SELÇUK ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ
Selçuk Law Review

Araştırma Makalesi
Research Article
Gönderim | Received: 22.02.2022
Kabul | Accepted: 03.09.2022
doi 10.15337/suhfd.1077443

MALPRAKTİS DAVALARININ TAHKİME ELVERİŞLİLİĞİ: ÇİN HALK CUMHURİYETİ VE AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ ÖRNEĞİ

Dr. Öğr. Üyesi Esra YILDIZ ÜSTÜN*

Öz

Günümüzde tahkim birçok uyuşmazlık türünde alternatif çözüm yöntemi olarak kullanılmaktadır. Öyle ki, kamu düzenini yakından ilgilendiren iş uyuşmazlıkları ve aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda da başvurulan bir çözüm yöntemi haline gelmiştir. Bazı ülkeler tahkimin kapsamını daha da genişleterek sağlık hukuku uyuşmazlıkları için de tahkime başvuru yolunu açmıştırlar. Diğerleri ise bu konuya ilişkin tahkime oldukça temkinli yaklaşmaktadırlar. Sağlık hukuku alanında sıklıkla karşılaşılan uyuşmazlık türü malpraktis davalarıdır. Malpraktis davalarının en sık görüldüğü ve çözümü için tahkime başvurulan ülkeler Çin Halk Cumhuriyeti ve Amerika Birleşik Devletleri'dir. Bu çalışma malpraktis davalarının tahkime götürüldüğü ve tahkim sürecinde ciddi sıkıntıların yaşandığı Çin Halk Cumhuriyeti ile daha problemsiz bir tahkim sürecine sahip olan Amerika Birleşik Devletleri'ni karşılaştıracaktır. Buna ek olarak, malpraktis uyuşmazlıklarının tahkime elverişliliği tartışılarak, tarafların eşitliği ve adaletin sağlanması için öneriler sunulacaktır.

* Dr. Öğr. Üyesi, Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Deniz Hukuku Ana Bilim Dalı, Erzurum, Türkiye | Asst. Prof., Atatürk University Faculty of Law Department of Maritime Law, Erzurum, Turkey.
esra.ustun@atauni.edu.tr • ORCİD 0000-0003-4106-4812

Atıf Şekli | **Cite As**: **YILDIZ ÜSTÜN** Esra, "Malpraktis Davalarının Tahkime Elverişliliği: Çin Halk Cumhuriyeti ve Amerika Birleşik Devletleri Örneği", *SÜHFD.*, C. 30, S. 3, 2022, s. 1753-1777.

İntihal | **Plagiarism**: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

Anahtar Kelimeler

• Malpraktis • Tahkim • Çin Halk Cumhuriyeti • Amerika Birleşik Devletleri • Kamu Düzeni

ARBITRABILITY OF MEDICAL MALPRACTICE DISPUTES: EXAMPLES OF THE PEOPLE'S REPUBLIC OF CHINA AND THE UNITED STATES

Abstract

Today, arbitration is used as an alternative dispute resolution method in many types of disputes. It has become a resolution method used in disputes related to labor and family law disputes as well. Some countries have expanded the scope of arbitration further and opened the way for arbitration in health law disputes. However, some states are reluctant to arbitration on this particular issue. The type of dispute that is frequently encountered in the field of health law is malpractice cases. The countries where malpractice cases most frequently occurred and where arbitration is applied to are the People's Republic of China and the United States of America. This study will examine the reasons why the arbitration process in the USA is a better functioning mechanism, while China, has serious problems. In addition, the arbitrability of malpractice disputes will be discussed, and suggestions will be presented to ensure equality and justice for the disputing parties.

Key Words

• Malpractice •Arbitration • People's Republic of China • United States • Public Policy

GİRİŞ

Tahkim yöntemi her ne kadar akla ilk olarak ticari uyuşmazlıklar için gelse de, uzun zamandır ticari olmayan, hatta kamu düzenini doğrudan ilgilendiren uyuşmazlıklar içinde kullanılan bir yöntem haline gelmiştir. Bazı devletler tahkimin kapsamını o kadar genişletmiştir ki artık tahkime elverişlilik neredeyse mahkemelerin baktığı çoğu özel hukuk uyuşmazlıklarını da içine dahil etmiştir. Bu durum da aslen mahkemelerinin yetkisini elinden almaktadır. Çünkü tahkim mahkemelere alternatif bir yöntem olarak sunulduğunda tahkime başvuru mahkemelere göre daha fazladır.

Tahkimin kapsamında iş hukuku uyuşmazlıkları, aile hukuku uyuşmazlıkları ki velayet ve nafaka konuları da dahil olmak üzere,

tüketici uyuşmazlıkları ve hatta sağlık hukukuna ilişkin uyuşmazlıklar da yer almaktadır. Hali hazırda ülkemizde doktrinde ağır basan görüşe göre tahkime elverişli sayılmayan malpraktis davaları için ise çoğu ülke tarafından tahkim yolu açıktır. Tahkime başvurma nedenleri başında yargının ağır yükü ve bunun doğal sonucu uzun bekleme süresi ve de maliyet iken aslen tahkimin amacı, uzman kişi olan hakem yada hakem heyetlerinin söz konusu uyuşmazlığı hızlı, ihtiyaçlara uygun ve gizlilik içerisinde çözüme kavuşturmaktır.[1] Bu nedenledir ki artık milli mahkemeler yerine özel yargılamaya daha ağırlık verilmektedir. Bu durum zaman içerisinde tahkime uzak kalan uyuşmazlık konularını da içine alarak dünya geneline yayılmaktadır. Malpraktis uyuşmazlıkları da aslen tahkime başta uzak olan ancak zaman içerisinde özellikle Latin Amerika ülkelerinde ve devamında Amerika, Avrupa ve de Asya'ya yayılmış haldedir. Ancak halen kamu düzenini yakından ilgilendiren bu tür bir uyuşmazlığın özel yargılama konusu yapılması tartışılmaktadır. Tahkim önüne getirilse bile ekstra önlemlerin alınması gerekip gerekmediği de bu tartışmaların devamını oluşturmaktadır.

Son dönemlerde bazı ülkelerde tartışma konusu olan malpraktis davalarının da tahkim yöntemiyle çözülmesi gündemdedir.[2] Tabi bu tartışmalarda halihazırda bu tür uyuşmazlıklar için başvurulan tahkim yönteminin artı ve eksileri de göz önüne alınmaktadır. Malpraktis uyuşmazlıklarının tahkime götürülmesi tartışmasından evvel bu terimin aslen ne anlama geldiği ve malpraktis uyuşmazlığının özellikleri ele alınmalıdır. Malpraktis terimi aslen sadece tıbbi alanda kullanılan bir terim olmayıp herhangi bir mesleğin icrası esnasında meydana gelen kusurlu uygulama anlamına gelmektedir. Tıbbi malpraktis ise hekimin tedavi sırasında standart uygulamayı yapmaması, beceri eksikliği veya hastaya tedavi verememesi ile oluşan hasar olarak tanımlanabilir.[3] Elbette

---

1 GİRAY, Faruk Kerem, "Milletlerarası Tahkimde Gizlilik" Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi, 4, 2015, s. 63-120.

2 LEE, Albert, "Alternative Dispute Resolution for Medical Disputes." Hong Kong Law Journal, vol. 48, no. 1, 2018, pp. 23-36.

3 HANCI, İsmail Hamit, Tıbbi Girişimler Nedeniyle Hekimin Ceza ve Tazminat Sorumluluğu, 2. baskı, Ankara, 2005. KARA, Hacı. "Yargıtay ve Hakem Kararlarına Göre Hekimin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası" Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 152,2021, s. 255-303.

bu noktada malpraktisin, hekimin hatası olmayan durumlardan (komplikasyon) ayırt edilmesi gerekliliği de göz önüne alınmalıdır.

