

**^HDELİL TESPİTİNE İLİŞKİN
BİR ALMAN FEDERAL MAHKEMESİ KARARI**

(Çev.) Dr. Birce ARSLANDOĞAN*

Alman Federal Mahkemesi'nin 6. Dairesi'nin 24 Eylül 2013 tarihli ayrı delil tespitine ilişkin VI ZB 12/13 sayılı kararı¹

Kaynak (Nachschlagewerk): Evet

Alman Federal Mahkemesi'nin Hukuk Davalarındaki Kararları (BGHZ): Evet

Alman Federal Mahkemesi'nin Sistematiik Derlemesi (BGHR): Evet

Alman Medeni Usul Kanunu (ZPO) m. 485/II

Sağlığa ilişkin zararın sorumluluk hukuku bakımından geçerli olan temel nedenlerinin, dava açılmadan önce, bir uzman yoluyla tespit edilmesinde hukuki menfaat, bilfiil bu hususun bir davanın açılmasının önüne geçilmesinin tespiti için hizmet görecek olmakla beraber şayet kesin olarak aydınlatılması için başkaca izahlar gerekli görülüyorsa, bulunmaktadır.

Alman Federal Mahkemesi, 24 Eylül 2013 - VI ZB 12/13 - Dresden Eyalet Yüksek Mahkemesi, Dresden Asliye Hukuk Mahkemesi

Alman Federal Mahkemesi'nin 6. Hukuk Dairesi, 24 Eylül 2013 tarihinde, daire başkanı hâkim Galke, hâkim Zoll, hâkim Diederichsen ve hâkimler Pauge ve Stöhr'den oluşan mahkeme heyeti şu kararı vermiştir:

Davacının kanun yolu başvurusu üzerine, Dresden Eyalet Yüksek Mahkemesi 4. Hukuk Dairesi'nin 18 Mart 2013 ve Dresden Asliye

^H Hakem incelemesinden geçmiştir.

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi

¹ Kararın almanca metni için bakınız: <http://www.bundesgerichtshof.de/>.

Hukuk Mahkemesi 6. Hukuk Dairesi'nin 1 Kasım 2012 tarihli kararları kaldırılmaktadır. 06 Temmuz 2012 tarihli başvuru dilekçesine uygun olarak delil gösterilmesi gerekmektedir. Bunun haricinde lüzumlu olan karar ve tedbirler Asliye Hukuk Mahkemesi'ne aktarılacaktır.

Şikayet için müddeabihin kıymeti 20.000 € olarak tespit edilmiştir.

Gerekçe (Gründe):

Davacı, delil tespiti prosedürü ile, davalı tarafın kliniğinde 25 Kasım 2009 tarihinde PEG²-sondasının takılması ve 15 Aralık 2009 tarihine kadar yerleşik olarak bırakılması ile ilgili bilirkişilerce değerlendirme talep etmektedir. Davacı, 20 Kasım-15 Aralık 2009 tarihleri arasında davalı tarafın müessesesinde kalp ameliyatı sonrasında ve rehabilitasyon için yataklı olarak tedavi görmüştür. Davacı başlangıçta burnundan içeri sokulmuş olan bir sonda vasıtasıyla beslenmiş ve suni solunum desteği ile nefes almış ve akabinde davacıya 25 Kasım 2009 tarihinde PEG-sondası yerleştirilmiştir. Davacının genel sağlık durumunun sürekli olarak kötüye gitmesi sonucunda kendisi, 16 Aralık 2009 tarihinde bir anestezi ve yoğun bakım kliniğinde acil olarak ameliyat edilmiştir. Ameliyat raporunda, davacıda, yerleştirilmiş olan PEG-sondası nedeniyle mide perforasyonun ortaya çıkmış olduğu tespit edilmiştir. Yetkili Eyalet Tabipler Odasında gerçekleştirilen tahkim yargılaması sonunda, davacı, delil tespiti yolu ile aşağıdaki soruların açıklığa kavuşturulması talebi ile yazılı bir bilirkişi raporunun düzenlenmesi için başvuruda bulunmuştur;

