

"RABBİM CLEVELAND DEDİ": SAĞLIK TURİZMİ-İNSAN HAKLARI İLİŞKİSİ ÜZERİNE BAŞLANGIÇ NOTLARI*

Doç. Dr. H. Burak Gemalmaz
İstanbul Üniversitesi
Hukuk Fakültesi

Dr. İzzet Mert Ertan
İstanbul Üniversitesi
Hukuk Fakültesi



Öz

Sağlığın bir kamu hizmetinden ticari faaliyetin konusuna dönüştüğü son yıllarda, insan hakları hukuku bakımından tartışmaya açık olgulardan biri sağlık turizmidir. Sağlık turizmi kişinin mukim olduğu ülke dışındaki bir başka ülkeye sağlık hizmeti almak üzere seyahat etmesi olarak tanımlanabilir ve temel nitelikteki acil ya da olağan/rutin operasyonlar ve ameliyatlara; isteğe bağlı operasyonlar ve tıbbi müdahaleler ile termal turizm olarak üç kategoride değerlendirilebilir. Bir dizi insan hakkıyla yakından ilişkili olan sağlık turizmi, verili kapsamı çerçevesinde, sağlık hakkıyla birçok noktada temas etmektedir. Makale bir yandan sağlık turizminin sağlık hakkı kapsamında korunmasını temellendirmeye çalışırken, diğer yandan hizmet sağlayan devletteki bireylerin sağlık hakkının bu turizm faaliyetinden olumsuz etkilenmesi olasılığını irdelemekte ve çatışan iki değeri uyumlaştırma denemesinde bulunmaktadır. Makalede sağlık turizminin kürtaj ve ötanazi gibi insan hakları hukukunun alanına giren başkaca hukuki meselelerle ilişkisi de açığa çıkartılmaya çalışılmıştır. Nihayetinde çalışmada bir genel resim olarak sağlık turizmi-insan hakları ilişkisi ortaya koyulmaktadır.

Anahtar Sözcükler: Sağlık turizmi, insan hakları, sağlık hakkı, AIHS, ESKHK

"God Showed Us the Way to Cleveland": Introductory Remarks on the Relation Between Health Tourism and Human Rights

Abstract

In recent times, in which health has been transformed from a public service into a commercial activity, health tourism has become a topic of discussion for human rights law. Health tourism can be defined as the movement of a person to a country other than the one he/she is resident at in order to get health services; and can be sub-categorised in three types of activities such as either emergency or regular surgeries and operations of a basic nature, discretionary operations and medical interventions and thermal tourism. Besides its close relations with a number of human rights, health tourism particularly contacts with the right to health at several levels. This article on one side endeavours to ground the protection of health tourism under the right to health; on the other side, it scrutinises the probability of infringement of the right to health of individuals who are under the jurisdiction of a state (which provides health services) and attempts to harmonise these two conflicting interests. The article also strives to reveal the relation between health tourism and other legal issues that fall into the field of human rights law such as abortion and euthanasia. In brief, the article describes the relation between health tourism and human rights in a general view.

Keywords: Health/medical tourism, human rights, right to health, ECHR, ICESCR

*Makale geliş tarihi: 16.10.2015
Makale kabul tarihi: 27.11.2015

“Rabbim Cleveland Dedi”: Sağlık Turizmi-İnsan Hakları İlişkisi Üzerine Başlangıç Notları

Giriş

Sağlık turizmi, hem tıp ve tıbbi müdahale gibi kavram ve konuları hem de turizm ve buna bağlı onlarca farklı kavramı gündeme getirdiği için niteliği gereği birçok disiplin açısından çeşitli sorunlar doğurmaktadır. Sağlık turizminin gündeme getirdiği veya getirebileceği hukuki sorunların oldukça fazla olduğu söylenebilir.

Sağlık turizmi bakımından gündeme gelebilecek hukuk disiplinlerinden biri insan hakları hukukudur. Diğer hukuk dallarından farklı özellikler arz eden ve uluslararası/ulusalüstü olmak bakımından farklı usuller de içeren insan hakları hukuku, sağlıkla ilgili meselelerde üstün ve nihai sözü söyleme kapasitesine sahiptir. Sadece insan hakları listesinde yer alan “sağlık hakkı” kavramını hatırlatmak dahi, sağlık turizmiyle insan hakları hukukunun yakın ilişkisini ortaya koymaya yeterlidir.

Bu makalede, sağlık turizminin doğurduğu insan hakları sorunları ile sağlık turizminin sağlık hakkı kapsamında yer alan bir insan hakkı teşkil edip etmediği üzerine bazı değerlendirmeler yapılacaktır. Söz konusu değerlendirmelerin, konuya sadece bir giriş niteliği taşıdığı ve spesifik sorunlara çözüm bulmaktan çok genel belirlemeler yapmaya çalışmak ve çeşitli sorunları ortaya atmakla yetindiğini not etmek gereklidir. Zaten sağlık turizmi o kadar çok insan hakları problemi doğurmaktadır ki, bunların hepsine yetkin çözümler üretmek tek bir çalışmanın boyutlarını çokça aşmaktadır. Kaldı ki genel olarak tıbbi müdahalelerin yarattığı insan hakları sorunları dahi kesin çözümlere kavuşturulamamıştır.

Ancak bu belirleme ve değerlendirmeleri yapmadan önce, çalışmanın üzerinde yükseleceği bazı ön kabullerin ve bazı temel bilgilerin hatırlatılmasında fayda bulunmaktadır.

Sağlık insan hayatı için son derece önemlidir ve insan hayatının temel belirleyicileri arasındadır. İnsan aktivitelerinin büyük çoğunluğunun “sağlıklı” olmak üzerine kurulu olduğundan şüphe edilemez. Herhalde bu sebeple olsa gerek, “sağlıklı olmak” olumlanan, özlenen ve takdir edilen bir durumken “sağlıksız olmak” olumsuzlanan, endişelenilen ve takdir edilmeyen bir durum olarak görülmektedir.

“Sağlıklı olmak” durumu, tıbbi bir kategori olmasının yanı sıra aynı zamanda ideolojik ve değer yargılarıyla örülü bir kategoridir. “Sağlıklı olmak” durumu o kadar ideolojiktir ki kapitalist ekonominin geldiği mevcut safhada artık bir “saplantı” haline gelmiştir. Örneğin alkol ve sigara hatta bazı uyuşturucu madde kullanımlarının “sağlıksız” sayılması, ilk bakışta sanıldığı gibi aksine, tıbbi değil tamamen ideolojiktir (ekonomik faktörler dahil). “Sağlıksız olmak” durumu gerçekte, emeğin, üretime yönelik bir sistemde en verimli şekilde kullanılmayacak olmasından ötürü olumsuzlanmaktadır. Bu anlamda siyasi iktidarların çalışmayacak düzeyde sağlıksız kişileri değil, makine düzeninde çalışanları, sağlıklı kafası sağlıklı bedeninde bulunanları sevmelerine şaşırılmaması gerekir. “Sağlıklı olmak takıntısı/histerisi” kapitalist üretim ve tüketimi rasyonalize etmenin ve siyasi iktidarın toplumu kontrol altında tutup birörnekletmesinin unsurudur.

Dahası, özellikle II. Dünya Savaşı sonrası dönemde özellikle Kıta Avrupası’nda yerleşen kamusal bir hizmet olarak sağlığın giderek ticari faaliyetin nesnesine dönüştüğüne; bir başka ifadeyle metalaştığına tanıklık etmekteyiz. Tıp bu sürecin önemli bir aracı olarak işlevselleşmektedir.

Bu nedenle, estetik ve geleneksel toplumsal değer yargılarının bir kısmı değişmekte, uzun yaşamak ve zayıf olmak gibi aslında hiçbir anlam ifade etmeyen kategoriler birer ulvi amaç olarak sunulmaktadır. Bu amaçlara ulaşmak, daha doğrusu ulaşmaya çalışmak da “masraflıdır”. Ne ki sağlık-ideoloji ilişkisini deşmek bu çalışmanın konu ve kapsamını aşmaktadır. Bu nedenle bir iki genel referans vermekle yetinelim (Panitch ve Leys, 2009; Gruskin vd., 2005).

Sağlığa ilişkin değer yargılarının ideolojik arka planının yanı sıra, “sağlığın bozulması”, eğer ölümle son bulmuyorsa, insan aktivitelerinde kısıtlama ve yaşam kalitesinde düşüklük sonucunu doğurduğundan “iyileştirim” süreci devreye girmektedir. İyileştirim süreci de “teşhis”, “tedavi” ve “tıbbi bakım” gibi aşamalardan müteşekkildir. Bütün bir iyileştirim süreci, eğer evde yatarak geçebilen grip vs. gibi hastalıklardan bahsetmiyorsak, hastalığa göre değişen miktarlarda masraf/ücret gerektirmektedir.

I. Sağlık Turizmi Kavramı

A. Kavram ve Terim

“İyileşmenin” gerektirdiği masraflar, özellikle modern tıbbın kullandığı ve modern bakımın yapıldığı bu zamanlarda toplumun tüm kesimleri tarafından karşılanabilir değildir. Sağlıklı olmanın ve kalmanın ücret/masraf boyutu son derece önemli olup doğrudan devlet ile özel sektörü ilgilendirmektedir. Sadece sosyal güvenlik ve özel sağlık sigortaları meselelerini hatırlatmak bile bunu göstermeye yeterlidir. Sağlık, kişisel bir sorun olduğu kadar bir sistem sorunudur da.

İyileştirim ve tıbbi bakım masraflarının gelişmiş ülkelerde özellikle yüksek olduğu, bir kısmına çalışmanın ilerleyen bölümlerinde yer vereceğimiz araştırmalarla ortaya koyulmuştur. Bunun sebepleri bu çalışmanın konusu dışında kalmakla birlikte, insana yatırım, teknoloji, nüfus vs. gibi çok sayıda faktörün bunda etkili olduğu söylenebilir.

İyileştirim ve tıbbi bakım masraflarının çok yüksek olması veya gerekli bakıma ulaşmak için uzun sıralar beklenmesi, insanların bu hizmetlerin daha ucuza verildiği ülkelere bu amaçla seyahat etmesine yol açmaktadır. Bu temel nedenin yanı sıra, tıp sektörü teknolojik ve insan kaynağı açılarından gelişmemiş ülkelere gelişmiş olanlara yönelik bir hasta akışı söz konusudur. Diğer yandan, bazı tedavi veya tıbbi müdahale türleri, bir ülkede tamamen veya kısmen yasaklanmış olabilir. Bu halde de, yasak tedavi veya tıbbi müdahaleden faydalanmak isteyen kişiler, bunların yasak olmadığı ülkelere seyahat etmektedir.

İşte bu seyahat, sağlık ile turizmi bir araya getirmekte, “sağlık turizmi” kavramını ortaya çıkarmaktadır. Buna göre sağlık turizmi, temelde, tıbbi hizmet ya da sağlığa ilişkin bir hizmet almak amacıyla bir başka ülkeye yapılan seyahati ifade etmektedir. Tıbbi hizmet ya da sağlığa ilişkin bir hizmet almak amacının yanında, özellikle nekahat döneminde, gidilen ülkede çevreyi görmek ve tatil yapmak gibi ek unsurları içerebilir. Kısacası sağlık turizmi; bir ülkenin vatandaşı=ikamet eden/mukim¹ olan hastaların tıbbi müdahale/televi için bir başka ülkeye (varış ülkesi-hizmet sağlayan ülke)² yolculuk etmesi olarak tanımlanabilir (Howze, 2007: 1014; Cortez, 2008: 76; Mclean, 2008-2009: 592; Parsiyar, 2009: 380; Cohen, 2010: 1471; Lunt vd., 2011: para. 9).

Ama sıradan turistken o ülkede hastalananların sağlık turizmi kavramı kapsamında olmadığı genellikle kabul edilmektedir. Örneğin Türkiye’de Sağlık

¹Çalışma boyunca genellikle vatandaşı oldukları ülke veya devlet olarak kullanılacaktır.

²Çalışma boyunca genellikle hizmet sağlayan ülke veya devlet olarak kullanılacaktır.

Bakanlığı tarafından bu konuya ilişkin olarak yayınlanan 23/07/2013 tarih ve 25541 sayılı Bakan Onayı ile yürürlüğe sokulan Yönerge, sağlık turizmi ile turist sağlığını birbirinden ayırarak ele almaktadır.³ Sağlık amaçlı turistik geziler genellikle önceden planlandığı gibi seyahat acenteleri tarafından özel olarak organize edilmektedir (Parsiyar, 2009: 380-381).⁴

Sağlık turizminin üç ana türü ya da boyutu olduğu kabul edilmektedir. Bunların birincisi, temel nitelikteki acil ya da olağan/rutin operasyonlar ve ameliyatlardır. Bypass, kanser terapisi, organ nakilleri⁵, kısmi ya da tam kalça değişimleri, gözle ilgili operasyonlar, ağız ve diş sağlığıyla ilgili operasyonlar bu kategorinin içerisinde sayılabilecek tıbbi müdahale türleri arasındadır. Aslında bu kategoriye iyileştirme amaçlı her türlü işlem ve müdahale girmektedir.

İkinci tür sağlık turizmi kapsamına acil veya olağan zorunlu nitelikte olmayan, elektif yani isteğe bağlı operasyonlar ve tıbbi müdahaleler girmektedir. Bu tip isteğe bağlı operasyon ve tıbbi müdahalelere plastik cerrahi türü müdahaleler örnek gösterilebilir.

Üçüncü tür sağlık turizmi ise kaplıca/ılıca (spa) ve wellness terapileri olarak bilinen türdeki müdahaleler ve bakımları kapsamaktadır (termal turizmi).

Kapsamı göz önünde bulundurulduğunda “sağlık turizmi” şeklindeki bir Türkçe terminolojinin çok isabetli olmayabileceği görülmektedir. Zira İngilizce “medical tourism” terimi ağırlıklı olarak tıbbi müdahaleleri kapsadığından daha çok ilk iki kategori müdahaleleri betimlemekte işlevseldir. Oysa kaplıca/ılıca (spa) ve wellness terapilerine yönelik turistik faaliyetler ya da turizm faaliyetleri, sağlığa ve iyileştirmeye yönelik olduğu şüphesiz olmakla birlikte, tıbbi müdahaleleri içermemektedir. Bu nedenle kaplıca/ılıca (spa) ve wellness

³Bkz. 23/07/2013 tarih ve 25541 sayılı Bakan Onayıyla yürürlüğe sokulan “Sağlık Turizmi ve Turist Sağlığı Kapsamında Sunulacak Sağlık Hizmetleri Hakkında Yönerge” Md. 3:

ı) **Uluslararası Hasta:** Tedavi ve Rehabilitasyon amaçlı yurtdışından ülkemize geçici bir süreliğine gelen kişiyi,

İ) **Turist Sağlığı:** Ülkemizde herhangi bir nedenle geçici süreli olarak bulunan turistlerin, ülkemizde buldukları sırada ani gelişen hastalıklarda ve acil durumlarda sağlık hizmeti almasını.

ifade etmektedir.

⁴Hindistan özelinde bkz. (Gluck, 2008: 468).

