011), s. 555.

3.1.1.2. 2008 Reformu öncesinde Sigorta Sözleşmesi Kanunu § 16

2008 VVG reformundan önce, ihbar külfetinin kapsamına ilişkin olarak § 16'da²²⁰ 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda kara sigortaları için öngörülen hükme benzer bir düzenleme bulunmaktaydı. Buna göre sigorta ettiren, sigortacı tarafından sorulmamış olsa dahi rizikoyla ilgili bildiği hususları ihbar etmekle yükümlüydü. Sigorta ettiren, rizikoyla ilgili önemli hususları öğrenmekten kasıtlı olarak kaçınmışsa, 16'ncı maddenin 2'nci fıkrası uyarınca sigortacının sözleşmeden cayma hakkı bulunmaktaydı. Sigorta ettirenin önemli hususu bilmeme konusunda kusurunun bulunmadığı durumlarda ise, Kanun'un 41'inci maddesine göre ya prim rizikoya uygun hale getirilebiliyor ya da sigortacı sözleşmeyi fesih hakkını kullanabiliyordu.

VVG § 16 anlamında ihbarı gereken hususlar sigortacının sözleşme yapma kararını etkileyecek nitelikteki önemli hususlar olarak karşımıza çıkmaktadır. Objektif ve sübjektif olarak önemli hususlar yanında belirti niteliğindeki hususların da ihbarının gerektiği kabul edilmektedir. Belirti niteliğindeki hususlar, önemli bir durumun varlığına işaret eden hususlardır.²²¹ 16'ncı maddenin birinci fıkrasına göre sigortacı tarafından açıkça ve yazılı olarak sorulmuş olan hususlar önemli sayılmaktadır. Ancak bir hususun sorulmamış olması önemli olmadığı anlamına gelmemektedir. Yani sigorta ettiren, sigortacı

²²⁰Sigorta Ettirenin İhbar Külfeti" başlığını taşıyan § 16 şöyledir:

"(1) Sigorta ettiren, sözleşmenin kurulması sırasında bildiği ve tehlikenin üstlenilmesi açısından önemli olan bütün hususları sigortacıya bildirmekle mükelleftir. Sigortacının sözleşme yapma veya kararlaştırılan içerikle yapma konusundaki kararını etkilemeye elverişli hususlar önemlidir. Sigortacının açıkça ve yazılı olarak sorduğu hususlar, şüphe halinde önemli sayılır.

(2) Bu hükme aykırı olarak önemli bir husus bildirilmemişse sigortacı, sözleşmeden cayabilir. Aynı durum, önemli bir hususun, sigorta ettiren o husus öğrenmekten kötünietli olarak kaçındığı için bildirilmemesi durumunda da geçerlidir.

(3) Sigortacının bildirilmeyen hususu bildiği veya o hususun sigorta ettirenin kusuru olmaksızın bildirilmediği hallerde cayma hakkı kullanılamaz."

²²¹Honsell (1999), s. 346; Ziegler (2008), genetik test sonuçlarını belirti niteliğindeki hususlar arasında değerlendirmektedir, s. 144.

tarafından sorulmamış olsa dahi önemli hususları bildirmekle yükümlüdür.²²² Bununla beraber ihbar külfeti kapsamında yer alan hususlar sadece sigorta ettiren tarafından bilinen hususlardır, dolayısıyla sigorta ettiren tarafından bilinmesi gereken hususlar ihbar külfeti kapsamında yer almamaktadır. Sigorta ettirenden önemli hususları araştırması beklenemez.²²³ Bu düzenleme tarzı, kanımızca, kişinin bilmeme hakkının korunması açısından isabetlidir. Öte yandan bir hususun sigortacı tarafından sorulmuş olması da onun önemli hususlardan sayılması için tek başına yeterli değildir. Sorulan hususun aynı zamanda objektif olarak da rizikonun belirlenmesi açısından gerekli ve bu amaca elverişli olması gerekir.²²⁴ Bu nedenle *Ziegler*'in haklı olarak ifade ettiği gibi, genetik test sonuçlarını önemli hususlardan sayan sigortacı, test sonuçlarını açıkça sormalıdır; ancak bu durumda bile genetik test sonuçlarının önemli hususlardan olmadığı ispatlanabilir.²²⁵

İhbarı gereken hususlar sözleşmenin kurulduğu ana kadar sigorta ettiren tarafından bilinen hususlardı. Dolayısıyla sigorta ettirenin teklifnameyi doldurmasından sözleşmenin kurulduğu ana kadar geçen sürede ihbar edilen hususlarda değişiklik meydana gelir ya da yeni önemli hususlar ortaya çıkarsa, sigorta ettiren bunları da ihbar külfeti kapsamında sigortacıya kendiliğinden bildirmekle yükümlüydü.²²⁶ Öte yandan bu hususlar aynı zamanda VVG §

²²²Taupitz (2000), s. 9; Buyten ve Simon (2003), s. 814; Berberich (1998), s. 52 ve 88; G. Rühl (2004). *Obliegenheiten im Versicherungsvertragsrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, s. 70; Ziegler (2008), s. 138.

²²³C. Finnern (2009). *Der Vertragsabschluss im Versicherungsrecht*. Saarbrücken: Südwestdeutscher Verlag für Hochschulschriften, s. 68; Berberich (1998), s. 52; Rühl (2004), s. 68; Ziegler (2008)'e göre kişinin, genetik test yapmaya yetkili kurum tarafından test sonuçları hakkında yeterince bilgilendirildiğinden bahisle genetik test sonuçlarının VVG § 16 anlamında önemli husus olduğunu bilmesi gerektiği varsayılarak beyan yükümlülüğünü ihlal ettiği söylenemez, s. 145.

²²⁴Taupitz (2000), s. 9; Buyten ve Simon (2003), s. 814; Honsell (1999), s. 354; Ziegler (2008), s. 139; Berberich (1998), s. 89.

²²⁵Ziegler (2008), s. 145-146; Ziegler (2009), s. 120.

²²⁶Finnern (2009), s. 69; Honsell (1999), s. 356; Ziegler (2008), s. 138.

29a²²⁷ hükmü gereği VVG § 23 vd. hükümlerine de tabi olduğundan bu zaman aralığında ortaya çıkan değişikliklere ilişkin olarak sigortacının sözleşme yapılması sırasındaki beyan yükümlülüğü ile sözleşmenin devamı sırasındaki beyan yükümlülüğünden doğan haklarının yarıştığı söylenebilir.²²⁸

İhbar külfetine ilişkin 2008 reformundan önce genetik bozuklukların ihbar külfeti kapsamına girip girmediği tartışmalıydı. Doktrinde, konuya ilişkin her iki yönde görüşler bulunmaktadır. Bazı yazarlar genetik test sonuçlarının açıklanması durumunda sigorta ettirenin yaşam planının büyük ölçüde olumsuz etkilenebileceği gerekçesiyle sigortacının, sigorta ettirenden genetik test yaptırmasını talep edemeyeceğini savunmaktadır²²⁹. Genetik test sonuçlarının sigortacı tarafından kullanılmasının kişinin bilmeme hakkını ihlal edeceği düşüncesinde olan *Buyten ve Simon*²³⁰, genetik test yaptırılmasının sözleşmenin ya da sözleşmeden doğan edimlerin yerine getirilmesinin ön şartı olarak kabul edilmesinin, kişinin ekonomik menfaatlerin objesi haline gelmesi sonucunu doğuracağını ifade etmektedirler.

Başka bir amaçla yaptırılmış olan genetik test sonuçlarına ilişkin olarak ise bazı yazarlar, Sigorta Sözleşmesi Kanunu'nun 16'ncı maddesi kapsamında yaptırılmış bulunan genetik test sonuçlarının da bildirilmesi gerektiğini ifade

²²⁷ "Teklifin Kabulünden Önce Rizikonun Ağırlaşması" § 29a şöyledir:

"§§ 23-29 hükümleri, teklifin yapılması ile kabulü arasındaki zamanda ortaya çıkan ve sigortacı tarafından başvurunun kabulü sırasında bilinmeyen riziko ağırlaşmaları hakkında da uygulanır."

²²⁸Honsell (1999), s. 356.

²²⁹*Praeve* (1992)'e göre sigortacı tarafından genetik test uygulaması talep edilmesinin temelinde yalnızca ekonomik kaygılar yer almaktadır. Sigortacının bu hakkı kabul edildiğinde kişinin verileri üzerinde belirleme hakkını fiilen kullanmasına olanak kalmamaktadır, s. 283. *Finnern* (2009)'e göre, olası genetik bozukluklar sigortacı tarafından riziko analizinde dikkate alınmadığından ihbar külfeti kapsamında bildirilmesi de gerekmez, s. 99.

²³⁰*Buyten ve Simon* (2003), yazarlara göre bu durumda gerçek anlamda ilgilinin inisiyatifinden söz edilemeyeceği için şekli olarak rızanın aranması da kişinin bilmeme hakkını korumaya yetmeyecektir, s. 815.

etmektedirler.²³¹ Bu yazarlardan kimileri sigorta başvurusunda bulunan kişinin genetik durumundan haberdar olmasının asimetrik bilgi sorununa yol açacağını ifade etmektedirler. Bilgi asimetrisinin yol açacağı ters seçim sorununun ortadan kaldırılabilmesi için *Brinkmann*'a göre genetik test sonuçlarının sigorta şirketleri tarafından kullanılmasına izin verilmelidir.²³² Yazara göre § 16 hükmünde yasa koyucu önemli hususa ilişkin bilginin hangi yöntemle elde edildiğini de gözetmemiştir. Bu nedenle genetik test sonucu elde edilen bilgilerin de beyan yükümlülüğü kapsamında yer aldığı kabul edilmelidir.²³³ *Ziegler*'e göre de genetik test sonuçlarının sigortacı tarafından riziko analizinde kullanılmasına ilişkin tartışmada bir tarafta sigortacının ve riziko topluluğunun menfaati korunurken diğer tarafta sigortalının verileri üzerinde belirleme hakkı sınırlanmaktadır. Yazara göre VVG § 16 hükmü kapsamında genetik test sonuçlarının da bildirilmesi gerektiğinin kabulü halinde sigortalının verileri üzerinde belirleme hakkına orantısız müdahale edildiği söylenemez. Bu nedenle genetik test sonuçlarının da beyan yükümlülüğü kapsamında olduğu kabul edilmelidir.²³⁴ Max-Planck Enstitüsü tarafından Adalet Bakanlığı'nın talebi üzerine hazırlanan raporda da genetik test sonuçlarının sigorta sözleşmelerinde tamamen yasaklanması için akılcı bir gerekçe bulunmadığı ifade edilmiştir. Rapora göre yalnızca veri koruması ve

²³¹Honsell (1999), s. 346; J. P. Bauer (1993). Grundprobleme der Genomanalyse im Zivilrecht. *Bioethik und Menschenrechte*, Köln: Carl Heymanns Verlag, s. 96.; *Taupitz* (2000), genetik testlerin sağlık bilgilerine ulaşmayı sağlayan diğer yöntemlerden farklı olmadığı gerekçesiyle kişinin genetik verileri üzerinde belirleme hakkına dayalı olarak test sonuçlarının sigortacılar tarafından kullanılmasının yasaklanamayacağını ifade etmektedir, s.29. Yazara göre sigortacının § 16 çerçevesinde sahip olduğu soru sorma hakkı genetik testleri de kapsamaktadır, s. 45; Spranger (2000), s. 821, yazar, burada ilgili kişinin mevcut bir hastalığın bilgisine sahip bir kimsede olduğu gibi haklı olarak farklı muameleye tabi tutulduğu görüşündedir.

²³²Yazara göre ters seçim sonucunda sigorta primlerinde artış ortaya çıkacağından sigorta, ortalama tüketici için daha pahalı hale gelir ve cazip olmaktan çıkar, s. 230; *Breyer ve Bürger* (2005) de aynı gerekçeyle genetik test sonuçlarının kullanılmasına izin verilmesi gerektiğini savunmaktadırlar, s. 93.

²³³Brinkmann (2006), s. 39.

²³⁴Ziegler (2008), s. 152-160.

ters seçim sorununun çözümü için tedbir alınması gerekmektedir. Gen araştırmaları alanındaki hızlı gelişmeler karşısından tamamen yasaklayıcı bir düzenlemeye gitmek yerine pek çok ülkede sigorta şirketleri birliklerinin aldığı kararlarda olduğu gibi belli bir süreyi kapsayan düzenlemeler yapılması düşünülmelidir.²³⁵ *Taupitz*²³⁶ de sosyal sigortaların genetik bozuklukları dikkate almaksızın yeterli himaye sağladığı ülkelerde genetik test sonuçlarının özel sigortalarda kullanımının yasaklanmasına gerek olmadığını ifade etmektedir.

Buna karşın kimi yazarlar, başka bir amaçla yaptırılmış bulunan genetik test sonuçlarının da sözleşme öncesi beyan yükümlülüğü kapsamında yer almaması gerektiği görüşündedirler. *Fisahn*'a²³⁷ göre genetik test sonuçlarının riziko analizinde kullanılması sonuçta prim tutarlarının yükselmesine yol açacağından genetik riziko potansiyeli yüksek olan kişiler sistem dışına itilecektir. Sosyal sigorta sisteminin özelleştirilmesi eğilimi ile birlikte düşünüldüğünde ve Alman sosyal devlet anlayışının en belirgin ayağından birinin sosyal güvenlik sistemi olduğu düşünüldüğünde, bu durum aslında sosyal devlet ilkesi açısından da önemlidir. Bazı yazarlar ise bu konuda sigortanın türüne göre ayırım yapmaktadırlar. *Deutsch*²³⁸, genetik test sonuçlarının hastalık sigortasında kullanılması, hayat sigortasında ise kullanılmaması gerektiği görüşündedir. Yazara göre hayat sigortası, bir yaşlılık güvencesi olarak sosyal açıdan önemli bir işleve sahiptir. Bu nedenle de

²³⁵Max-Planck-Institut (2002), s. 135 ve 139; Aynı doğrultuda Uyanık-Çavuşoğlu (2003), s. 849.

²³⁶Taupitz (2000), s. 41. Yazara göre genetik bozuklukları olan kişilerin dayanışma yoluyla korunması, sözleşme serbestisine göre işleyen özel sigorta sisteminin değil sosyal sigorta sisteminin işidir, bkz. M. Kutzner (2000). Genetik in der Lebens- und Krankenversicherung. *Versicherungsmedizin*, 4, s. 199; Aynı doğrultuda Ziegler (2008), s. 137; Ziegler (2009), s. 120.

²³⁷A. Fisahn (2001). Ein unveraeusserliches Grundrecht am eigenen genetischen Code. *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 34(2), s. 52, dn. 36.

²³⁸E. Deutsch (1986), hastalık sigortasının zarar sigortası, buna karşın hayat sigortasının meblağ sigortası olmasından hareket etmektedir. Yazara göre hastalık sigortasında sigortalı, bir meblağ birikimi hedeflememektedir, aksine amacı uğradığı zararın giderilmesidir. Bu nedenle de sigortacının rizikoyu tam olarak değerlendirmesine olanak tanınmalıdır, Die Genomanalyse: Neue Rechtsprobleme. *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 1, s.4.

herkesin mümkün olduğunca sisteme girişi teşvik edilmelidir. Oysa genetik test sonuçlarının riziko analizinde kullanılması sigortanın yaygınlaşmasını engelleyecektir. Buna karşın *Hausheer*²³⁹, hastalık sigortasını hayati açıdan daha önemli olarak nitelemekte, bu nedenle de genetik test sonuçlarına bağlanmaması gerektiğini ifade etmektedir. *Knappmann*²⁴⁰, sosyal güvence olarak önem taşıyan sigortalarda kişinin bilmeme hakkına üstünlük tanınması gerektiğini ifade etmekte ve bu sigortalar arasında hayat sigortası, sağlık sigortası ve iş göremezlik sigortasını saymaktadır.

Özel düzenleme yapılmasından önceki dönemde genetik test sonuçlarının riziko analizinde kullanılmasına ilişkin değerlendirmelerde Sigorta Sözleşmesi Kanunu'nun doktor muayenesine ilişkin § 160 hükmü de sıklıkla göz önüne alınmaktadır. Anılan düzenleme, sigortacı ile sigorta ettiren arasında sigortalının sözleşmenin kurulmasından önce doktor muayenesine tabi olacağı kararlaştırılmış olsa bile, sigortacının doktor muayenesini talep edemeyeceğini hükme bağlamaktadır. Görüldüğü üzere böyle bir anlaşmanın varlığı halinde dahi sigortalı, doktor muayenesine zorlanamamaktadır. Doktrinde, genetik test yaptırılmasının kararlaştırılmış olması halinde de bu hükümden hareketle sigortalının test yaptırmaya zorlanamayacağı kabul edilmektedir. Gerçekten de hakim görüşüne göre § 160 çerçevesinde, kişinin genetik test yaptırmaya zorlanması mümkün değildir.²⁴¹ Ancak Alman sigorta hukukunda da hakim olan sözleşme özgürlüğü çerçevesinde sigortacının böyle bir durumda sözleşme yapma talebini reddetmesi mümkündür. Bu durumun ise tüm sigorta

²³⁹Hausheer (1999). Ein schweizerischer Vorentwurf zu einem Humangenetik gesetz. *Festschrift für Erwin Deutsch* (Ed: H.J. Ahrens). Köln: Heymanns s. 605.

²⁴⁰U. Knappmann (2009). § 14. *Versicherungsrechts-Handbuch* (Ed: R. M. Beckmann ve A. Matusche-Beckmann). Münih: Beck Juristischer Verlag, s. 720.

²⁴¹Brinkmann (2006), s. 33; *Taupitz* (2000) ise bu konuda Alman hukukunda hukuki bir zorlama olmadığını, fiili zorlamanın ise toplumun az bir kesimi tarafından özel sigorta yaptırıldığı ve sosyal devlet açısından gerekli olan sigorta himayesini sağlayan sosyal sigortalarda da genetik test sonuçları dikkate alınmadığı için hukuken önemsiz olduğunu ifade etmektedir, s. 24.

şirketlerinin sözleşme öncesi genetik test talep etmesi halinde, genetik test yaptırmayı kabul etmeyen kimselerin yüksek prim ödemek zorunda kalması veya sözleşme yapamaması sonucunu doğuracağı açıktır.²⁴²

3.1.1.3. 2008 Reformundan sonra Sigorta Sözleşmesi Kanunu § 19

19'uncu maddenin²⁴³ 1'inci fıkrası ihbar külfetinin kapsamını sigortacının yazılı olarak sorduğu önemli tehlike halleriyle sınırlamaktadır. Dolayısıyla ihbar külfeti için iki koşul öngörülmüştür. Öncelikle ihbarı gereken husus sigortacı tarafından sorulmuş olmalıdır. Böylelikle sigortacı tarafından sorulmuş olmadıkça, sigorta ettirenin bir hususu kendiliğinden ihbar etme yükümlülüğü artık bulunmamaktadır.²⁴⁴ İkinci olarak da, sigortacı tarafından

²⁴²Aynı doğrultuda Brinkmann (2006), s.34.

²⁴³"İhbar Külfeti" başlığını taşıyan § 19 şöyledir:

"(1) Sigorta ettiren, sigortacının yazılı olarak sorduğu ve sözleşme yapma iradesini açıkladığı ana kadar bildiği hususlardan sigortacının sözleşmeyi kararlaştırılan içerikte yapma konusundaki kararı açısından önemli olabilecek hususları sigortacıya bildirmekle yükümlüdür.

(2) Sigorta ettiren, birinci fıkradaki külfetini ihlal ederse sigortacı, sözleşmeden cayabilir.

(3) Sigorta ettirenin ihbar külfetinin ihlalinde kastı veya ağır ihmali yoksa sigortacı, sözleşmeden cayamaz. Bu durumda sigrtacının bir ay içinde sözleşmeyi feshetme hakkı vardır.

(4) Sigortacı, bildirilmeyen hususları bilmesi durumunda farklı koşullarla da olsa sözleşme yapacak idiyse külfetin ağır ihmalle ihlali nedeniyle cayma ve 3'üncü fıkranın 2'nci cümlesine göre fesih hakkını kullanamaz. Yeni koşullar, sigortacının talebi halinde geçmişe etkili olarak ve sigorta ettirene yüklenemeyecek bir nedenle külfetin ihlali halinde de içinde bulunulan sigorta döneminden itibaren sözleşmenin parçası haline gelir.

(5) Sigortacı, 2 ila 4'üncü fıkralardan doğan haklarını, ancak sigorta ettireni ihbar külfetinin ihlalinin sonuçları hakkında özel olarak yazılı şekilde bilgilendirmiş olması halinde kullanabilir. Sigortacı, bildirilmeyen ya da yanlış bildirilen hususu biliyorsa haklarını kullanamaz.

(6) 4'üncü fıkranın 2'nci cümlesindeki durumda sözleşme değişikliği ile prim yüzde ondan fazla artmışsa ya da sigortacı bildirilmeyen hususu teminat dışı bırakmışsa sigorta ettiren, sigortacının bildiriminin kendisine ulaşmasından itibaren bir ay içinde sözleşmeyi herhangi bir süre vermeksizin feshedebilir. Sigortacı, bildiriminde sigorta ettirenin bu hakkını da bildirmekle yükümlüdür."

²⁴⁴Ziegler (2009), s. 120; Finnern (2009)'a göre bu yeni düzenleme ile tüketicinin korunması açısından önemli bir adım atılmıştır. Çünkü sigorta ettiren artık bir hususun önemli olup olmadığı konusundaki yanlış öngörülerini nedeniyle mağdur olmayacaktır, s. 266; Aynı doğrultuda Gerekçe, s. 64; Looschelders (2011), s. 559; Cremer (2010), s. 145; Brand (2009), s. 716; Langheid (2010), s. 1023; Knappmann (2009), s. 713; Schimikowski (2011), s. 214.

yazılı olarak sorulan husus sözleşme açısından önemli olmalıdır.²⁴⁵ Eski düzenlemeden farklı olarak, bir hususun sigortacı tarafından sorulmuş olması artık onun önemli olması için yeterli değildir. Zira önemli hususun somut durumdaki sigortacı için önemli olması yeterli olmayıp objektif olarak da önemli olması gerekmektedir.²⁴⁶ Burada objektiflikten kasıt, o hususun bilgili bir sigortacının sözleşme yapma kararı üzerinde etkili olmasıdır.²⁴⁷

Reform sonrası düzenleme, eski düzenlemeden farklı olarak, sadece sigorta ettiren tarafından bilinen hususların beyanını öngörmektedir. Yani sigorta ettirenin bilmesi gereken hususların beyanı gerekmemekte ve sigorta ettirene bir araştırma yükümlülüğü yüklenmemektedir.²⁴⁸

Sigortacı tarafından hazırlanan soru formu, bizzat sigorta ettiren tarafından doldurulabileceği gibi, sigortacı veya acente tarafından okunan sorulara sigorta ettirenin verdiği cevapların yazılması şeklinde de ihbar külfeti yerine getirilebilir.²⁴⁹

Sigorta ettirene yöneltilen soruların olabildiğince somut ve anlaşılır olması gerekir. Soruların yorumu sigorta genel şartlarının yorumunda olduğu gibidir. Ortalama bir sigorta ettirenin sorulara vereceği anlam esas alınır. Sorular kural olarak dar yorumlanmalıdır. Ayrıca “herhangi bir hastalık ya da şikayetiniz var mı?” gibi genel sorular örneklerle somutlaştırılmalıdır.²⁵⁰

Sigorta ettiren, sigortacının sözleşme yapma konusundaki kararı açısından önemli hususları ihbar etmekle yükümlüdür. Durumun önemli olup

²⁴⁵Cremer (2010), s. 146; Schimikowski (2011), s. 213.

²⁴⁶P. Reusch (2007). Die vorvertraglichen Anzeigepflichten im neuen VVG 2008. *Versicherungsrecht*, 28, s. 1314; Langheid (2010), s. 1025.

²⁴⁷Looschelders (2011), s. 563; Cremer (2010), s. 148-149.

²⁴⁸H. Müller (2009). § 44. *Versicherungsrechts-Handbuch* (Ed: R. M. Beckmann ve A. Matusche-Beckmann). Münih: Beck Juristischer Verlag, s. 2744.

²⁴⁹Böyle bir durumda soruların sigorta ettiren tarafından yeterince anlaşılmasına ve zaman sıkıntısı olmaksızın rahatça cevaplanmasına dikkat edilmelidir. Aksi takdirde yazılı şekilden beklenen yarar gerçekleştirilmiş olmaz. Aynı doğrultuda Looschelders (2011), s. 560.

²⁵⁰Brand (2009), s. 717; Knappman (2009), s. 716.

olmadığının tespitinde somut olaydaki sigortacı açısından önemli olup olmadığından çok objektif olarak önemli olup olmadığına bakılır.²⁵¹ Bu anlamda sorulan husus sigorta matematiği açısından bir değere sahip değilse veya o hususun sorulması kanunla yasaklanmışsa § 19 çerçevesinde o hususun beyanı gerekmez.²⁵² Hastalık sigortası açısından sigortalının sözleşmenin yapılması sırasındaki ve bunun öncesindeki sağlık durumu önemli hususlardandır.²⁵³

2008 VVG reformu ile ihbar külfeti konusunda yapılan bir değişiklik de ihbar zamanı ile ilgilidir. Reform öncesi, sigorta ettiren sözleşmenin kurulması anına kadar bildiği ya da bilmesi gereken hususları ihbarla yükümlü iken, yeni düzenlemeye göre sadece sözleşme iradesini açıkladığı anda mevcut hususları ihbarla yükümlüdür. Sigorta ettirenin iradesini açıkladığı anla sözleşmenin kurulduğu an arasında ortaya çıkan hususlar ise yalnızca talep halinde ihbar külfetinin kapsamına girmektedir.²⁵⁴ Ayrıca arada kalan bu sürede ortaya çıkan değişiklikler, riziko ağırlaşmasına ilişkin § 23 hükmünde yapılan değişiklik ile aynı zamanda bu hüküm kapsamına da alınarak tamamen değerlendirme dışı kalmasının önüne geçilmiştir.²⁵⁵ Bu nedenle sigorta ettirenin iradesini açıkladığı an ile kabul arasında ortaya çıkan değişiklikler, sigortacı tarafından § 19 hükmünün ilk fıkrasının ikinci cümlesi çerçevesinde sorulması halinde, hem

²⁵¹Looschelders (2011), 563.

²⁵²Cremer (2010), s. 150; Brand (2009), s. 717; *Kubiak* (2008)'in de haklı olarak ifade ettiği gibi § 19'a ilişkin değerlendirmelerde de Anayasa ve uluslararası sözleşmeler dikkate alınmalı ve beyan yükümlülüğünün kapsamı bu doğrultuda tespit edilmelidir, s. 77.

²⁵³H. Müller (2009), s. 2743.

²⁵⁴Müller (2009), s. 2743; *Reusch* (2007) bu düzenlemeyi isabetli bulmaktadır. Yazara göre eski düzenlemenin yürürlükte olduğu dönemde sigorta ettirenler başvuru zamanıyla sözleşmenin kurulması arasında geçen sürede ortaya çıkan değişiklikleri beyan yükümlülüğünden tam olarak haberdar olmadıkları için zarar görmekte idiler. Yeni düzenlemede ise bu zaman aralığına ilişkin beyan yükümlülüğü yalnızca sigortacının yazılı olarak sorması durumunda mevcut olmaktadır, s. 1313.

²⁵⁵Bu konuda bkz. aşağıda s. 173 vd.

sözleşmenin kurulması sırasındaki beyan yükümlülüğünün hem de riziko ağırlaşmalarının beyanı yükümlülüğünün kapsamında yer alacaktır.²⁵⁶

Hastalık ve hayat sigortası açısından genetik test sonuçlarının kullanılmasına ilişkin olarak yapılacak olan değerlendirmede *Baumann*²⁵⁷, 2008 reformu öncesi düzenlemeye ilişkin olmakla birlikte, sözleşmenin kurulmasından sonra bir hastalığın ortaya çıkmasının § 23 anlamında riziko ağırlaşması²⁵⁸ olarak değerlendirilmesi gerektiği düşüncesindedir. Eğer böyle bir husus sözleşmenin kurulması sırasındaki beyan yükümlülüğü çerçevesinde ele alınacak olursa sözleşme öncesi beyan yükümlülüğü ile riziko ağırlaşması arasındaki sınır ortadan kaldırılmış olur. Bu nedenle genetik test sonuçlarını da kapsayacak ölçüde geniş bir riziko analizi Kanun'un sistemini alt üst eder. Zaten hastalık ve hayat sigortalarında, bu sigorta türlerinin özel niteliğinden dolayı, sigortacı, bir takım hastalıkların sözleşmenin devamı sırasında ortaya çıkması rizikosunu üstlenmektedir.²⁵⁹ Kanun koyucu da bu nedenle riziko ağırlaşmasına ilişkin hükümlerin hastalık sigortasında uygulanmaması, hayat sigortalarında ise sınırlı olarak uygulanması yolunu seçmiştir.²⁶⁰ Ancak *Cremer*'in²⁶¹ de isabetli olarak belirttiği gibi, sadece gerçekleşip gerçekleşmeyeceği belirsiz olan değil, gerçekleşeceği bilinmekle beraber ne zaman gerçekleşeceği bilinmeyen rizikolar için de sigorta yapılabilir. Öte yandan yazara göre prediktif sağlık bilgileri sadece gelecekte riziko ağırlaşması olarak ortaya çıkacak hususları değil, sözleşmenin yapıldığı sırada gizli kalmış tehlikeleri de açığa çıkarmaya yaramaktadır. Bu nedenle de sözleşmenin

²⁵⁶Aynı doğrultuda W.Wrabetz ve P. Reusch (2010). §§ 23-27. *Münchener Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz Band 1* (Ed: T. Langheid ve M. Wandt). München: Verlag C.H. Beck, s. 1134.

²⁵⁷Baumann (2002), s. 169.

²⁵⁸Riziko ağırlaşması konusunda bkz.aşağıda s. 169 vd.

²⁵⁹Aynı doğrultuda Scherrer (2012), s. 333; Berberich (1998), s. 185.

²⁶⁰Baumann (2002), s. 178.

²⁶¹Cremer (2010), s. 152; Aynı doğrultuda Taupitz (2000), s. 33; Kubiak (2008), s. 59.

kurulması sırasındaki beyan yükümlülüğü çerçevesinde ele alınması kanun koyucunun çizdiği sınırların ortadan kaldırılması olarak nitelenemez.

Genetik test sonuçları konusunda bir değerlendirme yapabilmek için, genetik test sonuçlarının öncelikle objektif olarak önemli olup olmadığına bakmak gerekir. Genetik test sonuçları istatistiksel açıdan kişinin hastalık riskinde değişikliklere yol açacak ya da hastalık olasılığına ilişkin ipucu verecek nitelikte ise önemli hususlardan sayılır. Sigorta şirketlerinin genetik test sonuçlarını açıkça sormaları durumunda Sigorta Sözleşmeleri Kanunu'nun 19'uncu maddesindeki ikinci şart da gerçekleşmiş olacaktır.²⁶² Doktrinde bu durumda prediktif genetik test sonuçlarının talep edilmesi ve kullanılmasının sigorta ettirenin Anayasa'nın 2'nci maddesinin 1'inci fıkrasında ifadesini bulan kendi geleceğini belirleme hakkını ihlal edip etmeyeceği tartışılmıştır. Hakim görüş genetik test sonuçlarının kullanılmasının kişinin sigorta yaptıramaması sonucuna yol açacağı gerekçesinden hareketle, sigorta şirketlerinin genetik test sonuçlarını talep etmemesi gerektiği yönündedir.²⁶³ Doktrinde bir grup yazar ise ters seçim ve bilgi asimetrisi sorunlarına değinerek, sigorta şirketlerinin prediktif genetik test talep etmelerine anayasal bir engel olmadığı görüşündedir.²⁶⁴ Brand²⁶⁵ ise kişiye aile sağlık geçmişinin sorgulanması sonucu ortaya çıkabilecek prediktif sağlık bilgilerinin aksini genetik test sonuçları ile ortaya koyabilme olanağını sağlayacağı gerekçesiyle genetik test sonuçlarının

²⁶²Kubiak (2008), s. 56-57.

²⁶³C. Rolfs (2008). §§ 19-22. *Bruck/Möller Versicherungsvertragsgesetz Grosskommentar* (Ed: H. Baumann; R. M. Beckmann; K. Johannsen; R. Johannsen). Berlin: De Gruyter Recht, s. 645; Langheid (2010), s. 1016; Genetik Teşhis Kanunu'ndan hiç bahsetmeyen Knappmann (2009), prediktif genetik test sonuçlarının talep edilmesi durumunda kişinin genel olarak kişilik haklarından ve özel olarak kendi kaderini tayin hakkından kaynaklanan bilmeme hakkının ihlal edileceği görüşündedir. Yazara göre kişi zaten bir prediktif genetik test yaptırmışsa, bilmeme hakkından feragat etmiş olacağından, bu test sonuçlarının bildirilmesini sigortacı talep edebilmelidir, s. 720.

²⁶⁴Karş. Looschelders (2011), s. 566; Ziegler (2009), s. 122; R. Hess ve B. Höke (2009). § 29. *Versicherungsrechts-Handbuch* (Ed: R. M. Beckmann ve A. Matusche-Beckmann). Münih: Beck Juristischer Verlag, s. 1546.

²⁶⁵Brand (2009), s. 719.

kullanılmasının yasaklanmaması gerektiğini savunmaktadır. *Kubiak*'a²⁶⁶ göre genetik testler açısından temel sorun, bu testlerin sonucunda elde edilen bilgilerin hassas nitelikte olup daha yüksek bir koruma düzeyini gerektirmeleridir. Bu nedenle aslında yeterli bir veri korumasının sağlanması halinde test sonuçlarının sigorta sözleşmelerinde kullanılmasında bir sakınca bulunmamaktadır.²⁶⁷ Yazara göre § 19/1 çerçevesinde genetik bozuklukların da prediktif amaçlı ya da tanı amaçlı olup olmadığına bakılmaksızın beyanı gerekir. Ancak bu şekilde tarafların bilgi düzeyi arasındaki fark giderilebilir ve sigortacının rizikoya ilişkin sağlıklı bir değerlendirme yapması sağlanabilir. Bu nedenle daha önce yaptırılmış bulunan genetik test sonuçları, § 19/1 anlamında beyan yükümlülüğü kapsamında yer almaktadır.²⁶⁸ Öte yandan yazar, genetik test yaptırılmasının sözleşmenin ön şartı olarak öngörülemeyeceğini ifade etmektedir. Yazara göre doktor muayenesine ilişkin § 151 hükmü buna

²⁶⁶Kubiak (2008), s. 81-82.

²⁶⁷*Kubiak* (2008)'a göre Alman Sigorta Sözleşmesi Kanunu'nun reform sonrası § 213 hükmünde yer alan sıkı koşullara bağlı kalınması durumunda bu koruma sağlanmış olacaktır, s. 90. Alman Sigorta Sözleşmesi Kanunu'nun "Kişinin Sağlık Bilgilerinin Üçüncü Kişiler Tarafından Toplanması" başlığını taşıyan § 213 hükmü şöyledir: " (1) Kişinin sağlık bilgilerinin sigortacı tarafından edinilmesi yalnızca doktorlar, hastaneler ve diğer sağlık çalışanları, bakımevleri ve bakıcılar, diğer sigorta şirketleri ve sosyal sağlık sigortası kurumları ile meslek birlikleri ile resmi makamlar üzerinden gerçekleştirilebilir; bunun için verilerin bilinmesi sigortalanan rizikonun ya da ödenecek tazminatın tespiti açısından gerekli olmalıdır ve ilgili kişinin rızası bulunmalıdır.

(2) Birinci fıkranın gereği olan rıza sözleşme yapma konusundaki beyandan önce verilebilir. İlgili kişi, 1'inci fıkraya uygun olarak gerçekleştirilecek bilgilendirmeden önce haberdar edilir, kişi bilgilendirmeye karşı çıkabilir.

(3) İlgili kişi, bilgi toplanmasının, her bir bilgi toplamaya ayrıca rıza göstermek koşuluyla gerçekleşmesini her zaman talep edebilir.

(4) İlgili kişiye, bilgi toplanmadan haberdar edildiği sırada 2'inci fıkra gereği itiraz hakkının bulunduğu bildirilir." Anılan hükümle kişinin her bir bilgi toplama işleminden önce haberdar edilmesi ve kişiye itiraz hakkının tanınmış olması son derece isabetlidir. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun hazırlanması sırasında sigorta ettirenin veri güvenliğinin sağlanması açısından Alman Sigorta Sözleşmesi Kanunu'ndaki bu düzenlemeye benzer bir düzenlemeye yer verilmesi ihtiyaçlara uygun olabilirdi. Zira İsviçre'de de devam eden Sigorta Sözleşmesi Kanunu'na ilişkin revizyon çalışmalarında veri korumasına ilişkin bir hükme de yer açılmıştır. Bu konuda bkz. aşağıda s. 110 vd.

²⁶⁸Kubiak (2008), s. 124.

engeldir.²⁶⁹ Kanımızca § 19/1 hükmü çerçevesinde yapılacak değerlendirme de aynı sonucun kabulünü zorunlu kılmaktadır. Zira hüküm, sigorta ettiren tarafından bilinen hususların beyanını öngörmektedir. Bu noktada sigorta ettirenin bilmesi gereken hususlar artık beyan yükümlülüğü kapsamında yer almadığı için sigorta ettirenin herhangi bir şekilde öğrenme yükümlülüğü de bulunmamaktadır.²⁷⁰ Hükümün yeni hali, genetik testler açısından ele alındığında, kişinin bilmeme hakkı ile uyumlu bir nitelik sergilemektedir.²⁷¹

3.1.1.4. Alman Sigorta Şirketleri Birliği'nin genetik test sonuçlarını kullanmama kararı

Genetik Teşhis Kanunu'nun yürürlüğe girmesine kadar genetik test sonuçlarının sigorta sözleşmelerinde kullanılıp kullanılmayacağı konusu, Alman Sigorta Şirketleri Birliği'nin 31.12.2011 tarihine kadar yüksek meblağlı olmayan sigorta sözleşmelerinde prediktif genetik test sonuçlarını kullanmayacaklarına dair hukuken bağlayıcı olmayan²⁷² kararıyla²⁷³ çözümlenmiştir.²⁷⁴ Kararda yüksek meblağlar için yapılan sigortalar açısından

²⁶⁹Kubiak (2008), s. 145, bununla birlikte yazar, kişinin genetik test yaptırmaya hukuken zorlanamaması nedeniyle genetik testlerin sözleşmenin ön şartı olarak öngörülmesinin kişinin bilmeme hakkını ihlal etmeyeceği görüşündedir, s. 147.

²⁷⁰Aynı doğrultuda Ziegler (2009), s. 119.

²⁷¹Aynı doğrultuda P. Praeve (2009). Das Gendiagnostikgesetz aus versicherungsrechtlicher Sicht. *Versicherungsrecht*, 19. s. 861.

²⁷²Scherrer (2012), s. 61; Ziegler (2009)'a göre karar sadece taraflar arasında hüküm ifade etmektedir, s. 121.

²⁷³Freiwillige Selbstverpflichtungserklärung der Mitgliedsunternehmen des Gesamtverbandes der Deutschen Versicherungswirtschaft e. V., http://www.oeco-capital.de/oec/files/pdf20/gentest_744.pdf, Erişim Tarihi: 01.09.2012. Kararın, Avrupa Birliği Antlaşmasının 81'inci maddesi (yeni Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma m. 101) anlamında rekabete aykırılık oluşturduğu konusunda bkz. Ziegler (2009), s. 121.

²⁷⁴Söz konusu taahhüdün yasa koyucudan gelecek olası bir yasaklayıcı düzenlemenin önüne geçmek olduğuna ilişkin bkz. Brinkmann (2006), s. 45; Cremer (2010), s. 128; Buyten ve Simon (2003), s. 817; Kubiak (2008), s. 126; Scherrer (2012), kararın CDU/CSU parti gruplarının Haziran

istisna öngörülmüştür. Buna göre sigorta şirketleri 250.000 avronun altındaki hayat sigortaları ile yıllık 30.000 avroyu aşmayan malullük, sürekli iş göremezlik ve bakım sigortalarında genetik test sonuçlarını değerlendirmeyeceklerini taahhüt etmişlerdir. Hastalık sigortalarında ise prediktif genetik test sonuçları kullanılmayacaktır. Böylelikle taahhüt kapsamında yer alan sigortalar açısından genetik testler § 19'un bir istisnasıdır. Ancak bu taahhüde rağmen, sigorta şirketleri genetik nedenli bir hastalığın varlığını genetik test dışında bir yöntemle öğrenirlerse, bunu riziko analizinde değerlendirebileceklerdir.²⁷⁵ Sigorta şirketleri bu karara uygun davranarak bugüne kadar prediktif genetik test talep etmedikleri ve sonuçları kullanmadıkları için uygulamada genetik testlere ilişkin olarak önemli bir sorun çıkmamıştır. Ancak bu noktada, belirtilen kararla sigorta sektörünün yalnızca bir süreliğine VVG § 16 çerçevesinde sahip olduğu hakkı kullanmaktan vazgeçtiği, yani aslında § 16 çerçevesinde genetik test sonuçlarını sorma ve değerlendirme hakkına sahip olduğu düşüncesinden hareket ettiği ifade edilmektedir.²⁷⁶

Hemen belirtmek gerekir ki Alman Sigorta Şirketleri Birliğinin anılan kararı yalnızca prediktif genetik testlere ilişkindir.²⁷⁷ Bu açıdan sigortacılar,

2001'de ilettikleri yasal düzenleme teklifinin ardından kabul edilmiş olduğuna dikkati çekmektedir, s. 125.

²⁷⁵Aynı doğrultuda Looschelders (2011), s. 567. J. Prölss (2010)'e göre zaten ortaya çıkmış bir hastalığın teşhisine yönelik olarak genetik bozukluklar hakkında da bilgi veren bir test uygulanmış olması halinde Sigorta Şirketleri Birliği'nin anılan kararının bir önemi olmayacaktır, §§ 1-32. *Prölss/Martin Versicherungsvertragsgesetz*. München: Verlag C.H. Beck., s. 224. Kanımızca bu durumda prediktif genetik test söz konusu olmayacağı için, yazarların sözünü ettiği durum anılan kararın kapsamında yer almamaktadır; *Kubiak* (2008)'e göre Sigorta Şirketleri Birliği'nin anılan kararına aykırı olarak sigorta ettirene genetik test sonuçlarına ilişkin soru yöneltilmesi durumunda, sigorta ettiren bu soruyu yanıtlamaktan kaçınabileceği gibi gerçeğe aykırı olarak da yanıtlayabilir, s. 134.

²⁷⁶Damm (2007), s. 153.

²⁷⁷Hamm Yüksek Eyalet Mahkemesi de kararın prediktif genetik test sonuçlarına ilişkin olduğunu, bu nedenle klinik olarak ortaya çıkmış bir hastalığın tespitine yönelik olarak yapılmış olan tanı amaçlı genetik test sonuçlarının açıklanması yükümlülüğünü ortadan

genetik bozukluklara dayalı olan ama kan testi gibi başka yöntemlerle ortaya çıkan hastalıkları riziko analizinde göz önüne almalarına bir engel bulunmamaktadır. Ancak talasemi minör hastalığının kan testi yoluyla ortaya çıkarılmasının söz konusu olduğu bir olayda Bielefeld Eyalet Mahkemesi, Alman Sigorta Şirketleri Birliği'nin kararını bir genetik bozukluğun genetik test dışı bir yöntemle tespit edilmiş olması halinde de riziko analizinde kullanılamayacağı şeklinde yorumlamıştır.²⁷⁸ Mahkemeye göre, genetik bozukluğu ortaya çıkaran analiz yöntemi, Sigorta Şirketleri Birliği'nin genetik bozuklukların riziko analizinde kullanılamayacağına ilişkin kararında bir değişiklik yaratmaz. Ancak *Kubiak*'ın²⁷⁹ karara hakkında isabetli olarak belirttiği gibi kan testi de genetik testlerin bir türü olan gen ürünü analizi olmakla birlikte olayda, kan testi yoluyla talasemi minör tanısı konulduğu için burada tanı amaçlı genetik test söz konusudur. Oysa Sigorta Şirketleri Birliği'nin kararı prediktif genetik testlere ilişkindir. Hamm Yüksek Eyalet Mahkemesi ise aynı olaya ilişkin kararında Sigorta Şirketleri Birliği'nin kararının sigortacının sigortalının mevcut hastalıklarının bildirilmesinden feragat ettiği anlamına gelmediğini isabetli olarak ifade etmiştir.²⁸⁰

3.1.2. Özel düzenleme: Genetik Teşhis Kanunu

Almanya'da genetik test sonuçlarının ihbar külfeti kapsamında yer alıp almadığı konusu yalnızca doktrinde tartışılmamış, Alman Parlamentosu da konuya ilişkin bir takım çalışmalarda bulunmuştur. Bu anlamda Parlamento Araştırma Komisyonunca ilk olarak Ocak 1987'de "Gen Teknolojisinin Fırsatları

kaldırmadığını ifade etmiştir, 21.11.2007, 20 U 64/07. *Versicherungsrecht-Rechtsprechung*. 05.06.2008, s. 773.

²⁷⁸LG Bielefeld, 14.02.2007, 25 O 105/06. *Versicherungsrecht- Rechtsprechung*. 05.05.2007, s. 636.

²⁷⁹S. Kubiak (2007). Keine vorvertragliche Anzeigepflicht bei Gendefekten. Mit Anmerkung: Simon Kubiak. *Versicherungsrecht-Rechtsprechung*, 05.05.2007, s. 636.