1. 25.11.2009 tarihinde davalının çalışanları tarafından davacının vücuduna yerleştirilen PEG-sondasının, uygun tıbbi şartlara göre yerleştirilip yerleştirilmediği, özellikle davacıda bu tedavinin uygun olmadığını gösteren bir bulgunun ortaya çıkıp çıkmadığı,

² PEG (PERKÜTAN ENDOSKOPİK GASTROSTOMİ), ağız yoluyla gıda alamayan hastaların beslenmesini sağlamak amacıyla bir alternatif yol olarak karın duvarından geçirilen esnek bir tüpün mideye yerleştirilmesi işlemidir. Bu uygulama katı-sıvı gıdaların ve/veya ilaçların yemek borusundan geçmeksizin mideye ulaşmasını sağlar (Çevirenin notu).

2. 1. maddede belirtilmiş olan PEG-sondası yerleştirme işleminin hatalı şekilde gerçekleştirilip gerçekleştirilmediği,
Eğer bu sorunun cevabı evet ise,
hatanın nedeni veya nedenlerinin neler olduğu,
3. 2. maddede tespit edilen sonda yerleştirme işlemindeki olası hatanın, davalı tarafın hatasından kaynaklanıp kaynaklanmadığı,
Tespit edilebilirliğin zor olması durumunda terditli olarak;
Bir veya daha fazla sayıda işlem hatası mevcut olmaksızın, beslenme için yerleştirilmiş olan PEG-sondası sebebiyle davacının başına gelmiş olduğu gibi, belli bir dereceye kadar büyük miktarda sonda besinin serbestçe karın bölgesine ulaşmasının mümkün veya düşünülebilir olup olmadığı,
4. Davalı tarafından PEG-sondasının davacının midesi yerine karın bölgesinde yerleşik bulunduğu tespit edilmeden 25.11.2009 tarihinden 25.12.2009 tarihine kadar bir sürenin geçmiş olmasının yapılan tedavideki hataların bir sonucu olup olmadığı ve yetersiz süreç kontrolünün gerçekleşip gerçekleşmediği,
Eğer bu sorunun cevabı evet ise, bu durumun ne zaman tespit edilmiş olması gerekirdi?
5. 2. veya 4. maddelere göre tespit edilen tedavideki hataların bir biçimde hekimlerin olağan tedavi usullülerine aykırılık teşkil edip etmediği ve objektif olarak bakıldığında bu durumun anlaşılır olarak kabul edilip edilemeyeceği ve hekim için behemehâl vuku bulması düşünülemez hataların bir sonucu olup olmadığı,

Davalı taraf, delil tespiti talebine itiraz etmiş ve neticesinden bağımsız olarak hiçbir surette tedavideki hata suçlamasını kabul etmeyeceğini bildirmiştir.

Asliye Hukuk Mahkemesi başvuruyu reddetmiştir. Davacı tarafın acele itiraz yoluna başvurması yarar sağlamamıştır. Eyalet Yüksek Mahkemesi itiraz başvurusunu reddetmiştir. Eyalet Yüksek Mahkemesi tarafından yapılan şikayet başvurusu ile davacı talebini sürdürmeye devam etmektedir.

II.

Şikayet başvurusu geçerli ve gerekçelidir.