⁵Organ satışına, insan kaçakçılığına vs. yol açacağı gerekçeleriyle organ nakli amacına yönelik sağlık turizmi faaliyetine karşı çıkan görüşler bulunmaktadır. Tartışmalar için bkz. (Kalogjera, 2007:19-23; Roberts, 2009: 765 vd). Bu konuda yapılmış güncel bir amprik çalışma burada hatırlatılabilir: (Mendoza, 2010:101-107).

terapilerinin “medical tourism” kavramı altında ele alınamayacağı, yerine bunları üst başlık olan “health tourism” kavramı altında kavramsallaştırmak gerektiği ileri sürülmüştür. Dolayısıyla “health tourism”, “medical tourism” ve “wellness tourism” olarak iki ana kategoriyi kapsayan üst kavram olarak düşünülmektedir.⁶

Buna ek olarak, aslında “medical tourism” teriminin, hasta hareketliliği (mobility of patients) kavramının bir alt türü olduğu, endüstri kaynaklı bir terim olmakla sağlığın gerektirdiği ciddiyeti içermek yerine sürecin tatil kısmına ağırlık verdiği, hastalara odaklanmaktan ziyade piyasa yüceltmeye yönelik olduğu gibi eleştiriler almıştır. Nitekim Kıta Avrupası literatüründe sağlık turizmini ifade etmek üzere “cross-border health care” yani “sınırlararası sağlık bakımı” terimi yeğlenmektedir. Bu terim Avrupa Birliği tarafından da resmi olarak kullanılmaktadır.⁷

Ancak bu eleştirilere rağmen “medical tourism” terimi yerleşmiştir. Çeşitli yazarlar kavramın analitik değeri olduğunu ve hem seyahat iradesini hem de tıbbi müdahale iradesini kapsadığını ve sağlığın bir meta olarak ticarileşmesini ifade etmekte başarılı olduğunu kabul etmektedir.⁸

İngilizcedeki bu terminolojik tartışmanın benzeri Türkçe için de geçerlidir. “Medical tourism” terimi doğrudan “tıbbi turizm” ya da “tıp turizmi” terimleriyle Türkçeye aktarılabilirken “health tourism” terimi “sağlık turizmi” terimiyle karşılanabilir. Bu sebeple farklı tür turizm faaliyetlerini işaret etmek üzere farklı terimlerin kullanılması gündeme gelebilir. Ancak içerik bakımından ele alındığında, İngilizcede üst başlık olarak kullanılan “sağlık turizmi” kavramının daha kuşatıcı olması sebebiyle Türkçe literatürde tercih edilmesi en azından pratik açıdan yerinde olacaktır. Ayrıca, “tıbbi turizm” ya da “tıp turizmi” gibi terimler, Türkçede yaygın olarak benimsenmiş ve kullanılan terimler değildir. Eğer sağlık turizmi dar anlamıyla, yani sadece tıp turizmini

⁶(Parsiya, 2009: 381, dn. 14)’de yapılan tartışma ve gösterilen eser ile bkz. (Lunt vd, 2011: para.10)

⁷Avrupa Birliği’nin konuya ilişkin Yönergesi “On the Application of Patient’s Rights in Cross-Border Health Care” (Directive 2011/24/EU of the European Parliament and of the Council of March 2011) adını taşımaktadır. AB organlarının sağlık turizmine bakışı, hak temelli olmaktan ziyade piyasa temellidir ve hizmetlerin serbest dolaşımı üzerinden temellendirilmektedir. Avrupa Birliği Adalet Mahkemesi konuya ilişkin kararlarında meseleye hizmetlerin serbest dolaşımı açısından tam bir piyasa mantığıyla bakmaktadır. Nihayetinde AB bu perspektiften hareketle bu dipnotta referansı verilen yeni bir Yönerge hazırlamıştır.

⁸Terminoloji açısından değerlendirme ve “sağlık turizmi” teriminin tercihi için bkz. (Cohen, 2010: 1471 ve dn. 4; Lunt vd, 2011: para.20).

kapsayacak şekilde kullanılacak olunursa, bunun vurgulanması yeterlidir. Nitekim Sağlık Bakanlığının yukarıda zikredilen konuya ilişkin Yönergesi, sağlık turizmi terminolojisini yeğlemiştir.

Kısacası, bu çalışma özelinde kullanılan anlamıyla sağlık turizmi kavramı, aksi belirtilmedikçe temel nitelikteki acil ya da olağan/rutin operasyonlar ve ameliyatları, elektif tıbbi müdahaleleri ve kaplıca/ılıca (spa/wellness) turizmini kapsamaktadır.

B. Sağlık Turizmi Tarihi ve Fenomeni

Literatüre bakıldığında sağlık ve iyileşme amacıyla turistik seyahat yapmanın yeni bir olgu olmadığı görülmektedir. Antik Yunan, Roma yönetimindeki Britanya, 17 ve 18. Yüzyıllar boyunca Almanya ve hatta Nil kıyılarında kaplıca/ılıcalara çok sayıda insanın şifa amacıyla yolculuk ettiği rapor edilmektedir. Yine 20. Yüzyılın ikinci yarısının başlarında özellikle ABD vatandaşlarının sağlık amacıyla turistik geziler yaptığı bilinmektedir (Klaus, 2006: 221-222; Howze, 2007:1015-1016; Parsiyar, 2009: 381-382; Cohen, 2010: 1471 - Howze'ye atıfla). Bu tip bilgilere Türkiye'den de örnek verebiliriz. Zira kaplıca/ılıca tedavisinin, turizm kavramının gelişmiş olmadığı dönemlerden bu yana Türkiye'de yaygın bir olgu olduğu herkesin malumudur.

Dikkat edilirse, sağlık turizminin tarihi kökenleri genellikle kaplıca (*wellness*) turizmi mahiyetinde ve dolayısıyla alternatif tedavi/iyileştirim metotları kapsamındaki girişimlere denk düşmektedir. Oysa günümüzde görülen sağlık turizmi patlamasının sebeplerinin daha farklı nitelikte olduğu gözlenmektedir.

Sağlık turizminin patlama yapmasının sebeplerinin başında, hastaların vatandaşı olduğu ya da buldukları ülkede yeterli gelişmişlikte (teknolojik ve yetişmiş sağlık personeli eksikliği) tıbbi bakım alamaması gelmektedir. Özellikle gelişmemiş ya da gelişmekte olan ülke vatandaşları için bu durum söz konusudur (Cortez, 2008: 79). Türkiye 1980'lerde bu konumdaydı. Turgut Özal'ın kalp ameliyatı için ABD'ye gittiğini hatırlıyoruz. Bu durumu en iyi özetleyen cümleyi de, yine bir Türk siyasetçisinin eşinin ifadelerinde görmekteyiz: “Rabbim Cleveland dedi”.⁹

Sağlık turizminin patlama yapmasının diğer sebebi ise gelişmiş Batı ülkelerindeki sağlık hizmetinin pahalı, yavaş ve bürokratik olmasıdır. Sağlık hizmetlerinin pahalılığı karşısında sağlık sigortası olmayanlar veya sağlık

⁹2002-2005 yılları arasında AKP Hükümetinde Maliye Bakanlığı yapan Kemal Unakıtan'ın hastalığının nerede tedavi edileceğine dair sorular üzerine eşi Ahsen Unakıtan'ın verdiği yanıt (Milliyet, 2009).

sigortalarının kapsamı dar olanlar gerekli tıbbi tedavi ve bakımı ülkelerinde alamamaktadır. Bu duruma özellikle ABD vatandaşları örnektir (Cortez, 2008: 79-82).¹⁰ Sağlık hizmetlerinin yavaş ve bürokratik olmasından muzdarip olanlara örnek ise Kanada ve Birleşik Krallık vatandaşları verilebilir. Bu durumdaki kişiler uzun sıralar beklemek ve zaman kaybetmek yerine, ucuz ve hızlı tedavi için farklı ülkelere yolculuk yapmayı tercih etmektedir.¹¹

Buna ek olarak, her iki tip için de geçerliliği olan, bir ülkede belirli bir sağlık hizmetinin idarenin düzenleyici işlemleriyle (regülasyonlar) veya yasama yoluyla yasaklanmış, onaylanmamış, deney aşamasında ya da aşırı sınırlanmış olması da sağlık turizminin artmasına yol açan faktörler arasındadır (Howze, 2007: 1016-1017; Cortez, 2008: 77; Parsiyar, 2009: 382-383).

Turner'ın verdiği bilgiye göre, bir ülkede yaşayan göçmenler de, özellikle dil ve kültür aşinalığı gibi sebeplerle tıp hizmeti almak için geldikleri ülkeye gidebilmektedir (Turner, 2011: 1-2; aynı yönde Lunt vd, 2011: para.108).

Sağlık turizmi, alınmak istenen tedavinin hukuki serbestliğine göre de üç şekilde sınıflanmaktadır (Cohen, 2010: 1477). Bunlardan birisi, alınmak istenen tedavinin hem bağlı olunan Devlette hem de sağlık hizmetinin alınacağı varış Devletinde yasak olmasıdır. Organ satışına bağlı organ nakilleri bunun örneğidir. İkincisi, alınmak istenen tedavinin bağlı olunan Devlette yasak ya da çok sınırlı olması, buna karşılık sağlık hizmeti sağlayan varış Devletinde bu tıbbi girişimin yasal olmasıdır. Kök hücre tedavileri (DeRenzo, 2011: 898-912), kürtaj¹², taşıyıcı anneliğe bağlı operasyonlar, tüp bebek üretiminin çeşitli

¹⁰Literatürde (Cohen, 2010: 1473)'de bir tablo halinde bazı tıbbi müdahale türlerinin çeşitli ülkelerdeki fiyatları karşılaştırmalı olarak verilmektedir (ayrıca bkz. aynı eser sf:1479 vd). Bundan çok daha kapsamlı bir tablo ise (Lunt vd, 2011: para.25)'de bulunmaktadır.

Doktrinde Cortez, bir başka çalışmasında, sağlık turizminin çeşitli açılardan ABD sağlık sistemini kurtaracak niteliklere sahip olduğunu ileri sürmektedir. Ayrıntılı değerlendirmesinde Cortez, karşılayabilecek olanlar açısından dahi daha ucuza hizmet alınmasını, sağlık sigortası kapsamında olmayan ve özel sektörün sunduğu hizmeti karşılayamayacak göçmenlerin geldikleri veya bedelini karşılayabildikleri ülkede sağlık hizmetini alabilmesinin teşvik edilmesini ve aynı şekilde sigorta kapsamında olmayan Amerikalı yoksulların (yazar orta sınıf tabirini kullanıyor) sağlık turizminden faydalanmasını elzem görmektedir. Bkz. (Cortez, 2010-2011).

¹¹Kanadalı hastalarla yapılan bir çalışmada, bu hastaların kendi ülkelerinde uzun süre beklemek durumunda kalmalarının sağlık turizmini meşrulaştırdığını düşündükleri ortaya koyulmuştur. Bkz. (Synder vd., 2012).

¹²Kadın çalışmaları disiplini açısından kürtaj yasağının sağlık turizmiyle ilişkisi için bkz. (Gilmartin ve White, 2011).

türleri¹³, ötanazi (Srinivas, 2009: 113-114), deneme aşamasında olduğundan veya ilgili regülasyon kurumunca zararlı bulunduğu kullanımı yasak bazı ilaçlara erişim bu gibi tedavi ve müdahaleler arasındadır. Üçüncüsü ise, alınacak tedavinin hem bağlı olunan Devlette hem de hizmetin alınacağı Devlette yasal olmasıdır.

Sağlık turizmi sektörü 2009 yılı kesin olmayan verilerine göre 67 milyar dolarlık bir hacme ulaşmıştır ve yılda %20 oranında büyüme eğilimindedir. Bu sektörden en çok Hindistan (Gluck, 2008), Tayland (Pachanee ve Wibulpolprasert, 2006), Singapur, Brezilya, Arjantin, Meksika, Kosta Rika, Çin, Ukrayna, Çek Cumhuriyeti, Macaristan ve Polonya gibi ülkelerin, hitap ettikleri kitlelere ve sağladıkları hizmetlere göre farklı oranlarda yararlandığı verilen bilgiler arasındadır (McLean, 2008-2009: 599; Parsiyar, 2009: 382-383; Turner, 2011: 1-2).¹⁴

Sağlık turizmi endüstrisini doğuran avantajların yanı sıra, bazı dezavantajları da bünyesinde barındırmaktadır. Öncelikle, uçuş ve yolculuğun yarattığı stres not edilmelidir. Üstelik bu uçuş Atlantik ötesi olduğunda “jet lag” ve benzeri çok sayıda sorunu beraberinde getirebilmektedir. Sağlık hizmeti almak için gidilen ülkenin ve sağlık personelinin dilini bilmemek, niteliği belirsiz hastanelerde niteliği belirsiz sağlık personelinin hizmet almak riski, uluslararası akreditasyon sisteminin mevcut olmaması (Lunt vd, 2011: paras. 95-100; Turner, 2011: 2-4)¹⁵, operasyon sonrası bakımın operasyonu yapan kişilerce değil de, yaşanan ülkede yapılmak zorunda olması (Lunt vd, 2011: paras.84-85; Turner, 2011: 5), operasyon sonrası yorucu ve daha tehlikeli yolculuk gibi riskler sağlık turizminin içerdiği dezavantajlar arasındadır. Söz konusu turistik turu organize eden acentelerin birden fazla tıbbi operasyon önerileri de, hasta açısından mali ve pratik yönlerden elverişli olsa bile, sağlık yönünden aynı oranda risklidir (Howze, 2007: 1026-1029; Cortez, 2008: 103-107; Parsiyar, 2009: 389-393; Cohen, 2010: 1488-1504). Bu tip risklere, ilaç ve antibiyotiklere dayanıklı bakterilerin göçü ve hizmet veren ülkedeki hastanelere yerleşme olasılığını da eklemek mümkündür. Sağlık turizmi sürecindeki

¹³Yapılan yeni bir araştırma, Avrupa’da üreme sağlığına yönelik turizmin en önemli sebebinin aşırı sınırlayıcı hukuki ve idari düzenlemeler olduğunu açığa çıkarmıştır. Bkz. (Shenfield, 2010).

¹⁴Ayrıca yıllar içinde dağılımları gösteren farklı veriler için bkz. (Cohen, 2010: 1472). Ayrıca bkz. (Cortez, 2010-2011: 877-878).

¹⁵Mevcut durumda akreditasyonun ABD bakımından nasıl işlediğine ilişkin kısa açıklama için bkz. (Cohen, 2010: 1485). Hindistan hastanelerinin akreditasyonu hakkında ise bkz. (Gluck, 2008: 472).

hastalar, bu tip bakterilerin hem taşıyıcısı hem de mağduru olabilmektedir (Rogers vd., 2011; Lunt vd, 2011: paras.90-92; Hill, 2011).