²⁸⁰OLG Hamm, s. 773.

ve Rizikoları”²⁸¹ başlıklı bir raporda konuya yer verilmiştir. Anılan raporda, kişinin gelecekteki sağlık durumu hakkında bilgiler içeren genetik testlerin, ahlaka aykırı bir durum ortaya çıkmaması için²⁸², sigortada riziko farklılaştırılmasında kullanılmaması ve sigorta sözleşmesinin ön koşulu olmaması gerektiği belirtilmiştir. Ancak sigorta piyasasında genetik bilgilerin zaten talep edilmediğinden hareketle, parlamentonun hükümeti sigorta sektöründeki bu uygulamanın devamını sağlamaya teşvik etmesi önerilmiştir. Bu yolla sonuç alınamaması durumunda ise Araştırma Komisyonu’nun önerisi, Sigorta Sözleşmesi Kanunu’nda değişiklik yapma yoluna gidilmesidir.²⁸³

Aynı komisyon, 14.05.2002 tarihli “Modern Tıp Hukuku ve Etiği” başlıklı raporda²⁸⁴ ise bu konuda düzenleme yapılması gerektiğini belirtmiş ve bir yandan sigorta ettiren ya da sigortalının verileri üzerinde belirleme hakkının korunarak insanların genetik ayrımcılığa maruz kalmasının önüne geçilmesi öte yandan da bilgi asimetrisinden kaynaklanabilecek ters seçim tehlikesinden kaçınılması gerektiğini ifade etmiştir.²⁸⁵ Bu amaçla sigorta şirketlerinin genetik test sonuçlarını talep etmelerinin, kabul etmelerinin ya da değerlendirmelerinin yasal bir düzenleme ile yasaklanması önerilmiştir. Bu düzenlemede bir istisnaya da yer verilebileceği raporda belirtilmiştir. Buna göre sadece kanunla belirlenecek meblağın üzerindeki hayat sigortalarında sigorta ettirenin kendisi

²⁸¹Enquete Kommission (1987), Chancen und Risiken der Gentechnologie, <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/10/067/1006775.pdf>, Erişim Tarihi: 19.03.2012.

²⁸²Komisyon’a göre sigortacıların genetik teşhise dayalı riziko farklılaştırmasına gitmeleri, sigorta ettirenlerin kişilik hakkından önemli ölçüde fedakarlık yapmalarını gerektirecektir. Kişinin genetik bilgilerinin toplanmasına izin vermeme özgürlüğü, kendi geleceğini belirleme hakkının önemli bir parçasıdır ve kişilik hakkının çekirdek alanına dahil sayılmalıdır. Bu alan Anayasa Mahkemesi’ne göre özel hayatın biçimlendirilmesinin (private Lebensgestaltung) dokunulmaz alanı olarak kamu gücünün müdahalesinden korunmalıdır. Bu nedenle Komisyon’a göre aksi halde ahlaka aykırılık söz konusu olacaktır. Enquete Kommission (1987), s. 174.

²⁸³Enquete Kommission (1987), s. XV.

²⁸⁴Enquete Kommission (2002), Recht und Ethik der modernen Medizin, <http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/14/090/1409020.pdf>, Erişim Tarihi: 30.06.2012.

²⁸⁵Enquete Kommission (2002), s. 159.

tarafından bilinen test sonuçlarını sorulması halinde bildirmesi gerektiği öngörülebilir.²⁸⁶

Öte yandan Federal Konsey, 05.11.2000 tarihli kararıyla²⁸⁷ hükümetten bu konuda bir yasa tasarısı hazırlamasını talep etmiştir. Konseye göre alman sigorta şirketlerinin kendilerini sınırlamaya ilişkin açıklamaları sigorta ettireni korumak için yeterli olmadığından hazırlanacak yasa tasarısı ile genetik testlerin sözleşmenin ön koşulu olarak istenmesi yasaklanmalı ve sigorta sisteminin kötüye kullanılmasını önlemeye yönelik istisnalar dışında sigortacılara başka sebeplerle uygulanmış olan test sonuçlarını sorma imkanı da tanınmamalıdır.

Bu aşamalardan sonra 03.11.2006 tarihli ilk Genetik Teşhis Kanunu tasarısı²⁸⁸ bazı milletvekilleri ile Bündnis 90/Die Grünen parti grubu tarafından sunulmuş ve tasarının § 22 hükmü sigorta sözleşmelerinde genetik test sonuçlarının kullanılmasına ayrılmıştır.²⁸⁹ Anılan hükümle prediktif genetik test sonuçlarının sigorta hukuku alanında kullanılması tamamen yasaklanmıştır.²⁹⁰ Tanı amaçlı genetik testler açısından ise bir ayırım yapılmaktadır. Buna göre sigortacının kişinin tanı amaçlı genetik inceleme ya da test yaptırmasını talep etmesi mümkün değildir. Öte yandan kişi zaten bir tanı amaçlı genetik test

²⁸⁶Enquete Kommission (2002), s. 176.

²⁸⁷<http://dipbt.bundestag.de/doc/brd/2000/D530+00.pdf>, Erişim Tarihi: 01.07.2012.

²⁸⁸Entwurf eines Gesetzes über genetische Untersuchungen beim Menschen, <http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/16/032/1603233.pdf>, Erişim tarihi: 15.07.2012; Bu tasarının sunulmasından önce 2001 ve 2003 yıllarında CDU/CSU parti grupları, konuya ilişkin bir hükümet tasarısı hazırlanması talebinde bulunmuşlardır, bu başvurulara ilişkin olarak bkz. Scherrer (2012), s. 100 vd.

²⁸⁹Tasarının § 22 hükmü şöyledir: “Sigortacı, sigorta sözleşmesinin kurulmasından önce ya da sonra sigorta ettirenden

1. Genetik inceleme ya da analiz yaptırmasını talep edemez ya da
2. Yaptırmış olduğu prediktif genetik inceleme ya da analiz sonuçlarını açıklamasını talep edemez, bunların sonuçlarını kabul edemez ya da kullanamaz.”

²⁹⁰Kubiak (2008), düzenlemenin prediktif genetik testlerle sınırlandırmasını olumlu bulmaktadır. Yazara göre, zaten ortaya çıkan hastalıkların tanı amaçlı genetik testlerle ortaya konulması, kişi açısından pek çok geleneksel muayene yöntemine göre daha az zararlı olabilir. Bu nedenle tanı amaçlı genetik testler yasak kapsamına alınmamalıdır, s. 175.

yaptırmışsa sigortacı, bu test sonuçlarının açıklanmasını isteyebileceği gibi bu sonuçları riziko analizinde de kullanabilecektir.²⁹¹ Öte yandan düzenleme ile kişinin prediktif genetik test sonuçlarını rızası ile açıklaması durumunda da bu sonuçların kullanılması yasaklanmıştır. *Kubiak*'a göre bu durumda diğer muayene sonuçlarına göre sigortalanamaz olarak nitelenen kişinin bu durumun aksini genetik test sonuçlarıyla ispatlayarak sigorta yaptırmasının önüne de geçilmiş olmaktadır. Bu nedenle kişinin genetik test sonuçlarını rızası ile açıklamasına izin verilmelidir.²⁹²

Bu arada Alman Ulusal Etik Kurulu, 2007 yılında sigorta sözleşmesinin kurulmasında prediktif sağlık bilgilerinin kullanılmasına ilişkin görüşünü yayınlamıştır.²⁹³ Etik Kurul'a göre, sigorta sözleşmelerinde bilgi simetrisini sağlamak amacıyla sigortacılar, sigorta ettirenin geçmişteki ve mevcut rahatsızlıklarına ya da yaşam tarzına ilişkin sorular sorabilecekleri gibi, sigorta ettiren tarafından bilinen prediktif genetik bilgilerin açıklanmasını da isteyebilirler.²⁹⁴ Sigorta ettiren tarafından bilinmeyen prediktif genetik bilgilerin ise açıklanması beklenemez; aksi halde sigorta ettirenin bilmeme hakkı ihlal edilmiş olur.²⁹⁵

Konu, 31.07.2009 tarihli Genetik Teşhis Kanunu ile açıklığa kavuşturulmuş ve Kanun'da sigorta sözleşmelerine ilişkin olarak özel bir düzenlemeye yer verilmiştir. Anılan düzenleme genetik testlerin sigorta hukuku alanında kullanımına ilişkin 2006 tasarısındaki yasağın kapsamını bir miktar daraltmaktadır. Gerçekten § 18'e göre²⁹⁶ sigorta şirketleri 01.02.2010 tarihinden

²⁹¹Entwurf eines Gesetzes über genetische Untersuchungen beim Menschen, s. 44.

²⁹²Kubiak (2008), s. 176.

²⁹³Nationaler Ethikrat (2007), Praediktive Gesundheitsinformationen Beim Abschluss von Versicherungen, http://www.ethikrat.org/dateien/pdf/Stellungnahme_PGI_Versicherungen.pdf, Erişim Tarihi: 08.08.2012.

²⁹⁴ Nationaler Ethikrat (2007), s. 71.

²⁹⁵ Nationaler Ethikrat (2007), s. 74.

²⁹⁶ §18 Bir Sigorta Sözleşmesinin Kurulmasına İlişkin Genetik İnceleme ve Analizler

(1) Sigortacı, sigortalıdan ne sözleşmenin kurulmasından önce ne de sonra

itibaren sigorta ettirenden prediktif ya da tanı amaçlı genetik test yaptırmasını talep edemeyecekleri gibi, yaptırmış oldukları genetik test sonuçları hakkında bilgi verilmesini de isteyemeyeceklerdir. Ancak aynı madde yüksek meblağlar üzerinden yapılan sigortalar için istisna öngörülmüştür. Buna göre 300.000 avroyu aşan hayat sigortalarında²⁹⁷ sigorta şirketleri prediktif genetik test sonuçlarını²⁹⁸ riziko analizlerinde kullanabilirler.²⁹⁹ Bu düzenleme ile belirtilen sigortalarda ters seçim tehlikesinin büyüklüğü göz önüne alınarak sigorta ettiren daha az korunmaya değer görülmüştür. Düzenleme, bir istisna hükmü

1. Genetik inceleme ya da analize tabi olmasını isteyebilir ya da

2. Daha önce yaptırılmış bulunan genetik inceleme ya da analiz sonuçlarının ya da bilgilerinin bildirilmesini talep edebilir ya da bu sonuç ya da bilgileri kabul edebilir ya da kullanabilir.

300.000 avrodan fazla teminat ya da 30.000 avrodan fazla yıllık gelir kararlaştırılmış bulunan hayat sigortası, malullük sigortası, iş göremezlik sigortası ve bakım emeklilik sigortası hakkında 1'inci cümlelerin 2'nci bendi uygulanmaz.

(2) Önceki ve mevcut hastalıkların beyanı zorunludur; bu halde Sigorta Sözleşmesi Kanunu'nun §§ 19-22 ve 47'inci maddeleri uygulanır.

²⁹⁷ § 18'de sayılan sigortalardan bakım emeklilik sigortası dışında kalanlar hayat sigortası niteliğindedir; bakım emeklilik sigortası ise hastalık sigortası şeklinde de yapılabilmektedir, bu konuda bkz. Praeve (2009), s. 860.

²⁹⁸ İstisnanın yalnızca prediktif genetik test sonuçlarına ilişkin olduğu konusunda aynı doğrultuda Scherrer (2012), s. 222; Praeve (2009), s. 862.

²⁹⁹ Wandt (2010)'a göre bu tutarlar her bir sigorta sözleşmesi için ayrı ayrı belirlenecektir. Bu durumda sigorta ettiren farklı sigortacılarla, genetik durumunu ortaya koymaksızın, her biri 300.000 avroyu aşmayan birden fazla hayat sigortası sözleşmesi yapabilecektir. Bu olasılıkta yazara göre sigortacının VVG § 19 çerçevesinde başka sigorta sözleşmesi yapılmış olup olmadığını sorarak durumun doğurabileceği sakıncalardan korunması mümkündür. Ancak böyle bir sorunun sigortacıyı nasıl koruyacağı konusunda yazar bilgi vermemektedir. Yazarın, sigorta ettirenin birden fazla hayat sigortası sözleşmesi yapmış olması ve bunların toplamının 300.000 avroyu aşması durumunda GenDG § 18 hükmünün dolanılmış olabileceği gibi bir varsayımdan hareket etmiş olduğu düşünülebilir, s. 91-92; Taupitz (2000) de sigorta ettirenin belirtilen meblağları aşmamak üzere birden çok sigorta yaptırabileceğini ifade ederek belli meblağın üzerindeki sigortalarda genetik test sonuçlarının talep edilmesine imkan tanınmasının uygun bir çözüm olmadığını ifade etmektedir, s. 45; Aynı doğrultuda Praeve (2009), 861. Öte yandan sigorta şirketlerinin yerleşik uygulamalarında, örneğin doktor muayenesi belli bir meblağı aşan hayat sigortalarında talep edilmekte ve bu miktarın belirlenmesinde son beş yılda doktor muayenesinden geçmeden yaptırılan hayat sigortaları da hesaba katılmaktadır, Berberich (1998), s. 93; Heiss ve Mönnich (2011). Vorbemerkungen zu den §§ 150-171 VVG, 150-152. *Münchener Kommentar zum Versicherungsvertragsrecht Band 2* (Ed: T. Langheid ve M. Wandt). München: Verlag C. H. Beck, s. 1367. Bu nedenle birden çok sigorta yoluyla Kanun hükmünün dolanılması kanımızca pek olası değildir.

olduğu için yorum yoluyla genişletilemez.³⁰⁰ Düzenlemede dikkati çeken husus, sözleşmenin ön şartı olarak genetik test talep edilmesi yasağına herhangi bir istisna getirilmemiş oluşudur. Belirtilen istisnai sigorta sözleşmelerinde sigortacı, yalnızca başka bir sebepten yaptırılmış bulunan genetik test sonuçlarını riziko analizinde kullanabilecektir. Bu durumda kişi zaten genetik test yaptırmış ve bunun sonuçlarını öğrenmiş olduğu için bilmeme hakkı da ihlal edilmiş olmayacaktır.³⁰¹

Öte yandan bu düzenleme, beyan yükümlülüğünün yerine getirildiği anda veya bundan önce mevcut bulunan hususların beyanı gerekliliğinde bir değişiklik yaratmamaktadır.³⁰² Bu husus maddenin ikinci fıkrasında da açıkça belirtilmiştir. *Looschelders*'e göre ise GenDG § 18 I 1 Nr.2 hükmü, daha önce başka bir sebeple yaptırılmış bulunan analiz sonuçlarının talep edilmesini ya da kullanılmasını da yasaklamaktadır.³⁰³ Maddenin önceki ve mevcut hastalıkların beyanını zorunlu kılan ikinci fıkrası karşısında birinci fıkranın ilk cümlesinin ikinci bendinde belirtilen yaptırılmış bulunan genetik testlerle kastedilenin prediktif genetik testler olduğunu kabulü gerekmektedir. Şöyle ki; ilk cümlelerin birinci bendi sigortacının sözleşmenin kurulmasından önce veya sonra sigortalının genetik inceleme veya analiz yaptırmasını talep etmesini yasaklamaktadır. Burada hem prediktif hem de teşhis amaçlı genetik testler yasaklanmaktadır. İkinci bentte ise sigortacının daha önce yaptırılmış bulunan genetik inceleme analiz sonuçlarını talep etmesini, kabul etmesini ya da kullanmasını yasaklamaktadır. Ancak ikinci fıkra ile birlikte düşünüldüğünde

³⁰⁰Praeve (2009), s. 860.

³⁰¹Aynı doğrultuda Scherrer (2012), s.219.

³⁰²Hem hayat hem de hastalık sigortası açısından aynı doğrultuda Prölss (2010), s. 224; Cremer (2010), s. 30; Heiss ve Mönnich (2011), s. 1369-1370.

³⁰³Yazar, mevcut ya da önceki hastalıkların beyanı yükümlülüğünün düzenlemenin kapsamı dışında kaldığını haklı olarak ifade etmektedir. Yazara göre Kanun'da belirtilen meblağların altında kalan sigortalarda, ortaya çıkmış bulunan hastalıkların beyan edilmesi gerekmektedir. Bu noktada hastalığın genetik nedenden veya başka bir nedenden kaynaklanmış olması sonucu değiştirmeyecektir, s. 567.

eğer bu testler önceki veya mevcut bir hastalığı ortaya koymakta ise bunların beyan edilmesi gerektiği sonucuna varmak gerekmektedir. Bu nedenle ikinci bentte belirtilen testler eğer prediktif genetik test ise, öngörülen istisnalar dışında, bunların beyanı gerekmezken, tanı amaçlı test sonuçlarının VVG § 19 hükmü çerçevesinde beyanı gerekecektir.^{304 305}

§ 18/2 çerçevesinde tartışılması gereken bir başka konu da kişinin genetik açıdan hısımlı olan kişilerin mevcut ve geçmişteki hastalıklarının beyan edilmesinin gerekip gerekmediğidir. Zira hüküm geçmişteki ve mevcut hastalıkların VVG § 19 çerçevesinde beyanını öngörmektedir. Bu ifadeden beyanı gereken hastalıkların kimin hastalıkları olduğu anlaşılamamaktadır. *Prave'e* göre bu soruyu yanıtlayabilmek için sigortalının genetik hısımlarının hastalıklarının sigorta sözleşmesi açısından önemli hususlardan sayılıp sayılmayacağına bakılmalıdır. Yazar bu soruya evet yanıtının verilmesini Genetik Teşhis Kanunu'nun engellediğini ifade etmektedir. Yazara göre sigortalı şahıs kendisi de hasta olmadığı sürece, genetik hısımların hastalıkları, sigorta ettiren açısından yalnızca bir hastalığa yatkınlık anlamını taşımaktadır. GenDG § 18 karşısında ise bunun açıklanması gerekmemektedir. Kanun'un § 4/1 hükmü de kişinin genetik hısımlarından birinin genetik bir özelliği nedeniyle ayrımcılığa maruz bırakılmasını yasaklamaktadır. Bu nedenle de

³⁰⁴Gerekçeye göre de önceki veya mevcut hastalıkların hangi yöntemle tespit edildiğinin üçüncü fıkranın uygulanması açısından önemi yoktur. Bunlar, tanı amaçlı genetik testlerle ortaya çıkarılmış olsa bile beyan edilecektir. Çünkü burada hastalık zaten ortaya çıkmış olduğu için artık kişinin bilmeme hakkı ihlal edilmiş olmayacaktır. <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/16/105/1610532.pdf>, s. 36; Aynı doğrultuda Cremer (2010), s. 30; Brand (2009), s. 718.

³⁰⁵Cremer (2010), s. 159; Genenger (2010), s. 116; Scherrer (2012), düzenlemeyi sigortacı ile sigorta ettiren arasındaki bilgi simetrisini sağlama açısından isabetli bulmaktadır. Yazara göre hükümde VVG § 19 ile bağlantı kurulmuş olması da isabetlidir. Böylelikle önceki ve mevcut hastalıkların beyanı, bunların § 19 anlamında önemli olmaları şartına bağlanmış olmakta ve genetik tanı diğer tanı yöntemlerine nazaran dezavantajlı duruma alınmamış olmaktadır, s. 220-221 ve 330.

sigortalının genetik hısımlarının geçmişteki veya mevcut hastalıklarının açıklanması gerekmemektedir.³⁰⁶

Alman Genetik Teşhis Kanunu'ndaki bu düzenleme hem sözleşmenin yapılmasından önceki hem de sonraki aşamada genetik test sonuçlarının kullanılmasını kural olarak yasaklanmaktadır.³⁰⁷ Genetik testten ne anlaşılması gerektiği ise § 3'te düzenlenmiş bulunmaktadır. Kanun'un tanımlara yer veren bu maddesine göre genetik testler doğum öncesinde veya sonrasında, önleyici (prediktif) ya da tanı amaçlı olarak uygulanan sitogenetik analizleri (kromozom analizleri), moleküler genetik analizleri ve gen ürünü analizlerini kapsamaktadır. Görüldüğü gibi, Kanun'un taslak halinde genetik test tanımı altında yer verilen fenotipik analizler, artık kapsam dışı bulunmaktadır.³⁰⁸ Bu nedenle sigortacının sözleşme öncesinde ya da sözleşmenin kurulmasından sonra fenotipik analiz sonuçlarını kullanmasına engel bulunmamaktadır.³⁰⁹ Dolayısıyla Kanun'un test sonucu elde edilen bilginin niteliğinden çok testin

³⁰⁶Praeve (2009), s. 862.

³⁰⁷Gerekçeye göre sözleşmenin kurulmasından sonra genetik test sonuçlarının kabul edilmesinin yasaklanması, sözleşmenin kurulmasından önce genetik test yaptırılmasının talep edilmesine getirilen yasağı tamamlamaktadır. Böylelikle sigorta sözleşmesinin kurulmasından sonra kişilerin olumlu test sonuçlarını ibraz ederek prim indirimi talep etmesinin önüne geçilmiş olmaktadır. Bu durumun önlenmesi kişilerin kendilerini test yaptırmak zorunda hissetmelerini de engelleyecektir, <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/16/105/1610532.pdf>, s. 36.

³⁰⁸Taslakta fenotipik analizlerin de yasak kapsamında yer almasını eleştiren *Kubiak* (2008)'a göre fenotipik analizlerin de yasaklanması durumunda genetik hastalıkların riziko analizinde dikkate alınamaması gibi bir sonucun ortaya çıkması kaçınılmazdır. Çünkü Down sendromu gibi bazı hastalıkların herkes tarafından fark edilebilen bir takım özellikleri bulunmaktadır ki bunlar tam da fenotipik analiz kapsamına girmektedir. Fenotipik analizin de yasaklanması durumunda genetik analiz sonuçları değil tüm genetik hastalıklar riziko analizinde dikkate alınamayacaktır, s. 173. Yazar teşhis amaçlı genetik test sonuçlarının kullanılmasının yasaklanmasını da zaten belirtileri ortaya çıkmış bir hastalığın da riziko analizinde kullanılmasını engellediği ve böylelikle sigortacının haklarına ölçsüz bir müdahale oluşturduğu gerekçesiyle eleştirmektedir, s. 175.

³⁰⁹*Cremer* (2010)'e göre fenotipik analizlerin kapsam dışı bırakılması isabetli olmuştur. Çünkü fenotipik analizlerde kişinin görsel olarak algılanabilen özellikleri dikkate alınmaktadır. Bu şekilde kişinin dışarıdan fark edilebilen özelliklerinin sözleşmenin kurulmasında ya da devamında dikkate alınmasını engellemek zaten fiili bir takım zorluklar ortaya çıkaracaktır. Yazara göre hem fenotipik analizlerde hem de aile sağlık geçmişi sorgulamasında özellikle multifaktöriyel hastalıklarda normal ve genetik özellikleri birbirinden ayırmak zordur, s. 160.

niteliğini dikkate aldığını söylemek yanlış olmaz.³¹⁰ Kişinin genetik yapısına ilişkin bilgiler anılan yöntemler dışında bir yöntemle, örneğin fenotipik analiz ya da aile sağlık geçmişi sorgusu yoluyla elde edilebiliyorsa bu bilgilerin riziko analizinde kullanılmasında herhangi bir sakınca bulunmamaktadır.³¹¹

Genetik Teşhis Kanunu'nun anılan düzenlemesinde dikkati çeken bir başka husus da maddede yalnızca sigorta ettirenin genetik inceleme ya da test sonuçlarından söz edilmiş olmasıdır. 2006 tasarısında sigorta ettirenin biyolojik hısımlarının da yasak kapsamında yer aldığı madde metninden anlaşılmamakla birlikte gerekçede açıkça ifade edilmekteydi.³¹² Zira bilindiği gibi genetik test sonuçları yalnızca test yaptıran kişiye değil, onun aile fertlerine ilişkin de bilgiler vermektedir. Bu nedenle sigortacı, sigorta ettirenin değil fakat hısımlarından birinin, örneğin sigorta ettirenin kardeşinin genetik test sonuçlarını kullanarak bu hükmü kolayca dolanabilir.³¹³ 2006 tasarısının gerekçesindeki ifadenin de 2008 metnine alınmamış olması kanımızca bu konuda kötüye kullanmalara yol açabilecektir.

3.2. İsviçre Hukukundaki Düzenlemeler

18 Nisan 1999 tarihli İsviçre Federal Anayasası'nın 119'uncu maddesi, gen teknolojisi ve üreme teknolojisinin kötüye kullanılması karşısında bireylerin korunacağına dair bir garanti öngörmektedir. Maddenin 2'nci fıkrasına dayalı olarak hazırlanan "İnsanlar Üzerinde Genetik İncelemeler Hakkında Kanun" 01.05.2007 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Kanun, genetik incelemelerin tıp, iş, sigorta ve sorumluluk alanlarında hangi koşullar altında

³¹⁰Cremer (2010), sigortacı ile sigorta ettiren arasındaki menfaat çatışmasına yol açan unsur "sağlık bilgisi" olduğu için, Kanun'da da bu bilginin elde edilmiş yönteminin değil bilginin kendisinin esas alınması gerektiği düşüncesindedir, s. 161 ve 274.

³¹¹Aynı doğrultuda Looschelders (2011), s. 567; Cremer (2010), s. 159.

³¹²Entwurf eines Gesetzes über genetische Untersuchungen beim Menschen, 44.

³¹³2006 tasarısına ilişkin olarak aynı doğrultuda Kubiak (2008), s. 178.

gerçekleştirilebileceğini düzenlemektedir. Kanunun beşinci bölümü sigorta hukuku alanındaki genetik incelemelere ayrılmıştır. Kanunun yürürlüğe girmesinden önce, genetik test sonuçlarının sigorta hukuku alanında kullanılmasını Sigorta Sözleşmesi Kanunu'nda düzenlenen ihbar külfeti kapsamında ele almak gerekir. İsviçre'de de kanun koyucu, sigorta sözleşmelerinde karşılıklı edimler arasında denge kurulması amacıyla sigorta ettirene sözleşme öncesinde bir ihbar mükellefiyeti yüklemiş bulunmaktadır. Sigorta Sözleşmesi Kanunu'nun 4'üncü maddesinde düzenlenen ihbar mükellefiyeti sayesinde sigortacı riziko analizi yapma imkanına sahiptir.

3.2.1. İsviçre Federal Anayasası m. 119: Beşeri alanda gen teknolojisi ve üreme teknolojisi

Düzenlemenin temeli 13 Nisan 1987 tarihinde ortaya konan beşeri alanda gen teknolojisi ve üreme teknolojilerinin kötüye kullanılmasına karşı bir toplumsal girişime dayanmaktadır. Anılan girişim, konfederasyondan gen teknolojisi ve üreme teknolojilerinin kötüye kullanılmasına karşı önlemler alınmasını talep etmekteydi. Söz konusu taleplerin dikkate alınması sonucu mevcut 119'uncu madde ilk kez 17 Kasım 1992 tarihinde 29 Mayıs 1874 tarihli İsviçre Federal Anayasa'sına 24'üncü madde olarak dahil edilmiştir.³¹⁴

119'uncu madde iki modern teknoloji olan beşeri alandaki gen teknolojisi ve üreme teknolojisi uygulamalarını kapsamaktadır. Maddenin birinci fıkrası gen teknolojisi ve üreme teknolojisi uygulamaları karşısında bireylerin korunacağını garantisini vermektedir. Anayasa anlamında gen teknolojisi insan DNA'sının analizi, ayrıştırılması, dönüştürülmesi, sentezi ve çoğaltılmasına olanak sağlayan bütün bilimsel yöntemleri kapsamaktadır.³¹⁵

³¹⁴Tarihsel gelişim hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Mund (2005), s. 180-181.

³¹⁵Mund (2005), s. 181.

Maddenin birinci fıkrasında kötüye kullanmanın önlenmesine yönelik olarak konfederasyon ve kantonların yükümlülüğü açık olmamakla birlikte ikinci fıkrada bu konuda yasal düzenlemeler yapılması konusunda açık bir görevlendirmeye yer verilmiştir. Düzenlemeye göre: “Konfederasyon, insanoğlunun genetik mirasının ve DNA zincirinin korunması için gerekli düzenlemeleri yapar. Bu düzenlemelerde insan onuru, kişilik hakları ve aile özellikle aşağıdaki esaslar çerçevesinde korunur:

- a. Klonlamanın her türüsü ve insanın genetik özelliklerini taşıyan hücrelere ve embriyolara müdahale yasaktır.
- b. İnsan kökenli olmayan kalıtsal özellikler ve hücrelerin insanın genetik yapısına eklenmesi veya onunla bir biçimde karıştırılması yasaktır.
- c. Tıbbi destekli üreme teknolojileri ancak üreme imkanının bulunmadığı veya ağır bir hastalığın aktarılmasının önlenemediği durumlarda, fakat çocuğa belli özellikleri ilave etmek ya da araştırma yapmak amacı olmaksızın uygulanabilir. Bir kadının vücudu dışında insan yumurtasının döllenebilmesi, yalnızca Kanunun öngördüğü şartlar altında mümkündür. Kadının vücudu dışında ancak derhal döllendirilebilecek sayıda yumurta hücresi embriyo olarak geliştirilebilir.
- d. Embriyo bağıışı ve taşıyıcı anneliğin her türüsü yasaktır.
- e. İnsana ait kalıtsal unsurlar ve embriyolardan elde edilen ürünler ticarete konu olamaz.
- f. Bir kişinin genetik mirası ancak ilgili kişinin muvafakati ya da Kanunda öngörülen hallerde, araştırılabilir, sicillere kaydedilebilir veya kamuya açıklanabilir.
- g. Herkes kökeni hakkındaki verilere ulaşma hakkına sahiptir.”

Görüldüğü üzere, konfederasyon ve kantonlar düzeyinde yasal düzenlemeler yapılırken insan onuru, kişilik hakları ve ailenin korunması

amaçlanmalıdır. Bu temel değerleri korumaya yönelik yasal düzenlemelerin yapılmasında kanun koyucu fıkra da yedi bent halinde sayılan ilkeleri göz önünde tutmalıdır. Genetik incelemeler açısından f bendindeki ifadenin özel bir öneminin olduğu açıktır.

3.2.2. Özel düzenleme öncesi dönemde Sigorta Sözleşmesi Kanunu

Sözleşme öncesi ihbar külfeti, İsviçre Sigorta Sözleşmesi Kanunu'nun 4'üncü maddesinde³¹⁶ düzenlenmiştir. İsviçre hukukunda da 4'üncü maddedeki düzenlemenin "külfet" niteliğinde olduğu, bu nedenle sigortacı açısından bir talep hakkı doğurmayacağı kabul edilmektedir.³¹⁷ Alman hukukunda olduğu gibi burada da ihbar külfetinin yalnızca sözleşme öncesinde değil, fakat sözleşme değişikliği ya da sözleşme süresinin uzatılması durumlarında da söz konusu olacağı kabul edilmektedir. Bundan başka muvakkat sigorta halinde de ihbar mükellefiyeti söz konusu olur.³¹⁸ İsviçre Sigorta Sözleşmesi Kanunu'nun 4'üncü maddesindeki düzenleme Alman Sigorta Sözleşmesi Kanunu'nun 2007 reformundan sonraki lafzını andırmaktadır. Ancak düzenlemede "icabı yapan kimse (Antragsteller)"nin ihbar mükellefiyetinden söz edilmektedir. Bu ifade doktrinde eleştirilmektedir. Zira sigortacı da sigorta sözleşmesi yapmak üzere icapta bulunabilir. Bu durumda ihbar mükellefiyeti karşı tarafça yerine getirilecektir. Bu nedenle ifadeyi "müstakbel sigorta ettiren" olarak anlamak

³¹⁶ İsviçre Sigorta Sözleşmesi Kanunu'nun "Sözleşmenin Kurulmasında Beyan Yükümlülüğü" başlığını taşıyan 4'üncü maddesi şöyledir:

"(1) Sigorta başvurusunda bulunan kimse, soru listesi veya diğer yazılı sorular üzerine sigortacıya tehlikenin tayini açısından önemli olan ve bildiği ya da bilmesi gereken bütün hususları yazılı olarak bildirir.

(2) Sigortacının sözleşme yapma veya kararlaştırılan koşullarla yapma konusundaki kararı üzerinde etkili olabilecek hususlar önemlidir.

(3) Sigortacı tarafından yazılı olarak ve açıkça sorulmuş olan hususlar önemli sayılır."

³¹⁷H. Honsell vd. (2001). *Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (VVG)*. Basel: Helbing & Lichtenhahn, s. 89.

³¹⁸A.g.e., s. 90.

gerekir.³¹⁹ Sigorta sözleşmesinin temsilci aracılığıyla yapıldığı hallerde temsilcinin ve başkası hesabına sigortada sigortalının da Kanunun 5'inci maddesine göre ihbar mükellefiyeti vardır.

Hükümde, sigorta ettiren, yalnızca sigortacı tarafından sorulan hususları ihbar etmekle yükümlü tutulmuştur. Böylelikle, sigorta ettiren, yalnızca sigortacının kendisine sorduğu soruları yanıtlamakla ihbar külfetini de yerine getirmiş olmaktadır.³²⁰ Eğer soruların cevaplanması ile sözleşmenin kurulması arasındaki süreçte, ihbar edilen hususlarda bir değişiklik olursa, sigorta ettiren bunları da bildiği sürece sigortacıya bildirmekle yükümlüdür.

Böylelikle İsviçre hukukunda da sigortacıya sigorta ettirene yönelteceği sorularla riziko hakkında tahminlere ulaşip, sözleşme yapıp yapmayacağına veya hangi koşullar altında yapacağına karar verme olanağı tanınmış olmaktadır. 4'üncü maddeye göre, sigortacı sorularını yazılı olarak sormalıdır. Sigortacının sözlü soruları ihbar külfeti kapsamında değildir. Burada amaç, soruların belgelenmesi ve yazılı şekildeki soruların sigorta ettirence tam olarak anlaşılmasının sağlanmasıdır. Sorulara verilen yanıtların da aynı şekilde yazılı olması gerekir. Ancak yazılı olarak verilen yanıtların teleks ya da faks yoluyla ulaştırılması ihbar külfetinin yerine getirilmiş sayılması açısından yeterlidir.

Genetik test sonuçlarının da sigortacıya bildirilmesinin gerekip gerekmediği sorusunun yanıtlayabilmek için ihbar külfetinin kapsamının belirlenmesi ve sınırlarının çizilmesi zorunluluğu ortaya çıkmaktadır.

Daha önce de belirttiğimiz gibi, ihbar külfetinin kapsamına her şeyden önce sigortacı tarafından sorulan hususlar girmektedir. Bu anlamda, sigortacı

³¹⁹H. Honsell vd. (2001). *Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (VVG)*. Basel: Helbing & Lichtenhahn, s. 89.

³²⁰Bu nedenle de İsviçre hukuku açısından beyan yükümlülüğünden değil, doğru cevaplandırma yükümlülüğünden söz edilmektedir, bkz. H. Arseven (1960). *Ticaret Kanununun sigortaya müteallik umumi hükümlerinin meydana çıkardığı bazı meseleler. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası*, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, s. 208; Uyanık-Çavuşoğlu (2003), s. 832, dn.17.

tarafından sorulmayan hususların, sigorta ettiren tarafından ne kadar önemli olduğu düşünülürse düşünülün, bildirilmesi gerekmez. İkinci olarak sigorta ettirenin bildiği veya bilmesi gereken hususlar ihbar külfeti kapsamındadır.

Külfetin kapsamı açısından değerlendirildiğinde, sigortacı tarafından yazılı olarak sorulması durumunda genetik test sonuçlarının da ihbar külfeti kapsamında yer alacağı açıktır. Bu noktada sigortacının önemli bulduğu her şeyi sorup soramayacağı, ihbar külfeti kapsamında sorulabilecek hususların bir sınırının olup olmadığı sorusu akla gelmektedir. İsviçre hukukunda bu soruya olumlu yanıt verilmektedir. Buna göre ihbar külfetinin ve sigortacının bu kapsamda soru sorma hakkının sınırı İsviçre Medeni Kanununun kişilik haklarının korunmasına ilişkin 27'nci maddesi ile çizilmektedir.³²¹ Şöyle ki, sigortacının rizikonun büyüklüğü hakkında bilgi sahibi olmak üzere yöneltmiş olduğu sorular, sigorta ettirenin mahremiyet alanıyla ilgili olabilir. Bu durumda sigortacının soru sorma hakkı, doğrudan ve objektif olarak menfaatine olan hususlarla sınırlıdır. Sigortalanan rizikoyla doğrudan ilgili olmayan ya da hakkın kötüye kullanılması sonucunu doğuran sorular sorulamaz. Bu türden, kişilik haklarına saldırı teşkil eden soruların yanıtlanmamış ya da gerçeğe aykırı yanıtlanmış olması ihbar külfetinin ihlali anlamına gelmez ve Sigorta Sözleşmesi Kanunu'nun 6'ncı maddesinde ihlale bağlanan hukuki sonuçları doğurmaz.

Bu bilgiler ışığında, yapılmış bulunan genetik test sonuçlarını bilmekte, sigortacının doğrudan menfaati olduğundan, sigortacının buna ilişkin soru sorma hakkı bulunmaktadır. Aksi halde, test sonuçlarına göre risk altında olan kişiler, rizikoya oranla düşük primler ödeyerek sigorta yaptırmak isteyeceklerdir. Öte yandan, kişilerin daha sonra sigorta yaptıramama ya da yüksek prim ödeme korkusuyla tıbbi açıdan gerekli testleri yaptırmaktan

³²¹Honsell vd. (2001), s. 101.

kaçınmaları riski ortaya çıkmaktadır. Genetik test sonuçlarının bir hastalığın ortaya çıkışıyla ilgili kesin bilgiler ortaya koymaması gerçeğinin ve diğer ülkelerdeki konuya ilişkin yasal düzenlemelerin de etkisiyle, İnsanlar Üzerinde Genetik İncelemeler Hakkında Kanun'un yürürlüğe girmesinden önceki dönemde, İsviçre'de de genetik test sonuçlarının ihbar külfeti kapsamında yer almaması gerektiği savunulmuştur.³²² Diğer yandan İsviçre Medeni Kanunu'nun 27'nci maddesi nedeniyle de sigortacı, sigorta ettirenden genetik test sonuçlarını açıklamasını talep edemeyecektir. Sigorta ettirenin genetik test sonuçlarını açıklamaktan kaçınması da sigorta hukuku açısından herhangi bir sonuç doğurmamalıdır. Aksi halde dolaylı bir zorlama ortaya çıkacak ve sigorta ettirenin kendi kaderini tayin hakkı ve bu arada bilmeme hakkı ihlal edilmiş olur.³²³

Öte yandan özel düzenlemenin yürürlüğe girmesinden önce Tıp Bilimleri İsviçre Akademisi, 3 Haziran 1993'te "İnsanlar Üzerinde Genetik İncelemelere İlişkin Tıbbi-Etik İlkeler" adı altında bir takım kurallar yayınlamıştır. Tıp mesleğini icra edenlere yönelik olan ve hukuken bağlayıcı olmayan bu ilkelerden 3.9 numaralı ilke sigorta ile ilgili genetik incelemelere ayrılmıştır. Buna göre istenilen genetik inceleme sonuçlarının bir sigorta sözleşmesinin yapılması veya değiştirilmesi için kullanılabileceğinin öngörülebildiği durumlarda özel çekince konulması önerilmektedir.³²⁴

Ayrıca 1995 yılında İsviçre Sigorta Şirketleri Birliği de bir moratoryumla 2000 yılı sonuna kadar sigorta başvurusunda bulunanların genetik test sonuçlarını sormayacaklarını ve bunları kullanmayacaklarını açıklamış ve konu

³²²A.g.e., s. 102.

³²³A.g.e., s. 103; Honsell (1994). *Handbuch des Arztrechts*. Zürich: Schulthess Juristische Medien, s. 418.

³²⁴Schweizerischen Akademie der medizinischen Wissenschaften –SAMW (1993), Medical-ethical Guidelines for Genetic Investigations in Humans, http://www.samw.ch/dms/en/Ethics/Guidelines/Archiv/e_RL_GenUnters.pdf, Erişim Tarihi: 21.07.2012.

sigorta şirketlerinin genetik test sonuçlarını riziko analizinde kullanmalarından vazgeçmeleri ile geçici olarak çözülmüştür.³²⁵

3.2.3. İsviçre Sigorta Sözleşmesi Kanunu revizyon çalışmaları çerçevesindeki değişiklikler

1908 tarihli Sigorta Sözleşmesi Kanunu'nun bugünün ihtiyaçlarını karşılamakta yetersiz kalması, Kanun'da bir takım değişikliklerin yapılmasını gerekli kılmıştır. Bu çerçevede 1 Ocak 2006 tarihli Sigorta Denetleme Kanunu değişiklikleri sırasında Sigorta Sözleşmesi Kanunu'nda da önemli ve acil olarak görünen bir kısım değişiklikler gerçekleştirilmiştir. Ancak yine de eskimiş olan sigorta sözleşmesi hukukunun kapsamlı olarak yenilenmesi gerektiği ifade edilmeye devam edilmiştir.³²⁶ Bu çerçevede 21 Ocak 2009 tarihli Sigorta Sözleşmesi Kanunu Tasarısı yayımlanarak görüşe sunulmuştur. 14 Ekim 2009 tarihinde İsviçre Federal Finans Departmanı (EFD), gelen görüşler doğrultusunda bir rapor hazırlamıştır.³²⁷ Bu rapordaki görüşler doğrultusunda hazırlanan Sigorta Sözleşmesi Kanunu Tasarısı³²⁸ ve Gerekçesi 7 Eylül 2011 tarihinde yayınlanmıştır.

Aşağıda incelenecek olan İnsanlar Üzerinde Genetik İncelemeler Hakkında Kanun'un yürürlükte olması ve Sigorta Sözleşmesi Kanunu

³²⁵Schweizerischer Versicherungsverband (2006). *Medinfo Mitteilungen zu Themen der Lebensversicherung*.

http://www.svv.ch/sites/default/files/document/file/Gesamtausgabe_Medinfo.pdf, Erişim Tarihi: 01.09.2012; Max-Planck-Institut (2002), s. 119.

³²⁶Botschaft zur Totalrevision des Versicherungsvertragsgesetzes, <http://www.admin.ch/ch/d/ff/2011/7705.pdf>, Erişim Tarihi: 25.07.2012, s. 7707.

³²⁷Eidgenössisches Finanzdepartement (2009), Bericht des Eidgenössischen Finanzdepartements über die Vernehmlassungsergebnisse zur Revision des Bundesgesetzes über den Versicherungsvertrag,

<http://www.efd.admin.ch/dokumentation/gesetzgebung/00571/01635/index.html?lang=de>, Erişim Tarihi: 10.08.2012.

³²⁸Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag, <http://www.admin.ch/ch/d/ff/2011/7819.pdf>, Erişim Tarihi: 25.07.2012.

Tasarısında da Kanun'un hükümlerine ilişkin herhangi bir değişiklik bulunmaması nedeniyle Tasarının, genetik test sonuçlarının sözleşmenin yapılması sırasındaki beyan yükümlülüğü açısından bir değişiklik getirmediği söylenebilir. Bu nedenle Tasarının sözleşmenin yapılması sırasındaki beyan yükümlülüğüne ilişkin hükümlerinin içeriği hakkında genel bir bilgi verilmekle yetinilecektir. Tasarıda konumuz açısından ilginç olabilecek olan nokta ise veri korumasına ilişkin hükümlere yer verilmiş olmasıdır. Sigorta sözleşmesinin niteliği gereği sözleşmenin kurulması ve devamı sırasında sigortacı, sigorta ettiren ve sigortalı hakkında oldukça fazla kişisel veri elde etmektedir. Genetik testler sonucu elde edilen bilgiler de sigortacı ile paylaşılması durumunda bu veriler arasında yer almaktadır. İşte sigorta ettiren veya sigortalıya ait verilerin güvenliğinin sağlanması son derece önemlidir. Bu nedenle özellikle Türkiye gibi genetik veri korumasına ilişkin özel düzenlemelerin bulunmadığı bir ülke açısından model olabileceği düşüncesinden hareketle Tasarının bu konudaki hükümleri de bu çalışma kapsamında incelenecektir.

3.2.3.1. Tasarının sözleşmenin kurulması sırasındaki beyan yükümlülüğüne ilişkin 15 vd. maddeleri

Sigorta sözleşmesinin kurulması sırasındaki beyan yükümlülüğü Tasarının 15 vd. maddelerinde düzenlenmektedir. 15'inci maddeye göre sigorta ettiren, yürürlükteki Kanun'da olduğu gibi, rizikoya ilişkin önemli hususları sözleşmenin yapılmasından önce sigortacıya bildirmekle yükümlüdür. Ancak her türlü önemli husus beyan yükümlülüğü kapsamında yer almamaktadır. Bildirilmesi gereken önemli hususlar sigorta ettiren tarafından bilinen veya bilinmesi gereken önemli hususlardır. Bu türden önemli hususların sigortacıya tam, doğru ve yazılı olarak bildirilmesi gerekmektedir.

15'inci madde önemli hususlardan ne anlaşılması gerektiğini de belirlemiştir. Maddenin ikinci fıkrası, bir hususun önemli sayılması için iki koşul aramaktadır. Öncelikle söz konusu hususun niteliği gereği sigortalanan rizikonun tayininde etkili olabilecek nitelikte olması gerekir. İkinci olarak da sigortacının o husus hakkında yazılı, anlaşılır ve özel bilgi istemiş olması gerekmektedir. Yani bir hususun sigortacı tarafından sorulmuş olması, o hususun önemli sayılması için artık yeterli olmayacaktır. Ayrıca düzenlemede açıkça belirtildiği üzere, önemli hususlar beyan yükümlülüğünün yerine getirildiği anda mevcut veya geçmişteki durumlardır. Gelecekteki durumlara ilişkin kesin bilgi bulunmadığı için bunlar, beyan yükümlülüğü kapsamında yer almazlar.³²⁹

Sigorta ettirenin beyan yükümlülüğünü temsilci aracılığıyla yerine getirmesi mümkündür. Tasarının 16'ıncı maddesine göre bu durumda hem sigorta ettiren hem de temsilcisi tarafından bilinen veya bilinmesi gereken önemli hususların beyanı gerekmektedir. Gerekçeye göre yürürlükteki Kanun'daki düzenleme, sözleşmenin temsilci aracılığıyla yapılması durumunu düzenlemektedir ve beyan yükümlülüğünün temsilci aracılığıyla yerine getirilmesi konusunda boşluk içermektedir. Tasarıdaki düzenleme ile bu boşluk doldurulmaktadır.³³⁰ Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre de başkası hesabına sigorta halinde sigorta ettiren yanında sigortalı tarafından bilinen ya da bilinmesi gereken önemli hususlar da beyan yükümlülüğü kapsamında yer almaktadır.