1. Eyalet Yüksek Mahkemesi, Asliye Hukuk Mahkemesi ile uyumlu olacak şekilde ZPO m. 485/II'ye göre delillerin ikame edilmesi başvurusunu, yapılması talep edilen ekspertize ilişkin olarak hukuki menfaatin yeterli ölçüde ortaya konulmadığı gerekçesiyle reddetmiştir. Davacı tarafından tespiti istenen delile ilişkin formüle edilmiş olan sorular ne davacının sağlık durumunun tespitine (ZPO m. 485/II, c.1, b.1) ne de bedeni zararın nedenine ilişkin olmayıp (ZPO m. 485/I, c1, b.2) aksine davacıda, davalının kliniğinde kalış müddetince ortaya çıkan mide perforasyonu için olan sorumluluğun tespitine ve böylece davacıya uygulanmış olan tedavideki hataların tespitine yöneliktir. Davacının durumuna tedaviyi uygulamakta olan hekimlerin hatasının mı neden olduğu veya bu hekimlerin başkaca biçimde uygulama yapmalarının mı gerektiği hususları sorumluluğun değerlendirilmesine ilişkin olarak nedensellikten ayrı tutulmalıdır. Tıbbi özen standardı, ZPO m.485/II'ye göre delil tespiti prosedürüne konu teşkil etmediğinden davalı tarafın müessesinde çalışan hekimlerin doğru davranışlarına ilişkin soruların açıklığa kavuşturulması zor olduğu gibi, hekimlerin sorumluluğuna ilişkin değerlendirmenin aydınlatılması da kolay değildir. Bu husus daha ziyade başvuru dilekçesinin 5. maddesinde sorulmuş olan tedaviye ilişkin bir hatanın “ağır” olarak tanımlanıp tanımlanamayacağına ilişkin soruyla bağlantılıdır. Bu noktada söz konusu olan esas itibarıyla tıbbi bilirkişi tarafından tespit edilmiş olan hususlara dair bir hukuki bir değerlendirme olsa da, bu hususun değerlendirmesi sadece bilirkişiye bırakılmayacaktır. Tespiti istenen hususlara dair formüle edilmiş olan sorularda ve başvuru dilekçesinin gerekçesinde davacının hatalı tedavi edilip edilmediğinin veya edilmişse hangi surette hatalı tedavi edildiğinin ayrıntılı biçimde açıklığa kavuşturulması hedeflenmektedir. Bu sorular kişinin durumunun ve bedensel zararın nedeninin tespit edilmesine ve icabında bunların varlığına ve daha ötesine ilişkindir ki bu hususlar delil tespit yolu ile saptanabileceklerdir.

2. Şikayet başvurusu meşrudur (ZPO m. 574/I, c.1, b2) ve ayrıca caizdir (ZPO m.575/I, II ve III) ve şikayete konu edilen kararın iptalini gerektirmektedir.

ZPO m. 485/II'ye göre davanın ikamesinden önce hekimlerin sorumluluğuna ilişkin yapılacak olan bir tespitin, aslen hastaya uygulanan tedavideki hatanın tespit edilmesine hizmet edeceği ve bu sebeple hukuki menfaatin ortada olmayacağı sebebiyle şikayet başvurusunun reddedilmesi hususu şikayet başvurusunda başarılı biçimde sorgulanmıştır. ZPO m. 485/II, c.2'ye göre hukuki menfaatin, yapılacak bilirkişi incelemesi ile kesin bir sonuca varılmasının mümkün olmayabileceği ve başkaca açıklamaların da gerekli olacağı düşünüldüğünde bile, başvuru delil tespiti, hukuki ihtilafın sona erdirilmesine hizmet edebilecek olduğunda var olduğu kabul edilir (21 Ocak 2003 tarihli Daire Kararı - VI ZB 51/02, BGHZ 153, 302 ff.). Söz konusu şart bu olayda mevcuttur.