II. Sağlık Turizmi Sağlık Hakkı Kapsamında Yer Alan Bir İnsan Hakkı Mıdır?

Bu soruya bir cevap verebilmek için öncelikle sağlık hakkının mevcut insan hakları hukukundaki düzenlenişini incelemek gereklidir. Bu incelemeden sonra, sağlık turizminin unsurlarının sağlık hakkı kapsamında korunmaya değer bir insan hakkı teşkil edip etmediğini tartışmak mümkün olabilir.

Bu tartışma önemlidir, zira insan hakları hukukunda kullanılan “hak” kavramıyla, diğer hukuk dallarında kullanılan hak kavramı aynı hukuki niteliğe ve etkiye sahip değildir. İnsan hakları hukuku bloğuna giren haklar kural olarak Devlete yöneltilir. Yani bu haklar öncelikle Devlete bir yükümlülük yüklemektedir. Bu özel niteliğin yansıması olarak da diğer haklardan üstün geçerliliğe sahiptirler.¹⁶

A. Sosyal Hakların Hukuki Niteliği ve Çekirdek Yükümlülükler

İnsan hakları bloğuna dahil olan haklar arasında da hukuki nitelik, etki ve Devlete yüklenen yükümlülük bakımından esaslı farklılıklar bulunmaktadır. Haklar kronolojik bakımdan üçlü bir ayrım ile ele alınır. Bunlar medeni ve siyasi haklar (birinci kuşak), ekonomik, sosyal ve kültürel haklar (ikinci kuşak) ve dayanışma hakları (üçüncü kuşak) olarak sınıflandırılmaktadır. Her bir kuşak hak kategorisi içerisine giren haklar farklı farklı olduğu gibi bunların hukuki etki ve sonuçları da değişkenlik gösterebilmektedir. Nihayetinde, bu hak kuşaklarının hukuken kısmen farklı rejimlere tabi olduklarını bile söyleyebiliriz.

Tarihi açıdan bakıldığında ikinci kuşak haklar (ekonomik, sosyal ve kültürel haklar – bundan böyle yazı ve okuma pratiği açısından sadece sosyal haklar terimiyle ifade edilecektir) birinci kuşak haklara (medeni ve siyasi haklar) göre tali niteliktedir. Birinci kuşak hakları düzenleyen hukuki belgeler Taraf Devletlere derhal etki doğuran yükümlülükler (negatif yükümlülük) yüklerken, ikinci kuşak hakları düzenleyen hukuki belgeler Taraf Devletlere sosyal hakları aşamalı/tedrici olarak gerçekleştirmek yükümlülüğü (pozitif

¹⁶Ama bu insan haklarının sınırlanamayacağı, yani Devletin müdahale edemeyeceği anlamına gelmez.

yükümlülük) yüklemektedir. Bu düzenlemeye bağlı olarak da her iki hak kategorisine yer veren uluslararası sözleşmelerin denetim sistemleri farklı kurgulanmıştır. Medeni ve siyasi hakları düzenleyen sözleşmelerin denetim sistemi, genellikle mağdur olduğunu iddia eden bireylerden gelecek başvuruları almaya ve incelemeye elverişli düzenlemeler (bireysel başvuru usulü) içermekte iken sosyal hakları düzenleyen sözleşmelerin denetim sistemi kural olarak bireysel başvuru usulünü içermemektedir.¹⁷ Kısacası sosyal haklar, kural olarak kendiliğinden-doğrudan uygulanabilir ve yargı organları önünde dava edilebilir nitelikte kabul edilmezler. Bu anlayış, ulusal anayasalar bakımından da geçerlidir.

Ancak bugün gelinen aşamada, bu iki hak kuşağına bağlanan farklılıklar, ortadan tamamen kalkmıyorsa da büyük ölçüde azalmıştır. Ulusüstü İnsan Hakları Hukukunda, birinci kuşak haklarla ikinci kuşak haklar (sosyal haklar), bir önceki paragrafta işaret edilen tarihsel kökenlerinde ve yine tarihsel işlevlerindeki farka rağmen bir bütünlük göstermektedir. Bugün insan hakları doktrini ile yetkili organların uygulamasında, bu iki hak grubu arasındaki fark giderek silikleşmiştir. Söz konusu farklılığın silikleşmesi, etkisini en çok klasikleşmiş negatif hak-pozitif hak (ve dolayısıyla negatif yükümlülük-pozitif yükümlülük) ayrımının ortadan kalkmasında, yeni tipolojilerin ortaya çıkmasında ve ikinci kuşak hakların dava edilebilirliğinde göstermektedir.¹⁸

¹⁷Tarihsel gelişimi yansıtan bu mimari kural olarak, hem bölgesel insan hakları sistemleri (AIHS gibi) hem de uluslararası (BM gibi) insan hakları sistemleri için geçerlidir.

¹⁸Nitekim özellikle ek protokollerle ekonomik, sosyal ve kültürel hakları içeren bazı sözleşmeler bağlamında bireysel başvuru yapma imkanı tanınmıştır. Örneğin, Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi özelinde durum böyledir ve bireysel başvuru hakkı neticesinde yarı yargısal organ olan Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Komitesi çeşitli kararlar üretmiştir. Bkz., “**Kadınlara Karşı Her Biçimiyle Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesinin Seçmeli Protokolü**” (“*Optional Protocol to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women*”), Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 06/10/1999 tarih 54/4 sayılı Karar ile kabul edilmiş, ve 22/12/2000 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkçe çevirisi bkz., (Gemalmaz, 2010b: 515-530).

Öte yandan Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi için bazı haklar özelinde bireysel başvuru imkanını veren bir protokol hazırlanmıştır. “**Uluslararası Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesinin Seçmeli Protokolü**” (“**ESKHS/SP**”) (*Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*), Birleşmiş Milletler Genel Kurulunun 10/12/2008 tarih ve 63/117 sayılı kararıyla kabul edilmiş, 24/09/2009 tarihinde imzaya açılmıştır. Bireysel başvuruya imkan tanıyan bu Protokol Mayıs 2013’te yürürlüğe girmiştir.

İşte sosyal haklara bu yeni yaklaşımın bir uzantısını, bu haklara yer veren sözleşme organlarının denetim faaliyetlerinde görmekteyiz. Örneğin, Uluslararası Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'nin denetim organı olan Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi (ESKHK), hazırladığı Genel Yorumlar çerçevesinde öz/çekirdek yükümlülükler doktrini geliştirerek Taraf Devletlerin sosyal hakları aşamalı/tedrici olarak gerçekleştireceği yönündeki algısını kırmaya başlamıştır. Her bir sözleşmesel hakkın taraf Devletlere derhal gerçekleştirilmesi gereken öz/çekirdek yükümlülükler içerdiğini benimseyen ESKHK, böylelikle taraf Devletlerin kaynakların elverişliliği kaydına tabi olmayan ve derhal yerine getirmeleri gereken sözleşmesel yükümlülük kategorisini genişletmiştir.

ESKHK tüm sözleşmesel haklar bakımından aşamalı gerçekleştirmeye dahil olmayan ve derhal uygulanması gereken bazı öz/çekirdek yükümlülükleri tespit etmektedir. Bu kapsamda ESKHK bir dizi sözleşmesel hakkın derhal uygulanabilir olduğunu kabul ederek klasik birinci kuşak haklar-ikinci kuşak haklar paradigmasını kırmıştır. Bu haklar arasında Md. 3 (kadın-erkek eşitliği), Md. 7 a) (i) (eşit işe eşit ücret); Md. 8 (örgütlenme özgürlüğü); Md. 10/3 (çocukların korunması); Md. 13/2/a (ilköğretimin ücretsiz olması); Md. 13/3 (anne babanın çocuklarının alacağı eğitimi belirleme hakkı); Md. 13/4 (eğitim kurumları kurma ve yönetme özgürlüğü); Md. 15/3 (bilim ve sanat özgürlüğü) sayılabilir (General Comment No. 3, 1990: para.5).

Buna ek olarak, sosyal hakların özü kavramı da ESKHK tarafından sosyal hakları etkinleştirmekte kullanılmaktadır. Ne de olsa, tüm insan hakları gibi sosyal hakların da gerçekleştirilmemesi ya da müdahale edilmesi durumunda varlık nedeninin ortadan kalkacağı unsurları bulunmaktadır.

B. Sağlık Hakkının Hukuki Niteliği ve Çekirdek Yükümlülükler

Sağlık hakkı, sosyal bir hak olarak yukarıda kısaca açıklanan teorik çerçeve kapsamındaki haklarından biridir. Her birinde farklı boyut ya da unsurları öne çıkarılacak şekilde de olsa, birçok uluslararası belgede sağlık hakkına yer verildiğini gözlemlemek mümkündür.¹⁹ Bu çalışmanın amaçları bakımından, ikinci kuşak haklar alanında evrensel düzeydeki uygulama alanına sahip Uluslararası Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'nin sağlık

10/12/2008 tarihli “ESKHS/SP”nün Türkçe çevirisi için bkz. (Gemalmaz, 2010b: 51-66).

¹⁹Sağlık hakkına yer veren her bir belge özelinde ayrıntılı bilgi için bkz. (Ertan, 2012: 11-50).

hakkına ilişkin düzenlemesiyle, bu sözleşmenin denetim organı ESKHK'nin kararlarını ele almakla yetinmek mümkündür.

Uluslararası Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'nin 12. Maddesindeki düzenleme zaten insan hakları hukukunda sağlık hakkına ilişkin düzenlemelerin en geniş kapsamlısıdır.²⁰ Nitekim ESKHK'ye göre, Madde 12/1'de geçen ulaşılabilir en yüksek düzeyde sağlık standartları kavramı, gerek bireyin biyolojik ve sosyo-ekonomik önkoşullarını gerekse de bir Devletin elverişli kaynaklarını dikkate almayı gerektirmektedir. Komiteye göre sağlık hakkı; “çeşitli tesislerden, ürünlerden, hizmetlerden ve ulaşılabilir en yüksek düzeyde sağlık standartlarının gerçekleştirilmesi için gerekli koşullardan yararlanma hakkı” olarak anlaşılmalıdır. (General Comment No. 14, 2000)

ESKHK temelde üçlü (saygı gösterme, koruma, edimde bulunma) tipolojiyi kullanarak Devletlerin sağlık hakkı özelindeki yükümlülüklerini açığa çıkarmaktadır. Saygı gösterme yükümlülüğü, Devletin herhangi bir tasarrufuyla bireye, hak ihlali oluşturabilecek her türlü müdahaleden kaçınmasıdır.

Koruma yükümlülüğü ise, Devletin kendisi dışındaki diğer tüzel ya da gerçek kişiler tarafından gerçekleştirilebilecek ihlallere karşı önlemler alma ve bu tür ihlallerin gerçekleşmiş olması durumunda ihlali gerçekleştirenlere karşı gerekli hukuki ve idari tasarruflarda bulunması yükümlülüğüdür. Dolayısıyla koruma yükümlülüğü, saygı duyma yükümlülüğünün üçüncü kişiler tarafından yerine getirilmesini sağlamaya yönelik bir yükümlülük olarak da tanımlanabilir.

Edimde bulunma yükümlülüğü ise, hakkın kullanılabilmesi için gereken hizmet ya da imkanların Devlet tarafından yerine getirilmesidir. Diğer bir ifadeyle, sözleşmesel hakların kullanılmasını kolaylaştırma (*facilitate*), sağlama (*provide*) ve geliştirme/yükseltme (*promote*) yükümlülüğüdür. Saygı gösterme

²⁰Madde metni şöyledir:

1. Bu Sözleşmeye Taraf Devletler, herkesin ulaşılabilir en yüksek düzeyde fiziksel/(bedensel) ve ruhsal sağlık standartlarından yararlanma hakkını tanırlar.

2. Bu Sözleşmeye Taraf Devletlerce bu hakkın tam olarak gerçekleştirilmesini sağlamak için alınacak önlemler:

(a) Ölü doğum oranının ve çocuk ölümlerinin düşürülmesi ve çocuğun sağlıklı gelişmesinin sağlanması;

(b) Çevresel ve sınavi sağlık şartlarının bütün yönleriyle iyileştirilmesi;

(c) Salgın, yöresel, mesleki ve diğer hastalıkların önlenmesi, tedavisi ve denetim altında tutulması;

(d) Hastalık durumunda bütün sağlık hizmetlerini ve tıbbi bakımı temin edecek koşulların yaratılması,

için gerekli bulunan önlemleri de kapsayacaktır.

yükümlülüğündeki “kaçınma/yapmama” tasarrufunun tam aksine, burada Devlet bir “yerine getirme/yapma” yükümlülüğü altındadır.

Bu genel perspektif ışığında ESKHK, sağlık hakkı özelinde geçerli olan öz/çekirdek yükümlülükler ile benzeri yükümlülükleri belirlemiştir. ESKHK'nin 14 No.'lu Genel Yorumundaki saptamasına göre sağlık hakkından kaynaklanan öz/çekirdek yükümlülükler şunlardır:

- Özellikle korunmasız ve dışlanmış gruplar için, sağlık tesislerine, ürünlerine ve hizmetlerine ayrımcı olmayan bir temelde erişim hakkının temin edilmesi
- Tüm sağlık tesislerinin, ürünlerinin ve hizmetlerinin eşit dağıtımının temin edilmesi
- Herkesin aklıktan korunmasını temin etmek üzere, yeterince besleyici ve güvenli olan asgari temel besinlere erişimin temin edilmesi
- Temel barınma, konut ve sanitasyon ile yeterli bir güvenli ve içilebilir su kaynağına erişimin temin edilmesi
- Temel İlaçlara İlişkin WHO Eylem Planı çerçevesinde muhtelif zamanlarda tanımlanan temel ilaçların sağlanması

Çekirdek yükümlülükler açısından belirtmek gerekir ki, sağlık hizmetlerine erişim bir ön koşulu gerektirmektedir. Yükümlü Taraf Devlet, sağlık hizmetlerini sağlayabilmek için bir dizi yatırımda bulunacak, faaliyetleri gerçekleştirecek ve tedbirler alacaktır. Bütün bunlar, Devlet bütçesinde sağlık hizmetleri kalemi için yeterli miktarda mali kaynak gerektirmektedir.

Komite, yukarıda zikredilen çekirdek yükümlülüklerin yanı sıra, Devletlerin gerçekleştirmekte yine öncelik vermeleri gereken benzeri yükümlülüklerle de işaret etmiştir:

- Üreme sağlığı, (doğum öncesi ve sonrası) anne ve çocuk sağlığı bakımını temin etmek
- Topluluk içindeki başlıca bulaşıcı hastalıklara karşı bağışıklık kazandırılması
- Salgın ve yöresel hastalıkların önlenmesi, tedavi edilmesi ve kontrolü için önlemler almak
- Topluluk içindeki temel sağlık sorunlarına ilişkin, bunları önleme ve denetim altında tutma yöntemleri dahil olmak üzere, eğitim ve bilgiye erişim sağlamak
- Sağlık ve insan hakları eğitimi de dahil olmak üzere, sağlık personeline uygun eğitimi sağlamak

Çekirdek yükümlülüklerle benzeri yükümlülüklerin sağlık hakkının sınırlı bir bölümünü kapsadığı görülmektedir. Sağlık hakkına sahip tüm özneler aynı zamanda hakkın çekirdek yükümlülüklerinden yararlanmaya hak sahibidirler (General Comment No. 14, 2000).