Beyan yükümlülüğünün yerine getirilmesi gereken zaman ise Tasarının 17'nci maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre paylaşılan bilgilerin sigortacıya iletildiği veya gönderildiği anda tam ve doğru olması halinde beyan yükümlülüğü gereği gibi yerine getirilmiş olmaktadır. Hangi önemli hususların

³²⁹Botschaft, s. 7741.

³³⁰Botschaft, s. 7742.

sigorta ettiren, sigortalı veya temsilci tarafından bilindiği veya bilinmesi gerektiği de aynı ana göre belirlenmektedir. Buna göre beyan yükümlülüğü bir kez yerine getirildikten sözleşmenin kurulmasına kadar geçen sürede öğrenilen ya da öğrenilmesi gereken hususlar beyan yükümlülüğü kapsamında yer almamaktadır. Gerekçeye göre bu düzenleme ile sözleşmenin yapılması sırasındaki beyan yükümlülüğü ile riziko ağırlaşmasına ilişkin hükümler arasındaki uyumsuzluk giderilmiş olmaktadır.³³¹

3.2.3.2. Tasarının veri korumasına ilişkin 71 vd. maddeleri

Sigorta Sözleşmesi Kanunu Tasarısının 10'uncu bölümü veri korumasına ayrılmıştır. Bu bölümde yer alan hükümlerden özel olarak korunması gereken verilere ilişkin 71'inci madde ile sigorta şirketlerinin doktorlarına ilişkin 72'nci maddenin incelenmesi faydalı olacaktır. Her iki hüküm grup sigortasında işverenler karşısında sigortalı işçilerin verilerinin güvenliğinin sağlanmasını amaçlamaktadır.³³²

Tasarının 71'inci maddesi ile öncelikle grup sigortalarında sigorta ettirenlerin, sigortalı üçüncü şahısların özel olarak korunması gereken verilerine erişmesine sigorta şirketlerinin izin veremeyeceği hükme bağlanmıştır. Sigorta şirketleri ayrıca sigortalı üçüncü şahıslara ait özel olarak korunması gereken bilgileri içeren ya da bu türden bilgilerin elde edilmesini sağlayan belgeleri, sigortalı üçüncü şahıslara doğrudan teslim etmekle yükümlüdürler. Maddenin son fıkrasına göre sigortalı üçüncü kişiler,

³³¹Bu noktada gerekçe, öncelikle mevcut sistemde sigortacının sorularını yanıtlayan sigorta ettirenlerin yükümlülüklerinin sona erdiğini sandıklarına dikkati çekmektedir. Bir başka husus ise sigorta ettirenin teklifnamesinin sigortacı tarafından değerlendirilmesi sırasında ortaya çıkan değişikliklerdir. Gerekçeye göre böyle durumlarda riziko ağırlaşmasına ilişkin beyan sigortacıya teklifnamenin kabulünden sonra ulaşabilmektedir. Böyle bir durumda ise sigortacı ne sözleşmenin yapılması sırasındaki beyan yükümlülüğüne ne de riziko ağırlaşmasına ilişkin hükümlere dayanabilmektedir, s. 7743.

³³²Botschaft, s. 7775.

kendileriyle ilgili özel bilgileri içeren belgeleri sigortacıya sigorta ettiren aracılığıyla iletmekle yükümlü tutulamazlar. Aynı şekilde sigortacı, bu türden belgelerin sigorta ettiren ya da temsilcilerinin huzurunda düzenlenmesini de isteyemez.

72'nci madde, verilerin sigorta şirketlerinin doktorları³³³ tarafından elde edilmesi konusunu düzenlemektedir. Sigortalı, aynı veya birbiriyle bağlantılı farklı sigorta şirketleri nezdinde hastalık sigortası yaptırmış olması halinde tıbbi bilgilerinin yalnızca sigorta şirketinin doktoruna bildirilmesini talep edebilir. Sigorta ettiren ya da sigortalının bunu talep edemeyecek durumda olması durumunda ödeme yapan kişi de aynı hakka sahiptir. Sigorta şirketinin doktorları, sigorta şirketinin yetkili birimlerine yalnızca tazminat ödeme yükümlülüğüne ve tazminat miktarına ilişkin karar verilebilmesi için gerekli bilgileri iletebilirler ve bunu yaparken sigortalı şahsın kişilik haklarını korumak zorundadırlar.

3.2.4. Özel düzenleme: İnsanlar Üzerinde Genetik İncelemeler Hakkında Kanun

Gen teknolojisi alanındaki gelişmelere paralel olarak, İsviçre'de 1992 yılında Anayasa'ya gen teknolojisine ilişkin hükmün eklenmesinden on iki yıl sonra, genetik test sonuçlarının sigorta hukuku alanında kullanılması, İsviçre Parlamentosunun 08.10.2004'te kabul ettiği ve 01.01.2007 tarihinde yürürlüğe giren İnsanlar Üzerinde Genetik İncelemeler Hakkında Kanun'la düzenlenmiştir. Kanun, 1. maddesine göre, tıp, çalışma, sigorta ve sorumluluk

³³³Sosyal hastalık sigortası alanında 1994 tarihli Hastalık Sigortası Hakkında Federal Kanun (Bundesgesetz über die Krankenversicherung- KVG)'un 57'nci maddesi, sigorta şirketlerinin doktor çalışmasının dayanağını oluşturmaktadır. Bu doktorlar bir yandan sigorta şirketlerine tıbbi konularda danışmanlık yaparken öte yandan da sigorta şirketinin tazminat ödeme borcunun doğumu için gerekli şartların gerçekleşip gerçekleşmediğini incelerler, bkz. Botschaft, s. 7776.

alanlarında insanlar üzerinde genetik incelemelere ilişkin düzenlemeleri kapsamaktadır.

Sigorta alanındaki genetik incelemeler, Kanun'un 26, 27 ve 28'inci maddelerinde düzenlenmektedir.

3.2.4.1. M. 26: Sigorta sözleşmesinin ön şartı olarak genetik incelemeler

Kanun'un 26'ncı maddesi³³⁴, sigorta şirketlerinin sigorta sözleşmesinin ön şartı olarak genetik inceleme talep etmelerini yasaklamaktadır. Gerçekten de maddeye göre sigorta şirketleri, sigorta ilişkisinin kurulmasının ön şartı olarak ne tıbbi belirtilerin ortaya çıkmasından önce (presymptomatisch) ne de doğum öncesinde yapılan genetik incelemeleri³³⁵ talep edebilir. Gerekçeye göre, sigorta şirketleri zaten aile sağlık geçmişine ilişkin incelemelerle kişilerin hastalıklara genetik yatkınlıkları olup olmadığını saptamak imkanına sahiptirler. Buna bir de genetik incelemelere katlanma yükümlülüğü eklenirse, kişinin özel hayatına müdahale oranı artacağından, yasa koyucunun kişinin genetik bozukluklarını bilme konusunda karar verme özgürlüğünü koruması gerekmektedir. Bu noktada yasa koyucunun sigorta başvurusunda bulunan kişinin bilmeme hakkına açıkça üstünlük tanındığı gerekçeden anlaşılmaktadır.³³⁶ Bu nedenle genetik incelemelerin sigorta sözleşmesinin ön şartı yapılmasının yasaklanması gerekmektedir. Zira, bu konuda tanınacak bir serbestinin, sigorta ettirenin test

³³⁴ Kanun'un "İnceleme Yasağı" başlığını taşıyan 26'ncı maddesine göre: "Sigorta şirketleri, bir sigorta ilişkisinin kurulmasının ön şartı olarak ne presemptomatik ne de prenatal genetik inceleme talep edebilirler."

³³⁵ Prenatal testlerin kapsama alınma nedeni doğmamış çocuk için de sigorta sözleşmesi yapılabilmesidir, Simon (2001), s. 33.

³³⁶ U. Kieser (2005). Gentechnische Untersuchungen beim Menschen- ein Blick auf ein neues Gesetz. *HILL Health Insurance Liability Law*, II (2), s. 2; Kubiak (2008), s. 193.

yaptırmaktan kaçınması durumunda, sigorta başvurusunun reddedilebilmesi anlamına geleceği gerekçede haklı olarak ifade edilmektedir.³³⁷

Kanun, prediktif ve prenatal genetik test yaptırılmasının talep edilmesini yasaklamıştır. Bu nedenle tanı amaçlı genetik test yaptırılmasının talep edilmesi mümkündür.³³⁸ Öte yandan genetik testleri tanımlayan 3'üncü maddede de genetik incelemelerin sitogenetik incelemeler ile moleküler genetik incelemeleri kapsadığı ifade edilmektedir. Dolayısıyla fenotipik analizler genetik incelemelerin kapsamı dışında kalmaktadır.

3.2.4.2. M. 27 ve 28: Daha önce yapılmış bulunan genetik test sonuçlarının sigortacı tarafından kullanılması

Kanun öncelikle “araştırma yasağı” başlığını taşıyan 27'nci maddesiyle bazı sigortalarda sigorta şirketlerinin daha önce yapılmış bulunan genetik inceleme sonuçlarını talep edemeyeceği gibi, bu test sonuçlarını kullanamayacağını hükme bağlamaktadır. Dolayısıyla İsviçre kanun koyucusu da bu konuda kişinin verileri üzerinde belirleme hakkını sınırlamaktadır.³³⁹ Sigorta şirketleri yapılmış olan genetik test sonuçlarını talep edemeyecekler, kişiler de kendi rızalarıyla bu sonuçları ibraz edemeyecekler, ibraz etseler dahi bu sonuçlar sigortacı tarafından kullanılamayacaktır.

Maddenin birinci fıkrasına göre sigorta şirketlerinin daha önce yapılmış bulunan presemptomatik ya da prenatal genetik inceleme sonuçları ile aile

³³⁷Gerekçe, s. 7442.

³³⁸Kubiak (2008), yasağın prediktif genetik testlerle sınırlı olmasını isabetli bulmaktadır, s. 193.

³³⁹Aynı doğrultuda Fisahn (2001),s. 51. Yazar bu noktada Anayasa'da yer alan yaşama hakkı, eşitlik ilkesi ve sosyal devlet ilkesi çerçevesinde kişinin genetik kodu üzerinde vazgeçilemez bir temel hakkı olduğunu ifade etmektedir. Yazara göre kişinin kendi rızası ile genetik kodu üzerindeki hakkından vazgeçmesi, zamanla sosyal devletin temeli olan dayanışma ilkesinin (solidarprinzip) içinin boşaltılması sonucunu doğurur. Bu nedenle sadece kişiyi değil toplumu da ilgilendirmektedir. Bu yüzden de bu hak kişinin özerklik alanına terkedilemez, s. 53

planlaması inceleme sonuçlarını talep edemeyeceği ve kullanamayacağı sigortalar şunlardır:

- a- 6 Ekim 2000 tarihli Sosyal Sigorta Hukukunun Genel Hükümleri Hakkında Kanun'a kısmen ya da tamamen tabi olan sigortalar
- b- Zorunlu veya olağanüstü mesleki güvence
- c- Hastalık ya da annelik halinde ücret ödemesinin devam etmesine yönelik sigortalar
- d- En çok 400.000 Frank sigorta bedelli hayat sigortaları
- e- En çok 40.000 Frank yıllık gelirli isteğe bağlı malullük sigortaları

Birden fazla hayat ya da malullük sigortası akdedilmesi durumunda ise maddenin ikinci fıkrasına göre toplam sigorta meblağı veya yıllık irat miktarının d ve e bentlerinde belirtilen tutarları aşmaması gerekir.³⁴⁰ Böylelikle yasada belirtilen tutarları aşmayan birden fazla sigorta sözleşmesi yapılması ile ters seçim tehlikesi yaratılması önlenmiş olmaktadır.³⁴¹

27'nci madde ile bazı özel sigorta türlerinde getirilen bu serbesti eleştirilere maruz kalmakta, henüz belirtileri bile gözlenmeyen hastalık ihtimallerinden dolayı kişilerin sigorta himayesinden faydalanma olasılıklarının ortadan kaldırıldığına değinilmektedir. Bu, özellikle sosyal sigortalardan tam olarak yararlanamayan kimseler açısından önem arz etmekte, bu nedenle doktrinde, diğer Avrupa ülkelerinde mevcut düzenlemeler dikkate alınarak, başka yönde bir düzenlemenin benimsenmesinin daha iyi olabileceği ifade edilmektedir.³⁴²

27'nci maddede sayılan sigortalar dışında kalan sigorta sözleşmelerinde sigorta şirketlerinin sözleşmenin kurulmasından önce yaptırılmış bulunan

³⁴⁰ Maddenin 3'üncü fıkrasına göre: "Bir kimse birden fazla hayat ya da malullük sigortası yaptırmışsa birinci fıkranın d veya e bendindeki azami tutatlar yalnızca bir kez kullanılabilir. Sigorta başvurusunda bulunan kimse, sigorta irketine ilgili bilgilei vermek zorundadır."

³⁴¹Botschaft, s. 7443; Kubiak (2008), s. 189; Scherrer (2012), s. 167. Bu hükmün model alınması, Alman Genetik Teşhis Kanunu'nun bu konuda yarattığı endişeleri de kanımızca önleyebilirdi.

³⁴²Kieser (2005), s. 3.

genetik inceleme sonuçlarını talep etmelerine izin verilmiş bulunmaktadır. Ancak sigorta şirketleri daha önce yaptırılmış bulunan genetik inceleme sonuçlarını ancak 28'inci maddede belirtilen koşullarla talep edebilirler. 28. maddeye göre sigorta şirketlerine öncelikle yalnızca presemptomatik genetik inceleme sonuçlarını talep etme olanağı tanınmıştır. Bundan başka sigorta başvurusunda bulunan kimse, iki koşulun sağlanması durumunda sigorta şirketinin doktoruna daha önce yaptırdığı presemptomatik genetik inceleme sonuçlarını açıklamakla yükümlüdür. 28'nci maddenin ilk fıkrasına göre bu şartlar:

a- İlgili incelemenin teknik olarak ve tıp uygulamasında güvenilir sonuçlar ortaya koyması

b- İncelemenin prim hesaplaması açısından bilimsel olarak gerekli olduğunun ispatlanmasıdır.

Bu şartlar sayesinde sigorta başvurusunda bulunan kişiden prim hesaplaması için gerçekten gerekli bilgilerin istenebilmesi sağlanmış olmaktadır. Bugün bilinen genetik hastalıkların önemli bir kısmının multifaktöriyel hastalıklar olduğu düşünüldüğünde, sigorta başvurusunda bulunan kişiden istenecek bilgilerin kapsamının ne kadar sınırlı olduğu aşıkardır.

Bunun dışında 28'inci madde ile sigorta başvurusunda bulunan kişinin şirket doktoru ile paylaştığı bilgilerin güvenliğinin sağlanmasına da çalışılmıştır. Buna yönelik olarak maddenin ikinci fıkrası ile sigorta şirketinin doktoruna, sigorta başvurusunda bulunan kişinin vermiş olduğu bilgileri değil, sadece bu bilgiler ışığında sigorta başvurusunda bulunan kişinin yer alması gereken riziko grubunu bildirme yükümlülüğü yüklenmiştir. Böylelikle doktorun test sonuçlarını sigorta şirketine bildirmesinin önüne geçilmiş

olmaktadır ve sonuçlar sadece doktor ile sigorta başvurusunda bulunan kişi tarafından bilinmektedir.³⁴³

28'inci maddenin 3'üncü fıkrasına göre ise, şirket doktoru sigorta başvurusunda bulunan kişiye ait genetik inceleme sonuçlarını, yalnızca sigorta sözleşmesinin kurulması açısından önem arz etmekte ise saklayabilecektir.

28'inci maddenin son fıkrasında, inceleme sonuçlarının kullanım amacına ilişkin bir sınırlama öngörülmektedir. Buna göre inceleme sonuçları sadece sigorta başvurusunda bulunan kişinin sonuçları paylaşma amacıyla sınırlı olarak kullanılabilir. Böylelikle sigorta başvurusunda bulunan kişinin bir sigorta türü için paylaşmış olduğu inceleme sonuçlarının, yaptırmak istediği başka sigortalar için de kullanılması yasaklanmış olmaktadır.

3.3. Avusturya Hukukundaki Düzenlemeler

Avusturya'da 1994 yılından bu yana genetik test sonuçlarının kullanılmasına ilişkin geniş kapsamlı bir yasak bulunmaktadır. Söz konusu Gen Teknolojisi Kanunu (Gentechnikgesetz-GTG) 01.01.1995 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Adı geçen düzenlemeden önce ise Sigorta Sözleşmesi Kanunu'nun ihbar külfetini düzenleyen 16'ncı maddesi kapsamında sorunun incelenmesi gerekmektedir.

Hemen belirtmek gerekir ki, Almanya'daki durumun aksine, Avusturya'da ne doktrinde ne de toplumda Kanun'un yürürlüğe girmesinden önce ya da sonra çok fazla tartışma olmamıştır.³⁴⁴ Kanun'un yürürlüğe

³⁴³Kubiak (2008), s. 194; Scherrer (2012)'in de belirttiği gibi bu düzenleme, kişinin verileri üzerinde belirleme hakkını geniş ölçüde teminat altına almaktadır, s. 168.

³⁴⁴E. Bernat (2002). Schutz vor genetischer Diskriminierung und Schutzlosigkeit wegen genetischer Defekte: die Genanalyse am Menschen und das österreichische Recht. *Jahrbuch für Recht und Ethik*, 10, s. 189.

girmesinden önce rapor edilen bir genetik ayrımcılık örneğine ya da yürürlüğe girmesinden sonra uygulanmasına dair bir yargı kararına da rastlanmamıştır.

3.3.1. Özel düzenleme öncesi dönemde Sigorta Sözleşmesi Kanunu § 16

Avusturya Sigorta Sözleşmesi Kanunu'nun 16'ncı maddesi Alman Sigorta Sözleşmesi Kanunu'nun sözleşmenin kurulması sırasındaki ihbar külfetine ilişkin reform öncesi düzenlemesine paralel bir düzenlemeye yer vermektedir. Hatta düzenlemenin konumuz açısından önem arzeden külfetin kapsamına ilişkin ilk iki fıkrası Alman Sigorta Sözleşmesi Kanunu ile tamamen aynıdır. Maddenin ilk fıkrasına göre sigorta ettiren sözleşmenin yapılması sırasından bildiği ve sigortacının rizikoyu üstlenme kararı açısından önemli sayılan tüm hususları bildirmekle yükümlüdür. Avusturya Kanunu'na göre de sigortacı tarafından açıkça ve yazılı olarak sorulmuş olan hususlar şüphe halinde önemli sayılacaktır. Burada da sigorta ettirene bir araştırma yükümlülüğü yüklenmemekte, sadece bildiği hususları bildirmesi, külfetin yerine getirilmiş sayılması bakımından yeterli sayılmaktadır.³⁴⁵

İhbar külfeti sözleşmenin kurulmasına kadar devam ettiğinden, teklifname ile sözleşmenin kurulmasına kadar geçen sürede meydana gelen değişiklikler de ihbar külfeti kapsamında sigortacıya bildirilmelidir.

Bu düzenleme karşısında Alman Sigorta Sözleşmesi Kanunu'nun reform öncesi 16'ncı maddesi için söylenenlerin Avusturya hukuku için de söylenmesi mümkündür. Ancak Avusturya doktrininde 16'ncı madde kapsamında genetik testlere ilişkin söylemler bulunmamaktadır. Bu durum da konuya ilişkin 1995 yılı başında nispeten erken olarak nitelenebilecek özel düzenleme karşısında doğal karşılanmalıdır.

³⁴⁵Finnern (2009), s. 132.

Genetik testler açısından yapılacak değerlendirmede de Alman hukukunda olduğu gibi doktor muayenesine ilişkin VVG § 160 hkm yol gösterici olabilir. Bu hüküm de Alman hukukundaki düzenleme ile aynı içeriğe sahiptir. Bu nedenle bu hususta Alman hukuku için belirttiklerimizin Avusturya hukuku için de geçerli olduğu söylenebilir.³⁴⁶

3.3.2. Özel düzenleme: Gen Teknolojisi Kanunu

Gen teknolojisine ilişkin olarak Kanun'la getirilen düzenlemelerin bir kısmı yeşil gen teknolojisi ile ilgili iken, bir kısmı kırmızı gen teknolojisine ilişkindir. Kanun, genetik testlerin yapılması ve genetik verilerin kullanılması hakkında çok sayıda hüküm içermektedir. Avusturya kanun koyucusu, Gen Teknolojisi Kanunu'nun IV'nc Bölümünü insanlar üzerindeki genetik testler ve gen terapilerine ayırmıştır. Kanun'un 3'üncü maddesinin 5'inci bendinde her şeyden önce genetik testler ve gen terapisi kapsamında insan onurunun korunması temel ilke olarak saptanmıştır. Bunun dışında 4'üncü maddenin 23'üncü bendi genetik testleri tanımlamakta, 65 vd. maddeleri genetik testlerin hangi koşullarla yapılabileceğini düzenlemekte ve 67'nci maddesi genetik test sonuçlarının sigorta hukuku alanında kullanılmasını düzenlemektedir.

a- Madde 4, b. 23: Genetik Testlerin Tanımı

Kanun'un tanımlara ayrılan 4'üncü maddesinin 23'üncü bendinde yer alan yasal tanıma göre genetik test: "bir insanın kromozom, gen veya DNA parçacıklarında mutasyonların tespiti amacıyla gerçekleştirilen moleküler genetik incelemedir." Görüldüğü gibi bu tanım, yalnızca moleküler genetik incelemeleri kapsamakta olup, örneğin ışıklı mikroskop yardımıyla gerçekleştirilen kromozom incelemeleri ya da fenotip analizleri kapsam dışı

³⁴⁶Bkz. yukarıda s. 78 vd.

kalmaktadır. Bu nedenle Kanun'un genetik testlere ilişkin hükümleri bu analizler için uygulanmayacaktır.³⁴⁷ Kanun'un kapsamının bu şekilde olması ilginçtir. Zira konuya ilişkin özel düzenleme ihtiyacı analiz yönteminin değil analiz sonuçlarının özel durumundan kaynaklanmıştır.³⁴⁸

b- Madde 65 vd.: Genetik Testlerin Yapılış Koşulları

İnsan üzerinde tıbbi amaçlarla genetik test yapılması Gen Teknolojisi Kanunu'nun 65'inci maddesindeki koşullarla mümkündür. Maddenin 1'inci fıkrasının a bendine göre, genetik testler sadece insan genetiği alanında eğitim almış bir doktor ya da uzmanın talebi üzerine ve özel olarak buna yetkili olan kuruluşlarda gerçekleştirilebilir. Bilimsel amaçlı ya da eğitim amaçlı genetik testler ise Kanun'un 66'ncı maddesine göre sadece ya örnek veren kişinin rızası ile ya da anonimleştirilmiş örnekler üzerinde gerçekleştirilebilir.

69'uncu madde genetik testlerin yapılması bakımından insan genetiği alanında eğitim görmüş ya da ilgili endikasyon alanında uzman bir doktor tarafından aydınlatma ve danışma hizmeti verilmesi zorunluluğu getirmiştir. Bu kapsamda aydınlatma ve danışma hizmetinin genetik test yapılmasından önce ve sonra gerçekleştirilmesi öngörülmektedir. Böylelikle, kişiye testin yapılmasından sonra da sonuçlarını öğrenmemeye karar vermek imkanı tanınmaktadır. Bu durumda elbette kişiye sonuçlar hakkında bilgi verilmemelidir.³⁴⁹

Bilindiği gibi genetik materyaldeki mutasyonlar en yakın hısımlarda da görülebilir. Bunu göz önünde bulunduran Avusturya kanun koyucusu 70'inci maddede, doktorun kişiye söz konusu aile mensuplarının uyarılmasını tavsiye edebileceğini hükme bağlamıştır. Üçüncü kişilerin bilgilendirilmesi tavsiyesinin

³⁴⁷Karş. Bernat (2002), s. 190; Simon (2001), s. 28; Scherrer (2012), s. 156.

³⁴⁸Simon (2001), s. 28; Bernat (1995), s. 42.

³⁴⁹von Einem (2009), s. 129; ...(2001). Gentests für Versicherer werden zum Streitthema. *Die Presse*, 20.12.2001, s. 15; ...(2001). Versicherer wollen Zugriff auf Gentests. *Salzburger Nachrichten*, 20.12.2001, s. 17.

anlamalı ve önemli olup olmadığı tartışılabilir. Neticede kişi olası riskleri ortaya çıkarmak istediğinde kendisi de bizzat genetik test yaptırmak imkanına sahiptir. Bunu yaptırmayan kişinin gelecekteki sağlık durumu hakkında bilgi sahibi olmak istemediği düşünülebilir. Kanunda yer alan bu düzenleme kişiyi zorunlu olarak öğrenmek durumunda bırakılabilir. Bu nedenle söz konusu hüküm bilmeme hakkı çerçevesinde eleştirilebilir.³⁵⁰

71'inci madde genetik verilerin korunmasını düzenlemektedir. Düzenleme, sadece genetik test sonucu elde edilen belgeleri kapsadığı için Veri Koruma Kanunu (Datenschutzgesetz) karşısında özel kanun niteliğinde olup, öncelikle uygulanır. Hükme göre genetik bilgiler sadece belli yerlerle paylaşılabilir ve yetkisi olmayan kişilere karşı korunmalıdır.

c- Madde 67: Genetik Test Sonuçlarının Sigortacı Tarafından Kullanılması

Sigorta hukuku alanında Avusturya hukukunda da sigorta ettirenin sözleşme öncesi ihbar külfeti bulunmaktadır. 1958 tarihli Sigorta Sözleşmesi Kanunu'nun 16. maddesine göre, rizikonun sigortacı tarafından üstlenilmesi açısından önemli olan tüm hususlar sözleşmenin kurulmasından önce açıklanmalıdır. Buna göre sigortacının sigorta sözleşmesi yapma ya da kararlaştırılan koşullar altında yapma kararına etki edebilecek hususlar önemlidir. Şüphe halinde, sigortacının açıkça ve yazılı olarak sorduğu hususlar önemli sayılır. Hayat ve sağlık sigortalarında önemli hususlardan öncelikle sigorta ettirenin sağlık durumu, yani genotipi hakkındaki bilgiler anlaşılmaktadır. Yine Sigorta Sözleşmesi Kanunu'nun 11a maddesinin 1'inci fıkrasına göre, sigorta ettirenin ya da sigortalının sağlık durumunun önem arzettiği sigorta sözleşmelerinde, sigortacı sigorta yapıp yapmayacağına ya da

³⁵⁰von Einem (2009), s. 130. Yazar, bu sorunun maddede bir bilgilendirme yükümlülüğü yüklenmeyip, sadece tavsiye öngörülmüş olmasından dolayı kısmen yumuşatılmış olduğu görüşündedir. Bkz. A.g.e., s. 135.

hangi koşullar altında yapacağına ilişkin kararında etkili olabilecek nitelikteki kişisel sağlık verilerini kullanabilir. Aynı fıkranın son cümlesinde Gen Teknolojisi Kanunu'nun 67'nci maddesindeki yasağın saklı olduğu açıkça hükme bağlanmıştır.

Gen Teknolojisi Kanunu'nun 67'nci maddesi ise, sigortacının genetik test sonuçlarını edinmesini, istemesini veya herhangi bir şekilde kullanmasını yasaklamaktadır.³⁵¹ Maddeye göre: "İşveren ve sigortacılar ile çalışanları ve temsilcilerinin işçilerden, iş arayanlardan, sigorta ettirenlerden ya da sigorta başvurusunda bulunanlardan genetik test sonuçlarını talep etmeleri, kabul etmeleri ya da bu sonuçları herhangi bir şekilde kullanmaları yasaktır. Bu yasak aynı zamanda genetik test amacıyla vücuttan örnek alınması ya da verilmesini de kapsamaktadır." Yasağa herhangi bir istisna getirilmediği için, Avusturya Gen Teknolojisi Kanunu konuya ilişkin en katı düzenlemeyi içeren kanun olarak nitelenebilir. Uygulamada herhangi bir genetik ayrımcılık örneği yaşanmamasına rağmen yapılan bu katı düzenleme, Avusturya'da veri korumasına verilen özel öneme dayandırılmaktadır.³⁵²

Gen Teknolojisi Kanunu'nun 67'nci maddesindeki düzenleme karşısında genetik testler sonucu elde edilen bilgiler Sigorta Sözleşmesi Kanunu'nun 16'ncı maddesinde düzenlenen ihbar külfetinin kapsamı dışında kalmaktadır. Çünkü Gen Teknolojisi Kanunu özel kanun olarak, Sigorta Sözleşmesi Kanunu karşısında öncelikle uygulanacaktır.

³⁵¹2005 yılında Gen Teknolojisi Kanunu'nda değişiklik yapılması sırasında genetik olarak analiz edilmek üzere örnek vermeyi ya da almayı talep etmenin ya da kabul etmenin de yasak kapsamına alınması önerilmiştir. Ancak hükümet tasarısına alınmayan teklif, parlamentoda temsil edilen dört partiden sadece birisinin değişiklik önerisi üzerine maddeye ilave edilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. F. Kerschner vd. (2007). *Kommentar zum Gentechnikgesetz*. Wien: Manzsche Verlags- und Universitaetsbuchhandlung, s. 244.

³⁵²G. Satzinger (2006). Genetische Analysen- Die Rechtslage in Österreich. *Journal für Neurologie, Neurochirurgie und Psychiatrie*, 7(4), s. 14.

Bu yasak Kanun'un 109'uncu maddesinin 1'inci fıkrasının 2'nci cümlesinde öngörülen idari para cezası ile güçlendirilmiştir.³⁵³ Yasağın getiriliş amacı hukuki ilişkilerde ekonomik bağımlılığı dolayısıyla sosyal açıdan zayıf kimselerin korunması olduğu için³⁵⁴, maddede aynı zamanda sigortacının sigorta ettirenin kendi rızasıyla sunduğu genetik test sonuçlarını kabul etmesi ya da kullanması dahi yasaklanmıştır. Bu nedenle Avusturya hukukunda sigorta ettirenin genetik test sonuçlarını açıklama yükümlülüğü bulunmamaktadır, hatta bu Kanun'la yasaklanmıştır, sigortacı da hiçbir şekilde sigorta ettirenden genetik test yaptırmasını talep edemez.

Gen Teknolojisi Kanunu'nun bu katı düzenlemesi eleştirilmektedir. Özellikle olağan muayene sonuçlarına göre belli bir genetik hastalığa eğilimli olduğu ortaya çıkan bir kimse, mutlaka fazla prim ödemek zorunda kalacaktır ya da sigorta himayesinden mahrum kalacaktır. Gen Teknolojisi Kanunu'nun 67'nci maddesine göre bu kimsenin kendi rızası ile genetik test sonuçlarını sigortacıya açıklaması yasaklanmış olduğundan, bu kişi rizikoyu artıracak genetik bir bozukluğun taşıyıcısı olmadığını genetik test sonuçları ile ispatlamak hakkından da yoksun kalacaktır. Bu sonuç 67'nci maddedeki temel düşünceyle çelişmektedir. Genetik verilerin kullanılmasının yasaklanmasındaki temel düşünce, kişinin genetik özeline korunmasıdır. Ama yukarıdaki örnekte kişi kötü muameleyi kabul etmek durumunda bırakıldığı için, bu koruma düşüncesi ilgilinin zararına olmaktadır.³⁵⁵

Bu katı yasağın aynı zamanda anti seleksiyon tehlikesini de beraberinde getirdiği ifade edilmektedir. Genetik test sonucu yüksek risk altında olduklarını öğrenen kişiler, bu bilgilerini ucuz sigorta yaptırmak için gizleyebilirler. Bu

³⁵³Başka kanunlarda daha yüksek bir ceza olmadıkça 36.300 avroya kadar para cezası öngörülmektedir. Maddede teşebbüs dahi cezaya bağlanmıştır.

³⁵⁴Karş. Simon (2001), s. 27, Gereğe göre, genetik test sonuçlarının iradi olarak açıklanmasına izin verilmesi durumunda fiili zorunluluk oluşabileceği için, bu kadar katı bir yasak öngörülmüştür.

³⁵⁵von Einem (2009), s. 136.

durumda ise riziko-prim dengesi sağlanamayacağı için, sonuçta riziko topluluğu bu rizikoyu genel olarak yüksek primler ödeyerek taşımak zorunda kalacaktır.³⁵⁶

3.4. Amerika Birleşik Devletleri'ndeki Düzenlemeler

Amerika Birleşik Devletleri'nde daha önce incelemiş olduğumuz Avrupa ülkelerinden farklı olarak sigorta sözleşmelerine ilişkin ve tüm sigorta türlerini kapsayan federal bir kanun bulunmamaktadır.³⁵⁷ Uygulamada sözleşmenin kurulması için sigortacının verdiği teklifname sigorta ettiren tarafından doldurulmakta ve sigortacı teklifnameyi değerlendirerek sözleşme yapıp yapmama konusundaki kararını vermektedir. Teklifname de yer alan soruların sigorta ettiren tarafından tam ve doğru olarak yanıtlanması gerekmektedir.

Bu işlem³⁵⁸ sırasında sigorta ettirenin beyanları sözlü olarak alınabileceği gibi yazılı olarak da alınabilir.³⁵⁹ Sigorta ettirenin yapacağı beyan, sigortacının sözleşme yapıp yapmama konusundaki veya sözleşme koşullarına ilişkin kararını şekillendirmesini sağlayacak hususlara ilişkindir.

Sigorta ettirenin rizikonun tayini açısından önemli hususlardaki yanlış ve yanıltıcı beyanları, sigortacının sözleşme yapma konusundaki kararına etki etmişse bu durum “gerçeğe aykırı beyan (misrepresentation)” olarak değerlendirilmekte ve sigortacı sözleşmeden cayabilmekte ya da sigorta tazminatını ödemekten kaçınabilmektedir. Ancak sigorta ettirenin sigortacı tarafından sorulmamış olmakla birlikte rizikonun tahmini açısından önemli

³⁵⁶A.g.e. Konuya ilişkin yasal düzenleme yaparken, prediktif moleküler genetik bilgiler için sıradan sağlık bilgilerine oranla sadece gerekli olduğu ölçüde özel düzenleme yapılması gerektiği konusundaki düşünce için bkz. a.g.e., s. 138; Bernat (2002), s. 202.

³⁵⁷Aynı doğrultuda Simon (2001), s. 49; Saremba (2010), s. 11.

³⁵⁸İngilizce “representation” olarak adlandırılan bu işlemle riziko hakkında sigortacıya bilgi verilmesi amaçlanmaktadır ve işlem, hukukumuzdaki beyan yükümlülüğüne karşılık gelmektedir.

³⁵⁹E. Fischer vd. (2006). *Principles of insurance law*. Newark: LexisNexis, s. 428.

olan hususları da beyan etmesi gerekir. Bu hususların başvuru sırasında beyan edilmemesi ise “gizleme (concealment)” olarak adlandırılmaktadır.³⁶⁰

Sağlık sigortalarında³⁶¹ genetik test sonuçlarının kullanılmasına ilişkin olarak federal düzenlemeler yanında federe devlet düzenlemeleri de bulunmaktadır.³⁶² Genetik Bilgilere Dayalı Ayrımcılık Yasası Hakkında Kanun’dan önce Amerika Birleşik Devletleri’nde federal düzeyde iki kanun karşımıza çıkmaktadır. Bunlardan bir tanesi Sağlık Sigortası Taşınabilirlik ve Sorumluluk Yasası³⁶³, diğeri ise Engelli Amerikalılar Yasası³⁶⁴’dır. Her iki kanunda da genetik testlere ilişkin özel hüküm bulunmamaktadır. Buna karşın eyaletlerin hemen tamamında sağlık sigortası sözleşmelerinin kurulmasında

³⁶⁰Bu konuda bkz. Saremba (2010), s. 14.

³⁶¹Amerika Birleşik Devletleri’nde sağlık sigortası sisteminin özel ve sosyal sigorta olarak ayrılması mümkündür. Sosyal sigorta anlamında iki sistem karşımıza çıkmaktadır. Bunlardan medicare programı genel olarak ABD’de ikamet eden 65 yaş üstü bireyleri ve belli koşullar altında daha genç, fakat engelli bireyleri kapsamaktadır. Medicaid ise federal devlet ve eyaletlerin ortaklaşa yürüttükleri bir program olup, temelde ihtiyaç sahibi bireyleri kapsamaktadır. Bu program, feredal devlet tarafından belirlenen ilkeler çerçevesinde eyaletler tarafından yürütülmektedir. Bireyler iş ve gelir durumlarına bakılarak program kapsamına alınmaktadırlar. Kapsamında yer alan bireyler, yardımın türü ve kapsamı eyaletten eyalete farklılık göstermektedir. Medicare ve medicaid hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. T. Baker (2003). *Insurance law and policy*. New York: Aspen Publishers, s. 202; Brinkmann (2006), s. 84; Simon (2001), s. 52; Özel sektör tarafından gerçekleştirilen sağlık sigortası ise grup sigortası ve bireysel sağlık sigortası olarak karşımıza çıkmaktadır. Grup sigortası özel sağlık sigortası yaptıranların %90 gibi yüksek bir oranını oluşturmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Brinkmann (2006), s. 85.

³⁶²Amerika Birleşik Devletleri’nde eyaletlerin tamamına yakınında konuya ilişkin olarak özel kanunlar hazırlanmıştır. 47 eyalette sağlık sigortalarında genetik bilgilerin kullanılmasına ilişkin düzenleme bulunmaktadır. Eyaletlerin bazılarında, örneğin Vermont’ta, genetik bilgilerin kullanılması yasaklanırken, Arizona gibi bir kısım eyaletlerde kullanılmasına sigorta ettirenin rızası durumunda izin verilmiştir. Colorado’da ise genetik bilgiler üzerinde mülkiyet hakkının varlığı kabul edilerek, bu şekilde koruma sağlanmaya çalışılmıştır. Burada hemen belirtmek gerekir ki, genetik bilginin tanımına bağlı olarak her bir eyaletteki düzenlemenin de kapsamı değişmektedir. Bu nedenle eyaletlerin düzenlemelerine değinirken genetik bilgiye ilişkin yasal tanıma yer verilmesi de gerekli görülmektedir. Federe devlet düzenlemeleri için bkz. Brinkmann (2006).

³⁶³Health Insurance Portability and Accountability Act, http://www.nacua.org/documents/HIPAA_Pub_L_No_104_191_110Stat_1936.pdf, Erişim Tarihi: 28.03.2012.

³⁶⁴Americans with Disabilities Act, <http://www.ada.gov/pubs/adastatute08.htm>, Erişim Tarihi: 28.03.2012.

genetik test sonuçlarının kullanılmasına ilişkin özel düzenlemeler bulunmaktadır. Hayat sigortalarına ilişkin olarak ise federal düzenlemelerde herhangi bir özel düzenlemeye rastlanmamaktadır.³⁶⁵ Hayat sigortasına ilişkin federe devlet düzenlemelerine bakıldığında da çok az eyalette özel düzenleme bulunduğu gözlenmektedir.³⁶⁶ Bu durumun, Amerika Birleşik Devletleri'nde hastalık sigortasına daha büyük önem atfedilmesinden kaynaklandığı ifade edilmektedir.³⁶⁷

Amerikan halkının, özel sağlık sigortalarında genetik bilgilerin kullanılarak ayrımcılık yaratılması hususundaki kaygılarının artması nedeniyle 2008 yılında bu konudaki ilk federal kanun olan Genetik Bilgilere Dayalı Ayrımcılık Yasağı Hakkında Kanun³⁶⁸ kabul edilmiştir.

3.4.1. Genetik Verilere Dayalı Ayrımcılığa Karşı Kanundan önceki düzenlemeler

Amerika Birleşik Devletleri'nde sigorta hukuku alanında genetik test sonuçlarının kullanılmasına ilişkin olarak özel düzenleme öncesinde federal ve federe düzeyde farklı yönde düzenlemelerle karşılaşmaktayız. Federe devlet düzenlemelerinin tümünün ele alınması mümkün olmadığından çalışmamızın bu kısmında yalnızca konuya ilişkin federal devlet düzenlemeleri ele alınacaktır.

³⁶⁵Buyten ve Simon (2003), s. 817.

³⁶⁶Bkz. Brinkmann (2006), s. 178; Simon (2001), s. 50.

³⁶⁷Simon (2001), s. 50; Brinkmann (2006), 203.

³⁶⁸Genetic Information Nondiscrimination Act, <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/PLAW-110publ233/pdf/PLAW-110publ233.pdf>, Erişim Tarihi: 04.07.2012.

3.4.1.1. Engelli Amerikalılar Yasası (ADA)

Ayrımcılığa karşı korumayı amaçlayan Kanun, 1990 yılında yürürlüğe girmiştir. Kanunda genetik hastalıklar ile genetik olmayan hastalıklar arasında bir ayırım yapılmamıştır. Sigorta sözleşmelerinin kurulmasında genetik testlerin kullanılmasına ilişkin özel bir düzenleme de içermemektedir. Kanun, hizmet ilişkilerinde ve kamusal alanda ayrımcılığı yasaklamaktadır.

Hizmet ilişkilerinde ilave bir edim olarak sağlık sigortaları da dolaylı olarak Kanun kapsamına girmektedir.³⁶⁹ Genetik bilgilerin kullanılması kanunda açıkça düzenlenmemiştir. Bunun yanında Kanun'un üçüncü bölümü kamusal alanda ayrımcılığı yasaklamaktadır. Buna göre konaklama ve seyahat hizmeti³⁷⁰ sunan ya da işleten kimseler, engellilerin bu alanlara engelle karşılaşmaksızın girmelerini ve buralarda sunulan mal ve hizmetlere erişimlerini temin etmek zorundadırlar.³⁷¹

Hem hizmet ilişkilerinde hem de kamusal alanda ayrımcılığa ilişkin bir değerlendirme yapılabilmesi için öncelikle genetik yapı bozukluklarının Kanun'un anladığı anlamda "engel" olarak nitelenip nitelenemeyeceğine bakılmalıdır. Bir kimsenin engelli olarak nitelenebilmesi için Kanun'da Sec. 12102'de engelli tanımı altında yer verilen üç kategoriden birine dahil olması gerekmektedir. Bunlar:

- Kişinin önemli yaşamsal faaliyetlerini etkileyecek nitelikte fiziksel veya zihinsel bozukluk bulunması,
- Bu türden bir rahatsızlık geçirilmiş olması,

³⁶⁹Ziegler (2009), s. 115.

³⁷⁰İngilizce "public accommodation", Amerika Birleşik Devletleri'nde seyahat, konaklama ve yemek ile sinema ve tiyatro gibi kültürel etkinlikleri de kapsayan geniş bir kategoriye ifade etmek üzere kullanılmaktadır. Bu konuda bkz. US Civil Rights Act (1964), <http://www.law.cornell.edu/uscode/text/42/2000a>, Erişim Tarihi: 20.08.2012.

³⁷¹Bu düzenleme çerçevesinde kişilerin belirtilen alanlara fiziksel olarak girişte eşit muameleye tabi tutulmalarının yeterli sayılmayıp mal ve hizmetlere erişimde de eşit muameleye tabi tutulmalarının gerektiğine ilişkin yargı kararları için bkz. Brinkmann (2006), s. 117.

- İlgili kişinin üçüncü kişilerce rahatsız olarak nitelenmesidir.

Genetik yapı bozukluklarında henüz ortaya çıkmış bir belirti dahi olmadığından bu kategorilerin hiçbirine dahil edilememekte, bu nedenle de kendisinde hastalık belirtisi gözlenmeyen kişiler “engelli” olarak kabul edilmemektedir.³⁷²

Ancak Kanun’un Sec. 12201 (c) maddesinde sigorta sektörünü ilgilendiren bir hüküm yer almaktadır. Buna göre sigortacının rizikoya uygun prim belirleme hakkı yürürlükteki federe devlet yasalarına aykırılık oluşturmadığı sürece saklıdır. “Safe-Harbor-Provision” olarak adlandırılan hüküm hem bireysel hem de grup sağlık sigortalarında geçerlidir. Dolayısıyla sigorta şirketleri tarafından kullanılan riziko hesaplama yöntemlerine herhangi bir sınırlama getirilmemektedir.

Genetik test sonuçlarının sigortacı tarafından kullanılmasının Kanun kapsamında yer alıp almadığının tespiti bakımından genetik yapısında bozukluk olan kişilerin “engelli” olarak nitelenebilir nitelenemeyeceğinin tartışılması gerekmektedir. *Brinkmann*’a göre presemptomatik nitelikteki genetik yapı bozukluklarının varlığı, ADA anlamında engel olarak nitelenebilmelidir. Yazar bu sonuca Amerikan Federal Mahkemesi’nin bir HIV taşıyıcısına ilişkin olarak verdiği karara dayanarak ulaşmaktadır. Bu kararda³⁷³ Mahkeme, semptomatik aşamaya henüz geçmemiş olan HIV hastalığını ADA anlamında engel olarak değerlendirmiştir. Bu noktadan hareket eden *Brinkmann*, henüz belirtileri ortaya çıkmamış bir genetik yatkınlığın genetik test sonucu tespit edilmiş olduğu hallerde de bunun ADA anlamında engel olarak nitelenmesi gerektiğini ifade etmektedir.³⁷⁴

³⁷²Bu konuda ayrıntılı bilgi için bakınız Brinkmann (2006), s. 115 vd.

³⁷³Bragdon v. Abbott, 524 U.S. 624 (1998), <http://www.law.cornell.edu/supct/html/97-156.ZO.html>, Erişim Tarihi: 26.04.2012.

³⁷⁴Brinkmann (2006), s. 121.