Malpraktisin belirlenmesi aslen zor bir durumdur çünkü belirgin standartları yoktur ve her vaka kendi içinde ayrıca incelenip komplikasyon olmadığına emin olunduğu taktirde malpraktis olup olmadığına karar verilmelidir.[4] Aksi halde sağlık personellerini ve özellikle hekimleri ciddi töhmet altında bırakabilir ve mesleklerini icra etme noktasında çekingen davranmalarına sebebiyet verebilir. Malpraktis davalarının iki ayağı vardır. İlki özel hukuk davası ve tazminat diğeri ise ceza davasıdır. Bu çalışmamızda malpraktis davaları sadece özel hukuk çerçevesinde incelenecektir. Bu nedenle çalışma dört ana başlıktan oluşmaktadır. İlk olarak tahkime elverişlilik genel olarak incelenecek, ardından halihazırda malpraktis davalarını tahkim yoluyla çözüme kavuşturan Çin Halk Cumhuriyeti ve Amerika Birleşik Devletleri'nde bu yöntemin nasıl kullanıldığı ve neden Amerika Birleşik Devletleri'nde sorunsuz işleyen bir sistem iken Çin Halk Cumhuriyeti'nde oldukça problemli bir durumun olduğu tartışılacaktır. Son olarak ise malpraktis uyuşmazlıklarında tahkim yoluna gidilirken her iki tarafın mağdur etmemek ve de tarafları eşit kılmayı amaçlayan, uyuşmazlık sonrası çıkacak sorunları ortadan kaldırmaya yönelik önerilerde bulunulacaktır.

I. TAHKİME ELVERİŞLİLİK

Bir uyuşmazlığın tahkim yargılamasında çözülebilmesi için ya da yapılan tahkim sözleşmesinin geçerli olması için aslen o uyuşmazlık konusunun tahkime elverişli olması gerekir.[5] Çünkü tahkime elverişsiz

---

[4] DEĞDAŞ, Ulaş Can, "Hatalı Tıbbi Uygulamadan (Malpraktis) Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk" Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 4, 2018, s. 41-65. ÖZCAN, Zeynep, "Malpraktis-Komplikasyon Ayrımının Önemi" Uluslararası Sağlık Hukuku Kongresi, 2018, 197. ÖZGÖNÜL, Mustafa Levent, Berna ARDA ve Necati DEDEOĞLU, "Tıp Etiği Ve Hukuk Açısından Tıbbi Hata, Malpraktis Ve Komplikasyon Kavramlarının Değerlendirilmesi" Türkiye Klinikleri Tıp Etiği-Hukuku Tarihi Dergisi, 27, 2019, s. 48-56. HAKERİ, Hakan, "Tıp Hukukunda Malpraktis Komplikasyon Ayrımı" Bulletin of Thoracic Sursgery/Toraks Cerrahisi Bülteni, 5, 2014,S. 1.

[5] PÜRSELİM ARNING, Hatice Selin, "Milletlerarası Tahkim Kanunu Çerçevesinde Kira Sözleşmelerinin Tahkime Elverişliliği" Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 27, S. 1, 2021, s. 496-512. ERSEN PERÇİN, Gizem,

bir uyuşmazlık tahkimle çözüme kavuşturulsa da bu kararın iptali gündeme gelebilir. Taraflar da aynı uyuşmazlığı daha sonra mahkemelere götürmek zorunda kalmaları hem zaman kaybına hem de maddi zarara neden olmaktadır. O nedenledir ki üzerinde durulması gereken öncelikli konu tahkime elverişlilikdir.

Tahkime elverişlilik, bir uyuşmazık konusunun tahkim mekanizmasıyla çözülmeye elverişli olup olmadığıdır.[6] Bunun tahkim anlaşmasının geçerliliğinin bir şartı olarak değerlendirilip değerlendirilmemesi ise uygulanacak hukuka göre farklılık göstermektedir. Diğer bir deyiş ile bir anlaşmazlığın tahkime elverişliliği uygulanacak hukukun, sorunun yargılamanın nerede ve hangi aşamasında ortaya çıktığına bağlı olarak karar verilir. Yani tahkime elverişlilik karar öncesi (pre-award stage) ya da karar sonrası (post-award stage) sorunu olarak karşımıza çıkabilmektedir.[7] Türk hukukunda olduğu gibi tahkime elverişlilik tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin mi yoksa tahkim kararının iptal sebebi mi şeklinde tartışmalar da mevcuttur.[8]

Bir uyuşmazlık konusunun tahkime elverişli olup olmadığı milli hukuka göre belirlenir. Bu nedenledir ki bazı konular bazı ülkelerde

---

"MTK Tahkiminde İptal Davalarına İlişkin Bir Değerlendirme" PPIL, 40/2, (Cemal Şanlı Armağanı), 2020, s. 1068.

6 ÖZEL, Sibel, "Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizine Engel Bir Durum: Tahkim Sözleşmesinin Geçersiz Olması" MÜHF – HAD, C. 23, S. 1, 2017, s. 317. HUYSAL, Burak, Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik, İstanbul 2010. ESEN, Emre, "Uluslararası Tahkime Tabi Bir Uyuşmazlığın Devlet Mahkemelerine Götürülmesi Halinde Tahkim Anlaşmasının Geçerliliğine İlişkin İtirazların İncelenmesi ve Kompetenz-Kompetenz Prensibi" Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Ata Sakmar'a Armağan), 2011. ÖZKAN, Işıl/TÜTÜNCÜBAŞI, Uğur, Uluslararası Usul Hukuku, Ankara, 2017, s. 269.

7 LEW, Julian DM, et al., Comparative International Commercial Arbitration, Hague, 2003. KIRRY, Antoine, "Arbitrability: Current Trends in Europe" Arbitration International, C. 12, S. 4 ,1996, s. 373-390.

8 AKINCI, Ziya, Milletlerarası Tahkim, İstanbul, 2016, s.114. KURTULAN, Gökçe, "Türk Hukukunda Tüketici Uyuşmazlıklarının Tahkime Elverişliliği" Türkiye Barolar Birliği Dergisi C. 131, 2017, s. 240. DOĞAN, Vahit, Tahkime Elverişlilik Bağlamında Yabancı Unsur, Ed. DOĞAN, Vahit/YILMAZ, Alper Çağrı/İZMİRLİ, Lale Ayhan, Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Meseleler Sempozyumu, Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara 2019, s.449 vd.

tahkim yoluyla çözülebilirken bazı ülkelerde çözülememektedir. Ülkeler bu tahkime elverişliliğin sınırları çizerken sadece kendi yasalarına göre değil aynı zamanda taraf oldukları milletlerarası sözleşmeleri, uluslararası usule ilişkin ilkeleri de dikkate almaktadırlar.[9] Küreselleşen dünyanın getirisi olarak bir uyuşmazlık eğer bir yerlerde tahkimle çözümleniyorsa bu uyuşmazlık konusunun zaman içerisinde dünyanın geri kalan kısmına da etki edeceği aşikardır. Genel olarak, tarafların kendi iradesine tabi olan ve onların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri konulardan kaynaklanan uyuşmazlıklar tahkime elverişli kabul edilmektedir. Elbette tahkime elverişliliğin belirlenmesinde devletlerin siyasi, ekonomik ve sosyal durumu da önemli rol oynamaktadır. Buna bağlı olarakta tahkime elverişlilikte siyasi, sosyal ve ekonomik değişiklerle beraber değişkenlik arz edebilmektedir.[10] Tahkime elverişlilik kendi içinde de karşımıza objektif tahkime elverişlilik (ratione materiae) ve sübjektif tahkime elverişlilik (ratione personae) olarak çıkmaktadır. Objektif tahkime elverişlilik kamu düzeni kavramını ifade ederken subjektif tahkime elverişlilik ise ehliyet ve temsili içermektedir.[11]

Tahkime elverişliliği noktasında malpraktis davaları da zaman içersinde bazı hukuk sistemleri tarafından tahkime elverişli olarak kabul edilmeye başlanmıştır. Henüz ülkemizde çoğunluğun görüşüne göre tahkime elverişli uyuşmazlıkların içine girmese de çoğu ülkede tahkime elverişli sayılan malpraktis davaların temel özelliği; tarafları, teşhis ve tedavi sözleşmesinin içinde yer alan tahkim klozunun veya ayrı şekilde düzenlenmiş tahkim anlaşmasının hasta/hasta yakınları tarafından kabul edildiği an bakımından önem arz etmektedir. Öncelikle şunu belirtmek gerekir ki hasta/hasta yakını ile doktor/sağlık kuruluşları arasında tarafların serbest iradesiyle oluşturdukları bir sözleşme mevcuttur. Bu sözleşme ülkelerin kendi milli hukukları çerçevesinde vekalet, tüketici,

---

9 PÜRSELİM ARNING, s. 498.

10 PÜRSELİM ARNING, s. 498. LEW, et al, 188. TAKAVUT İbrahim Doğan, Milletlerarası Ticari Tahkimde Doğrudan Uygulanan Kurallar, İstanbul, 2018. TÜYSÜZ Cemre, Milletlerarası Ticari Tahkim Açısından İcra ve İflas Hukukundaki Davalar, İstanbul, 2017.