C. Sağlık Turizmi Hakkı?

Sağlık hakkının açıklanmasını müteakip sağlık turizminin sağlık hakkı kapsamına girip girmediği tartışılabilir. Bu tartışmayı yürütürken sağlık turizminin çok boyutlu bir süreç olduğunu, sağlık turizmi sürecine dahil olduğu düşünülen farklı aşama ve unsurların farklı hukuki niteliğe sahip olabileceğini hatırlamak gerekir.

Hatırlanacağı üzere, sağlık hakkının en temel özü sağlık hizmetlerine (tesisler ve tıbbi ürünler dahil) erişim hakkıdır. Bu erişim hakkının farklı bir ülkedeki sağlık hizmetleri için söz konusu olmaması düşünülemez. Kısacası sağlık hakkına anayasasında veya taraf olduğu uluslararası sözleşmede yer verilen bir Devlet, vatandaşı veya yargı yetkisine bir şekilde tabi olan bir kişinin sağlık hizmetini farklı bir ülkede almasını bürokratik, yasal ve benzeri engeller çıkartarak engellemek yükümlülüğü altındadır.²¹

İlk başta insana oldukça garip gelebilecek bu ihtimal hiç de küçümsenmemelidir. Başka bir ülkeye seyahat edebilmek için öncelikle pasaport gereklidir. Kimi hallerde ise pasaport, ilgili Devlet makamlarınca verilmeyebilmekte veya geç verilmektedir. Bu noktada 12 Eylül askeri rejiminin ölümcül hasta olan İstanbul Barosu Başkanı Av. Orhan Adli Apaydın'a tedavi amacıyla gideceği bilinmesine rağmen uzun zaman pasaport vermediğini hatırlatmak, sorunun güncelliğini göstermeye yetecektir. Nihayet pasaportların süresine ve türüne göre ücrete tabi olması, yoksul ve başka bir ülkede tedavi olmak zorunda olan hastalar için ayrı bir insan hakları meselesi olarak görülebilir.

Diğer yandan, sağlık hizmetinin alınacağı Devletin, eğer bir koşul olarak aramaktaysa, hastaya vize vermekte aşırı güçlük çıkarmaması gerekliliği sağlık hakkı kapsamında ileri sürülebilecek yükümlülükler arasındadır. Elbette hizmetin alınacağı Devlet, kişinin o sağlık hizmetini almak amacıyla ülkesine geleceğini ispatlayan belgeler veya ilgili sağlık kurumuyla yazışmalar talep edebilir. Ama bu hastanın mağduriyetini arttıran bir düzeyde olmamalıdır.

²¹Böyle bir engelleme, seyahat hakkıyla da çatışacaktır. ABD hukuku açısından, mahkeme kararlarına da atıfla tartışmalar için bkz. ve krş. ötanazi özelinde (Srinivas, 2009: 117-121); daha genel düzlemde (Cohen, 2010: 1511).

Üstelik kimi hallerde Devletler, bazı tıbbi müdahale türlerini suç haline getirmiş olabilirler. Bu hallerde, o müdahaleyi yasak olmayan bir Devlette yaptıran kişinin, bağlı olduğu ve yaşadığı (nihayetinde geri döndüğü) Devlette herhangi bir hukuki veya cezai yaptırımla karşılaşmaması gerekir.²²

Kısacası, tıbbi hizmetlere erişim boyutuyla sağlık turizmi sağlık hakkı kapsamına giren bir insan hakkıdır. Ancak bir sosyal hak olarak sağlık turizminin sadece temel nitelikteki acil ya da olağan/rutin operasyonlar, tedaviler ve müdahaleler ile elektif müdahaleler için geçerli olduğu sonucuna varılmalıdır. Bir diğer ifadeyle, başka bir Devlette alınacak iyileştirim amaçlı işlem ve müdahalelerin kural olarak sağlık hakkı kapsamında değerlendirilebileceği kabul edilebilir.

Buna göre, sağlık turizminin üçüncü türü kabul edilen kaplıca/ılıca (spa) ve wellness terapileri türü tıbbi müdahaleler ve bakımlar sağlık hakkı kapsamına girmemektedir. Zira bu tür sağlık turizmi (termal turizmi), iyileştirim amacının ötesine geçen motifler taşımaktadır. Elbette, bir tıbbi tedavinin parçası olarak alınan kaplıca kürleri vs. bunun dışındadır. Burada kastedilen, sırf rahatlatma ve stres atma gibi amaçlarla başka bir ülkedeki kaplıca/wellness imkanlarından yararlanılmak istenilmesidir.²³

Bunun dışında, doğrudan insan haklarına aykırı ve bu sebeple bağlı olunan Devlette yasaklanmış tıbbi müdahale ve tedavilere ulaşmak için yapılan talep, sağlık turizmi hakkı kapsamına girmeyecektir. Zira insan hakları hukukunda Devletlerin bireyleri kendilerine yönelik üçüncü kişilerden gelebilecek hak ihlallerine karşı koruma yükümlülükleri bulunmaktadır ve ister medeni olsun isterse sosyal bir hakkın kapsamı Devletlerin ve hatta aslında hak

²²Bu konuda daha farklı bir yaklaşım için bkz ve krş. (Cohen, 2010: 1511-1515). Ayrıca bkz. (Cohen, 2012).

²³Meseleye insan hakları/sağlık hakkı açısından değil hizmetlerin serbest dolaşımı açısından bakan Avrupa Birliği Adalet Mahkemesi (ABAM) *Leichtle* kararında tıbbi hizmetin bedelini karşılama yükümlülüğünün kaplıca turizmi için de geçerli olduğunu hükme bağlamıştır. ABAM'a göre, uyumsuzluk konusu bedel iadesinin yargılama sonuna kadar ertelenmesi hizmetlerin serbest dolaşımına aykırı bir engel teşkil etmektedir (Case C-8/02, *Ludwig Leichtle v. Bundesanstalt für Arbeit*, 2004, ECR I-2641).

Diğer yandan *Keller* davasında ABAM, başka bir Devlette kaplıca tedavisi bedelinin karşılanması için söz konusu kaplıca tedavisinin o tedavinin yapılacağı üye Devletin sosyal sigorta sistemi kapsamına girmesi gerekliliğini aramıştır (Case C-145/03, *Heirs of Annette Keller v. Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) and Instituto Nacional de Gestion Sanitaria (Ingesa)*, 2005, ECR I-2529).

öznesi olan bireylerin yükümlülüklerine göre belirlenir.²⁴ Hemen somutlaştıralım: Örneğin bir kimsenin batılı ülkelerde cezai normlarla yasaklanmış kadın sünneti yaptırtmak için bunun yasal olduğu başka bir ülkeye gitmeyi talep etmesi durumunda, bu talep hukuken koruma görmeyecektir. Kadın sünneti başta Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesinin denetim organı İnsan Hakları Komitesi ile Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi denetim organı olan Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Komitesi tarafından açıkça insan haklarına aykırı görülmüştür (Cohen, 2012: 119).²⁵ Bu nedenle Devletler, kadın sünnetini ortadan kaldırma yükümlülüğü altındadır. Kısacası sağlık turizmi hakkı, ancak insan haklarına uygun tıbbi hizmetlere erişim imkanını kapsamaktadır.

Sağlık turizmi sürecinin, en azından kısmen sağlık hakkı kapsamında değerlendirilmesinin asıl pratik hukuki sonucu ve aslında problemlerin en çok görüleceği alan, sağlık sigortalarının veya genel sosyal güvenlik rejiminin, başka ülkede yapılan giderleri karşılaması gerekip gerekmediği meselesidir. Sağlık hakkı ile sosyal güvenlik hakkı arasındaki yakın bağ izahtan varestedir. EKSHK'ye göre "... sosyal güvenlik sisteminin kapsamı gereken temel sosyal güvenlik dallarının başında sağlık bakım hizmetleri sistemi gelmektedir" dahası "(s)ağlık hizmetlerinin ve ürünlerinin belirli bir bedel karşılığında sunulduğu ülkelerde, toplumun bu bedeli ödemediği güçlük yaşayabilecek kesimleri bakımından sağlık hakkı ile sosyal güvenlik hakkının birbirlerinden ayrılması mümkün değildir" (Ertan, 2012: 159). Sosyal sigortaların sağlık turizmi çerçevesinde alınacak tıbbi bakımının kapsamına dahil edilmesi gerekip gerekmediği tartışmasının yürütüleceği bağlam budur.

ESKHK standartlarını dikkate alan bir yaklaşım çerçevesinde bazı ölçütler tespit edilebilir. Öncelikle belirleyici ölçüt Devletin kaynaklarının elverişliliğidir. Zira yukarıda da ele alındığı üzere Devletin sağlık hakkından doğan ve öz/çekirdek yükümlülükler dışında kalan yükümlülükleri *kaynak elverişliliği klozuna* tabidir. Net bir şekilde ifade edilmesi gerekirse öz/çekirdek yükümlülükler dahilindeki tıbbi bakım hizmetlerinin bir başka ülkeden sağlanması mümkün olduğunda, doğacak mali külfetin sosyal güvenlik sisteminden karşılanması hukuki bir hak olarak kendisini gösterir. Bu kapsamda değerlendirilemeyecek sağlık hizmetleri bakımından ise ancak Devletin bu alana ayırabileceği yeterli kaynağın bulunması halinde hukuken savunulabilir bir talep imkanı ortaya çıkar.

²⁴Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde (AİHS) yer alan bazı haklar bakımından bkz. (Gemalmaz, 2009: 210-218, 410-446).

²⁵ESKHK perspektifinden kadın sünneti ve sağlık hakkı arasındaki ilişki için bkz. (Ertan, 2012: 92-93).

İlk bakışta bu tezin bir dilemma içerdiği ileri sürülebilir. Yeterli mali kaynağa sahip bir Devlet neden söz konusu tıbbi bakımı ülkesinde sağlayabilecekken bir başka ülkeden alınacak olan hizmetin mali külfetini karşılasın? Ancak yararlanıcı sayısı sınırlı olmakla birlikte yüksek yatırım gereken kimi tedavi yöntemleri bakımından yurtdışına gönderme seçeneği kaynakların rasyonel kullanımına hizmet edebilir. Üstelik yine ESKHS'den kaynaklanan Taraf Devletler arasındaki uluslararası dayanışma yükümlülüğü özellikle de gönderilen devletin ekonomik olarak gelişmiş gönderen devletin az gelişmiş bir devlet olması ihtimalinin yüksekliği dikkate alındığında, gönderilen devletin sağlanacak sağlık hizmeti bakımından bir dizi kolaylık sağlama sorumluluğu taşıdığı iddia edilebilir.

Ancak bu ilk değerlendirmelerin şöyle bir itirazla karşılaşması mümkündür. Sağlık turizmi, yukarıda da belirtildiği üzere, ticari sektördür. Sağlık turizminin bir aktörü bunu talep eden hastalarsa, diğer aktörü de bu hizmeti sağlayan Devletler ve o Devletlerde kurulu özellikle özel sektöre ait tıbbi kuruluşlardır. Özel sektöre ait tıbbi kuruluşların sağlık turizmi hizmetini vermesi temelde kar amacına yöneliktir. Hal böyle olunca, sağlık turizminin bazı unsurlarını sağlık hakkı kapsamında korunan bir insan hakkı mertebesine çıkartmak sağlığın piyasalaştırılmasının hak söylemiyle meşrulaştırılması anlamına gelecektir.

Tartışmaya hukuki zemin sağlamak için bir kez daha ESKHK standartlarına dönelim. 1970'lerin sonuyla birlikte hızlanan küreselleşmenin, ana hatlarıyla, sermayenin ulusal sınırlar arasında büyük süratle hareket etmesini ve dahası sermayenin somut tezahürü olan ticari şirketlerin ekonomik güçlerinin ulus devletlerle yarışır hatta bazılarında daha büyük hale gelmesini ifade ettiğini söylemek mümkündür. Bunu izleyen süreç ise sağlık hizmetinin finansmanını ve sunulmasını üstlenen kurumların özelleştirilmesi yahut yürütülen faaliyetin niteliğinin kamusalda piyasa ilkelerine doğru kaymasıdır. Gitgide artan ve coğrafi olarak genişleyen özelleştirme ve piyasalaşmaya yönelik eğilim ESKHK tarafından izlenmekte ve Komite buna yönelik standartlar üretmektedir. Bu kapsamda ESKHK, özelleştirmenin kendi başına Sözleşme ilkelerine yahut hükümetlerin Sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerine aykırılık oluşturmadığı tespitinde bulunmaktadır. Bununla birlikte Komite'ye göre Sözleşmeciler Devletler *“sağlık sektörünün özelleştirilmesinin sağlık tesisi, mal ya da hizmetlerin elverişliliğine, erişilebilirliğine, kabul edilebilirliğine ve kalitesine yönelik bir tehdit oluşturmamasını temin etmek”* yükümlülüğü altındadırlar. Devletlerin bu koruma yükümlülüğü hem yasal hem de başta idari/düzenleyici tipte olmak üzere diğer gerekli önlemleri almayı içermektedir (General Comment No. 14, 2000, para.35). Bu durumda sağlık turizmi çerçevesinde özel kuruluşlar tarafından yürütülen faaliyetlerin ESKHK denetimi altında olduğu açığa

çıkarmakta ve nihai sorumlunun taraf Devlet olduğu belirginleşmektedir (Chapman, 2014). Üstelik hem gönderen hem de hizmet sunan Devletlerin her ikisinin de ESKHS'ye taraf olmaları durumunda, her iki Devlet sağlık hakkından doğan yükümlülüklerin taşıyıcısı olacak ve sağlık bakımı alan bireye karşı doğrudan sorumlu olacaklardır.

Ulaşılabilecek bir diğer sonuç, sağlık turizmi uygulamasının özel kuruluşlarca yürütülmesinin Taraf Devlette yürütülen faaliyetleri sekteye uğratmayacak nitelikte olması gereğidir. Kamusal fonların çeşitli saiklerle özel sektöre aktarılması hedefi çerçevesinde sağlık turizminin kamusal makamlarca tercih edilmesi sonucunda ulusal sağlık sisteminde ortaya çıkabilecek sağlık hakkının kullanılmasını sınırlayan tasarrufların ESKHS Md. 12'yle çelişeceği düşünülebilir.

D. Vatandaşın Sağlık Hakkı ile Yabancı Hastanın Sağlık Turizmi Hakkı Çatışması?

Bu kapsamda, sürecin sağlık turizmi hizmetini sağlayan Devletin vatandaşlarına etkisi de göz önünde bulundurulmalıdır. Sağlık turizmi süreci, sağlık hizmeti sağlayan Devletlerin vatandaşlarının sağlık hizmetlerine ulaşmasına zarar verebilir. Sağlık turizmi, hem bireysel/kurumsal kar amacına hem de toplam milli gelirin artırılmasına ve ülkeye döviz girmesine yönelik olduğu için, öncelikle bu hizmeti sağlayan Devletlerde sağlık sektörünün özelleştirilmesi, geniş ölçüde piyasalaştırılması anlamına gelmektedir. Kısacası sağlık turizmi, sağlık sektörünün ticarileşmesini hızlandırmaktadır.²⁶ Sağlık sektörünün ticarileşmesi ise bir hak olarak sağlık, iyileştirme ve tıbbi bakım gibi kavramların anlamsızlaşmasına yol açmaktadır. Bunlar bir hak olduğu süreçte Devletlerin bu hizmetleri, en azından toplumun belirli kesimleri bakımından ücretsiz veya cüzi ücretler karşılığında sağlama yükümlülüğü vardır. Sağlık ve tıbbi bakım sektörü ticarileştiği ölçüde Devletler bu yükümlüklerinden teoride olmasa bile pratikte sıyrılacaklardır.