ADA'nın uygulama esaslarını belirleyen Equal Employment Opportunity Commission (EEOC) da genetik bilgilerin kullanılmasına 'engellilik' kavramı altında yer vermiştir.³⁷⁵ Buna göre, bir bireyi genetik özelliklerinden dolayı ayrımcılığa maruz bırakan işveren, o bireyi engelli olarak kabul etmiş olmaktadır. EEOC'ye göre de bu noktada kişi ADA'nın engelli tanımında yer alan üçüncü kategori anlamında engelli sayılmaktadır. *Ziegler*³⁷⁶ EEOC'nin bu yorumunu aşırı bulmaktadır. Yazara göre moleküler genetik yöntemlerdeki hızlı ilerlemeler sayesinde bugün pek çok hastalık genetik- multifaktöriyel olarak nitelenmektedir. Bu durum, genetik olan ve olmayan hastalıklar ayrımını zorlaştırmaktadır. Eğer EEOC'nin yorumu kabul edilecek olursa bütün insanların engelli olarak ADA kapsamına girmesi gibi bir sonuç ortaya çıkacaktır. *Ziegler*'in genetik olan ve olmayan hastalık ayrımının yapılmasındaki zorluğa dikkati çekmesi isabetli olmakla birlikte görüşüne katılma olanağı bulunmamaktadır. Çünkü presemptomatik ya da prediktif genetik teste tabi olan kişilerde henüz herhangi bir hastalık belirtisi somut olarak gözlenmemektedir. Genetik testlere ilişkin vermiş olduğumuz genel bilgilerde de değindiğimiz gibi test sonucu, kişinin genetik bir takım riskler taşıdığını ortaya koysa dahi herhangi bir hastalığın ortaya çıkıp çıkmayacağı ve çıkacaksa ne zaman ortaya çıkacağına ilişkin kesin bir veri ortaya konulamamaktadır. Bu kişiler iş ya da sigorta ilişkilerinde negatif anlamda farklı muameleye tabi tutulduklarında aslında somut olarak herhangi bir engelleri henüz bulunmasa da üçüncü kişilerce varmış gibi davranılmaktadır. Kendilerine "engelli imiş gibi" davranılan bu kişiler bu nedenle ADA kapsamına girmektedirler ki bu da tam olarak genetik test sonuçlarının işveren ya da sigorta şirketlerince kullanılmasının önlenmesi gerektiğine ilişkin görüşlere uygun bir sonuçtur.

³⁷⁵<http://www.eeoc.gov/laws/types/genetic.cfm>, Erişim Tarihi: 26.04.2012.

³⁷⁶*Ziegler* (2008), s. 170.

3.4.1.2. *Amerikan Sağlık Sigortası Taşınabilirlik ve Sorumluluk Yasası (HIPAA)*

1996 yılında çıkarılıp, 1997’de yürürlüğe giren Kanun’un amacı bir iş yeri değişikliğinin gerçekleşmesi durumunda işçiyi ve buna bağlı olarak ailesini korumaktır. İşveren değişikliği durumunda işçinin hastalık sigortası himayesi devam ettirmeye yönelik bir dizi önlem öngörülmüştür.

Kanun’un 701 (b) (1) (B) maddesine göre, herhangi bir belirti ortaya çıkmadığı sürece, sigorta ettirenin sözleşme öncesi ihbar külfeti kapsamında, test sonuçlarını açıklama yükümlülüğü bulunmamaktadır. Ancak hemen belirtmek gerekir ki, Kanun ağırlıklı olarak grup sigortası piyasasındaki genetik ayrımcılığı yasaklamaktadır. Buna göre, sigortacıların aynı tarife grubunda yer alan kişilere sağlık bilgilerine ve genetik bilgilerine dayalı olarak farklı davranmaları yasaklanmaktadır. Yani, sigortacının bir tarife grubunun tamamına farklı davranması mümkündür. Aynı şekilde sigortacının bir gruba dahil olan tüm bireylere aynı şekilde uygulanması koşuluyla riziko sınırlamalarına gitmesi mümkündür.³⁷⁷

Kanuna göre, bir kimseden kendisinin ya da bir hısminın sağlık bilgilerinin değerlendirerek, aynı tarife grubunda yer alan diğer kimselere göre daha yüksek prim alınamaz. Kanun burada da bir tarife grubu içersinde ayrımcılık yapılmasını yasaklamaktadır. Buna karşın, genetik bilgilerin kullanılarak bir tarife grubunun tamamının prim oranının yükseltilmesi mümkündür. Bu noktada hemen belirtmek gerekir ki sigortacının kişilerin sağlık ve bu arada genetik durumlarını dikkate alarak tarife grubu oluşturması mümkün değildir, sadece bir grubun prim tutarını yükseltebilir. Aynı şekilde bireylerin bir tarife grubuna dahil edilmesi sırasında genetik rizikolar için

³⁷⁷Max-Planck-Institut (2002), s. 125; Uyanık-Çavuşoğlu (2003), s. 840.

bekleme süresi de öngöremez. Çünkü Kanun sözleşme öncesi mevcut şartlar için bekleme süresine öngörülmesine izin vermekte, ancak bu şartların sözleşme öncesinde mevcut patolojik durumlar olması şartını aramaktadır. Genetik rizikolar ise henüz bir belirti dahi ortaya çıkmamış olduğu için bu şartı karşılamamaktadır. Bunun sonucu olarak da sigortacının genetik bilgileri bir grup sigortası tarifesine dahil olmanın ön koşulu haline getirmesi mümkün değildir.³⁷⁸

Bireysel sağlık sigortası piyasasına yönelik olarak ise sadece Kanun'un "seçilebilir kişi (eligible individuals)" olarak nitelediği bireyler dikkate alınmıştır. Bu kimseler, en az 18 aylık güvenilir sigortası olan kimselerdir. Buradaki anlamda güvenilir sigorta grup sağlık, hükümet veya kilise planı kapsamında yer alan sigortadır. Bu kişiler, genetik bilgilerine bakılmaksızın istedikleri tarifiede sigortalanırlar. Ancak bunların ödeyecekleri primler yine sigortacı tarafından özgürce saptanacaktır. Dolayısıyla genetik bilgilere dayalı olarak bireysel rizikonun saptanması ve buna uygun prim hesaplanması yasaklanmamıştır.³⁷⁹

Kanun, sigorta sözleşmesinin süresinin uzatılmasına ilişkin olarak tüm bireyleri kapsayacak bir düzenleme içermektedir. Buna göre, sigortacı sigorta süresinin bitiminde, sigorta ettiren isterse süreyi uzatmakla yükümlüdür. Süre uzatımı genetik bilgilerine bakılmaksızın tüm bireylere tanınan bir haktır. Ancak, sigortacı genetik bilgileri değerlendirerek bir tarife grubundaki sigorta himayesinin kapsamını ya da prim miktarını değiştirebilecektir. Bu değişikliğin aynı tarifiede yer alan tüm bireylere uygulanması ve federal kanunlara uygun olması yeterlidir.

Görüldüğü gibi HIPAA, yalnızca grup sağlık sigortalarında genetik bilgilere dayalı ayrımcılık yapılmasını önlemeye yönelik düzenlemeler

³⁷⁸Aynı doğrultuda Ziegler (2008), s. 174.

³⁷⁹Max-Planck-Institut (2002), s. 125; Uyanık-Çavuşoğlu (2003), s. 840.

içermektedir. Buna karşılık bireysel sağlık sigortalarında, sigorta şirketlerinin sigorta yapma ve prim belirleme konusundaki kararlarında genetik bilgileri dikkate almasının önleyen bir düzenleme içermemektedir.

3.4.2. Özel düzenleme: Genetik Bilgilere Dayalı Ayrımcılığa Karşı Kanun

Amerika Birleşik Devletleri'nde sigorta sözleşmelerinde genetik test sonuçlarının kullanılması, Kongre tarafından 21 Mayıs 2008 tarihinde kabul edilen Genetik Bilgilere Dayalı Ayrımcılığa Karşı Kanun ile ilk kez federal düzeyde³⁸⁰ düzenlenmiştir. İlk taslağının 1995'te sunulduğu³⁸¹ Kanunla bireyler, sağlık sigortası ve çalışma alanlarında genetik bilgilere dayalı ayrımcılık yapılmasına karşı korunmaktadır.

3.4.2.1. Genetik bilginin tanımı

Kanun'da bir bireye ilişkin genetik bilgiler üç başlık altında toplanmaktadır (Sec. 101, (d), (6), (A)). Buna göre genetik bilgi:

- Bireyin genetik testlerine ilişkin bilgileri,
- Bireyin aile üyelerinin genetik testlerine ilişkin bilgileri,
- Bireyin aile üyelerinde görülen hastalık ya da bozukluklara ilişkin bilgileri kapsamaktadır.

Görüldüğü gibi sadece genetik test sonuçları değil, aile sağlık geçmişine ilişkin bilgiler de Kanun kapsamında yer almaktadır. Öte yandan tanım, yalnızca prediktif genetik test sonuçlarını kapsayacak biçimde kaleme

³⁸⁰Ziegler (2009), s. 114.

³⁸¹N. L. Jones ve A. K. Sarata (2008), CRS Report RL34584 for Congress, http://public.health.oregon.gov/DiseasesConditions/GeneticConditions/Documents/GINA_CRS_summary.pdf, s. 10; Brinkmann (2006), s. 141.

alınmıştır. Ayrıca sadece bireyin değil, bireyin aile üyelerinin genetik bilgilerinin de Kanun kapsamına alınmış olması dikkat çekicidir. Aile üyeleri ile bireyin birinci, ikinci, üçüncü ve dördüncü derece hısımları kastedilmektedir (Sec. 101, (d), (5), (A) ve (B)). Böylelikle bireyin dördüncü derece hısımlarına ait genetik bilgilerin kullanılmasıyla ayrımcılığa maruz bırakılmasının dahi önüne geçilmiş olmaktadır.

3.4.2.2. Sağlık sigortası alanında genetik ayrımcılık

Kanun'un birinci bölümü sağlık sigortası alanındaki genetik ayrımcılığı düzenlemektedir. Hemen belirtmek gerekir ki Kanun, yalnızca sağlık sigortasını kapsamakta, diğer sigorta kollarında ayrımcılığı yasaklayan herhangi bir düzenleme içermemektedir. Bu nedenle sağlık sigortası dışındaki sigorta kollarında, örneğin tezimizin konusu kapsamında yer alan hayat sigortasında sigorta şirketlerinin genetik test sonuçlarını kullanmasına herhangi bir engel bulunmamaktadır. Kanun'un Sec. 2753 hükmünde sağlık sigortası alanında ayrımcılık yasağı üç başlık altında toplanmaktadır. Bunlar:

- a- Sec. 2753 (a) hükmü seçilme koşulu (condition of eligibility) olarak genetik bilgilerin kullanımını yasaklamaktadır. Buna göre sağlık sigortası sunan bir sigortacı, genetik bilgilere dayalı olarak sağlık sigortası himayesi sağlamayı öngören seçilme koşulları oluşturamaz. Böylelikle sigortacının, sigorta sözleşmesinin ön şartı olarak genetik test talep etmesi yasaklanmış olmaktadır.
- b- Sec. 2753 (b) hükmü ile prim oranlarının belirlenmesinde genetik bilgilerin temel alınması yasaklanmaktadır. Buna göre sağlık sigortası himayesi sunan bir sigortacı, birey veya bireyin aile üyelerinin genetik bilgilerini temel alarak prim ayarlaması yapamaz.

- c- Sec 2753 (d) hükmü ise sigortacının genetik test talep etmesini sınırlayıcı bir düzenleme içermektedir. Gerçekten de hükme göre sağlık sigortası sunan bir sigortacı, bir kimsenin veya o kimsenin aile üyelerinden birinin genetik teste tabi tutulmasını talep edemez.

Görüldüğü gibi Kanun, sağlık sigortası alanında genetik bilgilerin talep edilmesini ve kullanılmasını tamamen yasaklama yolunu seçmiştir. Sağlık sigortası dışında genetik bilgilerin kullanılabileceği hayat ve kaza sigortası gibi diğer sigorta kollarının düzenleme dışı bırakılmış olması kanımızca bir eksikliktir. Öte yandan sigorta ettiren yanında sigorta ettirenin aile üyelerinin genetik bilgilerinin de kullanılmasının yasaklanmış olması son derece önemlidir. Ancak aile üyelerinin genetik bilgilerinin kullanılamaması, aile sağlık geçmişi sorgulaması gibi geleneksel yöntemlerin de sigortacı tarafından kullanılmaması anlamına gelmektedir.³⁸² Bu durum, sigortacıların riziko analizinde aşırı ölçüde sınırlanması anlamına gelmektedir. Bilindiği gibi sağlık sigortasında aile sağlık geçmişi sorgulaması, sigortacıların riziko analizi amacıyla başvurdukları en eski yöntemlerden biridir.

4. Türk Hukukundaki Düzenlemeler

Hukukumuzda, genetik test sonuçlarının hastalık ve hayat sigortası sözleşmelerinde kullanılmasına ilişkin özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Uygulamada ise hayat sigortası ve sağlık sigortası poliçelerine konulan özel hükümlerle genetik hastalıkların teminat dışı bırakıldığı görülmektedir. Bu durumda ya sözleşme öncesi yapılacak genetik testlerle genetik hastalıkların tespitine gidilecek, ya da riziko gerçekleştiğinde, sigortacı durumun genetik hastalıktan kaynaklandığı gerekçesiyle sigorta bedelini ödemeyi reddettiğinde,

³⁸²Aynı doğrultuda Brinkmann (2006), s. 145 ve 194.

sigorta ettiren ya da sigortalı şahıs genetik test yaptırarak, gerçekleşen rizikonun genetik bir hastalıktan kaynaklanmadığını ispatlamak durumunda kalacaktır. Özel bir düzenlemenin bulunmaması, bu olasılığın mevcut düzenlemeler ışığında ele alınmasını zorunlu kılmaktadır. Bu düzenlemelerin başında şüphesiz sigorta ettirenin sigorta akdinin kurulması sırasındaki ihbar mükellefiyetine ilişkin genel hükümler yer almaktadır. Bu anlamda sorun öncelikle 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 1290'ıncı maddesi kapsamında değerlendirilmelidir. Bunun dışında Hayat Sigortası Genel Şartları ile Sağlık Sigortası Genel Şartları'nın sigorta ettirenin beyan yükümlülüğünü düzenleyen hükümleri de inceleme kapsamına alınmalıdır.

4.1. 6762 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun Sigorta Akdinin Kurulması Sırasındaki İhbar Mükellefiyetine İlişkin 1290'ıncı Maddesi

6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda, mal sigortalarında sigorta ettirenin sözleşmenin kuruluşu aşamasındaki ihbar mükellefiyeti ve denizcilik rizikolarına karşı sigortalarda sigorta ettirenin sözleşmenin kuruluşu aşamasındaki ihbar mükellefiyeti iki ayrı maddede düzenlenmiştir. Konuyu mal sigortaları açısından 1290'ıncı maddede, denizcilik rizikolarına karşı sigortalar açısından da 1363'üncü maddede düzenleyen Kanun'da, can sigortalarında sigorta ettirenin sözleşmenin kurulması aşamasındaki ihbar mükellefiyetine ilişkin olarak herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Doktrinde, mal sigortalarına ilişkin 1290'ıncı madde hükmünün can sigortalarında da uygulanması savunulmakta olup³⁸³, aynı görüş Yargıtay içtihatlarında da kabul görmektedir.³⁸⁴

³⁸³Can (2009), s. 296, dn. 505; F. Öztan (1966). *Sigorta akdinin inikadında ihbar mükellefiyeti*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, s.3 ve 45 (dn. 40) ; Kender (2008), s. 215; Eroğlu (2005), s. 77; Z. Şeker Öğüz (2010). *Sigorta sözleşmelerinde sözleşme öncesi ihbar görevi*.

4.1.1. Sigorta akdinin kurulması sırasındaki ihbar mükellefiyetinin kapsamı

6762 sayılı Kanun'un 1290'ıncı maddesinin ilk cümlesine göre; "Sigorta ettiren kimse, sigortacının mukavele yapılırken hakiki vaziyetleri bildiği takdirde mukaveleyi yapmamasını veya daha ağır şartlarla yapmasını mucip olacak bütün hususları sigortacıya bildirmeye mecburdur." Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre ise; "Sigorta mukavelesinin yapılması sırasında sigorta ettirene doldurması teklif olunan listede yazılı sorular dışında hiçbir mes'uliyet teveccüh etmez.". Görüldüğü gibi, Kanun'un 1290'ıncı maddesi ile beyan ya da liste usullerinden birinin tercih edildiğini söylemek güçtür. Uygulamada, sözleşmenin yapılması sırasında sigorta ettirene bir soru listesi verilmekte ve bunun yanıtlanması beklenmektedir. Bu noktada, sigortacı tarafından verilen listedeki soruların yanıtlanması ile ihbar mükellefiyetinin yerine getirilmiş sayılıp sayılmayacağı sorusu akıllara gelmektedir. Doktrinde bir görüşe göre, sigortacı tarafından böyle bir liste verilmesi durumunda, soruların yanıtlanması ihbar mükellefiyetinin yerine getirilmiş sayılması bakımından yeterlidir.³⁸⁵ Bir başka görüşe göre ise, ihbar mükellefiyetinin yerine getirilmiş sayılması için, sigortacının vermiş olduğu listedeki soruların cevaplanmasının yanında, listede yer almamakla beraber, sigorta ettiren tarafından bilinen önemli hususların da

İstanbul: Filiz Kitabevi, s. 54. Aksi görüşte: İ. Doğanay (2004). *Türk Ticaret Kanunu Şerhi*. İstanbul: Beta, s. 3311; K. Tunçomağ (1998). Hayat sigortasının sigorta tekniğine bağlı özellikleri. Prof. Dr. Oğuz İmregün'e Armağan, İstanbul: İÜHF Yayını s. 767; K. Ayiter (1960). Sigorta ettirenin mukavele yapılırken mevcut ihbar mükellefiyeti. *Ticaret ve Banka Hukuku Haftası*, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü, s. 224.

³⁸⁴Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 06.12.1974 tarih ve E. 1972/159, K. 1974/93 sayılı kararı; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 25.02.1993 tarih ve E. 1991/7769, K. 1993/1236 sayılı kararı; Aksi yönde Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 12.09.1975 tarih ve E. 1974/844, K. 1975/977 sayılı kararı.

³⁸⁵Kender (2008), s. 215; Doğanay (2004), s. 3317; Arseven (1960), s. 215.

beyan edilmesi gerekir. Sigorta ettirenin bildiği önemli hususları kötüniyetle beyan etmemesi, ihbar mükellefiyetinin ihlali anlamına gelecektir.³⁸⁶

1290'ıncı maddeye göre ihbarı gereken hususlar öncelikle sigorta ettiren tarafından bilinen önemli hususlardır. Bunun yanında sigorta ettirenin bilmesi gereken önemli hususlar da ihbar mükellefiyeti kapsamında yer almaktadır.³⁸⁷ Hayat ve hastalık sigortaları açısından sigortalının bilmesi gereken önemli hususlar noktasında pek çok uyuşmazlık çıktığı gözlenmektedir. Zira bu sigortalar açısından önem arzeden ağır ve önemli hastalıkların çoğu zaman kişiden gizlenmeye çalışıldığı bilinen bir gerçektir.³⁸⁸ Önemli hususlardan kasıt ise, sigortacının sözleşme yapma kararına ve sözleşmenin koşullarına etki edecek nitelikteki bilgilerdir. Bu hususlar her sigorta türü açısından farklılık göstermektedir. Bu nedenle hangi bilgilerin “önemli husus” olduğunun, hayat sigortası ve sağlık sigortası açısından ayrı ayrı değerlendirilmesi zorunluluğu ortaya çıkmaktadır.

1290'ıncı maddeye ilişkin olarak önem taşıyan bir başka nokta da teklifnamenin doldurulmasıyla sözleşmenin kurulmasına kadar geçen sürede beyan edilen hususlarda ortaya çıkan değişikliklerin beyan yükümlülüğü kapsamında olup olmadığıdır. Hükümde yer alan “mukavele yapılırken” ifadesinin bu süreyi de kapsadığı kabul edilmektedir.³⁸⁹

³⁸⁶Öztan (1966), s. 80; Ünan (1998), s. 143; A. Ayli (2005). Sigorta ettirenin sözleşmenin kuruluşundaki ihbar yükümlülüğüne ilişkin hükümlerin, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı çerçevesinde yeniden değerlendirilmesi. *Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan, Sosyal Bilimler Araştırma Dergisi*, Yıl: 2005, Sayı: 6, s. 193.

³⁸⁷Öztan (1966), s. 64; Ayli (2005), s. 191.

³⁸⁸Örneğin Yargıtay, hayat sigortasına ilişkin olarak 07.10.1988 tarih ve E.1988/1255 ve K. 1988/5605 sayılı kararında lenf kanseri olan sigortalının “hastalığının seyrine ve gördüğü tedavinin niteliğine göre, kendisinin kanser olduğunu bilmese bile önemli bir hastalığa düşer olduğunun kendisince bilindiğinin karine olarak kabul edilmesi” gerektiği gerekçesiyle sigorta ettirenin mükellefiyeti kasıtlı olarak ihlal ettiğinin kanıtlanmaması nedeniyle ilk derece mahkemesince davanın kabulünü doğru bulmamıştır.

³⁸⁹M. K. Omağ (1999). Hastalık (sağlık) sigortalarında, akdin kuruluşundaki ihbar mükellefiyetine ilişkin bir Yargıtay kararının değerlendirilmesi. *Sigorta Hukuku Dergisi*, 1, s. 108;

4.1.1.1. Hayat sigortasında ihbar mükellefiyeti kapsamında yer alan hususlar

Hayat sigortası ile genel olarak bir kimsenin belli bir tarihte ölümü ya da hayatta kalması durumunda sigortacının sigorta bedelini ödemesi kararlaştırılmaktadır. Teminat altına alınan riziko açısından uygulamada hayat sigortalarının üç türde yapıldığı görülmektedir. Bunlardan ilkinde sigortalının belli bir tarihte hayatta kalması teminat altına alınmaktadır ki buna “hayatta kalma şartlı sigorta” ya da “yaşama şartlı sigorta” denilmektedir. Hayat sigortalarının ikinci türü olan “ölüm rizikosuna karşı sigorta” ya da “ölüm şartlı sigorta” ile sigortacı, sigortalı şahsın sözleşmede kararlaştırılan tarihte ölmesi halinde, mirasçılara kararlaştırılan sigorta bedelini ödemeyi taahhüt etmektedir. Hayat sigortalarının son türü ise “karma hayat sigortası”dır. Bu tür hayat sigortasında, sigortalı şahsın sözleşmede kararlaştırılan tarihte hayatta veya ölmüş olması rizikosu teminat altına alınmaktadır. Uygulamada tehlikeli hastalık klozlu hayat sigortası ya da emeklilik ödemeli hayat sigortası gibi belirttiğimiz türleri temel alan, ancak farklı klozlarla çeşitlendirilen ürünlere de rastlanmaktadır.³⁹⁰

Bunlardan sigortalının sözleşmede kararlaştırılan süre içinde ölümüne karşı yapılan sigortada yaş, cinsiyet ve meslek gibi faktörler yanında sigortalının sağlık durumuna ilişkin bilgiler önemli husus olarak karşımıza çıkmaktadır.³⁹¹ Sigortalının hayatının devamına etki edecek nitelikteki sağlık durumu bilgilerinin ihbar mükellefiyeti kapsamında bildirilmesi gerekir. Zira, sağlık durumuna ilişkin bilgiler, rizikonun gerçekleşme ihtimalinin hesaplanmasına yardımcı olacak, bu nedenle de primin tayininde rol

Ayli (2005), s. 191; Ayiter (1960), s. 228-229; M. Çeker (2010). Sigorta ettirenin sözleşme öncesi beyan yükümü. Prof. Dr. Fırat Öztan’a Armağan, Cilt I, Ankara: Turhan, s. 646.

³⁹⁰Berberich (1998), s. 14.

³⁹¹Ünan (1998), s. 141; Berberich (1998), s. 17.

oynayacaktır. Bunlar; sigortalının mevcut hastalıkları, şikayetleri, geçmişte geçirmiş olduğu rahatsızlıklar ve kazalar, bunlara ilişkin doktor raporları ve bir takım hastalıkların belirtisi niteliğindeki hususlardır. Burada hemen belirtmek gerekir ki, sigortalının sözleşmede kararlaştırılan süre içerisinde ölmesi ihtimalini etkileyen rahatsızlıklar önemli husus olarak karşımıza çıkmaktadır.³⁹² Örneğin sözleşmenin kurulmasından önce teşhis edilmiş lenf kanseri³⁹³, sözleşmenin kurulmasından önce yapılmış kollektomi ameliyatı³⁹⁴, şeker hastalığına bağlı kalp hastalığı³⁹⁵, over kanseri³⁹⁶ hayat sigortası sözleşmesi açısından önemli hususlardandır. Buna karşın, sigortalının sadece ciddi tedavi giderlerine yol açabilecek olan rahatsızlıkları rizikoyu etkileyen faktörlerden olmayacağından, bunlar bu sigorta türünde önemli husus olarak kabul edilmeyecektir.³⁹⁷ Bu nedenle de bu tür rahatsızlıkları bildirmeyen sigortalı, ihbar mükellefiyetini yerine getirmemiş sayılmayacaktır.

4.1.1.2. Sağlık sigortasında ihbar mükellefiyeti kapsamında yer alan hususlar

Sigortalının sağlık durumuna ilişkin bilgiler, sağlık sigortasında da, sigortacının sözleşme yapıp yapmama kararına ve sözleşme koşullarına etki eden önemli hususların başında gelmektedir. Bu sigorta türünde de sigortalının mevcut ve geçmişteki hastalıkları, bunlara ilişkin doktor raporları, önemli sayılabilecek nitelikteki hastalıkları ve hatta aile fertlerinin mevcut ve geçmişteki rahatsızlıkları primin tayini açısından önemlidir. Bundan başka sigortalıya geçmişte uygulanan tedaviler ve geçmişteki tıbbi bulgular da riziko

³⁹²Berberich (1998), s. 76; Scherrer (2012), s. 224; Memiş (2002), s. 32.

³⁹³Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 07.10.1988 tarih ve E. 1988/1255, K. 1988/5606 sayılı kararı.

³⁹⁴Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 06.12.1974 tarih ve E. 1973/159, K. 1974/93 sayılı kararı.

³⁹⁵Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 03.11.2003 tarih ve E. 2003/9709, K. 2003/10221 sayılı kararı.

³⁹⁶Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 04.03.1999 tarih ve E. 1998/9829, K. 1999/1826 sayılı kararı.

³⁹⁷Aynı doğrultuda Cremer (2010), s. 53.

analizinde önem taşımaktadır.³⁹⁸ Uygulamada da sigorta şirketleri, sigorta yaptırmak üzere kendilerine başvuran kişilere bu hususlara ilişkin sorulardan oluşan bir liste vermektedirler. Daha sonra bu bilgiler sigortacı tarafından değerlendirilerek sigorta başvurusunda bulunan kişinin sigortalanıp sigortalanmayacağına ve hangi koşullar altında sigortalanacağına karar verilmektedir.

Uygulamada sigorta şirketlerince kendilerine başvuran kişilere yöneltilen sorular arasında şunlar yer almaktadır:

- Sigorta kapsamına alınacak bireyler bu güne kadar laboratuvar tetkikleri, kan ya da idrar tahlilleri, röntgen, MR, tomografi, endoskopi, angio, doppler, tiroid, EKO, efor testi, holter, mamografi, sintigrafi, ultrason, kemik ölçümü, uyku testi veya benzeri tanı amaçlı işlem yaptırdı mı? Bu tetkiklerden, sonucu normal değerler dışına çıkan oldu mu? (Cevabınız evet ise kişinin adı ve tetkik sonuçlarını gönderiniz. Sonuçlara ulaşamıyorsanız normal değerlerin dışına çıkan testler hakkında açıklama yapınız.)³⁹⁹
- Siz ve/veya sigortalanacak aile bireylerinizden herhangi biriniz kan, idrar, radyoloji vb. testi yaptırdınız ve/veya düzenli ilaç kullanınız mı?⁴⁰⁰
- Bugüne kadar aşağıdaki hastalıklardan ya da semptomlardan herhangi biri ile ilgili olarak tedavi/ ameliyat/ ameliyatsız tedavi gördünüz mü? Bunlarla ilgili test yapıldı mı? ⁴⁰¹

³⁹⁸Schulz-Weidner (1993), s. 176.

³⁹⁹AXA Sigorta A.Ş. Sağlık Sigortaları Başvuru Formu, http://www.enkasigorta.com.tr/V1/images/stories/Salm_Bavuru_Formu.pdf, Erişim Tarihi: 21.03.2012.

⁴⁰⁰MAPFRE Genel Yaşam Sigorta A.Ş. Grup Sağlık Başvuru Formu.

⁴⁰¹Aksigorta A.Ş. Ferdi AKSAĞLIK Sigortası Başvuru Formunda sıralanan hastalıklar arasında “doğumsal- kalıtsal (konjenital) veya sonradan edinilmiş hastalık ya da deformite (şekil bozukluğu)” ifadesi yer almakta, başvuru formunda ayrıca başvurunun ekine tetkik sonucu, doktor raporu, ameliyat raporu, biyopsi sonuçlarının eklenmesi gerektiğine dair bir nota da yer verilmektedir. Benzer bir ibare Fortis Emeklilik ve Hayat A.Ş. Ek Sağlık Beyanı Formunda da

- Şimdiye kadar, teşhis konulmamış olsa da sizin veya sigortalanacak aile bireylerinden herhangi birinin sağlık şikayeti oldu mu ve/veya bu şikayet ile ilgili herhangi bir tetkik (kan ve idrar tahlili, EKG, röntgen, MR, tomografi, ultrasonografi, sintigrafi, mamografi, biopsi, anjiyografi, gastroskopi, kolonoskopi, rektoskopi, bronkoskopi, sistoskopi, vb.) yapıldı mı? Fizik tedavi uygulandı mı veya ilaç kullanıldı mı?⁴⁰²

Görüldüğü gibi sigorta şirketlerince hazırlanan soru listesinde yer alan bu türden sorularda sigortalanacak kişiye test ya da tetkik yapılıp yapılmadığı sorulmaktadır. Bu test ya da tetkiklerle kastedilenin ne olduğuna dair ibareler kullanılsa da bu ibarelerde günümüzde tıp alanında kullanılan test ve tetkik yöntemleri örneklenmekte, sınırlayıcı bir şekilde belirleme yapmaktan kaçınılmaktadır. Soruların bazılarında semptomlar üzerine yapılan tetkiklerden söz edilmekte ise de bazılarında herhangi bir semptomun varlığından söz edilmemektedir. Bu noktada uygulamasının yaygınlaşması durumunda bu soruların genetik testleri de kapsayacağı açıktır.⁴⁰³ Şirketlerin bir kısmında test ya da tetkik uygulanıp uygulanmadığı sorulurken bazılarında uygulanmış bulunan test ya da tetkiklerin sonuçlarının da başvuruya eklenmesi istenmektedir.

Bu soruların bir kısmında sigortacının diğer sigorta şirketleri veya kişinin doktoru gibi üçüncü kişilerden bilgi alma ihtiyacı ortaya çıkabilmektedir. Bu amaçla hemen her teklifnamede üçüncü kişileri bu tür bilgiler verme konusunda yetkilendiren bir ifade yer almaktadır.⁴⁰⁴ Bu ifadelerle doktorlar ve sağlık kurumları sır saklama yükümlülüğünden kurtarılmaktadır.

yer almakta, bu formda listelenen hastalıklar arasında da “doğumsal-kalıtsal (kojenital) hastalıklar” ibaresi bulunmaktadır.

⁴⁰²Anadolu Anonim Türk Sigorta Şirketi Maksimum Sağlık Sigortası- Bireysel Soru Formunda yapılmış olan tetkik sonuçlarının da soru formuyla birlikte gönderilmesi istenmektedir.

⁴⁰³Bu türden soruların genetik testleri de kapsayacağına ilişkin bkz. Taupitz (2000), s. 22.

⁴⁰⁴Örneğin Anadolu Anonim Türk Sigorta Şirketi Maksimum Sağlık Sigortası- Bireysel Soru Formunda “Anadolu Anonim Türk Sigorta Şirketi’ni sağlık durumum ve özgeçmişim ile ilgili

Sigortalının ölümüne karşı yapılan sigortadakinin aksine, sağlık sigortasında sigortalının sözleşmenin devamı süresince ciddi tedavi giderine yol açabilecek olan rahatsızlıkları sigortacı açısından önemli hususlardan kabul edilmelidir.⁴⁰⁵ Zira, sağlık sigortası ile sigortacı, sigortalının sigorta süresi içinde hastalanması veya herhangi bir kaza sonucu yaralanması halinde tedavi için gerekli masrafları ile varsa gündelik tazminatını ödemeyi taahhüt etmektedir. Bu nedenle sigortalının tedavi görmesini gerektirecek nitelikteki rahatsızlıkları rizikoyu etkileyen faktörlerden olup, bunların sözleşmenin yapılması sırasındaki ihbar mükellefiyeti kapsamında sigortacıya bildirilmemesi, mükellefiyetin ihlali olarak nitelenmelidir. Örneğin multiple mylema belirtisi olan şiddetli bel ağrısı⁴⁰⁶, gastrik ülser⁴⁰⁷, kronik anjiyo tedavisi⁴⁰⁸ ya da şeker hastalığı⁴⁰⁹ gibi rahatsızlıklar hastalık sigortası açısından önemli hususlardandır.

4.1.2. Genetik test sonuçlarının sözleşme öncesi ihbar mükellefiyeti kapsamında yer alıp almadığı meselesi

Genetik test sonuçlarının sözleşmenin kuruluşu aşamasındaki ihbar mükellefiyeti açısından değerlendirilmesinde ikili bir ayırım yapılması gereği doğmaktadır.

her türlü bilgi ve kayıt kopyalarını sağlık kuruluşlarından, doktorlardan ve üçüncü şahıslardan almaya yetkili kıldığımı beyan ve tasdik ederim.” şeklinde bir ifadeye yer verilmiştir. Bu konuda Aksigorta A.Ş. Ferdi AKSAĞLIK Sigortası Başvuru Formunda yer alan ifade ise şöyledir: “Kendimin ve sigorta sözleşmesine dahil olan aile bireylerimin sağlık durumu ile ilgili olarak doktor, sağlık kurumları ve diğer ilgili yerlerden bilgi ve belge alma konusunda Aksigorta A.Ş.’yi yetkili kıldığımı, bu nedenle gerek Aksigorta’yı gerekse bilgi veren doktor ve sağlık kurumuna karşı herhangi bir hak iddia etmeyeceğimi ve aile bireylerim tarafından edilmeyeceğini kabul, beyan ve taahhüt ederim.”

⁴⁰⁵Aynı doğrultuda Cremer (2010), s. 54; Memiş (2002), s. 31-32.

⁴⁰⁶Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin 07.10.2005 tarih ve E. 2004/10219, K. 2005/9438 sayılı kararı.

⁴⁰⁷A.g.k.

⁴⁰⁸Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin 06.11.2001 tarih ve E. 2001/7229, K. 2001/8754 sayılı kararı.

⁴⁰⁹Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin 11.02.1999 tarih ve E. 1998/9098, K. 1999/764 sayılı kararı.

Öncelikle, sözleşmenin yapılmasından önce sigortacının sigorta ettiren ya da sigortalının genetik test yaptırmasını talep edip edemeyeceği meselesi üzerinde durulmalıdır. Zira uygulamada sigorta şirketlerinin özellikle hayat ve sağlık sigortalarında sigorta ettiren ya da sigortalının doktor muayenesinden veya belli testlerden geçmesini isteyebildikleri bir gerçektir. Hatta sigorta poliçelerine zaman zaman bu tür muayene ve test giderlerinin sigortacı tarafından karşılanmayacağına ilişkin şartlar dahi koyulmaktadır.

Konu Türk Ticaret Kanunu'nun sözleşmenin yapılması sırasındaki ihbar mükellefiyetini düzenleyen 1290'ıncı maddesi açısından değerlendirildiğinde, test sonucunda sigortalının genetik hastalıklara yakalanma olasılığının bulunup bulunmadığı anlaşılabileceğinden, sigortacının rizikoyu etkileyen faktörlerden olarak, sigortalının genetik test yaptırmasını talep edebileceği sonucuna varmak gerekmektedir. Ancak, daha önce de belirttiğimiz gibi Türkiye, Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'ni onaylayarak iç hukukunun bir parçası haline getirmiştir.⁴¹⁰ Sözleşmenin genetik testlerin hangi koşullar altında *yapılabileceğini* düzenleyen 12'nci maddesi hakkında herhangi bir çekince koyulmamış olması karşısında, sigortacının sözleşmenin ön şartı olarak, rizikonun tespit edilmesi amacıyla sigortalı şahsın genetik test yaptırmasını talep edemeyeceğinin kabulü zorunlu görülmektedir.

Sözleşmenin yapılması sırasındaki ihbar mükellefiyeti açısından genetik testleri ele alırken irdelenmesi gereken ikinci nokta ise, sigortalının herhangi bir sebeple daha önce yaptırmış olduğu genetik testin sonuçlarını sigortacıya bildirmekle yükümlü olup olmadığıdır. Genetik testler sonucunda elde edilen bilgilerin kesinlik içermemekle birlikte, rizikonun değerlendirilmesi sırasında sigortacıya katkı sağlayacağını daha önce ifade etmiştik.⁴¹¹ Doktrinde de sadece rizikonun meydana gelme olasılığını artıran haller değil, böyle bir halin

⁴¹⁰Bkz. yukarıda s.38; Aynı doğrultuda Yıldırım (2007b), s. 363.

⁴¹¹Bkz. yukarıda s.69.

varlığına işaret edebilecek şikayet ya da doktor raporlarının da sigortacıya bildirilmesinin gerektiği ifade edilmektedir.⁴¹² Bu nedenle sigortalı şahsın yaptırmış olduğu genetik test sonuçlarında, sigortacı açısından TTK m. 1290 anlamında önemli husus sayılabilecek rahatsızlıklara ilişkin tahminler yer alıyorsa, test sonuçlarının sigortacıya bildirilmesi gerekecektir. Bu noktada test sonuçları hayat sigortaları ve sağlık sigortaları açısından ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Daha önce de belirttiğimiz gibi bir hususun ihbar mükellefiyetinin kapsamında yer alması, her şeyden önce o hususun önemli hususlardan olması durumunda söz konusu olmaktadır.⁴¹³ Bu nedenle genetik test sonuçları, kişinin genetik yatkınlığına ilişkin ne kadar olumsuz sonuç ortaya koyarsa koysun, somut olaydaki sigorta kolu açısından önemli hususlardan olmadıkça sigortacıya bildirilmek zorunda değildir. Örneğin sigortalının sözleşmede belirlenen tarihte ölme ihtimalini artıran hastalıklarına ilişkin öngörüler içeren genetik test sonuçları, ölüm rizikosuna karşı sigortalarda ihbar mükellefiyeti kapsamında yer alırken, yaşama ihtimaline karşı yapılan hayat sigortalarında aksine bir etki yaratacaktır. Sigortalının ciddi tedavi harcamaları yapmasına yol açabilecek hastalıklara ilişkin tahminler içeren genetik test sonuçları ise sağlık sigortasında ihbar mükellefiyetinin kapsamında yer alacaktır. Öte yandan genetik test sonuçları somut sigorta sözleşmesi açısından önemli hususlar arasında yer almakta ise sorulmamış olsa bile TTK m. 1290 çerçevesinde sigortacıya bildirilmelidir.⁴¹⁴

⁴¹²Ünan (1998), s. 142.

⁴¹³Max-Planck-Institut (2002), s. 119.

⁴¹⁴Uyanık-Çavuşoğlu (2003), s. 834.

4.2. Hayat Sigortası Genel Şartlarının Sözleşmenin Yapılması Sırasındaki Beyan Yükümlülüğünü Düzenleyen C.2 Maddesi

Hayat sigortaları genel şartlarının C.2 maddesinin ikinci fıkrasına göre; “Gerek sigorta ettiren gerekse sigortalı ve temsilci, sigorta sözleşmesinin yapılması sırasında kendisince bilinen ve sigortacının sözleşmeyi yapmamasını veya daha ağır şartlarla yapmasını gerektirecek bütün halleri bildirmekle yükümlüdür.” Hayat sigortası genel şartlarında yer alan bu düzenleme, genel olarak Türk Ticaret Kanunu’nun 1290’ıncı maddesine paralel bir düzenlemedir. Ancak 1290’ıncı maddeden farklı olarak bu düzenlemede yalnızca sigorta ettiren, sigortalı veya temsilci tarafından bilinen hususlardan söz edilmektedir. Dolayısıyla beyan yükümlülüğünü yerine getirecek kişinin önemli hususları araştırma yükümlülüğünün bulunmadığı söylenebilir.

4.3. Sağlık Sigortası Genel Şartlarının Sözleşmenin Yapılması Sırasındaki Beyan Yükümlülüğünü Düzenleyen 6’ncı Maddesi

Sağlık sigortası genel şartlarının 6’ncı maddesinin ikinci fıkrasının ilk cümlesine göre; “Sigorta ettiren/sigortalı teklifname ve bunu tamamlayıcı belgelerde kendisine sorulan sorulara doğru cevap vermek ve rizikonun konusunu teşkil eden, rizikonun takdirine etkili olacak hususlardan kendisince bilinenleri de beyan etmekle yükümlüdür.” Genel Şartlarda yer alan bu düzenleme ile sigorta akdinin kurulması sırasındaki ihbar mükellefiyetinin yerine getirilmesinde karma usulün benimsenmiş olduğu anlaşılmaktadır. Bu usulde öncelikle sigorta ettiren ya da sigortalı, sigortacı tarafından kendisine verilen soru listesindeki soruları doğru cevaplamakla yükümlüdür. Ancak sadece bu soruları doğru cevaplamakla ihbar mükellefiyeti yerine getirilmiş olmaz. Sigorta ettiren ya da sigortalı, aynı zamanda bu sorular dışında kalan,

fakat rizikonun takdirinde etkili olacak ve kendisi tarafından bilinen diğer hususları da sigortacıya bildirmek durumundadır.

4.4. 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun İlgili Hükümleri

1999 yılında çalışmalarına başlanarak ilk kez 2005 yılında ilgili kişi ve kurumların bilgi ve görüşüne sunulan Türk Ticaret Kanunu, 2007 yılında Adalet Komisyonu tarafından kabul edilmiş ve 16 Kasım 2008 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulu’nda görüşülmeye başlanmıştır. 4 Aralık 2008 tarihindeki toplantıdan sonra görüşülmesine ara verilen tasarı, 13 Ocak 2011 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulu’nda görüşülerek 6102 sayılı Kanun⁴¹⁵ olarak kabul edilmiştir. Kanun, 1534’üncü maddesine göre genel olarak 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girecektir.⁴¹⁶

⁴¹⁵ Çalışmanın bundan sonraki kısımlarında 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’ndan “Türk Ticaret Kanunu” olarak bahsedilecektir. Yürürlükten kalkan 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu kastedildiğinde ise “6762 sayılı Kanun” ya da “Eski Türk Ticaret Kanunu” olduğu açıkça belirtilecektir.

⁴¹⁶Kanun’un “Yürürlük” başlıklı 1534’üncü maddesi şöyledir:

MADDE 1534 - (1) Kenar başlıkları metne dâhil olan bu Kanun 1/7/2012 tarihinde yürürlüğe girer. 1524 üncü madde, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl sonra yürürlüğe girer. Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun hükümleri saklıdır.

(2) Bu Kanunun Türkiye Muhasebe Standartları ile ilgili hükümlerinin yürürlüklerine aşağıdaki hükümler uygulanır.

Bu Kanun;

a) (Mülga: 26/6/2012-6335/39 md.)

b) Sermaye Piyasası Kanununa göre, ihraç ettikleri sermaye piyasası araçları borsada veya teşkilatlanmış diğer bir piyasada işlem gören şirketler, aracı kurumlar, portföy yönetim şirketleri ve konsolidasyon kapsamına alınan diğer işletmeler,

c) Bankacılık Kanununun 3 üncü maddesinde tanımlanan bankalar ile bağlı ortaklıkları,

d) 3/6/2007 tarihli ve 5684 sayılı Sigortacılık Kanununda tanımlanan sigorta ve reasürans şirketleri,

e) 28/3/2001 tarihli ve 4632 sayılı Bireysel Emeklilik Tasarruf ve Yatırım Sistemi Kanununda tanımlanan emeklilik şirketleri,

bakımından 1/1/2013 tarihinde yürürlüğe girer.

(3)Bu maddenin ikinci fıkrasında sayılanlar dışında kalan her ölçüdeki gerçek ve tüzel kişi tacirler için yayımlanan ve yayımlanacak olan özel Türkiye Muhasebe Standartları 1/1/2013 tarihinde yürürlüğe girer.

Kanun'un sigorta hukukuna ilişkin hükümlerinde ana kaynak olarak Alman Sigorta Sözleşmesi Kanunu'ndan yararlanıldığı Kanun'un genel gerekçesinde ifade edilmiştir.

Hemen belirtmek gerekir ki, Türk Ticaret Kanunu da sigorta sözleşmelerinde genetik test sonuçlarının kullanılmasına ilişkin özel bir düzenleme içermemektedir. Bu nedenle anılan kanunun yürürlüğe girmesinden sonra dahi genetik test sonuçlarının sigortacılar tarafından değerlendirilebilip değerlendirilemeyeceğine ilişkin soru Kanun'un sözleşmenin yapılması sırasındaki beyan yükümlülüğüne ilişkin hükümleri çerçevesinde yanıtlanmalıdır.

Sözleşmenin yapılması sırasındaki beyan yükümlülüğü ve yükümlülüğün ihlaline bağlanan sonuçlar Kanun'un 1435 vd. maddelerinde düzenlenmiştir. Anılan hükümlerin tüm sigorta kolları hakkında uygulanacak genel hükümler arasında yer alması nedeniyle hüküm, can sigortaları hakkında da uygulanacaktır.⁴¹⁷ Kanun, hayat sigortalarına ilişkin olarak da 6762 sayılı Kanunla karşılaştırıldığında detaylı olarak nitelenebilecek düzenlemeler öngörmektedir. Bu düzenlemelerden 1492'nci maddede yer alan doktor incelemesine ilişkin hüküm de konumuz açısından önem arz etmektedir. 6762 sayılı Kanundan farklı olarak hastalık ve sağlık sigortalarına ilişkin düzenlemeler de içeren Kanun'un anılan hükmü, 1519'uncu madde uyarınca belirtilen sigorta türleri açısından da uygulama alanına sahiptir.