11 LEW et al, s. 187-188; PÜRSELİM ARNING, 498. ERKAN Mustafa, Milletlerarası Tahkimde Yetki Sorunları, Ankara, 2013.

bazı durumlarda eser yahut hizmet sözleşmesi olarak adlandırılabilir. Ülkemiz de ise bu durum hem doktrinde hem de pratikte tartışmalıdır. Türk Yargıtayı'da bir çok kararında hasta ile hekim arasında yapılan bu anlaşmayı Borçlar Kanunu çerçevesinde vekalet sözleşmesi olarak kabul etmiştir.[12] Ancak, sonraki kararlarında bu hukuki ilişkiyi bir sağlık hizmeti alımı olarak değerlendirip, hastayı tüketici olarak nitelendirerek, malpraktis uyuşmazlıklarında tüketici mahkemelerini görevli kılmıştır.[13]

Yargıtayın son kararlarına paralel olrak ise 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun 3.maddesinin (l) bendinde tüketici işlemi kavramı kapsamına vekâlet sözleşmesi ve de eser sözleşmeleri de dâhil edilmiştir. Hekimin hastasına sonucu garanti ettiği durumlarda (saç ekimi, estetik operasyonlar vb.) aralarındaki hukuki ilişki artık bir eser sözleşmesi niteliği taşır ve bu da 6502 sayılı kanun kapsamına alınmaktadır.[14] Bu durumda akla gelen soru ise hekim ile hasta arasındaki bu hukuki ilişkiyi bir tüketici işlemi olarak kabul edersek ki kanun buna izin vermekte, aynı zamanda bu ilişkiden doğan uyuşmazlıklar tahkime elverişli kabul edebilir miyiz? Türk hukukunda hangi uyuşmazlıkların tahkime elverişli olup hangi uyuşmazlıkların tahkime elverişsiz olduğunun denetimi çeşitli kaynaklar üzerinden yapılabileceği söylenebilir. İlgili kanun metinleri ve Yargıtay kararlarının incelenmesi bu durumda yardımcı olacaktır. Tahkime elverişlilik tartışmasında

---

12 ÖZMUMCU, Seda, "6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Hükümleri ve Yargıtay Kararları Çerçevesinde Tüketici Mahkemelerinin Görev Alanına Giren Uyuşmazlıklara Genel Bir Bakış" Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 16, 2014, s. 831-871. Bknz: Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 04.03.1994 tarihli ve E.1994/8557, K.1994/2138 sayılı Kararı, Yargıtay 13. HD.'nin 19.10.2006, E.2006/10057, K.2006/1382 sayılı Kararı; Yargıtay 13. HD.'nin 10.10.2006, E.2006/10068, K.2006/13288 sayılı Kararı; Yargıtay 13. HD.'nin 06.07.2006, E.2006/5518, K.2006/11185 sayılı Kararı. (Kararlar için Bkz. www.kazanci.com)

13 PETEK, Hasan, "Tıbbi Müdahalelerden Kaynaklanan Uyuşmazlılarda Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Uygulanması", DEÜHFD., 2013,15, Özel Sayı, s. 977. Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 28.09.2012 tarihli ve E. 2012/21184, K. 2012/20509 sayılı Kararı.

14 ÖZMUMCU, s. 862-864. Hukukumuzda hekim ile hasta arasındaki ilişki bir de isimsiz sözleşmeler içerinde teşhis ve tedavi sözleşmesi olarak da kendine has özelliklerini barındıran bir anlaşma niteliği taşıyabilir. Bknz: ÖZDEMİR Hayrunisa, Sağlık Hukuku Alanında Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi, Ankara, 2017, s.83 vd.

başvurulacak mevzuatlardan ilki 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve yine ilgili Kanun'un 407. madde hükmünün göndermesi ile 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu bulunmaktadır. Her iki kanun hükmüne baktığımızda temel vurgu iki tarafın iradesine tabi tutulmayan uyuşmazlıklar tahkimin kapsamı dışında bırakıldığına dairdir.[15] Hasta ile hekim ya da özel sağlık kuruluşu arasındaki ilişkiye baktığımızda tüketici işlemi olarak ele alırsak ilk bakışta tarafların serbest iradelerine tabi olduğu varsayılabilir. Ancak, pratikte hastanın acil durumlarda veya idrak edemeyeceği bir anda önüne matbu gelen sözleşmede ne kadar serbest iradesini kullanabildiği de tartışmalıdır. Önlerine gelen bu sözleşmede maddelerde değişiklik yapma veya yeni madde ekleme haklarının olmadığını da düşünülürse tam anlamıyla serbest iradelerinin varlığından söz edilemeyebilir. Ancak, bazı durumlarda ünlü doktorlarla hasta arasında yapılan özel sözleşmelerde farklılıklar olabilir. Acil olmayan durumlarda özellikle estetik operasyonlarda tarafların iradelerini daha serbest kullanabilecekleri de kabul edilebilir ve bu noktada taraf eşitliği de varsayılabilir. Bundan dolayıdır ki her bir durum kamu düzeni (objektif tahkime elverişlilik) açısından değerlendirilmesi gerekebilir.

Tarafların özelliklerine bakıldığında çoğunlukla bir taraf güçlü diğer taraf zayıf olarak nitelendirilmektedir ki bu nitelendirme ekonomik ya da mağduriyet açısından değerlendirilir.[16] Malpraktis davalarının en tartışmalı kısmı tarafların güç eşitsizliğidir. Buna mukabil, güçsüz olan tarafın en mağdur anında tahkim anlaşmasını imzalamak zorunda kalması ya da kabul etmesi tartışmaların devamını oluşturmaktadır. Bakıldığında teşhis ve tedavi sözleşmelerindeki tahkim şartı özel hukuk ilişkisi gibi görünse de aslen konu bakımından kamu düzenini doğrudan ilgilendiren ciddi bir konudur. Konu bakımında tahkime elverişliliği birçok ülkede tartışmalı olmasına rağmen tahkim yargılaması çok uzun yıllardır bazı ülkelerde malpraktis davalarında sıklıkla uygulanmaktadır.

---

15 Bknz Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 29.06.2020 tarihli 2019/3450 E. ve 2020/1932 K. sayılı kararında: "Başka bir deyişle, tarafların dava konusu üzerinde kabul veya sulh yolu ile serbestçe tasarruf edemeyecekleri hallerde, tahkim mümkün değildir. Örneğin, boşanma ve ayrılık davalar, iflas davaları ve çekişmesiz yargı işleri için tahkim sözleşmesi yapılamaz (…)" denilmektedir.

16 HUYSAL, s. 25.

Bu ülkelerin başında Çin Halk Cumhuriyeti ve Amerika Birleşik Devletleri gelmektedir. Bu iki ülkenin karşılaştırılma nedeni ise Çin'de malpraktis davaları için gittikçe kötüye giden bir tahkim süreci varken Amerika'da hiç sorunsuz diyemesekte oldukça uyumlu ve barışçıl şekilde işleyen bir tahkim süreci mevcuttur. Bu farklı uygulamaların nedenlerini ayrı ayrı ülkelerdeki süreci inceleyerek daha net bir şekilde anlayabiliriz.

