

**Tıbbi Müdahale Nedeniyle Tazminata İlişkin
Federal Yüksek Mahkeme'nin VI ZR 257/17 Sayı ve
7 Mayıs 2019 Tarihli Kararı***

(Çev.: Arş. Gör. Kerem ÖZ)**

Hükmün Kısa Özeti

Davacının temyize izin verilmemesi kararına karşı yönelttiği şikayet talebi üzerine Saarland Eyalet Yüksek Mahkemesi I. Hukuk Dairesi'nin 31 Mayıs 2017 tarihli kararı bozulmuştur.

Dosya, yeniden duruşma yapılması ve şikâyet yargılamasının masrafları hakkında verilecek karar da dahil olmak üzere yeni bir karar verilmesi için İstinaf Mahkemesi'ne iade edilmiştir.

Temyize izin verilmemesi kararına karşı müracaat edilen şikayet kanun yolunda dava değeri 49.229,80 € olarak hesaplanmıştır.

Gerekçeler

I.

1. Davacı, maddî ve manevî zararlarının giderilmesini ve ayrıca tıbbi müdahale sonrasında davalıların ilerleyen zamanlarda ortaya çıkacak zararlardan sorumlu olacağını tespit edilmesini talep etmiştir.
2. Davacı, O.'daki hastaneye bel ağrısı şikayetiyle gitmiş ve orada ilk olarak geleneksel tedavi uygulanmıştır. Bu tedavinin sonuç vermemesi üzerine, davalı (1) tarafından S.'deki Marienhaus Kliniği'ne nakledilmiştir. Bu klinikte görev yapan davalı (2), 13 Şubat 2013 tarihinde davacının L4/L5 disklerine nükleotomi yöntemi uygulamıştır. Bu yöntemi uygularken, disk pensi kullanılmış ve müdahale sırasında pensin esnek kolu kırılmıştır. Bu esnek kol, küçük bir metal parçadır. Operasyon sırasında kırıldığı fark edilememiş ve hastanın vücudunda kalmıştır. Bugünlerde davacının bu neden-

* Kararın aslı için bkz.:
<http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&az=VI%20ZR%20257/17&nr=97229>,
(Son Erişim Tarihi: 07.06.2019).

** Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk ABD.

le çok ağrısı vardır. Davacı, müdahale hakkında aydınlatılmadığını ileri sürmekte ve 13 Şubat 2013 tarihli operasyonda malpraktis olduğunu iddia etmektedir. Davacıya göre, sadece pensin kırılması malpraktisin kabulü için yeterlidir.

3. Eyalet Mahkemesi, ortopedi uzmanından alınan yazılı bilirkişi raporuna dayanarak davayı reddetmiştir. Mahkeme, 13 Şubat 2013 tarihinde yapılan operasyonda malpraktis olduğu iddiasını, başka gerekçeler de ileri sürmüş olmakla birlikte, davacının kanaatinin aksine pensin kolunun kırılmasının malpraktise vücut vermeyeceği gerekçesiyle kabul etmemiştir. Raporu hazırlayan bilirkişi bu konuda yaptığı açıklamada, bir pensin ya da başka bir aletin kırılmasının kader olarak değerlendirilmesi gerektiğini ve bunun operatöre malpraktis olarak yüklenemeyeceğini beyan etmiştir. Tıpkı implantlarda olduğu gibi kullanılan malzemelerin kırılması, tıbbi müdahale kapsamındadır. Bu rapor, Mahkemenin hekimin sorumluluğu konusundaki özel yetkisi çerçevesinde benzer davalarda daha önce aldığı birçok raporla da uyusmaktadır.
4. Eyalet Yüksek Mahkemesi, davalı (2)'nin ve davacının bilgi almak için dinlenmesinin ardından davacının istinaf talebini reddetmiştir. İstinaf Mahkemesi, temyize izin vermemiştir. Davacı, bu karara karşı şikayet kanun yoluna başvurmuştur.

II.