Talebi arttırdığı için sağlık turizmi bu hizmeti veren Devletlerde tıbbi bakım masraflarını yükseltmektedir. Ne de olsa, tıbbi bakım merkezleri para getirdiği için uluslararası hastalara bakmaya öncelik vereceklerdir. Buna ek olarak, kırsal kesimdeki sağlık yatırımları azalacak, kentlerdeki altyapı kuvvetlenecektir. Vatandaş hastalar da fiyatları yüksek ve kaliteli hizmet veren bu merkezler yerine, daha ucuz olan kalabalık, uzun sıralar beklenen ve teknoloji ve insan kaynağı bakımından düşük kaliteli merkezlere yönelmek

²⁶Sağlık sektörünün ticarileşmesine yol açan çok sayıda etken bulunmaktadır. Sağlık turizmi, bunlardan sadece biridir.

zorunda kalacaklardır. Kırsal kesimdekiler yeterli kalitede hizmet alamayacaktır (Cortez, 2008: 110-111; Kinney, 2010: 62-63; Lunt vd, 2011: para.122).

Kaliteli sağlık personelinin dolgun cüret veren ve ağırlıklı olarak sağlık turizmine yönelik hizmet veren görece pahalı sağlık merkezlerine kayacağı da göz önünde bulundurulmalıdır (Cortez, 2008: 109-111²⁷; Pasquale, 2009-2010: 295; Lunt vd, 2011: paras.124-125). Nitekim yeni araştırmalar, sağlık turizminin, bu sektörde önde gelen Hindistan, Tayland ve Çin gibi bazı yeni piyasa ekonomisine açılan (emerging market economies/EME) ülkelerde kaliteli sağlık personelinin iç beyin göçüne yol açtığını ortaya koymuştur. Bu ülkelerde sağlık turizmi ağırlıklı hizmet veren özel nitelikli çok uluslu hastaneler, alanlarındaki en iyi uzmanları bünyelerine katmaktadır (Nair ve Webster, 2012: 157-163). Sağlık turizminin hekimlerin ve diğer sağlık personelinin devlet hastanelerinden özel hastanelere beyin göçünde etkili olup olmadığı meselesi BM insan hakları denetimi sisteminde de dikkate alınmaya başlanmıştır.²⁸

Ayrıca, sağlık turizmine yönelik hizmet arzı, talebe göre şekillenmeye başladığından o Devletin genel ve yaygın sağlık sorunlarına yönelik özellikle sigorta kapsamındaki hizmet arzını azaltmaktadır. Bu durum, ücretlerin de yükselmesine yol açmaktadır.²⁹

²⁷Yazar, temel meseleyi ortaya koyduktan sonra sağlık personelinin kamu kesimine göçünün de olası olduğundan bahsetmektedir.

²⁸BM İnsan Hakları Konseyi'nin yürüttüğü Evrensel Periyodik İnceleme için İnsan Hakları Yüksek Komiserinin Tayland'a ilişkin olarak hazırlamış olduğu bir raporda bu husus vurgulanmıştır. Bkz. (OHCHR, 2011: para. 52). Ayrıca sağlık hakkı ve beyin göçü arasındaki ilişki için bkz. (Ertan, 2012: 107).

²⁹Sağlık turizminin hizmeti veren Devletin vatandaşlarının sağlık hizmetlerinden yararlanmasına ilişkin argüman ve tartışmalar için ayrıca bkz. (Cohen, 2011: 9-14). Yazar sağlık turizminin hizmet sağlayan Devletin vatandaşlarının temel sağlık hizmetlerine ulaşımına olumsuz etkisi olup olmadığı hakkında kesin bir neticeye varılamayacağını düşünmektedir. Yazara göre, mevcut veriler bu konuyu aydınlatmak için yeterli değildir, daha çok kişisel tecrübe ve anekdotlara dayanan spekülasyon niteliktedir. Yetkin bir değerlendirme yapabilmek için, sağlık turizminde yer alan her ülke için tekil ve ayrıntılı bilgilere ulaşmak gereklidir. Bununla birlikte yazar, sağlık turizminin hizmet sağlayan Devletin vatandaşlarının sağlık hizmetlerinden yararlanmasına olumsuz etkisi olduğunu varsayarak çalışmasına küresel adalet teorileri açısından normatif (olması gereken) düzlemde devam etmektedir.

Şu hususu da ekleyelim ki, referansı verilen daha yakın tarihli çalışmalar, bu mesele hakkında verilerin toplanmaya başladığını göstermektedir.

Kısacası, sağlık turizmi, sağlığın piyasada serbest rekabete açık diğer ticari sektörler gibi görülmesinde önemli rol oynamaktadır. Üstelik, temel bir sosyal hak niteliğindeki sağlığın diğer her sektör gibi ticarileştirilmesi ve genel olarak sağlık sistemlerinin özelleştirilmesi, özünde bir ülkede yaşayanlar arasında maddi gelire ve sınıfsal pozisyona göre eşitsizlik yaratacaktır (Smith, 2012: 1-5). Bu sebeplerle sağlık turizmi sürecine sadece bunu talep eden hasta açısından bakmamak, hizmeti veren Devletin vatandaşlarını da gözetmek gerekmektedir.³⁰

Ancak kanımızca sağlık turizmi hizmeti veren Devletin vatandaşlarını gözetmek ve sağlık turizminin sağlık hakkına zarar veren yönlerinin olduğunu ortaya koymak, sağlık turizmin tek başına sosyal bir hak olarak sağlık hakkı kapsamına girmesine engel nitelikte değildir. Hastanın sağlık turizmi hakkıyla (başka ülkede tıbbi hizmete erişim hakkı=sağlık hakkı) vatandaşın kendi ülkesindeki kaliteli tıbbi hizmetlere ücretsiz veya düşük ücretle erişim hakkı (sağlık hakkı) arasındaki çatışma gerçek bir çatışma değildir. Bu iki çatışır gibi gözükün yararın (farklı öznelerin hak talebi) bağdaştırılması ve makul bir dengeye kavuşturulması mümkündür. Burada yine Devletlerin sosyal bir hak olan sağlık hakkı çerçevesindeki yükümlülükleri devreye sokulabilir.

Devletlerin sağlık hakkı bağlamındaki yukarıda değinilen yükümlülükleri dikkate alındığında, sağlık turizminin getirilerinden yararlanmak isteyen Devletlerin iki farklı hak öznesinin (yabancı/turist hasta ve vatandaş hasta) sağlık hakkı kapsamındaki çıkarlarını dengeleyebileceği görülür. Devletler bir yandan temel sağlık hizmetlerini, teknolojik ve insan kaynağı olarak en gelişmiş ölçüde ücretsiz (sigorta kapsamında) veya karşılanabilir ücretle sunarken diğer yandan sırf sağlık turizmine odaklaşacak sağlık hizmeti sağlayıcılarını destekleyebilir. Bunu gerçekleştirmek için ciddi bir regülasyon sistemi kurulması ve işletilmesi yeterli olacaktır. Bu kapsamda, sağlık turizmine yönelik hizmet arzıyla belirli bir gelir/kar oranını geçen ticari aktörlerden halka sunulacak tıbbi hizmetlerde harcanmak üzere özel vergi alınması, yetişmiş insan kaynağının belirli sürelerle zorunlu olarak kamuya odaklanmış sağlık merkezlerinde çalıştırılması³¹ gibi çeşitli önlemlerle bu iki çatışır gibi gözükün

³⁰Mesela bir araştırmada yukarıda dile getirilen bütün endişelerin sağlık turizminin en önde gelen ülkelerinden olan Hindistan bakımından muhtemel olduğu ortaya konulmuş ve bir yandan sağlık turizmi geliştirmek diğer yandan vatandaşların sağlık hizmetlerine ulaşımına zarar vermemek için bazı öneriler getirilmiştir. Bkz. (Hazarika, 2010). Hindistan açısından aynı yönde (Smith, 2012: 5-8).

³¹Bu tip bir zorunlu çalıştırmanın angarya yasağına aykırı olduğu düşünülebilirse de, vatandaşlardan beklenecek bazı sivil hizmetler, makul ölçülerde kaldıkları müddetçe insan haklarına aykırı değildir (örneğin bkz. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Madde 4 ve bu madde kapsamındaki yargısal kararlar).

çıklarlar dengelenebilir (Karş. Cohen, 2011: 49). Bu tip önlemler alma yükümlülüğü, Devletlerin sağlık hakkı bağlamındaki önleme ve sağlama yükümlülüklerinin spesifik görüntüleridir.

Üstelik sağlık hizmetleri sektörünün özelleştirilmesi ve ticarileştirilmesinin genel olarak insan hakları anlayışına özel olarak da sosyal haklara ve dolayısıyla sağlık hakkına aykırı görülebilecekse de, bunun tek müsebbibi sağlık turizmi değildir. Sağlık turizmi, hemen bir önceki paragrafta gösterildiği üzere, Devlet tarafından alınacak (ve alınması gereken) basit tedbirlerle vatandaşın sağlık hakkıyla uyumlu hale getirilebilir. Sağlığın ticarileşmesi, kapitalist ekonominin günümüzde geldiği aşamayla ilgilidir. Küreselleşme, çeşitli gelişmiş ülkelerde görülen ekonomik krizlerin alım gücünü azaltması vs. gibi etmenler sağlığı bir sektör haline getirmektedir. Hatta en azından gelişmiş ülkelerde yaşayanların az gelişmiş ülkelere gitmesi türü sağlık turizmi bile aynı dinamiklerin sonucu bu derece büyük bir sektör haline gelmiştir. Zira aynı tıbbi hizmeti, kendi ülkesinden çok daha düşük fiyata, üstelik beş yıldızlı otel konforundaki tesislerde alabilmektedir.³²

Dolayısıyla, sağlık turizmi sürecinin hizmet arz eden Devletlerin vatandaşlarının sağlık hakkına olan olası olumsuz etkisine, bunu hak olmaktan çıkaracak ölçüde sonuç bağlamak aşırı bir yaklaşım tarzı olacaktır. Ayrıca bu toptancı yaklaşımda sağlık turizmi hakkı sahibi hastaların hak ve çıkarları tamamen göz ardı edilmiş olur.

Kaldı ki, yukarıda da belirtildiği üzere başta ESKHS olmak üzere ikinci kuşak hakları düzenleyen uluslararası sözleşmelerle kurulan denetim organları özelleştirmenin ve ticarileştirmenin sağlık hakkıyla kategorik olarak çelişmeyeceğini ortaya koymuşlardır. Hiç şüphe yok ki ESKHK'nin söz konusu yaklaşımı eleştiriye açıktır. Ancak her halükarda Komite'nin bu yaklaşımı, ister katılınsın ister katılınmasın, hukuken bağlayıcı perspektifi bize sunmaktadır. O halde, mevcut standartlar ışığında sağlık turizminin sağlık hizmetleri sektörünün özelleştirilmesini ve ticarileştirilmesini hızlandırmasının, genel olarak sağlık hakkıyla ve giderek hizmet arz eden Devletin vatandaşlarının sağlık hakkıyla kategorik olarak çelişmediği kabul edilebilir.

Dünyadaki sağlık hizmetleri arzının kayda değer hacmi özel sektör tarafından karşılanmaktadır. ESKHK başta olmak üzere sağlık hakkına riayeti denetlemekle yetkili organlar, özel sektörün zaten sağladığı sağlık hizmetleri

³²Kötü hizmet arzı sorunları ayrı bir meseledir.

için ne gibi insan hakları yükümlülükleri bulunduğunu yeterli hassasiyetle açıklamış değillerdir (Kinney, 2010: 60).³³

III. Sağlık Turizminde Karşılaşılabilecek Bazı Spesifik İnsan Hakları Problemleri

Sağlık turizminin kısmen bile olsa sağlık hakkı kapsamında olduğunu belirlendikten sonra, sağlık turizmi sürecinde karşılaşılabilecek daha spesifik insan hakları problemleri incelenebilir.

Tekrar hatırlatalım ki, burada ele alınacak sorunlar tamamen örneksene amacıyla seçilmiştir; dolayısıyla, sağlık turizminden kaynaklanabilecek insan hakları sorunlarının tamamına işaret etmemektedir. Ayrıca ele alınan sorunlar için belirgin çözümler üretilmemekte, yerine daha çok sağlık turizmi açısından tartışmalı noktalara değinilmektedir. Bunlara ek olarak, sağlık turizminden kaynaklanan ve başka hukuki disiplinleri ilgilendiren çok sayıda hukuki sorunun burada ele alınmadığı, meselelerin sadece insan hakları boyutlarına değinildiği vurgulanmalıdır.

Sağlık turizmi sürecinde karşılanması muhtemel spesifik insan hakları sorunlarına, ulusalüstü insan hakları hukukunda yer alan çeşitli denetim organları içtihatlarına konu olmuş olaylardan devinerek yaklaşmak mümkün ve pratik açıdan anlamlı olacaktır. Bilindiği üzere, insan hakları hukuku pratiğinde sağlığa ilişkin meseleler, sosyal bir hak niteliğinde olup içtihadi uygulaması zayıf sağlık hakkı dışında kalan birçok hak kapsamına girmektedir. Özellikle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde (AİHS) yer alan birçok hak, sağlıkla ilgili meselelerde belirli ölçülerde uygulama alanı bulabilmektedir. AİHS'deki haklara riayet edilip edilmediğini denetlemekle görevli Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) sağlıkla ilgili olan birçok meselede belirli standartlar geliştirmiştir.³⁴ Dolayısıyla, sağlık turizmi sürecinde ortaya çıkabilecek spesifik insan hakları sorunlarına AİHS'de yer alan haklar ve AİHM içtihatları ışığında yaklaşmak yerinde bir tercih olacaktır. Türk hukuk camiası ve genel olarak kamuoyunun AİHM'e aşına olması da anılan tercihin yerindeliliğini perçinlemektedir.

³³Kinney makalesinin sonunda özel sektörün sağlık hizmeti arzıyla bir insan hakkı olarak sağlık hakkını bağdaştırmaya yönelik çeşitli ilkeler belirlemiştir. Özel şirketlerin de dahil olduğu bir kavram olarak devlet dışı aktörler ve sağlık hakkı arasındaki ilişki için bkz. (Ertan, 2012: 217-224).

³⁴AİHS'in sağlık ve sağlık hakkı ile ilişkilendirilebilecek içtihatları için bkz. (Ertan, 2012: 131-135, 140-143, 147-149, 151-153). AİHM'in burada değinilmeyen sağlığa ilişkin kararları, referansı verilen çalışmada bulunabilir.