II. ÇİN HALK CUMHURİYETİ

Çin Halk Cumhuriyeti'nde yayımlanan araştırma raporuna göre ortalama her yıl %72 oranında, sağlık çalışanı tıbbi bir anlaşmazlıkla karşı karşıya kalmaktadır.[17] Bunun yanında en çok malpraktisin görüldüğü alan ortopedi, kadın doğum ve de acil servis iken, malpraktis nedeni olarak ilk üçte tıbbi cihazlarda çıkan sorunlar, yanlış teşhis ve yanlış tedavi uygulanması olarak sıralanmaktadır.[18]

Uzun yıllardır malpraktis davaları için tahkime gidilmesinin yolunu açan Çin'de, son dönemlerde ciddi sorunlar yaşanmaya başlamıştır. Bu sorunların başında hastaya karşı şeffaf olmama, doktorların özen yükümlülüğünü ve aydınlatma yükümlülüğünü gerektiği gibi yerine getirmeme, daha iyi bir sağlık hizmeti alımı için rüşvet alınması, sağlık personeline karşı şiddet eylemleri vb. bir çok örnek verilebilir. Malpraktis iddiaları, hasta güvenliği sorunları için buzdağının sadece görünen kısmını temsil edebilir. Çin'de asıl sorunlar silsilesi, kamuya açık verilerin eksikliği, hasta güvenliğini değerlendirmenin önündeki en büyük engeldir. Ayrıca sağlık hizmeti sunucuları, dava açılmadıkça tam ve dürüst bir şekilde rapor vermemektedirler.[19] Bu nedenle Çin hükümeti 2010 yılında modern bir hukuk sistemi inşa etmede önemli adımlar atmış ve haksız fiil sorumluluğu düzenlemiştir.[20] Ancak, bu yasanın bazı bölümlerinde eksiklikler mevcuttur. Özellikle, sağlık

---

17 LI Heng et all., Retrospective analysis of medical malpractice claims in tertiary hospitals of China: the view from patient safety, BMJ Open, C. 9, S. 10, 2020.

18 LI et all., s. 6-7-8.

19 LI et all., s. 2.

20 JOHNSON, Vincent R, "The Importance of Doctor Liability in Medical Malpractice Law: China Versus the United States" St. Mary's Journal On Legal Malpractıce & Ethıcs, C. 10, S. 2, 2020.

hukukuna ilişkin kurallar da hatalı düzenlemelere yer verilmiştir.[21] Bu hatalı düzenlemelerin ilki ve de en önemlisi doktorun malpraktis sorumluluğunun olmamasıdır. Diğer bir deyişle hekimin bireysel olarak bilgisizliğinden veya ihmalkarlığından doğan bir zarar durumunda hekim tahkim yargılamasında taraf olmaz. Sorumlu doktor yerine tahkimde taraf olarak çalıştığı sağlık kurumu ve bazı durumlarda eğer ilgili ise labaratuvar yahut ilaç sağlayıcıları taraf olabilir.[22]

Bu durumla karşılaşan hasta ve hasta yakınları da karşılarında asıl sorumlu kişiyi muhattap bulamayınca, hekimleri yargı önünde hesaplaşamadıkları için bireysel olarak cezalandırma yoluna başvurmaktadırlar.[23] Yasanın yapılma amacı doktorların hastalarına teşhis ve tedavi uygularken kendilerini baskı altında hissetmeden işleri yapabilmesi iken, sorumlu tutulmayan doktorlar üzerlerine düşen aydınlatma ve özen yükümlülüğünü ihlal etmeye başlamışlardır. Bunun yanında hastalara büyük meblağlarda ücretlendirme yapılmaktadır, çünkü doktorların hastaneyi zarara uğratmamak için gereksiz test ve tedavi uyulamaları da mevcuttur.[24]

Bu yasa sadece malpraktis davalarının taraflarına etki etmemiş bunun yanında doktor-hasta ilişkisine de etki etmiştir. Çin'de doktorlarla

---

21 JOHNSON, 14. Bknz : Articles 54-64 of the Tort Liability Law: 'where a patient sustains any harm during diagnosis and treatment, if the medical institution or any of its medical staff is at fault, the medical institution shall assume the compensatory liability'. In some cases, liability extends beyond medical institutions to other entities, namely to manufacturers of drugs, disinfectants, and medical instruments, or the suppliers of blood. Where any medical staff member fails to fulfill the obligations of diagnosis and treatment up to the standard at the time of the diagnosis and treatment and causes any harm to a patient, the medical institution shall assume the compensatory liability. Article 62: a medical institution and its medical staff shall keep confidential the privacy of a patient. if any privacy data of a patient is divulged or any of the medical history data of a patient is open to the public without the consent of the patient, causing any harm to the patient, the medical institution shall assume the tort liability.

22 Article 54 of the Tort Law in China.

23 ZHANG, Liuyi, STONE, Teresa E. and Jingping ZHANG. "Understanding the rise of Yinao in China: a commentary on the little known phenomenon of healthcare violence." Nursing & health sciences, C. 19, S. 2, 2017, s. 183-187. HUANG, Xian, "Peace in the Shadow of Unrest: yinao and the State Response in China." The China Quarterly, 247, 2021, s. 724-748.

24 ZHANG et al., s. 185.

iletişim oldukça zor, aydınlatma yükümlülüğünü özenli şekilde yerine getirilmemektedirler. Oysa ki yapılan araştırmalara göre doktorla olan etkin bir iletişim hem hastalığın iyileşme sürecinde hem de aradaki güven bağının kurulmasında oldukça etkilidir. Çünkü hasta doktorun bilgi ve becerisini ölçecek seviyede olmadığı için doktorun kendisiyle olan iletişimine, yaklaşımına göre güven oluşturur ve tedavisinin seyrini etkiler.[25] Çindeki taraflar arası ilişki de ise doktora daha iyi bir sağlık hizmeti vermesi için hasta yahut hasta yakınları tarafından rüşvet verilmekte ve de buna bağlı olarak tedavide beklentileri yükselmektedir.[26] Aksi bir durum meydana geldiğinde de hasta yakınları yahut hastanın bizzat kendisi davada ve tahkimde taraf olmayan doktora şiddete başvurmaktadırlar.

Diğer taraftan, aslen çoğu ülkede olduğu gibi Çin'de de tahkim sözleşmesi hasta kaydı sırasında hasta ya da hasta yakınlarına imzalatılmaktadır. Matbu olarak hazırlanmış sözleşme de tahkim genellikle kloz olarak yer almakta ve hastalar ve hasta yakınları tarafından çok dikkate alınmadan imzalanmaktadır. Bu noktada her ne kadar tahkim tarafların iradesiyle sıkı ilişkili dense de bu tür uyuşmazlıklarda zayıf tarafın önüne sunulan sözleşme de çok da pazarlık payı olmadığı aşikardır. Tahkim sözleşmesinin imzalanma anı geçerliliği noktasınsında önem arz etmektedir.

Açıklanan durumlardan ötürü, ülkede yaşanan malpraktis davalarındaki problemler o kadar artmıştır ki, sağlık hizmeti alan ve bundan zarar görenler adli yollarla tatmin olmadıkları için ciddi şiddete başvurmaya başlamışlardır ve bu şiddet olayları ülke genelinde yaygın şekilde görüldüğü için *yinao* adıyla anılmaktadır.

Yinao kısaca Çin'de sağlık personeline ve hizmet araçlarına para karşılığında gerçekleştirilen şiddet olaylarını ifade eder. Diğer bir deyişle sağlık peronelinin hatasıyla meydana gelen bir zarar durumunda hasta ya da hasta yakınlarının yargılama yolundan ziyade bu tarz bir çeteye

---

25 İŞTAR, Cengiz, "Tıbbi Malpraktis, Tıbbi Malpraktisin Psikolojik Boyutları ve Özel Hastanede Çalışan Hekimin Tıbbi Malpraktisten Doğan Hukuki Sorumluluğu" Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, C. 37, 2019, s. 107-132.

26 JOHNSON, s. 23.

başvurması ve bu çetenin de sağlık personeline bazen pusu kurarak[27] bazen doğrudan hastane odasında darp etmesi ve daha da kötüsü kasten öldürmesi durumunu açıklamaktadır. Bu çete sadece fiziksel şiddet uygulamayıp aynı zamanda hastanelerde yüksek sesle ölüm marşı çalıp, hasta ekipmanlarına zarar verme ve diğer hastaların da tedavi görmesini engellemektedir.[28]

Yinao dünya çapında duyulmasa da Çin için büyük bir kabus haline gelmiştir ve Çin devleti caydırıcı yasalarla önüne geçmeye çalışsa da çok da başarılı olamamıştır. Asıl yapılması gereken daha derin düşünerek, yinaoya yönelten sebeplerin ortadan kaldırılmasıdır. Sebepler arasında, tıbbi personele duyulan güven eksikliği ve yüksek maliyetli tıbbi harcamaların körüklemesi; tedaviye erişimde zorluklar; kötü tedavi sonuçları, yüksek hasta beklentileri, tıp etiğinin yanlış anlaşılması veya reddedilmesi, yanıltıcı medya raporları olarak sayılabilir. Sağlık personelleri duygusal acı, fiziksel yaralanma ve hatta ölümle sonuçlanan şiddetli ve üzücü Yinao olaylarının hedefi olmaktadır. Bu nedenledir ki tıp fakültelerinin kontenjanları boş kalmakta aileler çocuklarının aslen oldukça prestijli olan doktorluk mesleğine teşvik etmemektedir.[29] Çünkü bu çeteler psikolojik olarak sağlık personelinin üzerinde baskı kurmuştur. Haksız fiil yasasının yaratmaya çalıştığı rahatlık artık tam tersi yinao ile ters tepki yaratmıştır. Çin'de yapılan yasalarla korunamayan doktorları, hastanelerde doktor odalarının bulunduğu katlara devlet asker yerleştirerek yionayı önelemeye çalışmaktadır.[30] Görülmektedir ki Çin'in içinde bulunduğu durum, dünya genelinde yasa koyucularada erişilebilir, uygun maliyetli ve adil bir sağlık sisteminin önemini vurgulamaktadır.

III. AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ

Sağlık personeline karşı şiddet başka ülkelerde ortaya çıksa da, bu tür sorunlar Amerika Birleşik Devletleri'nde nadir bir durumdur. Amerika Birleşik Devletleri'nde verilen istatistik sonuçlarına göre

---

27 https://time.com/4402311/china-attacks-doctors-medical-police-medicine-health-care/ son erişim 7.9.2021.

28 ZHANG et al., s. 183-187.

29 JOHNSON, s. 2.

30 JOHNSON, s. 2.

malpraktise bağlı ölümler, kalp krizine ve kansere bağlı ölümlerden sonra üçüncü sırada yer almaktadır.[31] Amerika Birleşik Devletleri'ndeki davaların sayısı eyaletten eyalete değişme eğilimindedir ve her yıl ortalama 85.000 dava açılmaktadır.[32] Bunun yanın da ülkede bazı eyaletler halen tıbbi malpraktis davalarını çeşitli sebeplerden ötürü tahkime elverişli saymamaktadırlar.[33]

Sınırlı verilere göre Amerika'da çoğu doktorun (%80'in üzerinde) tahkim anlaşmasını imzalamayı reddeden hastalara bile sağlık hizmeti sağladığını göstermektedir. Ancak aynı kaynaklar, hastaların yaklaşık %80'inin bu tür anlaşmaları ihtilafsız imzaladığını göstermektedir.[34] Bu da demek oluyor ki Amerikalı doktorların ihtilaf çıkaran hasta ile karşılaşması oldukça düşük bir ihtimaldir. Bunun yanında Çin'in genel popülasyonun okuma yeteneği ve çoğu hastanın sağlık hizmeti kabul belgelerini gözden geçirip imzaladığı düşünüldüğünde aslında bu durum çok da şaşırtıcı değildir.[35]

Malpraktis davalarının %80'ni davalı olan sağlık çalışanları lehinedir.[36] Ayrıca araştırmalar, her üç hastadan sadece birinin yaralanmaları için tazminat aldığını ve bunların %5'inden azının kararla sonuçlandığını ve yaklaşık %95'inin tahkim kararı olduğunu gösteriyor.[37]

---

31 Bknz https://news.yale.edu/2020/01/28/estimates-preventable-hospital-deaths-are-too-high-new-study-shows son erişim 5.12.2021.

32 Bknz https://justpoint.com/knowledge-base/us-medical-malpractice-case-statistics son erişim 3.1 2022.

33 Bknz. Florida Court Voids Arbitration Agreement in Violation of Statute, Ohio Invalidates Arbitration Agreement due to Unconscionability, DAVİ, Salvatore G., "A Survey of States' Views on Binding Arbitration Agreements in Healthcare Disputes and the Advocation for a Strict, Uniform Standard" Resolved: J Alternative Disp Resol 46, 2019, 7:2. *Small v. HCF of Perrysburg, Inc*., 823 N.E.2d 19, 24 (2004). *Hemandez v. Crespo*, 211 So.3d 19 (2016). States Only Requiring Informed Consent, Maine, California and New Jersey, New York, Louisiana. States Requiring Independent Counsel and public policy Ohio and Texas. KWON, Hyung Kyun, 'Arbitration, Agreement for Malpractice Disputes and its Ethical Magnitude' 10 Elon L Rev, 2018, 165.

34 DEVILLE, Kenneth A. "The Jury is Out: Pre-Dispute Binding Arbitration Agreements for Medical Malpractice Claims: Law, Ethics, And Prudence" The Journal of Legal Medicine, C. 28, S. 3, 2007, s. 333-395.

35 DEVILLE, s. 336.

36 DEVILLE, s. 368.

37 DEVILLE, s. 368.

Amerikalı doktorlar yüksek itibar görmekte olup, Çin'deki durumla karşılaştırıldığında daha yavaş ve pahalı olan Amerikan teşhis ve tedavi süreci, tıbbi uygulama hatası anlaşmazlıklarını çözme noktasında daha etkin görünmektedir. Ülkedeki malpraktis davalarınında genellikle tahkim yoluyla çözüme kavuşturulması daha verimli ve daha az maliyetli bir yol sağladığından artış göstermektedir. Ayrıca tahkim enstitüleri malpraktis uyuyşmazlıklarını çözmekte de etkin rol oynamaktadır. Uluslararsı Tahkim Formu, Amerikan Sağlık Hukukçuları Derneği, Amerikan Tahkim Enstitusu ve de Adli Tahkim Ve Arabuluculuk Hizmetleri birimleri belirli ücret karşılığında taraflara alanında uzman kişilerce tahkim hizmeti vermektedirler.[38] Ancak verilen tahkim kararları kesin ve bağlayıcıdır ki bu demek oluyor ki önemli bir usul veya delil hatası kararın sonucunu etkilese bile, kararları temyizde gözden geçirilemez.[39]

Amerika'daki tahkim mekanizmasının daha yaygın ve iyi bir şekilde ilerlemesinin bir diğer nedeni de yargı sisteminin malpraktis uyuşmazlıkların da tarafları tahkime teşvik etmesidir. Bu yönlendirme oldukça etkindir çünkü mahkemeler hastaya veya hasta yakınına tahkim sözleşmesini imzalarken yahut teşhis ve tedavi sözleşmesinin içindeki tahkim klozunu kabul ederken dikkatli olmaları gerektiğini kararlarında vurgulamaktadırlar. Bu da aslında hasta ve hasta yakınlarına daha fazla sorumluluk yüklemektedir. Örneğin, Amerikan mahkemeleri önlerine gelen hasta ve hasta yakınlarının tahkime ilişkin itirazlarında tarafların matbu bir sözleşme de olsa okuma görevi olduğunu ve eğer ki sözleşme tarafının esasen okumadığı maddelerin sonuçlarına itiraz etmekten feragat ettiğinin kabul edildiğini belirtmektedir.[40] Neden olarak ise tarafları ki bu aslen mağdur taraf için söz konusudur, sözleşmeyi okumaya teşvik olarak gerekçelendirmektedir. *Moses H. Cone* davası,

---

38 DEVILLE, s. 337. Ayrıca Amerika'daki bazı eyaletler bu tür uyuşmazlıklar için ayrı bir tahkim kanunu yürürlüğe sokmuşlardır. Bu kanun malpraktis uyuşmazlıklarının tahkime getirldiğindeki süreci düzenlemektedir. Örneğin, Medical Malpractice Arbitration Act in Michigan. BEDIKIAN, Mary, "Medical Malpractice Arbitration Act: Michigan's Experience with Arbitration." American Journal of Law & Medicine, C. 10, S. 3, 1984, s. 287-307.