Bu nedenle çalışmanın bu kısmında, Türk Ticaret Kanun'un sözleşmenin yapılması sırasındaki beyan yükümlülüğünün düzenlendiği 1435 vd.

(4) Bu Kanunun anonim şirketlerin denetlenmesine ilişkin 397 ilâ 406 ncı maddeleri 1/1/2013 tarihinde yürürlüğe girer.

(5) (Ek: 26/6/2012-6335/39 md.) 39 uncu maddenin ikinci fıkrasının ikinci, üçüncü ve dördüncü cümleleri 1/1/2014 tarihinde yürürlüğe girer.

⁴¹⁷Aynı doğrultuda R. Kender (2011). *Türkiye'de hususi sigorta hukuku*. İstanbul: Arıkan, s. 253.

hükümleri ile doktor incelemesine ilişkin 1492'nci maddesinin yakından incelenmesi faydalı olacaktır.

4.4.1. Kanunun sözleşmenin yapılması sırasındaki beyan yükümlülüğünü düzenleyen 1425 vd. maddeleri

Türk Ticaret Kanunu'nun 1425'nci maddesine göre "Sigorta ettiren sözleşmenin yapılması sırasında bildiği veya bilmesi gereken tüm önemli hususları sigortacıya bildirmekle yükümlüdür. Sigortacıya bildirilmeyen, eksik veya yanlış bildirilen hususlar, sözleşmenin yapılmamasını veya değişik şartlarda yapılmasını gerektirecek nitelikte ise, önemli kabul edilir. Sigortacı tarafından yazılı veya sözlü olarak sorulan hususlar, aksi ispat edilinceye kadar önemli sayılır." Alman Sigorta Sözleşmesi Kanunu'nun 2008 değişikliği öncesi yürürlükte bulunan 16'ncı maddesinin birinci fıkrasına benzeyen düzenlemede beyan usulünün esas alındığı görülmektedir. Bu usulde, sigorta ettiren, sigortacının ilgili rizikoyu üstlenip üstlenmeme konusundaki kararında etkili olabilecek hususları takdir ederek beyan etmekle yükümlü tutulmaktadır. 6102 sayılı Kanun'un 1435'inci maddesinin ilk cümlesinde, beyan edilecek hususlar "sigorta ettirenin sözleşmenin yapılması sırasında bildiği veya bilmesi gereken tüm önemli hususlar" olarak belirlenmiştir. İkinci cümlede ise önemli hususlardan ne anlaşılması gerektiği hükme bağlanmıştır. Buna göre "sözleşmenin yapılmamasını veya değişik şartlarda yapılmasını gerektirecek nitelikte" olan hususlar önemlidir. Görüldüğü gibi, sigorta ettiren sözleşmenin yapılıp yapılmaması veya hangi şartlarda yapılacağı konusundaki karara etki edecek hususları tespit edecek ve bunları sigortacıya beyan edecektir. Sigorta ettirenin, sigortacılık alanında uzman olmayan bir kişi olarak, bu konuda karşılaşılabileceği güçlük aşıkardır. Bu nedenle söz konusu düzenleme sigorta ettirenin aleyhine bir düzenlemedir. Zaten kaynak Alman Sigorta Sözleşmesi

Kanunu'nun 16'ncı maddesi de 2008 reformu ile değiştirilmiş ve reform sonrası 19'uncu madde ile sigorta ettiren, sigortacı tarafından yazılı olarak sorulan hususları doğru olarak beyan etmekle yükümlü tutulmuştur. Kanun'un yeni 19'uncu maddesinin gerekçesinde, eski düzenleme ile sigorta ettirene yüklenen, bir hususun önemli olup olmadığına karar verme yükümlülüğünün sigorta ettiren için ağır bir yük olduğuna vurgu yapılmıştır.⁴¹⁸ Bu anlamda Alman Sigorta Sözleşmesi Kanunu'nda 2008 reformu ile gerçekleştirilen değişikliklerin 6102 sayılı Kanun'un hazırlanması sırasında değerlendirilmemesi bir eksiklik olarak karşımıza çıkmaktadır.⁴¹⁹

1435'inci maddenin son cümlesine göre sigortacı tarafından yazılı veya sözlü olarak sorulan hususlar, aksi ispat edilinceye kadar önemli sayılır. Bu nedenle bir hususun sigortacı tarafından sorulmuş olması, her zaman o hususun önemli olduğu anlamına gelmemektedir; o hususun önemli olmadığının ispatlanması mümkündür. Bir husus önemli hususlardan değilse, sigortacı tarafından sorulmuş olmasına rağmen bildirilmediğinde beyan yükümlülüğü ihlal edilmiş olmayacaktır.⁴²⁰

Bu düzenleme karşısında genetik test sonuçlarının hayat sigortası ile sağlık ve hastalık sigortaları açısından önemli husus olarak nitelenip nitelenemeyeceğinin tespiti önem arz etmektedir.

⁴¹⁸Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Versicherungsvertragsrechts, <http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/16/039/1603945.pdf>, s. 64, Erişim Tarihi: 24.03.2011.

⁴¹⁹Sigortacıya soru listesi hazırlama yükümünün getirilmesi gerektiği görüşünde Çeker (2010), s. 645.

⁴²⁰Aynı doğrultuda M. Can (2012). "Gözden geçirilmeye muhtaç hükümler var mı?" sorusu çerçevesinde 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre sigorta sözleşmesinin tabi olduğu hukuki esaslar. Ankara: İmaj Yayınevi, s. 70.

4.4.1.1. *Hayat sigortası açısından*

Türk Ticaret Kanunu'nun hayat sigortasına ilişkin 1487'nci maddesinin ilk fıkrasına göre hayat sigortası ile sigortacı, belli bir prim karşılığında, sigorta ettirene veya onun belirlediği kişiye, "sigortalının ölümü veya hayatta kalması halinde", sigorta bedelini ödemeyi üstlenir. Bu sigorta türünde riziko, hayatı üzerinde sigorta yaptırılan kişinin ölmesi ya da belirli bir tarihte hayatta kalmasıdır.⁴²¹ Bu nedenle ölüm ya da hayatta kalma rizikosuna etki eden faktörler, hayat sigortasında önemli hususlardan olup, sözleşmenin yapılması sırasındaki beyan yükümlülüğü kapsamında, sigortacıya beyan edilmelidir. Hayat sigortası açısından bu hususların başında şüphesiz sigortalı şahsın sağlık durumu gelmektedir.⁴²² Bu kapsamda sigortacı, sigortalı şahsın sağlık durumunu öğrenmek amacıyla, geçmişte geçirdiği hastalıklar, mevcut hastalıkları ya da belirtiler gibi hususlarla ilgili sorular yöneltebileceği gibi, anılan hususlara ilişkin bilgilerin sorulmasa dahi beyan yükümlülüğü kapsamında sigortacı ile paylaşılması gerekmektedir.

Genetik test sonuçlarının sigortalının sağlık durumu hakkında kesin bir bilgi vermemekle beraber, sigortacının üstlendiği riziko hakkında fikir sahibi olmasına katkı sağlayacağı açıktır. Zira genetik test sonuçları ile teste tabi tutulan kişinin genetik hastalıklara yatkın olup olmadığı tespit edilebilmektedir. Ancak, test sonucunda kişinin belli bir hastalığa yatkınlığı olduğunun tespit edilmesinin, kişinin o hastalığa kesin olarak yakalanacağı anlamına gelmediği ve hastalığın ortaya çıkış zamanı hakkında genetik testlerle bilgi edinilmesinin mümkün olmadığı unutulmamalıdır. Buna rağmen, genetik test sonuçlarının sigortacının sözleşmenin yapılıp yapılmaması veya değişik şartlarda yapılması hususundaki kararını etkileyecek nitelikte olduğu açıktır.

⁴²¹Ünan (1998), s. 1.

⁴²²Ünan (1998), s. 141.

Bu nedenle söz konusu test sonuçlarını hayat sigortası açısından ilgisiz ya da önemsiz olarak nitelemek mümkün görülmemektedir.

Bu açıklamalar ışığında, genetik test sonuçlarının, sigorta ettirenin sözleşmenin yapılması sırasındaki beyan yükümlülüğü kapsamında sigortacıya bildirilmesi gerektiği sonucuna varmak mümkündür. Sigortacı, sözleşmenin yapılması sırasındaki beyan yükümlülüğü kapsamında sigortalının genetik test yaptırıp yaptırmadığını sorabilecek ve yaptırmışsa sonuçlarını talep edebilecektir. Ayrıca sigortalının yaptırmış olduğu genetik test sonuçlarının, sorulmamış olsa dahi, sigortacıya bildirilmesi gerekmektedir.

4.4.1.2. Hastalık ve sağlık sigortası açısından

Türk Ticaret Kanunu'nun hastalık sigortasına ilişkin 1512'nci maddesinin ilk cümlesine göre sigortacı, hastalık sigortası ile sözleşmede öngörülen hastalıklardan birinin veya birkaçının, sözleşme süresi içinde gerçekleşmesi veya ortaya çıkması hali için sigorta teminatı sağlar. Hastalık sigortasında, sözleşmede aksi kararlaştırılmamışsa, teminata bağlanan hastalıklardan birinin ortaya çıkması durumunda sigorta bedeli ödenir ve sözleşme sona erer. Sağlık sigortasına ilişkin 1513'üncü maddeye göre ise sigortacı hastalık sonucu gerekli hale gelen ilaç, tıbbi bakım, gebelik ve doğum, hastalıkların erken tanısına yönelik ayaktaki incelemeler, yatarak tedavi gerektiren hallerde günlük hastane giderleri, hastalık sonucu çalışamama nedeniyle elde edilemeyen kazançlar için kararlaştırılan günlük iş görememe parası, gerekli hallerde bakım nedeniyle doğan giderler ile kararlaştırılan günlük bakım parası için teminat vermektedir. Bu hükümlerden anlaşıldığı üzere, hastalık sigortasında hastalığın ortaya çıkışı, sağlık sigortasında ise hastalığın ortaya çıkmasının sonucu olarak gerçekleşen giderler riziko olarak karşımıza çıkmaktadır. Her iki sigorta türünde de

hastalık, sigortacının tazminat ödeme borcu açısından belirleyici bir role sahiptir. Bu nedenle hastalık ve sağlık sigortalarında da sigortalının sağlık durumu, sigortacının sözleşme yapma ve sözleşmenin koşulları konusundaki kararına etki edecek niteliktedir. Bu nedenle, hayat sigortasında olduğu gibi, hastalık ve sağlık sigortalarında da sigortacı, sigortalının sağlık durumuna ilişkin sorular sorabilecektir. Sigorta ettiren, sigortacı tarafından bu kapsamda sorulan sigortalının geçmişte kalan tıbbi rahatsızlıkları, mevcut hastalıkları ve belirtiler ile ilgili soruları doğru yanıtlamakla yükümlü olduğu gibi, sigortacı sormasa dahi bu hususlardaki bilgileri beyan etmekle yükümlüdür. Zira anılan bilgiler, hastalık ve sağlık sigortalarında önemli hususlardan olup, sigorta ettirenin sözleşmenin yapılması sırasındaki beyan yükümlülüğü kapsamında yer almaktadır.

Genetik test sonuçları, daha önce de pek çok kez belirtildiği üzere, sigortalının sağlık durumu hakkında kesin olmasa da, fikir verecek niteliktedir. Bu nedenle hastalık ve sağlık sigortalarında da, genetik test sonuçlarının sözleşmenin yapılması sırasındaki beyan yükümlülüğü kapsamında sigortacıya beyan edilmesi gerekir.

4.4.2. Kanunun doktor incelemesini düzenleyen 1492'nci maddesi

Türk Ticret Kanunu'nun 1492'nci maddesine göre sigorta ettiren ile sigortacı arasında, sigorta edilecek kişinin doktor incelemesinden geçmesi kararlaştırılmış olsa bile, sigortacı sigortalanacak kişiyi bu incelemeyi yaptırmaya zorlayamaz. Hayat sigortalarına ilişkin hükümler arasında yer alan düzenleme 1519'uncu madde gereği hem hayat hem de hastalık sigortasında uygulanır.⁴²³ Alman Sigorta Sözleşmesi Kanunu'nun 151'inci maddesi ile

⁴²³Alman Sigorta Sözleşmesi Kanunu'nda ise hem reform öncesi § 160 hem de reform sonrası § 151 hükümlerine hayat sigortalarına ilişkin kısımda yer verilmiş, bu nedenle de hükmün

paralel bir düzenleme olan hükmün gerekçesine göre hükmün getiriliş amacı, sigorta ettiren ile sigortalının farklı olduğu durumlarda, sigorta ettiren ile sigortacı arasında sigortalının cismani varlığı üzerinde yapılacak anlaşmanın sigortalıyı bağlamayacağını açıklığa kavuşturmadır.⁴²⁴

Bu noktada akla gelen soru, sigortalının doktor incelemesinden geçmeyi kabul etmemesi durumunda, sigortacının sigorta ettirenden tazminat talep edip edemeyeceğidir. Sorunun yanıtı ne madde metninde ne de madde gerekçesinde bulunabilmektedir. Ancak Kanun'un "koruyucu hükümler" başlığını taşıyan 1520'nci maddesinin üçüncü fıkrasında sayılan sigorta ettiren, sigortalı ve lehtar aleyhine değiştirilemeyecek hükümler arasında doktor incelemesine ilişkin 1492'nci maddenin de sayıldığını görmekteyiz. 1492'nci maddeye ilişkin anılan bilgilerden başka bir detaya ise her iki maddenin gerekçesinde de rastlanmamaktadır. Hükme kaynak olduğunu açıkça çıkarsamak zor olsa da, Alman Sigorta Sözleşmesi Kanunu'nun 2008 Reformu öncesi 160 ve sonrası 151'inci maddesinde yer alan düzenlemenin de aynı olması nedeniyle Alman hukukundaki anılan hükümlere ilişkin değerlendirmeler ışığında bir sonuca varmak mümkün olabilir. Alman Sigorta Sözleşmesi Kanunu'nun anılan hükmüne göre "Sigortalının doktor incelemesinden geçeceğine dair anlaşma, sigortacıya doktor incelemesini talep hakkı sağlamaz." Emredici nitelikteki bu hüküm, Alman doktrinine göre sigorta başvurusunda bulunan kimseyi korumayı amaçlamaktadır. Gerçekten de bu düzenleme, sigorta ettiren ya da sigortalının genel kişilik hakkının bir uzantısı olan kişinin verileri üzerinde belirleme hakkını korumak amacıyla doktor incelemesinin mutlaka kişinin

hastalık sigortası için de geçerli olup olmadığı sorusu ortaya çıkmıştır. Hükmün hastalık sigortası hakkında da kıyasen uygulanabileceği kabul edilmektedir, Kubiak (2008), s. 145; Baumann (2002), s. 175.

⁴²⁴<http://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0324.pdf>, s. 500, Erişim Tarihi: 25.03.2011.

rızası ile yapılmasını sağlamaya yönelik bir düzenlemedir.⁴²⁵ Doktrine göre sigortacının doktor incelemesini talep hakkı olmadığından, incelemenin gerçekleştirilmemesi durumuna ilişkin olarak cezai şart kararlaştırılması da geçersizdir.⁴²⁶ Alman hukukunda anılan hükmün konulması tarihsel nedenlere dayanmaktadır. Hükmün yürürlüğe girmesinden önce bazı sigorta şirketlerinin teklifnameleri kararlaştırılan doktor incelemesinin gerçekleştirilmemesi durumunda bir yıllık prim tutarı ile iki yıllık prim tutarı arasında bir cezai şartın ödenmesini öngörmekteydi. Durumu sigorta başvurusunda bulunan kimse açısından aşırı derecede sakıncalı gören Kanun Koyucu 151'inci maddeyi sevk etmiştir.

Sonuç olarak Alman hukukuna göre sigortalının doktor incelemesinden geçmesinin kararlaştırılması ve sözleşmenin kurulmasının doktor incelemesine bağlı kılınması mümkün olmakla birlikte, sigortalı şahıs doktor incelemesine zorlanamaz ve sigortalı şahsın doktor incelemesine tabi olmayı kabul etmemesi durumunda herhangi bir cezai şart ödenmesi söz konusu olamaz.⁴²⁷ Hatta *Prölss*'ün haklı olarak ifade ettiği gibi kararlaştırılan doktor incelemesinin gerçekleştirilmemesi durumunda cezai şart ödenmesinin kararlaştırılması, kişinin doktor incelemesine tabi olup olmama konusunda özgür iradesiyle karar vermesini önleyebilir.^{428, 429} Aynı sonucun Türk Ticaret Kanunu'nun 1492'nci maddesi açısından da kabul edilmesi uygun olacaktır. Çünkü 1492'nci

⁴²⁵Prölss (2010), s. 856; A. C. Peters (2011). §§ 150-152. *VVG-Kommentar* (Ed: D. Losschelders ve P. Pohlmann). Köln: Carl Heymanns Verlag, s. 1496.

⁴²⁶Heiss ve Mönnich (2011), s. 1367; Peters (2011), s. 1497; H. P. Schwintowski ve C. Brömmelmeyer (2008), *VVG-Praxiskommentar zum Versicherungsvertragsrecht*. Münster: ZAP-Verlag für die Rechts- und Anwaltspraxis § 151, kenar numarası 2; Ünan (1998), s. 157; C. Brömmelmeyer (2009)(Beckmann ve Matusche-Beckmann (2009)), s. 2547; Uyanık-Çavuşoğlu (2003), s. 834.

⁴²⁷Finnern (2009), s. 95; Schimikowski (2011), s. 767.

⁴²⁸Prölss (2010), s. 856. Yazara göre, § 151'de bir yükümlülük söz konusu olmadığı için ve doktor incelemesinden kaçınılması bir yükümlülüğe aykırılık oluşturmayacağından kaçınma durumunda sigortacının tazminat talep etmesi de mümkün değildir; Peters (2011), s. 1497.

⁴²⁹Aynı doğrultuda Schwintowski ve Brömmelmeyer (2008), § 151, kenar numarası 2.

madde sigorta ettiren, sigortalı ve lehtar aleyhine değiştirilmesi mümkün olmayan bir hükümdür. Sigortalının doktor incelemesinden geçmeyi kabul etmemesi durumunda sigortacıya bir tazminat ya da cezai şart talep hakkının tanınması durumunda sigorta ettirenin durumu ağırlaştırılmış olacaktır. Ayrıca sigortalının doktor muayenesine tabi olmak istememesi durumunda, zaten sigortacının sözleşme özgürlüğü çerçevesinde sigorta sözleşmesi yapmaktan kaçınma hakkı vardır. Bu durumda sigortacıya bir de tazminat veya cezai şart talep hakkı tanıyarak sigorta ettirenin durumunu ağırlaştırmak hükmün mantığına uygun olmayacaktır.

Aynı husus lehine sigorta sözleşmesi yapılacak kişinin genetik test yaptırarak test sonuçlarını sigortacıya ibraz edeceğine dair bir kararlaştırmanın olması halinde de söz konusu olacaktır. Zira doktor muayenesine ilişkin bir anlaşmanın varlığı halinde muayeneye zorlanamayacak olan sigortalının, doktor muayenesine göre daha kapsamlı ve daha ağır sonuçları olabilecek bilgiler içeren genetik test yaptırmaya zorlanabilmesi düşünülemez. Ayrıca yukarıda⁴³⁰ incelenmiş bulunan ve Türkiye'nin de taraf olduğu Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin genetik testlerin hangi koşullar altında yapılabileceğini düzenleyen 12'nci maddesi de aynı sonucun kabulünü zorunlu kılmaktadır.

1519'uncu madde uyarınca hastalık ve sağlık sigortalarında da uygulanacak olan bu hüküm, özellikle sigorta sözleşmesinin ön şartı olarak genetik testlerin talep edilip edilemeyeceği konusu açısından anlamlıdır. Can sigortalarından olan hayat ile hastalık ve sağlık sigortalarında tıbbi muayene sigortacı açısından riziko analizinde önem arz etmektedir.⁴³¹ Bu nedenle uygulamada da sigorta şirketlerinin bazı durumlarda sigortalı şahsın belli muayenelerden geçmesini talep ettikleri bilinmektedir. İşte 1492'nci madde

⁴³⁰Bkz. yukarıda s. 30 vd.

⁴³¹Karş. <http://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0324.pdf>, s. 500, Erişim Tarihi: 25.03.2011.

uyarınca, sigorta ettiren ile sigortalının farklı kişiler olması durumunda, sigortacı ile sigorta ettiren arasında bu konuda bir anlaşma yapılırsa bile, sigortalı doktor incelemesine tabi olmak zorunda değildir. Sigortacı sigorta ettirenle yapılan anlaşmaya dayanarak, sigortalının doktor incelemesine katlanmasını talep edemeyecektir.

Hüküm, sigortalıya doktor incelemesinden kaçınma hakkını tanımışken, sigortalının olağan muayene yöntemlerine oranla daha ağır sonuçlar doğurabilecek olan ve daha hassas bilgiler içeren genetik teste tabi olma zorunluluğunun bulunmadığından şüphe olmamalıdır. Kaldı ki Türkiye açısından da 01.11.2004 tarihinde yürürlüğe girmiş bulunan⁴³² Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin 12'nci maddesi de aynı sonuca varılmasını gerekli kılmaktadır. Bilindiği gibi anılan hüküm, genetik testlerin yalnızca sağlık ve sağlık amaçlı araştırmaya yönelik olarak yapılabileceğini hükme bağlamaktadır. Bu nedenle sigortacı tarafından riziko analizinde kullanılması amacıyla genetik test yaptırılmasının mümkün olmadığı, Bakanlar Komitesinin açıklayıcı raporunda da ifade edilmiştir.⁴³³

Hukuki açıdan durum bu olmakla birlikte, sigortacının sigortalının doktor incelemesi ya da genetik test yaptırmayı kabul etmemesi durumunda sigorta sözleşmesi yapmayı reddetmesine de bir engel bulunmamaktadır. Zira sözleşme özgürlüğü ilkesi çerçevesinde, sigortacı zorunlu sigortalar dışında sözleşme yapıp yapmamakta ve sözleşme koşullarını belirlemekte serbesttir. Bu durumda tıbbi muayene ya da genetik teste tabi olmayan kimseleri sigortalılamak da sözleşme özgürlüğü ilkesi karşısında mümkündür. Bu

⁴³²<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=164&CM=&DF=&CL=ENG>, Erişim Tarihi: 25.03.2011.

⁴³³Council of Europe, Explanatory Report on the convention for the protection of Human rights and dignity of the human being with regard to the application of biology and medicine, madde 12, paragraf 86, <http://conventions.coe.int>, <http://conventions.coe.int/treaty/en/Reports/Html/164.htm>, Erişim Tarihi: 05.08.2010.

durumun hukuken zorunlu olmayan sözleşme öncesi tıbbi muayene ya da genetik testi fiilen zorunlu hale getireceği açıktır.

4.5. Özel Düzenleme Yapılması Gereği ve Öneriler

Genetik test sonuçlarının sigorta sözleşmelerinde kullanılmasına ilişkin düzenlemelerde genel olarak üç yaklaşımın izlendiği gözlenmektedir. Bunlar şöyle özetlenebilir:

- 1- Genetik test sonuçlarının sigorta sözleşmelerinde kullanılması tamamen serbest bırakılabilir. Kanun koyucunun konuya ilişkin olarak harekete geçmediği ülkelerde bu anlayışın gözlenmesi mümkündür. Bu çerçevede sigortacının sözleşmenin ön şartı olarak genetik test yaptırılmasını talep etmesi mümkün olduğu gibi başka bir sebeple yaptırılmış bulunan genetik test sonuçlarının da sözleşme öncesi beyan yükümlülüğü çerçevesinde sigortacıya bildirilmesi gerekmektedir. Bu düzenleme modeli tercih edildiğinde primin rizikoya en uygun şekilde belirlenmesinin mümkün olacağı ve ters seçim sorunun önleneyeceği düşünülebilir. Oysa genetik testlerin ortaya koyduğu sonuçların kesinlik düzeyine ilişkin daha önce belirttiklerimiz hatırlanırsa⁴³⁴ bu ölçüde serbestinin prim hesaplamasına umulan katkıyı sağlamayacağı anlaşılabılır. Öte yandan sigorta şirketleri lehine bu ölçüde geniş bir serbesti öngörülmesi, kişilerin verileri üzerinde belirleme hakkı ile bilmeme hakkının sigorta şirketlerinin ekonomik menfaatlerine feda edilmesi anlamına gelir ki bu, Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin 2'nci maddesine göre de düşünülemez. Aynı sözleşmenin 12'nci maddesi de sözleşmenin ön şartı olarak genetik test

⁴³⁴Yukarıda s. 23 vd.

yaptırılmasının talep edilmesini yasaklamaktadır. Bu nedenle genetik test sonuçlarının sigorta sözleşmelerinde sınırsız bir şekilde kullanılabilmesi esasına dayanan düzenleme modelinin Türk hukuku açısından kabul edilmesi mümkün değildir.

- 2- Genetik test sonuçlarının sigorta hukuku alanında kullanılmasının tamamen yasaklanması da mümkündür. Avusturya örneğinde görüldüğü gibi, bu düzenleme modelinde, sigorta şirketlerinin genetik testleri sözleşmenin ön şartı olarak talep etmeleri mümkün değildir. Ayrıca başka nedenle yaptırılmış bulunan genetik test sonuçlarının riziko analizinde kullanılması da mümkün değildir. Bu düzenleme tarzının kişinin bilmeme hakkı ile verileri üzerinde belirleme hakkının gerçekleştirilmesi anlamında olumlu olduğu şüphesizdir. Ancak bu modelin tercih edilmesi, ters seçim sorunun ortaya çıkaracağından sigorta sektörü açısından sakıncaları beraberinde getirmektedir.⁴³⁵ Bilindiği gibi Türkiye, Avrupa Birliği'ne üyelik sürecindedir. Avrupa Birliği içersinde mal ve hizmetlerin serbest dolaşımı sigortacılık hizmetlerini de kapsamaktadır. Bu çerçevede Avrupa Birliği'ne üye ülkelerden birinde yaşayan bir kişi yine Avrupa Birliği içersinde faaliyet gösteren bir sigorta şirketine başvurarak sigorta yaptırabilir. Genetik test yaptırmış ve test sonuçlarına göre genetik hastalıklara yatkınlığı ortaya çıkmış bir kişi, genetik test sonuçlarını riziko analizinde kullanan bir sigorta şirketine başvurduğu takdirde ya sigorta himayesi elde edemeyecek ya da yüksek prim ödemek durumunda kalacaktır. Bu durumdaki bir kişi bu nedenle genetik test sonuçlarının riziko analizinde kullanılmasının yasak olduğu ülkelerde faaliyet gösteren sigorta şirketlerine başvurmayı tercih edecektir. Bu

⁴³⁵Buchner (2003), s. 330.

konuda Avrupa Birliği içinde yeknesak bir düzenleme yapılmadığı sürece, genetik test sonuçlarının kullanılmasının yasak olduğu ülkelerde faaliyet gösteren sigorta şirketleri ağır bir ekonomik yükke karşılaşma tehlikesiyle karşı karşıyadır.⁴³⁶Bu koşullar altında genetik test sonuçlarının kullanılmasının tamamen yasaklanması da Türkiye açısından uygun bir çözüm yolu olarak görülmemektedir.

3- Genetik test sonuçlarının sigorta hukuku alanında kullanılmasına sınırlı olarak izin verilmesi de mümkündür. En yaygın sınırlama ölçütü olarak karşımıza sigorta meblağı çıkmaktadır.⁴³⁷ Nitekim İngiltere ve Almanya örneğinde olduğu gibi, sigorta şirketleri de çok yüksek meblağların söz konusu olmadığı sigortalarda genetik test sonuçlarını riziko analizinde kullanma haklarından feragat edebilmektedirler. Alman Genetik Teşhis Kanunu'nda da aynı eğilim gözlenmektedir. Bu düzenleme modeli, sigortacı ile sigorta ettirenin menfaatleri arasında denge kurmayı amaçlaması açısından ilk iki modele tercih edilebilir ve Türk hukuku açısından da kabul edilebilir bir çözüm yoludur. Ancak Türk hukukunda bu şekilde sınırlı izin esasına dayalı bir düzenleme oluşturulurken kanımızca aşağıdaki hususlar göz önüne alınmalıdır:

- Sigortacının sözleşmesinin ön şartı olarak lehine sigorta sözleşmesi yapılacak kişinin genetik test yaptırmasını talep etmesine olanak tanınmamalıdır. Aksine bir düzenleme kişinin bilmeme hakkının ihlali anlamına gelir. Bu aşamada kişi henüz bir genetik test yaptırmamış olduğu için zaten herhangi bir asimetrik bilgi ve ters seçim sorunundan söz etmek de mümkün değildir. Ayrıca genetik testlerin sözleşmenin

⁴³⁶Simon (2001), s. 97.

⁴³⁷Breyer ve Bürger (2005) test sonuçlarını kullanma sınırının bu ölçüte göre belirlenmesini uygun bulmaktadır, s. 94.

önşartı olarak öngörülmesini yasaklayan Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'ne Türkiye'nin taraf olması da bu hususa dikkat edilmesini zorunlu kılmaktadır.

- Yaptırılmış bulunan genetik test sonuçlarının beyan yükümlülüğü kapsamında yer alıp almadığına ilişkin olarak açık bir düzenleme yapılmalıdır. Bu düzenleme yapılırken kişinin verileri üzerinde belirleme hakkını en az ihlal edecek düzenleme tarzının tercih edilmesi zorunludur. Genetik test sonuçlarının bugünkü haliyle geleneksel yöntemlere oranla çok da sağlıklı veriler sağlamadığı göz önüne alınarak genetik bozukluklara ilişkin bilgilerin geleneksel yöntemlerle elde edilmesine devam edilmesini teşvik edici düzenlemeler tercih edilmeli ve bu konuda sözleşme özgürlüğü sınırlanmalıdır.

İlgili kısımda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere hukukumuzda sigortacının sigorta sözleşmesinin ön şartı olarak sigortalıyı genetik test yaptırmaya zorlaması mümkün değildir. Bu sonuç Türkiye'nin taraf olduğu Avrupa İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin 12'nci maddesi ile Türk Ticaret Kanunu'nun 1492'nci maddesinden kaynaklanmaktadır. Durum böyle olmakla birlikte 1982 Anayasası'nın 48'inci maddesi ile de temel haklar arasında düzenlenen sözleşme özgürlüğü dolayısıyla sigortacının, genetik teste tabi olmayan kimseyi sigortalamaktan kaçınmasında da bir sakınca bulunmamaktadır. Zira sözleşme özgürlüğü çerçevesinde kişinin, sözleşmenin karşı tarafını ve sözleşme koşullarını serbestçe belirleme olanağı bulunmaktadır. Aynı ilke gereğince kişi, sözleşme yapmaya da zorlanamaz.

Anılan durum karşısında Avrupa İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi m. 12 ve 6102 sayılı TTK m. 1492 dolayısıyla sigortalı adayının genetik teste tabi

olma zorunluluğu hukuken bulunmasa dahi, fiili bir zorlamanın⁴³⁸ ortaya çıkmasını engelleyecek herhangi bir mekanizma bulunmamaktadır. Başka bir amaçla yaptırılmış bulunan genetik test sonuçlarınınsa zaten hukuken beyan yükümlülüğü kapsamında sigortacıya bildirilmesi gerekmektedir. Bu hukuki ve fiili durum karşısında sigorta başvurusunda bulunan kişilerin de bir miktar korunması gerekmektedir. Bu noktada yasa koyucunun kişinin genetik durumun öğrenip öğrenmeme konusunda özgürce karar verme hakkını korumaya yönelik önlemler alması gerekmektedir.⁴³⁹

Fiili zorlamanın önlenmesi noktasında akla sözleşme özgürlüğünün sınırlanması gelmektedir.⁴⁴⁰ Ancak sözleşme özgürlüğüne getirilecek bir sınırlama ancak genetik test sonuçlarına bakılmaksızın sözleşme yapma zorunluluğu öngörülmesi şeklinde, yani bu konuda sigortacı açısından sözleşme özgürlüğünün tamamen ortadan kaldırılması düzeyinde olması halinde sigortalı adayının genetik test yaptırmaya zorlanmasını engelleyecek nitelikte olacaktır. Böyle bir sınırlama, sigorta şirketleri açısından özel sağlık sigortası ve hayat sigortası yapma mecburiyeti anlamına gelecektir. Bu konuda ise Sigortacılık Kanunu m. 13 gereğince Bakanlar Kurulu'nun yetkili olup olmadığı sorusu akla gelebilir. Gerçekten de Sigortacılık Kanunu'nun anılan 13'üncü maddesinin ilk fıkrasına göre "Bakanlar Kurulu, kamu yararı açısından

⁴³⁸Fisahn (2001)'e göre de genetik bilgilerin kişinin rızası ile açıklanmasının mümkün olması halinde fiili zorlama ortaya çıkacaktır, s. 54; Aynı doğrultuda T. Memiş ve F. Yıldırım (2004). Soybağının belirlenmesinde gen analizlerinin kullanılması ve yarattığı hukuki sorunlar. *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, VIII (1-2), s. 290.

⁴³⁹Buyten ve Simon (2003), s. 816; Kubiak (2008) da tarafların temel hakları arasındaki dengenin özel bir düzenleme ile daha iyi kurulabileceği görüşündedir. Yazara göre mevcut düzenlemeler ışığında ara bir çözüm belirlemek mümkün değildir, genetik test sonuçlarının kullanılmasını ya tamamen kabul etmek ya da tamamen reddetmek sonucunu doğurmaktadır, s. 158.

⁴⁴⁰Breyer ve Bürger (2005), piyasada herhangi bir kartel uygulaması olmadığı ya da pazara giriş sınırlanmadığı sürece piyasada mutlaka genetik test sonucu olmaksızın sigorta hizmeti sunan en az bir sigortalının bulunacağını, bu nedenle de fiili bir zorlamadan söz edilemeyeceğini ifade etmektedirler, s. 92. Genetik test sonuçlarının sigortacı tarafından kullanılmasının yasaklanmasının sigortalının sözleşme özgürlüğünün ve özel teşebbüs olarak ekonomik açıdan gelişme hakkının ölçsüz olarak sınırlanması anlamına geleceğine ilişkin bkz. Taupitz (2000), s. 38; Cremer (2010), 230 vd.

gerekli gördüğü hallerde zorunlu sigortalar ihdas edebilir. Sigorta şirketleri, 20 inci maddenin ikinci fıkrasının (b) bendi ile üçüncü fıkrası hükümleri saklı kalmak kaydıyla faaliyet gösterdiği sigorta branşlarının kapsamında bulunan zorunlu sigortaları yapmaktan kaçınamaz.” Bu madde ile Bakanlar Kurulu’na zorunlu sigorta öngörme yetkisi tanınmıştır. Buradaki zorunlu sigorta, sigorta ettirene sigorta yaptırma yükümlülüğü öngörüldüğü hallerde söz konusu olmaktadır. Oysa bizim sözleşme özgürlüğünün sınırlandırılması şeklinde öngördüğümüz olasılık, sigortacıya sigorta yapma zorunluluğunun yüklenmesi, yani kendisine yöneltilen teklifi reddetme imkanının tanınmamasıdır.

Bu şekilde sözleşme özgürlüğünün sınırlandırılarak sigortacının özel sağlık sigortası ve hayat sigortası yapmama tercihinin ortadan kaldırılıp kaldırılamayacağına dair bir değerlendirmenin 1982 Anayasası’nın 48’inci maddesi dikkate alınarak değerlendirilmesi gerekir. Bilindiği gibi Anayasa’nın temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına ilişkin 13’üncü maddesi 4709 sayılı Kanun’la⁴⁴¹ değiştirilmiştir. Maddenin değişik haline göre “Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.”. Görüldüğü üzere anılan değişiklik ile 13’üncü maddede değişiklikten önce yer alan genel sınırlama nedenleri kaldırılmıştır. Bu düzenleme karşısında bir temel hak ve özgürlüğün düzenlendiği maddede sınırlama nedeninin öngörülmemiş olması durumunda o temel hak ve özgürlüğün sınırlanıp sınırlanamayacağı sorusu akla gelmektedir.

⁴⁴¹3.10.2001 tarih ve 4709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun, <http://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k4709.html>, Erişim Tarihi: 20.03.2012.

Doktrinde hakim görüş, ilgili maddesinde sınırlama nedenine yer verilmiş olan temel hak ve özgürlüklerin kanun koyucu tarafından sınırlanabileceği yönündedir.⁴⁴² Buna göre Anayasa'nın 13'üncü maddesinin yeni şekline göre temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılabilmesi için her şeyden önce Anayasa'nın ilgili maddesinde o temel hak ve hürriyetin sınırlandırılmasına imkan tanınmış olması gerekmektedir. Sözleşme özgürlüğüne ilişkin 48'inci maddede ise bu özgürlüğün sınırlandırılabilmesine dair bir ifade yer almamaktadır. 13'üncü maddedeki açık ifade karşısında sigortacının sözleşme özgürlüğünün sınırlandırılarak sigortacıya her durumda özel sağlık veya hayat sigortası yapma zorunluluğu yüklenmesi mümkün görünmemektedir.⁴⁴³ Böyle bir düzenlemenin yapılabilmesi ancak Anayasa'nın 48'inci maddesinde uygun değişikliklerin yapılması halinde mümkün olabilir.

Belirtmiş olduğumuz pozitivist yaklaşım tehlikeli sonuçlar ortaya çıkarmaya elverişlidir. Şöyle ki ilgili maddesinde özel sınırlama nedenine yer verilmediği için örneğin sözleşme özgürlüğünün sınırsız olduğunun kabul edilmesi halinde toplumda güçlülerin zayıfları ezdiği bir düzenin oluşması tehlikesi doğacaktır. Böyle bir durum ise ne devletin 1982 Anayasası'nın 2'nci maddesinde belirtilen nitelikleriyle⁴⁴⁴ ne de 5'inci maddesinde⁴⁴⁵ belirtilen temel

⁴⁴²K. Gözler (2011). *Anayasa hukukuna giriş*. Bursa: Ekin, s. 126-127; A. Mumcu ve E. Küzeci (2007). *İnsan hakları ve kamu özgürlükleri*. Ankara: Turhan, s. 241; M. Erdoğan (2009). *Anayasa hukuku*. Ankara: Orion, s. 184.

⁴⁴³Doktrinde de Gözler (2011), Anayasa'nın ilgili maddesinde sınırlama sebebi belirtilmemiş olan temel hak ve hürriyetlerin Kanun'la sınırlandırılmayacağı görüşündedir. Yazar Anayasa'nın 13'üncü maddesinde yapılan değişikliği problemli bulmaktadır, s. 126-127. Ayrıca K. Gözler (2002), 13'üncü maddeden genel sınırlama nedenlerinin çıkarılmasıyla bazı hürriyetlerin tamamıyla sınırsız hale geldiğini ifade etmekte ve bu şekilde sınırsız hale gelen hürriyetler arasında sözleşme hürriyetini de saymaktadır, 3 Ekim 2001 tarihli Anayasa değişikliği: Bir abesle iştigal örneği. *Anayasa Yargısı*, 19, s. 349-350; Mumcu ve Küzeci (2007), s. 241; Erdoğan (2009), s. 184.

⁴⁴⁴Anayasa'nın 2'nci maddesine göre: "Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, millî dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk Devletidir."

⁴⁴⁵Anayasa'nın 5'inci maddesine göre: "Devletin temel amaç ve görevleri, Türk Milletinin bağımsızlığını ve bütünlüğünü, ülkenin bölünmezliğini, Cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak,

amaç ve görevleriyle bağdaşır. 5'inci maddede belirtilen “kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak” ödevinin sözleşme özgürlüğüne müdahale edilmeksizin gerçekleştirilmesi düşünülemez. Bu nedenle bu amaçlara yönelik yasama faaliyetlerinden sözleşme özgürlüğü de etkilenecektir.

Doktrinde de *Sağlam*, sınırsız hak ve özgürlük düşüncesinin kabul edilemeyeceğini, hak normlarının kendi nesnel koruma alanlarıyla sınırlı olacağını ifade etmektedir.⁴⁴⁶ Bu anlamda *Sağlam*, temel hak ve özgürlüklere yasal sınırlama getirilmemiş olduğu durumlarda dahi bu hakların bir takım sınırları olduğunu ifade etmektedir. Bu görüş kabul edilecek olursa sigorta sözleşmelerinde de sözleşme özgürlüğünün sınırlanarak genetik test sonuçlarının kullanılmasının kanun koyucu tarafından yasaklanması da mümkün olacaktır.

Konuya ilişkin olarak Anayasa Mahkemesi'nin halen açıkladığı bir görüş bulunmamaktadır. Mahkeme'nin Anayasa'nın 48'inci maddesine ilişkin olarak verdiği 09.06.2011 tarih, E 2009/11 ve K 2011/93 sayılı bir kararı bulunmaktadır.⁴⁴⁷ Çalışma özgürlüğüne ilişkin bu kararda Mahkeme, 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu'nun 22'nci maddesinin 14 numaralı fıkrasının son

kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır.”.

⁴⁴⁶F. *Sağlam* (2002), Maddede hiçbir sınırlama nedenine yer verilmemiş olan temel hak ve özgürlüklerin sınırı sorunu. *Anayasa Yargısı*, 19, s. 261. Yazara göre kanun koyucu tarafında bu kapsamda belirlenecek sınırları “... söz konusu temel hakların kanun koyucu tarafından sınırlandırılması değil, koruma alanı sınırlarının belirlenmesi (deklare edilmesi/açıklanması) olarak nitelendirmek daha doğru bir yaklaşım olacaktır.”.

⁴⁴⁷16.11.2011 tarih ve 28114 sayılı Resmi Gazete.

cümlesini ölçülülük ilkesine uygun bir sınırlama olmaması nedeniyle Anayasa'nın 2, 13 ve 48'inci maddelerine aykırı bularak iptal etmiştir. Kararda Anayasa'nın temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına ilişkin 13'üncü madde hükmüne yer verilmesinin ardından 48'inci maddenin “(...)Ancak, bu hürriyetler, kamu yararı ile ve kanunla sınırlandırılabilir (...)” şeklindeki gerekçesine dayalı olarak sözleşme ve çalışma hürriyetlerinin sınırlandırılacağı sonucuna varan Mahkeme'nin, sınırlamanın sınırlarına uyulup uyulmadığına ilişkin değerlendirme yaptığı görülmektedir. Mahkeme'nin, Anayasa'nın 13'üncü maddesindeki genel sınırlama nedenleri mevcutken yazılmış gerekçeye dayalı olarak 48'inci maddede düzenlenen çalışma hürriyetinin sınırlandırılacağı sonucuna varmış olması ilginç olmakla birlikte çalışma hürriyetinin sınırsız olmadığına kabulü bakımından önemlidir.

Konunun salt pozitivist açıdan değerlendirilmesi durumunda sözleşme özgürlüğünün sınırlandırılarak genetik test sonuçlarının sigortacı tarafından kullanılmasının önüne geçmek mümkün olamamaktadır. Bu durumda sigorta başvurusunda bulunan kişinin sözleşmenin ön şartı olarak genetik test yaptırmaya fiilen zorlanması veya beyan yükümlülüğü kapsamında başka amaçlarla yaptırmış olduğu genetik test sonuçlarını beyana hukuken zorunlu olması karşısında korunabilmesine yönelik akla gelen bir başka düşünce ise uygulamanın sıkı koşullara bağlanmasıdır. Bu anlamda gerekli özel yasal düzenlemeler yapılmalı ve genetik testlerin hangi koşullar altında yapılabilmesi, sonuçların saklanıp saklanamayacağı ve saklanacaksa hangi koşullar altında saklanacağı ve test sonuçlarının kimler tarafından hangi koşullar altında öğrenilebileceği konuları ayrıntılı olarak düzenlenmeli ve uygulamada bu düzenlemelere uyulup uyulmadığının izlenebilmesi için mutlaka etkili bir denetim mekanizması öngörülmelidir.

Üçüncü Bölüm

Sigorta Sözleşmesinin Devamı Sırasındaki Beyan Yükümlülüğü Açısından Genetik Test Sonuçları

1. Genel Olarak

Sigorta sözleşmelerinde tarafların karşılıklı edimleri arasındaki dengenin sağlanması son derece önemlidir. Bu nedenle sigortacının üstlendiği riziko ile sigorta ettirenin ödediği prim arasında bir denklik ilişkisinin bulunması gerekir. Sözleşmenin kurulması sırasında primin rizikoya uygunluğu sigorta ettirenin sözleşmenin kurulması sırasındaki beyan yükümlülüğünü yerine getirmesi sayesinde sağlanmaya çalışılmaktadır. Bu şekilde sağlanan riziko-prim dengesinin, primin rizikoya uygun olması ilkesi gereği, sözleşmenin devamı süresince de korunması hem sigorta ettiren ve sigortacının hem de riziko topluluğunun menfaatinidir.⁴⁴⁸ Sigorta sözleşmesinin yapılması sırasındaki beyan yükümlülüğü kapsamında sigorta ettiren tarafından sigortacıya bildirilen rizikoyu kıymetlendirmeye yarayan faktörlerde, sözleşmenin devamı sırasında rizikonun gerçekleşme ihtimalini ya da rizikonun gerçekleşmesinden sonra ortaya çıkacak zarar miktarını etkileyecek nitelikte bir takım değişiklikler olması mümkündür. Sigortacının sözleşmenin yapılması sırasında olası riziko ağırlaşmalarını da göz önüne alması mümkündür. Ancak bu durumda belirlenecek olan primin çok yüksek olması olasılığı vardır ki bu, sigorta ettirenin aleyhine bir durumdur. Bu nedenle riziko ağırlaşmasına ilişkin düzenlemelerle sigortacının, riziko ağırlaşması hallerine sonradan tepki vermesine olanak tanınarak sigorta yaptırmak isteyen kişilerin

⁴⁴⁸Saremba (2010), s. 2-3.

varsayımlara dayalı olarak yüksek primlerle karşılaşmaları engellenmiş olmaktadır.⁴⁴⁹

Riziko değişikliği olarak adlandırılan durumlar meblağ sigortası niteliğindeki can sigortalarında sadece rizikonun gerçekleşme ihtimalini etkileyecek niteliktedir. Zira bu nitelikteki can sigortalarında, tazmin ilkesi uygulanmamakta, riziko gerçekleştiğinde, sigortacı sözleşme ile kararlaştırılan sigorta bedelinin tamamını ödemektedir. Hal böyle olunca, rizikonun gerçekleşmesi halinde ortaya çıkan zararın artması ya da azalmasından söz edilememektedir. Zaten bu tür sigortalarda rizikonun gerçekleşmesiyle ortaya çıkan zararın tam olarak hesaplanması da mümkün değildir.

