**T.C.**

**D A N I Ş T A Y**

**Onbeşinci Daire**

Esas No: 2013/6539

Karar No: 2017/2532

**Anahtar Kelimeler :** -Maddi ve Manevi Tazminat

**Özeti:** Davalı idare tarafından hastaya ait MR’ların orjinalleri muhafaza edilmeyerek ibraz edilememesi nedeniyle, yapılan tıbbi müdahalenin yerinde olup olmadığının irdelenme imkânı ortadan kalktığından davacının mevcut belirsizlik ve şüpheden dolayı duyduğu üzüntü ve sıkıntının giderilebilmesi için manevi tazminat talebinin değerlendirilmesi gerekirken aksi kanaatle manevi tazminat talebinin reddi yönünde verilen mahkeme kararında hukuka uygunluk bulunmadığı hakkında.

**Temyiz Eden (Davacı):** …

**Vekili:** Av. …

**Karşı Taraf (Davalı):** Cumhuriyet Üniversitesi Rektörlüğü

**Vekili:** Av. …

**İstemin Özeti:** Sivas İdare Mahkemesi'nin 12/12/2012 tarih, E:2011/354; K:2012/1324 sayılı kararının temyizen incelenerek bozulması talep edilmektedir.

**Savunmanın Özeti:** Temyiz isteminin reddi gerektiği savunulmaktadır.

**Danıştay Tetkik Hakimi:** Tunay Tunçsiperi

**Düşüncesi:** Kararın; maddi tazminat miktarı üzerinden davalı lehine hükmedilen nispi avukatlık ücretine ilişkin kısmı ile manevi tazminat talebinin reddine ilişkin bölümünün bozulması, maddi tazminat talebinin reddine ilişkin kısmının ise onanması gerektiği düşünülmektedir.

**TÜRK MİLLETİ ADINA**

Karar veren Danıştay Onbeşinci Dairesince Tetkik Hakiminin açıklamaları dinlenip, dosyadaki belgeler incelenerek gereği görüşüldü:

Dava, davacının bel fıtığı rahatsızlığı nedeni ile 29.03.2010 tarihinde Cumhuriyet Üniversitesi Sağlık Hizmetleri Uygulama ve Araştırma Hastanesi Beyin ve Sinir Cerrahisi Servisine yatırıldığı, 06.04.2010 tarihinde ameliyat edildiği, yapılan ameliyatta ameliyat bölgesine yanlış girilmesi sonucu kalın bağırsağının iki yerinden kesilerek zarar verildiği, ameliyattan sonraki ikinci gün kendisini iyi hissetmemesine rağmen taburcu edildiği, rahatsızlığı devam ettiği için ertesi gün başvurduğu İmranlı Devlet Hastanesi tarafından acilen ameliyat olduğu Cumhuriyet Üniversitesi Sağlık Hizmetleri Uygulama ve Araştırma Hastanesine sevk edildiği, ve bu hastanede bağırsağının iki yerden kesildiğinin ve bağırsak içeriğinin karnına aktığının tespit edildiği, bunun üzerine yeniden ameliyata alınarak içine akan posun temizlendiği, bağırsağın onarıldığı, öte yandan bağırsak içeriğinin içine akması nedeniyle enfeksiyon geçirdiği, belindeki ameliyat yerinin de enfeksiyon kapması nedeniyle yaklaşık yetmiş gün boyunca ayağa kalkmadan yatarak antibiyotik tedavisi gördüğü, yine yaklaşık altı ay boyunca da kolostomi torbası kullandığı ve altı ayın sonunda bağırsağının tekrar içine alındığı, davalı idarenin sunduğu hizmetin kusurlu olduğu iddiasıyla Cumhuriyet Üniversitesi Sağlık Hizmetleri Uygulama ve Araştırma Hastanesi Başhekimliği'nin 07.02.2011 tarih ve 381 sayılı işleminin iptali ile uğranıldığı ileri sürülen maddi ve manevi zararlarının yasal faizi ile birlikte tazmini talebiyle açılmıştır.

