



Ek-2



**T.C.
ERCIYES ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI**

SAĞLIK TURİZMİNDEN DOĞAN KANUNLAR İHTİLAFI

**Hazırlayan
Ranegül CAMIZ**

**Danışman
Prof. Dr. Musa AYGÜL**

Doktora Tezi

Ağustos 2023, KAYSERİ

**T.C.
ERCIYES ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER
ENSTİTÜSÜ ÖZEL HUKUK
ANABİLİM DALI**

SAĞLIK TURİZMİNDEN DOĞAN KANUNLAR İHTİLAFI

(Doktora Tezi)

**Hazırlayan
Ranegül
CAMİZ**

**Danışman
Prof. Dr. Musa AYGÜL**

Bu çalışma TÜBİTAK BİDEB 2214/A bursuyla desteklenmiştir.

Ağustos 2023, KAYSERİ

BİLİMSEL ETİĞE UYGUNLUK

Bu çalışmadaki tüm bilgilerin, akademik ve etik kurallara uygun bir şekilde elde edildiğini beyan ederim. Aynı zamanda bu kural ve davranışların gerektirdiği gibi, bu çalışmanın özünde olmayan tüm materyal ve sonuçları tam olarak aktardığımı ve referans gösterdiğimi belirtirim.

Ranegül CAMİZ



T.C.
ERCIYES ÜNİVERSİTESİ
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü

Anabilim Dalı : Özel Hukuk
Programın Ad : Doktora
Tez Başlığı : Sağlık Turizminden Doğan Kanunlar İhtilafı

Yukarıda bilgileri verilen tez çalışmasının a) Giriş b) Ana bölümler c) Sonuç kısımlından oluşan (Kapak, Ön söz, Özet, İçindekiler ve Kaynakça hariç) toplam 226 sayfalık kısmına ilişkin 23/08/2023 tarihinde **Turnitin** intihal programından aşağıda belirtilen filtreme uygulanarak alınmış olan özgünlük raporuna göre tezin benzerlik oranı: % 25'dir.

Filtremeye **alıntılar dâhil** edilmiştir. Filtremede **yedi (7) kelimeden daha az** örtüşme içeren metin kısımları hariç tutulmuştur.

Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Tez İntihal Raporu Esaslarını inceledim ve bu uygulama esaslarında belirtilen azami benzerlik oranlarına göre tez çalışmasının herhangi bir intihal içermediğini, aksinin tespit edilmesi durumunda doğabilecek her türlü hukuki sorumluluğu kabul ettiğimi ve yukarıda vermiş olduğum bilgilerin doğru olduğunu beyan ederim.23/08/2023

Gereğini bilgilerinize arz ederim.

Danışman: Prof. Dr. Musa AYGÜL

Öğrenci: Ranegül CAMIZ

KILAVUZA UYGUNLUK

“Sağlık Turizminden Doğan Kanunlar İhtilafı” adlı Doktora Tezi, Erciyes Üniversitesi Lisansüstü Tez Önerisi ve Tez Yazma Kılavuzuna uygun olarak hazırlanmıştır.

Hazırlayan

Ranegül CAMİZ

Danışman

Prof. Dr. Musa AYGÜL

Özel Hukuk Anabilim Dalı Başkanı

Prof. Dr. Murat DOĞAN

KABUL VE ONAY TUTANAĞI

Prof. Dr. Musa AYGÜL, danışmanlığında **Ranegül CAMİZ** tarafından hazırlanan “**Sağlık Turizminden Doğan Kanunlar İhtilafı**” adlı bu çalışma jürimiz tarafından Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü **Özel Hukuk** Anabilim Dalında **Doktora Tezi** olarak kabul edilmiştir.

JÜRİ:

Danışman : Prof. Dr. Musa AYGÜL
Üye : Prof. Dr. Murat DOĞAN
Üye : Prof. Dr. Necla ÖZTÜRK
Üye : Doç. Dr. Cemil GÜNER
Üye : Dr. Öğr. Üyesi İsmail ATAMULU

ONAY:

Bu tezin kabulü Enstitü Yönetim Kurulunun/...../2023 tarih ve sayılı kararı ile onaylanmıştır.

...../...../.....

Prof. Dr. Atabey KILIÇ
Enstitü Müdürü

ÖN SÖZ

Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Doktora programı kapsamında Prof. Dr. Musa AYGÜL danışmanlığında hazırlanan ‘‘Sağlık Turizminden Doğan Kanunlar İhtilafı’’ isimli tezimiz 26.07.2023 tarihinde Prof. Dr. Musa AYGÜL, Prof. Dr. Murat DOĞAN, Prof. Dr. Necla ÖZTÜRK, Doç. Dr. Cemil GÜNER ve Doç. Dr. İsmail ATAMULU’dan oluşan jüri huzurunda savunularak oy birliğiyle kabul edilmiştir.

Tez konusunun belirlenmesinden tezin savunulmasına kadar olan tüm aşamalarda büyük bir sabır ve özveriyle bana yol gösteren ve tezin yazılması sürecinde ihtiyaç duyduğum her anda ve her konuda beni destekleyen, danışmanım veya Almanların deyişiyile Doktora Babam (Doktorvater), kıymetli hocam Prof. Dr. Musa AYGÜL’e minnettarım. Onun sonsuz desteği ve yardımları olmasaydı tezin bu hâliyle yazılması mümkün olmazdı. Kendisine ne kadar teşekkür etsem eksik kalır. Akademik kariyere başladığım ilk günden itibaren beni akademik çalışma ve araştırmaya teşvik eden, bana daima yol gösteren ve jürimde yer alarak beni onurlandıran değerli hocam Prof. Dr. Murat DOĞAN’a da teşekkürü bir borç bilirim. Diğer yandan jürimde yer alan ve yapmış oldukları eleştiriler ve katkılar neticesinde tezimin çok daha iyi bir seviyeye gelmesine imkân sunan değerli hocalarım Prof. Dr. Necla ÖZTÜRK’e ve Doç. Dr. Cemil GÜNER’e de şükranlarımı sunarım. Yine tezin yazım sürecinde çıkmaza düştüğüm ve sorularla kapısını çaldığım her anda beni cevapsız bırakmayan ve değerli önerilerini benden esirgemeyen, tez savunma jürimde bulunmasından onur duyduğum kıymetli hocam Doç. Dr. İsmail ATAMULU’ya teşekkürlerimi sunarım. Ayrıca akademisyen olarak yetişmemde önemli katkısı olan, sadece hukuk alanında değil hayat konusunda da kendisinden çok şey öğrendiğim ve kendisine asistanlık yapmaktan onur duyduğum sayın hocam Doç. Dr. Akın ÜNAL’a teşekkürü bir borç bilirim.

Bu tezin hazırlanması sürecinde Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumu (TÜBİTAK) tarafından doktora öğrencilerine sağlanan 2214-A Yurt Dışı Doktora Sırası Araştırma Burs Programı kapsamında Freiburg Albert-Ludwigs Üniversitesi’nde araştırma yapabilme imkânına sahip oldum. Sağladıkları bu destek için TÜBİTAK’a teşekkür ederim. Bu vesileyle bana kürsüsünde (Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Abteilung 3) araştırma yapma imkânını sunan, enstitü ve üniversitenin tüm imkânlarından yararlanmamı sağlayan Prof. Dr. Jan von HEIN’a teşekkür etmek isterim. Diğer taraftan benden yardımlarını hiç esirgemeyen Enstitü sekreteri Christel HIESEL ile birlikte

alışmaktan keyif aldığım Dr. Judith STELBRINK, Dr. Nicole GROHMANN ve Sarah OTT'a da teşekkürlerimi sunarım.

Almanya'da bulunduğum süre boyunca bana ev sahipliğı yapan ve bir an dahi olsa yalnız hissetmememi sağılayan AKKAN, GÜNEY, STARZINSKI ve BRUEGEL aileleri ile sevgili Denana'ya da şükranlarımı sunarım. Tezimin yazım aşamasında çalışmamı okuyan Arş. Gör. Dr. Elif Hande ALTINTAŞ AÇIKGÖZ'e, Arş. Gör. Elif YÜKSEK'e ve Arş. Gör. Alihan ÇELİK'e ayrıca teşekkür etmek isterim.

Şüphesiz ki bu çalışmanın ortaya çıkmasında en büyük teşekkürü aileme borçluyum. Kardeşleri olduğum için kendimi çok şanslı hissettiğim ablalarım Duygu YALÇIN ve Ayşe ŞAHBAZ ile eşleri Emir Numan YALÇIN ve Ali ŞAHBAZ'a, sevgili yeğenlerim Ömer Faruk, Akif Emre, Gökçe, Tevfik Deniz ve Gülce'ye varlıkları ve yanımda oldukları için ne kadar teşekkür etsem eksik kalır. 1995 yılında eğitim hayatıma başladığım günden beri gerek maddî gerekse manevî tüm destekleri ile yanımda olan, deyim yerindeyse eğitimim için seferber olan ve haklarını asla ödeyemeyeceğim sevgili annem Döndü CAMİZ'a ve sevgili babam İbrahim CAMİZ'a da en derin teşekkürlerimi sunarım. Siz olmasaydınız bu çalışma ortaya çıkmazdı.

SAĞLIK TURİZMİNDEN DOĞAN KANUNLAR İHTİLÂFI

Ranegül CAMİZ

Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü,

Doktora Tezi, Ağustos 2023

Danışman: Prof. Dr. Musa AYGÜL

ÖZET

Bu tez çalışması, sağlık turizminden doğan kanunlar ihtilâfı meselesini ele almaktadır. Sağlık turizmi, geçmişi antik çağlara kadar uzanan, günümüzde de sıklıkla tercih edilen ve önemi gittikçe artan bir alandır. Sağlık turizminin gelişimi pek çok hukukî sorunu da beraberinde getirmektedir. Sağlık turizminden kaynaklanan uyuşmazlıklarda, uyuşmazlığın hangi ülke hukukuna göre çözüleceğinin tespiti bu sorunların en önemlilerindendir. Çalışmanın ilk bölümünde sağlık turizmine ilişkin kavramlar, sağlık turizminin tercih sebepleri ve sağlık turizminin türleri açıklanmıştır. Bu bölümde ayrıca sağlık turizmi çerçevesinde kurulan sözleşmenin hukukî niteliğine ve bu sözleşmenin tüketici sözleşmesi vasfına sahip olup olmadığına, hekimin ve hastanenin sorumluluğuna dair kavramlara, özellikle hatalı tıbbî müdahale ile aydınlatma yükümlülüğünün ihlâli gibi uygulamada en sık karşılaşılan sorumluluk hâllerine yer verilmiştir. Hekimin hukukî sorumluluğu açısından haksız fiil sorumluluğu ile vekâletsiz iş görme sorumluluğunun gündeme geleceği hâller de bu bölümde incelenmiştir. Çalışmanın ikinci bölümünde çalışmanın ana teması olan uygulanacak hukuk konusu, MÖHUK hükümleri bağlamında ve karşılaştırmalı hukuk ışığında; sözleşme, haksız fiil ve vekâletsiz iş görme statüsü olmak üzere üç ana başlık hâlinde incelenmiştir. Sözleşme statüsü kaleme alınırken MÖHUK m. 24 ve m. 26'ya göre uygulanacak hukukun tespiti ve hukuk seçimi meseleleri detaylı olarak incelenmiştir. Haksız fiil ve vekâletsiz iş görme statüsü açısından sıkı ilişkili hukuk ve fer'i bağlanmanın önemi ortaya konulmuştur. Bu bölümde son olarak kamu düzeni ve doğrudan uygulanan kuralların, *lex causae*'nin uygulanmasını nasıl sınırlandırdığı sorusu cevaplanmıştır.

Anahtar Kelimeler: Sağlık Turizmi, Sağlık Turizmi Hukuku, Hekimin Hukukî Sorumluluğu, Tedâvi Sözleşmesine Uygulanacak Hukuk, Kanunlar İhtilâfı.

CONFLICT OF LAWS ARISING FROM HEALTH TOURISM

Ranegül CAMIZ

Erciyes University, Graduate School of Social Sciences

PhD Thesis, August 2023

Supervisor: Prof. Dr. Musa AYGÜL

ABSTRACT

This thesis examines the issue of conflicts of laws arising from health tourism. Health tourism is an increasingly preferred and significant field that dates back to ancient times. The development of health tourism also brings along many legal issues. In disputes arising from health tourism, determining which country's law will be applied to resolve the dispute is one of the most important challenges. The first part of the study explains the concepts related to health tourism, the reasons for choosing health tourism, and the types of health tourism. This section also discusses the legal nature of the contract established within the framework of health tourism and whether this contract qualifies as a consumer contract. It covers concepts related to the responsibilities of physicians and hospitals, particularly the most commonly encountered liability cases such as medical malpractice and violation of the duty to inform. Furthermore, this section examines cases where the physician's liability comes into play, including tort liability and liability for unauthorized acts. The second part of the study focuses on the main theme of the research, which is the issue of applicable law. It is examined within the context of the provisions of the Turkish Private International Law and Procedural Law and in light of comparative law, under three main headings: contract, tort, and unauthorized acts. The section on contract status thoroughly explores the choice of law and the issues of the applicable law based on Articles 24 and 26 of the Turkish Private International Law and Procedural Law. The importance of closely connected laws and accessory connection is emphasized in terms of tort and unauthorized acts. Finally, this section addresses how public order and ordre public rules restrict the application of the *lex causae*.

Keywords: Health Tourism, Health Tourism Law, Physician's Legal Liability, Applicable Law to Treatment Contracts, Conflict of Laws.

İÇİNDEKİLER

SAĞLIK TURİZMİNDEN DOĞAN KANUNLAR İHTİLAFI

BİLİMSEL ETİĞE UYGUNLUK	i
TEZ ÖZGÜNLÜK SAYFASI.....	ii
KILAVUZA UYGUNLUK	iii
KABUL VE ONAY TUTANAĞI.....	iv
ÖZET	v
ABSTRACT	vi
İÇİNDEKİLER.....	vii
SİMGELER VE KISALTMALAR LİSTESİ	xiii
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

ULUSLARARASI SAĞLIK TURİZMİ VE SAĞLIK TURİZMİ HUKUKUNA İLİŞKİN

TEMEL KAVRAMLAR

1.1. Sağlık Turizmi Kavramı	5
1.2. Sağlık Turizminin Tarihî Gelişimi, Ekonomik Boyutu ve Günümüzdeki Durumu ...	9
1.2.1. Sağlık Turizminin Tarihî Gelişimi	9
1.2.2. Sağlık Turizminin Ekonomik Boyutu	10
1.2.3. Sağlık Turizminin Günümüzdeki Durumu	12
1.2.3.1. Genel Olarak.....	12
1.2.3.2. Sağlık Turizminin Türkiye’deki Durumu.....	16
1.2.4. Sağlık Turizmi ve Covid-19 Pandemisi.....	18
1.2.5. Sağlık Turizmi ve Uzaktan Tedâvi.....	19
1.3. Sağlık Turizminin Unsurları.....	22
1.3.1. Yurt Dışındaki Tedâvi Yeri	23
1.3.2. Kalış Süresi.....	24
1.3.3. Tıbbî Müdahale ve Tedâvi.....	24
1.3.3.1. Genel Olarak.....	24
1.3.3.2. Tıbbî Müdahalenin Sınırları	26
1.3.3.2.1. Tıbbî Müdahalenin Hekim veya Yetkili Bir Kişi Tarafından	
Gerçekleştirilmesi Zorunluluğu.....	26
1.3.3.2.2. Sosyal ve Psikolojik Endikasyon Durumunda Tıbbî Müdahale	28

1.3.3.2.3. Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıp	29
1.3.4. Akut Olmayan Bir Tedâvinin Varlığı	31
1.3.5. Sağlık Seyahati	32
1.3.5.1. Genel Olarak.....	32
1.3.5.2. <i>Spontane</i> Tedâvi	33
1.3.5.3. Yurt Dışında Devlet Tarafından Başlatılan Tedâvi	34
1.4. Sağlık Turizminde Yer Alan Kişi Ve Kurumlar.....	35
1.4.1. Sağlık Turisti Olarak Hasta	36
1.4.2. Hekim ve Sağlık Personeli	40
1.4.3. Sağlık Hizmeti Sunucusu.....	41
1.4.4. Aracı Kuruluş	43
1.5. Sağlık Turizminin Tercih Nedenleri.....	46
1.5.1. Düşük Maliyetli Sağlık Hizmeti	47
1.5.2. Yasal Sağlık Sigortası Kapsamına Giren Tedâvi Sayısındaki Düşüş.....	49
1.5.3. Uzun Bekleme Süreleri.....	49
1.5.4. Daha Kaliteli Sağlık Hizmeti.....	51
1.5.5. Daha Konforlu Bir Ortamda Sunulan Sağlık Hizmeti.....	53
1.5.6. Diğer Nedenler	54
1.6. Sağlık Turizmine Konu Tıbbî Müdahale Türleri.....	57
1.6.1. Üreme Turizmi	59
1.6.2. Ölüm-Ötanazi Turizmi	61
1.6.3. Kürtaj Turizmi	63
1.6.4. Doğum Turizmi	63
1.6.5. <i>Embriyonik</i> Kök Hücre Turizmi	64
1.6.6. Estetik Turizmi	65
1.7. Sağlık Turizmi Kapsamında Hastanın Temel Hakları.....	65
1.7.1. Sağlık Hakkı	65
1.7.2. Yaşam ve Vücut Bütünlüğü.....	68
1.7.3. Kendi Kaderini Tayin Hakkı	69
1.7.4. Hastanın Özel Hayatının Gizliliği ve Mahremiyet Hakkı ile Hastanın Kişisel Verilerinin Korunması.....	70
1.8. Sağlık Turizmi Kapsamında Tedâvi Sözleşmesi.....	71

1.8.1. Hasta ile Hekim Arasında Tesis Edilen Tedâvi Sözleşmesi.....	72
1.8.2. Hasta ile Hastane Arasında Tesis Edilen Tedâvi Sözleşmesi.....	75
1.8.3. Hasta ile Aracı Kuruluş Arasında Tesis Edilen Tedâvi Sözleşmesi.....	77
1.8.3.1. Paket Tur Sözleşmesi	78
1.8.3.2. Paket Tur Sözleşmesinde Bağımsız Hizmet Sağlayıcısı	80
1.8.3.3. Tedâviyi İçeren Bir Paket Tur Sözleşmesinin Varlığı.....	81
1.8.3.4. Tedâvi Aracılığı.....	83
1.8.4. Tedâvi Sözleşmesinin Tüketici Sözleşmesi Niteliği ve Tüketici Olarak Hasta	84
1.8.5. Tedâvi Sözleşmesinde Sık Karşılaşılan Sözleşmenin İhlâli Hâlleri.....	87
1.8.5.1. Hatalı Tıbbî Müdahale.....	88
1.8.5.2. Sadakat ve Özen Yükümlülüğünün İhlâli.....	90
1.8.5.2.1. Sır Saklama Yükümlülüğünün İhlâli	91
1.8.5.2.2. Aydınlatma Yükümlülüğünün İhlâli.....	92
1.9. Sağlık Turizmi Kapsamında Haksız Fiil	94
1.10. Sağlık Turizmi Kapsamında Vekâletsiz İş Görme	96
1.11. Sağlık Turizmine Özgü Tehlikeler	97
1.11.1. Tedâvinin Türü, Kalış Süresinin Kısıtlılığı ve Komplikasyon Durumunda Eksik Müdahale	98
1.11.2. Ülkeler Arasındaki Tıbbî Standartların Farklılığı	99
1.11.3. Dil Kaynaklı İletişim Sorunları	100

İKİNCİ BÖLÜM

SAĞLIK TURİZMİNDEN DOĞAN UYUŞMAZLIKLARA UYGULANACAK

HUKUK

2.1. Sağlık Turizmi İlişkisinin Milletlerarası Özel Hukukun Kapsamına Girmesi İçin Gereken Şartlar	102
2.1.1. Genel Olarak.....	102
2.1.2. Yabancılık Unsuru Taşınması	103
2.1.3. Özel Hukuk İlişkilerinden Doğması	105
2.2. Sağlık Turizmi İlişkisinin Vasıflandırılması	106
2.3. Uyuşmazlığın Sözleşme İlişkisinden Doğması Hâlinde Uygulanacak Hukukun Tespiti	109
2.3.1. Genel Olarak.....	109

2.3.2. Sübjektif Bağlama Kuralları Uyarınca Uygulanacak Hukuk	110
2.3.2.1. Genel Olarak.....	110
2.3.2.2. MÖHUK m. 24'e Göre Hukuk Seçimi	113
2.3.2.2.1. Hukuk Seçiminin Yapılış Şekli	114
2.3.2.2.1.1. Açık Hukuk Seçimi.....	114
2.3.2.2.1.2. Zımnî Hukuk Seçim.....	117
2.3.2.2.1.2.1. Yetki Sözleşmesinin Varlığı.....	120
2.3.2.2.1.2.2. Belirli Bir Ülkenin Hukukuna Yapılan Atıf.....	122
2.3.2.2.1.2.3. Somut Olaydaki Diğer Emâreler	125
2.3.2.2.2 Hukuk Seçiminin Yapılabileceği Zaman.....	127
2.3.2.2.3. Kısmî Hukuk Seçimi	127
2.3.2.2.4. Seçilen Hukukun Niteliği	128
2.3.2.2.5. Hukuk Seçiminin Varlığı ile Şeklî ve Maddî Geçerliliği	128
2.3.2.3. MÖHUK m. 26'nın Uygulama Alanına Giren Tüketici Sözleşmesinin Varlığı Hâlinde Hukuk Seçimi	130
2.3.2.3.1. Genel Olarak.....	130
2.3.2.3.2. Sağlık Turistinin Mutad Meskeni Hukukunun Emredici Hükümleri ve Yararlılık Prensibi	131
2.3.2.3.3. Yararlılık Prensibinin Sınırları	132
2.3.3. Objektif Bağlama Kuralları Uyarınca Uygulanacak Hukuk	133
2.3.3.1. Genel Olarak.....	133
2.3.3.2. MÖHUK m. 26'nın Uygulama Alanına Giren Tüketici Sözleşmesinin Varlığı Hâlinde Uygulanacak Hukuk	134
2.3.3.2.1. Tüketici Olarak Sağlık Turistinin Mutad Meskeni Hukuku.....	134
2.3.3.2.1.1. Genel Olarak	134
2.3.3.2.1.2. Sözleşmenin MÖHUK m. 26'nın Uygulama Alanına Girmesi İçin Taşınması Gereken Şartlar	136
2.3.3.2.2. Tüketiciye Hizmetin Onun Mutad Meskeninin Bulunduğu Ülkeden Başka Bir Ülkede Sağlanması Zorunlu Olan Sözleşmeler	140
2.3.3.2.2.1. Tedâvi Sözleşmesi Açısından Hizmetin Sağlandığı Ülkenin Tespiti	141
2.3.3.2.2.2. İstisnanın Dar Yorumlanması Gerekliliği.....	146

2.3.3.2.2.3. Paket Tur Niteliğinde Bir Tüketici Sözleşmesinin Varlığı	149
2.3.3.3. Sözleşmenin MÖHUK m. 26'nın Uygulama Alanına Girmediği Hâllerde Uygulanacak Hukuk	150
2.3.3.3.1. Genel Olarak.....	150
2.3.3.3.2. Karakteristik Edim Borçlusu Olarak Tedâviyi Gerçekleştiren Tarafın Mutad Meskeni veya İşyeri Hukuku	153
2.3.3.3.2.1. Sağlık Turizminde Karakteristik Edim	155
2.3.3.3.2.2. Hekim veya Sağlık Hizmeti Sunucusunun İşyerinin Tespiti	156
2.3.3.3.2.2.1. Esas İşyeri	156
2.3.3.3.2.2.2. Birden Fazla İşyerinin Varlığı Hâlinde Mutad Meskenin Tespiti.....	158
2.3.3.3.2.2.3. Tedâvinin Farklı Ülkedeki Birden Fazla Şubeye Bölünmesi Hâlinde Mutad Meskenin Tespiti.....	160
2.3.3.3.2.2.3.1. Bir Tedâvi Odağının Belirlenebildiği Hâller	161
2.3.3.3.2.2.3.2. Bir Tedâvi Odağının Belirlenemediği Hâller	162
2.3.3.3.3. Daha Sıkı İlişkili Hukuk	163
2.3.3.3.3.1. Tedâvinin Gerçekleştiği Ülke Hukuku	164
2.3.3.3.3.2. Birden Fazla Hekim Arasında Yatay İş Bölümünün Bulunduğu Hâllerde Daha Sıkı İlişki.....	171
2.3.4. Sözleşme Statüsünün Uygulama Alanı Dışında Kalan Konular	175
2.3.4.1. İspat	175
2.3.4.2. Hak ve Fiil Ehliyeti	176
2.3.5. Sözleşme Statüsünün Uygulama Alanında Kalan Konular	180
2.3.5.1. Genel Olarak.....	180
2.3.5.2. Sözleşmenin Maddî Varlığı ve Geçerliliği	181
2.3.5.3. Sözleşmenin Yorumlanması	184
2.3.5.4. Rıza ve Rıza Ehliyeti	185
2.2.5.4.1. Rızaya Uygulanacak Hukuk	186
2.2.5.4.2. Rıza Verme Ehliyetine Uygulanacak Hukuk.....	187
2.3.5.5. İspat Yükü	189
2.4. Uyuşmazlığın Haksız Fiilden Doğması Hâlinde Uygulanacak Hukukun Tespiti .	190
2.4.1. Genel Olarak.....	190

2.4.2. Objektif Bağlama Kuralı Uyarınca Uygulanacak Hukuk.....	192
2.4.2.1. Zarara Neden Olan Fiilin İşlendiği Yer ve Zararın Meydana Geldiği Yer	192
2.4.2.2. Daha Sıkı İlişkili Hukuk	194
2.4.2.2.1. Tedâvi Sözleşmesine Uygulanacak Hukuka Fer'i Bağlanma.....	195
2.4.2.2.1.1. Objektif Bağlama Noktasına Göre Tespit Edilen Hukuka Fer'i Bağlanma	198
2.4.2.2.1.2. Sübjektif Bağlama Noktasına Göre Tespit Edilen Hukuka Fer'i Bağlanma	200
2.4.2.2.2. Diğer Daha Sıkı İlişki Hâlleri	201
2.4.3. Sübjektif Bağlama Kuralı Uyarınca Uygulanacak Hukuk	203
2.4.3.1. Tarafların Hukuk Seçimine Yönelik İrade Beyanları.....	203
2.4.3.2. Hukuk Seçiminin Yapılabileceği Zaman.....	204
2.4.4. Haksız Fiil Statüsünün Uygulama Alanında Kalan Konular.....	204
2.5. Uyuşmazlığın Vekâletsiz İş Görmeden Doğması Hâlinde Uygulanacak Hukukun Tespiti	205
2.6. <i>Lex Causae</i> 'nın Uygulanmasını Sınırlandıran Hâller.....	207
2.6.1. Kamu Düzeni.....	207
2.6.1.1. Genel Olarak.....	207
2.6.1.2. Tedâvi Sözleşmesinde Kamu Düzeni Müdahalesi	209
2.6.1.2.1. Yetersiz Tazminat veya Tazminatın Hiç Verilmemesi	210
2.6.1.2.2. Orantısız Aşırı Yüksek Tazminat veya Cezaî Tazminat	211
2.6.1.2.3. Aydınlatma Yükümlülüğü ve Rıza	211
2.6.2. Doğrudan Uygulanan Kurallar	212
2.6.2.1. Genel Olarak.....	212
2.6.2.2. <i>For</i> Devletinin Doğrudan Uygulanan Kuralları	214
2.6.2.3. Üçüncü Bir Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları	218
SONUÇ	221
KAYNAKÇA.....	227

SİMGELER VE KISALTMALAR LİSTESİ

&	: ve
§	: Paragraf
A.Ş.	: Anonim Şirket
AB	: Avrupa Birliği
ABAD	: Avrupa Birliği Adalet Divanı
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
AHBVÜHFD	: Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
Art.	: Article
AT	: Avrupa Topluluğu
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BGB	: Alman Medeni Kanunu
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
Çev.	: Çeviren
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Dn.	: Dipnot
DÜHFD	: Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
E.T.	: Erişim Tarihi
Ed.	: Editör
EGBGB	: Alman Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu
ERÜHFD	: Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
EuZW	: Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
GsÜHFD	: Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
GÜHFD	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HHFD	: Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HHY	: Hasta Hakları Yönetmeliği
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
I	: Issue
IPRax	: Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts

IVF	: in vitro fertilizasyon
İnÜHFD	: İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İsviçre MÖHK	: İsviçre Federal Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu
İÜHFD	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
JBİ	: Juristische Blätter
JCI	: Joint Commission International
LRA	: Locus Regit Actum
m.	: madde
MedR	: Die Zeitschrift Medizinrecht
Medstra	: Zeitschrift für Medizinstraftrecht
MHB	: Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni
MÖHUK	: Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun
MÜHFD	: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
NJW	: Neue Juristische Wochenschrift
para.	: Paragraf
PPIL	: Public and Private International Law Bulletin
PTSİ	: Paket Tur Sözleşmeleri Yönetmeliği
RG.	: Resmî Gazete
RabelsZ	: Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RIW	: Recht der Internationalen Wirtschaft
Rn.	: Kenar numarası (Randnummer)
Roma I Tüzüğü	: Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuka İlişkin Roma Tüzüğü
Roma II Tüzüğü	: Akit Dışı Sorumluluğa Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Tüzüğü
s.	: sayfa
S.	: Sayı
SAMW	: Schweizerische Akademie der Medizinischen Wissenschaften
SASABK	: Seyahat Acentaları ve Seyahat Acentaları Birliği Kanunu
SATURK	: Sağlık Turizmi Koordinasyon Kurulu
SAY	: Seyahat Acentaları Yönetmeliği
STAK	: Sağlık Turizmi Aracı Kuruluşu

SÜHFD	: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
TAAD	: Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBBD	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TDN	: Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi
TKHK	: Tüketicinin Koruması Hakkında Kanun
TMK	: Türk Medenî Kanunu
TOTBİD	: Türk Ortopedi ve Travmatoloji Birliği Derneği
TŞSTİDK	: Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun
TTBK	: Türk Tabipler Birliği Kanunu
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
TVK	: Türk Vatandaşlığı Kanunu
USHAŞ	: Uluslararası Sağlık Hizmetleri Anonim Şirketi
ÜYTE	: Üremeye Yardımcı Tedavi Yöntemi
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı
VersR	: Zeitschrift für Versicherungsrecht
VO	: Verordnung (Tüzük)
Vol.	: Volume
VuR	: Zeitschrift für Wirtschafts- und Verbraucherrecht
Y.	: Yıl
YBHD	: Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
YUKK	: Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu
YÜHFD	: Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
ZEuP	: Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZPO	: Alman Medeni Usul Kanunu

GİRİŞ

Tüm insanlar, sağlıklı olmayı arzu eder. Dünya Sağlık Örgütü'nün tanımına göre sağlık, yalnızca kişinin hastalık ve sakatlığının olmayışı değil, ruhen, bedenen ve sosyal yönden tam bir iyilik hâlidir. İnsanlar bu iyilik hâline ulaşabilmek için sağlık hizmeti alma yoluna başvurur. Mutad anlayışa göre sağlık hizmeti, kişinin yaşadığı yerde alınırken artık bu anlayış, eskide kalmıştır. Nitekim tedâvi amacıyla yurt dışına seyahat, 20. yüzyılın sonlarına kadar oldukça nâdir görülen istisnâî bir durum iken 21. yüzyılın başlarından itibaren radikal bir değişiklikte tüm dünyada önemli bir olguya dönüşmüştür. En genel anlamı ile tıbbî hizmet başta olmak üzere sağlığa ilişkin herhangi bir hizmet almak amacıyla bir başka ülkeye yapılan seyahat şeklinde ifade edebileceğimiz sağlık turizmi, önemi gittikçe artan bir *fenomen* hâline gelmiştir.

Tüm dünyada etkisini sürdüren sağlık turizmi rüzgârından Türkiye de etkilenmiştir. Türkiye dünyanın dört bir yanından gelen yabancı hastaları kabul etmekte ve onlara sağlık hizmeti sunmaktadır. Ancak sağlık turizmi, Türkiye açısından sadece tek yönlü gerçekleşmemektedir. Nitekim tedâvi olmak amacıyla yurt dışına giden Türklerin veya Türkiye'de ikâmet eden yabancıların sayısı da gün geçtikçe artmaktadır. Başka bir ifadeyle sağlık turizmi açısından Türkiye hem hedef hem menşe ülkesidir.

İnsanların daha sağlıklı ve daha güzel olma arzusu devam ettiği müddetçe tıpta yeni yöntemlerin ortaya çıkması da kaçınılmazdır. Tıbbî araştırmaların gerek ulusal gerek uluslararası düzeyde geldiği noktada, hastalara sunulan tedâvi seçeneklerinin sayısı da hız kesmeden artmaktadır. Hiç kuşkusuz sağlık turizminin varlığı, ihtiyaç duydukları tedâviyi ülkesinde alamayacak veya tedâviye kendi ülkelerinde kolayca erişemeyecek hastalara yeni kapılar açmaktadır. Ancak açılan yeni kapılar ve dolayısıyla sağlık turizminin gelişimi pek çok hukukî sorunu da beraberinde getirmektedir. Modern tıp ile geleneksel ve tamamlayıcı tıp uygulamalarında insan vücuduna yönelik müdahalenin

varlığı, hukukî sorunlara sebebiyet verme riskini de barındırır. Zira sağlık turistleri, ülke dışına çıkmakla aynı zamanda farklı bir hukuk düzenine de tâbi olmaktadır. Sağlık turizmi çerçevesinde bu sorunların başında hatalı tıbbî müdahale ile aydınlatma yükümlülüğünün ihlâli ve haksız fiil sorumluluğu akla gelmektedir. Bunun yanı sıra sağlık turizminin kompleks yapısı, sadece tıbbî tedâviden değil, örneğin seyahat sözleşmesinden kaynaklanan hukukî sorunların doğmasına da yol açabilir.

Sağlık turizmi medyanın da ilgisini çekmektedir. Ancak bu ilgiye rağmen, medyada sağlık turistlerinin yaşadığı veya yaşamalarının muhtemel olduğu hukukî sorunlara pek fazla yer verilmediği görülmektedir. Özellikle sağlık turizmi uyuşmazlıkları konusunda günümüzde yargı yoluna çok sık başvurulmasa da gelecekte insanların bilinçlenmesiyle konunun mahkemeleri daha çok meşgul edeceğini söylemek yerinde bir tespit olacaktır.

Sağlık turizminden kaynaklanan ve farklı hukuk disiplinlerini ilgilendiren çok sayıda hukukî sorun söz konusudur. Sağlık turizmi bakımından gündeme gelebilecek hukuk disiplinlerinden birisi de milletlerarası özel hukuktur. Burada değinmek gerekir ki sağlık turizmi ulusal ve uluslararası sağlık turizmi şeklinde ikiye ayrılmaktadır. Çalışmamızda ele alınan sağlık turizmi uluslararası sağlık turizmidir. Bir Türk mahkemesi, önüne sağlık turizminden kaynaklanan bir uyuşmazlıkla ilgili dava geldiğinde, öncelikle kendisinin milletlerarası yetkisinin olup olmadığına karar vermeli ve ardından uygulanacak maddî hukuku belirlemelidir. Teknoloji ve tıbbî tedâvi alanındaki ilerleme ve dolayısıyla bunların hastalıkları teşhis ve tedâvideki etkisi ne kadar hızlıysa hukukun bu ilerlemeyi takip etmesi bir o kadar yavaştır. Bunun için konuya ilişkin maddî hukuk sorunları dahi kolaylıkla aşamıyorken, farklı hukuklarla irtibatlı bir uyuşmazlıktan kaynaklanan kanunlar ihtilâfi problemlerinin çözümü daha da karmaşıktır. Sağlık turizminin artan önemine rağmen özellikle tıbbî sorumluluk konusu milletlerarası özel hukuk açısından Türk doktrininin hemen hemen hiç ilgisini çekmemiştir. Tespit edebildiğimiz kadarıyla Türk hukuk literatüründe sağlık turizmi ile ilgili hukukî konuların özellikle milletlerarası özel hukuk boyutuyla ele alındığı kapsamlı bir monografik inceleme henüz bulunmamaktadır. Konunun seçilmesinde bu eksiklik belirleyici olmuştur.

Çalışmamızın birinci bölümünde öncelikle sağlık turizminin bugün bilinen ve uygulanan hâline yer verilmekte ve sağlık turizminin sınırları hususunda bir çerçeve oluşturulmaya çalışılmaktadır. Bu anlamda sağlık turizmine ilişkin kavramlara, sağlık turizminin

unsurları ile tercih sebeplerine ve sağlık turizmine konu tıbbî mûdahale türlerine yer verilmiştir. Çalışmanın ilk bölümünde sağlık turizmi çerçevesinde kurulan sözleşmenin hukukî niteliğine ve bu sözleşmenin tüketici sözleşmesi vasfına sahip olup olmadığına da değinilmektedir. Ayrıca hekimin ve hastanenin sorumluluğuna dair kavramlara, özellikle hatalı tıbbî mûdahale ile aydınlatma yükümlülüğünün ihlâli gibi uygulamada en sık karşılaşılan sorumluluk hâllerine yer verilmektedir. Hekimin hukukî sorumluluğu açısından haksız fiil sorumluluğu ile vekâletsiz iş görme sorumluluğunun gündeme geleceği hâller de bu bölümde incelenmektedir. Çalışmanın ilk bölümünde, yurt dışında tedâviye özgü tehlikeler, çalışmanın esasını teşkil eden uygulanacak hukuk noktasında yol gösterici olacağından ayrı bir başlık altında incelenmiştir.

Çalışmamızın ikinci bölümünde sağlık turizminden doğan uyuşmazlıklara uygulanacak hukuk meselesine yer verilmiştir. Bu bölümde öncelikle sağlık turizminde yabancılık unsuru ve vasıflandırma gibi genel kanunlar ihtilâfı meseleleri ele alınmıştır. Çalışmamızda sözleşme, haksız fiil ve vekâletsiz iş görme statüsü ayrı ayrı incelenmektedir. Sözleşme statüsü meselesi, hem tüketici sözleşmelerine uygulanacak hukuku düzenleyen MÖHUK m. 26 hem de sözleşmelere ilişkin genel bağlama kuralı olan MÖHUK m. 24'e göre incelenmiştir. Sözleşme hukuku alanında önemli bir yere sahip hukuk seçimine de bu bölümde yer verilmiştir. Haksız fiil statüsü meselesi MÖHUK m. 34 kapsamında ele alınmış ve özellikle fer'i bağlanma yöntemi inceleme konusu yapılmıştır. Vekâletsiz iş görme statüsü ise MÖHUK'ta münhasıran düzenlenmediğinden doktrinde yer alan görüşler çerevesinde incelenmiştir. Çalışmamızın ikinci bölümünün son başlığı ise *lex causae*'nin uygulanmasını sınırlandıran hâller olan kamu düzeni ve doğrudan uygulanan kurallara ayrılmıştır. Çalışmanın ikinci bölümü kaleme alınırken karşılaştırmalı hukuk ve özellikle AB Hukuku düzenlemeleri ve yabancı hukuk doktrinindeki görüşlere sıklıkla başvurulmuştur.

Sağlık turizmi, dâhil olan kişiler ve kurulan ilişkiler düşünüldüğünde, oldukça karmaşık bir yapıya sahiptir. Bu karmaşık yapıdan kaynaklanabilecek tüm sorunların önceden öngörülebilmesi mümkün olmadığı gibi, öngörebildiklerimizin hepsine burada yer verebilmemiz de çalışmanın kapsamını oldukça genişletecektir. Bu nedenle çalışmamızda özellikle sağlık turizminde zayıf taraf olarak kabul edilebilecek hastanın talepleri ve bu taleplere uygulanacak hukuk konusuna ağırlık verilmektedir. Çalışmamızın amacı sağlık

turizminden doğan uyuşmazlıklara uygulanacak hukukun tespiti. Sağlık turizmi uyuşmazlıklarında Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi meselesi ise ayrı ve detaylı bir çalışma konusu olabileceğinden çalışmamız kapsamına dâhil edilmemiştir. Çalışmada uygulanacak hukuk meselesi incelenirken davaya bakan Türk mahkemesinin yetkili olduğu varsayımından hareket edilmiş ve Türk milletlerarası özel hukuk kurallarına göre uygulanacak hukukun tespitinin nasıl yapılması gerektiği sorusuna cevap aranmıştır.

Sağlık kuruluşunun, kamuya ait olması hâlinde idarî bir hizmetin varlığı söz konusudur. Bu nedenle yabancı unsurlu bir tedâvi ilişkisinin kamuya ait bir sağlık kuruluşunda gerçekleştiği durumlarda ortaya çıkan uyuşmazlıklar için idare hukuku çerçevesinde idarenin sorumluluğuna gidilmesi gerekir. Oysa bir özel hastane veya serbest çalışan hekimin sorumluluğu durumunda özel hukuk uyuşmazlıklarına ilişkin hukukî rejim uygulanır. Hasta tedâvi olmak amacıyla bir kamu hastanesine başvurmuşsa hasta ile hastane arasında bir sözleşme ilişkisi yoktur. Kamu görevlisi olarak tedâviyi üstlenen hekim ile hasta arasında da doğrudan bir ilişki söz konusu değildir. Hastanın gördüğü zarar, kamu hizmetinden yararlanma esnasında gerçekleştiğinden burada bir hizmet kusuru söz konusudur. Bu hâlde hasta, zararının tazmini için doğrudan hekimi ve sağlık personelinin dava edemez. Hasta ancak kamu hastanesinin bağlı bulunduğu devlet kurumuna karşı dava açma imkânına sahiptir. Bu gerekçelerle kamuya ait bir kuruluştaki gerçekleştirilen sağlık hizmeti nedeni ile ortaya çıkan ve idarî yargının kapsamına giren uyuşmazlıklar çalışmamızın kapsamı dışındadır.

Hekimin hastaya sunduğu tıbbî hizmet, özel ve teknik bir alanda yürütülür ve üst düzey uzmanlık gerektirir. Kendine özgü doğası gereği sağlık hizmeti, hastanın pek çok hukukî menfaatini ilgilendirir. Zira tıbbî müdahale, hastayı iyileştirmeye yönelik olmakla beraber aynı zamanda hastanın vücut bütünlüğü ve yaşam hakkıyla da doğrudan bağlantılıdır. Hekimin tıp mesleğini icra ederken kasten ya da taksirle (dikkatsizlik, tedbirsizlik veya acemilik sonucunda) işlediği suçlar sebebiyle doğacak cezaî sorumluluğu da çalışmamızın kapsamı dışında kalan bir konudur.

BİRİNCİ BÖLÜM

ULUSLARARASI SAĞLIK TURİZMİ VE SAĞLIK TURİZMİ HUKUKUNA İLİŞKİN TEMEL KAVRAMLAR

1.1. Sağlık Turizmi Kavramı

Tüm insanlar sağlıklı olmayı arzu eder ve sağlıklı olmak ya da mevcut sağlığını korumak için çaba sarf eder. Zira herkes hayatını sağlıklı olmak üzerine kurgular¹. Sağlığın bozulması veya sağlıksız olmak ise tam tersine istenmeyen bir durumdur. Kişinin sağlığının bozulması eğer ölümle son bulmuyorsa, onun faaliyetlerini kısıtlar ve yaşam kalitesini düşürür. Bu ise insanları, bozulan sağlığı iyileştirmenin yollarını aramaya sevk eder. İyileşme sürecinde teşhis, tedâvi ve tıbbî bakım gibi aşamalar devreye girer². Kişi bu süreci vatandaşı olduğu veya ikâmet ettiği ülkede başlatabileceği gibi tedâvinin yabancı bir ülkede gerçekleştirilmesine de karar verebilir.

Sağlık turizminin hukukî açıdan incelenebilmesi için öncelikle tanımlanması ve açıklanması gerekir. Böylelikle hangi durumların sağlık turizmi kapsamında değerlendirilmesi gerektiği tespit edilebilir. Tüm yabancı unsurlu tedâviler aynı hâl ve şartlar altında gerçekleşmediğinden, çalışmamızda konunun çeşitli senaryolar ve ihtimâller çerçevesinde incelenmesi tercih edilmiştir.

¹ Romalı şair *Iuvenalis*'in *Yergiler* kitabının 10. bölümünde hayatta arzu edilenlerin listelendiği bir kısımda listenin ilk sırasında Latince hâliyle “*Mens sana in corpore sano*” deyişi yer alır. Bkz. Decimus Iunius Iuvenalis, *Yergiler (Satirae)*, (İstanbul: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2006): 130. Bu deyiş Türkçede “sağlıklı bir vücutta sağlıklı bir zihin” anlamına gelir. Atatürk de ““Sağlam kafa, sağlam vücutta bulunur.” sözünü atalarımız boşuna söylememişlerdir.” diyerek sağlıklı olmanın önemine vurgu yapmıştır. Bkz. Afet İnan, *Atatürk Hakkında Hatıralar ve Belgeler*, (İstanbul: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2014): 86.

² Haydar Burak Gemalmaz ve İzzet Mert Ertan, ““Rabbim Cleveland Dedi”: Sağlık Turizmi-İnsan Hakları İlişkisi Üzerine Başlangıç Notları”, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, 70 (2015): 1005.

Sağlık turizminden ne anlaşılması gerektiği konusunda doktrinde görüş birliği bulunmamaktadır³. En genel tanımıyla sağlık turizmi, sağlık turistlerinin sağlığa ilişkin herhangi bir hizmet almak amacıyla bir başka ülkeye⁴ yaptıkları seyahati ifade eder⁵. Başka bir tanıma göre sağlık turizminden anlaşılması gereken kişilerin, mutad mesken ve ikametgâh değiştirmeksizin tedâvi olmak amacıyla ve belirli bir süre için başka ülkeye yaptıkları seyahatleridir⁶.

Sağlık turizminde, birincil odak noktası tıbbî hizmet veya bakım almaktır. Sağlık turizmi hastanın kendi ülkesindeki tedâvi seçenekleri sınırlı olduğunda veya tükendiğinde bile ona tedâvi olanağı tanır⁷. Esas unsur olan sağlığa ilişkin bir hizmet almak amacının yanında sağlık turizminde gidilen ülkede çevreyi görmek ve tatil yapmak gibi ek unsurlar da bulunabilir⁸. Sağlık turizminde hastaya çoğunlukla ek hizmetlerin temel hizmetle bütünleştirildiği bir paket sunulmaktadır⁹. Ancak sağlık turizminin ayırt edici özelliği sağlığa ilişkin bir müdahalenin ya da tedâvinin odak noktası olmasıdır¹⁰.

Sağlık turizmi, İngilizce literatürde “*health tourism*”, Almanca literatürde “*gesundheitstourismus*” şeklinde karşılık bulmaktadır. Kıta Avrupası literatüründe ve Avrupa Birliği (AB) metinlerinde sağlık turizmini ifade etmek üzere İngilizce “*cross-border health care*”, Almanca “*grenzüberschreitenden Gesundheitsversorgung*” terimi

³ Gottfried Haber ve Eva Krczal, “Unternehmerische Potenziale von Medizintourismus - Aufbau neuer Geschäftsfelder durch internationale Patienten”, *Internationalisierung im Gesundheitswesen*, (2019): 228.

⁴ Tedâvi için gidilen bu ülke, varış veya hedef ülkesi (*destination country*) şeklinde adlandırılmaktadır. Gemalmaz ve Ertan, “Sağlık Turizmi”, 1006.

⁵ Julian Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus - Internationale Zuständigkeit und anwendbares Recht bei Klagen des im Ausland behandelten Patienten wegen eines Behandlungs- oder Aufklärungsfehlers* (Heidelberg: Springer Verlag, 2015), 9; Fulya İlçin Gönenç, “Hukuki ve Etik Boyutuyla Medikal Turizm”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan*, 22/3 (2006): 1174.

⁶ Hendrik, Schneider ve Laura Seifert, “Medizintourismus nach Deutschland - Besteht ein Korruptionsrisiko bei der Zusammenarbeit mit Patientenvermittlern? ”, *Medstra* (2019): 274.

⁷ “Medizintourismus in der Schweiz Ethische, juristische und sozialwissenschaftliche Fragestellungen für den stationären Bereich, Schweizerische Akademie der Medizinischen Wissenschaften (SAMW), Schlussbericht vom 31. Mai 2018, Zürich”, <https://www.samw.ch/de/Ethik/Themen-A-bis-Z/Medizintourismus.html>, (E.T. 09.10.2022), 30; Gemalmaz ve Ertan, “Sağlık Turizmi”, 1006.

⁸ Yurt dışında tedâvinin bir paket tur kapsamında sunulmasının özelliklerine ve hastanın tüketici olup olmadığı sorununa aşağıda kapsamlı bir şekilde yer verilmiştir. Bkz. Birinci Bölüm, 1.8. Sağlık Turizmi Kapsamında Tedâvi Sözleşmesi.

⁹ Ayrıca, dil bilimi ve anlam bilimiyle ilgili analizler, terimde yer alan “turizm” *metaforunun* sağlık turizminin arkasında yer alan ekonomik yönleri karartmaya yardımcı olduğunu göstermektedir. Bkz. Frank Kressing, “Aspekte kultureller Differenz im internationalen Medizintourismus”, *Ethik in der Medizin*, 3 (2018): 254.

kullanılmaktadır. Türkçeye “sınır ötesi sağlık bakımı” şeklinde çevirebileceğimiz bu ifade, hasta hareketliliğine dikkat çeker. Halbuki sağlık turizmi ifadesi, sürecin hem sağlık hizmeti hem de tatil kısmına vurgu yapar¹¹.

Sağlık turizmi kavramı; gelişmiş ülkelerdeki esenlik (*spa-wellness*) ve sağlıklı yaşam turizminden, dünyanın daha fakir bölgelerinde, zengin ülkelerden gelen hastalara tıbbî hizmetlerin sunulmasına kadar uzanan çeşitli olguları ifade eder¹². Literatürde sağlık turizmi ile eş anlamlı olarak tıp turizmi, medikal turizm, hasta turizmi, sınır ötesi sağlık hizmeti gibi kavramlar da kullanılmaktadır¹³.

Sağlık turizmi, kural olarak sağlık ve turizm sektörlerini birleştiren üst bir kavramdır. Bu üst başlığın altında münhasır alt alanlar bulunmaktadır. Sağlık turizmi farklı nitelikleri açısından değişik tasniflere tâbi tutulmaktadır. Bu tasniflerden birisi tedâvinin tıbbî bir müdahale içerip içermemesine göre yapılmaktadır¹⁴. Sağlık turizmi geniş anlamı ile kullanıldığında, sağlıklı yaşama ve sağlığa ilişkin müdahaleler için gerçekleştirilen tüm seyahatleri kapsar¹⁵. Bu anlamda hem tıbbî müdahale içeren hem de tıbbî müdahale olmaksızın sağlığa yönelik gerçekleştirilen uygulamalar sağlık turizminin kapsamındadır. Tıbbî müdahale¹⁶, temel nitelikteki acil ya da olağan/rutin operasyonlar ve ameliyatlar¹⁷ olabileceği gibi acil veya zorunlu nitelikte olmayan, elektif, yani isteğe bağlı operasyonlar¹⁸ da olabilir¹⁹. Bu tıbbî müdahalenin, kanunen uygulamayı yapmaya yetkili

¹¹ Gemalmaz ve Ertan, “Sağlık Turizmi”, 1008.

¹² “SAMW Schlussbericht”, i.

¹³ Kressing, “Medizintourismus”, 252; Haber ve Krczal, “Medizintourismus”, 22; Horová, *Dolmetschen im tschechischen Medizintourismus*, 11; Gönenç, “Medikal Turizm”, 1175 vd. Ayfer Uyanık, “Sağlık Turizmi Hukuku”, *Sağlık Düşüncesi ve Tıp Kültürü Dergisi*, 36 (2015), 88.

¹⁴ Haber ve Krczal, “Medizintourismus”, 229.

¹⁵ Sağlıklı yaşam turizmi, sağlıklı yaşamın teşviki ve korunmasına, sorunlar ortaya çıkmadan önce gerekli tedbirlerin alınmasına yönelik (*proaktif*) iken, medikal turizm ya da tıp turizmi sorunlar ortaya çıktıktan sonra çözüm bulmaya dayanır ve tedâvi edici bakıma (*reaktif*) yöneliktir. Bkz. Haber ve Krczal, “Medizintourismus”, 229.

¹⁶ Tıbbî müdahale kavramı çalışmamız kapsamındaki önemi nedeniyle ileride ayrıntılı şekilde incelenmektedir. Bkz. Birinci Bölüm, 1.3.3. Tıbbî Müdahale ve Tedâvi.

¹⁷ Örneğin *bypass*, kanser terapisi, organ nakilleri, kısmî ya da tam kalça değişimleri, gözle veya ağız ve dış sağlığıyla ilgili operasyonlar bu kapsamda sayılabilir.

¹⁸ Örneğin estetik cerrahî müdahaleler bu kapsamda sayılabilir.

¹⁹ Cary D. Steklof, “Medical Tourism and the Legal Impediments to Recovery in Cases of Medical Malpractice”, *Washington University Global Studies Law Review*, 9/4 (2010): 722; Gemalmaz ve Ertan, “Sağlık Turizmi”, 1007.

bir kişi tarafından yerine getirilmesi gerekir²⁰. Esasen sağlık turizminin bu türü için İngilizce literatürde “*medical tourism*” Almanca literatürde ise “*medizintourismus*” terimleri kullanılmaktadır. Bu ifadelerin karşılığı olarak Türkçede “*tıbbî turizm*” ya da “*tıp turizmi*” terimleri kullanılabilir²¹. Uygulamada sağlık turizmi kavramının yerine kullanılan tıp turizmi kavramında, odak noktası tıbbî hizmetken, turizm hizmetleri yan bileşen olarak kabul edilir²². Sağlık turizminin bu türü, bir hekim ve/veya onun nezaretinde sağlanan sağlık hizmetlerini içine alır ve sağlık personeli, hastane, klinik gibi donanım kaynaklarını gerektirir²³. Bu tasnifin diğer ayağı ise kaplıca/ılıca/termal uygulamaları ve kür terapileri olarak bilinen türdeki sağlıklı yaşama yönelik müdahaleler ve bakımlardır. Tüm bu uygulamaları kapsayacak şekilde, “*esenlik turizmi*” kavramı da kullanılmaktadır. Bu uygulamalar da sağlığa ve iyileştirmeye yönelik olmakla birlikte, tıbbî müdahaleleri içermemektedir²⁴.

Sağlık turizminde görülen hızlı büyüme esasen küreselleşmenin bir yansımasıdır. Kanadalı yazar *Marshall McLuhan*’ın bir kelime oyunu ile ifade ettiği ve özellikle elektronik iletişimin yaygınlaşmasıyla birlikte, dünyanın küçük bir topluluğa dönüşmekte olduğunu vurgulayan *küresel köy (Global Village) metaforu*, tıp hukukuna da yansımıştır²⁵. İnternet erişimi, dünyanın dört bir tarafında bulunan hastaların daha iyi tedâviyi aramalarına imkân sağlamaktadır²⁶. Ancak hasta güvenliği, tedâvinin kalitesi,

²⁰ Hizmet sağlayıcı olarak hekimin bir ruhsat ya da lisansa sahip olmasının zorunlu tutulması, sağlık turizmi kavramının kapsamının daraltılması için kullanılan bir araçtır. Bkz. “SAMW Schlussbericht”, 30.

²¹ “*Tıbbî turizm*” ya da “*tıp turizmi*” terimleri Türkçe’de benimsenmiş ifadeler değildir. Bkz. Gemalmaz ve Ertan, “Sağlık Turizmi”, 1008. Nitekim Sağlık Bakanlığı tarafından çıkarılan hukukî düzenlemelerde de sağlık turizmi ifadesinin tercih edildiği görülmektedir. Kamuoyunda da konuyla ilgili yapılan yayınlarda sağlık turizmi ifadesi yaygın bir şekilde kullanılmaktadır. Biz de daha kapsayıcı olması açısından çalışmamızda sağlık turizmi ifadesini tercih ettik.

²² Haber ve Krczal, “Medizintourismus”, 229. Doktrinde yurt dışından ilaç ya da medikal ürün temin edilmesinden kaynaklanan sorunların dahi sağlık turizmiyle bağlantılı olduğu iddia edilmektedir. Bkz. Erwin Deutsch, “Der Medizintourismus: Die rechtliche Seite - Zivilrechtliche, versicherungsrechtliche und zivilprozessuale Probleme des Anspruchs aus ärztlichen Leistungen im Ausland”, *VersR*, (2009): 2. Yazar başka bir eserinde sağlık turizmini geniş anlamda tıbbî kaynak olarak dış kaynak kullanımı şeklinde tanımlamaktadır. Erwin Deutsch, “Die Auslagerung medizinischer Maßnahmen in das In- und Ausland”, *Vers*, (2007): 1324.

²³ Gönenç, “Medikal Turizm”, 1176.

²⁴ “SAMW Schlussbericht”, 28; Gemalmaz ve Ertan, “Sağlık Turizmi”, 1007.

²⁵ Deutsch, “Der Medizintourismus: Die rechtliche Seite”, 1.

²⁶ Yan Alicia Hong, “Medical Tourism and Telemedicine”, *Journal of Medical Internet Research*, 18/5 (2016): 2. Sağlık alanında küreselleşmenin bir diğer göstergesi güney yarım kürede hasta ve yaşlı bakıcıların kuzey yarım küredeki kişiler tarafından tercih edilmesidir. Bkz. Kressing, “Medizintourismus”, 252.

etik ve yasal kaygılar gibi konular ne hasta ne de sağlık hizmeti sunucuları açısından henüz yeteri kadar ele alınmıştır²⁷.

1.2. Sağlık Turizminin Tarihî Gelişimi, Ekonomik Boyutu ve Günümüzdeki Durumu

1.2.1. Sağlık Turizminin Tarihî Gelişimi

Sağlık turizmi son yıllarda hızla gelişen sektörlerden birisidir. Geçmişte sağlık veya turizm endüstrisinin bir parçası olarak görülürken, son otuz yılda sağlık turizmi münhasır bir endüstri hâline dönüşmüştür²⁸. Sağlık turizmi bir kavram olarak nispeten yeni kabul edilebilirse de uygulama olarak insanların yeni meylettği bir alan değildir²⁹. Sağlık turizminin tarihî kökenleri kaplıca turizmine, dolayısıyla alternatif tedâvi ve iyileştirme yöntemlerine kadar uzanır. İnsanın daha sağlıklı olmak ve şifa bulmak için seyahat etmesi Antik Yunan’a kadar dayanır³⁰. Yunan mitolojisinde şifa tanrısı *Asklepios*, kendisine dua edilmesiyle hastalıkları iyileştirdiği söylenen bir hekim olarak kabul edilirdi ve insanlar onun yaşadığı kabul edilen *Epidauros*’a seyahat ederlerdi³¹. Hekimlik yeminine ismi verilen *Hipokrat* sayesinde de onun yaşadığı dönemde İzmir bölgesine doğru bir hasta hareketliliği gerçekleşmekteydi³². Sonraki dönemlerde de sağlık seyahatine olan ilgi artmaya devam etmiştir. Daha eski zamanlarda insanların tedâviye erişmek için tüm dünyayı gemiyle ya da rahatsız edici arabalar ile seyahat etmesi gerekirdi. Günümüzde ise hastalar, başta uçak olmak üzere konforlu ulaşım araçları ile modern koşullar altında seyahat etmektedir³³.

²⁷ Hong, “Medical Tourism and Telemedicine”, 2.

²⁸ Christian Fadi El-Khoury, “Medical Tourism in a Pandemic, Telemedicine as an Asset in International Patient Care”, *Compliance Elliance Journal*, 7/1 (2021): 30.

²⁹ Sağlık turizminin tarihçesi hakkında detaylı bilgi için bkz. Manfred Cassens, *Gesundheitstourismus und touristische Destinationsentwicklung - Ein Lehrbuch*, (München: Oldenbourg Wissenschaftsverlag, 2013), 26 vd.

³⁰ Sağlık turizminin tarihçesi hakkında detaylı bilgi için bkz. <https://shgmturizmdb.saglik.gov.tr/Eklenti/10943/0/01pdf.pdf> (E.T. 04.05.2023)

³¹ Horová Veronika, *Dolmetschen im tschechischen Medizintourismus am Beispiel einer Augenklarinik*, Viyana 2018, 11.

³² Tabak Bahadırhan, *Sağlık Turizmi Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, (2023): 17.

³³ Horová *Dolmetschen im tschechischen Medizintourismus*, 11.

1.2.2. Sağlık Turizminin Ekonomik Boyutu

Tedâvi hizmeti arz eden ülkeler için sağlık turizminin ekonomik potansiyelinin de göz ardı edilmemesi gerekir³⁴. Sağlık turizmi, sektörün hızla büyümesinin bir sonucu olarak uluslararası alanda oldukça ilgi görmüş ve sağlık turizmi pazarı giderek daha rekabetçi bir hâle gelmiştir³⁵. Bazı risklere ve başlangıçta yüksek yatırımlara ihtiyaç duymasına rağmen, sağlık turizmi sektörü Avrupa’da ve hatta dünyada yüksek gelişme potansiyeli olan kazançlı bir gelir kaynağı olarak kabul edilir³⁶. Gelişmekte olan ve yoksul ülkeler yakın zamanda sağlık turizmini, önemli bir ekonomik kalkınma faktörü olarak görmeye başlamışlardır³⁷. Özellikle hastaların tedâvilerini uzun süreli seyahat ve konaklama ile birleştirdikleri, dolayısıyla geleneksel anlamda tatil de yaptıkları durumlarda sağlık turizminin ekonomik boyutu daha da önemli bir hâl alır³⁸. Örneğin Almanya’nın başkenti Berlin’de başta hekim ve hastaneler olmak üzere oteller ve yeme içme sektöründeki işletmeler yabancı hastalara yönelik cezbedici bir reklam politikası izlemektedir³⁹. Çalışmamızda detaylı şekilde ele aldığımız sağlık turizmi sektöründe ortaya çıkan aracı kuruluşlara da burada değinmek gerekir⁴⁰. Hasta ile hekim veya hastane arasında aracılık etme işi kazançlı bir faaliyet olarak görülmekte ve son yıllarda girişimcilerin ilgisini çekmektedir⁴¹.

Sağlık turizminde hasta genellikle tatil amacı da güder. Bunun sonucunda hastaya teklif olarak kültürel etkinlikler, eğlence ve gastronomi gibi farklı hizmetler de sunulur⁴². Ayrıca hastanın tedâvi edildiği süre içinde yanında bir refakatçisinin bulunması durumunda refakatçi için de konaklama ve beraberindeki hizmetlerin sunulmasına ihtiyaç bulunmaktadır⁴³. Böylece sağlık turizmi ekonomik büyümeyi desteklemekte, yerel

³⁴ Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 18.

³⁵ Schneider ve Seifert, “Medizintourismus nach Deutschland”, 274.

³⁶ Haber ve Krczal, “Medizintourismus”, 227.

³⁷ Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 18; Milica Z. Bookman ve Karla R. Bookman, *Medical Tourism in Developing Countries*, (New York: Palgrave Macmillan, 2007), 95 vd.

³⁸ Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 18.

³⁹ Tim Hesse, “Patientenvermittlung über Internetportale - Sinnvolle Investition oder rechtliches Risiko?”, *Journal für Ästhetische Chirurgie*, 1 (2018): 44.

⁴⁰ Bkz. Birinci Bölüm, 1.4.4. Aracı Kuruluş.

⁴¹ Hesse, “Patientenvermittlung über Internetportale”, 44.

⁴² Bookman ve Bookman, *Medical Tourism*, 41.

⁴³ Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 18.

istihdam sağlamakta ve az gelişmiş ülkeler için bir gelir kapısı oluşturmaktadır⁴⁴. Sağlık turistleri yalnızca ülkeye döviz getirmekle kalmaz⁴⁵; söz konusu ülkelerde tıbbın gelişmesi için de önemli bir teşvik sebebi oluşturur⁴⁶. Yabancıların tedâvisi konusunda uzmanlaşmış ve yoğunlaşmış klinikler hem yerel hekimlere farklı bir iş alanı oluşturmakta hem de yabancı hekimleri ülkeye çekmektedir⁴⁷.

Sağlık hizmeti sunucuları belirli bir tıbbî hizmete veya müşteri kitlesine odaklanarak rekabet stratejisi uygulayabilir⁴⁸. Örneğin Polonya ve Macaristan gibi Doğu Avrupa ülkeleri çoğunlukla diş tedâvisi sunarken, Güney Afrika plastik cerrahî ile tanınır. Kalp ameliyatları ve organ nakilleri gibi büyük müdahaleler söz konusu olduğunda ise akla ilk Uzak ve Orta Doğu ülkeleri gelmektedir. Malezya'daki hastaneler, Müslüman hastaların ihtiyaçlarını karşılar ve öncelikle Orta Doğu, Brunei ve Bangladeş'ten gelen hastalara hizmet verir. *Bangkok International Hospital*, ABD'de, Japon hekim ve hemşirelerin Japon hastaları tedâvi ettiği özel bir Japon merkezi kurmuştur⁴⁹. Avrupa'da Almanya'nın⁵⁰ yanı sıra Avusturya, İsviçre ve İngiltere de sağlık turizmi rekabetinde boy gösteren ülkelerdendir⁵¹.

Yabancıların tedâvisinden elde edilecek gelirler göz önüne alındığında, sağlık turizmi alanında nitelikli (kalifiye) elemanların eğitilmesi kazançlı bir iş alanı olarak kabul edilir⁵². Sağlık turizminin ilk bakışta sadece yabancı hastaya bir fayda sağladığı düşünülse de uzun vadede bu durum yerel halk için de tıbbî olanakların iyileşeceği anlamına gelir⁵³.

⁴⁴ Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 18; Ellen Marie-Louise Quast, *Das Geschäft mit der Gesundheit - Analyse des medizintouristischen Angebots für den Quellmarkt Deutschland*, (Hamburg: Diplomica Verlag, 2009), 26.

⁴⁵ Bookman ve Bookman, *Medical Tourism*, 7.

⁴⁶ Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 18; Bookman ve Bookman, *Medical Tourism*, 109 vd.

⁴⁷ Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 19; Bookman ve Bookman, *Medical Tourism*, 107 vd.

⁴⁸ Haber ve Krczal, "Medizintourismus", 242.

⁴⁹ Haber ve Krczal, "Medizintourismus", 242.

⁵⁰ Almanya'da sunulan sağlık hizmetlerinin, son yıllarda ülkeye gelen sağlık turisti sayısındaki azalmaya rağmen hâlâ mükemmel bir üne sahip olduğu bildirilmektedir. Schneider ve Seifert, "Medizintourismus nach Deutschland", 274.

⁵¹ Schneider ve Seifert, "Medizintourismus nach Deutschland", 275.

⁵² Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 19; Bookman ve Bookman, *Medical Tourism*, 102 vd.

⁵³ Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 19; Bookman ve Bookman, *Medical Tourism*, 7; Quast, *Das Geschäft mit der Gesundheit*, 57.

Başka bir deyişle, sağlık turizmi hedef ülke için genel olarak bir refah artışı sağlama imkânı sunar⁵⁴.

Sağlık turizminde ancak uygun ekonomik ve politik koşulları sağlayan ülkeler başarılı olabilir⁵⁵. Başka bir ifadeyle siyasî istikrar ve yasal kesinlik gibi politik faktörlerle ekonomik büyüme ve refah gibi ekonomik faktörler sağlık turizmi pazarının gelişimine katkıda bulunur⁵⁶. Ülkenin genel durumu da sağlık turizmi için tercih edilmesinde engelleyici veya teşvik edici olabilir. Sağlık turizminin tanıtımı ve desteklenmesi dünyanın bazı bölgeleri için ekonomik kalkınma fırsatları sunabilir⁵⁷.

1.2.3. Sağlık Turizminin Günümüzdeki Durumu

1.2.3.1. Genel Olarak

Sağlık turizmi konusunda dünya çapında önemli gelişmeler yaşanmaktadır. Sağlık turizmi biyoetik, felsefe, teoloji, tıp, hukuk gibi farklı disiplinlerle bağlara sahip bir alandır⁵⁸. Dünyanın geldiği noktada sağlık turizminin bileşenleri ve hastanın sağlık turizmine başvurmasına etki eden faktörler değişiklik kazanmıştır⁵⁹. Bunun sonucu olarak da sağlık turistinin istek ve ihtiyaçlarına yönelik yeni uygulamalar ortaya çıkmıştır. Sadece sağlık turistlerine yönelik hizmet veren sağlık tesislerinin kurulması, sağlık turistlerine tüm süreç boyunca yardımcı olacak aracı kuruluşların ortaya çıkması, sağlık turistine bir paket hâlinde çeşitli hizmetlerin sunulmaya başlanması bu yeni uygulamalara örnek verilebilir. Sağlık turizminin sunduğu yüksek kâr elde etme potansiyeli nedeniyle birçok hastane, hizmetlerini yabancı ülkelere gelen müşterileri için daha görünür ve

⁵⁴ Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 19.

⁵⁵ Kressing, "Medizintourismus", 255.

⁵⁶ Haber ve Krczal, "Medizintourismus", 236.

⁵⁷ Kressing, "Medizintourismus", 260.

⁵⁸ I. Glenn Cohen, "How to Regulate Medical Tourism", *Developing World Bioethics*, 12/1 (2012): 9.

⁵⁹ Gönenç, "Medikal Turizm", 1174.

kullanışlı hâle getirmek amacıyla yatırımlar yapmaktadır⁶⁰. Ayrıca pek çok hastanenin sırf sağlık turistlerine hizmet vermek için bölümler açtığı da görülmektedir⁶¹.

Sağlık turizminin çeşitli türleri, dünya çapında gelişen bir endüstri hâline gelmiştir⁶². Güney yarım küredeki ülkeler, küresel sağlık pazarında giderek daha uygun fiyatlı tıbbî hizmetler sunarken, aynı zamanda yüksek kaliteli tıbbî bakım standartlarını karşılamaktadır⁶³. Bu ülkelerde faaliyet gösteren sağlık kuruluşları “*üçüncü dünya ülkelerinde birinci dünya standartlarında sağlık*” (*health at third world cost for first world standard*) mottosunu kullanmaktadır⁶⁴.

Geleneksel olarak, sağlık turistleri yüksek gelirli ülkelere orta ve düşük gelirli ülkelere daha cazip bir bedel karşılığında tedâvi bulmak amacıyla seyahat ederler. Ancak internetin de etkisiyle orta gelirli ülkelere özellikle zengin sınıf, sağlık turizmindeki *tek yönlü akışı, iki yönlü değişim* olarak değiştirmiştir. Orta ve düşük gelirli ülkelere giderek daha fazla sayıda hasta, daha iyi teşhis, en son tıbbî teknolojiler ve kendi ülkelerinde mevcut olmayan gelişmiş tedâvi seçenekleri için ya da kendi ülkelerindeki yetişmiş sağlık personeli eksikliği nedeniyle yüksek gelirli ülkelere seyahat etmeye başlamıştır⁶⁵. Doktrinde ülkeler arasındaki gelişmişlik düzeyinin sağlık turizmine etkisini vurgulamak amacıyla *kademeli sağlık turizmi* (*Stufenmedizintourismus*) ifadesi kullanılmaktadır⁶⁶. Buna göre gelişmekte olan ülkelere gelen hastalar, tedâvi için yeni

⁶⁰ Hükümetler de sağlık turistlerini ülkeye çekmek için yatırım yapmakta ve bu turistlerin evlerinden uzakta tedâvi görmelerini lojistik açıdan daha uygun hâle getirmek için çalışmalar yürütmektedir. Örneğin Malezya, sağlık turistinin Malezya’da tedâvisi için gereken süre boyunca kalabilmesini kolaylaştırmak için tıbbî vize kapsamında yabancının ülkede bulunmasına izin verilen otuz günlük süreyi altı aya çıkarmıştır. Bkz. Steklof, “Medical Tourism”, 724-725.

⁶¹ Hong, “Medical Tourism and Telemedicine”, 2.

⁶² Kressing, “Medizintourismus”, 253.

⁶³ Kressing, “Medizintourismus”, 253. Esasen sağlık turizminde faaliyet gösteren sağlık hizmeti sunucuları, hastaya, kendi ülkesindeki bakım standartlarıyla en azından aynı bakım standardını sunar. Ancak bu bakım standardını önemli ölçüde düşük fiyata sunmayı teklif eder. Deutsch, “Der Medizintourismus: Die rechtliche Seite”, 2.

⁶⁴ Kressing, “Medizintourismus”, 253.

⁶⁵ Hong, “Medical Tourism and Telemedicine”, 1. Yazar *Mayo Clinic, M.D. Anderson* Kanser Merkezi ve *Cleveland Clinic* gibi önde gelen hastaneleri, ABD’de en çok tercih edilen klinikler ve hastaneler arasında saymaktadır. Nitekim ülkemizde 2002-2005 yılları arasında Maliye Bakanlığı yapan Kemal Unakıtan da ABD’nin Cleveland kentinde bir baypass ameliyatı geçirmiştir. Kemal Unakıtan’ın hastalığının nerede tedâvi edileceğine dair sorular üzerine eşi Ahsen Unakıtan’ın verdiği “Rabbim Cleveland dedi” cevabı, Türk hukukunda sağlık turizminin insan haklarıyla ilişkisini ele alan bir makalenin de başlığına ilham kaynağı olmuştur. Bkz. Gemalmaz ve Ertan, “Sağlık Turizmi”, 1003 vd.

⁶⁶ Schneider ve Seifert, “Medizintourismus nach Deutschland”, 274.

sanayileşen ülkeleri ziyaret ederken, yeni sanayileşen ülkelere gelen hastalar ise sanayileşmiş ülkelere yönelmektedir. Gelişmekte olan veya yeni sanayileşen ülkelere doğru olan sağlık turizmi için *ikinci sınıf tıp* (*Zweiklassenmedizin*) ifadesi kullanılmaktadır. Bu ifadeyle esasen gelişmiş ülkelere seyahat eden zengin hastalara ayrıcalık yapılarak yerel hastaların daha kötü bir duruma düşürülmesine vurgu yapılmak istenilmektedir⁶⁷. Örneğin organ nakli konusunda yabancı hastalara ayrıcalık yapılması nakil için sıra bekleyen yerli hastaların aleyhinedir⁶⁸.

Sağlık turizminin popülerleşmesinin yerel hastalar üzerindeki olumsuz etkilerine ve sosyal ve kültürel değişime neden olduğuna yönelik tartışmalara da değinmek gerekir⁶⁹. Bu noktada sağlık turizminin yerel hastaların, özellikle yoksul olanların, sağlık hizmetine erişimine yönelik olumsuz bir etkisi olup olmadığının üzerinde durulmalıdır. Zira sağlık turizmi sağlık sektörünün ticarileşmesine katkı sağlar⁷⁰. Örneğin sağlık kuruluşları daha fazla kâr elde etmek amacıyla yabancı hastalara öncelik verebilmekte ya da yatırımlarını, yabancı hastaların ziyaret etme olanağının yüksek olduğu büyük şehirlere yapmaktadır. Özellikle yabancı hastalara hizmet veren ve genellikle batılı hekimlerin⁷¹ görevlendirildiği hastanelerin sayısı gün geçtikçe artmaktadır⁷². Kaliteli sağlık personelinin kendilerine daha iyi ücret imkânı sunan ve ağırlıklı olarak sağlık turizmine yönelik hizmet veren sağlık merkezlerine kayması ihtimâli de mevcuttur. Ayrıca hastanelerde sağlık turizmi birimi açılarak sağlık turistlerine randevu ve muayene sırasında öncelik tanınması yerel hastalar açısından bir olumsuzluk teşkil eder. Tüm

⁶⁷ Bookman ve Bookman, *Medical Tourism*, 8.

⁶⁸ “SAMW Schlussbericht”, 95.

⁶⁹ Haber ve Krczal, “Medizintourismus”, 233.

⁷⁰ Doktrinde sağlık turizmi kapsamında gerçekleştirilen bazı tedâvilerin varış ülkesinin yoksullarını sömürdüğü endişeleri de dile getirilmektedir. Örneğin, Hindistan’ın Anand şehrinde kadınlara taşıyıcı annelik yapmaları için normal koşullarda işgücü piyasasında beş yıllık emeklerinin karşılığında alacaklarına eşdeğer bir miktar teklif edilmektedir. Bkz. Cohen, “How to Regulate Medical Tourism”, 11.

⁷¹ Batılı veya sanayileşmiş ülkelere gelen hekimlerin sağlık turizmi alanında çalıştırılmasıyla deyim yerindeyse gelişmiş ülkelerin kalite standartları ithâl edilmiş olur. Bkz. Schneider ve Seifert, “Medizintourismus nach Deutschland”, 275. Örneğin Hindistan ve Singapur’da, ABD’de veya İngiltere’de eğitim görmüş hekimlerin görev aldığı ve o ülkelerdeki tedâvi standartlarını vaat eden modern klinikler kurulduğu bilinmektedir. Bkz. Deutsch, “Der Medizintourismus: Die rechtliche Seite”, 2.

⁷² Philip Mirrer-Singer, “Medical Malpractice Overseas: The Legal Uncertainty Surrounding Medical Tourism”, *Law and Contemporary Problems*, 70 (2007), 211.

bunlar yerel halkın yeterli kalitede ve daha az masrafla sağlığa erişmesinin önünde engel oluşturabilir⁷³.

Son yıllarda tedâvi görmek amacıyla yurt dışına yapılan seyahatlerin sayısında önemli bir artış gözlemlenmektedir⁷⁴. Sağlık turizmi alanında yapılan resmî ve gayri resmî istatistikler göstermektedir ki, gelecekte sağlık turizminin öneminin artmasına paralel olacak şekilde başka ülkelere tedâvi maksadıyla seyahat eden hastaların sayısı daha da artacaktır. Sağlık turizmine olan küresel eğilimin hâlihazırda bir sonu görünmemektedir. Aksine önümüzdeki yıllarda giderek artan oranlarla bir büyümenin gerçekleşmesi beklenmektedir⁷⁵. Sağlık turizmi alanındaki bu hızlı gelişme uluslararası standartların ve yasal çerçevenin oluşturulmasını zorunlu kılar⁷⁶. Zira her ne kadar yasal çerçevenin bulunmaması sağlık turizmi alanında faaliyet gösteren kişi ve kurumlara hareket özgürlüğü sağlasa da hukukî belirsizlikleri de beraberinde getirir⁷⁷. Bu hususta küresel çapta olmasa da bölgesel çapta hukukî çalışmalar mevcuttur. Özellikle Avrupa’da sağlık hizmetleri için ortak bir pazar oluşturma çabaları önemlidir⁷⁸ ve Avrupa uluslararası bir çerçevenin çizilmesinde öncü kabul edilebilir⁷⁹. Pek çok konuda üye ülkeler arasındaki sınırları kaldıran AB, acil olmayan sağlık hizmetlerinde de sınırları kaldırma konusunda çalışmalar yürütmektedir. Hâlihazırda AB’de sağlık hizmetlerinin sınır ötesi kullanımına ilişkin düzenlemeler mevcuttur. Ayrıca AB ülkelerinde sigorta şirketleri arasında ikili anlaşmalar ve iş birliği anlaşmaları bulunmaktadır. Son olarak Birlik içinde sosyal güvenlik sistemlerinin uygulanması ve koordinasyonuna ilişkin tüzükler de yürürlüktedir.

Hasta Hareketliliği Politikası AB’deki sağlık alanındaki önemli adımlardan bir tanesidir. AB, tüm üye devletlerde sağlık hizmetlerine ortak erişimi hedeflemekte ve bu çerçevede

⁷³ Gemalmaz ve Ertan, “Sağlık Turizmi”, 1021-1022. Cohen, sağlık hizmeti almak için yurt dışına giden hastaların ülkelerinin hükümetlerinin, vatandaşlarını, kendi ülke vatandaşlarına sundukları sağlık hizmetinde de iyileştirmeler yapan devletlere yönlendirerek endişelerin giderilmesine katkı sağlayabileceğini bildirmektedir. Ancak yazar diğer yandan böyle bir beklentinin hükümetler açısından çok karmaşık ve zaman ayırmaya değmeyecek şekilde görüleceğini söylemektedir. Cohen, “How to Regulate Medical Tourism”, 12.

⁷⁴ Elisabeth Gleixner-Eberle, *Die Einwilligung in die medizinische Behandlung Minderjähriger - Eine arztrechtliche Untersuchung im Rechtsvergleich mit Österreich und der Schweiz sowie mit Blick auf das Internationale Privat- und Strafrecht*, (Heidelberg: Springer Verlag, 2014), 3.

⁷⁵ Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 1; Bookman ve Bookman, *Medical Tourism*, 1.

⁷⁶ Haber ve Krczal, “Medizintourismus”, 233.

⁷⁷ Haber ve Krczal, “Medizintourismus”, 233.

⁷⁸ Haber ve Krczal, “Medizintourismus”, 248.

⁷⁹ Haber ve Krczal, “Medizintourismus”, 233.

sağlık pazarının sınır ötesi kullanımını desteklemektedir. Bu nedenle Sınır Ötesi Sağlık Hizmetlerinde Hasta Haklarına ilişkin 9 Mart 2011 tarihli ve 2011/24/AB sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi⁸⁰ (Hasta Hareketliliği Direktifi) hazırlanmıştır. Hasta Hareketliliği Direktifi ile birlikte AB vatandaşlarının AB ülkelerinde ve İzlanda, Lihtenştayn ve Norveç'te sağlık hizmetlerinden yararlanabilmesi ve geri ödeme alabilmesinin önü açılmıştır⁸¹. Direktifle, üye devletlerde sağlık hizmetlerinde sınır ötesi hizmet alımının kolaylaştırılması hedeflenmiş, AB'de sağlık hizmetlerinin kalite ve güvenliğine ve kişilerin her aşamada bilgilendirilmesine ilişkin düzenlemeler yapılmıştır. AB vatandaşlarına sunulan sağlık hizmeti seçeneklerinin artmasını sağlayan ve başka ülkelerde tedâvinin kolaylaşmasının önünü açan bu Direktifle AB sınırları içerisinde hizmet sunan sağlık hizmeti sağlayıcıları arasındaki rekabette bir artış meydana gelmiştir⁸². Bu gelişme ışığında Avrupa mahkemeleri, tedâvi sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıklardan kaynaklanan taleplerle daha sık meşgul olmaya başlamışlardır⁸³.

1.2.3.2. Sağlık Turizminin Türkiye'deki Durumu

Türkiye, sağlık turizmi alanında sahip olduğu yetişmiş insan kaynağı ve teknolojik alt yapının yanı sıra gelişmiş büyük şehirleri ve tarihî ve doğal güzellikleriyle büyük bir potansiyele sahiptir⁸⁴. Estetik operasyonlar, lazer ile göz tedâvisi ve diş protezi Türkiye'de sağlık turistleri tarafından en çok tercih edilen tedâviler arasında yer alır. Ayrıca termal sağlık turizmiyle ileri yaş ve engelli turizmi de Türkiye açısından önem teşkil eden sağlık turizmi alanlarıdır.

Türkiye, Hindistan, Tayland, Singapur, Malezya, Filipinler, Kore, Küba, Kosta Rika, Güney Afrika, Ürdün, Macaristan, Polonya ve ABD ile birlikte sağlık turizminin küresel oyuncularında sayılmaktadır⁸⁵. Ayrıca Türkiye, Polonya ve Macaristan gibi Doğu

⁸⁰ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/ALL/?uri=celex%3A32011L0024> (E.T. 21.08.2022)

⁸¹ Direktifin ulusal uygulamasına bağlı olarak, belirli tedâviler için sigorta şirketinden ön onay alınması gerekir. Bkz. Haber ve Krczal, "Medizintourismus", 233-234.

⁸² Haber ve Krczal, "Medizintourismus", 233.

⁸³ Karolin Krocke, "Medizintourismus im Internationalen Privat- und Zivilverfahrensrecht", "Medizintourismus im Internationalen Privat- und Zivilverfahrensrecht", *VuR*, (2013): 243.

⁸⁴ Gemalmaz ve Ertan, "Sağlık Turizmi", 1036.

⁸⁵ Bookman ve Bookman, *Medical Tourism*, 1; Haber ve Krczal, "Medizintourismus", 231; Gökhan Aydın ve Bilge Karamahmet, "Factors Affecting Health Tourism and International Healthcare Facility Choice" *International Journal of Pharmaceutical and Healthcare Marketing*, 11/1 (2017): 21.

Avrupa ülkelerinin yanı sıra, özellikle diş hekimliği ve estetik cerrahî alanında Avrupa’da önemli bir hedef ülkedir. Aynı şekilde Türkiye’nin saç ekimi alanındaki uluslararası ünü, İspanya’da bir komedi filmine dahi konu olmuştur. 2022 yılının Ağustos ayında vizyona giren “*Por los pelos*” isimli filmin afişinde, “*Turkish Airlines*” esprisiyle Türk Hava Yollarına gönderme yapılmıştır.

Sağlık turizmi en hızlı büyüyen sektörlerden birisi olup ülkelere kalkınma açısından cazip gelmektedir. Bu nedenle ülkeler bu konuyu ekonomik kalkınma planlarına dâhil etmektedir. Türkiye Cumhuriyeti Kalkınma Bakanlığınca yayımlanan ve 2014-2018 yıllarını kapsayan Onuncu Kalkınma Planında⁸⁶ Sağlık Turizminin Geliştirilmesi Programı, Öncelikli Dönüşüm Programları arasında yer almıştır. Ayrıca Cumhurbaşkanlığı Strateji ve Bütçe Başkanlığınca yayımlanan ve 2019-2023 yıllarını kapsayan On Birinci Kalkınma Planında⁸⁷ da sağlık turizminin geliştirilmesine yönelik hükümler yer almaktadır. Türkiye Cumhuriyeti Sağlık Bakanlığınca yayımlanan 2019-2023 yıllarını esas alan Stratejik Planda⁸⁸ ise, Türkiye’nin sağlık turizminde tercih edilen ülkeler arasına girmesini sağlamasının hedeflendiğine yer verilmiştir. Ülkemizde Sağlık Bakanlığı ve özellikle bu Bakanlık bünyesinde kurulan Sağlık Hizmetleri Genel Müdürlüğü’nün bünyesinde faaliyet gösteren Sağlık Turizmi Daire Başkanlığı, sağlık turizminin gelişmesi için çalışmalarını sürdürmektedir. Bunun yanı sıra Sağlık Bakanlığı bünyesinde faaliyet gösteren Sağlık Turizmi Koordinasyon Kurulu⁸⁹ (SATURK) aracılığıyla sağlık turizminin tek elden organize edilmesi hedeflenmekte ve Türkiye’nin kalkınma planında yer alan hedeflere ulaşılmaya çalışılmaktadır⁹⁰. Ayrıca Türkiye’de 663 sayılı Sağlık Alanında Bazı Düzenlemeler Hakkında Kanun Hükmünde Kararname⁹¹ ile kurulan Uluslararası Sağlık Hizmetleri Anonim Şirketi (USHAŞ), uluslararası sağlık hizmetleri alanında Türkiye’de sunulan hizmetlerin tanıtımını yapmak, kamu ve özel sektörün sağlık turizmine yönelik faaliyetlerini desteklemek ve koordine etmek,

⁸⁶ https://www.sbb.gov.tr/wp-content/uploads/2022/08/Onuncu_Kalkinma_Plani-2014-2018.pdf (E.T. 04.05.2023)

⁸⁷ https://www.sbb.gov.tr/wp-content/uploads/2022/07/On_Birinci_Kalkinma_Plani-2019-2023.pdf (E.T. 04.05.2023)

⁸⁸ <https://stratejikplan.saglik.gov.tr/files/TC-Saglik-Bakanligi-2019-2023-Stratejik-Plan.pdf#zoom=55> (E.T. 04.05.2023)

⁸⁹ Kuruluş: RG.07.02.2015, 29260.

⁹⁰ <https://shgmturizmdb.saglik.gov.tr/Eklenti/10947/0/05pdf.pdf> (E.T. 04.05.2023)

⁹¹ RG. 03.10.2018, 30498.

uluslararası sağlık hizmetlerine ilişkin politika ve stratejiler ile hizmet sunum standartları ve akreditasyon kriterleri konusunda Bakanlığa önerilerde bulunmak üzere Sağlık Bakanlığının ilgili kuruluğu olarak 04/02/2019 tarihinde faaliyete gemiřtir⁹². USHAş tarafından 1 Kasım 2022 tarihinde uluslararası sağlık hizmetleri için bir çatı marka olarak *Health Türkiye* kurulmuřtur⁹³. Aynı isimle bir resmi *web portalı* da geliştirilmiştir. Bu portal İngilizce, Fransızca, Arapça, Rusça olmak üzere dört dilde hizmet vermektedir.

1.2.4. Sağlık Turizmi ve Covid-19 Pandemisi

Sağlık turizmi, diğer pek çok sektör gibi Covid-19 (*Corona*) pandemi sürecinde önemli bir darbe almıştır. Zira sektör, hem turizm hem de sağlık yönleriyle pandemiden olumsuz etkilenmiřtir⁹⁴. Pandemi boyunca hastanelerde zorunlu hizmetler ve acil durumlar dışında tedâvi hizmeti sunulmaması, yabancı hastaların da hastanelere kabul edilmemesine yol amıřtır⁹⁵. Ayrıca seyahatlerin önemli ölçüde kısıtlanmış olması da sağlık turizmini önemli ölçüde etkilemiřtir⁹⁶. Doktrinde pandemi sürecini iyi yöneten ülkelerin, sağlık hizmetlerinin kalitesini ispatladığı ve bu sebeple de pandemi sonrasında sağlık turizminde tercih edilecek ülkeler arasında bulunacağı ileri srlmektedir⁹⁷.

Pandemi sürecinin sağlık turizmine bir diğer etkisi ise aşı turizmi kavramının hayatımıza girmesi olmuştur. Yeni koronavirüs (*SARS-Cov2*) için çeşitli ülkelerde farklı teknolojilere sahip aşılar retilmiřtir⁹⁸. Kendi ülkesinde aşı üretilmeyen veya aşıya erşimi olmayan

⁹² <https://www.ushas.com.tr/kurulus-kanunu/> (E.T. 04.05.2023)

⁹³ <https://www.healthturkiye.com/homepage> (E.T. 29.06.2023)

⁹⁴ Fadi El-Khourı, “Medical Tourism in a Pandemic”, 28.

⁹⁵ Fadi El-Khourı, “Medical Tourism in a Pandemic”, 30.

⁹⁶ Tüm olumsuz koşullara rağmen hasta bir şekilde yurt dışına seyahat etmeyi ve bir hastaneye kabul edilmeyi başarmışsa bile, refakatçisinin veya tercümanın tedâvi sürecinde kişinin yanında bulunmasına izin verilmemesi tedâvi sürecini ve hatta sonucunu doğrudan etkileyebilir. Fadi El-Khourı, “Medical Tourism in a Pandemic”, 30.

⁹⁷ Fadi El-Khourı, “Medical Tourism in a Pandemic”, 34.

⁹⁸ Bükey, Aziz, Murat Gral, “Aşı Turizmi”, Ed. Barış Demirci ve Ali Solunoğlu, *Turizmde Araştırma Temaları*. (2021): 45; am Oğuz, Hakkı ılgınoğlu, “Sağlık Turizmi Kapsamında Aşı Turizmine Genel Bakış: Covid-19 Pandemisi Süreci rneği”, *Safran Kültür ve Turizm Araştırmaları Dergisi*, 5/2 (2022): 232.

kişiler de farklı ülkelere seyahat arayışına girmişlerdir. Böyle bir talebin karşısında da seyahat acenteleri, aşının yanı sıra tatili de kapsayan paket turlar düzenlenmiştir⁹⁹.

1.2.5. Sağlık Turizmi ve Uzaktan Tedâvi

Pandemi sürecinde sınırların kapatılması ve seyahat yasakları, yurt dışında tedâvi arayan hastaları farklı çözüm arayışlarına sevk etmiştir. Böylece uzaktan tedâvinin önemi daha da artmıştır. Sağlık turizminde teknolojik anlamda yeterli alt yapıya sahip olmak önemli bir tercih nedenidir. Pandemi sürecinde, uzaktan tedâvi hizmetlerini sunabilmek için ilgili teknolojik imkânlarla sahip olmanın ve bunları kullanmanın önemi bir kez daha anlaşılmıştır¹⁰⁰.

Pandemiyle birlikte kendisine ilgi artmış olmakla birlikte, uzaktan tedâvi yöntemleri çok daha öncelerden beri uygulanagelmektedir. Hasta ve hekimin bir arada bulunmasına gerek olmaksızın, telekomünikasyon araçlarıyla hastanın tedâvisinin sağlanması mümkündür¹⁰¹. Doktrinde ve uygulamada hasta ile hekimin fiziken bir arada bulunmadığı tedâvi yöntemleri için *uzaktan tedâvi*, *tele tıp*, *tele sağlık* gibi farklı kavramlar kullanılmaktadır¹⁰². Uzaktan tedâviyle bağlantılı bir diğer kavram ise dijital sağlıktır. Dijital sağlık, “*hastalıkları ve sağlık risklerini yönetmek ve sağlıklı yaşamı teşvik etmek*

⁹⁹ Aşı turizminde en çok kullanılan aşılardan Sinovac, Sputnik V, Pfizer ve Johnson ve Johnson sayılmaktadır. Bkz. Bükey ve Göral, “Aşı Turizmi”, 47; Çam ve Çılınçoğlu, “Sağlık Turizmi Kapsamında Aşı Turizmine Genel Bakış”, 233.

¹⁰⁰ Prütting Jens, Kilian Friedrich, Wiebke Winter ve Tom Wolk. “Digitalisierung im Gesundheitswesen - Aktuelle Themen”. *GesR.* (2020): 757.

¹⁰¹ Gerfried Fischer, “Ärztliche Verhaltenspflichten und anzuwendendes Recht bei grenzüberschreitender telemedizinischer Behandlung”, Ed. Bernd-Rüdiger Kern, Elmar Wadde, Klaus-Peter Schroeder, Christian Katzenmeier. *Festschrift für Adolf Laufs*, (2006): 781; Kuhn, Anna Kristina, Grenzen der Digitalisierung der Medizin de lege lata und de lege ferenda”, *GesR*, (2016): 748; J. Kelly Barnes, “Telemedicine: A Conflict of Laws Problem Waiting to Happen - How Will Interstate and International Claims Be Decided?”, *Houston Journal of International Law*, (2006): 492.

¹⁰² Bazı kaynaklarda bu kavramların farklarına da değinilmektedir. Biz burada çalışma konumuzun kapsamını genişletmemek adına Türk hukukunda mevzuatta yer aldığı hâliyle uzaktan tedâvi kavramını kullanmayı tercih ediyoruz. Kavramlar hakkında bkz. Karl Beatrix, “Rechtsfragen grenzüberschreitender telematischer Diagnostik und Therapie”, *Forum*. 5 (2019): 434 vd; Gruner Alexander. “Quo vadis, Fernbehandlungsverbot? - Betrachtungen zur Telemedizin”. *GesR*, (2017): 288 vd.; Cloud Megan, “Robots Are Coming: A Discussion of Choice-of-Law Issues and Outcomes in Telesurgical Malpractice”, *Texas A&M Law Review*, 6/3, (2019): 709 vd.; Gu Dongxiao, Gunay Humbatova, Yi Xie, Xuejie Yang, Oleg Zolotarev ve Gongrang Zhang, “Different Roles of Telehealth and Telemedicine on Medical Tourism: An Empirical Study from Azerbaijan”, *Healthcare*, 9 (2021): 1076.

için tıpta ve diğer sağlık mesleklerinde bilgi ve iletişim teknolojilerinin kullanılması” anlamında kullanılan bir terimdir¹⁰³.

Uzaktan sağlık hizmeti sunumu, hasta ile hekimin fizikî olarak aynı ortamda bulunmasına gerek olmaksızın teknolojinin yardımıyla ve iletişim yöntemleriyle tıbbî müdahalelerin uzaktan sağlanmasıdır¹⁰⁴. Böylece hasta evinden ayrılmadan ve bazen bekleme süresine katlanmak zorunda kalmadan sağlık hizmetine erişebilmektedir¹⁰⁵. Dünya Tabipler Birliği tele tıbbı, *“müdahalelerin, tanılarının, tedâvi kararları ve önerilerinin telekomünikasyon sistemleri aracılığıyla iletilen hasta verilerine, belgelerine ve diğer bilgilere dayandığı uzaktan tıp uygulamasıdır”* şeklinde¹⁰⁶, tele sağlığı ise, *“sağlık ve sağlık bakım hizmetleri ve bilgilerin büyük ve küçük uzaklıklarda sunulabilmesi için bilgi ve iletişim teknolojisinin kullanılmasıdır”* şeklinde tanımlamaktadır¹⁰⁷.

Türk hukukunda uzaktan tedâvi hizmetine ilişkin ilk ve güncel düzenleme olan Uzaktan Sağlık Hizmetlerinin Sunumuna İlişkin Yönetmelik¹⁰⁸ 10.02.2022 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Yönetmelik’in amacına ilk maddesinde *“sağlık hizmetinin mekândan ve coğrafyadan bağımsız olarak ve çağdaş tıbbî teknolojiye dayanılarak sunulmasına hizmet etmek üzere; uzaktan sağlık hizmetinin kapsamına, uzaktan sağlık hizmeti sunacak sağlık tesislerine izin verilmesine, uzaktan sağlık bilgi sisteminin geliştirilmesine, tescil edilmesine, sağlık tesislerinin bu kapsamda denetlenmesine ilişkin usul ve esasları düzenlemektir”* şeklinde yer verilmiştir. Yönetmelik’in 4. maddesine göre uzaktan sağlık hizmeti, *“bu Yönetmelik hükümlerine göre faaliyet izni almış olan sağlık tesislerinde, sağlık meslek mensubunun, sağlık hizmeti talep eden kişiye uzaktan sağlık bilgi sistemi üzerinden sunduğu sağlık hizmetini”* ifade eder.

Sağlık turizmi için öncelikli koşullardan birisi hastanın ülke değiştirmesi olduğundan bir ülkede bulunan hastanın başka bir ülkede bulunan hekim tarafından uzaktan iletişim

¹⁰³ <https://www.wma.net/policies-post/wma-statement-on-guiding-principles-for-the-use-of-telehealth-for-the-provision-of-health-care/> (E.T. 23.10.2022)

¹⁰⁴ Çavdar, “Türk Hukuku ve Avrupa Birliği Direktifleri Işığında Tele-Tıp”, 756.

¹⁰⁵ Jens Prütting, Kilian Friedrich, Wiebke Winter ve Tom Wolk, “Digitalisierung im Gesundheitswesen - Aktuelle Themen”, GesR, (2020): 761.

¹⁰⁶ <https://www.wma.net/policies-post/wma-statement-on-the-ethics-of-telemedicine/> (E.T. 23.10.2022)

¹⁰⁷ <https://www.wma.net/policies-post/wma-statement-on-mobile-health/> (E.T. 23.10.2022)

¹⁰⁸ RG. 10.02.2022, 31746. Konuyu Yönetmelik’ten önceki hâliyle detaylı şekilde ele alan bir eser olarak bkz. Doğramacı, “Teletıp, Sağlık Turizmi ve Uzaktan Sağlık Hizmetleri”, 657 vd.

yoluyla tedâvi edildiği uygulamalar¹⁰⁹, kural olarak sağlık turizmi kapsamında değerlendirilmez¹¹⁰. Ancak sağlık turizmi, esasen, hastayla ilk temasın kurulmasını, onun bilgilendirilmesini, seyahatin ve tedâvinin organizasyonunu, vize işlemlerini, tedâvinin gerçekleştirilmesini ve sonrasında bakım hizmetlerinin sağlanmasını da kapsayan oldukça uzun ve kapsamlı bir süreçtir¹¹¹. Bu süreçte günümüz teknolojisinin etkin bir şekilde kullanılması bir zorunluluktur. Uzaktan iletişim yoluyla sağlık hizmetlerinin sunulması, hekime daha rahat ulaşabilme, kronik hastalıkların takibi, bekleme sürelerinin kısalması, tedâvi ve yolculuk maliyetlerinde azalma, alanında uzman hekimlerden görüş alabilme, özellikle engelli ve yaşlılar bakımından sağlık hizmetine kolay erişim imkânı gibi avantajlar sağlar¹¹². Uzaktan tedâvi, sağlık turizminde, özellikle tedâvi sonrası bakım hizmetlerinin sağlanması noktasında da önem arz eder. Zira sağlık turisti açısından da tedâvinin sürekliliği de bir tercih nedenidir¹¹³.

Türk hukukunda, Uzaktan Sağlık Hizmetlerinin Sunumuna İlişkin Yönetmelik'in 15. maddesinde oldukça dikkat çekici bir düzenleme yer almaktadır:

“Uluslararası sağlık turizmi,

Madde 15- (1) *“uluslararası sağlık turizmi yetki belgesi almış olan sağlık tesislerince, ilgili mevzuatı çerçevesinde uluslararası sağlık turizmi ve turistin sağlığı kapsamında uzaktan sağlık hizmeti verilebilir”.*

Kanaatimizce, sağlık turizmi için öncelikli koşullardan birisi hastanın ülke değiştirmesi olduğundan, bir ülkede bulunan hastanın başka bir ülkede bulunan hekim tarafından uzaktan iletişim yoluyla tedâvi edilmesi sağlık turizmi kapsamında değerlendirilmemelidir. Uzaktan tedâvi yöntemi, ancak sağlık turizminin içerisinde faydalanılabilecek bir yöntem şeklinde kabul edilebilir; örneğin tedâvi sonrası bakım hizmetlerinde kullanılabilir. Yoksa hastanın tamamen uzaktan tedâvi yöntemiyle tedâvi

¹⁰⁹ Teletıp uygulamalarında modern bilgi ve iletişim teknolojileri yardımıyla, fizikî mesafeler aşılarak tıbbî hizmetler sağlanmaktadır. Prütting, “Gerichtsstand- und Rechtswahl in der Europäischen Arzthaftung”, 37-38; Prütting, “Die europäische Arzthaftung im Prozess”, 157.

¹¹⁰ Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 6. Sınır ötesi teletıp uygulamaları ve hukukî sonuçları hakkında detaylı bilgi için bkz. Hartmut Schädlich, *Grenzüberschreitende Telemedizin-Anwendungen*, (Frankfurt: Peter Lang, 2003), 1 vd.

¹¹¹ Fadi El-Khouri, “Medical Tourism in a Pandemic”, 32.

¹¹² Çavdar, “Türk Hukuku ve Avrupa Birliği Direktifleri Işığında Tele-Tıp”, 756.

¹¹³ Fadi El-Khouri, “Medical Tourism in a Pandemic”, 34.

edilmesi sağlık turizmi olarak kabul edilmemelidir. Söz konusu düzenleme henüz yeni olduğundan, uygulamada nasıl şekilleneceği zaman içerisinde ortaya çıkacaktır.

Bu konuda ilginç bir örnek 2015'te açılan Çinli Amerikalı Hekimler E-Hastanesi (*Chinese American Physicians E-Hospital*)'dir. Bu hastane, Çin nüfusu için özel olarak tasarlanmış Çince bir web sitesine sahiptir. Web sitesinde hem Kuzey Amerika hem de Çin'de bulunan Çinli hastalar için ücretsiz telefon numaraları yer almakta; aynı zamanda dünyanın her yerindeki Çinliler için çevrimiçi müşteri hizmetleri sağlamaktadır. Bu E-Hastaneye bağlı tüm hekimler, ABD'de ruhsat sahibi ve iki dili de konuşabilen Çin asıllı Amerikalı hekimlerdir. Yüksek nitelikleri haiz olan ve kültürel açıdan Çinli hastalara yakın olan bu hekimler, başlangıçta tele danışmanlık hizmeti sunmaktadır. Bu platform tamamen sağlık turizmine yöneliktir. Bu online platform, hastaları yalnızca uygun bir sağlık hizmeti sunucusunu bulma ve onlarla bağlantı kurma zorluğundan kurtarmakla kalmaz, aynı zamanda dil engellerini ve kültürel engelleri de ortadan kaldırır¹¹⁴.

1.3. Sağlık Turizminin Unsurları

Hâlihazırda ne sağlık turizmi ne de sağlık turizmi hukuku kavramlarının genel kabul görmüş bir tanımı mevcuttur¹¹⁵. Bu durumun gerekçesi ise tedâvi olmak maksadıyla yurt dışına seyahatin, çeşitli bilim dallarının dikkatini çok da uzun sayılamayacak bir zamandan beri çekmesidir¹¹⁶. Bu gerekçeyle sağlık turizminin tanımının yapılabilmesi için öncelikle sağlık turizminin unsurları olarak kabul edilebilecek birtakım kavramların açıklanması gerekir.

Sağlık turizminde yurt dışında bulunan tedâvi yeri ve bu yerde kalış süresi, tıbbî müdahale ve tedâvi, *akut* ve *spontane* tedâvi gibi kavramların açıklanması sağlık turizmi kavramının genel çerçevesini ortaya koyabilmek açısından önemlidir. Zira bu sayede, hem sağlık turizminin kapsamı daha net bir şekilde anlaşılabilir hem de sağlık turizmi kapsamında gerçekleştirilen tedâviler diğer tedâvilerden daha net bir şekilde ayrılabilir.

¹¹⁴ Hong, "Medical Tourism and Telemedicine", 1.

¹¹⁵ Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 5.

¹¹⁶ Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 5; Bookman ve Bookman, *Medical Tourism*, 8.

1.3.1. Yurt Dışındaki Tedâvi Yeri

Bir tedâvinin uluslararası sağlık turizmi kapsamında değerlendirilebilmesi için her şeyden önce hasta yurt dışına çıkmalı ve hastanın tedâvisinin en azından bir kısmı gidilen ülkede gerçekleştirilmelidir¹¹⁷. Sağlık turizminde yurt dışı, hastanın vatandaşı olduğu, ikâmet ettiği veya mutad meskeninin bulunduğu ülkeden başka bir ülkeyi ifade eder. İleride sağlık turisti olarak hasta başlığı altında daha ayrıntılı şekilde anlatılacağı üzere¹¹⁸, sağlık turizminden söz edebilmek için hastanın mutlaka vatandaşı olduğu bir ülkeden farklı bir ülkeye seyahat etmesi şart değildir. Zira sağlık turizminde esasen ikâmet ya da mutad mesken kavramından hareket edilir.

Hastanın tedâvi olmak amacıyla ikâmet ettiği veya mutad meskeninin bulunduğu yerden yine kendi ülkesi içerisinde bir yere seyahat etmesi ise ulusal sağlık turizmidir¹¹⁹. Bu durum ise, çalışmamızın kapsamında değildir¹²⁰. Örneğin Antalya’da yaşayan bir hastanın, tedâvi olmak amacıyla Konya’ya seyahat etmesiyle aynı tedâviyi Antalya’da alması arasında bir fark bulunmaz. Zira burada milletlerarası özel hukukun kapsamında bir sorun gündeme gelmez. Bu ihtimalde muhtemel bir hukukî sorun Türk mahkemelerinde, Türk hukukuna göre çözümlenir. Burada elbette hastanın veya hekimin vatandaşlığı ya da ikametgâhı yabancılık unsuruna sebep olabilir. Ancak bu tür bir yabancılık unsurunun varlığı, seyahatin sağlık turizmi kapsamında değerlendirilebilmesi için yeterli değildir¹²¹.

Beyin göçü (*brain drain*) şeklinde adlandırabilecek ve bir hekimin farklı bir ülkeye giderek tedâvi gerçekleştirmesi hâlinde de kişi bakımından yabancılık unsurunun

¹¹⁷ Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 6.

¹¹⁸ Birinci Bölüm, 1.4.1. Sağlık Turisti Olarak Hasta.

¹¹⁹ “SAMW Schlussbericht”, 30; Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 6.

¹²⁰ Sınır bölgelerinde yaşayan hastalar acil durumlarda veya yaşadığı ülkede aradığı tedâvinin sağlanamadığı hâllerde sınır komşusu olunan diğer ülkelere seyahat etmeyi tercih eder. Bkz. Fadi El-Khoury, “Medical Tourism in a Pandemic”, 30. Almanya’da özellikle sınıra yakın bölgede yaşayan kişilerin coğrafi yakınlık nedeniyle, Almanya’da değil de sınır komşusu ülkede tedâvi olması nâdir karşılaşılan bir durum değildir. Alman hukukçuları bu durumu sağlık turizmi kapsamına dâhil etmemekle birlikte birtakım milletlerarası özel hukuk problemlerinin doğabileceğini kabul etmektedir. Nitekim bu hâlde kişinin günlük işlerini de yapmak için sıklıkla gittiği bir ülkeye seyahat söz konusudur. Tedâvi olmak amacıyla komşu ülkeye seyahat eden bu kişiler sağlık turistlerinden farklı olarak örneğin söz konusu ülkenin tıbbî bakım standartları hakkında bilgi sahibidir, dil konusunda ciddi problemler yaşamaz ya da bu kişilerin hukukî yollara başvurabilmeleri sağlık turistlerine nazaran çok daha kolaydır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 7.

¹²¹ Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 7.

varlığından söz edilebilir ve milletlerarası özel hukuku ilgilendiren sorunlar gündeme gelebilir. Ancak çalışmamız esasen hastanın seyahat ettiği varsayımı üzerinden temellendirildiğinden beyin göçü sonucu yaşanacak hukukî sorunlar çalışmada ele alınmamıştır¹²².