- a) İstinaf mahkemesi isabetli olarak, davacı için aranan hukuki menfaatin, davalı tarafın, itiraz başvurusunda delil tespiti işlemine konu olacak bilirkişi incelemesini, inceleme sonucundan bağımsız olarak kabul etmeyeceğini belirtmesi nedeniyle, mevcut olmadığı gerekçeyle, başvuruyu reddetmemiştir. Bu durumdan bağımsız olarak, ZPO m. 485/II, c.2'ye göre diğer şartların mevcut olması halinde hukuki menfaatin varlığı esas alınacaktır. Tedaviyi yapan tarafın hukuki görüşünü değiştirmemiş olması hususu, ZPO m.96'daki yarılama giderlerine mahkum edilme riski gibi, talep edene risk oluşturur.
- b) Hastaya uygulanan tedaviye ilişkin hatanın mevcudiyeti veya hatanın ağırlığı bakımından mide perforasyonu ve bunun sonuçları ile ilgili olarak esaslı gerekçelerin tespiti, şikayeti inceleyen mahkemenin hükmettiği görüşün aksine delil tespitinin caiz olmasına bir engel teşkil etmez. ZPO m.485/II'ye göre, dava öncesi delillerin ikame edilmesi prosedürünün amacı ve mantığı, mahkemeleri dava süreçleri ile ilgili yükler bakımından hafifletmek ve hukuki ihtilafa ilişkin asıl davanın açılmasına imkân vermeden tarafların hızlı ve masraf bakımından daha tasarruflu bir uzlaşmaya varmalarını sağlanmasıdır (karşılaş. 21 Ocak 2003 tarihli Daire kararı - VI ZB 51/02, BGHZ 153, 302, 307 mwN). Davacının uğradığı sağlık zararına ilişkin sorumluluk hukuku bakımından esaslı öneme sahip gerekçelerin, dava öncesi süreçte açıklığa kavuşturulması, esasen

usul ekonomisine de hizmet etmektedir. Apaçık ortadadır ki davacı taraf taleplerini sürdürmek isteyip istemeyeceğine karar verebilmek için sorumluluk hukuka bakımından konunun açıklığa kavuşturulmasını amaçlamaktadır. Bu sebepten dolayı da ihtilaftan kaçınmayı da göz önünde tutmaktadır.

Hekimin kabahatine ilişkin hukuki sorular ve ileri sürülen zarara ilişkin ihlalin illiyetti henüz belirlenmemiş olduğundan, bu şartlar dâhilinde olası fiili tespitler ile hekimin mesuliyeti süreci hakkında karar verilemeyeceği açıktır. Her ne kadar hekimin sorumluluğuna başvurulabilmesi için öngörül-müş olan tıbbi standarttan sapmalar yeterli olmasa da hukuk uygulamasında, sağlığa ilişkin zararının tespiti ve bu zarara yol açan tedaviye ilişkin hatanın varlığı ve bu hatanın ağırlığının ne olduğu çoğu zaman tespit edilmektedir. Bu sebeple sağlığa ilişkin zararının ve bunun sebeplerinin dava açılmadan önce tespit edilmesi usul ekonomisine hizmet edebilir. Hatanın tedaviyi yapan hekim tarafından taksirli olarak gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğine ilişkin sorunun hakim tarafından cevaplandırılmaması için de bir engel yoktur. Hekimin kusurunun değerlendirilmesi, medeni hukuk için kıstas olan nesnel ihmal standartları nedeniyle tedaviye ilişkin hatanın tespit edilmesi ile sıkı sıkıya bağlantılıdır. Verilen bir tedavi kararının tıbbi standartların ihlali anlamına geldiği ortaya çıkacak olursa bu halde tedaviyi yapan hekim olağan olarak nesnel bakım ihlali içinde mesul olur.

Başvuru dilekçesinin 5. maddesinde formüle edilmiş ve önceki soru-larda tespit edilmiş bulunan olası tedavi hatalarının bir biçimde hekimlerin olağan tedavi usullülerine aykırılık teşkil etmiş olup olmadığına ve nesnel açıdan bakıldığında anlaşılır olarak kabul edilemez ve hekim için behemehâl vuku bulması düşünülemez hataların bir sonucu olup olmadığına ilişkin sorunun delil tespiti içerisinde yer alması mümkündür. Duruşma hâkiminin tıbbi tedavinin hatalı olarak değerlendirilmesine ilişkin değerlendirmesi hukuki bir değerlendirmedir. Halbuki bunu için yeterli derecede kabul edilebilir ve gerçek ilkeleri ortaya koyan tıbbi bir bilirkişi incelemesine gerek-sinim vardır (karş. 28 Mayıs 2002 tarihli Daire kararı - VI ZR 42/01, VersR 2002, 1026, 1027). Değerlendirme, tam kapsamlı bir biçimde ve tıbbi bir bilirkişi tarafından bildirilen faktörler üzerinden yapılmalı ve bilirkişinin tedavi sürecinin tıbbi değerlendirmesi üzerine dayanabiliyor olmalıdır. Duruşma hâkiminin gerekli açıklamalar olmadan veya hatta tıbbi bilirkişinin