39 DEVILLE, s. 338.

40 BLUM Brian A., Contracts: Examples & Explanations, 3d ed. 2004, s. 427-28.

mahkemenin tahkim konusundaki artan kararlılığını gözler önüne sermektedir. Mahkeme kararında "Tahkim Yasası [FAA], federal yasanın bir konusu olarak, tahkime elverişli konuların kapsamına ilişkin herhangi bir şüphenin tahkim lehine çözülmesi gerektiğini ortaya koymaktadır." diye belirterek tahkime teşviği artırmıştır.[41]

Bunun yanında yine Amerikan mahkemeleri *Buraczynski v. Eyring* davasındaki[42] ortopedi cerrahı, hastasından ameliyat öncesi tahkim anlaşmasını imzalamasını istedi. Ameliyat komplikasyonları sonucu hasta öldü ve ailesi dava açtı. Tahkime gitmek istemeyen hasta yakınları bu tahkim sözleşmesinin imzalanma anına dikkat çekerek, tıbbi ortamda uygulandığında ki bu zor durumda olan bir hastanın çaresi kalmadığı bir anda serbest iradesiyle değil mecburiyetten imzaladığını belirterek, ihtilaf öncesi tahkim anlaşmalarının kamu düzenine aykırı olduğunu iddia etmişlerdir. Ancak Tennessee Yüksek Mahkemesi aynı fikirde olmayıp ve tıbbi ilişkinin kabul edilen özel doğasına rağmen, tahkimin tıbbi ilişkilerde sıradan ticari ilişkilerde olduğu gibi yaygın olmaması kamu düzenine aykırılığın nedeni olamaz şeklinde karar vermiştir.[43] Nitekim ticari ilişkilerde borç içinde yüzen bir tacirin tahkim anlaşmasını imzalayıp daha sonra bu tarz bir itirazının nasıl kabul görmeyecekse aynı durumun malpraktis davaları içinde geçerli olduğu sonucuna varmıştır. Ancak, mahkeme bazı durumlarda uyuşmazlığının niteliğini gözden kaçırmış olduğu düşünülebilir. Zira malpraktis davalarında mağdur ve zor durumda olan bir hastanın o an acısının dinmesi veya son çaresi ise o tedavi önüne gelen tahkim anlaşmasına ilişkin bir değerlendirme ve pazarlık yapma durumu söz konusu olmayabilir. Sağlık hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda hasta ya da hasta yakınlarından bir tacir gibi basiretli ve öngörüsünün yüksek olmasının beklenmesi adil değildir. Tahkime elverişlilik noktasında da taraflar arasındaki ilişki ve güç dengesine bakıldığında kamu düzenini yakından ilgilendiren ve güçsüz tarafın karşı taraf ile eşit konuma gelmeden tahkim yargılamasının yapılması da adalet duygusuna aykırı olacaktır.

---

41 *Moses H. Cone Mem'l Hosp. v. Mercury Constr. Corp*., 460 U.S. 1, 24 (1983).

42 *Buraczynski v. Eyring*, 919 S.W.2d 314 (Tenn. 1996).

43 DEVILLE, s. 351.

Tahkim yargılamasının Amerika'daki sürecinin daha iyi yürütülmesinin nedenlerinden diğeri ise doktorlar yargılamaya taraflar ve bazı durumlarda eğer ilgiliyse sağlık kuruluşu da taraf olabilmektedir. Ayrıca doktorlar son dönemlerin en yaygın sigorta türü olan meslek sigortalarını mutlaka yaptırmaktadırlar. Herhangi bir tazminat durumunda bu sigortadan ödemeler gerçekleşmektedir. 2005 yılında da Hasta Güvenliği ve Kalite İyileştirme Yasası yürürlüğe girmiştir ve bu kanun aslen İtalya'dan örnek alınmış ve amaç gizli tıbbi hata raporlaması yapılmasıdır.[44] İtalya da kullanılan bu yöntem sağlık kuruluşlarında hasta güvenliği ve risk yönetimi birimlerini entegre etmede ve buna bağlı malpraktis dava sayısının azalmasında etkin rol oynamıştır.[45] Ancak Amerika'da bu yasanın ne kadar fayda sağladığına ilişkin net bir kanıt veya değerlendirme bulunmamaktadır.

IV. MALPRAKTİS DAVALARINDA TAHKİMİ DAHA ELVERİŞLİ KILMAK

Tahkim yargılamasının bir çok faydası olduğu gibi malpraktis uyuşmazlıklarında da taraflara sunduğu geniş imkanlar mevcuttur. Öncelikle tahkim yargılaması taraflara kendilerini özgürce ifade edebilecekleri, doğrudan bu alanda uzman olan kişilerin yargılamayı yapması, uyuşmazlığın daha kısa sürede çözüme kavuşturulması ve bunun sonucu tazminata daha hızlı erişim sağlamaktadır.[46] Malpraktis davalarının mahkemelerde uzun sürmesi, bilirkişi tayinleri, itirazlar, uzman kişilerden mütalaa alınması vs. gibi durumlar aslen alınacak olan tazminatın gecikmesine ve de ayrıca eğerki bu tazminatla bir tedavi

---

44 LI et all., 9. DI Luca A, VETRUGNO G, PASCALI VL, et al., "Perspectives on patient safety and medical malpractice: a comparison of medical and legal systems in Italy and the United States" J Patient Saf, C. 15, 2018, s. 78–81.

45 LI et all., 9. ZHAN, Chunliu, et al., "How useful are voluntary medication error reports? The case of warfarin-related medication errors" The Joint Commission Journal on Quality and Patient Safety, C. 34, S. 1, 2008, s. 36-45.

46 KWON, 171-173. QUİRİNG, Steven, "Attorney-Client Arbitration: A Search for Appropriate Guidelines for Pre-Dispute Agreements", 80 Tex. L. Rev., 2002, s. 1213-1214. RUSSO, Louis A., "The Consequences ofArbitrating a Legal Malpractice Claim: Rebuilding Faith in the Legal Profession", 35 Hofstra L. Rev. 327, 2006, 330-31. Bknz https://medarb.net/cozumlerimiz/saglik-hukuku/ son erişim 11.2. 2022.

tekrarlanacaksa bunun ertelenmesine sebebiyet vererek mağduriyeti artırmaktadır.[47]

Bunun yanında tahkimin temel özelliği olan gizlilik ilkesi de aslen uygulamasında mağdur olan tarafın acısının sürekli olarak tazelenmesini önler ve de karşı taraf olarak doktor ise henüz kendi kurusu ile bir zarara sebebiyet verdiği kesinleşmeden kişisel kariyerinin zarar görmesini engeller. Eğer karşı taraf bir sağlık kuruluşu ise (ki özel hastaneler şirket niteliği taşıdıkları için ticari sır itibarlarının korunması oldukça önemlidir) adının saklı kalması da gelecekteki faaliyetleri için önem arz etmektedir.[48]

Elbetteki küreselleşen dünyanın gittiği yönden ayrılmak günümüzde çok da mümkün olmadığı gibi yeni mekanizmalara da uyum sağlamak aynı derecede problemli olabilmektedir. Önemli olan yeni gelişen sistemlere ayak uydururken, bu sistemleri konusu olacak olan malpraktis davalarında etkin ve adil bir şekilde çalışabilmesi için bazı modifiyeler de yapılması gerekmektedir. Her iki ülkeye baktığımızda uzun zamandır bu tür uyuşmazlıkları tahkime götürüyor olsalar da Amerika'nın bu alanda kurumsallaşmaya gitmesi ve hasta/ hasta yakınlarına karşı şeffaf davranması aslen taraflara güven aşılamaktadır.

Genel olarak halihazırda malpraktis davalarının tahkime götürüldüğü ülkeler ve aynı zamanda ileri de götürecek ülkeler için yapılması gereken, bu tür uyuşmazlıkların kendine has özelliklerini belirleyerek daha fazla bir mağduriyete neden olmayacak şekilde çözümler üretilmesi gerekmektedir. "Zengin ve fakir karşı karşıya kaldığında özgürlük ezer, yasa ise kurtarıcı olur"[49] cümlesi aslen tahkimin her ne kadar taraf iradesine sıkı sıkıya bağlı bir çözüm yöntemi olsa da taraflar ve uyuşmazlık konusu göz önüne alındığında bu özgürlüğün aslen bir mağduriyet oluşturacağı, ancak yasa koyucuların bu özgürlüğü tarafları eşit seviyeye getirmek için yeni bir mevzuat hazırlaması gerekmektedir. Bu yasaya öneri olarak ülkelerdeki sağlık ile

---

47 Bknz https://medarb.net/cozumlerimiz/saglik-hukuku/ son erişim 11.2. 2022.

48 Bknz https://medarb.net/cozumlerimiz/saglik-hukuku/ son erişim 11. 2. 2022.

49 KABOĞLU İbrahim, Özgürlükler Hukuku: İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı, İstanbul, 4. Baskı, 1998, 134. SEZER, Abdullah, KIRIT, Emrah, BOYAR, Oya, Hukuk Devleti, İstanbul, 2003. PÜRSELİM ARNING, s. 506.