Sonuç olarak hastanın vatandaşı olduğu, ikâmet ettiği veya mutad meskeninin bulunduğu ülkeden başka bir ülkede bulunan tedâvi yeri yurt dışında bulunan tedâvi yerini ifade eder. Sağlık turizmini uluslararası yapan, yurt dışındaki bir tedâvi yerinin tercih edilmesidir.

1.3.2. Kalış Süresi

Sağlık turizmi kavramı açısından, hastanın gittiği ülkede kalış süresi de önemlidir. Ancak bu kalış geçicidir. Zira hastanın yalnızca geçici olarak¹²³ ve tedâvi süresince ülke değiştirmesi hâlinde sağlık turizminin varlığından bahsedilebilir. Şu hâlde yurt dışında kalış süresi, hastanın tedâvi olmak amacıyla yurt dışında bulunduğu ve geçici olan süreyi ifade eder. Hasta, tedâvinin gerçekleştirileceği ülkede ikâmet etmeye başlamış veya mutad meskenini bu ülkeye taşımışsa artık kendisi sağlık turisti olarak kabul edilmemelidir¹²⁴. Bu hâlde bir sağlık turizmi ilişkisi yoktur. Zira tüketici olarak kabul edilen hastanın 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun¹²⁵'a (MÖHUK) göre mutad meskeni hukuku korumasından faydalanabilmesi için de mutad meskenini taşımamış olması gerekir¹²⁶.

1.3.3. Tıbbî Müdahale ve Tedâvi

1.3.3.1. Genel Olarak

Sağlığa yönelik hangi uygulamaların sağlık turizmi kavramı içerisinde değerlendirilmesi gerektiği de açıklığa kavuşturulmalıdır. Yurt dışında yapılan tıbbî müdahale ya da

¹²² *Brain drain* kavramı hakkındaki açıklamalar için bkz. "SAMW Schlussbericht", 9.

¹²³ Günöbirlik hastaların, başka bir deyişle ayakta tedâvi gören hastaların sağlık turisti kabul edilip edilmeyeceği ise doktrinde tartışmalıdır. Bkz. Haber ve Krczal, "Medizintourismus", 230.

¹²⁴ Burada da kişinin vatandaşlığı dolayısıyla bir yabancılık unsuru söz konusu olsa dahi konu artık sağlık turizmi boyutuyla milletlerarası özel hukuku ilgilendirmez.

¹²⁵ RG. 12.12.2007, 26728.

¹²⁶ AB hukukuna göre de hastanın yeni bir mutad mesken edindiği zaman hayatını, örneğin dil ve hukuk bilgisini yeni mutad mesken hukukuna göre şekillendirmesi beklenir. Zira hem Brüksel Tüzüğü m. 15'e hem de Roma I Tüzüğü m. 6'ya göre mutad meskenini değiştirdiği hâllerde tüketici, artık yeni mutad meskeni hukuku kurallarına tâbi olur. Bkz. Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 7.

tedâvilerden hangilerinin sağlık turizmi kavramı altında ele alınması gerektiğinin tespiti hukukî açıdan son derece önemlidir.

Tıbbî müdahale, kişilerin bedenî, fizikî veya psikolojik bir hastalığının hekimler tarafından genel kabul görmüş tedâvi yöntemleriyle teşhis ve tedâvi edilmesidir¹²⁷. Tıbbî müdahalenin özellikle iyileştirme amacıyla yapılması önemlidir¹²⁸. İyileştirici tedâvi, sağlığı iyileştirmeyi, hastalıkları hafifletmeyi, hastalıkların sonuçlarını ortadan kaldırmayı veya hafifletmeyi ve hastalıkları ve bunların kötüye gitmesini önlemeyi amaçlayan müdahalelerdir¹²⁹. Örneğin hastaya ilaç verilmesi bir tür iyileştirici tedâvidir¹³⁰.

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin¹³¹ (HHY) “Tanımlar” başlıklı 4. maddesinde tıbbî müdahale, “*Tıp mesleğini icraya yetkili kişiler tarafından uygulanan, sağlığı koruma, hastalıkların teşhis ve tedavisi için ilgili meslekî yükümlülükler ve standartlara uygun olarak tıbbın sınırları içinde gerçekleştirilen fizikî ve ruhî girişim*” şeklinde tanımlanmaktadır. Hekimin gerçekleştirdiği tıbbî müdahaleye ilişkin faaliyet en basit teşhis, tedâvi ve iyileştirme yöntemleri yanında en ağır cerrahî müdahaleler de olabilir¹³².

Tıbbî müdahale teşhis ve tedâviyi de içine alan bir süreçtir. Teşhis, “*hastalığın, bulgularına bakarak ne olduğunu tespit*” şeklinde tanımlanmaktadır. Bir hastalığın diğer bir hastalıktan ayırt edilmesi de teşhisin kapsamındadır¹³³. Tedâvi ise, bir hastalığı tıbbî yöntemlerle teşhis ettikten sonra hastalığın iyi olması için vasıtalar tatbik veya tavsiye etmektir¹³⁴. Doktrindeki bir görüşe göre, fizikî ve ruhî tedâvi bir bütündür¹³⁵. Tedâviyi

¹²⁷ Mehmet, Ayan, *Tıbbî Müdahalelerden Doğan Sorumluluk*, (Ankara: Kazancı Hukuk Yayınları, 1991), 5.

¹²⁸ Gleixner-Eberle, *Die Einwilligung in die medizinische Behandlung Minderjähriger*, 3.

¹²⁹ Gleixner-Eberle, *Die Einwilligung in die medizinische Behandlung Minderjähriger*, 3.

¹³⁰ Gleixner-Eberle, *Die Einwilligung in die medizinische Behandlung Minderjähriger*, 3.

¹³¹ RG. 01.08.1998, 23420.

¹³² Özlem Yenerer Çakmut, *Tıbbî Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi*, (İstanbul: Legal Yayıncılık, 2003), 24; Ayan, *Tıbbî Müdahalelerden Doğan Sorumluluk*, 5; Yavuz İpekyüz, *Hekimlik Sözleşmesi*, 22; Kaya, “Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü”, 46; Gönenç, “Medikal Turizm”, 1177; Hasan Petek, “Tıbbî Müdahalelerden Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un Uygulanması”, *DEÜHFD* 15 (2013): 972; Zarife Şenocak, “Küçüğün Tıbbî Müdahaleye Rızası”, *AÜHFD*, 50/4, 2001: 66.

¹³³ Hayrunnisa Özdemir, “Hekimin Hukuki Sorumluluğu”, *ERÜHFD*, 11/1 (2016): 45.

¹³⁴ Özdemir, “Hekimin Hukuki Sorumluluğu”, 45.

¹³⁵ Merter Özay, *Estetik Amaçlı Tıbbî Müdahalelerde Hekimin Hukuki Sorumluluğu*, (Ankara: Yetkin, 2006), 20.

gerçekleştiren fiiller tıbbî, cerrahî ve psikolojik nitelikte olabilir¹³⁶. Bu nedenle tıbbî müdahale kavramı tanımlanırken yalnızca tedâvi amacından hareket edilmemelidir. Kavramın, tıbbî, cerrahî ve psikolojik tüm fiilleri kapsayan geniş bir nitelik taşıdığı kabul edilmelidir. Bu sebeple, estetik amaçlı müdahalelerin, deneysel çalışmaların¹³⁷, kök hücre uygulamaları ve gen teknolojilerinin, kısırlaştırmaya yönelik müdahalelerin, organ ve doku nakilleri gibi uygulamaların, kürtajın, radyoterapinin, infertilite kapsamında tüp bebek (*IVF-in vitro fertilizasyon*) uygulamalarının ve sünnetin de tıbbî müdahale kavramına dâhil edilebileceği düşünülmektedir¹³⁸. Kanaatimizce ötanazi de bu kapsamda bir tıbbî müdahale olarak değerlendirilmelidir.

Doktrinde, bir hekim tarafından tıbbî bir yöntem uygulanarak yapılan tedâvilerin sağlık turizmi kapsamında kabul edilmesi gerektiği kabul edilmişse de sağlığı iyileştirmeye yönelik tüm uygulamaların sağlık turizmi kapsamında değerlendirilmesi gerektiği yönünde görüşler de bulunmaktadır¹³⁹. Kanaatimizce de doğrudan iyileştirmeye yönelik olmasa dahi ötanazi ve kürtaj gibi sağlığa yönelik müdahaleler de sağlık turizmi kapsamında değerlendirilmelidir. Nitekim çalışmamızda, yetkili bir kişi tarafından yapılmak şartıyla hastanın sağlığına yönelik tüm müdahaleler sağlık turizmi kapsamında ele alınmış ve bunun için kısaca tedâvi veya tıbbî müdahale ifadeleri kullanılmıştır.

1.3.3.2. Tıbbî Müdahalenin Sınırları

1.3.3.2.1. Tıbbî Müdahalenin Hekim veya Yetkili Bir Kişi Tarafından Gerçekleştirilmesi Zorunluluğu

Tıbbî müdahale, tıp mesleğini icraya yetkili bir kişi tarafından, doğrudan veya dolaylı şekilde tedâvi amacına yönelik gerçekleştirilen her türlü faaliyet şeklinde tanımlanmaktadır¹⁴⁰. Tıbbî müdahale, hastanın sağlığına, yaşam ve vücut bütünlüğüne

¹³⁶ Özdemir, “Hekimin Hukuki Sorumluluğu”, 45.

¹³⁷ Deneysel çalışmalarda iyileştirme amacının bilimsel kaygıların arka planında kaldığı hakkında tartışmalar için bkz. Gleixner-Eberle, *Die Einwilligung in die medizinische Behandlung Minderjähriger*, 4.

¹³⁸ Gleixner-Eberle, *Die Einwilligung in die medizinische Behandlung Minderjähriger*, 3; Kaya, “Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü”, 47; Gönenç, “Medikal Turizm”, 1177.

¹³⁹ Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 8; Bookman ve Bookman, *Medical Tourism*, 42 vd.

¹⁴⁰ Filiz Yavuz İpekyüz, *Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi*, (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2006), 22; Mine Kaya, “Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğünden Kaynaklanan Taziminat

yönelik bir eylemdir. Bu nedenle yalnızca tıbbî ve hukukî açıdan değil, etik açıdan da doğru ve uygun bir şekilde icra edilmelidir¹⁴¹. Bu noktada akla gelebilecek bir sorun hekim kimliği taşımasa dahi özel bir yeterlilik gerektiren meslek mensupları tarafından yerine getirilen tıbbî müdahalelerin veya destekleyici tıbbî hizmetlerin sağlık turizmi kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceğidir. Bu meslek grubuna giren kişilere örnek olarak, diyetisyen, konuşma terapisti, fizyoterapist, çocuk bakım hemşiresi verilebilir. Başka bir deyişle sayılan bu meslekler kapsamında faaliyet gösteren kişilerin faaliyetlerinin yapılan işin niteliği gereği sağlık turizmi kavramına dâhil edilip edilmeyeceği sorusu cevaplanmalıdır. Kanaatimizce bu soruya olumlu cevap vermek gerekir.

Hem doktrinde hem de yargı kararlarında hâlihazırda tıp hukukunda hekimin hukukî sorumluluğu ayrı bir araştırma dalı olarak kabul edilir¹⁴². Esasen bu durumun nedeni hekimlerin yüksek meslekî yeterlilik ve bilgi gerektirecek ve hastada yüksek bir zarar riski meydana getirebilecek şekilde hastanın vücut bütünlüğüne müdahale ediyor olmasıdır¹⁴³. Eksik ve yanlış tedâvinin yanı sıra bazı hâllerde sadece tedâvinin yapılması dahi, sağlığı ve vücut bütünlüğünü ilgilendiren hususlarda özellikle ciddi sonuçlara yol açabilir¹⁴⁴. Böyle durumlarda hasta önemi ve ciddiyeti nedeniyle müdahalelere katlanmak zorundadır ve bu durumda hasta için hukukî korumanın sağlanması bir ihtiyaçtır¹⁴⁵. Sağlık hukuku alanında, sayılan bu gerekçelerle ve sağlık hukukunun özelliklerinden hareketle oluşturulan ve hekimlere yönelik olan ilke ve kuralların diğer meslek dalları için her zaman kolay bir şekilde uygulanması söz konusu olamaz¹⁴⁶. Nitekim bu kişilerin davranışlarının, hastanın haklarını etkilemesi ihtimâli hekimlerin davranışlarına nazaran daha düşüktür. Bu nedenle de hekimlerden farklı olarak bu kişilerin sorumluluğu hakkında özel hukukî bir düzenlemeye gerek bulunmamaktadır¹⁴⁷.

Sorumluluğu”, *TBBB*, (2012): 46; Hasan Petek, “Güzelleştirme Amaçlı Estetik Ameliyatlardan Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk”, *DEÜHFD*, 8/1 (2006): 179.

¹⁴¹ Kaya, “Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü”, 46.

¹⁴² Erwin Deutsch ve Andreas Spickhoff, *Medizinrecht*, (Heidelberg: Springer Verlag, 2014), para. 2 vd.

¹⁴³ Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 8.

¹⁴⁴ Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 8.

¹⁴⁵ Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 8.

¹⁴⁶ Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 8; Christian, Katzenmeier, “Der Behandlungsvertrag - Neuer Vertragstypus im BGB”, *NJW*, (2013): 818.

¹⁴⁷ Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 9.

Bununla beraber doktrinde istisnaî olarak örneğin fizyoterapistin ya da diyetisyenin eylemleri için de hekimin hukukî sorumluluğuna dair kuralların uygulanmasının mümkün olabileceği görüşü ileri sürülmektedir¹⁴⁸. Zira bu kişilerin yerine getirdikleri tıbbî müdahaleler de belirli hâllerde hastalar için yüksek risk içerebilir. Ayrıca fizyoterapist ve diyetisyen gibi meslek grupları hekimlerin aldığı eğitimden farklı da olsa sağlıkla ilgili meslekî bir eğitim almaktadırlar. Bu nedenle uluslararası sorumluluk hukuku alanında bu meslekler için de kurallara ihtiyaç duyulmaktadır. Biz çalışmamızda sağlık turizmi kavramını, tedâvinin ağırlığı sebebiyle özel bir yeterlilik gerektiren tüm tıbbî müdahaleleri içeren durumlar için kullanmayı tercih ettik.

1.3.3.2.2. Sosyal ve Psikolojik Endikasyon Durumunda Tıbbî Müdahale

Endikasyon, bir hekimin hastaya tıbbî müdahalede bulunması için aranan tıbbî zorunluluk şartı olarak tanımlanmaktadır¹⁴⁹. Bir hastaya müdahale ancak tıbben zorunlu olması, başka bir ifadeyle tıbbî gereklilik bulunması durumunda yapılabilir ve ancak bu hâlde tıbbî müdahale hukuka uygun kabul edilebilir. Ancak istisnaî olarak bazı müdahaleler, tıbbî endikasyona dayanmasa dahi hukuka uygun görülür. Doktrinde endikasyon kavramı geniş yorumlanmakta ve sosyal¹⁵⁰ ve psikolojik¹⁵¹ endikasyonun da bu kavram içerisinde değerlendirilmesi gerektiği savunulmaktadır¹⁵². Tıbbî sebeplere dayanmayan, ancak sosyal ve psikolojik endikasyonun varlığı nedeniyle hukuka uygun olduğu kabul edilen müdahalelere örnek olarak estetik müdahaleler, organ ve doku nakilleri, gebelik sonlandırmaları, sterilizasyon ve kastrasyon, üremeye yardımcı tedâviler, sünnet uygulaması, prenatal tarama ve tanı testleri ile cinsiyet değişikliğine yönelik müdahaleler sayılabilir¹⁵³.

Sağlık turizmi kavramı, yalnızca amacı sağlığı korumak, iyileştirmek veya eski hâline getirmek olarak görülen tıbbî müdahaleleri kapsamaz. Aynı zamanda tıbbî endikasyon

¹⁴⁸ Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 8.

¹⁴⁹ Onur Kuru, “Tıbbî Müdahalenin Hukuka Uygunluğu: Endikasyon Şartı”, *İNÜHFD*, 12/2 (2021): 493.

¹⁵⁰ Müslümanlar ve Yahudiler tarafından uygulanan ve tıbbî bir müdahale olarak kabul edilen sünnette de sosyal endikasyonun varlığı söz konusudur.

¹⁵¹ Estetik müdahalelerde hasta için çoğunlukla psikolojik unsur ön planda olduğundan psikolojik endikasyonun varlığı söz konusudur.

¹⁵² Kuru, “Tıbbî Müdahalenin Hukuka Uygunluğu”, 496.

¹⁵³ Kuru, “Tıbbî Müdahalenin Hukuka Uygunluğu”, 496.

dışı müdahaleleri de içerir¹⁵⁴. Zira başta estetik müdahaleler olmak üzere vücut bütünlüğüne yönelen diğer müdahaleler de bir tıbbî bilgi gerektirir ve yalnızca uygun şekilde eğitim görmüş kişiler tarafından gerçekleştirilebilir¹⁵⁵. Son olarak değinmek gerekir ki, endikasyon dışı bir müdahale yapılan hastanın maruz kalacağı riskler, endikasyon şartının sağlandığı müdahalelerde karşılaşılabilecek risklerden farklı değildir¹⁵⁶. Hatta bu müdahale, çoğunlukla kişinin doğrudan dış görünüşünde değişiklik yaratır. Bu nedenle ameliyatı gerçekleştiren hekimin dikkat ve özen yükümünün arttığı söylenebilir¹⁵⁷.

1.3.3.2.3. Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıp

Kültürel farklılıklar teşhis ve tedâvi kavramlarının farklı ülkelerde farklı anlaşılmasına neden olur. Bu nedenle küreselleşmeyle birlikte tıp denilince akla geleneksel tıp, tamamlayıcı tıp, alternatif tıp, biyotıp veya etnik/yerel tıp gibi geniş bir yelpaze gelir¹⁵⁸. Modern tıp, 19. yüzyılın başından itibaren uygulanmaya başlayan, kanıta dayalı bilimsel yöntemlerden oluşan, klinik deneyimin bilimsel araştırma sonuçlarıyla desteklendiği ve günümüzde hâkim tıp anlayışını ifade eden tıbbî uygulamalardır¹⁵⁹. Batılı sağlık turistlerinin *sağlık alışverişleri* arasında modern tıbbın yanı sıra alternatif tıp olarak adlandırılan yöntemler de oldukça yaygın bir şekilde yer alır¹⁶⁰. Alternatif tıp ise, kanıta

¹⁵⁴ Bookman ve Bookman, *Medical Tourism*, 2; Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 9. Estetik müdahalenin tıp uygulamasındaki yeri ve hukukî niteliğine ilişkin tartışmalara çalışmamızın kapsamını genişletmemek adına burada yer verilmemiştir.

¹⁵⁵ Jens Prütting, “Qualifikation wunschmedizinischer Maßnahmen - Vertragsrecht”, *MedR*, (2011): 276; Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 9.

¹⁵⁶ Katja, Schwenzfeier, *Die kollisionsrechtliche Anknüpfung des Behandlungsverhältnisses im Rahmen einer kosmetischen Operation*. (Hamburg: Dr. Kovac Verlag, 2011), 58 vd.; Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 9.

¹⁵⁷ Petek, “Hukuki Sorumluluk”, 186.

¹⁵⁸ Kressing, “Medizintourismus”, 255-256. Bu alanda doktrinde ve uygulamada bir kavram birliği yoktur. Kullanılan kavramların benzerlik ve farklılıkları hakkında bkz. Özge Arpacı, “Sağlık Bakanlığı Tarafından Kabul Edilen Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıp Uygulamaları ve Bunların Hukuka Uygunluğunun Değerlendirilmesi”, *DEÜHFD*, 23/2 (2021): 1248 vd.

¹⁵⁹ Arpacı, “Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıp Uygulamaları”, 1251.

¹⁶⁰ Batılı hastaların sağlıklı yaşam kadar sağlıklı ölüm arayışı içerisinde de oldukları ve bu arayış için *Budizm* ve *Şamanizm* gibi farklı kültürlere ilgilerinin arttığına ilişkin tespit için bkz. Kressing, “Medizintourismus”, 257 vd. Örneğin günümüzde Hindistan, Nepal ve Sri Lanka’da uygulanan ve Çin ve Tibet tıp sistemleri üzerinde etkileri olan *Ayurveda* veya *Ayurvedik tıp*, kökeni Hint alt kıtasına dayanan bir alternatif tıp sistemidir. *Ayurvedik tıp*, gerçeklikle metafizik kavramlarını iç içe geçirdiği ve temeli bilime dayalı olmadığı için sözdebilim kabul edilir. *Ayurvedik* tedâvi Amazonlarda özellikle sağlık turistleri için uygulanmaktadır. Bkz. Kressing, “Medizintourismus”, 256.

dayalı bilimsel tıbbî yöntemlere dâhil olmayan, modern tıbbın yerine ikame edilen her türlü sağlık hizmetidir¹⁶¹.

Sağlık Bakanlığı geleneksel ve tamamlayıcı tıbbi “fiziksel ve ruhsal hastalıklardan korunma, bunlara tanı koyma, iyileştirme veya tedavi etmenin yanında sağlığın iyi sürdürülmesinde de kullanılan, farklı kültürlerle özgü teori, inanç ve tecrübelerle dayalı, izahı yapılabilen veya yapılamayan bilgi, beceri ve uygulamaların bütünü” şeklinde tanımlamaktadır¹⁶². Geleneksel ve tamamlayıcı tıp uygulamaları, çoğunlukla modern tıp uygulamaları tarafından kabul görmemiş, bilimsel olarak yeterince denenmemiş, fayda ve risk değerlendirmesinin yapılması daha zor olan tedâvi yöntemleridir¹⁶³. Geleneksel ve tamamlayıcı tıp uygulamaları esasen yüzyıllar öncesine dayanmakla birlikte günümüzde neredeyse her coğrafyada, yeniden yaygınlaşmaya başlamıştır¹⁶⁴. Farklı isimlerle adlandırılan bu yöntemlerin etkinliğinin ve doğrulanabilirliğinin kontrolü oldukça zordur veya hiç mümkün değildir. Bu tıp yöntemlerin sağlık turistleri arasında yaygınlaşması, bunların birer sömürü mekanizması hâline gelmesi riskini de beraberinde getirir¹⁶⁵.

Türkiye’de insan sağlığına yönelik geleneksel ve tamamlayıcı tıp uygulama yöntemlerini belirlemek, bu yöntemleri uygulayacak kişilerin eğitimi ve yetkilendirilmeleri ile bu yöntemlerin uygulanacağı sağlık kuruluşlarının çalışma usûl ve esaslarını düzenlemek üzere Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıp Uygulamaları Yönetmeliği¹⁶⁶ yürürlüğe girmiştir¹⁶⁷. Doktrinde, bizim de katıldığımız görüşe göre, Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıp Uygulamaları Yönetmeliği’nde kabul edilen uygulamaların, tıbbî müdahale kapsamında kabul edilmesi gerekmektedir¹⁶⁸. Yönetmelik’te geleneksel ve tamamlayıcı tıp alanında faaliyet gösterebilmek için ilgili alanda sertifika sahibi hekim olmak şartı aranmaktadır. Kanaatimizce sertifikası bulunan ve bu nedenle yetkili olarak faaliyet

¹⁶¹ Arpacı, “Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıp Uygulamaları”, 1253.

¹⁶² <https://shgmgetatdb.saglik.gov.tr/TR,24683/geleneksel-ve-tamamlayici-tip-nedir.html> (E.T. 03.02.2023)

¹⁶³ Arpacı, “Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıp Uygulamaları”, 1260-1261.

¹⁶⁴ Arpacı, “Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıp Uygulamaları”, 1250.

¹⁶⁵ Kressing, “Medizintourismus”, 257.

¹⁶⁶ RG. 27.10.2014, 29158.

¹⁶⁷ Yönetmelik’te bahsi geçen tıp uygulamalarına örnek olarak müzik terapi, mezoterapi, akupunktur, hipnoz, ozon terapi, sülük, kupa ve larva uygulamaları sayılabilir.

¹⁶⁸ Arpacı, “Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıp Uygulamaları”, 1297.

gösteren hekimlerin sorumluluklarının da sağlık turizmi açısından diğer tüm hekimlerin sorumluluğuyla eş değer şekilde ele alınması gerekir.

1.3.4. Akut¹⁶⁹ Olmayan Bir Tedâvinin Varlığı

Kişi hâlihazırda yurt dışındayken hastalık veya kaza gibi *akut* olarak gelişen bir durum söz konusu olabilir. Böyle bir *akut* durum geliştiğinde tedâvinin o ülkede aranması olağandır. Tıbbî tedâviyi gerektiren durum hasta zaten yurt dışında iken ortaya çıktığında, derhal müdahaleye ihtiyaç duyulur. Zira somut olayda tedâviye çok acil ihtiyaç duyulması nedeniyle tedâvinin ertelenmemesi gerekebilir veya hastanın kendi ülkesine dönüşü o an için çok masraflı olabilir¹⁷⁰. Seyahat sırasında acil ve plansız sağlık hizmeti alma zorunluluğu doğuran hallere örnek olarak geçirilen bir kaza, zehirlenme, böcek sokmaları sayılabilir¹⁷¹.

Kişinin o an için yurt dışında bulunmasının birden fazla sebebi olabilir. Bunlardan ilk akla gelen kişinin tatilini geçirmek için yurt dışına çıkmış olmasıdır. Ayrıca bir öğrenci değişim programı kapsamında yurt dışında bulunan öğrenci, yaşadığı sağlık problemi nedeniyle bu ülkede tedâvi olmak durumunda kalmış olabilir¹⁷². Bir araştırma gezisi düzenleyenlerin veya geçici bir süreliğine bir üniversitede görevlendirilmiş olanların da ani gelişen ve ertelenemeyen durumlarda o ülkenin sağlık hizmetinden faydalanmaktan başka seçenekleri bulunmaz¹⁷³. Günümüz iş hayatı dikkate alındığında kişinin profesyonel anlamda meslekî bir faaliyetini yürütmek üzere geçici veya kalıcı şekilde başka bir ülkede bulunması da sıra dışı bir durum değildir. Kişinin meslekî amaçlı yurt dışında bulunmasına, yurt dışına çalışmaya giden mevsimlik işçilerin durumu da başka bir örnektir¹⁷⁴. Sayılan bu hâllerde yurt dışında tedâvi çoğunlukla tesadüfî bir şekilde

¹⁶⁹ Akut kelimesi sözlükte “Bir hastalığın ilk belirtilerinin ani, çabuk ve şiddetli seyrettiği dönem ağır, keskin, vahim” şeklinde tanımlanmaktadır. <https://sozluk.gov.tr/> (E.T. 12.01.2023)

¹⁷⁰ Deutsch, “Der Medizintourismus: Die rechtliche Seite”, 1.

¹⁷¹ Gönenç, “Medikal Turizm”, 1176.

¹⁷² Hans Prütting, “Gerichtsstand- und Rechtswahl in der Europäischen Arzthaftung - Forum Shopping”, Ed. Arbeitsgemeinschaft Rechtsanwälte im Medizinrecht e.V., Cross Border Treatment - Die Arzthaftung wird europäisch, (2010): 37; Hans Prütting, “Die europäische Arzthaftung im Prozess: Internationale Zuständigkeit und Kollisionsrecht, Das Bild des Arztes im 21. Jahrhundert”, Ed. Christian Katzenmeier, Klaus Bergdolt, Kölner Schriften zum Medizinrecht Band 1, (2009): 157.

¹⁷³ Deutsch, “Der Medizintourismus: Die rechtliche Seite”, 1.

¹⁷⁴ Deutsch, “Der Medizintourismus: Die rechtliche Seite”, 1.

gerçekleşir¹⁷⁵. Başka bir deyişle aslında tüm bu sayılan hâllerin ortak özelliği seyahatin başında kişinin o ülkede tedâvi olmaya yönelik bir istek ve iradesinin bulunmamasıdır. Zira bu hâllerde hastanın yurt dışında tedâvi olma konusunu önceden ölçüp tarttığı ve bir tedâvi sözleşmesinin tarafı olmaya karar verdiği bir süreç söz konusu değildir¹⁷⁶. Burada hastanın hukukî konulara da kafa yorduğu ve bilinçli olarak yurt dışında tedâviyi, deyim yerindeyse sağlık turisti olmayı tercih ettiği bir durum bulunmaz¹⁷⁷. Saymış olduğumuz bu nedenlerden ötürü, hastanın yurt dışında bulunduğu sırada tıbbî tedâviyi gerektiren bir durumun ortaya çıkması hâlinde sağlık turizminin varlığından söz edilemez.

1.3.5. Sağlık Seyahati

1.3.5.1. Genel Olarak

Sağlık turizminin varlığı için her şeyden evvel tedâvi amacıyla yurt dışına yapılmış bir seyahat gerekir. Sağlık seyahati kavramı, hastanın kendi ülkesinde bulunduğu esnada yabancı ülkede gerçekleştirilecek olan tedâvi için bilinçli şekilde gerçekleştirdiği seyahatleri ifade eder. Başka bir ifadeyle hastanın en baştan beri ülke değiştirmekteki amacı, gittiği ülkede tedâvi olmaktır¹⁷⁸. Burada tedâvinin ilk amaç olup olmaması önemli değildir. Sağlık hizmetinden yararlananlar için tatil ve tedâvi amacı bir arada yer alabilir¹⁷⁹. Hastanın seyahat nedenleri arasında tedâvinin olması yeterlidir, yoksa tedâvinin nedenler arasında ilk sırada yer alması gerekmez¹⁸⁰. Kural olarak sağlık turizmi, kişinin tedâvi olmak isteğiyle başka bir ülkeye seyahat etmesi durumudur. İleride detaylı bir şekilde ele alacağımız üzere bu isteğin arkasında yatan pek çok farklı neden vardır¹⁸¹.

¹⁷⁵ Dorothea von Domarus, *Internationales Arzthaftungsrecht nach Inkrafttreten der ROM I- Und ROM II-Verordnung: Ein Rechtsvergleich mit den USA unter besonderer Berücksichtigung der Bundesstaaten New York, Kalifornien und Louisiana*, (Frankfurt: Peter Lang, 2013), 6. Bununla beraber kişinin bulunduğu yabancı ülkede bir anda rahatsızlandığı durumda sağlık hizmeti alması da yabancılık unsuru barındırması nedeniyle milletlerarası özel hukuku ilgilendiren sorunların doğmasına neden olur. Aynı yönde bkz. Gleixner-Eberle, *Die Einwilligung in die medizinische Behandlung Minderjähriger*, 10.

¹⁷⁶ Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 7.

¹⁷⁷ Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 7.

¹⁷⁸ Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 10.

¹⁷⁹ Gönenç, “Medikal Turizm”, 1176

¹⁸⁰ Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 10.

¹⁸¹ Bkz. Birinci Bölüm, 1.5. Sağlık Turizminin Tercih Nedenleri.

Sağlık seyahati kapsamındaki sağlık hizmetleri genellikle acil, zorunlu olmayan ve estetik amaçlı tıbbî müdahalelerdir¹⁸².

Sağlık seyahatinin özelliği, hastanın mutad meskeni ülkesindeyken tedâvi için daha uzun bir süre planlama yapma imkânına sahip olmasıdır. Hasta bu aşamada yoğun bir şekilde yurt dışında yapılacak tedâvinin riskleri ve avantajlarını ölçüp tartma ve bu konuda düşünme şansına sahiptir¹⁸³. Örneğin hasta kendi ülkesindeki bir hekime danışarak ondan tedâvi hakkında bilgi alabilir¹⁸⁴. Ayrıca hasta, sağlık hizmeti sunucusunun yetkinliği ve kalitesi konusunda önceden bilgi edinebilir¹⁸⁵. Sağlık hizmeti sunucusunun uluslararası alanda kabul görmüş kuruluşlarca verilen akreditasyon belgelerine sahip olması, hastanın tercihi önemli yönde etki eder. Örneğin alanında sertifikalı bir sağlık hizmeti sunucusunda tedâvi gören hasta, sertifikada yer alan standartlar kapsamında korunur¹⁸⁶. Ayrıca, hastaya kendi ülkesinde bir tanı konulmuş olması, yurt dışında yanlış teşhis konulması riskini ortadan kaldırır. Böylelikle uluslararası unsurlu tedâvilerde bazı risklerin baştan itibaren önüne geçilmesi mümkün hâle gelebilir¹⁸⁷.

1.3.5.2. *Spontane*¹⁸⁸ Tedâvi

Spontane tedâvi kavramından, hastanın başka nedenlerle yurt dışında bulunduğu esnada kendiliğinden orada bir tedâviye karar vermesi anlaşılmalıdır. Başka bir deyişle *spontane* tedâvide, sağlık seyahatinden farklı olarak hasta tedâvi amacıyla seyahat etmez¹⁸⁹. Ancak hastanın zaten yurt dışındayken acil bir durum nedeniyle tedâvi görmesinden de farklı bir durum söz konusudur.

¹⁸² Gönenç, “Medikal Turizm”, 1176.

¹⁸³ Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 10; Deutsch, “Der Medizintourismus: Die rechtliche Seite”, 7.

¹⁸⁴ Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 10; David, Reisman, *Health Tourism - Social Welfare through International Trade*, (Cheltenham - United Kingdom: Edward Elgar Publishing, 2010), 68.

¹⁸⁵ Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 10; Reisman, *Health Tourism*, 64 vd.. Günümüzde hastanın bu tür bilgileri başta internet kaynakları olmak üzere çok çeşitli yollardan edinilebilmesi mümkündür.

¹⁸⁶ Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 10.

¹⁸⁷ Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 10.

¹⁸⁸ *Spontane* kelimesi sözlükte “anında yapılan, kendiliğinden” şeklinde tanımlanmaktadır. <https://sozluk.gov.tr/> (E.T. 12.01.2023)

¹⁸⁹ Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 10.

Sağlık turizmi seyahati, esasen önceden planlanır. Bununla beraber Alman hukukunda bir görüşe göre¹⁹⁰, sağlık turizmini en başından beri tedâvi olmak maksadıyla seyahat hâlleriyle sınırlandırmak hukukî açıdan uygun değildir. Esasen hastanın yurt dışında tedâvi konusundaki kararını, kendi ülkesinde bulunduğu ya da başka nedenlerle seyahat ettiği yabancı bir ülkede bulunduğu esnada vermiş olmasının sağlık turizminin tespiti açısından bir önemi yoktur. Kanaatimizce bu durumda da *akut* tedâviden farklı şekilde (sağlık seyahatinde olduğu kadar olmasa da) hastanın planlı ve üzerine düşünülmüş bir kararı söz konusu olduğundan, bu kişiler de artık sağlık turisti kabul edilmelidir. Bu hâlde hasta için tıbbî müdahalenin taşıdığı risklerin varlığı da devam eder. Diğer yandan hastanın, müdahalenin gerekliliği, şekli ve zorluk derecesi hakkında önceden bilgi edinmesi konusunda sınırlı seçeneklere sahip olması da hasta için diğer bir risk faktörüdür¹⁹¹. Zira hastanın bu bilgileri edinmesi tedâvi konusunda iradesinin oluşması için son derece önemlidir. Bu da ileride ele alınacağı üzere, hastanın tüketici olarak korunması gerekçelerinden birisidir¹⁹². Sonuç olarak kişinin seyahati esnasında *spontane* bir şekilde tedâvi kararı verdiği hâller de milletlerarası özel hukuk açısından sağlık turizmi kapsamındadır¹⁹³.

1.3.5.3. Yurt Dışında Devlet Tarafından Başlatılan Tedâvi

Devletler, kendi sağlık sistemlerinin yetersiz kaldığı noktada tıbbî hizmetlerde dış kaynak kullanımı yoluna gidebilir. Böyle bir durumda devletler arasındaki ikili anlaşmalara istinaden hastalar, yabancı bir ülkede tedâvi olmaya gönderilmektedir¹⁹⁴. Bu durum doktrinde *devlet destekli sağlık turizmi* (*staatliche Operationstourismus-government prompted medical tourism*) şeklinde adlandırılmaktadır. Devlet destekli sağlık turizminde, devlet çok geniş bir takdir yetkisine sahiptir. Devlet, hastaların sadece belirli akreditasyon standardına ulaşmış tesislere seyahat edebileceği ya da sadece belirli tedâviler için sağlık turizmine başvurulabileceği şeklinde düzenlemeler yapma yetkisine sahiptir. Devlet ülkesindeki hastaları yalnızca tıbbî bir hatanın ortaya çıkması durumunda

¹⁹⁰ Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 7.

¹⁹¹ Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 10-11.

¹⁹² Bkz. Birinci Bölüm, 1.8.4. Tedâvi Sözleşmesinin Tüketici Sözleşmesi Niteliği ve Tüketici Olarak Hasta.

¹⁹³ Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 11.

¹⁹⁴ Haber ve Krczal, “Medizintourismus”, 236; Cohen, “How to Regulate Medical Tourism”, 10.

onların makûl bir tazminat alma şansını artırmaya yardımcı olacak mahkeme ve hukuk seçimine yer veren sözleşmeleri kullanan tesislere gönderebilir¹⁹⁵.

Çalışma konumuz açısından yurt dışında tedâvi saiklerinin dışında hastanın kendi inisiyatifiyle yurt dışında tedâviye karar vermiş olması önemlidir. Örneğin hasta, kendi ülkesinde bir tedâvi hizmeti sunulmadığı ya da devlet tarafından yönlendirildiği için yurt dışında tedâviye karar vermiş olabilir. Esasen tedâvinin hastanın devleti tarafından planlanması, sağlık turizminin özel hukuka ilişkin sonuçları açısından bir önem taşımaz¹⁹⁶. Bu sebeple devlet tarafından başlatılan ve yurt dışında devam ettirilen bu tür tedâviler çalışma konusu dâhilindedir. Zira başlanan tedâviye hastanın gönüllü olarak yabancı ülkede sürdürmesi, bu tedâvinin de sağlık turizmin kapsamına girmesinin nedenidir.

1.4. Sağlık Turizminde Yer Alan Kişi ve Kurumlar

Sağlık turizminin aktörleri tüm dünyada henüz çok fazla düzenleme yapılmamış bir alanda faaliyet gösterirler¹⁹⁷. Pek çok ülkede, sağlık alanında devletlerin etkisi oldukça fazladır. Zira sağlık hizmeti, pek çok Avrupa ülkesinde esasen bir kamu hizmetidir¹⁹⁸. Bu durum Türkiye için de geçerlidir. Sağlık hizmetini yerine getirirken devletin odak noktası, yerel halka bu hizmeti sunmaktır. Bu nedenle hasta ile hekim arasındaki ilişkinin kamu hukukunu da ilgilendiren bir boyutu olduğu inkâr edilemez. Özellikle kamu hastanelerinde gerçekleştirilen tedâvilerde idare hukukunu ilgilendiren pek çok sonuç ortaya çıkar. Ancak günümüzde sağlık hizmeti giderek ticarî bir faaliyetin konusu hâline dönüşmektedir. Bu nedenle sağlık turizminin büyük ölçüde kamu etkisinden bağımsız bir şekilde geliştiğini söylemek yanlış olmaz¹⁹⁹. Nitekim tıbbî müdahalenin herhangi bir egemen otoriteden bağımsız olarak özel hukuk kişisi olan bir hekim tarafından veya özel hukuka tâbi bir sağlık hizmeti sunucusu bünyesinde gerçekleştirilmesi mümkündür²⁰⁰.

Çalışmamız kapsamında sağlık turizmi özel hukuk ilişkisi boyutuyla ele alınmaktadır. Zira çalışmamızın esas amacı sağlık turizmi ilişkisinden kaynaklanan kanunlar ihtilâfi

¹⁹⁵ Cohen, “How to Regulate Medical Tourism”, 12.

¹⁹⁶ Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 7.

¹⁹⁷ Haber ve Krczal, “Medizintourismus”, 233.

¹⁹⁸ Krocke, “Medizintourismus im Internationalen Privat- und Zivilverfahrensrecht”, 244.

¹⁹⁹ Haber ve Krczal, “Medizintourismus”, 233.

²⁰⁰ Krocke, “Medizintourismus im Internationalen Privat- und Zivilverfahrensrecht”, 244.

meselelerine bir çözüm önerisi sunmak ve tıbbî müdahalelerle bağlantılı uyumsuzluklarda uygulanacak hukuku tespit etmektir. Bu da MÖHUK m. 1'e göre en azından günümüzde uyumsuzluğun özel hukuka ilişkin olmasını gerektirir. Bu nedenle sağlık turizmi sürecine dâhil olan özel hukuka tâbi kişiler ve kuruluşlar hakkında bilgi vermekte fayda vardır.

1.4.1. Sağlık Turisti Olarak Hasta

HHY'nin *Tanımlar* başlıklı 4. maddesinde hasta, “sağlık hizmetlerinden faydalanma ihtiyacı bulunan kimse” şeklinde tanımlanmaktadır. Genel olarak hasta, ağrılarının azaltılması, acılarının dindirilmesi veya tedâvisinin gerçekleştirilmesi amacıyla, kanunla bu konuda yetkilendirilmiş kişilere başvuran kişidir²⁰¹.

Sağlık turisti ise en kısa tanımla tedâvi görmek amacıyla yurt dışına giden hastadır²⁰². Bir başka ifadeyle sağlık turisti, bir ülkenin vatandaşıyken veya o ülkede ikâmet etmekteyken tıbbî müdahale veya tedâvi için bir başka ülkeye seyahat eden hastadır. Doktrinde yer alan diğer bir tanımda ise sağlık turisti, tıbbî tedâvi almak için mutad meskeni ülkesinden başka ülkeye giden kişi olarak ifade edilir²⁰³. Sonuç olarak sağlık turistinin sağlıkla ilgili bir hizmeti almak üzere vatandaşı olduğu, ikâmet ettiği veya mutad meskeninin bulunduğu ülkeden başka bir ülkeye seyahat eden kişi olduğu söylenebilir²⁰⁴. Verdiğimiz bu tanımlardan da anlaşılacağı gibi yabancı bir kişi tedâvi gördüğü ülkede yerleşik ise veya mutad meskeni tedâvi gördüğü ülkede bulunuyorsa bu kişi sağlık turisti olarak kabul edilemez²⁰⁵.

²⁰¹ Belirtmekte fayda vardır ki, sağlık turizmi kapsamında imzalanan bir tedâvi sözleşmesinde taraflardan birisi her zaman hasta olmayabilir. Ebeveynlerin çocuğun tedâvisi için bir sözleşme imzalamaları durumunda, sözleşmenin tarafı ebeveynler olacağından borcun ifasıyla yükümlü olan ve muhtemel bir tazminat alacaklısı da ebeveynlerdir. Bkz. Dominik Franzki, *Der Behandlungsvertrag - Ein neuer Vertragstypus im Bürgerlichen Gesetzbuch*, (Göttingen: Universitätsverlag Göttingen, 2014), 69-70.

²⁰² Krockner, “Medizintourismus im Internationalen Privat- und Zivilverfahrensrecht”, 243.

²⁰³ Carl Friedrich Nordmeier, “Der Behandlungsvertrag (§§ 630a-h BGB) im Internationalen Privatrecht”, *GesR*, (2013): 514.

²⁰⁴ Kişinin vatandaşı olduğu, ikâmet ettiği veya mutad meskeninin bulunduğu ülke için İngilizce literatürde *home country* ifadesi kullanılmaktadır. Bkz. Cohen, “How to Regulate Medical Tourism”, 9. Biz çalışmamızda bu ifade yerine Türkçe olarak hastanın/sağlık turistinin *kendi ülkesi* veya *menşe ülkesi* kavramını kullandık. Bu nedenle çalışmamızda hastanın/sağlık turistinin kendi ülkesi/menşe ülkesinden bahsettiğimiz yerlerde bundan onun vatandaşlığını taşıdığı, ikâmet ettiği veya mutad meskeninin bulunduğu ülke anlaşılmalıdır.

²⁰⁵ Haber ve Krczal, “Medizintourismus”, 230.

Türk hukukunda uluslararası sağlık hizmetlerine ilişkin usûl ve esasları belirlemek üzere Uluslararası Sağlık Turizmi ve Turistin Sağlığı Hakkında Yönetmelik²⁰⁶ yürürlüğe girmiştir. Yönetmelik'in *Tanımlar* başlıklı 4. maddesinde uluslararası sağlık turisti, “uluslararası sağlık turizmi ve turistin sağlığı kapsamında sağlık hizmeti alan hasta” şeklinde tanımlanmıştır. Yönetmelik'te sağlık turizmi ve turistin sağlığı kavramları ayrı değerlendirilmiştir²⁰⁷. Yönetmeliğin 4. maddesinde uluslararası sağlık turizmi, “sağlık amaçlı yurtdışından ülkemize geçici bir süreliğine gelen, Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olmayan veya Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olmakla birlikte yurtdışında ikamet eden gerçek kişilerin aldıkları her türlü sağlık hizmeti ile bunlarla ilgili destek hizmetler” şeklinde tanımlanmıştır. Yönetmelik'te yalnızca yabancılar değil, bazı hâllerde Türk vatandaşları da sağlık turisti olarak kabul edilmiştir. Yönetmelik'te yabancıların yanı sıra yurt dışında ikâmet eden Türk vatandaşlarının sağlık turisti kapsamına alınmış olması, milletlerarası özel hukuk anlayışı açısından yerinde bir tercih olduğu düşünülebilir²⁰⁸. Çünkü vatandaşlık esasından vazgeçilmiş ve ikâmet esasından hareketle uzun yıllardır yurt dışında yaşayan Türk vatandaşlarının da sağlık turisti olarak kabul edilmesiyle sağlık turisti kavramının kapsamı genişletilmiştir²⁰⁹. Ancak kanaatimizce ikâmet yerine mutad meskenden hareket edilmesi, milletlerarası özel hukuk alanında günümüzdeki eğilim ile uyumun sağlanması açısından daha yerinde bir tercih olurdu.

Yönetmelik'in 2. maddesinde çalışmamız açısından dikkat çekici bir düzenleme daha yer almaktadır. Bu düzenlemeye göre 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun²¹⁰ (TVK) 28. maddesi kapsamında bulunanlar, Yönetmelik'in kapsamı dışında bırakılmış, bir başka ifadeyle bu kişilerin sağlık turisti olamayacaklarına işaret edilmiştir. TVK m. 28'de yer alan kişiler uygulamada ve doktrinde “mavi kartlılar” olarak adlandırılmaktadır²¹¹. Mavi

²⁰⁶ RG. 13.07.2017, 30123.

²⁰⁷ Yönetmelik'ten önce yürürlükte olan ve Sağlık Bakanlığı tarafından yayımlanan 23.07.2013 tarih ve 25541 sayılı Bakan Onayı ile yürürlüğe sokulan Yönergede de aynı ayırım yer almaktaydı. https://www.tdb.org.tr/mevzuat_goster.php?Id=183 (E.T. 12.10.2022)

²⁰⁸ Gurbetçilerin (*Expatriates*) sağlık turisti olarak kabul edilemeyeceğine ilişkin görüş için ayrıca bkz. Haber ve Krczal, “Medizintourismus”, 230.

²⁰⁹ Kırılı Aydemir, Deniz Defne, “Uluslararası Sağlık Turizminin Türk Milletlerarası Özel Hukukunun İlgili Maddeleri Kapsamında Değerlendirilmesi”, *Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2/2 2014, 81.

²¹⁰ RG. 12.06.2009, 27256.

²¹¹ Mavi kart hakkında bilgi için bkz. Öztürk, Necla, “Mavi Kart Hamillerinin Türk Vatandaşlarına Tanınan Haklardan Aynen Yararlanacağına İlişkin Düzenlemeye Eleştirel Bir Bakış”, *MHB*, 41/2 (2021): 959 vd.

kart, doğumla Türk vatandaşı olup da çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığını kaybedenler ve bu kişilerin üçüncü dereceye kadar olan altsoylarına verilmektedir. Kanaatimizce Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olmakla birlikte yurt dışında ikâmet edenler dahi Yönetmelik'in kapsamına alınmış iken, esasen yabancı statüsünde bulunan mavi kartlıların kapsam dışında bırakılmış olması yerinde bir düzenleme olmamıştır²¹². Nitekim Kanun'da mavi kart hamillerinin Türk vatandaşlarına tanınan haklardan aynen yararlanabileceğinin düzenlenmesi, bu kişilerin yabancı olduğu gerçeğini değiştirmez. Yönetmelik'in 2. maddesiyle kapsam dışı bırakılan bir diğer grup ise 5901 sayılı TVK'nın 44. maddesi kapsamında bulunan ve birden fazla vatandaşlığa sahip kişilerdir. İlk bakışta bu tercihin, milletlerarası özel hukuk kuralları açısından kişinin birden fazla devlet vatandaşlığını taşıması ve bu vatandaşlıklardan birisinin Türk vatandaşlığı olması durumunda, Türk vatandaşlığının esas alınacağı kuralıyla uyumlu olduğu düşünülebilir. Bununla beraber çok vatandaşlığa sahip Türk vatandaşlarının önemli bir çoğunluğunun yurt dışında ikâmet ettikleri düşünüldüğünde, yurt dışında ikâmeti bulunan Türk vatandaşları sağlık turisti olarak nitelendirilebilirken çok vatandaşlı kişilerin kapsam dışı bırakılmasının gerekçesi tarafımızca anlaşılabilmiş değildir²¹³.

²¹² Yönetmelik'in 2. maddesiyle ayrıca başka kişi grupları da Yönetmelik kapsamı dışında tutulmuştur. Söz konusu madde, "Aşağıdaki durumlar bu yönetmelik kapsamında yer almaz:

a) Savaş, afet, açlık ve benzeri olağanüstü durumlarda, Bakanlar Kurulunca, Başbakanlık veya ilgili Bakanlığın talimatıyla belirlenen ülkelerden, Türkiye'de bulundukları sürede sağlık hizmeti alan veya bu ülkelerden sivil toplum kuruluşları tarafından tedavi amacıyla getirilerek tedavi bedeli ödenen yabancı hasta ve yaralıları.

b) Bakanlığımız veya Türk İşbirliği ve Koordinasyon Ajansı (TİKA) veya Başbakanlık Yurtdışı Türkler ve Akraba Topluluklar Başkanlığı tarafından uygun görülen sivil toplum kuruluşları tarafından Balkanlardan ve Türk Cumhuriyetlerinden ülkemize tedavi amaçlı getirilen hastalar.

c) Türk İşbirliği ve Koordinasyon Ajansı Başkanlığı (TİKA) tarafından getirilen hastalar.

ç) Türkiye Cumhuriyeti'nin imzalamış olduğu uluslararası anlaşma uyarınca Sosyal Güvenlik Sözleşmeleri kapsamında sağlık yardımı alma hakkı olan ülke vatandaşları ile Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlarını ve ülkemize sağlık alanında milletlerarası ikili işbirliği anlaşması kapsamında tedavi için gelenler.

d) Ülkemize eğitim, öğretim, kurs için gelen kişiler ve bunların eğitimleri süresince bakmakla yükümlü oldukları yakınları.

e) Geçici korunanlar, mülteciler, sığınma başvurusu sahibi ve iltica başvurusu sahibi statüsünde olanlar, sığınmacılar, vatansızlar, insan ticareti mağdurları.

f) 29/5/2009 tarihli ve 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanununun 28 inci ve 44 üncü maddesi kapsamında bulunanlar.

g) Türk soylu olduğuna dair belge ibraz eden Türk soylu yabancılar.

ğ) Adli vaka kapsamında kolluk kuvvetlerince getirilerek acil sağlık hizmeti alan yabancılar" şeklindedir.

²¹³ Öztürk, "Mavi Kart", 968.

Bu açıklamalardan hareketle, sağlık turisti kavramı, dar anlamda, yurt dışında kendi özgür iradesine ve kararına bağlı olarak tedâvi gören ve genellikle kendi masraflarını karşılayan hastaları ifade eder. Geniş anlamda sağlık turisti ise ülkeler arası ikili anlaşmalar temelinde sağlık hizmetlerinden yararlanan hastaları da kapsar. Bu tür sağlık turistleri genellikle daha kısa mesafelerde ve devlet anlaşmaları veya sigorta şirketleri arasındaki iş birliği anlaşmaları temelinde seyahat ederler²¹⁴. Nitekim doktrinde sağlık turistleri seyahat ediş şekillerine göre ikiye ayrılmaktadır. Buna göre ilk grup devletler veya sigorta şirketleri²¹⁵ arasındaki ikili anlaşmalara istinaden yabancı bir ülkede tedâvi olmaya giden hastalardır. Bu tür ikili anlaşmalar kapsamında gerçekleşen seyahatler genellikle devletlerin kendi sağlık sistemlerinin yetersiz kalması nedeniyle tıbbî hizmetlerde dış kaynak kullanımının bir sonucudur²¹⁶. Devletler hastaları yurt dışında tedâvi olmaları konusunda, onlara geri ödeme yapacağı taahhüdüyle teşvik eder²¹⁷. İkinci grup sağlık turistleri ise, yurt dışında tedâvi görmek için kendi iradeleriyle karar veren ve sağlık hizmeti sunucusuna genellikle özel ödeme yapan hastalardan oluşur²¹⁸. Başka bir deyişle ikinci grupta yer alan hastalar tedâvi masraflarını kendileri karşılamaktadır. Bu hastalar çoğunlukla sigortasızdırlar veya sigorta poliçelerinin kapsamı oldukça dardır yahut da kendi ülkelerinde mevcut olmayan bir tedâvi için seyahat ederler²¹⁹.

Burada daha evvel *akut* olmayan bir tedâvinin varlığı başlığında değindiğimiz bir hususu hatırlatmakta fayda görüyoruz²²⁰. Uluslararası Sağlık Turizmi ve Turistin Sağlığı Hakkında Yönetmelik'te turistin sağlığı, sağlık turizminden farklı olarak düzenlenmiştir. Turistin sağlığı herhangi bir nedenle geçici süreli Türkiye'de bulunan yabancıların, Türkiye'de bulundukları sırada ani gelişen hastalıklarda ve acil durumlarda sağlık hizmeti

²¹⁴ Haber ve Krczal, "Medizintourismus", 230. Örneğin Amerika'da bazı sigorta şirketleri belirli bir tutarın üzerinde olan tedâviler için Singapur'da bulunan ve kendileri için para tasarrufu yapma imkânı sunan yabancı hastanelerle ortaklaşa pilot programlar başlatmıştır. Bkz. Steklof, "Medical Tourism", 722; Cohen, "How to Regulate Medical Tourism", 10.

²¹⁵ Sigorta şirketleri sağlık turizmi sürecinde zarar gören hastalar için *mağdur tazminat fonları* oluşturarak bu fonlardan hastaların zararlarını karşılayabilirler. Cohen, "How to Regulate Medical Tourism", 12.

²¹⁶ Haber ve Krczal, "Medizintourismus", 236; Cohen, "How to Regulate Medical Tourism", 10.

²¹⁷ Cohen, "How to Regulate Medical Tourism", 10.

²¹⁸ Bu ikinci gruba dâhil hastaların gerçekleştirdiği sağlık turizmi *gönüllü hasta turizmi* şeklinde adlandırılmakta ve sağlık turizmi alanında küresel pazarda ön plana çıkmaktadır. Bkz. Haber ve Krczal, "Medizintourismus", 236.

²¹⁹ Cohen, "How to Regulate Medical Tourism", 10.

²²⁰ Bkz. Birinci Bölüm, 1.3.4. Akut Olmayan Bir Tedâvinin Varlığı.

almasını ifade eder. Bununla beraber Yönetmelik'in 4. maddesinde uluslararası sağlık turisti, “*Uluslararası sağlık turizmi ve turistin sağlığı kapsamında sağlık hizmeti alan hasta*” şeklinde tanımlanmaktadır. Kanaatimizce Yönetmelik'te sağlık turizmi ve turistin sağlığı birbirinden net bir şekilde ayrılırken, sağlık turisti kavramının turistin sağlığı kapsamında sağlık hizmeti alan hastayı da kapsayacak şekilde tanımlanması yerinde olmamıştır. Zira bu turistler esasen sağlık turisti olmak için seyahat etmez. Çalışmamızda esasen planlı bir şekilde tedâvi olmak amacıyla seyahat eden hastaların durumunu ele aldığımızdan biz sağlık turisti kavramını sadece Yönetmelik anlamında sağlık turizmi kapsamında sağlık hizmeti alan hasta için kullanmaktayız²²¹. Ayrıca çalışmamızda planlı bir şekilde tedâvi olmak amacıyla seyahat eden kişiler için konunun akışına göre bazen sağlık turisti bazense hasta kavramı kullanılmaktadır.

Son olarak hastanın sağlık hizmetlerinden faydalanma ihtiyacı, ticarî veya meslekî bir ihtiyaç değildir. Bu gerekçeyle doktrinde sağlık hizmetlerinden faydalanma ihtiyacı bulunan kişinin aynı zamanda tüketici olduğu kabul edilmektedir²²². Bu husus çalışmamızda, tedâvi sözleşmesinin tüketici sözleşmesi niteliğini incelediğimiz kısımda detaylı olarak incelenmiştir²²³. Sağlık turizmi sözleşmelerine uygulanacak hukuk belirlenirken tüketici sözleşmesine uygulanacak kurallardan hareket etmenin mümkün olup olmadığı ise çalışmamızın ikinci bölümünde inceleme konusu yapılmıştır²²⁴.

1.4.2. Hekim ve Sağlık Personeli

Sağlık turizmi uyuşmazlıkları çoğunlukla hatalı tıbbî müdahaleden doğar. Hatalı tıbbî müdahaleden söz edebilmek için bu müdahaleyi yapan kişinin kanunen müdahaleyi

²²¹ Çalışmamızda planlı bir şekilde tedâvi olmak amacıyla ülkemize seyahat eden hastaların durumu ele alındığından, turistin sağlığı kapsamında gerçekleştirilen tedâviler nedeniyle doğan hukukî sorunlara değinilmemiştir.

²²² Sera Reyhani Yüksel, “Hekimlik Sözleşmelerinin Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Değerlendirilmesi”, *Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi*, 10/23 (2018): 57 vd.; Hayrunnisa Özdemir, *Sağlık Hukuku Alanında Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi*, (Ankara: Yetkin, 2017), 70; Emel Badur, *Tıbbi Müdahaleye Rızanın Özellik Gösterdiği Haller*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017), 32.

²²³ Bkz. Birinci Bölüm, 1.8.4. Tedâvi Sözleşmesinin Tüketici Sözleşmesi Niteliği ve Tüketici Olarak Hasta.

²²⁴ Bkz. İkinci Bölüm, 2.3.3.2. MÖHUK m. 26'nın Uygulama Alanına Giren Tüketici Sözleşmesinin Varlığı Hâlinde Uygulanacak Hukuk.

yapmaya yetkili olması gerekir²²⁵. Tıbbî müdahale yetkisine sahip kişiler hekimler ve sağlık personeli olduğundan, kimlerin sağlık personeli veya hekim olarak nitelendirileceği sorusunun cevabı çalışma konumuz bakımından önem arz eder.

1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'da²²⁶ (TŞSTİDK) ve 6023 sayılı Türk Tabipler Birliği Kanunu'nda²²⁷ (TTBK) tıbbî müdahaleyi gerçekleştirebilecek kişilerin kimler olduğu düzenlenmiştir. İlgili düzenlemelere göre tıbbî müdahalede bulunabilecek kişiler, hekimler, diş hekimleri, ebeler, sağlık memurları, sünnetçiler ve hasta bakıcı hemşirelerdir. Kural olarak hekim sıfatıyla tıbbî müdahalede bulunmaya yetkili sağlık personeli hekim veya diş hekimidir²²⁸. Hekim, hukuk düzeninin kendisine tıp mesleğini icra etme, başka bir ifadeyle tıbbî müdahalede bulunma yetkisi tanıdığı kişidir²²⁹. Türk hukukunda hekimlik mesleğini yerine getirebilmenin şartları TŞSTİDK'da sayılmaktadır²³⁰. Hekimler mesleklerini serbest olarak icra edebilecekleri gibi özel ya da kamu kurum ve kuruluşlarında da icra gerçekleştirebilirler.

Sağlık personeli ise, hekim veya diş hekiminin gözetim ve denetimi altında, dolaylı olarak tıbbî müdahalede bulunan kişilerdir²³¹. HHY m. 4'e göre sağlık personeli *"Hizmetin, resmi veya özel sağlık kurumlarında ve kuruluşlarında veya serbest olarak sunulmasına bakılmaksızın, sağlık hizmetinin verilmesine iştirak eden bütün sağlık meslekleri mensuplarını ve sağlık meslekleri mensubu olmasa bile sağlık hizmetinin verilmesine sorumlu olarak iştirak eden kimseleri"* ifade eder. Çalışmamız kapsamında hekim üst bir kavram olarak kullanılmıştır. Bu nedenle aksi belirtilmediği sürece, hekim kavramından sağlık personeli de anlaşılmalıdır.

1.4.3. Sağlık Hizmeti Sunucusu

²²⁵ Hakeri, *Genel Hükümler*, 294-295; Ulaş Can Değdaş, "Hatalı Tıbbi Uygulamadan (Malpraktis) Doğan Hukuki ve Cezaî Sorumluluk", *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 4/6 (2017): 43; Özdemir, "Hekimin Hukuki Sorumluluğu", 41.

²²⁶ RG.14.04.1928, 863.

²²⁷ RG. 31.01.1953, 8323.

²²⁸ Arpacı, "Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıp Uygulamaları", 1266.

²²⁹ Hakeri, *Genel Hükümler*, 296; Yavuz İpekyüz, *Hekimlik Sözleşmesi*, 23; Kaya, "Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü", 49.

²³⁰ Türk hukukunda hekimlik mesleğinin icrası için gereken şartlar hakkında bkz. Özdemir, "Hekimin Hukuki Sorumluluğu", 41 vd.

²³¹ Arpacı, "Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıp Uygulamaları", 1267.

Hasta tedâvi olmaya karar verdiğinde doğrudan hekime başvurabileceği gibi hastaneye veya benzeri bir sağlık kurum ve kuruluşuna gitmeyi de tercih edebilir. HHY'nin 4. maddesine göre sağlık kurum ve kuruluşu, *“Sağlık hizmeti verilen kamu veya özel bütün kurum ve kuruluşları ile tababet icra edilen bütün yerleri”* ifade eder. Çalışmamızda sağlık kurum ve kuruluşunu (*Gesundheitseinrichtung-healthcare facility*) ifade etmek üzere sağlık hizmeti sunucusu (*Gesundheitsdienstleister-healthcare provider*) ifadesi tercih edilmiştir. 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun²³² *Tanımlar* başlıklı 3. maddesinde sağlık hizmeti sunucusu, *“sağlık hizmetini sunan ve/veya üreten; gerçek kişiler ile kamu ve özel hukuk tüzel kişilerini ve bunların tüzel kişiliği olmayan şubeleri”* şeklinde tanımlanmıştır. Aynı Kanun'un *Hizmet basamakları ve sevk zinciri* başlıklı 70. maddesinde, *“bu Kanunun uygulanması bakımından sağlık hizmeti sunucuları birinci, ikinci ve üçüncü basamak olarak Sağlık Bakanlığı tarafından basamaklandırılır. Bu basamaklar ve sağlık hizmet sunucuları arasında sevk zinciri; tanı, ön tanı, hekimlerin ve diş hekimlerinin uzmanlıkları dikkate alınmak suretiyle tüm yurttan veya il ya da ilçe bazında Sağlık Bakanlığının görüşü alınarak Kurum tarafından belirlenir”* ifadesi yer almaktadır. Sağlık Hizmet Sunucularının Basamaklandırılmasına Dair Yönetmelik²³³'te birinci, ikinci ve üçüncü basamak sağlık hizmeti sunucuları sayılmaktadır.

Sağlık hizmeti sunucusu yatarak veya ayakta tedâvi hizmeti verebilir. Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelik²³⁴ hükümlerine göre, ayakta teşhis ve tedâvi hizmeti verilen özel sağlık kuruluşları; tıp merkezleri, poliklinikler, laboratuvarlar, müessese ve muayenahanelerdir. Türkiye'de sağlık hizmeti sunucusu veya sağlık kurumu denilince akla ilk gelen özel hastanelerdir. Özel hastaneler, 2219 sayılı Hususi Hastaneler Kanunu²³⁵ çerçevesinde faaliyet gösteren özel sağlık kuruluşlarıdır. Özel hastaneler, kamu yönetiminin dışında yer alıp onun bir parçasını oluşturmayan, yatırılarak hasta tedâvi etme, rehabilitasyon ve doğum yardımlarında bulunma amacına yönelik sağlık kuruluşlarıdır²³⁶. Yatarak tedâvi olma imkânı

²³² RG. 16.06.2006, 26200.

²³³ RG. 10.02.2022, 31746.

²³⁴ RG.15.02.2008, 26788.

²³⁵ RG. 05.06.1933, 2419.

²³⁶ Ayan, *Tıbbi Müdahalelerden Doğan Sorumluluk*, 128; Murat Doğan, “Özel Hastanelerin Tazminat Sorumluluğu”, *TBB Uluslararası Sağlık Hukuku Sempozyumu*, (2014): 22; Petek, “Hukuki

bulunmadığından özel hastane olarak kabul edilmeyen poliklinikler²³⁷ de bir diğer sağlık hizmeti sunucusudur. Çalışmamız kapsamında hekim üst bir kavram olarak kullanıldığından aksi belirtilmediği sürece, hekim kavramını kullandığımız yerlerde bundan özel hastaneler, poliklinikler veya diğer sağlık hizmeti sunucuları da anlaşılmalıdır.

Son olarak belirtmek gerekir ki Uluslararası Sağlık Turizmi ve Turistin Sağlığı Hakkında Yönetmelik'e göre uluslararası sağlık turizmi sağlık tesisi, *"sağlık tesisi ruhsatına sahip olan ve Bakanlıkça uluslararası sağlık turizmi yetki belgesi verilen kamu, üniversite ve özel sağlık kurum ve kuruluşunu"* ifade eder. Yönetmelik'in 5. maddesine göre de uluslararası sağlık turizmi kapsamında faaliyette bulunabilmek için; sağlık tesisinin ve aracı kuruluşun uluslararası sağlık turizmi yetki belgesi alması zorunlu kılındığından; yalnızca gerekli şartları taşıyarak yetki belgesi alan sağlık tesisleri uluslararası sağlık turizmi sağlık tesisi olarak sağlık turizmi alanında faaliyet gösterebilir.

1.4.4. Aracı Kuruluş

İçerisinde tedâvi gibi önemli bir unsuru ihtivâ eden bir seyahati organize etmek hastalar için göz korkutucu olabilir. Yurt dışında tedâvi söz konusu olduğunda hastaların, tedâvinin kalitesiyle ilgili endişeler taşıdığı bir gerçektir. Bir hasta yurt dışında tedâviyle ilgilendiğinde, dil engelleri başta olmak üzere birtakım zorluklar nedeniyle kendisinin bir sağlık hizmeti sunucusuyla iletişim kurması genellikle çok kolay değildir²³⁸. Bu nedenle sağlık turizmi alanında uzmanlaşmış kişilere ihtiyaç hasıl olmuştur. Söz konusu ihtiyacın bir sonucu olarak dünya genelinde sağlık turizmi sektöründe *sağlık turizmi aracı kuruluşu (STAK)* adında yeni bir iş tanımı meydana gelmiştir²³⁹. Sağlık turizminde faaliyet

Sorumluluk", 230. Hususi Hastaneler Kanunu'nun 1. maddesinde, *"Devletin resmi hastanelerinden ve hususi idarelerle belediye hastanelerinden başka yatırılarak hasta tedavi etmek veya yeni hastalık geçirmişlerin zayıfları yeniden eski kuvvetlerini buluncaya kadar sıhhi şartlar içinde beslenmek ve doğum yardımlarında bulunmak için açılan ve açılacak olan sağlık yurtları "hususi hastaneler" den sayılır"* denilerek özel hastanelerin nitelikleri açıklanmıştır.

²³⁷ Petek, "Hukuki Sorumluluk", 230.

²³⁸ Christian Katzenmeier, Marie Kurz ve Christoph Jansen, "Rechtsfragen des Medizintourismus", *VersR*, (2019): 1045.

²³⁹ Horová, *Dolmetschen im tschechischen Medizintourismus*, 18 vd.; Ayfer Uyanık Çavuşoğlu, "Sağlık Turizmi Aracı Kuruluşu Hizmet Standartları Hakkında Düşünce ve Öneriler", *Sağlıkta Kalite ve Akreditasyon Dergisi*, (2018): 2. Yazar sağlık turizmi aracı kuruluşunu *"uluslararası hastalar ile tedâvi/tanı ülkesindeki sağlık ve/veya diğer hizmet sunucularına aracılık eden, fakat bu kuruluş/kurumlar tarafından istihdam edilmeyen araçlar"* şeklinde tanımlamaktadır. Doktrinde

gösteren araçlar İngilizce “Facilitator” ve Almanca “Vermittler” veya “Vermittlungsagentur” gibi ifadelerle anılmaktadır. Bu kuruluşlar yurt içinde veya yurt dışında kurulmuş olabilir²⁴⁰.

Aracı kuruluşun internet sayfaları, hastalar için bilgi edinme kaynağı ve araçlarla temas noktasıdır²⁴¹. Tedâvi hizmetlerinde özellikle internet üzerinden aracılık faaliyetlerinin ortaya çıkması ve gelişmesi, sağlık turistlerinin bilinçli kararlar verebilmeleri için gerekli bilgileri sağlamak adına önemli bir adım olmuştur²⁴².

Aracı kuruluşlar uygulamada çoğunlukla seyahat acentesi (*travel agency-Reisevermittler*) şeklinde faaliyet yürütür. Türkiye’de kimlerin sağlık turizmi alanında faaliyet gösterebileceğine ilişkin son yıllarda önemli adımlar atılmaktadır. Türk hukukunda esasen TTBK m. 64²⁴³ hükmü karşısında hekim veya sağlık hizmeti sunucusunun aracı kişilerden faydalanması hukuka aykırıdır. Ancak Uluslararası Sağlık Turizmi ve Turistin Sağlığı Hakkında Yönetmelik ile bu yasağa bir istisna getirilmiştir²⁴⁴. Hukukumuzda sağlık turizmi aracı kuruluşları, Yönetmelik m. 4-g’ye göre, “Sağlık Bakanlığı tarafından uluslararası sağlık turisti ile beraberindeki refakatçi ve diğer yakınlarına konaklama, ulaşım ve transfer hizmetlerinin sağlanması faaliyetlerini yürütmek üzere yetkilendirilen, 1618 sayılı Seyahat Acentaları ve Seyahat Acentaları Birliği Kanunu uyarınca işletme belgesi alan A grubu seyahat acentaları” şeklinde tanımlanmıştır. 1618 sayılı Seyahat Acentaları ve Seyahat Acentaları Birliği Kanunu²⁴⁵’nda (SASABK) seyahat acentesi ve

sağlık turizmi kavramının çoğunlukla olumsuz çağrışımlara sahip olduğu ve bu olumsuz çağrışımdan hasta araçları “Patientenvermittler” adıyla anılan aracı kuruluşların da etkilendiği ileri sürülmektedir. Bu nedenle aracı ya da aracı kuruluş kavramları yerine danışman “Betreuer”, “Berater” ya da sağlık yönetim platformları “Gesundheitsmanagementplattformen” gibi çeşitli isimler kullanılmaktadır. Bkz. Sebastian T. Vogel, “Patientenvermittlungsportale im Internet - Hilfe für Patienten, Marketing - Tool für Kliniken - und Korruption?”, Medstra. (2019): 198.

²⁴⁰ Schneider ve Seifert, “Medizintourismus nach Deutschland”, 275.

²⁴¹ Hesse, “Patientenvermittlung über Internetportale”, 44.

²⁴² Katzenmeier, Kurz ve Jansen, “Rechtsfragen des Medizintourismus”, 1045. İnternet, son yıllarda hasta bilgilendirme ve hatta hasta edinmede vazgeçilmez bir araç hâline gelmiştir. Bu alanda web siteleri ve sosyal medya kanalları başta olmak üzere pek çok sağlık platformu mevcuttur. Bkz. Hesse, “Patientenvermittlung über Internetportale”, 44.

²⁴³ TTBK m. 64 hükmü “Ücret ve her hangi bir menfaat mukabilinde tabiplere iş getirenler veya delalet edenlere, üç aydan bir seneye kadar hapis cezası verilir.

Bu suretle hareket edenler memur iseler ceza yarısına kadar artırılır” şeklindedir.

²⁴⁴ Tabak, *Sağlık Turizmi Hukuku*, 27.

²⁴⁵ RG. 28.09.1972, 14320.

A grubu seyahat acentesinden ne anlaşılması gerektiğine yer verilmektedir²⁴⁶. Yönetmelik m. 5/1’de “*Uluslararası sağlık turizmi kapsamında faaliyette bulunabilmek için; sağlık tesisinin ve aracı kuruluşun uluslararası sağlık turizmi yetki belgesi almasını zorunlu*” kılınmıştır. Şu hâlde Türkiye’de yalnızca A grubu seyahat acenteleri, yetki belgesi almaları şartıyla sağlık turizminde aracılık faaliyetlerini yürütebilirler²⁴⁷. Kimlerin aracı kuruluş sıfatıyla faaliyet gösterebileceğine mevzuatta yer verilmesi tüketici olarak hastanın korunması açısından son derece önemlidir. Bu nedenle söz konusu düzenleme, kanaatimizce yerinde olmuştur²⁴⁸. Zira yurt dışında tedâviyi tercih eden hastanın, muhtemel riskleri öngörerek bunları önlemesinin tamamen kendi görevi olduğunun kabulü, hastanın zayıf taraf olduğu düşünüldüğünde mâkul değildir. Ancak kanaatimizce bu düzenlemenin Yönetmelik ile değil de Kanun ile yapılması daha isabetli olurdu. Böylece hem TTBK m. 64 hükmüne Yönetmelik ile değil de Kanun’la bir istisna getirilmiş; hem de tüketici olarak hastanın korunması Kanun düzeyinde sağlanmış olurdu.

Sağlık turizmi alanında faaliyet gösteren seyahat acenteleri, sadece sağlık turizmine yönelik hizmet vererek yalnızca bu alanda uzmanlaşabilecekleri gibi sağlık turizminin yanında diğer acentecilik faaliyetlerini de sürdürebilirler.

Aracı kuruluşların öncelikli görevleri, sağlık turistine uygun bir tedâvi teklifi arama sürecinde destek hizmeti sağlamak²⁴⁹ ve bu kapsamda hastaya *destinasyon*, bir başka

²⁴⁶ SASABK’nın 1. maddesinin e bendine göre “*Seyahat acentası: Kâr amacı ile turistlere turizm ile ilgili bilgiler vermeye, paket turları ve turları oluşturmaya, turizm amaçlı konaklama, ulaştırma, gezi, spor ve eğlence hizmetlerini görmeye yetkili olan, oluşturduğu ürünü kendi veya diğer seyahat acentaları vasıtası ile pazarlayabilen ticarî kuruluşu*” ifade eder. Aynı Kanun’un 2. maddesinde ise (A) Grubu seyahat acentelerinin 1. maddede söz konusu olan tüm seyahat acenteliği hizmetlerini görebileceği düzenlenmektedir.

²⁴⁷ Almanya’da ise mevcut durumda sağlık turizmi faaliyetlerine aracılık edebilmek için bir lisans ya da ruhsat zorunluluğu bulunmamakta ve herkes bu aracılık faaliyetini yürütebilmektedir. Bu durumun şeffaflığa engel olduğu ve düzenleme ve kontrol eksikliğine yol açtığı haklı bir şekilde dile getirilmektedir. Bkz. Katzenmeier, Kurz ve Jansen, “Rechtsfragen des Medizintourismus”, 1046; Gaede, “Vermittlung ausländischer Patienten (Medizintourismus)”, *Arztstrafrecht in der Praxis*, Ed. Klaus Ulsenheimer ve Karsten Gaede, (Heidelberg: C.F. Müller. 2020), 900. Alman hukukunda özellikle plastik cerrahî alanında aracılar hangi koşullar altında izin verildiği hakkında bkz. Hesse, “Patientenvermittlung über Internetportale”, 44.

²⁴⁸ Düzenlemenin eksik noktaları ve eleştirisi için bkz. Uyanık Çavuşoğlu, “Sağlık Turizmi Aracı Kuruluşu”, 2 vd.

²⁴⁹ Katzenmeier, Kurz ve Jansen, “Rechtsfragen des Medizintourismus”, 1045. Yazar aracı kuruluşun önemine dikkat çekerken özellikle yurt dışında bir hekim tarafından yapılan tedâvi hatası söz konusu olduğunda, hastanın kendi ülkesindeki bir sağlık turizmi aracılığıyla yurt dışına gitmiş olmalarının yararlarına olacağını vurgulamaktadır. Bkz. Katzenmeier, Kurz ve Jansen, “Rechtsfragen des Medizintourismus”, 1046.

deyişle tedâvi ülkesi, hekim veya hastane seçiminde rehberlik yapmaktır. Alanında uzman seyahat acenteleri, hastalara tedâvinin yanı sıra seyahat ve konaklamayı içeren daha uygun maliyetli paketler sunar²⁵⁰. Başka bir deyişle aracı kuruluş hastaya tedâvi görmek istediği alanda uzman hekim ve hastane bulma ve seçimi esnasında, prosedürel işlerin yürütülmesinde ve konaklamada tavsiyelerde bulunur ve destek olur²⁵¹. Aracı kuruluş, hasta ile temas kurduktan sonra yabancı ülkedeki hastane veya hekimi ayarlar ve tedâviden önce seyahati organize etme, konaklama için otel rezervasyonu yapma, hasta belgelerini derleme, maliyet tahminleri veya çeviri gibi diğer hizmetleri sağlayabilir²⁵². Başka bir ifadeyle aracı kuruluş, seyahatin planlanmasından, ulaşım ve tercümanlık hizmetlerinin organize edilmesine kadar tıbbî olmayan hizmetlerin sağlanmasından sorumludur. Uygulamada aracı kuruluşlar genellikle tedâvinin bir tatilin parçası olarak yapılabileceği şeklinde reklam yapmakta ve hastaya tatil ve tedâviyi kapsayan bir paket sunmaktadırlar²⁵³.

1.5. Sağlık Turizminin Tercih Nedenleri

Hastayı yurt dışında tedâviye yönlendiren pek çok itici ve çekici güç bulunur. İtici güçler hastanın kendisinden veya kendi ülkesindeki sağlık sisteminden kaynaklanabilir. Çekici güçler ise sağlık turizmi alanında faaliyet gösteren hekim veya sağlık hizmeti sunucularından kaynaklanan ve hastanın tercihinine etki eden faktörlerdir. Örneğin kimi hastalar için özellikle diş tedâvisi ve estetik operasyon gibi durumlarda kalite önem arz ederken kimi hastalar için maliyet daha ön plandadır. Biz çalışmamızın bu kısmında söz konusu faktörlerin en önemlilerini ele almayı uygun gördük.

²⁵⁰ Gleixner-Eberle, *Die Einwilligung in die medizinische Behandlung Minderjähriger*, 10.

²⁵¹ Hesse, “Patientenvermittlung über Internetportale”, 44.

²⁵² Katzenmeier, Kurz ve Jansen, “Rechtsfragen des Medizintourismus”, 1045; Schneider ve Seifert, “Medizintourismus nach Deutschland”, 275.

²⁵³ Alexander Pikal, *Die rechtliche Zulässigkeit ärztlicher Mitwirkung an verbotenen Kinderwunschbehandlungen im Ausland*, (Heidelberg: Springer Verlag, 2020), 16. Örneğin ABD’de sağlık turizmi alanında faaliyet gösteren özel şirketler, potansiyel tıp turistlerine, Tac Mahal’e veya kumsallara yapılan geziler etrafında inşa edilen ve egzotik bir konumda bulunan bir hastanede konaklamayı içeren her şey dâhil paketler sunmaktadırlar. Bkz. Mirrer-Singer, “Medical Malpractice Overseas”, 212. Türk hukukunda sağlık turizmi aracı kuruluşu tarafından yerine getirilmesi gereken hizmetlerin kapsamı hakkındaki değerlendirmeler için bkz. Uyanık Çavuşoğlu, “Sağlık Turizmi Aracı Kuruluşu”, 3 vd.

1.5.1. Düşük Maliyetli Sağlık Hizmeti

Hastanın bilinçli bir şekilde yurt dışında tedâvi görmeye yönelmesinde birtakım gerekçeler yatar. Bu gerekçelerden en önemlisinin maddî kaygılar olduğu bir gerçektir²⁵⁴. Kendi ülkesinde hastalığının tedâvisi oldukça pahalıyken başka bir ülkede aynı tedâvinin nasıl çok daha ucuza mâl edilebildiği sorusuna cevap arayan hastalar sağlık turizmine ilgi duymaktadır²⁵⁵. Dolayısıyla sağlık turistlerini seyahate teşvik eden en önemli neden daha uygun maliyetli bir tedâvi arayışı içinde olmalarıdır²⁵⁶. Bir başka deyişle sağlık turizminin tüm hastalar açısından ortak yönü onların cüzdanına hitap ediyor olmasıdır²⁵⁷. Örneğin pek çok durumda hastanın kendi ülkesindeki tedâvinin ücretinin yalnızca belirli bir kısmıyla yabancı bir ülkede tedâvi olması mümkündür²⁵⁸. Özellikle Batılı ülkelerde sağlık hizmetine erişimin pahalı olması²⁵⁹ ve uzun bekleme süreleri, insanların sağlık turizmine yönelmesine yol açar²⁶⁰. Yabancı ülkelerde önemli ve büyük operasyonların daha uygun bir ücret karşılığında sunuluyor olması da sağlık turistlerini cezbeder²⁶¹. Hastanın yabancı ülkede daha uygun fiyata alabileceği tedâvilere örnek olarak cerrahî

²⁵⁴ Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 14; Deutsch, “Die Auslagerung medizinischer Maßnahmen”, 1324; Quast, *Das Geschäft mit der Gesundheit*, 23; Prütting, “Gerichtsstand- und Rechtswahl in der Europäischen Arzthaftung”, 37; Illing, *Gesundheitstourismus und Spa-Management*, 92 vd.

²⁵⁵ Bogner, Jens, “Die Gerichtsstände der EuGVVO in medizinrechtlichen Streitigkeiten”, Ed. Martin Ahrens, Volker Lipp, István Varga, *Europäisches Zivilprozessrecht*, (Göttingen: Universitätsverlag Göttingen, 2011), 88. Örneğin Almanya’da hastalara yapılan geri ödemeler için uzun süre beklenmesi veya beklenen ödemelerin yapılmaması sağlık turizminin tercihiinde bir faktör olarak görülmektedir. Haber ve Krczal, “Medizintourismus”, 228.

²⁵⁶ Katzenmeier, Kurz ve Jansen, “Rechtsfragen des Medizintourismus”, 1045; Fadi El-Khoury, “Medical Tourism in a Pandemic”, 30; Deutsch, “Der Medizintourismus: Die rechtliche Seite”, 2; Deutsch, “Die Auslagerung medizinischer Maßnahmen”, 1324. Hastanın kendi ülkesinde yasak olan bir tedâviyi tercih etmesi durumunda zaten kendi ülkesinde uygulanmayan bu tedâvi için bir fiyat karşılaştırması yapılabilmesi ve dolayısıyla tedâvinin maliyetinin hastanın tercihiinde bir etken olabilmesi mümkün değildir. Bkz. Pikal, *Kinderwunschbehandlungen im Ausland*, 20.

²⁵⁷ Steklof, “Medical Tourism”, 721; Krocke, “Medizintourismus im Internationalen Privat- und Zivilverfahrensrecht”, 243.

²⁵⁸ Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 14.

²⁵⁹ Bir araştırmaya göre seyahat masrafları dâhil edildiğinde dahi yurt dışında tedâvi %88’e kadar daha tasarruflu olabilir. Bkz. Steklof, “Medical Tourism”, 721; örneğin *bypass* ameliyatı veya kalp kapakçığı değişiminin maliyeti Hindistan, Tayland, Singapur ve Malezya gibi sağlık turizminde önde gelen ülkelerde neredeyse ABD’de ödenecek ücretin yüzde onundan daha azına tekâbül etmektedir. Oranlar için bkz. Steklof, “Medical Tourism”, 722-723.

²⁶⁰ Mirrer-Singer, “Medical Malpractice Overseas”, 212; Gemalmaz ve Ertan, “Sağlık Turizmi”, 1009.

²⁶¹ Deutsch, “Der Medizintourismus: Die rechtliche Seite”, 2.

operasyonlar²⁶² ya da diş protezi tedâvileri²⁶³ gösterilebilir. Örneğin Almanya’da yüksek ücretler nedeniyle estetik operasyonu olamayan kişilerin yurt dışındaki tedâvilere yöneldikleri dikkat çekmektedir²⁶⁴.

Yurt dışında tedâviye karar veren sağlık turistinin, başta hukukî sorunlar olmak üzere pek çok riski değerlendirmesi gerekir. Zira yabancı ülkede tedâvi olmayı düşünen hasta, bir uyuşmazlık çıkması ihtimâlini de dikkate almalıdır. Doktrinde özellikle hatalı tıbbî müdahalenin söz konusu olduğu hâllerde hastanın yasal yollara başvuru noktasında yaşayacağı sorunların, sağlık turizminin büyümesini önemli ölçüde engelleme potansiyeline sahip olduğu savunulmaktadır²⁶⁵. Eğer sağlık turistinin bu süreçten birincil fayda beklentisi maliyet tasarrufu ise, hukukî riskler için avukatla görüşmesi maliyeti artırması sebebiyle sağlık turistinden beklenmeyebilir. Elbette haklarını güvence altına alıp almama kararı, hasta için hem sağlığı hem de yasal hakları bakımından ciddi riskler içerir²⁶⁶. Hasta, bir yandan bir sorunla karşılaştığında kendi ülkesinde yabancı hekimin sorumluluğuna başvurmanın önemli engeller içerdiğinin bilincinde olabilir. Hasta maliyetin artması pahasına ileride yasal haklarını korumak için süreci bir avukatla yürütebilir. Örneğin avukatın yönlendirmesi sonucunda hasta ile hekim veya hastane arasında bir uyuşmazlık çıkması ihtimâline karşı tahkim anlaşması yapılabilir²⁶⁷. Kanaatimizce bu yetki anlaşması ve hukuk seçimi için de geçerlidir. Öte yandan, hasta, hatalı tıbbî müdahale gibi sorumluluk doğuracak bir durumun kuraldan ziyade istisna olduğunu kabul ederek, sürece başlamadan önce hukukî yardım almak için para harcamamayı ve yasal güvencelerini riske atmayı seçebilir²⁶⁸. Tedâvi süreci nispeten ucuz olan ve düşük oranda tıbbî müdahale hatası riski taşıyan hasta için haklarının önceden güvence altına alınması ekonomik yönden verimli olmayabilir. Ancak hatalı tıbbî

²⁶² Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 14.

²⁶³ Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 14; Prütting, “Gerichtsstand- und Rechtswahl in der Europäischen Arzthaftung”, 37.

²⁶⁴ Prütting, “Gerichtsstand- und Rechtswahl in der Europäischen Arzthaftung”, 37; Prütting, “Die europäische Arzthaftung im Prozess”, 157.

²⁶⁵ Steklof, “Medical Tourism”, 728.

²⁶⁶ Steklof, “Medical Tourism”, 741.

²⁶⁷ Steklof, “Medical Tourism”, 741.

²⁶⁸ Steklof, “Medical Tourism”, 741.

müdahale oranlarının daha yüksek olduğu pahalı tedâvi uygulamalarında hasta açısından haklarını güvence altına alınması için yapılan masraf makûl bir yatırımdır²⁶⁹.

1.5.2. Yasal Sağlık Sigortası Kapsamına Giren Tedâvi Sayısındaki Düşüş

Sağlık hizmetlerinin pahalılığı karşısında sağlık turizmi, sağlık sigortası olmayanlarla sağlık sigortasının kapsamı dar olanlar için de bir alternatiftir²⁷⁰. Özellikle hasta, tedâvi masraflarının bir sağlık sigortası tarafından karşılanmadığı, başka bir deyişle kendi malvarlığından ödeme yaptığı durumda sağlık turizmini tercih etme eğilimi gösterir²⁷¹. Hastanın masrafları kendisinin karşılaması gerektiği durumlarda, ödemeyi bizzat yapacak kişi olarak genellikle malî yükü mümkün olduğu kadar düşük tutmaya çalışır²⁷². Hasta, bu nedenle yabancı bir ülkede tedâvi olma eğilimi gösterebilir.

Yurt dışında alınabilen tıbbî hizmetle genel sağlık sigortası tarafından karşılanan tedâvi arasındaki fiyat ve kalite farklılıkları hastayı sağlık turizmini tercih etmeye yönlendirir. Bu durumda mümkün olan en iyi tedâviyi almak isteyen sigortalı için en iyi finansman kaynağı yine kendisidir²⁷³. Söz konusu tedâvinin başka bir ülkede daha uygun fiyata sunulması, yurt dışında tedâviyi tercih etme ihtimâlini de arttıracaktır²⁷⁴. Bazı durumlardaysa kişiler yurt dışına seyahat etmeyi ve tedâvi için kendi ceplerinden ödeme yapmayı bir sigorta primi ödemekten ya da sigortalıların tedâvi için aradaki farkı ödemekten daha ucuz bulabilirler²⁷⁵.

1.5.3. Uzun Bekleme Süreleri

Ülkelerin sağlık sistemlerinin yetersiz kalması bekleme sürelerinin artması gibi olumsuzlukları da beraberinde getirir. Sağlık turizmi pazarının gelişmesine katkıda

²⁶⁹ Steklof, “Medical Tourism”, 741-742.

²⁷⁰ Gemalmaz ve Ertan, “Sağlık Turizmi”, 1010. Örneğin ABD’de milyonlarca kişinin sigortasız olması sebebiyle sağlık turizmine olan talepteki artış hiç de şaşırtıcı değildir. Bkz. Mirrer-Singer, “Medical Malpractice Overseas”, 212.

²⁷¹ Katzenmeier, Kurz ve Jansen, “Rechtsfragen des Medizintourismus”, 1045.

²⁷² Katzenmeier, Kurz ve Jansen, “Rechtsfragen des Medizintourismus”, 1045.

²⁷³ Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 15.

²⁷⁴ Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 15; Gleixner-Eberle, *Die Einwilligung in die medizinische Behandlung Minderjähriger*, 10; Spickhoff, *içinde*, Spickhoff, *Medizinrecht*, IPR, para. 3; Prütting, “Gerichtsstand- und Rechtswahl in der Europäischen Arzthaftung”, 37; Prütting, “Die europäische Arzthaftung im Prozess”, 157.

²⁷⁵ Steklof, “Medical Tourism”, 723.

bulunan faktörlerin başında, gelişmiş ülkelerde artan tıbbî tedâvi maliyetleri ve uzun bekleme süreleri gelir²⁷⁶. Başka bir ifadeyle hastaların yurt dışında tedâviyi tercih etmelerinin en önemli gerekçelerinden birisi olarak kendi ülkesindeki uzun bekleme süreleri sayılır²⁷⁷. Avrupa ve ABD’deki demografik gelişme ve bunun sonucunda ortaya çıkan zorluklar ve özellikle sağlık sistemlerinin yetersiz kalması bu ülkelerde sağlık turizminin gelişmesinin nedenleri arasındadır²⁷⁸. Özellikle Batı ülkelerinde sağlık hizmetine erişimin bürokratik olması, kişileri alternatif arayışlara itmektedir²⁷⁹. Örneğin Kanada ve Birleşik Krallık’ta sağlık hizmetine erişimin yavaş ve bürokratik olması kişileri tedâviye erişimin daha hızlı ve ucuz olduğu ülkelere seyahat etmeye zorlamaktadır²⁸⁰.

Sağlık turistleri daha kısa bekleme süresinin ardından tedâviye erişmeyi arzular²⁸¹. Örneğin organ nakillerinde, ülkede bağışlanmış organ sayısı az olduğu için bekleme listeleri ve buna paralel şekilde bekleme süreleri çok uzayabilir. Bu nedenle de hastalar yurt dışına gitmeyi tercih eder²⁸². Organ nakli kadar kompleks olmayan; örneğin diz, omurga ya da kalp cerrahîsi alanlarında dahi oldukça uzun bekleme süreleri söz konusudur. Örneğin Almanya’da diz ameliyatı için 9-12 ay arasında değişen bekleme süresi olağan kabul edilen sürelerdir²⁸³. Özellikle kalp cerrahîsi alanında bekleme sırasında bulunan hastaların hayatlarını kaybetmesi nâdir karşılaşılan bir durum değildir²⁸⁴. Verilen bu örneklerden hareketle bekleme sürelerini, hastaları sağlık turizmine yönelten bir gerekçe olarak görmek hiç de şaşırtıcı değildir²⁸⁵. Tedâvisi için

²⁷⁶ Haber ve Krczal, “Medizintourismus”, 230; Cassens, *Gesundheitstourismus*, 58.

²⁷⁷ Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 16; Deutsch, “Der Medizintourismus: Die rechtliche Seite”, 2; Deutsch, “Die Auslagerung medizinischer Maßnahmen”, 1325; Quast, *Das Geschäft mit der Gesundheit*, 51; Bookman ve Bookman, *Medical Tourism*, 2.

²⁷⁸ Haber ve Krczal, “Medizintourismus”, 230.

²⁷⁹ Gemalmaz ve Ertan, “Sağlık Turizmi”, 1010.

²⁸⁰ Gemalmaz ve Ertan, “Sağlık Turizmi”, 1010.

²⁸¹ Fadi El-Khourî, “Medical Tourism in a Pandemic”, 30; Krockner, “Medizintourismus im Internationalen Privat- und Zivilverfahrensrecht”, 243; Gemalmaz ve Ertan, “Sağlık Turizmi”, 1009; Deutsch, “Die Auslagerung medizinischer Maßnahmen”, 1325.

²⁸² Organ naklinde en bilinen *destinasyonlardan* birisi Singapur’dur. Gemalmaz ve Ertan, “Sağlık Turizmi”, 1009; Deutsch, “Die Auslagerung medizinischer Maßnahmen”, 1325.

²⁸³ Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 16.

²⁸⁴ Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 16.

²⁸⁵ Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 16.

bulunduğu ülkede kısa sürede müdahale imkânına sahip olmayan kişilere bu tedâviyi yurt dışında hızlı bir şekilde görme imkânı oldukça cazip gelmektedir²⁸⁶.

1.5.4. Daha Kaliteli Sağlık Hizmeti

Yurt dışında tedâvi, yetersiz veya eksik tıbbî bakıma sahip ülkelerden gelen insanlar için genellikle hayat kurtaran bir seçenektir²⁸⁷. Hasta, kendi ülkesinde hiç uygulanmayan veya başarısız şekilde uygulandığı bilinen bir tedâvi için yurt dışına, bu tedâvinin sağlandığı bir ülkeye seyahat etmeyi tercih edebilir²⁸⁸. Başka bir deyişle hastanın kendi ülkesinde bulunan hekimlerin henüz sahip olmadığı uzmanlıklarının yabancı hekimlerdeki varlığı da sağlık turizminin tercih nedenleri açısından ele alınması gereken bir husustur²⁸⁹. Örneğin Batı ülkelerinde uygulanmayan, ancak Hindistan’da uygulanmakta olan yapay kalça kemiği eklenmesi operasyonu için bu ülkeye seyahat bir tercih sebebidir²⁹⁰. Yurt dışında tedâvinin kalitesine olan güven herhangi bir tür sağlık sigortası olanlar için dahi seyahat seçeneğini çekici hâle getirir²⁹¹.

Sağlık turistleri, en iyi ya da en azından kendi ülkelerinde sunulandan daha iyi bir tedâvi arayışı içinde olan hastalardır²⁹². Sağlık turizmine yönelen hastanelerin sağlık hizmeti noktasında belirgin ve istikrarlı bir iyileştirmeye gittikleri düşünüldüğünde sağlık turizmi, hastalar için kendi ülkelerindeki sıradan sağlık hizmetine yeğlenir olmaktadır²⁹³. Sağlık turizminde hastalar tedâvi görmek için gittikleri ülkenin sağlık sistemine kendi

²⁸⁶ Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 16.

²⁸⁷ Kressing, “Medizintourismus”, 260.

²⁸⁸ Örneğin Almanya’da uygulanmayan bazı eklem protezi operasyonları için hastaların sağlık turizmini tercih ettiği bilinmektedir. Bkz. Deutsch, “Der Medizintourismus: Die rechtliche Seite”, 1-2.

²⁸⁹ Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 16; Deutsch, “Der Medizintourismus: Die rechtliche Seite”, 1; Deutsch, “Die Auslagerung medizinischer Maßnahmen”, 1324; Quast, *Das Geschäft mit der Gesundheit*, 52.

²⁹⁰ Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 16; Bookman ve Bookman, *Medical Tourism*, 59.

²⁹¹ Steklof, “Medical Tourism”, 741.

²⁹² Fadi El-Khoury, “Medical Tourism in a Pandemic”, 30; Krockner, “Medizintourismus im Internationalen Privat- und Zivilverfahrensrecht”, 243; Steklof, “Medical Tourism”, 724; Katzenmeier, Kurz ve Jansen, “Rechtsfragen des Medizintourismus”, 1045; Bogner, “Die Gerichtsstände der EuGVVO in medizinrechtlichen Streitigkeiten”, 88.

²⁹³ Steklof, “Medical Tourism”, 722.

lkelerinin sisteminden daha çok gvenmekte²⁹⁴ ya da yabancı hekimin uzmanlığını daha ileri seviyede grmektedir²⁹⁵.

Daha kaliteli sağlık hizmeti, tedâvinin kalitesinin yanı sıra sağlık hizmeti verilirken sağlanan diğer hizmetlerin kalitesini de içerir. Tıbbî personelin nitelikleri ve son teknoloji tıbbî ekipman ve tedâvi tekniklerinin kullanılması sağlık turizminde tercih nedenlerinin başında gelir. Hastanenin büyüklüğü, uluslararası itibarı ve hastanenin türü de sağlık turizmi alanında rekabet avantajı sağlayabilir. Örneğin üniversite ve ihtisas hastanelerinin genel hastanelere göre daha yüksek tercih edilme potansiyeline sahip olduğu kabul edilir²⁹⁶. Ayrıca sağlık hizmeti sunucusu açısından hedef kitle arasında yabancı hastaların ne ölçüde dikkate alındığı da önem arz edebilir. Örneğin başta tercümanlar olmak üzere sağlık turizmi hizmetleri için görevlendirilen çalışan sayısı, hastanın tercihinde etkili olabilir²⁹⁷. Bir ülkenin tüm sağlık sektörü yüksek kaliteli sağlık hizmetleriyle biliniyorsa ve birçok sağlık tesisi sağlık turizmi alanında uluslararası bir itibar kazanmışsa, bu durumun diğer sağlık hizmeti sunucularının çekiciliği üzerinde olumlu bir etkisi vardır²⁹⁸.

Hastanenin uluslararası yeterliliği de tercihte önemli bir faktrdr²⁹⁹. Uluslararası yeterlilikten kasıt, hastanenin yurt dışından yabancı hasta çekebilme ve onlara tedâvi sunabilme yetkinliğidir. Bir hastanenin uluslararası yeterliliğini belirleyen faktörler; hastanedeki toplam yatak sayısı (büyüklüğü), şu ana kadar tedâvi edilen sağlık turisti sayısı, hastanenin hasta kabul ettiği ülke sayısı, uluslararası deneyim yılı sayısı ve uluslararası akreditasyonlara sahip olunmasıdır³⁰⁰. Akreditasyon özellikle hastaya aldığı hizmetin, kendi ülkesinde veya gelişmiş ülkelerde sunulan hizmetlerle kıyaslanabilir olduğu düşüncesiyle bir güven verir³⁰¹. Uluslararası akreditasyon kuruluşlarının başında

²⁹⁴ Örneğin Almanya’da yapılan araştırmalar, sağlık turistlerinin “*Alman Kalite Standartlarına*” göre tedâvi olmak için Almanya’yı tercih ettiğini göstermektedir. Bkz. Schneider ve Seifert, “Medizintourismus nach Deutschland”, 274

²⁹⁵ Deutsch, “Die Auslagerung medizinischer Maşnahmen”, 1323.

²⁹⁶ Haber ve Krczal, “Medizintourismus”, 234-235.

²⁹⁷ Haber ve Krczal, “Medizintourismus”, 235. Sağlık turizminde tercümanın önemi ve işlevi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Horov, *Dolmetschen im tschechischen Medizintourismus*, 28 vd.

²⁹⁸ Haber ve Krczal, “Medizintourismus”, 235.

²⁹⁹ Örneğin ABD’de bulunan tanınmış tıp merkezleri, yurt dışındaki sağlık kuruluşları ile iş birlikleri kurarak o ülkedeki sağlık hizmetinin kalitesinin artışına yardımcı olmaktadır. Bkz. Steklof, “Medical Tourism”, 724.

³⁰⁰ Haber ve Krczal, “Medizintourismus”, 235.

³⁰¹ Steklof, “Medical Tourism”, 726, dn. 34.

Joint Commission International (JCI) gelir³⁰². Bunun yanı sıra Uluslararası Sağlık Hizmetlerinde Kalite Derneği (*International Society for Quality in Health Care*), Ulusal Kalite Güvence Komitesi (*National Committee for Quality Assurance*), Uluslararası Standardizasyon Örgütü (*International Organization for Standardization*) ve Avrupa Sağlık Hizmetinde Kalite Derneği (*European Society for Quality in Healthcare*) de bilindik akreditasyon kuruluşlarındandır.

1.5.5. Daha Konforlu Bir Ortamda Sunulan Sağlık Hizmeti

Sağlık turistinin tercihinde daha iyi bir tedâvinin yanı sıra daha rahat tedâvi beklentisi de etkilidir³⁰³. Hasta, tedâviyi yurt dışında planlı bir konaklamayla birleştirerek tedâvi süreci boyunca konforlu bir ortamda bulunmak arzusunda olabilir.

Uygulamada özellikle Asyalı sağlık hizmeti sunucularının, sağlık turistlerinin beklentilerini karşılamak ve onlar üzerinde etki bırakabilmek için çaba sarf ettiği bilinmektedir. Bu kuruluşlar, gelişmiş bir organizasyon ve teknik yeniliklerle birinci sınıf hizmet kalitesi sunarlar³⁰⁴. Başka bir ifadeyle bu kuruluşlar için müşteri odaklılık ön plandadır. Özellikle Uzakdoğu kökenli sağlık kuruluşları, Avrupa’da lüks kabul edilen hastanelerde, yoğun tıbbî bakımın yanı sıra ve oldukça konforlu bir konaklama üzerinden reklam yapmaktadırlar³⁰⁵. Bu tür faktörler, kendi ülkelerinde birden fazla yataklı hastane

³⁰² JCI, akreditasyon, standart geliştirme ve uyumluluk, iyi uygulamalar ve sağlık hizmeti kalitesinin iyileştirilmesiyle ilgili bilgileri yaymak amacıyla kurulmuş küresel ve bilgiye dayalı kâr amacı gütmeyen bir organizasyondur. Bkz. Steklof, “Medical Tourism”, 727, dn. 34. JCI, hasta güvenliğiyle ilgili ölçülebilir kıyaslama prensiplerine dayalı, iyileştirmelerin sürdürülebilir olmasını sağlayan, akredite hastanelerde mükemmeliyetçiliğe ulaşma yolunu açan ve hastanelerin başarılarını kamuoyu tarafından tanınır hâle getiren dünyanın en eski akreditasyon kuruluşudur. JCI akreditasyon kuruluşu, sağlık kurumlarında hasta güvenliği, çalışan güvenliği, tesis güvenliği, yanlış uygulamaların önlenmesi, enfeksiyonların önlenmesi, kişisel hak ve gizliliklerinin korunması, hasta ve yakınlarının korunması ve bilgilendirilmesi, olumsuz olayların kayıt altına alınması, sürekli izleme düzeltilmesi, çalışanların eğitilmesi ve etkili liderlik yaklaşımları doğrultusunda çalışanın güçlendirilmesi gibi konularda standartlar geliştirmiştir. Bu standartlar doğrultusunda akredite olmak isteyen kuruluşları denetleyerek başarılı olanlara akredite belgesi düzenlemektedir. Bkz. Seniha Avcıl, *Türkiye’deki JCI Akreditasyonuna Sahip Özel Hastanelerin Hizmet Performansı*, Beykent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2019, 87 vd.

³⁰³ Katzenmeier, Kurz ve Jansen, “Rechtsfragen des Medizintourismus”, 1045.

³⁰⁴ Haber ve Krczal, “Medizintourismus”, 243

³⁰⁵ Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 16-17; Quast, *Das Geschäft mit der Gesundheit*, 53; Reisman, *Health Tourism*, 56; Bookman ve Bookman, *Medical Tourism*, 52.

odaları bulunan ve hekimlerin ve sağlık çalışanlarının aşırı iş yüküne sahip olduğu yasal sağlık sigortalı hastalar için belirleyici olmaktadır³⁰⁶.

1.5.6. Diğer Nedenler

Sağlık turizminin tercih nedenlerinin tüm hastalar için aynı olduğu söylenemez. Yukarıda belli başlılarına yer verdiğimiz nedenlerin dışında daha pek çok gerekçe sağlık turizminde hastanın motivasyon kaynağı olabilir. Sağlık turizminde küreselleşmeyle birlikte yurt dışı seyahatlerinin sayısı oldukça artmıştır³⁰⁷. Günümüzde oldukça popüler bir eğlence hâline gelen yurt dışı seyahatinde ulaşımın kolay olması sağlık turizminin bir diğer tercih nedenidir³⁰⁸. Özellikle havayolu seyahatlerindeki fiyat uygunluğu, kişiye düşük ücretlerle uzak mesafeler arasında seyahat etme imkânı sunar³⁰⁹. Bu da hastaların tedâvi için yurt dışına seyahat etme kararlarına olumlu yönde etki yapar.

Hasta daha önceden planladığı başka amaçlı bir seyahatine tedâvi görme amacını sonradan ekleyebilir. Ayrıca hasta daha evvel tatil veya turizm amaçlı gittiği ülkeye bu defa sağlık turisti olarak gitmeye karar verebilir. Tatil seyahatleri sırasında seyahat ettikleri ülkede iyi deneyimler yaşamış ve deyim yerindeyse orada kendini evinde gibi hisseden kişilerin, daha sonra tedâvi olmak için o ülkenin hastane ve hekimlerine güvenmeleri şaşırtıcı değildir³¹⁰. Nitekim başta Almanya olmak üzere özellikle Avrupa ülkeleri vatandaşları arasında yapılan seyahatler sonucunda Asya'da bulunan pek çok sağlık *destinasyonu* tanınır hâle gelmiştir³¹¹. Bu da hastaların artık bilinmeyene seyahat konusunda daha az korkmasını sağlamıştır. Ayrıca internet de hastanın tedâvi ülkesi

³⁰⁶ Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 17.

³⁰⁷ Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 18. Batılı turistlerin bu ilgisinin karşılığında da Asya'daki ultra modern tedâvi merkezlerinin sayısı gün geçtikçe artmaktadır. Deutsch, "Der Medizintourismus: Die rechtliche Seite", 2; Angelika Könnig-Feil, *Das internationale Arzthaftungsrecht - Eine kollisionsrechtliche Darstellung auf sachrechtsvergleichender Grundlage*, (Frankfurt: Peter Lang, 1992), 2; Christoph Stumpf, "Die Möglichkeit der Rechtswahl im internationalen Arzthaftungsrecht", *MedR*, (1998): 546; Quast, *Das Geschäft mit der Gesundheit*, 23.

³⁰⁸ Pikal, *Kinderwunschbehandlungen im Ausland*, 17.

³⁰⁹ Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 18; Quast, *Das Geschäft mit der Gesundheit*, 23; Thomas Zimmermann, *Grenzüberschreitende Gesundheitsversorgung aus der Perspektive des deutschen Gesundheitssystems - Status quo, Bestimmungsgründe und Entwicklungspotenziale*, (Baden-Baden: Nomos Verlag, 2008), 39; Bookman ve Bookman, *Medical Tourism*, 4.

³¹⁰ Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 18.

³¹¹ Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 18; Quast, *Das Geschäft mit der Gesundheit*, 23.

hakkında evindeyken dahi kapsamlı şekilde bilgi edinmesini sağlar³¹². Bu gelişmelerin tamamı sağlık turizminin tercih sebeplerini artırmaktadır.

21. yüzyılda artan bir eğilim olan en iyi dış görünüşe ve sağlığa sahip olma yönündeki toplumsal eğilim³¹³ sağlık turizminin gelişimi üzerinde de önemli bir etkiye sahiptir³¹⁴. Özellikle tıp etiği sebebiyle hastanın kendi ülkesindeki kısıtlamalar söz konusu olduğunda bu etki daha da önemlidir.

Sağlık turizminin hasta yakınları için eğlenceli gezi ve alışveriş turları gibi tatil öğelerini kapsayan konaklama imkânlarını sunması da önemlidir³¹⁵. Konforlu bir ortamda sağlık hizmeti sunulmasına ek olarak, hasta ve hasta yakınları için ilgi çekici aktiviteleri barındıran paket turların sunulması sağlık turisti için cezbedici bir nitelik taşıyabilir. Ayrıca deneyim faktörü olarak adlandırabilecek ve hastaya, tedâvisini yöresel yemekleri tatma, kültürel etkileşimde bulunma, o ülkenin iklimini tecrübe etme gibi turist deneyimleriyle birleştirebilme imkânını sunan seçenekler de tercih açısından önem arz edebilir.