tıbbi izahatlarının aksine ağır bir tedavi hatasının varlığını kendi kanaatleri doğrultusunda değerlendirme yetkisi yoktur (karş. 28 Mayıs 2002 tarihli Daire kararı - VI ZR 42/01, aaO, 1027 f., mwN). Davacının sağlığına ilişkin zararına dair belirleyici gerekçeler tespit edilecek olursa, bu halde tıbbi bilirkişinin tedavi sürecinin değerlendirmesine dayanarak tedavi hatasının mevcut olup olmadığı veya varsa bu hataların hangi ağırlıkta olduğunun tespit edilmesi durumu da delil tespitine açık olacaktır. Şayet tıbbi bilirkişinin değerlendirmesine göre, nesnel açıdan bakıldığında, davalı tarafın müessesesinde hekim için behemehâl vuku bulması düşünülemez ve anlaşılır olarak görülmeyen bir hata yapılmış olsaydı bu durumda her ne kadar ispat yükü dağılımına ilişkin hususların delil tespiti prosedüründe açıklığa kavuşturulması gerekmeyeceği halde, davacının sağlığına ilişkin zararı ile PEG-sondasının yerleştirilmesi sırasındaki hata arasındaki illiyet bağına ilişkin ispat külfetinin yer değiştireceğinin hesaba katılması gerekecekti. Bu husus olağan olarak ve esas itibarıyla dava üzerinde etki eder ve bu nedenle de dava açılmasına yönelik kararın verilmesine etki edebilir.

3. Önceki iki farklı mahkeme derecelerinin kararlarının geçerliliği artık sona ermiştir. Daire kendisine ZPO m. 577/V, c.1 ile verilmiş olan konuya ilişkin karar verme yetkisinden istifade ederek talep edilmiş olan delil ikamesinin gerçekleştirilmesi için talimat vermektedir. Bunun haricindeki gerekli tedbirler ZPO m.572/III'e göre ilk derece mahkemesi olan Asliye Hukuk Mahkemesine iletilecektir.

Galke

Zoll

Diederichsen

Pauge

Stöhr

Önceki mahkemeler:

Dresden Asliye Hukuk Mahkemesi, 01.11.2012 tarihli ve 6 OH 178/12 sayılı karar

Dresden Eyalet Yüksek Mahkemesi, 18.03.2013 tarihli ve 4 W 243/13 sayılı karar

Kısaltmalar Cetveli

aaO	: am angegebenen Ort (daha önce belirtilen şekilde)
BGH	: Bundesgerichtshof (Alman Federal Mahkemesi)
BGHR	: BGH-Rechtsprechung (Alman Federal Mahkemesi'nin Sistematiik Derlemesi)
BGHZ	: Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (Alman Federal Mahkemesi'nin Hukuk Davalarındaki Kararları)
€	: Euro
f.	: folgende
ff.	: fortfolgende
karş.	: Karşılaştırınız
LG	: Landesgericht (Asliye Hukuk Mahkemesi)
mwN.	: mit weiteren Nachweisen (başka kaynaklara da atıf var)
OLG	: Oberlandesgericht (Eyalet Yüksek Mahkemesi)
VersR	: Versicherungsrecht (Zeitschrift)
ZB	: Zivilrechtbeschluss
ZPO	: Zivilprozessordnung (Alman Medeni Usul Kanunu)
ZR	: Zivilrecht (özel hukuk)