Bu tercihin hukuk pratiği bakımından önemli bir sonucu daha vardır. Bir şekilde mağdur olan yabancı/turist hastanın, nihayetinde kendisine tıbbi müdahale yapılan AİHS tarafı Devlete karşı AİHM önünde dava açabileceği ortaya çıkmaktadır. Böylelikle, özellikle malpraktise maruz kalmış hastaların kendi ülkelerinde mi, yoksa tıbbi müdahale yapılan ülkede mi yargısal yollara başvuracağı ikilemi ve kendi ülkesinde açtığı davayı kazandığı ihtimalle bunun müdahalenin yapıldığı ülkede tanınması ve tenfizi sorunu³⁵, belirli ölçüde aşılabilecektir.

A. AİHM Kararlarında Sağlık Turizmi Açısından Tıp Hukukuna İlişkin Genel İlkeler

Tıpkı sosyal bir hak olarak sağlık hakkının öncelikle tıbbi bakım ve ilaçlara ulaşma hakkını içermesi gibi, hastanın tedavisi için kritik önemdeki ilaçlara ulaşmanın yasaklanması veya engellenmesinin AİHS'in yaşam hakkını (Madde 2) ve özel yaşamın korunması hakkını (Madde 8) koruyan maddeleri kapsamında bir insan hakları meselesi teşkil edebileceği söylenebilir.

Nitekim çok yakın tarihli *Hristozov ve diğerleri* davasında bu mesele gündeme gelmiştir. Bazı ülkelerde kullanılmasına rağmen muhatap Devlet Bulgaristan'da yetkili makamlarca onaylanmamış deneysel nitelikteki anti-kanser ilacının "ağır hastalarda uygulanma prosedürü" (compassionate use) çerçevesinde hastalıklarında son aşamaya gelen dokuz kanser hastası üzerinde kullanılmasına izin verilmemiştir. AİHM meselenin yaşam hakkı ve kötü muamele yasağı kapsamında bir sorun teşkil etmediğini belirlemekle birlikte, incelmelerini ağırlıklı olarak özel yaşam hakkı kapsamında yürütmüştür. Bu sınırlamanın özel yaşam hakkına bir müdahale teşkil ettiğini belirleyen AİHM, istisnai durumlarda deneysel ilaçların ağır hastalarda uygulanmasına bazı Avrupa ülkelerinde izin verildiğini ve fakat bu prosedürün yerleşik standartları olmadığını ve nasıl uygulanacağını regüle edilmediğini tespit ederek, olayda anılan Sözleşme hükmünün ihlal edilmediğine hükmetmiştir (*Hristozov and others v. Bulgaria*, App. Nos. 47039/11 and 358/12, Judgment of 13 November 2012, para.123).

Hristozov ve diğerleri kararından hareketle sağlık turizminin istenilen ilaçlara ulaşmakta (deneysel veya değil) ne kadar elzem olduğu anlaşılmaktadır. Hastalıkları geleneksel ilaç ve tedavilerin cevap vermediği seviyeye gelen başvuru sahiplerinin ülkede kullanımına istisnaen bile izin verilmeyen deneysel ilaca

³⁵Doğrudan insan hakları sorunu olmayan bu mesele sağlık turizmi sektörünün en önemli hukuki meselelerinin başında gelmektedir. ABD perspektifinden ayrıntılı bilgi ve tartışmalar için bkz. (Mirrer-Singer, 2007; Nathan Cortez, 2010; Steklof, 2010).

ulaşmak için tek yolları, buna izin veren bir ülkeye bu amaçla seyahat etmektir. Kararın diğer önemli boyutu, AİHM'in gelecekte önüne gelen olası vakalarda bu meseleyi Madde. 8 korumasına daha fazla şekilde dahil edebileceğinin sinyalini vermiş olmasıdır.

Kaldı ki karar, bu iyimser okuma biçimine rağmen kanımızca hatalıdır. Zira elde tıbbi imkan varken bir kişinin hastalığının gerektirdiği en yüksek derecede tedavi alma hakkını tanımaması, ister sınırlandırılmaz nitelikteki yaşam hakkı veya kötü muamele yasağı isterse de sınırlanabilir bir hak olan özel yaşam hakkı açısından bakılsın, ciddi bir insan hakları sorunudur. Yaşamın söz konusu olduğu bir aşamada, artık ilaçların deneysel/onaylanmamış olup olmadığına bakılmaz. Sırf Avrupa devletlerinde yeknesak bir regülasyonun bulunmaması, o ilaca ihtiyacı olan hastanın değil bu işi regüle etmekle yükümlü Devletlerin sorunudur, eksikliğin hukuki sonucuna katlanması gereken de bu Devletlerdir.

Sağlık turizminde karşılaşılabilecek bir başka mesele, özellikle gelişmemiş ülkelerdeki yetersiz teşhis ve tedavi olanaklarından muzdarip kişilerin, tıp teknolojisi ve insan kaynağı gelişkin ülkelerdeki sağlık hizmetini karşılayacak gelir ya da sigortadan yoksun olmasıdır. Bu noktadaki sorun insan hakları hukuku dilinde, devletin hastanın ihtiyaç duyduğu gerekli ve yeterli sağlık bakımını sosyal güvenceler yoluyla tam olarak karşılama yükümlülüğü olup olmadığına odaklanmaktadır.

Bu soruna yine AİHM'in başka kararlarından devinerek belirli ölçüde ışık tutmak mümkündür. *Nitecki* davasında başvurucu nadir görülen ve öldürücü nitelikte bir hastalıktan muzdariptir. Bu hastalığın tedavisinde elzem nitelikteki bir ilacı karşılayacak ekonomik imkanları bulunmadığından devletten masrafların karşılanmasını istemiş ve fakat resmi makamlar tedavi giderlerinin (ilaç bedelinin) ancak % 70'ini karşılamışlardır. Başvurucunun hastalık sigortasının masrafların tamamını karşılamamasının yaşam hakkı ihlali olduğu yönündeki şikayeti önüne geldiğinde AİHM, yaşam hakkının Devletlere kimi pozitif yükümlülükler yüklediğini ve bu yükümlülüklerin sağlık bakımı politikalarının belirlenmesinde kamusal makamların ihmal ya da yetersizliklerini de kapsadığı belirlemesini yapmıştır. Ancak AİHM'e göre, başvurucunun ilacın bedelinin %30'unu ödemek zorunda kalması, Devletin yaşam hakkı özelindeki söz konusu pozitif yükümlülüklerini ihlal edecek derecede değildir. Dolayısıyla AİHM şikayeti kabuledilemez ilan etmiştir (*Nitecki v. Poland*, App. No. 65653/01, Admissibility Decision of 21 March 2002).³⁶

³⁶Bu kararın ve benzer nitelikteki bir başka kararın değerlendirilmesi için ayrıca bkz. (Ertan, 2012: 133-134).

AİHM'in *Nitecki* kararından hareketle, Devletlerin sağlık turizminin veya yurtdışından ithal edilecek elzem ilaçların bütün masraflarını kapsayacak bir sosyal güvenlik rejimi ihdas etmek zorunda olmadığı, daha doğru bir ifadeyle bu yöndeki bir yükümlülüğün yaşam hakkını koruyan AİHS madde 2'den çıkartılamayacağı sonucuna varılabilir. Tekrar vurgulayalım ki, Devlet sosyal güvenlik rejimi veya benzeri bir rejim üzerinden bu tip sağlık masraflarını belirli bir miktara kadar karşılamakla mükelleftir, ancak söz konusu masrafların tamamını karşılaması beklenemez. Unutulmaması gereken nokta, AİHS'nin hak kataloğunda sosyal haklara yer vermiyor oluşu ve bu sebeple AİHM'in önüne gelen somut olayları AİHS kataloğunda yer alan birinci kuşak haklar çerçevesinde ele aldığıdır.

Hastaların hakları bakımından sağlık turizminin doğurabileceği sorunların en önemli ve sık görülme potansiyeli olanlarından biri tıbbi kayıtların tutulması ve bu kayıtlara ulaşım imkanlarıdır (Lunt vd, 2011: paras.86-89). Kişisel verilerin korunması hukuku ilkelerini de devreye sokan bu meseleyi, yine AİHM'in kararlarından hareketle sağlık turizmi için uyarlamaya çalışalım.

Birçok kararında AİHM kişisel verilerin korunmasının önemini vurgulamış ve kişisel veriler hukukunda hakim olan ilkeleri her bir hak özelinde içtihat hukukuna entegre etmiştir. Bu ilkeler arasında verilerin toplanma amacının belirli ve açık olması, bu amacın meşru olması, verilerin daha sonra işleme amaçlarının toplanma amacı ile uyumlu olması, işlenmenin aşırı olmaması ve amacın gerektirdiğinden daha uzun tutulmaması başta gelenlerdir. Kişisel verilerin korunması bağlamında Avrupa Konseyinin Kişisel Verilerin Otomatik Olarak İşlenmesi Bağlamında Bireylerin Korunması Sözleşmesi (Gemalmaz, 2010a: 581-595) ile Avrupa Birliğinin Yönergesini de hatırla tutmak gereklidir. Sağlık verilerinin hassas veri kategorisinde olduğu da burada not edilmelidir.

Gördükleri tıbbi müdahalelere ilişkin kayıtlara ulaşmaya çalışan Roman kökenli başvuruoculararın yaptığı şikayette AİHM, bu kayıtların fotokopilerinin verilmemesini AİHS Madde 8'e aykırı saymıştır. Tıpkı yaşam hakkı gibi özel yaşamın korunması hakkını düzenleyen Madde 8'in pozitif yükümlülükler içerdiğini belirten AİHM'e göre, kendileri hakkındaki tıbbi bilgilere ulaşmalarını ve bir fotokopi almalarını sağlayacak etkili ve kullanılabilir bir usulün mevzuatta düzenlenmemiş olması önemli bir ihlal sebebidir. Fotokopi masrafı bilgi talep edenlerden istenebilirse de, talebin reddine ilişkin geçerli ve doyurucu gerekçe vermek yükümlülüğü kamu makamlarının üzerindedir; bilgi talep edenden bu talebin gerekçesi sorulamaz. Ayrıca bilginin üçüncü kişilerce kötüye kullanılması olasılığı, söz konusu bilginin talep edene verilmemesini meşrulaştıracak bir gerekçe değildir. Devlet, üçüncü kişilerce başkalarına ait

tıbbi bilgilere ulaşılmamasını ve bunların kullanılmamasını çeşitli yöntemlerle sağlamak zorundadır (*K. H. and others v. Slovakia*, App. No.32881/04, Judgment of 28 April 2009).

Bir başka kararında AİHM, HIV pozitif bir hastanın tıbbi kayıtlarının cinsel saldırı suçuna ilişkin bir yargılama sürecinde yargısal makamlarca alenileştirilmesinin AİHS Madde 8'e aykırı olduğuna karar vermiştir (*Z. v. Finland*, App. No. 22009/93, Judgment of 25 February 1997). Yine devlet hastanesinde tutulan kendisine ait HIV kayıtlarının hastane çalışanlarına öğrenilmesi ve bunu engelleyecek güvencelerin yokluğu özel yaşamın korunması hakkına aykırıdır. AİHM'e göre, tıbbi kayıtların tutulmasında ve saklanmasında meydana gelen kusurdan ötürü tazminat edinme imkanının olması, Devleti sorumluluktan kurtarmamaktadır. Önemli olan kişisel tıbbi kaydın, dışarıya sızmasının engellenmesidir (*I v. Finland*, App. No. 20511/03, Judgment of 17 July 2008). Çok yeni bir kararında AİHM aynı yaklaşımı sürdürerek, buyurgan bir toplumsal ihtiyaç baskısının yokluğunda, Yehova Şahitlerinin tıbbi kayıtlarının alenileştirilmesini Sözleşmeye aykırı görmüştür (*Avilkana and others v. Russia*, App. No. 1585/09, Judgment of 06 June 2013).

AİHM benzer yaklaşımı ceza hukuku bağlamında tıbbi dokuların alınması, işlenmesi ve saklanması açısından da göstermektedir (*S. and Marper v. UK*, App. Nos. 30562/04 and 30566/04, Judgment of 04 December 2008; *M.K. v. France*, App. No. 19522/09, Judgment of 18 April 2013).

Bu kararlar, tıbbi kayıtların alınması, işlenmesi ve tutulmasında Devletlerin ciddi sorumluluklarının bulunduğunu gösterdiği gibi, bu alanın davalara konu olacak ölçüde sorunlu olduğunu da göstermektedir. Sağlığa ilişkin kişisel verilerin tutulması ve bunlara gerektiğinde ulaşılması, sağlık turizmi sürecinde daha çok önem arz etmektedir. Zira bilindiği üzere, hasta geldiği ülkede ana tedavisini gördükten sonra kendi ülkesine (sürekli yaşadığı ülke) dönmektedir. Burada hem başka ülkede gördüğü tedaviyle bağlantılı tıbbi süreçler hem de başka yeni tıbbi süreçler bakımından, başka ülkede gördüğü tedavinin tüm ayrıntılarına ulaşılması gerekebilir.

Hekimlerin malpraktis uygulamalarından ötürü Devletin insan hakları sorumluluğu da hatırlanması gerekli bir meseledir. Sağlık turizmi sürecinde, bütün tıbbi müdahaleler bakımından olabileceği gibi, hekim veya diğer sağlık çalışanlarının hatalı ve kusurlu tıbbi uygulamalarına maruz kalınabilir. AİHM'in bu konudaki kararları sağlık turizmi süreci açısından yol gösterici

niteliktedir. Söz konusu kararların tek tek incelenmesi bu çalışmanın amaçlarını aşacağından burada bazılarının referansını vermekle yetiniyoruz.³⁷

B. Kürtaj Turizmi ve Bu Turizme İlişkin Bilgi Verme - Reklam Yapma

AİHM önüne gelen sağlığa ilişkin bir dizi başvuru sağlık turizminin çeşitli boyutlarını daha doğrudan ilgilendirmektedir. Özellikle bazı Devletlerde yasak tıbbi müdahalelere ilişkin meseleler, çeşitli boyutlarıyla AİHM önüne gelmiştir.

Kürtaj turizmi bunlardan biridir. Bilindiği üzere İrlanda’da kürtaj kadının yaşamını kurtarmak için gerekli olan haller dışında mevzuatla yasaklanmıştır. Bu sebeple kürtaj yaptırmak isteyen İrlandalı kadınlar ya İngiltere’ye gitmekte ya da açık denizde klinik şeklinde düzenlenmiş gemilerde kürtaj yaptırmaktadır (Gilmartin ve White, 2011: 277-279).

A, B ve C davasında başvurucular, kürtaj olmak için İngiltere’ye gitmek zorunda kalmalarının ve İrlanda’ya dönüşlerinde sağlık sorunları yaşamalarının AİHS’in başta özel yaşam hakkı olmak üzere, çeşitli haklarına aykırılık teşkil ettiğini ileri sürmüşlerdir. AİHM ise bunlardan yalnızca kanser hastası olan üçüncü başvurucunun kürtaj olmak için İngiltere’ye yolculuk yapmak zorunda kalmasının ihlal teşkil ettiği, diğerlerinin haklarının ihlal edilmediği değerlendirmesinde bulunmuştur (A., B., and C. v. Ireland, App. No. 25579/05, GC Judgment of 16 December 2010).