Bir ülkede tamamen veya kısmen yasaklanmış bazı tedâvi veya tıbbî müdahale türleri de insanların seyahat etmesine sebebiyet verebilir. Devletlerin belirli tıbbî müdahaleler için katı ve yasaklayıcı tutum sergilemesi, o ülkedeki kişilerin, söz konusu hizmeti başka bir ülkede aramasına yol açabilir. Başka bir deyişle sağlık turizminde düzenleyici kuralların da hastanın tercihleri üzerinde etkisi bulunur. Sağlık turizmi sayesinde kişi yasak tedâvi veya tıbbî müdahaleden faydalanmak amacıyla bunların yasak olmadığı ülkelere seyahat etmektedir³¹⁶. Yasal, etik veya tıbbî teknik nedenlerle kendi ülkesinde sunulmayan veya belirli kısıtlamalarla sunulan birtakım tedâvilere erişim için hasta seyahat etmeyi tercih edebilir³¹⁷. Bir sağlık hizmetinin bir ülkede onaylanmamış veya henüz deney aşamasında

³¹² Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 18; Bookman ve Bookman, *Medical Tourism*, 61.

³¹³ Quast, *Das Geschäft mit der Gesundheit*, 22 vd.

³¹⁴ Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 17; Quast, *Das Geschäft mit der Gesundheit*, 22 vd.

³¹⁵ Haber ve Krczal, “Medizintourismus”, 239; Pikal, *Kinderwunschbehandlungen im Ausland*, 17.

³¹⁶ Gemalmaz ve Ertan, “Sağlık Turizmi”, 1006. Yasaklamalar idarenin düzenleyici işlemleriyle yapılabileceği gibi yasama yoluyla da yapılabilir. Bkz. Gemalmaz ve Ertan, “Sağlık Turizmi”, 1010.

³¹⁷ Haber ve Krczal, “Medizintourismus”, 237.

olması da bunların uygulandığı ülkelerin tercih edilmesine yol açmaktadır³¹⁸. Doğurganlık tedâvisi, ötanazi, kök hücre tedâvisi bu tür tedâvi veya tıbbî müdahalelerin başında gelir.

Sağlık turizminin ekonomik yönü kadar politik ve kültürel yönleri de bulunmaktadır³¹⁹. Politik ve ekonomik istikrara ek olarak, yüksek kalite standartları, hasta güvenliği ve hukukî kesinlik, uluslararası sağlık turistleri için güven anlamına gelir³²⁰.

Kültürler arası etkileşim de sağlık turizminde tercih nedenleri arasında sayılabilir³²¹. Kültürel farklılıklar teşhis ve tedâvi kavramlarının da ülkelerde farklı anlaşılmasına neden olur. Bunun nedeni küreselleşmeyle birlikte tıbbî hizmet denince akla tamamlayıcı tıp, alternatif tıp, biyotıp veya etnik/yerel tıp gibi geniş bir yelpazede sunulan hizmetlerin gelmesidir³²².

Mevcut hâliyle sağlık turizmi sağlık alanında eşitsizliklerin önüne geçmekten daha ziyade eşitsizliğin istikrarlı şekilde sürmesine hizmet eder³²³. Tıbbî hizmetlerin dünya çapında ticarileştirilmesiyle bağlantılı bir şekilde uluslararası sağlık pazarına odaklanmak, güney yarım küredeki birçok ülkede kendi nüfusları için sağlık hizmetlerinin sağlanmasının ihmâl edilmesi anlamına gelebilir³²⁴. Bu ülkelerdeki üst sınıfların, daha gelişmiş tıp teknolojisine sahip ülkelerde pahalı ancak kaliteli tedâvileri karşılayabiliyor olması da bu duruma katkı sağlar. Örneğin, Nijerya'nın zengin üst sınıfı dinî inançlarına bağlı olarak ABD, İsrail veya Suudi Arabistan'a (genellikle Hac ile birlikte) sağlık turizmi amacıyla seyahat etmektedir³²⁵.

³¹⁸ Mirrer-Singer, "Medical Malpractice Overseas", 211; Gemalmaz ve Ertan, "Sağlık Turizmi", 1010. Özellikle gelişmiş ülkelerde henüz onaylanmamış tedâvi prosedürleri için bu tedâvi prosedürlerini uygulayan ülkelere seyahat tercih edilmektedir.

³¹⁹ Kressing, "Medizintourismus", 253.

³²⁰ Haber ve Krczal, "Medizintourismus", 248.

³²¹ Frank Kressing, "Medizintourismus", Aspekte kultureller Differenz im internationalen Medizintourismus, 255.

³²² Kressing, "Medizintourismus", 255-256.

³²³ Kressing, "Medizintourismus", 255.

³²⁴ Kressing, "Medizintourismus", 255. Yazar bu durumu sağlık turizminin olumsuz yönleri arasında kabul etmektedir. Yazara göre sağlık turizminin yol açtığı bir diğer olumsuz durum *etnotıbbî* bilgilerin ve yerel *farmakolojinin* metalaşarak tıbbî turizme, deyim yerindeyse alet edilmesidir. Yazarın tıbbın küreselleşmesinin, ekonomik sömürüye yol açtığı ve Avrupalı olmayan kültürlerle zarar verdiği yönündeki eleştirileri hakkında bkz. Kressing, "Medizintourismus", 259 vd.

³²⁵ Kressing, "Medizintourismus", 255.

Hastanın bireysel öncelikleri de tedâvi yerinin seçiminde önem arz edebilir. Örneğin anonimlik arzusu önemli bir tercih sebebidir. Hasta gideceği ülkede hiç tanınmıyor ve bilinmiyor olmasına ve tedâvi sonrasında bu tedâviyi aldığı saklı tutulacağına güvendiği bir ülkeye seyahati tercih edebilir. Hastanın tedâvi için gideceği ülkele arasında özel bir bağ da bulunabilir. Gidilecek ülkenin kültürüne, din veya diline aşinalık, tarihî ortaklık, o ülkedeki siyasî ve ekonomik istikrar, ülkedeki temel etik tutumlar tercihte etkili olabilecek faktörlerdir³²⁶. Etik kaygılar veya kültür ve dil engelleri de karar verme sürecinde rol oynayabilir. Örneğin bir ülkede yaşayan göçmenler, özellikle dil ve kültür aşinalığı nedenleriyle sağlık hizmeti almak için geldikleri ülkeyi tercih edebilirler³²⁷.

Üremeye yardımcı tedâvi yöntemlere başvuran hastalar komşu ülkeleri tercih etme eğilimindedir. Örneğin Alman hastalar, alıcı ve vericinin *fenotip*³²⁸ olarak benzerliği nedeniyle Çek Cumhuriyeti başta olmak üzere komşu Avrupa ülkelerinde tedâviyi tercih eder³²⁹. Böylece yardımcı tedâvi yöntemleri sonucunda dünyaya gelen bebeğin dış görünüşü tedâviden faydalanan ebeveynlerle benzerlik gösterir.

1.6. Sağlık Turizmine Konu Tıbbî Müdahale Türleri

Son yıllarda sağlık turizmi, yüz gerdirme gibi estetik operasyonlardan diz protezlerine, kalp *bypass* ameliyatlarından lazer göz ameliyatına, diş protezlerinden organ nakillerine kadar çok geniş bir yelpazede farklı tıbbî müdahale seçenekleri sunmaktadır³³⁰. Ancak elbette uygulanan tedâviler saydıklarımızla sınırlı değildir.

Sağlık turizminin tanımında olduğu gibi, sağlık turizminin türleri hususunda da ortak bir dil oluşturulamamıştır. Sağlık turizmi çeşitli disiplinler tarafından incelenirken farklı özelliklerinden hareketle ayırımlara tâbi tutulmaktadır. Bu ayırımlardan en yaygınına

³²⁶ Haber ve Krczal, “Medizintourismus”, 238.

³²⁷ Gemalmaz ve Ertan, “Sağlık Turizmi”, 1010.

³²⁸ *Fenotip*, “Bir organizmanın genetik yapısına bağlı olarak, dış etkenlerin de etkisiyle ortaya çıkan görünüşü”dür. <https://sozluk.gov.tr/> (E.T. 12.01.2023)

³²⁹ Pikal, *Kinderwunschbehandlungen im Ausland*, 16.

³³⁰ Katzenmeier, Kurz ve Jansen, “Rechtsfragen des Medizintourismus”, 1045; Krockner, “Medizintourismus im Internationalen Privat- und Zivilverfahrensrecht”, 243.

göre sağlık turizmi; termal turizm, *spa-wellness*, medikal turizm ve ileri yaş turizmi şeklinde ayrılmaktadır³³¹.

Sağlık turizmi alınacak tedâvi hizmetinin yasal olup olmamasına göre de bir ayırıma tâbi tutulmaktadır. Bu ayırımda birinci gruba göre, hastanın almak istediği tedâvi hem hastanın ülkesinde hem de hizmetin alınacağı ülkede yasaldır³³². Bu durumda hastanın seyahat motivasyonu maddî kaygılar, daha hızlı ve kaliteli tedâviye erişme arzusu gibi sebeplerdir³³³. Bu durumda ortaya çıkacak uyuşmazlıklar çoğunlukla tıbbî müdahale hataları ve aydınlatma yükümlülüğünün ihlâlinden kaynaklanır. Bu ayırımda ikinci grupta ise, ilkinin tam tersine hastanın almak istediği tedâvi hem hastanın ülkesinde hem de onun seyahat ettiği ülkede yasaklanmıştır. Bu duruma örnek olarak organ satışına bağlı organ nakilleri verilebilir³³⁴. Bu ayırımda üçüncü grupta ise, alınmak istenen tedâvi, hastanın ülkesinde yasak ya da çok sınırlı iken, sağlık hizmeti sağlayan varış ülkesinde yasaldır³³⁵. Kök hücre tedâvileri, kürtaj, taşıyıcı annelik veya tüp bebek gibi alternatif üreme yöntemleriyle ilgili operasyonlar, ötanazi, deneme aşamasında olduğundan veya ilgili regülasyon kurumunca zararlı bulunduğu kullanımı yasak bazı ilaçlara erişim bu son grup tedâvi ve müdahaleler arasındadır³³⁶.

Devletler bazı tedâvi türlerini yasaklar ve kısıtlarken etik kaygıları da içeren saiklerden hareket etmiş olabilirler³³⁷. Bu tür yasaklama ve sınırlamalar bazı ahlâkî ve etik değerlere hizmet etseler de günümüzde sağlık turizmi *fenomeni* karşısında bu sınırlamaların önemi kalmamaktadır. Hatta bu tür hizmetlerin serbest olduğu bir devlete seyahat edilerek bu hizmetlerin alınması da yeni hukukî sorunların doğmasına yol açabilir³³⁸. Özellikle ikinci

³³¹ Gönenç, “Medikal Turizm”, 1175

³³² Elbette devlet destekli veya sigortacı destekli sağlık turizmi sadece bu saydığımız ilk hâl için mümkündür. Kişinin kendisinin ödeme yaptığı ihtimâllerde ise hastanın hem kendi ülkesinde hem de varış ülkesinde yasak olan tedâviyi tercih ettiği sağlık turizmi türünü seçmesi mümkündür.

³³³ Gönenç, “Medikal Turizm”, 1178.

³³⁴ Gönenç, “Medikal Turizm”, 1179. Örneğin Filipinler’de illegal bir şekilde organ satışı yapıldığı bildirilmektedir. Bkz. Cohen, “How to Regulate Medical Tourism”, 10.

³³⁵ Doktrinde sağlık turizminin bu türü için atlatma turizmi (*circum-vention tourism*) terimi kullanılmaktadır. Bkz. Cohen, “How to Regulate Medical Tourism”, 10.

³³⁶ Gemalmaz ve Ertan, “Sağlık Turizmi”, 1010-1011; Cohen, “How to Regulate Medical Tourism”, 10; Gönenç, “Medikal Turizm”, 1180.

³³⁷ Örneğin üremeye yardımcı tedâvi yöntemleri açısından üremenin metalaştırılmaması ya da ötanazi açısından insan yaşamının değersizleştirilmemesi kaygıları ön plana çıkar.

³³⁸ Gemalmaz ve Ertan, “Sağlık Turizmi”, 1035-1036. Doktrinde alınmak istenen tedâvinin hastanın ülkesinde yasak ya da çok sınırlı iken, sağlık hizmeti sağlayan varış ülkesinde yasal olduğu sağlık turizmi kapsamında gerçekleştirilen tıbbî müdahalelerin, bu tür müdahalelerin yasak olduğu ülke

ve üçüncü grupta yer alan sağlık turizmi ilişkilerinde klasik tıbbî sorumluluk hukuku uyumsuzluklarına ek olarak milletlerarası özel hukuk açısından farklı birtakım hukukî sorunlar gündeme gelebilir.

Biz çalışmamızda klasik tıbbî müdahalelerin yanı sıra milletlerarası özel hukuk açısından farklı sorunların ve sonuçların doğmasına yol açabilecek birtakım uygulama türlerini, sağlık turizmine konu tıbbî müdahale türleri olarak ele almayı uygun gördük.

1.6.1. Üreme Turizmi

Çocuk sahibi olma arzusu, doğal yollarla ebeveyn olamayan kişileri alternatif çözüm arayışına iter. Üremeye yardımcı tedâvi yöntemleri³³⁹ ile günümüzde çocuk sahibi olmak eskisine göre çok daha kolaydır. Modern üreme tıbbi, doğal yollarla çocuk sahibi olamayanların çocuk özlemini dindirici pek çok imkân sunar³⁴⁰. Ayrıca eşcinsel çiftler ve bekâr kişiler de ebeveyn olmak için üremeye yardımcı tedâvi yöntemlerine başvurabilmektedir³⁴¹. *Homolog* veya *heterolog* yapay dölleme, yumurta veya embriyo nakli, taşıyıcı annelik bu imkânların başlıcalarıdır. Üreme ve gen teknolojilerinin gelişimiyle tüp bebek uygulamalarında, bebek sahibi olabilmenin yanı sıra tıbbî amaçlı olmayan cinsiyet seçimi ve genetik tarama mümkün hâle gelmiştir³⁴². İşte bu hâlde sağlık turizminin bir alt dalı olan³⁴³ üreme turizminin (*procreative/reproductive tourism-Fortpflanzungs/Befruchtungstourismus*) varlığından söz edilir³⁴⁴. Fakat bu yöntemlerin

kanunlarının ahlâkî açıdan sorunlu bir şekilde *enfeksiyonuna* yol açacağı endişeleri dile getirilmektedir. Bkz. Cohen, “How to Regulate Medical Tourism”, 11.

³³⁹ Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik m. 4-ğ’de üremeye yardımcı tedâvi yönteminin (ÜYTE) tanımı, “*Anne adayının yumurtası ile kocanın sperminin çeşitli yöntemlerle döllemeye daha elverişli hale getirilerek, gerektiğinde vücut dışında döllemesini sağlayıp, gametlerin veya embriyonun anne adayına transferini kapsayan ve modern tıpta bir tıbbî tedavi yöntemi olarak kabul edilen uygulamalar*” şeklinde yapılmıştır. Ancak geniş anlamda üremeye yardımcı tedâvi yöntemleri taşıyıcı annelik de dâhil *homolog* veya *heterolog* yapay dölleme, yumurta veya embriyo nakli gibi tıbbî müdahaleleri işaret eder. Üremeye yardımcı tedâvi yöntemleri hakkında detaylı bilgi için bkz. Pikal, *Kinderwunschbehandlungen im Ausland*, 49 vd.

³⁴⁰ Martin Engel, “Internationale Leihmutterschaft und Kindeswohl”, *ZEuP*, (2014): 539.

³⁴¹ Dorneck, Carina, *Das Recht der Reproduktionsmedizin de lege lata und de lege ferenda*, (Baden-Baden: Nomos Verlag, 2019), 79.

³⁴² Gönenç, “Medikal Turizm”, 1182.

³⁴³ Pikal, *Kinderwunschbehandlungen im Ausland*, 15.

³⁴⁴ Üreme turizminden bir pazar olarak bahsedilmekte ve uygulamada özellikle uluslararası alanda faaliyet gösteren aracı kuruluşların koordinasyonu çerçevesinde yürütüldükleri bildirilmektedir. Engel, “Internationale Leihmutterschaft und Kindeswohl”, 544; Eric Blyth ve Abigail Farrand,

yasallaşması noktasında tartışmalar pek çok ülkede sürmektedir. Başka bir ifadeyle konu hakkındaki yasal çeşitlilik varlığını sürdürmektedir³⁴⁵. Bunun sonucunda ise, en azından şimdilik, üremeye yardımcı tıbbî yöntemler farklı ülkelerde farklı şekillerde uygulanmaktadır³⁴⁶.

Üremeye yardımcı tedâvi yöntemlerine izin vermeyen veya çok katı şartlarla tedâvileri uygulayan ülkelerde yaşayan kişiler, tedâvilerden faydalanabilmek amacıyla yabancı ülkelere seyahati tercih edebilmektedir³⁴⁷. Ayrıca kendi ülkesinde bu tür hizmetler sunuluyor olmasına rağmen kişinin daha kaliteli hizmet almak amacı başta olmak üzere farklı saiklerle yurt dışında tedâviyi tercih etmesi de söz konusu olabilir. Dolayısıyla başta taşıyıcı annelik olmak üzere³⁴⁸ üremeye yardımcı tedâvi yöntemleri de günümüzde önemli ölçüde sınır aşan faaliyetler şeklinde uygulanmaktadır³⁴⁹. Hatta bu amaçla gerçekleştirilen seyahatler, en çok başvuru alan sağlık turizmi türlerinden birisi olarak kabul edilir³⁵⁰.

Üremeye yardımcı tedâvi yöntemlerinin sağlık turizmi kapsamında uygulanması milletlerarası özel hukuk bağlamında pek çok sorunu gündeme getirebilecek niteliktedir. Özellikle taşıyıcı annelik gibi kendi ülkelerinde yasaklanan bir tedâvi sonucu çocuk sahibi olan ebeveynlerle çocuk arasında soy bağının kurulması ve buna bağlı olarak vatandaşlığın kazanılması başta olmak üzere konusu bu tür bir edimi içeren sözleşmenin kurulması, geçerliliği, başka bir ülkede tenfizi gibi pek çok sorun gündeme gelebilmektedir³⁵¹. Çalışmamız kapsamında müstakbel ebeveyn/ler ve taşıyıcı anne yahut

“Reproductive Tourism - A Price Worth Paying For Reproductive Autonomy”, *Critical Social Policy*, 91 (2005): 99 vd.

³⁴⁵ Engel, “Internationale Leihmutterschaft und Kindeswohl”, 543; Klopstock Barbara. “„Drei-Eltern-Babys“ – Besteht Reformbedarf in Deutschland?”, *Zeitschrift für Rechtspolitik*. (2017): 165 vd.

³⁴⁶ Hukuk sistemlerinin üremeye yardımcı tedâvi yöntemleri hakkında uyguladıkları politikalar hakkında detaylı bilgi için bkz. Blyth ve Farrand, “Reproductive Tourism”, 91 vd. Üreme hakkı kavramı ve üreme turizmi ile olan ilişkisi hakkında bkz. Ruth Deech, “Reproductive Tourism in Europe: Infertility and Human Rights”, *Global Governance*, 9 (2003): 425 vd.

³⁴⁷ Pikal, *Kinderwunschbehandlungen im Ausland*, 15; Dorneck, *Das Recht der Reproduktionsmedizin*, 260; Ebru Şensöz Malkoç, “Uluslararası Taşıyıcı Annelik Sözleşmesinden Doğan İhtilaflarda Uygulanacak Hukuk”, *MHB*, 35/2 (2015): 18; İlyas Gölcüklü, “Milletlerarası Taşıyıcı Anneliğe İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi”, *GsÜHFD*, 1 (2001): 839.

³⁴⁸ Engel, “Internationale Leihmutterschaft und Kindeswohl”, 561.

³⁴⁹ Blyth ve Farrand, “Reproductive Tourism”, 92.

³⁵⁰ Krockner, “Medizintourismus im Internationalen Privat- und Zivilverfahrensrecht”, 243.

³⁵¹ Taşıyıcı annelikten doğan milletlerarası özel hukuk problemleri hakkındaki tespitler için bkz. Engel, “Internationale Leihmutterschaft und Kindeswohl”, 539 vd. Türk hukukunda konuyu detaylı olarak

sperm/yumurta/embriyo bağışçısı arasında kurulan sözleşmeden doğan kanunlar ihtilâfi meseleleri ele alınmıştır. Ancak müstakbel ebeveyn ve hekim yahut sağlık hizmeti sunucusu arasında bu tür bir tedâviye ilişkin sözleşme kurulması durumunda ortaya çıkabilecek sorunlar çalışmamızın ikinci bölümünde ilgili başlıklar altında inceleme konusu yapılmıştır.

1.6.2. Ölüm-Ötanazi Turizmi

Geçtiğimiz yıllara baktığımızda insanların ölüm şekillerinin dahi değiştiği gerçeğiyle karşı karşıya kalırız³⁵². Ölüm (intihar) ya da başka bir ifadeyle ötanazi turizmi,³⁵³ ölmek isteyen bir kişinin hekim veya sağlık personelinin yardımıyla ölmek amacıyla başka bir ülkeye gitmesidir³⁵⁴. Yapılan son çalışmalarda devletlerin ötanaziye yasallaştırma eğiliminde oldukları gözlemlense de hâlihazırda pek çok ülkede en azından aktif ötanazi yasal değildir. Bu nedenle de hayatına son vermek isteyen kişiler, bu amaçlarını gerçekleştirmek için farklı ülkelere seyahat edebilmektedir.

Ötanazi³⁵⁵ turizmi, sağlık turizminin geleceği parlak alt sektörlerinden³⁵⁶ ve en uç örneklerinden birisi³⁵⁷ olarak kabul edilir. Sağlık turizminin alt dalı olarak kabul edilen bu tür faaliyetlerin günümüzde sayısının arttığı ve sınırlarının genişlediği görülmektedir³⁵⁸.

ele alan bir eser için bkz. Gölcüklü, “Milletlerarası Taşıyıcı Anneliğe İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi”, 835 vd.

³⁵² Kressing, “Medizintourismus”, 254.

³⁵³ İntihar ve ötanazi turizmi kavramları genellikle aynı anlamda kullanılsa da doktrinde farklı noktaları olduğuna değinilmektedir. Bazı eserlerde daha geniş anlamda ölüm turizmi kavramına yer verildiği de görülmektedir. Kavramlar hakkında bkz. Ömer Çoban, Emre Dilek ve Serhat Harman, “İntihar Bir Turizm Türü Olarak Değerlendirilebilir mi?”, *Nevşehir Hacı Bektaş Veli Üniversitesi SBE Dergisi*, 7/1 (2017): 140 vd.; Kressing, “Medizintourismus”, 254 vd.

³⁵⁴ Maşide Gürcü, Muradiye Varol, Betül Başar Kara ve Dilaver Tengilimoğlu, “A Multidisciplinary Approach To Suicide Tourism”, *International Journal of Health Management and Tourism*, 1/3 (2016): 28.

³⁵⁵ Doktrinde ötanazi kavramı yerine yardımcı ölüm-yardımlı intihar kavramlarının kullanıldığı da görülmektedir. Kavram hakkında detaylı bilgi ve ötanazinin türleri hakkında bkz. Bernice Simone Elger ve Silke Grabherr, “Assistierter Suizid und Sterbehilfe in einer alternden Gesellschaft”, *Rechtsmedizin*, 28/2 (2018): 88 vd.

³⁵⁶ Gemalmaz ve Ertan, “Sağlık Turizmi”, 1034.

³⁵⁷ Gürcü, Varol, Başar Kara ve Tengilimoğlu, “A Multidisciplinary Approach To Suicide Tourism”, 28.

³⁵⁸ Gürcü, Varol, Başar Kara ve Tengilimoğlu, “A Multidisciplinary Approach To Suicide Tourism”, 28.

İntihar turizminde tercih edilen ülkelerin başında İsviçre gelmektedir³⁵⁹. Demografik değişime paralel şekilde İsviçre’de intihar turizmine olan eğilim artış göstermektedir³⁶⁰. Özellikle Almanya, Fransa ve İngiltere’den İsviçre’ye ötanazi-yardımlı intihar için seyahat edenlerin sayısı oldukça fazladır³⁶¹. Ötanazi için İsviçre’ye giden hastaların arasında kronik, ama ölümcül olmayan hastaların sayısı giderek artmaktadır³⁶². Ancak ötanaziyi tercih eden hastaların gerekçeleri çeşitlidir. Örneğin aileye veya topluma yük olmak istememek, bağımlı yaşamaktan korkmak, yaşamdan bıkmak, tedâvi edilemez bir hastalıktan muztarip olmak ve katlanılamaz derecede acı çekmek bunlardan bazılarıdır³⁶³.

Kişinin kendi ülkesinde bu tür bir tıbbî müdahaleye yasal olarak izin verilmemesi, onun farklı bir ülkeye seyahat etmesinin gerekçesidir. Sonuç itibariyle, gidilen bu ülkede hekim veya sağlık hizmeti sunucusu ile hasta arasında kurulan sözleşme, muhtemel milletlerarası özel hukuk sorunlarına yol açabilir ve uygulanacak hukukun tespiti gerekebilir. İlgili sorunlara ilişkin uygulanacak hukuk noktasındaki çözüm önerileri çalışmamızın ikinci bölümünde ilgili başlıklar altında inceleme konusu yapılmıştır.

³⁵⁹ Gürcü, Varol, Başar Kara ve Tengilimoğlu, “A Multidisciplinary Approach To Suicide Tourism”, 28. İsviçre’nin tercih edilmesinin altında yatan neden bu ülkede ötanazinin yasal olması ve bu işlemin gerçekleştirileceği kişi bakımından herhangi bir ikâmet şartı aranmamasıdır. Avrupa’da İsviçre’nin yanı sıra Hollanda ve Belçika’da da ötanazi yasalıdır.

³⁶⁰ Elger ve Grabherr, “Assistierter Suizid und Sterbehilfe”, 88. Yapılan çalışmalarda İsviçre’deki her beş intihardan birinin yardımlı intihar olduğu sonucu ortaya koyulmuştur. Bkz. Gürcü, Varol, Başar Kara ve Tengilimoğlu, “A Multidisciplinary Approach To Suicide Tourism”, 28.

³⁶¹ AİHM’in önüne gelen bir davada felçli bir hastanın eşi tarafından ölümcül dozda *sodium pentobarbital* alması için yapılan başvuru Alman makamlarınca reddedilmiştir. Bunun üstüne felçli hasta, İsviçre’de aldığı yardımlarla intihar etmiştir. Eş tarafından Alman makamlarına karşı açılan davalar, Alman Anayasa Mahkemesi tarafından eşin müteveffanın kişiliğine sıkı sıkıya bağlı ve devredilmez nitelikteki söz konusu hakkı (onurun korunması) için dava/taahhüt ehliyeti olmadığı gerekçesiyle reddedilmiştir. AİHM, bu davada özel yaşama saygı hakkının hayatın sonuna dair kararları da kapsadığını ve herkesin bir hakkın esasına ilişkin olarak millî yargı makamlarınca dinlenilme hakkı olduğunu teyit etmiştir. Başvurucunun taleplerinin Alman yargısal makamlarınca esasına girilmeden dinlenilmemesi, özel yaşama saygı hakkına bir müdahale teşkil eder. 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 millî yargılama makamlarında olduğunun altını çizmiş ve başvurunun taleplerinin dinlenilmemesinin özel yaşama saygı hakkının ihlâli olduğu değerlendirmesini yapmıştır. Koch v. Germany, App. No. 497/09, Judgment of 19 July 2012.

³⁶² Elger ve Grabherr, “Assistierter Suizid und Sterbehilfe”, 88.

³⁶³ Elger ve Grabherr, “Assistierter Suizid und Sterbehilfe”, 88.

1.6.3. Kürtaj Turizmi

Hamileliğini doğumla sonlandırmak istemeyen, başka bir deyişle hamileliğini doğum öncesinde sonlandırmak isteyen anne adayı için kürtaj tek yoldur. Kürtaj konusunda farklı ülkelerde farklı hukukî düzenlemelere yer verilmektedir. Kimi ülkeler bu uygulamalarda tam serbestî sunarken kimi ülkeler tamamen yasaklayıcı bir tavır sergilemektedir. Bazı ülkeler ise kürtaja belirli süreler dâhilinde ve belirli şartlar altında izin vermektedir.

Sağlık turizmi kürtaj uygulamaları açısından son derece önemlidir. Zira kürtaja ilişkin gerek hukukî gerek fiilî şekilde³⁶⁴ bu tıbbî müdahaleyi imkânsız kılacak ölçüde aşırı sıkı düzenlemelerin mevcut olduğu bir ülkede yaşayan kadın, kürtaj turizmini en uygun çözüm olarak görebilir³⁶⁵. Örneğin İrlanda’da kürtaj kadının yaşamını kurtarmak için gerekli görülen hâller dışında hukuken yasaklanmıştır. Bu nedenle kürtaj yaptırmak isteyen İrlandalı kadınların ya İngiltere’ye gittiği ya da açık denizde klinik şeklinde düzenlenmiş gemilerde kürtaj yaptırdığı bilinmektedir³⁶⁶. Galler de, başta İrlanda olmak üzere Avrupa’nın farklı ülkelerinden pek çok kadının kürtaj için tercih ettiği bir ülkedir³⁶⁷. Kürtaj uygulamasına ilişkin hasta ile hekim arasında kurulan sözleşmenin ifası noktasında başta anne adayının sağlığı hususunda hukukî sorunların doğması muhtemeldir. Bu tür bir sözleşmenin kurulmasına izin verilmeyen bir ülkeden seyahat eden kişinin sözleşmenin tarafı olması hâlinde de farklı milletlerarası özel hukuk sorunları gündeme gelebilir. İlgili sorunlara ilişkin uygulanacak hukuk noktasındaki çözüm önerileri çalışmamızın ikinci bölümünde ilgili başlıklar altında inceleme konusu yapılmıştır.

1.6.4. Doğum Turizmi

Doğum turizmi, menşe ülkeden varış ülkesine o ülkede doğum yapmak için gerçekleştirilen seyahat etme uygulamasına verilen addır. Doğum turizminin tercih edilmesinin temel nedeni, yeni doğan çocuğun varış ülkesinin vatandaşlığını

³⁶⁴ Örneğin sağlık personelinin şahsî olarak kürtacı hoş karşılamayıp hastaları yeterince bilgilendirmemesi veya utandırması söz konusu olabilir. Gemalmaz ve Ertan, “Sağlık Turizmi”, 1031-1032.

³⁶⁵ Gemalmaz ve Ertan, “Sağlık Turizmi”, 1031-1032.

³⁶⁶ Gemalmaz ve Ertan, “Sağlık Turizmi”, 1030.

³⁶⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. Garnsey Camille, Giulia Zanini, Silvia De Zordo, Joanna Mishtal, Alexandra Wollum ve Caitlin Gerds, “Cross-country Abortion Travel to England and Wales: Results from a Cross-sectional Survey Exploring People’s Experiences Crossing Borders to Obtain Care”, *Reprod Health*, 18/1 (2021): 104.

kazanmasıdır. Doğum turizmi çocuğun vatandaşlığı başta olmak üzere pek çok milletlerarası özel hukuk sorununa sebebiyet verebilir. Doğum yapacak kadın ve hekim arasında kurulan sözleşmeden doğan sorunlarda uygulanacak hukuk meselesi çalışmamızın ilgili başlıklarında konu edilmektedir.

1.6.5. *Embriyonik Kök Hücre Turizmi*

Kök hücre çalışmaları, son yıllarda *rejeneratif* (yenileyici) tıp alanındaki araştırmalar arasında en tartışmalı konu olarak kabul edilir³⁶⁸. *Rejeneratif tıp “hasarlanmış dokunun kendi kendini onarabilme potansiyelinin çeşitli yollarla uyarılması ve/veya ilgili dokuya dönüşebilme potansiyeli olan kök hücrelerin hasarlı dokuya aktarılması yoluyla tedavi amaçlayan bilim dalı”* şeklinde tanımlanmaktadır³⁶⁹.

Bazı dokularda bulunan ve gereksinim hâlinde pek çok hücreyi oluşturarak yaşamın devamını sağlayan, üretkenlik ve farklı dokulara dönüşebilme potansiyeli yüksek olan kök hücrelerin kanser, sinir sistemi hastalıkları (alzheimer) ve hasarları, metabolik hastalıklar (diabet), organ yetmezliği, romatizmal hastalıklar, kalp hastalıkları, kemik hastalıkları ve daha birçok alanda kullanıldığı bilinmektedir³⁷⁰. *Embriyonik kök hücrelerle yapılan tedâvilerin yetişkin kök hücreler ile yapılanlara nazaran dah başarılı olacağı düşüncesi ile günümüzde çalışmalar bu alan yoğunlaşmıştır*³⁷¹. *Embriyonik kök hücre çalışmaları, henüz insan olmayan varlıklar üzerinde gerçekleştiğinden bu alanda pek çok hukukî sorunun doğması muhtemeldir. Kök hücre turizmi, henüz çok yeni olmakla birlikte, küresel turizm pazarında göz ardı edilemeyecek bir büyüme pazarının olduğu kabul edilmektedir. Sağlık turizminde embriyonik kök hücre tedâvisini içeren bir sözleşme imzalandığında, başta kamu düzeni olmak üzere pek çok milletlerarası özel hukuk sorunu ortaya çıkabilir.*

³⁶⁸ Chelsea L. Gulinson, “Comment, Embryonic Stem Cell Tourism”, *Jurimetrics Journal of Law, Science and Technology*, 58/1 (2017): 58.

³⁶⁹ A. Merter Özenci, C. Çağrı Baysal ve Osman Civan, “Rejeneratif Tıbbın Tarihsel Gelişimi ve Terminolojisi”. *TOTBİD Dergisi*, 2022: 492.

³⁷⁰ Gönenç, “Medikal Turizm”, 1182.

³⁷¹ Hakeri, Özel Hükümler, 881.

1.6.6. Estetik Turizmi

Modern hayatın ve değişen değerler sisteminin en önemli sonuçlarından birisi, estetik anlayışın da bu değişime ayak uydurması olmuştur. Tıptaki ve özellikle estetik cerrahideki sınır tanımaz gelişmelere ve sayısız seçeneklere paralel bir şekilde insanlar, dış görünüşlerini esaslı şekilde değiştirecek ölçüde tedâvi yöntemleri araştırmaya ve bu uğurda para harcamaya başlamışlardır³⁷². Estetik müdahalelerin, diğer tıbbî müdahalelerden farkı çoğunlukla bedensel bir tedâvi için değil, kişinin görünüşü sebebiyle duyduğu duygusal ve ruhî çöküntüden kurtulması için yapılmasıdır³⁷³. Estetik müdahale sonunda kişi, daha çok ruhî bir tatmin ve rahatlama elde eder³⁷⁴. Önceleri vücut bozukluklarını düzeltmek, doku ve organ kayıplarını onarmak için yapılan estetik cerrahî, daha sonraları doğuştan gelen vücuttaki şekil bozukluklarının düzeltilmesini ve tıbbî zorunluluk olmadığı hâlde, kişilerin vücutlarında isteklerine bağlı değişiklikler yaptırabilmelerini sağlayan bir yöntem olmuştur³⁷⁵.

Estetik müdahaleler sağlık turizminde en çok tercih edilen uygulamalar arasında yer almaktadır. Estetik cerrahî, dünyadaki gelişimine paralel şekilde Türkiye’de de hızla ilerlemiştir. Türkiye günümüzde bu alanda başarılı sayılan ülkeler arasında yer alır³⁷⁶. Elde ettiği bu başarı sayesinde Türkiye, estetik müdahaleler için en fazla tercih edilen ülkeler arasındadır.

1.7. Sağlık Turizmi Kapsamında Hastanın Temel Hakları

1.7.1. Sağlık Hakkı

Sağlık hakkı ikinci kuşak haklar da denilen ekonomik, sosyal ve kültürel haklar kategorisinde yer alır. Pek çok ulusal ve uluslararası belgede sağlık hakkı münhasıran

³⁷² Petek, “Hukuki Sorumluluk”, 177.

³⁷³ Kuru, “Tıbbî Müdahalenin Hukuka Uygunluğu”, 496.

³⁷⁴ Petek, “Hukuki Sorumluluk”, 184.

³⁷⁵ İnsanlar daha güzel veya yakışıklı olmak, kendini daha iyi hissetmek, kendine güven duygusunu kazanmak veya geliştirmek, hayatta daha aktif rol almak gibi hislerle estetik operasyonlara başvurabilir. Ancak bazen fizikî acıları ve ağrıları sona erdiren tedâvi amaçlı estetik müdahalenin yapılması da söz konusu olabilir. Örneğin burun estetiği ile burundan nefes almayı engelleyen veya zorlaştıran ve burnun eğrilğine yol açan şekil bozuklukları düzeltilmektedir.

³⁷⁶ Petek, “Hukuki Sorumluluk”, 178.

düzenlenmektedir³⁷⁷. Doktrinde tıbbî hizmetlere erişim boyutuyla sağlık turizminin sağlık hakkı kapsamına giren bir insan hakkı olduğu savunulmaktadır³⁷⁸. Sağlık hakkının özünde sağlık hizmetlerine, başka bir ifadeyle sağlık tesislerine ve tıbbî ürünlere erişim hakkı yatar³⁷⁹. Sağlık tesislerine ve tıbbî ürünlere erişim hakkı, farklı bir ülkedeki sağlık hizmetleri için de aynı şekilde geçerlidir. Bu nedenle doktrinde, anayasasında veya taraf olduğu uluslararası bir sözleşmede sağlık hakkı yer alan bir devletin, vatandaşının veya yargı yetkisine bir şekilde tâbi olan bir kişinin sağlık hizmetini farklı bir ülkede almasını bürokratik, yasal ve benzeri engeller çıkartarak engellememe yükümlülüğü olduğu kabul edilir³⁸⁰.

Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) kararına konu olan bir uyuşmazlıkta İngiltere vatandaşı Bayan *Watts*, Fransa’da kalça protezi ameliyatı geçirmiş, fakat Birleşik Krallık, uygun bir tedâvinin Birleşik Krallık’ta da sağlanabileceği gerekçesiyle hastaya yapmış olduğu masrafları geri ödemeyi reddetmiştir. ABAD, ilgili kişinin sağlık ihtiyaçlarını göz önünde bulundurarak tedâvi için bekleme süresinin makûl süreyi aşmamasını sağlamanın Birleşik Krallık’ın sağlık hizmeti görevi olduğuna karar vermiştir. Somut olayda, hastaya makûl sürede tedâviyi sağlayamadığı için Birleşik Krallık, Fransa’da sağlanan sağlık hizmeti için Bayan *Watts*’ın Fransa’da yaptığı harcamaları ödemeye mahkûm edilmiştir³⁸¹.

Hastanın menşe ülkesinin olduğu kadar varış ülkesinin de sağlık hakkına riayet etmesi önemlidir. Bunu sağlayacak ilk aşama ise varış ülkesinin, tedâvi olmak için ülkesine gelecek kişilere vize kolaylığı sağlamasıdır. Bu doğrultuda Türk hukukunda da 6458

³⁷⁷ Uluslararası Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi’nin 12. maddesi, insan hakları hukukunda sağlık hakkını en geniş kapsamlı ele alan düzenlemedir.

³⁷⁸ Sağlık turizminin unsurlarının sağlık hakkı kapsamında korunmaya değer bir insan hakkı teşkil edip etmediği konusundaki değerlendirmeler hakkında bkz. Gemalmaz ve Ertan, “Sağlık Turizmi”, 1012 vd. Yazarlar sağlık turizminin insan hakkı olduğu yönündeki bu değerlendirmeyi sadece temel nitelikteki acil ya da olağan/rutin operasyonlar, tedâviler ve müdahalelerle *elektif* müdahaleler için sınırlandırmaktadırlar. Yazarlara göre kaplıca/ılıca (*spa*) ve *wellness* terapisi türündeki tıbbî müdahaleler ve bakımlar sağlık hakkı kapsamına girmemektedir. Bkz. Gemalmaz ve Ertan, “Sağlık Turizmi”, 1018.

³⁷⁹ Gemalmaz ve Ertan, “Sağlık Turizmi”, 1018.

³⁸⁰ Gemalmaz ve Ertan, “Sağlık Turizmi”, 1018. Devletlerin vatandaşlarını sağlık turizmi konusunda teşvik etmesinde bir engel bulunmaz. Ancak devletin sağlık turizmini teşvik ederken kendi ülkesinin vatandaşlarının başka bir ülkede daha kötü tedâviye maruz kalmasına yol açmamak noktasında ahlâkî bir sorumluluğunun olduğu da kabul edilmektedir. Bkz. Cohen 10 vd.

³⁸¹ Urteil in der Rechtssache Watts, 16. Mai 2006, C-372/04. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62004CJ0372> (E.T. 25.06.2022)

sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nun³⁸² (YUKK) *Kısa dönem ikâmet izni* başlıklı 31. maddesinde, kısa dönem ikâmet izni verilebilecek yabancılar arasında “*kamu sağlığına tehdit olarak nitelendirilen hastalıklardan birini taşımamak kaydıyla tedavi görecekler*” sayılmaktadır.

Sağlık turizmi sağlık hakkının yanı sıra başka birtakım insan haklarıyla da doğrudan ilgilidir. Zira tıbbî müdahalenin, başta tüm insanların temel hakkı olan yaşama hakkı olmak üzere birtakım temel haklarla bağlantısı vardır. Nitekim tedâvi sözleşmesinde taraflardan birisinin esas yükümlülüğü, doğrudan diğer tarafın vücut bütünlüğüne bir müdahaleyi gerekli kılar. Yabancı unsurlu pek çok sözleşmede öncelik tarafların maddî çıkarları iken tedâvi sözleşmesinde hastanın sağlığı ve yaşamı ön plandadır. Hasta, sağlığını, hatta yaşamını hekime emanet etmektedir³⁸³. Tıbbî müdahale nedeniyle, hastanın mutlak hak niteliği taşıyan kişilik değerlerinin, yaşam ve sağlık hakkının ve vücut bütünlüğünün ihlâl edilmesi riski her zaman mevcuttur³⁸⁴. Devletin temel haklar üzerindeki koruma yükümlülüğü bir başka ifadeyle pozitif yükümlülüğü nedeniyle devlet, temel hak sahiplerini özel kişilerin tecavüzlerinden korumakla yükümlüdür. Bir başka deyişle temel hakların üçüncü kişiler tarafından ihlâl edilmesini önlemek amacıyla devletin alması gereken önlemler vardır³⁸⁵. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde (AİHS)³⁸⁶ yer bulan birçok hak, sağlıkla ilgili meselelerde doğrudan olmasa da belirli ölçülerde uygulama alanı bulabilir. Özellikle AİHS'in yaşam hakkı (m. 2) ile özel hayat ve aile hayatına saygı hakkını (m. 8) koruyan maddeleri kapsamında sağlık hakkı, bir insan hakkı meselesi teşkil edebilir³⁸⁷. Sağlık turizmi sürecinde bir şekilde mağdur olan sağlık turistinin kendisine tıbbî müdahale yapılan AİHS tarafı Devlete karşı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) önünde dava açma imkânı mevcuttur³⁸⁸.

³⁸² RG. 11.04.2013, 28615.

³⁸³ Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 23.

³⁸⁴ Özdemir, “Hekimin Hukuki Sorumluluğu”, 39.

³⁸⁵ Metin Yüksel, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Yaşamın ve Sağlığın Korunması ile İlgili Olarak Taraf Devletlere Yüklendiği Pozitif Yükümlülükler”, *Uluslararası İlişkiler Dergisi*, 7/27 (2010): 113.

³⁸⁶ Türkiye sözleşmeye taraftır. RG. 19.03.1954, 8662.

³⁸⁷ Gemalmaz ve Ertan, “Sağlık Turizmi”, 1028.

³⁸⁸ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) sağlıkla ilgili davalarda geliştirmiş olduğu standartlar ve örnek kararlar için bkz. Gemalmaz ve Ertan, “Sağlık Turizmi”, 1025 vd.

Hasta hakları, hukuk alanında çok uzun süredir yoğun tartışmalara konu olmakta ve çeşitli hukuk normlarının oluşumuna sebebiyet vermektedir³⁸⁹. Örneğin, aynı zamanda bir tüketici olan hastanın korunması amacıyla Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının³⁹⁰ (Anayasa) 172. maddesinde “devlet, tüketicileri koruyucu ve aydınlatıcı tedbirler alır, tüketicilerin kendilerini koruyucu girişimlerini teşvik eder” hükmüne yer verilmiştir.

1.7.2. Yaşam ve Vücut Bütünlüğü

Anayasanın *Kişinin dokunulmazlığı, maddî ve manevî varlığının korunması* başlıklı 17. maddesinin 2. fıkrasında tıbbî zorunluluk olmadan ve kanunda yazılı hâller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamayacağı, rızası ve onayı olmadan bilimsel ve tıbbî deneylere tâbi tutulamayacağı düzenlenmektedir. Aynı şekilde 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun³⁹¹ (TMK) 23 ve 24. maddeleri de kişilik hakkını koruma amacına yönelik hukukî dayanaklar olarak kabul edilebilir³⁹². Hekimin sözleşmeye veya haksız fiile dayanan sorumluluğunun temelinde, hastanın kendi geleceğini belirleme hakkına saygı gösterilmesi, yaşam, sağlık ve vücut bütünlüğünün korunması ve tıbbî müdahalenin güvenli ve özenli bir şekilde sunulması yükümlülükleri bulunur³⁹³.

Sağlık hizmeti sunan kişinin çalışma alanının insan bedeni olması sağlıkla ilgili hizmetlerin doğrudan yaşam ve vücut bütünlüğü hakkı ile ilgili olmasına yol açar³⁹⁴. Yaşam hakkı insanın biyolojik ve fizikî varlığını kapsar³⁹⁵. Ayrıca vücut bütünlüğü biyolojik ve fizikî sağlığın yanı sıra psikolojik iyilik hâlini de içerir³⁹⁶. Tıbbî müdahalenin insan vücuduna bir müdahaleyi gerektirmesi dahi başlı başına hastanın korunması ihtiyacının varlığına işaret eder. Nitekim ne kadar profesyonel uygulanırsa uygulansın her müdahale hastanın mutlak olarak tasarruf yetkisinin bulunduğu vücut bütünlüğünü

³⁸⁹ Reinhard Damm, “Patientenrechte - grenzüberschreitende Betrachtungen zum deutschen und schweizerischen Recht (Teil 1)”, *MedR*, 36 (2018): 847. Türk hukukunda hasta hakları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Hakan Hakeri, *Tıp Hukuku, Cilt I Genel Hükümler*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022): 93 vd.

³⁹⁰ RG. 09.11.1982, 17863 (Mükerrer).

³⁹¹ RG. 08.12.2001, 24607.

³⁹² Özdemir, “Hekimin Hukuki Sorumluluğu”, 55.

³⁹³ Özdemir, “Hekimin Hukuki Sorumluluğu”, 39; Pelin Çavdar, “Türk Hukuku ve Avrupa Birliği Direktifleri Işığında Tele-Tıp”, *SÜHFD*, 30/2 (2022): 776.

³⁹⁴ Damm, “Patientenrechte - grenzüberschreitende Betrachtungen (Teil 1)”, 852.

³⁹⁵ Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 23; Lisa-Maria Bleiler, *Strafbarkeitsrisiken des Arztes bei religiös motiviertem Behandlungsveto*, (Heidelberg: Springer Verlag, 2010), 16.

³⁹⁶ Bleiler, *Strafbarkeitsrisiken des Arztes bei religiös motiviertem Behandlungsveto*, 16.

etkiler³⁹⁷. Yaşam ve vücut bütünlüğüne bir müdahalenin varlığından söz edebilmek için, müdahalenin teşhis amacıyla mı yoksa iyileştirme amacıyla mı yapıldığının da bir önemi bulunmaz. Ayrıca kan almak gibi en ufak müdahaleler veya X-ışınları kullanılarak yapılan tamamen ağrısız muayeneler bile hastanın vücut bütünlüğünü etkiler³⁹⁸.

Hekim veya diğer sağlık çalışanlarının hatalı ve kusurlu tıbbî müdahalesinden ötürü de devletin insan hakkı ihlâlinden kaynaklı sorumluluğu gündeme gelebilir³⁹⁹. Nitekim devletin kişilerin temel haklarını koruma noktasında yükümlülüğü bulunur. Bu gerekçeyle tıbbî müdahalenin bir tecavüz olmaktan çıkması ve hukuka uygun olabilmesi için hastanın buna rıza göstermesi gereklidir⁴⁰⁰.

1.7.3. Kendi Kaderini Tayin Hakkı

Herkesin kendisi için *neyin iyi olduğuna* karar verme özgürlüğü vardır⁴⁰¹. Dolayısıyla hastanın fizikî ve zihnî bütünlüğü üzerinde mutlak bir şekilde kendi kaderini tayin hakkına sahip olduğu kabul edilir. Kendi kaderini tayin hakkı, kişinin yaşam ve fizikî bütünlüğünün güvence altında olmasının doğrudan bir sonucudur. Nitekim Anayasanın m. 17’de “*herkes yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir*” ifadesi yer almaktadır.

Kendi kaderini tayin hakkı, hastaya tedâvi olup olmama noktasında karar vermenin yanı sıra, farklı tedâvi seçenekleri arasında bir seçim yapma imkânı da sağlar. Özellikle yeni uygulanmaya başlamış tedâvilerin risklerinin tamamıyla öngörülemiyor olması hasta açısından önemli bir sorundur. Nitekim özellikle ciddî hastalıklarla mücadeleye yönelik yeni tedâvi yöntemlerinin pek çoğu, başarılı bir sonuca ulaşılabilmesi adına oldukça agresif uygulamaları içerir⁴⁰². Bu tür tedâviler için hastanın yaşam ve vücut bütünlüğüne

³⁹⁷ Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 25; Bleiler, *Strafbarkeitsrisiken des Arztes bei religiös motiviertem Behandlungsveto*, 16.

³⁹⁸ Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 25.

³⁹⁹ Gemalmaz ve Ertan, “Sağlık Turizmi”, 1028. Nitekim AİHM, Calvelli ve Ciglio/İtalya davasında, yeni doğan bir bebeğin ölümü nedeniyle kliniğin sorumluluğunu ve hekimin cezalandırılmaması olmasını Sözleşme’nin 2. maddesinden doğan devletin pozitif yükümlülüğü kapsamında incelemiştir. Bkz. Calvelli ve Ciglio/İtalya, 17.01.2002, Başvuru No: 32967/96.

⁴⁰⁰ Eda Demirsoy Aşıkoğlu, “Kişi Dokunulmazlığı Hakkı Bağlamında Rıza Olmaksızın Yapılan Tıbbi Müdahaleler”, *TAAD*, 35 (2018): 320.

⁴⁰¹ Bleiler, *Strafbarkeitsrisiken des Arztes bei religiös motiviertem Behandlungsveto*, 6.

⁴⁰² Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 27; Christian Katzenmeier, *Arzthaftung*, (Tübingen: Mohr Siebeck, 2002) 12.

yönelik önemli riskleri göze alarak kabul etmesi gerekir. Bu nedenle hasta, düşüncesiz veya dikkatsiz bir biçimde yasal korumadan vazgeçmekten veya riskleri muhtemel yararını aşan bir tedâviyi kabul etmekten korunmalıdır⁴⁰³.

Görüldüğü üzere kendi kaderini tayin hakkı aydınlatma yükümlülüğüyle doğrudan bağlantılıdır. Aşağıda bu konuya ayrıntılı şekilde yer verdiğimizden şimdilik bu açıklamalarla yetiniyoruz⁴⁰⁴.

1.7.4. Hastanın Özel Hayatının Gizliliği ve Mahremiyet Hakkı ile Hastanın Kişisel Verilerinin Korunması

Kişinin sadece kendisi için saklı tuttuğu ve başkalarının bilgisinden uzak kalmasını istediği, yalnızca özel araştırma ve bilgi edinmeyle öğrenilmesi mümkün olan kişiye ait hususlar kişinin özel hayatıdır ve bu hususlar mahremiyeti de kapsar. Kişi özel hayatının gizli kalmasını, dokunulamaz ve ulaşılmaz olmasını diler⁴⁰⁵. Özel hayatın gizliliği ve mahremiyetin korunması hakkı sağlık turizminde yer alan kişi veya kurumlar tarafından ihlâl edilme riskini taşır.

Kişisel veri kavramı da özel hayat ve mahremiyetle ilişkili bir kavramdır. Anayasa m. 20’de “*Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir*” ifadesi yer almaktadır. Kişisel veri, 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu⁴⁰⁶ m. 3/d’de “*kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgi*” şeklinde tanımlanmaktadır. Bireyin kendine ait bilgilerin denetimini elinde tutması hem özel hayatının gizliliğini hem de mahremiyetini koruması bakımından

⁴⁰³ Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 27.

⁴⁰⁴ Bkz. Birinci Bölüm, 1.8.5.2.2. Aydınlatma Yükümlülüğünün İhlâli.

⁴⁰⁵ Ayşegül Karaca Dedeoğlu, “Uluslararası Sağlık Turizminde Hastanın Özel Hayatının Gizliliği ve Mahremiyetinin Korunması Hakkı”, *OPUS Uluslararası Toplum Araştırmaları Dergisi*, 10/17 (2019): 1883.

⁴⁰⁶ RG. 07.04.2016, 29677.

önemlidir⁴⁰⁷. Kişisel verilerin korunması bakımından; verilerin toplanma amacının belirli ve açık olması, bu amacın meşru olması, verilerin daha sonra işleme amaçlarının toplanma amacıyla uyumlu olması, işlenmenin aşırı olmaması ve amacın gerektirdiğinden daha uzun tutulmaması en temel ilkelerdendir⁴⁰⁸. Sağlık verileri hassas veri (özel nitelikli veri) kategorisinde yer alır⁴⁰⁹. Farklı bir ülkede sağlık hizmetinden faydalanmayı isteyen sağlık turistleri bu süreçte kişisel verilerine ilişkin pek çok bilgiyi, ilgili birimlerdeki çalışanlarla paylaşmak durumunda kalır⁴¹⁰. Sağlığa ilişkin kişisel verilerin tutulması ve bunlara gerektiğinde ulaşılması, sağlık turizmi sürecinde oldukça önemlidir⁴¹¹. Hasta başka bir ülkede tedâvi olup ülkesine döndükten sonra hem bu tedâviyle bağlantılı tıbbî süreçlerde hem de ileride uygulanması muhtemel yeni tedâvilerde, ilk tedâviye ilişkin bilgilere erişilmesi gerekebilir⁴¹². Tıbbî kayıtların alınması, işlenmesi ve tutulmasında devletlerin ciddî sorumlulukları söz konusudur⁴¹³.

1.8. Sağlık Turizmi Kapsamında Tedâvi Sözleşmesi

Yurt dışında tedâvi olmaya karar veren hastanın, sağlık hizmeti sunucusuyla bizzat iletişime geçerek bir sözleşme ilişkisi kurması mümkündür. Bu ihtimâlde hasta, doğrudan hekimle veya sağlık hizmeti sunucusu olarak hastaneyle bir sözleşme imzalama imkânına sahiptir. Hastanın sahip olduğu bir diğer seçenek ise bir aracı kuruluşun yardımına başvurarak sağlık turizmi sürecine bu aracı kuruluşun müdâhil olmasını sağlamaktır.

⁴⁰⁷ Karaca Dedeoğlu, “Uluslararası Sağlık Turizminde Hastanın Özel Hayatının Gizliliği”, 1882.

⁴⁰⁸ Gemalmaz ve Ertan, “Sağlık Turizmi”, 1028.

⁴⁰⁹ Gemalmaz ve Ertan, “Sağlık Turizmi”, 1028. Kişisel sağlık verileri Kişisel Verilerin Korunması Kanunu’nda özel nitelikli kişisel veriler kapsamına dâhil edilmiştir. Kanun’da m. 6/1’de özel nitelikli kişisel veriler “*kişilerin ırkı, etnik kökeni, siyasi düşüncesi, felsefi inancı, dini, mezhebi veya diğer inançları, kılık ve kıyafeti, dernek, vakıf ya da sendika üyeliği, sağlığı, cinsel hayatı, ceza mahkûmiyeti ve güvenlik tedbirleriyle ilgili verileri ile biyometrik ve genetik verileri*” şeklinde sayılmaktadır. Kişisel Sağlık Verileri Hakkında Yönetmelik’in 4. maddesine göre kişisel sağlık verisi, “*Kimliği belirli ya da belirlenebilir gerçek kişinin fiziksel ve ruhsal sağlığına ilişkin her türlü bilgi ile kişiye sunulan sağlık hizmetiyle ilgili bilgileri*” ifade eder.

⁴¹⁰ Karaca Dedeoğlu, “Uluslararası Sağlık Turizminde Hastanın Özel Hayatının Gizliliği”, 1896.

⁴¹¹ Uluslararası Sağlık Turizmi ve Turistin Sağlığı Hakkında Yönetmelik’in sağlık turistinin kişisel verilerinin korunmasına ilişkin hükümleri hakkındaki değerlendirme ve eleştirilerle bu konuda verilen bir Danıştay kararı için bkz. Karaca Dedeoğlu, “Uluslararası Sağlık Turizminde Hastanın Özel Hayatının Gizliliği”, 1896 vd.

⁴¹² Gemalmaz ve Ertan, “Sağlık Turizmi”, 1028.

⁴¹³ Gemalmaz ve Ertan, “Sağlık Turizmi”, 1028.

1.8.1. Hasta ile Hekim Arasında Tesis Edilen Tedâvi Sözleşmesi

Hekim ile hasta arasındaki ilişki çoğu zaman taraflar arasında kurulmuş bir sözleşmeye dayanır. Hekim ile hasta arasında kurulan sözleşme, Türk hukukunda *tedâvi sözleşmesi* veya *hekimlik sözleşmesi* şeklinde adlandırılmaktadır⁴¹⁴. Sözleşmenin kurulmasıyla hekim, tıbbî müdahalede bulunma, başka bir deyişle teşhis ve tedâvi; hasta ise bunun karşılığında ücret ödeme yükümlülüğü altına girer⁴¹⁵. Aralarındaki sözleşme gereği hekim tıp bilimi ve uygulamasının öngördüğü esaslar çerçevesinde teşhiste bulunma ve yaptığı araştırmalar sonucu hastaya en uygun tedâvi yöntemlerini uygulama ve onun iyileşmesini sağlamak için çalışma borcunu üstlenir⁴¹⁶. Tedâvi sözleşmesinin karşı tarafı olarak hasta veya onun yasal temsilcisi ise hekimin sunduğu tıbbî hizmete karşılık olarak daha önceden belirlenmiş belli bir miktar ücreti ödemekle yükümlüdür⁴¹⁷.

Türk hukukunda, tedâvi sözleşmesinin hukukî niteliği konusunda bir görüş birliği bulunmamaktadır. Bu konudaki azınlık sayılabilecek ilk görüş, tedâvi sözleşmesinin unsurlarının hiçbirisinin kanunda düzenlenen sözleşme tiplerinin unsurlarını karşılamadığı gerekçesiyle sözleşmenin kendine özgü sözleşme (*sui generis*) olduğunu savunmaktadır⁴¹⁸. Bir diğer görüş ise tedâvi sözleşmesinin kanunda düzenlenen iş görme sözleşmelerinin bir türü olduğunu ileri sürmektedir. Bu görüş sahipleri de kendi içlerinde tedâvi sözleşmesinin hizmet, vekâlet, eser sözleşmesi olduğu şeklinde görüş ayrılığına düşmüşlerdir⁴¹⁹. Türk ve İsviçre hukukunda baskın görüş, tedâvi sözleşmesinin vekâlet

⁴¹⁴ Yavuz İpekyüz, *Hekimlik Sözleşmesi*, 68; Mehmet Demir, “Hekimlik Sözleşmesinden Doğan Sorumluluğun Koşulları”, *Ankara Barosu-AÜHF Sağlık Hukuku Kurultayı, 1-3 Kasım 2007*, (2008): 154; Ayan, *Tıbbî Müdahalelerden Doğan Sorumluluk*, 51; Zarife Şenocak, *Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu*, (Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1998), 17. Tedâvi sözleşmesinden söz edebilmek için sözleşmenin tarafı olan hekimin serbest faaliyet yürüten bağımsız bir hekim olması gerekir. Özdemir, “Hekimin Hukuki Sorumluluğu”, 41.

⁴¹⁵ Demir, “Hekimlik Sözleşmesinden Doğan Sorumluluğun Koşulları”, 154; Yavuz İpekyüz, *Hekimlik Sözleşmesi*, 16; Ayan, *Tıbbî Müdahalelerden Doğan Sorumluluk*, 51; Özdemir, “Hekimin Hukuki Sorumluluğu”, 40; Doğan, “Özel Hastanelerin Tazminat Sorumluluğu”, 29.

⁴¹⁶ Teşhis ve tedâvi kavramları ve bu kavramların kapsamı hakkında detaylı bilgi için bkz. Hakeri, *Genel Hükümler*, 623 vd.; Doğan, “Özel Hastanelerin Tazminat Sorumluluğu”, 29 vd.

⁴¹⁷ Özdemir, “Hekimin Hukuki Sorumluluğu”, 46.

⁴¹⁸ Hukukumuzda, tedâvi sözleşmesinin *sui generis* bir sözleşme tipi olduğu Atabek/Sezen tarafından ileri sürülmüştür. Bkz. Şenocak, *Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu*, 27; Ayan, *Tıbbî Müdahalelerden Doğan Sorumluluk*, 51.

⁴¹⁹ Hukukî nitelik ile ilgili öne sürülen görüşler için bkz. Mehmet Demir, “Hekimin Hukuksal Sorumluluğunun Kaynakları ve Özel Hastane - Kamu Hastanesi Ayırımı”, *Prof. Dr. Ali Naim İnan’a Armağan*, (2009): 267 vd.; Şenocak, *Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu*, 18 vd.; Ayan, *Tıbbî Müdahalelerden Doğan Sorumluluk*, 51 vd.; Yavuz İpekyüz, *Hekimlik Sözleşmesi*, 56 vd.

sözleşmesi olduğu yönündedir⁴²⁰. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda⁴²¹ (TBK) vekâlet sözleşmesi 502 vd. maddelerde düzenlenmektedir. Vekâlet sözleşmesinde vekil, vekâlet verenin menfaat ve iradesine uygun olarak belirli bir işi görmeyi veya bir işi yapmayı borçlanır⁴²². Yargıtay da doktrindeki baskın görüşe paralel biçimde tedâvi sözleşmesinin vekâlet sözleşmesi olduğu yönünde kararlar vermektedir⁴²³. Zira vekâlet sözleşmesinde baskın olan unsur iş görme edimidir. Hekimin üstlendiği tıbbî müdahalede bulunma, başka bir ifadeyle teşhis, tedâvi ve iyileştirme çabası iş görme edimi olarak kabul edilir.

Hekim ile hasta arasındaki sözleşmenin bir iş ya da hizmet değil de vekâlet sözleşmesi olarak kabul edilmesinin nedeni, vekilin iş ya da hizmet sözleşmesine nazaran daha geniş hareket serbestisine sahip olmasıdır. Vekâlet sözleşmesinde bir ast üst ilişkisi veya hizmet sözleşmesindeki gibi işverene bağımlılık yoktur. Aksine vekâlet sözleşmesinin en önemli özelliklerinden birisi vekilin işi özenle görme borcudur. Ayrıca vekâlet sözleşmesinde sonuç garantisi de bulunmaz

Hekim ile hasta arasında kural olarak vekâlet sözleşmesi bulunduğu kabul edilmesine rağmen, hekim ile hasta arasındaki ilişkinin bazı hâllerde TBK m. 470 vd. maddelerinde düzenlenen eser sözleşmesi hükümlerine tâbi olduğu da savunulmaktadır. Eser sözleşmesinin kurulmasıyla birlikte yüklenici taraf, bir eser meydana getirmeyi üstlenirken iş sahibi ise bunun karşılığında bedel ödeme borcu altına girer. Bu görüş uyarınca, konusu estetik tedâvi olan hukukî ilişkilere eser sözleşmesi hükümleri uygulanmalıdır. Nitekim Yargıtay da konusu estetik müdahale olan sözleşmeleri eser sözleşmesi olarak kabul etmektedir⁴²⁴. Diş tedâvilerinde ve ortopedi alanında da eser

⁴²⁰ Hakeri, *Özel Hükümler*, 1049; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, (İstanbul: Yetkin, 2019) 716; Oral Tuğçe, "The Definition of Legal Relationship Between A Patient and Physician", *Ankara Bar Review*, 4/1 (2011): 25.

⁴²¹ RG. 4.02.2011, 27836.

⁴²² Eren, *Özel Hükümler*, 715.

⁴²³ "...hekim ile hasta arasındaki sözleşmede vekâlet hükümlerinin uygulanması gerekir.", Y.6. HD. T. 22.05.2019 ve E. 2017/2329, K. 2019/2441. <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/yargitayindex.htm> (E.T. 05.08.2023) Bu yönde Yargıtay içtihadları için bkz. Y. 13. HD. T. 12.02.2020 ve E. 2017/6190, K. 2020/1860; Y.3. HD. T. 23.09.2021 ve E. 2020/6595, K. 2021/8955. <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/yargitayindex.htm> (E.T. 05.08.2023)

⁴²⁴ "Uyuşmazlık, eser sözleşmesi niteliğinde bulunan estetik ameliyat işlemine ilişkin maddi ve manevi tazminat istemine ilişkindir.", Y.6. HD. T. 07.03.2023 ve E. 2022/842, K. 2023/899. <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/yargitayindex.htm> (E.T. 05.08.2023). Bu yönde Yargıtay içtihadları için bkz. Y. 15. HD. T. 11.07.2018 ve E. 2018/3044, K. 2018/3032; Y.15. HD. T. 16.04.2018 ve E. 2018/1985, K. 2018/1561. <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/yargitayindex.htm> (E.T. 05.08.2023)

sözleşmesinden bahsetmek mümkündür⁴²⁵. Görüldüğü üzere, hekim ve hasta arasındaki ilişkiye eser sözleşmesinin uygulanması ancak istisnâ hâllerde söz konusudur⁴²⁶. İnsan bedeninin öngörülemezliği dolayısıyla hastanın tedâvi edilmesi ve genel cerrahî müdahaleler ise bu istisna kapsamına dâhil edilemez⁴²⁷.

Esasen bu tartışmaların Türk milletlerarası özel hukuku açısından pratik bir sonucunun olduğu söylenemez. Türk hukukuna göre hem vekâlet hem de eser sözleşmesi birer iş görme sözleşmesidir⁴²⁸. MÖHUK'ta ne vekâlet ne de eser sözleşmesine uygulanacak hukuk özel olarak düzenlendiğinden, uygulanacak hukuk yine genel akit statüsünün işaret ettiği karakteristik edim kavramı üzerinden tespit edilmiştir.

Türk ve İsviçre hukukundaki baskın görüşten farklı olarak Alman hukukunda tedâvi sözleşmesi hizmet sözleşmesi olarak düzenlenmiştir⁴²⁹. Alman kanun koyucu, içtihatlarla şekillenmiş olan mevcut durumu, hukukî kesinlik ve şeffaflığın sağlanması için kanunlaştırmıştır⁴³⁰. Esasen hizmet sözleşmesi de vekâlet sözleşmesi gibi, bir iş görme sözleşmesidir⁴³¹. Alman hukukunda tedâvi sözleşmesi Alman Medeni Kanunu⁴³² (BGB)

⁴²⁵ Hakeri, *Özel Hükümler*, 1051; Ayan, *Tıbbî Müdahalelerden Doğan Sorumluluk*, 52. “Dava, eser sözleşmesi niteliğinde estetik amaçlı dış tedavi sözleşmesinden kaynaklanan maddi ve manevi tazminat talebine ilişkindir.”, Y. 6. HD. T. 15.03.2022 ve E. 2021/3867, K. 2022/1395. <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/yargitayindex.htm> (E.T. 05.08.2023)

⁴²⁶ Estetik müdahalenin tedâvi amaçlı olup olmamasına göre hukukî niteliği hakkındaki farklı görüşler için bkz. Petek, “Hukuki Sorumluluk”, 188 vd.

⁴²⁷ Ayan, *Tıbbî Müdahalelerden Doğan Sorumluluk*, 52; Şenocak, *Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu*, 22; Yavuz İpekyüz, *Hekimlik Sözleşmesi*, 61.

⁴²⁸ Eren, *Özel Hükümler*, 729.

⁴²⁹ Oral, “The Definition of Legal Relationship Between A Patient and Physician”, 23. Türk hukukunda sözleşmenin bir hizmet sözleşmesi olarak kabul edilmemesinin en önemli nedeni hekim ve hasta arasındaki ilişkide bağımlılık unsurunun bulunmamasıdır. Zira hekim, hastanın emir ve tâlimatı altında değildir. Yavuz İpekyüz, *Hekimlik Sözleşmesi*, 57; Şenocak, *Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu*, 19; Demir, “Hekimin Hukuksal Sorumluluğunun Kaynakları”, 268. Sözleşmenin hizmet sözleşmesi olarak kabul edilmemesinin bir diğer gerekçesi ise hizmet sözleşmesinde işçinin işverene belli veya belirsiz bir süreyle bağlı olmasıdır. Oysa tedâvi sözleşmesinde hekimin ya da hastanın bir süreyle birbirine bağlı olması söz konusu değildir. Yavuz İpekyüz, *Hekimlik Sözleşmesi*, 58; Ayan, *Tıbbî Müdahalelerden Doğan Sorumluluk*, 54.

⁴³⁰ Nordmeier, “Der Behandlungsvertrag im Internationalen Privatrecht”, 513. Alman Hukukunda tedâvi sözleşmesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Windel, Peter A. “Der neue Vertragstyp des Behandlungsvertrages im deutschen BGB”, *Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan, DEÜHFD*, İzmir: 2015, 3179 vd.

⁴³¹ Eren, *Özel Hükümler*, 728.

⁴³² <https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/BJNR001950896.html> (E.T. 10.09.2022)

§ 630a-h’de düzenlenmektedir⁴³³. İlgili hükümler, Alman hukukunda 2013 yılında yürürlüğe giren Hasta Hakları Kanunu’nun⁴³⁴ en önemli düzenlemesidir⁴³⁵. Alman doktrininde, tedâvi sözleşmesinin kanunda özel olarak düzenlenmesiyle bu sözleşmelerin milletlerarası özel hukuk alanında yer almasının da önünün açılmış olduğu savunulmaktadır⁴³⁶.

1.8.2. Hasta ile Hastane Arasında Tesis Edilen Tedâvi Sözleşmesi

Hasta, tedâvi olmak amacıyla doğrudan bir hekim ile sözleşme imzalamak yerine hastaneye de başvurabilir. Hastanın hastane ile kurmuş olduğu sözleşme *hastaneye kabul sözleşmesi* şeklinde adlandırılmaktadır⁴³⁷. Hastaneye kabul sözleşmesinde ana edim tıbbî tedâvidir. Tıbbî tedâvinin yanı sıra tıbbî müdahâle için hastanın taburcusuna kadarki yatırmaya, yedirip içirmeye ve diğer hastane bakımına ilişkin edimler hastaneye kabul sözleşmesinde bir aradadır⁴³⁸. Ancak hasta özel hastanede yatırılarak değil de ayakta tedâvi ediliyorsa, hasta ile hastane arasında vekâlet sözleşmesi bulunur. Zira bu durumda hastanenin yatırma, yedirip içirme ve diğer bakım yükümlülükleri söz konusu olmaz⁴³⁹.

Türk hukukunda, Alman ve İsviçre hukukunda olduğu gibi hastaneye kabul sözleşmesinin karma sözleşme olduğu görüşü hakimdir⁴⁴⁰. Alman hukukunda hâkim olan görüşe göre, hasta kabul sözleşmesinin çeşidi ne olursa olsun sözleşmeye hizmet sözleşmesi hükümleri uygulanmalıdır. İsviçre hukukundaki baskın görüş ise hasta ve özel

⁴³³ Kanaatimizce Alman kanun koyucunun da hedeflediği gibi hukukî güvenlik ve şeffaflığın sağlanabilmesi için Türk hukukunda da mevzuatta bir sözleşme tipi olarak tedâvi sözleşmesine yer verilmesi uygun olur.

⁴³⁴ https://www.bundesaeztekammer.de/fileadmin/user_upload/_old-files/downloads/Patientenrechtgesetz_BGBI.pdf (E.T. 10.09.2022)

⁴³⁵ Nordmeier, “Der Behandlungsvertrag im Internationalen Privatrecht”, 513.

⁴³⁶ Nordmeier, “Der Behandlungsvertrag im Internationalen Privatrecht”, 513. Türk hukukunda da tedâvi sözleşmesi, hizmet sözleşmesi olarak kabul edilseydi dahi uygulanacak hukukun tespiti MÖHUK m. 24’ten hareketle gerçekleştirilirdi.

⁴³⁷ Hakeri, *Özel Hükümler*, 1057; Ayan, *Tıbbî Müdahalelerden Doğan Sorumluluk*, 131; Halil Akkanat, “Hastaneye Kabul Sözleşmesinin Görünüm Tarzları ve Sorumluluk Düzeni”, *Prof. Dr. Özer Seliçi’ye Armağan*, 2006: 26; Demir, “Hekimin Hukuksal Sorumluluğunun Kaynakları”, 276.

⁴³⁸ Doğan, “Özel Hastanelerin Tazminat Sorumluluğu”, 23.

⁴³⁹ Doğan, “Özel Hastanelerin Tazminat Sorumluluğu”, 23.

⁴⁴⁰ Doğan, “Özel Hastanelerin Tazminat Sorumluluğu”, 23; Ayan, *Tıbbî Müdahalelerden Doğan Sorumluluk*, 131 vd.; Özdemir, *Teshis ve Tedavi Sözleşmesi*, 84 vd.; Akkanat, “Hastaneye Kabul Sözleşmesi”, 28. Sözleşmenin karma sözleşme türlerinden kombine sözleşmeler olduğu baskın görüştür. Zira bu sözleşmede hastanenin edimleri vekâlet, kira, satış, hizmet sözleşmesine ait tipik unsurlarken hasta yalnızca ücret ödeme borcu altına girer. Demir, “Hekimin Hukuksal Sorumluluğunun Kaynakları”, 276; Ayan, *Tıbbî Müdahalelerden Doğan Sorumluluk*, 142.

hastane arasındaki ilişkiye serbest çalışan bir hekim ve hasta ilişkisinde olduğu gibi vekâlet sözleşmesinin hükümlerinin uygulanmasını kabul eder. Türk hukukunda da baskın görüş hastaneye kabul sözleşmesinin bu sözleşmenin asıl edimini oluşturan tıbbî tedâvi ediminin ait olduğu sözleşme tipine, yani vekâlet sözleşmesi hükümlerine tâbi tutulmasıdır. Ancak bu görüş uyarınca, diğer yükümlülüklerle ilişkin tipik sözleşme hükümleri (barınma için kira, yeme-içme için satış gibi) de niteliklerine uygun düştüğü oranda kıyasen uygulanmalıdır⁴⁴¹.

Hastaneye kabul sözleşmesi, tam hastaneye kabul sözleşmesi⁴⁴², tedâvi sözleşmesi ilaveli tam hastaneye kabul sözleşmesi⁴⁴³, bölünmüş hastaneye kabul sözleşmesi⁴⁴⁴ şeklinde alt türlere ayrılarak incelenmektedir. Alman hukukunda da tedâvi sözleşmesi için ilaveli hastaneye tam kabul sözleşmesiyle bölünmüş hastaneye kabul sözleşmesi şeklinde bir ayırım yapılmaktadır⁴⁴⁵.

⁴⁴¹ Doğan, “Özel Hastanelerin Tazminat Sorumluluğu”, 24; Akkanat, “Hastaneye Kabul Sözleşmesi”, 28.

⁴⁴² Bu sözleşme türünde, hasta doğrudan hastane işleticisine başvurur. Hastane işleticisi teşhis ve tedâvinin yanı sıra bakım yükümlülüğünü de üstlenir. Sözleşmenin tarafları hasta ve hastane olduğundan hasta ve tedâvi eden hekim arasında bir borç ilişkisi kurulmaz. Dolayısıyla hastaya sunulan her tür hizmetten de hastane sorumlu olur. Akkanat, “Hastaneye Kabul Sözleşmesi”, 28; Doğan, “Özel Hastanelerin Tazminat Sorumluluğu”, 25 vd.; Ayan, *Tıbbî Müdahalelerden Doğan Sorumluluk*, 135. Bu sözleşme türünde hastane ise bünyesinde çalıştırdığı hekimin hekimlik hizmeti dolayısıyla hastaya verdiği zarardan, TBK m. 116 uyarınca *yardımcı kişilerin sorumluluğu* kapsamında sorumlu olur. Doğan, “Özel Hastanelerin Tazminat Sorumluluğu”, 26; Ayan, *Tıbbî Müdahalelerden Doğan Sorumluluk*, 135-136.

⁴⁴³ Tedâvi sözleşmesi ilaveli tam hastaneye kabul sözleşmesi nâdir uygulanan bir sözleşmedir. Ayan, *Tıbbî Müdahalelerden Doğan Sorumluluk*, 136; Akkanat, “Hastaneye Kabul Sözleşmesi”, 26. Hasta, hastane ile arasındaki sözleşmeye ek olarak bir hekimle de sözleşme kurarak ikinci bir sözleşmenin tarafı olmaktadır. Hastane teşhis ve tedâvi, bakım ve diğer yan yükümlülükleri üstlenirken; hasta aynı zamanda hastane çalışanı olan bir hekimle de tedâviyi yürütmek üzere ilaveten veya ayrı bir sözleşme imzalar. Tedâvi ediminin yerine getirilmesinden doğan bir sorumluluk söz konusu olduğunda hastane işleticisi hastaneye kabul sözleşmesine dayanılarak; hekim ise tedâvi sözleşmesine dayanılarak ayrı ayrı veya birlikte sorumlu tutulabilir. Akkanat, “Hastaneye Kabul Sözleşmesi”, 26; Demir, “Hekimin Hukuksal Sorumluluğunun Kaynakları”, 277; Doğan, “Özel Hastanelerin Tazminat Sorumluluğu”, 27.

⁴⁴⁴ Bölünmüş hastaneye kabul sözleşmesi sözleşmesinde ise birbirinden bağımsız iki ayrı sözleşme ilişkisi bulunur. Hasta öncelikle tedâviyi gerçekleştirecek hekime başvurur ve aralarında tedâvi sözleşmesi kurulur. Hasta ile hastane arasında ise hekimlik hizmeti dışında örneğin barınma, yedirip içirme gibi hizmetleri içeren ayrı bir hastaneye kabul sözleşmesi kurulur. Başka bir deyişle tedâvi hastane dışından bir hekim tarafından üstlenilirken bakım yükümlülüğü ise hastane tarafından yerine getirilir. Bu sözleşme türünde hastane ve hekimin sorumluluğu sadece taraf oldukları sözleşmeyle sınırlıdır. Ayan, *Tıbbî Müdahalelerden Doğan Sorumluluk*, 137; Akkanat, “Hastaneye Kabul Sözleşmesi”, 38; Doğan, “Özel Hastanelerin Tazminat Sorumluluğu”, 27-28.

⁴⁴⁵ Katzenmeier, *Arzthaftung*, 106; Schneider ve Seifert, “Medizintourismus nach Deutschland”, 275; Pinheiro Andres, *Der gerechte Ausgleich der Partei-Interessen in der Arzthaftung - Eine rechtsvergleichende Arbeit zum Recht der US-Bundesstaaten Kalifornien, Florida und Virginia und dem deutschen Recht*, (Baden-Baden: Nomos Verlag, 2019), 288 vd.

Türkiye’deki uygulamada, özel hastanelerdeki müdahalelerde hekim ile hasta arasında çoğunlukla doğrudan bir sözleşme ilişkisi bulunmaz. Hekim, kendi adına değil, hastane adına tedâviyi üstlendiğinden; TBK m.116’ya göre hastanenin çalışanı diğer bir ifadeyle borcun ifasında başvuru yapan yardımcı kişisi konumundadır⁴⁴⁶. Hasta, tıbbî müdahale sebebiyle hekime karşı haksız fiil hükümlerine dayanarak talepte bulunabilir⁴⁴⁷.

Hastane işleteniyse en başta hekim dâhil bütün sağlık personelinin seçimi, denetlenmesi ve organizasyonuna ilişkin görevlerin gereği gibi yerine getirilmesiyle yükümlüdür⁴⁴⁸. Hastane borcun ifa edilmemesi veya gereği gibi ifa edilmemesi şeklinde bir ihlâl nedeniyle zarara yol açabilir. Sağlık turisti sayılan hasta, hastane işleteninin borcu gereği gibi ifa edememesi sebebiyle uğradığı zararın tazmini amacıyla dava yoluna başvurabilir.

1.8.3. Hasta ile Aracı Kuruluş Arasında Tesis Edilen Tedâvi Sözleşmesi

Tedâvi sözleşmesi esasen hekim ve hasta arasında kurulan bir sözleşmedir. Ancak uygulamada zaman zaman bu sözleşmeye üçüncü kişilerin de dâhil olduğu görülür⁴⁴⁹. Sağlık turizmi uyuşmazlıklarında ilk akla gelen hastanın iddialarını kural olarak hekime, hastaneye veya sağlık hizmeti sunucusuna yöneltmesidir. Ancak sözleşme eğer aracı kuruluş ile hasta arasında veya aracı kuruluşun faaliyeti sonucunda kurulmuşsa hastanın sağlık turisti olarak seyahat sağlayıcısına (sağlık turizmi açısından aracı kuruluşa) karşı bir talepte bulunup bulunamayacağı sorusu da akla gelir. Bu soru ise ancak aracı kuruluşun tedâvi sözleşmesindeki konumu tespit edildikten sonra cevaplanmalıdır. Böylece aracı kuruluşun sorumluluğunun hukukî boyutu da ortaya konulabilir.

Aracı kuruluşun, hastaya hizmetlerini bir paket halinde sunduğuna daha evvel değinmiştik⁴⁵⁰. Bu paketin içeriğinde hangi hizmetlerin yer aldığı çalışmamızın esas konularından olan sözleşmeye uygulanacak hukukun tespiti konusunda önem arz eder. Zira özellikle karakteristik edimin tespiti noktasında tarafların edimlerinin neler olduğunun bilinmesi gereklidir. Bu nedenle çalışmamızın bu kısmında aracı kuruluş ile hastane arasında kurulan sözleşmeye maddî hukuk boyutuyla değinmek yerinde olur.

⁴⁴⁶ Doğan, “Özel Hastanelerin Tazminat Sorumluluğu”, 26.

⁴⁴⁷ Hakeri, *Özel Hükümler*, 1059; Doğan, “Özel Hastanelerin Tazminat Sorumluluğu”, 61.

⁴⁴⁸ Doğan, “Özel Hastanelerin Tazminat Sorumluluğu”, 49; Akkanat, “Hastaneye Kabul Sözleşmesi”, 32.

⁴⁴⁹ Franzki, *Der Behandlungsvertrag*, 64.

⁴⁵⁰ Bkz. Birinci Bölüm, 1.8.3. Hasta ile Aracı Kuruluş Arasında Tesis Edilen Tedâvi Sözleşmesi.

Konunun daha iyi anlaşılabilmesi için bu başlık altında öncelikle paket tur sözleşmesine kısaca değinilmiş; ardından aracı kuruluş ile kurulan sözleşmelerin görünümüne yer verilmiştir.

1.8.3.1. Paket Tur Sözleşmesi

Kişilerin planladıkları tatilin ayrıntılarını organize etmek için yeterli vakit ayıramaması, konaklama, ulaşım gibi seyahatteki zorunlu unsurların bireysel olarak satın alınmasının çoğunlukla daha maliyetli olması gibi nedenlerle, organizasyon konusunda kişilere kolaylık ve rahatlık sağlayan, ilgi alanlarına ve bütçelerine göre seçenekler sunan, ulaşım, konaklama ve diğer hizmetleri bir bütün hâlinde içeren paket tur sözleşmelerine olan ilgi artmıştır. Türk hukukunda paket tur sözleşmeleri kavramı ilk olarak 4077 sayılı Tüketicinin Koruması Hakkında Kanun'da⁴⁵¹ düzenlenmiş ve 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'da⁴⁵² (TKHK) da varlığını korumuştur⁴⁵³. TKHK'nın 51. maddesinde *“paket tur sözleşmesi; ulaştırma, konaklama veya bunlara yardımcı sayılmayan diğer turistik hizmetlerin en az ikisinin birlikte yer aldığı, her şeyin dâhil olduğu fiyatla satılan veya satış taahhüdü yapılan ve hizmeti yirmi dört saatten uzun bir süreyi kapsayan ya da gecelik konaklamayı içeren sözleşmelerdir”* şeklinde tanımlanmıştır⁴⁵⁴.

Paket tur sözleşmesinde ulaştırma, konaklama ile ulaştırma ve konaklama hizmetlerine bağlı olmayan başka turizm hizmetlerinden en az ikisinin beraber sunulması mecbûrîdir ve bu mecbûriyet paket tur sözleşmeleri için edimlerin bütünlüğü unsuru olarak kabul edilir. Edimlerin bütünlüğü kavramından, paket tur düzenleyicisinin, birden fazla olan bu

⁴⁵¹ RG. 23.02.1995, 22221.

⁴⁵² RG. 28.11.2013, 28835.

⁴⁵³ Paket tur sözleşmelerine TKHK'da yer verildiğinden, sözleşme bir tüketici sözleşmesi olarak nitelendirilmektedir. Kanun'da yer almış olması nedeniyle sözleşmenin artık isimsiz bir sözleşme olarak kabul edilmemesi gerekir. Alman hukukunda da BGB'de 2018 yılında seyahat sözleşmelerini düzenleyen maddelerde önemli değişiklikler yapılmıştır. Bu değişikliklerin belki de en önemlisi paket tur sözleşmesinin yasalaştırılmış olmasıdır. Bu köklü değişikliğin temelinde yasama organının paket tur sözleşmesinde tüketicinin korunmasına yönelik büyük bir ihtiyacın varlığını görmesi yatar. Bkz. Otto Jannik, “Das neue BGB-Reiserecht”, *Zeitschrift für das Juristische Studium*, 3 (2018): 230.

⁴⁵⁴ Paket Tur Sözleşmeleri Yönetmeliği'ne göreysen *“Paket tur sözleşmesi: Paket tur düzenleyicileri veya aracıları tarafından ulaştırma, konaklama ve başka turizm hizmetlerinden en az ikisinin birlikte, her şeyin dâhil olduğu fiyatla satıldığı veya satın alınması vaat edildiği ve hizmetin yirmi dört saatten uzun bir süreyi kapsadığı veya gecelik konaklamayı içerdiği sözleşmeleri”* ifade eder.

edimleri bir bütün hâlinde sunmak zorunluluğu anlaşılmalıdır⁴⁵⁵. Sayılan aslî hizmetlerden en az ikisinin bir arada sunulmaması hâlinde paket tur sözleşmesi söz konusu olamaz. Kanun'un c bendinde “ulaştırma ve konaklama hizmetlerine bağlı olmayan başka turizm hizmetleri”nden bahsedilmektedir. Kanun'da herhangi bir açıklama bulunmamakla beraber, bu hizmetin aslî edim⁴⁵⁶ olması gerektiği kabul edilmelidir. Doktrinde bu hizmetlere örnek olarak gezdirme, gösteri veya müsabaka izletme, rehberlik yapma, sportif ve kültürel faaliyetler düzenleme gibi faaliyetler sayılmaktadır⁴⁵⁷. Çalışma konumuz açısından tedâvi veya tıbbî müdahale de bu hizmetlere örnek verilebilir.

Madde metninde de açıkça vurgulandığı üzere, ulaştırma ve konaklama dışında kalan hizmetin aslî edim sayılabilmesi için söz konusu edimin bağımsız olması ve tek başına anlam ifade etmesi gerekir⁴⁵⁸. Bununla beraber her ne kadar en az iki farklı aslî edimin varlığından söz edilse de bu edimlerin sanki tek bir edimmişçesine bir bütün hâlinde katılımcıya sunulması bir zorunluluktur. Başka bir deyişle paket tur düzenleyicisi⁴⁵⁹ tek bir borç olarak tüm edimi taahhüt eder⁴⁶⁰. Paket tur düzenleyicisi; turun ulaştırma, konaklama, yeme-içme, eğlence gibi ayrı ayrı parçalarını birleştirir ve turu tüketiciye tek bir ürün şeklinde, götürü, başka bir deyişle her şeyin dâhil olduğu tek bir ücret karşılığında sunar. Bu nedenle paket tur içinde sunulan hizmetlerin her biri için ayrı ayrı değil, tüm hizmetler için tek ve toplu bir fiyatlandırma yapılması gerekir. Ancak TKHK

⁴⁵⁵ Gülşah Vardar Hamamcıoğlu, “Paket Tur Sözleşmelerinde Tüketicinin Korunması”, *İÜHFD*, 68/1-2 (2010): 279; İlhan Kara, *Tüketici Hukuku*, Ankara: Yetkin, 2023, 1046 vd.; Feyza Eren Sayın, *Paket Tur Sözleşmesinde Tüketicinin Korunması*, (İstanbul: 2013), 37; Aydın Zevkliler ve Murat Aydoğdu, *Tüketicinin Korunması Hukuku*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2004), 204.

⁴⁵⁶ Aslî edim, taraflar arasındaki ilişkide o ilişkinin asıl konusu olan borcu oluşturan edimdir ve bu edim sözleşmenin tipini belirler. Bir edimin aslî edim mi yoksa yan edim mi olduğunun tespiti için her somut olaya göre değerlendirme yapılmalıdır. Eren, *Özel Hükümler*, 29 vd.

⁴⁵⁷ Vardar Hamamcıoğlu, “Paket Tur Sözleşmelerinde Tüketicinin Korunması”, 279.

⁴⁵⁸ Eren Sayın, *Paket Tur Sözleşmesinde Tüketicinin Korunması*, 42-43, Vardar, Hamamcıoğlu, “Paket Tur Sözleşmelerinde Tüketicinin Korunması”, 279. Bununla beraber edimin bağımsız olmasından edimlerin birbirinden bağımsız şekilde ifa edileceği anlaşılmamalıdır. Aksine edimlerin bir bütünlük arz etmesi gerekir.

⁴⁵⁹ Paket tur düzenleyicisi bu faaliyeti kural olarak ticarî ya da meslekî amaçla yerine getirir. Paket Tur Sözleşmeleri Yönetmeliği'nin tanımları düzenleyen 4. maddesine göre paket tur düzenleyicisi gerçek kişi ya da tüzel kişi olabilir. Paket tur düzenleyicisi, turu kendisi veya aracısı vasıtasıyla satışa sunabilir. Nitekim TKHK m. 51 f. 1'de paket tur sözleşmesinin tüketicilere paket tur düzenleyicisinin aracısı tarafından da sunulabileceğine yer verilmiştir.

⁴⁶⁰ Eren Sayın, *Paket Tur Sözleşmesinde Tüketicinin Korunması*, 45; Bülent Yurt, *Seyahat Düzenleme Sözleşmesi*, (Ankara: Yetkin, 2000), 50 vd.

51/2'deki "aynı paket tur içindeki hizmetlerin ayrı ayrı faturalandırılması hallerinde de bu madde hükümleri uygulanır" hükmü ile kanun koyucu, faturalandırmanın ayrı ayrı yapıldığı sözleşmelere dahi paket tur sözleşmesi hükümlerinin uygulanacağını vurgulamaktadır. Başka bir ifadeyle, edimlerin farklı sağlayıcılar tarafından sunulması ya da tur kapsamında yer alan hizmetlerin ayrı ayrı faturalandırılması durumunda da edimlerin bütünlüğü gerçekleşir⁴⁶¹.

Paket tur sözleşmesinde önemli bir diğer husus ise hizmetin ya yirmi dört saatten uzun sürmesi ya da yirmi dört saatten kısa olsa bile en az bir gecelik konaklamanın sağlanmasının zorunlu olmasıdır. Dolayısıyla turun yirmi dört saatten az olması durumunda, eğer gecelik konaklama da mevcut değilse artık bu tur, günlük tur olarak adlandırılır ve dolayısıyla, paket tur sözleşmeleri kapsamı dışında kalır.

1.8.3.2. Paket Tur Sözleşmesinde Bağımsız Hizmet Sağlayıcısı

Bağımsız hizmet sağlayıcısı (*Leistungsträger*)⁴⁶², başka bir deyişle bireysel edim yükümlüsü paket tur sözleşmesinin ihtivâ ettiği edimleri doğrudan doğruya tüketiciye sunar. Nitekim paket tur sözleşmesindeki tüm edimleri bizzat düzenleyicinin ifa etmesi hem gerekli değildir hem de her zaman mümkün olmaz. Gerçekten de paket tur düzenleyicisinin yaptığı faaliyet çoğu kez paket tura dâhil çeşitli hizmetleri sağlayan kişilerin edimlerini birleştirerek bir organizasyon oluşturmaktır⁴⁶³. Bağımsız hizmet sağlayıcısı, paket tur düzenleyicisi ile üçüncü kişinin yararına imzaladıkları sözleşmeye istinaden bu edimleri yerine getirir. Bu nedenle hizmet sağlayıcısının seyahati düzenleyenin yani paket tur düzenleyicisinin ifa yardımcısı konumunda olduğu kabul edilir⁴⁶⁴.

Tüketici hizmeti, düzenleyici ile kurduğu paket tur sözleşmesine istinaden aldığından; ayrıca bağımsız hizmet sağlayıcısı ile sözleşme kurulması gerekmez. Tüketici, bağımsız hizmet sağlayıcısının verdiği zararlar dolayısıyla da paket tur düzenleyicisine

⁴⁶¹ Yurt, *Seyahat Düzenleme Sözleşmesi*, 52; Zevkliler ve Aydoğdu, *Tüketicinin Korunması Hukuku*, 205; Eren Sayın, *Paket Tur Sözleşmesinde Tüketicinin Korunması*, 46.

⁴⁶² Bağımsız hizmet sağlayıcısına örnek olarak, taşıma şirketleri, otel işletenler, rehberler vb. verilebilir. Paket tur düzenleyicisinin, bu kişileri özenle seçmek yükümlülüğü bulunur.

⁴⁶³ Zevkliler ve Aydoğdu, *Tüketicinin Korunması Hukuku*, 201.

⁴⁶⁴ Yurt, *Seyahat Düzenleme Sözleşmesi*, 39.

başvurabilir⁴⁶⁵. Ayrıca haksız fiil sorumluluğuna dayanarak doğrudan hizmet sağlayıcısına da başvurulabilir⁴⁶⁶. Nitekim Paket Tur Sözleşmeleri Yönetmeliği⁴⁶⁷ (PTSY) m. 13/2’de de bağımsız hizmet sağlayıcılarının davranışlarından kaynaklanan sözleşmeye aykırılık sebebiyle tüketicinin uğradığı her türlü zarardan paket tur düzenleyicisinin sorumlu olacağına yer verilmiştir.

Bağımsız hizmet sağlayıcısı, tarafı olmadığı paket tur sözleşmesinden sorumlu tutulamaz. Bu nedenle bağımsız hizmet sağlayıcısının seyahatin düzenlenmesi ve yönetiminden sorumlu olması mümkün değildir. Bağımsız hizmet sağlayıcısı, idarî ve ekonomik anlamda paket tur düzenleyicisine bağlı değildir. Başka bir deyişle bağımsız hizmet sağlayıcısı paket tur düzenleyicisinden bağımsız olarak nitelendirilir⁴⁶⁸. Dolayısıyla da kural olarak bağımsız hizmet sağlayıcısı, yalnızca paket tur düzenleyicisiyle arasındaki bağımsız sözleşmede yer alan edimleri ifa etmekle yükümlüdür. Bu edimin yerine getirilmesi esnasında paket tur düzenleyicisinin sadece sınırlı bir tâlimat verme yetkisi vardır⁴⁶⁹.

1.8.3.3. Tedâviyi İçeren Bir Paket Tur Sözleşmesinin Varlığı

Sağlık turizminde aracı kuruluşun amacı, yurt dışında tedâvi için uygun bir hekim ya da sağlık kuruluşu arayışında olan kişiye yardımcı olmaktır. Aracı kuruluş transfer ve otel rezervasyonunu da kapsayacak şekilde tüm seyahati organize edebilir. Aracı kuruluşun paket turun kapsamında yer alan tüm edimleri bizzat ifa etmesi zorunluluğu bulunmasa da bunu üstlenmesinin önünde bir engel de bulunmaz. Zira uygulamada da çoğu durumda paket tur düzenleyicisi konaklama, taşıma gibi edimleri bizzat yerine getirmese de bu edimleri üstlenebilir. Çalışma konumuz açısından ele aldığımızda, paket tur düzenleyicisinin üstlendiği tüm edimleri bizzat ifası gerekmediğinden, aracı kuruluş

⁴⁶⁵ Paket tur düzenleyicisinin sorumluluğunun kapsamı hakkında bkz. Otto, “Das neue BGB-Reiserecht”, 234 vd.

⁴⁶⁶ Zevkliler ve Aydoğdu, *Tüketicinin Korunması Hukuku*, 201; Saibe Oktay, *Gezi Sözleşmesi*, (İstanbul: Beta Yayınevi, 1997), 21; Yurt, *Seyahat Düzenleme Sözleşmesi*, 39-40; Ömer Öksüz, “Tüketici Hukukunda Paket Tur Sözleşmeleri”, *TBB*, 66 (2006): 336; Ayfer Uyanık Çavuşoğlu, “Turizmde Yabancı Tüketicilerin Hukuki Sorunları”, Ed. Tokbaş, Hakan, Fehim Üçışık. Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları - 5. Tüketici Hukuku Konferansı. (2016): 277.

⁴⁶⁷ RG. 14.01.2015, 29236.

⁴⁶⁸ Yurt, *Seyahat Düzenleme Sözleşmesi*, 40; Oktay, *Gezi Sözleşmesi*, 21.

⁴⁶⁹ Yurt, *Seyahat Düzenleme Sözleşmesi*, 40.

tedâvi sözleşmesini de üstlenebilir. Bir başka ifadeyle aracı kuruluş tarafından düzenlenen organizasyona, tedâvinin bizzat kendisinin de dâhil edilmesi mümkündür⁴⁷⁰. Alman doktrinde BGB § 630a Abs. 1'e göre kurulan tedâvi sözleşmesinde, sözleşmenin bir tarafı hasta iken diğer tarafının tedâviyi vaat eden kişi olduğu ileri sürülmektedir. Bu kişinin mutlaka tedâviyi bizzat yerine getirecek kişi olması zorunluluğu bulunmaz. Hekim ya da sağlık kuruluşu olmayan kişilerin de tedâvi sözleşmesinin tarafı olmalarına bir engel yoktur. Bu nedenle hasta ve aracı kuruluş arasında tedâvi sözleşmesinin kurulması mümkündür⁴⁷¹. Kanaatimizce bu görüş Türk hukuku için de kabul edilebilir. Her ne kadar tıbbî müdahale veya tedâvinin hekim veya yetkili bir sağlık personeli tarafından yapılması mümkünse de üçüncü kişilerin (dolayısıyla aracı kuruluşların da) böyle bir sözleşmeye taraf olması ve borcu üstlenmesinin önünde bir engel bulunmaz. Yönetmelik'te aracı kuruluşun görevleri arasında tedâviyi üstlenmek borcu yer almasa da kanaatimizce bu hususun Yönetmelik'te düzenlenmemiş olması borcun üstlenilemeyeceği anlamına gelmez.

Tedâviyi üstlenen aracı kuruluşun sorumluluğu tedâvi sözleşmesi dâhil paket tura dâhil olan tüm edimler için söz konusu olur. Bu ihtimâlde aracı kuruluşun sorumluluğunun dayanağı tarafı olduğu tedâvi sözleşmesidir⁴⁷².

Sonuç itibariyle tıbbî tedâvi, hastaya onun ulaşım ve konaklamasına ek olarak genel bir paketin parçası şeklinde sunuluyorsa burada bir paket tur sözleşmesinin varlığından söz edilir⁴⁷³. Buradaki en önemli husus, tedâvi hizmetinin, paket tur düzenleyicisi aracı kuruluş tarafından pakete dâhil edilmesidir. Böylelikle tıbbî tedâvi, aracı kuruluşun sorumlu olduğu seyahatin bir parçası hâline gelir. Tıbbî paket turda hastanın karşısında tek bir sözleşme tarafı ve irtibat kişisi vardır⁴⁷⁴. Tıbbî hizmetin gerçekten seyahatin bir

⁴⁷⁰ Katzenmeier, Kurz ve Jansen, "Rechtsfragen des Medizintourismus", 1046; Krocke, "Medizintourismus im Internationalen Privat- und Zivilverfahrensrecht", 246. Ancak uygulamada tedâvi hizmetinin de paket tur kapsamına dâhil edilmesi hâlâ nâdir karşılaşılan bir durumdur.

⁴⁷¹ Katzenmeier, Kurz ve Jansen, "Rechtsfragen des Medizintourismus", 1046.

⁴⁷² Doktrinde bir görüşe göre aracı kuruluş hastayla ayrı bir tedâvi sözleşmesi akdetmeden tıbbî tedâvinin sorumluluğunu üstlenirse, aracı kuruluşa zararın tazmini için başvurulabilir. Bu hâlde aracı kuruluş seyahatin eksik ifası nedeniyle yolcunun uğradığı zararlardan sorumludur. Bu nedenle maddî zararlara ek olarak vücut bütünlüğünün ihlâlinden ve buna bağlı ortaya çıkan zararlardan sorumludur. Bkz. Katzenmeier, Kurz ve Jansen, "Rechtsfragen des Medizintourismus", 1046.

⁴⁷³ Katzenmeier, Kurz ve Jansen, "Rechtsfragen des Medizintourismus", 1046; Krocke, "Medizintourismus im Internationalen Privat- und Zivilverfahrensrecht", 246.

⁴⁷⁴ Katzenmeier, Kurz ve Jansen, "Rechtsfragen des Medizintourismus", 1046.

parçası şeklinde mi tasarlandığı yoksa yalnızca aracılık mı edildiği, ancak somut olay bazında değerlendirilebilir⁴⁷⁵.

1.8.3.4. Tedâvi Aracılığı

Uygulamada tıbbî hizmetler genellikle aracı kuruluş tarafından sunulan paketin bir parçası değildir. Tedâvi hizmetlerine daha ziyade seyahat hizmetlerine ek olarak ve ancak bu hizmetlerden bağımsız bir şekilde aracılık edilmesi söz konusudur⁴⁷⁶. Başka bir ifadeyle aracı kuruluş esasen, hastanın yurt dışı seyahatine karar vermesini ve gerçekleştirmesini kolaylaştırmak için seyahatin planlanmasını ve rezervasyonunu üstlenir. Aracı kuruluş, seyahatin planlanmasını ve rezervasyonunun yanı sıra, sağlık hizmetlerine de aracılık edebilir⁴⁷⁷. Aracı kuruluş, aracılık faaliyetleriyle ilgili olarak özellikle internet sayfası aracılığıyla tedâvinin seyri, hekimler ve sağlık tesisleri hakkında bilgilere yer verir. Ayrıca ücretsiz bir hizmet yardım hattıyla müşterilerine kendi dillerinde iletişim kurma imkânı sunar⁴⁷⁸.

Tedâviye sadece aracılık mı edildiğini tespit edebilmek için somut olayın özelliklerine bakmak gerekir⁴⁷⁹. Doktrinde kural olarak, aracı kuruluşun yaptığı faaliyetin, hekimin sunduğu sağlık hizmetini pazarlamak olduğu ve bu hizmet karşılığında hekime ödenecek ücretin bir kısmını veya hastadan bir aracılık ücretini talep edebileceği kabul edilir⁴⁸⁰. Doktrinde sağlık hizmeti sunucusu ile aracı kuruluş arasında kurulan sözleşme, acentelik sözleşmesi olarak nitelendirilmektedir⁴⁸¹. Başka bir deyişle aracı kuruluş, bir ücret karşılığında hekim ile hasta arasında bir sözleşmenin kurulmasını sağlama borcu altına girer. Bireysel hizmet sağlayıcısı olarak hekim ya da sağlık hizmeti sunucusu ile hasta arasında, en azından bu aşamada herhangi bir sözleşme ilişkisi yoktur. Başka bir deyişle

⁴⁷⁵ Krocke, “Medizintourismus im Internationalen Privat- und Zivilverfahrensrecht”, 246.

⁴⁷⁶ Krocke, “Medizintourismus im Internationalen Privat- und Zivilverfahrensrecht”, 246.

⁴⁷⁷ Krocke, “Medizintourismus im Internationalen Privat- und Zivilverfahrensrecht”, 246. Aracı kuruluş bireysel seyahat hizmetlerini de bizzat üstlenebilir. Başka bir ifadeyle diğer tüm hizmetleri bir paket şeklinde sunabilir. Ancak uygulamada çoğunlukla tedâvi hizmeti bu paket tura dâhil değildir.

⁴⁷⁸ Krocke, “Medizintourismus im Internationalen Privat- und Zivilverfahrensrecht”, 246.

⁴⁷⁹ Alman hukukunda aracı kuruluşun sadece seyahat aracı (Reisevermittler) olabileceği gibi tur operatörü (Reiseveranstalter) şeklinde de hareket edebileceği ifade edilmektedir. Reiseveranstalter ve Reisevermittler arasındaki fark için bkz. Sonnentag Michael, “Das neue Reisevertragsrecht”, VersR, (2018): 970; Otto, “Das neue BGB-Reiserecht”, 230.

⁴⁸⁰ Krocke, “Medizintourismus im Internationalen Privat- und Zivilverfahrensrecht”, 246.

⁴⁸¹ Uyanık, “Sağlık Turizmi Hukuku”, 89; Ayrıntılı bilgi için bkz. Tabak, Sağlık Turizmi Hukuku, 101-102.

bireysel hizmet sağlayıcılar, yalnızca aracı kuruluş ile sözleşmeye dayalı bir ilişki içindedir⁴⁸².

Sözleşmede seyahat edimi, tıbbî hizmetin pazarlanmasından açıkça ayrılabiliyorsa, bu durumda *gerçek bir aracılık faaliyeti* söz konusudur. Bu durumda, tedâvi sözleşmesinin paket tura dâhil olmadığını kabul etmek gerekir. Dolayısıyla *gerçek aracının* sorumluluğu, yalnızca paket tur sözleşmesinden doğan aydınlatma yükümlülüğünün (*Informations-, Aufklärungs- und Hinweispflichten*) ihlâli nedeniyle gündeme gelebilir⁴⁸³. Elbette gerçek bir aracılık faaliyetinde aracının, hastaya sağlık hizmetinin sorumluluğunu almak istemediği izlenimini aktif eylemleriyle göstermesi gerekir. Aksi hâlde “*gerçek bir aracılığın*” değil, tıbbî bir paket tur sözleşmesinin mevcut olduğu varsayılmalıdır. Uygulamada, genellikle sözleşmede yer alan genel işlem koşullarıyla tedâviye yalnızca aracılık edildiği vurgulanmaktadır. Ancak bu hususa genel işlem koşullarında yer verilmiş olması, bu şartın kabul edilebilirliği ve etkinliğine doktrinde şüpheyile yaklaşılmasına neden olmaktadır⁴⁸⁴.

1.8.4. Tedâvi Sözleşmesinin Tüketici Sözleşmesi Niteliği ve Tüketici Olarak Hasta

TKHK m. 3/k’de tüketici, “*ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişi*” şeklinde tanımlanmaktadır. Tanım esas alındığında tüketici kavramında öne çıkan iki unsur bulunmaktadır. Bunlardan ilki kişinin ticari veya mesleki olmayan amaçla hareket etmesiyken ikincisi ise tüketicinin kişi olarak -gerçek veya tüzel- mevcudiyetidir⁴⁸⁵. Kanun’un m. 3-g hükmüne göre sağlayıcı, “*kamu tüzel kişileri de dâhil*

⁴⁸² Alman hukukunda bu durumda aracı kuruluş ile hizmet sağlayıcısı arasında BGB § 328 uyarınca, üçüncü şahıs lehine bir sözleşmenin varlığından söz edilir. Bkz. Katzenmeier, Kurz ve Jansen, “Rechtsfragen des Medizintourismus”, 1046. Kanaatimizce aynı sonuca Türk hukuku açısından da ulaşılabilir. Bu nedenle, hasta, ilgili hizmet sağlayıcısına karşı doğrudan hizmetin ifası talebinde bulunma hakkına sahiptir.

⁴⁸³ Katzenmeier, Kurz ve Jansen, “Rechtsfragen des Medizintourismus”, 1046; Krocke, “Medizintourismus im Internationalen Privat- und Zivilverfahrensrecht”, 246.

⁴⁸⁴ Katzenmeier, Kurz ve Jansen, “Rechtsfragen des Medizintourismus”, 1047; Krocke, “Medizintourismus im Internationalen Privat- und Zivilverfahrensrecht”, 246. Doktrinde yine de hastanın sorumluluk iddiasıyla öncelikle hekime başvurmalarının daha makûl görüldüğü kabul edilmektedir. Krocke, “Medizintourismus im Internationalen Privat- und Zivilverfahrensrecht”, 246.