ilgilenen resmi kurumlarının bu tarz malpraktis tahkim davalarında mağdurun yanında tahkime katılması seçeneklerden biri olabilir.[50] Bu katılım gerek devletlerin sağlık politikalarını geliştirirken kaynak olarak kullanacakları raporlar şeklinde hazırlanabilir. Ayrıca, hasta ya da hasta yakınları tahkim yargılamasında kendilerini zayıf ve güçsüz hissetmezler. Bu tahkim yargılamasındaki sağlık kuruluşu ya da doktorun da karşı tarafa olası baskısını azaltır ve de hem daha objektif hem de daha adil bir yargılama yapılabilir. Kurumdan katılan yetkili sadece yargılama sürecini raporlamayıp aynı zamanda hasta ya da hasta yakının bilmediği yahut yapmadığı itirazları yaparak yargılamanın daha sağlıklı ilerlemesine de katkı sağlayabilir.[51] Böylelikle mahkemelerin dezavantajları ortadan kaldırılırken, tahkimin de bu alanda dünya çapında yaygın olarak kullanılmasını destkleyebilir. Diğer bir çözüm önerisi ise aslen hasta ya da hasta yakınlarının uyuşmazlık ortaya çıktığında tahkime itiraz etmelerinden dolayı bu tahkim sözleşmesinin daha etkin hazırlanması olabilir. Öncelikle tahkim anlaşması net ve açık ifadeler ile hazırlanmalıdır. Diğer bir deyişle yoruma mahal vermeyecek şekilde şartları açık olmalıdır. Bunlardan ilki hastaya yahut hasta yakınlarına tahkime verdikleri rızayı makul bir süre içinde geri alma

---

50 "To assure that Kaiser's arbitration system met its stated goals of providing fair, efficient, and timely resolution of medical malpractice disputes against its providers, the Panel recommended that the health maintenance organization appoint an independent monitor to regularly audit and report process performance and outcomes. An outside lawyer who neither arbitrates disputes nor represents parties in arbitration was appointed to implement this recommendation. The Independent Administrator issues annual reports on the program, including number of filings, mode of disposition, outcomes (including settlement and monetary awards), and fees." HENSLER, Deborah R., DAMİRA Khatam, "Re-Inventing Arbitration: How Expanding the Scope of Arbitration Is Re-Shaping Its Form and Blurring the Line between Private and Public Adjudication" Nevada Law Journal, C. 18, S. 2, 2018, s. 381-426.

51 Son olarak ise ülkemizde de 15 Haziran 2022 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanan Sağlık Meslek Mensuplarının Tıbbî İşlem ve Uygulamaları Nedeniyle Soruşturulmasına ve İdarece Ödenen Tazminatın Rücu Edilmesine Dair Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik de seçeneklerden biri olabilir. Burada aslen Sağlık Bakanlığı'nın oluşturacağı resmi görevli kişilerden oluşan inceleme kurulu malpraktis uyuşmazlığının çözüm sürecinde hem hasta/hasta yakınlarına hem de hekim ve sağlık kuruluşları için güven ortamı oluşturabilir. Bknz: https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2022/06/20220615-14.htm son erişim 27.08.2022.

hakkı tanınabilir.[52] Tahkim anlaşmasında bu tarz bir hüküm hastalık anında veya acil tıbbi bir durumun baskısı altında imzalandığı için rızanın geçerli olmaması itirazını ortadan kaldırabilir. Çünkü hükümde verilen makul sürede bu acil durum baskısı ortadan kalmış ve serbest irade ile tekrar bir düşünme hakkı hasta ve hasta yakınlarına tanınmış olur.

SONUÇ

Şüphesiz ki malpraktis davaları içinde dünya genelinde diğer uyuşmazlıklar gibi yakın zamanda tahkim yargılamasına başvuru yolu açılması kuvvetle muhtemeldir. Hali hazırda ülkemizde de sağlık hukukuna ilişkin uyuşmazlıklar arabuluculuk yöntemiyle çözümlenebilinirken daha ciddi boyutlardaki malpraktis davalarının tahkim yargılamasına ihtiyaç duyulacağı düşünülebilinir. Malpraktis davalarının tahkime elverişliliği somut haliyle olmasa da, bu tür uyuşmazlıklar için tahkim yargılaması yolu açılırken dikkat edilmesi gereken konular vardır. Öncelikle yasa koyucular her iki tarafında çıkarlarını göz önüne alarak adil ve tarafsız bir yargılama için gerekli önlemleri almalıdırlar. Dünya genelinde örneklere bakıldığında Amerika'da göründüğü üzere kurumsallaşmanın, aslen yargılama kuralların ve ücretlerinin önceden belirlenmesi (şeffalık) oldukça önemlidir. Çünkü taraflar tahkim yargılamasına gitmeden nelerle karşılaşacağını önceden bilir ve buna göre uyuşmazlık çıkmadan bu uyuşmazlık çözüm yöntemine bilinçli bir şekilde taraf olurlar. Diğer yandan malpraktis davalarının taraflarının özel durumuna ilişkin, resmi kurumlarca tarafsız ve bağımsız bir uzman raporötör atanması malpraktis davalarında özellikle hasta /hasta yakınları açısından tahkime yönelmenin önünü oldukça açacaktır. Mağdur olan hasta/hasta yakınları tahkim yargılamasında kendilerini sağlık kuruluşu/doktor ile eşit konumda görerek bu yargılamanın adil ve tarafsız olacağına güven duyabilirler. Zayıf tarafın korunması ilkesine böylelikle uyumlu hale gelebilir. Bunun dışında sağlık kuruluşları veyahut doktorla yapılan

---

[52] ZUKHER, David, "The Role of Arbitration in Resolving Medical Malpractice Disputes: Will a Well-Drafted Arbitration Agreement Help the Medicine Go Down" Syracuse Law Review, C. 49, S. 1, 1998, s. 135-174 (providing for a 30-day period during which the patient can revoke the consent to arbitrate).

sözleşmelerde uyuşmazlık çözüm yöntemine ilişkin kısmın esas sözleşmede tahkim klozu şeklinde değil, ayrı bir sözleşme şeklinde detaylı olarak hazırlanması ve hasta/hasta yakınlarının bu anlaşmayı sadece okumaması aynı zamanda tahkim konusunda aydınlatılması gerekmektedir. Bunun akabinde hasta/hasta yakınlarına içinde bulundukları aciliyet hissinden çıkana kadar cayma hakkı için makul süre verilmesi de uyuşmazlık çıktıktan sonraki problemleri önemli ölçüde azaltabilir.

KAYNAKLAR

AKINCI, Ziya, Milletlerarası Tahkim, İstanbul, 2016.

BEDIKIAN, Mary, "Medical Malpractice Arbitration Act: Michigan's Experience with Arbitration", American Journal of Law & Medicine, 10, 3, 1984, 287-307.

BLUM, Brian A., Contracts: Examples & Explanations, 3d ed. 2004, 427-28.

DAVİ, Salvatore G., "A Survey of States' Views on Binding Arbitration Agreements in Healthcare Disputes and the Advocation for a Strict, Uniform Standard", Resolved: J Alternative Disp Resol 46, 2019, 7:2.

DEĞDAŞ, Ulaş Can, "Hatalı Tıbbi Uygulamadan (Malpraktis) Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk", Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 4, 2018, S. 41-65.

DEVILLE, Kenneth A., "The Jury is Out: Pre-Dispute Binding Arbitration Agreements for Medical Malpractice Claims: Law, Ethics, and Prudence", The Journal of legal medicine, 28,3, 2007, 333-395.

DI Luca A, VETRUGNO G, PASCALI VL, et al., "Perspectives on patient safety and medical malpractice: a comparison of medical and legal systems in Italy and the United States", J Patient Saf, 15, 2018, 78–81.

DOĞAN, Vahit, Tahkime Elverişlilik Bağlamında Yabancı Unsur, Ed. DOĞAN, Vahit/YILMAZ, Alper Çağrı/İZMİRLİ, Lale Ayhan, Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Meseleler Sempozyumu, Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara 2019.

ERKAN, Mustafa, Milletlerarası Tahkimde Yetki Sorunları, Ankara, 2013.