Sivas İdare Mahkemesi tarafından, 01.10.2012 tarihinde sunulan Adli Tıp Kurumu 3. Adli Tıp İhtisas Kurulu raporunda, hastaya ait MR'ların orjinalleri gönderilmediğinden ameliyat endikasyonunun doğru olup olmadığı açısından görüş bildirilemeyeceğinin, dosya içeriğindeki tıbbi belgelerden anlaşıldığı üzere yapılan ameliyat tekniğinin bel fıtığı operasyonlarında kullanılan bir teknik olduğunun, ameliyat endikasyonunun ve seviyesinin doğru olduğunun kabulü halinde ameliyat sırasında meydana gelen kolon perforasyonunun bu tip ameliyatların nadir komplikasyonlarından olduğunun mütalaa edildiği, bu durumda, Adli Tıp Kurumu raporunda ameliyat sırasında meydana gelen kolon perforasyonunun bu tip ameliyatların nadir komplikasyonlarından olduğu belirtildiğinden, olayda davalı idarenin hizmet kusuru bulunmadığı sonucuna varıldığı gerekçeleriyle davanın reddine karar verilmiştir.

Davacı, mahkeme kararının hukuka uygun olmadığını ileri sürerek bozulmasını talep etmektedir.

İdare ve vergi mahkemelerinin nihai kararlarının temyiz incelemesi sonucu bozulmaları, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Yasasının 49. maddesinde yer alan sebeplerden birisinin varlığı halinde mümkündür.

Temyiz istemine konu mahkeme kararının davacının maddi tazminat talebinin reddine yönelik kısmında 2577 sayılı Yasanın 49. maddesinde belirtilen bozma nedenleri bulunmamaktadır. Bu nedenle davacının bu hususa ilişkin temyiz istemi yerinde görülmemiştir.

Ancak kararın, davacının reddedilen maddi tazminat talebi nedeniyle davalı idare lehine 4.540,00TL nispi vekalet ücretine hükmedilmesine ilişkin kısmı; dairemiz yerleşik içtihadına uygun olarak ve uyuşmazlık tarihinde yürürlükte bulunan 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun ilgili maddelerinde yer alan düzenlemelerde fazlaya ilişkin hakkın saklı tutulması veya ıslaha izin verilmemiş olması dolayısıyla davacının davayı açarken dava miktarını yüksek göstermek zorunda kalması göz önünde bulundurulmadan, dolayısıyla davacının mahkemeye erişim hakkına ölçüsüz bir sınırlama getirilmesine yol açılıp açılmadığı değerlendirilmeden, nispi nitelikte hükmedilmiş olması nedeniyle isabetli bulunmamıştır. Reddedilen maddi tazminat talebi nedeniyle davalı idare lehine, temyize konu mahkeme kararının verildiği tarihte yürürlükte olan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca belirlenen maktu vekalet ücretine hükmedilmesi gerekirken nispi vekalet ücretine hükmedilmiş olması hukuka uygun bulunmamıştır.

Kararın davacının manevi tazminat talebinin reddine ilişkin kısmına gelince; dosyanın incelenmesinden, karara dayanak alınan Adli Tıp Kurumu 3. İhtisas Kurulunun 11.05.2012 tarih ve 5205 karar sayılı raporunun sonuç kısmında, 16.01.2012 tarihli müzekkereleri ile istedikleri hastaya ait MR’ların orjinallerinin gönderilmediğinden bahsedilmekte ve '16.01.2012 tarihli müzekkeremizde istenilen hastaya ait MR’ların orjinalleri gönderilmediğinden ameliyat endikasyonunun doğru olup olmadığı açısından görüş bildirilemeyeceği, dosya içeriğindeki tıbbi belgelerden anlaşıldığı üzere yapılan ameliyat tekniğinin bel fıtığı operasyonlarında kullanılan bir teknik olduğu, ameliyat endikasyonunun ve seviyesinin doğru olduğunun kabulü halinde ameliyat sırasında meydana gelen kolon perforasyonunun bu tip ameliyatların nadir komplikasyonlarından olduğu' görüşüne yer verildiği, Adli Tıp raporunda, ameliyat endikasyonu ve seviyesi konusunda MR orjinallerinin temin edilememesi nedeniyle görüş belirtilememiş olmasından, davalı idareye bağlı hastanede MR orjinallerinin muhafaza edilmemesi nedeniyle sağlık hizmetinin kusurlu işletildiği anlaşılmaktadır.