⁴⁸⁵ Aynı maddenin 1. bendinde ise tüketici işlemi, “*mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukukî işlem*” şeklinde ifade edilmiştir. Kanun’un m. 3/d hükmüne göre hizmet ise “*bir ücret veya menfaat karşılığında*

olmak üzere ticarî veya meslekî faaliyetleri kapsamında tüketiciye hizmet sunan gerçek veya tüzel kişileri” ifade eder. Vermiş olduğumuz tanımlardan da anlaşıldığı üzere, sağlık hizmetinden yararlanma amacı taşıyan hasta, tüketici kavramı kapsamındadır⁴⁸⁶. Bu nedenle sunulan hizmet de tüketici işlemi olarak değerlendirilmelidir⁴⁸⁷. Zira hasta herhangi bir ticarî veya meslekî amaçla hareket etmeksizin sağlık hizmetinden yararlanmak isteyen kişi konumundadır⁴⁸⁸. Bu bakımdan, bedenî ve ruhî iyilik hâlinde bulunmadığı için sağlık hizmetine ihtiyacı olan kişinin, yani hastanın tüketici olarak kabul edilmesi gerekir⁴⁸⁹. Nitekim Yargıtay da hastanın tüketici tanımına uyduğu yönünde kararlar vermektedir⁴⁹⁰. Tıbbî müdahalenin, tıp mesleğini icraya yetkili bir hekim tarafından, doğrudan ya da dolaylı tedâvi amacına yönelik gerçekleştirilen her türlü faaliyet olduğuna daha evvel değinmiştik⁴⁹¹. Bu açıdan tedâvi faaliyetini yerine getiren bağımsız çalışan hekimler gerçek kişi sağlayıcı olarak kabul edilmelidir⁴⁹². Eğer tedâvi faaliyetini yürüten hekim bağımsız çalışmıyor ve bir sağlık kurumunda⁴⁹³ istihdam ediliyorsa, bu kez hekimi çalıştıran kurum sağlayıcı sıfatını taşır⁴⁹⁴.

Doktrinde, tıbbî müdahalenin hasta açısından ticarî kabul edilebileceği ayrık durumların varlığından söz edilmektedir⁴⁹⁵. Bunlardan ilki, kişinin sağlıklı bir denek olarak ücret

yapılan mal sağlama dışındaki her türlü faaliyeti” ifade eder. TKHK’da hizmet tanımı, İş Kanunu’ndaki ve Türk Borçlar Kanunu’ndaki hizmet (iş) sözleşmelerindeki hizmet anlamında değil, geniş anlamda iş görme sözleşmelerindeki anlamıyla kullanılmıştır. Bkz. Petek, “Tüketicinin Korunması”, 973.

⁴⁸⁶ Yakup Gökhan Doğramacı, “Teletıp, Sağlık Turizmi ve Uzaktan Sağlık Hizmetleri: Mesafeli Sözleşmeler”, *İÜHFD*, 78/2 (2020): 680. Tüketici sözleşmesinin ayırt edici özelliklerinin tıbbî müdahaleler bakımından detaylı incelemesi için bkz. Petek, “Tüketicinin Korunması”, 983 vd.

⁴⁸⁷ Hakeri, *Özel Hükümler*, 1055; Çavdar, “Türk Hukuku ve Avrupa Birliği Direktifleri Işığında Tele-Tıp”, 766; Doğramacı, “Teletıp, Sağlık Turizmi ve Uzaktan Sağlık Hizmetleri”, 679.

⁴⁸⁸ Krockner, “Medizintourismus im Internationalen Privat- und Zivilverfahrensrecht”, 246-247; Doğramacı, “Teletıp, Sağlık Turizmi ve Uzaktan Sağlık Hizmetleri”, 679; Petek, “Tüketicinin Korunması”, 983 vd.; İsa İsa Yardım, *Tüketici Olarak Hasta Hakları*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2016), 148.

⁴⁸⁹ Petek, “Tüketicinin Korunması”, 977.

⁴⁹⁰ “Dava; dış tedavi ücretinden kaynaklı bakiye alacağın iadesi istemine ilişkindir. Somut olayda, taraflar arasında 6502 sayılı yasa kapsamında eser sözleşmesinin mevcut olduğu, davacının da 6502 sayılı yasa kapsamında, “tüketici” tanımına uyduğu açık olup, olayda 6502 sayılı kanun hükümlerinin uygulanması gerekmektedir.” Y.3. HD. T. 18.11.2015 ve E. 2015/16701, K. 2015/18344. <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/yargitayindex.htm> (E.T. 05.08.2023)

⁴⁹¹ Bkz. Birinci Bölüm, 1.3.3. Tıbbî Müdahale ve Tedâvi.

⁴⁹² Petek, “Tüketicinin Korunması”, 977.

⁴⁹³ Tıbbî müdahalelerin gerçekleştirildiği ve tedâvi hizmetlerinin sunulduğu bütün sağlık kuruluşları bu kapsamdadır.

⁴⁹⁴ Petek, “Tüketicinin Korunması”, 977.

⁴⁹⁵ Nordmeier, “Der Behandlungsvertrag im Internationalen Privatrecht”, 514.

karşılığında klinik bir çalışmaya, vücudunu ve sağlığını adeta bir meta olarak sunmasıdır⁴⁹⁶. Ayrıca bir model veya profesyonel bir sporcuya, mesleğiyle bağlantılı şekilde sunulan sağlık hizmetinin *ticarî* bir amaç için alınıp alınmadığı sorusu akla gelebilir. Ancak bu durumda *ticarî* bir amacın bulunup bulunmadığını belirlemek imkânsız denebilecek kadar zordur. Bu nedenle kişi için sağlığın her zaman önce geldiği ve şahsî bir ihtiyaç olduğu kabul edilmelidir⁴⁹⁷.

Çalışmamızın uygulanacak hukuk sorununu ele aldığımız ikinci bölümünde MÖHUK kapsamında kurulan tüketici sözleşmesine daha detaylı bir şekilde yer vereceğimizden şimdilik bu açıklamalarla yetiniyoruz. Ancak kanaatimizce, burada tedâvi sözleşmesinin bir tüketici sözleşmesi olan paket tur sözleşmesi niteliğinde kurulması ihtimâline tekrar değinmekte yarar vardır.

Aracı kuruluş tarafından düzenlenen organizasyona, tedâvinin bizzat kendisinin de dâhil edilmesine bir engel bulunmaz. Sağlık turizminde hastanın bir aracı kuruluş ile çalışması onun lehineyse de bu bir zorunluluk arz etmez. Hastanın doğrudan hekim veya hastaneye başvurmasına bir engel yoktur. Hastanın doğrudan hekim veya hastaneye başvurduğu hallerde, hekim veya hastanenin de bir paket tur düzenleyicisi olarak faaliyette bulunup bulunamayacağı sorusunun da cevabı verilmelidir. Zira soruya verilecek olumlu cevap, uygulanacak hukukun tespitinde başvurulacak hükümlerin ve dolayısıyla uygulanacak hukukun değişmesine yol açabilir. Nitekim tedâvi sözleşmesindeki hizmetin ifa yerinin tüketicinin mutad meskeni ülkesi dışında olması nedeniyle sözleşme MÖHUK m. 26'nın kapsamı dışında kalıyorsa, sözleşmenin bir paket tur sözleşmesi olduğu iddiasıyla tekrar maddenin kapsamına dâhil edilmesi imkânı doğar.

Paket tur sözleşmesine yukarıda ayrıntılı şekilde yer verdiğimizden burada o açıklamalarımıza atıf yapmakla yetiniyoruz⁴⁹⁸. Ancak paket tur düzenleyicisinin kim olabileceğine ayrıca değinmekte yarar görmekteyiz. Hem TKHK hem de PTSY

⁴⁹⁶ İnsan bedeni üzerinde yapılan araştırma ve deneyler, insan hakları alanında yakın tarihteki en önemli gelişmelerden birisi olarak kabul edilmektedir. Konunun insan hakları boyutuyla değerlendirilmesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Bernhard Rütsche, “Das Recht der biomedizinischen Forschung am Menschen: Nationales Recht im Spiegel internationaler Prinzipien”, *MedR*, 32 (2014): 725 vd. Türk hukukunda insan üzerinde deney yapılması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Hakeri, *Özel Hükümler*, 820 vd.

⁴⁹⁷ Krocke, “Medizintourismus im Internationalen Privat- und Zivilverfahrensrecht”, 247, dn. 51; Nordmeier, “Der Behandlungsvertrag im Internationalen Privatrecht”, 514.

⁴⁹⁸ Bkz. Birinci Bölüm, 1.8.3.1. Paket Tur Sözleşmesi.

kapsamında tüketiciye ticarî veya meslekî faaliyetleri kapsamında hizmet sunan gerçek veya tüzel kişiler sağlayıcı olarak kabul edilir. Paket tur sözleşmeleri bakımından hizmet sağlayıcısı, ilgili edimleri bir araya getirerek tüketiciye bu hizmetler bütünü sunan paket tur düzenleyicisidir. Bununla beraber SASABK ve Seyahat Acentaları Yönetmeliği'nde (SAY) paket tur sözleşmesinde tüketicinin karşısında yer alacak tarafın “seyahat acentesi” olduğu ifade edilmiştir. PTSY'den önce yürürlükte bulunan Paket Tur Sözleşmeleri Uygulama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik'te⁴⁹⁹ de aynı düzenleme yer almaktaydı. Söz konusu düzenlemenin yürürlükte olduğu dönemde hem uygulamada paket turların sadece seyahat acenteleri tarafından düzenlenip pazarlanmadığı gerçeği karşısında hem de Kanun'da yer almayan bir sınırlamaya Yönetmelik'te yer verilmesi nedeniyle düzenleme eleştirilmekteydi⁵⁰⁰. Hatta medikal turizm kapsamında hastanelerin ve diğer sağlık hizmeti sunucularının TKHK'daki paket tur tanımına uyan turlar düzenlemekte olduklarına, bunların özellikle yurt dışından gelen hastalara konaklama, ulaştırma ve tıbbî müdahale hizmetlerini götürü bir ücret karşılığında *paket hâlinde* sunduklarına ilişkin örnek de verilmekteydi⁵⁰¹. Şu hâlde SASABK ve SAY bakımından paket tur düzenleyicisinin seyahat acentesi olması gerekliliğinin *de lege lata* devam ettiği ileri sürülebilir. Fakat bizim de katıldığımız görüşe göre, seyahat acentesi ifadesi geniş yorumlanmalı ve bu ifadede *paket tur düzenleyen* anlaşılmalıdır⁵⁰². Saymış olduğumuz gerekçelerle kanaatimizce, hem artık PTSY'de paket tur düzenleyicisinin seyahat acentesi olması zorunluluğunun bulunmaması karşısında hem de uygulamadaki durum düşünüldüğünde sağlık hizmeti sunucusu veya hekimin de paket tur düzenleyicisi olmasına bir engel yoktur.

1.8.5. Tedâvi Sözleşmesinde Sık Karşılaşılan Sözleşmenin İhlâli Hâlleri

Tıbbî müdahaleler, bünyesinde her an bir zararın doğması riskini barındırır. Hekimlik mesleği, işin doğası gereği riskli bir meslektir. Türk hukukunda hekimin sorumluluğunu doğuran sebepler, vekâletsiz iş görme, haksız fiil ve sözleşme olarak sayılmaktadır⁵⁰³.

⁴⁹⁹ RG. 13.06.2003, 25137.

⁵⁰⁰ Eren Sayın, *Paket Tur Sözleşmesinde Tüketicinin Korunması*, 85.

⁵⁰¹ Eren Sayın, *Paket Tur Sözleşmesinde Tüketicinin Korunması*, 84.

⁵⁰² Eren Sayın, *Paket Tur Sözleşmesinde Tüketicinin Korunması*, 84.

⁵⁰³ Özdemir, “Hekimin Hukuki Sorumluluğu”, 35; Petek, “Tüketicinin Korunması”, 971. Bir diğer hukukî sorumluluk hâli *culpa in contrahendo* sorumluluğudur. Çalışmamız kapsamında hekimin *culpa in contrahendo* sorumluluğu üzerinde ayrıca durulmamıştır.

Yukarıda yer verdiğimiz üzere hekim ile hasta arasındaki ilişkinin en önemli kaynağı sözleşmedir⁵⁰⁴. Hekim veya hastanenin ihlâl etmesi durumunda sorumluluğuna yol açacak birtakım yükümlülükleri bulunur. Tedâvi sözleşmesinden doğan aslî veya yan bir yükümlüğün ihlâli, taraflar arasında uyuşmazlığa yol açabilir. Sözleşmeye dayalı alacak ve tazminat talepleri en sık karşılaşılan uyuşmazlıklardır.

Yabancı unsurlu bir tedâvi ilişkisinde, hastanın talepleri söz konusu olabileceği gibi hekim ya da hastanenin de özellikle ücretin ödenmemesinden kaynaklanan talepleri olabilir⁵⁰⁵. Çalışmamızın ikinci bölümünde tespitinin nasıl yapılacağına yer verdiğimiz sözleşme statüsü hem hastanın hem de hasta karşısında yer alan hekimin taleplerini kapsar. Çalışmamızın bu kısmında, uygulanacak hukuku ele aldığımız bölümde sıklıkla kullanacağımız için ilgili yerlerde yol gösterici olması açısından, sağlık turizminde sözleşmeden doğan sorumlulukla ilgili kavramlara değinilmektedir.

1.8.5.1. Hatalı Tıbbî Müdahale

Türk hukukuna göre hekim, vekâlet sözleşmesinde vekil olarak bir işi görmeyi bir işlemi yapmayı; eser sözleşmesindeyse yüklenici olarak bir eseri meydana getirmeyi borçlanır⁵⁰⁶. Hekim veya hastanenin teşhis ve tedâvi yükümlülüğü, tedâvi sözleşmesinin en belirleyici aslî edimidir⁵⁰⁷. Hekimler, meslekî faaliyetlerini yürüttükleri esnada kendilerinden beklenen özeni en yüksek şekilde göstermek, tıbbî standartları takip etmek ve uygulamakla yükümlüdür⁵⁰⁸. Tıbbî standartlar; tıp biliminin içinde bulunduğu gelişim evresi sürecinde oluşan, hekimlerin geneli tarafından kabul görmüş ve pratikte sıklıkla uygulanan tedâvi yöntemleridir⁵⁰⁹.

⁵⁰⁴ Bkz. Birinci Bölüm, 1.8. Sağlık Turizmi Kapsamında Tedâvi Sözleşmesi.

⁵⁰⁵ Stefanie Wienand, “Behandlung von Patienten aus dem Ausland”, Ed. Schmola, Gerald, Boris Rapp. Compliance, Governance und Risikomanagement im Krankenhaus / Rechtliche Anforderungen – Praktische Umsetzung – Nachhaltige Organisation, (2018): 547.

⁵⁰⁶ Eren, *Özel Hükümler*, 615-732.

⁵⁰⁷ Özdemir, “Hekimin Hukuki Sorumluluğu”, 51.

⁵⁰⁸ Katzenmeier, *Arzthaftung*, 272 vd.; Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 33; Değdaş, “Hatalı Tıbbi Uygulamadan Doğan Sorumluluk”, 51. Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi m. 13’e göre de hekim tıbbın gereklerine göre teşhis koymakla yükümlü olup tıbbın kurallarına aykırı tedâvi ve teşhis yasaklanmaktadır.

⁵⁰⁹ Pinheiro, *Der gerechte Ausgleich der Partei-Interessen in der Arzthaftung*, 33; Değdaş, “Hatalı Tıbbi Uygulamadan Doğan Sorumluluk”, 51.

Hatalı tıbbî müdahale veya *malpraktis* olarak da adlandırılan tedâvi hataları, sağlık hizmetlerinin sunumu esnasında görevli sağlık personelinin kusurlu hareket etmesi sonucu ortaya çıkar. Dünya Tabipler Birliği'nin 1992 yılında yapılan 44. Genel Kurulu'nda kabul edilen bildirgesinde tıbbî müdahale hatası, “*hekimin tedâvi sırasında standart uygulamayı yapmaması, beceri eksikliği veya hastaya tedavi vermemesi ile oluşan zarar*” şeklinde tanımlanmıştır⁵¹⁰. Tıbbî müdahale hatası özen göstermeksizin veya yanlış uygulanan tedâvi sonucunda ortaya çıkan hukukî durumdur⁵¹¹. Her şeyden önce tedâvinin başarılı olmaması hatalı tıbbî müdahaledir. Örneğin, hastanın dişine başarısız bir *implant* uygulaması yapılmış olabilir ya da yapılan cerrahî operasyon başarısız sonuçlanabilir. Hasta tedâvinin yan etkileri sonucunda hayal kırıklıkları yaşayabilir⁵¹². Hasta, bakımının ihlâl edilmesi nedeniyle hastane enfeksiyonu kapabilir ve bunun sonucunda ciddi sağlık sorunlarıyla karşılaşabilir. Ayrıca hastane personelinin eğitilmiş olmaması da hastanın sorunlar yaşamasına yol açabilir. Hasta bakımının ihmâl edilmesi ve hastanenin yeterince temizlenmemesi gibi nedenler ise ikincil görevlerin yerine getirilmemesinden kaynaklanan hatalar olarak adlandırılabilir⁵¹³.

Tıbbî müdahale hatası, her hasta için bir endişe yaratsa da sıradan bir hasta pek çok durumda önceden, böyle bir durumla karşılaşacağını ne düşünür ne de planlar. Hasta tedâvi olmaya karar verdiğinde en iyisini umar. Özellikle yurt içi tedâvilerde hekimin yetersizliği gibi sebeplerle bir şekilde işler ters giderse, hasta kendi ülkesinin hukuk sistemine başvurabileceğinin bilincindedir ve bu ona bir güven sağlar. Ancak hasta, tedâvi için menşe ülkesinden ayrılmaya karar verdiğinde durum değişir. Eğer hasta olası bir sorunla karşılaşır ve bu sorunu dava yoluyla çözmek isterse öncelikle mahkemelerin milletlerarası yetkisi meselesi konusunda zorluk yaşar. Özellikle hatalı tıbbî müdahaleye maruz kalmış hasta, menşe ülkesinde mi; yoksa tıbbî müdahalenin yapıldığı varış ülkesinde mi yargısal yollara başvuracağı konusunda bir ikileme düşebilir⁵¹⁴. Somut olayın koşullarına göre uyuşmazlıkta, hastanın menşe ülkesinin milletlerarası yetkisinin

⁵¹⁰ Bildirgede ayrıca tıbbî müdahale hatasının tıbbî bakım ve tedâvi sırasında görülen ve hekimin hatası olmayan durumlardan (*komplikasyon*) ayırt edilmesi gerektiği de vurgulanmıştır.

⁵¹¹ <https://sozluk.gov.tr/> (E.T. 12.01.2023)

⁵¹² Deutsch, “Der Medizintourismus: Die rechtliche Seite”, 2.

⁵¹³ Deutsch, “Der Medizintourismus: Die rechtliche Seite”, 2.

⁵¹⁴ Gemalmaz ve Ertan, “Sağlık Turizmi”, 1026.

bulunmaması tehlikesi söz konusu olabilir⁵¹⁵. Hasta kendi ülkesinde dava açmış ve bu dava hakkında bir karar alınmış olsa dahi; bu mahkeme kararının tedâvinin gerçekleştiği varış ülkesinde tanınması ve tenfizi noktasında hastanın önemli engellerle karşı karşıya kalabilmesi mümkündür⁵¹⁶. Tüm bu nedenlerle, hastanın yurt dışında tedâviye karar vermeden önce yabancı hekimlere karşı açılacak davalarda karşılaşılabilecek engelleri ve sorunları hesaba katmaları onların lehinedir⁵¹⁷. Örneğin, Bangkok'ta tedâvi olmak isteyen hastaların tıbbî müdahale hatası nedeniyle hekime dava açma hakkından ferâgat etmesi gerekir⁵¹⁸. Elbette daha tedâvi gerçekleştirilmeden yasal başvuru hakkından ferâgat etmek hastanın aleyhine sonuçlara neden olur. Bu ferâgate rağmen hastanın kendi ülkesinde dava açıp açamayacağı ve eğer dava açıp sonucunda bir karar elde ettiyse bu kararın icrasını nasıl sağlayacağı cevaplanması gereken sorulardır⁵¹⁹.

1.8.5.2. Sadakat ve Özen Yükümlülüğünün İhlâli

TBK'nın 506. maddesinin 2. fıkrasına göre *“vekil üstlendiği iş ve hizmetleri, vekâlet verenin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle yürütmekle yükümlüdür”* Sadakat borcu vekâlet ve dolayısıyla tedâvi sözleşmesinin güvene dayalı ve kişisel nitelikli bir sözleşme olmasından kaynaklanır⁵²⁰. Bu nedenle hekim, hastayla kurduğu sözleşme gereği, teşhis ve tedâvi faaliyetinde bulunurken sadakat ve özenle hareket etmek mecbûriyetindedir⁵²¹. TBK'nın 471. maddesinde eser sözleşmesi açısından da *“yüklenici,*

⁵¹⁵ Steklof, “Medical Tourism”, 721.

⁵¹⁶ Steklof, “Medical Tourism”, 721; Gemalmaz ve Ertan, “Sağlık Turizmi”, 1026.

⁵¹⁷ Steklof, “Medical Tourism”, 721.

⁵¹⁸ Steklof, “Medical Tourism”, 728. Hekimlerin tıbbî müdahale hatası nedeniyle herhangi bir maliyete katlanmamaları, onların prosedür için daha düşük ücretler talep etmelerine olanak tanır.

⁵¹⁹ Steklof, “Medical Tourism”, 728.

⁵²⁰ Eren, *Özel Hükümler*, 744.

⁵²¹ Özdemir, “Hekimin Hukuki Sorumluluğu”, 59. Sadakat borcu, hekimin hastanın sağlığını korumak için gerekli her şeyi yapması ve ona zarar verecek şeylerden kaçınmasını ifade eder. Bir başka deyişle hekim hastaya karşı dürüst davranarak onun güvenini sarsacak davranışlardan kaçınmalıdır. Doğan, “Özel Hastanelerin Tazminat Sorumluluğu”, 39; Ayan, *Tıbbî Müdahalelerden Doğan Sorumluluk*, 87-88; Yavuz İpekyüz, *Hekimlik Sözleşmesi*, 103; Özdemir, “Hekimin Hukuki Sorumluluğu”, 59; Petek, “Hukuki Sorumluluk”, 208. Özen borcu gereği hekim genellikle kabul edilen ve tıp biliminin uygulanması artık mutad usûlünü almış olan ilkelerini bilmelidir. Ayrıca hekim mesleğini, tıbbî ilkelere göre yerine getirmelidir. Ayan, *Tıbbî Müdahalelerden Doğan Sorumluluk*, 90 vd.; Doğan, “Özel Hastanelerin Tazminat Sorumluluğu”, 40.

üstlendiği edimleri işsahibinin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle ifa etmek zorundadır” denilerek sadakat ve özen yükümlülüğü açıkça düzenlemiştir⁵²².

Sağlık turistlerinin tercihlerinde, riski en aza indirmek ve belirsizlikten kaçınmaya çalışmak önemli bir rol oynar. Hasta, sözleşmenin zayıf tarafı sıfatıyla, hizmetin öncesi veya sonrasında neye ihtiyacı duyduğunu tam olarak bilmez. Tedâvi sözleşmesinin muhtevâsı hasta açısından bir bilinmezdir. Öte yandan işin uzmanı olan hekim veya sağlık hizmeti sunucusu ise tüm tedâvi süreci hakkında bilgi sahibi olan taraftır. Bu nedenle taraflar arasında güven ilişkisi son derece önemlidir. Nitekim hekimin veya hastanenin sadakat yükümlülüğü taraflar arasındaki ilişkinin temelindeki güven unsurundan kaynaklanır⁵²³. Dolayısıyla hasta, hizmet sunucu olan tarafın kendi yararına değil de hasta yararına hareket ettiğine güvenmelidir⁵²⁴. Bir başka ifadeyle, sadakat borcu gereği hekimin, hastanın menfaatlerini kendi menfaatinden üstün tutması gerekir⁵²⁵.

1.8.5.2.1. Sır Saklama Yükümlülüğünün İhlâli

Hekim, hastayla kurduğu kişisel ilişki nedeniyle hastanın sırlarını öğrenebilmektedir⁵²⁶. Tedâvi sözleşmesinin temeli güven unsuruna dayanır. HHY’nin 21. maddesinde “mahremiyete saygı gösterilmesi” ve 23. maddesinde “bilgilerin gizli tutulması” gerektiği düzenlenmektedir. Sağlık turizminde hasta kayıtları ve transferi, kişisel verilerin korunması ve hastanın mahremiyeti gibi konular önem arz eder. Nitekim bu sebeplerden dolayı hekimin sır saklama yükümlülüğü bulunur⁵²⁷. Hekimin sır saklama yükümlülüğü aynı zamanda hastanın kişilik hakkını koruma amacına yönelik Anayasanın 17. ve TMK’nın 24. maddelerinin de bir sonucudur⁵²⁸.

Türk hukukunda açık bir şekilde düzenlenmediğinden hekimin sır saklama yükümlülüğünün, *sadakat yükümlülüğünden* doğduğu kabul edilir⁵²⁹. Bu nedenle hekim,

⁵²² Vekâlet sözleşmesinde vekilin borçları hakkında bkz. Eren, *Özel Hükümler*, 72 vd. Eser sözleşmesinde yüklenicinin borçları hakkında bkz. Eren, *Özel Hükümler*, 632 vd.

⁵²³ Doğan, “Özel Hastanelerin Tazminat Sorumluluğu”, 39.

⁵²⁴ Haber ve Krczal, “Medizintourismus”, 239.

⁵²⁵ Doğan, “Özel Hastanelerin Tazminat Sorumluluğu”, 39.

⁵²⁶ Eren, *Özel Hükümler*, 745.

⁵²⁷ Sır, açıklanmamasında veya gizli tutulmasında hastanın maddî ve manevî menfaati bulunan her şeydir. Petek, “Hukuki Sorumluluk”, 215; Ayan, *Tıbbî Müdahalelerden Doğan Sorumluluk*, 99.

⁵²⁸ Özdemir, “Hekimin Hukuki Sorumluluğu”, 63; Eren, *Özel Hükümler*, 745.

⁵²⁹ Özdemir, “Hekimin Hukuki Sorumluluğu”, 63.

tedâvi süresi boyunca hastaya bilgi vermek, onu aydınlatmak ve uyarmakla yükümlüdür⁵³⁰. Ayrıca hekimin sadakat borcu ve sadakat borcundan doğan sır saklama borcu tedâvi süresince devam ettiği gibi, tedâvi sona erdikten sonra da devam eder⁵³¹.

1.8.5.2.2. Aydınlatma Yükümlülüğünün İhlâli

Hekimin hastaya her türlü tıbbî müdahalede bulunabilmesi için hastanın onayı ve katılımı zorunludur⁵³². Hastanın tedâviye etkin rızasının varlığından söz edebilmek için onun hukuka uygun şekilde bilgilendirilmesi gerekir⁵³³.

Hekimin hastayı, yapılacak tıbbî müdahalenin niteliği, sonuçları ve doğuracağı tehlikeler hakkında bilgilendirmesi, başka bir ifadeyle aydınlatması gerekir⁵³⁴. Hastanın aydınlatılması ve tedâvi hakkında bilgilendirilmesi, onun vücut bütünlüğü ve kendi kaderini tayin hakkıyla doğrudan ilgilidir⁵³⁵. Aydınlatma ve bilgilendirilmenin yapılmamış olması hekimin hukukî sorumluluğunu doğurur⁵³⁶.

HHY'nin 4. maddesine göre bilgilendirme, *“yapılması planlanan her türlü tıbbî müdahale öncesinde müdahaleyi gerçekleştirecek sağlık meslek mensubu tarafından kişiye gerekli bilginin verilmesini”* ifade eder. Aynı maddeye göre rıza ise *“kişinin tıbbî müdahaleyi serbest iradesiyle ve bilgilendirilmiş olarak kabul etmesine”* karşılık gelmektedir.

⁵³⁰ Firdevs Arslan, “Hekimin Sorumluluğunun Belirlenmesi Bakımından Hekim ile Hasta Arasındaki İlişkinin Hukuki Mahiyeti”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 26/1 (2020): 410.

⁵³¹ Arslan, “Hekim ile Hasta Arasındaki İlişkinin Hukuki Mahiyeti”,

⁵³² Deutsch ve Spickhoff, *Medizinrecht*, para. 407.

⁵³³ Hakeri, *Genel Hükümler*, 329; Petek, “Hukuki Sorumluluk”, 200-201; Windel, “Der neue Vertragstyp des Behandlungsvertrages”, 3183.

⁵³⁴ Eren, *Özel Hükümler*, 745.

⁵³⁵ Nicola Hegerfeld, “Die Aufklärung und Information sprachunkundiger Patienten”, *MedR*, 37 (2019): 541-542; “SAMW Schlussbericht”, 16.

⁵³⁶ Katzenmeier, *Arzthaftung*, 322 vd; Wagner, *içinde*, MüKo-BGB, Bd. 5, § 823, para. 761 vd; Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 33; Ayan, *Tıbbî Müdahalelerden Doğan Sorumluluk*, 71; Petek, “Hukuki Sorumluluk”, 201; Katzenmeier, “Der Behandlungsvertrag”, 819; Andreas Spickhoff, “Patientenrechte und Patientenpflichten - Die medizinische Behandlung als kodifizierter Vertragstypus”, *VersR*, (2013): 275; Nordmeier, “Der Behandlungsvertrag im Internationalen Privatrecht”, 517

Aydınlatmanın kime yapılacağı ve dolayısıyla rızanın kimin tarafından verileceği de önem arz eder⁵³⁷. Hekim, uygulanacak teşhis ve tedâvi konusunda hastayı veya yasal temsilcisini aydınlatmak zorundadır. Aydınlatma, rızanın temelini oluşturduğundan, kural olarak bizzat hastaya yapılır. Rızanın alınması konusunda küçüklük ya da kısıtlılık hâlleri söz konusu ise veya hasta rıza verebilecek durumda değilse aydınlatma bu kişilerin yasal temsilcilerine yapılmalıdır⁵³⁸. Hastanın yasal temsilcisi yoksa, bu durumda yakınlarına bilgi verilmelidir⁵³⁹. Ancak bu aydınlatma faaliyeti neticesinde, hasta veya yasal temsilci, uygulanacak tıbbî teşhis ve tedâviye rıza gösteriyorsa hukuka uygun bir müdahaleden söz edilebilir⁵⁴⁰. Zira yalnızca yeterince bilgi sahibi olan hasta, önerilen tedâviye razı olup olmama hususunda serbest iradesiyle karar verebilir⁵⁴¹. Hekimin aydınlatma yükümlülüğünün varlığının altında yatan amaç, hastanın kendi kaderini tayin etme hakkını kullanmasına imkân sağlamaktır⁵⁴². Hastanın etkin rızasının varlığı, hukuka uygunluk sebebi olmasının yanı sıra devletin kişiyi üçüncü kişilere karşı koruma yükümlülüğünü de ortadan kaldırır⁵⁴³.

Aydınlatma yükümlülüğü Anayasanın 17. maddesinin “*herkes yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir*” hükmüne dayanır⁵⁴⁴. Bir başka deyişle aydınlatma yükümlülüğü, kendi kaderini tayin hakkıyla bağlantılıdır ve yaşam ve fizikî bütünlüğünün güvence altında olmasının doğrudan bir sonucudur. Türk hukukunda

⁵³⁷ Reinhard Damm, “Patientenrechte - grenzüberschreitende Betrachtungen zum deutschen und schweizerischen Recht (Teil 2)”, *MedR*, 36 (2018): 942.

⁵³⁸ Doğan, “Özel Hastanelerin Tazminat Sorumluluğu”, 38.

⁵³⁹ Doğan, “Özel Hastanelerin Tazminat Sorumluluğu”, 38.

⁵⁴⁰ Özdemir, “Hekimin Hukuki Sorumluluğu”, 55; Reiswitz, 26; Deutsch ve Spickhoff, *Medizinrecht*, para. 407; Erwin Deutsch, “Das Persönlichkeitsrecht des Patienten”, *Archiv für die civilistische Praxis*, 192 (1992): 166.

⁵⁴¹ Ayan, *Tıbbî Müdahalelerden Doğan Sorumluluk*, 71; Özdemir, “Hekimin Hukuki Sorumluluğu”, 56; Petek, “Hukuki Sorumluluk”, 200-201; Doğan, “Özel Hastanelerin Tazminat Sorumluluğu”, 31.

⁵⁴² Damm, “Patientenrechte - grenzüberschreitende Betrachtungen (Teil 1)”, 852; Christian Katzenmeier, “Ärztliche Aufklärung”, Ed. Claudia Wiesemann ve Alfred Simon, *Patientenautonomie*, (2013): 91, 92.

⁵⁴³ Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 26.

⁵⁴⁴ Ayrıca kişiliği serbestçe geliştirme hakkının yanı sıra ve insan onuru da aydınlatma yükümlülüğü ve dolayısıyla kendi kaderini tayin hakkıyla bağlantılıdır. Bkz. Damm, “Patientenrechte - grenzüberschreitende Betrachtungen (Teil 1)”, 852.

ayrıca, TŞSTİDK m. 70⁵⁴⁵, Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi⁵⁴⁶ (TDN) m. 14 ve HHY m. 15 de⁵⁴⁷ aydınlatma yükümlülüğüne dayanak oluşturan düzenlemelerdir. Aydınlatmanın konusu, teşhis ve buna bağlı tehlikeler yanında uygulanması düşünülen tedâvinin şekli, özellikle müdahalenin tarzı ve kapsamıdır⁵⁴⁸. Bir tedâvinin riskleri ne kadar yüksek ve tıbbî müdahalenin aciliyeti ne kadar azsa, aydınlatma yükümlülüğünün seviyesi o kadar fazladır⁵⁴⁹.

1.9. Sağlık Turizmi Kapsamında Haksız Fiil

Hekim ve hasta arasında bir sözleşme ilişkisinin bulunmadığı hâllerde, hekimin hukukî sorumluluğu genellikle haksız fiil ilişkisinden kaynaklanır⁵⁵⁰. Esasen, hastayla arasında bir sözleşme ilişkisi bulunmadan hastaya müdahale eden hekim, vekâletsiz iş görme şartları yoksa, hastaya karşı haksız fiil esasları çerçevesinde sorumlu olur. Bununla beraber bir sözleşme ilişkisinin varlığı hâlinde bile, hekim belli şartlarda⁵⁵¹ hastaya karşı haksız fiil hükümlerine göre sorumlu tutulabilir⁵⁵².

⁵⁴⁵ TŞSTİDK'nın 70. maddesine göre, "bütün tıbbi müdahaleler için yetkili şahsın rızasını almak zorunludur. Rızanın geçerli olabilmesi içinse, hastanın, muvafakat beyanından önce müdahalenin türü, kapsamı ve sonuçları üzerinde aydınlatılması gerekir". Dünya Tıp Birliğinin (DTB) Lizbon'da 1981 yılında kabul ettiği bildirinin üçüncü maddesine göre de hastanın "Uygun ve yeterli ölçüde bilgilendirdikten sonra tedâviyi ret veya kabul hakkı" vardır.

⁵⁴⁶ RG. 19.02.1960, 10436.

⁵⁴⁷ HHY'nin 15. maddesinin birinci fıkrasına göre, "Hastaya;
a) Hastalığın muhtemel sebepleri ve nasıl seyredeceği,
b) Tıbbi müdahalenin kim tarafından nerede, ne şekilde ve nasıl yapılacağı ile tahmini süresi,
c) Diğer tam ve tedavi seçenekleri ve bu seçeneklerin getireceği fayda ve riskler ile hastanın sağlığı üzerindeki muhtemel etkileri,
ç) Muhtemel komplikasyonları,
d) Reddetme durumunda ortaya çıkabilecek muhtemel fayda ve riskleri,
e) Kullanılacak ilaçların önemli özellikleri,
f) Sağlığı için kritik olan yaşam tarzı önerileri,
g) Gerektiğinde aynı konuda tıbbî yardıma nasıl ulaşabileceği,
hususlarında bilgi verilir. "

⁵⁴⁸ Aydınlatmanın kapsamı ve şekli hakkında bkz. Hakeri, *Genel Hükümler*, 329 vd.; Doğan, "Özel Hastanelerin Tazminat Sorumluluğu", 32 vd.

⁵⁴⁹ "SAMW Schlussbericht", 62.

⁵⁵⁰ Hakeri, *Özel Hükümler*, 1054; Demir, "Hekimin Hukuksal Sorumluluğunun Kaynakları", 270; Ayan, *Tıbbî Müdahalelerden Doğan Sorumluluk*, 61.

⁵⁵¹ TBK m. 60'a göre; "Bir kişinin sorumluluğu, birden çok sebebe dayandırılabilir hâkim, zarar gören aksini istemiş olmadıkça veya kanunda aksi öngörülmedikçe, zarar görene en iyi giderim olanağı sağlayan sorumluluk sebebine göre karar verir."

⁵⁵² Ayan, *Tıbbî Müdahalelerden Doğan Sorumluluk*, 61; Demir, "Hekimin Hukuksal Sorumluluğunun Kaynakları", 270; Özdemir, "Hekimin Hukuki Sorumluluğu", 39; Zafer Kahraman, "Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu", *Banka ve Finans Hukuku Dergisi*, 8/32 (2019): 1286.

Hekim tıbbî müdahalede bulunurken hastanın vücut bütünlüğüne yönelik davranışlarda bulunur. Bu nedenle sözleşmeye aykırı her türlü davranış aynı zamanda haksız fiilin oluşmasına yol açar. Bir başka ifadeyle tedâvi söz konusu olduğunda, haksız fiil sorumluluğunun da gündeme gelmesi işin doğasında vardır⁵⁵³. Örneğin hekim, kendinden beklenen dikkat ve özeni göstermeksizin hasta organ yerine sağlıklı organı ameliyat ettiği için maddî veya manevî zarara neden olabilir. Bu zararlar hekimin sözleşmeyle üstlendiği yükümleri ihlâl etmesi nedeniyle sözleşmeye dayanan sorumluluğuna sebep olacağı gibi, aynı zamanda onun haksız fiil sorumluluğunu da doğurur⁵⁵⁴. Aynı şekilde estetik cerrahlar da hastanın beden bütünlüğüne yönelik müdahalelerde bulunurlar. Bu nedenle onların da sözleşmeye aykırı ve hastaya zarar veren her türlü davranışı, aynı zamanda haksız fiil sorumluluğuna yol açar⁵⁵⁵. Böyle bir durumda, sözleşmeden doğan sorumlulukla haksız fiil sorumluluğu yarışır⁵⁵⁶. Hasta bu sorumluluk türlerinden dilediğine başvurarak zararın tazmînini isteyebilir. Maddî hukukta var olan bu yarışma durumu, kanunlar ihtilâfı alanında da kendisini gösterir. Zira bu iki sorumluluk türü birbirinden bağımsız olduğu için, kanunlar ihtilâfı alanında da her iki sorumluluk açısından farklı bağlama kuralları öngörülmüştür⁵⁵⁷.

Hekim ile hasta arasında geçerli bir sözleşme bulunmasına rağmen, müdahale sonucunda hastanın ölmesi sebebiyle hasta yakınlarının hekime karşı açacakları maddî ve manevî tazminat davalarının temelinde de haksız fiil sorumluluğu vardır. Hasta yakınları hekimin sözleşmeye aykırı davranışı sebebiyle zarar görseler de hekim ile hasta yakınları arasında bir sözleşme bulunmadığından, hekimin haksız fiil sorumluluğuna dayanarak zararlarının tazmini isteyebilirler⁵⁵⁸.

⁵⁵³ Stumpf, “Die Möglichkeit der Rechtswahl im internationalen Arzthaftungsrecht”, 546.

⁵⁵⁴ Özdemir, “Hekimin Hukuki Sorumluluğu”, 39.

⁵⁵⁵ Petek, “Hukuki Sorumluluk”, 222. Tabak, *Sağlık Turizmi Hukuku*, 112.

⁵⁵⁶ Petek, “Hukuki Sorumluluk”, 222; Ayan, *Tıbbî Müdahalelerden Doğan Sorumluluk*, 61-62; Şenocak, Şenocak, *Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu*, 14; Yavuz İpekyüz, *Hekimlik Sözleşmesi*, 124-125.

⁵⁵⁷ Nordmeier, “Der Behandlungsvertrag im Internationalen Privatrecht”, 514; Erwin Deutsch, “Das Internationale Privatrecht der Arzthaftung”, *Festschrift für Murad Ferid*, (1978): 119 vd.; Prütting, “Gerichtsstand- und Rechtswahl in der Europäischen Arzthaftung”, 45-46; Prütting, “Die europäische Arzthaftung im Prozess”, 164.

⁵⁵⁸ Petek, “Hukuki Sorumluluk”, 222; Yavuz İpekyüz, *Hekimlik Sözleşmesi*, 125.

1.10. Sağlık Turizmi Kapsamında Vekâletsiz İş Görme

Hekim ve hasta arasında bir sözleşme ilişkisi bulunmamasına rağmen bazı hâllerde, hekimin hastaya karşı tıbbî müdahalede bulunması gerekebilir. Bu hâllerden ilki, hastanın rızasının alınmadığı ve hayatî tehlikesinin bulunduğu trafik kazası, yangın, boğulma gibi acil durumlardır. İkincisi ise hekimin, hastanın rızasıyla hastaya tıbbî müdahalede bulunurken yapılan işlemi genişletmesini zorunlu kılan bir durumun doğması hâlinde, hastanın rızası olmadan tıbbî müdahalede bulunmasıdır⁵⁵⁹. Tüm bu hâllerde hekimin amacı, hastanın hayatını kurtarmak veya onun ağır bir zarara uğramasını engellemektir⁵⁶⁰. İşte böyle durumlarda hasta ile hekim arasında bir sözleşme ilişkisi bulunmadığından, hekimin gerçekleştirdiği müdahaleler, “vekâletsiz iş görme” kapsamında değerlendirilir⁵⁶¹. Vekâletsiz iş görme, borç doğuran sebeplerden birisidir ve iş görenin, iş görme yükümlülüğü olmamasına rağmen; iş sahibinin bir işini görmesidir⁵⁶². Türk hukukuna göre hekimin hastanın rızasını alabilmesinin mümkün olmadığı, ancak hekimlik mesleğinin gereği olarak hastaya müdahale ettiği hâllerde, hastayla hekim arasındaki ilişkiye TBK m. 527 vd. maddelerinde düzenlenen vekâletsiz iş görmeden doğan sorumluluk hükümleri uygulanır. Gerçekten de böyle bir durumda, hastanın varsayılan rızasına ve üstün özel yararına uygun bir tıbbî müdahale söz konusu olduğundan, hekimin müdahalesi haksız bir fiil olarak değerlendirilemez⁵⁶³.

⁵⁵⁹ Hakeri, *Özel Hükümler*, 1053; Ayan, *Tıbbî Müdahalelerden Doğan Sorumluluk*, 60; Petek, “Hukuki Sorumluluk”, 225; Yavuz İpekyüz, *Hekimlik Sözleşmesi*, 128; Claudia Wagner, *Einflüsse der Dienstleistungsfreiheit auf das nationale und internationale Arzthaftungsrecht*, (Berlin: Duncker & Humblot, 2008), 230; Könnig-Feil, *Das internationale Arzthaftungsrecht*, 317; Barbara Geistlinger, *Internationales Arzthaftungsrecht nach den Verordnungen Rom I und Rom II unter Berücksichtigung der internationalen Zuständigkeit*. Graz: 2013, 37.

⁵⁶⁰ Özdemir, “Hekimin Hukuki Sorumluluğu”, 37; Ayan, *Tıbbî Müdahalelerden Doğan Sorumluluk*, 61; Murat Doğan, “Hekimin Hukuki Sorumluluğu”, *Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk Sempozyumu, Mersin Barosu*, (2009): 43.

⁵⁶¹ Vekâletsiz iş görme TBK m. 526’da “Vekâleti olmaksızın başkasının hesabına iş gören, o işi sahibinin menfaatine ve varsayılan iradesine uygun olarak görmekle yükümlüdür.” şeklinde tanımlanır.

⁵⁶² Aysel Çelikel ve B. Bahadır Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk*, (İstanbul: Beta Yayınevi, 2020), 492. Vekâletsiz iş görmenin Türk hukukundaki ve karşılaştırmalı hukuktaki yeriyile gerçek ve gerçek olmayan vekâletsiz iş görme hakkında bkz. Hatice Selin Pürselim Arning ve Aynaz Uğur, “Milletlerarası Vekaletsiz İş Görmelerde Her Yerdelik”, *Uluslararası Sosyal ve Beşeri Bilimler Araştırma Dergisi*, 8/72 (2021): 1971 vd.; Ali Önal, “Türk Hukuku ve AB Hukuku Çerçevesinde Vekâletsiz İş Görmeye Uygulanacak Hukuk, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, (2016): 2154 vd.

⁵⁶³ Özdemir, “Hekimin Hukuki Sorumluluğu”, 37.

Daha evvel değindiğimiz üzere *akut* bir müdahaleyi gerektiren durumlar çalışma konumuzun kapsamı dışındadır⁵⁶⁴. Zira bu durumda sağlık turizminden değil, turistin sağlığından söz edilir. Sağlık turizmi açısından vekâletsiz iş görme sorumluluğunu doğurabilecek tek ihtimâl, hekimin tıbbî müdahalede bulunduğu sırada yapılan işlemi genişletme zorunluluğunun doğmasıdır.

1.11. Sağlık Turizmine Özgü Tehlikeler

Tüm avantajlarının yanı sıra sağlık turizmi, birtakım riskleri de içinde barındırır. Sağlık turizmi, kanun koyucunun ele almasını gerektiren pek çok gri bölgeye sahiptir. Özellikle her ülkede farklı tedâvi standartlarının varlığı önemli bir sorundur. Ayrıca sağlık hizmetlerinin fiyatlandırılması, şeffaflığının sağlanması veya ruhsatlandırma ve akreditasyon süreçlerine ilişkin yasal düzenlemeler konusundaki mevcut farklılıklar da bir diğer sorun kaynağıdır⁵⁶⁵.

Sağlık turizminde coğrafi mesafeler dahi başlı başına bir risk sebebidir. Özellikle zorlu bir ameliyat sonrası hastanın kendi ülkesine geri dönecek olması, tedâvi sonrası bakım açısından sağlık turizmine özgü bir tehlikedir. Tıbbî tedâvilerle bağlantılı diğer sağlık riskleri, farklı hijyen standartlarının varlığı, bulaşıcı hastalıklar, çevre kirliliği ve içme suyu kalitesi gibi nedenler de tedâvi için gidilen ülkelerdeki risk faktörleridir⁵⁶⁶.

Tıbbî tedâvi için başka bir ülkeye seyahat etmeyi düşünen hastaların kendilerini savunmasız bir durumda hissetmeleri normaldir⁵⁶⁷. Zira bu kişiler sağlık hizmetini muhtemelen farklı bir dilde alacakları yabancı bir ülkeye ve kültüre bir yolculuğa çıkan kişilerdir. Hastanın sağlığının tehlikeye düşmesi, esasen onun sosyal ve ekonomik varlığının da tehlikeye düşmesi demektir. Hasta tedâvi olmak için yola çıkmışken daha fazla acı ve ızdırap çekebilir; hatta hayatı için endişe duyduğu bir noktaya gelebilir. Ayrıca hasta gerek seyahati organize eden aracı kuruluşun yönlendirmesiyle gerekse kendi isteğiyle malî açıdan ve sağlık açısından elverişli olacağını düşünerek birden fazla tıbbî operasyon geçirebilir⁵⁶⁸. Bu da aslında hastanın yaşayabileceği risklerin ikiye

⁵⁶⁴ Bkz. Birinci Bölüm, 1.3.4. *Akut* Olmayan Bir Tedâvinin Varlığı.

⁵⁶⁵ Hong, “Medical Tourism and Telemedicine”, 2.

⁵⁶⁶ Haber ve Krczal, “Medizintourismus”, 240.

⁵⁶⁷ Fadi El-Khouri, “Medical Tourism in a Pandemic”, 33.

⁵⁶⁸ Gemalmaz ve Ertan, “Sağlık Turizmi”, 1011.

katlanması demektir. Hasta, sağlık turizmini tercih etme noktasındaki endişelerini gidermek için teknolojik olanakları kullanarak tedâvi süreci hakkında önceden ne kadar fazla bilgi sağlarsa, yurt dışında tedâviye o kadar iyi hazırlanır. Sağlık turistleri, kendilerini tedâvi edecek hekimle önceden iletişime geçme imkânına sahip olursa, bu durum şeffaflığı sağlayarak belirsizliği ortadan kaldırır. Böylelikle sağlık turistlerinin korku ve endişeleri azalmış olur⁵⁶⁹.

1.11.1. Tedâvinin Türü, Kalış Süresinin Kısıtlılığı ve Komplikasyon Durumunda Eksik Müdahale

Sağlık turisti pek çok durumda tedâvinin ardından ülkesine geri döner. Hastanın menşee ülkesine geri dönüş yolculuğu bile tek başına bir risktir. Yurt dışında yapılan tedâvi her zaman tamamıyla kontrol edilebilir bir süreç değildir. Bu tedâvinin etkileri, hastanın tedâvinin gerçekleştiği ülkedeki kalış sürecinin ötesine geçebilir. Zira tedâvi, her zaman hastanın, hekimin muayenehanesinden veya hastaneden ayrılmasıyla veya ülkesine dönmesiyle sona ermez. Bu, aslında insan bedeninin öngörülemezliğinin de bir sonucudur. Tedâvi sonrasında iyileşme belirli bir zaman alabilir ve bu zaman boyunca hastanın gözlemlenmesi gerekebilir⁵⁷⁰. Nitekim tedâviyi gerçekleştiren hekimin sonradan düzeltilmesi gereken hatalar yapması veya hastanın ülkesine döndükten sonra bir komplikasyonun gelişmesi de ihtimâl dâhilindedir ve bu durum sağlık turizmi açısından önemli bir risktir⁵⁷¹. Zira hasta genellikle, kendi ülkesinde uygulanmayan veya uygulansa bile gittiği ülkede daha uzman hekimlerce sunulan bir tedâvi için yurt dışına seyahati tercih eder. Ülkesine döndükten sonra gelişebilecek komplikasyonlar için o alanda uzman olmayan hekimlerce yeni bir müdahalede bulunulması ya da hiç müdahale edilememesi ihtimâli, hasta için bir risk teşkil eder.

Komplikasyon kadar ağır olmasa dahi, hasta ülkesine döndükten sonra bir süre daha tedâviyle ilgili birtakım bakım hizmetlerinin yerine getirilmesi de gerekebilir. Hastanın ülkesine döndükten sonraki bakımı veya hatalı müdahale sebebiyle yeni tedâviyi başka bir hekimin yerine getirmesi sağlık turizmi açısından önemli risklerdir⁵⁷². Ayrıca kendi

⁵⁶⁹ Fadi El-Khouri, “Medical Tourism in a Pandemic”, 33.

⁵⁷⁰ Katzenmeier, Kurz ve Jansen, “Rechtsfragen des Medizintourismus”, 1052.

⁵⁷¹ Katzenmeier, Kurz ve Jansen, “Rechtsfragen des Medizintourismus”, 1052.

⁵⁷² Katzenmeier, Kurz ve Jansen, “Rechtsfragen des Medizintourismus”, 1052.

ülkesinde aldığı tedâvi ve bakımı karşılayacak bir sigortasının olmaması da, hasta için ekstra masraf anlamına gelir.

Tıbbî müdahale hatası henüz hasta tedâvi ülkesindeyken ortaya çıkmış olabilir. Böyle bir durumda hasta içinde bulunduğu duygusal durumun da etkisiyle tedâviyi keserek ülkesine dönmeye ve kalan tedâviye orada, kendisine tanıdık olan bir ortamda devam etmeye karar verebilir⁵⁷³. Bu da hastanın sağlığı açısından bir başka risk faktörü oluşturur.

1.11.2. Ülkeler Arasındaki Tıbbî Standartların Farklılığı

Hekim, tedâviyi ülkesinde bulunan tıbbî standartlara uygun şekilde gerçekleştirmelidir⁵⁷⁴. Tıbbî standartların seviyesi hastanın alacağı tedâvinin kalitesiyle doğrudan ilgilidir. Hastanın gittiği ülkedeki tıbbî standartların, kendi ülkesindeki standartların altında kalması, tedâvi hususunda dünya çapında tanınan kalite ve güvenlik standartlarının bulunmaması dikkate alınması gereken bir risktir⁵⁷⁵. Ayrıca meslekî ve tıbbî standartlar, hastanın hukukî açıdan da daha yetersiz bir korumayla karşılaşmasına neden olabilir⁵⁷⁶. Örneğin, hasta haklarına yasal düzenlemelerinde yeterince yer vermemiş bir ülkeye gerçekleştirilen seyahat, sağlık turisti açısından hukukî riskler içerir⁵⁷⁷.

Sağlık turistinin tedâvinin uluslararası akreditasyon sisteminin mevcut olmadığı veya belirli akreditasyon kriterlerini sağlamayan hastanelerde niteliksiz sağlık personeliyle karşı karşıya kalma riski her zaman için mevcuttur⁵⁷⁸. Hekimin aldığı eğitimin kalitesi, tedâvi sürecinin organizasyonu, kullanılan teknik ekipmanlar veya hijyen koşulları da

⁵⁷³ Katzenmeier, Kurz ve Jansen, “Rechtsfragen des Medizintourismus”, 1052.

⁵⁷⁴ Örneğin BGB § 630a/2’de tıbbî standart, “*Tıbbî müdahalenin yapıldığı zamanda mevcut, genel olarak tanınan uzmanlık alanı standardı*” olarak tanımlanmıştır. Tıbbî standart hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Hakeri, Özel Hükümler, 1094 vd.

⁵⁷⁵ Örneğin Almanya’da 2008 yılında yapılan bir araştırma, yurt dışında takılan diş protezlerinin üçte birinin, Alman kalite standartlarından düşük olduğunu göstermiştir. Bkz. Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 1.

⁵⁷⁶ Katzenmeier, Kurz ve Jansen, “Rechtsfragen des Medizintourismus”, 1052.

⁵⁷⁷ Örneğin Alman kanun koyucu 2013 yılında tedâvi sözleşmesini yasallaştırmış ve tedâvi standartları, hastanın aydınlatılması ve tıbbî hata durumunda ispat yükü gibi hususları güvence altına almıştır. Ancak günümüzde pek çok ülkede hasta haklarını koruyan düzenlemeler yer almamaktadır. Bkz. Katzenmeier, Kurz ve Jansen, “Rechtsfragen des Medizintourismus”, 1049; Windel, “Der neue Vertragstyp des Behandlungsvertrages”, 3186.

⁵⁷⁸ Gemalmaz ve Ertan, “Sağlık Turizmi”, 1011.

birer risk faktörüdür⁵⁷⁹. Dahası uygulanacak hukukun tedâvi yeri hukuku olduğu hâllerde, bu standartlar hastanın kendi ülkesinin standartlarını karşılamasa dahi tedâvi yeri ülkesinin standartları karşılandığından hasta, tazminat alamama gibi bir riskle de karşılaşabilir⁵⁸⁰.

1.11.3. Dil Kaynaklı İletişim Sorunları

Sağlık hizmeti almak için gidilen ülkenin ve hizmeti gerçekleştirecek sağlık personelinin dilini bilmemek en önemli sorunlardan birisidir. İletişim sorunları, hasta ve hekimin ortak bir dili kullandığı durumlarda dahi mümkün iken ortak bir dilin konuşulmadığı hâllerde evleviyetle söz konusu olur. Özellikle tedâviye ilişkin bilgilerin tam veya doğru anlaşılabilmesi nedeniyle önemli hukukî sorunlar doğabilir.

Dilden kaynaklanan sorunların başında hastanın kendi kaderini tayin hakkı bağlamında hastanın aydınlatılması ve onun rızasının alınması gelir. Hasta, doğru anlasaydı kabul etmeyeceği bir tedâviye yaşadığı dil sorunu sebebiyle rıza göstermiş olabilir. Aynı şekilde yeterli dil bilgisine sahip olmaması nedeniyle hasta, hastalık geçmişi ve mevcut şikayetlerini eksik veya yanlış aktarmış olabilir⁵⁸¹. Bu tür iletişim sorunları, hastanın zarara uğramasına neden olabilir. Dil farklılığından kaynaklanan sorunların aşılabilmesi ve hastanın yeterince anlaşılmasını sağlamak için bir tercüman kullanılması en makûl çözümdür. Ancak çevirinin doğru olmaması, hastaya yanlış teşhis konulmasına ve hatalı tedâvi uygulanmasına sebebiyet verebilir⁵⁸². Ayrıca tercüman, hasta için ekstra bir masraf anlamına gelir⁵⁸³.

Yabancı dil bilgisinin yetersiz olduğu hâllerde kişinin, anlama yeteneği kendini ifade etme yeteneğinden önemli ölçüde daha fazladır⁵⁸⁴. Alman Mahkemeleri önceleri hasta açıkça hekimi anlamadığını veya eksik anladığını söylemedikçe hekimin, hasta tarafından

⁵⁷⁹ Katzenmeier, Kurz ve Jansen, “Rechtsfragen des Medizintourismus”, 1050. Örneğin gidilen ülkede bazı bulaşıcı hastalıkların varlığı ve bu hastalığın sağlık turistinin bağışıklık sistemine yabancı olması da bir risktir.

⁵⁸⁰ Katzenmeier, Kurz ve Jansen, “Rechtsfragen des Medizintourismus”, 1050; Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 29.

⁵⁸¹ Jens Muschner, “Haftungsrechtliche Besonderheiten bei der Aufklärung ausländischer Patienten”, *VersR*, (2003): 831; Hegerfeld, “Die Aufklärung und Information sprachunkundiger Patienten”, 540.

⁵⁸² Hegerfeld, “Die Aufklärung und Information sprachunkundiger Patienten”, 540.

⁵⁸³ Hegerfeld, “Die Aufklärung und Information sprachunkundiger Patienten”, 540.

⁵⁸⁴ Muschner, “Haftungsrechtliche Besonderheiten bei der Aufklärung ausländischer Patienten”, 830.

anlaşıldığına güvenebileceği yönünde kararlar vermektedir. Başka bir ifadeyle hekim, hasta tarafından anlaşılmadığı yönünde uyarılmadığı sürece, aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmiş kabul edilmekte ve bu nedenle hekimin hukukî sorumluluğuna gidilemeyeceği yönünde kararlar verilmektedir. Fakat mahkemeler daha sonraki kararlarında, hekimin yabancı hastaları tedâvi ederken, hastanın Almancayı yeterince iyi bildiğinden ve açıklamaları anlayabileceğinden emin olamazsa hekimin o dili konuşan bir kişiye danışması gerektiğine hükmetmişlerdir. Alman mahkemelerinin bu yeni yaklaşımına göre hekim yanlış anlaşılma riskinin ortadan kaldırılmasını sağlamalı ve yaptığı açıklamaları hastanın gerçekten anlayıp anlamadığını tespit etmelidir⁵⁸⁵. Doktrinde, henüz tedâvinin başlangıcında bir dil sorunu yaşıyorsa hastanın masrafları kendisine ait olmak üzere bir tercümanla anlaşması gerektiği, aksi hâlde, hekimin tedâviden kaçınabileceği savunulmaktadır⁵⁸⁶. Ancak tedâviye başlandıktan sonra ise hastayı aydınlatma yükümlülüğüne ilişkin dil sorunlarında hekimin masrafları kendisine ait olmak üzere bir tercümandan faydalanması gerektiği görüşü ileri sürülmektedir⁵⁸⁷.

Hasta ile hekim arasındaki iletişim engelleri sadece dilden değil, hastaların hastalık, sağlık ve iyileşmeye ilişkin kültürel anlayışından da kaynaklanabilir⁵⁸⁸. Bu sebeple tercümanların çeviri yanında, kültürel aracı olması gerektiği de ileri sürülmektedir⁵⁸⁹. Örneğin kötü bir haberi sadece yabancı dilde çeviriyle değil; ana dilde bile vermek zordur⁵⁹⁰. Tercümanın, hastanın yetiştiği kültür gibi bireysel durumunu dikkate alarak çeviri yapması daha uygun olabilir.

⁵⁸⁵ Kararlar için bkz. Muschner, “Haftungsrechtliche Besonderheiten bei der Aufklärung ausländischer Patienten”, 827 vd.

⁵⁸⁶ Hegerfeld, “Die Aufklärung und Information sprachunkundiger Patienten”, 546.

⁵⁸⁷ Hegerfeld, “Die Aufklärung und Information sprachunkundiger Patienten”, 546.

⁵⁸⁸ “SAMW Schlussbericht”, 17.

⁵⁸⁹ “SAMW Schlussbericht”, 52.

⁵⁹⁰ “SAMW Schlussbericht”, 52.

İKİNCİ BÖLÜM

SAĞLIK TURİZMİNDEN DOĞAN UYUŞMAZLIKLARA UYGULANACAK HUKUK

2.1. Sağlık Turizmi İlişkisinin Milletlerarası Özel Hukukun Kapsamına Girmesi İçin Gereken Şartlar

2.1.1. Genel Olarak

Sağlık turizmi ilişkisinden kaynaklanan uyuşmazlıkların varlığı hâlinde gündeme gelen en önemli sorunlardan birisi uygulanacak hukukun tespiti. Bu soruna milletlerarası özel hukuk veya başka bir deyişle kanunlar ihtilâfı kuralları çözüm sunar. Her mahkeme kendi devletinin milletlerarası özel hukuk kurallarını uygular. Ancak uygulanacak hukuk sorunundan önce mahkeme, milletlerarası yetkisinin olup olmadığını da araştırmalıdır⁵⁹¹. Çalışmamızın bundan sonraki bölümlerinde Türk mahkemesinin yetkili olduğu varsayımından hareket edilmiş ve Türk milletlerarası özel hukuk kurallarına göre uygulanacak hukukun tespitinin nasıl yapılması gerektiği sorusuna cevap aranmıştır.

Sağlık turizminde uyuşmazlık sözleşmeden, haksız fiilden veya vekâletsiz iş görmeden doğabilir. Çalışmamızın bu kısmında sözleşmeden, haksız fiilden veya vekâletsiz iş görmeden doğan uyuşmazlıklara uygulanacak hukuk meselesine geçmeden evvel öncelikle sağlık turizmi ilişkisinin milletlerarası özel hukukun kapsamına girmesi için gereken şartlara yer verilmiştir.

⁵⁹¹ Bogner, “Die Gerichtsstände der EuGVVO in medizinrechtlichen Streitigkeiten”, 88.

2.1.2. Yabancılık Unsuru Taşınması

Kanunlar ihtilâfı kuralları ve uygulanacak hukuk sorunu, somut olay birden fazla ülke hukuk düzeni ile bağlantılıysa gündeme gelir⁵⁹². Türk hukukunda yabancılık unsuru (*Auslandsberührung-foreign element*) taşıyan özel hukuk işlem ve ilişkilerine uygulanacak hukuku gösteren kanunlar ihtilâfı kuralları kural olarak MÖHUK'ta düzenlenmiştir. Her şeyden evvel uygulanacak hukukun MÖHUK hükümlerine göre tespiti için hukukî ilişki yabancılık unsuru ihtivâ etmelidir. Zira yabancılık unsuru ihtivâ etmeyen bir ilişki iç hukuka ve bu ilişkiden doğan uyuşmazlık da hâkimin maddî hukukuna tâbidir⁵⁹³. Bu nedenle öncelikle genel olarak yabancılık unsuru kavramından ne anlaşılması gerektiği açıklanmalı ve ardından sağlık turizminde yabancılık unsurunun tespiti yapılmalıdır.

MÖHUK'ta yabancılık unsuru kavramı tanımlanmamıştır. Doktrinde de kavramın üzerinde mutabakata varılmış bir tanım bulunmamaktadır. Yabancılık unsuru, en genel anlamıyla hukukî bir olay ya da ilişkinin birden fazla hukuk düzeniyle temas hâlinde olmasını sağlayan unsurdur⁵⁹⁴.

Klasik anlayışa göre bir hukukî olay ya da ilişkinin yabancı unsur taşınması için hukukî olay ya da ilişkinin kişi ya da coğrafi alan itibarıyla birden fazla ülkeyle irtibatlı olması gerekir⁵⁹⁵. Hukukî ilişkinin taraflarından birinin başka bir devlet vatandaşı olması, vatansız olması veya mülteci olması, hukukî olay ya da ilişkiyi kişi bakımından yabancı unsurlu hâle getirir. Eğer hukukî olay ya da ilişkinin konusu yabancı ülkeyle irtibatlıysa bu durumda hukukî olay ya da ilişki, yer bakımından yabancı unsuru haizdir. Buna göre kişilerin ikametgâhı, mutad meskeni, işlemin yapıldığı veya ifa edildiği yer, malların bulunduğu veya ulaştığı yer, olayın meydana geldiği yer hukukî ilişkiye yer bakımından

⁵⁹² Erdoğan, Ersin, *Medenî Usûl Hukuku Kurallarının Yer Bakımından Uygulanması*, (Ankara: Yetkin, 2020): 25.

⁵⁹³ Cemil Güner, *Milletlerarası Unsurlu Acente İlişkisine Uygulanacak Hukuk*, (Ankara: Yetkin, 2014): 83-84.

⁵⁹⁴ Çelikel ve Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 10; Doğan, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 7; Cemal Şanlı, Emre Esen ve İnci Ataman-Figanmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk*, (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2021), 5; Ergin Nomer, *Devletler Hususî Hukuku*, (İstanbul: Beta Yayınevi, 2021), 5; Gülin Güngör, *Türk Milletlerarası Özel Hukuku*, (Ankara: Yetkin, 2021), 29.

⁵⁹⁵ Doğan, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 7; Mesut Aygün, “Yabancılık Unsurunun Mahiyeti ve Yargılamadaki Rolü”, *Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, DEÜHFD*, 16, (2014): 1030.

yabancı unsuru katabilir⁵⁹⁶. Ancak yabancı unsur, bu saymış olduğumuz örneklerle sınırlı değildir. Bu nedenle her somut olayın özelliğine göre tespiti gerekir⁵⁹⁷.

Doktrinde yeni sayılabilecek ve tartışmalı olan bir görüşe göre yabancı unsur, nitelik (konu) bakımından da söz konusu olabilir⁵⁹⁸. Bu görüşün ortaya çıkmasının nedeni uluslararası ticaretin hız kazanmasıyla birlikte yalnızca kişi veya coğrafi alan itibariyle yabancı unsurun kabulünün, ihtiyaçları karşılamadaki yetersizliğidir. Bu görüş uyarınca özellikle sözleşmeden doğan borç ilişkileri bakımından, borç ilişkisinin yabancı unsurlu olabilmesi için klasik anlamda yabancı unsurun varlığı şart değildir⁵⁹⁹. Sözleşmeden doğan borç ilişkisi milletlerarası ticarî hayatı ve bu hayatın menfaatlerini ilgilendiriyor ise, hukukî olay ya da ilişkinin milletlerarası nitelikli olduğunun kabulü gerekir.

Sağlık turizminden kaynaklanan uyuşmazlıklarda yabancılık unsurunun tespitiyle ilgili Türk hukuku açısından öncelikle Uluslararası Sağlık Turizmi ve Turistin Sağlığı Hakkında Yönetmelik hükümlerine bakmak gerekir. Zira Yönetmelik sağlık turizmi kavramını, kimlerin sağlık turisti olabileceğine yer vererek ve bazı kişi gruplarını Yönetmelik kapsamı dışında tutarak sınırlandırmıştır. Ayrıca Yönetmelik, sağlık tesisi ve aracı kuruluş bakımından da sağlık turizmi faaliyetlerinin yürütülebilmesi için yetki belgesinin alınmasını şart koşturmuştur.

Çalışmamızın ilk bölümünde verdiğimiz bilgiler çerçevesinde sağlık turizminden bahsedebilmek için kural olarak sözleşmenin taraflarının vatandaşlığının hiçbir önemi yoktur⁶⁰⁰. Zira sağlık turizminde hukukî ilişkiye yabancılık unsurunu esasen sağlık turisti olarak hastanın ikâmet ettiği (kanaatimizce ve/veya mutad meskeninin bulunduğu) ülkeden başka bir ülkeye seyahat etmesi katar. Bir başka deyişle sağlık turizminde

⁵⁹⁶ Çelikel ve Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 9-10; Gülören Tekinalp, *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları*, (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2020), 20; Nomer, *Devletler Hususî Hukuku*, 5; Zeynep Derya Tarman, “Akdî Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Roma I Tüzüğü”, *BATİDER*, 25/2 (2009): 331; Cemil Güner, *Milletlerarası Özel Hukukta Yetişkinlerin Korunması Bağlamında Vesâyet, Kısıtlılık ve Kayımlık*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022), 205.

⁵⁹⁷ Doğan, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 7; Aygün, “Yabancılık Unsurunun Mahiyeti” 1032; Cemile Demir Gökyayla, *Milletlerarası Özel Hukukta Tek Satıcılık Sözleşmeleri*, (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2013), 288.

⁵⁹⁸ Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 5. Doktrinde bu durum için *milletlerarası unsur* ifadesi de kullanılmaktadır.

⁵⁹⁹ Doğan, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 7; Çelikel ve Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 379-380; Nomer, *Devletler Hususî Hukuku*, 324; Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 333-334.

⁶⁰⁰ Nordmeier, “Der Behandlungsvertrag im Internationalen Privatrecht”, 514.

yalnızca coğrafi alan itibarıyla yabancı unsur söz konusu olabilir. Bu nedenle örneğin Türkiye’de ikâmet etmekte olan bir yabancının Türkiye’deki bir hekimle imzaladığı tedâvi sözleşmesi kişi bakımından yabancılık unsuru taşır. Ancak bu örnekte sağlık turizminin bir şartı olarak yer verdiğimiz hastanın ülkesi dışına seyahat gerçekleşmediğinden sağlık turizmi çerçevesinde kurulan bir sözleşme bulunmaz. Ayrıca hasta kendi ülkesinden tedâvi olmak amacıyla Türkiye’ye gelmiş olsa dahi yetki belgesi bulunmayan bir hekimle sözleşme imzalamışsa, bu sözleşme en azından Türk hukukundaki mevcut hukukî duruma göre *teknik* anlamda sağlık turizmi kapsamında tesis edilmiş bir sözleşme olarak kabul edilemez. Yurt dışında ikâmet eden ve çok vatandaşlığına sahip Türkler veya mavi kart sahibi kişiler bakımından tedâvi sözleşmesi normal şartlarda yabancılık unsurunu taşır. Ancak bu kişi grupları Yönetmelik kapsamı dışında tutulduğu için bunların tedâvisi sağlık turizmi kapsamında değildir⁶⁰¹.

Saymış olduğumuz nedenlerden ötürü yabancılık unsuru taşıyan tüm tedâvi sözleşmelerinin Türk hukuku açısından sağlık turizmi ilişkisi olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Bu itibarla sadece sağlık turizmi kapsamına giren ve yabancılık unsurunu haiz sözleşmeler çalışma konumuza dahildir. Bununla birlikte yapılan bu ayırımın uygulanacak hukukun tespiti açısından pratik bir sonucu bulunmaz. Tedâvi sözleşmesi ister *teknik* anlamda sağlık turizmi ilişkisi şeklinde isterse sağlık turizmi kapsamına girmeksizin kurulmuş olsun yabancılık unsurunun varlığı hâlinde uygulanacak hukukun tespitinde *kural olarak* değişiklik meydana gelmez. Burada *kural olarak* vurgusunu yapmamızın sebebi, MÖHUK açısından bazı hâllerde hastanın mutad meskeninin önemli bir rol oynamasıdır.

2.1.3. Özel Hukuk İlişkilerinden Doğması

MÖHUK m. 1’de “*Yabancılık unsuru taşıyan özel hukuka ilişkin işlem ve ilişkilerde uygulanacak hukuk, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi, yabancı kararların tanınması ve tenfizi bu Kanunla düzenlenmiştir*” hükmü yer almaktadır⁶⁰². Maddede özel hukuka ilişkin işlem ve ilişkilerden bahsedildiğinden MÖHUK kamu hukukundaki

⁶⁰¹ Bu konudaki eleştirilerimiz için bkz. Birinci Bölüm, 1.4.1. Sağlık Turisti Olarak Hasta.

⁶⁰² Hem Roma I hem de Roma II Tüzüğü’nün 1. maddesi gereğince Tüzük’lerin uygulama alanı da ticaret ve özel hukuka ilişkin meseleler ile sınırlandırılmakla beraber her iki Tüzük’te de ticaret ve özel hukuk ilişkileri konusunda bir tanım getirilmemiştir.

ilişkileri uygulama alanı dışında bırakmaktadır. Bir işlem veya ilişkinin özel hukuka ilişkin olup olmadığı ise hakimın hukukuna (*lex fori*) göre tespit edilir⁶⁰³. Türk hukuku açısından sağlık turizmi kapsamında kurulan tedâvi sözleşmeleri, tarafların iradesiyle kurulduğundan sağlık turizmi uyuşmazlıklarının özel hukuk ilişkisi olduğu açıktır⁶⁰⁴.

2.2. Sağlık Turizmi İlişisinin Vasıflandırılması

Bir olay veya ilişkiye uygulanacak hukukun belirlenmesi öncelikle bu olay ve ilişkinin hukukî karakterinin ortaya konulmasına bağlıdır. Milletlerarası özel hukukta vasıf ihtilâfları yabancı unsuru haiz hukukî olay ya da ilişkilere uygulanma ihtimâli olan birden fazla hukukun, o hukukî olay ya da ilişkiye farklı hukukî nitelik tanınmasından doğar⁶⁰⁵. Vasıflandırma, bir müessesenin hukukî karakterinin tespitidir⁶⁰⁶. Zira yabancı unsuru haiz bir hukukî olay veya ilişkinin kapsamına girdiği kanunlar ihtilâfı kuralının belirlenebilmesi, olay veya ilişkinin niteliğinin vasıflandırılmasıyla mümkündür.

Doktrinde vasıflandırmanın *lex fori*'ye, *lex causae*'ya ya da mukayeseli hukuka göre yapılması yönünde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Vasıflandırmanın kademeli olarak yapılması veya milletlerarası özel hukuk adaletine uygun olarak yapılması gerektiği de ileri sürülen diğer çözüm önerileridir⁶⁰⁷. Türk hukukunda kabul gören baskın görüş *lex fori* vasıflandırmadır. Bununla birlikte doktrinde *lex fori* vasıflandırmanın milletlerarası özel hukuk adaletiyle bağdaşmaması hâlinde, somut olaya göre diğer çözüm önerilerinden birisinin tercih edilebileceği de kabul edilmektedir⁶⁰⁸.

Farklı ülke hukuklarındaki nitelendirme farklılıkları, yabancı unsurlu sağlık turizmi ilişkisinde uygulanacak hukukun değişmesine sebep olur. Tedâvi sözleşmesi, paket tur sözleşmesi ve tüketici sözleşmesi kavramlarından ne anlaşılması gerektiği hususu, bir

⁶⁰³ Merve Acun Mekengeç, *Aynî Haklardan Doğan Uyuşmazlıklarda Uygulanacak Hukuk ve Yetkili Mahkeme*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2016), 140.

⁶⁰⁴ Gleixner-Eberle, *Die Einwilligung in die medizinische Behandlung Minderjähriger*, 463.

⁶⁰⁵ Çelikel ve Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 75; Nomer, *Devletler Hususî Hukuku*, 97; Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 49; Doğan, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 213-214.

⁶⁰⁶ Doğan, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 220; Güner, *Yetişkinlerin Korunması*, 207.

⁶⁰⁷ Doğan, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 219; Tekinalp, *Bağlama Kuralları*, 37 vd; Çelikel ve Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 79-89; Güner, *Yetişkinlerin Korunması*, 208-209.

⁶⁰⁸ Çelikel ve Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 84-88; Doğan, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 224; Nomer, *Devletler Hususî Hukuku*, 104; Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 58-59; Rona Aybay ve Esra Dardağan. *Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması (Kanunlar İhtilâfı)*, (İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2008), 151.

vasıflandırma meselesidir. Örneğin Alman Hukukunda tedâvi sözleşmesi kanunda hizmet sözleşmeleri altında yer verilen bir sözleşmeyken; Türk hukukunda vekâlet ya da eser sözleşmesi olarak nitelendirilmektedir. Şu hâlde Türk hâkimi, vasıflandırma yaparken meseleyi *lex fori*'ye, bir başka ifadeyle Türk hukukuna göre ele alır. Hem vekâlet hem de eser sözleşmesi MÖHUK'ta özel olarak düzenlenmediği için uygulanacak hukuk 24. maddeye göre tespit edilir. Türk hâkimi, ticarî veya meslekî amaçla hareket eden hekimin karşısında ticarî veya meslekî olmayan amaçla hareket eden hasta bulunmasından hareketle sözleşmeyi, tüketici sözleşmesi olarak nitelendirir. Bu ihtimâlde de uygulanacak hukukun tespiti MÖHUK m. 26'ya göre yapılır.

Sağlık turizminde taleplerin haksız fiil sorumluluğuna dayandırılması da mümkündür. Talebin dayanağını Türk hâkimi, haksız fiil olarak nitelendirdiğinde uygulanacak hukuk MÖHUK m. 34'e göre tespit edilir.

Vasıflandırma konusunda sağlık turizmi açısından özellik arz eden bir husus, tedâvi sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda aydınlatma yükümlülüğünün ihlâli nedeniyle ileri sürülen taleplerdir. Doktrinde, aydınlatma yükümlülüğünün ihlâli nedeniyle tedâviye etkin rıza verilememiş olmasının haksız fiil hükümleri kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği meselesi tartışılmıştır. Bu tartışmanın nedeni aydınlatma yükümlülüğünün ihlâlinin aynı zamanda kişilik haklarının ihlâli sonucunu da doğurmasıdır. Roma II Tüzüğü'nde, ister kitle iletişim yoluyla isterse başka bir yolla gerçekleştirilsin tüm kişilik hakkı ihlâlleri Tüzük kapsamı dışında bırakılmıştır⁶⁰⁹. Bu nedenle AB hukuku içerisinde haksız fiile uygulanacak hukukla, kişilik haklarının ihlâline uygulanacak hukukun tespitinde kullanılan bağlama kuralları, birbirinden farklıdır. Tartışmanın AB hukukundaki pratik önemi, aydınlatma yükümlülüğünün ihlâlinin kişilik hakkı ihlâli kapsamında değerlendirilmesi hâlinde uygulanacak hukukun her bir üye devletin kendi milletlerarası özel hukuk kurallarına göre tespit edilecek olmasıdır. Alman doktrinindeki baskın görüşe göre aydınlatma yükümlülüğünün ihlâlinden doğan sorumluluğun sebebi, kişilik hakkı ihlâlinin alt görünümü olan kendi

⁶⁰⁹ Fischer, "Internationalen Arzhaftungsrechts", 713; Zeynep Derya Tarman, "Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Avrupa Topluluğu Tüzüğü (Roma II)", *AÜHFD*, 57/2 (2008): 195.

kaderini tayin hakkının ihlâlidir⁶¹⁰. *Schwenzfeier* aydınlatmanın yapıldığı veya yapılması gereken yeri, zararın meydana geldiği yer olarak nitelendirmektedir. Yazara göre sadece aydınlatma yükümlülüğün ihlâli münhasıran hastanın kendi kaderini tayin hakkını ve dolayısıyla da kişilik hakkını ihlâl eder⁶¹¹. Buna karşılık *Reisewitz*'e göre ise aydınlatma yükümlülüğünün ihlâli nedeniyle etkin bir rıza olmaksızın yapılan tedâvi nedeniyle oluşan zararlar kişilik hakkı ihlâline dayanılarak talep edilemez. Burada aydınlatma yükümlülüğünün ihlâli tedâviden bağımsız düşünülemez ve münhasıran kişilik hakkının ihlâli sonucunu doğurmaz. Yazar burada zararın aydınlatma yükümlülüğünün ihlâli nedeniyle değil de bu ihlâl sonucunda etkin rıza alınmadan yapılan ve vücut bütünlüğüne müdahale anlamına gelen uygulamalar nedeniyle doğduğunu kabul eder⁶¹². *Fischer*'e göre de tıbbî sorumluluk alanında hatalı tıbbî müdahaleye ve aydınlatma yükümlülüğünün ihlâline uygulanacak hukuk arasında bir ayırım yapmak mantıklı değildir⁶¹³. Yazar aydınlatma yükümlülüğünün amacının hastanın kendi kaderini tayin hakkıyla bağlantılı olduğunu kabul etmekle birlikte bu ihlâlden doğan sorumluluğun kusurla neden olunan yaralanma veya sağlık durumunun bozulması gibi bedenî bir zarardan kaynaklandığını savunmaktadır⁶¹⁴. Esasen bu tartışmaların Türk hukuku açısından pratik bir önemi bulunmaz. Zira Türk hukukunda MÖHUK m. 35'te yalnızca basın, radyo, televizyon gibi medya yoluyla, internet veya diğer kitle iletişim araçlarıyla kişilik haklarının ihlâlinden doğan taleplere uygulanacak hukuk düzenlenmektedir. Şu hâlde kitle iletişim araçları kullanılmadan kişilik hakkının ihlâlinde sorumluluğa uygulanacak hukuk, haksız fiilden doğan sorumluluğa uygulanacak hukuk hakkında genel hüküm niteliğindeki MÖHUK m. 34'e göre belirlenir. Bu nedenle aydınlatma

⁶¹⁰ Deutsch, "Das Internationale Privatrecht des Medizinwesens", 579; Spickhoff, "Die Arzthaftung im Europäischen Internationalen Privat- und Prozessrecht", 301; Spickhoff, *içinde*, Spickhoff, Medizinrecht, IPR, para. 18; Spickhoff, "Der Stellenwert des Persönlichkeitsschutzes in der Arzt-Patienten-Beziehung", 504; Andreas Spickhoff, "Grundfragen des Arzt-Patienten-Verhältnisses im Spiegel des Internationalen Privat- und Zivilprozessrechts", *Festschrift für Bernd von Hoffmann*, Bielefeld (2011): 440 vd.; Erwin Deutsch, "Internationales Haftungsrecht nach neuem Recht der Europäischen Union, insbesondere im Medizinrecht", *Festschrift für Gerfried Fischer*, (2010): 29.

⁶¹¹ Schwenzfeier, *Die kollisionsrechtliche Anknüpfung des Behandlungsverhältnisses*, 250 vd. Aynı yönde bkz. Geistlinger, *Internationales Arzthaftungsrecht nach den Verordnungen Rom I und Rom II*, 69.

⁶¹² Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 231.

⁶¹³ Fischer, "Internationalen Arzthaftungsrechts", 713; Fischer, "Ärztliche Verhaltenspflichten und anzuwendendes Recht", 787. Aynı yönde bkz. von Domarus, *Internationales Arzthaftungsrecht*, 37 vd.

⁶¹⁴ Fischer, "Internationalen Arzthaftungsrechts", 713. Yazar bu çıkarımını İngiliz ve Fransız hukukuna dayandırmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Fischer, "Internationalen Arzthaftungsrechts", 713.

yükümlülüğünün ihlâli nedeniyle doğan zararın tazminine yönelik talepler de uygulanacak hukuku tespit ederken her hâlükârda 34. maddeye başvurulur.

Çalışmamızın ilk bölümünde yer verdiğimiz üzere tıbbî müdahale sırasında müdahaleyi genişletmesi zorunluluğu söz konusu olabilir⁶¹⁵. Bu hâlde Türk hukuku açısından hasta veya hekim taleplerini vekâletsiz iş görme hükümlerine dayandırabilir. Böyle bir durumda Türk hâkimi, hukuki ilişkiyi vekâletsiz iş görme sorumluluğu kapsamında değerlendirir. Vekâletsiz iş görmeye uygulanacak hukuk konusu MÖHUK'ta münhasıran düzenlenmediğinden mesele çalışmamızda doktrinde yer alan görüşler çerçevesinde ele alınmıştır.

2.3. Uyuşmazlığın Sözleşme İlişkisinden Doğması Hâlinde Uygulanacak Hukukun Tespiti

2.3.1. Genel Olarak

Sözleşme statüsü (*lex obligationis*), sözleşmenin esasına uygulanacak hukuktur. Sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuka ilişkin kurallar, MÖHUK'un 24 ila 33. maddeleri arasında yer alır. 5718 sayılı MÖHUK'tan önce yürürlükte bulunan 2675 sayılı MÖHUK'ta yabancı unsur içeren sözleşmelere uygulanacak hukuk, tek ve genel bir maddeyle düzenlenmişti. Buna karşılık 5718 sayılı MÖHUK'ta ise, sözleşmeler için genel kuralın (MÖHUK m. 24) yanı sıra bazı sözleşme tipleri bakımından özel bağlama kuralları da kabul edilmiştir. Kanun'da taşınmazlara ilişkin sözleşmeler, tüketici sözleşmeleri, iş sözleşmeleri, fikrî mülkiyet haklarına ilişkin sözleşmeler ve taşıma sözleşmeleri özel olarak düzenlenmiştir. Bunların dışında kalan sözleşmeler ise genel kural niteliğinde olan MÖHUK m. 24'e tâbidir. Tedâvi sözleşmesi de Kanun'da özel olarak düzenlenmediğinden bu sözleşmeden doğan uyuşmazlıklara MÖHUK m. 24 uygulanır. Ancak tedâvi sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklar belli şartlarda MÖHUK m. 26'nın uygulama alanına da girebilir.

Sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuka ilişkin kurallar, AB hukukunda ise Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuka İlişkin Roma

⁶¹⁵ Bkz. Birinci Bölüm, 1.10. Sağlık Turizmi Kapsamında Vekâletsiz İş Görme.

Tüzüğü'nde⁶¹⁶ (Roma I Tüzüğü) yer alır⁶¹⁷. Roma I Tüzüğü, AB içinde, birden fazla ülkeyle irtibatlı sözleşmeler bakımından uygulanacak hukuku tespit etme amacını taşır⁶¹⁸. Türkiye bir AB ülkesi olmadığından Roma I Tüzüğü'nün Türk hukuku açısından uygulanması söz konusu olmaz. Bununla beraber çalışmamızda, sağlık turizminde sözleşmeden doğan uyuşmazlıklara uygulanacak hukuk meselesi Türk hukukunda MÖHUK düzenlemeleri ekseninde ele alınırken Roma I Tüzüğü düzenlemelerine de sıklıkla değinilmektedir. Roma I Tüzüğü düzenlemelerine çalışmamızda yer vermemizin esasen iki ana nedeni bulunmaktadır. Bunlardan ilki MÖHUK'un hazırlandığı dönem yürürlükte olan ve Roma I Tüzüğü'ne kaynaklık eden Roma Sözleşmesi'nin MÖHUK'un kanunlaştırma sürecinde esas alınmış olmasıdır⁶¹⁹. Bu nedenle MÖHUK hükümleri incelenirken Roma I Tüzüğü düzenlemelerine ilişkin yargısal ve bilimsel içtihatlardan yararlanılabilir. İkinci olarak sağlık turizminden doğan uyuşmazlıklara uygulanacak hukuk meselesi AB hukukunda doktrinde Roma I Tüzüğü kapsamında incelenmektedir. Bu nedenle çalışmamızda Türk hukuku açısından spesifik olarak sağlık turizminden doğan uyuşmazlıklara uygulanacak hukuk konusu incelenirken bu konuda Roma I Tüzüğü'nden hareketle yazılmış eserlerden faydalanılmaktadır. Sonuç olarak karşılaştırmalı hukuktaki görüşler, MÖHUK hükümlerinin yorumlanmasında dikkate alınmaktadır.

2.3.2. Sübjektif Bağlama Kuralları Uyarınca Uygulanacak Hukuk

2.3.2.1. Genel Olarak

Yabancı unsuru haiz sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıklara uygulanacak hukukun tespiti açısından objektif ve sübjektif yöntem olmak üzere iki tür kanunlar ihtilâfı kuralı

⁶¹⁶ 17 Haziran 2008 Tarihli Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuka İlişkin Roma Tüzüğü- Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A32008R0593> (E.T. 21.07.2022)

⁶¹⁷ Roma I Tüzüğü, 1980 yılında imzalanarak 1991 yılında yürürlüğe giren Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Sözleşmesinin yerine 2008 yılında yürürlüğe girmiştir.

⁶¹⁸ Aslı Bayata Canyaş, “Roma I Tüzüğü ile Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Uyarınca Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerinde Örtülü Hukuk Seçimi”, *HHFD*, 1/1 (2011):112.

⁶¹⁹ MÖHUK'un genel gerekçesinde Roma Sözleşmesi ile uyumlu bir kanunun kabulünün amaçlandığı açık olarak belirtilmiştir. Bkz. <https://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0337.pdf>. (E.T. 23.06.2023)

söz konusudur⁶²⁰. Taraflara tanınan hukuk seçimi imkânı sübjektif yöntem (sübjektif bağlama kuralı) olarak adlandırılır. Hukuk seçimi ilkesi kanunlar ihtilâfı hukukunun en temel ilkelerinden birisi olarak kabul edilir⁶²¹. Hukuk seçimi ilkesi günümüzde neredeyse tüm ülkelerde ve milletlerarası sözleşmelerde kabul edilmiştir⁶²². Yabancı unsur taşıyan sözleşmelere uygulanacak hukuk konusunda hem Türk hukukunda (MÖHUK m. 24) hem de karşılaştırmalı hukukta (Roma I Tüzüğü m. 3, İsviçre Federal Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu (İsviçre MÖHK)⁶²³ m. 116) öncelikle taraflara uygulanacak hukuku tespit etme imkânı tanınmıştır. MÖHUK'ta özel olarak düzenlenen bazı sözleşmeler bakımından (m. 26-29) da aynı imkân geçerlidir.

Sözleşmeler hukukunun en temel ilkelerinden birisi sözleşme özgürlüğüdür. Bu ilkenin temelinde taraf iradelerinin ve menfaatlerinin ön planda tutulması yatar. Milletlerarası Özel Hukuk alanında taraflar, sözleşmeye uygulanmak üzere diledikleri hukuku seçebilirler. Taraflara tanınan hukuk seçimi imkânıyla sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde hukukî kesinlik, güvenlik ve öngörülebilirlik sağlanır⁶²⁴. Zira bu şekilde, tarafların hukukî ilişkilerini, somut olayın koşullarını dikkate alarak kendilerinin şekillendirmesine olanak tanınır⁶²⁵. Bu nedenle hukuk seçimi, sözleşmeler hukukundaki sözleşme özgürlüğü ilkesinin Milletlerarası Özel Hukuktaki yansıması olarak kabul edilir⁶²⁶.

⁶²⁰ Doğan, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 398; Çelikel ve Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 75-78; Güngör, *Türk Milletlerarası Özel Hukuku*, 173; Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 73.

⁶²¹ Köck, *Die einheitliche Auslegung der Rom I-, Rom II- und Brüssel I-Verordnung*, 159.

⁶²² Aygül, “Akitten Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Sözleşmesi”, 232.

⁶²³ https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1988/1776_1776_1776/de (E.T. 13.08.2022)

⁶²⁴ Doğan, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 398-399; Zeynep Derya Tarman, “5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK) Uyarınca Yabancılık Unsuru Taşıyan Akdi Borç İlişkilerinde Hukuk Seçimi”, *BATİDER*, 26/1 (2010): 147; Güngör, *Türk Milletlerarası Özel Hukuku*, 173; Lale Ayhan İzmirli, *Milletlerarası Ticari Sözleşmelerin Müzakeresi ve Hazırlanması*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2017): 390; Tekinalp, *Bağlama Kuralları*, 279.

⁶²⁵ Manuela Köck, *Die einheitliche Auslegung der Rom I-, Rom II- und Brüssel I-Verordnung im europäischen internationalen Privat- und Verfahrensrecht*, (Berlin, Duncker & Humblot, 2014), 159.

⁶²⁶ Şanlı, Esen ve Ataman Figanmeşe 274; Tekinalp, *Bağlama Kuralları*, 277; Musa Aygül, “Avrupa Topluluklarında Akitten Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Sözleşmesi”, *SÜHFD*, 9/3-4 (2011): 232; Turhan Esener, “Devletler Hususî Hukukunda İradenin Muhtariyeti Prensibi”, *AÜHFD*, 11/1-2, (1954): 482-483; Doğan, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 398; Nomer, *Devletler Hususî Hukuku*, 321; Güngör, *Türk Milletlerarası Özel Hukuku*, 173; Köck, *Die einheitliche Auslegung der Rom I-, Rom II- und Brüssel I-Verordnung*, 159; Yeşim M. Atamer, “Devletler Özel Hukukunda Tüketicinin Korunması”, *İÜHFD*, 55/1- 2, (1995-1996): 425; Nuray Ekşi, “Kanunlar İhtilâfı Alanında “Incorporation” ”, *MHB*, 19-20/1-2 (1999-2000): 263-291.264; Demir Gökyayla,

MÖHUK'un 24. maddesinin ilk fıkrasında⁶²⁷ “Sözleşmeden doğan borç ilişkileri tarafların açık olarak seçtikleri hukuka tâbidir. Sözleşme hükümlerinden veya hâlin şartlarından tereddüde yer vermeyecek biçimde anlaşılabilen hukuk seçimi de geçerlidir” hükmü yer alır.

Hukuk seçimine öncelik veren⁶²⁸ Roma I Tüzüğü’nün 3. maddesinde de “Bir sözleşme, tarafların seçtiği hukuk tarafından idare edilir. Bu seçim açıkça yapılmalı veya sözleşme maddelerinden ya da olayın hâl ve şartlarından açıkça belli olmalıdır. Bu seçimle taraflar sözleşmenin tamamına veya sadece bir bölümüne uygulanacak hukuku seçebilirler.

Taraflar; ister bu maddeye göre daha önceden yaptıkları hukuk seçimine, ister Tüzüğün diğer hükümlerine dayanarak, sözleşmeyi, daha önceden onu idare eden hukuktan başka bir hukuka tâbi kılma hususunda her zaman anlaşabilirler. Sözleşmenin kurulmasından sonra uygulanacak hukukta yapılacak hiçbir değişiklik, 11. maddede belirtilen sözleşmenin şekli geçerliliğine ya da üçüncü kişilerin haklarına zarar vermez” hükmü yer almaktadır.

Hukuk seçimi açık olabileceği gibi, sözleşme hükümlerinden veya hâlin şartlarından tereddüde yer vermeyecek biçimde anlaşılıyorsa zımnî de olabilir. Açık hukuk seçimi çoğunlukla sözleşmeye konulan bir hukuk seçimi maddesiyle yapılır. Ancak hukuk seçiminin ayrı bir sözleşmeyle yapılmasına da bir engel yoktur⁶²⁹.

Hukuk seçimiyle taraflar aralarındaki sözleşmeye objektif bağlama kuralı uyarınca uygulanacak hukuktan daha uygun olacağını düşündükleri bir hukukun uygulanmasını sağlama imkânına sahip olur. Hukuk seçimi sadece objektif bağlama kurallarını bertaraf etmekle kalmaz ayrıca en sıkı irtibatlı ve daha sıkı irtibatlı hukuklara başvurma imkânını

Tek Satıcılık Sözleşmeleri, 289; Cüneyt Çilingiroğlu, “Devletler Özel Hukuku Alanında Borç Sözleşmelerinde Hukuk Seçimi: Sübjektif Bir Bağlama Noktası Olarak Taraf İradeleri”, *MHB*, 9/2, (1989): 104.

⁶²⁷ Maddenin ikinci fıkrasında seçilen hukukun uygulama alanı, üçüncü fıkrasında hukuk seçiminin yapılış zamanı ve son olarak dördüncü fıkrasında ise hukuk seçiminin yapılmadığı hâllerde sözleşmeye uygulanacak hukuk hakkında düzenlemeler yer almaktadır.

⁶²⁸ Nitekim Roma I Tüzüğü’nün giriş kısmının 11. paragrafında da uygulanacak hukukun taraflarca serbestçe belirlenmesi özgürlüğünün, sözleşmeden doğan borç ilişkilerinden kaynaklanan kanunlar ihtilâfi meselelerinde sistemin temel taşlarından birisi olduğu belirtilmektedir.

⁶²⁹ Doğan, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 402.

da ortadan kaldırır⁶³⁰. Tarafların uygulanacak hukuku tespit ettikleri durumlarda bu hukuk, seçilen devletin maddî hukukudur, yoksa kanunlar ihtilâfı kuralları seçilemez⁶³¹. Esasen bu kabul irade muhtariyeti prensibinin ruhuna da uygundur. Taraflara hukuk seçimi imkânı tanınmasındaki amaç, tarafların aralarındaki ilişkiye uygulanacak hukuku seçme konusundaki menfaatlerine üstünlük tanımaktır. Yapmış oldukları sözleşmenin mahiyetini ve amacını en iyi bilebilecek durumda olan sözleşme taraflarına hukuk seçimi yoluyla, sözleşmenin tesadüfî bir hukuka tâbî olmasını engelleme ve sözleşmeyi önceden bildikleri kurallara tâbî kılabilme imkânı tanınır⁶³². Hukuk seçimiyle taraflar ilgili sözleşmeyi emredici hükümleri de dâhil olmak üzere bir hukuk düzenine tâbî kılar⁶³³. Başka bir deyişle seçilen hukuk, emredici ve tamamlayıcı kurallarıyla birlikte, bir bütün olarak uygulanır⁶³⁴.

2.3.2.2. MÖHUK m. 24’e Göre Hukuk Seçimi

Türk hukukunda esas olan hukuk seçimi serbestisidir ve hukuk seçimine yer veren temel düzenleme MÖHUK’un 24. maddesidir. Bununla beraber MÖHUK m. 24’ün yanı sıra

⁶³⁰ Hatice Özdemir Kocasakal, “Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları”, MHB, 30/ 1-2, (2010): 33; Atamer, “Tüketicinin Korunması”, 425.

⁶³¹ Thomas Rauscher, *Internationales Privatrecht*, (Heidelberg: C.F. Müller. 2012): para. 1147; Wienand, “Behandlung von Patienten aus dem Ausland”, 560; Tekinalp, *Bağlama Kuralları*, 282; Nomer, *Devletler Hususî Hukuku*, 326. MÖHUK’un *Yabancı hukukun uygulanması* başlıklı 2. maddesi, “Uygulanacak yabancı hukukun kanunlar ihtilâfı kurallarının başka bir hukuku yetkili kılması, sadece kişinin hukuku ve aile hukukuna ilişkin ihtilâflarda dikkate alınır ve bu hukukun maddî hukuk hükümleri uygulanır.” şeklindedir. Bu hükümden de anlaşılacağı üzere, sözleşme hukuku alanında atıf dikkate alınmaz. Nitekim Roma Tüzüğü m. 20’de de “Bu Tüzükte aksi öngörülmedikçe Tüzük tarafından uygulanmak üzere gösterilen ülke hukuku, o ülkenin milletlerarası özel hukuk kuralları dışında yürürlükte bulunan hukuk kurallarını ifade etmektedir.” hükmü yer alır. Başka bir deyişle sözleşme ilişkisine uygulanacak hukukun tespitinde devam eden ve iade eden atıf hariç tutulmakta ve uygulanmak üzere gösterilen ülkenin maddî hukuk hükümlerinin uygulanacağı kabul edilmektedir. Bkz. Wienand, “Behandlung von Patienten aus dem Ausland”, 558; Rauscher, *Internationales Privatrecht*, para. 1159.

⁶³² İlyas Arslan, “5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Uyarınca Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerinde Zımnî Hukuk Seçimi”, MHB, 33/2 (2013): 3.

⁶³³ Çelikel ve Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 379; Çilingiroğlu, “Devletler Özel Hukuku Alanında Borç Sözleşmelerinde Hukuk Seçimi”, 104; Güngör, *Türk Milletlerarası Özel Hukuku*, 173; Aybay ve Dardağan, *Kanunlar İhtilâfı*, 250.

⁶³⁴ Özdemir Kocasakal, “Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun Tespiti”, 33; Atamer, “Tüketicinin Korunması”, 425; Tekinalp, *Bağlama Kuralları*, 278; Çelikel ve Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 324, 327; Tiryakioğlu, *Milletlerarası Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk*, 20; Çilingiroğlu, “Devletler Özel Hukuku Alanında Borç Sözleşmelerinde Hukuk Seçimi”, 104, 106; Şanlı, Esen ve Ataman-Fıganmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 263; Vahit Doğan, “Milletlerarası Özel Hukukta Zayıf Âkit Tarafın Korunması”, MHB, 15/1-2 (1995): 23; Demir Gökyayla, *Tek Satıcılık Sözleşmeleri*, 290-291; Berk Demirkol, *Milletlerlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un 24. Maddesi Çerçevesinde Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk*, (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2014), 70.

Kanun’da bazı özel sözleşme tiplerinde de tarafların seçtikleri hukuka öncelik tanınmıştır. Örneğin m. 26’da düzenlenen tüketici sözleşmelerinde esas olan uygulanacak hukukun tarafların seçtikleri hukuka tâbi olmasıdır.

Çalışma konumuz açısından taşıdığı önem nedeniyle tüketici sözleşmelerinde hukuk seçimi konusu ayrı bir başlık olarak ele alınmaktadır⁶³⁵. Zira çalışmamızın ilk bölümünde yer verdiğimiz üzere tedâvi sözleşmesi tüketici sözleşmesi niteliğini haizdir⁶³⁶. Tedâvi sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklar da belli şartlarda MÖHUK m. 26’nın uygulama alanına da girebilir. Bununla beraber tüketici sözleşmesinde hukuk seçiminin nasıl yapılması gerektiği 26. maddede özel olarak düzenlenmediğinden, buradaki boşluk, MÖHUK m. 24/1’in uygulanmasıyla doldurulmalıdır. Bu nedenle de burada ele aldığımız açık ve zımnî hukuk seçimi, kısmî hukuk seçimi ya da hukuk seçiminin zamanı gibi MÖHUK m. 26’da düzenlenmeyen konularda da MÖHUK m. 24 uygulanır⁶³⁷.

2.3.2.2.1. Hukuk Seçiminin Yapılış Şekli

2.3.2.2.1.1. Açık Hukuk Seçimi

Hukuk seçimi ancak tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarıyla yapılabilir. Hem Roma I Tüzüğü’ne hem de MÖHUK’a göre tarafların hukuk seçimine yönelik iradelerini kural olarak açıkça ortaya koyabilir. MÖHUK m. 24/1’de “*Sözleşmeden doğan borç ilişkileri tarafların açık olarak seçtikleri hukuka tâbidir.*” hükmü yer almaktadır. Hukuk seçiminin açıkça yapılması gerektiğinden seçilen hukukun ismen anılması ya da en azından belirlenebilir olması gerekir. Ayrıca kural olarak hukuk seçiminin geçerlilik şekline ilişkin bir düzenleme bulunmadığından seçim yazılı olarak yapılabileceği gibi sözlü olarak da yapılabilir⁶³⁸. Hukuk seçimi uygulamada çoğunlukla esas sözleşmeyle birlikte yapılsa da bu durum, hukuk seçiminin ayrı ve bağımsız bir

⁶³⁵ Bkz. İkinci Bölüm, 2.3.2.3. MÖHUK m. 26’nın Uygulama Alanına Giren Tüketici Sözleşmesinin Varlığı Hâlinde Hukuk Seçimi.

⁶³⁶ Bkz. Birinci Bölüm, 1.8.4. Tedâvi Sözleşmesinin Tüketici Sözleşmesi Niteliği ve Tüketici Olarak Hasta.

⁶³⁷ Tarman, “Akdi Borç İlişkilerinde Hukuk Seçimi”, 159; Demirkol, *Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk*, 182, dn. 552; Tarman, “Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması”, 339-340.

⁶³⁸ Arslan, “Zımnî Hukuk Seçimi”, 5.

sözleşmeyle yapılabilmesine engel teşkil etmez⁶³⁹. Bu nedenle örneğin hasta ve hekim hukuk seçimine tedâvi sözleşmesinde yer verebilecekleri gibi ayrı bir hukuk seçimi sözleşmesi de yapabilirler. Açık hukuk seçimi uyumsuzluğun ortaya çıkmasından sonra mahkeme önünde de yapılabilir⁶⁴⁰. Ayrıca belirtmek gerekir ki doktrinde, seçilen hukukla taraflar veya sözleşme arasında bir irtibatın bulunması gerekmediği çoğunlukla kabul edilmektedir⁶⁴¹.

Açık hukuk seçiminde, seçilen hukukun şüpheyeye yer vermeyecek şekilde tespit edilebilir olması gerekir⁶⁴². Açık hukuk seçimi, tarafların iradelerini anlaşılır bir şekilde yansıtmalı, bir başka deyişle yorum yapılmasını gerektirmeyecek kesinlikte olmalıdır. Örneğin tarafların, belli bir ülke hukukuna ait birtakım kurallara atıf yapmaları o ülke hukukunun açıkça seçildiği anlamına gelmez⁶⁴³. Tedâvi sözleşmesinde, özellikle tıbbî sorumluluğa ilişkin hususlarda, bir ülkenin yasal düzenlemelerine atıf yapılması sık karşılaşılan bir durumdur. Bu atıf ancak, aşağıda ele alacağımız üzere, zımnî hukuk seçiminin tespiti bakımından bir emâre olarak değerlendirilebilir⁶⁴⁴.

⁶³⁹ Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 255; Nuray Ekşi, “Yabancılık Unsuru Taşıyan Akitler ve Bu Akitlerin AT Roma Konvansiyonu’na Göre Anlamı”, *MHB*, 12/1-2 (1992): 91; Tarman, “Akdi Borç İlişkilerinde Hukuk Seçimi”, 150; Demir Gökyayla, *Tek Satıcılık Sözleşmeleri*, 294; Nomer, *Devletler Hususî Hukuku*, 317; Özdemir Kocasakal, “Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun Tespiti”, 29; Doğan, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 401; Tekinalp, *Bağlama Kuralları*, 278; Tiryakioğlu, *Milletlerarası Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk*, 27; Tarman, “Akdi Borç İlişkilerinde Hukuk Seçimi”, 150.

⁶⁴⁰ Bayata Canyaş, *Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk*, 52.

⁶⁴¹ Doğan, *İş Akdinden Doğan Kanunlar İhtilafı*, 34-3; 146; Demir Gökyayla, *Tek Satıcılık Sözleşmeleri*, 310; Şanlı ve Esen ve Ataman-Figanmeşe, 265; Tekinalp, *Bağlama Kuralları*, 280; Bayata Canyaş, *Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk*, 54 ve 62; Atamer, “Tüketicinin Korunması”, 444; Demirkol, *Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk*, 164 vd.

⁶⁴² Vahit Doğan, *İş Akdinden Doğan Kanunlar İhtilafı Alanında Bağlama Kuralının ve Sınırlarının Tespiti*, (Ankara: Yetkin, 1996): 18; Demirkol, *Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk*, 178-179; Nomer, *Devletler Hususî Hukuku*, 317; Aslı Bayata Canyaş, *AB ve Türk Hukuku Uyarınca Sözleşmeye Uygulanacak Hukuka İlişkin Genel Kural*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2012), 54; Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 260; Demir Gökyayla, *Tek Satıcılık Sözleşmeleri*, 321; Köck, *Die einheitliche Auslegung der Rom I-, Rom II- und Brüssel I-Verordnung*, 160; Martiny, içinde, *MüKo-BGB*, Band 10, Art. 3 Rom I-VO, para. 42.

⁶⁴³ Demirkol, *Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk*, 180.

⁶⁴⁴ Bkz. İkinci Bölüm, 2.3.2.2.1.2. Zımnî Hukuk Seçimi.

Hukuk seçimi genel işlem koşullarında da yer alabilir⁶⁴⁵. Taraflara sağladığı kolaylıklar nedeniyle genel işlem koşullarının kullanılması sıklıkla başvurulmuş bir yöntemdir⁶⁴⁶. Uygulamada da sağlık turizminde tedâvi sözleşmesi, genel işlem koşullarını haiz şekilde ilerde kullanılmak amacıyla hekim veya sağlık hizmeti sunucusu tarafından önceden tek tarafı olarak hazırlanmaktadır. Bizim de katıldığımız görüşe göre genel işlem koşulu ile hukuk seçimi anlaşması yapılabilir⁶⁴⁷. Doktrindeki bir diğer görüş ise, hukuk seçiminin genel işlem koşullarında yer alması durumunda, açık hukuk seçiminin varlığının kabulü için tarafların, sözleşmedeki genel işlem koşullarını bildiği yönünde sözleşmede bir kaydın bulunması gerektiğini ileri sürer⁶⁴⁸.

Günümüzde pek çok ulusal ya da uluslararası kurum, çeşitli kurallar dizisi, genel şartlar, sözleşme taslakları, model kanunlar ve benzeri taslak metinler hazırlamaktadır⁶⁴⁹. Bu tür metinlerin sözleşmede yer alan bir atıf suretiyle sözleşmeye uygulanacağını belirtilmesi *incorporation*⁶⁵⁰ olarak adlandırılmaktadır⁶⁵¹. Atıf yapılan bu metinlerdeki seçilen kurallar, sözleşmenin birer hükmü hâline getirilmektedir. Ayrıca millî hukuk düzeni içerisinde yer alan birtakım ilke ve kuralların sözleşme hükmü hâline getirilmesi de mümkündür⁶⁵². Eğer taraflar belli bir millî hukuka ve bu hukuktaki pozitif normlara ya da içtihadı atıf yaparlarsa veya bu normları ya da mahkeme kararlarını veya milletlerarası

⁶⁴⁵ Prütting, “Gerichtsstand- und Rechtswahl in der Europäischen Arzthaftung”, 46; Prütting, “Die europäische Arzthaftung im Prozess”, 165. TBK m. 20’ye göre “Genel işlem koşulları, bir sözleşme yapılırken düzenleyen, ilerde çok sayıda benzer sözleşmede kullanılmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir.” İnternet üzerinden akdedilen sözleşmelerde hukuk seçimi içeren maddenin genel işlem koşulları kapsamında yer alması durumunda geçerliliği hakkında detaylı bir değerlendirme için bkz. Turgay Sariaçalı, “İnternet Üzerinden Akdedilen Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk”, *MHB, Prof. Dr. Cemal Şanlı’ya Armağan*, 40/1 (2020): 283 vd.