ERSEN PERÇİN, Gizem, "MTK Tahkiminde İptal Davalarına İlişkin Bir Değerlendirme", PPIL, 40/2, (Cemal Şanlı Armağanı), 2020, s. 1068.

ESEN, Emre, "Uluslararası Tahkime Tabi Bir Uyuşmazlığın Devlet Mahkemelerine Götürülmesi Halinde Tahkim Anlaşmasının Geçerliliğine İlişkin İtirazların İncelenmesi ve Kompetenz-Kompetenz Prensibi", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Ata Sakmar'a Armağan), 2011.

GİRAY, Faruk Kerem, "Milletlerarası Tahkimde Gizlilik", Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi, 4, 2015, 63-120.

HAKERİ, Hakan, "Tıp Hukukunda Malpraktis Komplikasyon Ayrımı", Bulletin of Thoracic Sursgery/Toraks Cerrahisi Bülteni, 5, 2014, s. 1.

HANCI, İsmail Hamit, Tıbbi Girişimler Nedeniyle Hekimin Ceza ve Tazminat Sorumluluğu, 2. Baskı, Ankara, 2005.

HENSLER, Deborah R., DAMİRA Khatam, "Re-Inventing Arbitration: How Expanding the Scope of Arbitration Is Re-Shaping Its Form and Blurring the Line between Private and Public Adjudication", Nevada Law Journal, 18, 2, 2018, 381-426.

HUANG, Xian, "Peace in the Shadow of Unrest: yinao and the State Response in China", The China Quarterly, 247, 2021, s. 724-748.

HUYSAL, Burak, Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik, İstanbul 2010.

İŞTAR, Cengiz, "Tıbbi Malpraktis, Tıbbi Malpraktisin Psikolojik Boyutları ve Özel Hastanede Çalışan Hekimin Tıbbi Malpraktisten Doğan Hukuki Sorumluluğu", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 37, 2019, 107-132.

JOHNSON, Vincent R, "The Importance of Doctor Liability in Medical Malpractice Law: China Versus the United States", ST. MARY'S JOURNAL ON LEGAL MALPRACTICE & ETHICS,10, 2, 2020.

KABOĞLU, İbrahim, Özgürlükler Hukuku: İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı, İstanbul, 4. Baskı, 1998, 134.

KARA, Hacı, "Yargıtay ve Hakem Kararlarına Göre Hekimin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 152,2021, s. 255-303.

KIRRY, Antoine, "Arbitrability: Current Trends in Europe", Arbitration International 12.4 ,1996, 373-390.

KURTULAN, Gökçe, "Türk Hukukunda Tüketici Uyuşmazlıklarının Tahkime Elverişliliği", Türkiye Barolar Birliği Dergisi 131, 2017, 239-260.

KWON, Hyung Kyun, "Arbitration, Agreement for Malpractice Disputes and its Ethical Magnitude", 10 Elon L Rev, 2018, 165.

LEE, Albert, "Alternative Dispute Resolution for Medical Disputes", Hong Kong Law Journal, vol. 48, no. 1, 2018, pp. 23-36.

LEW, Julian DM, et al., Comparative International Commercial Arbitration, Hague, 2003.

LI Heng et all., Retrospective analysis of medical malpractice claims in tertiary hospitals of China: the view from patient safety, BMJ Open,9,10, 2020,1.

ÖZCAN, Zeynep, "Malpraktis-Komplikasyon Ayrımının Önemi", Uluslararası Sağlık Hukuku Kongresi, 2018, 197.

ÖZDEMİR Hayrunisa, Sağlık Hukuku Alanında Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi, Ankara, 2017.

ÖZEl, Sibel, "Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizine Engel Bir Durum: Tahkim Sözleşmesinin Geçersiz Olması", MÜHF – HAD, 23, 1, 2017, s. 317.

ÖZGÖNÜL, Mustafa Levent, Berna ARDA ve Necati DEDEOĞLU, "Tıp Etiği ve Hukuk Açısından Tıbbi Hata, Malpraktis ve Komplikasyon Kavramlarının Değerlendirilmesi", Türkiye Klinikleri Tıp Etiği-Hukuku Tarihi Dergisi, 27, 2019, s. 48-56.

ÖZKAN, Işıl/TÜTÜNCÜBAŞI, Uğur, Uluslararası Usul Hukuku, Ankara, 2017, s. 269.

ÖZMUMCU, Seda, "6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Hükümleri ve Yargıtay Kararları Çerçevesinde Tüketici Mahkemelerinin Görev Alanına Giren Uyuşmazlıklara Genel Bir Bakış", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 16, 2014, s. 831-871.

PETEK, Hasan, "Tıbbi Müdahalelerden Kaynaklanan Uyuşmazlılarda Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Uygulanması", DEÜHFD., 2013,15, Özel Sayı, s. 977.

PÜRSELİM ARNING, Hatice Selin, "Milletlerarası Tahkim Kanunu Çerçevesinde Kira Sözleşmelerinin Tahkime Elverişliliği", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 27, 1, 2021, 496-512.

RUSSO, Louis A., "The Consequences ofArbitrating a Legal Malpractice Claim: Rebuilding Faith in the Legal Profession", 35 Hofstra L. Rev. 327, 2006, 330-31.

SEZER, Abdullah, KIRIT, Emrah, BOYAR, Oya, Hukuk Devleti, İstanbul, 2003.

TAKAVUT, İbrahim Doğan, Milletlerarası Ticari Tahkimde Doğrudan Uygulanan Kurallar, İstanbul, 2018.

TÜYSÜZ, Cemre, Milletlerarası Ticari Tahkim Açısından İcra ve İflas Hukukundaki Davalar, İstanbul, 2017.

QUİRİNG, Steven, "Attorney-Client Arbitration: A Search for Appropriate Guidelines for Pre-Dispute Agreements", 80 Tex. L. Rev., 2002, s. 1213-1214.

ZHAN, Chunliu, et al., "How Useful are Voluntary Medication Error Reports? The Case of Warfarin-Related Medication Errors", The Joint Commission Journal on Quality and Patient Safety, 34, 1, 2008, 36-45.

ZHANG, Liuyi, STONE, Teresa E. and Jingping ZHANG, "Understanding the Rise of Yinao in China: A Commentary on The Little Known Phenomenon of Healthcare Violence", Nursing & Health Sciences, 19, 2, 2017, 183-187.

ZUKHER, David, "The Role of Arbitration in Resolving Medical Malpractice Disputes: Will a Well-Drafted Arbitration Agreement Help the Medicine Go Down", Syracuse Law Review, 49, 1, 1998, 135-174.

Buraczynski v. Eyring, 919 S.W.2d 314 (Tenn. 1996).

Hemandez v. Crespo, 211 So.3d 19 (2016).

Moses H. Cone Mem'l Hosp. v. Mercury Constr. Corp., 460 U.S. 1, 24 (1983).

Small v. HCF ofPerrysburg, Inc., 823 N.E.2d 19, 24 (2004).

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 04.03.1994 tarihli ve E.1994/8557, K.1994/2138 sayılı Kararı (www.kazanci.com)

Yargıtay 13. HD.'nin 19.10.2006, E.2006/10057, K.2006/1382 sayılı Kararı(www.kazanci.com)

Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 29.06.2020 tarihli 2019/3450 E. ve 2020/1932 K. Sayılı (www.kazanci.com)

Yargıtay 13. HD.'nin 10.10.2006, E.2006/10068, K.2006/13288 sayılı Kararı (www.kazanci.com)

Yargıtay 13. HD.'nin 06.07.2006, E.2006/5518, K.2006/11185 sayılı Kararı (www.kazanci.com)

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 28.09.2012 tarihli ve E. 2012/21184, K. 2012/20509 sayılı Kararı

https://adb.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/1832021210748Saglik.pdf son erişim 9.2.2022.

https://justpoint.com/knowledge-base/us-medical-malpractice-case-statistics son erişim 3.1 2022.

https://medarb.net/cozumlerimiz/saglik-hukuku/ son erişim 11.2. 2022.

https://news.yale.edu/2020/01/28/estimates-preventable-hospital-deaths-are-too-high-new-study-shows son erişim 5.12.2021.

https://time.com/4402311/china-attacks-doctors-medical-police-medicine-healthcare/ son erişim 7.9.2021.

https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2022/06/20220615-14.htm son erişim 27.08.2022.