Riziko değişikliği denildiğinde kastedilen rizikonun hafiflemesi ve ağırlaşmasıdır. Eğer rizikoyu kıymetlendirmeye yarayan faktörlerde, sözleşmenin devamı sırasında ortaya çıkan değişiklik rizikonun gerçekleşme ihtimalini ya da rizikonun gerçekleşmesinin yol açacağı zarar miktarını azaltıyorsa “rizikonun hafiflemesi” söz konusu olur. Tersi durumda ise “rizikonun ağırlaşması”ndan söz edilir. Yani sözleşmenin kurulması sırasında dikkate alınan rizikoyu kıymetlendirmeye yarayan faktörlerin sözleşmenin devamı sırasında sigortacı aleyhine değişmesi durumunda riziko ağırlaşmasından söz edilir.⁴⁵⁰ Rizikoyu kıymetlendirmeye yarayan faktörlerdeki bu yöndeki değişiklik, ya rizikonun gerçekleştirme ihtimalini veya rizikonun gerçekleşmesi durumunda ortaya çıkacak zarar miktarını artırmaktadır. İşte sigorta sözleşmesinin devamı sırasındaki beyan yükümlülüğünün konusu da rizikoyu kıymetlendirmeye yarayan faktörlerde “rizikonun ağırlaşması” olarak

⁴⁴⁹Saremba (2010), s. 2; Prölss (2010), § 23, Kenar numarası 1; Langheid, T (2012). *Versicherungsvertragsgesetz* (Ed: W. Römer; T. Langheid; R. Rixecker). Berlin: C. H. Beck, § 23-25, Kenar numarası 3; Omağ (1985), s. 14.

⁴⁵⁰A. Ayli (2011). *Türk sigorta hukukunda rizikoyu ağırlaştırmama ve sözleşmenin süresi içindeki riziko değişikliklerini ihbar yükümlülükleri*. www.kazanci.com.tr s. 3; Omağ (1985), s. 42; Z. İmre (1946). Sigorta hukukunda rizikonun ağırlaşması. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, XII (1), s. 288.

nitelenebilecek değişikliklerdir. Riziko ağırlaşmasının beyanına ilişkin yükümlölük de “külfet” niteliğinde olup, yerine getirilmemesi durumunda sigorta ettirenden herhangi bir tazminat talep edilemez; külfeti yerine getirmeyen sigorta ettiren sadece kanunda ihlale bağlanan sonuçlara katlanır.⁴⁵¹

2. Yabancı Hukuk Sistemlerindeki Düzenlemeler

Almanya, Avusturya, İsviçre ve Amerikan hukuklarındaki düzenlemelerin ele alınması, bu ölkelerde genetik test sonuçlarının sigorta sözleşmelerinde kullanılmasına ilişkin farklı içerikteki özel hükümlerin olumsuz genetik test sonuçlarının riziko ağırlaşması olarak nitelenmesi noktasındaki etkisini ortaya koymak açısından çalışmamıza katkı sağlayacaktır. Öte yandan özel düzenlemelerin yapılmasından önce konuya ilişkin olarak yürütöl(mey)en tartışmalar da Türk hukuku açısından yol gösterici olabileceği düşüncesiyle incelenecektir.

2.1. Alman Hukukundaki Düzenlemeler

Alman hukukunda riziko ağırlaşmasına ilişkin hükümler Sigorta Sözleşmesi Kanunu’nda yer almaktadır. Bu nedenle genetik test sonuçlarının riziko ağırlaşması olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği öncelikle bu Kanun çerçevesinde tartışılmalıdır. Genetik test sonuçlarının sigorta sözleşmelerinde kullanılmasına ilişkin Genetik Teşhis Kanunu’nda yer alan düzenlemenin de bu değerlendirmede rolünün olup olmadığının incelenmesi de kanımızca faydalı olacaktır.

⁴⁵¹Looschelders (2011), s. 618; Omağ (1985), s. 70-71.

2.1.1. Özel düzenleme öncesi dönemde Sigorta Sözleşmesi Kanunu

Alman hukukunda riziko ağırlaşmasına ilişkin hükümler Sigorta Sözleşmesi Kanunu'nda düzenlenmiştir. Alman Sigorta Sözleşmesi Kanunu'nun bu konudaki hükümleri de 2008 reformu sırasında değişikliklere uğramıştır. Bu nedenle bu konudaki hükümlerin de 2008 reformu öncesi ve sonrasındaki hallerinin ayrı ayrı incelenmesi uygun olacaktır.

Ancak hemen belirtmek gerekir ki riziko ağırlaşmasının tanımı noktasında 2008 reformu herhangi bir farklılık yaratmamıştır.⁴⁵² Önemli hususlarda sonradan meydana gelen ve rizikonun gerçekleşme olasılığını ya da ortaya çıkan zararın büyümesi olasılığını artıran ve devamlılık niteliğine sahip değişiklikler riziko ağırlaşması olarak değerlendirilmektedir.⁴⁵³ Tanım açısından değişen nokta, “sonradan meydana gelen değişiklik”ten ne anlaşılması gerektiğidir. Zira reform öncesinde sözleşmenin kurulmasından sonra meydana gelen değişikliklerden söz edilirken reform sonrası düzenlemede sigorta ettirenin sözleşme yapma iradesini açıklamasından sonra meydana gelen değişikliklerden söz edilmektedir. Dolayısıyla belirtilen anlarda mevcut olmayan bir husus, sonradan ortaya çıkar ve rizikonun gerçekleşmesi ya da doğacak zarar miktarının artması olasılığını yükseltirse sigortacı, § 23 vd. hükümlerine dayanamayacaktır. Bu, son derece anlaşılır bir değerlendirmedir. Zira sigortacı, riziko analizinde değerlendireceği ve önemli bulduğu hususları zaten sözleşmenin yapılması sırasında sormakta ve buna göre sözleşmeyi şekillendirmektedir. Eğer sözleşme görüşmeleri sırasında bir hususun varlığını sormamış ve böyle bir husus sigorta ettirenin soruları yanıtlayıp iradesini

⁴⁵²Prölss (2010), s. 265; Hahn (2009). § 20. *Versicherungsrechts-Handbuch* (Ed: R. M. Beckmann ve A. Matusche-Beckmann). Münih: Beck Juristischer Verlag, s. 986.

⁴⁵³Prölss (2010), s. 266; Wandt (2010), s. 289; Looschelders (2011), s. 612; Rühl (2004), s. 144; Wrabetz ve Reusch (2010), s. 1108; Hahn (2009), s. 986.

açıklamasından sonra ortaya çıkıp rizikonun gerçekleşme olasılığını ya da zarar miktarını artırmışsa artık sigortacının bunu göze aldığı varsayılabilir. Çünkü sigortacı, o noktayı zaten § 19 anlamında değerlendirme dışı bırakmıştır.⁴⁵⁴ Aynı şekilde ortaya çıkan husus rizikoya dahil bir hususa yine riziko ağırlaşmasına ilişkin hükümler kapsamında dikkate alınamaz.⁴⁵⁵ Örneğin kişide yeni bir hastalığın ortaya çıkması sağlık sigortasında rizikoya dahil bir nokta olarak düşünülebilir ve bu nedenle § 23 vd. hükümleri anlamında riziko ağırlaşması değildir.

2.1.1.1. 2008 reformu öncesi Sigorta Sözleşmesi Kanunu § 23 vd. maddeleri

Sigorta Sözleşmesi Kanunu'nun reform öncesi § 23 vd.'nda objektif ve sübjektif riziko ağırlaşmaları arasında bir ayırım yapılmakta, ilk halde sigorta ettirenin kusurlu olması halinde sigortacıya süresiz fesih hakkı tanınırken sigorta ettirenin kusurunun bulunmadığı sübjektif riziko ağırlaşmaları ile objektif riziko ağırlaşmalarında sigortacıya bir ay içinde sözleşmeyi fesih imkanı tanınmaktadır.

Kanun'un "sübjektif riziko ağırlaşması" başlığını taşıyan § 23 hükmünün ilk fıkrasına göre "Sigorta ettiren sözleşmenin kurulmasından sonra sigortacının izni olmaksızın rizikoyu ağırlaştıramayacağı gibi üçüncü kişilerce rizikonun ağırlaştırılmasına imkan da tanıyamaz." Bu düzenleme ışığında sübjektif riziko ağırlaşmasından söz edilebilmesi için sigorta ettirenin olumlu

⁴⁵⁴Prölss (2010), s. 267, ancak yazarlar, belli durumlarda sigortacının belli bir durumun yokluğuna güvenebileceği ve bu nedenle sormadığı hallerde yine de riziko ağırlaşmasına ilişkin hükümlere başvurabileceği düşüncesindedirler.; Aynı doğrultuda Wrabetz ve Reusch (2010), s. 1125; Aksi görüşte Looschelders (2011), s. 614. Yazara göre sigortacının § 19 anlamında sormamış olduğu hususlar da riziko ağırlaşmasına yol açabilir. Ancak mutlak olan bir sorunun sorulmamış olması durumunda bu durumdaki değişikliğin sigortacı açısından önemli olmadığı sonucuna varılabilir.

⁴⁵⁵Prölss (2010), s. 268.

bir davranışının gerekli olduğu söylenebilir. Alman doktrinde de § 23 hükmü çerçevesinde herhangi bir riziko ağırlaşmasını önleme yükümlülüğü bulunmadığı için sübjektif riziko ağırlaşmasının ihmali bir davranışla ortaya çıkarılamayacağı ifade edilmektedir.⁴⁵⁶ Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre ise “Sigorta ettiren, sigortacının izni olmaksızın kendisi ya da başkası tarafından rizikonun ağırlaştırıldığını öğrendiği takdirde sigortacıyı gecikmeksizin durumdan haberdar etmek zorundadır.”

“Objektif riziko ağırlaşması” başlıklı § 27 ise şöyledir: “(1) Sözleşmenin kurulmasından sonra sigorta ettirenin rızası olmaksızın bir riziko ağırlaşması ortaya çıkarsa sigortacı, bir aylık fesih ihbar süresine uyarak sigorta sözleşmesini feshedebilir. § 24’ün ikinci fıkrası hükmü uygulanır.

(2) Sigorta ettiren, rizikonun ağırlaştığını öğrenir öğrenmez sigortacıyı gecikmeksizin durumdan haberdar etmek zorundadır.”

Görüldüğü gibi objektif riziko ağırlaşması ile sübjektif riziko ağırlaşması arasındaki farklılık sigorta ettirenin rizikonun ağırlaşmasında rızasının olup olmaması noktasında ortaya çıkmaktadır. Eğer riziko ağırlaşması sigorta ettirenin kontrolünde ise sübjektif, sigorta ettirenin kontrolü dışında ise objektif riziko ağırlaşması söz konusu olmaktadır.⁴⁵⁷

Riziko ağırlaşmasına ilişkin hükümler esasen sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan riziko ağırlaşmalarını kapsayacak biçimde ele alınmıştır. Ancak VVG § 29a hükmü gereği anılan hükümler, sigorta başvurunun yapılması ile kabulü arasında kalan sürede ortaya çıkan riziko ağırlaşmaları hakkında da uygulanacaktır.⁴⁵⁸ Aslında bu hükümle riziko

⁴⁵⁶Looschelders (2011), s. 618. Aksi görüşteki yazarlara göre ise aktif fiil ile pasif fiilin kesin çizgilerle ayrılması mümkün olmadığından sübjektif riziko ağırlaşmasının olumlu davranışlarla sınırlanması mümkün değildir, Wrabetz ve Reusch (2010), s. 1123.

⁴⁵⁷Wandt (2010), s. 294; Looschelders (2011), s. 617.

⁴⁵⁸Bkz. yukarıda s. 80.

ağırlaşmasına ilişkin hükümlerin uygulama alanının sigorta başvurusunun yapıldığı ana çekildiğini söylemek mümkündür.

Bu hükümler yanında Sigorta Sözleşmesi Kanunu'nda yer alan hastalık sigortalarına ilişkin § 178a ile hayat sigortalarına ilişkin § 164 önem taşımaktadır. Bunlardan § 178a, riziko ağırlaşmasına ilişkin § 23 vd. hükümlerinin hastalık sigortasına uygulanamayacağını ifade etmektedir. Hayat sigortalarına ilişkin § 164 hükmünün ilk fıkrasına göre de "Yalnızca açıkça riziko ağırlaşması olarak kabul edileceği açıkça kararlaştırılmış bulunan tehlike durumu değişiklikleri riziko ağırlaşması olarak nitelenebilir; kararlaştırma yazılı şekle tabidir."⁴⁵⁹ Bu düzenlemelerin nedeni, kanun koyucunun bu sigorta türlerinde niteliği gereği, hastalıkların sözleşmenin devamı sırasında ortaya çıkması olasılığının teminat altına alındığını göz önüne almış olmasıdır.⁴⁶⁰

Bu noktada sözleşmenin kurulmasından sonra bir hastalığın ortaya çıkmasının riziko ağırlaşması olarak nitelenip nitelenmeyeceği önemlidir. *Baumann*'a⁴⁶¹ göre sözleşmenin kurulmasından sonra kişinin bir hastalığa yakalanması, kişinin isteği dışında ortaya çıkan (objektif) bir riziko ağırlaşması olarak nitelenebilir. Eğer sigortacının sözleşmenin yapılması sırasında kişinin genetik test yaptırmasını sözleşme özgürlüğü çerçevesinde talep edebileceği kabul edilirse, Sigorta Sözleşmesi Kanunu'nun rizikonun sonradan ağırlaşması kapsamında değerlendirilmesini öngördüğü bir durum sözleşmenin kurulması aşamasına çekilmiş olur.⁴⁶² Bu durum da sözleşme öncesi beyan yükümlülüğü ile riziko ağırlaşması arasındaki sınırın kaldırılması anlamına gelir.⁴⁶³

⁴⁵⁹Hükmün ikinci fıkrası riziko ağırlaşmasının üzerinden beş yıl geçmişse riziko ağırlaşmasının ileri sürülemeyeceğini, beyan yükümlülüğünün kusurlu ihlali halinde bu sürenin on yıl olduğunu hükme bağlamakta, üçüncü fıkrası ise riziko hafiflemesini düzenlemektedir.

⁴⁶⁰ Aynı doğrultuda *Baumann* (2002), s. 177; *Berberich* (1998)'e göre sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan genetik mutasyonlar, sigortacı tarafından üstlenilen rizikonun bir parçasıdır, s. 62.

⁴⁶¹*Baumann* (2002), s. 177.

⁴⁶²*Baumann* (2002), s. 178.

⁴⁶³Bu konuda bkz. yukarıda s. 87.

Berberich (1998)'e göre ise hayatın ilerleyen zamanlarında hastalıklara yol açan genetik bozukluklar, sigorta sözleşmesinin yapıldığı anda sıklıkla mevcuttur. Bu nedenle riziko ağırlaşması olarak nitelenemezler, yalnızca sözleşmenin kurulması anında bilinmeyen tehlikedirler.⁴⁶⁴

Alman Federal Mahkemesi de hastalık sigortasına ilişkin olarak 06.07.1983 tarihli bir kararında⁴⁶⁵ kişinin hastalıklara olan yatkınlığının kural olarak yaşın ilerlemesiyle arttığını, böylelikle sigortacı tarafından üstlenilen rizikonun da arttığını, ama bunun § 23 vd. anlamında riziko ağırlaşmasına yol açmadığını ifade etmiştir. Mahkemeye göre burada sözleşmenin yapıldığı sırada öngörülebilir bir durum vardır ve bu durum sigortalanan tehlikenin bir parçasıdır.⁴⁶⁶

2.1.1.2. 2008 reformundan sonra Sigorta Sözleşmesi Kanunu § 23 vd. maddeleri

Reform sonrasında riziko ağırlaşması ve sonuçları yine Kanun'un § 23 vd. maddelerinde düzenlenmiştir. Eski düzenlemede mevcut objektif ve sübjektif riziko ağırlaşmasına ilişkin iki farklı düzenleme tek maddede toplanarak § 23'te "riziko ağırlaşması" başlığı altında düzenlenmiş ve izleyen maddelerde riziko ağırlaşmasına bağlanan sonuçlara yer verilmiştir. Kanun'un yeni § 23 hükmü şöyledir:

" (1) Sigorta ettiren, sözleşme kurmaya yönelik iradesini açıkladıktan sonra sigortacının izni olmaksızın rizikoyu ağırlaştıramayacağı gibi üçüncü kişiler tarafından rizikonun ağırlaştırılmasına imkan da tanıyamaz.

⁴⁶⁴Berberich (1998), s. 61.

⁴⁶⁵BGH, 06.07.1983, IVa ZR 206/81, http://www.lexsoft.de/cgi-bin/lexsoft/tk_sec.cgi?chosenIndex=UAN_nv_1005&templateID=document&chosenIndex=UAN_nv_1005&highlighting=off&xid=71621&, Erişim Tarihi: 20.07.2012.

⁴⁶⁶Berberich (1998), bu yorumun kıyasen hayat sigortaları açısından da kabul edilebileceği görüşündedir, s. 61.

(2) Sigorta ettiren, sonradan sigortacının izni olmaksızın rizikoyu ağırlaştırdığını fark ederse riziko ağırlaşmasını sigortacıya gecikmeksizin bildirmek zorundadır.

(3) Sigorta ettirenin sözleşme yapma iradesini açıklamasından sonra izni dışında bir riziko ağırlaşması ortaya çıkarsa durumdan haberdar olduktan sonra gecikmeksizin riziko ağırlaşmasını sigortacıya bildirmek zorundadır.”

Maddenin ilk iki fıkrasında sübjektif riziko ağırlaşması, son fıkrasında ise objektif riziko ağırlaşması düzenlenmiştir.

Yeni düzenlemenin 2008 öncesinde yürürlükte bulunan düzenlemeden ayrıldığı ilk nokta olarak riziko ağırlaşmasının zamanı gösterilmektedir.⁴⁶⁷ Gerçekten de eski düzenlemeye göre sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan değişiklikler riziko ağırlaşması olarak değerlendirilebilmekteydi. Yeni düzenlemede ise sigorta ettirenin sözleşme yapma iradesini açıklamasından sonra ortaya çıkan değişikliklerden söz edilmektedir. Kanımızca düzenleme eski düzenlemeden çok da farklı değildir. Zira daha önce de belirttiğimiz gibi eski § 29a hükmü ile zaten riziko ağırlaşmasına ilişkin hükümlerin uygulama alanı sigorta başvurusunun yapılması ile kabulü arasındaki süreyi de kapsayacak biçimde genişletilmişti.⁴⁶⁸ Yeni düzenleme, yalnızca sözleşmenin yapılması sırasındaki ihbar külfetine ilişkin düzenlemeyle uyumlu olacak şekilde kaleme alınmıştır. Zira bu konuda 19’uncu maddede yapılan değişikliğe göre de sigorta ettiren artık sözleşmenin kurulmasına kadar bildiği hususları değil sözleşme iradesini açıkladığı anda mevcut hususları ihbarla yükümlüdür. Böylelikle sigorta ettirenin sözleşme yapma iradesini açıkladığı ana kadar mevcut hususlar § 19, sözleşmenin kurulmasına kadar ortaya çıkan değişiklikler ise § 23 kapsamında değerlendirilecektir. Sigorta ettirenin iradesini

⁴⁶⁷A. Matusche-Beckmann (2008). §§ 23-27. *Bruck/Möller Versicherungsvertragsgesetz Grosskommentar* (Ed: H. Baumann; R. M. Beckmann; K. Johannsen; R. Johannsen). Berlin: De Gruyter Recht, s. 735.

⁴⁶⁸Bkz. yukarıda s. 80

açıklamasından sonra öğrendiği, fakat daha önce ortaya çıkmış bulunan hususlar ise 19'uncu madde kapsamında beyan edilecektir.⁴⁶⁹ Ancak başvuru ile kabul arasında ortaya çıkan değişiklikler, sigortacı tarafından § 19 hükmünün ilk fıkrasının ikinci cümlesi çerçevesinde sorulması halinde, hem sözleşmenin kurulması sırasındaki beyan yükümlülüğünün hem de riziko ağırlaşmalarının beyanı yükümlülüğünün kapsamında yer alacak ve bu durumda § 19 vd. ve § 23 vd. hükümleri birlikte uygulama alanı bulacaktır.⁴⁷⁰

§ 23 vd. hükümlerinin uygulama alanını § 158 ve § 194 ile sınırlanmış bulunmaktadır. Bu hükümlerden ilki hayat sigortalarını, ikincisi ise hastalık sigortalarını ilgilendirmektedir.

Hayat sigortalarına ilişkin Sigorta Sözleşmesi Kanunu § 158 hükmü “riziko değişikliği” başlığını taşımakta olup riziko ağırlaşması ve riziko hafiflemesini düzenlemektedir. Hükmün hayat sigortalarında riziko ağırlaşmasının tanımlandığı ilk fıkrasına göre “Yalnızca açıkça riziko ağırlaşması olarak kabul edileceği açıkça kararlaştırılmış bulunan tehlike durumu değişiklikleri riziko ağırlaşması olarak nitelenebilir; kararlaştırma yazılı şekle tabidir.”⁴⁷¹ Görüldüğü gibi burada da aslında, § 23 hükmünde olduğu gibi, sözleşmenin kurulması sırasında mevcut olan rizikonun gerçekleşmesi olasılığını ya da ortaya çıkabilecek zarar miktarını artıracak nitelikte olup da sigortacının sözleşme yapma kararı ya da sözleşme koşulları üzerinde etkili olabilecek nitelikteki hususlar riziko ağırlaşması olarak nitelenebilecektir.⁴⁷² Ancak bu nitelikteki bir riziko ağırlaşmasının göz önüne alınabilmesi için ilgili hususta meydana gelecek bir değişikliğin riziko

⁴⁶⁹Looschelders (2011), s. 556.

⁴⁷⁰ Aynı doğrultuda W.Wrabetz ve P. Reusch (2010), s. 1134; C. Karczewski (2011). § 23. *Versicherungsvertragsgesetz* (Ed.: W. Rüffer vd.). Baden Baden: Nomos, s. 238.

⁴⁷¹Hükmün ikinci fıkrası riziko ağırlaşmasının üzerinden beş yıl geçmişse riziko ağırlaşmasının ileri sürülemeyeceğini, beyan yükümlülüğünün kusurlu ihlali halinde bu sürenin on yıl olduğunu hükme bağlamakta, üçüncü fıkrası ise riziko hafiflemesini düzenlemektedir.

⁴⁷²Prölss (2010), s. 875.

ağırlaşması olarak kabul edileceğinin açıkça ve yazılı olarak kararlaştırılmış olması şartı aranmaktadır. Bu anlamda hangi hususların primde bir değişikliğe yol açacağıнын sözleşmede açıkça belirtilmiş olması şarttır. Doktrinde, sigortacının, ölüm rizikosuna karşı hayat sigortasında rizikonun gerçekleşme olasılığını artıran hastalık ve kaza gibi nitelikleri gereği önceden tek tek listelenmesi mümkün olmayan durumların sonradan ortaya çıkması olasılığını sözleşme ile kabul etmiş olduğu ifade edilmektedir ki kanımızca da bu görüş isabetlidir.⁴⁷³ Heiss'e göre ise hayatta kalma ihtimaline karşı hayat sigortalarında mantıksal olarak rizikonun ağırlaşması sadece kişinin ömrünün uzatılmasını sağlamaya yönelik tedbirlerle olabileceği için, bu türden riziko ağırlaşmalarının § 158 çerçevesinde sözleşme ile belirlenmeleri zaten ahlaka aykırı hukuki işlemlerinin batıl olduğunu hükme bağlayan Alman Medeni Kanunu'nun § 138 hükmü dolayısıyla batıl olacaktır.⁴⁷⁴

Hayat sigortalarında prediktif genetik test uygulamasının riziko ağırlaşması olarak ele alınıp alınamayacağına ilişkin doktrinde herhangi bir görüş ileri sürülmemektedir. Bu noktada rizikonun gerçekleşme olasılığını artıracak nitelikteki hastalık ve kaza gibi olayların sonradan ortaya çıkması olasılığının sigortacı tarafından sözleşme ile kabul edilmiş sayılması gerektiğine ilişkin yukarıda ifade edilen görüş yol gösterici olabilir. Zira prediktif genetik testler, sigorta ettiren ya da sigortalının genetik faktörlerin etkisiyle ortaya çıkan hastalığa yatkınlık düzeyini ortaya koymaktadır. Bu anlamda, bu olasılık sözleşmenin yapılması sırasında göz önüne alınmış olmalıdır. Çünkü hem Sigorta Şirketleri Birliği'nin sözleşmenin yapılması sırasındaki beyan yükümlülüğüne ilişkin kısımda anılan kararı hem de Genetik Teşhis Kanunu,

⁴⁷³Prölss (2010), s. 876; D. Krause (2011). § 158 VVG. *VVG-Kommentar* (Ed: D. Losschelders ve P. Pohlmann). Köln: Carl Heymanns Verlag, s. 1544; Wrabetz ve Reusch (2010), s. 1178, yazarlara göre bu hüküm dolayısıyla hayat sigortalarında sözleşmenin kurulması sırasındaki beyan yükümlülüğü bir kat daha önem kazanmaktadır, s. 1413.

⁴⁷⁴Heiss, H. (2011). VVG §§ 152-160. *Münchener Kommentar zum Versicherungsvertragsrecht Band 2* (Ed: T. Langheid ve M. Wandt). München: Verlag C. H. Beck, s. 1413.

belli meblağları aşan hayat sigortalarında sözleşmenin yapılması sırasında yaptırılmış bulunan prediktif genetik test sonuçlarının talep edilmesine imkan tanımaktadır. Bu olanak, sözleşmenin yapılması sırasında kullanılmış ve kişiden genetik test sonuçları talep edilmişse zaten sonradan riziko ağırlaşmasına ilişkin bir değerlendirme yapılmasına gerek kalmamıştır. Bu imkanın kullanılmadığı hallerde ise sigortacı tarafından genetik test sonuçlarının önemli husus olarak kabul edilmediği sonucu ortaya çıkacak, başlangıçta sözleşme yapma kararı üzerinde etkili olmayan bir hususun sonradan riziko ağırlaşması olarak dikkate alınması mümkün olmayacaktır. Genetik test talep edilebilecek meblağın altında kalan hayat sigortalarında da sözleşme yapma kararının genetik test sonuçlarına göre şekillendirilmesinin önu zaten kapatılmış bulunmaktadır. Sonuç olarak hayat sigortalarında genetik test sonuçlarının kişide genetik rahatsızlık ortaya çıkma olasılığının varlığını ortaya koyması durumunda bunun, teknik anlamda riziko ağırlaşması olmakla birlikte sigortacıya beyanının gerekmediğinin Alman hukuku açısından kabulü gerekmektedir.

Hastalık sigortasına ilişkin olarak ise Sigorta Sözleşmesi Kanunu'nun "uygulanacak hükümler" başlığını taşıyan § 194 hükmünün ilk fıkrasının ikinci cümlesinde riziko ağırlaşmasına ilişkin § 23 hükmünün hastalık sigortası açısından uygulanmayacağı hükme bağlanmaktadır. Aslında bu düzenleme son derece anlaşılırdır. Çünkü hastalık sigortası, sigorta ettirenin sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkacak hastalıkları zaten sigorta teminatı kapsamındadır; bu nedenle riziko ağırlaşması olarak nitelenmesi isabetli olmaz.⁴⁷⁵ Ayrıca yaşın ilerlemesiyle birlikte hastalıklarda artış olduğu

⁴⁷⁵Looschelders (2011), s. 611; F. Reinhard (2011). §§ 192-208. *VVG-Kommentar* (Ed: D. Losschelders ve P. Pohlmann). Köln: Carl Heymanns Verlag, s. 1812; Wrabetz ve Reusch (2010), s. 1178.

sigortacının öngörebileceği bir durumdur.⁴⁷⁶ Hastalık sigortasında riziko ağırlaşmasına ilişkin olarak Kanun'da başka bir özel düzenleme de yer almamaktadır. Bu nedenle § 194 hükmünün açıklığı karşısında hayat sigortalarında, sigorta ettirenin sözleşme yapma iradesini beyanından sonra yaptırılan genetik testlerin olumsuz sonuçları için § 23 vd. hükümlerinin uygulanması mümkün değildir.

2.1.2. Genetik Teşhis Kanun'undaki düzenlemenin konuya etkisi

Sigorta sözleşmesinin devamı sırasındaki beyan yükümlülüğü açısından genetik test sonuçları ele alınırken daha önce sözleşme öncesi beyan yükümlülüğüne ilişkin olarak incelemiş olduğumuz Genetik Teşhis Kanunu'nun § 18 hükmünün, sözleşmenin kurulmasından sonra yaptırılan genetik test sonuçlarının riziko ağırlaşması olarak değerlendirilmesini engelleyip engellemediği sorusu akla gelmektedir. Anılan maddenin birinci fıkrasında sigortacının "sözleşmenin kurulmasından önce ya da sonra" sigortalıdan genetik test yaptırmasını talep etmesi ya da sigortalının başka bir sebepten yaptırmış olduğu genetik test sonuçlarını kabul etmesi ya da bu sonuçları kullanması yasaklanmaktadır. Gerekçeye göre sözleşmenin kurulmasından sonra genetik test sonuçlarının kabul edilmesi yasaklanarak hükmün dolanılması engellenmiştir. Böylelikle sigortalının olumlu genetik test sonuçlarının sözleşmenin kurulmasından sonra ibraz edilerek prim indirimi talep edilmesinin önüne geçilmiş olmaktadır.⁴⁷⁷ Kanımızca bu düzenleme olumsuz genetik test sonuçlarının riziko ağırlaşması olarak dikkate alınması ve riziko ağırlaşmasına bağlanan hüküm ve sonuçların ortaya çıkmasına da

⁴⁷⁶Looschelders (2011), s. 611; Reihard (2011), s. 1812; J. Rogler (2011). § 194. *Versicherungsvertragsgesetz* (Ed.: W. Rüffer vd.). Baden Baden: Nomos, s. 971.

⁴⁷⁷Begründung, s. 36.

engeldir. Zira hükmün lafzına göre genetik test sonuçlarının sözleşmenin kurulmasından sonra da kabul edilmesi ve değerlendirilmesi mümkün değildir.

2.2. İsviçre Hukukundaki Düzenlemeler

İsviçre hukukunda da riziko ağırlaşması, genel olarak Sigorta Sözleşmesi Kanunu'nda düzenlenmektedir. Bu nedenle genetik test sonuçlarının riziko ağırlaşması olarak ele alınıp alınamayacağı aşağıda öncelikle Sigorta Sözleşmesi Kanunu'nun ilgili hükümleri çerçevesinde değerlendirilecek, daha sonra da genetik test sonuçlarının sigorta sözleşmelerinde kullanılmasını da düzenleyen İnsanlar Üzerinde Genetik İncelemeler Hakkında Kanun'un bu değerlendirmeye etkisi olup olmadığına bakılacaktır.

2.2.1. Özel düzenleme öncesi dönemde Sigorta Sözleşmesi Kanunu m. 28-30

Sigorta sözleşmesinin devamı sırasındaki ihbar mükellefiyeti “riziko ağırlaşması” başlığı altında İsviçre Sigorta Sözleşmesi Kanunu'nun 28-32'nci maddelerinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemelere bakıldığında dikkati çeken ilk husus, sigorta ettirenin katkısıyla rizikonun ağırlaşması ve sigorta ettirenin fiili dışındaki etkenlerle rizikonun ağırlaşmasının ayrı düzenlemelere tabi tutulmuş olmasıdır. Gerçekten de 28'inci maddesinde sigorta ettirenin katkısıyla rizikonun ağırlaşmasının düzenlendiği Kanun'un 30'uncu maddesinde sigorta ettirenin fiili dışındaki etkenlerden kaynaklanan riziko ağırlaşması düzenlenmekte ve ikinci türdeki riziko ağırlaşmalarının ortaya çıkması halinde sigorta ettirene beyan yükümlülüğü yüklemektedir.

Riziko ağırlaşması genel olarak sözleşmenin yapılması sırasında belirlenen tehlike durumlarının sonradan değişmesi ile ortaya çıkmakta⁴⁷⁸ ve ortaya çıkan yeni durumla rizikonun gerçekleşme olasılığı artmakta ya da rizikonun gerçekleşmesi sonucu ortaya çıkacak zarar miktarının artma olasılığı doğmaktadır.⁴⁷⁹ Ortaya çıkan değişiklik zarar olasılığını veya zararın kapsamını arttırmaya elverişli olmalıdır. Bu nedenle niyetler, tahminler, duygular ya da düşünce açıklamaları riziko ağırlaşması değildir.⁴⁸⁰ Bu noktadan bakıldığında yalnızca bir tahmin içeren genetik test sonuçları, İsviçre hukuku açısından riziko ağırlaşması olarak nitelenemeyecektir. Ancak genetik test sonucu, Huntington hastalığında olduğu gibi, kesin bir durumu ortaya koymakta ise şüphesiz riziko ağırlaşması olarak değerlendirilmelidir.

Hem sigorta ettirenin katkısıyla rizikonun ağırlaşması (sübjektif riziko ağırlaşması) hem de sigorta ettirenin fiili dışındaki etkenlerden kaynaklanan riziko ağırlaşmasından (objektif riziko ağırlaşması) bahsedebilmek için bir takım ortak şartların gerçekleşmesi gerekmektedir. Bu şartlar şöyle sıralanabilir:⁴⁸¹

- 1- Her iki hükmün uygulanabilmesi için de öncelikle bir riziko ağırlaşması söz konusu olmalıdır.
- 2- Söz konusu riziko ağırlaşması sigorta sözleşmesinin devamı sırasında, yani sözleşmenin kurulmasından sonra ve fakat sona ermesinden önce ortaya çıkmış olmalıdır. Sözleşmenin kurulmasından önce ortaya çıkan değişiklikler bu hükümler kapsamında değerlendirilmemektedir.

⁴⁷⁸Honsell vd. (2001), s. 385.

⁴⁷⁹Fuhrer (2001)'e göre ikinci türdeki riziko ağırlaşması meblağ sigortaları açısından söz konusu olmamaktadır, Honsell vd. (2001), s. 385. Meblağ sigortalarında sigortacının sözleşmede kararlaştırılan belirli meblağa kadar ortaya çıkan zararı karşılamayı üstlendiği düşünüldüğünde bu düşünce isabetlidir. Bu anlamda meblağ sigortalarından olan can sigortaları açısından da yalnızca rizikonun ortaya çıkma olasılığını arttıracak nitelikteki hususlar riziko ağırlaşması olarak düşünülmelidir.

⁴⁸⁰Honsell vd. (2001), s. 386.

⁴⁸¹İmre (1946), s. 291-292.

3- Ortaya çıkan riziko ağırlaşması önemli bir riziko ağırlaşması olmalıdır. Önemlilikten ne anlaşılması gerektiği 28'inci maddenin 2'nci fıkrasında 4'üncü madde ile bağlantılı olarak tanımlanmıştır. Buna göre kapsamı taraflarca sözleşmenin yapılması sırasında belirlenmiş olan ve rizikonun tayini açısından önemli olan hususlarda ortaya çıkan değişiklikler önemli riziko ağırlaşmalarıdır. Bu nedenle sözleşmenin yapılması sırasındaki beyan yükümlülüğünün kapsamına girmeyen hususlardaki değişiklikler riziko ağırlaşması sayılmamaktadır.⁴⁸² Bu nokta İsviçre hukukunun riziko ağırlaşması konusunda Alman hukukundan ayrıldığı noktadır. Alman hukukunda sadece ortaya çıkan değişikliğin rizikonun tayini açısından önemli bir hususta ortaya çıkması yeterli sayılmaktadır. Oysa İsviçre hukukunda bu hususun kapsamının aynı zamanda sözleşmenin kurulması sırasında taraflarca ortaya konulmuş olması da gerekmektedir.⁴⁸³ Daha önce de belirttiğimiz gibi GUMG 26 vd. maddeleri ile genetik test sonuçlarının riziko analizinde kullanılması kural olarak yasaklanmıştır. Yalnızca Kanun'da açıkça belirtilmiş olan sigorta sözleşmelerinde genetik test sonuçlarının değerlendirilmesine izin verilmiştir. Şu halde bunlar dışında kalan sigorta sözleşmelerinde genetik test sonuçları, sözleşmenin yapılması sırasındaki beyan yükümlülüğünün kapsamı dışında kalmaktadır. Sigortacının prim belirlemede başlangıçta

⁴⁸²Buna göre sigortacının sözleşmenin kurulması sırasında sormadığı hususlarda meydana gelen değişiklikler riziko ağırlaşması olarak dikkate alınmaz. Hatta bazı hususlara ilişkin sorular, sigortacı tarafından sorulmuş olmasına rağmen sigorta ettiren tarafından yanıtlanmamış ve buna rağmen sözleşme kurulmuşsa bu konuda sonradan ortaya çıkan değişiklik de 28-32'nci maddeler kapsamında değerlendirilmeyecektir. Şu halde sigortacı, sözleşme görüşmeleri sırasında sigorta ettirenin herhangi bir genetik test yaptırtıp yaptırmadığını sormuş ve bu sorunun yanıtlanmamış olmasına rağmen sözleşme kurulmuşsa, artık sonradan riziko ağırlaşmasına ilişkin hükümlere dayanılması mümkün olmayacaktır, Honsell vd. (2001), s. 400; İmre (1946), s. 292.

⁴⁸³Honsell vd. (2001), s. 396.

etkisi olmamış olan bir hususun sonradan ortaya çıkması halinde, yani sigorta ettirenin sözleşmenin kurulmasından sonra genetik test yaptırması ve test sonucu genetik hastalık riskinin bulunduğu saptanmışsa bu durum artık riziko ağırlaşması olarak dikkate alınamayacaktır.

- 4- Sözleşmenin devamı sırasında ortaya çıkan riziko ağırlaşması önemli olsa bile, 32'nci maddede sayılan istisnalardan birinin söz konusu olduğu hallerde de 28 ve 30'uncu maddelerdeki düzenlemeler uygulanmamakta, yani riziko ağırlaşmasına bağlanan hukuki sonuçlar ortaya çıkmamaktadır.

Bu koşulların sağlanmasından sonra ise durumun 28'inci maddenin mi yoksa 30'uncu maddenin mi kapsamına gireceğine ilişkin incelemenin yapılması gerekmektedir. Yukarıdaki koşulları sağlayan bir riziko ağırlaşmasının ortaya çıkmasında sigorta ettirenin bir fiili etkili olmuşsa 28'inci, yoksa 30'uncu madde uygulanacaktır. Burada sigorta ettirenin fiili ile kastedilen, riziko ağırlaşmasının ortaya çıkmasında uygun nedeni oluşturmaktır.⁴⁸⁴Buna göre sigorta ettirenin davranışı ile riziko ağırlaşması arasında bir nedensellik ilişkisi bulunmalıdır. Yani sigorta ettirenin davranışı olmaksızın riziko ağırlaşması da düşünülememelidir. Ancak bu noktada doğal nedensellik bağı yeterli değildir, uygun nedensellik bağı aranmalıdır Bunun için de sigorta ettirenin davranışının hayatın olağan akışı içinde söz konusu riziko ağırlaşmasını ortaya çıkarmaya elverişli olması gerekmektedir.

İsviçre hukukunda sigorta ettirenin riziko ağırlaşmasının ortaya çıkmasını önleme yükümlülüğü bulunmamaktadır. Bu nedenle 28'inci madde anlamında sigorta ettirenin fiiliyle ortaya çıkan riziko ağırlaşmasından söz edilebilmesi için sigorta ettirenin pozitif bir davranışının bulunması şarttır. Olumsuz

⁴⁸⁴Honsell vd. (2001), s. 425.

davranışlarda yani kaçınma halinde ise sigorta ettirenin fiilinin etkisi olmaksızın ortaya çıkan riziko ağırlaşması söz konusu olacak ve 30'uncu madde uygulama alanı bulacaktır. Sigorta ettirene sözleşme ile riziko ağırlaşmasının ortaya çıkmasını önleme yükümlülüğünün yüklenmiş olduğu hallerde ise durum daha farklı olacaktır. Böyle bir durumda sigorta ettiren riziko ağırlaşmasının ortaya çıkmasını engellemekle riziko ağırlaşmasının ortaya çıkmasına katkıda bulunmuş olacak, ancak bu durumda da 28'inci madde değil, sözleşmeden doğan yükümlülüklerin ihlaline ilişkin 29'uncu madde kapsamında değerlendirme yapmak gerekecektir.

Daha önce de belirttiğimiz gibi genetik test sonucu elde edilen veriler sigortacı açısından riziko ağırlaşması olarak nitelenebilecek türden bilgiler içermektedir. Ne var ki bu durumun sigorta ettirene yüklenmesi mümkün değildir. Zira sigorta ettirenin herhangi bir davranışı ile genetik test sonuçlarını etkilemesi söz konusu olamaz. Bu sonuçlar sigorta ettirenin davranışlarından bağımsız olarak, doğuştan gelen genetik özelliklerinden kaynaklanmaktadır. Bu nedenle genetik test sonuçlarından kaynaklanan riziko ağırlaşması sigorta ettirene yüklenemeyecek riziko ağırlaşmalarını düzenleyen 30'uncu madde açısından değerlendirilmelidir.

2.2.2. Sigorta Sözleşmesi Kanunu Tasarısı'nın riziko ağırlaşmasına ilişkin 45'inci maddesi

Sigorta Sözleşmesi Kanunu Tasarısının 44 vd. maddeleri riziko değişikliğini düzenlemektedir. 44'üncü maddeye göre sözleşmenin kurulması sırasındaki beyan yükümlülüğünün yerine getirilmesi için 17'inci maddede öngörülen sürenin geçmesinden sonra önemli hususlarda geçici olmayan değişikliklerin ortaya çıkması ve böylelikle yeni bir riziko durumunun oluşmasıyla riziko değişikliği söz konusu olmaktadır. Dolayısıyla riziko

değişikliğinden söz edebilmek için sigortacı tarafından sorulan hususlarda bir değişikliğin meydana gelmesi gerekir.⁴⁸⁵

Tasarı, riziko değişikliği altında riziko ağırlaşması (m. 45) ve riziko hafiflemesini (m. 46) ele almaktadır.

45'inci maddenin ilk fıkrasına göre sigorta ettiren her riziko ağırlaşmasını sigortacıya gecikmeksizin ve yazılı olarak bildirmekle yükümlüdür. Bildirimin sigortalı tarafından yapılması da mümkündür. Maddenin sonraki fıkraları ise riziko ağırlaşmasının ve beyan yükümlülüğünün ihlalini düzenlemektedir.

Zürich kantonu, hayat sigortası ve özellikle hastalık sigortasının riziko ağırlaşmasına ilişkin hükümlerin uygulama alanından çıkarılmasını önermişse de tasarıda bu yolda bir hükme rastlanmamaktadır.⁴⁸⁶

2.2.3. İnsanlar Üzerinde Genetik İncelemeler Hakkında Kanun'un konuya etkisi

Sözleşmenin kurulması sırasındaki beyan yükümlülüğüne ilişkin olarak daha önce incelemiş olduğumuz GUMG 26 vd. hükümlerinin, sigortalının sözleşmenin kurulmasından sonra yaptırdığı genetik testlerin olumsuz sonuçlarının riziko ağırlaşması olarak dikkate alınmasını engelleyip

⁴⁸⁵Botschaft, s. 7759.

⁴⁸⁶Zürich kantonunun Tasarıya ilişkin görüşünde hastalık sigortasının niteliği gereği riziko ağırlaşmasına ilişkin hükümlerin uygulama alanının dışında kalması gerektiği ifade edilmiştir. Hastalık sigortası ile gelecekte ortaya çıkacak olan sağlık sorunlarına karşı sigorta yapılmaktadır. Normal olarak sözleşmenin devamı sırasında ortaya çıkan ve derhal tıbbi müdahale gerektiren hastalıklar teminat kapsamında yer alırken derhal bir müdahale gerektirmeyen şikayetlerin riziko ağırlaşması olarak nitelenmesi adil olmayacaktır. Zira sigortacı derhal müdahale gerektiren hastalıklarda bedel ya da tazminat ödemek durumunda iken, derhal müdahale gerektirmeyen şikayetlerde sözleşmeyi feshedebilecektir, Regierungsrat des Kantons Zürich (2009), *Vernehmlassung zur Revision des Bundesgesetzes über den Versicherungsvertrag*, [https://www.ewp.zh.ch/VD/APPL/AWA/VNL/Databases/vnl.nsf/vw-alldocuments/FA4E4068D743C6C4C12575EE0024EBB6/\\$File/1073.pdf](https://www.ewp.zh.ch/VD/APPL/AWA/VNL/Databases/vnl.nsf/vw-alldocuments/FA4E4068D743C6C4C12575EE0024EBB6/$File/1073.pdf), Erişim Tarihi: 10.08.2012, s. 6.

engellemediğine de kanımızca değinilmelidir. Anılan düzenlemede İsviçre kanun koyucusu yalnızca “sözleşmenin kurulmasından önce” genetik test yaptırılmasının talep edilmesinden ya da yaptırılmış olan genetik test sonuçlarının kabul edilmesinden ve değerlendirilmesinden söz etmektedir. Böylelikle Kanun’da belirtilenler dışındaki sigortalarda genetik test sonuçlarının prim hesabında dikkate alınması engellenmektedir. Ancak sözleşmenin kurulmasından sonraki aşamaya odaklı bir ifadeye ne Kanun metninde ne de gerekçede rastlanmaktadır. Bu nedenle akla sözleşmenin kurulmasından sonra sigortalının genetik test yaptırması ve test sonuçlarının olumsuz bir genetik yatkınlığı ortaya koyması durumunda sigortacının bu durumu riziko ağırlaşması olarak göz önüne alıp alamayacağı sorusu gelmektedir.