⁶⁴⁶ Yılmaz, Alper Çağrı, “Milletlerarası Ticari Sözleşmelerde Hukuk Seçimine İlişkin Genel İşlem Şartlarının Çatışması ve Lahey İlkeleri”. *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 6/11 (2018): 483.

⁶⁴⁷ Aygül ve Erdoğan, “Hizmet Akitlerindeki Hukuk Seçimine Dair Kayıtların Geçerliliği”, 771; Demirkol, *Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk*, 183; Demir Gökyayla, *Tek Satıcılık Sözleşmeleri*, 341.

⁶⁴⁸ Nomer, *Devletler Hususî Hukuku*, 312. Doktrinde Demirkol ise genel işlem koşullarına referansla yapılan hukuk seçiminin, genel işlem koşulunun sözleşmenin bir parçası hâline getirilmesi şartıyla, açık hukuk seçimi olarak nitelendirilmesinde bir engel bulunmadığını kabul etmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Demirkol, *Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk*, 181 vd. İş sözleşmeleri açısından, işçinin genel işlem koşullarındaki hukuk seçimi hakkında bilgilendirilmesinin gerekli olup olmadığı hakkındaki değerlendirmeler için bkz. Aygül ve Erdoğan, “Hizmet Akitlerindeki Hukuk Seçimine Dair Kayıtların Geçerliliği”, 776 vd.

⁶⁴⁹ Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 294.

⁶⁵⁰ Aygün, “Yabancılık Unsurunun Mahiyeti” 1038; Özdemir Kocasakal, “Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun Tespiti”, 34.

⁶⁵¹ Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 294.

⁶⁵² *Incorporation* hakkında detaylı bilgi için bkz. Demirkol, *Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk*, 210 vd.

nitelikli kuralları kelimesi kelimesine sözleşmeye yazarlarsa bu durum açık bir hukuk seçimi teşkil etmez⁶⁵³. Tarafların sadece bahsi geçen kurallar veya kararları birer sözleşme hükmü olarak aralarındaki hukukî ilişkiye uygulanacak hükümler olarak öngördükleri kabul edilir⁶⁵⁴. Başka bir deyişle, söz konusu metin, sözleşmenin bir parçası hâline geldiği için uygulanır. Oysa hukuk seçiminde taraflar, bir devletin hukukunu seçerek onun, emredici, tamamlayıcı, yorumlayıcı kurallarının tamamının hukukî ilişkiye uygulanmasını sağlar.

Uygulanacak hukuka ilişkin özel bir düzenlemenin bulunmadığı hallerde gündeme gelen MÖHUK m. 24 isimsiz sözleşmelere de uygulanır. Bu kapsamda tedâvi sözleşmelerinde de hukuk seçimi yapılabilir. Dolayısıyla hasta ve hekim hukuk seçimi yapmakta özgürdür⁶⁵⁵. Hukuk seçimi hem tedâvi faaliyetini meslekî olarak yürüten hekim hem de yabancı bir ülkede tedâviyi kabul eden hasta açısından öngörülebilirlik sağlar⁶⁵⁶. Ayrıca özellikle tedâvi sözleşmesinde tedâvinin karmaşık yapısı nedeniyle uygulanacak hukukun objektif bağlama kuralına göre belirlenmesi oldukça güçtür. Bu nedenle tedâvi sözleşmesinde hukuk seçiminin yapılması muhtemel bir uyuşmazlık durumunda her iki tarafın da yararınadır. Zira bu hâlde uygulanacak hukuk, mahkeme tarafından çok daha hızlı ve kolay biçimde tespit edilebilir⁶⁵⁷.

2.3.2.2.1.2. Zımnî Hukuk Seçim

Hukuk seçimi açık irade beyanı ile yapılabileceği gibi zımnî irade beyanı ile de yapılabilir. Nitekim MÖHUK m. 24/1’de “Sözleşme hükümlerinden veya hâlin şartlarından tereddüde yer vermeyecek biçimde anlaşılabilen hukuk seçimi de geçerlidir.” hükmü yer almaktadır. Taraflarca açık bir hukuk seçimi yapılmamışsa zımnî

⁶⁵³ Ekşi, “Yabancılık Unsuru Taşıyan Akitler”, 73; Demirkol, *Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk*, 180. *Incorporation*’ın tarafların zımnî bir hukuk seçimi yaptığını gösterip göstermeyeceği sorunu aşağıda zımnî hukuk seçimi başlığında ayrıca ele alınmaktadır. Bkz. İkinci Bölüm, 2.3.2.2.1.2. Zımnî Hukuk Seçimi.

⁶⁵⁴ Ekşi, “Yabancılık Unsuru Taşıyan Akitler”, 73; Demirkol, *Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk*, 180.

⁶⁵⁵ Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 74; Nordmeier, “Der Behandlungsvertrag im Internationalen Privatrecht”, 514; von Domarus, *Internationales Arzthaftungsrecht*, 57 vd.; Andreas Spickhoff, “Die Arzthaftung im Europäischen Internationalen Privat- und Prozessrecht”, *Festschrift für Gerda Müller*, (2009): 297; Erwin Deutsch, “Das Internationale Privatrecht, Versicherungsrecht und Zivilprozessrecht des Medizinwesens nach der Rom I- und der Rom II-Verordnung der EU - ein Überblick”, *MedR*, (2009): 578 vd.

⁶⁵⁶ Köck, *Die einheitliche Auslegung der Rom I-, Rom II- und Brüssel I-Verordnung*, 159.

⁶⁵⁷ Köck, *Die einheitliche Auslegung der Rom I-, Rom II- und Brüssel I-Verordnung*, 159.

bir hukuk seçiminin var olup olmadığının tespiti gerekir. Zımnî hukuk seçiminde, tarafların hukuk seçimi yapma hususundaki iradeleri uyuşmaktayken, bu irade, taraflarca açıkça beyan edilmemiştir⁶⁵⁸. Açık bir irade beyanı bulunmamasına rağmen, birtakım kriterlerden hareketle, tarafların belli bir hukuk düzeninin sözleşmelerine uygulanmasını istedikleri sonucuna ulaşılabiliyorsa zımnî hukuk seçiminin varlığından söz edilir⁶⁵⁹. Zımnî hukuk seçiminde de açık hukuk seçiminde olduğu gibi tarafların karşılıklı ve birbiriyle uyumlu iradeleri mevcuttur, ancak bu iradeler doğrudan açıklanmamıştır⁶⁶⁰. Zımnî hukuk seçiminin varlığının kabul edilebilmesi için seçimin açıkça veya tereddütte yer vermeyecek biçimde anlaşılması gerekir⁶⁶¹. Zımnî hukuk seçiminde tarafların farazî değil, gerçek iradeleri esas alınmalıdır⁶⁶².

Hukukun mümkün olduğu kadar yeknesak ve öngörülebilir şekilde uygulanabilmesi için; sözleşme maddelerinden ya da olayın hâl ve şartlarından açıkça çıkarılabilen hukuk seçiminin mevcûdiyeti bağımsız kriterlerden hareketle tespit edilmelidir⁶⁶³. Tarafların hukuk seçimi noktasında gerçek iradelerinin⁶⁶⁴ var olup olmadığının tespiti konusunda,

⁶⁵⁸ Esra Gül Dardağan, *Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Haklardan Doğan Kanunlar İhtilâfı*, (Ankara: Betik Yayıncılık, 2000), 228.

⁶⁵⁹ Tarman, “İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk”, 529; Çelikel ve Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 364; Tekinalp, *Bağlama Kuralları*, 284.

⁶⁶⁰ Martiny in MünchKomm/BGB, Art. 3 Rom I-VO para. 46, dn. 13; Nordmeier, “Der Behandlungsvertrag im Internationalen Privatrecht”, 515; Nomer, *Devletler Hususî Hukuku*, 318; Tekinalp, *Bağlama Kuralları*, 283-284; Doğan, *İş Akdinden Doğan Kanunlar İhtilâfı*, 20-21; Aygöl, “Akitten Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Sözleşmesi”, 234; Gülin Güngör, *Temel Milletlerarası Özel Hukuk Metinlerinin Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Konusunda Yakınlık Yaklaşımı*, (Ankara: Yetkin, 2007), 191-192; Özdemir Kocasakal, “Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun Tespiti”, 44; Bayata Canyaş, “Örtülü Hukuk Seçimi”, 112; Arslan, “Zımnî Hukuk Seçimi”, 9; Gülören Tekinalp, “Akdî İlişkide Uygulanacak Hukuk-MÖHUK m. 24 ve Zımnî Hukuk Seçimi”, *MHB*, 5/1 (1985): 29; Dardağan, *Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Haklardan Doğan Kanunlar İhtilâfı*, 228; Demir Gökyayla, *Tek Satıcılık Sözleşmeleri*, 322-323; Demir Gökyayla, *Tek Satıcılık Sözleşmeleri*, 323; Çilingiroğlu, “Devletler Özel Hukuku Alanında Borç Sözleşmelerinde Hukuk Seçimi”, 110; Demirkol, *Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk*, 192-193; Prütting, “Gerichtsstand- und Rechtswahl in der Europäischen Arzthaftung”, 46; Prütting, “Die europäische Arzthaftung im Prozess”, 165.

⁶⁶¹ Açıkça ve tereddütte yer vermeyecek ifadelerinin milletlerarası düzenlemelerde yer alma şekli ve konu hakkındaki değerlendirmeler için bkz. Bayata Canyaş, “Örtülü Hukuk Seçimi”, 110 vd.

⁶⁶² Nomer, *Devletler Hususî Hukuku*, 327; Demir Gökyayla, *Tek Satıcılık Sözleşmeleri*, 323; Demirkol, *Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk*, 197-198; Güngör, *Türk Milletlerarası Özel Hukuku*, 174; Arslan, “Zımnî Hukuk Seçimi”, 18; Prütting, “Gerichtsstand- und Rechtswahl in der Europäischen Arzthaftung”, 46; Prütting, “Die europäische Arzthaftung im Prozess”, 165; Nordmeier, “Der Behandlungsvertrag im Internationalen Privatrecht”, 514.

⁶⁶³ Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 174; Martiny, *içinde*, MüKo-BGB, B. 10, 5. Art. 3 Rom I-VO, para. 45; von Hein, *içinde*, Rauscher, EuZPR/EuIPR, para. 11.

⁶⁶⁴ Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 174; Martiny, *içinde*, MüKo-BGB, Bd. 10, Art. 3 Rom I-VO, para. 46; Magnus, *içinde*, Staudinger, BGB, Int. Vertragsrecht 1, Art. 3 Rom I-VO, para. 71;

uygulamada, yargısal içtihatlarda ve bilimsel çalışmalarda birtakım emârelerden hareket edilmesi gerektiğine işaret edilmektedir⁶⁶⁵. Hukuk seçiminin mevcut olup olmadığı, tarafların davranışlarından, sözleşme hükümlerinden ve sözleşmeye bağlı çeşitli emârelerden hareketle tarafların iradelerinin yorumlanması suretiyle tespit edilir.

Belirtmek gerekir ki zımnî hukuk seçimiyle sözleşmenin en sıkı ilişkili olduğu hukuk birbirinden farklıdır. Sözleşmedeki unsurlardan sözleşmenin bir ülkeyle sıkı ilişki içerisinde olduğu sonucunun çıkarılması, tarafların o ülkenin hukukunun seçimi yönünde zımnî bir iradeye sahip olduğunun kabulü için tek başına yeterli değildir⁶⁶⁶.

Tedâvi sözleşmelerinde de sözleşme hükümlerinden ve olayın hâl ve şartlarından zımnî bir hukuk seçiminin mevcut olup olmadığı değerlendirilmelidir⁶⁶⁷. Bir tedâvi sözleşmesinde ancak sözleşme hükümlerinden veya olayın şartlarından tereddüde yol açmayacak şekilde, makûl kesinlikte, belirgin şekilde ve yeterli güvenlikte anlaşılabilen hukuk seçimi zımnî hukuk seçimi olarak dikkate alınabilir. Doktrinde özellikle tedâviyi gerçekleştiren tarafın, faaliyetlerini organize ettiği ve kendisi tarafından bilinen ülkenin hukuku dışında başka bir hukuka tâbi olmak konusunda çoğunlukla istekli olmayacağı kabulünden hareketle, zımnî hukuk seçiminin tespitinde dikkatli olunması gerektiği savunulmaktadır⁶⁶⁸. Elbette, hastanın tedâviyi gerçekleştirecek tarafın muayenehanesinin veya hastanenin bulunduğu ve tedâviyi yürüttüğü ülkeye seyahat etmesi, kendiliğinden hastanın tedâvi ülkesinin hukukuna tâbi kılındığı anlamına gelmemelidir⁶⁶⁹. Bir diğer söyleyişle hastanın o ülkeye seyahat etmesi tek başına tarafların tedâvi ülkesinin hukukunun seçildiği yönündeki iradesini ortaya koymaz. Ancak yine de bu durumun zımnî hukuk seçiminin varlığı lehine bir emâre olduğu da göz ardı edilmemelidir⁶⁷⁰. Aynı

Ferrari, *içinde*, Ferrari ve diğerleri, Internationales Vertragsrecht, Art. 3 Rom I-VO, para. 27; Leible, *içinde*, NK-BGB, Bd. 6, Art. 3 Rom I-VO, para. 49.

⁶⁶⁵ Martiny, *içinde*, MüKo-BGB, Bd. 10, Art. 3 Rom I-VO, para. 45, 48 vd.

⁶⁶⁶ Demirkol, *Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk*, 224.

⁶⁶⁷ Tedâvi sözleşmesinde zımnî hukuk seçimi hakkında detaylı bilgi için bkz Könning-Feil, *Das internationale Arzthaftungsrecht*, 196 vd.

⁶⁶⁸ Nordmeier, “Der Behandlungsvertrag im Internationalen Privatrecht”, 515; Spickhoff *içinde*, Spickhoff, Medizinrecht, IPR, 12; Katzenmeier, Kurz ve Jansen, “Rechtsfragen des Medizintourismus”, 1049, dn. 39.

⁶⁶⁹ Nordmeier, “Der Behandlungsvertrag im Internationalen Privatrecht”, 515.

⁶⁷⁰ Nordmeier, “Der Behandlungsvertrag im Internationalen Privatrecht”, 515; von Domarus, *Internationales Arzthaftungsrecht*, 58, dn. 3; Stumpf, “Die Möglichkeit der Rechtswahl im internationalen Arzthaftungsrecht”, 547. Burada belirtmek gerekir ki, yukarıda sayılan nedenlerle tedâvi yeri hukukunun zımnî olarak seçildiği sonucuna ulaşılmasa da uygulanacak hukuk objektif

şekilde belirli bir ülkeye özgü tedâvi yönteminin uygulanıyor olması da söz konusu devletin hukukunun seçildiği anlamına gelmez⁶⁷¹. Örneğin geleneksel Çin tedâvi yöntemlerinin uygulanıyor olması tek başına Çin Halk Cumhuriyeti hukukunun zımnî olarak seçildiği anlamı taşımaz.

Bu noktada taraflarca yetkili mahkemenin seçilmesi veya sözleşmede bir ülke hukukuna atıf yapılması sağlık turizmi sözleşmelerinde hukuk seçimi yapıldığının bir emâresi olduğundan çalışmamızda bu iki konu özellikle incelenmiştir⁶⁷². Ancak bu iki emâre, sınırlı sayıda ve tüketici nitelikte değildir⁶⁷³. Somut olayda başka emârelerin de dikkate alınması gerekebilir.

2.3.2.2.1.2.1. Yetki Sözleşmesinin Varlığı

Taraflar yetki sözleşmesi ile uyuşmazlık hâlinde hangi ülke mahkemelerinin yetkili olacağını kararlaştırabilir. Tarafların yetkili kılınan ülke mahkemesinin ait olduğu hukuk düzenini uygulanacak hukuk olarak seçmesinde bir engel bulunmaz. Bu seçimle taraflarca yetkili kılınan mahkeme, kendi hukukunu daha rahat uygulama imkânına da sahip olur.

Uygulamada taraflar çoğunlukla bir hukuk seçimi yapmamakla beraber yetkili mahkeme konusunda anlaşmaktadır⁶⁷⁴. Yetki anlaşmasının hukuk seçimi olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği hususunun üzerinde durmak gerekir. Doktrinde tarafların yetkili mahkeme konusundaki anlaşmalarının, tarafların iradelerinin mahkemenin hukukunun uygulanması yönünde olduğuna dair bir emâre olduğu ifade edilmektedir⁶⁷⁵. Ancak bu emâre tek başına yeterli kabul edilmemekte, başka göstergelerle de zımnî hukuk

hükümlere göre belirlendiğinde pek çok durumda yine tedâvi yeri hukuku olur. Bkz. İkinci Bölüm, 2.3.3.3.3. Daha Sıkı İlişkili Hukuk.

⁶⁷¹ Nordmeier, “Der Behandlungsvertrag im Internationalen Privatrecht”, 515.

⁶⁷² Zımnî hukuk seçimine ilişkin diğer emâreler ve örnekleri için bkz. Bayata Canyaş, “Örtülü Hukuk Seçimi”, 110 vd.

⁶⁷³ Arslan, “Zımnî Hukuk Seçimi”, 22.

⁶⁷⁴ Gerfried Fischer, “Zum Stand des Internationalen Arzthaftungsrechts nach den Verordnungen Rom I und Rom II”, *MedR*, 32 (2014): 712.

⁶⁷⁵ Magnus, *Die Rom I-Verordnung*, 33; Martiny, *içinde*, MüKo-BGB, Bd. 10, Art. 3 Rom I-VO, para. 48; Wagner, *Einflüsse der Dienstleistungsfreiheit auf das nationale und internationale Arzthaftungsrecht*, 109; Schwenzfeier, *Die kollisionsrechtliche Anknüpfung des Behandlungsverhältnisses*, 70. Nitekim Roma I Tüzüğü’nün giriş kısmının 12. paragrafında taraflar arasındaki yetkili mahkeme veya hakem atamalarına ilişkin anlaşmaların, hukuk seçimini tespitite kullanılan kriterlerden biri olduğuna yer verilmektedir.

seçiminin desteklenmesi gerekmektedir⁶⁷⁶. Bu nedenle sözleşmede aksine bir hüküm bulunmadığı sürece tarafların, sözleşmeyle yetkili kıldıkları mahkemenin hukuku üzerinde zımnen anlaştıkları kendiliğinden söylenemez⁶⁷⁷.

Sağlık turizmi açısından da yetki sözleşmesinin varlığı bir emâre olarak kabul edilirken ihtiyatlı davranılmalıdır. Zımnî hukuk seçiminde bir emâre olarak kabul edilen yetkili mahkemeye ilişkin seçim, çoğunlukla bir genel işlem koşulu maddesi olarak sözleşmede yer alır. Bu nedenle hastanın sözleşme kurulurken yetkili mahkeme seçimi konusunda dahi bilgisiz olması ihtimâl dâhilindedir⁶⁷⁸. Bu durumda ek başka emâreler olmadan, hastanın mahkemenin hukukunun uygulanacak hukuk olduğu yönünde bir irade taşıdığı sonucuna ulaşılmamalıdır. Diğer bir deyişle yetki anlaşmasının zımnî hukuk seçiminde bir emâre olarak kullanılabilmesi için öncelikle hasta, bir mahkeme seçimi yapıldığının bilincinde olmalıdır. Ancak bu hâlde mahkeme seçimi için söz konusu olan iradenin, sözleşmeyi mahkemenin hukukuna tâbi kılmayı da kapsadığı sonucuna ulaşılabilir. İleride ayrı bir başlıkta ele alacağımız diğer emârelerle desteklendiği sürece yetki anlaşmasının zımnî hukuk seçimini de kapsadığı sonucuna ulaşmak mümkündür⁶⁷⁹.

Yetki sözleşmesiyle yetkili kılınan mahkemenin hastanın vatandaşlığını haiz olduğu ülkenin mahkemesi olması gibi bir zorunluluk yoktur. Başka bir deyişle hastanın ülkesinin mahkemeleri yetkili kılınmışsa mutlaka zımnî hukuk seçimi vardır denilemez. Nitekim zımnî bir iradenin varlığının araştırılmasındaki amaç hastayı kendi ülkesinin hukukundan mümkün olduğu sürece yararlandırmak değildir. Aksine zımnî hukuk

⁶⁷⁶ Nomer, *Devletler Hususî Hukuku*, 318-319; Tarman, “Akdi Borç İlişkilerinde Hukuk Seçimi”, 149-150; Aygöl, “Akitten Doğan Borç İlişkilerinde Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Sözleşmesi”, 234; Güngör, *Yakınlık Yaklaşımı*, 96; Tekinalp, *Bağlama Kuralları*, 284; Bayata Canyaş, “Örtülü Hukuk Seçimi”, 113; Tarman, “Roma I Tüzüğü”, 310; Demir Gökyayla, *Tek Satıcılık Sözleşmeleri*, 325; Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 260; Demirkol, *Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk*, 221.

⁶⁷⁷ Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 276.

⁶⁷⁸ Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 175. Örneğin Almanya’da yer alan *Universitätsklinikums Jena* tarafından yayımlanan genel işlem koşullarında, 22. maddeyle yetkili mahkemenin *Jena* mahkemeleri olduğu düzenlenmektedir. Doktrinde haklı olarak böylesine genel bir hükmün özellikle yabancı unsur içeren bir sözleşme açısından hukuk seçimi anlamına gelecek şekilde yorumlanmasının mümkün olmadığı savunulmaktadır. Bkz. Fischer, “Internationalen Arzthaftungsrechts”, 712.

⁶⁷⁹ Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 175.

seçiminin mevcûdiyeti araştırılırken, tarafların her ikisinin de hukuk seçimine dair ortak bir iradesinin olup olmadığını tespit etmek amaçlanmaktadır⁶⁸⁰.

2.3.2.2.1.2.2. Belirli Bir Ülkenin Hukukuna Yapılan Atıf

Taraflar sözleşme serbestisi gereği akdettikleri sözleşmenin muhtevâsını kural olarak istedikleri gibi belirleyebilir⁶⁸¹. Taraflar yabancı bir hukukun öngördüğü kuralları sözleşmelerine tek tek yazarak (*incorporation*) veya bu kuralları genel bir atıfla sözleşmelerine taşıyabilirler⁶⁸². Tarafların *incorporation* veya bir atıf yoluyla bir ülkenin hukuk kurallarını sözleşmelerine taşımaları, hukuk seçimi anlamına gelmemekle beraber zımnî hukuk seçimine dair bir emâre oluşturabilir⁶⁸³. Zımnî irade beyanının tespitinde faydalanılabilecek bir diğer husus sözleşmeye *incorporation* yoluyla dâhil edilmiş veya sözleşmede atıfta bulunulmuş olan belli bir hukuka ait hukukî terim, ifade ve kurallardır⁶⁸⁴. Esasen bu yapılan atıflar, atfa konu kuralların sözleşmenin parçası hâline getirildiği yönünde yorumlanır⁶⁸⁵. Başka bir deyişle belli bir devletin hukukuna yapılan atıf tek başına o ülkenin hukukunun seçildiğinin kabulü için yeterli değildir⁶⁸⁶. Örneğin taraflarca BGB'ye atıf yapılarak tarafların borçlarının, BGB'ye göre belirlenmesiyle Alman hukukunun sözleşmeye uygulanması arasında pratik sonuçları bakımından çok büyük farklar bulunmaz⁶⁸⁷. Ancak sözleşmede belirli bir ülkenin hukukuna atıf yapılmış olması zımnî bir hukuk seçimi yapıldığına dair bir emâre olarak yorumlanabilir⁶⁸⁸. Bu nedenle sözleşmede belli bir ülke hukukundaki bazı hükümlere atıf yapılması diğer emârelerle de desteklendiği sürece zımnî hukuk seçiminde dikkate alınacak bir diğer husustur⁶⁸⁹. Bununla beraber eğer sözleşmede uyuşmazlığın belirli bir ülkenin

⁶⁸⁰ Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 175.

⁶⁸¹ Demirkol, *Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk*, 210.

⁶⁸² Demirkol, *Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk*, 210.

⁶⁸³ Demirkol, *Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk*, 210-211.

⁶⁸⁴ Bayata Canyaş, "Örtülü Hukuk Seçimi", 118.

⁶⁸⁵ Ekşi, "Incorporation", 266, vd; Demirkol, *Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk*, 181

⁶⁸⁶ Bayata Canyaş, "Örtülü Hukuk Seçimi", 118.

⁶⁸⁷ Demirkol, *Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk*, 150.

⁶⁸⁸ Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 175; Martiny, *içinde*, MüKo-BGB, Bd. 10, Art. 3 Rom I-VO, para. 57; Martiny, *içinde*, Reithmann/Martiny, Int. Vertragsrecht, para. 125; Leible, *içinde*, NK-BGB, Bd. 6, Art. 3 Rom I-VO, para. 56; Könnig-Feil, *Das internationale Arzthaftungsrecht*, 198; Schwenzfeier, *Die kollisionsrechtliche Anknüpfung des Behandlungsverhältnisses*, 70.

⁶⁸⁹ Arslan, "Zımnî Hukuk Seçimi", 21; Demir Gökyayla, *Tek Satıcılık Sözleşmeleri*, 323; Demirkol, *Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk*, 214.

kanunlarına göre çözüleceğine yer verilmişse bu durumda açık hukuk seçimi söz konusu olur⁶⁹⁰.

Doktrinde belli bir hukuk sistemine özgü standart sözleşmelerin kullanılmasının da diğer emârelerle birlikte zımnî hukuk seçimi sözleşmesinin mevcudiyetini gösterebileceği savunulmaktadır⁶⁹¹. Dolayısıyla, kullanılan standart sözleşmeler kural olarak sadece sözleşme hükmü niteliği taşır. Ancak özellikle bir idarî kuruluşça yayımlanan standart sözleşmenin kullanılması durumunda ise, idarî kuruluşun tâbi olduğu hukuk düzeninin sözleşmeye uygulanması yönünde tarafların zımnî bir iradesinin bulunduğu doktrinde ileri sürülmektedir⁶⁹².

Sağlık turizminde, örneğin birtakım hizmetlerin tanımlanması amacıyla belirli bir ülkenin hazırlamış olduğu tıbbî veya meslekî standartlara atıf yapılması hâlinde, atıf yapılan bu ülkenin hukukunun zımnî seçilmiş hukuk sayılıp sayılmayacağı sorusu gündeme gelir⁶⁹³. Doktrindeki bir görüşe göre, böyle bir durumda zımnî hukuk seçimi vardır⁶⁹⁴. Örneğin Alman hukukunda özellikle Alman Standartlar Enstitüsü'nce belirlenen standartlara atıfta bulunulmuş olması, zımnî olarak Alman hukukunun seçildiği yönünde bir emâre olarak yorumlanmaktadır⁶⁹⁵. Ancak yine Alman doktrininde salt borçlu olunan edimin tanımının Alman Standartlar Enstitüsü'nce belirlenen standartlardan hareketle yapılmasının, başka herhangi bir emâre bulunmadan Alman hukukunun seçildiği yönünde geniş bir yoruma yol açmaması gerektiği de savunulmaktadır⁶⁹⁶. Bununla birlikte standartlarda bulunan bir tanıma yer verilmesinden öte, millî bir hukukun standartlarına göre tedâvinin yerine getirileceği üstlenilmiş olabilir. Bu son hâlde esasen basit bir atfın

⁶⁹⁰ Doktrinde, tedâvi sözleşmesinde yer alan ve sözleşmeden doğan uyumsuzlukların Alman mahkemelerinde, Alman Organ Nakli Kanunu uyarınca çözüme kavuşturulacağı şeklindeki hükmün açık hukuk seçimi olduğu kabul edilmektedir. Ayfer Uyanık Çavuşoğlu, “Milletlerarası Özel Hukukunda Organ Nakli”, *Milletlerarası Özel Hukuk Perspektifiyle Biohukuk*, (2013): 91.

⁶⁹¹ Demirkol, *Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk*, 213-214; Nordmeier, “Der Behandlungsvertrag im Internationalen Privatrecht”, 515.

⁶⁹² Demirkol, *Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk*, 214; Güngör, *Yakınlık Yaklaşımı*, 93.

⁶⁹³ Bir ülkede uygulanan örneğin meslekî standartların seçilebilecek hukuk kapsamında olup olmadığı hakkındaki değerlendirmeler için bkz. Nordmeier, “Der Behandlungsvertrag im Internationalen Privatrecht”, 516 vd.

⁶⁹⁴ Stumpf, “Die Möglichkeit der Rechtswahl im internationalen Arzthaftungsrecht”, 547.

⁶⁹⁵ Nordmeier, “Der Behandlungsvertrag im Internationalen Privatrecht”, 516; Martiny, *içinde*, MüKo-BGB, Bd. 10, Art. 3 Rom I-VO, para. 62; Ferrari, *içinde*, Ferrari ve diğerleri, Internationales Vertragsrecht, Art. 3 Rom I VO, para. 34.

⁶⁹⁶ von Hein, *içinde*, Rauscher, EuZPR/EuIPR, para. 33; Nordmeier, “Der Behandlungsvertrag im Internationalen Privatrecht”, 515.

ötesinde hekim, özellikle tedâvinin kalitesi hakkında da bir taahhütte bulunur. Başka bir deyişle burada vadedilen standartlar aracılığıyla belirlenen bir sonuç değil, aksine, belirli bakım veya tedâvi standartlarına uygun nitelikte bir tıbbî müdahaledir⁶⁹⁷. Hasta ile hekim arasındaki tedâvi ilişkisi güvene dayanan bir ilişkidir. Hekim hasta ile anlaştığı standartlara uygun bir şekilde tedâviyi gerçekleştireceğini garanti eder. Bu nedenle de atıfta bulunulan standartlarla tedâvi tarafının sorumluluğu arasında sıkı bir ilişki bulunur⁶⁹⁸. Buna rağmen elbette durum bir bütün olarak ele alındığında hukuk seçimi yapılmadığı yönünde bir sonuca ulaşılması da mümkündür. Kanaatimizce de tedâvinin belirli bir ülkenin standartlarına göre yerine getirileceği belirtilmişse diğer emârelerle desteklendiği sürece zımnî hukuk seçiminin varlığı kabul edilebilir.

Zımnî hukuk seçiminin tespitinde sözleşmenin, hekimin veya hastanenin kontrolünde olmayan ve tedâvi ülkesinde geçerli olan kamu hukuku hükümlerine tâbi olduğu da dikkate alınmalıdır. Tedâvi sözleşmesine uygulanacak maddî hukuk ile tedâvi ülkesinin kamu hukuku hükümleri arasında hukuk seçiminden kaynaklanan uyumsuzluklar bulunabilir. Aslında bu durum dahi hekimin ya da hastanenin iradesinin, tedâvi ülkesinin hukukundan vazgeçilerek, zımnî bir hukuk seçimi yapmaya yönelik olduğu varsayımının aleyhine kabul edilebilir⁶⁹⁹. Bununla beraber yabancı bir hastayı tedâvi eden ve yabancı bir ülkenin standartlarına uygun hareket etmeyi taahhüt eden hekimin, yabancılarla ilişki kurmaya gönüllü olduğunun kabul edilmesi de gerekir. Yabancı bir ülkenin koyduğu standartları uygulamayı kabul eden kişinin, zımnî olarak bu standartlara uymamaktan sorumlu olmayı göze aldığı da kabul edilebilir. Nitekim belirli bir ülkenin standartlarının seçildiği durumlarda en azından tıbbî sorumluluk için⁷⁰⁰ o ülkenin hukukunun uygulanacak hukuk olarak belirlendiği sonucuna ulaşmak gerekir. Bu kabul, hukukî bir boşluğa yol açmaz. Tam tersine uygulamayla sorumluluğa uygulanacak kuralların uyumlu olmasını sağlar. Bu nedenle de aksine bir kanıt bulunmadığı sürece Alman

⁶⁹⁷ Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 176.

⁶⁹⁸ Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 176.

⁶⁹⁹ Nordmeier, “Der Behandlungsvertrag im Internationalen Privatrecht”, 515. Bu gerekçenin sağlık turizmi açısından yetersiz kaldığı yönündeki görüş için bkz. Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 176.

⁷⁰⁰ Sorumluluk nedenlerinin bölünebilir olduğu hâllerde zımnî bir kısmî hukuk seçiminin kabul edilebilirliği konusunda bkz., Magnus, *içinde*, Staudinger, BGB, Int. Vertragsrecht 1, Art. 1 Rom I-VO, para. 109. Aksi görüş için bkz. von Hein, *içinde*, Rauscher, EuZPR/EuIPR, para. 33.

standartlarına atıf yapılmış olmasından Alman hukukunun uygulanacak hukuk olarak belirlendiği sonucuna ulaşmak gerekir⁷⁰¹.

2.3.2.2.1.2.3. Somut Olaydaki Diğer Emâreler

Doktrinde zımnî hukuk seçiminin varlığının kabulü için yetki sözleşmesinin varlığı ve bir ülke hukukuna yapılan atıf dışında başka birtakım emâreler de kabul edilmektedir. Bunlara örnek olarak sözleşmenin dili, sözleşmenin ifasında kullanılan para birimi, sözleşmenin kurulduğu yer, sözleşmenin ifa yeri, tarafların vatandaşlığı/yerleşim yeri/mutad meskeni, tarafların iddia ve savunmalarında belirli bir ülke hukukuna dayanmaları, sözleşmede belirli bir hukuka özgü terim ve kavramların kullanılması, sözleşmenin belirli bir hukuka tâbi bir başka sözleşmeyle irtibatlı olması, belirli bir ülke hukukuna ait form, standart sözleşme ve genel işlem koşullarının kullanılması, belirli bir ülke hukukundaki örf ve âdetlerin dikkate alınması, hukuk seçiminin yapıldığı başka bir sözleşmeye göndermede bulunulması gibi hususlar sayılabilir⁷⁰².

Tedâvi sözleşmesinin belirli bir hukuk düzeninde hazırlanıp kullanılan genel işlem koşullarını içermesi de söz konusu olabilir. Tedâvi sözleşmesinde belirli bir hukuk düzenine ait genel işlem koşullarının kullanılması hâlinde bu husus, diğer ölçütler de dikkate alınmak suretiyle zımnî hukuk seçiminin tespitinde bir emâre olarak dikkate alınabilir⁷⁰³. Genel işlem koşullarındaki hukuk seçimi tereddüde yer vermeyecek açıklıkta dile getirildiği sürece, bu şartlarda yer alan hukuk seçimi, hukukî güven açısından bir

⁷⁰¹ Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 176; Nordmeier, “Der Behandlungsvertrag im Internationalen Privatrecht”, 516.

⁷⁰² Zımnî hukuk seçiminin tespitinde dikkate alınan ölçütler hakkında bkz. Doğan, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 401-402; Nomer, *Devletler Hususî Hukuku*, 327-329; Tekinalp, *Bağlama Kuralları*, 284; Arslan, “Zımnî Hukuk Seçimi”, 11 vd; Bayata Canyaş, “Örtülü Hukuk Seçimi”, 112-114; Demir Gökyayla, *Tek Satıcılık Sözleşmeleri*, 325 vd; Demirkol, *Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk*, 198 vd; Özdemir Kocasakal, “Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun Tespiti”, 44-45; Tarman, “Akdi Borç İlişkilerinde Hukuk Seçimi”, 149-150; Güngör, *Türk Milletlerarası Özel Hukuku*, 174; Prütting, “Gerichtsstand- und Rechtswahl in der Europäischen Arzthaftung”, 46; Prütting, “Die europäische Arzthaftung im Prozess”, 165.

⁷⁰³ Genel işlem koşulları ile hukuk seçimi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Muschner, “Haftungsrechtliche Besonderheiten bei der Aufklärung ausländischer Patienten”, 32 vd.; Mäsch Gerald, *Rechtswahlfreiheit und Verbraucherschutz: eine Untersuchung zu den Art. 29 I, 27 III und 34 EGBGB*, (Berlin : Duncker und Humblot, 1993): 80 vd.

sorun yaratmaz⁷⁰⁴. Aksi takdirde taraf iradesinin sadece zımnî hukuk seçimi için bir emâre olarak nitelendirileceği kabul edilmektedir⁷⁰⁵.

Söz konusu emârelerin hiçbirisi elbette tek başına zımnî hukuk seçiminin kabulü için yeterli değildir⁷⁰⁶. Örneğin sözleşmenin belirli bir dilde düzenlenmesi, zımnî hukuk seçimi için tek başına bir emâre olamaz⁷⁰⁷. Zira günümüzde milletlerarası pek çok sözleşme İngilizce düzenlenir. Sözleşmenin İngilizce olması tek başına İngiliz hukukunun seçildiğinin kabulü için yeterli değildir. Bu durum sağlık turistinin ikâmet ettiği yerle hekimin tıp veya uzmanlık eğitimini aldığı yerin aynı olması veya tarafların her ikisinin de aynı vatandaşlığa sahip olması durumları için de geçerlidir⁷⁰⁸. Zira uluslararası hareketliliğin artmasıyla birlikte hekimlerin vatandaşı oldukları veya eğitim aldıkları ülkeden farklı bir ülkede faaliyet göstermesi daha sık karşılaşılan bir durum hâline gelmiştir. Örneğin Alman veya Almanya’da eğitim almış bir hekim dünyanın farklı bir ülkesinde hekimlik faaliyetini yürütebilir. Dolayısıyla Almanya’da ikâmet eden bir hasta, Almanya dışındaki bir ülkede faaliyet gösteren Alman vatandaşı ya da Almanya’da eğitim almış bir hekimin kendisini tedâvi etmesine rıza göstermiş olsa dahi bu tedâvi ilişkisinde ortak hukuk olan Alman hukukunun taraflarca uygulanacak hukuk olarak zımnî seçildiği sonucu doğmaz. Zira bu uyuşmazlıkta tedâvi, ortak hukuk olan Alman hukukundan ziyade tedâvinin gerçekleştiği ülkenin hukukuna göre şekillenmektedir. Bu nedenle tedâviyi gerçekleştiren tarafın da Alman hukukunun uygulanması konusunda zımnî bir iradesinin olduğunun çıkarılması güçtür⁷⁰⁹. Ayrıca sağlık turizminde örneğin

⁷⁰⁴ MÖHUK m. 24’te tanınan hukuk seçimi imkânının zayıf tarafı korumak gibi bir sosyal kaygıdan kaynaklanmadığı, daha çok milletlerarası ticaretin menfaatini ilgilendiren hukukî ilişkileri kapsadığı yönünde bkz. Demirkol, *Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk*, 182-183. Bu nedenle hukuk seçiminin genel işlem koşullarında yer alması durumunda tüketici sözleşmesinde hukuk seçiminde gündeme gelen yararlılık prensibi uygulama alanı bulmaz. Burada daha çok hastanın genel işlem koşulu ile makûl olmayan şekilde daha dezavantajlı bir duruma sokulup sokulmadığı denetlenir. Bkz. Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 178.

⁷⁰⁵ Nomer, *Devletler Hususî Hukuku*, 312.

⁷⁰⁶ Elbette bu emârelerden ileride ele alacağımız daha sıkı ilişkili hukukun belirlenmesi aşamasında faydalanılabilir. Bkz. İkinci Bölüm, 2.3.3.3.3. Daha Sıkı İlişkili Hukuk.

⁷⁰⁷ Martiny, *içinde*, MüKoBGB, Bd. 10, Art. 3 Rom I-VO, para. 63; Martiny, *içinde*, Reithmann/Martiny, Int. Vertragsrecht, para. 126; Ferrari, *içinde*, Ferrari ve diğerleri, Internationales Vertragsrecht, Art. 3 Rom I-VO, para. 35; Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 176.

⁷⁰⁸ Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 176. Aksi görüş için bkz. Stumpf, “Die Möglichkeit der Rechtswahl im internationalen Arzthaftungsrecht”, 547; von Domarus, *Internationales Arzthaftungsrecht*, 58.

⁷⁰⁹ Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 177; Prütting, “Gerichtsstand- und Rechtswahl in der Europäischen Arzthaftung”, 46; Prütting, “Die europäische Arzthaftung im Prozess”, 165.

web sitesinde yer alan reklamda hekimin vatandaşlığına veya eğitim aldığı yere dair bilgi verilmesinin doğrudan zımnî hukuk seçimi anlamına gelmediğini de kabul etmek gerekir. Ancak bu ihtimâlde tedâvinin, hekimin vatandaşı olduğu veya eğitimini aldığı ülkenin tedâvi standartlarına uygun olarak gerçekleştirilmesi konusunda zımnî bir anlaşma olduğu anlamı çıkarılabilir. Buradan hareketle, uygulanacak hukukun hekimin vatandaşı olduğu veya eğitimini aldığı ülke hukukunun zımnî seçilmiş olduğu sonucuna ulaşılabilir⁷¹⁰.

Tüm bu açıklamalardan çıkarılacak sonuç, söz konusu emârelerden somut olayda var olanların dikkate alınarak bunların aynı hukuk düzenini işaret etmesi hâlinde, o ülke hukukunun zımnî hukuk seçimi yoluyla kararlaştırıldığının kabulünün gerektiğidir.

2.3.2.2.2 Hukuk Seçiminin Yapılabileceği Zaman

MÖHUK m. 24/3'te "*Hukuk seçimi taraflarca her zaman yapılabilir veya değiştirilebilir. Sözleşmenin kurulmasından sonraki hukuk seçimi, üçüncü kişilerin hakları saklı kalmak kaydıyla, geriye etkili olarak geçerlidir.*" hükmü yer almaktadır. Bu düzenleme sayesinde taraflar sözleşme öncesinde veya sözleşmenin kurulması sırasında, hukuk seçimi yapabilirler. Sözleşmenin kurulmasından sonra yapılacak hukuk seçimi ise üçüncü kişilerin hakları saklı kalmak kaydıyla geçerlidir. Bu sınırlama, sözleşmenin kurulmasından sonra belli haklar elde eden üçüncü kişileri korumayı amaçlamaktadır⁷¹¹. Şu hâlde tedâvi sözleşmesinde de üçüncü kişilerin hakları saklı kalmak kaydıyla sözleşmenin kurulmasından sonra hukuk seçimi yapılabilir.

2.3.2.2.3. Kısmî Hukuk Seçimi

MÖHUK m. 24/2'de "*Taraflar, seçilen hukukun sözleşmenin tamamına veya bir kısmına uygulanacağını kararlaştırabilirler*" hükmü yer almaktadır. Buna göre taraflarca sözleşmenin bölünebilen kısımları hakkında kısmî hukuk seçimi yapılabilir⁷¹². Doktrinde sözleşmenin hukukî ve iktisadî olarak ayrılabilir olan kısımları açısından, kısmî hukuk seçiminin yapılabileceği kabul edilmektedir. Şu hâlde tedâvi sözleşmesinde de kısmî

⁷¹⁰ Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 177, dn. 77.

⁷¹¹ Demirkol, *Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk*, 233; Aygül, "Akitten Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Sözleşmesi", 234.

⁷¹² Aygül, "Akitten Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Sözleşmesi", 234.

hukuk seçimi yapılabilir. Taraflar ayrıca sadece sözleşmenin belirledikleri bir kısmı için hukuk seçimi yapma imkânına da sahiptirler⁷¹³.

2.3.2.2.4. Seçilen Hukukun Niteliği

Maddî hukuk alanında kabul edilen sözleşme özgürlüğünün sınırsız olmadığı gibi milletlerarası özel hukuk alanında da hukuk seçimi birtakım sınırlamalara tâbidir.

Karşılaştırmalı hukukta ve Türk hukukunda, uluslararası niteliğe sahip ilke ve kuralların, hukuk kuralı sayılıp sayılmadığı ve uygulanacak hukuk olarak seçilip seçilmeyeceği oldukça tartışmalıdır⁷¹⁴. Türk hukukundaki baskın görüşe göre taraflarca bir devlete ait olmayan kurallar, uygulanacak hukuk olarak seçilmişse bu seçim Türk hukuku açısından geçersizdir⁷¹⁵. Bu nedenle hukuk seçimi imkânının, devlete ait bir hukukla sınırlandırıldığı kabul edilmektedir⁷¹⁶. Tedâvi sözleşmesinde de taraflarca, bir kurum veya kuruluşça çıkartılan kurallar uygulanacak hukuk olarak belirlenmişse, burada geçerli bir hukuk seçiminin varlığından söz edilemez.

2.3.2.2.5. Hukuk Seçiminin Varlığı ile Şeklî ve Maddî Geçerliliği

Hukuk seçimi sözleşmesi kural olarak ayrı bir sözleşmedir⁷¹⁷. Başka bir deyişle ister ayrı yapılsın isterse bir kayıt olarak yer alsın esas sözleşmeden bağımsızdır⁷¹⁸. Dolayısıyla

⁷¹³ Aybay ve Dardağan, *Kanunlar İhtilafı*, 215; Çelikel ve Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 343; Doğan, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 406; Tarman, “Akdi Borç İlişkilerinde Hukuk Seçimi”, 151.

⁷¹⁴ Bu konudaki görüşler için bkz. Tarman, “Akdi Borç İlişkilerinde Hukuk Seçimi”, 143-171; Güngör, *Türk Milletlerarası Özel Hukuku*, 175; Doğan, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 405.

⁷¹⁵ Güngör, *Türk Milletlerarası Özel Hukuku*, 175; Nomer, *Devletler Hususî Hukuku*, 320; Doğan, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 406.

⁷¹⁶ Nomer, *Devletler Hususî Hukuku*, 324; Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 329; Tiryakioğlu, *Milletlerarası Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk*, 23; Tarman, “Akdi Borç İlişkilerinde Hukuk Seçimi”, 152; Demirkol, *Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk*, 152; Köck, *Die einheitliche Auslegung der Rom I-, Rom II- und Brüssel I-Verordnung*, 35.

⁷¹⁷ Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 177; Martiny, *içinde*, MüKo-BGB, Bd. 10, Art. 3 Rom I-VO, para. 104; Ferrari, *içinde*, Ferrari ve diğerleri, *Internationales Vertragsrecht*, Art. 3 Rom I-VO, para. 6.

⁷¹⁸ Aygül ve Erdoğan, “Hizmet Akitlerindeki Hukuk Seçimine Dair Kayıtların Geçerliliği”, 760; Güner, *Acente İlişkisine Uygulanacak Hukuk*, 147; Tiryakioğlu, *Milletlerarası Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk*, 25-26.

hukuk seçimi sözleşmesiyle asıl sözleşmenin geçerliliği, birbirinden ayrı ele alınır. Kural olarak birinin geçersizliği diğerinin geçerliliğini etkilemez⁷¹⁹.

Hukuk seçimi sözleşmesi, şekli ve maddi geçerlilik açısından incelenebilir. MÖHUK'ta hukuk seçiminin geçerliliğine ilişkin özel bir düzenleme bulunmaz. Roma I Tüzüğü m. 3/5'te ise “*Hukuk seçimi sözleşmesinde tarafların iradelerinin varlığı ve geçerliliği, 10, 11 ve 13 madde hükümlerine tâbidir*” hükmü yer alır⁷²⁰.

Hukuk seçimi sözleşmesinin şekli geçerliliği, hukukî işlemlerin şekline ilişkin kabul edilen ve MÖHUK m. 7'de yer alan genel kurala göre tespit edilir. Tüzük açınsındansa 3. maddenin göndermesi ile Tüzüğün 11. maddesine göre, hukuk seçiminin şekli geçerliliği belirlenir. Buna göre hukuk seçimi, yapıldığı ülke hukukunun (*locus regit formam actum*) veya esasa uygulanacak hukukun (*lex causae*) öngördüğü şekle uygun olarak yapıldığı sürece geçerlidir.

Hukuk seçimi sözleşmesinin maddi geçerliliği ise şekli geçerliliğe nazaran biraz daha karmaşıktır⁷²¹. Gerek MÖHUK'ta (m. 32)⁷²² gerekse Roma I Tüzüğü'nde (m. 10) sözleşmeden doğan ilişkinin varlığı ve maddi geçerliliğine uygulanacak hukuk konusu ayrı bir hükümle düzenlenmiştir. MÖHUK'ta hukuk seçimi sözleşmesinin maddi geçerliliğine ilişkin özel bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Roma I Tüzüğü'nde m. 3/5'te ayrıca uygulanacak hukukun seçimine ilişkin tarafların rızasının varlığı ve geçerliliğinin de Tüzük'ün 10. maddesine göre belirleneceğine yer verilmiştir. Tüzük'ün 10. maddesinin 1. fıkrasına göre ise, bir sözleşmenin ya da sözleşmenin herhangi bir hükmünün maddi varlığı ve geçerliliği sözleşme geçerli olsaydı ona Tüzük uyarınca hangi hukuk uygulanıyorsa o hukuka göre belirlenir⁷²³. Her ne kadar MÖHUK'ta hukuk

⁷¹⁹ Doğan, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 412; Nomer, *Devletler Hususî Hukuku*, 325; Şanlı, Esen ve Ataman-Fıganmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 331; Tiryakioğlu, *Milletlerarası Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk*, 25-26; Demir Gökyayla, *Tek Satıcılık Sözleşmeleri*, 294.

⁷²⁰ Tüzüğün 10. maddesi sözleşmenin esas bakımından, 11. maddesi şekil bakımından, 13. maddesi ise ehliyet bakımından geçerliliği düzenler.

⁷²¹ Sözleşmenin varlığı, meydana gelişi, tarafların hukuk seçimine yönelik irade eksiklikleri gibi hususlar hukuk seçimi sözleşmesinin maddi geçerliliğinin tâbi olduğu hukuka göre tespit edilir.

⁷²² MÖHUK'un “*Sözleşmeden doğan ilişkinin varlığı ve maddi geçerliliği*” başlıklı 32. maddesindeyse “*Sözleşmeden doğan ilişkinin veya bir hükmünün varlığı ve maddi geçerliliği, sözleşmenin geçerli olması hâlinde hangi hukuk uygulanacaksa o hukuka tâbidir*” düzenlemesi yer alır.

⁷²³ Rauscher, *Internationales Privatrecht*, para. 1151; Wienand, “*Behandlung von Patienten aus dem Ausland*”, 560.

seçiminin maddî geçerliliği özel olarak düzenlenmemişse de Türk doktrininde baskın görüşe göre sözleşmenin geçerliliği, seçilen hukuka tâbidir⁷²⁴. Zira sözleşmeler hukukunda esas olan tarafların irade özerkliğinin bir sonucu olarak, tarafların esas sözleşmelerine uygulanmak üzere seçtiği hukuka öncelik tanınmalıdır. Bu varsayımda öncelikle sözleşme geçerli bir sözleşme kabul edilerek hukuk seçiminin var olup olmadığı saptanır. Eğer hukuk seçimi var ise seçilen bu hukuka göre sözleşmenin maddî geçerliliği tespit edilir ve uyuşmazlık da bu hukuka göre çözülür⁷²⁵. Böylece taraflarca esas sözleşmeye uygulanmak üzere seçilen hukuk, hukuk seçimi sözleşmesini geçersiz kılar, hukuk seçimi sözleşmesi geçersiz olur. Bu durumda ise taraflarca yeni bir hukuk seçimi sözleşmesi yapılmadığı sürece, esas sözleşmeye uygulanacak hukuk, objektif bağlama kuralına göre belirlenir. Tam tersi şekilde, seçilen hukuk uyarınca esas sözleşme geçersiz olduğunda ise hukuk seçimi sözleşmesi geçerliliğini korur.

2.3.2.3. MÖHUK m. 26'nın Uygulama Alanına Giren Tüketici Sözleşmesinin Varlığı Hâlinde Hukuk Seçimi

2.3.2.3.1. Genel Olarak

Sözleşmeler hukukundaki irade muhtariyeti ilkesinin bir yansıması olarak milletlerarası özel hukukta hukuk seçimi ilkesine yer verildiğine değinmiştik⁷²⁶. Sözleşmeler alanındaki genel yaklaşıma uygun olarak tüketici sözleşmelerine ilişkin bağlama kuralları düzenlenirken de taraf iradesine ilk sırada yer verilmiştir. Ancak tüketici sözleşmesinin tarafları arasındaki ekonomik ve sosyal eşitsizlik, irade muhtariyeti prensibinin

⁷²⁴ Nomer, *Devletler Hususî Hukuku*, 325; Güngör, *Türk Milletlerarası Özel Hukuku*, 173; Bayata Canyaş, *Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk*, 84-85; Tarman, “Akdi Borç İlişkilerinde Hukuk Seçimi”, 150; Güner, *Acente İlişkisine Uygulanacak Hukuk*, 147; Tiryakioğlu, *Milletlerarası Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk*, 27; Ayhan İzmirli, *Milletlerarası Ticari Sözleşmeler*, 413; Burcu İrge Erdoğan, “Milletlerarası Özel Hukukta Deniz Yoluyla Yolcu Taşıma Sözleşmesine İlişkin Genel Değerlendirme”, *MHB*, 37/2 (2017): 111. Doktrinde bir diğer görüşe göreyse hukuk seçimi sözleşmesinin geçerliliği *lex fori*'ye tâbidir. Bu görüş uyarınca MÖHUK m. 32 hükmünün hukuk seçimi anlaşmalarında uygulanmaması gerekir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Musa Aygül ve Canan Erdoğan, “Türkiye İş Kurumu Tarafından Hazırlanan Yurt Dışı Hizmet Akitlerindeki Hukuk Seçimine Dair Kayıtların Geçerliliği”, *Prof. Dr. M. Fatih Uşan'a Dekanlıkta 10. Yıl Anısına Teşekkür Armağanı*, 2022: 762 vd.

⁷²⁵ Gizem Ersen Perçin, “5718 sayılı MÖHUK madde 32 Kapsamında Sözleşmelerin Kuruluşu ve Maddi Geçerliliği”, *MHB*, 28/1-2 (2008): 58.

⁷²⁶ Bkz. İkinci Bölüm, 2.3.2. Sübjektif Bağlama Kuralları Uyarınca Uygulanacak Hukuk.

sözleşmenin zayıf tarafını korumak amacıyla sınırlandırılmıştır⁷²⁷. Tüketici sözleşmesinde hukuk seçimine tüketici lehine ve onu korumaya yönelik bir bağlama kuralı ile bir sınır getirilmiştir⁷²⁸. Buna göre, hukuk seçimi, tüketicinin mutad meskeni hukukunun anlaşmayla askıya alınamayan hükümlerinin tüketiciye sağladığı korumadan tüketiciyi mahrum bırakmamalıdır⁷²⁹.

2.3.2.3.2. Sağlık Turistinin Mutad Meskeni Hukukunun Emredici Hükümleri ve Yararlılık Prensibi

Hem MÖHUK m. 26 hem de Roma I Tüzüğü m. 6’da objektif akit statüsünün tüketiciye sağladığı asgarî koruma dışında kalan konularla sınırlı olmak üzere bir irade muhtariyeti ilkesi benimsenmiştir. Bu sınırlandırma doktrinde *yararlılık prensibi bakımından sınırlama (Günstigkeitsprinzip)* olarak adlandırılmaktadır⁷³⁰.

Yararlılık prensibi bakımından sınırlama yöntemi, tarafların seçebilecekleri hukuk düzenleri bakımından bir sınır getirmez. Bu nedenle sözleşme tarafları, sözleşmeyle irtibatlı olup olmadığına bakılmaksızın diledikleri bir ülkenin hukukunu seçebilme imkânına sahiptir. Ancak, taraflarca seçilen bu hukuk düzeni tüketiciye, objektif statünün emredici hükümlerince sağlanmış olan korumadan daha az bir koruma sağlayamaz. Bu objektif statü ise MÖHUK m. 26 ve Roma I Tüzüğü m. 6 gereği tüketicinin mutad meskeni hukukudur. Eğer seçilen hukuk, tüketicinin mutad meskeni hukukunun sağladığı korumanın gerisinde kalıyor ise, uyuşmazlığa tarafların hukuk seçimi yapmış olmalarına rağmen, objektif statünün tüketiciyi koruyucu hükümleri uygulanır⁷³¹.

⁷²⁷ Tarman, “Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması”, 338; Öztekin Gelgel, “Tüketicinin Korunması”, 96 vd.; Çalışkan, “Tüketici Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk”, 41; Çelikel ve Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 405; Doğan, “Zayıf Akit Tarafın Korunması”, 39.

⁷²⁸ Çalışkan, “Tüketici Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk”, 40.

⁷²⁹ Katzenmeier, Kurz ve Jansen, “Rechtsfragen des Medizintourismus”, 1049, dn. 40.

⁷³⁰ Hahn Erik, *Telemedizin - Das Recht der Fernbehandlung - Ein Überblick für Ärzte, Zahnärzte, Psychotherapeuten, Heilpraktiker und Juristen*, (Heidelberg: Springer Verlag, 2019): 36-37; Hahn Erik, “Ausgewählte Rechtsfragen der grenzüberschreitenden Fernbehandlung in der EU”. Ed. Gernot Marx, Rolf Rossaint ve Nikolaus Marx, *Telemedizin*, (Heidelberg: Springer Verlag, 2019): 342; Nordmeier, “Der Behandlungsvertrag im Internationalen Privatrecht”, 515.

⁷³¹ Gülin Güngör, “Tüketicinin Mutad Meskeni Hukuku “Düşünsel Temeller””, *AÜHFD*, 57/2 (2008): 124-125; Gülin Güngör, *Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması*, (Ankara: Yetkin, 2000), 85; Tekinalp, *Bağlama Kuralları*, 336; Tarman, “Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması”, 339; Mäsch, *Rechtswahlfreiheit und Verbraucherschutz*, 43 vd.; Hahn, *Telemedizin - Das Recht der Fernbehandlung*, 36-37.

Yararlılık prensibiyle tüketicinin, mutad meskeni hukukunun emredici kurallarının öngördüğü hukukî koruma ölçüsünün altında muamele görmesinin mümkün olduğu kadar önüne geçilmesi amaçlanmaktadır⁷³². Bunun nedeni ise, mutad meskeni hukukunun tüketicinin en iyi bildiği hukuk olduğu ve bu sebeple de tüketiciyi en iyi şekilde koruduğu varsayımından hareket edilmesidir. Başka bir deyişle yararlılık prensibi bakımından sınırlandırma yönteminin tüketicinin menfaatlerini ön planda tuttuğu söylenebilir. Şu hâlde örneğin taraflarca seçilen hukuk Türk hukuku olsa dahi, mutad meskeni Almanya’da bulunan tüketici bakımından, Alman hukukunun tüketiciye asgarî koruma sağlayan emredici hükümleri uygulanmak mecbûriyetindedir. Örneğin mutad meskeni Türkiye’de bulunan Türk bir hastanın taraf olduğu tedâvi sözleşmesine dair çıkan uyuşmazlıkta uygulanacak hukuk yabancı bir hukuk olsun. Bu hâlde sözleşmeye genel işlem koşulu ile hekimin sorumsuzluğuna dair bir hüküm konulmuşsa bu hüküm geçersizdir. Zira Türk hukukunda gerek TKHK m. 5 gerekse Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik’e Ek-1’de birtakım sonuçları hedefleyen veya bu sonuçları doğuran şartlar, haksız şartlar olarak sayılmıştır. Söz konusu Ek’in 1. maddesinin a bendine göre “*Sözleşmeyi düzenleyen bir fiili veya ihmali nedeniyle, tüketicinin hayatını kaybetmesi, yaralanması veya maddi zarara uğraması halinde, sözleşmeyi düzenleyen yasal sorumluluğunu kaldıran veya sınırlayan şartlar*” haksız şarttır. Bu düzenleme, tüketicinin mutad meskeni tarafından ona sağlanan bir korumayı içerdiğinden sözleşme statüsü olarak yabancı hukukta bu hususta bir düzenleme bulunmaması veya hasta aleyhine sonuç doğuracak bir hüküm bulunması hâlinde devreye girer⁷³³.

2.3.2.3.3. Yararlılık Prensibinin Sınırları

Tüketici sözleşmesi, tüketicinin mutad meskeni hukukunun emredici hükümleri uyarınca sahip olacağı asgarî koruma saklı kalmak kaydıyla, tarafların seçtikleri hukuka tâbidir⁷³⁴.

⁷³² Tarman, “Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması”, 339; Güngör, “Tüketicinin Mutad Meskeni Hukuku” 124-127; Şanlı, Esen ve Ataman-Fıganmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 288.

⁷³³ Alman hukukunda tedâvi sözleşmesi BGB 630a vd. maddelerinde düzenlenmiştir. Bu maddelerden hangisinin tüketiciyi koruyan emredici normlar olduğu ayrı ayrı belirlenmelidir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 191 vd.

⁷³⁴ Magnus, *içinde*, Staudinger, BGB, Int. Vertragsrecht 1, Art. 6 Rom I-VO, para. 144; Martiny, *içinde*, MüKo-BGB, Bd. 10, Art. 6 Rom I-VO, para. 47; Leible, *içinde*, NK-BGB, Bd. 6, Art. 6 Rom I-VO, para. 71.

Ancak bu durum, çalışma konumuz açısından hastanın iki hukuk düzeninden kendi lehine olan kuralları seçebileceği anlamına da gelmez⁷³⁵. Seçilen hukukta yer alan hükümle tüketicinin mutad mesken hukukunda yer alan hükümden hangisinin tüketicinin lehine olduğu münferit hükümlerin karşılaştırılmasıyla tespit edilir⁷³⁶. Hâkim, makûl bir kişinin aynı şartlar altında hangi hükmün kendisine uygulanmasını tercih edeceğini nazara alır⁷³⁷. Burada tarafların hukuk seçiminin tamamen geçersiz olmayacağını da vurgulamak gerekir. Zira sözleşme, kural olarak seçilen hukuka tâbidir. Sadece tüketicinin mutad meskeni hukukunun emredici hükümleri eğer tüketicinin lehineyse uygulama alanı bulur⁷³⁸.

2.3.3. Objektif Bağlama Kuralları Uyarınca Uygulanacak Hukuk

2.3.3.1. Genel Olarak

MÖHUK'ta bazı sözleşme tipleri bakımından özel bağlama kurallarına yer verilmiştir. Bu özel sözleşme tipleri arasında MÖHUK m. 26'da düzenleme konusu yapılan tüketici sözleşmesi de yer almaktadır. Tedâvi sözleşmesinin belirli şartları taşıması hâlinde uygulanacak hukuk, MÖHUK'un 26. maddesine göre tespit edilir. 26. maddenin uygulama alanına girmeyen tedâvi sözleşmesinin varlığı durumunda ise uygulanacak hukukun tespiti için MÖHUK'un 24. maddesine başvurulur. Çalışmamızın ilk bölümünde yer verdiğimiz üzere tedâvi sözleşmesi, bir tüketici sözleşmesidir⁷³⁹. Bu nedenle çalışmamızın bu kısmında öncelikle MÖHUK m. 26'ya göre uygulanacak hukuk meselesi

⁷³⁵ Magnus, *içinde*, Staudinger, BGB, Int. Vertragsrecht 1, Art. 6 Rom I-VO, para. 145; Martiny, *içinde*, MüKo-BGB, Bd. 10, Art. 6 Rom I-VO, para. 47; Staudinger, *içinde*, Ferrari ve diğerleri, Internationales Vertragsrecht, Art. 6 Rom I-VO, para. 73.

⁷³⁶ Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 195; Staudinger, *içinde*, Ferrari ve diğerleri, Internationales Vertragsrecht, Art. 6 Rom I-VO, para. 73; Leible, *içinde*, NK-BGB, Bd. 6, Art. 6 Rom I-VO, para. 72; Nordmeier, "Der Behandlungsvertrag im Internationalen Privatrecht", 514. Doktrinde bu karşılaştırmanın iş sözleşmesinde hâkim tarafından resen yapılması gerektiği kabul edilmektedir. Bkz. Sarıöz Büyükalp, "Mutad İşyeri Kavramı", 248. Kanaatimizce aynı sonuca tüketici sözleşmeleri için de varılabilir. Yapılacak karşılaştırmanın *iş sözleşmeleri açısından* soyut ve bütüncül mü yoksa somut ve tekil mi olması gerektiği ya da ilgili hükümler temelinde bir grup karşılaştırmasının tercih edilmesinin mi uygun olacağı hakkında bkz. Vahit Doğan, "5718 sayılı Kanuna Göre İş Akdine Uygulanacak Hukukun Tespiti", *GÜHFD*, 11/1-2 (2007): 155 vd.; Doğan, *İş Akdinden Doğan Kanunlar İhtilafı*, 73 vd.

⁷³⁷ Tarman, "Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması", 339.

⁷³⁸ Tüketicinin lehine olan kuralların nasıl uygulanacağı konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 195 vd.

⁷³⁹ Bkz. Birinci Bölüm, 1.8.4. Tedâvi Sözleşmesinin Tüketici Sözleşmesi Niteliği ve Tüketici Olarak Hasta.

incelenmiştir. Ardından MÖHUK m. 26'nın uygulama alanına girmeyen bir sözleşmenin varlığı hâlinde uygulanacak hukuk konusu MÖHUK m. 24 kapsamında ele alınmıştır.

2.3.3.2. MÖHUK m. 26'nın Uygulama Alanına Giren Tüketici Sözleşmesinin Varlığı Hâlinde Uygulanacak Hukuk

Hukuk düzenlerinde tüketici sözleşmelerinde taraflar arasında eşitsizliğin bulunduğundan hareketle ekonomik ve sosyal yönden zayıf taraf olan tüketiciyi koruyucu hükümlere yer verilmektedir⁷⁴⁰. Tüketici sözleşmesine uygulanacak hukuk, Türk hukukunda MÖHUK m. 26'da, AB hukukunda ise Roma I Tüzüğü'nde m. 6'da özel olarak düzenlenmiştir. Milletlerarası özel hukuk alanında Roma I Tüzüğü m. 6 ve MÖHUK m. 26 tüketiciyi korumaya hizmet eden maddeler olarak kabul edilir. MÖHUK'un tüketici sözleşmeleri bakımından getirdiği kurallar, Roma I Tüzüğü'nün düzenlemesiyle birebir aynı olmamakla beraber her iki düzenlemede de benzer yaklaşımlar ve kriterler kabul edilmiştir. Hem AB hukukunda hem de Türk hukukunda uygulanacak hukuk olarak tüketicinin en iyi bildiği ve bu sebeple de tüketiciyi en iyi şekilde koruduğu kabul edilen tüketicinin mutad mesken hukuku seçilmiştir⁷⁴¹.

Hem MÖHUK m. 26 hem de Roma I Tüzüğü m. 6'da tüketicinin mutad meskeni hukukunun uygulanabilmesi için birtakım ön şartlar aranmıştır. Ayrıca her iki düzenlemeye göre tüketici, hukuk seçimi yoluyla mutad meskeni ülkesinde geçerli olan düzenlemelerin korumasından yoksun bırakılamaz.

2.3.3.2.1. Tüketici Olarak Sağlık Turistinin Mutad Meskeni Hukuku

2.3.3.2.1.1. Genel Olarak

MÖHUK m. 26'da;

“(1) Meslekî veya ticarî olmayan amaçla mal veya hizmet ya da kredi sağlanmasına yönelik tüketici sözleşmeleri, tüketicinin mutad meskeni hukukunun emredici hükümleri

⁷⁴⁰ Aygöl, “Akitten Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Sözleşmesi”, 240.

⁷⁴¹ Zeynep Derya Tarman, “Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması”, *MHB*, 39/1 (2019): 335; Vahit Doğan, Tüketici Akitlerine Uygulanacak Hukukun Tespiti, *SÜHFD*, C. 5, S. 1-2 (1996), 172; Zeynep Çalışkan, “5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 26. maddesine Göre Tüketici Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk”, *MHB*, 28/1, (2011): 36.

uyarınca sahip olacağı asgarî koruma saklı kalmak kaydıyla, tarafların seçtikleri hukuka tâbidir.

(2) Tarafların hukuk seçimi yapmamış olması hâlinde, tüketicinin mutad meskeni hukuku uygulanır...” düzenlemesine yer verilmektedir. Görüldüğü üzere, Kanun’da tüketici sözleşmesine yönelik bir tanıma yer verilmiş ve tüketici sözleşmesinin konusunu “mal veya hizmet ya da kredi sağlanmasına yönelik tüketici sözleşmeleri”nin oluşturduğu açıkça belirtilmiştir. Bu tanım esasen TKHK’da yer alan tanımla da uyumludur⁷⁴². Maddede tüketici sözleşmeleriyle ilgili tanıma yer verilmiş olması, tüketici sözleşmeleriyle ilgili vasıflandırma problemlerinin ortaya çıkmasının büyük oranda önüne de geçmiştir⁷⁴³.

Sağlık turisti olarak hastaya sunulan hizmetler tüketici sözleşmesinin konusunu oluşturur⁷⁴⁴. Milletlerarası özel hukuk açısından sözleşme ilişkisinde tedâvi görecektaraf olan hastanın karşısında yer alan hekim meslekî; muayenehane, hastane, klinik, güzellik mekezi gibi sağlık hizmeti sunucuları ise ticarî bir faaliyet yürütür. Bu nedenle de hasta tüketici olarak kabul edilir⁷⁴⁵. Tüketici sözleşmesinde hukuk seçiminin yapılmadığı hâllerde objektif bağlama noktası olarak tüketicinin mutad mesken hukuku uygulama alanı bulur⁷⁴⁶. Çalışma konumuz açısından mutad mesken, şahsî ihtiyaçları için sağlık

⁷⁴² TKHK m. 3/1-1 tüketici işlemini, “Mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlemi” şeklinde tanımlamaktadır.

⁷⁴³ Güngör, *Türk Milletlerarası Özel Hukuku*, 187; Tekinalp, *Bağlama Kuralları*, 336; Nomer, *Devletler Hususî Hukuku*, 350.

⁷⁴⁴ Gleixner-Eberle, *Die Einwilligung in die medizinische Behandlung Minderjähriger*, 465; Nordmeier, “Der Behandlungsvertrag im Internationalen Privatrecht”, 514; Ferrari, *içinde*, Ferrari ve diğerleri, *Internationales Vertragsrecht*, Art. 4 Rom I-VO, Rn 108; Magnus, *içinde*, Staudinger, Art. 4 Rom I-VO, para. 310.

⁷⁴⁵ Spickhoff, “Die Arzthaftung im Europäischen Internationalen Privat- und Prozessrecht”, 287, 298; Hoppe, “Telemedizin und internationale Arzthaftung”, 464; Nordmeier, “Der Behandlungsvertrag im Internationalen Privatrecht”, 514; Wagner, *Einflüsse der Dienstleistungsfreiheit auf das nationale und internationale Arzthaftungsrecht*, 113; Christian Link, *Telemedizinische Anwendungen in Deutschland und Frankreich - Eine rechtsvergleichende Untersuchung der Grundlagen und des Haftungsgefüges sowie des Internationalen Privatrechts*, (München: Herbert Utz Verlag, 2007), 272; Bogner, “Die Gerichtsstände der EuGVVO in medizinrechtlichen Streitigkeiten”, 93. Könnig-Feil ise hastayı *zayıf taraf* olarak kabul etmez ve bu nedenle tedâvi sözleşmesini tüketici sözleşmesi karakterini taşıdığını reddeder. Bkz. Könnig-Feil, *Das internationale Arzthaftungsrecht*, 193.

⁷⁴⁶ Gleixner-Eberle, *Die Einwilligung in die medizinische Behandlung Minderjähriger*, 465; Spickhoff, *içinde*, Spickhoff, *Medizinrecht*, IPR, para. 6; Spickhoff, *içinde*, Bamberger/Roth, BGB, Art. 6 Rom I-VO, para. 20.

hizmetini alan gerçek kişi sağlık turistinin, bir başka deyişle hastanın gerçek yaşam merkezidir⁷⁴⁷.

Hukuk seçiminde mutad mesken hukukunun tüketiciyi koruyucu emredici düzenlemeleri, hukuk seçiminin sınırı olarak kabul edilmiştir. Hukuk seçimin varlığı halinde hâkim, seçilen hukuk ile mutad mesken hukukun emredici hükümleri arasında bir karşılaştırma yapmak zorundadır. Dolayısı ile mutad mesken hukukunun tespit edilmesi, uygulanacak hukukun hem taraf iradeleri ile tespit edilmesi (irade muhtariyeti) hem de hukuk seçimin yokluğunda temel bağlama noktası olarak kabul edilmesi sebebiyle önemlidir⁷⁴⁸.

2.3.3.2.1.2. Sözleşmenin MÖHUK m. 26'nın Uygulama Alanına Girmesi İçin Taşınması Gereken Şartlar

MÖHUK'un 26. maddesinin 2. fıkrasında *“Tarafların hukuk seçimi yapmamış olması hâlinde, tüketicinin mutad meskeni hukuku uygulanır. Tüketicinin mutad meskeni hukukunun uygulanabilmesi için;*

a) Sözleşme, tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülkede, ona gönderilen özel bir davet üzerine veya ilân sonucunda kurulmuş ve sözleşmenin kurulması için tüketici tarafından yapılması gerekli hukukî fiiller bu ülkede yapılmış veya

b) Diğer taraf veya onun temsilcisi, tüketicinin siparişini bu ülkede almış veya

c) İlişkinin bir satım sözleşmesi olması hâlinde, satıcı tüketiciyi satın almaya ikna etmek amacıyla bir gezi düzenlemiş ve tüketici de bu gezi ile bulunduğu ülkeden başka ülkeye gidip siparişini orada vermiş,

olmalıdır” hükmü yer almaktadır.

⁷⁴⁷ Jakob, *içinde*, Rauscher, EuZPR/EuIPR, para. 7; Unberath ve Cziupka, *içinde*, Rauscher, EuZPR/EuIPR, Bd. 3, Art. 4 Rom II-VO, para. 66; Junker, *içinde*, MüKo-BGB, Bd. 10, Art. 23 Rom II-VO, para. 16. Doktrinde Reisewitz diğer emârelerle birlikte değerlendirilmek şartıyla Alman topraklarında yaşayan sağlık turistleri için onların mutad meskeninin Almanya olduğunu kabul etmektedir. Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 182.

⁷⁴⁸ İş sözleşmesinde aynı değerlendirme için bkz. A. İpek Sarıöz Büyükalp, “Mutad İşyeri Kavramı ve MÖHUK m. 27/f. 3'ün Uygulanması Sorunu”, *HHFD*, 8/2 (2018): 248.

Görüldüğü üzere MÖHUK m. 26'da objektif bağlama kuralı olarak tüketicinin mutad meskeni hukuku tercih edilmiştir. MÖHUK m. 26/2'de sayılan şartları taşımayan tüketici sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda genel hüküm niteliğinde olan MÖHUK 24'e başvurulur⁷⁴⁹.

Tüketicinin mutad mesken hukukunun uygulanabilmesi için tüketici sözleşmesinin belirli şartlar altında kurulması gereklidir⁷⁵⁰. MÖHUK m. 26'nın 2. fıkrasının a ve b bentleri, sağlık turizmi açısından önem arz eder. Maddenin a ve b bentlerindeki şartlar, en genel hâliyle sözleşmenin tüketici olmayan tarafının faaliyetini tüketicinin mutad meskeni ülkesine yöneltmesi ya da o ülkede bir pazarlama faaliyeti gerçekleştirmesidir. Başka bir deyişle, düzenlemede, sözleşmenin ticarî veya meslekî faaliyet gösteren tarafça yerine getirilmesi gereken birtakım şartlara yer verildiği görülür. Nitekim daha edilgen konumda olan ve kendi ulusal pazarında yabancı bir satıcı veya hizmet sağlayıcı ile karşılaşan tüketicinin kendi hukukunun korunmasına güvenmek konusunda haklı bir beklentisi bulunur⁷⁵¹. Bununla beraber tüketici bu pazarlama faaliyetine mutad meskeni dışında maruz kalırsa 26. maddenin korumasından faydalanamaz⁷⁵². MÖHUK m. 26/2-c'de yer verilen şart ise satış sözleşmesiyle ilgili olduğundan çalışmamız kapsamı dışında kalmaktadır.

MÖHUK m. 26/2'nin a ve b bendinde yer alan şartlara göre hizmet sağlayıcı, öncelikle faaliyetini tüketicinin mutad meskeni ülkesine yöneltmelidir. Bu *yöneltme* şartı doktrinde

⁷⁴⁹ Günseli Öztekin Gelgel, "Topluluk Bünyesinde Hukukların Uyumlaştırılması ve Tüketicinin Korunması", *Nihal Uluocak'a Armağan*, (1999): 109.

⁷⁵⁰ MÖHUK m. 26'da sübjektif statü ve objektif statünün ayrı fıkralarda düzenlenmiş olması, hukuk seçiminin söz konusu olduğu tüketici sözleşmelerinde, 2. fıkra düzenlenmiş şartların aranıp aranmayacağı noktasında tartışmalara sebep olmuştur. Doktrinde bizim de katıldığımız baskın görüşe göre bu şartları sadece objektif statünün belirlenmesi hâline hasretmek doğru bir yaklaşım olmaz. Ayrıntılı bilgi için bkz. Tarman, "Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması", 333; Ali Gümrak Tokar, "5718 sayılı MÖHUK'ta Düzenlenen Tüketicinin Korunmasına Yönelik Hükümler", *İzmir Barosu Dergisi*, 81/3 (2016): 28; Hatice Selin Pürselim, "Milletlerarası Özel Hukukta Tüketici Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk", Ed. Özel Sibel, Mustafa Erkan. *Milletlerarası Özel Hukukta Sözleşmesel Meseleler*. (2018): 81; Gülüm Bayraktaroğlu Özçelik, "Yabancı Unsurlu Tüketici Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisinin Tayini", *AÜFHFD*, 63/4 (2014): 854-855; Çelikel ve Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 405. Bu kabulün sebebi ise maddenin amacının her tüketici sözleşmesini MÖHUK m. 26 kapsamına almak değil de yalnızca özellik arz eden bazı tüketici sözleşmelerini özel olarak düzenlemek olmasıdır. Bkz. Tarman, "Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması", 333.

⁷⁵¹ Tarman, "Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması", 334.

⁷⁵² Çalışkan, "Tüketici Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk", 36.

Roma I Tüzüğü'nde yer alan düzenlemeden hareketle *pazarlama* şartının gerçekleşmiş olması şeklinde ifade edilmektedir⁷⁵³. Zira Roma I Tüzüğü düzenlemesine göre, tüketici sözleşmesinin karşı tarafının ticarî veya meslekî faaliyetlerini tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülkede yürütmesi veya bu faaliyetleri doğrudan tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülkeye ya da tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülke de içinde bulunmak şartıyla birden fazla ülkeye yönlmesi ve sözleşmenin de bu faaliyetler kapsamında kurulmuş olması gerekir. Tüzük açısından da diğer tüm şartların yanı sıra bir ön koşul olarak yönlmenin gerçekleşmiş olması gerekir⁷⁵⁴. Doktrinde yönlme kavramının Brüksel Tüzüğü'nde olduğu gibi yorumlanması gerektiği savunulmaktadır⁷⁵⁵. Pazarlama ya da yönlme faaliyeti, açık bir icap olabileceği gibi bir reklam aracılığıyla da yapılabilir⁷⁵⁶. Bu nedenle yazılı medya, internet, televizyon, radyo ve hatta sinema üzerinden yapılan reklamlar dahi yönlme olarak kabul edilebilir⁷⁵⁷. Şu hâlde ürün veya hizmetin reklamı basın, radyo, televizyon gibi medya yoluyla veya katalog dağıtımı yoluyla tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülkede yapılmışsa şart sağlanmış olur⁷⁵⁸.

26. maddenin 2. fıkrasının a bendi elektronik ortamda düzenlenen tüketici sözleşmelerini de kapsar⁷⁵⁹. Bu hâlde tüketicinin mutad meskenine bir yönlmenin olup olmadığı her bir somut olayda ayrı ayrı değerlendirilmelidir⁷⁶⁰. *Web* sitesinde yer alan reklamlar hususunda, *web* sitesinin hangi ülkedeki veya ülkelerdeki tüketicileri veya tüketici gruplarını hedef aldığı önem arz eder. *Web* sitesinde kullanılan dil, satış yapılan para

⁷⁵³ Aygöl, “Akitten Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Sözleşmesi”, 242; Çalışkan, “Tüketici Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk”, 36.

⁷⁵⁴ Gleixner-Eberle, *Die Einwilligung in die medizinische Behandlung Minderjähriger*, 565; Nordmeier, “Der Behandlungsvertrag im Internationalen Privatrecht”, 514; Magnus, *çinde*, Staudinger, Art. 4 Rom I-VO, para. 310; Staudinger, *çinde*, Ferrari ve diğerleri, Internationales Vertragsrecht, Art. 6 Rom I-VO, para. 46 vd.; Çalışkan, “Tüketici Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk”, 37.

⁷⁵⁵ Wienand, “Behandlung von Patienten aus dem Ausland”, 559; Spickhoff, *çinde*, Spickhoff, Medizinrecht, IPR, para. 13.

⁷⁵⁶ Gleixner-Eberle, *Die Einwilligung in die medizinische Behandlung Minderjähriger*, 565; Nordmeier, “Der Behandlungsvertrag im Internationalen Privatrecht”, 514.

⁷⁵⁷ Wienand, “Behandlung von Patienten aus dem Ausland”, 559; Nordmeier, “Der Behandlungsvertrag im Internationalen Privatrecht”, 514; Deutsch, “Der Medizintourismus: Die rechtliche Seite”, 2; Staudinger *çinde*, Ferrari ve diğerleri, Internationales Vertragsrecht, Art. 6 Rom-I-VO para. 47.

⁷⁵⁸ Tarman, “Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması”, 336.

⁷⁵⁹ Tarman, “Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması”, 336; Hatice Kocasakal, *Elektronik Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümüne Uygulanacak Hukukun ve Yetkili Mahkemenin Tespiti*, (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2003), 89 vd.

⁷⁶⁰ Nordmeier, “Der Behandlungsvertrag im Internationalen Privatrecht”, 514.

cinsi, telefon numaralarının uluslararası kodla verilmesi, farklı ülkelerdeki müşterilerin yorumlarına yer verilmesi gibi unsurlar yöneltmenin tespitinde dikkate alınır⁷⁶¹. Sitenin içeriği de tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülkeye yönelik olup olmadığının tespitinde bakılacak bir diğer husustur⁷⁶².

Maddenin a bendinde esasen iki şart bir arada bulunmaktadır. Yöneltmenin yanı sıra hükümde yer alan ikinci şart, sözleşmenin kurulması için tüketici tarafından yapılması gereken hukukî fiillerin, pazarlama faaliyetinin gerçekleştirildiği ülkede yapılmasıdır. Hükümde bahsedilen hukukî fiiller ise sözleşmenin kurulması için atılması gereken adımlardır.

Maddenin b bendinde yer verilen şart ise siparişlerin tüketicinin mutad meskeni ülkesinde alınmasıdır. Özellikle bir fuar ve sergi çerçevesinde bu ülkede bulunan işletmelerin tüketicilerden aldıkları siparişler sonucu kurulan sözleşmeler, MÖHUK m. 26 kapsamında tüketici sözleşmesi sayılır. Maddeye göre malı veya hizmeti sağlayan, malın ya da hizmetin şahsen sahibi olabileceği gibi mal veya hizmet sahibinin temsilcisi de olabilir. Bu nedenle yabancı satıcı veya hizmet sağlayıcı, tüketicinin ülkesinde şube kurmuş veya daimî bir temsilcilik açmışsa kurulan sözleşme 26. madde kapsamındadır⁷⁶³.

Son olarak değinmek gerekir ki hem sözleşmelere ilişkin genel bağlama kuralı olan MÖHUK m. 24'te hem de özel bağlama kuralı niteliğindeki iş, fikrî mülkiyet hakları ve eşyanın taşınmasına ilişkin sözleşmeleri düzenleyen MÖHUK maddelerinde hâlin bütün şartlarına göre sözleşmeyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması hâlinde sözleşmenin, bu hukuka tâbi olacağı düzenlenmektedir⁷⁶⁴. Kaçış klozu olarak adlandırılan bu düzenlemeye MÖHUK'ta tüketici sözleşmeleri bakımından yer verilmediğinden hâkimin somut olayda daha sıkı ilişkili bir hukukun varlığını araştırma yükümlülüğü yoktur.

⁷⁶¹ Tarman, "Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması", 336.

⁷⁶² Web sitesinin *interaktif* (etkileşimli) veya *pasif* (edilgen)

⁷⁶³ Doktrinde de madde kapsamındaki temsilci kavramının geniş yorumlanması ve tacir adına hareket eden herkesin bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiği savunulmaktadır. Bkz. Tarman, "Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması", 337.

⁷⁶⁴ Yalnızca iş sözleşmeleri açısından daha sıkı ilişkili hukukun uygulanıp uygulanmaması konusunda hâkime bir takdir yetkisi tanınmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Zeynep Derya Tarman, "Yabancılık Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk", *AÜHFD*, 59/3 (2010): 538 vd.

2.3.3.2.2. Tüketiciye Hizmetin Onun Mutad Meskeninin Bulunduğu Ülkeden Başka Bir Ülkede Sağlanması Zorunlu Olan Sözleşmeler

Çalışma konumuz açısından MÖHUK m. 26'nın 4. fıkrası önem arz eder. MÖHUK m. 26/4'te maddenin uygulanmasına ve dolayısıyla tüketici sözleşmeleri hakkındaki özel bağlama kuralına bir istisna getirilmektedir. 26. maddenin 4. fıkrasında *“Bu madde, paket turlar hariç, taşıma sözleşmeleri ve tüketiciye hizmetin onun mutad meskeninin bulunduğu ülkeden başka bir ülkede sağlanması zorunlu olan sözleşmelere uygulanmaz”* hükmü yer almaktadır. Roma I Tüzüğü'nün 6. maddesinin 4. fıkrasının a bendinde yer alan benzer düzenlemeye göre de münhasıran tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülkeden başka bir ülkede gerçekleşen hizmetlerin sağlanmasına ilişkin sözleşmeler için maddenin ilk fıkrası geçerli değildir.

Bu istisna hükmü değerlendirirken öncelikle hizmet kavramına değinmek gerekir. Roma I Tüzüğü'nün giriş kısmının 17. maddesine göre hizmet kavramı da Brüksel I Tüzüğü'nde olduğu gibi yorumlanmalıdır⁷⁶⁵. TKHK m. 3'e göre ise hizmet *“Bir ücret veya menfaat karşılığında yapılan ya da yapılması taahhüt edilen mal sağlama dışındaki her türlü tüketici işleminin konusunu”* ifade eder. Hizmet kavramı ücret karşılığı sunulan herhangi bir hizmeti⁷⁶⁶ ve dolayısıyla tıbbî tedâvi sözleşmesi⁷⁶⁷ ile bakım ve konaklamayı da içeren hastaneye kabul sözleşmesini de kapsar⁷⁶⁸.

⁷⁶⁵ Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 182.

⁷⁶⁶ Magnus, *içinde*, Staudinger, BGB, Int. Vertragsrecht 1, Art. 6 Rom I-VO, para. 67 vd.; Rauscher, *Internationales Privatrecht*, para. 1200.

⁷⁶⁷ Magnus, *içinde*, Staudinger, BGB, Int. Vertragsrecht 1, Art. 6 Rom I-VO, para. 66; Spickhoff, *içinde*, Spickhoff, *Medizinrecht*, IPR, para. 13; Spickhoff, *içinde*, Bamberger/Roth, BGB, Art. 6 Rom I-VO, para. 13; Leible, *içinde*, NK-BGB, Bd. 6, Art. 6 Rom I-VO, para. 36; Kathrin Sachse, *Der Verbrauchervertrag im Internationalen Privat- und Prozessrecht*, (Tübingen: Mohr Siebeck, 2006), 279; Martiny, *içinde*, MüKo-BGB, Bd. 10, Art. 4 Rom I-VO, para. 56; Thorn, *içinde*, Rauscher, *EuZPR/EuIPR*, para. 36; Wagner, *Einflüsse der Dienstleistungsfreiheit auf das nationale und internationale Arzthaftungsrecht*, 157; Krockner, “Medizintourismus im Internationalen Privat- und Zivilverfahrensrecht”, 251; Nordmeier, “Der Behandlungsvertrag im Internationalen Privatrecht”, 514; David Kluth, *Die Grenzen des kollisionsrechtlichen Verbraucherschutzes - Eine vergleichende Untersuchung der Art. 29, 29 a EGBGB und des Art. 6 der Rom I-Verordnung*, (Jena: Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, 2009), 131.

⁷⁶⁸ Wagner, *Einflüsse der Dienstleistungsfreiheit auf das nationale und internationale Arzthaftungsrecht*, 157; Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 183. Schwenzfeier ise bu son hâl için tereddüt duymaktadır. Schwenzfeier, *Die kollisionsrechtliche Anknüpfung des Behandlungsverhältnisses*, 235. Yazar yine de uygulanacak hukuku belirlerken Tüzük m.4/2'yi dikkate alır.

2.3.3.2.2.1. Tedâvi Sözleşmesi Açısından Hizmetin Sağlandığı Ülkenin Tespiti

Tedâvi sözleşmesi açısından düşünüldüğünde, kural olarak hekimin hastanın mutad meskenine giderek tedâviyi hastanın mutad meskeninde gerçekleştirdiği hâllerde uygulanacak hukuk tüketici sözleşmesini düzenleyen hükümlerden hareketle tespit edilir⁷⁶⁹. Oysa sağlık turizminde işin doğası gereği hastaya sunulan sağlık hizmeti, sağlık turistin mutad meskeninin bulunduğu ülkenin dışındaki bir ülkede sunulur⁷⁷⁰. Sağlık turizmi kapsamında kurulan tedâvi sözleşmesine yabancı unsur katan durum, hastanın, ikâmetinin veya mutad meskeninin bulunduğu ülkenin dışına çıkmasıdır. Sağlık turistine hizmet sunan hekim tüketicinin mutad meskeni ülkesinden başka bir ülkede bu sağlık hizmetini sunmaktadır. Bu nedenle tedâvi hizmeti hastanın mutad meskeni ülkesi dışında sağlandığından artık sözleşmeye uygulanacak hukukun genel kural niteliğindeki 24. maddeden, Tüzük açısından 4. maddeden hareketle tespit edilmesi gerekir⁷⁷¹. Bu ihtimâlde artık tüketici, tüketici sözleşmeleri için öngörülen kanunlar ihtilâfı kuralları nezdinde korunmaz⁷⁷².

Roma I Tüzüğü'nde sözleşmenin istisnanın kapsamına girebilmesi için hizmetin *münhasıran* (*ausschließlich-exclusively*) tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülkeden başka bir ülkede sağlanması gerekmektedir. Hükümde *münhasıran* ifadesine yer

⁷⁶⁹ Nordmeier, “Der Behandlungsvertrag im Internationalen Privatrecht”, 514.

⁷⁷⁰ Gleixner-Eberle, *Die Einwilligung in die medizinische Behandlung Minderjähriger*, 466; Nordmeier, “Der Behandlungsvertrag im Internationalen Privatrecht”, 514; Tabak, *Sağlık Turizmi Hukuku*, 114. Örneğin, bacaklarındaki romatizma tedâvisi için Çekoslovakya’da bulunan kaplıca sağlık hizmetinden yararlanmaya giden bir Türk vatandaşı için talep edilen hizmetin mutad meskeninin bulunduğu Türkiye’den başka bir ülkede sağlanması zorunludur. Örnek için bkz. Tarman, “Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması”, 332.

⁷⁷¹ Gleixner-Eberle, *Die Einwilligung in die medizinische Behandlung Minderjähriger*, 466; Spickhoff, “Die Arzthaftung im Europäischen Internationalen Privat- und Prozessrecht”, 298; Spickhoff, *içinde*, Bamberger/Roth, BGB, Art. 4 Rom I-VO, para. 15; Deutsch ve Spickhoff, *Medizinrecht*, 510 vd., Kap. XVII para. 809 vd.; Deutsch, “Das Internationale Privatrecht der Arzthaftung”, 121 vd.; Magnus, *içinde*, Staudinger, Art. 4 Rom I-VO, para. 309; Könnig-Feil, *Das internationale Arzthaftungsrecht*, 208 vd.; Prütting, “Gerichtsstand- und Rechtswahl in der Europäischen Arzthaftung”, 47; Jan L. Backmann, *Künstliche Fortpflanzung und Internationales Privatrecht unter besonderer Berücksichtigung des Persönlichkeitsschutzes*, (München: Beck C. H., 2002), 38.

⁷⁷² Nordmeier, “Der Behandlungsvertrag im Internationalen Privatrecht”, 514. Bir an için mutad meskeni Türkiye’de olan bir yabancıyla kurulan tedâvi sözleşmesinin varlığı hâlinde bu sözleşmenin 26. maddenin uygulama alanına girdiği düşünülebilir. Zira artık tedâvi hizmeti, tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu Türkiye’de sunulduğundan, uygulanacak hukuk, sözleşmenin istisna kapsamına dâhil olmaması nedeniyle 26. maddeye göre tespit edilmelidir. Ancak burada her ne kadar yabancı unsurlu bir tedâvi sözleşmesi bulunsun da sağlık turizmi ilişkisi mevcut değildir. Bkz. İkinci Bölüm, 2.1.2. Yabancılık Unsuru Taşınması.

verildiğinden eğer hizmetin bir kısmı dahi tüketicinin mutad meskeninde sağlanıyorsa, artık m. 6/4-a'da yer verilen istisna hükmün kapsamına girmeyen bir hizmetin var olduğu sonucuna ulaşılır⁷⁷³. Bu sebeple de artık 6. madde uygulanır.

Her ne kadar MÖHUK'ta münhasıran ifadesine yer verilmemiş olsa da '*tüketiciye hizmetin onun mutad meskeninin bulunduğu ülkeden başka bir ülkede sağlanması zorunlu olan sözleşmeler*'den bahsedildiğinden MÖHUK açısından da aynı sonuca ulaşılabilir. Örneğin hastanın mutad meskeni Türkiye dışında bulunmaktayken tedâvinin tamamı Türkiye'de gerçekleşmişse diğer şartların da varlığıyla istisna hükmün kapsamına dâhil bir durum söz konusu olur. Bu hâlde uygulanacak hukuk artık 26. maddeye göre değil de genel hüküm olan 24. maddeye göre tespit edilir. Sözelimi Kayseri'de bulunan K Hastanesi, Almanya pazarını hedef alarak Almanya'da, Kayseri'deki hastanelerinde gerçekleştirilen estetik operasyonlar hakkında reklam yapmaktadır. Bu reklam faaliyeti için Almanca bir web sitesi hazırlanmıştır ve web sitesi Almanca internet adresine sahiptir. Almanya'da yaşayan H bu reklamları gördükten sonra ameliyat olmaya karar verir ve Türkiye'ye gelerek K hastanesinde estetik operasyon geçirir. Ancak sonuç H için hiç tatmin edici olmamıştır. Sonuçtan memnun olmayan H hastaneye bir ödemede bulunmaz. Ödemeyi alamayan K hastanesi, Kayseri mahkemelerinde bir dava açar ve alacağını talep eder. Bunun üzerine H de karşı dava açarak sözleşmeye dayalı sorumluluk iddiasında bulunur. Bu olayda uygulanacak hukuk, tüketici sözleşmesine ilişkin diğer şartlar sağlanmış olsa da tedâvi münhasıran Türkiye'de gerçekleştiği için MÖHUK m. 24'e göre tespit edilecek ve dolayısıyla K hastanesinin esas işyeri Kayseri'de bulunduğundan uygulanacak hukuk Türk hukuku olur.

Tedâvi sözleşmelerinin MÖHUK m. 26/4 ve Roma I m. 6/4-a'da yer alan istisna hüküm kapsamında olması için hizmetin ne zaman yurt dışında sağlanmış sayılacağı açıklığa kavuşturulmalıdır⁷⁷⁴. Bu noktada hizmetin fiilen gerçekleştiği ülke esas alınır⁷⁷⁵. Sağlık turizmi açısından hizmetin verildiği yer, tedâvinin gerçekleştiği yabancı ülke olarak kabul

⁷⁷³ Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 183.

⁷⁷⁴ İstisnanın söz konusu olması için hizmetin, tüketicinin mutad meskeni dışında bir veya birden fazla ülkede gerçekleşmiş olmasının bir önemi bulunmadığı hakkında bkz. Magnus, *içinde*, Staudinger, BGB, Int. Vertragsrecht 1, Art. 6 Rom I-VO, para. 73.

⁷⁷⁵ Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 183; Magnus, *içinde*, Staudinger, BGB, Int. Vertragsrecht 1, Art. 6 Rom I-VO, para. 72.

edilmelidir. Kısmen dahi hastanın mutad meskeninde gerçekleşmeyen tedâvilerin, münhasıran yurt dışında gerçekleştiği kabul edilir⁷⁷⁶. Bir önceki paragraftaki örnek açısından, H'nin tüm tedâvisi Kayseri'de gerçekleştiği için hizmetin münhasıran yurt dışında gerçekleşmiş olması şartı sağlanmıştır. Bununla birlikte uzaktan iletişim yoluyla *minimum* bir hizmet unsurunun dahi tüketicinin mutad meskeninde sağlanması durumunda, istisna hükmü uygulanamaz hâle gelir⁷⁷⁷. Böyle kolay bir vazgeçişin sebebi olarak doktrinde, tüketicinin etkin bir şekilde korunmasını mümkün kılmak ihtiyacı gösterilmektedir⁷⁷⁸. Bu halde tüketici sözleşmesi 26. maddeye tâbi olur.

Tedâvi sözleşmeleri açısından hastaya teşhis koyma amaçlı hastanın mevcut ya da geçmiş hastalıkları hakkında bilgi alınması (anamnez), tedâviye hazırlık işlemleri veya tedâvi sonrası takip ve kontrol işlemleri hastanın mutad meskeni ülkesinde gerçekleşmişse istisna hükmü geçerli değildir⁷⁷⁹. Dolayısıyla uygulanacak hukuk 26. maddeye göre tespit edilir. Buradaki en önemli husus, söz konusu hazırlık işlemleri veya takip uygulamalarının başka ülkede bulunan (sağlık turizmi kapsamında hastanın gittiği ülkede faaliyet gösteren) hekim veya sağlık tesisiyle kurulan tedâvi sözleşmesinin bir parçası olmasıdır. Yoksa hastanın mutad meskeninde bulunan bir hekim ile kurulan ayrı bir sözleşme nedeniyle ilgili işlemler gerçekleştiriliyorsa, bunlar artık sağlık turizmi çerçevesinde kurulan sözleşmenin bir parçası olarak kabul edilemez⁷⁸⁰. Bu nedenle de bu ikinci sözleşmenin ifası amacıyla yerine getirilen faaliyetler istisna hükmün uygulanmasını geçersiz kılmaz ve 26. maddenin uygulanmasına dayanak teşkil etmez. Bir başka deyişle sağlık turizmi kapsamındaki tedâvi hâlen münhasıran tüketicinin mutad meskeni ülkesi dışında gerçekleştiğinden 26. maddenin istisnası kapsamına girer. Bu nedenle de uygulanacak hukuk 24. maddeye göre belirlenir.

⁷⁷⁶ Martiny, *içinde*, MüKo-BGB, Bd. 10, Art. 6 Rom I-VO, para. 19; Magnus, *içinde*, Staudinger, BGB, Int. Vertragsrecht 1, Art. 6 Rom I-VO, para. 73.

⁷⁷⁷ Nordmeier, "Der Behandlungsvertrag im Internationalen Privatrecht", 515; Mankowski, Das Internet im internationalen Vertrags- und Deliktsrecht, 255.

⁷⁷⁸ Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 183-184.

⁷⁷⁹ Nordmeier, "Der Behandlungsvertrag im Internationalen Privatrecht", 515; Sachse, *Der Verbrauchervertrag im Internationalen Privat- und Prozessrecht*, 282; Schwenzfeier, *Die kollisionsrechtliche Anknüpfung des Behandlungsverhältnisses*, 198 vd.

⁷⁸⁰ Schwenzfeier, *Die kollisionsrechtliche Anknüpfung des Behandlungsverhältnisses*, 198 vd.

Alman doktrinde, hastanın ülkesi dışında gerçekleştirilen müdahalenin ardından, mutad meskenine dönmelerinden sonra yürütülen ilaç tedâvisinin telefonla desteklenmesi gibi hizmetler, takip önlemleri kapsamında değerlendirilmektedir⁷⁸¹. Bu da tüketicinin mutad meskeni ülkesinde de hizmetin bir parçasının sunulduğu anlamına gelir. Aynı değerlendirme, hekimin, Almanya’da ikâmet eden ya da mutad meskeni bulunan hastaya uzaktan iletişim yoluyla bilgi vermesi durumunda da geçerlidir⁷⁸². Sonuç olarak bu ihtimâllerde hastanın mutad meskeninde de bir hizmet yerine getirildiğinden 26. maddeye göre uygulanacak hukuk belirlenir.

Tedâviyi gerçekleştirecek olan hekim veya hastanenin, hastanın mevcut sağlık durumu hakkında fikir sahibi olabilmek için önceden elde edilen bilgileri kullanması mümkündür. Bu bilgiler tamamen hastanın mutad meskeninde ya da üçüncü bir ülkede toplanmış ve değerlendirilmiş bilgiler olabilir. Bu nedenle daha önceden elde edilen bilgilerin kaynağının hangi ülke olduğu, hizmet yerinin tespitinde rol oynamaz⁷⁸³. Hastanın mutad meskeninde bulunan hekimden⁷⁸⁴ sadece hastanın sağlık durumuna ilişkin bilgi edinilmesi mutad meskende görülen hizmet olarak değerlendirilmemelidir⁷⁸⁵. Bu durumu netleştirmek için şu örnek üzerinden hareket edilebilir. Örneğin tedâviyi gerçekleştirecek hekim, hastanın mevcut sağlık durumuna ilişkin bilgilerin kendisine posta yoluyla iletilmesini talep edebilir. Hastanın mutad meskeninde bulunan hekimden hastanın sağlık durumuna ilişkin salt bilgi talebinde bulunulması, talebin gönderildiği hekimin bulunduğu ülkede, yani hastanın mutad meskeni ülkesinde bir hizmetin sağlandığı anlamına gelmez. Talep edilen bu bilgilerin talep eden hekime iletilmesi de aynı şekilde talep eden hekim tarafından sağlanan bir hizmet olarak kabul edilmemelidir. Tam tersine burada hastanın mutad meskeninde bulunan hekim tarafından sağlanan bir hizmet vardır. Bu nedenle de uygulanacak hukuk tüketici sözleşmesine uygulanacak hukuku düzenleyen maddeye göre değil, genel hükümlere göre tespit edilir. Çünkü hizmet münhasıran

⁷⁸¹ Schwenzfeier, *Die kollisionsrechtliche Anknüpfung des Behandlungsverhältnisses*, 203.

⁷⁸² Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 184; Magnus, *içinde*, Staudinger, BGB, Int. Vertragsrecht 1, Art. 6 Rom I-VO, para. 73; Nordmeier, “Der Behandlungsvertrag im Internationalen Privatrecht”, 515.

⁷⁸³ Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 183.

⁷⁸⁴ Örneğin Türkiye’de aile hekiminden ya da Almanya’da ev doktoru olarak bilinen Hausarzt’tan bu bilgiler talep edilebilir.

⁷⁸⁵ Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 183-184. Karşıt görüş için bkz. Nordmeier, “Der Behandlungsvertrag im Internationalen Privatrecht”, 515.

hastanın mutad meskeni ülkesi dışında gerçekleşmiştir. Bu görüş amaçsal yorum bakımından da uygundur.

Reisewitz'e göre aksi yorum, kanunlar ihtilâfı hukuku açısından söz konusu bilgileri hastanın mutad mesken hekiminden talep eden hekimin, bu bilgileri hastanın bizzat kendisinin tedarik etmesini talep eden hekime nazaran daha kötü bir duruma düşmesine yol açar. Zira bilgiler hastanın kendisinden talep edildiği zaman zaten bir hizmet söz konusu olmadığı için, artık hastanın mutad meskeni ülkesinde bir hizmetin gerçekleştiğinden de söz edilemez. Hastanın mutad mesken ülkesinde gerçekleştirilen bir hizmet bulunmadığından ve hizmet münhasıran tüketicinin mutad meskeni dışında yerine getirilmiş olacağından sözleşme istisna hüküm kapsamına girer ve 26. madde uygulanmaz. Aynı sonuca bilgilerin hastanın mutad mesken hekiminden talep edildiği durum için de ulaşılmalı ve uygulanacak hukuk artık 24. maddeye göre belirlenmelidir⁷⁸⁶. Yurt dışından sağlanan bilgilerin nasıl elde edildiği, hizmetin gerçekleştiği yerin belirlenmesi açısından bir fark yaratmamalıdır. Çünkü masıl sağlanırsa sağlansın, söz konusu bilgileri değerlendirerek bunların analizini yapacak kişi yurt dışında bulunan ve sağlık turizmi kapsamında tedâviyi gerçekleştiren hekimdir.

Konuyu bir örnekle açıklamak faydalı olabilir. Örneğin röntgen filmi veya ameliyat raporu gibi tedâviye ilişkin kayıtların bir kısmı ya da tamamının hastanın mutad meskeni ülkesinden gönderilmesi, bu ülkede de bir hizmet sağlandığının kabul edilmesi için yeterli değildir⁷⁸⁷. Bu kabulün nedeni, kayıtların gönderilmesinin hastanın mutad mesken ülkesinde yeni bir hizmet sağlanması anlamına gelmeyip, hâlihazırda tamamen başka bir ülkede sağlanmış hizmetin bir unsurunun yabancı tedâvi yerinde tekrar kullanılıyor olmasıdır. Röntgen raporlarının gönderildiği örnekte, gönderilen ülkedeki hizmet olarak, belki sadece raporun postaya götürülmesi düşünülebilir. Yoksa raporda yer alan bilgiler daha önce başka bir tedâvi için zaten kullanılmış ve bu nedenle deyim yerindeyse artık tedavülden kalkmış bilgilerdir. Ameliyat raporları da hekim açısından hastaya yapılan sağlık uygulamaları hakkında bilgi içerse de bu bilgiler zaten kullanılmış bilgilerdir. Sonuç olarak, hastanın mutad meskeni ülkesinden hastanın durumuna ilişkin bir bilgi

⁷⁸⁶ Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 183 vd.

⁷⁸⁷ Karşıt görüş için bkz. Schwenzfeier, *Die kollisionsrechtliche Anknüpfung des Behandlungsverhältnisses*, 202 vd.

sağlanması, hastanın mutad meskeni ülkesinde bir hizmetin sağlandığının söylenebilmesi için yeterli değildir. Bu durum sözleşmenin istisna hükmü kapsamında kalmasına yol açacağından uygulanacak hukuk genel hüküm olan 24. maddeye göre tespit edilmelidir.

2.3.3.2.2.2. İstisnanın Dar Yorumlanmasının Gerekliliği

Gerek MÖHUK gerekse Roma I Tüzüğü uyarınca tedâvi, hastanın mutad meskeni ülkesinden başka bir ülkede gerçekleştiriliyorsa, hasta mutad meskeni tarafından kendisine sağlanan korumadan mahrum kalır. Doktrinde, bu denli geniş bir uygulama alanına sahip bir istisnaî hükme yer verilmiş olması tüketicinin etkin korunamaması endişesiyle eleştirilmektedir⁷⁸⁸. *Spickhoff*'a göre bu durum hukuk politikası açısından şüphelidir⁷⁸⁹. Bu noktada tedâvinin münhasıran yurt dışında gerçekleştirilmesi durumunda tüketicinin mutad meskeni korumasından artık onun dezavantajına olacak şekilde vaz mı geçildiği sorusu gündeme gelir. Bu sorunun cevabına ise ancak istisnaî hükmün dar yorumlanmasının mümkün olup olmadığı sorusuna verilecek cevaptan hareketle ulaşılabılır⁷⁹⁰. Bunun için ise amaca uygun bir sınırlamanın mümkün olup olmadığı tespit edilmelidir. Amaca uygun sınırlama (*teleologische Reduktion*) kanunun amacıyla karşılaştırıldığında çok geniş kapsamlı olan kelime anlamının, yorum yoluyla düzenleme amacının (*ratio legis*'in) gerektirdiği uygulama alanına indirgenmesi veya bu alanla sınırlandırılmasıdır⁷⁹¹. Böylece normun uygulanma alanı daraltılmaktadır⁷⁹².

⁷⁸⁸ Thomas Rauscher, “Prozessualer Verbraucherschutz im EuGVÜ”, *IPRax*, (1995): 289, dn. 13; Jürgen Basedow, “Internationales Verbrauchervertragsrecht - Erfahrungen, Prinzipien und europäische Reform”, *Festschrift für Erik Jayme*, (2004): 11; Heiderhoff, *içinde*, Rauscher, *EuZPR/EuIPR*, Bd. 3, para. 40 vd.; Magnus, *içinde*, Staudinger, *BGB, Int. Vertragsrecht 1*, Art. 6 Rom I-VO, para. 66; Stefan Leible ve Matthias Lehmann, “Die Verordnung über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht („Rom I“)", *RIW*, (2008): 537; Staudinger, *içinde*, Ferrari ve diğerleri, *Internationales Vertragsrecht*, Art. 6 Rom I-VO, para. 33; Sachse, *Der Verbrauchervertrag im Internationalen Privat- und Prozessrecht*, 281 vd.

⁷⁸⁹ Andreas Spickhoff, “Die Rechtswahl und ihre Grenzen unter der Rom I-VO”, Ed. Kieninger, Eva Maria ve Oliver Remien, *Europäische Kollisionsrechtsvereinheitlichung*, Baden-Baden 2012: 130.