Manevi tazminat, kişinin malvarlığında meydana gelen eksilmeyi gidermeye yönelik bir tazmin aracı değil, manevi değerlerinde bir eksilme meydana gelen ve yaşama sevinci ve zevki azalan kişinin manen tatminini sağlamaya yönelik bir tatmin aracıdır. Manevi zararın başka türlü giderim yollarının bulunmayışı veya yetersiz kalışı manevi tazminatın parasal olarak belirlenmesini zorunlu kılmaktadır. Manevi tazminat, olay nedeniyle duyulan elem ve ızdırabı kısmen de olsa hafifletmeyi amaçlar. Belirtilen niteliği gereği manevi tazminatın, zenginleşmeye yol açmayacak şekilde belirlenmesi gerekmekte ise de, tam yargı davalarının niteliği gereği takdir edilecek manevi tazminat miktarının, olayın ağırlığını ortaya koyacak, hukuka aykırılığı özendirmeyecek, bir başka ifade ile benzeri olayların bir daha yaşanmaması için caydırıcı ve aynı zamanda cezalandırıcı bir miktarda olması gerekmektedir.

Davalı idare tarafından hastaya ait MR’ların orjinalleri muhafaza edilmeyerek ibraz edilememesi nedeniyle, **yapılan tıbbi müdahalenin yerinde olup olmadığının irdelenme imkânı ortadan kalktığından** davacının mevcut belirsizlik ve şüpheden dolayı duyduğu üzüntü ve sıkıntının giderilebilmesi için manevi tazminat talebinin değerlendirilmesi gerekirken aksi kanaatle manevi tazminat talebinin reddi yönünde verilen mahkeme kararında hukuka uygunluk bulunmamıştır.

Açıklanan nedenlerle, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesi uyarınca davacının temyiz isteminin kısmen kabulüyle Sivas İdare Mahkemesi'nin 12/12/2012 tarih, E:2011/354; K:2012/1324 sayılı kararının reddedilen maddi tazminat miktarı üzerinden davalı lehine hükmedilen nispi avukatlık ücretine ilişkin kısmının oyçokluğu ile ve manevi tazminat talebinin reddine ilişkin bölümünün oybirliği ile bozulmasına, davacının temyiz isteminin kısmen reddiyle Mahkeme kararının maddi tazminat talebinin reddine ilişkin kısmının oyçokluğuyla onanmasına, bozulan kısımlar hakkında yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın anılan Mahkemeye gönderilmesine, 2577 sayılı Kanunun 18.06.2014 gün ve 6545 sayılı Kanunla eklenen Geçici 8. maddesinin 1. fıkrası ve 54. maddesinin 1. fıkrası uyarınca bu kararın tebliğ tarihini izleyen günden itibaren onbeş gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, *16/05/2017* tarihinde karar verildi.

KARŞI OY

Mahkeme tarafından karara esas alınan Adli Tıp Kurumu 3. İhtisas Kurulunun 11.05.2012 tarih ve 5205 karar sayılı raporu hükme esas alınabilecek yeterlikte bulunmadığından, kararın davacının maddi tazminat taleplerinin reddine dair kısmının da bozulması gerektiği düşüncesiyle çoğunluk görüşüne bu yönden katılmıyoruz.

*Danıştay Dergisi Yıl: 2017 Sayı: 146 Sayfa: 240-244*