Daha önce de sıkça belirttiğimiz gibi riziko ağırlaşmasına ilişkin hükümlerin amacı, sözleşmenin kurulması sırasında sağlanmaya çalışılan riziko-prim dengesinin sözleşmenin devamı sırasında da korunmasıdır. Dolayısıyla kanımızca sözleşmenin kurulması sırasında primin rizikoya uygunluğunun hangi kriterlere göre sağlandığı önem arz etmektedir. İnsanlar Üzerinde Genetik İncelemeler Hakkında Kanun’un 27’nci maddesi ile maddede belirtilenler dışında kalan sigorta sözleşmelerinde, sigortacının, riziko-prim dengesini genetik test sonuçlarını değerlendirerek kurması yasaklanmaktadır. Kanımızca bu durumda genetik test sonuçlarına dayalı olarak kurulmamış bir riziko-prim dengesinin sözleşmenin kurulmasından sonra yaptırılan genetik test sonuçlarının beklenilmeyen ölçüde olumsuz olması nedeniyle bozulması da söz konusu olmayacaktır. Bu nedenle düzenlemede sözleşmenin kurulmasından sonraki aşamadan söz edilmese bile düzenleme, sözleşmenin kurulmasından sonra yaptırılan genetik test sonuçlarının riziko ağırlaşması olarak değerlendirilmesine engeldir.

2.3. Avusturya Hukukundaki Düzenlemeler

Avusturya hukukunda da riziko ağırlaşmasına ilişkin düzenlemeler Sigorta Sözleşmesi Kanunu'nda yer almaktadır. Bu düzenlemeler Alman Sigorta Sözleşmesi Kanunu'nun 2008 reformu öncesi hükümleriyle birebir örtüşmektedir. Gerçekten de Avusturya Sigorta Sözleşmesi Kanunu'nda da riziko ağırlaşması § 23 vd. maddelerinde düzenlenmektedir. Bu hükümlerin yakından incelenmesi tezimiz açısından faydalı olacaktır. Ayrıca genetik test sonuçlarının sigorta sözleşmelerinde kullanılmasına ilişkin Gen Teknolojisi Kanunu'nda yer alan düzenlemelerin bu değerlendirmede etkisinin bulunup bulunmadığı da aşağıda incelenecektir.

2.3.1. Sigorta Sözleşmesi Kanunu § 23 vd. hükümleri

Avusturya Sigorta Sözleşmesi Kanunu da Alman Sigorta Sözleşmesi Kanunu'nun 2008 reformu öncesinde düzenlemeleri gibi objektif ve sübjektif riziko ağırlaşmasını ayrı ayrı düzenlemekte ve riziko ağırlaşmasının ortaya çıktığı hallerde sigorta ettirene sigortacıyı durumdan gecikmeksizin haberdar etme yükümlülüğü yüklemektedir. Kanun'un sübjektif riziko ağırlaşmasını düzenleyen § 23, Alman Sigorta Sözleşmesi Kanunu'ndaki eski düzenlemeyle kelimesi kelimesine aynıdır. Buna göre; “(1) Sigorta ettiren sözleşmenin kurulmasından sonra sigortacının izni olmaksızın rizikoyu ağırlaştıramayacağı gibi üçüncü kişilerce rizikonun ağırlaştırılmasına imkan da tanıyamaz.

(2) Sigorta ettiren, sigortacının izni olmaksızın kendisi ya da başkası tarafından rizikonun ağırlaştırıldığını öğrendiği takdirde sigortacıyı gecikmeksizin durumdan haberdar etmek zorundadır.”

Sübjektif riziko ağırlaşmasına ilişkin olarak daha önce Alman Sigorta Sözleşmesi Kanunu'nun eski § 23 hükmüne ilişkin söylediklerimiz Avusturya hukuku için de aynen geçerlidir.⁴⁸⁷

Objektif riziko ağırlaşmasına ilişkin § 27 hükmü ise Alman Sigorta Sözleşmesi Kanunu'nun eski § 27 hükmü ile belli noktalarda ayrılmaktadır. Düzenlemenin ilk şekli Alman düzenlemesinin eski haliyle birebir aynıdır. Ancak 1994 yılındaki değişiklikler sırasında maddenin ilk fıkrasına bir ikinci cümle ve maddeye bir de üçüncü fıkra eklenmiştir. Maddenin yeni haline göre; “(1) Sözleşmenin kurulmasından sonra sigorta ettirenin rızası olmaksızın bir riziko ağırlaşması ortaya çıkarsa sigortacı, bir aylık fesih ihbar süresine uyarak sigorta sözleşmesini feshedebilir. Sigortacının riziko ağırlaşmasından haberdar olduğu tarihten itibaren bir ay içinde kullanılmamışsa ya da riziko ağırlaşmasından önce mevcut duruma geri dönmüşse fesih hakkı ortadan kalkar.

(2) Sigorta ettiren, rizikonun ağırlaştığını öğrenir öğrenmez sigortacıyı gecikmeksizin durumdan haberdar etmek zorundadır.

(3) Riziko ağırlaşmasına, bir kanun hükmündeki değişiklik gibi, sadece belli sigorta ettirenlerin rizikolarına etki etmeyen herkesçe bilinen hususlar yol açmışsa sigortacının birinci fıkra hükmü gereği sahip olduğu fesih hakkı bir yılın dolmasıyla ortadan kalkar ve ikinci fıkra hükmü uygulanmaz. ”

Alman hukukunda olduğu gibi Avusturya hukukunda da § 23 vd. hükümlerinin uygulama alanını § 164 ve § 178a hükümleri ile sınırlanmış bulunmaktadır. Bu hükümlerden ilki hayat sigortalarını, ikincisi ise hastalık sigortalarını ilgilendirmektedir. § 164, Almanya'daki hükümde olduğu gibi yalnızca riziko ağırlaşması olarak kabul edileceği açıkça kararlaştırılmış bulunan tehlike durumu değişikliklerinin riziko ağırlaşması olarak

⁴⁸⁷Bkz. yukarıda s. 170 vd.

nitelenebileceğini hükme bağlamaktadır. § 178a hükmü ise yine Almanya'daki düzenlemede olduğu gibi, riziko ağırlaşmasına ilişkin § 23 vd. hükümlerinin hastalık sigortalarında uygulanmayacağını hükme bağlamaktadır. Her iki düzenleme konusunda Alman hukukuna ilişkin olarak belirttiğimiz hususlar Avusturya hukuku açısından da kabul edilebilir.⁴⁸⁸

2.3.2. Gen Teknolojisi Kanunu'nun konuya etkisi

Avusturya Gen Teknolojisi Kanunu'nun sigorta sözleşmelerinde genetik test sonuçlarının kullanılmasını yasaklayan § 67 hükmünün, sözleşmenin kurulmasından sonra yaptırılan ve olumsuz bir genetik yatkınlığı ortaya koyan genetik test sonuçlarının riziko ağırlaşması olarak değerlendirilmesini engelleyip engellemediği de kanımızca çalışmamız açısından önemlidir. Anılan düzenlemede de, İsviçre İnsanlar Üzerinde Genetik İncelemeler Hakkında Kanun'da olduğu gibi, sözleşmenin kurulmasından sonraki aşamadan açıkça bahsedilmemektedir. Ancak düzenlemede "sigorta ettiren" ve "sigorta başvurusunda bulunan" ifadelerine birlikte yer verilmektedir. Bilindiği gibi, sigorta sözleşmesinin kurulabilmesi için sigorta başvurusunda bulunan kişinin icabının sigortacı tarafından kabul edilmesi gerekmektedir. İcabın kabulüyle sigorta başvurusunda bulunan kimse sözleşmenin karşı tarafı olarak sigorta ettiren sıfatını almaktadır. Gen Teknolojisi Kanunu, sigortacının bu kişilerin genetik test sonuçlarını herhangi bir şekilde sormasını, kabul etmesini veya değerlendirmesini yasaklamaktadır. Dolayısıyla düzenleme, genetik test sonuçlarının sigortacı tarafından önemli hususlar arasında ele alınmasını engellemektedir. Kanımızca düzenleme, genetik test sonuçlarının sözleşmenin kurulmasından sonra riziko ağırlaşması olarak dikkate alınmasının da önüne geçmektedir. Zira daha önce de belirttiğimiz gibi sözleşmenin kurulması

⁴⁸⁸Bkz. yukarıda s. 170 vd.

sırasında riziko-prim dengesinin sağlanmasında rol oynamayan bir hususun sözleşmenin kurulmasından sonraki aşamada ortaya çıkmasının söz konusu dengeyi bozduğunun söylenemez.

2.4. Amerika Birleşik Devletleri'ndeki Düzenlemeler

2.4.1. Genel olarak

Amerikan hukukunda riziko ağırlaşmasına ilişkin herhangi bir düzenlemeye rastlanılamamaktadır.⁴⁸⁹ Bu nedenle *Saremba*, riziko ağırlaşmalarına ilişkin olarak sigorta hukukunun diğer kurumlarından hareketle sigorta ettirene bir beyan yükümlülüğü yüklenip yüklenemeyeceğini araştırmaktadır.⁴⁹⁰ Yazar, öncelikle sigorta ettirenin kural olarak riziko ağırlaşmalarını beyan yükümlülüğünün bulunmadığını ifade etmektedir.⁴⁹¹ Ancak Amerikan hukukunda “yenileme (renewal)” adı verilen bir kurum bulunmaktadır. Bu çerçevede sigorta sözleşmeleri genel olarak belli bir sürenin sonunda yenilenmek üzere yapılmaktadır ve bu süre genelde bir yıldır. İşte bu yenileme sırasında sigortacının sigorta ettirene rizikoya ilişkin yeni sorular sorması durumunda sigorta ettirenin bu sorular üzerine yanlış ya da yanıltıcı beyanda bulunması, daha önce sözleşmenin kurulması sırasındaki beyan yükümlülüğünün ihlaline ilişkin olarak anlatmış olduğumuz “gerçeğe aykırı beyan” ya da “gizleme” durumlarının ortaya çıkmasına yol açabilmektedir. Ancak *Saremba*, sigortacının yenileme sırasında rizikoya ilişkin yeniden sorular sormasının uygulamada çok alışılmış bir durum olmadığını da vurgulamaktadır.⁴⁹²

⁴⁸⁹Saremba (2010), s. 12.

⁴⁹⁰Saremba (2010), s. 13 vd.

⁴⁹¹Saremba (2010), s. 41.

⁴⁹²Saremba (2010), s. 41.

Amerikan hukuk sisteminde “warranties” olarak adlandırılan garanti olgusunun sigorta ettirenin rizikoyu ağırlaştırmama yükümlülüğüne yol açmaya en müsait kurum olduğunu *Saremba* ifade etmektedir.⁴⁹³ Amerikan uygulamasında garanti denildiğinde sigorta ettirenin rizikoya ilişkin belli durumların devam edeceğini taahhüt etmesi anlaşılmaktadır. Bu türden taahhütlerin garanti olarak anlaşılması için yazılı olarak sigorta sözleşmesinde yer alması ya da en azından sigorta sözleşmesiyle ilişkilendirilmiş olması gerekmektedir.⁴⁹⁴ Bunların uygulamada sık karşılaşılan bir örneği “riziko ağırlaşması klostarı (increase-in-hazard-Klauseln)” olarak sözleşmelerde yer almaktadır. Daha çok yangın sigortası ile diğer mal sigortalarında yaygın olarak kullanılan bu klostar çerçevesinde sigorta ettirenin herhangi bir şekilde rizikoyu ağırlaştırması durumunda sigorta himayesi sağlanmamaktadır; yani bunlar, yalnızca sübjektif riziko ağırlaşmalarını düzenleyen klostar olarak karşımıza çıkmaktadır. Riziko ağırlaşmasının sigorta ettiren dışındaki nedenlerden kaynaklanması durumunda ise sigorta himayesi devam etmektedir.⁴⁹⁵

Hayat sigortası ve sağlık sigortası açısından bu konuda doktrinde herhangi bir değerlendirmeye rastlanılamamaktadır. Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi riziko ağırlaşması klostarı sıklıkla mal sigortalarına ilişkin olarak kullanılmaktadır ve rizikonun sigorta ettirenin fiiliyle ağırlaşması durumunu düzenlemektedir. Oysa hayat ve sağlık sigortalarında sözleşmenin devamı sırasında genetik test ile genetik bozukluk saptanması, sigorta ettirenin fiiliyle ortaya çıkan bir riziko ağırlaşması olarak nitelenemez. Belirtilen türden bozukluklar, genetik biliminin günümüzde bulunduğu noktada sigorta ettirenin iradesiyle ortaya çıkarılabilecek ya da değiştirilebilecek nitelikte

⁴⁹³Saremba (2010), s. 41.

⁴⁹⁴Saremba (2010), s. 26.

⁴⁹⁵Saremba (2010), s. 41; Fischer vd. (2006), s. 408.

bozukluklar değildir. Bu nedenle sözleşmenin devamı sırasında genetik test sonucu saptanan bozuklukları Amerikan hukuku açısından riziko ağırlaşması çerçevesinde değerlendirmek kanımızca mümkün değildir.

2.4.2. Genetik Verilere Dayalı Ayrımcılığa Karşı Kanun'un konuya etkisi

Yukarıda da belirttiğimiz üzere Amerikan hukukunda, çalışmamız kapsamında ele aldığımız Kara Avrupası ülkelerindeki anlamıyla riziko ağırlaşmasına ilişkin bir düzenlemeye rastlanılmamaktadır. Bu nedenle konu daha çok “yenileme” ve “riziko ağırlaşması klozları” çerçevesinde değerlendirilebilmektedir. Genetik Verilere Dayalı Ayrımcılığa Karşı Kanun düzenlemelerinin bu kurumlar çerçevesinde genetik test sonuçlarının kullanılarak primin artırılabilmesini engelleyip engellemediği de önemli bir soru olarak karşımıza çıkmaktadır.

“Yenileme” kurumu, belli bir süre sonra sözleşmenin yenilenmesi niteliğindedir. Genel olarak yenileme işlemi, sigorta başvurusunun yapılması sırasındaki verilere dayalı olarak gerçekleştirilmektedir.⁴⁹⁶ Bu nedenle, yeni bir soru listesinin doldurulması istenmedikçe, bu aşamadan sonra yaptırılan genetik test sonuçlarının renewal çerçevesinde değerlendirilmesi söz konusu olmayacaktır. Sigorta ettirene yeni bir soru listesi verilmesi durumunda genetik test yaptırılıp yaptırılmadığına ilişkin bir sorunun bu listede yer alması da en azından sağlık sigortaları açısından Genetik Bilgilere Dayalı Ayrımcılığa Karşı Kanun'un sözleşme öncesi beyan yükümlülüğüne ilişkin kısımda incelemiş olduğumuz düzenlemeleri karşısında kanımızca mümkün değildir.

“Riziko ağırlaşması klozları” ise zaten sübjektif riziko ağırlaşmalarına ilişkin olduğu ve genetik test sonuçları sübjektif bir nitelik arzetmediği için, bu

⁴⁹⁶Saremba (2010), s. 16.

klozlara dayalı olarak genetik test sonuçlarına bakılarak prim artırımına gidilemeyecektir. Genetik Bilgilere Dayalı Ayrımcılığa Karşı Kanun'un da bu konuda herhangi bir katkı sağlamasına bu nedenle gerek olmadığı söylenebilir.

3. Türk Hukukundaki Düzenlemeler

Ne yürürlükten kalkan 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda ne de yürürlükteki 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda Alman hukukunda olduğu gibi riziko ağırlaşmasına ilişkin hükümlerin hayat ve hastalık sigortalarına uygulanmasını engelleyen bir düzenleme bulunmaktadır.⁴⁹⁷

3.1. 6762 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun Sigorta Akdinin Devamı Sırasındaki İhbar Mükellefiyetini Düzenleyen 1291'inci Maddesi

Sigorta akdinin devamı sırasındaki ihbar mükellefiyeti Eski Türk Ticaret Kanunu'nda mal sigortaları açısından 1291'inci, denizcilik rizikolarına karşı sigortalar açısından ise 1372-1373'üncü maddelerde düzenlenmiştir. Can sigortalarına ilişkin ise böyle bir hükme yer verilmemiştir. Doktrinde, hayat sigortalarına ilişkin 1332'nci madde hükmü rizikonun ağırlaşması başlığı altında incelenmekte ise de kimi yazarlarca bu isabetli bulunmamaktadır. Zira hüküm esasen hayat sigortasında teminat dışı kalan halleri düzenlemektedir.⁴⁹⁸ Zaten doktrinde genel olarak mal sigortalarına ilişkin 1291'inci madde hükmünün "menfaatler dengesine ve işin mahiyetine uygun düştüğü ölçüde" kıyasen can sigortalarına da uygulanması gerektiği savunulmaktadır. Böylelikle

⁴⁹⁷Alman hukukuna ilişkin olarak bkz. yukarıda s. 175-177.

⁴⁹⁸I. Ulaş (2002). Uygulamalı can sigortası hukuku. Ankara: Turhan, s. 99; Aksi görüşteki Ünan (1998)'a göre, 1332'nci madde, riziko şahsının sigortacıyı haberdar etmeksizin havada ancak yolcu sıfatıyla seyahat edebileceğini öngörmekle rizikonun ağırlaştırılmasını yasaklamaktadır, s. 163.

1291'inci madde hükmü, tüm kara sigortaları için geçerli bir hüküm olarak görülmektedir.⁴⁹⁹

6762 sayılı Kanun'un sigorta akdinin devamı sırasındaki ihbar mükellefiyetini düzenleyen 1291'inci maddesine göre: "Sigorta ettiren kimse sigortacının muvafakati olmaksızın sigortalı malın yerini veya mukavele zamanındaki halini değiştirdiği takdirde bu değişiklik mukavelenin yapıldığı anda mevcut olduğu halde sigortacının sigorta mukavelesini yapmamasını veya daha ağır şartlarla yapmasını mucip bir mahiyette ise, sigortacı mukaveleyi feshedebilir.

Birinci fıkrada yazılı değişikliği yapan kimse keyfiyeti sekiz gün zarfında sigortacıya bildirmişse sigortacı ihbar tarihinden itibaren sekiz gün içinde fesih hakkını kullanmadığı takdirde sigortanın hükmü devam eder.

Sigorta ettiren kimse değişiklik keyfiyetini sigortacıya ihbar etmediği halde dahi sigortacı vaki değişikliği öğrendikten sonra sekiz gün içinde feshetmez veya sigorta primini tahsil etmek gibi sigorta hükmünün devamına razı olduğunu gösteren bir harekette bulunursa fesih hakkı düşer."

Görüldüğü gibi hüküm mal sigortalarını esas almaktadır. Buna göre sigortacının muvafakati olmaksızın sigortalı malın yeri ya da sözleşme zamanındaki halinde yapılan değişiklikler sözleşme yapılırken mevcut olsaydı, sigortacının sözleşme yapma ve sözleşme koşulları konusundaki kararını

⁴⁹⁹Karş. Omağ (1985), s. 22; Ulaş (2002), s. 99, 221; Tunçomağ (1998), s. 775. Aksi görüşte olan Kender (2008)'e göre TTK m. 1291 sadece mal sigortalarına uygulanabilir, s. 233 ve Kender (2011), s. 260. N. Franko (1992) ise bu konudaki farklı görüşleri belirtmekle yetinmiştir, Sigorta akdinde rizikonun ağırlaşması. *Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu IX*, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, s. 111; Yücel (2006), hükümde yer alan "sigortalı mal" ibaresinin, bu maddenin can sigortalarında uygulanmaması için tek başına yeterli bir neden olmaması gerektiği düşüncesindedir, Hayat sigortasında sigorta ettirenin hak ve yükümlülükleri. *İstanbul Barosu Dergisi*, Yıl:2006, Cilt:60, Sayı:6, s. 2544, dn. 99. Eroğlu (2005) de hükmün genel bir hüküm olarak hastalık sigortasına da uygulanacak bir hüküm olduğunu, ancak aslında hastalık sigortasına uygulanmaya elverişli olmadığını ve sigortacı tarafından sigorta ettiren aleyhine kullanılabileceğini ifade etmektedir. Yazar, Almanya'da olduğu gibi, riziko ağırlaşmasına ilişkin hükümlerin hastalık sigortasında uygulanmayacağı yönünde bir hüküm önermektedir, s. 82.

değiştirecek nitelikte ise, bu değişiklikler riziko ağırlaşması olarak nitelenecektir. Öte yandan hükmün lafzının yalnızca sübjektif riziko ağırlaşmalarını kapsamaması da objektif riziko ağırlaşmalarının dikkate alınıp alınamayacağı konusunda farklı görüşlerin ortaya çıkmasına yol açmıştır. Bir görüşe göre hükmün lafzındaki açıklık karşısında objektif riziko ağırlaşmalarının varlığı halinde riziko ağırlaşmasına ilişkin hükümlere başvurulamayacaktır.⁵⁰⁰ Bir başka görüşe göre ise hükümde objektif riziko ağırlaşmalarından söz edilmemiş olması nedeniyle bu tür riziko ağırlaşmalarını kapsam dışı bırakmak hükmün amacına aykırı olur. Zira objektif riziko ağırlaşmalarında da prim ile riziko arasındaki denge sigortacı aleyhine bozulmaktadır.⁵⁰¹

Hükmün tezin konusunu oluşturan hayat sigortası ve sağlık sigortası açısından nasıl anlaşılması gerektiğinin ve genetik test sonuçlarının bu kapsama girip girmeyeceğinin ayrıntılı olarak değerlendirilmesi gerekmektedir.

3.1.1. Sigorta akdinin devamı sırasındaki ihbar mükellefiyetinin kapsamı

Sigorta akdinin devamı sırasındaki ihbar mükellefiyetinin “riziko ağırlaşması” olarak nitelenebilecek olan hususları kapsadığı daha önce ifade edilmiştir. Ancak her riziko ağırlaşması sigorta hukuku bakımından bir değer taşımaz; riziko değişikliğinin “esaslı” olması gerekmektedir. Riziko değişikliğinin ortaya çıkardığı durumun sözleşmenin kurulması sırasında mevcut olması halinde sigortacının sözleşmeyi hiç veya aynı şartlarla yapmayacağını ileri sürülebildiği durumlarda esaslı riziko ağırlaşmasının

⁵⁰⁰ Ayli (2011), s. 5.

⁵⁰¹ Omağ (1985), s. 67.

bulunduğu söylenebilir.⁵⁰² Hayat sigortası ve sağlık sigortasında teminat altına alınan rizikolar birbirinden farklı olduğu için, rizikonun ağırlaşmasının her iki sigorta türünde nasıl anlaşılması gerektiğinin ayrı ayrı incelenmesi faydalı olacaktır.

3.1.1.1. Hayat sigortasında rizikonun ağırlaşması

Daha önce de belirtildiğı gibi, doktrinde Eski Türk Ticaret Kanunu'nun riziko ağırlaşmasının ihbarı mükellefiyetini düzenleyen 1291'inci maddesinin menfaatler dengesine ve işin mahiyetine uygun düştüğü ölçüde hayat sigortalarında da kıyasen uygulanması gerektiğı kabul edilmektedir. Aşağıda riziko ağırlaşmasının ihbar mükellefiyeti kapsamında yer alıp almadığı her bir hayat sigortası türü açısından değerlendirilecektir.

3.1.1.1.1. Hayatta kalma şartlı sigortalarda rizikonun ağırlaşması

Hayatta kalma şartlı sigortalarda, sigortalının belli bir tarihte hayatta kalması halinde sigortacı, sigorta bedeli ödemeyi üstlenmektedir. Bu tür sigortalarda sigortalının ölmesi bir riziko olarak değil, aksine sigortacıyı sigorta bedelini ödemekten kurtaran bir olgu olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu durumda sigortalının yaşama ihtimalinin artması sonucunu doğuracak riziko ağırlaşması niteliğindeki olguların bu tür sigortalarda söz konusu olamayacağı doktrinde ifade edilmektedir.⁵⁰³ Bir diğer görüşe göre ise bu tür hayat sigortalarında riziko ağırlaşması, hayatı uzatacak önlemlerle gerçekleşir. Bu tür önlemlerin alınmamasının istenmesi ise ahlaka ve kişilik haklarına aykırılık

⁵⁰²Ayli (2011), s. 4.

⁵⁰³Omağ (1985), s. 24; Ulaş (2002), s. 99; Yücel (2006), s. 2545. Ünün (1998) ise yaşama şartlı sigortalarda rizikonun ağırlaştırılmasının hayatı uzatacak önlemler aracılığıyla ortaya çıkacağını ifade etmektedir, s. 163; Tunçoğmağ (1998), s. 776.

oluşturur.⁵⁰⁴ Bu görüş sigorta ettirenin katkısıyla ortaya çıkan sübjektif riziko ağırlaşmaları açısından doğru kabul edilebilir. Öte yandan riziko ağırlaşmaları, sigorta ettirenin katkısı olmaksızın da ortaya çıkabilir. Objektif riziko ağırlaşması olarak adlandırılan bu tür riziko ağırlaşmalarının da sigortacıya bildirilmesi kanımızca gereklidir.⁵⁰⁵ Nitekim Yargıtay da 06.12.2004 tarihli bir kararında sözleşmenin kurulmasından altı yıl sonra ortaya çıkan kronik psikotik bozukluk rahatsızlığının rizikonun ağırlaşmasına sebebiyet verecek derecede olup olmadığının araştırılması gerektiği gerekçesiyle ilk derece mahkemesinin kararının bozulmasına karar vermiştir.⁵⁰⁶

Ancak genetik testler bu konu bakımından ele alındığında farklı sonuçların ortaya çıkması da mümkündür. Bilindiği gibi genetik testler sonucunda kişinin genetik hastalıklara olan yatkınlığı kesine yakın bir ölçüde saptanabilmektedir. Eğer genetik hastalık riski bulunmuyorsa, kişinin ortalama bir yaşam süresine sahip olması beklenen bir durumdur. Ayrıca genetik alanındaki gelişmeler süreklilik arz etmekte ve her geçen gün bu alanda yeni bir aşama kaydedilmektedir. Hayatta kalma şartlı sigortalar açısından bunun anlamlı bir örneği, kişinin yaşam uzunluğunun tespitine yönelik testlerdir. 17 Mayıs 2011 tarihli bir haberde⁵⁰⁷ kişinin kalan ömrünü hesaplamaya yönelik bir kan testinden bahsedilmektedir. Habere göre sözü edilen testle insan vücudundaki kromozomlarda bulunan ve kişi yaşlandıkça kısalan “telomer” adı verilen yapıların uzunluğu ölçülmekte ve bu sayede kişinin kalan ömrü hesaplanabilmektedir. Haberde 500 avro olduğu ifade edilen testin 5-10 yıl içersinde tüm dünyaya yayılmasının beklendiği ifade edilmektedir. Kesin

⁵⁰⁴Ünan (1998), s. 163; İmre (1946), s. 294.

⁵⁰⁵6762 sayılı TTK m. 1291’de yalnızca sübjektif riziko ağırlaşmasına yer verilmiş olması nedeniyle kanun koyucunun objektif riziko ağırlaşmasını bilerek düzenlemek istemediği sonucuna varılmasının isabetli olmayacağı konusunda bkz. Omağ (1985), s. 67; Aksi görüşte Franko (1992), s. 112.

⁵⁰⁶Yargıtay 11. HD., 06.12.2004 tarih ve E. 2004/2675 ve K. 2004/12009 sayılı kararı.

⁵⁰⁷... (2011). “Kaç yaşında ölürsün” testi. *Hürriyet Gazetesi*, 17.05.2011, s.6.

olmasa da kişinin yaşam süresi hakkında fikir veren böyle bir test sigortacı açısından önemli olabilir.

Hayatta kalma şartlı sigortalarda da sigorta sözleşmesi devam ederken, kişinin buna benzer bir testle beklenenden uzun bir yaşam süresine sahip olacağının saptanması, sigortacı açısından bir riziko ağırlaşmasından başka bir anlama gelmeyecektir. Bu nedenle hayatta kalma şartlı sigortalarda riziko ağırlaşması niteliğindeki olguların söz konusu olamayacağını peşinen söylemektense, bilimsel gelişmeler ışığında her somut olayda ortaya çıkan olguların değerlendirilmesi uygun olacaktır.

3.1.1.1.2. Ölüm rizikosuna karşı sigortalarda rizikonun ağırlaşması

Ölüm rizikosuna karşı sigortalarda, sigortalının ölümü halinde sigortacı kararlaştırılan sigorta meblağını ödemeyi üstlenir. Bu nedenle sigortalının ölmesi ihtimalini arttıran durumlar riziko ağırlaşması olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak doktrinde, yaşın ilerlemesi ya da zamanın geçmesi gibi durumlarda sigortalının ölmesi olasılığının da artacağını ve bu durumun önceden öngörülebilir bir durum olduğu için riziko ağırlaşması olarak değerlendirilemeyeceği ifade edilmektedir. Çünkü böyle bir durum sözleşmenin yapılması sırasında prim hesabında dikkate alınmış olacağı için sözleşmenin devamı sırasında riziko ile prim arasındaki dengenin bozulması söz konusu olmayacaktır.⁵⁰⁸ Doktrindeki diğer görüşe göre ise ölüm rizikosuna karşı yapılan hayat sigortaları ile karma hayat sigortalarında riziko ağırlaşmasının ortaya çıkması mümkündür.⁵⁰⁹ Hayatta kalma rizikosuna karşı yapılan hayat sigortalarına ilişkin olarak yukarıda da belirttiğimiz gibi kişinin genetik yapısındaki bir takım yatkınlıkların sözleşmenin yapılması sırasında

⁵⁰⁸Omağ (1985),s. 24.

⁵⁰⁹Ulaş (2002), s. 99.

öngörülmesi mümkün olmayabilir. Böyle bir yatkınlığın sonradan öğrenilmesi durumunda rizikonun ağırlaşmadığını söylemek kanımızca fazla iddialı olur. Özellikle genetik test sonuçlarına göre sigortalının tedavisi bulunmayan ve ortalama dan erken ölüme yol açan bir hastalığa yakalanma riskinin ortaya çıkması durumunda riziko ile prim arasındaki dengenin bozulacağını söylemek kanımızca mümkündür. Bu nedenle bu tür hayat sigortalarında da somut olayın özelliklerine göre değerlendirme yapılması kanımızca uygun olur.

3.1.1.2. Sağlık sigortasında rizikonun ağırlaşması

Sağlık sigortası ile sigortacı, sigortalının sağlık durumunun bozulması durumunda ortaya çıkabilecek tedavi ve bakım gibi olası giderler için teminat sağlamayı üstlenmektedir. Bu tür sigortalarda, sigortalının tedavi ya da bakım giderlerinin artmasına yol açabilecek nitelikteki hastalıklar, sigortacının prim miktarına ilişkin kararına etki etmektedir. Genetik test sonuçlarının sigortalının yüksek tedavi ve/veya bakım giderleri olan bir hastalığa yakalanması olasılığını ortaya koyduğu durumlarda sigortacı açısından riziko ağırlaşmış olacaktır. Genetik test sonuçlarının kişinin tedavisi olmayan bir hastalığa yakalanma riskinin bulunduğunu ortaya koyması durumunda ise genel olarak sigortacı açısından rizikonun ağırlaşmadığı söylenebilir. Ancak sigortacı, tedavi giderleri yanında bakım vs. giderlerini de üstlenmişse ve sigortalının yatkın olduğu hastalığın tedavisi bulunmamasına rağmen sigortalının bakıma muhtaç hale düşmesine yol açma ihtimalinin bulunması durumunda yine de riziko ağırlaşmış olacaktır.

3.1.2. Rizikoyu etkileyen faktörlerin tespitinde genetik testlerin rolü

Doktrinde, bir değişikliğin riziko ağırlaşması olarak dikkate alınabilmesi için “esaslı” bir değişiklik olması gerektiği ifade edilmektedir. Buna göre sözleşmenin kurulması sırasında beyan edilen, yani sadece teklifnamede veya teklifnamenin bulunmaması durumunda poliçe veya eklerinde yer alan faktörlerin, akdin feshini veya daha ağır şartlarda yapılmasını gerektirecek şekilde değişmesi durumunda esaslı bir riziko ağırlaşması söz konusu olur.⁵¹⁰

3.2. Hayat Sigortası Genel Şartlarının Sigorta Süresi İçinde Beyan Yükümlülüğünü Düzenleyen C.3 Maddesi

Hayat Sigortaları Genel Şartlarının C.3 maddesinin ilk fıkrasına göre; “Sözleşmenin yapılmasından sonra, sigortacının izni olmadan, rizikoya etki edebilecek hususlarda meydana getirilen değişikliklerin sekiz gün içinde sigortacıya bildirilmesi gerekir.”

3.3. Sağlık Sigortası Genel Şartlarının Sigorta Süresi İçinde İhbar Yükümlülüğünü Düzenleyen 7’nci Maddesi

Sağlık Sigortası Genel Şartlarının 7’nci maddesinin birinci fıkrasına göre; “Sözleşmenin yapılmasından sonra teklifnamede, teklifname yoksa poliçe ve eklerinde beyan olunan hususlar değiştiği takdirde sigorta ettiren en geç 8 gün içinde durumu sigortacıya ihbarla yükümlüdür.”

⁵¹⁰Omağ (1985), s. 57.

3.4. 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun İlgili Hükümleri

Sözleşme süresi içindeki beyan yükümlülüğü 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun 1444 ve 1445’inci maddelerinde düzenlenmiştir. Kanun’un 1444’üncü maddesi rizikoyu ağırlaştırma yasağını ve riziko ağırlaşmasının beyanını, 1445’inci maddesi ise sözleşme süresi içindeki beyan yükümlülüğünün ihlaline bağlanan hüküm ve sonuçları düzenlemektedir.

3.4.1. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun sözleşme süresi içinde beyan yükümlülüğünü düzenleyen 1444’üncü maddesi

Sigorta sözleşmesinin süresi içindeki beyan yükümlülüğü Türk Ticaret Kanunu’nun 1444’üncü maddesinde düzenlenmiştir. Hükmün birinci fıkrasına göre: “Sigorta ettiren, sözleşmenin yapılmasından sonra, sigortacının izni olmadan rizikoyu veya mevcut durumu ağırlaştırarak tazminat tutarının artmasını etkileyici davranış ve işlemlerde bulunamaz.” Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre ise “Sigorta ettiren veya onun izniyle başkası, rizikonun gerçekleşme ihtimalini artırıcı veya mevcut durumu ağırlaştırıcı işlemlerde bulunursa yahut sözleşme yapılırken açıkça riziko ağırlaşması olarak kabul edilmiş bulunan hususlardan biri gerçekleşirse derhal; bu işlemler bilgisi dışında yapılmışsa, bu hususu öğrendiği tarihten itibaren en geç on gün içinde durumu sigortacıya bildirir.”.

Görüldüğü gibi hükümde hem objektif hem de sübjektif riziko ağırlaşmaları düzenlenerek 6762 sayılı Kanun’a ilişkin olarak bu konuda yürütülen tartışmaların da sonu getirilmiş olmaktadır. Gerçekten de maddede, tarafların bazı hususların ortaya çıkmasının riziko ağırlaşması olarak işlem göreceğini sözleşme ile kararlaştırmalarına imkan tanınmıştır. Ayrıca sigorta

ettirene, bilgisi dışında gerçekleşen riziko ağırlaşmalarını da sigortacıya bildirme yükümlülüğü yüklenmiştir.⁵¹¹

6102 sayılı Kanun da 6762 sayılı Kanun gibi sigorta sözleşmesinin devamı sırasında ortaya çıkan riziko ağırlaşmalarının sigortacıya beyan edilmesini öngörmektedir. Ancak 6762 sayılı Kanun'un 1291'inci maddesinde yer alan "malın yerini veya mukavele zamanındaki halini değiştirdiği takdirde" ifadesi, hükmün yalnızca mal sigortalarında uygulama alanı bulacağı izlenimi yaratmaktaydı. Yeni 1444'üncü maddede rizikonun ağırlaştırılmasından bahsedilmesi nedeniyle hükmün tüm sigorta kollarında ve bu arada can sigortalarında da uygulanacağı isabetli olarak ifade edilmektedir.⁵¹² Zaten hayat sigortasında sözleşmenin devamı sırasındaki beyan yükümlülüğünün ihlaline ilişkin olarak rizikonun artmasından itibaren yenilemeler de dahil olmak üzere beş yıl geçmiş olması halinde sigortacının, beyan yükümlülüğünün ihlal edilmiş olması nedeniyle sözleşmeyi feshedemeyeceğini öngören 1499'uncu madde de can sigortalarında riziko ağırlaşmasının mümkün olduğu ve 1444'üncü maddenin can sigortaları açısından da geçerli olduğunun kabulünü zorunlu kılmaktadır.⁵¹³ Riziko ağırlaşmasının ne anlama geldiği ve hayat ile hastalık ve sağlık sigortalarında ne gibi değişikliklerin riziko ağırlaşması olarak nitelenebileceği daha önce 6762 sayılı Kanuna ilişkin olarak açıklandığından, burada yinelenmeyecektir.

1444'üncü maddede, 6762 sayılı Kanun'un 1291'inci maddesinden farklı olarak, yalnızca sigorta ettirenin fiiliyle ortaya çıkan subjektif riziko ağırlaşmalarının yanında, sigorta ettirenin iradesi dışında ortaya çıkan riziko ağırlaşmalarının da beyanı yükümlülüğü öngörülmüştür. Bu durum hayat ve

⁵¹¹Ayli (2011), s.7

⁵¹²Z. Şeker Öğüz ve A. Sevinç Kuyucu (2011). *Yeni Türk Ticaret Kanununda sigorta hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, s. 60; Can (2012), s. 73; Ayli (2011), s. 6; Yücel (2006), s. 2544, dn. 97.

⁵¹³Kanun'un 1519'uncu maddesi gereği 1499'uncu madde hastalık ve sağlık sigortası hakkında da uygulanır.

sağlık sigortaları açısından son derece önemlidir. Çünkü anılan sigorta kollarında kişinin sağlık durumuna ilişkin bilgiler son derece önemlidir ve bu husustaki değişiklikler sıklıkla sigorta ettirenin iradesi dışında ortaya çıkmaktadır.

3.4.2. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun rizikonun ağırlaşmasına bağlanan hüküm ve sonuçların uygulanmayacağı halleri düzenleyen 1445’inci maddesinin 4’üncü fıkrası

Türk Ticaret Kanunu’nun 1445’inci maddesi sigorta ettirenin riziko ağırlaşmasını beyan yükümlülüğünü yerine getirmemesine bağlanan hüküm ve sonuçları düzenlemektedir. Hükümün ilk fıkrasına göre: “Sigortacı sözleşmenin süresi içinde, rizikonun gerçekleşmesi veya mevcut durumun ağırlaşması ihtimalini ya da sözleşmede riziko ağırlaşması olarak kabul edilebilecek olayların varlığını öğrendiği takdirde, bu tarihten itibaren bir ay içinde sözleşmeyi feshedebilir veya prim farkı isteyebilir.” Ancak Kanun 1445’inci maddesinin 4’üncü fıkrasında bazı hallerde sözleşmenin feshinin ya da prim farkı istenmesinin mümkün olmayacağını hükme bağlanmıştır. Bu hallerden biri de hayat sigortalarında riziko artışına sigortalının sağlık durumunda meydana gelen değişikliklerin sebep olmasıdır.

3.5. Özel Düzenleme Yapılması Gereği ve Öneriler

Sigorta sözleşmelerinin niteliği gereği, sözleşmenin kurulması sırasında sağlanmaya çalışılan riziko ile prim arasındaki dengenin, sözleşmenin devamı sırasında da korunması gerekmektedir. Bu amaçla Almanya, Avusturya, İsviçre ve Türk hukuk sistemlerinde sigorta ettirene rizikoyu ağırlaştırmama ve ortaya çıkan riziko ağırlaşmalarından sigortacıyı haberdar etme görevi yüklenmiştir.

Amerika Birleşik Devletleri'nde ise federal düzeyde bu ülkelerdeki anlamıyla bir rizikoyu ağırlaştırmama görevine rastlanamamıştır. Bunun nedenine ilişkin olarak doktrinde herhangi bir bilgi verilmemektedir. Ancak durumun, ABD uygulamasında sigorta sözleşmelerinin genellikle bir yıllık bir sürenin sonunda yenilenmesi ve bu yenileme sırasında rizikonun da yeniden değerlendirilebilmesi olanağının varlığından kaynaklandığı düşünülebilir.

Genetik test sonuçlarının kişinin genetik hastalıklara yatkın olduğu sonucunu ortaya koymasının riziko ağırlaşması olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği konusunda bir sonuca varılabilmesi için öncelikle hayat ve hastalık sigortalarında riziko ağırlaşmasının söz konusu olup olmayacağı sorusunun yanıtlanması gerekmektedir. Hayat sigortasına ilişkin olarak doktrinde yapılan az sayıdaki açıklamalarda hayatta kalma rizikosuna karşı yapılan hayat sigortalarında rizikonun ancak yaşam süresini uzatmaya yönelik önlemlerle artırılabilceği, bu tür önlemlerin alınmamasının talep edilmesinin ise ahlaka aykırı bir durum oluşturacağı ifade edilmektedir. Ölüm rizikosuna karşı hayat sigortalarında ise kişinin sağlık durumunun kötüleşmesinin rizikonun ağırlaşması anlamını taşıyacağı, bu durumun ise sözleşmenin kurulması sırasında sigortacı tarafından prim hesabında gözetilmiş olması gerektiği ifade edilmektedir. Hastalık sigortasında da benzer şekilde yaşı ilerlemesi ve zamanın geçmesiyle birlikte sağlık durumunun kötüleşmesinin olağan bir durum olduğu ve bunun da sözleşme kurulurken sigortacı tarafından gözetilmiş olacağı düşünülmektedir.

Riziko ağırlaşması, sözleşmenin devamı sırasında rizikonun, sigortacının sözleşmeyi yapmamasını ya da daha ağır koşullarda yapmasını gerektirecek şekilde ve kalıcı olarak değişikliğe uğramasıdır. Doktrinde yapılan bu tanım, sözleşmenin kurulması sırasında mevcut bulunan önemli hususlarda ortaya çıkan değişiklikler sonucu riziko ile prim arasındaki dengenin prim aleyhine

bozulması anlamını taşımaktadır. Kanımızca tıp biliminin dinamikliği karşısında böyle bir durumun hayat ve hastalık sigortalarında gerçekleşmeyeceğini peşinen söylemek isabetli bir tavır olmayacaktır. Bunun en önemli örneği de tezimizin konusunu oluşturan prediktif genetik testlerdir. Bilindiği gibi pediktif genetik testler, kişinin hastalıklara olan genetik yatkınlığını ortaya koymaktadır. Bu testlerle kişi, henüz bir hastalığa yakalanmadan, yani sağlıklı iken, gelecekte bir hastalığa yakalanma riskinin bulunup bulunmadığı kesin olmamakla birlikte ortaya konulabilmektedir. Kişinin genetik test sonuçlarının hastalıklara genetik yatkınlığının varlığını ortaya koyması durumu, kanımızca riziko ağırlaşmasının tanımına uymaktadır. Zaten yaptırılmış bulunan genetik test sonuçları, sözleşmenin kurulması sırasındaki beyan yükümlülüğü anlamında da önemli hususlardan olup, kanunla yasaklanmadıkça sigortacıya bildirilmesi gereken hususlardandır.

Sözleşmenin devamı sırasındaki beyan yükümlülüğü açısından sigortacının sigortalıyı genetik test yaptırmaya hukuken ya da fiilen zorlaması kural olarak söz konusu olmaz. Bu nedenle de kişinin bilmeme hakkını ihlal eden bir durum bu noktada akla gelmemektedir. Ancak kişinin verileri üzerinde belirleme hakkı, genetik test sonuçlarının riziko ağırlaşması olarak beyanının zorunlu kılınması durumunda ihlal edilmiş olur. Test sonuçlarının genetik biliminin bugün bulunduğu aşamada henüz tam anlamıyla güvenilir sonuçlar vermiyor olması nedeniyle sigortacının bunları bilmesinde çok ciddi bir menfaati olduğu da söylenemez. Ayrıca burada, sözleşmenin kurulması sırasındaki beyan yükümlülüğünde olduğu gibi ters seçim sorununa benzer bir sonucun ortaya çıkması da söz konusu olmamaktadır. Çünkü anılan sorun, sigorta ettirenin sigortacı karşısında sahip olduğu bilgi avantajını kullanarak olması gerekenden düşük bir prim karşılığı sigorta himayesi elde etmesi durumunda ortaya çıkmaktadır. Riziko ağırlaşmasında ise yalnızca mevcut riziko-prim dengesi

bozulmaktadır. Bu nedenle kanımızca sözleşmenin kurulmasından sonra yaptırılan genetik test sonuçlarının sigortacı tarafından öğrenilmesine ve değerlendirilmesine olanak tanınmamalıdır. Sözleşmenin kurulmasından önce veya sonra yaptırılan genetik test sonuçlarının sigortacı tarafından kullanılmasını yasaklayan Alman Genetik Teşhis Kanunu'nun 18'inci maddesi, kanımızca bahsettiğimiz amacı gerçekleştirmeye elverişli bir düzenlemedir. Ancak böyle bir düzenleme yapılmadığı sürece, sözleşmenin devamı sırasında yaptırılan genetik test sonuçları olumsuz bir genetik yatkınlığı ortaya koyduğu takdirde Türk hukuku açısından TTK m. 1444 anlamında riziko ağırlaşması olarak sigortacıya beyan edilmelidir. Zira hukukumuzda Alman hukukunda olduğu gibi riziko ağırlaşmasına ilişkin hükümlerin hayat sigortalarında uygulanmasını sınırlayan ya da hastalık sigortasında uygulanmasını engelleyen VVG § 158 ve § 194 benzeri hükümler bulunmamaktadır.