⁷⁹⁰ Bu sorunun cevabı *Schwenzfeier* tarafından olumlu cevaplandırılmaktadır. *Schwenzfeier*, *Die kollisionsrechtliche Anknüpfung des Behandlungsverhältnisses*, 216 vd., 227. Rauscher de spekülâtif bir işlem olması durumunda bu görüşe katılır. Rauscher, “Prozessualer Verbraucherschutz im EuGVÜ”, 289, dn. 13.

⁷⁹¹ Çiğdem Kırca, “Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama (Teleologische Reduktion)”, *AÜHFD*, 50 (2001): 98; Karl Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, (Heidelberg: Springer Verlag, 1991): 370 vd.

⁷⁹² Kırca, “Örtülü (Gizli) Boşluk ve (Teleologische Reduktion)”, 98-99; Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 391.

Amaca uygun sınırlama, kanunun gerçek amacına yönelir ve bu amacın gerektirdiği sınırlara dikkat ettiği için kanuna bağlıdır⁷⁹³.

Konunun açıklığı kavuşturulabilmesi için tüketici sözleşmelerindeki istisna hükmünün anlam ve amacına bakmak gerekir. Öncelikle yerine getirilecek hizmetin tamamen yurt dışında sunulmasını kabul eden bir tüketicinin, yabancı hukukun uygulanabileceğini hesaba katması ve artık mutad meskeni hukukunun koruması altında kalmaya devam ettiğine güvenmemesi gerekir⁷⁹⁴. Böyle bir durumda sözleşme hizmet sağlayıcının mutad meskeni ya da işyeri ülkesiyle çok daha yakın bir bağlantıya sahip olduğundan, uygulanacak hukukun tüketici sözleşmesine dayanarak tüketicinin mutad meskeninden değil de karakteristik edim borçlusunun mutad meskeninden ya da işyerinden hareketle tespit edilmesi tercih edilebilir⁷⁹⁵. Ayrıca hizmet borçlusundan her zaman hizmeti farklı millî hukuk düzenlerinin uygulanabilirliğini hesaba katarak yerine getirmesi de beklenemez⁷⁹⁶. Çoğu zaman karmaşık bir şekilde insan vücuduyla ilgili bir hizmeti sağlayan hekim açısından bu belirsizlik ona makûl olmayan bir yük yüklemek anlamına gelir⁷⁹⁷. Hekimin, yürüttüğü faaliyet esnasında her zaman aynı hukukî kurallara göre hareket edebilme konusunda özel bir menfaati bulunur⁷⁹⁸.

Tedâvi sözleşmesinde hastanın zayıf taraf olduğu inkâr edilemez⁷⁹⁹. Hatta diğer tüketicilerle karşılaştırıldığında, hastanın daha *kötü* bir pozisyonda bulunduğu ve bu nedenle daha fazla korumaya ihtiyaç duyduğu söylenebilir⁸⁰⁰. Zira tedâvi sözleşmesinin konusu insan vücuduna bir müdahaledir⁸⁰¹. Hatta sağlık turisti çeşitli sebeplerle mutad meskeni ülkesinde şifa bulamamış ve yurt dışına çıkma ihtiyacı duymuştur. Ancak bu, yabancı unsur taşıyan bir tedâvi sözleşmesinde yabancı hukukun uygulanmasının hasta

⁷⁹³ Kırca, “Örtülü (Gizli) Boşluk ve (Teleologische Reduktion)”, 99; Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 391.

⁷⁹⁴ Gleixner-Eberle, *Die Einwilligung in die medizinische Behandlung Minderjähriger*, 466; Magnus, *içinde*, Staudinger, BGB, Int. Vertragsrecht 1, Art. 6 Rom I-VO, para. 66; Martiny, *içinde*, MüKo-BGB, Bd. 10, Art. 6 Rom I-VO, para. 17; Leible, *içinde*, NK-BGB, Bd. 6, Art. 6 Rom I-VO, para. 35.

⁷⁹⁵ Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 188.

⁷⁹⁶ Magnus, *içinde*, Staudinger, BGB, Int. Vertragsrecht 1, Art. 6 Rom I-VO, para. 66; Heiderhoff, *içinde*, Rauscher, EuZPR/EuIPR, para. 39; Magnus, *içinde*, Staudinger, Art. 6 Rom I-VO, para. 66 und Art. 4 Rom I-VO, para. 310.

⁷⁹⁷ Gleixner-Eberle, *Die Einwilligung in die medizinische Behandlung Minderjähriger*, 466.

⁷⁹⁸ Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 188.

⁷⁹⁹ Schwenzfeier, *Die kollisionsrechtliche Anknüpfung des Behandlungsverhältnisses*, 123.

⁸⁰⁰ Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 189.

⁸⁰¹ Schwenzfeier, *Die kollisionsrechtliche Anknüpfung des Behandlungsverhältnisses*, 216.

için her zaman ve tamamen makûl olmayan sonuçlar doğuracağı ve mutad mesken hukukunun uygulanmasının en uygun sonuç olacağı anlamına da gelmez⁸⁰². Zira, aksinin kabulü hastanın, mutad meskeni hukukunu bavuluyla yanında taşıdığı ve nereye giderse gitsin bu hükümlerin koruması altında olduğu anlamına gelir. Oysa yurt dışında tedâvi söz konusu olduğunda, sağlık turistinin mutad meskeni hukukunun uygulanabilir olduğu kendiliğinden söylenemez⁸⁰³.

Tedâvi sözleşmesinden kaynaklanan bir uyuşmazlıkta, hastanın mahkemede kendisini mutad meskeni ülkesinin hukukuna göre savunmasının, onun menfaatine olduğu düşünülebilir. Bu ihtimâl, Türkiye’de mutad meskeni bulunan ve tedâvi olmak için yurt dışına gittikten sonra bir uyuşmazlık ortaya çıkması durumunda Türk mahkemelerinde dava açan sağlık turistleri açısından önem arz eder. Böyle bir durumda yabancı hukukun tespiti ve uygulanması elbette her zaman için kolay olmaz⁸⁰⁴. Ancak bu durumun tek başına ve her zaman için hastayı daha kötü bir duruma soktuğu da söylenemez. Yabancı hukukun hastanın aleyhine olması, istisna hükmün zayıf tarafı koruma amacını her zaman ihlâl etmez. Kaldı ki, yabancı hukukun uygulanmasının hasta için katlanılamayacak derecede onun aleyhine olması durumunda kamu düzeni müdahalesi seçeneği her zaman için söz konusudur⁸⁰⁵. Böylelikle yabancı hukukun uygulanmasının bir *karanlığa sıçrama* hâli olması da hafifletilmiş olur⁸⁰⁶.

Kanaatimizce de amaca uygun sınırlama gerekçesiyle istisna hükmün uygulanmasına engel olunmamalıdır. Başka bir deyişle, eğer tedâvi münhasıran yurt dışında gerçekleşmişse uygulanacak hukuk artık MÖHUK m. 26’dan hareketle tespit edilemez. Bu noktada artık sözleşmeye uygulanacak hukukun tespitinin genel kural niteliğindeki 24. maddeden hareketle yapılması gerekir. Ancak paket tur sözleşmeleri, istisna hükmünün istisnasıdır.

⁸⁰² Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 189.

⁸⁰³ Christoph Wendelstein, *Kollisionsrechtliche Probleme der Telemedizin*, (Tübingen: Mohr Siebeck, 2012), 216, dn. 304. Nagel de organ nakli için aynı sonuca ulaşmaktadır. Bkz. Markus Nagel, *Organtransplantation und Internationales Privatrecht*, (Heidelberg: Springer Verlag, 2009):147.

⁸⁰⁴ Schwenzfeier, *Die kollisionsrechtliche Anknüpfung des Behandlungsverhältnisses*, 212 vd.

⁸⁰⁵ Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 188.

⁸⁰⁶ Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 188.

2.3.3.2.3. Paket Tur Niteliğinde Bir Tüketici Sözleşmesinin Varlığı

MÖHUK m. 26’da yer alan genel kurala bir istisna getirilirken paket tur sözleşmeleri hariç tutulmuştur. Çalışmamızın ilk bölümünde yer verdiğimiz üzere, sağlık hizmetinin hastaya bir paket tur sözleşmesi kapsamında sunulması mümkündür⁸⁰⁷. Eğer tedâvi sözleşmesi bir paket tur kapsamında imzalanmışsa uygulanacak hukuk m. 26 kapsamında belirlenir. Belirtmek gerekir ki doktrinde paket tur sözleşmelerinde 26. maddenin 2. fıkrasının a, b ve c bentlerinde sayılan şartların varlığının aranıp aranmayacağı noktasında görüş birliği bulunmamaktadır. Bir görüşe göre MÖHUK m. 26/2’deki şartları taşıyıp taşımadığına bakılmaksızın paket tur sözleşmelerine MÖHUK m. 26 uygulanmalıdır⁸⁰⁸. Aksi yöndeki görüşe göre ise söz konusu şartlar paket tur sözleşmesi için de aranmalıdır⁸⁰⁹. Kanaatimizce tüketicinin etkin korunması ihtiyacı karşısında, MÖHUK m. 26/2’nin a, b ve c bentlerinde sayılan şartları taşımayan paket tur sözleşmeleri de madde kapsamında değerlendirilmelidir.

MÖHUK m. 26/4’te, paket tur sözleşmelerine 26. maddenin uygulanacağı açıkça düzenlenmiştir⁸¹⁰. Bunun nedeni paket tur sözleşmesinde edilgen bir tutum içinde olan tüketicinin daha sonra ortaya çıkacak bir uyuşmazlıkta mutad meskeni ülkesinin hukukunun uygulanacağına güvenebilmesi gereğidir⁸¹¹. Zira bu sözleşmede seyahat, bütün yönleriyle önceden planlanır ve tüketicinin sözleşmeyi şekillendirmek konusunda herhangi bir etkisi bulunmaz⁸¹². Şu hâlde tedâvi sözleşmesi bir paket tur kapsamında kurulmuşsa ve hukuk seçimi de yapılmamışsa uygulanacak hukuk tüketicinin mutad meskeni hukukudur.

⁸⁰⁷ Bkz. Birinci Bölüm, 1.8.3.3. Tedâviyi İçeren Bir Paket Tur Sözleşmesinin Varlığı.

⁸⁰⁸ Tarman, “Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması”, 335; Doğan, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 398; Pürselim, “Tüketici Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk”, 82.

⁸⁰⁹ Uyanık Çavuşoğlu, “Turizmde Yabancı Tüketicilerin Hukuki Sorunları”, 284 vd.

⁸¹⁰ Roma I Tüzüğü’nün 6. maddesinin 4. fıkrasının b bendinde, 13/6/1990 tarihli Paket, Gezi, Paket Tatil ve Paket Turlara İlişkin 90/314/AET sayılı AB Konsey Direktifi’nde tanımlanan paket turlar hariç tüm taşıma sözleşmeleri Tüzük’ün kapsamı dışında bırakılmıştır.

⁸¹¹ Uyanık Çavuşoğlu, “Turizmde Yabancı Tüketicilerin Hukuki Sorunları”, 285; Tarman, “Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması”, 332.

⁸¹² Tarman, “Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması”, 332.

2.3.3.3. Sözleşmenin MÖHUK m. 26'nın Uygulama Alanına Girmedığı Hâllerde Uygulanacak Hukuk

2.3.3.3.1. Genel Olarak

Yabancı unsurlu tedâvi sözleşmelerinde çoğunlukla taraflarca bir hukuk seçiminin yapılması göz ardı edilmektedir⁸¹³. Bir hukuk seçiminin yapılmış olması hâlinde ise özellikle zayıf taraf konumundaki hastayı koruyan hükümler karşısında hukuk seçimi uygulama bulmayabilir. Taraflarca açık veya zımnî bir hukuk seçimi yapılmamışsa veya yapılan hukuk seçimi geçersizse ve MÖHUK m. 26 kapsamına giren bir tüketici sözleşmesi de bulunmuyorsa uygulanacak hukuk, genel hükümlerden hareketle belirlenir. Nitekim Türk hukukunda tedâvi sözleşmeleri eğer MÖHUK m. 26 kapsamına dahil tüketici sözleşmesi niteliği taşımıyorsa uygulanacak hukuk MÖHUK 24'e göre tespit edilir.

MÖHUK m. 24/4'te sözleşmeler için objektif bağlama kuralı⁸¹⁴ olarak en sıkı ilişkili hukuk kabul edilmiştir. MÖHUK m. 24/4'te *“Tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları hâlinde sözleşmeden doğan ilişkiye, o sözleşmeyle en sıkı ilişkili olan hukuk uygulanır. Bu hukuk, karakteristik edim borçlusunun, sözleşmenin kuruluşu sırasındaki mutad meskeni hukuku, ticarî veya meslekî faaliyetler gereği kurulan sözleşmelerde karakteristik edim borçlusunun işyeri, bulunmadığı takdirde yerleşim yeri hukuku, karakteristik edim borçlusunun birden çok işyeri varsa söz konusu sözleşmeyle en sıkı ilişki içinde bulunan işyeri hukuku olarak kabul edilir. Ancak hâlin bütün şartlarına göre sözleşmeyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması hâlinde sözleşme, bu hukuka tâbi olur.”* hükmü yer almaktadır. Görüldüğü üzere MÖHUK'ta hukuk seçiminin bulunmadığı hâllerde en sıkı ilişkili hukuk, öngörülen karineye göre karakteristik edim borçlusunun mutad mesken hukuku, ticarî veya meslekî faaliyetler gereği kurulan sözleşmelerde karakteristik edim borçlusunun işyeri hukuku, işyerinin bulunmadığı hâllerde yerleşim yeri hukukudur. Ancak ticarî veya meslekî faaliyetler gereği kurulan

⁸¹³ Gleixner-Eberle, *Die Einwilligung in die medizinische Behandlung Minderjähriger*, 463, dn. 16.

⁸¹⁴ Esasen objektif bağlama kuralları, tarafların aralarındaki sözleşmeye uygulanmak üzere, açık veya zımnî hukuk seçimi yapmadığı durumda uygulanacak hukukun tespitinde başvuru alanı bağlama kurallarıdır.

sözleşmelerde karakteristik edim borçlusunun birden çok işyeri varsa, söz konusu sözleşmeyle en sıkı ilişkili işyeri hukuku sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukuktur.

En sıkı ilişkili hukuk kriteri, somut olayın özelliklerinin dikkate alınmasına imkân vermekle birlikte öngörülebilirliği ortadan kaldıran ve belirsizliğe yol açan bir kriter olarak kabul edilir⁸¹⁵. Bu belirsizliğin giderilmesi, böylece hukukî güvenliğin sağlanması ve hâkimin takdir yetkisini sınırlandırarak uygulanacak hukukun tespitinde ona kolaylık sağlanması amacıyla MÖHUK'ta bir karineye yer verilmiştir⁸¹⁶. En sıkı ilişki, Türk hukukunda MÖHUK'un 24. maddesinin 4. fıkrasında karakteristik edim kavramıyla somutlaşmıştır.

Roma I Tüzüğü'nde hukuk seçiminin olmadığı durumlarda uygulanacak hukuk m. 4'e göre belirlenir⁸¹⁷. Roma I Tüzüğü'nde de sıkı ilişkili hukuk, karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni hukuku olarak kabul edilmiştir. Tüzükte satış, hizmet, vedia gibi belirli sözleşme tipleri bakımından karakteristik edim özel olarak düzenlenmiştir⁸¹⁸. Tüzük'te yer verilen ve konumuzla bağlantılı sözleşme tiplerinden birisi de m. 4/1-b'de yer alan hizmet sözleşmesidir. Tüzük m. 4/1-b'ye göre hizmet sözleşmeleri, hizmet borçlusunun mutad meskeninin bulunduğu ülkenin hukukuna tâbidir. Tüzük kapsamında tedâvi sözleşmesi bir hizmet sözleşmesi niteliğindedir⁸¹⁹. Bu hukukî nitelendirme hastaneye kabul sözleşmesi için de geçerlidir. Doktrinde, hizmet kavramının geniş yorumlanması ve bir ücret karşılığında yapılan tüm faaliyetleri kapsadığı kabul

⁸¹⁵ Özdemir Kocasakal, “Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun Tespiti”, 55.

⁸¹⁶ Özdemir Kocasakal, “Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun Tespiti”, 55. Doktrinde bir görüşe göre, burada basit karine vardır. Bkz. Sargın, “Karakteristik Edim Teorisi”, 42. Bir diğer görüş ise hükümde “kabul edilir” ifadesinin kullanılmış olmasının güçlü bir karinenin varlığına işaret ettiğini savunur. Bkz. Güngör, *Yakınlık Yaklaşımı*, 231 vd. MÖHUK'un 24. maddesinin 4. fıkrasının ikinci cümlesinin karine olmadığı yönünde ayrıntılı açıklamalar için bkz. Demirkol, *Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk*, 304 vd.

⁸¹⁷ Wienand, “Behandlung von Patienten aus dem Ausland”, 559; Rauscher, *Internationales Privatrecht*, para. 1162.

⁸¹⁸ Sıkı ilişkinin tespiti konusunda İsviçre MÖHK m. 117/2'de benzer kriterler söz konusudur.

⁸¹⁹ Gleixner-Eberle, *Die Einwilligung in die medizinische Behandlung Minderjähriger*, 464; Nordmeier, “Der Behandlungsvertrag im Internationalen Privatrecht”, 514; Katzenmeier, “Der Behandlungsvertrag”, 818; Ferrari, *içinde*, Ferrari ve diğerleri, *Internationales Vertragsrecht*, Art. 4 Rom I-VO, para. 108; Spickhoff, *içinde*, Bamberger/Roth, BGB, Art. 4 Rom I-VO, para. 15; Christian von Bar ve Peter Mankowski, *Internationales Privatrecht Band 2: Besonderer Teil*, (München: Beck C. H., 2019): 58 vd; Geistlinger, *Internationales Arzthaftungsrecht nach den Verordnungen Rom I und Rom II*, 23 vd.

edilmektedir⁸²⁰. Tüzük açısından sıkı ilişkili hukuk, hizmeti sağlayan tarafın mutad meskeni hukukudur. Buna göre de bir uyuşmazlık durumunda uygulanacak hukuk, sağlık hizmeti sunucusunun dolayısıyla hastane ya da hekimin mutad meskeninin bulunduğu ülkenin hukukudur⁸²¹. Bunun yanı sıra hem MÖHUK hem de Tüzük'te yer alan düzenlemeye göre bu objektif bağlama noktasına başvurulabilmesi için hâlin bütün şartlarına göre somut olaya uygulanacak daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunmaması gerekir. Böyle bir ilişkinin varlığı hâlinde uygulanacak hukuk bu ülkenin hukukudur.

Hastanın bağımsız olarak yurt dışına seyahat ettiği ve tedâviyi gerçekleştirecek hekim yahut hastane ile sözleşmeyi bizzat akdettiği hâl ile yurt dışı gezisini ve hatta belki tedâviyi organize eden bir tur operatörü ile anlaşarak sözleşme akdettiği hâllerde uygulanacak hukuk açısından farklı sonuçlar ortaya çıkabilir. Çalışmamız kapsamında Roma I Tüzüğü açısından hizmet⁸²² borçlusu ya da MÖHUK açısından karakteristik edim borçlusu kural olarak tedâviyi gerçekleştirecek olan hekim veya hastanedir. Sağlık turizmi açısından daha geniş kapsamda düşünüldüğünde ise paket tur düzenleyicisi aracı kuruluşun da hizmet ya da karakteristik edim borçlusu olması mümkündür. Zira aracı kuruluş sadece tıbbî tedâviye aracılık edebileceği gibi, ayrıca hastaya tıbbî tedâvinin dâhil olduğu bir paket tur da sunabilir⁸²³. Burada estetik operasyonlara özellikle değinmek gerekir. Türk hukukunda baskın görüş olan estetik müdahalenin eser sözleşmesi niteliğinde olduğunun kabulü hâlinde de uygulanacak hukuk konusunda bir değişiklik yaşanmaz. Zira eser sözleşmeleri de MÖHUK'ta düzenlenen özel sözleşme türlerinden birisi değildir. Bu nedenle eser sözleşmesine uygulanacak hukuk da MÖHUK m. 24'te

⁸²⁰ Ayrıca millî hukuklarda sözleşmenin iş görme ve hizmet sözleşmesi olarak adlandırılmış olması da önemsizdir. Gleixner-Eberle, *Die Einwilligung in die medizinische Behandlung Minderjähriger*, 464; Nordmeier, “Der Behandlungsvertrag im Internationalen Privatrecht”, 514; Maria Bairlein, *Internationales Vertragsrecht für Freie Berufe*, (Marburg: Tectum Verlag, 2009), 125; Wagner, *Einflüsse der Dienstleistungsfreiheit auf das nationale und internationale Arzthaftungsrecht*, 113; Brödermann/Wegen, *içinde*, Prütting/Wegen/Weinreich, Art. 4 Rom I-VO, para. 8, para. 11.

⁸²¹ Wienand, “Behandlung von Patienten aus dem Ausland”, 559; Nordmeier, “Der Behandlungsvertrag im Internationalen Privatrecht”, 514; Deutsch, “Das Internationale Privatrecht des Medizinwesens”, 579.

⁸²² Alman hukukunda da tedâvi sözleşmesi bir hizmet sözleşmesi olarak kabul edilmektedir Nitekim BGB § 630b'de tedâvi sözleşmesi hizmet sözleşmesinin bir alt başlığı şeklinde düzenlenmiştir. Bkz. Wienand, “Behandlung von Patienten aus dem Ausland”, 559; Katzenmeier, “Der Behandlungsvertrag”, 818; Nordmeier, “Der Behandlungsvertrag im Internationalen Privatrecht”, 513.

⁸²³ Katzenmeier, Kurz ve Jansen, “Rechtsfragen des Medizintourismus”, 1049. Bkz. Birinci Bölüm, 1.8.3. Hasta ile Aracı Kuruluş Arasında Tesis Edilen Tedâvi Sözleşmesi.

yer verilen objektif bağlama kurallarından hareketle tespit edilir. Aynı sonuç Roma I Tüzüğü açısından da geçerlidir. Doktrinde Roma I Tüzüğü anlamında hizmet sözleşmesi kavramının, otonom ve geniş bir şekilde yorumlanması gerektiği kabul edilir⁸²⁴. Bu kapsamda hizmet ve iş sözleşmelerine ek olarak, tedâvi ve hastaneye kabul sözleşmelerinin yanı sıra seyahat sözleşmeleri de maddenin uygulama alanında dâhildir⁸²⁵. Örneğin her ne kadar belirli bir taahhüdü içeren sözleşmeler Alman maddî hukuku açısından eser ya da iş görme sözleşmesi olarak nitelendirilse de⁸²⁶ Roma I Tüzüğü açısından bu sözleşmeler de hizmet sözleşmesi kapsamında değerlendirilir⁸²⁷. Somut olayda hekimle imzalanan sözleşme bir hizmet sözleşmesi olarak nitelendirilemese dahi sonuç değişmez. Nitekim bu durumda uygulanacak hukuk Tüzük'ün 4. maddesinin 2. fıkrasına göre belirlenir. Bu düzenleme ise MÖHUK'ta yer alan hükme paralel şekilde uygulanacak hukukun karakteristik edim borçlusunu olarak hizmet borçlusunun mutad meskenine işaret eder⁸²⁸.

2.3.3.3.2. Karakteristik Edim Borçlusunu Olarak Tedâviyi Gerçekleştiren Tarafın Mutad Meskeni veya İşyeri Hukuku

Türk hukukunda karine niteliğindeki objektif bağlama noktaları karakteristik edim borçlusunu esas alır. MÖHUK m. 24'e göre sözleşmeye uygulanacak hukuk karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni veya işyeri ya da yerleşim yeri hukukudur. Roma I Tüzüğü'nde de sıkı ilişkili hukukun tespitinde, karakteristik edim borçlusunu esas alınmaktadır. Görüldüğü üzere sıkı ilişkinin tespitinde kanun koyucu, kural olarak sözleşmenin taraflarının vatandaşlığına hiçbir önem atfetmemiştir⁸²⁹. Tüzük'te uygulanacak hukuk olarak karakteristik edim borçlusunun mutad meskenine işaret

⁸²⁴ Avrupa kanunlar ihtilâfı kurallarının otonom yorumlanmasının bir sonucu olarak, sözleşmeden doğan edimin, örneğin, protez yapmak gibi tıbbî bir başarı niteliğini taşıması durumunda hiçbir şey değişmeyeceği görüşü için bkz. Nordmeier, “Der Behandlungsvertrag im Internationalen Privatrecht”, 514.

⁸²⁵ Katzenmeier, Kurz ve Jansen, “Rechtsfragen des Medizintourismus”, 1049.

⁸²⁶ Nordmeier, “Der Behandlungsvertrag im Internationalen Privatrecht”, 513; Katzenmeier, “Der Behandlungsvertrag”, 818; Spickhoff, “Patientenrechte und Patientenpflichten”, 268 vd.

⁸²⁷ Nordmeier, “Der Behandlungsvertrag im Internationalen Privatrecht”, 514; Magnus, *içinde*, Staudinger, BGB, Int. Vertragsrecht 1, Art. 4 Rom I-VO, para. 40; Martiny in MünchKomm/BGB, Art. 4 Rom I-VO para. 26; Rauscher, *Internationales Privatrecht*, para. 1162; Nordmeier in Gebauer/Wiedmann, Kap. 37 para. 41.

⁸²⁸ Deutsch, “Das Internationale Privatrecht des Medizinwesens”, 579.

⁸²⁹ Nordmeier, “Der Behandlungsvertrag im Internationalen Privatrecht”, 514.

edilmiştir. Maddede bazı sözleşme tipleri bakımından karakteristik edim borçlusunun kim olduğu açıkça düzenlenmektedir. Maddede yeknesak bir kurala yer verilmesi, uygulanacak hukukun öngörülebilir olmasından ve basit bir bağlama kuralına ihtiyaç duyulmasından kaynaklanır⁸³⁰. Bu da azamî derecede hukukî kesinliği sağlar⁸³¹. Uygulanacak hukukun hizmet sağlayıcının mutad meskenine bağlanmış olması ayrıca hizmet sağlayıcının da menfaatinedir. Zira hizmet sağlayıcı, hizmetlerini, farklı kişilerle kurduğu sözleşmeler açısından aynı hukuka göre sunma imkânına sahip olur⁸³². Nitekim hekim de meslekî bir faaliyet olan tedâvi hizmetini kâr elde etme amacıyla yapar ve faaliyetini kendisine yakın olan hukuka tâbi olarak yürütmek onun menfaatinedir.

Tedâvi sözleşmesine uygulanacak hukukun MÖHUK 24. maddede yer bulan objektif bağlama kuralından hareketle tespit edilebilmesi için, evvela sözleşmenin hangi amaçla kurulduğu belirlenmelidir. Sözleşmenin ticarî veya meslekî nitelik taşıyıp taşımadığı uygulanacak hukukun tespiti bakımından önem arz eder. Zira sözleşmenin ticarî veya meslekî faaliyet gereği kurulup kurulmamasına göre karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni hukukunun mu yoksa işyeri veya yerleşim yeri hukukunun mu uygulanacağı farklılık gösterir. Sözleşmenin ticarî veya meslekî faaliyet gereği kurulup kurulmadığı ancak yapılacak vasıflandırma sonucunda tespit edilebilir. Bu nedenle Türk hâkimi, önüne gelen uyuşmazlık için sözleşmenin ticarî veya meslekî faaliyete ilişkin olup olmadığını *lex fori*'ye, bir başka deyişle Türk hukukuna göre tespit eder. Sözleşmenin doğrudan hekimle imzalandığı durumlarda hekim meslekî faaliyeti çerçevesinde ve kâr amacı güderek bu sözleşmeyi imzaladığından uygulanacak hukuk, onun işyeri olan muayenehanesinin bulunduğu ülke hukuku⁸³³, birden fazla işyerinin bulunması durumunda ise sözleşmeyle en sıkı ilişki içinde bulunan işyeri hukukudur⁸³⁴. Tedâvinin işyerinden başka bir yerde gerçekleşmiş olmasının ise bir önemi bulunmaz.

⁸³⁰ Thorn, *içinde*, , EuZPR/EuIPR, para. 14.

⁸³¹ Thorn, *içinde*, Rauscher, EuZPR/EuIPR, para. 14; Magnus, *içinde*, Staudinger, BGB, Int. Vertragsrecht 1, Art. 4 Rom I-VO, para. 126; Leible, *içinde*, NK-BGB, Bd. 6, Art. 4 Rom I-VO, para. 16; Tarman, “Roma I Tüzüğü”, 311.

⁸³² Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 203; Alexander Thünken, *Das kollisionsrechtliche Herkunftslandprinzip*, (Frankfurt: Peter Lang 2003), 121 vd.

⁸³³ Ayfer Uyanık Çavuşoğlu, “Sınır Ötesi Sağlık Hizmeti ve Hukuk”, *Sağlık Düşüncesi ve Tıp Kültürü Dergisi*, 26 (2013): 75.

⁸³⁴ Thorn, *içinde*, Rauscher, EuZPR/EuIPR, para. 34; Spickhoff, “Die Arzhaftung im Europäischen Internationalen Privat- und Prozessrecht”, 297 vd.

Ancak hastanın hekim veya hastaneyle bizzat iletişim kurarak sözleşme akdettiği hâlde sözleşmeden doğan taleplere genellikle tedâvi yeri hukuku uygulanır. Zira tedâvi yeri çoğunlukla hekimin muayenehanesinin veya hastanenin bulunduğu yerdir⁸³⁵.

Hasta ile hastane veya aracı kuruluş arasında bir sözleşme kurulmuş olması durumunda ise sözleşmenin ticarî faaliyete ilişkin olup olmadığının ayrıca tespiti gerekir. Türk hukukunda bu tespitte tarafların sıfatı ve yapılan işlem veya fiilin niteliği belirleyicidir. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun⁸³⁶ (TTK) *Ticarî işler* başlıklı 3. maddesinde “*Bu Kanunda düzenlenen hususlarla bir ticari işletmeyi ilgilendiren bütün işlem ve fiiller ticari işlerdendir.*” hükmü yer alır. TTK'nın *Ticarî iş* karinesi başlıklı 19. maddesinin 2. Fıkrasında da “*Taraflardan yalnız biri için ticari iş niteliğinde olan sözleşmeler, Kanunda aksine hüküm bulunmadıkça, diğeri için de ticari iş sayılır.*” düzenlemesi mevcuttur. Bu hükümlerden hareketle hastane ve aracı kuruluş ile kurulan sözleşme MÖHUK anlamında bir ticarî faaliyete ilişkin kabul edileceğinden uygulanacak hukuk hastane veya aracı kuruluşun işyeri hukuku, birden fazla işyerinin bulunması durumunda ise sözleşmeyle en sıkı ilişki içinde bulunan işyeri hukukudur⁸³⁷.

2.3.3.3.2.1. Sağlık Turizminde Karakteristik Edim

Karakteristik edim kavramından ne anlaşılması gerektiğine ne Tüzük'te ne de MÖHUK'ta yer verilmiştir. Bununla beraber Roma I Tüzüğü satış, hizmet, vedia gibi birtakım sözleşme tipleri bakımından sözleşmenin hangi tarafının ediminin karakteristik edim kabul edileceğini özel olarak düzenlemektedir. Karakteristik edim, sözleşmeden doğan borç ilişkisinin ekonomik ve sosyal işlevi de göz önünde bulundurularak belirlenir⁸³⁸. Bir sözleşmenin kendi tipine özgü, taraflardan birisinin edimini diğerinden

⁸³⁵ Katzenmeier, Kurz ve Jansen, “Rechtsfragen des Medizintourismus”, 1049; Spickhoff *içinde*, Spickhoff, Medizinrecht, IPR, para. 14; Deutsch, “Der Medizintourismus: Die rechtliche Seite”, 2; Nordmeier, “Der Behandlungsvertrag im Internationalen Privatrecht”, 514; Fischer, “Internationalen Arzthaftungsrechts”, 713.

⁸³⁶ RG. 14.02.2011, 27846.

⁸³⁷ Katzenmeier, Kurz ve Jansen, “Rechtsfragen des Medizintourismus”, 1049.

⁸³⁸ Çelikel ve Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 384; Fügen Sargın, “Karakteristik Edim Teorisine Eleştirel Bir Yaklaşım”, *AÜHFD*, 50 (2001): 45; Sibel Özel, “Sözleşmesel İlişkide MÖHUK m. 24/II'de Öngörülen Objektif Bağlama Kuralının Mukayeseli Hukuk Açısından Değerlendirilmesi”, *MHB, Prof. Dr. Ergin Nomer'e Armağan*, (2002): 582; Demirkol, *Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk*, 250.

ayıran ve sözleşmenin doğasını ortaya koyan edim karakteristik edimdir⁸³⁹. Türk hukukunda karakteristik edim, sözleşmeye hukukî özelliğini veren, sözleşmeyi karakterize eden, sözleşmeye adını, tipini ve ağırlığını veren, bu sözleşmeyi diğer sözleşmelerden ayırmaya yarayan ve diğer tarafın edimine nazaran daha riskli konumda bulunan tarafın edimi olarak tanımlanmaktadır⁸⁴⁰. Doktrinde iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde karakteristik edimin tayininde, taraflardan birisinin borcu para borcu ise, para borcunun karşılığını oluşturan edimin karakteristik edim olduğu kabul edilmektedir⁸⁴¹. Şu hâlde sağlık turizmi açısından düşünüldüğünde sağlık turisti olarak hasta aldığı hizmet karşısında daima bir para borcu altına gireceğinden sözleşmede sağlık turistinin karşısında bulunan taraf karakteristik edim borçlusudur⁸⁴². Buradan hareketle sağlık turizminde; karakteristik edim borçlusu, hekim, hastane veya aracı kuruluş olabilir.

2.3.3.3.2.2. Hekim veya Sağlık Hizmeti Sunucusunun İşyerinin Tespiti

2.3.3.3.2.2.1. Esas İşyeri

MÖHUK m. 24/4 hükmü uyarınca, ticarî veya meslekî faaliyetler gereği kurulan sözleşmelerde, karakteristik edim borçlusunun işyeri hukuku, birden fazla işyeri varsa sözleşmeyle en sıkı ilişkili işyeri hukuku, işyeri yoksa yerleşim yeri hukuku uygulanacak hukuku tayin eden objektif bağlama noktasıdır. İşyeri kavramından ne anlaşılması gerektiği, bağlama noktasının yorumuyla ilgilidir ve kanunlar ihtilâfı kuralının ait olduğu

⁸³⁹ Sargın, “Karakteristik Edim Teorisi”, 45; Çelikel ve Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 384; Gleixner-Eberle, *Die Einwilligung in die medizinische Behandlung Minderjähriger*, 464; von Bar ve Mankowski, *Internationales Privatrecht Band 2: Besonderer Teil*, 70 vd.

⁸⁴⁰ Nomer, *Devletler Hususî Hukuku*, 335; Tekinalp, *Bağlama Kuralları*, 289; Doğan, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 410; Şanlı, Esen ve Ataman-Fıganmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 344; Özel, “Objektif Bağlama Kuralı”, 582; Bayata Canyaş, *Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk*, 160; Güngör, *Türk Milletlerarası Özel Hukuku*, 179.

⁸⁴¹ Aygül, “Akitten Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Sözleşmesi”, 238; Özdemir Kocasakal, “Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun Tespiti”, 52; Özel Sibel, “Objektif Bağlama Kuralı”, 582-583.

⁸⁴² Gleixner-Eberle, *Die Einwilligung in die medizinische Behandlung Minderjähriger*, 464; Hoppe, “Telemedizin und internationale Arzthaftung”, 465; Könnig-Feil, *Das internationale Arzthaftungsrecht*, 208 vd; Uyanık Çavuşoğlu, “Milletlerarası Özel Hukukunda Organ Nakli”, 92. Burada hizmetin sağlanmasına yönelik tespitlerde bir önceki başlıkta yer verdiğimiz tüketici sözleşmelerinde istisna hüküm kapsamındaki açıklamalardan faydalanılabilir. Bkz. İkinci Bölüm, 2.3.3.2.2. Tüketiciye Hizmetin Onun Mutad Meskeninin Bulunduğu Ülkeden Başka Bir Ülkede Sağlanması Zorunlu Olan Sözleşmeler.

hukuktaki yorum esas alınır⁸⁴³. Buna göre MÖHUK'taki işyeri kavramı Türk hukukuna göre yorumlanır⁸⁴⁴.

İşyeri kavramının açıklanmasına geçilmeden önce MÖHUK'la aynı amacı haiz⁸⁴⁵ Roma I Tüzüğü'ne değinmekte fayda görmekteyiz. Roma I Tüzüğü'nde genel bağlama kuralı olan 4. maddede, MÖHUK'ta olduğu gibi sözleşmenin ticarî veya meslekî faaliyetler gereği kurulup kurulmamasına göre bir ayırımı gidilmemiştir. Yalnızca hizmet sözleşmesinde hizmet borcu altına giren tarafın mutad meskeni hukukunun uygulanacağı kabul edilmiştir. Üye ülke hukuk sistemlerinde farklı yorumlanmasının önüne geçmek amacıyla mutad mesken Tüzük'ün 19. maddesinde tanımlanmıştır⁸⁴⁶. Nitekim Tüzük'ün giriş bölümünün 39. paragrafında da hukukî kesinliği sağlayabilmek için mutad mesken kavramının açık bir tanımının yapıldığı ifade edilmiştir. Tüzük'ün 19. maddesine göre, gerçek kişinin ticarî faaliyet nedeniyle hareket etmesi hâlinde mutad meskeni, esas işyerinin olduğu yerdir. Tüzük'ün 19. maddesine göre, bir tüzel kişinin mutad meskeni ise, şirket veya derneğin idare merkezinin bulunduğu yerdir.

Hastanın tedâvi sözleşmesini doğrudan doğruya bir hekimle kurmuş olması durumunda, sözleşmenin karşı tarafı meslekî faaliyeti bizzat gerçekleştirecek olan gerçek bir kişidir. Bu durumda 19. maddenin ilk fıkrasının ikinci cümlesine göre, meslekî faaliyette bulunanın gerçek kişi olması hâlinde ise, söz konusu gerçek kişinin *esas işyeri (principal place of business-Hauptniederlassung)* onun mutad meskenidir⁸⁴⁷. Görüldüğü üzere Tüzük'te işyeri kavramının açıklanmasında mutad mesken kavramından yola çıkılmıştır. Bu çerçevede çalışma konumuz açısından hem MÖHUK m. 24'e hem de Tüzük m. 19'a göre tedâviyi gerçekleştirecek olan hekim, meslekî bir faaliyet yürüttüğü için onun

⁸⁴³ Çelikel ve Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 89-90; Nomer, *Devletler Hususî Hukuku*, 107.

⁸⁴⁴ İşyeri kavramının çeşitli hukuk dallarında taşıdığı anlam için bkz. Demirkol, *Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk*, 313 vd.

⁸⁴⁵ Demirkol, *Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk*, 315.

⁸⁴⁶ Gleixner-Eberle, *Die Einwilligung in die medizinische Behandlung Minderjähriger*, 464; Martiny, *içinde*, MüKo-BGB, Bd. 10, Art. 4 Rom I-VO, para. 56; Thorn, *içinde*, Rauscher, EuZPR/EuIPR, para. 36; Wagner, *Einflüsse der Dienstleistungsfreiheit auf das nationale und internationale Arzthaftungsrecht*, 157; Ferrari, *içinde*, Ferrari ve diğerleri, *Internationales Vertragsrecht*, Art. 28 EGBGB, para. 77.

⁸⁴⁷ 19. madde uyarınca, işletme merkezi tespit edilirken esas alınacak olan, sözleşmenin yapıldığı andaki işletme merkezidir.

muayenehanesinin bulunduğu yer esas işyeri olarak kabul edilir⁸⁴⁸. Örneğin hekimin uluslararası alanda tanınan bir uzman olduğu ve farklı ülkelere seyahat ederek tedâvi hizmetini yalnızca sınırlı bir süre için gittiği ülkede sunduğu durumda eğer hekim, bir muayenehane işletmiyorsa, faaliyetlerini organize ve idare ettiği yer, onun asıl işyerinin tespitinde belirleyicidir⁸⁴⁹.

Tüzük’ün 19. maddesine göre, şirketler, dernekler ve tüzel kişilerin mutad meskeni, idare merkezinin (*place of central administration- Hauptverwaltung*) bulunduğu yerdir⁸⁵⁰. Burada belirleyici olan, idarenin fiilen gerçekleştiği, başka bir deyişle şirket, dernek ya da tüzel kişiliğin işlemleriyle ilgili önemli kararların alındığı yerdir⁸⁵¹. Türk hukuku açısından da aynı sonuca ulaşmak gerekir. Tüzel kişi olarak faaliyet gösteren bir özel hastane veya tüzel kişiliği bulunmayan muayenehane veya klinik gibi bir tıbbî kuruluş söz konusu olduğunda, idare merkezi genellikle tedâvinin gerçekleştiği yerle aynı yerde olur. Şu hâlde, uygulanacak hukuk sağlık hizmeti sunucusunun idare merkezi hukukudur. Sözleşmede hastanın karşı tarafında eğer birden fazla kişi varsa, bağlama noktasının tespiti bunların her biri için ayrı ayrı yapılmalıdır⁸⁵².

2.3.3.3.2.2. Birden Fazla İşyerinin Varlığı Hâlinde Mutad Meskenin Tespiti

Tüzük’ün 19. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, eğer sözleşme bir şube, acente ya da başka bir irtibat bürosunun yürüttüğü faaliyetler çerçevesinde kurulmuşsa veya sözleşmeye göre ifa yükümlülüğü bunlardan birisine ait ise, söz konusu şube, acente veya

⁸⁴⁸ Heinz-Peter Mansel, “Kollisionsrechtliche Bemerkungen zum Arzthaftungsprozess”, *Festschrift für Hermann Weitnauer*, (1985): 45; Deutsch, “Das Internationale Privatrecht der Arzthaftung”, 121 vd.; Könnig-Feil, *Das internationale Arzthaftungsrecht*, 213 vd.; 672; Wagner, *Einflüsse der Dienstleistungsfreiheit auf das nationale und internationale Arzthaftungsrecht*, 157; Nordmeier, “Der Behandlungsvertrag im Internationalen Privatrecht”, 514; Leible, *içinde*, NK-BGB, Bd. 6, Art. 4 Rom I-VO, para. 30; Schwenzfeier, *Die kollisionsrechtliche Anknüpfung des Behandlungsverhältnisses*, 235.

⁸⁴⁹ Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 203.

⁸⁵⁰ Roma II Tüzüğü m. 23/1’de de aynı esas benimsenmiştir. Tüzük’ün 23. maddesine göre ticarî şirketlerin de içinde bulunduğu tüzel kişiler açısından, tüzel kişilerin idare merkezlerinin bulunduğu yer, onların mutad meskeninin olduğu yer anlamına gelmektedir.

⁸⁵¹ Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 203; Martiny, *içinde*, MüKo-BGB, Bd. 10, Art. 19 Rom I-VO, para. 6; Magnus, *içinde*, Staudinger, BGB, Int. Vertragsrecht 2, Art. 19 Rom I-VO, para. 13; Doehner, *içinde*, NK-BGB, Bd. 6, Art. 19 Rom I-VO, para. 5.

⁸⁵² Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 204; Schädlich, *Grenzüberschreitende Telemedizin-Anwendungen*, 127; Wagner, *Einflüsse der Dienstleistungsfreiheit auf das nationale und internationale Arzthaftungsrecht*, 159 vd.

irtibat bürosunun bulunduğu yer mutad mesken olarak dikkate alınır. Zira şube, acente veya irtibat bürosu edim borçlusudur. Doktrinde şube, acente ya da irtibat bürosu kavramlarının teknik anlamda algılanmaması gerektiği, önemli olanın bunların uzun vadede bağımsız bir şekilde faaliyet gösterebilecek teknik donanım ve organizasyona sahip olmalarının olduğuna vurgu yapılmaktadır⁸⁵³. Sağlık turizminde, hem tam donanımlı ve gerekli personele sahip bir muayenehane⁸⁵⁴ hem de bağımsız çalışan bir hastane bu kapsamda düşünülebilir⁸⁵⁵. Ancak örneğin tâlîmatlara bağlı yalnızca belirli görevleri yürüten bir laboratuvar bu kapsamda değerlendirilemez⁸⁵⁶. Böylece Tüzük madde 19'a göre, bireysel çalışan hekimin ikinci muayenehanesinde veya uluslararası alanda faaliyet gösteren büyük bir hastane grubuna ait bir hastanede tedâvinin gerçekleştirilmesi durumunda, tedâvinin gerçekleştirildiği yerin hukuku m. 4/1-b anlamında hizmetin gerçekleştirildiği tesisin işyeri hukuku olarak uygulanacak hukuktur⁸⁵⁷.

Bu düzenlemenin temelinde şubenin sözleşmeyi bizzat kurmak veya kendisi sözleşmeye taraf olmaksızın sadece merkezin temsilcisi olarak hareket etmesi suretiyle sözleşmenin ifası için sözleşme ilişkisinde açık bir rol üstlenmiş olması yatar⁸⁵⁸. Şubenin bulunduğu yer bağlama noktası aslında milletlerarası özel hukuk menfaatleri açısından taraf menfaatinin sağlanmasına da hizmet eder. Çoğu zaman bir merkezin varlığını ve nerede olduğunu dahi bilmeyen hasta, merkezin hukukunun uygulanabileceğini hesaba katmaz⁸⁵⁹. Zaten düzenlemenin amacı da söz konusu sözleşmeyle bağlantısı bulunmayan bir hukukun uygulanmasından kaçınmayı haklı kılar⁸⁶⁰.

⁸⁵³ Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 204; Doener, *içinde*, NK-BGB, Bd. 6, Art. 19 Rom I-VO, para. 6; Magnus, *içinde*, Staudinger, BGB, Int. Vertragsrecht 2, Art. 19 Rom I-VO, para. 25 vd.

⁸⁵⁴ Könnig-Feil, *Das internationale Arzthaftungsrecht*, 221; Wagner, *Einflüsse der Dienstleistungsfreiheit auf das nationale und internationale Arzthaftungsrecht*, 158 vd.

⁸⁵⁵ Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 204.

⁸⁵⁶ Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 204.

⁸⁵⁷ Mansel, "Kollisionsrechtliche Bemerkungen zum Arzthaftungsprozess", 46; Könnig-Feil, *Das internationale Arzthaftungsrecht*, 220 vd.; Wagner, *Einflüsse der Dienstleistungsfreiheit auf das nationale und internationale Arzthaftungsrecht*, 158 vd.

⁸⁵⁸ Magnus, *içinde*, Staudinger, BGB, Int. Vertragsrecht 2, Art. 19 Rom I-VO, para. 22 vd.

⁸⁵⁹ Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 204; Martiny, *içinde*, MüKo-BGB, Bd. 10, Art. 19 Rom I-VO, para. 15; Wagner, *Einflüsse der Dienstleistungsfreiheit auf das nationale und internationale Arzthaftungsrecht*, 157.

⁸⁶⁰ Magnus, *içinde*, Staudinger, BGB, Int. Vertragsrecht 2, Art. 19 Rom I-VO, para. 21. Wagner, *Einflüsse der Dienstleistungsfreiheit auf das nationale und internationale Arzthaftungsrecht*, 113.

2.3.3.2.2.3. Tedâvinin Farklı Ülkedeki Birden Fazla Şubeye Bölünmesi Hâlinde Mutad Meskenin Tespiti

AB Hukukunda mutad meskenin 4/1-b kapsamında tespiti, hizmetin, edim borçlusu tarafından, farklı ülkelerde işletilen birden fazla tesiste sağlanması hâlinde sorunlara yol açabilir. Bu duruma örnek olarak ABD’de yerleşik bir hastane zincirinin ana şubesiyle (merkezle) sözleşmenin kurulması, ancak daha sonra tedâvinin farklı ülkelerdeki şubelerde sağlanması düşünülebilir. Daha önce değindiğimiz üzere bir şubenin faaliyeti söz konusuysa uygulanacak hukuk sözleşmenin ifasından sorumlu şubenin bulunduğu yerdir⁸⁶¹. Fakat tedâvinin farklı aşamalarının farklı şubelerce üstlenildiği durumlarda hangi işyerinin esas alınacağı sorunu da açıklığa kavuşturulmalıdır. MÖHUK’ta ve Roma I Tüzüğü’nde kısmî hukuk seçimine imkân tanınmış olmakla beraber objektif bağlama kuralına başvurulduğu hâllerde uygulanacak hukukun bölünüp bölünemeyeceğine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır.

Doktrinde bir görüşe göre, sözleşmedeki edimler bölünebiliyorsa her bir edim bu edimi yerine getiren şubenin bulunduğu yer hukukuna tâbidir⁸⁶². Doktrinde çoğunluk görüşe goryse böyle bir bölünme mümkün değildir⁸⁶³. Nitekim sözleşme bir bütün olarak kurulur ve bu nedenle de onun bölünmesinden kaçınılmalıdır⁸⁶⁴. Endişenin temelinde ise uygulanacak hukuklar arasındaki uyumsuzluklar yatar. Bu uyumsuzluktan kaçınmak için bir çözüm sözleşmenin tamamını esas işyeri hukukuna (merkezin hukukuna) tâbi kılmak olabilir⁸⁶⁵. Fakat bu çözüm somut sözleşmeyle bağlantısı bulunmayan bir hukukun sözleşmeye uygulanmasına yol açabileceği için sakıncalıdır. Zaten Roma I Tüzüğü m. 19/2’de özellikle şubenin bulunduğu yer hukukuna yer verilmesindeki esas amaç da sözleşmeyle alakası bulunmayan bir hukukun uygulanmasından kaçınmaktır. Bu gerekçeyle tedâvinin yürütüldüğü birden fazla şubeden birisinin lehine seçim yaparak o şubenin bulunduğu yer hukukunu kabul etmek akla gelebilecek bir diğer çözümdür.

⁸⁶¹ Bkz. İkinci Bölüm, 2.3.3.2.2.2. Birden Fazla İşyerinin Varlığı Hâlinde Mutad Meskenin Tespiti.

⁸⁶² *Könning-Feil* bu yönde görüş bildirmesine rağmen daha sonra bu görüşünden dönmüştür. *Könning-Feil, Das internationale Arzthaftungsrecht*, 225 vd.

⁸⁶³ Magnus, *içinde*, Staudinger, BGB, Int. Vertragsrecht 1, Art. 4 Rom I-VO, para. 96; Thorn, *içinde*, Rauscher, EuZPR/EuIPR, para. 21; Leible ve Lehmann, “Rom I”, 536; Rauscher, *Internationales Privatrecht*, para. 1175.

⁸⁶⁴ *Könning-Feil, Das internationale Arzthaftungsrecht*, 225.

⁸⁶⁵ Magnus, *içinde*, Staudinger, BGB, Int. Vertragsrecht 2, Art. 19 Rom I-VO, para. 27.

Reisewitz'e göre seçilen şubenin faaliyeti tüm tedâvi düşünüldüğünde bu şubenin hukukunu diğer şubelerin hukukuna nazaran uyuşmazlığa uygulanabilir kılacak bir öneme sahip olmalıdır⁸⁶⁶. Seçilen şubenin tüm tedâvi sürecinde taşıdığı önem dikkate alındığında ayrıca bu şubenin hukukunun sözleşmeyle yakın ilişki içerisinde olduğu da kabul edilebilir. Tercih edilecek şubenin hangi şube olduğu ise tedâvinin odak noktası kriterinden hareketle belirlenebilir⁸⁶⁷.

2.3.3.3.2.3.1. Bir Tedâvi Odağının Belirlenebildiği Hâller

Tedâvinin birden fazla ülkeye dağılması örneğin teşhisin veya tedâvi sonrası bakım hizmetlerinin esas tedâvinin yapıldığı ülkeden farklı ülkelerde gerçekleştirilmesi mümkündür. Bu ihtimâlde tedâvinin odak noktasının (*schwerpunkt-center of gravity*)⁸⁶⁸ belirlenmesi kolaydır. Zira asıl tedâvinin yapıldığı ülke hukuku, tedâvi odağı ülkesi hukuku olarak uygulanır⁸⁶⁹. Bu görüş esasen hem MÖHUK'un hem de Roma I Tüzüğü'nün ruhuna uygundur. Zira her iki maddenin amacı da tedâvi sözleşmesiyle en yakın bağlantısı olan hukukun uygulanmasını sağlamaktır. Deyim yerindeyse hem tedâviye hazırlık işlemleri hem de tedâvi sonrası takip işlemlerinin varlığı esas tedâviye başka bir deyişle tedâvi odağına bağlıdır. Tedâvi hizmetinin yerine getirilmesinde belirleyici olan da esas tedâvinin gerçekleştirilmesidir. Bu nedenle esas tedâviye uygulanacak hukuk tedâvi öncesi ve sonrası yürütülen faaliyetler üzerinde etki gösterir. Ayrıca, asıl tedâvi yerinde geçerli olan hukukun uygulanması taraflarca da beklenebilir. Benzer şekilde taraflar nasıl davranmaları gerektiğine karar veremezlerse asıl tedâvi yeri hukukunda geçerli olan kurallara göre hareket ederler⁸⁷⁰.

⁸⁶⁶ Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 205.

⁸⁶⁷ Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 205; Könnig-Feil, *Das internationale Arzthaftungsrecht*, 220 vd.

⁸⁶⁸ Türk doktrininde sözleşmenin odak noktası için *ağırlık merkezi* ifadesi de kullanılmaktadır. Sözleşmenin ekonomik ve sosyal açıdan yerleştiği yer onun ağırlık merkezidir. Bkz. Güngör, *Yakınlık Yaklaşımı*, 131 vd.

⁸⁶⁹ Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 205; Mansel, "Kollisionsrechtliche Bemerkungen zum Arzthaftungsprozess", 46; Könnig-Feil, *Das internationale Arzthaftungsrecht*, 224.

⁸⁷⁰ Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 206.

2.3.3.2.2.3.2. Bir Tedâvi Odağının Belirlenemediği Hâller

Herhangi bir tedâvi odağı belirlenemediği durumda ise iki farklı senaryo gündeme gelebilir. Bunlardan ilki birbirinden açıkça ayırt edilebilen birkaç münferit tedâvinin varlığıdır. *Reisewitz*'e göre bu tedâvilerden her biri, ilgili tedâvinin yapıldığı sağlık tesisinin bulunduğu ülkenin hukukuna tâbidir⁸⁷¹. Bununla birlikte doktrinde baskın görüşün Roma I Tüzüğü m. 4 kapsamında sözleşme statüsünün bölünmesine (*Aufspaltung des Vertragsstatus-Dépeçage*) karşı çıktığını da vurgulamak gerekir⁸⁷². *Reisewitz* ise tedâvi sözleşmeleri açısından bu görüşe katılmamak gerektiğini savunur⁸⁷³. Yazar çoğunluğun görüşünü çok katı olması ve farklı senaryoları dikkate almaması nedeniyle eleştirmekte ve tüm sözleşmenin tek bir hukuka tâbi kılınmasını zorlayıcı bulmaktadır⁸⁷⁴.

Reisewitz'e göre sözleşmenin her bir bölümünün objektif olarak en yakın bağlantılı olduğu hukuka tâbi tutulması milletlerarası özel hukuk adaletinin bir gereğidir⁸⁷⁵. Zira uyumsuzluğun sıkı ilişkili olduğu hukukça çözüme kavuşturulması, milletlerarası özel hukuk adaletini sağlanmasına yardım eder. Bu durum özellikle birbirinden ayrılabilen hizmetlerin bulunduğu tedâvi sözleşmeleri açısından daha da belirgindir. Zira somut uygulamanın nasıl yapılacağı ya da hangi kurallara riayet edilmesi gerektiği uygulanacak hukuk tarafından belirlenir⁸⁷⁶. Farklı eğitim almış ve farklı yerde faaliyet gösteren uzmanların yaptığı tedâvilerin hepsinin aynı hukuka tâbi kılınması uygun değildir. Son olarak yazar tarafların tek bir tedâvi sözleşmesi yerine birkaç ayrı tedâvi sözleşmesi akdetme imkânlarının olduğuna da dikkat çeker. Yazara göre bu hâllerde, eğer birden fazla sözleşme imzalanmış olsaydı zaten uygulanacak hukuk her bir sözleşme açısından tedâviyi gerçekleştirecek olan tarafın mutad meskenine göre belirlenecekti⁸⁷⁷. Bu nedenle

⁸⁷¹ Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 206. Aksi görüş için bkz. Könnig-Feil, *Das internationale Arzthaftungsrecht*, 226,

⁸⁷² Magnus, *içinde*, Staudinger, BGB, Int. Vertragsrecht 1, Art. 4 Rom I- VO, para. 96; Thorn, *içinde*, Rauscher, EuZPR/EuIPR, para. 21; Martiny, *içinde*, MüKo-BGB, Bd. 10, Art. 4 Rom I-VO, para. 279; Leible ve Lehmann, "Rom I", 536.

⁸⁷³ Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 206.

⁸⁷⁴ Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 206. *Mankowski* ise m. 19 kapsamında değilse de m. 4/3 kapsamında sözleşmenin bölünebilirliği konusunu incelemektedir. Bkz. *Mankowski*, *Dépeçage unter der Rom I-VO*, 267 vd.

⁸⁷⁵ Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 206; *Mankowski*, *Dépeçage unter der Rom I-VO*, 262.

⁸⁷⁶ Deutsch, "Das Internationale Privatrecht der Arzthaftung", 130 vd.

⁸⁷⁷ Konu hakkında detaylı bilgi ve farklı örnekler için bkz. *Mankowski*, *Dépeçage unter der Rom I-VO*, 270.

sırf ayrı ayrı sözleşme imzalanmadı diye uygulanacak hukukun tek bir hukuk olarak belirlenmesi yazara göre uygun değildir⁸⁷⁸.

Sözleşmenin bölünebilirliğini kabul ederek farklı hukukların uygulanacağını kabul etmek ayrıca tarafların da menfaatinde. Zira tedâviyi gerçekleştirecek taraf sağlık tesisinin bulunduğu yerde geçerli olan ve âşinâ olduğu hukuka göre hareket eder. Ayrıca hastanın, farklı ve birbiriyle doğrudan bağlantısı bulunmayan müdahalelerin tek bir hukuka tâbi olacağını hesaba katması kendisinden beklenemez⁸⁷⁹.

2.3.3.3. Daha Sıkı İlişkili Hukuk

Sıkı ilişkili hukukun tespitinde karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni veya işyeri hukukunun bir karine olarak esas alındığına daha evvel değinmiştik⁸⁸⁰. Ancak bu karine kesin değildir ve aksi ispatlanabilir⁸⁸¹. Nitekim hem MÖHUK'ta hem de Tüzük'te yer alan düzenlemeye göre, karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni veya işyeri kriterinin uygulanabilmesi için hâlin bütün şartlarına göre somut olaya uygulanacak daha sıkı ilişkili bir hukuk bulunmamalıdır. Şu hâlde karinenin gösterdiği hukuktan daha sıkı ilişkili bir hukuk tespit edilirse, istisna kuralı uyarınca bu hukuk uygulanır⁸⁸². Doktrinde istisna hükmünün karakteristik edime dayanan karinenin, milletlerarası özel hukuk adaletini sağlayamadığı hâller için öngörüldüğü kabul edilir⁸⁸³. Zira milletlerarası özel hukuk adaletinin birincil amacı uyumsuzluğa en sıkı ilişkili hukukun uygulanmasını sağlamaktır⁸⁸⁴.

⁸⁷⁸ Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 207.

⁸⁷⁹ Şubenin bulunduğu yerin uygulanacağına yönelik beklenti hakkında bkz. Deutsch, “Das Internationale Privatrecht der Arzthaftung”, 131.

⁸⁸⁰ Bkz. İkinci Bölüm, 2.3.3.3.1. Genel Olarak.

⁸⁸¹ Karinenin güçlü bir karine olduğunu kabul eden görüşe göre, ancak sözleşmenin karakteristik edim borçlusunun hukuku ile bağının zayıf olması ve bir başka hukukla güçlü bir bağının olması hâlinde istisna hükmü uygulanabilir. Bkz. Güngör, *Yakınlık Yaklaşımı*, 235.

⁸⁸² Nomer, *Devletler Hususî Hukuku*, 335; Bayata Canyaş, *Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk*, 159; Özdemir Kocasakal, “Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun Tespiti”, 60; Güngör, *Türk Milletlerarası Özel Hukuku*, 178; Gleixner-Eberle, *Die Einwilligung in die medizinische Behandlung Minderjähriger*, 465; Nordmeier, “Der Behandlungsvertrag im Internationalen Privatrecht”, 514.

⁸⁸³ Özdemir Kocasakal, “Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun Tespiti”, 60; Tekinalp, *Bağlama Kuralları*, 287; Çelikel ve Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 338; Çelikel ve Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 399; Doğan, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 411.

⁸⁸⁴ Sarıöz Büyükalp, “Mutad İşyeri Kavramı”, 248.

İstisna hükmü uyarınca sözleşmenin daha sıkı ilişkili olduğu hukukun tespitinde, sözleşmenin dili, ifa yeri, kuruluş yeri, tarafların ortak mutad meskenlerinin veya yerleşim yerlerinin bulunduğu yer, yetki sözleşmesinin varlığı gibi kriterler dikkate alınabilir⁸⁸⁵. Ancak saydığımız bu kriterlerden hiçbirisi tek başına daha yakın bağlantıyı tespit etmek için yeterli değildir⁸⁸⁶. Başka bir ifadeyle, eğer bu kriterlerden birden fazlası aynı hukuku gösteriyorsa daha sıkı ilişkinin varlığı sonucuna ulaşılabilir. Sıkı ilişkinin varlığının tespitinde hâkimin takdir yetkisi vardır⁸⁸⁷. Bununla birlikte hâkim, yaptığı inceleme neticesinde sözleşmenin başka bir hukukla daha sıkı ilişkili olduğunu tespit ederse bu hukuku sözleşmeye uygulamak zorundadır⁸⁸⁸.

Sağlık turizmi çerçevesinde kurulan tedâvi sözleşmesinde de karakteristik edim borçlusu kabul edilen hekim veya hastanenin yahut da aracı kuruluşun işyeri hukukuna nazaran, somut olayda sözleşmeyle daha sıkı ilişkili bir hukuk bulunuyorsa sözleşmeye bu hukuk uygulanır. Özellikle tedâviyi gerçekleştirecek tarafın işyerinin bulunduğu ülkeyle tedâvi yerinin farklılaşması hâlinde böyle bir ihtimâl ortaya çıkabilir. Tedâvinin birden fazla ülkeye bölündüğü durumlarda da daha sıkı ilişkinin varlığını tespit etmek ihtiyacı söz konusu olabilir.

2.3.3.3.1. Tedâvinin Gerçekleştiği Ülke Hukuku

Türk hukukunda 2675 sayılı MÖHUK döneminde, sözleşmeye uygulanacak hukukun tespitinde objektif kriter olarak *ifa yeri*; tarafların her ikisinin de karşılıklı olarak edim yükümlülüğü altına girdiği, dolayısıyla birden fazla ifa yerinin bulunduğu sözleşmelerde ise *karakteristik edimin ifa yeri* esas alınmıştır. Karakteristik edimin tespit edilemediği sözleşmeler bakımından ise uygulanacak hukuk, *en sıkı bağlantı* kriterine göre

⁸⁸⁵ Özdemir Kocasakal, “Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun Tespiti”, 60; Tekinalp, *Bağlama Kuralları*, 290; Bayata Canyaş, *Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk*, 179; Özdemir Kocasakal, “Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun Tespiti”, 60; Prütting, “Gerichtsstand- und Rechtswahl in der Europäischen Arzthaftung”, 46; Prütting, “Die europäische Arzthaftung im Prozess”, 165; Geistlinger, *Internationales Arzthaftungsrecht nach den Verordnungen Rom I und Rom II*.

⁸⁸⁶ Düzenlemenin Tüzük'teki hâlinde MÖHUK'taki kaleme alınış şekliyle farklı olarak, bu hükmün gerçekten istisnâî olduğunu ve genel kuralın bertaraf edilmesine ancak zorunlu hâllerde imkân verdiğini vurgulamak üzere, objektif kritere göre belirlenen hukuka nazaran başka bir ülkeyle olan bağlantıların *açıkça* (*offensichtlich- manifestement*) daha fazla olması gerektiği ifadesi yer almaktadır.

⁸⁸⁷ Çelikel ve Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 399; Güngör, *Yakınlık Yaklaşımı*, 235; Bayata Canyaş, *Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk*, 179.

⁸⁸⁸ Güngör, *Türk Milletlerarası Özel Hukuku*, 236; Bayata Canyaş, *Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk*, 179.

belirlenmekteydi. 5718 sayılı MÖHUK döneminde karakteristik edimin ifa yeri gibi her sözleşme ilişkisinde değişebilen kriterden vazgeçilmiş; karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni, yerleşim yeri veya işyeri gibi süreklilik arz eden, daha gerçekçi ve karakteristik edim borçlusunun menfaatine daha uygun ve onun edimine verilen değeri daha iyi ortaya koyan bir kriter tercih edilmiştir⁸⁸⁹. Bununla beraber ifa yerinin, daha sıkı ilişkili hukukun tespitinde gündeme gelmesi muhtemeldir.

Sağlık turizmine dayalı tedâvi süreçlerinde daha sıkı ilişkinin varlığının tespitinde konu iki farklı durum üzerinden ele alınmalıdır. İlk durum, tedâvinin karakteristik edim borçlusunun işyerinin bulunduğu ülkede gerçekleştirilmesidir. Normal şartlarda tedâvi karakteristik edim borçlusunun işyerinin bulunduğu ülkede gerçekleştirilir⁸⁹⁰. Eğer tedâvi hekim veya hastanenin işyerinin bulunduğu ülkede gerçekleştiriliyorsa, bu çakışma sözleşmeyle bu ülkenin hukuku arasında çok kuvvetli bir bağ olduğuna işaret eder⁸⁹¹. Böyle bir durumda karakteristik edim borçlusunun işyeri hukukunu devre dışı bırakabilecek bir ihtimâlden söz edilemez. Örneğin hasta ve hekim müşterek vatandaşlığa ya da mutad meskene sahiplerse bile yine de müşterek millî hukuk ve müşterek mutad mesken hukuku hekimin işyeri hukuku da olan tedâvi yeri hukukunun uygulanmasını bertaraf edemez⁸⁹². Hatta müşterek vatandaşlık ya da mutad meskenin bulunduğu hâllerde sözleşme dili, vatandaşlığı taşınan veya mutad meskenin bulunduğu ülkenin resmî diliyle aynıysa ya da hekim tıp eğitimi bu ülkelerden birinde almışsa dahi sıkı ilişkinin hâlen aynı zamanda tedâvi ülkesi de olan hekimin esas işyeri ile bulunduğu kabulü geçerlidir⁸⁹³. Bu kabulün nedeni olarak Alman hukukunda, günümüzde Alman hekimlerin veya Almanya’da eğitim görmüş hekimlerin uluslararası hareketliliğinin fazla olması

⁸⁸⁹ Özdemir Kocasakal, “Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun Tespiti”, 52 vd. Ayrıca ifa yeri kriterinin, taraf menfaatinden çok işlem menfaatini esas aldığı; oysa sözleşmelerde taraf menfaatinin esas alınması gerektiği, bunun da karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni kriteriyle sağlanabileceği doktrinde ifade edilmekteydi. Bkz. Özdemir Kocasakal, “Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun Tespiti”, 53.

⁸⁹⁰ Prütting, “Gerichtsstand- und Rechtswahl in der Europäischen Arzthaftung”, 46; Prütting, “Die europäische Arzthaftung im Prozess”, 165.

⁸⁹¹ Detaylı bilgi için bkz. Wagner, *Einflüsse der Dienstleistungsfreiheit auf das nationale und internationale Arzthaftungsrecht*, 162.

⁸⁹² Deutsch, “Das Internationale Privatrecht der Arzthaftung”, 130; Könnig-Feil, *Das internationale Arzthaftungsrecht*, 234 vd.; Wagner, *Einflüsse der Dienstleistungsfreiheit auf das nationale und internationale Arzthaftungsrecht*, 163.

⁸⁹³ Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 209; Deutsch, “Der Medizintourismus: Die rechtliche Seite”, 3; Wagner, *Einflüsse der Dienstleistungsfreiheit auf das nationale und internationale Arzthaftungsrecht*, 163.

gösterilmektedir. Zira uluslararası hareketliliğin artması karşısında bu kriterler, açıkça daha yakın bir bağlantı varsayımı için yeterli ağırlıkta kabul edilemez⁸⁹⁴. Aksinin kabulü, zımnî bir hukuk seçiminin varlığı için aranan şartların, sarsılma tehdidiyle karşı karşıya kalmasına neden olur. Nitekim daha evvel zımnî hukuk seçimi başlığında değinildiği üzere zımnî hukuk seçiminin tespitinde örneğin sözleşmede, hekimin eğitim aldığı ülkenin dikkate alınması ya da buna ilişkin bir atfın yapılması, yalnızca eğitimin alındığı ülkenin hukukunun seçildiğinin tespitinde kullanılan bir emâredir⁸⁹⁵. Söz konusu atıf nedeniyle, temelinde taraflarca eğitim görülen ülkenin standartlarının uygulanması noktasında anlaşıldığı gerekçesi yatan bir zımnî hukuk seçiminin yapıldığı ancak başka emârelerle destekleniyorsa kabul edilebilir. Doktrinde böyle bir emârenin varlığına rağmen zımnî hukuk seçimi reddedildiyse, yine aynı emârelerden hareketle daha sıkı ilişki varsayımına dayanılmaması gerektiği savunulmaktadır. Aksinin kabulü deyim yerindeyse aynı sonuca *arka kapıdan* ulaşılmasına yol açar⁸⁹⁶.

Sıkı ilişkinin tespitinde ele alınması gereken ikinci durum, tedâvinin hekimin veya hastanenin işyerinin bulunduğu ülke ve hastanın mutad meskeninin bulunduğu ülke dışında gerçekleştirilmesidir⁸⁹⁷. Böyle bir durumunda, tedâvi yeri hukukunun somut olayla gerçekten sıkı ilişkisinin bulunup bulunmadığı özel olarak incelenmelidir. Örneğin, alanında uzman bir hekim, başka bir ülkeye seyahat ederek yılda sadece birkaç gün faaliyet gösterdiği bu ülkede tedâviyi gerçekleştirebilir⁸⁹⁸. Tedâvi yeriyle hekimin işyerinin farklılaştığı bu durumda tedâvinin fiilen gerçekleştirildiği ülkeyle sözleşme arasında daha sıkı ilişkinin olup olmadığı sorusu ortaya çıkar⁸⁹⁹. Bu sorunun nasıl cevaplanması gerektiği konusunda doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır.

⁸⁹⁴ Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 209.

⁸⁹⁵ Bkz. İkinci Bölüm, 2.3.2.2.1.2. Zımnî Hukuk Seçimi.

⁸⁹⁶ Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 209. Daha sıkı ilişkili hukukun değerlendirilmesinde zımnî hukuk seçimi emârelerinden faydalanılması hakkında bkz. Magnus, *içinde*, Staudinger, BGB, Int. Vertragsrecht 1, Art. 4 Rom I-VO, para. 131.

⁸⁹⁷ Prütting, “Gerichtsstand- und Rechtswahl in der Europäischen Arzthaftung”, 46; Prütting, “Die europäische Arzthaftung im Prozess”, 165.

⁸⁹⁸ Deutsch, “Das Internationale Privatrecht der Arzthaftung”, 129; Könnig-Feil, *Das internationale Arzthaftungsrecht*, 232; Prütting, “Gerichtsstand- und Rechtswahl in der Europäischen Arzthaftung”, 47; Prütting, “Die europäische Arzthaftung im Prozess”, 165.

⁸⁹⁹ Wagner, *Einflüsse der Dienstleistungsfreiheit auf das nationale und internationale Arzthaftungsrecht*, 164 vd.; Prütting, “Gerichtsstand- und Rechtswahl in der Europäischen Arzthaftung”, 47; Prütting, “Die europäische Arzthaftung im Prozess”, 165.

Bu görüşlerden ilki tedâvi ülkesiyle daha sıkı ilişkiyi reddeden görüştür. Bu görüşe göre sözleşmenin ifasının, edim borçlusunun işyerinin bulunduğu ülkeden başka bir ülkede gerçekleştirilmesi daha sıkı ilişkinin varlığı açısından yeterli değildir⁹⁰⁰. Doktrinde özellikle tedâvi sözleşmesi için, tedâvinin yalnızca başka bir ülkede gerçekleştirilmesinin o ülke hukukuyla çok daha yakın bir bağlantı oluşturmaya yeterli olmadığı varsayılmaktadır⁹⁰¹. Zira aksi yorum, 4. maddenin 1. ve 2. fıkralarında yer verilen bağlama kurallarından, çok kolay bir şekilde sapılmasına neden olur. Bu da Tüzük’ün giriş kısmının 16. maddesinde de yer verildiği üzere düzenlemenin amacı olan maksimum öngörülebilirlik ve hukukî kesinlik⁹⁰² hedeflerine zarar verebilir⁹⁰³. Bu görüşün temelinde ise tedâvi yeriyle esas işyerinin genellikle tesadüfî unsurlara bağlı şekilde farklılaştığı gerçeği yatar⁹⁰⁴. Halbuki yurt dışındaki tedâvinin planlı bir şekilde gerçekleştirildiği sağlık turizmi sözleşmelerinde, tesadüfün pek rolü yoktur⁹⁰⁵. Nitekim hasta çoğunlukla hekim veya hastane hakkında gerekli ve yeterli araştırmayı yaptıktan sonra tedâviye karar verir. Bu nedenle kanaatimizce bu görüşün kabulü sağlık turizmi açısından uygun değildir.

Doktrindeki bir diğer görüşe göre tedâvi yeri hukukunun daha sıkı ilişkili hukuk olarak uygulanabilmesi için, tedâvinin, tedâvi ülkesinde yürütülmesine ilişkin bir ruhsatın ya da iznin varlığı gereklidir⁹⁰⁶. Bu görüş uyarınca böyle bir iznin verilmesi, hekimle tedâvi ülkesinin hukuku arasında yakın bağlantıyı kurar ve artık tedâvi yeri ülkesinin hukukunun uygulanması tercih edilebilir. Zira özellikle böyle bir iznin alınmış olması hekimin tesadüfen o ülkede bulunduğu ihtimâlden farklı şekilde sözleşmeyle yakın bağlantı konusunda bir kriter olabilir. Bu görüşe göre aranan, kamu hukuku anlamında gerçekten bir mesleğin icrası için meslekî bir lisansın varlığı değil de bir kriter oluşturmak adına

⁹⁰⁰ Martiny, *içinde*, MüKo-BGB, Bd. 10, Art. 4 Rom I-VO, para. 248.

⁹⁰¹ Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 210; Mansel, “Kollisionsrechtliche Bemerkungen zum Arzthaftungsprozess”, 47.

⁹⁰² Martiny, *içinde*, MüKo-BGB, Bd. 10, Art. 4 Rom I-VO, para. 2; Magnus, *içinde*, Staudinger, BGB, Int. Vertragsrecht 1, Art. 4 Rom I-VO, para. 2.

⁹⁰³ Staudinger, *içinde*, NK-BGB, Art. 4 Rom I-VO, para. 11.

⁹⁰⁴ Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 210; Mansel, “Kollisionsrechtliche Bemerkungen zum Arzthaftungsprozess”, 47.

⁹⁰⁵ Wagner, *Einflüsse der Dienstleistungsfreiheit auf das nationale und internationale Arzthaftungsrecht*, 169 vd.; *Schädlich* de aynı sonuca uzaktan tedâvi hizmetleri açısından ulaşmaktadır, *Schädlich, Grenzüberschreitende Telemedizin-Anwendungen*, 142; Prütting, “Gerichtsstand- und Rechtswahl in der Europäischen Arzthaftung”, 47; Prütting, “Die europäische Arzthaftung im Prozess”, 165.

⁹⁰⁶ Könnig-Feil, *Das internationale Arzthaftungsrecht*, 228 vd.

izin alınmasıdır⁹⁰⁷. Başka bir deyişle söz konusu kriterle amaçlanan, tedâviyi gerçekleştiren taraf o ülkede işyeri kurmak için gerekli şartları sağlamıyor ama yine de tedâvi gerçekleştirmek için bir izin alıyorsa bu durumun sıkı ilişkisinin varlığı için bir kriter olarak kullanılabilmesini sağlamaktır⁹⁰⁸. Doktrinde birden fazla ülkeden geçen bir seyahat grubuna eşlik eden hekimler veya uluslararası faaliyet gösteren kişisel hekimler ya da özel olarak davet edilen hekimlerin faaliyetlerinde de bu kriterden hareket edilebileceği savunulmaktadır⁹⁰⁹.

Doktrindeki diğer bir görüş, sıkı ilişkisinin tespiti için ortaya konan izin alma kriterinin doğrudan ve tamamen reddetmese de genel kuraldan saparak kaçış hükmüne başvurma konusunda tek başına bir kriter olabilmek için yetersiz olduğunu ileri sürer⁹¹⁰. Zira kaçış hükmünün uygulanabilmesi için “*hukuken bağlama noktasının esas kurala göre belirlenmesinin artık haklı görülemeyecek derecede önemli*” koşulların varlığı gereklidir⁹¹¹. Öncelikle bu görüş uyarınca alınması gereken iznin ne olduğu ve iznin varlığının tam olarak nasıl belirleneceği açık değildir. Bunun yanı sıra uygulanacak hukukun, tedâvi ülkesinde birtakım gerekliliklerin yerine getirilmesine bağlı kılınması, bu izni almadan faaliyet gösteren kişilerin, kanunlar ihtilâfı açısından hakkaniyete aykırı şekilde ayrıcalık kazanmasına yol açar⁹¹². Dolayısıyla uygulanacak hukukun tespiti için başka kriterlerin de varlığı aranmalıdır. Aranan ek kriterler sadece izin kriterinin tamamlayıcısı olarak değil aksine tedâvi yeri hukukuyla daha sıkı ilişkisinin tespiti için aranan kriterler olmalıdır. Bu nedenle daha sıkı ilişki tespit edilirken farklı bakış açılarından hareket edilmelidir.

Doktrinde sıkı ilişkisinin tespitinde ileri sürülen bir diğer kriter, tedâvi yöntemine göre farklılaşma kriteridir⁹¹³. Tedâvi ilişkisi söz konusu olduğunda sağlık turisti olarak hasta haklı bir şekilde tedâvi ülkesinin hukukunun uygulanacağını düşünebilir. Zira sağlık

⁹⁰⁷ Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 210-211.

⁹⁰⁸ Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 210.

⁹⁰⁹ Könnig-Feil, *Das internationale Arzthaftungsrecht*, 231.

⁹¹⁰ Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 211.

⁹¹¹ Thomas Pfeiffer, “Neues Internationales Vertragsrecht - Zur Rom I-Verordnung”, *EuZW*, (2008): 626.

⁹¹² Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 211; Schädlich, *Grenzüberschreitende Telemedizin-Anwendungen*, 140 vd.; Wagner, *Einflüsse der Dienstleistungsfreiheit auf das nationale und internationale Arzthaftungsrecht*, 171.

⁹¹³ Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 211.

turisti açısından düşünüldüğünde tedâvi eden kişinin esas işyerinin bulunduğu yer eğer tedâvi yerinden farklıysa çoğu zaman bu bir tesadüftür⁹¹⁴. Hasta sağlık seyahatini gerçekleştirdiği ülkeden başka bir ülkede esas işyeri bulunan hekim tarafından tedâvi edilmeyi değil, belirli bir ülkede ve orada geçerli olan yasal kurallara göre tedâvi olmayı seçmiştir. Örneğin kalça ameliyatı için Tayland’a giden bir hasta, sözleşmenin diğer tarafının esas işyerinin ABD’de bulunduğunu ve sadece yaz aylarında birkaç hafta Tayland’da faaliyet gösterdiğini pek çok sağlık turisti gibi bilebilecek durumda değildir. Bu nedenle hastanın Tayland hukukunun geçerli olduğunu düşünmesi, hayatın olağan akışına uygundur⁹¹⁵. Aynı şekilde üçüncü bir ülkeden tedâviyi gerçekleştirmek için seyahat eden hekim de başka bir hukuk düzeninin uygulama alanına girdiğinin farkındadır ve bu hukukun uygulanacağını hesaba katmalıdır⁹¹⁶. Öte yandan, tam da bu noktada hekimin tedâvisini her zaman somut olaydaki tedâvi ülkesinin hukukuna uygun şekilde gerçekleştirmesinin kendisinden beklenip beklenemeyeceği sorusu ortaya çıkmaktadır. Alman doktrininde işaret edildiği üzere bu soru hekimin tıbbî müdahalesini, tedâvi ülkesinden başka bir ülkede edindiği ve o ülkede düzenli şekilde uyguladığı özel becerileri kapsamında gerçekleştirdiği durumlarda önemli hâle gelir⁹¹⁷. Başka bir deyişle hekimden bilgi ve becerilerini beraberinde götürürken gittiği ülkenin hukukunun uygulanacağını dikkate alması kendisinden beklenir mi sorusu önem arz eder. Örneğin bir hekim esas işyerinin bulunduğu ülkede keşfedilmiş ve geliştirilmiş özel bir tedâviyi farklı ülkelere giderek uyguluyorsa, sırf tedâvi yeri hukuku diye gidilen bu ülkenin hukukuyla daha sıkı ilişkisinin varlığını kabul etmek noktasında dikkatli olunmalıdır.

Uygulanacak hukuk konusunda taraf menfaatleri arasında denge, ancak somut olayın koşulları dikkate alınarak sağlanabilir⁹¹⁸. Esas işyeri, tedâvi ülkesi dışında bulunan hekim, tedâvi ülkesinin hukukundan farklı bir hukukun ve farklı tıbbî bakım standartlarının uygulandığı bir ülkede geliştirilen belirli bir yöntemi kullanarak tedâviyi gerçekleştiriyorsa ve özellikle bu nedenle hasta tarafından seçilmişse, ilgili tıbbî

⁹¹⁴ Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 211.

⁹¹⁵ Örnek için bkz. Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 211.

⁹¹⁶ Deutsch, “Das Internationale Privatrecht der Arzthaftung”, 130; Wagner, *Einflüsse der Dienstleistungsfreiheit auf das nationale und internationale Arzthaftungsrecht*, 168 vd.

⁹¹⁷ Deutsch, “Das Internationale Privatrecht der Arzthaftung”, 129; Könnig-Feil, *Das internationale Arzthaftungsrecht*, 233.

⁹¹⁸ Könnig-Feil, *Das internationale Arzthaftungsrecht*, 233 vd.

standarda ilişkin tarafların anlaşması, öncelikle zımnî bir hukuk seçiminin emâresi olarak kabul edilebilir. Ancak bu aynı zamanda tedâvi ülkesiyle çok daha yakın bir ilişkinin varlığı varsayımını da bertaraf edebilir⁹¹⁹. Fakat, hekimin uluslararası alanda uygulanan ve genel kabul görmüş bir yönteme göre tedâviyi gerçekleştirmesi gerekiyorsa aynı sonuca ulaşılamaz. İşte bu yüzden tedâvi ülkesiyle sıkı ilişkinin olup olmadığı tamamen somut olayın koşullarına bağlıdır. Sözleşme dili ya da ödemenin gerçekleştirileceği para birimi gibi diğer koşullar da tedâvi ülkesini gösteriyorsa, uygulanacak hukukun tedâvi yeri hukuku olduğu kabul edilmelidir.

Tedâvi ülkesi, hasta açısından olduğu kadar hekim açısından da sözleşme ilişkisi kapsamında sabit bir noktadır. Nitekim işyerinin bulunduğu ülkeden kendisi için yabancı bir ülke niteliğindeki tedâvi ülkesine giden hekim, zaten tedâvi hizmetini tedâvi ülkesinde bulunan hastane veya muayenehane gibi bir tesisin koşulları altında sağlamalıdır⁹²⁰. Spesifik bir tedâvi yöntemi uygulamadığı sürece, tedâvi koşulları veya ameliyathane gibi müdahalenin gerçekleştirileceği ortam hekime özel bir şekilde organize edilmez. Başka bir deyişle muayenehane veya hastane hekime uyum sağlamak zorunda değildir. Aksine hekim, tedâvi ülkesinin mevcut şartlarına uymak zorundadır. Böylece sözleşme ilişkisi bakımından deyim yerindeyse hekimin kişiliği arka planda kalırken tedâvi ülkesi ön plana geçer. Bu durum uygulanacak hukukun tespiti üzerinde de etkilidir. Sonuçta işyeri hukukunun uygulanması taraflar açısından bir sürpriz olur ve somut olayın koşulları düşünüldüğünde adaletli bir sonuç doğurmaz. Diğer bir ifadeyle, eğer tedâvi yöntemine göre farklılaşma kriterinden hareketle özel bir tedâvi yöntemi uygulanmıyorsa tedâvi ülkesiyle daha sıkı ilişkinin varlığı kabul edilmeli ve tedâvi ülkesinin hukuk tercih edilmelidir.

⁹¹⁹ Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 211; Wagner, *Einflüsse der Dienstleistungsfreiheit auf das nationale und internationale Arzthaftungsrecht*, 182.

⁹²⁰ Nagel, *Organtransplantation und Internationales Privatrecht*, 159.

2.3.3.3.2. Birden Fazla Hekim Arasında Yatay İş Bölümünün Bulunduğu Hâllerde Daha Sıkı İlişki

Tıp hukuku, iş bölümü kavramını yatay ve dikey iş bölümü olarak ikiye ayırmaktadır⁹²¹. Sorumluluk hukuku alanında da yatay iş bölümü ilkesinden söz edilmektedir. Bu ilkeye göre, farklı disiplinlerden birkaç hekim birlikte çalıştığında, bu hizmete dâhil tüm hekimler diğer çalışma arkadaşının görevini özenle yerine getirdiğine ve talep edilen hizmetin ifasını doğru bir şekilde sağladığına güvenebilir⁹²². Tedâvi ilişkisine, sağlık turistinin karşı tarafı olarak her biri ayrı sözleşmelerle birden fazla hekimin dâhil olduğu durumlarda bu hekimler arasında yatay bir iş bölümü söz konusudur. Bir örnekle açıklamak gerekirse bir ameliyat sırasında hepsi belirli bir alanda uzman olan ve birlikte faaliyet gösteren birden fazla hekim görev alabilir. Söz konusu hekimlerin her birinin işyeri farklı ülkelerde bulunuyorsa o zaman tüm sözleşmelere uygulanacak tek bir hukuka ihtiyaç var mı sorusu gündeme gelir⁹²³. Burada ilk akla gelen çözüm, birden fazla sözleşmenin tek bir hukuka tâbi kılınmasıdır. Bu çözüm hem basit bir yoldur hem de farklı sözleşmeler açısından uyumun sağlanmasına hizmet eder⁹²⁴. Ancak bu hâlde uygulanacak hukukun tespiti kolay değildir ve iki ihtimâl söz konusudur. İlk ihtimâl esas sözleşme olarak nitelenen sözleşme ilişkisine fer'i bağlanmaktır. İkinci seçenek ise belirli bir tedâvi yeri hukukunun bağlama noktası olarak kabul edilmesidir.

Esas sözleşmeye fer'i bağlanma ihtimâlinde, tedâvi sözleşmesi nezdinde üzerinde durulması gereken birtakım hususlar söz konusudur. Özel hukukta var olan ve temelinde irade muhtariyeti bulunan üçüncü kişi aleyhine sözleşme yapma yasağı, kanunlar ihtilâfi hukuku alanında da geçerlidir. Bu nedenle esas sözleşmeye fer'i bağlanma sadece istisnâ durumlarda söz konusu olmalıdır⁹²⁵. Ayrıca hangi sözleşmenin esas sözleşme olarak

⁹²¹ Benedikt Ballhausen, *Das arztrechtliche System als Grenze der arbeitsteiligen Medizin, zugleich ein Beitrag zur privatrechtsdogmatischen Integration des Arztrechts*, (Göttingen : Universitätsverlag Göttingen, 2013):18 vd.; Hakeri, *Genel Hükümler*, 206 vd.

⁹²² Hekimler arasında hiyerarşik bir ilişki varsa, dikey iş bölümünden bahsedilir. Ballhausen, *Das arztrechtliche System*, 18.

⁹²³ Wagner, *Einflüsse der Dienstleistungsfreiheit auf das nationale und internationale Arzthaftungsrecht*, 176; Nagel, *Organtransplantation und Internationales Privatrecht*, 158.

⁹²⁴ Schädlich, *Grenzüberschreitende Telemedizin-Anwendungen*, 133 vd.

⁹²⁵ Martiny, *içinde*, MüKo-BGB, Bd. 10, Art. 4 Rom I-VO, para. 255; Magnus, *içinde*, Staudinger, BGB, Int. Vertragsrecht 1, Art. 4 Rom I-VO, para. 136. Aksi görüş için bkz. Schädlich, *Grenzüberschreitende Telemedizin-Anwendungen*, 144, dn. 791; Wagner, *Einflüsse der*

sınıflandırılacağı da problemlidir. Hangi sözleşmenin esas sözleşme kabul edileceği mutlaka her bir somut olay için ayrı ayrı cevaplanmalıdır⁹²⁶. Esas sözleşmeyi tespit ederken belirleyici faktör, tedâvideki bir uygulamanın, örneğin özel bir cerrahî adının, tedâviyi karakterize edip etmediği, başka bir deyişle tedâvi odağı olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceğidir. Ancak böyle bir nitelendirilmenin yapılmasındaki zorluk, taraflar için önemli ölçüde hukukî belirsizliğe yol açar. Ayrıca tedâvi sözleşmesinin konusunun somut olayda oldukça karmaşık ve zor olabilecek insan vücuduyla ilgili bir hizmetin sağlanması⁹²⁷ olduğu düşünüldüğünde tedâvi odağının belirlenmesi de bir o kadar zor ve karmaşıktır. Hizmeti sağlayan birden fazla hekimin varlığı, her birinin kendi bireysel becerilerini gerektiren benzersiz bir hizmetin sunulması gerektiğini gösterir. Bu nedenle uygulanacak hukuku tek bir sözleşme statüsüne tâbi kılmak niteliği düşünüldüğünde tedâvi sözleşmesi açısından uygun değildir. Özetle doktrinde sağlık turizmi açısından esas sözleşmeye fer'i bağlanmanın mümkün olmadığı kabul edilmektedir⁹²⁸.

Doktrinde ikinci görüş, tedâvi yerlerinden birine bağlanmayı savunur. Bu görüşün temsilcilerinden olan *Schädlich* yatay bir iş bölümünün bulunduğu durumlarda tek bir tedâvi yeri hukukunun bağlama noktası olarak tercih edilmesi gerektiğini savunmaktadır⁹²⁹. Bu hukuk da hastanın fiziken bulunduğu ülkenin hukuku olmalıdır. Yazar bu tespitinde, hastanın bulunduğu yerin, tedâvi ilişkisinin ağırlık merkezi (*Gravitationszentrum der Behandlung*) olarak kabul edilmesinden hareket eder⁹³⁰. Uygulanacak hukukun tespiti noktasında başvuru bu çözüm yöntemi sözleşmenin tüm tarafları açısından öngörülebilirliği sağlar. Tedâviye kendisinden farklı hekimlerin de katılımı hakkında bilgi sahibi olan hekim, ilişkiye esas işyeri hukuku dışında bir hukukun uygulanacağını öngörebilir. Ayrıca hekim gönüllü olarak sınır ötesi bir tedâviye katılmaya karar verdiğinden, tedâvi yeri hukukunun uygulanması da kendisi için

Dienstleistungsfreiheit auf das nationale und internationale Arzthaftungsrecht, 176; Link, *Telemedizinische Anwendungen*, 285.

⁹²⁶ Stephan Geisler, *Die engste Verbindung im Internationalen Privatrecht*, (Berlin: Duncker & Humblot, 2001), 265.

⁹²⁷ Link, *Telemedizinische Anwendungen*, 285.

⁹²⁸ Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 214.

⁹²⁹ Schädlich, *Grenzüberschreitende Telemedizin-Anwendungen*, 150 vd.

⁹³⁰ Schädlich, *Grenzüberschreitende Telemedizin-Anwendungen*, 144 vd.

makûldür⁹³¹. Ayrıca yazara göre tek tip bir hukukun uygulanması sorumluluk hukukundan kaynaklanan ve hastanın aleyhine sonuç doğurabilecek çatışmaları önleyebilir. Yeknesaklığın sağlanması amacı, hekimin esas işyeri hukukunun uygulanması menfaatinden de önce gelir⁹³². Doktrinde benzer bir görüş *Wagner* tarafından ileri sürülmüştür. *Wagner* de özellikle iç karar ahenginin sağlanmasına yapacağı katkı nedeniyle yeknesak bir sözleşme statüsü belirlenmesi gerektiği görüşüne katılır⁹³³. Sözleşme statüsünün öngörülebilirliğini ve buna bağlı hukukî kesinliği sağlaması da yazarın bu görüşe ağırlık vermesinin bir diğer gerekçesidir⁹³⁴. Son olarak doktrinde *Nagel* de organ nakli ve milletlerarası özel hukuk ilişkisini incelediği eserinde benzer bir sonuca ulaşmıştır. Yazar, ilgili tüm sözleşmeler bakımından sıkı ilişkili hukukun organ nakli operasyonunun gerçekleştiği yerin hukuku olması gerektiğini ileri sürer. Yazara göre sıkı ilişkiyi, teknik ve organizasyondan kaynaklanan gereksinimlerin operasyonun gerçekleştirildiği ülkede karşılanması kurar. Zira aralarındaki iş bölümü gereğince hekimlerin hepsi faaliyetlerinin bir kısmını dahi olsa operasyonun gerçekleştirildiği ülkede koordineli bir şekilde yerine getirir. Bu nedenle somut olayda en sıkı ilişki operasyonun gerçekleştirildiği ülke hukukuyla kurulur⁹³⁵.

Doktrindeki bir diğer görüş ise tek bir hukuka bağlanmanın başka bir deyişle tek bir sözleşme statüsünün varlığının kabulünün milletlerarası özel hukuk bakımından iç karar ahenginin sağlanmasına azamî derecede katkı sağlayacağı gerçeğini kabul etmekle birlikte meseleye biraz daha temkinli yaklaşmakta ve bunun tek başına yakın ilişkinin tespiti açısından yeterli olmayacağını savunmaktadır⁹³⁶. Roma I Tüzüğü'nün giriş kısmının 20. maddesinde daha sıkı ilişkinin tespitinde “söz konusu sözleşmenin başka sözleşme veya sözleşmelerle yakından ilişkili olup olmadığının dikkate alınması gerektiği” ifadesi yer alır⁹³⁷. *Reisewitz*'e göre bu düzenleme, belirli bir sözleşmenin başka

⁹³¹ Schädlich, *Grenzüberschreitende Telemedizin-Anwendungen*, 145 vd.

⁹³² Schädlich, *Grenzüberschreitende Telemedizin-Anwendungen*, 145.

⁹³³ Wagner, *Einflüsse der Dienstleistungsfreiheit auf das nationale und internationale Arzthaftungsrecht*, 176 vd.

⁹³⁴ Wagner, *Einflüsse der Dienstleistungsfreiheit auf das nationale und internationale Arzthaftungsrecht*, 176 vd.

⁹³⁵ Nagel, *Organtransplantation und Internationales Privatrecht*, 159 vd.

⁹³⁶ Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 215.

⁹³⁷ Doktrinde bu tip ilişkilere distribütörlük sözleşmesi ve kefalet sözleşmesi örnek gösterilmektedir. Bkz. Demirkol, *Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk*, 330, dn. 1090.

bir sözleşmeyle sıkı ilişkisini tespit ederek o sözleşmeye fer'i bağlanma hâli için geçerlidir. Oysa yatay iş bölümünün bulunduğu hâllerde amaçlanan, muhtemel maddî hukuk çatışmalarını da önleyerek birden fazla sözleşmenin tek bir statüye tâbi tutulmasıdır⁹³⁸. Yazar yaptığı değerlendirme sonucunda, maddî hukuk, özellikle de sorumluluk hukuku çatışmalarından kaçınmak ve yeknesaklık sağlamak amacının objektif bağlama noktasından sapılarak tüm sözleşmelerin tek bir statüye bağlanılmasını haklı çıkarmayacağını ileri sürer. Yazar tam da bu noktada sözleşme taraflarının milletlerarası özel hukuk menfaatleri arasında bir karşılaştırma yapmaktadır. *Reisewitz*'e göre, kaçış hükmüne dayanarak tedâvi yeriyle açıkça daha yakın bir bağlantının doğrudan kabulü, kanunlar ihtilâfı açısından tek taraflı ve makûl olmayan bir sonuç yaratır. Daha evvel de değindiğimiz üzere, eğer hekim, standart bir tedâvi uyguluyorsa uygulanacak hukukun tedâvi yeri hukuku olması makûl karşılanabilir⁹³⁹. Bununla birlikte, özel bir tedâvi yöntemini uygulayan hekim, çalışma ortamının tasarımını kendi istek ve gereksinimlerine göre şekillendirebilir. Burada hiçbir hekimin uluslararası faaliyet göstermeye zorlanmadığı⁹⁴⁰, bu nedenle deyim yerindeyse hekimin gittiği ülkenin hukukî kurallarına boyun eğmesi gerektiği ileri sürülebilir⁹⁴¹. Tıpkı hekimin bir zorlamaya tâbi olmaması gibi sağlık turisti olarak hasta da uzman bir hekimle sözleşme kurarak onun tarafından tedâvi edilmeyi özgür bir şekilde kararlaştırabilir. Kendisini tedâvi edecek hekimin özel bilgi ve becerilere sahip olmasının hastanın yararına olduğu açıktır. Bu nedenle *Reisewitz*'e göre uygulanacak hukuk nedeniyle ortaya çıkan uyumsuzluk ve çatışma riskini hastaya yüklemek de makûldür⁹⁴². Tüm bu gerekçeler sonucunda yazara göre sağlık turistinin sözleşme imzaladığı birden fazla hekim arasında iş birliği söz konusuysa ancak, tedâvinin hastayı tedâvi eden kişi tarafından değil, yapıldığı yer tarafından şekillendirildiği durumlarda tedâvi yeri daha sıkı ilişkinin tespitinde bir emâre olarak kullanılabilir. Bu hâlde tedâvi yeri hukukunun sözleşme statüsü olabilmesi için yatay bir iş bölümünün mevcut olduğu her bir sözleşmenin tedâvi yeriyle yakın ilişki

⁹³⁸ Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 215.

⁹³⁹ Bkz. İkinci Bölüm, 2.3.3.3.3.1. Tedâvinin Gerçekleştiği Ülke Hukuku.

⁹⁴⁰ Schädlich, *Grenzüberschreitende Telemedizin-Anwendungen*, 145 vd.

⁹⁴¹ Nagel, *Organtransplantation und Internationales Privatrecht*, 159.

⁹⁴² Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 215-216.

içerisinde bulunması gerekir⁹⁴³. Bu sıkı ilişkinin tespiti için de sözleşme dili veya para birimi gibi diğer emârelere bakılır⁹⁴⁴.

Reizewitz'in *Schädlich*, *Wagner* ve *Nagel* tarafından savunulan ve tedâvi yeri hukukunu sıkı ilişkili hukuk olarak gören kabule karşı ileri sürdüğü bir diğer argüman ise yatay iş bölümünün söz konusu olduğu hâllerde tedâvi adımlarından bazılarının farklı ülkelerde gerçekleştirilmesi hâlleridir. Yazara göre bu noktada ilişki, tek bir ülke hukukuna bağlanılmak istense dahi somut olay açısından tedâvinin odak noktasının mahallîleştirilmesi sorununun cevaplanması gerekir. Bu ise iş bölümünde yer alan herkese uygulanacak hukukun belirsizliğine katlanma yükü getirir⁹⁴⁵.

Kanaatimizce birden fazla hekimin sorumluluğuna tek bir maddî hukukun uygulanmasıyla yeknesaklığın sağlanması amacı, genel kural olan karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni hukukundan sapılmasını tek başına haklı kılmaz. Ancak, tedâvi, tedâviyi gerçekleştiren kişi tarafından değil de tedâvinin yapıldığı yer tarafından şekillendiriliyor ve sağlık turistinin karşısında aralarında iş birliği bulunan birden fazla hekim bulunuyorsa bu durum, tedâvi yeri hukukunun uyumsuzlıkla daha sıkı ilişkili olduğu konusunda bir emâre olabilir.

2.3.4. Sözleşme Statüsünün Uygulama Alanı Dışında Kalan Konular

2.3.4.1. İspat

Milletlerarası özel hukukta usûle ilişkin konular bakımından kural olarak *lex fori*'nin uygulanacağı kabul edilir⁹⁴⁶. Usûle ilişkin konulardan olan ispat meselesine konumuz açısından ayrıca değinmek gerekir. Zira özellikle tıbbî sorumluluk alanında ispat meselesi hem hekim hem de hasta açısından son derece önemlidir.

İspat, dava konusu edilen bir hakkın ve buna karşı yapılan savunmanın dayandığı vakıaların mevcûdiyeti hakkında mahkemeye kanaat verilmesi işlemidir⁹⁴⁷. İspat

⁹⁴³ Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 217-218.

⁹⁴⁴ Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 218.

⁹⁴⁵ Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 216.

⁹⁴⁶ Erdoğan, *Yer Bakımından Uygulanma*, 101 vd.

⁹⁴⁷ Bkz. Hakan Pekcanitez, Muhammet Özkes, Mine Akkan ve Hülya Taş Korkmaz, *Medenî Usul Hukuku, Cilt II*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık 2017), 1585 vd.; Şanlı, Esen ve Ataman-

hukukunda kural olarak *lex fori* ilkesinin uygulanacağı kabul edilir⁹⁴⁸. Bunun sebebi ispat hukukuna ilişkin kuralların, mahkemenin ihtilâfın çözümünde âdil bir sonuca ulaşabilmek için izlediği usûle ilişkin olmasıdır⁹⁴⁹. Bu kapsamda ispat vasıtalarının kabul edilebilirliği başka bir deyişle talep ve iddianın ya da savunmanın veya vakıaların mahkeme önünde hangi tür delillerle ispatlanacağı, delillerin toplanma şekli ve mahkemeye sunulması, delillerin takdiri ve ispat gücü, delillerin toplanmasında hâkimin veya tarafların yükümlülükleri, kimlerin şahit veya bilirkişi olacağı, tarafların isticvabı, hâkim tarafından taraflara yemin verilmesi, mahkemede yapılan ikrar, davaya katılmama veya cevap vermeme ve bunun hukukî sonuçları, hâkimin müşahedesine dayalı olarak delil toplanması ve delil sözleşmeleri *lex fori*'ye tâbidir⁹⁵⁰.

2.3.4.2. Hak ve Fiil Ehliyeti

Bir sözleşmenin geçerliliği onu kuran tarafların söz konusu sözleşmeyi kurmaya ehil olmalarına bağlıdır. Ehliyet konusu maddî hukukun en önemli konularındandır. TMK'da her iki ehliyet türüne ayrı ayrı yer verilmiştir. TMK madde 8'de "*Her insanın hak ehliyeti vardır. Buna göre bütün insanlar, hukuk düzeninin sınırları içinde, haklara ve borçlara ehil olmada eşittirler.*" hükmü yer almaktadır. TMK madde 9'da ise "*Fiil ehliyetine sahip olan kimse, kendi fiilleriyle hak edinebilir ve borç altına girebilir*" hükmüne yer verilmiştir. Yabancı unsur taşıyan meselelerde hak ve fiil ehliyetine dair uyuşmazlıklar, doğrudan TMK hükümlerine göre değil MÖHUK'a göre tespit edilecek hukuk çerçevesinde çözülür.

Konumuz açısından hekimin ve özellikle hastanın hak ve fiil ehliyetinin hangi hukuka tâbi olduğu pratik bir öneme sahiptir. Çünkü ehliyet meselesi kişinin tedâvi sözleşmesine taraf olup olamayacağı açısından belirleyicidir. Hekimin ve hastanın sözleşmeden doğan bir sorumluluğunu ileri sürülebilmesi için öncelikle geçerli olarak kurulmuş bir

Figanmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 567; Vahit Doğan, "Milletlerarası Özel Hukukta İspata Uygulanacak Hukukun Tespiti", *Prof. Dr. Süleyman Arslan'a Armağan*, (1998): 791 vd.

⁹⁴⁸ Doğan, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 28 vd.; Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 566 vd.; Çelikel ve Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 514 vd.; Nomer, *Devletler Hususî Hukuku*, 405 vd.

⁹⁴⁹ Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 566.

⁹⁵⁰ Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 566-567; Doğan, "İspata Uygulanacak Hukuk", 809 vd.; Nordmeier, "Der Behandlungsvertrag im Internationalen Privatrecht", 516.

sözleşmenin varlığı gerekir. Bu sebeple hak ve fiil ehliyetine uygulanacak hukuk bir ön sorun olarak ele alınmalıdır⁹⁵¹. Ehliyet konusunda ehliyeti şahsî statüye ve akdin yapıldığı yer hukukuna veya akit statüsüne tâbi tutan iki anlayış bulunmaktadır⁹⁵².

MÖHUK'ta ehliyete uygulanacak hukuk meselesi 9. maddede oldukça kapsamlı bir şekilde düzenlenmektedir. MÖHUK'un 9. maddesi "*Hak ve fiil ehliyeti ilgilinin millî hukukuna tâbidir.*

Millî hukukuna göre ehliyetsiz olan bir kişi, işlemin yapıldığı ülke hukukuna göre ehil ise yaptığı hukukî işlemle bağlıdır. Aile ve miras hukuku ile başka bir ülkedeki taşınmazlar üzerindeki aynî haklara ilişkin işlemler bu hükmün dışındadır.

Kişinin millî hukukuna göre kazandığı erginlik, vatandaşlığının değişmesi ile sona ermez.

Tüzel kişilerin veya kişi veya mal topluluklarının hak ve fiil ehliyetleri, statülerindeki idare merkezi hukukuna tâbidir. Ancak fiilî idare merkezinin Türkiye'de olması hâlinde Türk hukuku uygulanabilir.

Statüsü bulunmayan tüzel kişiler ile tüzel kişiliği bulunmayan kişi veya mal topluluklarının ehliyeti, fiilî idare merkezi hukukuna tâbidir" şeklindedir.

Kanun metninde hak ve fiil ehliyeti gerçek kişiler ve tüzel kişiler bakımından ayrı ayrı ele alınmıştır⁹⁵³. Ayrıca ehliyet meselesi sözleşme statüsüne değil de şahsî statüye tâbi kılınmıştır.

Hukuk seçimi yoluyla şahsî statünün başka bir hukuka tâbi tutulması mümkün değildir⁹⁵⁴. Şahsî statü tespit edilirken iade ve devam eden atıflar dikkate alınır⁹⁵⁵. Çünkü şahsî statüyü işaret eden hukuk, kişinin vatandaşı olduğu ülkenin maddî hukuku değil kanunlar ihtilâfı hukukudur⁹⁵⁶. Nitekim MÖHUK'un 2. maddesinin 3. fıkrasında da

⁹⁵¹ Gleixner-Eberle, *Die Einwilligung in die medizinische Behandlung Minderjähriger*, 467.

⁹⁵² Aygül, "Akitten Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Sözleşmesi", 249.

⁹⁵³ Tüzel kişilerin fiil ehliyeti hakkında detaylı bilgi için bkz. Musa Aygül, *Millî Hukukta Şirketlere Uygulanacak Hukukun Tespiti*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2007), 189 vd.

⁹⁵⁴ Wienand, "Behandlung von Patienten aus dem Ausland", 562; Lipp in MünchKomm/BGB, Art. 7 EGBGB para. 12.

⁹⁵⁵ Wienand, "Behandlung von Patienten aus dem Ausland", 562; Lipp in MünchKomm/BGB, Art. 7 EGBGB para. 35.

⁹⁵⁶ Wienand, "Behandlung von Patienten aus dem Ausland", 563.

“Uygulanacak yabancı hukukun kanunlar ihtilâfı kurallarının başka bir hukuku yetkili kılması, sadece kişinin hukuku ve aile hukukuna ilişkin ihtilâflarda dikkate alınır ve bu hukukun maddî hukuk hükümleri uygulanır” hükmüyle bu husus açıkça ifade edilmiştir.

Şu hâlde MÖHUK m. 9/1 uyarınca tedâvi sözleşmesinin tarafı bir gerçek kişi ise hastanın veya hekimin ehliyetine şahsî statüleri olarak millî hukukları uygulanır. Bu nedenle hastanın ve hekimin fiil ehliyetini haiz olup olmadığı her birinin kendi vatandaşı olduğu ülke hukukuna göre belirlenir⁹⁵⁷. MÖHUK m. 9/4’te ise taraflardan birisinin veya her ikisinin tüzel kişi olması hâlinde hak ve fiil ehliyetinin, bunların statülerindeki idare merkezi hukukuna tâbi kılınacağı yer alır. Sağlık turizminde hastanın karşısında yer alan taraf tüzel kişiliği haiz bir hastane veya aracı kuruluş olabilir. Bu ihtimâlde bunların statülerindeki idare merkezi hukuku, ehliyeteye uygulanacak hukuktur. Bununla beraber tüzel kişinin fiilî idare merkezi Türkiye’de ise ehliyet, Türk hukukuna göre belirlenebilir.

Bununla birlikte MÖHUK’ta işlem güvenliği ilkesine yer verilmiştir. İlke gereğince, ilgili taraf millî hukukuna göre ehliyetsiz olsa bile, bu kişi sözleşmenin yapıldığı ülke (*locus regit actum-LRA*) hukukuna göre ehilse, söz konusu işlemle bağlıdır⁹⁵⁸.