Diğer yandan AİHM, İrlanda’daki kürtaj yasaklarından kaynaklanan sağlık turizmi süreci hakkında reklam yapmanın ve kürtaj olmak isteyenlerin bilgilendirilmesinin engellenmesinin AİHS’in ifade özgürlüğünü düzenleyen 10. Maddesine aykırı görmektedir. Anılan *Open Door* davasında başvurucular, kürtaj olmak isteyen İrlandalı kadınlara danışmanlık yapan ve yol gösteren şirketlerdir. Başvurucu şirketlerin yurtdışındaki kürtaj yollarını açıklamalarının ve bunlara ilişkin reklam yapmalarının mahkeme kararıyla durdurulmasının ifade özgürlüklerine aykırı olduğunu ileri sürmüşlerdir. AİHM, başvurucu kürtaj danışmanlığı şirketlerine tanıtım ve rehberlik faaliyetlerine yönelik

³⁷(*Draon v. France*, App. No.1513/03, GC Judgment of 6 October 2005; *Maurice v. France*, App. No.11810/03, GC Judgment of 6 October 2005; *Silih v. Slovenia*, App. No. 71463/01, Judgment of 9 April 2009; *Oyal v. Turkey*, App. No. 4864/05, Judgment of 23 March 2010; *Spyra and Kranczkowski v. Poland*, App. No.19764/07, Judgment of 25 September 2012; *Csoma v. Romania*, App. No. 8759/05, Judgment of 15 January 2013; *Mehmet Şentürk and Bekir Şentürk*, App. No. 13423/09, Judgment of 9 April 2013).

sınırlamaların kendi başına kürtaj hakkında bilgi edinebilecek eğitimden yoksun veya bilgi kaynaklarına başka şekilde ulaşamayacak kadınların sağlığını tehlikeye düşürme riski taşıdığına hükme bağlamıştır. AİHM özellikle yaş, sağlık ve kürtaj sebebi gibi hiçbir ayırım gözetmeksizin yurtdışındaki kürtaj tesis ve imkanlarına ilişkin bilgiye ulaşmanın kategorik olarak engellenmesinin demokratik çoğulcu bir toplumda kabul edilemeyeceğini vurgulamıştır (*Open Door and Dublin Well Women v. Ireland*, App. Nos. 14234/88; 14235/88, Judgment of 29 October 1992).

Benzer bir dava bu kez Portekiz uygulamasından kaynaklanmıştır. Bu davada Hollanda bayraklı ve aslında açık denizde kürtaj kliniği olarak çalışan ve yine Hollanda'da kurulu Women on Waves isimli hükümetlerdışı örgüt tarafından işletilen bir geminin, Portekiz'de kurulu iki hükümetlerdışı örgütle beraber, kürtaja ilişkin Portekiz hukukunu eleştirmek, kürtajın suç olmaktan çıkarılması yönünde kampanya yapmak ve eylem yapıp broşür dağıtmak üzere Portekiz karasularına girişinin savaş gemisiyle engellenmesinin AİHS'e uygunluğu tartışılmıştır. Meseleyi ifade özgürlüğü açısından ele alan AİHM'e göre, Portekiz eğer gemide yasalarına aykırı bir durum varsa buna savaş gemisiyle değil daha hafif önlemlerle müdahale etmeliydi/edebilirdi. İfade özgürlüğünü kullanmak amacı dışında Portekiz yasalarını çiğneme niyetini gösterdiğine dair bir veri bulunmayan insanları taşıyan bir gemiyi savaş gemisi göndererek karasularına girmekten men etmek, ifade özgürlüğü ihlalidir. AİHM başvuruçuların Portekiz kanunlarını veya üçüncü kişilerin haklarını çiğneyen herhangi bir tasarrufta bulunmadıklarının altını çizmiştir (*Women on Waves v. Portugal*, App. No. 31276/05, Judgment of 3 February 2009).

AİHM kürtajı bir hak olarak tanımadığı gibi kürtaj sebebiyle sağlık turizmi sürecinin işletilmesinde de kategorik olarak Sözleşmesel bir sorun görmemektedir. Ancak ciddi hastalığı olan ve gebeliğin kişiye zarar vereceği hallerde, kürtaj olmak için başka bir ülkeye gidilmek zorunda kalınması, özel yaşam hakkının ihlali niteliğindedir. Dikkat edilsin ki AİHM'in bu durumlarda ihlal olarak gördüğü husus, sağlığı tehlikeye düşecek gebenin sağlık turizmi seyahatine çıkmaktan başka çaresinin olmamasıdır.

Diğer yandan, kürtajı kategorik bir hak olarak tanımayan AİHM, bu işlem için seyahat yapılmasını ve tanıtım yapılmasını ise hak olarak tanımaktadır. Kürtaj turizmi sektörü AİHS'de yer alan başta ifade özgürlüğü ve seyahat özgürlüğü olmak üzere çeşitli hakların güvencesi altındadır.

Kürtaj konusunda sağlık turizmin son derece önemli olduğunu vurgulamak gereklidir. Özellikle kürtaja ilişkin fiilen bu tıbbi girişimi imkansız kılacak ölçüde aşırı sıkı düzenlemelerin söz konusu olduğu hallerde veya sağlık personelinin kürtajı kişisel olarak hoş karşılamayıp hastaları yeterince

bilgilendirmediği veya utandırdığı durumlarda³⁸ kürtaj turizmi en garantili çözüm olarak gözükmektedir.

C. Ötanazi Turizmi

Farklı türleri olan ötanazi hem felsefi açıdan hem de hukuki açıdan oldukça tartışmalı bir meseledir. Sağlık turizmi açısından asıl önem arz eden aktif ötanazidir.³⁹ Bilindiği üzere, Avrupa'da Hollanda, Belçika, İsviçre ve Lüksemburg, belirli koşullarla aktif ötanaziye yasallaştırmıştır.

Asıl tartışmalı olan aktif ötanazi veya intihara yardım meseleleri çeşitli vesilelerle AİHM önüne gelmiştir. AİHM'e göre, kişiler Sözleşmenin özel yaşam hakkını düzenleyen 8. Maddesi kapsamında yaşamlarının sonuna ilişkin olarak haysiyetlerine aykırı olduğuna inandıkları durumlardan kaçınma hakkına sahiptirler (*Pretty v. UK*, App. No: 2346/02, Judgment of 29 April 2002, para.67). AİHM'in ihlal bulmadığı *Pretty* kararında belirlediği bu teorik pozisyon alış, birçok yeni içtihadı kaynaklık etmektedir.

Haas davasında başvuru reçeteli olarak satılmakta olup acısız ve kesin ölümü sağlayan sodyum pentobarbital'ı reçetesiz olarak almak istemiştir. Muhatap İsviçre makamları bu talebi geri çevirmiş, İsviçre Federal Mahkemesi AİHM kararlarına da atıfla kamu makamlarının kararını yerinde görmüştür. AİHM de büyük ölçüde Federal Mahkemenin kararına katılarak ölümcül dozda ilacın reçetesiz olarak verilmemesinin arkasında hem kötüye kullanmanın engellenmesi hem de kamu sağlığının korunması amaçları bulunduğu değerlendirmesini yapmıştır. Bu kararda AİHM *Pretty* kararındaki teorik pozisyonunu teyit ederek, bireyin hayatını ne zaman ne şekilde sonlandıracağına karar verme hakkının özel yaşama saygı hakkının bir unsuru olduğunu açıkça vurgulamıştır (*Haas v. Switzerland*, App. No. 31322/07, Judgment of 20 January 2011).

³⁸Ki bu durum aynı zamanda özel yaşama saygı hakkının ve hatta aşağılayıcı muamele yaşamının ihlali niteliğindedir. Bkz. (*R. R. v. Poland*, App. No. 27617/04, Judgment of 26 May 2011; *P. and S. v. Poland*, App. No. 57375/08, Judgment of 30 October 2012).

³⁹Yakın geçmişte AİHM Büyük Dairesi bitkisel hayattaki bir kişinin, doktorlar tarafından yaşam desteğinin kesilmesi kararına ilişkin olarak yapılan bir başvuruyu ötanazi olarak değil yaşamı sürdürmeye yönelik bakımdan vazgeçme olarak nitelemiş ve devletin yaşam hakkını düzenleyen Md. 2'den kaynaklanan pozitif yükümlülükleri çerçevesinde değerlendirmiştir. Mahkeme başvuruya ilişkin ihlal tespitinde bulunmamıştır. (*Lambert and Others v. France*, App. No. 46043/14, GC Judgment of 5 June 2015).

Nitekim bu teorik pozisyon 2013 Mayısında AİHM’i yine İsviçre’ye karşı ve neredeyse tamamen aynı nitelikte olan *Gross* davasında özel yaşama saygı hakkının ihlali olduğu sonucuna götürmüştür. Mahkemeye göre, hiçbir ciddi hastalığı bulunmayan başvuruçunun hayatına son vermek amacıyla ölümcül dozda sodium pentobarbital talep etmesi özel yaşama saygı hakkı kapsamına girmektedir. AİHM bu noktada incelemesini, hekimlerin başvuruçunun pozisyonundaki kişilere anılan ilacı reçeteli olarak yazıp yazamayacağı ve eğer yazabiliyorsa hangi koşullarda yazabileceklerine ilişkin olarak Devletin yeterli yol gösterici ilkeler hasredip etmediğinde odaklaştırmıştır. AİHM başvuruçunun ölüm döşeginde olmadığı için ulusal hukuk ve özellikle de Federal Mahkeme kararlarında belirlenen standartlar doğrultusunda intihar amacıyla söz konusu ilacı alamayacağını tespit etmiştir. Konuya ilişkin deontoloji mevzuatını da içeren yasal boşluk, hekimlerin anılan ilacı talep eden başvuruçunun gibi kişilere reçete yazma konusunda çekimser kalmalarına yol açmaktadır. İşte bu yasal belirsizlik ortamı, hayatın çok önemli bir boyutu hakkında hayati karar almak isteyen başvuruçuda ıstırap yaratmaktadır. AİHM bu noktada böylesine siyasi ve felsefi olarak tartışmalı bir mesele üzerinde uzlaşma olmamasının, demokratik süreçlerin doğasında olduğunu ve bu durumun Devletlerin gerekli düzenlemeleri yapma yükümlülüklerinden bağımsız kılmaya yetmeyeceği değerlendirmesini yapmıştır (*Gross v. Switzerland*, App. No. 67810/10, Judgment of 14 May 2013).

Önemle vurgulamak gerekir ki AİHM, İsviçre hukuku bir yandan ölümcül dozda sodium pentobarbitalin reçeteli alınmasına izin verirken bu reçetenin hangi koşullarda verileceğinin mevzuatta açıkça belirlenmemiş olmasının özel yaşamın ihlali niteliğinde olduğuna hükmetmiştir. Yoksa AİHM ötanazi hakkı tanyor değildir; tersine bundan açıkça kaçınmış, sağlıklı bireylere sodium pentobarbital verilir verilmeyeceğine ilişkin esasa müteallik talebin yetkisi dışında kaldığına karar vermiştir. Bununla birlikte, ötanaziye dair yukarıda örneklenen kararlar AİHM’in belirli bir eğilime girdiğini, ötanaziyi en azından usuli boyutuyla başta özel yaşam hakkını koruyan Madde 8 olmak üzere Sözleşmesel sisteme entegre etmeye çalıştığını göstermektedir.⁴⁰

Ancak AİHM, muhatap İsviçre’nin başvurusu üzerine meselenin bir de Büyük Daire tarafından incelenmesine karar vermiştir. Büyük Daire başvuruçunun bireysel başvuru hakkının kötüye kullanılmış olduğu gerekçesiyle

⁴⁰Bu karara üç yargıç muhalefet şerhi koymuş ve çoğunluğun görüşündeki çelişki ve tutarsızlıkları, *Haas* kararına da atıfla irdelemiştir. Aslında çoğunluk görüşünün özünde bir çelişki veya tutarsızlık yoktur; sorun, henüz düşünsel ve içtihadî alt yapısı ötanaziyi bir hak olarak görece ölçüde gelişkin olmayan sisteme bunu bir şekilde entegre etme çabasından kaynaklanmaktadır.

kabuledilemez bulmuştur. Zira başvuru bayan Gross 2011 yılında sodium pentobarbital kullanarak yaşamına son vermiş ve fakat durumun AİHM tarafından öğrenilmemesi için kasıtlı eylemlerde bulunmuştur (*Gross v. Switzerland*, App. No. 67810/10, GC Judgment of 30 September 2014).

Almanya'ya karşı bir davada AİHM, yine usuli güvenceler temelinde intihara yardım talebinin ulusal yargı makamlarınca dinlenilmemesini özel yaşama saygı hakkının ihlali niteliğinde bulmuştur. Düşmeye bağlı felçli hastanın, 15 yıllık ömrü olduğu tıbben belirlenmesine rağmen ölümcül dozda sodium pentobarbital alması için eşi tarafından yapılan başvuru önce reddedilmiş, daha sonra felçli hasta İsviçre'de aldığı yardımlarla kendini öldürmüştür. Eşin Alman makamlarına karşı açtığı davalar, nihayetinde Alman Anayasa Mahkemesinin kararıyla, eşin müteveffanın kişiliğine sıkı sıkıya bağlı ve devredilmez nitelikteki söz konusu hakkı (onurun korunması) için dava/ taraf ehliyeti olmadığı gerekçesiyle reddedilmiştir.⁴¹ AİHM, özellikle *Pretty* ve *Haas* kararlarında belirlediği ilkelere atıfla, özel yaşama saygı hakkının hayatın sonuna dair kararları da kapsadığını ve herkesin bir hakkın esasına ilişkin olarak ulusal yargı makamlarınca dinlenilme hakkı olduğunu teyit etmiştir. Başvurucunun taleplerinin Alman yargısal makamlarınca esasına girilmeden dinlenilmemesi, özel yaşama saygı hakkına bir müdahale teşkil etmektedir. AİHM, ölümcül dozda sodium pentobarbital verilmesi suretiyle ötanazi ya da intihara yardımın Sözleşmeye uygunluğu hakkında bir karar vermediğinin ve bu konuda esasa müteallik bir karar verme görevinin ulusal yargılama makamlarında olduğunun altını çizerek, başvuru taleplerinin dinlenilmemesinin özel yaşama saygı hakkının ihlali olduğu değerlendirmesini yapmıştır (*Koch v. Germany*, App. No. 497/09, Judgment of 19 July 2012).

Görüldüğü üzere, AİHM, özellikle özel yaşama saygı hakkının usuli boyutunu zorlayarak ötanazi veya intihara yardım taleplerini bir şekilde Sözleşmesel sisteme entegre etmeye çalışmaktadır. *Koch* kararının sağlık turizmini ilgilendiren diğer boyutu, Alman makamlarının ölümcül dozda sodium pentobarbital verilmesi talebini reddetmeleri üzere, felçli hasta ve başvuru eşinin bu işlem için İsviçre'ye gitmiş olmalarıdır. Felçli eş, İsviçre'de yardım alarak intihar etmiştir.