Sonuç

Genetik bilimi alanında büyük bir hızla ortaya çıkan ve çıkmaya devam eden keşif ve gelişmeler, hem pek çok yeni alanın ortaya çıkmasına zemin hazırlamış hem de var olan pek çok alanda önemli etkilere yol açmıştır. Genetik bilimindeki gelişmelerden etkilenen alanlardan biri de sigorta hukuku olmuştur. Genetik testler yoluyla kişilerin hastalıklara olan genetik yatkınlıklarının, hatta yaşam sürelerinin kısmen dahi olsa tahmin edilebilmesi sigorta şirketlerinin ilgisini çekmeye başlamış ve bu testlerin sonuçlarının özellikle hayat ve sağlık sigortası alanında kullanılıp kullanılamayacağına ilişkin tartışmalar böylelikle ateşlenmiştir. Bu çerçevede öncelikle genetik testler sonucu elde edilen bilgilerin diğer kaynaklardan elde edilen tıbbi bilgilerden farklı bir düzenlemeye tabi tutulmasının gerekli olup olmadığı tartışılmaktadır.⁵¹⁴ Bugün gelinen noktada genetik test sonuçlarının sigorta hukuku alanında kullanılmasına ilişkin tartışmaları şu başlıklar altında toplamak mümkündür:

- 1- Sigorta şirketlerinin sözleşmenin ön şartı olarak sigortalının genetik test yaptırmasını talep edip edemeyecekleri meselesi.
- 2- Sözleşmenin kurulması sırasında beyan yükümlülüğü çerçevesinde sigortalının başka bir amaçla yaptırmış olduğu genetik testlerin sonuçlarının sigortacıya bildirilmesinin gerekip gerekmediği meselesi.
- 3- Sözleşmenin devamı sırasında sigortalının yaptırmış olduğu genetik testlerin olumsuz bir genetik yatkınlığı ortaya koyması durumunda, bu testlerin sonuçlarının riziko ağırlaşmasına ilişkin hükümler

⁵¹⁴Bkz s. 23 vd.

çerçevesinde sigortacıya bildirilmesinin gerekip gerekmediği meselesi.

Belirtilen tartışmalar yürütülürken bir yanda kişinin temel hakları ve özellikle bilmeme hakkı ile verileri üzerinde belirleme hakkı, diğer yanda da sigortacının ekonomik menfaatleri arasındaki dengeyi sağlayacak bir çözüme ulaşılmaya çalışılmaktadır. Sigortalının genetik bilgilerine, sigortalı ile genetik açıdan hısımlık ilişkisi bulunan kişilerin genetik test sonuçlarına bakılarak da ulaşılabilmesi, kanımızca tartışmaya doktrinde fazla değinilmeyen bir boyut daha kazandırmaktadır.

Genetik testlerin sigorta sözleşmesinin ön şartı olarak öngörülmesine, kişinin bilmeme hakkının korunması gerektiği düşüncesiyle karşı çıkmaktadır.⁵¹⁵ Kanımızca da kişinin henüz bir genetik test yaptırmamış olması durumunda sigortacı karşısında bir bilgi avantajından da söz edilemeyeceği için bu aşamada kişinin bilmeme hakkına üstünlük tanınması gerekir. Türk hukuku açısından, Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'ne Türkiye'nin de taraf olarak Anayasa'nın 90'ıncı maddesinin beşinci fıkrası uyarınca iç hukukunun bir parçası haline getirmiş olması, kanımızca sigortalının bilmeme hakkının korunmasını sağlamaya elverişlidir. Ancak bilindiği gibi kişinin genetik bilgilerine, kişi ile genetik açıdan hısımlık olan kişilerin genetik test sonuçları üzerinden de erişmek mümkündür. Bu nedenle olası bir özel düzenlemede bu husus da dikkate alınmalıdır.

Kişinin başka bir amaçla yaptırmış olduğu genetik testlerin sonuçlarının sigortacıya bildirilmesinin gerekip gerekmediği doktrinde en çok tartışılan konudur.⁵¹⁶ Sonuçların sigortacıya bildirilmesinin kabulü, Anayasa'nın 20'nci maddesinin üçüncü fıkrası ile açıkça düzenlenen kişinin verileri üzerinde belirleme hakkı açısından sorun yaratacaktır. Öte yandan aksinin kabulü,

⁵¹⁵Bkz. s. 45 vd.

⁵¹⁶Bkz. s. 68 vd.

sigorta sözleşmelerinde tarafların bilgi düzeyleri arasında farklılık yaratacağından riziko topluluğu ve sigorta sektörü açısından tehlikelere yol açabilir. Nitekim bu durumda sigorta ettiren ya da sigortalının sahip olduğu bilgi avantajını kullanarak olması gerekenden düşük primlerle sigorta yaptırmak yoluyla ters seçim sorununa yol açabileceği endişesi doktrinde sıklıkla ifade edilmektedir. Bu durumda sigorta ettiren ya da sigortalının menfaatleri ile riziko topluluğu ve sigortacının menfaatleri arasında bir tercih yapma zorunluluğu ortaya çıkmaktadır. Bu zorunluluğun konuya ilişkin özel düzenlemelere yansıdığı gözlenmektedir. Nitekim Avusturya Gen Teknolojisi Kanunu'nda kanun koyucu, sigortalının verileri üzerinde belirleme hakkına üstünlük tanıyarak sigortacının genetik test sonuçlarını talep etmesini, kabul etmesini ve kullanmasını kesin olarak yasaklamıştır. Almanya ve İsviçre'de kanun koyucu daha esnek bir düzenlemeye yer vermiştir. Alman Genetik Teşhis Kanunu'nda genetik test sonuçlarının talep edilmesi ve kullanılması kural olarak yasaklanmış, ancak Kanun'da belirtilen meblağların üzerindeki sigortalarda tanı amaçlı genetik test sonuçlarının kullanılmasına izin verilmiştir. İsviçre İnsanlar Üzerinde Genetik İncelemeler Hakkında Kanunu'nda ise genetik testlerin sözleşmenin ön şartı olarak öngörülmesi kesin olarak yasak, yapılmış bulunan genetik test sonuçlarının talep edilmesi ve kullanılması ise kural olarak serbesttir. Almanya kanun koyucusunun aksine, İsviçre'de kanun koyucu, genetik test sonuçlarının talep edilemeyeceği ve kullanılamayacağı sigortaları saymayı tercih etmiştir. İsviçre İnsanlar Üzerinde Genetik İncelemeler Hakkında Kanunu'nda dikkati çeken husus, belli meblağın üzerindeki bazı sigortalarda genetik test sonuçlarının kullanılmasının yasaklandığı hükmün birden çok sigorta yoluyla dolanılmasını önlemeye yönelik olarak birden çok sigortanın varlığı halinde meblağın hesabında tüm sigorta sözleşmelerinin dikkate alınacağını öngörölmüş olmasıdır. Her üç

ülkedeki özel düzenlemelerde yalnızca sigortalının genetik test sonuçları dikkate alınmıştır. Oysa sigortalının genetik bilgilerine, hısımlarının genetik test sonuçlarından ulaşmak da mümkündür. Bu hususun Amerikan Genetik Bilgilere Dayalı Ayrımcılığa Karşı Kanun’unda dikkate alındığı görülmektedir. Kanun’da kişinin aile fertlerinin genetik test sonuçlarına da genetik bilginin tanımı kapsamında yer verilmiş olması, kişinin ve aile fertlerinin bilmeme hakları ile verileri üzerinde belirleme haklarının gerçekleştirilmesi açısından önemli olmakla birlikte, genetik bilgilerin sigortacı tarafından kullanılmasının sadece sağlık sigortası için yasaklanmış olması, buna karşın hayat sigortalarındaki kullanımların düzenlenmemiş olması kanımızca bir eksikliktir.

Türk hukukunda, başka bir amaçla yaptırılmış olan genetik test sonuçlarının sigortacıya bildirilmesi konusunu ele alan bir özel düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle konu genel hükümler çerçevesinde değerlendirilebilir. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun sözleşmenin yapılması sırasındaki beyan yükümlülüğünü düzenleyen 1435’inci maddesi, sigorta ettiren tarafından sözleşmenin yapılması sırasında bilinen veya bilinmesi gereken tüm önemli hususların sigortacıya bildirilmesini öngörmektedir. Sigortalının sağlık durumu hakkında önemli bilgiler içeren genetik test sonuçları da kanımızca buradaki anlamda önemli hususlardandır ve bu nedenle sözleşmenin yapılması sırasındaki beyan yükümlülüğü kapsamında sigortacıya bildirilmelidir. Bu sonuç, kişinin verileri üzerinde belirleme hakkının hayata geçirilmesini büyük ölçüde sınırlayan bir sonuçtur. Bu nedenle konunun, tarafların menfaatleri arasındaki dengeyi sağlamaya elverişli bir özel düzenlemede ele alınması gerekmektedir.

Sigortalının sözleşmenin devamı sırasında genetik test yaptırmayı ve bu test sonuçlarının önemli bir riziko değişikliği anlamına gelmesi durumunda sigortacıya bildirilmesinin gerekip gerekmediği konusu doktrinde üzerinde

yeterince durulan bir konu olmamakla birlikte kanımızca kişinin verileri üzerinde belirleme hakkı açısından önemlidir. Sözleşmenin kurulması sırasında sağlanmaya çalışılan riziko ile prim arasındaki dengenin sözleşme süresince de korunması açısından riziko ağırlaşması niteliğindeki genetik test sonuçlarının sigortacıya bildirilmesi gerekir. Ancak bu durumda, kişinin verileri üzerinde belirleme hakkı da büyük ölçüde sınırlanmış olacaktır. Almanya, Avusturya, İsviçre ve Amerika Birleşik Devletleri'ndeki genetik testlerin sigorta sözleşmelerinde kullanılmasına ilişkin özel düzenlemelerde bu konuya değinilmediği gözlenmektedir. Bilindiği gibi riziko ağırlaşması, sözleşmenin kurulması sırasındaki beyan yükümlülüğüyle birlikte düşünülmesi gereken bir durumdur. Bu nedenle sözleşmenin kurulması aşamasında prim hesabında dikkate alınmayan ya da alınamayan bir hususun sözleşmenin devamı sırasında ortaya çıkmasının riziko ile prim arasındaki dengeyi bozduğu söylenemez. Anılan ülkelerde genetik test sonuçlarının sözleşmenin kurulması aşamasında kullanılmasını engelleyen hükümler, kanımızca sözleşmenin devamı sırasında yaptırılan genetik testlerin sonuçlarının riziko ağırlaşması olarak değerlendirilmesini de engellemektedir.

Türk hukukunda sözleşmenin devamı sırasında yaptırılan genetik test sonuçlarının sigortacıya bildirilmesinin gerekip gerekmediği de özel olarak düzenlenmemiştir. Bu nedenle bu konu da genel hükümler çerçevesinde ele alınmalıdır. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 1444'üncü maddesi, rizikonun sigorta ettiren veya onun izniyle başkası tarafından sigortacının izni olmaksızın ağırlaştırılmasını yasaklamakta ve ortaya çıkan riziko ağırlaşmalarının da sigortacıya bildirilmesini öngörmektedir. Hüküm, esasen sübjektif riziko ağırlaşmaları ile taraflarca kararlaştırılan riziko ağırlaşmalarından söz etmektedir. Hukukumuzda, Alman hukukunda olduğu gibi⁵¹⁷, hayat ve hastalık

⁵¹⁷Bkz. s. 175-177.

sigortalarında riziko ağırlaşmasına ilişkin hükümlerin uygulanmasını sınırlayan ya da engelleyen bir hüküm de bulunmamaktadır. Bu nedenle sözleşmenin devamı sırasında yaptırılan genetik test sonuçları da sözleşme ile riziko ağırlaşması olarak tespit edilmiş olması durumunda, kanımızca riziko ağırlaşması olarak beyanı gereken bir husustur. Kanımızca, kişinin verileri üzerinde belirleme hakkını korumaya elverişli özel bir düzenleme bu konuda da gereklidir.

Sonuç olarak genetik testlerin sigorta hukuku alanında kullanılması konusunun özel bir düzenlemeye tabi tutulması gerektiği söylenebilir. Bu düzenlemenin genetik testleri bir bütün olarak ele alan özel bir kanunda yer alması kanımızca en uygundur. Bu kanunda, genetik test süreci ayrıntılarıyla düzenlenmeli; kişinin süreç ve sonuçlar hakkında bilgilendirilmesi, genetik test yapmaya yetkili kurum ve kişiler, test için kişiden örnek alınması, bu örneklerin yok edilmesi, genetik test sonuçlarının bildirilmesi ve saklanması konuları özel olarak ele alınmalıdır. Kanunda, genetik test sonuçlarının sigorta hukuku alanında kullanılmasına ilişkin düzenleme yapılırken şu hususlar göz önüne alınmalıdır:

- 1- Yalnızca sigortalının değil, sigortalı ile genetik açıdan hısımlık ilişkisi bulunan kişilerin de bilmeme ve verileri üzerinde belirleme haklarının korunabilmesi açısından düzenleme, bu kişilerin genetik test sonuçlarını da kapsayacak şekilde kaleme alınmalıdır.
- 2- Sigortalının veya sigortalı ile genetik açıdan hısımlık ilişkisi bulunan kişilerin genetik test yaptırmalarının sözleşmenin ön şartı olarak öngörülmesi yasaklanmalıdır.
- 3- Sigortalı veya sigortalı ile genetik açıdan hısımlık ilişkisi olan kişilerin başka bir sebeple yaptırmış oldukları genetik test sonuçlarının sigortacı tarafından prim hesabında kullanılması kural olarak

yasaklanmalıdır. Bu yasağa, yüksek meblağlı hayat sigortaları açısından istisna getirilmeli, böylelikle yüksek meblağlar söz konusu olduğunda büyüyen ters seçim tehlikesinin önüne geçilerek riziko topluluğu ve sigortacı da korunmalıdır. Burada istisnanın geçerli olacağı meblağın nasıl belirleneceği de önemli bir sorundur. Almanya ve İsviçre örneklerinde, bu meblağın belirtilen ülkelerdeki sigorta şirketleri birliklerinin daha önce genetik test sonuçlarını kullanmayacaklarını bildirdikleri açıklamalarda yer alan meblağlarla örtüşecek şekilde belirlendiği gözlenmektedir. Türkiye’de de meblağın belirlenmesinde Türkiye Sigorta ve Reasürans Şirketleri Birliği’nin görüşünün alınması düşünülebilir.

- 4- Sözleşmenin devamı sırasında sigortalı veya sigortalı ile genetik açıdan hısımlık ilişkisi bulunan kişilerin yaptırdıkları genetik test sonuçlarının sigortacı tarafından değerlendirilmesi de kural olarak yasaklanmalı, böylelikle kişilerin verileri üzerinde belirleme hakkı güvenceye alınmalıdır. Sigortacıyı da korumak amacıyla yüksek meblağlı hayat sigortaları yine hükümde istisna olarak yer almalıdır.
- 5- Birden çok sigorta yoluyla hükmün dolanılması da engellenmelidir. Bu amaçla, birden çok sigorta sözleşmesinin varlığı halinde, belirlenen yüksek meblağın hesabında sigorta sözleşmelerindeki meblağların toplamının değerlendirileceği hükme bağlanmalıdır.

Yukarıda dikkati çektiğimiz beş hususu yansıtan düzenleme önerimiz şu şekildedir:

“Sigortacı, sigorta sözleşmesinin kurulmasından önce ya da sonra, sigortalının ya da sigortalı ile genetik açıdan hısımlık ilişkisi bulunan kişilerin prediktif genetik test yaptırmasını talep edemeyeceği gibi, bunlar tarafından başka bir amaçla yaptırılmış bulunan prediktif genetik test sonuçlarının kendisine

bildirilmesini isteyemez, bu sonuçları kabul edemez ve prim hesabında dikkate alamaz. Ancak Türkiye Sigorta ve Reasürans Şirketleri Birliği'nin görüşü alınarak belirlenecek meblağı aşan hayat sigortalarında, başka bir amaçla yaptırılmış olan ve sigortanın kapsamı açısından önemli sayılabilecek sonuçlar ortaya koyan genetik test sonuçları, ilgili kişiye bildirilmek şartıyla, prim hesabında dikkate alınabilir. Kişinin birden çok sigorta sözleşmesi akdetmiş olması durumunda, ikinci cümlede belirtilen meblağın hesabında yapılmış bulunan diğer sigorta sözleşmeleri de dikkate alınır.”

Kaynakça

- Akerlof, G. A. (1970). The market for “lemons”: Quality uncertainty and the market mechanism. *The Quarterly Journal of Economics*, 84 (3), 488-500.
- Akman, B. ve Tuncer, T. (2009). *Yaşamın şifresi: insan genom projesi*. Ankara: ODTÜ Yayıncılık.
- Akman, E. ve Kebir, K. (2009). *Kutlay bebek-trizomi ile yaşamak*. İstanbul: Postiga.
- Aksoy, H.C. (2010). *Medeni hukuk ve özellikle kişilik hakkı yönünden kişisel verilerin korunması*. Ankara: Çakmak Yayınevi.
- Alten, P. (2009). GINA: A genetic information nondiscrimination solution in search of a problem. *Florida Law Review*, 61, 379- 401.
- Arseven, H. (1960). Ticaret Kanununun sigortaya müteallik umumi hükümlerinin meydana çıkardığı bazı meseleler. *Ticaret ve Banka Hukuku Haftası*, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 183-216.
- Ayiter, K. (1960). Sigorta ettirenin mukavele yapılırken mevcut ihbar mükellefiyeti. *Ticaret ve Banka Hukuku Haftası*, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü, 217-237.
- Ayli, A. (2005). Sigorta ettirenin sözleşmenin kuruluşundaki ihbar yükümlülüğüne ilişkin hükümlerin, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı çerçevesinde yeniden değerlendirilmesi. *Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan, Sosyal Bilimler Araştırma Dergisi*, Yıl: 2005, Sayı: 6, 185-203.
- Ayli, A. (2011). *Türk sigorta hukukunda rizikoyu ağırlaştırmama ve sözleşmenin süresi içindeki riziko değişikliklerini ihbar yükümlülükleri*. www.kazanci.com.tr.
- Baker, T. (2003). *Insurance law and policy*. New York: Aspen Publishers.

- Baldinger Pirotta, B. ve von Overbeck, J. (2003). Genomanalyse und Versicherungen Prinzipien der Risikoprüfung bei den Privatrechtlich geregelten Lebensversicherungen. *Digma-Zeitschrift für Datenrecht und Informationssicherheit*, 154-159.
- Basedow, J. (2004). Gentests in der Lebens- und Krankenversicherung-Die juristische Perspektive. *Lebensversicherung-Altersvorsorge, Private Krankenversicherung, Versicherung als Geschäftsbesorgung, Gentests, Der Ombudsman im Privatversicherungsrecht*.(Ed: J. Basedow; U. Meyer; D. Rückle; H.P. Schwintowski). Baden.Baden: Nomos Verlagsgesellschaft. 139-146.
- Başalp, N. (2004). *Kişisel verilerin korunması ve saklanması*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Başaran, N. (1999). *Tıbbi genetik*. Bursa: Güneş & Nobel Tıp Kitapevi.
- Bauer, J. P. (1993). Grundprobleme der Genomanalyse im Zivilrecht. *Bioethik und Menschenrechte*, Köln: Carl Heymanns Verlag.
- Baumann, H. (2002). Zur Bedeutung von Gentests beim Abschluss von Lebens- und Krankenversicherungsverträgen. *Zeitschrift für die Gesamte Versicherungswirtschaft*, 91(2), 169-202.
- Baumann, H.; Beckmann, R.M.; Johannsen, K; Johannsen, R (2008). *Versicherungsvertragsgesetz*. Berlin: De Gruyter Recht.
- Berberich, K. (1998). *Zur Zulaessigkeit genetischer Tests in der Lebens- und privaten Krankenversicherung*. Karlsruhe: Verlag Versicherungswirtschaft.
- Bernat, E. (2002). Schutz vor genetischer Diskriminierung und Schutzlosigkeit wegen genetischer Defekte: die Genanalyse am Menschen und das österreichische Recht. *Jahrbuch für Recht und Ethik*, 10.
- Brand, O. (2009). Grenzen der vorvertraglichen Anzeigepflichten des Versicherungsnehmers. *Versicherungsrecht*, 16, 715-721.

- Braun, R. (1996). Gentests als Mittel zur Risikominimierung? Die mögliche Verwendung von Gendaten durch Versicherungen. *Neue Zürcher Zeitung*, 18.06.1996, 8.
- Breyer, F. ve Bürger, J. (2005). Genetische Differenzierung in der Privatversicherung. *Biopolitik*, Van den Daele, W., Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften, 71-96.
- Brinkmann, T. (2006). *Die Zulaessigkeit der Verwertung von genetischen Informationen im deutschen und amerikanischen Versicherungsrecht*. Karlsruhe: Verlag Versicherungswirtschaft.
- Brömmelmeyer, C. (2009). § 42. *Versicherungsrechts-Handbuch* (Ed: R. M. Beckmann ve A. Matusche-Beckmann). Münih: Beck Juristischer Verlag, 2529-2626.
- Bucher, A. (1999). *Natürliche Personen und Persönlichkeitsschutz*. Basel: Helbing & Lichtenhahn.
- Buchner, B. (2003). Die Genomanalyse im Arbeits- und Versicherungsrecht. *Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2003*, Stuttgart: Richard Boorberg Verlag, 313-332.
- Bundesaerztekammer (2003). Richtlinien zur praediktiven genetischen Diagnostik. *Deutsches Aerzteblatt*, 100 (19), A1297-A1305.
- Buyten, R. ve Simon, J. (2003). Gendiagnostik beim Abschluss privater Kranken- und Lebensversicherungsvertraege. *Versicherungsrecht*, 19, 813-820.
- Büyükcay, Y. (2005). Gen analizleri ve mukayeseli hukuktaki düzenlemeler. *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, IX(3-4), 355-382.
- Campbell, N.A. ve Reece, J.B. (2006). *Biyoloji*. Ankara: Palme Yayıncılık.
- Can, M. (2009). *Türk özel sigorta hukuku*. Ankara: İmaj Yayınevi.

- Can, M. (2012). "Gözden geçirilmeye muhtaç hükümler var mı?" sorusu çerçevesinde 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre sigorta sözleşmesinin tabi olduğu hukuki esaslar. Ankara: İmaj Yayınevi.
- Cremer, J. (2010). *Berücksichtigung praediktiver Gesundheitsinformationen beim Abschluss privater Versicherungsverträge*. Baden Baden: Nomos Verlagsgesellschaft.
- Çeker, M. (2010). Sigorta ettirenin sözleşme öncesi beyan yükümü. Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan, Cilt I, Ankara: Turhan, s. 639-651.
- Çeker, M. (2011). 6102 sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu'na göre sigorta hukuku. Adana: Karahan.
- Çınar, Ü. (2008). "DNA Verileri ve Türkiye Milli DNA Veri Bankası Kanunu Tasarısı" üzerine bir değerlendirme ve öneriler. *Terazi Hukuk Dergisi*, 3 (21), 147-156.
- Damm, R. (2007). Gendiagnostik als Gesetzgebungsprojekt. *Bundesgesundheitsblatt-Gesundheitsforschung-Gesundheitsschutz*, 145-156.
- Demirsoy, A. (1997). *Kalıtım ve evrim*. Ankara: Meteksan.
- Deutsch, E. (1986). Die Genomanalyse: Neue Rechtsprobleme. *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 1, 1-4.
- Deutsch, E. (1989). Die Genomanalyse im Arbeits- und Sozialrecht-ein Beitrag zum genetischen Datenschutz. *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht*, 17, 657-661.
- Deutsch, E. (1991). Haftung für unerlaubte bzw. fehlerhafte Genomanalyse. *Versicherungsrecht*, 42 (31), 1205-1209.
- Deutsch, E. ve Spickhoff, A. (2007). *Medizinrecht*. Berlin: Springer.
- Diniz, A. G.; Sarıtaş, T.; Aktaş, S.; Tavlı, V.; Uran, N.; Ortaç, R.; Unalp, A.; Okuducu, A. F.; Saylan, B.; Meşe, T. (2009). Bir Kearns-Sayre sendromu

- olgusu (çocukluk çağında gelişen mitokondriyal hastalıkların tanısında enzim boyalarının önemi). *Türk Patoloji Dergisi*, 25(2), 53-56.
- Doğanay, İ. (2004). *Türk Ticaret Kanunu şerhi*. İstanbul: Beta.
- Erdoğan, M. (2009). *Anayasa hukuku*. Ankara: Orion.
- Eroğlu, S. (2005). *Hastalık sigortası sözleşmesinin kurulmasında ihbar külfeti*. Ankara: Seçkin.
- European Commission (2011). *Genetic testing*. Saarbrücken: Dictus Publishing.
- Eysel, G. (2007). *Genetik analiz testleri ve bu testlerin kullanımına ilişkin algılar*. Ankara: Yayınlanmamış Yüksel Lisans Tezi.
- Finnern, C. (2009). *Der Vertragsabschluss im Versicherungsrecht*. Saarbrücken: Südwestdeutscher Verlag für Hochschulschriften.
- Fisahn, A. (2001). Ein unveraeusserliches Grundrecht am eigenen genetischen Code. *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 34(2), 49-55.
- Fischer, E.P. (2002). *Genler ve genom*. İstanbul: İnkılap.
- Fischer, E.; Swischer, P.N.; Stempel, J. W. (2006). *Principles of insurance law*. Newark: LexisNexis.
- Franko, N. (1992). Sigorta akdinde rizikonun ağırlaşması. *Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu IX*, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 99-125.
- Genenger, A. (2010). Das neue Gendiagnostikgesetz. *Neue Juristische Wochenschrift*, 63 (3), 113-117.
- Gözler, K. (2002). 3 Ekim 2001 tarihli Anayasa değişikliği: Bir abesle iştigal örneği. *Anayasa Yargısı*, 19, 326-354.
- Gözler, K. (2011). *Anayasa hukukuna Giriş*. Bursa: Ekin.
- Gür, S.; Güney, B.; Çınar, C.; Savaş, R. (2003). Tay-Sachs hastalığı; MR bulguları: olgu sunumu. *Ege Tıp Dergisi*, 42 (3), 189-192.

- Gürbüz, M. (2010). *Kişilik hakkı açısından tıbbi genetik analizler*. Eskişehir: Yayınlanmamış Doktora Tezi.
- Gürbüz, M. (2011). Bir kişilik hakkı olarak kişinin genetik bilgileri üzerinde kendi geleceğini belirleme hakkı. *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1-2, 113-127.
- Hahn, V. (2009). § 20. *Versicherungsrechts-Handbuch* (Ed: R. M. Beckmann ve A. Matusche-Beckmann). Münih: Beck Juristischer Verlag, 984-1010.
- Hausheer, H. (1999). Ein schweizerischer Vorentwurf zu einem Humangenetik gesetz. *Festschrift für Erwin Deutsch* (Ed: H.J. Ahrens). Köln: Heymanns, 593-612.
- Heiss, H. (2011). VVG §§ 152-160. *Münchener Kommentar zum Versicherungsvertragsrecht Band 2* (Ed: T. Langheid ve M. Wandt). München: Verlag C. H. Beck, 1370-1468.
- Heiss, H. ve Mönnich, U. (2011). Vorbemerkungen zu den §§ 150-171 VVG, 150-152. *Münchener Kommentar zum Versicherungsvertragsrecht Band 2* (Ed: T. Langheid ve M. Wandt). München: Verlag C. H. Beck, 1311-1375.
- Hess, R. ve Höke, B. (2009). § 29. *Versicherungsrechts-Handbuch* (Ed: R. M. Beckmann ve A. Matusche-Beckmann). Münih: Beck Juristischer Verlag, 1540-1624.
- Honsell, H. (1994). *Handbuch des Arztrechts*. Zürich: Schulthess Juristische Medien.
- Honsell, H. (1999). *Berliner Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz*. Berlin: Springer.
- Honsell, H.; Vogt, N. P.; Schneider, A. K. (2001). *Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (VVG)*. Basel: Helbing & Lichtenhahn.
- İmre, Z. (1946). *Sigorta hukukunda rizikonun ağırlaşması*. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, XII (1), 280-301.

- Jones, N. L. ve Sarata, A. K. (2008), *CRS Report RL34584 for Congress*, http://public.health.oregon.gov/DiseasesConditions/GeneticConditions/Documents/GINA_CRSsummary.pdf.
- Karaçay, B. (2010). *Yaşamın sırrı DNA*. Ankara: Tübitak Popüler Bilim Kitapları.
- Karaman, A.; Kahveci, H.; Laloğlu, F. (2012). Trizomi 18 sendromu: olgu sunumu. *Bakırköy Tıp Dergisi*, 8, 44-46.
- Karczewski, C. (2011). § 23. *Versicherungsvertragsgesetz* (Ed.: W. Rüffer; D. Halbach; P. Schimikowski). Baden Baden: Nomos.
- Kaşıkcı, O. (2007). İnsan Genomu Projesi'nin etik açıdan değerlendirilmesi. *Sağlık Hukuku Sempozyumu*, Ankara: Yetkin, 147-174.
- Kender, R. (2008). *Türkiye'de hususi sigorta hukuku*. İstanbul: Arıkan.
- Kender, R. (2011). *Türkiye'de hususi sigorta hukuku*. İstanbul: Arıkan.
- Kerschner, F.; Lang, E.C.; Satzinger, G.; Wagner, E. (2007). *Kommentar zum Gentechnikgesetz*. Wien: Manzsche Verlags- und Universitaetsbuchhandlung.
- Kesebir, S. ve Bayraktar, E. (2003). Hemokromatoza bağlı psikiyatrik bozukluklar: Psikotik ozukluklu bir olgu ve literatürün gözden geçirilmesi. *Klinik Psikiyatri*, 6, 114-118.
- Kieser, U. (2005). Gentechnische Untersuchungen beim Menschen- ein Blick auf ein neues Gesetz. *HILL Health Insurance Liability Law*, II (2).
- Knappmann, U. (2009). § 14. *Versicherungsrechts-Handbuch* (Ed: R. M. Beckmann ve A. Matusche-Beckmann). Münih: Beck Juristischer Verlag, 708-764.
- Kraus, C. (2008). *Die Verwendung genetischer Daten in privaten Versicherungsverträgen in Italien und Deutschland*. Hamburg: Verlag Dr. Kovac.
- Krause, D. (2011). § 158 VVG. *VVG-Kommentar* (Ed: D. Losschelders ve P. Pohlmann). Köln: Carl Heymanns Verlag, 1543-1546.

- Kubiak, S. (2007). Keine vorvertragliche Anzeigepflicht bei Gendefekten. Mit Anmerkung: Simon Kubiak. *Versicherungsrecht-Rechtsprechung*, 05.05.2007, 636.
- Kubiak, S. (2008). *Gendiagnostik bei Abschluss von Privatversicherungen*. Baden-Baden: Nomos.
- Kutzner, M. (2000). Genetik in der Lebens- und Krankenversicherung. *Versicherungsmedizin*, 4, 199 vd.
- Küzeci, E. (2010). *Kişisel verilerin korunması*. Ankara: Turhan.
- Langheid, T. (2010). § 19. *Münchener Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz Band 1* (Ed: T. Langheid ve M. Wandt). München: Verlag C.H. Beck, 1002-1055.
- Lemke, T. (2007). Genetische Diskriminierung: "Gesetzliche Regelungen lassen auf sich warten". *Gesundheit und Gesellschaft*, Sayı: 10/07, 6.
- Losschelders, D. (2011). §§ 19-27. *VVG-Kommentar* (Ed: D. Losschelders ve P. Pohlmann). Köln: Carl Heymanns Verlag, 550-645.
- Lorenz, E. (2000). Zur Berücksichtigung genetischer Tests und ihrer Ergebnisse bei Abschluss von Personenversicherungsverträgen – ein Diskussionsbeitrag. *Genetische Diagnostik und Versicherungsschutz. Die Situation in Deutschland* (Ed: F. Thiele). Bad Neuenahr: Graue Reihe, 14-35.
- Matusche-Beckmann, A. (2008). §§ 23-27. *Bruck/Möller Versicherungsvertragsgesetz Grosskommentar* (Ed: H. Baumann; R. M. Beckmann; K. Johannsen; R. Johannsen). Berlin: De Gruyter Recht, 730 vd.
- Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht (2002). Genomanalyse und Privatversicherung. *Rabels Zeitschrift*, 66, 116-139.

- Memiş, T. (2002). Sigorta sözleşmelerinde genom analizlerinin kullanılması ve ortaya çıkan hukuki sorunlar. *Reasürör*, 46, 27-42.
- Memiş, T. ve Yıldırım, F. (2004). Soybağının belirlenmesinde gen analizlerinin kullanılması ve yarattığı hukuki sorunlar. *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, VIII (1-2), 283-306.
- Mergen, H. ve Özdağ, H. (2002). Hastalıkların genetik kaynakları. *Avrasya Dosyası*, 8(3), 24-40.
- Mumcu, A. ve Küzeci, E. (2007). *İnsan hakları ve kamu özgürlükleri*. Ankara: Turhan.
- Mund, C. (2005). *Grundrechtsschutz und genetische Information*. Basel: Helbing& Lichtenhahn.
- Müller, H. (2009). § 44. *Versicherungsrechts-Handbuch* (Ed: R. M. Beckmann ve A. Matusche-Beckmann). Münih: Beck Juristischer Verlag, 2695-2753.
- Omağ, M. K. (1985). *Türk sigorta hukukunda rizikonun ağırlaşması sorunu*. Ankara: Sigorta Hukuku Türk Derneği.
- Omağ, M. K. (1999). Hastalık (sağlık) sigortalarında, akdin kuruluşundaki ihbar mükellefiyetine ilişkin bir Yargıtay kararının değerlendirilmesi. *Sigorta Hukuku Dergisi*, 1, 107-113.
- Öztan, F. (1966). *Sigorta akdinin inikadında ihbar mükellefiyeti*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü.
- Paerli, K. (2007). Die arbeits- und versicherungsrechtlichen Bestimmungen des Bundesgesetzes über genetische Untersuchungen (GUMG). *Aktuelle Juristische Praxis*, 16(1), 79-88.
- Percher, P. (2001). Gentests für Versicherer werden zum Streitthema. *Die Presse*, 20.12.2001, 15.
- Peters, A. C. (2011). §§ 150-152. *VVG-Kommentar* (Ed: D. Losschelders ve P. Pohlmann). Köln: Carl Heymanns Verlag, 1491-1500.

- Praeve, P. (1992). Das Recht des Versicherungsnehmers auf geninformationelle Selbstbestimmung. *Versicherungsrecht*, 279-287.
- Praeve, P. (2009). Das Gendiagnostikgesetz aus versicherungsrechtlicher Sicht. *Versicherungsrecht*, 19, 857-862.
- Prölss, J. (2010). §§ 1-32. *Prölss/Martin Versicherungsvertragsgesetz*. München: Verlag C.H. Beck.
- Raskó, I. ve Downes, C.S. (1995). *Genes in medicine*. London: Chapman & Hall.
- Reçber, D. ve Özen, S. (2005). Trizomi 13, Patau syndrome: bir olgu sunumu. *Van Tıp Dergisi*, 12 (1), 29-31.
- Reinhard, F. (2011). §§ 192-208. *VVG-Kommentar* (Ed: D. Losschelders ve P. Pohlmann). Köln: Carl Heymanns Verlag, 1767-1909.
- Reusch, P. (2007). Die vorvertraglichen Anzeigepflichten im neuen VVG 2008. *Versicherungsrecht*, 28, 1313-1323.
- Rieder, H. (2006). *Genetische Untersuchungen und Persönlichkeitsrecht*. Basel: Helbing&Lichtenhahn.
- Rogler, J. (2011). § 194. *Versicherungsvertragsgesetz* (Ed.: W. Rüffer; D. Halbach; P. Schimikowski). Baden Baden: Nomos.
- Rolfs, C. (2008). §§ 19-22. *Bruck/Möller Versicherungsvertragsgesetz Grosskommentar* (Ed: H. Baumann; R. M. Beckmann; K. Johannsen; R. Johannsen). Berlin: De Gruyter Recht, 626 vd.
- Langheid, T (2012). *Versicherungsvertragsgesetz* (Ed: W. Römer; T. Langheid; R. Rixecker). Berlin: C. H. Beck.
- Rühl, G. (2004). *Obliegenheiten im Versicherungsvertragsrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Sağlam, F. (2002). Maddede hiçbir sınırlama nedenine yer verilmemiş olan temel hak ve özgürlüklerin sınırı sorunu. *Anayasa Yargısı*, 19, 233-266.

- Sahmer, S. (2000). Private Krankenversicherung und Gentests. *Genetische Diagnostik und Versicherungsschutz. Die Situation in Deutschland* (Ed: F. Thiele). Bad Neuenahr: Graue Reihe, 47-54.
- Saka, F. (2012). 5 dakikada 500 hastalıga gen testi. *Vatan Gazetesi*, 24.03.2012, <http://bizimkahve.gazetevatan.com/haberdetay.asp?hkat=1&hid=18320&yaz=G%FCncel>, Erişim Tarihi: 30.06.2012.
- Sanides, S. (1993). Missbrauch von Gentests. *Focus*, Sayı: 3, Yıl: 1993, http://www.focus.de/gesundheit/news/medizin-missbrauch-von-gentests_aid_229656.html, 22.03.2010.
- Saremba, G. (2010). *Die Gefahrerhöhung im deutschen und US-amerikanischen Versicherungsvertragsrecht*. Karlsruhe: Verlag Versicherungswirtschaft.
- Satzinger, G. (2006). Genetische Analysen- Die Rechtslage in Österreich. *Journal für Neurologie, Neurochirurgie und Psychiatrie*, 7(4).
- Scherrer, J. (2012). *Das Gendiagnostikgesetz*. Berlin: LIT Verlag.
- Schimikowski, P. (2011).  19. *Versicherungsvertragsgesetz* (Ed: W. Rüffer; D. Halbach; P. Schimikowski). Baden Baden: Nomos.
- Schöffski, O. (1999a). Genomanalyse und Versicherungsschutz. <http://130.75.112.1/jahresbericht/99/genom.pdf>, Erişim Tarihi: 10.08.2012.
- Schöffski, O. (2000). *Gendiagnostik: Versicherung und Gesundheitswesen: Eine Analyse aus ökonomischer Sicht*. Karlsruhe: Verlag Versicherungswirtschaft.
- Schulz-Weidner, W. (1993). *Der versicherungsrechtliche Rahmen für eine Verwertung von Genomanalysen*. Baden-Baden: Nomos.
- Schwintowski, H.P. ve Brommelmeyer, C. (2008). *VVG-Praxiskommentar zum Versicherungsvertragsrecht*. Münster: ZAP-Verlag für die Rechts- und Anwaltspraxis.
- Serozan, R. (2011). *Medeni hukuk- genel bölüm- kişiler hukuku*. İstanbul: Vedat.

- Sharp, A. M.; Register, C.A.; Grimes, P.W. (1998). *Economics of social issues*. Boston: Irwin McGraw-Hill.
- Simon, J. (2001). *Gendiagnostik und Versicherung. Die internationale Lage im Vergleich*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft.
- Spranger, T. M. (2000). Praediktive genetische Tests und genetische Diskriminierung im Versicherungswesen. *Versicherungsrecht*, 815-821.
- Stockter, U. (2008). *Das Verbot genetischer Diskriminierung und das Recht auf Achtung der Individualitaet*. Berlin: Verlag Dunckner&Humblot.
- Sudbery, P. (2002). *Human molecular genetics*. Harlow: Pearson Education Limited.
- Sürmeli, H. ve Şahin, F. (2010). Üniversite öğrencilerinin genetik mühendisliği ile ilgili biyoetik görüşleri: genetik testler ve genetik tanı. *Türk Fen Eğitimi Dergisi*, 7(2), 119-132.
- Şeker Öğüz, Z. (2010). Sigorta sözleşmelerinde sözleşme öncesi ihbar görevi. İstanbul: Filiz Kitabevi.
- Şeker Öğüz, Z. ve Sevinç Kuyucu, A. (2011). *Yeni Türk Ticaret Kanununda sigorta hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi.
- Şimşek, O. (2008). *Anayasa hukukunda kişisel verilerin korunması*. İstanbul: Beta.
- Taupitz, J. (2000). *Genetische Diagnostik und Versicherungsrecht*. Karlsruhe: Verlag Versicherungswirtschaft.
- Tazebay, U. (2002). Genetik araştırmalar ve etik. *Avrasya Dosyası*, 8(3), 51-61.
- Tönbekici, M. (2012). Genetik ayrımcılığa hazır mısınız?. *Vatan Gazetesi*, 22.02.2012, <http://haber.gazetevatan.com/genetik-ayrimciliga-hazir-misiniz/432431/4/Haber>, Erişim Tarihi: 22.02.2012.
- Tunçomağ, K. (1998). Hayat sigortasının sigorta tekniğine bağlı özellikleri. Prof. Dr. Oğuz İmregün'e Armağan, İstanbul: İÜHF Yayını, 767-784.
- Türk Dil Kurumu (2009). *Türkçe Sözlük*. Ankara: Türk Dil Kurumu Yayınları.

- Uhlenbrock, I. (2005). *Die Lösungsrechte des Versicherers bei Verletzung der vorvertraglichen Anzeigepflicht durch den Versicherungsnehmer*. Frankfurt am Main: Peter Lang.
- Ulaş, I. (2002). Uygulamalı can sigortası hukuku. Ankara: Turhan.
- U.S. Congress, Office of Technology Assessment (2002). *Genetic tests and health insurance: results of a survey-background paper*. Washington, D.C.: U.S. Government Printing Office.
- Uyanık-Çavuşoğlu, A. (2003). Genom analiz sonuçlarının özel sigorta sözleşmeleri kapsamında değerlendirilmesi. *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Prof. Dr. Gülören Tekinalp'e Armağan*, 23 (1-2), 827-849.
- Ün, C. (2002). Hemofili A hastalığının moleküler genetik temelleri. *ADÜ Tıp Fakültesi Dergisi*, 3 (3), 43-47.
- Ünal, Ş. (2005). *Uluslararası hukuk*. Ankara: Yetkin.
- Ünan, S. (1998). *Hayat sigortası sözleşmesi*. İstanbul: Beta Yayınevi.
- Venter, C. (2008). *Şifresi çözülmüş bir yaşam*. Ankara: ODTÜ Geliştirme Vakfı Yayıncılık ve İletişim A.Ş.
- Von Einem, A. (2009). *Der privatrechtliche Schutz vor genetischer Diskriminierung: Eine Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung völker- und europarechtlicher Vorgaben sowie des österreichischen und englischen Rechts*. Hamburg: Verlag Dr. Kovac.
- Wandt, M. (2010). *Versicherungsrecht*. Köln: Heymann.
- Wein, T. (1997). Versicherungsmarkt, asymmetrische Information und asymmetrische Regulierung. *Zeitschrift für die gesamte Versicherungswirtschaft*, 1-2, 103-130.
- Wellbrock, R. (1989). Genomanalysen und das informationelle Selbstbestimmungsrecht. *Computer und Recht*, 5 (1-12), 204-210.

- Wiese, G. (1991). Gibt es ein Recht auf Nichtwissen?. Festschrift für Hubert Niederlaender, Heidelberg: Carl Winter Universitaetsverlag, 475-488.
- Wrabetz, W. ve Reusch, P. (2010). §§ 23-27. *Münchener Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz Band 1* (Ed: T. Langheid ve M. Wandt). München: Verlag C.H. Beck, 1098-1216.
- Yıldırım, F. (2007a). Gen analizleri ve kişilik haklarının korunması. *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, XI (3-4), 383-402.
- Yıldırım, F. (2007b). İnsan genom projesi ve hukuk dünyasına etkileri. *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, XI(1,2), 355-366.
- Yıldırım, F. (2008). *Gen teknik uygulamalardan doğan hukuki sorumluluk*. Ankara: Engin.
- Yıldırım, K.; Eşkinat, R.; Kabasakal, A. (2005). *Endüstriyel ekonomi*. Bursa: Ekin.
- Yuluğ, I. (2002). İnsan genom projesi. *Avrasya Dosyası*, 8(3), 7-23.
- Yücel, Ç. (2006). Hayat sigortasında sigorta ettirenin hak ve yükümlülükleri. *İstanbul Barosu Dergisi*, Yıl:2006, Cilt:60, Sayı:6, 2531-2560.
- Zhang, Y. (2001). *A Dictionary of Gene technology terms*. New York: The Panthenon Publishing Group.
- Zick, C. D.; Smith, K. R.; Mayer, R. N.; Botkin, J. R. (2000), Genetic testing, adverse selection, and the demand for life insurance. *American Journal of Medical Genetics*, 93(29-39), 29-39.
- Ziegler, J. (2008). *Genanalysen in der deutschen privaten Krankenversicherung*. Frankfurt am Main: Peter Lang.
- Ziegler, J. (2009). Genetische Diskriminierung in der privaten Krankenversicherung in den USA und Deutschland: Alter Wein in neuen Schlaeuchen?. *DAJV Newsletter*, 114-122.
- ... (2000). *Oxford dictionary of biology*. (Ed: R. Hine), USA: Oxford University Press.

- ... (2001). Merkur Versicherung macht Biotech zum Thema. *Wirtschaftsblatt*, 20.12.2001, D2.
- ... (2001). Versicherer wollen Zugriff auf Gentests. *Salzburger Nachrichten*, 20.12.2001, 1 ve 17.
- ...(2001). Gentests für Versicherer werden zum Streitthema. *Die Presse*, 20.12.2001, 15; ...(2001).
- ... (2006). İnsan genom projesinin düşündürdükleri. *Bilim ve Teknik*, Haziran 2006, 12, <http://www.biltek.tubitak.gov.tr/haberler/genetik/2000-06-8.pdf>, 23.03.2010.
- ... (2011). “Kaç yaşında ölürsün” testi. *Hürriyet Gazetesi*, 17.05.2011, 6.
- ... (2011). “Gen testinde” teknik hata tespit edildi. *Radikal Hayat*, 24.07.2011.