Sağlık turizminde işlem güvenliği özellikle *spontane* tedâvilerde önem arz eder. Millî hukukuna göre ehliyetsiz olan bir kişi, işlemin yapıldığı ülke hukukuna göre ehil ise yaptığı hukukî işlemle bağlı olacağından hasta, tedâvinin gerçekleştiği ülke hukukuna göre yasal olarak ehil ise sözleşmeyle bağlı hâle gelir⁹⁵⁹. Bununla birlikte, tedâviyi gerçekleştiren hekim uygulamada çoğunlukla yabancı bir hastayla muhatap olduğunu fark eder⁹⁶⁰. Bundan hareketle doktrinde özellikle ciddî tıbbî müdahaleleri içeren bazı tedâvi yöntemleri söz konusu olduğunda hekimin, hastanın ehliyeti hakkında soruşturma

⁹⁵⁷ Wienand, “Behandlung von Patienten aus dem Ausland”, 563; Nordmeier, “Der Behandlungsvertrag im Internationalen Privatrecht”, 518.

⁹⁵⁸ Nomer, *Devletler Hususî Hukuku*, 222; Tekinalp, *Bağlama Kuralları*, 67; Şanlı, Esen ve Ataman-Fıganmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 111; Çelikel ve Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 207; Doğan, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 244.

⁹⁵⁹ Reisewitz, 221.

⁹⁶⁰ Nitekim doktrinde işlem güvenliği kuralının uygulanabilmesi için işlemin hazırlar arasında yapılması gerektiği savunulmaktadır. Bkz. Doğan, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 246; Hatice Özdemir, “Devletler Özel Hukukunda İşlem Güvenliği Kuralı”, *Argumentum Aylık Hukuk Dergisi*, 9/57 (1998): 462; Tekinalp, *Bağlama Kuralları*, 69.

yapmakla yükümlü olduğu ileri sürülmektedir⁹⁶¹. Nitekim Türk doktrindeki hâkim görüşe göre de işlem güvenliği kuralının uygulanabilmesi için işlemin muhatabının iyiniyetli olması gerekir⁹⁶². İşlemin muhatabının iyiniyetli olması şartının kabulüyle kuralın sâistîmal edilmesi de önlenir.

Roma I Tüzüğü'nde 1. maddenin 2. fıkrasında ehliyet meselesi, işlem güvenliği hakkındaki 13. madde hariç olmak üzere Tüzük kapsamı dışında bırakılmıştır. Böylelikle ehliyet meselesi, sözleşme statüsünün uygulama alanı dışında tutulmuştur. Bunun sonucu olarak Alman hukuku gibi üye ülke hukuklarında hak ve fiil ehliyeti sözleşme statüsünün kapsamı dışındadır. Şahsî statü, Alman hukukunda Alman Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu⁹⁶³ EGBGB m. 7'de ayrıca düzenlenmiştir⁹⁶⁴. EGBGB m. 7/1 cümle 1'e göre hak ve fiil ehliyeti kişinin vatandaşı olduğu ülkenin hukukuna göre tespit edilir. Kişinin birden fazla vatandaşlığının bulunması durumunda ise hangi vatandaşlığının tercih edileceği sorusunun cevabı kişinin etkin vatandaşlığı dikkate alınarak verilir⁹⁶⁵. EGBGB m. 5/1 cümle 1'de etkin vatandaşlığa ilişkin, kişinin daha sıkı ilişki içerisinde bulunduğu devletin vatandaşlığı hakkında bir karineye yer verilmiştir⁹⁶⁶. Ancak kişinin vatandaşlıklarından birisi Alman vatandaşlığı ise tıpkı Türk hukukunda olduğu gibi, EGBGB m. 7/1 cümle 1 ve m. 5/1 cümle 2'ye göre hak ve fiil ehliyetinin tespitinde Alman vatandaşlığı dikkate alınır⁹⁶⁷.

⁹⁶¹ Reisewitz, 221; Thorn, *içinde*, Rauscher, EuZPR/EuIPR, para. 29; Spellenberg, *içinde*, MüKo-BGB, Bd. 10, Art. 13 Rom I-VO, para. 87.

⁹⁶² Nomer, *Devletler Hususî Hukuku*, 223; Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 112; Çelikel ve Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 208; Özdemir, "İşlem Güvenliği Kuralı", 463; Tekinalp, *Bağlama Kuralları*, 69-70; Doğan, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 247.

⁹⁶³ <https://www.gesetze-im-internet.de/bgbeg/> (E.T. 10.09.2022)

⁹⁶⁴ Wienand, "Behandlung von Patienten aus dem Ausland", 562; Lipp in MünchKomm/BGB, Art. 7 EGBGB para. 8; Gleixner-Eberle, *Die Einwilligung in die medizinische Behandlung Minderjähriger*, 467; Könnig-Feil, *Das internationale Arzthaftungsrecht*, 247; Hausmann, *içinde*, Reithmann/Martiny, para. 612.

⁹⁶⁵ Wienand, "Behandlung von Patienten aus dem Ausland", 562; Lipp in MünchKomm/BGB, Art. 7 EGBGB para. 14.

⁹⁶⁶ Wienand, "Behandlung von Patienten aus dem Ausland", 562.

⁹⁶⁷ MÖHUK m. 4'te vatandaşlık esasına göre yetkili hukukun tespitinin nasıl yapılacağı düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemeye göre "Bu Kanun hükümleri uyarınca yetkili olan hukukun vatandaşlık esasına göre tayin edildiği hâllerde, bu Kanunda aksi öngörülmedikçe;
a) Vatansızlar ve mülteciler hakkında yerleşim yeri, bulunmadığı hâllerde mutad mesken, o da yok ise dava tarihinde bulunduğu ülke hukuku,
b) Birden fazla devlet vatandaşlığına sahip olanlar hakkında, bunların aynı zamanda Türk vatandaşı olmaları hâlinde Türk hukuku,

Bir hastanın reşit olup olmadığının hangi hukuka göre tespit edileceği de önem arz eder. Fiil ehliyetine uygulanan hukuk reşit olma yaşını da belirler⁹⁶⁸. Konuyu bir örnekle açıklamak konunun daha net anlaşılmasına yardımcı olabilir. 18 yaşını dolduran Japon J ve Coloradolü D ile 17 yaşındaki İskoçyalı M'nin bir diş tedâvisi için Türk hekim T ile görüştüklerini varsayalım. Bu durumda her üç hastanın da tedâvi sözleşmesine taraf olmak için fiil ehliyetine sahip olup olmadıkları sorunu ortaya çıkar. Japon hukukunda kişi 20 yaşında fiil ehliyetine sahip olurken Amerika'nın Coloroda eyaletinde yürürlükte olan yasalara göre bu yaş 21'dir. İskoç kanunlarında göre ise fiil ehliyeti yaşı 16'dır. Şu durumda bu belirleme J için Japon hukukuna, D için Colorado hukukuna, M içinse İskoç Hukukuna göre yapılır. Elbette bu hukuk Türk hukukuna iade atf yapıyorsa veya üçüncü bir ülkenin hukukuna devam eden atf varsa her üç hastanın fiil ehliyeti de atf yapılan bu ülke hukukuna göre belirlenir. Bu bilgiler ışığında Japon J Japon hukukuna göre evli olmadığı sürece reşit değildir ve fiil ehliyeti de yoktur. Coloradolü D de Colorado hukukuna göre henüz fiil ehliyetine sahip değilken; İskoç M ise İskoç hukukuna göre reşit ve ehliyetli kabul edilir⁹⁶⁹. Bununla beraber Japon J veya Coloradolü D Türk hukukuna göre reşit olduğundan diğer şartların da sağlanması koşuluyla işlem güvenliği ilkesi çerçevesinde tedâvi sözleşmesi açısından ehliyetli kabul edilir.

2.3.5. Sözleşme Statüsünün Uygulama Alanında Kalan Konular

2.3.5.1. Genel Olarak

Sübjektif veya objektif yöntemle göre belirlenen sözleşme statüsü, sözleşmenin kuruluşundan sona ermesine kadarki tüm süreci bir bütün olarak idare eder⁹⁷⁰. Buna göre; sözleşmenin kuruluşu, geçerliliği, içeriği, kapsamı, yorumu, süresi, hüküm ve sonuçları, tarafların hak ve borçları, ifası, ifa engelleri, hasarın intikali, irade sakatlıkları ve sona

c) Birden fazla devlet vatandaşlığına sahip olup, aynı zamanda Türk vatandaşı olmayanlar hakkında, daha sıkı ilişki hâlinde bulundukları devlet hukuku, uygulanır.”

⁹⁶⁸ Wienand, “Behandlung von Patienten aus dem Ausland”, 564; Könnig-Feil, *Das internationale Arzthaftungsrecht*, 247; Hausmann, *in* Reithmann/Martiny, para. 612; Lipp in MünchKomm/BGB, Art. 7 EGBGB para. 48

⁹⁶⁹ Wienand, “Behandlung von Patienten aus dem Ausland”, 563. Çeşitli ülkelerin rüşt yaşına ilişkin düzenlemeleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Ausländisches Familienrecht, Eine Auswahl von Länderdarstellungen*. Ed. Rieck Jürgen. (Beck C. H., 2015).

⁹⁷⁰ Doğan, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 412; Gleixner-Eberle, *Die Einwilligung in die medizinische Behandlung Minderjähriger*, 466.

ermesi gibi sözleşmeyle alakalı tüm konular, kural olarak, sözleşmeye statüsüne tâbidir⁹⁷¹. Ayrıca bir tazminat talebi söz konusu olduğunda kusurun tespiti de sözleşmeye uygulanacak hukuka göre yapılır⁹⁷². Hekimin aydınlatma yükümlülüğü de aynı şekilde sözleşme statüsüne tâbidir⁹⁷³. Yabancı unsurlu bir tedâvi ilişkisinde hastanın talepleri söz konusu olabileceği gibi hekim ya da hastanenin de özellikle ücretin ödenmemesinden kaynaklanan talepleri de sözleşme statüsü kapsamındadır⁹⁷⁴. Roma I Tüzüğü m. 12’de de sözleşmeye uygulanacak hukuka tâbi olacak kimi hususlar örnek mahiyetinde sayılmıştır. Bunlar sözleşmenin yorumu, borçların ifası, borcun yerine getirilmemesinin sonuçları, borcun sona erme biçimi, sözleşmenin hükümsüzlüğünün sonuçlarıdır.

Çalışmamızın bu kısmında, tedâvi sözleşmesi açısından önem arz eden ve sözleşme statüsünün uygulama alanında kalan birtakım konular ayrıca ele alınmıştır.

2.3.5.2. Sözleşmenin Maddî Varlığı ve Geçerliliği

Sözleşmenin geçerliliği, şeklî ve maddî geçerlilik olmak üzere iki türlü ele alınmaktadır. Türk hukukunda sözleşmenin kurulmasında şekil serbestîsi esastır. Bununla beraber bazı sözleşme tipleri için şekil şartı da öngörülmüştür. Yabancı unsur taşıyan bir sözleşmenin şekline uygulanacak hukukun tespiti meselesi de esasa uygulanacak hukuk kadar önemlidir.

Roma I Tüzüğü’nün 11. maddesinde alternatif bağlama kuralıyla sözleşmenin şekline; sözleşmenin esasına uygulanacak hukuk, sözleşmenin yapıldığı ülke hukuku veya

⁹⁷¹ Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 367-369; Tekinalp, *Bağlama Kuralları*, 293-294; Güngör, *Türk Milletlerarası Özel Hukuku*, 183; Aygül, “Akitten Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Sözleşmesi”, 244-245; Gleixner-Eberle, *Die Einwilligung in die medizinische Behandlung Minderjähriger*, 466.

⁹⁷² Spickhoff, *içinde*, Spickhoff, *Medizinrecht*, BGB, para. 7; Gleixner-Eberle, *Die Einwilligung in die medizinische Behandlung Minderjähriger*, 466.

⁹⁷³ Gleixner-Eberle, *Die Einwilligung in die medizinische Behandlung Minderjähriger*, 467; Fischer, “Ärztliche Verhaltenspflichten und anzuwendendes Recht”, 787 vd.; Wagner, *Einflüsse der Dienstleistungsfreiheit auf das nationale und internationale Arzthaftungsrecht*, 252 vd. Alman hukukunda bir görüşe göre ise aydınlatma yükümlülüğüne tedâvi yeri hukuku uygulanmalıdır. Bu görüş uyarınca Almanya’da tedâvi faaliyeti gerçekleştiren bir hekim, sözleşme statüsü olarak uygulanan kendi işyeri hukukuna göre sorumlu tutulmasa dahi tedâvi yeri hukuku olan Alman hukukuna göre sorumlu tutulabilmelidir. Deutsch, “Das Internationale Privatrecht der Arzthaftung”, 130.

⁹⁷⁴ Wienand, “Behandlung von Patienten aus dem Ausland”, 547.

tarafların mutad meskenlerinin bulunduğu ülke hukuklarının uygulanması kabul edilmiştir.

Türk hukukunda sözleşmenin şekline uygulanacak hukuk meselesi, MÖHUK m. 7’de ayrı bir bağlama kuralıyla düzenlenmiş ve sözleşme statüsünün dışında bırakılmıştır⁹⁷⁵. MÖHUK m. 7 hükmü “*Hukukî işlemler, yapıldıkları ülke hukukunun veya o hukukî işlemin esası hakkında yetkili olan hukukun maddî hukuk hükümlerinin öngördüğü şekle uygun olarak yapılabilir*” şeklindedir.

Sözleşmenin şekline yer veren ana kuralın yanı sıra tüketici sözleşmeleri bakımından MÖHUK m. 26’da şekle ilişkin özel bir bağlama kuralı yer alır. 26. maddenin 3. fıkrasında “*İkinci fıkradaki şartlar altında yapılan tüketici sözleşmelerinin şekline, tüketicinin mutad meskeni hukuku uygulanır*” denilmektedir. Görüldüğü üzere düzenlemeyle bazı tüketici sözleşmelerinin şekli, tüketicinin mutad mesken hukukuna tâbi kılınmıştır. Bu düzenlemenin amacının esasa uygulanan hukukla şekle uygulanan hukuka yeknesaklık sağlanarak tüketicinin yararını gözetmek olduğu kabul edilmektedir⁹⁷⁶.

Şu hâlde Türk hukukunda, sağlık turizmi kapsamında kurulan tedâvi sözleşmesi, taraflarca seçilen veya objektif bağlama kuralınca tespit edilen hukukun, bir başka deyişle sözleşme statüsünün veya sözleşmenin yapıldığı ülke hukukunun öngördüğü şekilde yapıldığında geçerlidir.

Roma I Tüzüğü’nde yer verilen hazır olmayanlar arasında yapılan sözleşmenin şekline uygulanacak hukukun MÖHUK’ta düzenlenmemiş olması bu konuda farklı görüşlerin ortaya çıkmasına neden olmuştur⁹⁷⁷. Bizim de katıldığımız görüşe göre hazır olmayanlar arasında kurulan sözleşmelerde Roma I Tüzüğü’nde olduğu gibi taraflardan birinin bulunduğu ülke hukukuna uygun şekilde yapılan sözleşmenin geçerli olduğu kabul edilmelidir.

⁹⁷⁵ İsviçre hukukunda MÖHK m. 124/1’e göre de sözleşmenin şekli, kural olarak, sözleşmeye uygulanacak hukuka veya sözleşmenin kurulduğu yer hukukuna tâbidir. Ancak MÖHK m. 124/2’de farklı ülkelerde bulunan taraflar arasında yapılan sözleşmenin, bu ülkelerden birinin hukukunun öngördüğü şekilde yapıldığı takdirde de geçerli olduğuna yer verilmektedir.

⁹⁷⁶ Çalışkan, “Tüketici Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk”, 44.

⁹⁷⁷ Görüşler için bkz. Tekinalp, *Bağlama Kuralları*, 95-96; Doğan, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 307-308.

Sözleşmenin şekli geçerliliği gibi maddî geçerliliği de önem arz eder. Roma I Tüzüğü'nde de sözleşmeden doğan ilişkinin varlığı ve maddî geçerliliğine uygulanacak hukuk konusu ayrı bir hükümde düzenlenmiştir. Roma I Tüzüğü'nün 3. maddesinin 5. fıkrasına göre uygulanacak hukukun seçimine ilişkin tarafların rızasının varlığı ve geçerliliği Tüzük'ün 10. maddesine göre belirlenir. Tüzük'ün 10. maddesinin 1. fıkrasına göre ise, bir sözleşmenin ya da sözleşmenin herhangi bir hükmünün maddî varlığı ve geçerliliği sözleşme geçerli olsaydı ona Tüzük uyarınca hangi hukuk uygulanacaktıysa o hukuka göre belirlenir⁹⁷⁸.

Türk hukukunda ise sözleşmenin maddî geçerliliği noktasında başvurulacak düzenleme MÖHUK m. 32'dir. 32. maddenin ilk fıkrasında “Sözleşmeden doğan ilişkinin veya bir hükmünün varlığı ve maddî geçerliliği, sözleşmenin geçerli olması hâlinde hangi hukuk uygulanacaksa o hukuka tâbidir” hükmü yer alır. Görüldüğü üzere sözleşmeden doğan ilişkinin maddî varlığı ve geçerliliği, MÖHUK m. 32'ye göre, sözleşmenin esasına uygulanacak hukuka bir başka deyişle sözleşme statüsüne tâbidir. Esasa uygulanacak hukuk öncelikle tarafların özgür iradeleriyle seçtikleri hukuktur. Taraflarca seçim yapılmadığı durumlarda ise objektif bağlama kuralına göre tespit edilen hukuk uygulanacak hukuktur. Maddenin lafzından anlaşıldığı üzere sözleşmenin veya sözleşmenin bir hükmünün geçerliliğinin tespiti için önce bu sözleşmenin geçerli şekilde kurulduğu kabulünden hareketle sözleşmenin esasına uygulanacak hukuk tespit edilir. Tespit edilen bu hukuka göre sözleşmenin geçerli bir şekilde kurulup kurulmadığı belirlenir ve eğer sözleşmenin geçerli olduğu saptanırsa somut uyuşmazlık, esasa uygulanacak hukuka göre çözülür⁹⁷⁹. Bir sözleşmenin kurulup kurulmadığı, irade sakatlığı nedeniyle geçersiz olup olmadığı, sözleşmedeki hükümlerin mevcûdiyeti ve geçersizliğin hüküm ve sonuçları gibi meseleler de maddî geçerlilik kapsamında sözleşme statüsüne tâbidir.

⁹⁷⁸ Rauscher, *Internationales Privatrecht*, para. 1151. Tüzük'ün 10. maddesinin 2. fıkrasına göre ise taraflardan biri sözleşme yapma rızasının bulunmadığı iddiasında ise, ilk fıkrada belirtilen hukukun kendisine uygulanmasının olayın tüm şartları gereğince makûl olmadığı durumlarda, rızasının bulunmadığını ileri süren taraf kendi mutad meskeni hukukuna dayanabilmektedir.

⁹⁷⁹ Ersen Perçin, “Sözleşmelerin Kuruluşu ve Maddî Geçerliliği”, 58. Maddî geçerliliğin sözleşmeye uygulanacağı varsayılan hukuka tâbi kılınmasıyla sözleşmenin parçalanmasının önüne geçilmiştir. Bkz. Bilgin Tiryakioğlu, *Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk*, (Ankara: Ankara Üniversitesi Yayınları, 1996), 49; Bayata Canyaş, *Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk*, 234.

Tarafların sözleşmenin kurulmasına yönelik irade beyanları kural olarak, sözleşmeye uygulanacak hukuka tâbidir. Ancak bu kuralın bir istisnası söz konusudur. MÖHUK'un 32. maddesinin 2. fıkrasında “*Taraflardan birinin davranışına hüküm tanınmanın, uygulanacak hukuka tâbi kılınmasının hakkaniyete uygun olmayacağı hâlin şartlarından anlaşılırsa, irade beyanının varlığına, rızası olmadığını iddia eden tarafın mutad meskeninin bulunduğu ülke hukuku uygulanır*” hükmü yer almaktadır. Bir sözleşmenin kurulması her şeyden evvel tarafların iradelerinin karşılıklı uyuşmasına bağlıdır. Tarafların irade beyanlarında icap ve kabul önem arz eder. Hazırlar arasında kurulan sözleşmelerde çoğunlukla icap ve kabulün varlığının tespiti sorunsuzdur. Bununla beraber gaipler arasında kurulan sözleşmelerde irade beyanının tespiti her zaman o kadar kolay olmayabilir. Özellikle icap karşısında susmanın kabul anlamına gelip gelmediği meselesinde 32. madde önemlidir. Taraflardan birinin icap karşısında susmasının kabul anlamına gelip gelmediği meselesi sözleşme statüsü kapsamında değerlendirildiğinde hakkaniyete uygun olmayan bir sonuç meydana geliyorsa bu davranış, irade beyanının varlığına rızası olmadığını iddia eden tarafın mutad meskeninin bulunduğu ülke hukukuna göre değerlendirilmelidir.

2.3.5.3. Sözleşmenin Yorumlanması

MÖHUK'ta sözleşmenin hangi hukuk uyarınca yorumlanacağı hususunda ayrı bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Oysa sözleşmeye ilişkin pek çok konu, o hususta yorum yapılması ihtiyacına neden olabilir. Örneğin tedâvi sözleşmesinde hekimin neyi ifa etmekle yükümlü olduğu hususunun yorum yolu ile açıklığa kavuşturulması gerekebilir. Roma I Tüzüğü'nün 12. maddesine göre, sözleşme statüsü öncelikle sözleşme ilişkisinden kaynaklanan aslî ve yan yükümlülükleri kapsar⁹⁸⁰. Bu yükümlülüğün kanundan ya da içtihattan kaynaklanıp kaynaklanmadığı önemli değildir⁹⁸¹. 12/1-a'ya göre sözleşme maddelerinin yorumlanması ihtiyacı hasıl olursa, bu yorum da sözleşme statüsüne uygun şekilde gerçekleştirilmelidir. 12/1-b'de borçların ifasına yer verildiğinden borçlu

⁹⁸⁰ Thorn, *içinde*, Palandt, BGB, Art. 12 Rom I-VO, para. 5; Spickhoff, *içinde*, Bamberger/Roth, BGB, Art. 12 Rom I-VO, para. 5; Ferrari, *içinde*, Ferrari ve diğerleri, Internationales Vertragsrecht, Art. 12 Rom I-VO, para. 12; Magnus, *içinde*, Staudinger, BGB, Int. Vertragsrecht 2, Art. 12 Rom I-VO, para. 33 vd.

⁹⁸¹ Spellenberg, *içinde*, MüKo-BGB, Bd. 10, Art. 12 Rom I-VO, para. 50.

tarafından uyulması gereken özen standardı da sözleşme statüsüne tâbidir⁹⁸². Aynı durum, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun ne ölçüde olduğunun tespiti için de geçerlidir⁹⁸³. Sözleşmede yer alan bir hükmün varlığı ile maddî geçerliliği, sözleşmeye uygulanacak hukuk uyarınca belirlendiğinden, tedâvi sözleşmesinde tarafların kullandığı standart sözleşmedeki genel işlem koşullarının mevcûdiyeti, geçerliliği ve yorumu da sözleşmeye uygulanacak hukuka tâbidir. Hükmün ikinci fıkrasında ise ifanın gerçekleştirilme biçimi ve alacaklının ifanın gerçekleştirilmemesi durumunda alabileceği tedbirler konusunda ifa yeri hukukunun uygulanacağı belirtilmiştir.

Kanaatimizce Türk hukukunda da sözleşmenin yorumu açısından sözleşme statüsü uygulanmalıdır. Doktrinde de tedâviyi gerçekleştirecek tarafın neyi ifa etmekle yükümlü olduğu ve ifanın nasıl gerçekleştirileceğinin uygulanacak hukuk tarafından belirleneceği kabul edilmektedir⁹⁸⁴. Bu kapsamda özellikle hekimin uyması gereken tedâvi standartlarının uygulanacak hukuka göre belirleneceği söylenebilir⁹⁸⁵. Ayrıca bir ülkede geçerli olan tedâvi standartlarından sapmaya ne ölçüde izin verildiğine ve tarafların somut olay için bu yönde geçerli bir anlaşmaya varıp varmadığına da uygulanacak hukuk karar verir. Örneğin Alman hukukunda BGB § 630/2’de tedâvinin, aksi kararlaştırılmadıkça, tedâvi sırasında Almanya’da mevcut olan standartlara göre yapılması gerektiği düzenlenmektedir. Dolayısıyla eğer sözleşme statüsü Alman hukuku ise taraflarca Alman tıbbî standartlarından sapma hususunda bir anlaşmanın var olup olmadığı ve eğer varsa bunun hangi noktaya kadar olduğu Alman hukukuna göre kararlaştırılır⁹⁸⁶.

2.3.5.4. Rıza ve Rıza Ehliyeti

Çalışmamızda inceleyeceğimiz alt sorulardan bir tanesi de tedâvi sözleşmesinde rızaya ve rıza ehliyetine uygulanacak hukuktur. Özellikle rüşt yaşının ve fiil ehliyetinin koşullarının ülkelerde farklı kurallarla belirlenmesi bu sorunun doğmasına neden olur⁹⁸⁷.

⁹⁸² Magnus, *içinde*, Staudinger, BGB, Int. Vertragsrecht 2, Art. 12 Rom I-VO, para. 38.

⁹⁸³ Spellenberg, *içinde*, MüKo-BGB, Bd. 10, Art. 12 Rom I-VO, para. 57; Magnus, *içinde*, Staudinger, BGB, Int. Vertragsrecht 2, Art. 12 Rom I-VO, para. 38; Ferrari, *içinde*, Ferrari ve diğerleri, Internationales Vertragsrecht, Art. 12 Rom I-VO, para. 13.

⁹⁸⁴ Nagel, *Organtransplantation und Internationales Privatrecht*, 165 vd.

⁹⁸⁵ Schädlich, *Grenzüberschreitende Telemedizin-Anwendungen*, 152.

⁹⁸⁶ Reisewitz, 219; Nordmeier, “Der Behandlungsvertrag im Internationalen Privatrecht”, 516 vd.; Aygöl, “Akitten Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Sözleşmesi”, 250.

⁹⁸⁷ Wienand, “Behandlung von Patienten aus dem Ausland”, 547.

Rıza veremeyecek durumdaki olan hastanın tedâvisine uygulanacak prosedür, mahkeme onayının gerekip gerekmediği gibi sorunlar, tedâvi sözleşmesi bakımından önemlidir.

2.2.5.4.1. Rızaya Uygulanacak Hukuk

Rıza (*Einwilligung-consent*) bir hukuka uygunluk sebebidir ve tıbbî müdahalenin hukuka aykırılığını ortadan kaldırır⁹⁸⁸.

Rızaya uygulanacak hukuk konusu doktrinde tartışmalara neden olmuştur. Sözleşme statüsünün⁹⁸⁹, hukuka aykırılık teşkil eden fiilin gerçekleştiği yerin hukukundan ayrıldığı durumlarda, rızaya uygulanacak hukuk sorusu önem arz eder⁹⁹⁰. Hekim, tedâviyi başka bir ülkede gerçekleştirmesine rağmen hukukî ilişkiye uygulanacak hukuk, hekimin esas işyeri ülkesinin hukuku ise, rızaya uygulanacak hukukun bunlardan hangisine tâbi olduğu sorusu cevaplandırılmalıdır⁹⁹¹. Doktrindeki baskın görüşe göre sözleşme statüsü, sorumluluğun şartlarını kapsadığı için hukuka aykırılığın varlığının tespitine ve

⁹⁸⁸ Şenocak, “Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası”, 68. BGB § 630d’de tedâvi sözleşmelerinde rıza (*Einwilligung*) özel olarak düzenlenir. Bir hukuka uygunluk sebebi olarak rıza, sözleşme hukukunun yanı sıra haksız fiil hukuku açısından da gündeme gelir. Sözleşme statüsü ve haksız fiil statüsünün farklılaştığı hâllerde rıza, sözleşme ilişkisi bakımından geçerli iken haksız fiil bakımından geçersiz kabul edilebilir veya tam tersi bir durum söz konusu olabilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Nordmeier, “Der Behandlungsvertrag im Internationalen Privatrecht”, 518.

⁹⁸⁹ Doktrinde sözleşme ve haksız fiil statüsünü de kapsayacak şekilde etki statüsü (*Wirkungsstatut*) kavramı kullanılmaktadır. Mäsch, *içinde*, Bamberger/Roth, BGB, Art. 7 EGBGB, para. 20; Könnig-Feil, *Das internationale Arzthaftungsrecht*, 248; Gleixner-Eberle, *Die Einwilligung in die medizinische Behandlung Minderjähriger*, 476.

⁹⁹⁰ Aynı sorun haksız fiil statüsünün hukuka aykırılığın meydana geldiği yerin hukukundan farklı olması durumunda da geçerlidir. Fer’i bağlanma usûlüyle esas sözleşmeye bağlanıldığında veya mesafeli haksız fiilin varlığı nedeniyle fiilin işlendiği yer ile zararın meydana geldiği yerin birbirinden ayrılması hâlleri örnek olarak sayılabilir. Bkz. Nagel, *Organtransplantation und Internationales Privatrecht*, 84; Junker, *içinde*, MüKo-BGB, Art. 17 Rom II-VO, para. 1; Gleixner-Eberle, *Die Einwilligung in die medizinische Behandlung Minderjähriger*, 476.

⁹⁹¹ Gleixner-Eberle, *Die Einwilligung in die medizinische Behandlung Minderjähriger*, 476.

dolayısıyla bir hukuka uygunluk sebebiyle rızaya da uygulanır⁹⁹². Böylelikle sözleşme statüsü açısından hukukî yeknesaklık ve öngörülebilirlik sağlanmış olur⁹⁹³.

2.2.5.4.2. Rıza Verme Ehliyetine Uygulanacak Hukuk

Doktrinde rıza verme ehliyetine uygulanacak hukuk konusunun da üzerinde durulmaktadır. Rıza verme ehliyetinden ne anlaşılması gerektiği bir vasıflandırma yapmayı gerektirir. Şu hâlde Türk hâkimi rıza ehliyetinin ne anlama geldiğini ve şartlarını Türk hukukuna göre yapmalıdır.

Doktrindeki görüşlerden ilkinde göre rıza verme ehliyeti, şahsî statüye tâbidir⁹⁹⁴. Zira rıza ehliyeti, fiil ehliyetinin özel bir görünümüdür⁹⁹⁵. Ancak bu görüş rıza ehliyetinin şahsî statüye tâbi kılınması durumunda öngörülebilirlik ve yasal kesinliği engellemesi nedeniyle eleştirilmektedir⁹⁹⁶. Bu görüşe yöneltlen bir diğer eleştiriye göreyse özel bir fiil ehliyeti olarak kabul edilse bile rıza ehliyeti şahsî statüye bağlanmak zorunda değildir⁹⁹⁷. Zira rıza bir maddî hukuk meselesi olarak ön sorun teşkil etmez ve sözleşme statüsüne tâbidir⁹⁹⁸.

⁹⁹² Gleixner-Eberle, *Die Einwilligung in die medizinische Behandlung Minderjähriger*, 476; Nagel, *Organtransplantation und Internationales Privatrecht*, 84 vd.; Spickhoff, “Die Arzthaftung im Europäischen Internationalen Privat- und Prozessrecht”, 305; Andreas Spickhoff, “Die Einheit des Rechtswidrigkeitsurteils im Zusammenspiel von Internationalem Privat- und Strafrecht”, *Festschrift für Erwin Deutsch zum 80. Geburtstag*, (2009): 910 vd.; von Hoffmann, *içinde*, Staudinger, Art. 40 EGBGB, para. 24; Junker, *içinde*, MüKo-BGB, Art. 40 EGBGB, para. 99 vd.; Verena Trutmann, *Das internationale Privatrecht der Deliktobligationen - in Beitrag zur Auseinandersetzung mit den neueren amerikanischen kollisionsrechtlichen Theorien*, (Basel: Verlag Helbing & Lichtenhahn, 1973), 102 vd.

⁹⁹³ Gleixner-Eberle, *Die Einwilligung in die medizinische Behandlung Minderjähriger*, 476; Junker, *içinde*, MüKo-BGB, Art. 15 Rom II-VO, para. 2; Brödermann/Wegen, *içinde*, Prütting/Wegen/Weinreich, Art. 4 Rom I-VO, para. 8, para. 11.

⁹⁹⁴ Könnig-Feil, *Das internationale Arzthaftungsrecht*, 247 vd.; Ofner, *içinde*, Körtner/Kletecka-Pulker/Kopetzki: *Das österreichische Patientenverfügungsgesetz*, 192 vd.; Elizabeth Nitzinger, *Das Betreuungsrecht im internationalen Privatrecht*, (Frankfurt: Peter Lang, 1999), 77. Bu görüş hakkında detaylı açıklamalar için bkz. Gleixner-Eberle, *Die Einwilligung in die medizinische Behandlung Minderjähriger*, 479 vd.

⁹⁹⁵ Könnig-Feil, *Das internationale Arzthaftungsrecht*, 248 vd.

⁹⁹⁶ Spickhoff, “Die Einheit des Rechtswidrigkeitsurteils im Zusammenspiel von Internationalem Privat- und Strafrecht”, 916; Gleixner-Eberle, *Die Einwilligung in die medizinische Behandlung Minderjähriger*, 483.

⁹⁹⁷ Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 222.

⁹⁹⁸ Mäsch, *içinde*, Bamberger/Roth, BGB, Art. 7 EGBGB, para. 20; Könnig-Feil, *Das internationale Arzthaftungsrecht*, 248; Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 222.

Doktrinde bir diğer görüşe göreyse rıza ehliyeti, fiil ehliyetiyle aynı anlama gelmez⁹⁹⁹. Bu görüşe göre rıza ehliyeti sözleşmenin geçerliliği için bir ön koşul olmadığından rıza ehliyetinin şahsî statüye tâbi olmadığı savunulmaktadır¹⁰⁰⁰. Rıza ehliyetinin tedâvi sözleşmesinde hekimin sözleşmeden doğan bir yükümlülüğü yerine getirmesi için gerekli bir koşul olduğu kabul edilmektedir. Başka bir deyişle rıza ehliyeti hukuka aykırılığı ortadan kaldıran rızayı verebilmenin bir ön koşuludur¹⁰⁰¹. Bu nedenle de rıza ehliyetine uygulanacak hukukun sözleşme statüsü olması gerektiği savunulmaktadır¹⁰⁰². Böyle bir kabul aynı zamanda tüm sözleşmenin yeknesak bir hukuka tâbi olmasını da sağlar¹⁰⁰³. Kanaatimizce de bu görüşe üstünlük tanımak gerekir. Rıza ehliyetinin tespitinde rıza gösteren kişinin fiilin niteliğini ve ağırlığını anlayıp anlamadığı (*Einsichtsfähigkeit*), fiilin kendi hukukî değeri açısından getireceği sonuçları ve taşıdığı riskleri değerlendirip değerlendiremediği (*Urteilsfähigkeit*) ve rıza göstermek konusunda irade oluşturup oluşturamadığı (*Willenfähigkeit*) dikkate alınır¹⁰⁰⁴. Bu saydığımız hâllerin tespiti de sözleşme statüsüne göre yapılır¹⁰⁰⁵.

Rıza konusunda, son olarak Türk hukukunda yer almayan ancak Alman ve İsviçre hukukunda kabul edilen hasta vasiyetine (*Patientenverfügung*) de değinmek gerekir. Hasta vasiyeti, gelecekteki bir durum için hasta tarafından önceden yapılmış bir tasarruftur. Kişi, hasta vasiyeti ile ayırt etme gücünü kaybetmesi hâlinde nasıl tedâvi edilmek istediğini, diğer bir ifadeyle hangi tıbbî tedbirlere rıza gösterdiğini ve bu tedbirlerden hangilerini reddettiğini belirler¹⁰⁰⁶. Hasta vasiyeti hastanın kendi kaderini

⁹⁹⁹ Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 221; Andreas Spickhoff, “Der Stellenwert des Persönlichkeitsschutzes in der Arzt-Patienten-Beziehung”, Festschrift für Gerfried Fischer, (2010): 506 vd.; Wendelstein, *Kollisionsrechtliche Probleme der Telemedizin*, 180 vd.

¹⁰⁰⁰ Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 221. Doktrinde bir görüş ise özellikle tıbbî müdahaleler için söz konusu olan rıza verme ehliyetinin, fiil ehliyetinden çok evlenme veya vasiyet ehliyetine benzediğini ileri sürmektedir. Yazar, rıza verme ehliyetinin, sözleşme statüsünden bağımsız bir mesele şeklinde ele alınmasını ve şahsî statüye göre tespit edilmesi gerektiğini savunur. Bkz. Nordmeier, “Der Behandlungsvertrag im Internationalen Privatrecht”, 517.

¹⁰⁰¹ Gleixner-Eberle, *Die Einwilligung in die medizinische Behandlung Minderjähriger*, 483; Nordmeier, “Der Behandlungsvertrag im Internationalen Privatrecht”, 517.

¹⁰⁰² Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 221; Nordmeier, “Der Behandlungsvertrag im Internationalen Privatrecht”, 519; Gleixner-Eberle, *Die Einwilligung in die medizinische Behandlung Minderjähriger*, 483; Nagel, *Organtransplantation und Internationales Privatrecht*, 101.

¹⁰⁰³ Gleixner-Eberle, *Die Einwilligung in die medizinische Behandlung Minderjähriger*, 483.

¹⁰⁰⁴ Alperen Polat, Sorumluluk Hukukundan Rıza, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019), 107.

¹⁰⁰⁵ Könnig-Feil, *Das internationale Arzthaftungsrecht*, 249; Nagel, *Organtransplantation und Internationales Privatrecht*, 101.

¹⁰⁰⁶ Hülya İmamoğlu, “Hasta Vasiyetine İlişkin Bazı Meseleler”, *AÜHFD*, 65/1 (2016): 202.

tain hakkıyla doğrudan ilgilidir. Hasta vasiyetinin vasıflandırılması noktasında kanunlar ihtilâfı alanında henüz üzerinde mutabakata varılmış bir görüş bulunmamaktadır¹⁰⁰⁷. Hasta vasiyetine uygulanacak hukuk konusunda bir AB düzenlenmesi de yoktur. Alman hukukunda hasta vasiyetinin şekline hukukî işlemlerde şekil konusunu düzenleyen genel hükümlerden hareketle, *lex causae* veya işlemin yapıldığı yer hukukunun uygulanacağı kabul edilmektedir¹⁰⁰⁸.

2.3.5.5. İspat Yüğü

İspat hukukunda *lex fori* ilkesinin uygulanacağı kuralına ispat yüğü¹⁰⁰⁹ ile ilgili bir istisna getirilmektedir. Zira ispat yüküne ilişkin kuralların maddî hukuka ait olduğu kabul edilir¹⁰¹⁰. Örneğin Alman hukukunda BGB § 630h'de tedâvi hatası ve aydınlatma yükümlülüğünün ihlâli hâllerinde ispat yükünün kimde olacağı münhasıran düzenlenmektedir¹⁰¹¹. Bu örnekten de anlaşıldığı üzere, maddî hukuk alanında düzenlendiklerinden, ispat yüküne ilişkin kurallar kanunlar ihtilâfı kurallarının gösterdiği hukuka yani sözleşme statüsüne tâbidirler¹⁰¹². Nitekim Roma I Tüzüğü'nün 18. maddesinde de ispat yüğü ve karinelerin sözleşme statüsüne bir başka deyişle *lex causae*'ye tâbi olacağı düzenlenmektedir. Bununla beraber doktrinde ispat yüğü sübjektif (delil ikame yüğü/ şekli ispat yüğü) ve objektif ispat yüğü (maddî ispat yüğü) olmak üzere bir ayırıma tabi tutulmaktadır¹⁰¹³. Objektif ispat yüğü ile kanunî bir karinenin

¹⁰⁰⁷ Nordmeier, "Der Behandlungsvertrag im Internationalen Privatrecht", 518; Erik Jayme, "Die Patientenverfügung: Erwachsenenschutz und Internationales Privatrecht", *Festschrift für Ulrich Spellenberg*, (2010): 203 vd.

¹⁰⁰⁸ Weinand, 569.

¹⁰⁰⁹ Doktrinde bir görüşe göre, ispat yüğü, belli bir olayın gerçekleşip gerçekleşmediği konusunda vakıa iddiasında bulunan tarafa düşen usûli bir yüküdür. Bkz. Pekcanitez, Özekes, Akkan ve Taş Korkmaz, *Medenî Usul Hukuku, Cilt II*, 1693 vd. Başka bir görüşe göre de, ihtilâflı vakıaların kim tarafından ispat edilmesi gerektiği meselesi ispat yüğü olarak anlaşılmalıdır. Baki Kuru ve Burak Aydın, *Medenî Usul Hukuku*, (Ankara: Yetkin, 2022), 240. İstanbul ispat yüğü ve uygulanacak hukuk hakkında bkz. Doğan, "İspata Uygulanacak Hukuk", 792 vd.; Erdoğan, Yer Bakımından Uygulanma, 214 vd.

¹⁰¹⁰ Doğan, "İspata Uygulanacak Hukuk", 807.

¹⁰¹¹ Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 220; Nordmeier, "Der Behandlungsvertrag im Internationalen Privatrecht", 516; von Hein, *içinde*, Rauscher, EuZPR/EuIPR, para. 7; Spellenberg, *içinde*, MüKo-BGB, Bd. 10, Art. 18 Rom I-VO, para. 14; Doehner, *içinde*, NK-BGB, Bd. 6, Art. 18 Rom I-VO, para. 8.

¹⁰¹² Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 567; Nordmeier, "Der Behandlungsvertrag im Internationalen Privatrecht", 516.

¹⁰¹³ İspatsızlık durumunda hâkimin ispat yüğü kendisine düştüğü hâlde bunu yerine getirememiş olan taraf aleyhine hüküm vermesi *objektif ispat yüğü*; delil ikame yüğü ise *sübjektif ispat yüğü* olarak ifade edilir. Bkz. Pekcanitez, Özekes, Akkan ve Taş Korkmaz, *Medenî Usul Hukuku, Cilt II*, 1695; Kuru ve Aydın, 240 vd. Doktrinde sübjektif ispat yüğü de soyut ve somut delil ikame yüğü olarak iki alt başlık

mevcûdiyeti hususları sözleşme statüsünün kapsamındadır¹⁰¹⁴. İctihatlar ile geliştirilmiş olsa dahi ispat yüküne ilişkin kurallar maddî hukuk kapsamında değerlendirilir. Örneğin tedâvi sözleşmesi kapsamında aydınlatma yükümlülüğü konusunda ispat yükü meselesi¹⁰¹⁵, sözleşme statüsüne göre tespit edilir¹⁰¹⁶.

2.4. Uyuşmazlığın Haksız Fiilden Doğması Hâlinde Uygulanacak Hukukun Tespiti

2.4.1. Genel Olarak

Çalışmamızın ilk bölümünde yer verdiğimiz üzere hekim ile hasta arasında bir tedâvi sözleşmesi bulunsa dahi hekimin haksız fiil sorumluluğu da gündeme gelebilir¹⁰¹⁷. Zira hekim tıbbî müdahaleyi gerçekleştirirken hastanın vücut bütünlüğüne yönelik birtakım işlemlerde bulunur.

Hekimin sözleşmeye aykırı her türlü davranışı aynı zamanda haksız fiildir. Hem haksız fiil hem de sözleşmeye aykırılık teşkil eden bir uyuşmazlığın varlığı hâlinde sorumluluk sebeplerinin yarışmasından bahsedilir. Hasta taleplerini sözleşme sorumluluğuna dayandırabileceği gibi haksız fiil sorumluluğuna da dayandırabilir¹⁰¹⁸. Bir başka deyişle hastanın sözleşme sorumluluğuna dayanabiliyor olması onun haksız fiil sorumluluğuna başvurmasına bir engel teşkil etmez¹⁰¹⁹.

altında incelenmekte ve soyut delil ikame yüküne *lex causae*'nin; somut delil ikame yüküne ise *lex fori*'nin uygulanmasının yerinde olacağı kabul edilmektedir. Bkz. Erdoğan, *Medenî Usûl Hukuku Kurallarının Yer Bakımından Uygulanması*, 237.

¹⁰¹⁴ Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 220; Nordmeier, “Der Behandlungsvertrag im Internationalen Privatrecht”, 516; Erdoğan, *Medenî Usûl Hukuku Kurallarının Yer Bakımından Uygulanması*, 231.

¹⁰¹⁵ Hem Türk hem de Alman doktrinde ve mahkeme içtihatlarında, hastanın hekim karşısındaki zayıf ve korumasız konumu sebebiyle, aydınlatmanın yapıldığına ilişkin ispat yükünün hekimde olduğu kabul edilmektedir. Bkz. Ayan, *Tıbbî Müdahalelerden Doğan Sorumluluk*, 243; Pelin Çavdar, “Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, 22/3 (2016): 759 vd.

¹⁰¹⁶ Nordmeier, “Der Behandlungsvertrag im Internationalen Privatrecht”, 516.

¹⁰¹⁷ Bkz. Birinci Bölüm, 1.9. Sağlık Turizmi Kapsamında Haksız Fiil.

¹⁰¹⁸ Uyanık Çavuşoğlu, “Sınır Ötesi Sağlık Hizmeti ve Hukuk”, 75. Türk hukukunda, TBK m. 60’a göre; “Bir kişinin sorumluluğu, birden çok sebebe dayandırılabilir hâkim, zarar gören aksini istemiş olmadıkça veya kanunda aksi öngörülmedikçe, zarar görene en iyi giderim olanağı sağlayan sorumluluk sebebine göre karar verir.” hükmü yer alır. Maddî hukukta sözleşme sorumluluğuna dayanmanın, ispat yükü ve zamanaşımı açısından kişinin lehine olduğu kabul edilmektedir. Bkz. Emsalgül Doğan, “TBK m. 60’ın “Tura Novit Curia” İlkesi Bakımından Değerlendirilmesi”, *Adalet Dergisi*, 70/1 (2023): 313.

¹⁰¹⁹ Krockner, “Medizintourismus im Internationalen Privat- und Zivilverfahrensrecht”, 252.

Maddî hukukta ortaya çıkan akdî ve haksız fiilden kaynaklanan tıbbî sorumluluk ikiliği, kanunlar ihtilâfı alanı için de geçerlidir¹⁰²⁰. Bu sebeple hem sözleşme hem de haksız fiil sorumluluğunun bir arada bulunduğu bu ihtimalde, davacı talebini hangi sorumluluk türüne dayandırıyor o sorumluluğa göre uygulanacak hukuk tayin edilir. Şu hâlde, sözleşme ilişkisinin varlığına rağmen hastanın seçimlik hakkını kullanarak talebini haksız fiile dayandırması hâlinde uygulanacak hukuk MÖHUK'ta haksız fiili düzenleyen hükme göre tespit edilir.

Haksız fiilden doğan taleplere uygulanacak hukuku gösteren genel kanunlar ihtilâfı kuralı MÖHUK m. 34'tür¹⁰²¹. AB hukukunda ise Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Roma Tüzüğü¹⁰²² (Roma II Tüzüğü) haksız fiilden doğan taleplere uygulanacak hukuku düzenler ve 4. maddesinde haksız fiillere ilişkin genel kanunlar ihtilâfı kuralına yer verir¹⁰²³. Çalışmamızda, sağlık turizminde haksız fiilden doğan uyuşmazlıklara uygulanacak hukuk, MÖHUK düzenlemeleri ekseninde ele alınırken Roma II Tüzüğü'ne de karşılaştırmalı hukuktaki durumu ortaya koyabilmek adına sıklıkla değinilmiştir¹⁰²⁴.

¹⁰²⁰ Gleixner-Eberle, *Die Einwilligung in die medizinische Behandlung Minderjähriger*, 461; Jürgen F. Hoppe, "Telemedizin und internationale Arzthaftung", *MedR*, (1998): 464; Wagner, *Einflüsse der Dienstleistungsfreiheit auf das nationale und internationale Arzthaftungsrecht*, 103; Prütting, "Gerichtsstand- und Rechtswahl in der Europäischen Arzthaftung", 46; Prütting, "Die europäische Arzthaftung im Prozess", 166; Spickhoff, *içinde*, Bamberger/Roth, BGB, Art. 4 Rom II-VO, para. 4.

¹⁰²¹ Genel kanunlar ihtilâfı kuralı, bir sözleşmeden kaynaklanmayan herhangi bir zarar sorumluluğuna yol açan haksız fiilleri kapsar. Bkz. Junker, *içinde*, MüKo-BGB, Bd. 10, Art. 4 Rom II-VO, para. 14; Lehmann, *içinde*, NK-BGB, Bd. 6, Art. 4 Rom II-VO, para. 41.

¹⁰²² 11 Temmuz 2007 Tarihli Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Roma Tüzüğü-Regulation (EC) No 864/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the law applicable to non-contractual obligations (Rome II), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/ALL/?uri=CELEX%3A32007R0864> (E.T. 21.07.2022)

¹⁰²³ Roma II Tüzüğü'nün düzenlenme amacı, haksız fiil, sebepsiz zenginleşme, vekâletsiz iş görme ve sözleşme müzakereleri sırasındaki kusur (*culpa in contrahendo*) gibi akit dışı borç ilişkilerini içeren kanunlar ihtilâfı kurallarını uyumlaştırmaktır.

¹⁰²⁴ MÖHUK'un 2. maddesinde "Uygulanacak yabancı hukukun kanunlar ihtilâfı kurallarının başka bir hukuku yetkili kılması, sadece kişinin hukuku ve aile hukukuna ilişkin ihtilâflarda dikkate alınır ve bu hukukun maddî hukuk hükümleri uygulanır." hükmü yer almaktadır. Bu hükümden de anlaşılacağı üzere haksız fiil hukuku alanında atıf dikkate alınmaz. Roma II Tüzüğü m. 24'te de "Bu Tüzükte aksi öngörülmedikçe Tüzük tarafından uygulanmak üzere gösterilen ülke hukuku, o ülkenin milletlerarası özel hukuk kuralları dışında yürürlükte bulunan hukuk kurallarını ifade etmektedir" şeklinde benzer bir düzenleme vardır. Başka bir deyişle, haksız fiile uygulanacak hukukun tespitinde devam eden ve iade eden atıf hariç tutulmaktadır ve uygulanmak üzere gösterilen ülkenin maddî hukuk hükümleri uygulanır. Bkz. Wienand, "Behandlung von Patienten aus dem Ausland", 561; Junker, *içinde*, MüKo-BGB, Bd. 10, Art. 24 Rom-II-VO para. 1.

2.4.2. Objektif Bağlama Kuralı Uyarınca Uygulanacak Hukuk

2.4.2.1. Zarara Neden Olan Fiilin İşlendiği Yer ve Zararın Meydana Geldiği Yer

Kanunlar ihtilâfı alanında genel kabul gören kurala göre haksız fiile haksız fiilin ika yeri hukuku¹⁰²⁵ (*lex loci delicti commissi*) uygulanır. Ancak zarara yol açan olayın meydana geldiği yer zararın meydana geldiği yerden farklı ise, zarar yeri hukukunun (*lex loci damni*) uygulanması gerekir¹⁰²⁶.

MÖHUK m. 34/1 hükmü “*Haksız fiilden doğan borçlar haksız fiilin işlendiği ülke hukukuna tâbidir*” şeklindedir. Türk hukukunda özellikle MÖHUK m. 34/2 ve m. 34/3 düzenlemeleri karşısında fiilin işlendiği yer kuralının eski önemi kalmadığı savunulmaktadır. MÖHUK m. 34/2’ye göre, “*Haksız fiilin işlendiği yer ile zararın meydana geldiği yerin farklı ülkelerde olması hâlinde, zararın meydana geldiği ülke hukuku uygulanır.*” Bu düzenlemeyle haksız fiilin meydana geldiği yer hukukundan başka ikinci bir bağlama noktası olarak zarar yeri hukukunun uygulanması kabul edilmiştir¹⁰²⁷. Görüldüğü üzere, Türk hukukunda, haksız fiilin işlendiği yer hukuku birinci derecede haksız fiil statüsüdür. Ancak haksız fiilin işlendiği yer ile zararın meydana geldiği yerin farklılaşması hâlinde uygulanacak hukuk zarar yeri hukuku olmaktadır¹⁰²⁸.

Zararın meydana geldiği yer, zararın meydana geldiği anda hakkın konusu olan ve eksilen malvarlığıyla kişilik hakkının bulunduğu yerdir¹⁰²⁹. Bir başka deyişle zarar yeri, maddî ve fiilî zararın ortaya çıktığı, hakkın konusunun bulunduğu yerdir. Zarar kavramından ne anlaşılması gerektiği ise *lex fori*’ye göre tespit edilir¹⁰³⁰. Doktrinde zarar yerinin

¹⁰²⁵ Haksız fiilin ika yerinden ne anlaşılması gerektiği Türk doktrininde tartışmalıdır. Bir görüşe göre haksız fiilin ika yeri haksız fiilin işlendiği yerdir. Bkz. Nomer, *Devletler Hususi Hukuku*, 363; Sibel Özel, “Haksız Fiillere Uygulanacak Hukukun “Daha Sıkı İlişkili Hukuk” Temelinde Belirlenmesi”, *MHB*, 41/2 (2021): 487; Ali Önal, *Haksız Fiillere Uygulanacak Hukuka Dair Genel Kural*, (Ankara: Yetkin, 2021), 294. Diğer görüş ise haksız fiilin ika yerinin maddenin her iki fıkrasını, başka bir deyişle zarar yerini de kapsadığı yönündedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Turgut Turhan, *Haksız Fiilden Doğan Kanunlar İhtilafı Alanında İka Yeri ve Kuralı*, (Ankara: Dayınlarlı Yayıncılık, 1989), 151 vd.

¹⁰²⁶ Haksız fiile uygulanacak hukukun tespiti meselesinin tarihî gelişimi hakkında bkz. Özel, “Haksız Fiillere Uygulanacak Hukuk”, 486 vd.

¹⁰²⁷ Doktrinde MÖHUK 34/1’de belirlenen fiilin işlendiği yer kuralının haksız fiilin ika yeri kuralı (*lex loci delicti*) olduğu kabul edilmektedir. Bkz. Özel, “Haksız Fiillere Uygulanacak Hukuk”, 489.

¹⁰²⁸ Özel, “Haksız Fiillere Uygulanacak Hukuk”, 489; Tarman, “Roma II Tüzüğü”, 198.

¹⁰²⁹ Önal, *Haksız Fiillere Uygulanacak Hukuk*, 317.

¹⁰³⁰ Özel, “Haksız Fiillere Uygulanacak Hukuk”, 490 vd.

tespitinde dolaylı zararın meydana geldiği yerin bir rol oynamayacağı kabul edilmektedir¹⁰³¹. Dolayısıyla belirleyici olan doğrudan zararın meydana geldiği yer, başka bir deyişle, hukukî menfaatin ihlâl edildiği yerdir.¹⁰³² Kişilerin uğradığı zararlarda zarar yeri, zarara maruz kalınan ülkedir¹⁰³³.

Türk hukukunun aksine, Roma II Tüzüğü'nde haksız fiile uygulanacak hukuku düzenleyen 4. maddede haksız fiilin işlendiği yer (*Handlungsort*) veya zararın meydana geldiği yer (*Erfolgsort*) ayırımına gidilmemiştir. Uygulanacak hukuk olarak zararın ortaya çıktığı yer (*Ort des Schadenseintritts*) hukuku esas alınmıştır¹⁰³⁴. Doktrinde, Tüzük'ün ifade tarzı dil açısından yetersiz görülmekte ve yanlış anlaşılmaya müsait olduğu için eleştirilmektedir¹⁰³⁵. Bu nedenle zararın ortaya çıktığı yerden zarar yerinin anlaşılması gerektiği kabul edilmektedir¹⁰³⁶. Şu hâlde Tüzük'e göre hukuk seçiminin olmadığı durumlarda uygulanacak hukuk, Tüzük m. 4/1'e göre zararın meydana geldiği yer hukukudur.

MÖHUK'ta haksız fiilin işlendiği yer ve zarar yeri hukukunu bağlama noktası olarak düzenleyen genel kanunlar ihtilâfı kuralı, haksız fiilden kaynaklanan bir talebin olduğu her durumda geçerlidir.

Tıbbî müdahale nedeniyle açılan tazminat davalarında fiilin işlendiği yer ve zarar yerinin nasıl tespit edileceği sorusu sağlık turizmi açısından önem arz eder. Sağlık hizmeti açısından düşünüldüğünde tıbbî müdahalede bulunulan yer, fiilin işlendiği yerdir. Doktrinde zararın çoğunlukla tedâvinin gerçekleştiği ülkede meydana geldiği kabul edilmektedir¹⁰³⁷. Zira zarar, tedâvi sonucunda hastalık ya da rahatsızlık gibi bedenî bir

¹⁰³¹ Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 230; Junker, *içinde*, MüKo-BGB, Bd. 10, Art. 4 Rom II-VO, para. 18; Unberath ve Cziupka, *içinde*, Rauscher, EuZPR/EuIPR, Bd. 3, Art. 4 Rom II-VO, para. 38; Lehmann, *içinde*, NK-BGB, Bd. 6, Art. 4 Rom II-VO, para. 79; Özel, “Haksız Fiillere Uygulanacak Hukuk”, 491 vd.; Tarman, “Roma II Tüzüğü”, 199.

¹⁰³² Junker, *içinde*, MüKo-BGB, Bd. 10, Art. 4 Rom-II-VO para. 18; Katzenmeier, Kurz ve Jansen, “Rechtsfragen des Medizintourismus”, 1050.

¹⁰³³ Zarar yerinin lokalizasyonu hakkında bkz. Özel, “Haksız Fiillere Uygulanacak Hukuk”, 494 vd.

¹⁰³⁴ Wienand, “Behandlung von Patienten aus dem Ausland”, 561; Katzenmeier, Kurz ve Jansen, “Rechtsfragen des Medizintourismus”, 1050; Junker, *içinde*, MüKo-BGB, Bd. 10, Art. 4 Rom-II-VO para. 18.

¹⁰³⁵ Rohe, 437.

¹⁰³⁶ Krockner, “Medizintourismus im Internationalen Privat- und Zivilverfahrensrecht”, 252; Fischer, “Internationalen Arzthaftungsrechts”, 714; Katzenmeier, Kurz ve Jansen, “Rechtsfragen des Medizintourismus”, 1050; Rohe, 437.

¹⁰³⁷ Katzenmeier, Kurz ve Jansen, “Rechtsfragen des Medizintourismus”, 1050.

zararın oluşumudur. Hasta kendi ülkesine döndükten sonra çektiği acılar ve gördüğü tedâviler zarar değil, zararın sonuçlarıdır¹⁰³⁸. Şu hâlde uygulanacak hukuk, fiilin işlendiği yer ile zarar yeri farklılaşmadığından 34. maddenin ilk fıkrasına göre belirlenir. Ancak zararın tamamıyla hasta kendi ülkesine döndükten sonra ortaya çıkması da mümkündür¹⁰³⁹. Bu ihtimalde ise fiilin işlendiği yer ile zarar yeri artık aynı değildir. Bu nedenle uygulanacak hukuk 34. maddenin ikinci fıkrasına göre tespit edilir.

2.4.2.2. Daha Sıkı İlişkili Hukuk

MÖHUK m. 34/3'te "*Haksız fiilden doğan borç ilişkisinin başka bir ülke ile daha sıkı ilişkili olması hâlinde bu ülke hukuku uygulanır*" hükmü yer almaktadır. Roma II Tüzüğü'nün 4. maddesine göreyse, hâlin bütün şartlarından zarar yeri ve müşterek mutad mesken hukukundan başka bir hukuk, haksız fiil ilişkisiyle açıkça daha yakın bağlantı hâlinde ise bu hukuk uygulanır.

Kanun koyucu tarafından öngörülen bağlama kuralları her zaman gerçekten somut olayla en sıkı ilişkili hukuku işaret etmeyebilir. Böyle bir durumun meydana gelmesi hâlinde hâkime en sıkı irtibatlı hukuku uygulama konusunda takdir yetkisi tanınmıştır. Hâkim, taraf menfaati ve milletlerarası özel hukuk hakkaniyeti çerçevesinde taraflarla en sıkı ilişkiyi haiz olan hukuku tespit edebilir¹⁰⁴⁰. Daha sıkı ilişkili hukukun devreye girmesiyle haksız fiilin işlendiği yer veya zarar yeri hukukunun tesadüfî ve ilişkiyle uzak olmasından kaynaklanan sakıncalar bertaraf edilebilir¹⁰⁴¹. Daha sıkı ilişkili hukukun uygulanmasına imkân tanıyan hüküm doktrinde "*kaçış klozu*" olarak adlandırılmaktadır¹⁰⁴². Doktrinde, istisna olması nedeniyle daha sıkı ilişkili hukukun uygulanmasına imkan veren hükmün dar yorumlanması gerektiği savunulmaktadır¹⁰⁴³. Haksız fiil ilişkisinin sıkı irtibatlı hukuka bağlanmasıyla, haksız fiilin işlendiği yerin ya da zarar yerinin tesadüfî,

¹⁰³⁸ Özel, "Haksız Fiillere Uygulanacak Hukuk", 495 vd.

¹⁰³⁹ Deutsch, "Das Internationale Privatrecht des Medizinwesens", 579; Katzenmeier, Kurz ve Jansen, "Rechtsfragen des Medizintourismus", 1050.

¹⁰⁴⁰ Önal, *Haksız Fiillere Uygulanacak Hukuk*, 322 vd.

¹⁰⁴¹ Özel, "Haksız Fiillere Uygulanacak Hukuk", 488.

¹⁰⁴² Özel, "Haksız Fiillere Uygulanacak Hukuk", 488.

¹⁰⁴³ Wienand, "Behandlung von Patienten aus dem Ausland", 561; Junker, *içinde*, MüKo-BGB, Bd. 10, Art. 4 Rom-II-VO para. 46; Tarman, "Roma II Tüzüğü", 202.

öngörülemez ve ilişkiyle uzak olduğu durumlarda milletlerarası özel hukuk hakkaniyeti sağlanmış olur¹⁰⁴⁴.

MÖHUK m. 34/3'te sadece daha sıkı ilişkili hukukun uygulanacağına yer verilmiş, somut olayda daha sıkı ilişkinin nasıl tespit edileceği ise hâkime bırakılmıştır. Tüzükte ise daha sıkı ilişkili hukuk düzenlenirken temelde yer alan hukukî ilişkiye dair bir düzenlemeye yer verilmiştir. Buna göre taraflar arasında daha önceden kurulmuş ve haksız fiil ilişkisiyle yakın bağlantılı bir hukukî ilişkinin varlığı, daha sıkı ilişkinin tespitinde dikkate alınır ve sıkı ilişkinin bulunduğu ülkenin hukuku uygulanır¹⁰⁴⁵. Fer'i bağlanma (*akzesorische Anknüpfung-accessory/secondary connection*) olarak adlandırılan bu usûlle bir statü, diğerinin fer'i bir parçası hâline getirilir. Tüzük'te taraflar arasındaki hukukî ilişkiye örnek olarak sözleşmeden bahsedilmektedir. Türk doktrininde de sözleşme ilişkisinin haksız fiille irtibatlı olması, yakın bağlantı için yeterli görülmekte ve sözleşmeye uygulanacak hukukun haksız fiil ilişkisine de uygulanması kabul edilmektedir¹⁰⁴⁶. Sağlık turizminde tedâvi sözleşmesinin varlığının önemi nedeniyle konuyu ayrı bir başlık altında incelemenin faydalı olduğu kanaatindeyiz.

2.4.2.2.1. Tedâvi Sözleşmesine Uygulanacak Hukuka Fer'i Bağlanma

Kanunlar ihtilâfi teorisine göre, kural olarak sözleşmeden doğan uyumsuzlukların sözleşme statüsüne, haksız fiilden doğan uyumsuzlukların haksız fiil statüsüne göre idare edilmesi gerekir¹⁰⁴⁷. Ancak haksız fiil, aynı zamanda taraflar arasında mevcut başka hukukî bir ilişkinin de ihlâli niteliği taşıyabilir. Fer'i bağlanma usûlü uyarınca taraflar arasında hâlihazırda mevcut bir ilişki varsa, haksız fiil statüsünün söz konusu diğer hukukî ilişkiyi idare eden hukuka bağlanması kabul edilmektedir. Fer'i bağlanma usûlünde, bir hukukî ilişki, taraflar arasında hâlihazırda mevcut bir başka hukukî ilişki için uygulanacak hukuka bağlanmaktadır. Böylece talep haklarının yarışması ve farklı

¹⁰⁴⁴ Özel, “Haksız Fiillere Uygulanacak Hukuk”, 499.

¹⁰⁴⁵ Katzenmeier, Kurz ve Jansen, “Rechtsfragen des Medizintourismus”, 1050; Unberath ve Cziupka, *içinde*, Rauscher, EuZPR/EuIPR, Bd. 3, Art. 4 Rom II-VO, para. 83.

¹⁰⁴⁶ Özel, “Haksız Fiillere Uygulanacak Hukuk”, 507; Tekinalp, *Bağlama Kuralları*, 364; Nomer, *Devletler Hususî Hukuku*, 364.

¹⁰⁴⁷ Onur Can Saatcıoğlu, “Haksız Fiilden Doğan Talep Haklarına Uygulanacak Hukukun Tespitinde “Fer'i Bağlanma” Yöntemi”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 25/1 (2021): 212.

vasıflandırma ihtimâlleri nedeniyle gündeme gelebilecek birtakım sorunların önüne geçilmesi mümkündür¹⁰⁴⁸. Fer'i bağlanma usûlü, ayrıca tarafların haklı beklentilerine de uygundur ve sorumlunun ve zarar görenin menfaatlerinin kural olarak aynı hukuka göre değerlendirilmesine olanak sağlar. Örneğin sözleşmeden doğan tazminat talebiyle haksız fiilden doğan tazminat talebi hakkının aynı hukuk düzeni içinde yeknesak şekilde değerlendirilebilir. Fer'i bağlanma, mahkemenin yükünü de hafifletir¹⁰⁴⁹.

Gerek MÖHUK m. 24'e göre gerekse m. 26'ya göre tespit edilen sözleşme statüsü, sadece sözleşmeden doğan talepler açısından değil, sağlık turistinin talebinin haksız fiile dayanması durumunda karşı tarafın sorumluluğu hakkında daha sıkı ilişkili hukuk olarak uygulama alanı bulabilir. Daha önce ifade edildiği gibi Tüzük'te bir başka ülkeyle daha sıkı bir irtibatın, özellikle, taraflar arasında önceden beri süregelen ve söz konusu haksız fiille bağlantılı hukukî ilişkiden kaynaklanabileceği düzenlenmiştir¹⁰⁵⁰. Daha sıkı ilişkili hukuka örnek olarak Tüzük m. 4/3 c. 2'de taraflar arasında mevcut bir sözleşme ilişkisi gösterilmiş ve bu sözleşmeye fer'i bağlanma açık şekilde vurgulanmıştır. Tüzük m. 4/3 hükmünde fer'i bağlanma usûlü, daha sıkı ilişkili hukuk istisnasının uygulanması bağlamında bir örnek olarak düzenlenmiştir. MÖHUK'ta daha sıkı ilişkili hukukun tespitinde taraflar arasındaki mevcut ilişkinin dikkate alınacağına açıkça yer verilmemiştir. Bununla beraber kanaatimizce sağlık turizminde taraflar arasında çoğunlukla bir tedâvi sözleşmesi de bulunacağından bu sözleşmeye fer'i bağlanılıp bağlanılamayacağının değerlendirilmesi önemlidir.

Doktrinde, bir örnek olarak kaleme alınmasına rağmen, haksız fiil bir sözleşmeyle yakın bir bağlantı içindeyse, başka gerekçelendirme aranmadan sözleşme statüsüne fer'i bağlanmanın gerektiği kabul edilmektedir¹⁰⁵¹. Zira fer'i bağlanmanın hem hasta hem de

¹⁰⁴⁸ Jan von Hein, "Englischsprachige Kommentierung der Artikel 4, 7, 14, 16, 17 und 26 der Rom II-Verordnung über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anwendbare Recht". Ed. Galf-Peter Calliess, Rome Regulations-Commentary on the European Rules of the Conflict of Laws, (Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, (2011): 425.

¹⁰⁴⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Saatcıoğlu, "Fer'i Bağlanma Yöntemi", 212 vd.

¹⁰⁵⁰ Bkz. İkinci Bölüm, 2.4.2.2. Daha Sıkı İlişkili Hukuk

¹⁰⁵¹ Spickhoff, *içinde*, Bamberger/Roth, BGB, Art. 4 Rom II-VO, para. 13; Unberath ve Cziupka, *içinde*, Rauscher, EuZPR/EuIPR, Bd. 3, Art. 4 Rom II-VO, para. 91; Thorn, *içinde*, Palandt, BGB, Art. 4 Rom II-VO, para. 11.

hekimin çıkarları arasında özellikle tarafsız ve âdil bir denge kurduğu kabul edilir¹⁰⁵². Sözleşmeye fer'i bağlanmadan vazgeçilecekse, uluslararası hukukî işlemlerde hukukî kesinlik ve öngörülebilirliğin önemi göz önüne alınarak, bu vazgeçmenin nedeni özellikle gerekçelendirilmelidir¹⁰⁵³. Bununla birlikte, elbette münferit durumlarda, özellikle başka bir devletle açıkça daha yakın bir ilişki söz konusuysa, sözleşmeye fer'i bağlanmadan ferâgat edilmesi mümkündür¹⁰⁵⁴. Ayrıca sözleşme statüsüyle sıkı ilişkinin yokluğu hâlinde de fer'i bağlanma yoluna başvurulmamalıdır¹⁰⁵⁵. Örneğin hukuk seçimi hâlinde hukuku seçilen ülkeyle haksız fiil arasında o ülkenin hukukunun uygulanmasını gerektirecek kadar sıkı bir ilişki bulunmayabilir.

Bu açıklamalar doğrultusunda kanaatimizce, haksız fiille sözleşme ilişkisinin sıkı irtibat içerisinde bulunduğu hâllerde sözleşme statüsüne fer'i bağlanması gerekir. Sağlık turisti ve hekim veya hastane işletmecisi arasında bir sözleşme bulunduğu sürece, daha sıkı ilişkili hukuk olarak sözleşme statüsünün uygulanması gerekir¹⁰⁵⁶. Zira hatalı tıbbî müdahale ve aydınlatma yükümlülüğünün ihlâli genellikle tedâvi ilişkisinden kaynaklanan sözleşme yükümlülüklerinin ihlâli anlamına da geldiğinden söz konusu haksız fiilin bu sözleşmeyle yakın bir irtibatı bulunur. Bu nedenle de sözleşme statüsüne fer'i bağlanması gerekir¹⁰⁵⁷. Tedâvinin uygulanması esnasında örneğin, hastanın rızası

¹⁰⁵² Thomas Kadner Graziano, "Das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anwendbare Recht nach Inkrafttreten der Rom II-Verordnung", *RabelsZ*, (2009): 13.

¹⁰⁵³ Spickhoff, *içinde*, Bamberger/Roth, BGB, Art. 4 Rom II-VO, para. 13.

¹⁰⁵⁴ Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 232; Helmut Heiss ve Leander D. Loacker, "Die Vergemeinschaftung des Kollisionsrechts der außervertraglichen Schuldverhältnisse durch Rom II", *JBl*, (2007): 626 vd.

¹⁰⁵⁵ Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 232; Stefan Leible ve Matthias Lehmann, "Die neue EG-Verordnung über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht („Rom II“)", *RIW*, (2007): 726; Unberath ve Cziupka, *içinde*, Rauscher, EuZPR/EuIPR, Bd. 3, Art. 4 Rom II-VO, para. 82; Dickinson, Rome II Regulation, para. 85.

¹⁰⁵⁶ Nordmeier, "Der Behandlungsvertrag im Internationalen Privatrecht", 51; Saatcıoğlu, "Fer'i Bağlanma Yöntemi", 230.

¹⁰⁵⁷ Deutsch, "Das Internationale Privatrecht des Medizinwesens", 578; Deutsch, "Internationales Haftungsrecht, insbesondere im Medizinrecht", 29; Prütting, "Gerichtsstand- und Rechtswahl in der Europäischen Arzthaftung", 49 vd.; Unberath ve Cziupka, *içinde*, Rauscher, EuZPR/EuIPR, Bd. 3, Art. 4 Rom II-VO, para. 93; Thorn, *içinde*, Palandt, BGB, Art. 4 Rom II-VO, para. 11; Andreas Spickhoff, "Die Entwicklung des Arztrechts", *NJW*, (2008): 1637; Krockner, "Medizintourismus im Internationalen Privat- und Zivilverfahrensrecht", 251; von Domarus, *Internationales Arzthaftungsrecht*, 90 vd.; Hoppe, "Telemedizin und internationale Arzthaftung", 466 vd.; Stumpf, "Die Möglichkeit der Rechtswahl im internationalen Arzthaftungsrecht", 550; Wagner, *Einflüsse der Dienstleistungsfreiheit auf das nationale und internationale Arzthaftungsrecht*, 212 vd.; Nagel, *Organtransplantation und Internationales Privatrecht*, 180; Muschner, "Haftungsrechtliche Besonderheiten bei der Aufklärung ausländischer Patienten", 40; Mansel, Kollisionsrechtliche

alınmadan tıbbî müdahalede bulunulması gibi hukuka aykırılığın bulunması durumunda haksız fiille sözleşme arasında yakın bir ilişki bulunur¹⁰⁵⁸. Bu sebeple haksız fiile uygulanacak hukuk konumuz açısından pek çok durumda sözleşmeye uygulanacak hukuk tarafından belirlenir¹⁰⁵⁹. Sözleşme statüsüne fer'i bağlanmasıyla hem sözleşmeye hem de haksız fiile uygulanacak hukuk arasında bir uyum sağlanmış, iki statü arasındaki uyumsuzluk giderilmiş olur¹⁰⁶⁰.

Doktrinde konu sözleşme statüsünün objektif olarak belirlendiği hâl ve hukuk seçiminin söz konusu olduğu hâl açısından ayrı ayrı ele alınmıştır.

2.4.2.2.1.1. Objektif Bağlama Noktasına Göre Tespit Edilen Hukuka Fer'i Bağlanma

Sağlık turizmi ilişkisinde sözleşme statüsüne fer'i bağlanılmasına gerek olmaksızın, pek çok durumda sözleşme statüsüyle haksız fiil statüsünün zaten kesiştiği söylenebilir¹⁰⁶¹. Zira uygulanacak hukukun MÖHUK m. 26'ya göre değil de m. 24'e göre tespit edildiği durumda çoğu zaman, hekimin işyerinin bulunduğu yer aynı zamanda tedâvinin gerçekleştirildiği (haksız fiilin işlendiği) ve zararın meydana geldiği yerdir. Eğer tedâvi yeri, hekimin işyeri hukukundan farklı bir yere bu durumda, daha evvel yer verdiğimiz üzere, tedâvi yeri hukuku sözleşmeyle daha sıkı ilişkili hukuk olarak da karşımıza çıkabilir¹⁰⁶². Bu ihtimâlde de sözleşme statüsüyle haksız fiil statüsünün kesiştiği söylenebilir¹⁰⁶³. Sonuç itibarıyla sözleşme statüsüyle haksız fiil statüsünün kesiştiği durumlarda haksız fiil açısından daha sıkı ilişkili hukuk değerlendirmesi yapmaya gerek yoktur.

Bemerkungen zum Arzthaftungsprozess, 53 vd.; Schädlich, *Grenzüberschreitende Telemedizin-Anwendungen*, 160; Fischer, "Internationalen Arzthaftungsrechts", 714.

¹⁰⁵⁸ Spickhoff, *içinde*, Spickhoff, *Medizinrecht*, IPR, para. 17.

¹⁰⁵⁹ Wienand, "Behandlung von Patienten aus dem Ausland", 561.

¹⁰⁶⁰ Wendelstein, *Kollisionsrechtliche Probleme der Telemedizin*, 194.

¹⁰⁶¹ Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 235; Mansel, "Kollisionsrechtliche Bemerkungen zum Arzthaftungsprozess", 52 vd.; Prütting, "Gerichtsstand- und Rechtswahl in der Europäischen Arzthaftung", 48; Schwenzfeier, *Die kollisionsrechtliche Anknüpfung des Behandlungsverhältnisses*, 260.

¹⁰⁶² Bkz. İkinci Bölüm, 2.3.3.3.3.1. Tedâvinin Gerçekleştiği Ülke Hukuku.

¹⁰⁶³ Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 235.

Tedâvi sözleşmesinin tüketici sözleşmesi olarak nitelendirildiği durumlarda sözleşmeye fer'i bağlanılıp bağlanılamayacağı meselesi ise doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre, tüketici sözleşmesine uygulanacak hukuk eğer tüketicinin mutad meskeni hukuku değilse tüketicinin dezavantaja neden olacağından sözleşmeye fer'i bağlanmadan mutlaka kaçınılmalıdır¹⁰⁶⁴. Tüketici sözleşmesine uygulanacak hukukun tüketicinin mutad meskeni hukuku olmadığı hâle örnek olarak, sözleşmenin iç hukuk anlamında tüketici sözleşmesi şeklinde nitelendirilebiliyorken MÖHUK m. 26'da aranan şartları sağlamadığı için uygulanacak hukukun 26. maddeye göre tespit edilemediği hâl verilebilir. Fakat bu görüş yine doktrinde kısıtlayıcı olduğu gerekçesiyle eleştirilmiştir¹⁰⁶⁵. Haksız fiille ilişkili bir sözleşmeye fer'i bağlanmanın amacı, sözleşmeden ve haksız fiilden doğan sorumluluğu aynı maddî hukuka tâbi kılmaktır. Haksız fiil aynı zamanda önceden kurulmuş bir sözleşme ilişkisinin ihlâli anlamına geldiğinde sözleşmeye fer'i bağlanılmalıdır¹⁰⁶⁶. Sözleşmeden ve haksız fiilden doğan taleplere farklı ülke hukukları uygulandığında uyumsuzluklar ve çelişkiler ortaya çıkabilir. Oysa sözleşmeye fer'i bağlanmayla iki sorumluluk rejiminin birbiriyle uyumlu olması sağlanabilir¹⁰⁶⁷. Uyumsuzluk ve çelişki özellikle hekimin ve hastanenin tıbbî sorumluluğu gibi karmaşık bir durumun söz konusu olduğu hâlde daha belirgin bir tehlike şeklinde ortaya çıkar. Çünkü tedâvi ilişkisinde, sözleşme uyarınca yerine getirilecek esas hizmet, vücut bütünlüğüne müdahaleyi içerir. Hizmetin özelliği nedeniyle, tedâvi ilişkisinde sözleşmeden doğan bir yükümlülüğün ihlâlinden bağımsız olarak korunan yasal bir menfaat de söz konusudur¹⁰⁶⁸. Bu görüş uyarınca tüketicinin mutad meskeni dışında bir hukuka fer'i bağlanmanın tüketicinin yararına olmayacağı veya onu daha elverişsiz bir duruma sokacağı doğrudan söylenemez. Zira deyim yerindeyse kanunlar ihtilâfı kuralları temelde sonuçlara kördür¹⁰⁶⁹. Bu nedenle zarar yeri hukukunun, sözleşmeye uygulanacak hukuktan daha fazla tüketici lehine olan hükümlere sahip olduğu

¹⁰⁶⁴ Graziano, "Rom II-Verordnung", 24 vd.

¹⁰⁶⁵ Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 233.

¹⁰⁶⁶ Özel, "Haksız Fiillere Uygulanacak Hukuk", 507.

¹⁰⁶⁷ Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 233-234; Unberath ve Cziupka, *içinde*, Rauscher, *EuZPR/EuIPR*, Bd. 3, Art. 4 Rom II-VO, para. 96; Thorn, *içinde*, Palandt, BGB, Art. 4 Rom II-VO, para. 11; Mansel, "Kollisionsrechtliche Bemerkungen zum Arzthaftungsprozess", 53; Könnig-Feil, *Das internationale Arzthaftungsrecht*, 276 vd.

¹⁰⁶⁸ Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 234; Könnig-Feil, *Das internationale Arzthaftungsrecht*, 289.

¹⁰⁶⁹ Kropholler, *Internationales Privatrecht*, 25; Rauscher, *Internationales Privatrecht*, para. 46.

her durumda doğrudan söylenemez. Kaldı ki hem sözleşmeden hem de haksız fiilden doğan sorumluluğun tek bir hukuka göre değerlendirilmesi, çok daha masraflı olan çeşitli hukuk düzenlerinin içeriğinin belirlenmesini ortadan kaldırır. Dolayısıyla fer'i bağlanma karar verme hızı üzerinde olumlu bir etkiye sahip olabilir¹⁰⁷⁰. Ayrıca tedâvi sözleşmesine fer'i bağlanması çoğu zaman tarafların beklentilerini de karşılar¹⁰⁷¹.

2.4.2.2.1.2. Sübjektif Bağlama Noktasına Göre Tespit Edilen Hukuka Fer'i Bağlanma

Haksız fiilde hukuk seçimine sadece haksız fiilin meydana gelmesinden sonra izin verilir¹⁰⁷². Hukuk seçimi yoluyla tespit edilen sözleşme statüsüne fer'i bağlanmanın, haksız fiilde sadece sonradan yapılan hukuk seçimine izin veren hükmün dolanılması anlamına geldiği ileri sürülmektedir¹⁰⁷³. Bu görüş uyarınca, haksız fiilde önceden yapılan hukuk seçimine izin verilmediğinden, hukuk seçimine izin veren sözleşme statüsüne fer'i bağlanılmamalıdır¹⁰⁷⁴. Buna karşın doktrinde bu görüş eleştirilmektedir. *Reisewitz*'e göre daha sıkı ilişkili hukuk olarak sözleşme statüsüne fer'i bağlanmaya yer verilirken bununla objektif ya da sübjektif statü arasında bir ayırım yapılmamıştır. Ayrıca tıpkı objektif bağlama noktasına göre tespit edilen hukuka fer'i bağlanmada olduğu gibi tedâvi sözleşmesine fer'i bağlanması tarafların beklentilerini de karşılar¹⁰⁷⁵. Zira hukuk seçimi yapan hasta ve hekimin bu seçimin tüm sorumluluk hâllerini kapsayacağını varsaydıkları kabul edilebilir¹⁰⁷⁶. Bu nedenle sübjektif bağlama noktasına göre tespit edilen hukuka da fer'i bağlanılabilir. Ancak bu usûlde de örneğin tüketicinin mutad meskeni ülkesinin

¹⁰⁷⁰ Könning-Feil, *Das internationale Arzthaftungsrecht*, 289.

¹⁰⁷¹ Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 234; "Kollisionsrechtliche Bemerkungen zum Arzthaftungsprozess", 54; Könning-Feil, *Das internationale Arzthaftungsrecht*, 289; Prütting, "Gerichtsstand- und Rechtswahl in der Europäischen Arzthaftung", 49; Wagner, *Einflüsse der Dienstleistungsfreiheit auf das nationale und internationale Arzthaftungsrecht*, 212 vd.

¹⁰⁷² Bkz. İkinci Bölüm, 2.4.3.2. Hukuk Seçiminin Yapılabileceği Zaman.

¹⁰⁷³ Graziano, "Rom II-Verordnung", 22 vd.; Wendelstein, *Kollisionsrechtliche Probleme der Telemedizin*, 330.

¹⁰⁷⁴ Sübjektif bağlama noktasına göre tespit edilen hukuka fer'i bağlanma konusunda özellikle tüketici sözleşmeleri açısından doktrinadaki tartışmalar hakkında bkz. Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 235 vd.

¹⁰⁷⁵ Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 234; Mansel, "Kollisionsrechtliche Bemerkungen zum Arzthaftungsprozess", 54; Könning-Feil, *Das internationale Arzthaftungsrecht*, 289; Prütting, "Gerichtsstand- und Rechtswahl in der Europäischen Arzthaftung", 49; Wagner, *Einflüsse der Dienstleistungsfreiheit auf das nationale und internationale Arzthaftungsrecht*, 212 vd.; von Hein, *Rom II-Verordnung*", 429.

¹⁰⁷⁶ Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 239.

emredici hükümlerinin korumasından faydalanmaya devam etmesi gibi hukuk seçimine dair sınırlandırmalar varlığını korur¹⁰⁷⁷. Kanaatimizce Türk hukuku açısından hukuk seçimi yoluyla belirlenen sözleşme statüsüne fer'i bağlanılabilmesi için hukuku seçilen ülkeyle haksız fiil arasında sıkı bir ilişkinin varlığı şartı aranmalıdır. Sıkı ilişki şartı sağlanıyorsa hukuk seçiminde yasal şartlara uyulmak kaydıyla seçilen hukuka fer'i bağlanılabilir.

2.4.2.2.2. Diğer Daha Sıkı İlişki Hâlleri

Hekim ile hasta arasında sözleşmeye dayalı bir ilişki yoksa, kaçış hükmü yoluyla tedâvi yeri hukuku en sıkı ilişkili hukuk olarak uygulanabilir¹⁰⁷⁸. Ancak sağlık turizmi açısından bu ihtimâl pek fazla gündeme gelmez. Zira sağlık turizminden hasta çoğunlukla imzaladığı bir tedâvi sözleşmesinin ardından seyahat eder.

Roma II Tüzüğü'nde objektif bağlama noktası düzenlenirken haksız fiilin faili ile zarar görenin, zararın meydana geldiği tarihte, aynı ülkede müşterek mutad meskene sahip olması durumunda, zararın meydana geldiği yerin bir önemi olmaksızın tarafların müşterek mutad meskenlerinin hukukunun uygulanacağı kabul edilmiştir. Tüzük, tarafların aynı ülkede mutad meskene sahip olmasını özel bir bağlama kuralı olarak kabul etmektedir. Böyle bir kabulün sebebi ise tarafların sahip olduğu müşterek mutad meskenin, zarar yerine nazaran haksız fiille daha sıkı ilişki içerisinde bulunmasıdır¹⁰⁷⁹. Bu nedenle müşterek mutad mesken hukuku Roma II Tüzüğü çerçevesinde istisna değil, asıl bağlama noktası olarak işlev görmektedir¹⁰⁸⁰. MÖHUK'ta bu hükme karşılık gelebilecek bir düzenleme yoktur. Kanaatimizce Türk hukuku açısından, tarafların müşterek mutad meskenleri yahut müşterek millî hukukları veya ikametgâhları sıkı ilişkinin tespitinde birer kriter olarak dikkate alınabilir¹⁰⁸¹. Zira bu hukuklar tarafların âşinâ oldukları hukuktur¹⁰⁸². Müşterek hukuk çoğu zaman hâkimin de hukuku

¹⁰⁷⁷ Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 239; Mankowski, *Ausgewählte Einzelfragen zur Rom II-VO*, 402; Leible, *içinde*, NK-BGB, Bd. 6, Art. 4 Rom II-VO, para. 165; von Hein, "Rom II-Verordnung", 429; Saatcıoğlu, "Fer'i Bağlama Yöntemi", 226.

¹⁰⁷⁸ Nordmeier, "Der Behandlungsvertrag im Internationalen Privatrecht", 513, dn. 10.

¹⁰⁷⁹ Tarman, "Roma II Tüzüğü", 200.

¹⁰⁸⁰ Özel, "Haksız Fiillere Uygulanacak Hukuk", 502; Fischer, "Internationalen Arzhaftungsrechts", 714.

¹⁰⁸¹ Aynı yönde bkz. Özel, "Haksız Fiillere Uygulanacak Hukuk", 502.

¹⁰⁸² Unberath ve Cziupka, *içinde*, Rauscher, *EuZPR/EuIPR*, Bd. 3, Art. 4 Rom II-VO, para. 61; Lehmann, *içinde*, NK-BGB, Bd. 6, Art. 4 Rom II-VO, para. 119.

olacağından usûl ekonomisine hizmet eder¹⁰⁸³. Ancak hasta ile hekimin müşterek mutad meskene sahip olmaları tesadüfî olabilir. Örneğin kendisinin mutad meskeni de Almanya’da bulunan bir hasta, Türk bir hekimle Türkiye’de tedâvi olmak üzere anlaştığında hekimin Almanya’da mutad meskene sahip olması hasta için tamamen tesadüfidir. Bu ihtimâlde müşterek mutad meskenle değil de aynı zamanda zarar yeri de olabilecek tedâvi yeriyle daha sıkı ilişki söz konusudur. Buna karşın hasta, hekimi, örneğin Almanca diline hâkim olması gibi özel bir sebeple seçmişse bu durumda müşterek mutad meskenle daha sıkı ilişkinin olduğu savunulabilir. Zira bu hâlde müşterek mutad meskenle bağlantıyı ortaya koyan ve hasta tarafından yapılan bilinçli bir tercih söz konusudur¹⁰⁸⁴.

Doktrinde, hekimin tıp eğitiminin kalitesinin yüksek olduğu bilinen bir ülkede eğitim alması ve bunun da hasta tarafından bilinmesi durumunda, eğitim alınan bu ülkenin daha sıkı ilişkili hukuk olarak dikkate alınabileceği de ileri sürülmektedir¹⁰⁸⁵. Ancak bu görüşe, tıp eğitimi almakla kusuruyla bir haksız fiile ve dolayısıyla zarara sebebiyet vermek arasında bir illiyet bağı bulunmadığı gerekçesiyle karşı çıkılmaktadır¹⁰⁸⁶. Bu nedenle tıp eğitiminin alındığı ülkeye daha sıkı ilişkili hukuk olarak başvurulmamalıdır¹⁰⁸⁷.

Tedâviyi gerçekleştiren hekimin bir hastanede çalışması durumunda hekime karşı haksız fiil sorumluluğuna gidildiğinde uygulanacak hukuka ayrıca değinmek gerekir. Zira bu ihtimâlde hasta ile hekim arasında bir sözleşme bulunmaz. Hasta ile hastane arasındaki sözleşmeye fer’i bağlanılıp bağlanılamayacağı ise doktrinde tartışmalıdır. Hasta ile hastane arasındaki sözleşmeye uygulanacak hukukun, hasta ile hekim için daha sıkı ilişkili hukuk olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğine doktrinde bir görüş olumlu cevap vermektedir. Buna göre hekimin haksız fiille ihlâl ettiği haklar genellikle sözleşme sorumluluğundan kaynaklanır. Sözleşme sorumluluğuyla haksız fiil sorumluluğunu aynı hukuka tâbi kılmak, sorumluluk hukuku açısından bir uyumun sağlanması anlamına gelir¹⁰⁸⁸. Ayrıca sözleşmeye uygulanacak hukuk tarafların uygulanmasını beklediği

¹⁰⁸³ Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 250.

¹⁰⁸⁴ Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 251.

¹⁰⁸⁵ Deutsch, “Das Internationale Privatrecht der Arzthaftung”, 131; Deutsch, “Der Medizintourismus: Die rechtliche Seite”, 3.

¹⁰⁸⁶ Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 250.

¹⁰⁸⁷ Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 250.

¹⁰⁸⁸ Fischer, “Internationalen Arzthaftungsrechts”, 715; von Domarus, *Internationales Arzthaftungsrecht*,

hukuktur¹⁰⁸⁹. Zira hasta ve hastane arasındaki sözleşmeye uygulanacak hukuk genellikle hastanenin bulunduğu ve tedâvinin gerçekleştiği aynı zamanda zararın da meydana geldiği yerdir ve bu yönüyle haksız fiille sıkı ilişki içerisinde¹⁰⁹⁰.

Buna karşılık doktrindeki diğer bir görüşe, göre hasta ile hastane arasındaki sözleşmeye tedâvi sözleşmesinin tüketici sözleşmesi niteliğinden hareketle tüketicinin mutad meskeni hukuku uygulanıyorsa; tüketicinin mutad meskeni hukukuna fer'i bağlanılmamalıdır. Zira sözleşmeye taraf olmayan hekim için hastanın mutad meskeni hukukunun uygulanması onun için beklenmedik bir hâldir ve çoğu zaman onun menfaatlerine aykırıdır¹⁰⁹¹. Ancak zarar da hastanın mutad meskeni ülkesinde gerçekleşiyorsa bir sıkı ilişkinin varlığından ve dolayısıyla sözleşmeye fer'i bağlanmanın mümkün olmasından bahsedilir. Doktrinde hasta ve hastane arasındaki sözleşme statüsünün hukuk seçimi yoluyla belirlendiği hâllerde de sözleşmeye fer'i bağlanmanın reddedilmesi gerektiği görüşü ileri sürülmektedir. Bu görüşün gerekçesi ise hekimin tarafı olmadığı ve dolayısıyla hukuk seçimi yönünde bir irade koymadığı statüye tâbi tutulmamasının gerekmesidir¹⁰⁹². Ancak unutulmamalıdır ki bu görüş kabul edilse dahi, hukuku seçilen bu ülke hukukuyla, sözleşme statüsü olması sebebiyle değil de somut olayın koşulları nedeniyle daha sıkı ilişki bulunabilir. Bu hâlde hekimin haksız fiil sorumluluğuna uygulanacak hukuk, daha sıkı ilişki nedeniyle hasta ve hastane arasındaki sözleşmede seçilen ülkenin hukuku olabilir.

2.4.3. Sübjektif Bağlama Kuralı Uyarınca Uygulanacak Hukuk

2.4.3.1. Tarafların Hukuk Seçimine Yönelik İrade Beyanları

MÖHUK, haksız fiiller alanında taraflara sınırlı da olsa bir hukuk seçimi imkânı tanımaktadır. MÖHUK m. 34/5'e göre haksız fiilin meydana gelmesinden sonra taraflarca açık olarak hukuk seçimi yapılabilir¹⁰⁹³. Bu nedenle hekim ve hasta bir devlet hukuku olmak kaydıyla diledikleri hukuku seçilebilir. Roma II Tüzüğü'ne göreyse (m. 14/1 cümle

92.

¹⁰⁸⁹ Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 247.

¹⁰⁹⁰ Fischer, "Internationalen Arzthaftungsrechts", 715.

¹⁰⁹¹ Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 248.

¹⁰⁹² Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 248.

¹⁰⁹³ Önal, *Haksız Fiillere Uygulanacak Hukuk*, 343.

2) hukuk seçimi haksız fiilin meydana gelmesinden sonra, açık veya zımnî irade beyanıyla yapılabilir. Zımnî bir hukuk seçimi için tarafların iradesini açıkça ortaya koyan somut emârelerin bulunması gerekir¹⁰⁹⁴.

2.4.3.2. Hukuk Seçiminin Yapılabileceği Zaman

MÖHUK m. 34/5'e göre hukuk seçimi, haksız fiilin meydana gelmesinden sonra yapılabilir. Haksız fiil çoğu zaman tesadüfidir ve genellikle taraflar arasında mevcut bir hukukî ilişki bulunmaz. Bu nedenle haksız fiilde hukuk seçimini yalnızca haksız fiilin meydana gelmesi anından sonrası için kabul edilmiştir¹⁰⁹⁵. Örneğin taraflar haksız fiilin meydana gelmesinden sonra tedâvinin gerçekleştirildiği hastane veya muayenehanenin bulunduğu ülke hukukunun uygulanmasını kararlaştırabilirler¹⁰⁹⁶. Doktrinde haksız fiilin meydana gelmesinden, zararın meydana gelmesi değil zarara neden olan fiilin anlaşılması gerektiği kabul edilmektedir¹⁰⁹⁷.

2.4.4. Haksız Fiil Statüsünün Uygulama Alanında Kalan Konular

MÖHUK m. 34'e göre tespit edilen haksız fiil statüsünün kapsamının açıklığa kavuşturulması gerekir. Doktrinde, haksız fiil kavramının geniş yorumlanması gerektiği, failin sorumlu tutulabildiği ve zarara neden olan bir fiilin varlığı hâlinde haksız fiil sorumluluğunun gündeme gelmesi gerektiği savunulmaktadır¹⁰⁹⁸. Bu nedenle arka planda bulunan bir sözleşmeden bağımsız olarak tazminat sorumluluğuna neden olan hatalı tıbbî müdahale ve aydınlatma yükümlülüğünün ihlalleri de bu çerçevede birer haksız fiildir¹⁰⁹⁹.

Doktrinde haksız fiil statüsünün özellikle fiil ehliyetini, kusurlu/kusursuz sorumluluk hâllerini, üçüncü kişinin fiillerinden sorumluluk hâllerini, fiilin manevî unsurları olan kast ve ihmâli ayrıca haksız fiilden doğan tazminat taleplerini kapsadığı kabul

¹⁰⁹⁴ Junker, *içinde*, MüKo-BGB, Bd. 10, Art. 14 Rom-II-VO para. 29; Tarman, “Roma II Tüzüğü”, 203.

¹⁰⁹⁵ Önal, *Haksız Fiillere Uygulanacak Hukuk*, 343.

¹⁰⁹⁶ Krocke, “Medizintourismus im Internationalen Privat- und Zivilverfahrensrecht”, 252.

¹⁰⁹⁷ Krocke, “Medizintourismus im Internationalen Privat- und Zivilverfahrensrecht”, 252; Junker, *içinde*, MüKo-BGB, Bd. 10, Art. 14 Rom II-VO para. 18; Jakob ve Picht, *içinde*, Rauscher, EuZPR/EuIPR, Bd. 3, Art. 26 Rom II-VO, para. 9.

¹⁰⁹⁸ Krocke, “Medizintourismus im Internationalen Privat- und Zivilverfahrensrecht”, 252.

¹⁰⁹⁹ Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 231; Hoppe, “Telemedizin und internationale Arzthaftung”, 465; Deutsch, “Der Medizintourismus: Die rechtliche Seite”, 2.

edilmektedir¹¹⁰⁰. Haksız fiil sorumluluğunun şartlarından birisi de hukuka aykırı bir fiilin bulunmasıdır. Milletlerarası hukuk doktrininde hastanın tedâviye rıza göstermesi gibi hukuka aykırılığı ortadan kaldıran sebeplerin bir başka deyişle hukuka uygunluk sebeplerinin de haksız fiil statüsüne tâbi olduğu görüşü baskındır¹¹⁰¹.

2.5. Uyuşmazlığın Vekâletsiz İş Görmeden Doğması Hâlinde Uygulanacak Hukukun Tespiti

Çalışmamızın ilk bölümünde yer verdiğimiz üzere hekim tıbbî müdahalede bulunulurken yapılan işlemi genişletmesini zorunlu kılan bir durumla karşı karşıya kalabilir¹¹⁰². Böyle bir durumda hasta, taleplerini vekâletsiz iş görmeye dayandırabilir. Hekim de yaptığı harcama ve masrafları vekâletsiz iş görme kapsamında talep edebilir. Bu nedenle çalışmamızda vekâletsiz iş görmeye uygulanacak hukuk konusunu ayrı bir başlık altında incelemenin faydalı olduğu kanaatindeyiz.

Vekâletsiz iş görmeye uygulanacak hukuk, MÖHUK'ta münhasıran düzenlenmemiştir. Roma II Tüzüğü'nün 11. maddesinde ise vekâletsiz iş görmeye uygulanacak hukuk basamaklı bağlama kuralı ile ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Roma II Tüzüğü'nün 14. maddesinde akit dışı borç ilişkilerinde hukuk seçimi meselesi düzenlenmiştir. Buna göre vekâletsiz iş görme açısından öncelikle taraflara, iş görmenin meydana gelmesinden sonra, hukuk seçimi yapma imkânı tanınmıştır. Hukuk seçimi yapılmamışsa taraflar arasındaki aslî ilişkinin tâbi olduğu hukuk vekâletsiz iş görmeye de uygulanır. Aslî ilişki bir sözleşme olabileceği gibi haksız fiil de olabilir. Taraflar arasında bu türden bir aslî ilişki bulunmadığı takdirde, vekâletsiz iş görmenin gerçekleştiği andaki tarafların müşterek mutad mesken hukuku uygulanır. Tarafların müşterek mutad meskeni de bulunmuyorsa işin yerine getirildiği andaki iş görme yeri hukuku uygulanır. Maddede ayrıca istisna kuralına yer verilmiş ve vekâletsiz iş görmenin sübjektif ve objektif bağlama noktasına göre tespit edilen uygulanacak hukuktan başka bir ülkeyle daha sıkı ilişkiye sahip olması durumunda bu ülke hukukunun uygulanacağı kabul edilmiştir.

¹¹⁰⁰ Önal, *Haksız Fiillere Uygulanacak Hukuk*, 363 vd.; Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 302 vd.; Çelikel ve Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 84-87; Tekinalp, *Bağlama Kuralları*, 43.

¹¹⁰¹ Gleixner-Eberle, *Die Einwilligung in die medizinische Behandlung Minderjähriger*, 476 vd.

¹¹⁰² Bkz. Birinci Bölüm, 1.10. Sağlık Turizmi Kapsamında Vekâletsiz İş Görme.

Türk hukukunda da doktrinde vekâletsiz iş görmenin, kolay belirlenebilmesi ve taraflar açısından tarafsız bir hukuk olması nedeniyle iş görmenin yerine getirildiği ülke hukukuna tâbi kılınması gerektiği görüşü ileri sürülmektedir¹¹⁰³. Doktrindeki diğer bir görüşe göreyse Türk kanunlar ihtilâfı mevzuatında bir boşluk bulunması hâlinde bu boşluğun iç hukuktaki yöntemlerle doldurulması gerekir. Bu nedenle vekâletsiz iş görmeye uygulanacak hukuku hâkim, örf ve âdet hukukuna göre, bu da yok ise kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiyse ona göre belirlemelidir¹¹⁰⁴. Kanaatimizce hâkimin önüne vekâletsiz iş görmeye dayalı bir talebin yer aldığı uyuşmazlık geldiğinde Roma II Tüzüğü'nde yer alan esaslardan hareket etmek uygundur. Bu nedenle sağlık turizmi ilişkisi açısından öncelikle taraflar arasında iş görmenin meydana gelmesinden sonra bir hukuk seçimi yapılmışsa bu hukuk uygulanmalıdır. Taraflarca hukuk seçiminin yapılmadığı hâllerde ise sağlık turizminde aslî ilişki olarak her zaman bir tedâvi sözleşmesi var olacağından tedâvi sözleşmesine fer'i bağlanma usûlüne başvurulmalıdır.

Fer'i bağlanma usulüyle vekâletsiz iş görmeye, bu kuruma ilişkin objektif bağlama kuralından hareketle ulaşılan hukukun uygulanması yerine; aynı olayda daha baskın şekilde bulunan bir diğer hukukî ilişkinin (aslî ilişkinin) *lex causae*'sının uygulanması mümkün olur. Başka bir deyişle vekâletsiz iş görme, sözleşme ilişkisine göre talî kalmakta ve aslî ilişkinin esasına uygulanan hukuk, vekâletsiz iş görmeden doğan talep ve uyuşmazlıklara da uygulanmaktadır¹¹⁰⁵. Şu hâlde hasta veya hekimin vekâletsiz iş görmeye dayandırdığı taleplerine uygulanacak hukuk çalışmamızda daha evvel tespitinin nasıl yapılacağına yer verdiğimiz sözleşme statüsüne tâbi tutulmalıdır¹¹⁰⁶. Ayrıca belirtmek gerekir ki iş sahibinin vekâletsiz iş görmeye verdiği icazet, taraflar arasındaki hukukî ilişkinin vekâlet sözleşmesi niteliği kazanmasını sağlar¹¹⁰⁷. Şu hâlde iş sahibi olarak hasta daha sonra tıbbî müdahaleye icazet verirse uygulanacak hukuk, sözleşmeden doğan borç ilişkilerini düzenleyen MÖHUK'un 24. maddesine göre tespit edilir.

¹¹⁰³ Nomer, *Devletler Hususî Hukuku*, 378; Tekinalp, *Bağlama Kuralları*, 312.

¹¹⁰⁴ Şanlı, Esen ve Ataman-Fıganmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 402.

¹¹⁰⁵ Pürselim Arning ve Uğur, "Milletlerarası Vekaletsiz İş Görmelerde Her Yerdelik", 1974.

¹¹⁰⁶ Bkz. İkinci Bölüm, 2.3. Uyuşmazlığın Sözleşme İlişkisinden Doğması Hâlinde Uygulanacak Hukukun Tespiti.

¹¹⁰⁷ Pürselim Arning ve Uğur, "Milletlerarası Vekaletsiz İş Görmelerde Her Yerdelik", 1973; Önal, "Vekâletsiz İş Görmeye Uygulanacak Hukuk", 2162.

Son olarak vekâletsiz iş görmede istisna kural olan daha sıkı ilişkinin tespitinde daha evvel haksız fiil ilişkisine ilişkin açıklamalarımızdaki usûl izlenmelidir¹¹⁰⁸.

2.6. *Lex Causae*'nin Uygulanmasını Sınırlandıran Hâller

2.6.1. Kamu Düzeni

2.6.1.1. Genel Olarak

MÖHUK m. 5'te “Yetkili yabancı hukukun belirli bir olaya uygulanan hükmünün Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması hâlinde, bu hüküm uygulanmaz; gerekli görülen hâllerde, Türk hukuku uygulanır” hükmü yer almaktadır¹¹⁰⁹. Hâkim, kendi ülkesinin hukukunun temel ilkelerine ve adalet anlayışına açık aykırılık oluşturan yabancı hukukun ilgili hükümlerinin uygulanmasından vazgeçer¹¹¹⁰. Maddede açıkça aykırılık arandığı için Türk hukukunda kamu düzeni müdahalesi istisnaîdir¹¹¹¹. Dolayısıyla kamu düzeninin istisnaî niteliği gereğince her durumda başvurulmaması gerekir¹¹¹². Yetkili yabancı hukukun olaya uygulanan hükmüyle hâkimin hukukundaki hükümlerin farklı olması veya hâkimin hukukundaki her emredici hükme aykırı yabancı hukuk kuralı, kamu düzenine aykırılık teşkil etmez. Uyuşmazlık konusu olay veya ilişkinin hâkimin ülkesi ile bağlantısı ne kadar yoğunsa kamu düzeni müdahalesi ihtimâli de aynı oranda artar¹¹¹³. Örneğin bir

¹¹⁰⁸ Bkz. İkinci Bölüm, 2.4.2.2. Daha Sıkı İlişkili Hukuk.

¹¹⁰⁹ Kamu düzenini genel bir bağlama kuralı olarak kabul eden ve kamu düzenini ilgilendiren bir uyuşmazlığın, hâkimin hukukuna tâbi olması gerektiğini savunan anlayış günümüzde terkedilmiştir. Bkz. Aygül ve Erdoğan, “Hizmet Akitlerindeki Hukuk Seçimine Dair Kayıtların Geçerliliği”, 780.

¹¹¹⁰ Doğan, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 255.

¹¹¹¹ Tarman, “İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk”, 544; Tekinalp, *Bağlama Kuralları*, 49; Nomer, *Devletler Hususî Hukuku*, 158; Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 75-76; Çelikel ve Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 151; Aygül ve Erdoğan, “Hizmet Akitlerindeki Hukuk Seçimine Dair Kayıtların Geçerliliği”, 780; Cemile Demir Gökyayla, *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeni* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2008), 32-33; Önal, *Haksız Fiillere Uygulanacak Hukuk*, 273. İsviçre MÖHK m.17'de de İsviçre kamu düzeniyle bağdaşmayan sonuçların doğması, yabancı hukukun uygulanmasına istisnaî olarak engel olmaktadır. Roma I Tüzüğü için de aynı yönde bkz. Thorn, *içinde*, Rauscher, EuZPR/EuIPR, Bd. 3, Art. 21 Rom I-VO, para. 12; Hausmann, *içinde*, Staudinger, BGB, Int. Vertragsrecht 2, Art. 21 Rom I-VO, para. 17; Doehtner, *içinde*, NK-BGB, Bd. 6, Art. 21 Rom I-VO, para. 1; Jakob ve Picht, *içinde*, Rauscher, EuZPR/EuIPR, Bd. 3, Art. 26 Rom II-VO, para. 1, 4.

¹¹¹² Hatice Özdemir Kocasakal, *Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri*, (İstanbul: Galatasaray Üniversitesi Yayınları, 2001), 22.

¹¹¹³ Nomer, *Devletler Hususî Hukuku*, 178; Doğan, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 265; Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 88; Tekinalp, *Bağlama Kuralları*, 45; Thorn, *içinde*, Rauscher, EuZPR/EuIPR, Bd. 3, Art. 21 Rom I-VO, para. 14; Hausmann, *içinde*, Staudinger, BGB, Int. Vertragsrecht 2, Art. 21 Rom I-VO, para. 20; Junker, *içinde*, MüKo-BGB, Bd. 10, Art. 26 Rom II-VO, para. 20.

tedâvi sözleşmesinde, taraflardan birisinin mutad meskeni hâkimin ülkesinde bulunuyorsa, ilişki hâkimin ülkesi ile temas hâlinde olduğundan kamu düzeni müdahalesiyle hâkimin hukukunun uygulanması ihtimâli gündeme gelebilir¹¹¹⁴.

Kamu düzeninin tanımının yapılması ise oldukça güçtür. Zira kamu düzeni içeriği ve kapsamı bakımından zamana ve mekâna göre değişiklik gösterir. 2012 yılında Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu tarafından verilen bir kararda kamu düzeninin iç hukuk bakımından çerçevesi çizilmiştir¹¹¹⁵. İlgili kararda “...O halde, iç hukuktaki kamu düzeninin çerçevesi, Türk hukukunun temel değerlerine, Türk genel adap ve ahlak anlayışına, Türk kanunlarının dayandığı temel adalet anlayışına, Türk kanunlarının dayandığı genel siyasete, Anayasada yer alan temel hak ve özgürlüklere, milletlerarası alanda geçerli ortak prensip ve özel hukuka ait iyiniyet prensibine dayanan kurallara, medeni toplulukların müştereken benimsedikleri ahlak ilkeleri ve adalet anlayışının ifadesi olan hukuk prensiplerine, toplumun medeniyet seviyesine, siyasi ve ekonomik rejimine, insan hak ve özgürlüklerine aykırılık şeklinde çizilebilir” denilerek kamu düzeninin çerçevesi çizilmiştir.