5. 1. İstinaf Mahkemesi, Eyalet Mahkemesi'nin 13 Şubat 2013 tarihinde yapılan operasyonda malpraktis olduğu iddiasını yazılı olarak ibraz edilen bilirkişi raporuna dayanarak reddetmesini ve davacının bu rapora itiraz etmemesini, kararının gerekçesi olarak sunmuştur. Davacı, üreticinin kullanım talimatına göre disk penslerinin yalnızca yumuşak dokunun çıkarılması için kullanılması gerektiğini, bundan dolayı da malpraktis sorununun gündeme geldiğini ilk olarak istinaf aşamasında ileri sürdüğünden, bu itirazı -Alman Medeni Usul Kanunu (AMUK) prg. 531/2'ye göre dikkate alınıp alınmayacağından bağımsız olarak- sonuçsuz kalmıştır. Bilirkişi, sunduğu yazısını davalı (2) tarafından hazırlanan operasyon raporuna bakarak hazırlamıştır. Bu raporda, pensin esnek kolunun yumuşak doku çıkarılırken disk yüzeyinde kırıldığı açıkça yazılmıştır. Davalı (2), bilgi almak için dinlendiğinde bu konuda açıklamalar yapmış ve pensle kural olarak yalnızca yumuşak dokunun çıkarılması gerektiğini teyit etmiştir. Ayrıca kendisinin yalnızca disk bölgesindeki müdahale edilecek alanda çalıştığını belirterek, dokuları çıkarmaya çalışılırken kemiğe temas ettiğini görme ve bunun neticesinde

- pensin kırılmasını engelleme imkânı olmadığını beyan etmiştir. Zira bu dokular arkadan disk bölgesindeki kemiğe bağlanmaktadır. Davalı (2)'nin açıklamalarıyla örtüşen operasyon raporuna bakarak, bilirkişi de vardığı sonuç çerçevesinde pensin gerektiği şekilde kullanıldığını kabul etmiştir. Çünkü operasyon raporuna bakıldığında, pensin kemiğin çıkarılması için kullanıldığı, yani davacının iddia ettiği şekliyle hatalı kullanıldığı anlaşılmamaktadır. Bu nedenle, davacının iddiasının aksine, pensin özgeçtiği amaç (yumuşak dokuların alınması) için kullanılırken -bilirkişi de bu şekilde kullanıldığını kabul etmiştir- kırılmasının önlenebileceği söylenemez. Üretici firmanın pensin yalnızca yumuşak dokuların çıkarılması için kullanılacağına yönelik talimatından, amaca uygun kullanılsa bile pensin kırılmasının her zaman önlenebileceği sonucu çıkarılamaz.
6. Ayrıca, davacı tarafından şimdi ileri sürülen sağlığının kötüye gitmesi suretiyle bedensel zarara maruz kaldığı iddiasındaki zarar ile metal parçanın vücudunda kalması arasında nedensellik bağı tespit edilmemiştir. Daha ziyade, bilirkişi yazılı raporunda davacının bel ağrılarının metal parçanın bulunduğu yerde olmadığını ifade etmiştir.
 7. 2. Temyize izin verilmemesi kararına karşı davacının ileri sürdüğü şikayet talebi yerinde olup, kanuni şartları karşılamaktadır (AMUK prg. 543/2, c. 1, b. 2; 544; Alman Medeni Usul Kanunu'nun Yürürlüğü Hakkında Kanun -AMUKYHK- prg. 26, b. 8). Dosyada bu talebin ileri sürüldüğü görülmektedir. Bu talep, AMUK prg. 544/7 uyarınca kanun yoluna konu edilen kararın kaldırılmasını ve dosyanın İstinaf Mahkemesine iadesini gerektirir. Şikayet dilekçesinde, İstinaf Mahkemesi'nin davacı tarafından istinaf aşamasında ilk defa ileri sürülen bilirkişinin dinlenmesine ilişkin talebi göz ardı etmek suretiyle davacının hukuki dinlenilme hakkını (Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası -Anayasa- m. 103/1) ihlal ettiği -haklı olarak- belirtilmektedir.
 8. a) Daire'nin kökleşmiş içtihadı uyarınca davanın tarafı, hukuki dinlenilme hakkından faydalanmak amacıyla AMUK prg. 397 ve 402 uyarınca bilirkişiye konunun açıklığa kavuşturulması için gerekli gördüğü soruları şifahi cevap alabilecek şekilde sorabilir. Bu hak, AMUK prg. 411/3'ten bağımsızdır. Bu nedenle, bilirkişinin davet edilmesini talep eden taraftan bilirkişiye sormayı planladığı soruları önceden somut olarak hazırlaması istenemez. İlgili tarafın karar bakımından önem arz edecek sorularla ne şekilde daha çok açıklama yapılmasını istediğini genel hatlarıyla beyan etmesi yeterlidir. Bilirkişinin kendisi tarafından hazırlanan raporu şifahi olarak açıklaması için çağrılmasının zorunlu olup olmadığı sorusu bakımından, mah-