Anlaşılan o ki, ötanazi turizmi sağlık turizminin geleceği parlak alt sektörlerinden biri olacaktır.

⁴¹Bu konuda ayrıca bkz. (*Sanles Sanles v. Spain*, App. No.48335/99, Admissibility Decision of 26 October 2000).

Sonuç

Sağlık turizmi ve insan haklarının kesişimi üzerine yukarıda geliştirilen düşünceler burada bazı genel belirlemeler yapmamıza temel oluşturabilir. Sağlık turizmi, en azından bazı türleri özelinde sağlık hakkının bir unsuruydu ve hatta bazı türleri yine sağlık hakkına yer verilmeyen AİHS çerçevesinde AİHM tarafından korunuyorsa, meselenin gerek kişisel, gerek kurumsal (şirketler dahil) gerekse de siyasi düzeyde hak temelli bir yaklaşımla ele alınması gerekmektedir. Sağlık turizmine hak penceresinden bakmayan her karar, her tasarruf, her siyasa belirlemesi eksik kalmaya mahkum olduğu gibi nihayetinde ulusalüstü insan hakları hukukunun denetim organlarından biri önünde ihlalci pozisyonuna kadar düşürebilir. Bu organ AİHM olabileceği gibi artık bireysel başvuruları inceleme yetkisine kavuşan Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi de olabilir.

Sağlık turizmine hak temelli bir bakış, Devletlerin bu kapsamdaki yükümlülüklerini arttırmaktadır. Devletler, hastaların sağlık turizmi kapsamında yaptığı sağlık hizmeti giderlerini belirli ölçülerde sosyal güvenlik veya benzeri bir sigorta sistemi üzerinden karşılamakla mükelleftir. Elbette bu yükümlülük, tıpkı genel olarak sağlık hakkı için geçerli olduğu üzere, bütçe, öncelik vs. gibi ölçütlerle sınırlıdır.

Sağlık turizmi gibi tamamen piyasa terimleriyle ortaya çıkan bir kavramın sağlık hakkı içine monte edilmesi ilk başta insanı yadırgatabilir. Ama çalışmada gösterildiği üzere, aldığı bütün eleştirilere rağmen sağlık hizmetlerinin özelleştirilmesi ve ticarileştirilmesi insan hakları anlayışıyla kategorik olarak çelişmemektedir. Zaten sağlığın özelleştirilmesi ve ticarileştirilmesi küreselleşme sürecinin bir yansıması olduğundan sağlık turizmini de bu çerçevede değerlendirmek gerekir. Bu kapsamda sağlık turizminin bazı unsurlarının sağlık hakkı kapsamına girdiğini söylemek mümkündür. Özellikle gelişmiş tıbbi bakıma ulaşmak, daha karşılanabilir (ucuz) tıbbi bakıma erişmek, uzun sıralar beklememek vs. son derece meşru hak talepleridir. Diğer yandan sağlık turizminin hizmet sunan Devletin vatandaşlarının sağlık hizmetlerinden yararlanmasına yönelik olası olumsuz etkileri de göz ardı edilmemelidir.

Diğer yandan, sağlık turizminin bir hak olarak mütalaa edilmesi, hatta sadece sağlık turizmi fenomeni, bir Devletin çeşitli tıbbi müdahale türlerini yasaklamasını anlamsız kılmaktadır. Kürtajın yasaklanması veya aşırı sınırlanması, yumurta ve sperm bağışının yasaklanması ve hukuken tanınmaması gibi üreme teknolojilerinin bir kısmının sınırlanması, belki bazı ahlaki değerlere hizmet etmektedir ama sağlık turizmi fenomeni karşısında bu sınırlamaların pek anlamı yoktur. Türkiye'nin hali hazırdaki durumu budur. Üstelik söz konusu anlamsız sınırlamalar ve yasaklar, bu tip sağlık

hizmetlerinin serbest olduğu bir Devlette bu hizmetin alınması sonrasında yeni hukuki sorunlar meydana getirecektir.

Kaldı ki, Türkiye sağlık turizmi alanında yetişmiş insan kaynağı, teknolojik alt yapı, gelişmiş büyük şehirler ve doğal güzellikler faktörleri sayesinde büyük bir potansiyele sahiptir. Oysa Türkiye bu potansiyelini yeterli verimlilikte kullanamamakta, dünyanın önde gelen sağlık turizmi hizmeti veren ülkeleri arasında ismi sonlarda anılmaktadır. Dolayısıyla bir yandan ülkenin sağlık turizmi potansiyelini arttırmak isteyip diğer yandan sağlık turizminin amacı olacak birçok verimli hizmet alanını yasaklamak veya aşırı sınırlamak, tutarsız bir Devlet politikasına işaret etmektedir.

Üstelik bazı tıbbi müdahale, tedavi ve hizmetlerinin yasaklanması veya aşırı sınırlanması, bunlardan faydalanmak isteyen insanları sağlık turizmine yönlendirmektedir. Çalışmanın başında bu durumun sağlık turizmini arttıran en büyük faktörlerin başında geldiği belirtilmişti. Yasaklar veya aşırı sınırlamalar sebebiyle Türkiye’de yaşayanların (sağlık turizminin sadece vatandaşları kapsamadığını tekrar hatırlatalım) başka ülkelerde söz konusu tıbbi girişimleri yaptırması, doğuracağı hukuki sorunların yanı sıra ülkenin gelir kaybına yol açmaktadır.

Elbette, Devletler dünyanın tamamında yasak olan, etik olarak evrensel ölçekte kabul görmemiş tıbbi girişimleri yasaklama yetkisine sahiptirler. Hatta bu tip yasaklamalar insan haklarından kaynaklanan bir yükümlülüktür. Bunu emreden çok sayıda uluslararası insan hakları sözleşmesi hükmü olduğunu söyleyebiliriz. Ayrıca Devletler, bu yasakların işlevsel olabilmesi için ciddiyetle icra edilmesi/uygulanmasını sağlayacaklardır. Aksi halde, ahlaki ve insan hakları değerleri üzerinde yükselen yasak ve sınırlamalar, kağıt üzerinde temenni olarak kalır.

Ancak etik ve hukuki açıdan olumsuz niteliği böyle evrensel kabul görmüş tıbbi girişimler dışında, o ülkenin, bölgenin ya da bir kişinin (kişi grubu dahil) tekil etik veyahut hukuki anlayışıyla bazı tıbbi müdahale türlerini yasaklamak insan hakları üzerinden temellendirilemez. Bu tip yasaklar, yine ulusalüstü insan hakları hukukunun mevcut durumu gereği belki yetkili ulusalüstü denetim organları önünde doğrudan mahkum edilmez ama, yasaklanmış/sınırlanmış tıbbi girişimi bunun serbest olduğu bir Devlette yaptıran kişiye karşı herhangi bir yaptırım uygulanmasını imkansız kılar. Sonuç, uygulanması imkansız yasak/sınırlama koyarak ciddiyetine gölge düşürmüş bir Devlet ve bu yasağı/sınırlamayı sağlık turizmi vasıtasıyla aşmaya mali ve kişisel durumu elveren vatandaşlar ile buna elvermeyen vatandaşlar arasında sağlık hizmetlerine ulaşım bakımından ortaya çıkacak büyük eşitsizlik ve adaletsizlik olacaktır.

Kaynakça

- Chapman, Audrey (2014), "The Impact of Reliance on Private Sector Health Services on the Right to Health", *Health and Human Rights Journal*, 16 (1): 122-133.
- Cohen I., Glenn (2010), "Protecting Patients with Passports: Medical Tourism and the Patient-Protective Argument", *Iowa Law Review*, 95: 1467-1567.
- Cohen I., Glenn (2011), "Medical Tourism, Access to Health Care, and Global Justice", *Virginia Journal of International Law*, 52(1): 1-14.
- Cohen I., Glenn (2012), "Circumvention Tourism", *Cornell Law Review*, 97: 101-186.
- Cortez, Nathan (2008), "Patients Without Borders: The Emerging Global Market for Patients and the Evolution of Modern Health Law", *Indiana Law Journal*, 83:71-132.
- Cortez, Nathan (2010), "Recalibrating the Legal Risks of Cross-Border Health Care", *Yale Journal of Health Policy, Law, and Ethics*, 10: 1-89.
- Cortez, Nathan (2010-2011), "Embracing the New Geography of Health Care: A Novel Way to Cover Those Left Out of Health Reform", *Southern California Law Review*, 84: 859-931.
- DeRenzo, Lesley N. (2011), "Stem Cell Tourism: The Challenge and Promise of International Regulation of Embryonic Stem Cell-Based Therapies", *Case Western Reserve Journal of International Law*, 43: 877-918.
- Ertan, İzzet Mert (2012), *Uluslararası Boyutlarıyla Sağlık Hakkı*, (İstanbul: Legal Yayınları).
- Gemalmaz, H. Burak (2009), *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı* (İstanbul: Beta Yay.).
- Gemalmaz, Semih (2010a), *İnsan Hakları Hukuku Belgeleri, I. Cilt – Bölgesel Sistemler* (İstanbul: Legal Yayınları).
- Gemalmaz, Semih (2010b), *İnsan Hakları Hukuku Belgeleri, II. Cilt – Uluslararası Sistemler* (İstanbul: Legal Yayınları).
- General Comment No. 3 (1990), *The nature of States parties obligations (Art. 2, para.1)* (Committee on Economic, Social and Cultural Rights, 14/12/1990).
- General Comment No. 14 (2000), *The Right to the Highest Attainable Standard of Health (Art. 12)* (Committee on Economic, Social and Cultural Rights, 11/08/2000).
- Gilmartin, Mary ve White, Allen (2011), "Interrogating Medical Tourism: Ireland, Abortion, and Mobility Rights", *SIGNS: Journal of Women in Culture and Society*, 36(2): 275-280.
- Gluck, Elisabeth (2008), " 'Incredible (Accreditable) India': Trends in Hospital Accreditation Coexistent With the Growth of Medical Tourism in India", *St Louis University Journal of Health Law and Policy*, 1: 459-491.
- Gruskin, Sofia, vd. (ed.) (2005), *Perspectives on Health and Human Rights* (New York-London: Routledge).
- Hazarika, Indrajit (2010), "Medical Tourism: Its Potential Impact on the Health Workforce and Health Systems in India", *Health Policy and Planning*, 25: 248-251.
- Hill, Tamara L. (2011), "The Spread of Antibiotic-Resistant Bacteria through Medical Tourism and Transmission Prevention Under the International Health Regulations", *Chicago Journal of International Law*, 12: 273-308.
- Howze, Kerrie S. (2007), "Medical Tourism: Symptom or Cure?", *Georgia Law Review*, 41: 1013-1052.

- Kalogjera, Liliانا M. (2007), "New Means of Increasing the Transplant Organ Supply- Ethical and Legal Issues", *Human Rights*, 34: 19-23.
- Kinney, Eleanor D. (2010), "Realizing The International Human Right to Health: The Challenge of For-Profit Health Care", *West Virginia Law Review*, 113: 49-66.
- Klaus, Michael (2006), "Outsourcing Vital Operations: What if U.S. Health Care Costs Drive Patients Overseas for Surgery", *Quinnipiac Health Law Journal*, 9: 219-247.
- Lunt, Neil vd (2011), *Medical Tourism: Treatments, Markets and Health System Implications: A Scoping Review* (OECD, Directorate for Employment, Labour and Social Affairs), (<http://www.oecd.org/els/health-systems/48723982.pdf>).
- Mclean, Thomas R. (2008-2009), "The Global Market for Health Care: Economics and Regulation", *Wisconsin International Law Journal*, 26(3): 591-645.
- Mendoza, Roger Lee (2010), "Price Deflation and the Underground Organ Economy in the Philippines", *Journal of Public Health*, 33(1): 101-107.
- Milliyet, (2009), (<http://www.milliyet.com.tr/Siyaset/SonDakika.aspx?aType=SonDakika&Kategori=siyaset&ArticleID=1067352&Date=05.03.2009&b=Rabbime%20sordum%20Cleveland%20yazdi&ver=20>).
- Mirrer-Singer, Philip (2007), "Medical Malpractice Overseas: The Legal Uncertainty Surrounding Medical Tourism", *Law and Contemporary Problems*, 70: 211-232.
- Nair, Manisha ve Webster, Premila (2012), "Health Professionals' Migration in Emerging Market Economies: Patterns, Causes and Possible Solutions", *Journal of Public Health*, 35(1): 157-163 (Advance Access Publication, 24 October 2012).
- OHCHR (2011), *Summary prepared by the Office of the High Commissioner for Human Rights in accordance with paragraph 15 (c) of the annex to Human Rights Council resolution 5/1 (A/HRC/WG.6/12/THA/3, 25 July 2011)*.
- Pachanee, Cha-Aim ve Wibulpolprasert, Suwit (2006), "Incoherent Policies on Universal Coverage of Health Insurance and Promotion of International Trade in Health Services in Thailand", *Health Policy and Planning*, 21(4): 310-318 (Advance Access Publication, 25 May 2006).
- Panitch, Leo ve Leys, Colin (ed.) (2009), *Kapitalizmde Sağlık: Sağlıksızlık Semptomları* (İstanbul: Yordam Kitap) (Çev. Umut Haskan).
- Parsiyar, Angeleque (2009), "Medical Tourism: The Commodification of Health Care in Latin America", *Law and Business Review of the Americas*, 15: 379-404.
- Pasquale, Frank (2009-2010), "Access to Medicine in an Era of Fractal Inequality", *Annals of Health Law*, 19(2): 269-310.
- Roberts, Erica D. (2009), "When the Storehouse is Empty, Unconscionable Contracts Bound: Why Transplant Tourism Should not be Ignored?", *Howard Law Journal*, 52: 747-789.
- Rogers, Benjamin A. vd. (2011), "Country – to – Country Transfer of Patients and the Risk of Multi-Resistant Bacterial Infection", *Clinical Infections Diseases*, 53(1): 49-56.
- Shenfield, F. vd. (2010), "Cross Border Reproductive Care in Six European Countries", *Human Reproduction*, 25(6): 1361-1368.
- Smith, Kristen (2012), "The Problematization of Medical Tourism: A Critique of Neoliberalism", *Developing World Bioethics*, 12(1): 1-8.
- Srinivas, Rohith (2009), "Exploring the Potential for American Death Tourism", *Michigan State University Journal of Medicine and Law*, 13: 91-122.

- Steklof, Cary D. (2010), "Medical Tourism and the Legal Impediments to Recovery in Cases of Medical Malpractice", *Washington University Global Studies Law Review*, 9: 721-742.
- Synder, Jeremy, Valorie A. Crooks ve Rory Johnston (2012), "Perceptions of the Ethics of Medical Tourism: Comparing Patient and Academic Perspectives", *Public Health Ethics*, 5(1): 38-46.
- Turner, Leigh G. (2011), "Quality in Health Care and Globalization of Health Services: Accreditation and Regulatory Oversight of Medical Tourism Companies", *International Journal for Quality in Health Care*, 23(1): 1-7.