Türk hukukunda kamu düzeni müdahalesinden söz edebilmek için, kanun metninde açıkça ifade edilmese de, yabancı hukukun uygulanmasının doğurduğu neticenin hâkimin hukuk düzenine aykırı olması gerektiği görüşü hakimdir. Uygulanacak hukuk olarak tespit edilen yabancı hukukun somut olaya ilişkin hükmünün Türk kamu düzenine aykırı olduğu gerekçesiyle uygulanmasından vazgeçilmesi hâlinde ortaya çıkan boşluğun öncelikle yine aynı yabancı hukuk içerisinde giderilebiliyorsa bu hukukun uygulanması gerekir¹¹¹⁶. Aksi takdirde ise Türk hukukunun uygulanması suretiyle doldurulması gerekir¹¹¹⁷.

Roma I Tüzüğü’nün 21. maddesinde de uygulanacak yabancı hukukun kamu düzenine aykırılık nedeniyle uygulanmasından vazgeçilebileceği yer almaktadır. Roma II

¹¹¹⁴ Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 278.

¹¹¹⁵ YİBGK., 2010/1 E., 2012/1K., 10.02.2012 T., RG 20.09.2012-28417.

¹¹¹⁶ Hausmann, *içinde*, Staudinger, BGB, Int. Vertragsrecht 2, Art. 21 Rom I-VO, para. 31; Jakob ve Picht, *içinde*, Rauscher, EuZPR/EuIPR, Bd. 3, Art. 26 Rom II-VO, para. 28; Schulze, *içinde*, NK-BGB, Bd. 6, Art. 26 Rom II-VO, para. 28.

¹¹¹⁷ Nomer, *Devletler Hususî Hukuku*, 182; Doğan, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 266-267; Şanlı, Esen ve Ataman-Fıganmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 101.

Tüzüğü'nün 26. maddesinde de kamu düzeni düzenlenmiştir. Söz konusu hükümlere göre objektif bağlama kuralları sonucunda tespit edilen veya hukuk seçimi yoluyla taraflarca belirlenen hukukun, *for* devleti hukukunun kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil etmesi hâlinde yabancı hukukun uygulanmasından vazgeçilir¹¹¹⁸. Böylece aslında hâkim her iki Tüzük'te yer verilen bağlama kurallarına göre belirlenen hukukun uygulanmasından vazgeçerek bunun yerine kamu düzeni nedeniyle kendi hukukunu uygular¹¹¹⁹. Ancak böyle bir vazgeçişin mümkün olabilmesi için açık ve esaslı bir ihlâlin olması gerekir¹¹²⁰.

Özellikle tüketici sözleşmesi niteliğinde yabancı unsurlu sözleşmelerde, sözleşme statüsünün tüketiciyi Türk hukukundan daha az koruması durumunda, yabancı hukukun Türk hukukundan farklı bir düzenlemeye sahip olması, kamu düzeni müdahalesi için tek başına yeterli bir sebep değildir. Zira kamu düzeni müdahalesi, yabancı unsurlu bir akdî ilişkide zayıf tarafın korunmasını sağlamak amacıyla getirilmiş bir kural değildir¹¹²¹. Kamu düzeninin müdahalesi sınırlı ve istisnâî niteliktedir. Bu nedenle açık bir düzeni ihlâl bulunmadığı sürece kamu düzeni müdahalesine başvurulmamalıdır. Başka bir deyişle, hâkim, kamu düzenini vesile ederek kendi hukukunu tatbik kolaylığından yararlanma yolunu tercih ederek yabancı hukukun uygulanmasından vazgeçmemelidir¹¹²². Bununla beraber doktrinde, yabancı hukukun uygulanmasıyla ortaya çıkan sonucun özellikle temel haklar bakımından hâkimin hukukuyla nâdiren bağdaşacağı ileri sürülmektedir¹¹²³.

2.6.1.2. Tedâvi Sözleşmesinde Kamu Düzeni Müdahalesi

Çalışmamızın bu kısmında tedâvi sözleşmesi açısından gündeme gelmesi muhtemel olan kamu düzeni ihlâllerini ele alacağız. Ancak ele aldığımız hâller örnek mahiyetinde olup farklı kamu düzeni ihlâllerinin ortaya çıkması da mümkündür.

¹¹¹⁸ Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 275; Önal, *Haksız Fiillere Uygulanacak Hukuk*, 273.

¹¹¹⁹ Doktrinde AB hukukunda kamu düzeninin Birlik hukukuna göre değil de millî hukuklara göre tayin edileceği savunulmaktadır. Bkz. Tarman, "Roma II Tüzüğü", 207.

¹¹²⁰ Thorn, *içinde*, Rauscher, *EuZPR/EuIPR*, Bd. 3, Art. 21 Rom I-VO, para. 1; Hausmann, *içinde*, Staudinger, *BGB, Int. Vertragsrecht* 2, Art. 21 Rom I-VO, para. 9; Martiny, *içinde*, *MüKo-BGB*, Bd. 10, Art. 21 Rom I-VO, para. 5; Önal, *Haksız Fiillere Uygulanacak Hukuk*, 27.

¹¹²¹ Doğan, "Zayıf Âkit Tarafın Korunması", 35; Tarman, "İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk", 546.

¹¹²² Tarman, "İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk", 546.

¹¹²³ Katzenmeier, Kurz ve Jansen, "Rechtsfragen des Medizintourismus", 1050; Deutsch, "Der Medizintourismus: Die rechtliche Seite", 2.

2.6.1.2.1. Yetersiz Tazminat veya Tazminatın Hiç Verilmemesi

Tazminat sorumluluğunun temelinde bir başkasına kusuruyla zarar veren kişinin, bu zararı gidermekle yükümlü olması yatar¹¹²⁴. Hekimin tedâvi sözleşmesinden doğan sorumluluğu, esas itibariyle belirli bir miktar tazminat ödeme şeklinde ortaya çıkar. Kusurlu olduğuna karar verilen hekim, hastanın maddî ve manevî zararlarını tazmin etmek mecbûriyetindedir¹¹²⁵. Maddî tazminatla hekimin sözleşmeden kaynaklanan kusurlu eylemi sebebiyle hastasının iradesi dışında malvarlığında ortaya çıkan ekonomik kayıpların giderilmesi amaçlanır¹¹²⁶. Manevî tazminat talebi için hastanın bedensel bütünlüğünün ihlâl edilmesi gerekir. Manevî tazminatın amacı, hasta üzerinde bir tatmin duygusu yaratmak ve onun ruhsal kayıplarını telâfi etmektir¹¹²⁷.

Tazminat sorumluluğunun şartları ve tazminat miktarı tüm hukuk düzenlerinde aynı düzenlenmemiştir. Örneğin Alman hukukunda maddî zararlar için tam tazmin ilkesi geçerlidir¹¹²⁸. Uygulanacak hukuk olarak tespit edilen yabancı hukukta tazminat sorumluluğunun şartları, hâkimin hukukunda öngörülenden daha ağır olabilir. Yahut hekimin tazminat sorumluluğuna bir üst sınır getirilebilir. Yabancı hukukla hâkimin hukuku arasındaki bu tür farklılıkların doğrudan hâkimin ülkesinin kamu düzenini ihlâl ettiği söylenemez. Farklı koşullarla da olsa hastanın zararı önemli ölçüde telâfi ediliyorsa kamu düzeni müdahalesinden söz edilemez. Aynı şekilde hastanın zararı maddî tazminat şeklinde değil de başka bir yolla tazmin ediliyorsa da kamu düzeninin ihlâl edildiği söylenemez. Ancak yabancı hukukun uygulanması tazminatın hiç verilmemesine yahut cüz’i bir miktarda tazminat verilmesine yol açıyorsa kamu düzeni müdahalesi gündeme gelebilir¹¹²⁹.

Doktrinde kişinin vücut bütünlüğü ve sağlığının maddî tazminat yoluyla yeterince korunduğu gerekçesiyle acı ve ıstırapın tazmininin bir başka deyişle manevî tazminatın mutlaka gerekli olmadığı ileri sürülmektedir. Bu görüşe göre uygulanacak yabancı hukukun manevî tazminata hiç hükmedilmemesini emretmesi veya bu hukukun

¹¹²⁴ Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 280.

¹¹²⁵ Özdemir, “Hekimin Hukuki Sorumluluğu”, 69.

¹¹²⁶ Özdemir, “Hekimin Hukuki Sorumluluğu”, 69.

¹¹²⁷ Özdemir, “Hekimin Hukuki Sorumluluğu”, 69.

¹¹²⁸ Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 280.

¹¹²⁹ Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 280-281.

uygulanması nedeniyle çok düşük miktarda manevî zarara hükmedilmesinin gerekmesi kamu düzeninin ihlâline yol açmaz¹¹³⁰.

2.6.1.2.2. Orantısız Aşırı Yüksek Tazminat veya Cezaî Tazminat

Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde ve dolayısıyla Türk hukukunda hâkim olan ilkelere göre, tazminat zararı telâfi etme işlevi taşır ve tazminatın zarar görenin zenginleşmesine yol açmaması gerekir. Bir başka deyişle haksız fiil sorumluluğunda amaç faili cezalandırmak değil, zararın tazminidir¹¹³¹. Oysa kaynağını Anglo-Amerikan hukuk sisteminde bulan cezalandırıcı tazminat ile meydana gelen zarardan bağımsız bir tazminata hükmedilerek cezalandırma ve önleme işlevinin sağlanması amaçlanmaktadır¹¹³².

Doktrinde uygulanacak yabancı hukukun, yalnızca zararın tazminini değil aynı zamanda cezaî bir amaç güderek gerçek zarar miktarının çok daha fazlasının ödenmesini öngörmesi ve Türk hukukunda alışlagelen miktardan çok daha yüksek bir tazminata hükmedilmesine yol açmasının kamu düzeninin ihlâli anlamına gelebileceği ileri sürülmektedir¹¹³³. Benzer şekilde cezaî nitelik taşımaksızın aşırı yüksek bir tazminatın ödenmesine imkân veren yabancı hukuk kuralı da orantılılık ilkesini ihlâl etmesi nedeniyle kamu düzeni müdahalesiyle karşılaşabilir¹¹³⁴.

2.6.1.2.3. Aydınlatma Yükümlülüğü ve Rıza

Aydınlatma yükümlülüğü hastanın kendi kaderini tayin hakkıyla doğrudan ilgilidir ve geçerli bir rızanın da ön koşuludur¹¹³⁵. Özellikle tıbbî müdahalenin ağırlığı aydınlatma yükümlülüğünün muhtevâ ve kapsamı üzerinde de etkilidir. Dolayısıyla tıbbî müdahale çok riskliyen hastanın kapsamlı bir şekilde değil de oldukça basit seviyede bilgilendirilmesini öngören yabancı hukuk kamu düzeni müdahalesiyle karşılaşabilir.

¹¹³⁰ Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 282-283.

¹¹³¹ Özel, “Haksız Fiillere Uygulanacak Hukuk”, 487.

¹¹³² Wienand, “Behandlung von Patienten aus dem Ausland”, 548.

¹¹³³ Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 283; Nomer, *Devletler Hususî Hukuku*, 367; Spickhoff, *içinde*, Spickhoff, *Medizinrecht*, IPR, para. 26. Örneğin Amerikan hukukunda uygulanan *punitive damages* Türk hukuku açısından kamu düzeni müdahalesini gerektirebilir.

¹¹³⁴ Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 284.

¹¹³⁵ Bkz. Birinci Bölüm, 1.8.5.2.2. Aydınlatma Yükümlülüğünün İhlâli.

Hastanın tedâvi üzerine yeterince düşünüp taşınmasına olanak vermeyecek şekilde geç yapılan bilgilendirmeyi yeterli bulan yabancı hukuk kuralı da kamu düzeni müdahalesiyle karşılaşabilir. Örneğin Türk hukukunda Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun'un¹¹³⁶ (ONK) bilgi verme ve araştırma yükümlülüğünü düzenleyen 7. maddesinin kamu düzenine ilişkin olduğu kabul edilmektedir¹¹³⁷.

2.6.2. Doğrudan Uygulanan Kurallar

2.6.2.1. Genel Olarak

Hukuk seçimi yoluyla veya objektif bağlama noktasından hareketle belirlenen uygulanacak hukuku bertaraf eden hâllerden bir diğeri ise doğrudan uygulanan kurallardır¹¹³⁸. Başka bir ifadeyle doğrudan uygulanan kurallar da kamu düzeni müdahalesi gibi yetkili yabancı hukukun uygulanmasını engeller.

Doğrudan uygulanan kurallar “devletin, ekonomik, sosyal veya siyasal alanda izlediği belirli politikaları özel hukuk ilişkileri üzerinde etkili olacak şekilde yansıtan ve uygulama alanlarına giren tüm uyumsuzlıklara uygulanmaları, bu politikaların yerine getirilmesi için zorunlu olan kurallar” şeklinde tanımlanmaktadır¹¹³⁹. Dolayısıyla doğrudan uygulanan kurallar, bir devletin özel hukuk alanına müdahale eden sosyal, ekonomik ve siyasî politikasına bağlı bir şekilde değişen kurallardır. Bir devletin kendi ekonomik, sosyal ve toplumsal yapısının gereği olarak kabul ettiği bu kurallar, vatandaş yabancı ayırımı gözetilmeksizin ülkede bulunan herkese doğrudan doğruya uygulanır.

¹¹³⁶ RG. 03.06. 1976, 16655.

¹¹³⁷ Uyanık Çavuşoğlu, “Milletlerarası Özel Hukukunda Organ Nakli”, 91.

¹¹³⁸ Önal, *Haksız Fiillere Uygulanacak Hukuk*, 269; Belkıs Vural Çelenk, “Yabancı Unsurlu İş Sözleşmelerinde For Devletin Doğrudan Uygulanan Kurallarının Tespiti ve Uygulanması”, *YBHD*, 3/1 (2017): 285.

¹¹³⁹ Özdemir Kocasakal, *Doğrudan Uygulanan Kurallar*, 1. Bir başka tanıma göre “Doğrudan uygulanan kurallar, devlet organizasyonunun sosyal, ekonomik ve politik menfaatlerine hizmet eden kanunlar ihtilâfi kurallarına hiç başvurmadan, kuralın uygulama alanına giren her olay ve ilişkiye uygulanan kurallardır.” Bkz. Aygöl ve Erdoğan, “Hizmet Akitlerindeki Hukuk Seçimine Dair Kayıtların Geçerliliği”, 764, dn. 34.

Başka bir deyişle, uygulama alanına giren uyuşmazlık konusu tüm hukukî ilişkilere ve işlemlere uygulanırlar¹¹⁴⁰.

Doğrudan uygulanan kurallar kamu hukukundan veya özel hukuktan kaynaklanabilir. Doğrudan uygulanan kuralların konulmasındaki amaç, bu kuralların kamu menfaatine hizmet etmesidir. Bu nedenle bir kuralın, doğrudan uygulanan kural olarak nitelendirilmesini sağlayan, onun kamu veya özel hukuk karakterli oluşu ya da emredici veya düzenleyici nitelik taşıması değil; kuralın ülkeyle bağlantılı olan tüm olay ve ilişkilerde uygulanmak üzere konulmasıdır. Özel hukuk kaynaklı bir hükmün temelinde kamu menfaati kaygısı yatıyorsa o normun da doğrudan uygulanan kural olduğu söylenebilir¹¹⁴¹. Başka bir deyişle, bir hükmün doğrudan uygulanan kural olarak nitelendirilmesinde, somut olayda taraf menfaatlerini değil, genel olarak kamu menfaatini koruyan bir düzenleme olup olmadığı dikkate alınır¹¹⁴².

Bir kuralın doğrudan uygulanan kural niteliğini haiz olup olmadığı ilgili kuralda açık olarak ifade edilebilir. Böyle bir açık ifade söz konusu değilse de ilgili kuralın konulma amacından, korumak istediği menfaatten, yerine getirdiği işlevden ve uygulama alanından hareketle bu niteliği haiz olup olmadığı belirlenir¹¹⁴³. Başka bir deyişle hangi hükümlerin doğrudan uygulanan kural olup olmadığı, bizzat hükmün düzenleniş amacına göre tespit edilir¹¹⁴⁴.

Doğrudan uygulanan kurallar öncelikle iç hukuk kuralları şeklinde hâkimin devletinin hukuk kuralları olabilir. Hâkimin hukukunun doğrudan uygulanan kurallarına MÖHUK'ta 6. maddede yer verilmektedir. Bunun yanı sıra MÖHUK m. 31'de yer verildiği üzere üçüncü devletin doğrudan uygulanan kuralları da gündeme gelebilir.

¹¹⁴⁰ Özdemir Kocasakal, *Doğrudan Uygulanan Kurallar*, 13; Doğan, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 278; Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 8; Güngör, *Türk Milletlerarası Özel Hukuku*, 58-59; Aybay ve Dardağan, *Kanunlar İhtilafı*, 141.

¹¹⁴¹ Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 274; Thorn, *içinde*, Rauscher, *EuZPR/EuIPR*, Bd. 3, Art. 9 Rom I-VO, para. 11; Magnus, *içinde*, Staudinger, *BGB, Int. Vertragsrecht* 1, Art. 9 Rom I-VO, para. 59; Spickhoff, *içinde*, Bamberger/Roth, *BGB, Art. 9 Rom I-VO*, para. 12; Doehner, *içinde*, *NK-BGB*, Bd. 6, Art. 9 Rom I-VO, para. 21; Martiny, *içinde*, *MüKo-BGB*, Bd. 10, Art. 9 Rom I-VO, para. 13.

¹¹⁴² Fischer, "Internationalen Arzthaftungsrechts", 718.

¹¹⁴³ Doğan, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 278; Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 11; Özdemir Kocasakal, *Doğrudan Uygulanan Kurallar*, 14.

¹¹⁴⁴ Nomer, *Devletler Hususî Hukuku*, 186.

Burada üzerinde durulması gereken bir husus, bir kuralın doğrudan uygulanır nitelikte olmasıyla kamu düzeninin müdahalesi sonucu yetkili yabancı hukukun uygulanmayıp hâkimin hukukunun uygulanmasının birbirinden farklı olmasıdır¹¹⁴⁵. Kamu düzeni müdahalesinin varlığından söz edebilmek için, yabancı hukukun olaya uygulanması sonucunda verilecek kararın Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması gerekir. Öyle ki bu açık aykırılık katlanılamaz derecede olmalıdır¹¹⁴⁶. Oysa doğrudan uygulanan kurallar, kanunlar ihtilâfi kurallarına gidilmeden uyumsuzluğa doğrudan doğruya uygulanmaktadırlar¹¹⁴⁷.

2.6.2.2. For Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları

MÖHUK m. 6'da “Yetkili yabancı hukukun uygulandığı durumlarda, düzenleme amacı ve uygulama alanı bakımından Türk hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının kapsamına giren hâllerde o kural uygulanır” hükmüne göre hâkim, Türk hukukunda yer alan doğrudan uygulanan kural niteliğindeki kuralları, uygulama alanına giren her olaya uyar.

Hâkimin hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının uygulanması, sağlık turistinin lehine olması gibi bir ön şarta bağlı değildir. Düzenleme amacı ve uygulama alanı itibarıyla Türk hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının kapsamına giren bir durum söz konusuysa, tedâvi sözleşmesinin tâbi olduğu hukuk dikkate alınmaz. Hâkim, bu durumda Türk hukukundaki ilgili kuralı uygulamak zorundadır. Tedâvi sözleşmesi için belirlenen sözleşme statüsü tümüyle değil yalnızca Türk hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının kapsamına giren hâller bakımından uygulanma imkânı bulamaz.

¹¹⁴⁵ Doktrinde hekimin ve hastanenin sorumluluğu alanında doğrudan uygulanan kurallara, yabancı hukukun uygulanmasına engel bir hâl olarak sıklıkla karşılaşılmadığı ifade edilmektedir. Bununla beraber kamu düzeninin müdahalesinin bu alanda daha sık gündeme gelebildiği belirtilmektedir. Bu durum esasen tedâvi sözleşmesinin kendine özgü niteliğinden kaynaklanır. Nitekim tedâvi sözleşmesinin niteliği gereği, sözleşmenin konusu kişinin vücut bütünlüğüne müdahaledir. Bkz. Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 290.

¹¹⁴⁶ Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 276; Thorn, *içinde*, Rauscher, EuZPR/EuIPR, Bd. 3, Art. 21 Rom I-VO, para. 9; Hausmann, *içinde*, Staudinger, BGB, Int. Vertragsrecht 2, Art. 21 Rom I-VO, para. 9; Jakob ve Picht, *içinde*, Rauscher, EuZPR/EuIPR, Bd. 3, Art. 26 Rom II-VO, para. 2.

¹¹⁴⁷ Nomer, *Devletler Hususî Hukuku*, 187-188; Çelikel ve Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 160-161; Thorn, *içinde*, Rauscher, EuZPR/EuIPR, Bd. 3, Art. 21 Rom I-VO, para. 9; Hausmann, *içinde*, Staudinger, BGB, Int. Vertragsrecht 2, Art. 21 Rom I-VO, para. 9; Jakob ve Picht, *içinde*, Rauscher, EuZPR/EuIPR, Bd. 3, Art. 26 Rom II-VO, para. 2.

Anayasanın *Tüketicilerin korunması* başlıklı 172. maddesi “Devlet, tüketicileri koruyucu ve aydınlatıcı tedbirler alır, tüketicilerin kendilerini koruyucu girişimlerini teşvik eder” şeklindedir. Anayasanın bu hükmü karşısında Türk hukukunda zayıf taraf olarak kabul edilen tüketiciyi korumaya yönelik hükümler doğrudan uygulanan kurallar olarak kabul edilebilir. Ancak tüketiciyi korumayı amaçlayan her emredici kural doğrudan uygulanan kural olarak kabul edilmemelidir¹¹⁴⁸. Doğrudan uygulanan kuralların tespitinde, bu kuralların yetkili hukuka müdahale etmelerinin istisnâ niteliği göz önünde tutularak dar yorumlanması gerekir.

Doğrudan uygulanan kurallar Roma I Tüzüğü’nde m. 9’da hüküm altına alınmıştır¹¹⁴⁹. Tüzük’te doğrudan uygulanan kurallar tanımlanarak bu kuralların devletin siyasî, sosyal ve ekonomik düzeni gibi kamu menfaatlerinin korunması için önemli olan ve kapsamına giren konularda sözleşmeye uygulanacak hukuka bakılmaksızın uygulanan kurallar olduğu düzenlenmiştir. Görüldüğü üzere Tüzük’e göre doğrudan uygulanan kurallar bir devletin ekonomik, sosyal ve politik organizasyonu gibi kamu çıkarlarının korunması için uyulması önem taşıyan emredici kurallardır. Doktrinde, Tüzük’te yer verilen hükmün, doğrudan uygulanan kuralların uygulanma bakımından üstünlük kriterini vurguladığı savunulmaktadır¹¹⁵⁰.

Roma II Tüzüğü’nde doğrudan uygulanan kurallar tanımlanmamakla birlikte m. 16’da gerek tarafların seçtikleri hukukun gerekse Tüzük uyarınca tayin edilen objektif bağlama kuralları sonucunda tespit edilen hukukun *for* devletinin doğrudan uygulanan kurallarının önüne geçemeyeceği düzenlenmektedir. Dolayısıyla Roma II Tüzüğü, doğrudan uygulanan kuralları tanımlamamakla beraber bu tür bir kuralın tespit edilmesinden sonra ne şekilde hareket edileceği hususunda hâkime yol göstermektedir¹¹⁵¹. Haksız fiil alanında, daha sıkı irtibatlı olunan ülke hukukunun doğrudan uygulanan kuralları, hukuk

¹¹⁴⁸ Doktrinde bir kuralın, devletin sosyal, ekonomik ya da politik menfaatlerini korumayı doğrudan amaçlamadan yalnızca işçinin korunmasında olduğu gibi akdi ilişkinin zayıf tarafını korumayı amaçladığında, söz konusu kuralın doğrudan uygulanan kural olarak her durumda uygulanmasının kabul edilemeyeceği savunulmaktadır. Bkz. Vural Çelenk, “For Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları”, 286.

¹¹⁴⁹ İsviçre hukukunda MÖHK m. 18-19’da doğrudan uygulanan kurallar düzenlenmektedir.

¹¹⁵⁰ Özdemir Kocasakal, *Doğrudan Uygulanan Kurallar*, 1; Süheyla Bozkurt Balkar, “Uluslararası Sözleşmelere Uygulanacak Kuralları Belirlemede Kullanılan Yöntemlere Eleştirel Bakış”, *GsÜHFD*, Prof. Dr. Atâ Sakmar’a Armağan, 1 (2012): 165; Mustafa Erkan, “MÖHUK madde 31 Bağlamında Türk Hukukunda Doğrudan Uygulanan Kurallara Bakış”, *GÜHFD*, 15/2 (2011):, 83-84.

¹¹⁵¹ Önal, *Haksız Fiillere Uygulanacak Hukuk*, 270.

seçimiyle bertaraf edilemez. Böylece taraflarca hukuk seçimi yapılmak suretiyle, haksız fiilin meydana geldiği devlet mahkemesinin hukukundan kaçmak mümkün değildir. Şu hâlde Roma II Tüzüğü m. 16'ya göre gerek tarafların seçtikleri hukuk gerekse Tüzük uyarınca tayin edilen objektif bağlama kuralları sonucunda tespit edilen hukuk *for* devletin doğrudan uygulanan kurallarının önüne geçemez.

Sağlık turizmi ilişkisinde doğrudan uygulanan kurallar özellikle tüketici olarak hastanın korunması çerçevesinde gündeme gelebilir. Sağlık Bakanlığı tarafından Bakanlık bünyesindeki sağlık hizmeti sunucuları ile devlet üniversiteleri bünyesinde yer alan sağlık hizmet sunucularını, belediye hastaneleri tarafından sunulan sağlık hizmetlerinin (ön tanı, tanı, tedâvi, tıbbî rehabilitasyon, acil sağlık hizmetleri ile sağlık turizmi) fiyat tarifeleri ile uygulamaya ilişkin usul ve esasların belirlenmesi amacıyla Kamu Sağlık Hizmetleri ve Sağlık Turizmi, Turistin Sağlığı Kapsamında Sunulan Sağlık Hizmetleri Fiyat Tarifeleri Usul ve Esasları yayımlanmıştır¹¹⁵². Bu Usul ve Esaslara ek olarak da her yıl sunulan sağlık hizmetinin bedeline ilişkin Sağlık Hizmetleri Fiyat Tarifesi ile Sağlık Turizmi ve Turistin Sağlığı Kapsamında Sunulan Sağlık Hizmetleri Fiyat Tarifesi (Ek-2A) yayımlanmaktadır¹¹⁵³. Yürürlükte bulunan Sağlık Turizmi ve Turistin Sağlığı Kapsamında Sunulan Sağlık Hizmetleri Fiyat Tarifesi'nde bir taban fiyat uygulaması mevcutken tavan fiyat uygulaması yer almamaktadır¹¹⁵⁴. Sağlık hakkına herkesin asgarî düzeyde ve eşit olarak ulaşması gerektiği düşünüldüğünde tavan fiyat uygulamasının benimsenmemiş olması eleştiriye açıktır. Bununla beraber tavan fiyat uygulaması mevcut olsaydı dahi, tarifenin doğrudan uygulanan kural olarak devreye girmesi söz konusu olmazdı. Nitekim doktrinde ücrete ilişkin düzenlemelerin de sözleşme statüsüne girdiği

¹¹⁵² <https://shgmsgudb.saglik.gov.tr/Eklenti/45456/0/ek-1-fiyat-tarifeleri-usul-ve-esaslari.pdf> (E.T. 23.06.2023)

¹¹⁵³ Son olarak 30.03.2023 tarihli ve E-23642684-407.03-212283953 sayılı Makam Olur'u ile tarifelerde değişiklik yapılmış ve değişiklik 03.04.2023 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bkz. <https://shgmsgudb.saglik.gov.tr/TR-95329/kamu-saglik-hizmetleri-fiyat-tarifesinde-degisiklik-yapilmistir.html> (E.T. 23.06.2023)

¹¹⁵⁴ Önceki dönemdeyse fiyat tarifesinde belirlenen taban fiyatı en fazla 3 katı olmak üzere artırılabilmekteydi.

kabul edilmektedir¹¹⁵⁵. Hekimler için var olan ücret tarifesı doğrudan uygulanan kurallar kapsamında değerdendirilmemektedir¹¹⁵⁶.

Sağlık turizminde doğrudan uygulanan kural olarak gündeme gelebilecek bir diğer husus, uluslararası sağlık turizmi alanında faaliyet gösterilebilmesi için Bakanlıkça Uluslararası Sağlık Turizmi Yetki Belgesi verilmesidir. Uluslararası Sağlık Turizmi ve Turistin Sağlığı Hakkında Yönetmelik'in 7. maddesine göre uluslararası sağlık turizmi alanında faaliyet gösterebilmek için sağlık tesisinin, EK-1'de yer alan Uluslararası Sağlık Turizmi Sağlık Tesisi Yetkinlik Kriterlerinde belirtilen kriterleri, aracı kuruluşun ise EK-2'de yer alan Uluslararası Sağlık Turizmi Aracı Kuruluşu Yetkinlik Kriterlerinde belirtilen kriterleri taşıması zorunludur. Uluslararası Sağlık Turizmi Yetki Belgesi başvurusunu yapan ve gerekli incelemeler sonrası uygun görülen sağlık tesisleri ve aracı kuruluşlar ayrıca Bakanlığın web sitesinde yayımlanmaktadır. Böylece aleniyet de sağlanmış olmaktadır. Yetkinlik kriterine ilişkin bu düzenleme hastayı koruduğu gibi devletin ekonomik menfaatlerine de hizmet eder. Bu nedenle kanaatimizce söz konusu düzenleme doğrudan uygulanan kural olarak değerdendirilebilir.

Alman hukukunda tedâvi sözleşmesi BGB § 630a vd. hükümlerinde düzenlenmektedir. Alman doktrininde BGB § 630h'de yer alan ve hatalı tıbbî müdahaleyle aydınlatma yükümlülüğünün ihlâli hâllerinde ispat yükünün kimde olacağını münhasıran düzenleyen hükmün, doğrudan uygulanan kural niteliğinde olmadığı kabul edilmektedir¹¹⁵⁷. Aynı şekilde BGB § 630d'de düzenlenen rıza ve BGB § 630e'de düzenlenen aydınlatma yükümlülüğüne ilişkin hükümler de doğrudan uygulanan kural olarak nitelendirilemez. *Reisewitz*'e göre, ispat yükünü düzenleyen hükmün amacı yargılamada hasta ve hekim arasındaki dengesizliği ortadan kaldırmaktır. Hüküm kaynağını Anayasada yer alan âdil yargılanma hakkından almaktadır. Ayrıca rıza ve aydınlatma yükümlülüğüne ilişkin düzenlemeler kendi kaderini tayin hakkıyla da ilgilidir. Ancak bu düzenlemelerin kaynağının Anayasada yer verilen haklar olması onların doğrudan uygulanan kural olarak

¹¹⁵⁵ Gleixner-Eberle, *Die Einwilligung in die medizinische Behandlung Minderjähriger*, 466; Wienand, "Behandlung von Patienten aus dem Ausland", 562; Deutsch, "Das Internationale Privatrecht des Medizinwesens", 578 vd.

¹¹⁵⁶ Gleixner-Eberle, *Die Einwilligung in die medizinische Behandlung Minderjähriger*, 466; Spickhoff, içinde, Spickhoff, *Medizinrecht, IPR*, para. 25; Andreas Spickhoff, "Zwingendes Gebührenrecht und Internationales Vertragsrecht", *IPRax*, (2005): 127.

¹¹⁵⁷ Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 275.

nitelendirilmesi için yeterli değildir¹¹⁵⁸. Reisewitz’e göre, bu düzenlemeler yabancı hukukun uygulanması nedeniyle bir hakkın ihlâli söz konusu olursa bir önceki başlıkta incelediğimiz kamu düzeni gündeme gelebilir¹¹⁵⁹.

Son olarak ifade edilmelidir ki doktrinde iyi niyet ya da ahlâka aykırılık gibi genel düzenlemelerin doğrudan uygulanan kural olarak kabul edilmemesi gerektiği savunulmaktadır. Nitekim genel nitelikteki bu düzenlemelerin amacı sözleşmenin taraflarının menfaatlerinin korunmasıdır. Yoksa ilgili kurallar bir devletin siyasî, ekonomik ve sosyal düzenini korumaya yönelik değildir. Bu hâlde de yabancı hukukun uygulanması ancak şartları taşıması kaydıyla kamu düzeni müdahalesiyle engellenebilir¹¹⁶⁰.

2.6.2.3. Üçüncü Bir Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları

Üçüncü bir devletin hukuk düzeninde yer alan doğrudan uygulanan kurallar, belirli şartlar altında uygulanabilir. Türk hukukunda MÖHUK m. 31’de “*Sözleşmeden doğan ilişkinin tabi olduğu hukuk uygulanırken, sözleşmeyle sıkı ilişkili olduğu takdirde üçüncü bir devletin hukukunun doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınabilir. Söz konusu kurallara etki tanımak ve uygulayıp uygulamamak konusunda bu kuralların amacı, niteliği, muhtevası ve sonuçları dikkate alınır*” düzenlemesine yer verilmiştir.

Öncelikle belirtilmelidir ki, görüldüğü üzere üçüncü devletin doğrudan uygulanan kuralları sadece sözleşmeden doğan borç ilişkileri bakımından kabul edilmiştir. Ayrıca MÖHUK m. 31, üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarının uygulanmasını zorunlu kılmaz. Ancak bu kuralların uygulanmamaları hâlinde ortaya çıkabilecek olumsuzlukların önlenmesi için bu kurallara etki tanımayı sağlayan bir imkân getirmektedir¹¹⁶¹. Bir başka deyişle hâkime takdir yetkisi tanınmaktadır¹¹⁶².

¹¹⁵⁸ Martiny, *içinde*, MüKo-BGB, Bd. 10, Art. 9 Rom I-VO, para. 17.

¹¹⁵⁹ Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 275.

¹¹⁶⁰ Reisewitz, *Rechtsfragen des Medizintourismus*, 275-276.

¹¹⁶¹ Tarman, “İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk”, 543.

¹¹⁶² Nomer, *Devletler Hususî Hukuku*, 345, Doğan, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 420; Özdemir Kocasakal, “Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun Tespiti”, 77; Erkan, “Doğrudan Uygulanan Kurallar”, 109.

Maddedeki üçüncü ülkeyle kastedilen *lex fori* ve *lex causea* dışındaki bir ülkedir¹¹⁶³. Maddenin uygulanması için kanunun muhtevâsından anlaşılan uygulanma iradesi, sıkı ilişki, korunmaya değer ve açıkça üstün bir menfaatin bulunması şeklinde üç şartın yerine gelmesi gerekir¹¹⁶⁴.

Üçüncü devletin doğrudan uygulanan kuralları ancak sözleşmeyle üçüncü devletin hukuku arasında sıkı ilişki varsa uygulanabilir. Bu sıkı ilişki tarafların yerleşim yerleri, mutad meskenleri, iş yerleri veya sözleşmenin ifa yeri, malların bulunduğu yer, malların üretim yeri gibi nedenlerden kaynaklanabilir¹¹⁶⁵. Sıkı ilişkinin belirlenmesinde ise hâkimin takdir yetkisi vardır¹¹⁶⁶. Üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarının uygulanmasında, üçüncü devletin korunmaya değer ve açıkça üstün menfaatinin mevcudiyeti de şarttır¹¹⁶⁷. Ancak dikkat edilmelidir ki, üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarının uygulanması, Türk kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil ederse veya bu kuralların uygulanması Türk hukukunun doğrudan uygulanan kurallarıyla çatışırsa bu durumda söz konusu kurallar uygulanmaz¹¹⁶⁸.

Roma I Tüzüğü'nün 9. maddesinin 3. fıkrasına göre, üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarına, bu devlet aynı zamanda sözleşmeden doğan borçların ifa yeri veya ifa edilmesi gereken yer olması ve sözleşmenin ifasını hukuka aykırı kılıyorsa etki tanınabileceği düzenlenmiştir. Düzenlemede etki tanınması ifadesine yer verilmiş olması doktrinde bundan ne anlaşılmaması gerektiği hususunda tartışmalara yol açmıştır. Böylece *for* devletinin doğrudan uygulanan kuralları açısından hâkime herhangi bir takdir yetkisi tanınmazken, üçüncü ülkenin doğrudan uygulanan kuralları açısından takdir yetkisi tanınmıştır. Roma I Tüzüğü uyarınca da hâkim, üçüncü devletin doğrudan uygulanan

¹¹⁶³ Şanlı, Esen ve Ataman-Fıganmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 316. Zira Türk hâkimi, kanunlar ihtilâfı kurallarını ve bu kurallara göre yetkili olan yabancı hukuku MÖHUK m. 2 gereğince re'sen uygular. Sözleşme statüsü, sözleşmeye bir bütün olarak uygulanacağından bu statünün doğrudan uygulanan kuralları da hâkim tarafından re'sen uygulanmalıdır. Doğan, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 282-283.

¹¹⁶⁴ Doğan, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 422.

¹¹⁶⁵ Doğan, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 421; Erkan, "Doğrudan Uygulanan Kurallar", 106.

¹¹⁶⁶ Nomer, *Devletler Hususî Hukuku*, 345; Şanlı, Esen ve Ataman-Fıganmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 375; Özdemir Kocasakal, "Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun Tespiti", 77; Erkan, "Doğrudan Uygulanan Kurallar", 109.

¹¹⁶⁷ Doğan, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 421; Erkan, "Doğrudan Uygulanan Kurallar", 105; Doğa Elçin, "Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk Hukukunda Sözleşmeyle İrtibatlı Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları", *GsÜHFD, Prof. Dr. Atâ Sakmar'a Armağan*. (2011): 348.

¹¹⁶⁸ Doğan, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 421; Elçin, "Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları", 342.

kurallarına etki tanınıp tanınmaması hususunu değerlendirilirken, kuralların mahiyeti, amacı ve uygulanmasının veya uygulanmamasının sonuçları dikkate alınır.

Roma II Tüzüğü'nün m. 17 düzenlemesi, doğrudan uygulanan kurallara benzer nitelikte olan, emniyet ve âsâyiş kurallarına ilişkindir. Emniyet ve âsâyiş kuralları da yine Tüzük'te uygulanacak hukukun bir istisnası olarak düzenlenmektedir¹¹⁶⁹. Bununla beraber Tüzük'te emniyet ve âsâyiş kurallarının tanımına yer verilmemiştir. İstisnâî özelliği nedeniyle emniyet ve âsâyiş kurallarının kamu düzeni ve kamu menfaatiyle ilgili kurallar olduğu kabul edilmektedir¹¹⁷⁰. Bu nedenle örneğin tedâvinin Almanya'da gerçekleştiği ve haksız fiil sorumluluğunun söz konusu olduğu durumda, Roma II Tüzüğü m. 17'den hareketle Almanya'da geçerli olan emniyet ve âsâyiş kuralları ile tıbbî standartların dikkate alınması gerektiği doktrinde savunulmaktadır¹¹⁷¹. Doktrinde ayrıca Tüzük kapsamındaki emniyet ve âsâyiş kurallarının doğrudan uygulanan kurallardan daha geniş, ancak, kamu düzeni ifadesinden daha dar olarak uygulanacak şekilde anlaşılması gerektiği ileri sürülmektedir¹¹⁷². Madde kaleme alınırken, emniyet ve âsâyiş kurallarının *uygulanmasından* değil de dikkate alınmasından bahsedilmektedir. Bu nedenle emniyet ve âsâyiş kurallarının uygulanacak hukuk değil; hukuk uygulanırken dikkate alınması gereken hususlar olduğu kabul edilmektedir¹¹⁷³.

¹¹⁶⁹ Nordmeier, “Der Behandlungsvertrag im Internationalen Privatrecht”, 516; Tarman, “Roma II Tüzüğü”, 201.

¹¹⁷⁰ Önal, *Haksız Fiillere Uygulanacak Hukuk*, 270.

¹¹⁷¹ Wienand, “Behandlung von Patienten aus dem Ausland”, 562; Spickhoff, *içinde*, Spickhoff, *Medizinrecht*, IPR, para. 20.

¹¹⁷² Önal, “Vekâletsiz İş Görmeye Uygulanacak Hukuk”, 230.

¹¹⁷³ Tarman, “Roma II Tüzüğü”, 201.

SONUÇ

Sağlıklı olmak insanın en temel ihtiyaçlarından biridir. Kişiler, mevcut sağlığını korumak veya iyileştirmek için sağlık hizmetine başvurur. Sağlık hizmeti kişinin kendi ülkesinde alınabilir veya başka bir ülkeye seyahat edilerek gidilen ülkede tedâvi olmak da tercih edilebilir. Kişinin tercihini ikincisinden yana kullanması durumunda, sağlık turizmi söz konusu olur. Sağlık turizmi günümüzde sıklıkla tercih edilen ve önemi gittikçe artan bir alandır. Sağlık turizminden kaynaklanan ve farklı hukuk disiplinlerini ilgilendiren çok sayıda hukukî sorun söz konusudur. Sağlık turizmi bakımından gündeme gelebilecek hukuk disiplinlerinden birisi de milletlerarası özel hukuktur. Çalışmamızda sağlık turizmi ile ilgili hukukî konular, özellikle milletlerarası özel hukuk boyutuyla ele alınmıştır. Özellikle de tedâvi ilişkisinde zayıf taraf olarak kabul edilebilecek hastanın talepleri ve bu taleplere uygulanacak hukuk konusuna ağırlık verilmiştir.

Türk hukukunda sağlık turizminin yer aldığı ana mevzuat kaynağı Uluslararası Sağlık Turizmi ve Turistin Sağlığı Hakkında Yönetmelik'tir. Artan önemi ve uygulamadaki yeri dikkate alındığında konunun kanaatimizce Yönetmelik yerine bir Kanun ile düzenlenmesi daha isabetli olurdu.

Yönetmelik'e göre sağlık turizmi, sağlık amaçlı yurt dışından Türkiye'ye geçici bir süreliğine gelen, Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olmayan veya Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olmakla birlikte yurt dışında ikâmet eden gerçek kişilerin aldıkları her türlü sağlık hizmeti ile bunlarla ilgili destek hizmetlerini ifade eder. Bu tanımdan hareketle sağlık turizminden bahsedebilmek için her şeyden evvel sağlık hizmeti almak amacıyla yurt dışına bir seyahat gerçekleştirilmelidir. Bu nedenle turistin sağlığı kapsamında sunulan sağlık hizmetleri ile kişi yurt dışındayken acil bir durum nedeniyle gerçekleştirilen *akut* tedâviler sağlık turizmi kapsamına girmez. Ayrıca yurt dışına yapılan sağlık amaçlı seyahat geçici olmalıdır. Kanaatimizce buradaki geçicilik tedâvi

süresince hastanın yurt dışında kalışına izin veren bir süredir. Hasta ikametgâhını veya mutad meskenini tedâvi ülkesine taşıyorsa artık sağlık turizmi söz konusu olmaz.

Yönetmelik'e göre Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olmayan kişiler ile Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olmakla birlikte yurt dışında ikâmet eden gerçek kişiler sağlık turisti olabilir. Kanaatimizce Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olmakla birlikte mutad meskeni yurt dışında bulunan kişiler de sağlık turisti olarak değerlendirilmelidir. Mavi kartlılar ve çok vatandaşlığı haiz kişiler ise Yönetmelik'in kapsamı dışında bırakılmıştır. Kanaatimizce yurt dışında ikâmet eden Türk vatandaşları sağlık turisti olarak değerlendirilebilirken mavi kart sahiplerinin ve çok vatandaşlığa sahip olanların kapsam dışında bırakılması yerinde bir düzenleme olmamıştır.

Sağlık Turizmi ve Turistin Sağlığı Hakkında Yönetmelik'e göre sağlık turizmi alanında faaliyette bulunmak isteyen aracı kuruluşun ve sağlık tesisinin sağlık turizmi yetki belgesi alması zorunludur. Kanaatimizce bu düzenlemeye Yönetmelik yerine Kanun'da yer verilmiş olsaydı; hem tüketici olarak hastanın korunması Kanun düzeyinde sağlanmış olurdu hem de sağlık hizmetlerinde aracılığı yasaklayan TTBK m. 64 hükmüne Kanun'la bir istisna getirilmiş olurdu.

Türk hukukunda bizim de katıldığımız baskın görüşe göre tedâvi sözleşmesi bir vekâlet sözleşmesidir. Estetik müdahalenin söz konusu olduğu istisnaî bazı hallerde ise eser sözleşmesinin varlığı da kabul edilmektedir. Sağlık turizminde tedâvi sözleşmesi Türk hukuku açısından TKHK m. 3'ten hareketle tüketici sözleşmesi niteliği taşımaktadır. Sağlık turizmi uygulamasında sıklıkla, tedâvinin yanı sıra; hastanın kendi ülkesinden yurt dışına ulaşımını, orada konaklamasını, ve diğer günlük (ayrıca turistik) faaliyetlerini de kapsayan bir paket tur tercih edilmektedir. Bu paket turun düzenleyicisi aracı kuruluş olabileceği gibi kanaatimizce hekim veya sağlık hizmeti sunucusu da olabilir. Kanaatimizce sağlık turizminde paket tur sözleşmesine ilişkin yasal bir düzenlemenin yapılması ve tarafların yükümlülüklerinin belirlenmesi, hukukî güvenlik ve öngörülebilirlik açısından isabetli olur.

Sağlık turizmi ilişkisinde uyuşmazlık öncelikle sözleşmeden doğabilir. Ayrıca haksız fiil ve vekâletsiz iş görmeden kaynaklanan uyuşmazlıklar da söz konusu olabilir. Çalışmamızda sağlık turizmi ilişkisinden doğan uyuşmazlıklara uygulanacak hukuk

meselesi MÖHUK'taki mevcut düzenlemelerden hareketle tespit edilmiştir. Ancak kanaatimizce başta tedâvi sözleşmesi olmak üzere sağlık turizmi uyuşmazlıklarına dair MÖHUK'ta bir düzenleme yapılması uygun olur.

Sözleşmeden doğan uyuşmazlıklara uygulanacak hukuk sübjektif veya objektif bağlama kurallarından hareketle tespit edilir. Çalışmamızda sözleşme statüsü incelenirken öncelikle sübjektif bağlama kurallarına yer verilmiştir. Tedâvi sözleşmesi açısından önem arz eden zımnî hukuk seçimi meselesinin üzerinde ayrıntılı bir şekilde durulmuş ve dikkate alınacak emâreler, örnekler üzerinden anlatılmıştır. Zira açık hukuk seçimi, uygulamada çoğunlukla taraflarca ihmâl edilmektedir. Kanaatimizce tedâvi sözleşmesinde taraflar açık hukuk seçimi yapmayı tercih etmelidirler. Açık hukuk seçimi yoluyla taraf iradeleri ve menfaatleri ön planda tutulmuş olur. Ayrıca taraflar açısından hukukî kesinlik, güvenlik ve öngörülebilirlik de sağlanır. Şu hâlde eğer taraflar arasında kurulan sözleşmede açık veya zımnî hukuk seçimi varsa uygulanacak hukuk seçilen hukuktur. Bununla beraber MÖHUK m. 26'nın uygulama alanına giren bir sözleşme söz konusu olduğunda seçilen hukuk, yararlılık prensibi gereği sağlık turistinin mutad meskeni hukukunun emredici hükümleri uyarınca sahip olacağı asgarî koruma saklı kalmak kaydıyla uygulanır.

Tüm faydalarına rağmen hukuk seçimi yapmak bazen taraflarca ihmâl edilmektedir. Hukuk seçiminin bulunmadığı hallerde tedâvi sözleşmesine uygulanacak hukuk açısından MÖHUK'ta gündeme gelecek iki madde vardır. Çalışmanın ilk bölümünde tedâvi sözleşmesinin tüketici sözleşmesi niteliğini taşıdığını tespit ettiğimizden öncelikle MÖHUK'un 26. maddesine göre bir değerlendirme yapılmalıdır. Tedâvi sözleşmesi, eğer sağlık turistinin mutad meskeninin bulunduğu ülkede, ona gönderilen özel bir davet üzerine veya ilân sonucunda kurulmuş ve sözleşmenin kurulması için sağlık turisti tarafından yapılması gerekli hukukî fiiller bu ülkede yapılmışsa veya hekim veya sağlık hizmeti sunucusu yahut bunların temsilcisi, siparişi sağlık turistinin mutad meskeni ülkesinde almışsa uygulanacak hukuk MÖHUK'un 26. maddesidir. Dolayısıyla uygulanacak hukuk sağlık turistinin mutad meskeni hukukudur. Sağlık turistinin mutad meskeni, onun gerçek yaşam merkezidir.

Çalışmada 26. maddenin uygulama alanının istisnası niteliğindeki hizmetin tüketicinin mutad meskeni dışında gerçekleşmiş olması ihtimaline de yer verilmiştir. Zira sağlık

turizminde işin doğası gereği hastaya sunulan sağlık hizmeti, onun mutad meskeninin bulunduğu ülkenin dışındaki bir ülkede sunulur. Eğer sağlık hizmeti tamamıyla sağlık turistinin mutad meskeni dışında sunuluyorsa, uygulanacak hukuk artık 26. maddeye göre değil de genel hüküm olan 24. maddeye göre tespit edilir. Kanaatimizce hizmetin bir kısmının dahi tüketicinin mutad meskeninde sağlandığı ihtimâlde yine 26. maddenin kapsamına giren bir sözleşme söz konusu olur ve uygulanacak hukuk sağlık turistinin mutad meskeni olmaya devam eder.

Çalışmada 26. maddenin istisnasının istisnası niteliğindeki paket tur sözleşmesine de kapsamlı bir şekilde yer verilmiştir. Sağlık turizmi çerçevesinde sunulan hizmetler çoğunlukla bir paket tur kapsamında sunulduğundan uyuşmazlık paket tur niteliğindeki bir sözleşmeden doğduğunda uygulanacak hukuk tüketicinin mutad meskeni hukuku olur.

Uygulanacak hukuk meselesinde gündeme gelecek ikinci madde ise MÖHUK m. 24'tür. 24. madde, 26. madde kapsamına dahil olmayan tedâvi sözleşmesinin varlığı halinde uygulanır. MÖHUK m. 24/4'te sözleşmeler için objektif bağlama kuralı olarak en sıkı ilişkili hukuk kabul edilmiştir. En sıkı ilişkili hukukun tespitindeyse karakteristik edim kavramı öne çıkmaktadır. Tedâvi sözleşmesi açısından karakteristik edim, hekim veya sağlık hizmeti sunucusunun edimidir. Bu nedenle uygulanacak hukukun 24. maddeye göre tespit edildiği hallerde, hukuk seçimi de yoksa, sözleşme statüsü kural olarak karakteristik edim borçlusu olan hekim veya sağlık hizmeti sunucusunun işyeri hukukudur.

Hastanın tedâvi sözleşmesini doğrudan doğruya bir hekimle kurmuş olması durumunda uygulanacak hukuk, hekimin muayenehanesinin bulunduğu yerin hukukudur. Sözleşmede hastanın karşısında tüzel kişi olarak faaliyet gösteren bir özel hastane veya tüzel kişiliği bulunmayan muayenehane veya klinik gibi bir sağlık hizmeti sunucusu varsa, uygulanacak hukuk ilgili sağlık hizmeti sunucusunun idare merkezi hukukudur. Uygulamada idare merkezinin bulunduğu yer, genellikle tedâvinin gerçekleştiği yerle aynıdır.

Tedâvi sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklara karakteristik edim borçlusu olarak hekim veya sağlık hizmeti sunucusunun işyeri hukukunun uygulanabilmesi için hâlin bütün şartlarına göre somut olayla daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunmaması gerekir. Özellikle

tedâviyi gerçekleştirecek tarafın işyerinin bulunduğu ülkeyle tedâvi yerinin farklılaşması hâlinde daha sıkı ilişkili hukukun değerlendirilmesi gerekir. Bu değerlendirme sonucunda tedâvi yeri ile daha sıkı ilişkinin var olduğu tespit ediliyorsa artık uyumsuzluğa daha sıkı ilişkili hukuk olarak tedâvi yeri hukuku uygulanır.

Hasta taleplerini sözleşme sorumluluğuna değil de haksız fiil sorumluluğuna dayandırdığında ise uygulanacak hukukun MÖHUK m. 34'e göre tespit edilmesi gerekir. Taleplerin haksız fiil sorumluluğuna dayandırıldığı hallerde uygulanacak hukuk, haksız fiilin işlendiği ülke hukukudur. Haksız fiilin işlendiği yer ile zararın meydana geldiği yerin farklı ülkelerde olması hâlindeyse, zararın meydana geldiği ülke hukuku uygulanır. Sağlık turizmi açısından zarar, çoğunlukla tedâvinin gerçekleştirildiği ülkede meydana gelir. Zira zarar, tedâvi sonucunda hastalık ya da rahatsızlık gibi bedenî bir zararın oluşumudur. Ancak zarar hasta kendi ülkesine döndükten sonra ortaya çıkıyorsa fiilin işlendiği yer ile zarar yeri artık aynı değildir ve zarar yeri hukuku uygulanır.

Taleplerin haksız fiile dayandırıldığı hallerde de daha sıkı ilişkili hukukun var olup olmadığının değerlendirilmesi gerekir. Sağlık turizminde çoğunlukla bir tedâvi sözleşmesi de bulunduğundan kanaatimizce bu sözleşme ile daha sıkı ilişkinin varlığı kabul edilmeli ve bu sözleşmeye fer'i bağlanılmalıdır.

Hekim tıbbî müdahalede bulunurken işlemi genişletmesini zorunlu kılan bir durumla karşı karşıya kalmış olabilir. Böyle bir durumda hasta, taleplerini vekâletsiz iş görmeye dayandırabilir. Kanaatimizce vekâletsiz iş görmeye dayanan uyumsuzluklarda da tedâvi sözleşmesine fer'i bağlanma yöntemi tercih edilebilir.

Çalışmamızın ikinci bölümünde *lex causae*'nin uygulanmasını sınırlandıran ilk hâl olarak kamu düzeni müdahalesi ele alınmıştır. Kamu düzeni müdahalesi, sağlık turizmi açısından özellikle tazminat meslesinde gündeme gelebilir. Uygulanan yabancı hukuka göre tazminat yetersizse, hiç verilmiyorsa veya aşırı yüksekse kamu düzeni müdahalesi söz konusu olabilir. Ayrıca hekimin aydınlatma yükümlülüğü ile ilgili meselelerde de kamu düzeni müdahalesini gerektiren sonuçlar ortaya çıkabilir.

Çalışmamızda *lex causae*'nin uygulanmasını sınırlandıran bir diğer hâl olarak doğrudan uygulanan kurallara yer verilmiştir. Doğrudan uygulanan kurallar, *for* devletinin ve

üçüncü bir devletin kuralları olabilir. Sağlık turizmi ilişkisinde doğrudan uygulanan kurallar özellikle tüketici olarak hastanın korunması çerçevesinde gündeme gelebilir.



KAYNAKÇA

- Acun Mekengeç, Merve. *Aynî Haklardan Doğan Uyuşmazlıklarda Uygulanacak Hukuk ve Yetkili Mahkeme*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2016.
- Akkanat, Halil. “Hastaneye Kabul Sözleşmesinin Görünüm Tarzları ve Sorumluluk Düzeni”. *Prof. Dr. Özer Seliçi’ye Armağan*. 2006: 25-40.
- Aktaş Koyuncu, Nihan. *Hekimin Özen Borcuna Aykırılıktan Doğan Sözleşmesel Sorumluluğu*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020.
- Arpacı, Özge. “Sağlık Bakanlığı Tarafından Kabul Edilen Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıp Uygulamaları ve Bunların Hukuka Uygunluğunun Değerlendirilmesi”. *DEÜHFD*. 23/2 (2021): 1245-1307.
- Arslan, Firdevs. “Hekimin Sorumluluğunun Belirlenmesi Bakımından Hekim ile Hasta Arasındaki İlişkinin Hukuki Mahiyeti”. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*. 26/1 (2020): 400-422.
- Arslan, İlyas. “5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Uyarınca Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerinde Zımnî Hukuk Seçimi”. *MHB*. 33/2 (2013): 1-41.
- Arztstrafrecht in der Praxis. Ed. Klaus Ulsenheimer ve Karsten Gaede. Heidelberg: C.F. Müller, 2020.
- Atamer, Yeşim M. “Devletler Özel Hukukunda Tüketicinin Korunması”. *İÜHFD*. 55/1-2, (1995-1996): 421-447.
- Ausländisches Familienrecht, Eine Auswahl von Länderdarstellungen. Ed. Rieck Jürgen. München: Beck C. H., 2015.
- Avcı, Seniha. *Türkiye’deki JCI Akreditasyonuna Sahip Özel Hastanelerin Hizmet Performansı, Beykent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Doktora Tezi*, 2019.
- Ayan, Mehmet. *Tıbbî Müdahalelerden Doğan Sorumluluk*. Ankara: Kazancı Hukuk Yayınları, 1991.
- Aybay, Rona, Esra Dardağan. *Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması (Kanunlar İhtilafı)*. İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2008.
- Aydın Gökhan, Bilge Karamehmet. “Factors Affecting Health Tourism and International Healthcare Facility Choice”. *International Journal of Pharmaceutical and Healthcare Marketing*. 11/1 (2017): 16-36.
- Aygül, Musa ve Canan Erdoğan. “Türkiye İş Kurumu Tarafından Hazırlanan Yurt Dışı Hizmet Akitlerindeki Hukuk Seçimine Dair Kayıtların Geçerliliği”. *Prof. Dr. M. Fatih Uşan’a Dekanlıkta 10. Yıl Anısına Teşekkür Armağanı*. 2022: 753-788.
- Aygül, Musa ve Nazlı Çoban. “Birden Fazla Ülkede İfa Edilen İş Sözleşmelerinde Mutad İşyerinin Tespiti”. *Terazi Hukuk Dergisi*. 169 (2020): 1815-1832.
- Aygül, Musa. “Avrupa Topluluklarında Akitten Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Sözleşmesi”. *SÜHFD*. 9/3-4 (2011): 223-264.

- Aygül, Musa. *Milletlerarası Özel Hukukta Şirketlere Uygulanacak Hukukun Tespiti*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2007.
- Aygün, Mesut. “Yabancılık Unsurunun Mahiyeti ve Yargılamadaki Rolü”. Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan, *DEÜHFD*. 16, (2014): 1025-1066.
- Ayhan İzmirli, Lale. *Milletlerarası Ticari Sözleşmelerin Müzakeresi ve Hazırlanması*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2017.
- Backmann, Jan L.. *Künstliche Fortpflanzung und Internationales Privatrecht unter besonderer Berücksichtigung des Persönlichkeitsschutzes*. München: Beck C. H., 2002.
- Badur, Emel. *Tıbbi Müdahaleye Rızanın Özellik Gösterdiği Haller*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017.
- Bairlein, Maria. *Internationales Vertragsrecht für Freie Berufe*. Marburg: Tectum Verlag, 2009.
- Ballhausen, Benedikt. *Das arztrechtliche System als Grenze der arbeitsteiligen Medizin, zugleich ein Beitrag zur privatrechtsdogmatischen Integration des Arztrechts*. Göttingen : Universitätsverlag Göttingen, 2013.
- Barnes, J. Kelly. “Telemedicine: A Conflict of Laws Problem Waiting to Happen - How Will Interstate and International Claims Be Decided?”. *Houston Journal of International Law*. (2006): 491-529.
- Basedow, Jürgen. “Internationales Verbrauchervertragsrecht - Erfahrungen, Prinzipien und europäische Reform”. *Festschrift für Erik Jayme*. (2004): 3-23.
- Bayata Canyaş, Aslı. *AB ve Türk Hukuku Uyarınca Sözleşmeye Uygulanacak Hukuka İlişkin Genel Kural*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2012.
- Bayata Canyaş, F. Aslı “Roma I Tüzüğü ile Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Uyarınca Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerinde Örtülü Hukuk Seçimi”. *HHFD*. 1/1 (2011): 110-121.
- Bayraktaroğlu Özçelik, Gülüm. “Yabancı Unsurlu Tüketici Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisinin Tayini”. *AÜFHD*. 63/4 (2014): 833-878.
- Bleiler, Lisa-Maria. *Strafbarkeitsrisiken des Arztes bei religiös motiviertem Behandlungsveto*. Heidelberg: Springer Verlag, 2010.
- Blyth, Eric ve Abigail Farrand. “Reproductive Tourism - A Price Worth Paying For Reproductive Autonomy”. *Critical Social Policy*. 91 (2005): 91-114.
- Bogner, Jens. “Die Gerichtsstände der EuGVVO in medizinrechtlichen Streitigkeiten”. Ed. Martin Ahrens, Volker Lipp, István Varga, *Europäisches Zivilprozessrecht*. Göttingen: Universitätsverlag Göttingen, 2011.
- Bookman, Milica Z., Karla R. Bookman. *Medical Tourism in Developing Countries*. New York: Palgrave Macmillan, 2007.
- Bozkurt Balkar, Süheyla. “Uluslararası Sözleşmelere Uygulanacak Kuralları Belirlemede Kullanılan Yöntemlere Eleştirel Bakış”. *GsÜHFD, Prof. Dr. Atâ Sakmar’a Armağan*. 1 (2012): 141-196.

- Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht. Erişim Tarihi 13.08.2022, https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1988/1776_1776_1776/de
- Bükey, Aziz, Murat Göral. “Aşı Turizmi”. Ed. Barış Demirci ve Ali Solunoğlu, *Turizmde Araştırma Temaları*. (2021): 44-50.
- Bürgerliches Gesetzbuch (BGB). Erişim Tarihi 10.09.2022, <https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/BJNR001950896.html>
- Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar. Ed. Hanns Prütting, Gerhard Wegen ve Gerd Weinreich. Köln: Luchterhand Verlag, 2014.
- Bürgerliches Gesetzbuch. Ed. Otto Palandt. München: Beck C. H., 2014.
- Cassens, Manfred. *Gesundheitstourismus und touristische Destinationsentwicklung - Ein Lehrbuch*. München: Oldenbourg Wissenschaftsverlag, 2013.
- Cloud, Megan. “Robots Are Coming: A Discussion of Choice-of-Law Issues and Outcomes in Telesurgical Malpractice”. *Texas A&M Law Review*. 6/3, (2019): 707-730.
- Cohen, I. Glenn. “How to Regulate Medical Tourism (and Why It Matters for Bioethics)”. *Developing World Bioethics*. 12/1 (2012): 9-20.
- Çakmut Yenerer, Özlem. *Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi*. İstanbul: Legal Yayıncılık, 2003.
- Çalışkan, Zeynep. “5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 26. maddesine Göre Tüketici Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk”. *MHB*. 28/1, (2011): 27-50.
- Çam Oğuz, Hakkı Çılgınoğlu. “Sağlık Turizmi Kapsamında Aşı Turizmine Genel Bakış: Covid-19 Pandemisi Süreci Örneği”. *Safran Kültür ve Turizm Araştırmaları Dergisi*. 5/2 (2022): 220-254.
- Çavdar, Pelin. “Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü”. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan*. 22/3 (2016): 735-764.
- Çavdar, Pelin. “Türk Hukuku ve Avrupa Birliği Direktifleri Işığında Tele-Tıp”. *SÜHFD*. 30/2 (2022): 755-785.
- Çelikel, Aysel ve B. Bahadır Erdem. *Milletlerarası Özel Hukuk*. İstanbul: Beta Yayınevi, 2020.
- Çilingiroğlu, Cüneyt. “Devletler Özel Hukuku Alanında Borç Sözleşmelerinde Hukuk Seçimi: Sübjektif Bir Bağlama Noktası Olarak Taraf İradeleri”. *MHB*. 9/2, (1989): 103-120.
- Çoban, Ömer, Emre Dilek ve Serhat Harman. “İntihar Bir Turizm Türü Olarak Değerlendirilebilir mi?”. *Nevşehir Hacı Bektaş Veli Üniversitesi SBE Dergisi*. 7/1 (2017): 137-151.
- Damm, Reinhard. “Patientenrechte - grenzüberschreitende Betrachtungen zum deutschen und schweizerischen Recht (Teil 1)”. *MedR*. 36 (2018): 847-859.
- Damm, Reinhard. “Patientenrechte - grenzüberschreitende Betrachtungen zum deutschen und schweizerischen Recht (Teil 2)”. *MedR*. 36 (2018): 939-947.

- Dardağan, Esra Gül. *Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Haklardan Doğan Kanunlar İhtilâfi*. Ankara: Betik Yayıncılık, 2000.
- Deech, Ruth. “Reproductive Tourism in Europe: Infertility and Human Rights”. *Global Governance*. 9 (2003): 425-432.
- Değdaş, Ulaş Can. “Hatalı Tıbbi Uygulamadan (Malpraktis) Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk”. *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 4/6 (2017): 41-65.
- Demir Gökyayla, Cemile. *Milletlerarası Özel Hukukta Tek Satıcılık Sözleşmeleri*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2013.
- Demir Gökyayla, Cemile. *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeni*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2008.
- Demir, Mehmet. “Hekimin Hukuksal Sorumluluğunun Kaynakları ve Özel Hastane - Kamu Hastanesi Ayırımı”. *Prof. Dr. Ali Naim İnan’a Armağan*. (2009): 263-283.
- Demir, Mehmet. “Hekimlik Sözleşmesinden Doğan Sorumluluğun Koşulları”. *Ankara Barosu-AÜHF Sağlık Hukuku Kurultayı, 1-3 Kasım 2007*. (2008): 153-161.
- Demirkol, Berk. *Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un 24. Maddesi Çerçevesinde Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2014.
- Demirsoy Aşıkoğlu, Eda. “Kişi Dokunulmazlığı Hakkı Bağlamında Rıza Olmaksızın Yapılan Tıbbi Müdahaleler”. *TAAD*. 35 (2018): 319-343.
- Deutsch, Erwin ve Andreas Spickhoff. *Medizinrecht*. Heidelberg: Springer Verlag, 2014.
- Deutsch, Erwin. “Das Internationale Privatrecht der Arzthaftung”. *Festschrift für Murad Ferid*. (1978): 117-135.
- Deutsch, Erwin. “Das Internationale Privatrecht, Versicherungsrecht und Zivilprozessrecht des Medizinwesens nach der Rom I- und der Rom II-Verordnung der EU - ein Überblick”. *MedR*. (2009): 576-581.
- Deutsch, Erwin. “Das Persönlichkeitsrecht des Patienten”. *Archiv für die civilistische Praxis*. 192 (1992): 161-180.
- Deutsch, Erwin. “Der Medizintourismus: Die rechtliche Seite - Zivilrechtliche, versicherungsrechtliche und zivilprozessuale Probleme des Anspruchs aus ärztlichen Leistungen im Ausland”. *VersR*. (2009): 1-7.
- Deutsch, Erwin. “Die Auslagerung medizinischer Maßnahmen in das In- und Ausland”. *VersR*. (2007): 1323-1339.
- Deutsch, Erwin. “Internationales Haftungsrecht nach neuem Recht der Europäischen Union, insbesondere im Medizinrecht”. *Festschrift für Gerfried Fischer*, (2010): 27-34.
- Doğan Emsalgül. “TBK m. 60’ın “Iura Novit Curia” İlkesi Bakımından Değerlendirilmesi”. *Adalet Dergisi*. 70/1 (2023): 305-343.
- Doğan, Murat. “Hekimin Hukuki Sorumluluğu”. *Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk Sempozyumu, Mersin Barosu*. (2009): 41-60.

- Doğan, Murat. “Özel Hastanelerin Tazminat Sorumluluğu”. *TBBB Uluslararası Sağlık Hukuku Sempozyumu*. (2014): 21-63.
- Doğan, Vahit. “5718 sayılı Kanuna Göre İş Akdine Uygulanacak Hukukun Tespiti”. *GÜHFD*. 11/1-2 (2007): 147-163.
- Doğan, Vahit. “Milletlerarası Özel Hukukta İspata Uygulanacak Hukukun Tespiti”. *Prof. Dr. Süleyman Arslan'a Armağan*. (1998): 787-819.
- Doğan, Vahit. “Milletlerarası Özel Hukukta Zayıf Âkit Tarafın Korunması”. *MHB*. 15/1-2 (1995): 21-42.
- Doğan, Vahit. *İş Akdinden Doğan Kanunlar İhtilâfı Alanında Bağlama Kuralının ve Sınırlarının Tespiti*. Ankara: Yetkin, 1996.
- Doğan, Vahit. *Milletlerarası Özel Hukuk*, Ankara: Savaş Yayınevi, 2022.
- Doğramacı, Yakup Gökhan. “Teletıp, Sağlık Turizmi ve Uzaktan Sağlık Hizmetleri: Mesafeli Sözleşmeler”. *İÜHFD*. 78/2 (2020): 657-710.
- Dorneck, Carina. *Das Recht der Reproduktionsmedizin de lege lata und de lege ferenda*. Baden-Baden: Nomos Verlag, 2019.
- Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (EGBGB). Erişim Tarihi 10.09.2022, <https://www.gesetze-im-internet.de/bgbeg/>
- Ekşi, Nuray. “Kanunlar İhtilâfı Alanında “Incorporation” ”. *MHB*. 19-20/1-2 (1999-2000): 263-291.
- Ekşi, Nuray. “Yabancılık Unsuru Taşıyan Akitler ve Bu Akitlerin AT Roma Konvansiyonu’na Göre Anlamı”. *MHB*. 12/1-2 (1992): 1-10.
- Elçin, Doğa. “Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk Hukukunda Sözleşmeyle İrtibatlı Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları”. *GsÜHFD, Prof. Dr. Atâ Sakmar’a Armağan*. (2011): 329-354.
- Elger, Bernice Simone ve Silke Grabherr. “Assistierter Suizid und Sterbehilfe in einer alternden Gesellschaft”. *Rechtsmedizin*. 28/2 (2018): 87-93.
- Engel, Martin. “Internationale Leihmutterchaft und Kindeswohl”. *ZEuP*. (2014): 538-561.
- Erdoğan, Burcu İrge. “Milletlerarası Özel Hukukta Deniz Yoluyla Yolcu Taşıma Sözleşmesine İlişkin Genel Değerlendirme”. *MHB*. 37/2 (2017): 508-546.
- Erdoğan, Ersin. *Medenî Usûl Hukuku Kurallarının Yer Bakımından Uygulanması*. Ankara: Yetkin, 2020.
- Eren Sayın, Feyza. *Paket Tur Sözleşmesinde Tüketicinin Korunması*. İstanbul: 2013. (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi)
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*. Ankara: Yetkin, 2019.
- Erkan, Mustafa. “MÖHUK madde 31 Bağlamında Türk Hukukunda Doğrudan Uygulanan Kurallara Bakış”. *GÜHFD*. 15/2 (2011): 81-121.
- Ersen Perçin, Gizem. “5718 sayılı MÖHUK madde 32 Kapsamında Sözleşmelerin Kuruluşu ve Maddi Geçerliliği”. *MHB*. 28/1-2 (2008): 51-64.

- Esener, Turhan. "Devletler Hususî Hukukunda İradenin Muhtariyeti Prensibi". *AÜHFD*. 11/1-2, (1954): 478-513.
- Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht EuZPR/EuIPR, Band 1, Brüssel I-VO, LugÜbk 2007. Ed. Thomas Rauscher. München: Sellier, 2011.
- Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht EuZPR/EuIPR, Band 3, Rom I-VO, Rom II-VO. Ed. Thomas Rauscher. München: Sellier, 2011.
- Fadi El-Khoury, Christian. "Medical Tourism in a Pandemic, Telemedicine as an Asset in International Patient Care". *Compliance Elliance Journal*. 7/1 (2021): 28-35.
- Fischer, Gerfried. "Ärztliche Verhaltenspflichten und anzuwendendes Recht bei grenzüberschreitender telemedizinischer Behandlung". Ed. Bernd-Rüdiger Kern, Elmar Wadle, Klaus-Peter Schroeder, Christian Katzenmeier. *Festschrift für Adolf Laufs*. (2006): 781-791.
- Fischer, Gerfried. "Zum Stand des Internationalen Arzthaftungsrechts nach den Verordnungen Rom I und Rom II". *MedR*. 32 (2014): 712-719.
- Franzki, Dominik. *Der Behandlungsvertrag - Ein neuer Vertragstypus im Bürgerlichen Gesetzbuch*. Göttingen: Universitätsverlag Göttingen, 2014.
- Garnsey Camille, Giulia Zanini, Silvia De Zordo, Joanna Mishtal, Alexandra Wollum ve Caitlin Gerds. "Cross-country Abortion Travel to England and Wales: Results from a Cross-sectional Survey Exploring People's Experiences Crossing Borders to Obtain Care". *Reprod Health*. 18/1 (2021): 103-121.
- Geisler, Stephan. *Die engste Verbindung im Internationalen Privatrecht*. Berlin: Duncker & Humblot, 2001.
- Geistlinger, Barbara. *Internationales Arzthaftungsrecht nach den Verordnungen Rom I und Rom II unter Berücksichtigung der internationalen Zuständigkeit*. Graz: 2013.
- Gemalmaz, Haydar Burak ve İzzet Mert Ertan. "'Rabbim Cleveland Dedi': Sağlık Turizmi-İnsan Hakları İlişkisi Üzerine Başlangıç Notları". *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*. 70 (2015): 1003-1039.
- Gesetz zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten. Erişim Tarihi 10.09.2022, https://www.bundesaerztekammer.de/fileadmin/user_upload/_old-files/downloads/Patientenrechtegesetz_BGBI.pdf
- Gleixner-Eberle, Elisabeth. *Die Einwilligung in die medizinische Behandlung Minderjähriger - Eine arztrechtliche Untersuchung im Rechtsvergleich mit Österreich und der Schweiz sowie mit Blick auf das Internationale Privat- und Strafrecht*. Heidelberg: Springer Verlag, 2014.
- Gölcüklü, İlyas. "Milletlerarası Taşıyıcı Anneliğe İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi". *GsÜHFD*. 1 (2001): 835-865.
- Graziano, Thomas Kadner. "Das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anwendbare Recht nach Inkrafttreten der Rom II-Verordnung". *RabelsZ*. (2009): 1-77.
- Gruner, Alexander. "Quo vadis, Fernbehandlungsverbot? - Betrachtungen zur Telemedizin". *GesR*. (2017): 288-294.

- Gu Dongxiao, Gunay Humbatova, Yi Xie, Xuejie Yang, Oleg Zolotarev ve Gongrang Zhang. "Different Roles of Telehealth and Telemedicine on Medical Tourism: An Empirical Study from Azerbaijan". *Healthcare*. 9 (2021): 1073-1091.
- Gulinson, Chelsea L.. "Comment, Embryonic Stem Cell Tourism". *Jurimetrics Journal of Law, Science and Technology*. 58/1 (2017): 17-57
- Güner, Cemil. *Milletlerarası Özel Hukukta Yetişkinlerin Korunması Bağlamında Vesâyet, Kısıtlılık ve Kayyımlik*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Güner, Cemil. *Milletlerarası Unsurlu Acente İlişkisine Uygulanacak Hukuk*. Ankara: Yetkin, 2014.
- Güngör, Gülin. "Tüketicinin Mutad Meskeni Hukuku "Düşünsel Temeller" ". *AÜHFD*. 57/2 (2008): 115-132.
- Güngör, Gülin. *Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması*. Ankara: Yetkin, 2000.
- Güngör, Gülin. *Temel Milletlerarası Özel Hukuk Metinlerinin Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Konusunda Yakınlık Yaklaşımı*. Ankara: Yetkin, 2007.
- Güngör, Gülin. *Türk Milletlerarası Özel Hukuku*. Ankara: Yetkin, 2021.
- Gürcü, Maşide, Muradiye Varol, Betül Başar Kara ve Dilaver Tengilimoğlu. "A Multidisciplinary Approach To Suicide Tourism". *International Journal of Health Management and Tourism*. 1/3 (2016): 25-36.
- Haber, Gottfried ve Eva Krczal. "Unternehmerische Potenziale von Medizintourismus - Aufbau neuer Geschäftsfelder durch internationale Patienten". *Internationalisierung im Gesundheitswesen*. (2019): 227-253.
- Hahn Erik. "Ausgewählte Rechtsfragen der grenzüberschreitenden Fernbehandlung in der EU". Ed. Gernot Marx, Rolf Rossaint, Nikolaus Marx, *Telemedizin*. Heidelberg: Springer Verlag, 2019: 337-350.
- Hahn Erik. *Telemedizin - Das Recht der Fernbehandlung - Ein Überblick für Ärzte, Zahnärzte, Psychotherapeuten, Heilpraktiker und Juristen*. Heidelberg: Springer Verlag, 2019.
- Hakeri, Hakan. *Tıp Hukuku, Cilt I Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Hakeri, Hakan. *Tıp Hukuku, Cilt II Özel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022.
- healthturkiye.com. Erişim Tarihi 29.06.2023, <https://www.healthturkiye.com/homepage>
- Hegerfeld, Nicola. "Die Aufklärung und Information sprachunkundiger Patienten". *MedR*. 37 (2019): 540-546.
- Heiss, Helmut ve Leander D. Loacker. "Die Vergemeinschaftung des Kollisionsrechts der außervertraglichen Schuldverhältnisse durch Rom II". *JBl*. (2007): 613-646.
- Heiss, Helmut. "Inhaltskontrolle von Rechtswahlklauseln in AGB nach europäischem Internationalem Privatrecht?". *RabelsZ*. 65 (2001): 634-653.
- Hesse, Tim. "Patientenvermittlung über Internetportale - Sinnvolle Investition oder rechtliches Risiko?". *Journal für Ästhetische Chirurgie*. 1 (2018): 44-49.

- Hong, Yan Alicia. "Medical Tourism and Telemedicine: A New Frontier of an Old Business". *Journal of Medical Internet Research*. 18/5 (2016): 115-117.
- Hoppe, Jürgen F. "Telemedizin und internationale Arzthaftung". *MedR*. (1998): 462-468.
- Horová, Veronika. *Dolmetschen im tschechischen Medizintourismus am Beispiel einer Augenklinik*. Viyana 2018.
- Internationales Vertragsrecht, Rom IVO – CISG – CMR – FactÜ. Ed. Franco Ferrari, Eva-Maria Kieninger, Peter Mankowski, Karsten Otte, Ingo Saenger, Götz Schulze ve Ansgar Staudinger. München: Beck C. H., 2012.
- Internationales Vertragsrecht. Ed. Christoph Reithmann ve Dieter Martiny. Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt, 2010.
- Iuvenalis, Decimus Iunius. *Yergiler (Saturnae)*. İstanbul: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2006.
- İlçin Gönenç, Fulya. "Hukuki ve Etik Boyutuyla Medikal Turizm". *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan*. 22/3 (2016): 1173–1184.
- İmamoğlu, Hülya. "Hasta Vasiyetine İlişkin Bazı Meseleler". *AÜHFD*. 65/1 (2016): 199-230.
- İnan, Afet. *Atatürk Hakkında Hatıralar ve Belgeler*. İstanbul: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2014.
- Jayme, Erik. "Die Patientenverfügung: Erwachsenenschutz und Internationales Privatrecht". *Festschrift für Ulrich Spellenberg*. (2010): 203-210.
- Judgment of the Court (Grand Chamber) of 16 May 2006. Erişim Tarihi 25.06.2022, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62004CJ0372>
- Kahraman, Zafer. "Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu". *Banka ve Finans Hukuku Dergisi*. 8/32 (2019): 1269-1302.
- Kara, İlhan. *Tüketici Hukuku*. Ankara: Yetkin, 2023.
- Karaca Dedeoğlu, Ayşegül. "Uluslararası Sağlık Turizminde Hastanın Özel Hayatının Gizliliği ve Mahremiyetinin Korunması Hakkı". *OPUS Uluslararası Toplum Araştırmaları Dergisi*. 10/17 (2019): 1875-1910.
- Karl Beatrix. "Rechtsfragen grenzüberschreitender telematischer Diagnostik und Therapie". *Forum*. 5 (2019): 434-438.
- Katzenmeier Christian, Marie Kurz ve Christoph Jansen. "Rechtsfragen des Medizintourismus". *VersR*. (2019): 1045,1054.
- Katzenmeier, Christian. "Ärztliche Aufklärung". Ed. Claudia Wiesemann ve Alfred Simon, *Patientenautonomie*, (2013): 91-105.
- Katzenmeier, Christian. "Der Behandlungsvertrag - Neuer Vertragstypus im BGB". *NJW*. (2013): 817-823.
- Katzenmeier, Christian. *Arzthaftung*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2002.
- Kaya, Mine. "Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğünden Kaynaklanan Taziminat Sorumluluğu". *TBBD*. (2012): 45-82 .

- Kırca, Çiğdem. “Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama (Teleologische Reduktion)”. *AÜHFD*. 50 (2001): 91-119.
- Kırlı Aydemir, Deniz Defne. “Uluslararası Sağlık Turizminin Türk Milletlerarası Özel Hukukunun İlgili Maddeleri Kapsamında Değerlendirilmesi”, *Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 2/2 2014, 79-103.
- Klopstock, Barbara. “„Drei-Eltern-Babys“– Besteht Reformbedarf in Deutschland?”. *Zeitschrift für Rechtspolitik*. (2017): 165-168.
- Kluth, David. *Die Grenzen des kollisionsrechtlichen Verbraucherschutzes – Eine vergleichende Untersuchung der Art. 29, 29 a EGBGB und des Art. 6 der Rom I-Verordnung*. Jena: Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, 2009.
- Kocasakal, Hatice. *Elektronik Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümüne Uygulanacak Hukukun ve Yetkili Mahkemenin Tespiti*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2003.
- Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Ed. Heinz Georg Bamberger ve Herbert Roth. München: Beck C. H., 2012.
- Koru, Onur. “Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğu: Endikasyon Şartı”. *İNÜHFD*. 12/2 (2021): 491-500.
- Köck, Manuela. *Die einheitliche Auslegung der Rom I-, Rom II- und Brüssel I-Verordnung im europäischen internationalen Privat- und Verfahrensrecht*. Berlin, Duncker & Humblot, 2014.
- Könning-Feil, Angelika. *Das internationale Arzthaftungsrecht - Eine kollisionsrechtliche Darstellung auf sachrechtsvergleichender Grundlage*. Frankfurt: Peter Lang, 1992.
- Kressing, Frank. “Aspekte kultureller Differenz im internationalen Medizintourismus”. *Ethik in der Medizin*. 3 (2018): 251-262.
- Krocker, Karolin. “Medizintourismus im Internationalen Privat- und Zivilverfahrensrecht”. *VuR*. (2013): 243-253.
- Kuhn, Anna Kristina. Grenzen der Digitalisierung der Medizin de lege lata und de lege ferenda”. *GesR*. (2016): 748-751.
- Kuru, Baki ve Burak Aydın. *Medenî Usul Hukuku*. Ankara: Yetkin, 2022.
- Larenz, Karl. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. Heidelberg: Springer Verlag, 1991.
- Leible, Stefan ve Matthias Lehmann. “Die neue EG-Verordnung über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht („Rom II“)”. *RIW*. (2007): 721-735.
- Leible, Stefan ve Matthias Lehmann. “Die Verordnung über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht („Rom I“)”. *RIW*. (2008): 528-544.
- Link, Christian. *Telemedizinische Anwendungen in Deutschland und Frankreich - Eine rechtsvergleichende Untersuchung der Grundlagen und des Haftungsgefüges sowie des Internationalen Privatrechts*. München: Herbert Utz Verlag, 2007.
- Magnus Ulrich ve Peter Mankowski. *Rome I Regulation- Commentary - European Commentaries on Private International Law*. Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt, 2017.

- Mankowski, Peter. "Das Internet im internationalen Vertrags- und Deliktsrecht". *RabelsZ.* 63 (1999): 203-294.
- Mankowski, Peter. "Strukturfragen des internationalen Verbrauchervertragsrechts". *RIW.* (1993): 453-463.
- Mansel, Heinz-Peter. "Kollisionsrechtliche Bemerkungen zum Arzthaftungsprozess". *Festschrift für Hermann Weitnauer.* (1985): 33-80.
- Mäsch Gerald. *Rechtswahlfreiheit und Verbraucherschutz: eine Untersuchung zu den Art. 29 I, 27 III und 34 EGBGB.* Berlin : Duncker und Humblot, 1993.
- Medizinrecht - Beck'sche Kurzkommentare. Ed. Spickhoff, Andreas. München: Beck C. H., 2014.
- Medizintourismus in der Schweiz Ethische, juristische und sozialwissenschaftliche Fragestellungen für den stationären Bereich, Schweizerische Akademie der Medizinischen Wissenschaften (SAMW), Schlussbericht vom 31. Mai 2018, Zürich.". Erişim Tarihi 09.10.2022, <https://www.samw.ch/de/Ethik/Themen-A-bis-Z/Medizintourismus.html>
- Michael, Sonnentag. "Das neue Reisevertragsrecht". *VersR.* (2018): 967-978.
- Michel Sandra. *Die Akzessorische Anknüpfung Grundfragen und Grundprobleme.* (Dissertation zur Erlangung eines Doktorgrades der Juristischen Fakultät der Georg- August- Universität zu Göttingen), Göttingen, 2004 (E.T. 17.12.2022)
- Mirrer-Singer, Philip. "Medical Malpractice Overseas: The Legal Uncertainty Surrounding Medical Tourism". *Law and Contemporary Problems.* 70 (2007): 211-232.
- Muschner, Jens. "Haftungsrechtliche Besonderheiten bei der Aufklärung ausländischer Patienten". *VersR.* (2003): 826-833.
- Münchener Kommentar Bürgerliches Gesetzbuch: Band 1, §§ 1-240, ProstG, AGG, 6. Auflage, München 2012; Band 2, §§ 241-432, 4. Auflage, München 2003; Band 2, §§ 241-432, 6. Auflage, München 2012; Band 5, §§ 705-853 BGB, PartGG, ProdHaftG, 6. Auflage, München 2013; Band 10, IPR, Rom IVO, Rom II-VO, Art. 1-24 EGBGB, 5. Auflage, München 2010; Band 11, IPR, IntWR, Art. 25-248 EGBGB, 5. Auflage, München 2010.
- Nagel, Markus. *Organtransplantation und Internationales Privatrecht.* Heidelberg: Springer Verlag, 2009.
- Nitzinger, Elizabeth. *Das Betreuungsrecht im internationalen Privatrecht.* Frankfurt: Peter Lang, 1999.
- Nomer, Ergin. *Devletler Hususî Hukuku.* İstanbul: Beta Yayınevi, 2021.
- Nomos-Kommentar Bürgerliches Gesetzbuch: Band 1, Allgemeiner Teil, EGBGB, 2. Auflage, Baden-Baden 2012; Band 2, Teilband 1, Schuldrecht §§ 241-610, 2. Auflage, Baden-Baden 2012; Band 2, Teilband 2, Schuldrecht §§ 611-853, 2. Auflage, Baden-Baden 2012; Band 6, Rom-Verordnungen zum internationalen Privatrecht, Baden-Baden 2014.
- Nordmeier, Carl Friedrich. "Der Behandlungsvertrag (§§ 630a-h BGB) im Internationalen Privatrecht". *GesR.* (2013): 513-520.

- Oktay, Saibe. *Gezi Sözleşmesi*. İstanbul: Beta Yayınevi, 1997.
- On Birinci Kalkınma Planı. Erişim Tarihi 04.05.2023, https://www.sbb.gov.tr/wp-content/uploads/2022/07/On_Birinci_Kalkinma_Planı-2019-2023.pdf
- Onuncu Kalkınma Planı. Erişim Tarihi 04.05.2023, https://www.sbb.gov.tr/wp-content/uploads/2022/08/Onuncu_Kalkinma_Planı-2014-2018.pdf
- Oral Tuğçe. “The Definition of Legal Relationship Between A Patient and Physician”. *Ankara Bar Review*. 4/1 (2011): 21-32.
- Otto, Jannik. “Das neue BGB-Reiserecht”. *Zeitschrift für das Juristische Studium*. 3 (2018): 230-238.
- Öksüz, Ömer. “Tüketici Hukukunda Paket Tur Sözleşmeleri”. *TBB*. 66 (2006): 331-351.
- Önal, Ali. “Türk Hukuku ve AB Hukuku Çerçevesinde Vekâletsiz İş Görmeye Uygulanacak Hukuk”. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan*. (2016): 2151-2180.
- Önal, Ali. *Haksız Fiillere Uygulanacak Hukuka Dair Genel Kural*. Ankara: Yetkin, 2021.
- Özay, Merter. *Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Hukuki Sorumluluğu*. Ankara: Yetkin, 2006.
- Özdemir Kocasakal, Hatice. “Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK m. 24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları”. *MHB*. 30/ 1-2, (2010): 27-88.
- Özdemir Kocasakal, Hatice. *Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri*. İstanbul: Galatasaray Üniversitesi Yayınları, 2001.
- Özdemir, Hatice. “Devletler Özel Hukukunda İşlem Güvenliği Kuralı”. *Argumentum Aylık Hukuk Dergisi*. 9/57 (1998): 459-466.
- Özdemir, Hayrunnisa. “Hekimin Fiilinden Dolayı Zarar Gören Üçüncü Kişinin Hastaneye Karşı Talebinin Hukuki Niteliği ve Yargıtaın Görüşü”. *TBB*. 105, (2013): 263-290.
- Özdemir, Hayrunnisa. “Hekimin Hukuki Sorumluluğu”. *ERÜHFD*. 11/1 (2016): 33-81.
- Özdemir, Hayrunnisa. *Sağlık Hukuku Alanında Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi*. Ankara: Yetkin, 2017.
- Özel, Sibel. “Haksız Fiillere Uygulanacak Hukukun “Daha Sıkı İlişkili Hukuk” Temelinde Belirlenmesi”. *MHB*. 41/2 (2021): 483-515.
- Özel, Sibel. “Sözleşmesel İlişkide MÖHUK m. 24/II’de Öngörülen Objektif Bağlama Kuralının Mukayeseli Hukuk Açısından Değerlendirilmesi”. *MHB, Prof. Dr. Ergin Nomer’e Armağan*. (2002): 577-617.
- Özenci A. Merter, C. Çağrı Baysal ve Osman Civan. “Rejeneratif Tıbbın Tarihsel Gelişimi ve Terminolojisi”. *TOTBİD Dergisi*. 2022: 492-500.
- Öztekin Gelgel, Günseli. “Topluluk Bünyesinde Hukukların Uyumlaştırılması ve Tüketicinin Korunması”. *Nihal Uluocak’a Armağan*. (1999): 101-112.

- Öztürk, Necla. “Mavi Kart Hamillerinin Türk Vatandaşlarına Tanınan Haklardan Aynen Yararlanacağına İlişkin Düzenlemeye Eleştirel Bir Bakış”. *MHB*. 41/2 (2021): 955-978.
- Pekcanıtez Hakan, Muhammet Özekes, Mine Akkan ve Hülya Taş Korkmaz, *Medenî Usul Hukuku, Cilt II*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017.
- Pekmez, Kadir Erk. *Tüketici Hukuku Çerçevesinde Paket Tur Sözleşmeleri*. Ankara: Yetkin, 2015.
- Petek, Hasan. “Güzelleştirme Amaçlı Estetik Ameliyatlardan Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk”. *DEÜHFD*. 8/1 (2006): 177-239.
- Petek, Hasan. “Tıbbi Müdahalelerden Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un Uygulanması”. *DEÜHFD*. 15 (2013): 969-1017.
- Pfeiffer, Thomas. “Neues Internationales Vertragsrecht - Zur Rom I-Verordnung”. *EuZW*. (2008): 622-629.
- Pikal, Alexander. *Die rechtliche Zulässigkeit ärztlicher Mitwirkung an verbotenen Kinderwunschbehandlungen im Ausland*. Heidelberg: Springer Verlag, 2020.
- Pinheiro Andres. *Der gerechte Ausgleich der Partei-Interessen in der Arzthaftung - Eine rechtsvergleichende Arbeit zum Recht der US-Bundesstaaten Kalifornien, Florida und Virginia und dem deutschen Recht*. Baden-Baden: Nomos Verlag, 2019.
- Polat, Alperen. *Sorumluluk Hukukundan Rıza*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019.
- Prütting Jens, Kilian Friedrich, Wiebke Winter ve Tom Wolk. “Digitalisierung im Gesundheitswesen - Aktuelle Themen”. *GesR*. (2020): 756-763.
- Prütting, Hanns. “Gerichtsstand- und Rechtswahl in der Europäischen Arzthaftung - Forum Shopping”. Ed. Arbeitsgemeinschaft Rechtsanwälte im Medizinrecht e.V., *Cross Border Treatment - Die Arzthaftung wird europäisch*. (2010): 37-51.
- Prütting, Hans. “Die europäische Arzthaftung im Prozess: Internationale Zuständigkeit und Kollisionsrecht, Das Bild des Arztes im 21. Jahrhundert”. Ed. Christian Katzenmeier ve Klaus Bergdolt, *Kölner Schriften zum Medizinrecht Band 1*. (2009): 157-169.
- Prütting, Jens. “Qualifikation wunschmedizinischer Maßnahmen - Vertragsrecht”. *MedR*. (2011): 275-279.
- Pürselim Arning, Hatice Selin, Aynaz Uğur. “Milletlerarası Vekaletsiz İş Görmelerde Her Yerdelik”. *Uluslararası Sosyal ve Beşeri Bilimler Araştırma Dergisi*. 8/72 (2021): 1970-1993.
- Pürselim, Hatice Selin. “Milletlerarası Özel Hukukta Tüketici Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk”. Ed. Özel Sibel ve Mustafa Erkan. *Milletlerarası Özel Hukukta Sözleşmesel Meseleler*. (2018): 73-97.
- Quast, Ellen Marie-Louise. *Das Geschäft mit der Gesundheit - Analyse des medizintouristischen Angebots für den Quellmarkt Deutschland*. Hamburg: Diplomica Verlag, 2009.
- Rauscher, Thomas. “Prozessualer Verbraucherschutz im EuGVÜ”. *IPRax*. (1995): 289-294.

- Rauscher, Thomas. *Internationales Privatrecht*. Heidelberg: C.F. Müller. 2012.
- Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I). Erişim Tarihi 21.07.2022, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=Celex%3A32008R0593>
- Regulation (EC) No 864/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the law applicable to non-contractual obligations (Rome II). Erişim Tarihi 21.07.2022, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/ALL/?uri=CELEX%3A32007R0864>
- Reisewitz, Julian. *Rechtsfragen des Medizintourismus - Internationale Zuständigkeit und anwendbares Recht bei Klagen des im Ausland behandelten Patienten wegen eines Behandlungs- oder Aufklärungsfehlers*. Heidelberg: Springer Verlag, 2015.
- Reisman, David. *Health Tourism - Social Welfare through International Trade*. Cheltenham - United Kingdom: Edward Elgar Publishing, 2010.
- Rensberger, Jeffrey L.. “Choice of Law, Medical Malpractice, and Telemedicine: The Present Diagnosis with a Prescription for the Future”. *University of Miami Law Review*. 55/1 (2000): 31-79.
- Richtlinie 2011/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9. März 2011 über die Ausübung der Patientenrechte in der grenzüberschreitenden Gesundheitsversorgung. Erişim Tarihi 21.08.2022, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/ALL/?uri=celex%3A32011L0024>
- Rütsche, Bernhard. “Das Recht der biomedizinischen Forschung am Menschen: Nationales Recht im Spiegel internationaler Prinzipien”. *MedR*. 32 (2014): 725-732.
- Saatcıoğlu, Onur Can. “Haksız Fiilden Doğan Talep Haklarına Uygulanacak Hukukun Tespitinde “Fer’i Bağlanma” Yöntemi”. *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 25/1 (2021): 211-242.
- Sachse, Kathrin. *Der Verbrauchervertrag im Internationalen Privat- und Prozessrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006.
- saglik.gov.tr. Erişim Tarihi 03.02.2023, <https://shgmgetatdb.saglik.gov.tr/TR,-24683/geleneksel-ve-tamamlayici-tip-nedir.html>
- saglik.gov.tr. Erişim Tarihi 04.05.2023, <https://shgmturizmdb.saglik.gov.tr/Eklenti/10943/0/01pdf.pdf>
- saglik.gov.tr. Erişim Tarihi 04.05.2023, <https://stratejikplan.saglik.gov.tr/files/TC-Saglik-Bakanligi-2019-2023-Stratejik-Plan.pdf#zoom=55>
- saglik.gov.tr. Erişim Tarihi 23.06.2023, <https://shgmsgudb.saglik.gov.tr/Eklenti/45456/-0/ek-1-fiyat-tarifeleri-usul-ve-esaslari.pdf>
- saglik.gov.tr. Erişim Tarihi 23.06.2023, <https://shgmsgudb.saglik.gov.tr/TR-95329-/kamu-saglik-hizmetleri-fiyat-tarifesinde-degisiklik-yapilmistir.html>
- saglik.gov.tr/. Erişim Tarihi 04.05.2023, <https://shgmturizmdb.saglik.gov.tr-/Eklenti/10947/0/05pdf.pdf>

- Sağlık Turizmi ve Turist Sağlığı Kapsamında Sunulacak Sağlık Hizmetleri Hakkında Yönerge. Erişim Tarihi 12.10.2022, https://www.tdb.org.tr/mevzuat_goster.php?Id=183
- Sargın, Fügen. “Karakteristik Edim Teorisine Eleştirel Bir Yaklaşım”. *AÜHFD*. 50 (2001): 37-95.
- Sarıakçalı, Turgay. “İnternet Üzerinden Akdedilen Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk”. *MHB, Prof. Dr. Cemal Şanlı’ya Armağan*. 40/1 (2020): 247-297.
- Sarıöz Büyükalp, A. İpek. “Mutad İşyeri Kavramı ve MÖHUK m. 27/f. 3’ün Uygulanması Sorunu”. *HHFD*. 8/2 (2018): 195-248.
- Schädlich, Hartmut. *Grenzüberschreitende Telemedizin-Anwendungen*. Frankfurt: Peter Lang, 2003.
- Schneider, Hendrik ve Laura Seifert. “Medizintourismus nach Deutschland - Besteht ein Korruptionsrisiko bei der Zusammenarbeit mit Patientenvermittlern? ”. *Medstra*. (2019): 274-279.
- Schwenzfeier, Katja. *Die kollisionsrechtliche Anknüpfung des Behandlungsverhältnisses im Rahmen einer kosmetischen Operation*. Hamburg: Dr. Kovac Verlag, 2011.
- sozluk.gov.tr. Erişim Tarihi 12.01.2023, <https://sozluk.gov.tr/>
- Spickhoff, Andreas. “Der Stellenwert des Persönlichkeitsschutzes in der Arzt-Patienten-Beziehung”. *Festschrift für Gerfried Fischer*. (2010): 503-520.
- Spickhoff, Andreas. “Die Arzthaftung im Europäischen Internationalen Privat- und Prozessrecht”. *Festschrift für Gerda Müller*. (2009): 287-309.
- Spickhoff, Andreas. “Die Einheit des Rechtswidrigkeitsurteils im Zusammenspiel von Internationalem Privat- und Strafrecht”. *Festschrift für Erwin Deutsch zum 80. Geburtstag*. (2009): 907 -923.
- Spickhoff, Andreas. “Die Entwicklung des Arztrechts”. *NJW*. (2008): 1636-1643.
- Spickhoff, Andreas. “Die Rechtswahl und ihre Grenzen unter der Rom I-VO”. Ed. Kieninger, Eva Maria ve Oliver Remien, *Europäische Kollisionsrechtsvereinheitlichung*. Baden-Baden (2012): 117-137.
- Spickhoff, Andreas. “Patientenrechte und Patientenpflichten - Die medizinische Behandlung als kodifizierter Vertragstypus”. *VersR*. (2013): 267-282.
- Spickhoff, Andreas. “Zwingendes Gebührenrecht und Internationales Vertragsrecht”. *IPRax*. (2005): 125-128.
- Spickhoff, Andreas. Grundfragen des Arzt-Patienten-Verhältnisses im Spiegel des Internationalen Privat- und Zivilprozessrechts”. *Festschrift für Bernd von Hoffmann*, Bielefeld (2011): 437-447.
- Staudinger, Julius. Kommentar zum BGB, §§ 249-254, Berlin 2005; §§ 305-310, UKlaG, Berlin 2013; §§ 823-825, Berlin 1999; §§ 823 E-I, 824, 825, Berlin 2009; §§ 830-838 BGB, Berlin 2012; EGBGB/IPR Art. 7, 9-12, 47, Berlin 2013; Art. 38-42 EGBGB, Berlin 2001; Einleitung zu Rom I-VO, Art. 1-10 Rom I-VO (Internationales Vertragsrecht 1), Berlin 2011; Art. 11-29 Rom I-VO, Art. 46 b und

- c EGBGB, Verfahrensrecht für internationale Verträge (Internationales Vertragsrecht 2), Berlin 2011.
- Steklof, Cary D.. “Medical Tourism and the Legal Impediments to Recovery in Cases of Medical Malpractice”. *Washington University Global Studies Law Review*. 9/4 (2010): 721-742.
- Stumpf, Christoph. “Die Möglichkeit der Rechtswahl im internationalen Arzthaftungsrecht”. *MedR*. (1998): 546-550.
- Şanlı, Cemal, Emre Esen ve İnci Ataman-Fıganmeşe. *Milletlerarası Özel Hukuk*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2021.
- Şenocak, Zarife. “Küçükün Tıbbi Müdahaleye Rızası”. *AÜHFD*. 50/4, 2001: 65-80.
- Şenocak, Zarife. *Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1998.
- Şensöz Malkoç, Ebru. “Uluslararası Taşiyıcı Annelik Sözleşmesinden Doğan İhtilaflarda Uygulanacak Hukuk”. *MHB*. 35/2 (2015): 13-49.
- Tabak, Bahadırhan. *Sağlık Turizmi Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.
- Tarman, Zeynep Derya. “5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK) Uyarınca Yabancılik Unsuru Taşıyan Akdi Borç İlişkilerinde Hukuk Seçimi”. *BATİDER*. 26/1 (2010): 143-171.
- Tarman, Zeynep Derya. “Akdi Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Roma I Tüzüğü”. *BATİDER*. 25/2 (2009): 299-332.
- Tarman, Zeynep Derya. “Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Avrupa Topluluğu Tüzüğü (Roma II)”. *AÜHFD*. 57/2 (2008): 193-227.
- Tarman, Zeynep Derya. “Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması”. *MHB*. 39/1 (2019): 325-356.
- Tarman, Zeynep Derya. “Yabancılik Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk”. *AÜHFD*. 59/3 (2010): 521-550.
- tbmm.gov.tr. Erişim Tarihi 23.06.2023, <https://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0337.pdf>
- Tekinalp, Gülören. “Akdi İlişkide Uygulanacak Hukuk-MÖHUK m. 24 ve Zımnî Hukuk Seçimi”. *MHB*. 5/1 (1985): 28-31.
- Tekinalp, Gülören. *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2020.
- Thünken, Alexander. *Das kollisionsrechtliche Herkunftslandprinzip*. Frankfurt: Peter Lang 2003.
- Tiryakioğlu, Bilgin. *Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk*. Ankara: Ankara Üniversitesi Yayınları, 1996.
- Toker, Ali Gümrah. “5718 sayılı MÖHUK’ta Düzenlenen Tüketicinin Korunmasına Yönelik Hükümler”. *İzmir Barosu Dergisi*. 81/3 (2016): 11-74.
- Trutmann, Verena. *Das internationale Privatrecht der Deliktobligationen - in Beitrag zur Auseinandersetzung mit den neueren amerikanischen kollisionsrechtlichen Theorien*. Basel: Verlag Helbing & Lichtenhahn, 1973.

- Turhan, Turgut. *Haksız Fiilden Doğan Kanunlar İhtilafı Alanında İka Yeri ve Kuralı*. Ankara: Dayınlarlı Yayıncılık, 1989.
- ushas.com.trErişim Tarihi 04.05.2023, <https://www.ushas.com.tr/kurulus-kanunu/>
- Uyanık Çavuşoğlu, Ayfer. “Milletlerarası Özel Hukukunda Organ Nakli”. *Milletlerarası Özel Hukuk Perspektifiyle Biohukuk*, (2013): 71-103.
- Uyanık Çavuşoğlu, Ayfer. “Sağlık Turizmi Aracı Kuruluşu Hizmet Standartları Hakkında Düşünce ve Öneriler”. *Sağlıkta Kalite ve Akreditasyon Dergisi*. (2018): 1-5.
- Uyanık Çavuşoğlu, Ayfer. “Sınır Ötesi Sağlık Hizmeti ve Hukuk”. *Sağlık Düşüncesi ve Tıp Kültürü Dergisi*. 26 (2013): 74-75.
- Uyanık Çavuşoğlu, Ayfer. “Turizmde Yabancı Tüketicilerin Hukuki Sorunları”. Ed. Tokbaş, Hakan, Fehim Üçışık. *Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları - 5.Tüketici Hukuku Konferansı*. (2016): 272-291.
- Uyanık, Ayfer. “Sağlık Turizmi Hukuku”. *Sağlık Düşüncesi ve Tıp Kültürü Dergisi*. 36 (2015): 88-91.
- Vardar Hamamcıoğlu, Gülşah. “Paket Tur Sözleşmelerinde Tüketicinin Korunması”. *İÜHFD*. 68/1-2 (2010): 275-304.
- Vogel, Sebastian T.. “Patientenvermittlungsportale im Internet - Hilfe für Patienten, Marketing - Tool für Kliniken - und Korruption?”. *Medstra*. (2019): 198-205.
- Vogeler, Andreas. “Internationales Arzthaftungsrecht: Lücken und Tücken in der Praxis des IPR”. *VersR*. (2011): 588-599.
- von Bar Christian ve Peter Mankowski. *Internationales Privatrecht Band 2: Besonderer Teil*. München: Beck C. H., 2019.
- von Domarus, Dorothea. *Internationales Arzthaftungsrecht nach Inkrafttreten der ROM I- Und ROM II-Verordnung: Ein Rechtsvergleich mit den USA unter besonderer Berücksichtigung der Bundesstaaten New York, Kalifornien und Louisiana*. Frankfurt: Peter Lang, 2013.
- von Hein, Jan. “Englischsprachige Kommentierung der Artikel 4, 7, 14, 16, 17 und 26 der Rom II-Verordnung über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anwendbare Recht”. Ed. Graf-Peter Calliess, *Rome Regulations-Commentary on the European Rules of the Conflict of Laws*. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2011.
- Vural Çelenk, Belkıs. “Yabancı Unsurlu İş Sözleşmelerinde For Devletin Doğrudan Uygulanan Kurallarının Tespiti ve Uygulanması”. *YBHD*. 3/1 (2017): 277-296.
- Wagner, Claudia. *Einflüsse der Dienstleistungsfreiheit auf das nationale und internationale Arzthaftungsrecht*. Berlin: Duncker & Humblot, 2008.
- Wendelstein, Christoph. *Kollisionsrechtliche Probleme der Telemedizin*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2012.
- Wienand, Stefanie. “Behandlung von Patienten aus dem Ausland”. Ed. Schmola, Gerald, Boris Rapp. *Compliance, Governance und Risikomanagement im Krankenhaus / Rechtliche Anforderungen – Praktische Umsetzung – Nachhaltige Organisation*. (2018): 547-571.

- Windel, Peter A. “Der neue Vertragstyp des Behandlungsvertrages im deutschen BGB”. *Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan, DEÜHFD*, İzmir: 2015, 3175-3193.
- wma.net. Erişim Tarihi 23.10.2022, <https://www.wma.net/policies-post/wma-statement-on-guiding-principles-for-the-use-of-telehealth-for-the-provision-of-health-care/>
- wma.net. Erişim Tarihi 23.10.2022, <https://www.wma.net/policies-post/wma-statement-on-mobile-health/>
- wma.net. Erişim Tarihi 23.10.2022, <https://www.wma.net/policies-post/wma-statement-on-the-ethics-of-telemedicine/>
- Yardım, İsa. *Tüketici Olarak Hasta Hakları*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2016.
- Yavuz İpekyüz, Filiz. *Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2006.
- Yılmaz, Alper Çağrı. “Milletlerarası Ticari Sözleşmelerde Hukuk Seçimine İlişkin Genel İşlem Şartlarının Çatışması ve Lahey İlkeleri”. *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*. 6/11 (2018): 481-511.
- Yurt, Bülent. *Seyahat Düzenleme Sözleşmesi*. Ankara: Yetkin, 2000.
- Yüksel, Metin. “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Yaşamın ve Sağlığın Korunması ile İlgili Olarak Taraf Devletlere Yüklediği Pozitif Yükümlülükler”. *Uluslararası İlişkiler Dergisi*. 7/27 (2010): 111-132.
- Yüksel, Sera Reyhani. “Hekimlik Sözleşmelerinin Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Değerlendirilmesi”. *Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi*. 10/23 (2018): 57-82.
- Zevkliler, Aydın ve Murat Aydoğdu. *Tüketicinin Korunması Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2004.
- Zimmermann, Thomas. *Grenzüberschreitende Gesundheitsversorgung aus der Perspektive des deutschen Gesundheitssystems - Status quo, Bestimmungsgründe und Entwicklungspotenziale*. Baden-Baden: Nomos Verlag, 2008.