kemenin bu konuda açıklama yapılmasını gerekli görüp görmemesi veya taraflardan birinin bu konuda ikna edici biçimde açıklama yapıp yapmadığı dikkate alınmaz.¹

9. b) İstinaf yargılaması sırasında davacı, disk penslerini üreten firmanın bu penslerin yalnızca yumuşak dokuların çıkarılmasında kullanılabileceğini ifade ettiği (hala erişilebilen) talimatını ibraz etmiş, ayrıca bir de somut olayda disk pensinin nasıl kırılabildiğini sormuştur. Davacıya göre, mahkemeye sunulan bilirkişi raporunda bu konuda yeterli açıklama yapılmamıştır. Somut olaydaki vakianın, yani disk pensinin kullanma talimatında bunun yalnızca yumuşak dokunun çıkarılması için kullanılabileceğinin bildirilmesine rağmen pensin kırılmasının neden malpraktis olmadığını sormuştur. Davacının kanaati uyarınca, pens özgülendiği amaca (yumuşak dokuların alınmasına) uygun olarak kullanılırsa, aykırı kullanımda olduğu gibi kırılmazdı. Davacı, bunu "ispatlamak" için bilirkişinin dinlenmesini talep etmiştir. İstinaf Mahkemesi'nin yukarıda belirtilen esaslar çerçevesinde bu talebi, davacı tarafından dile getirilen şüphenin önemli olmadığı gerekçesiyle -somut olaydakinin aksine- göz ardı etmemesi gerekirdi. Davacı, bilirkişinin çağırılması talebinin içeriğini somutlaştırmıştır. Bu hal ve şartlar altında, İstinaf Mahkemesi'nin davacının hukuki dinlenilme hakkını ihlal etmemek için bilirkişiyi dinlemesi gerekirdi.²
10. 3. İstinaf hükmü, hukuki dinlenilme hakkının ihlaline dayanmaktadır.
11. İstinaf Mahkemesi, davacının talep ettiği maddi tazminat kapsamında bedensel zararın sebebinin vücudunda kalan metal parçası olduğunun tespit edilmediğini de kararının gerekçesinde kullanmıştır. Ancak İstinaf Mahkemesi, şikayet talebinde haklı olarak ileri sürüldüğü üzere, Anayasa m. 103/1'in ihlali kapsamında sadece bel ağrısı sorununu ele almış ve davacının metal parçanın belinde kalmasının aşırı manevî acılara yol açtığı yönündeki diğer açıklamalarını ispat aşamasında da dikkate almamıştır. Bundan dolayı, İstinaf Mahkemesi'nin malpraktisi kabulü halinde ileri sürülen bedensel zararlar açısından davacının manevî tazminat taleplerini kabul etmesi gerekmediği söylenemez.

¹ Krş.: VI ZR 580/15 sayı ve 10 Temmuz 2018 tarihli Kurul kararı, NJW 2018, 3097, knr.: 8 vd.; VI ZR 439/16 sayı ve 30 Mayıs 2017 tarihli karar, VersR 2017, 1295, 1296, knr.: 6; vom 25 September 2007 - VI ZR 157/06, VersR 2007, 1697, knr.: 3 ve her bir kararda geçen atıflarla birlikte. Ayrıca krş.: BVerfG, 1 BvR 2728/10 sayı ve 17 Ocak 2012 tarihli Federal AYM kararı, NJW 2012, 1346, 1347, knr.: 11 vd.

² Krş.: BVerfG, 1 BvR 2728/10 sayı ve 17 Ocak 2012 tarihli Federal AYM kararı, NJW 2012, 1346, 1347, knr.: 17 vd.