

Yürütmenin durdurulması ve duruşma istemlidir

DANIŞTAY BAŞKANLIĞI'NA,

DAVACILAR :1-Türk Tabipleri Birliği
2-Türk Dişhekimleri Birliği

VEKİLİ :Av.Mustafa GÜLER (Ankara Barosu – 10568)
Mebusevleri Mahallesi Anıt Caddesi 6/7 Çankaya 06570 Ankara

DAVALI : 1-Başbakanlık – Ankara
2-Başbakanlık Hazine Müsteşarlığı - Ankara

T.KONUSU :16.4.2016 tarih ve 29686 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortasında Kurum Katkısına İlişkin Usul ve Esaslara Dair Tebliğ (2010/1)’de Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ’in ikinci maddesiyle değiştirilen, esas Tebliğin ekinde yer alan Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartlarının B.3.4. Sigortalıya Yardım başlıklı maddesinin birinci cümlesindeki “...ve idare etmek...” ibaresi ve ikinci cümlesi ile ikinci fıkrasının ikinci cümlesinin yürütmesinin durdurulması ve iptali, incelemenin duruşmalı olarak yapılması istemidir.

YAYIM TARİHİ :16.4.2016

AÇIKLAMALAR :

Hekim ve dişhekimleri, 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun uyarınca mesleki uygulamalarında ortaya çıkabilecek zararların tazmini amacıyla mesleki sorumluluk sigortası yaptırmak zorundadır. Resmi ya da özel, bağımlı ya da bağımsız çalışsın mesleğini uygulayan bütün hekim ve dişhekimlerinin bu sigortayı yaptırmaları zorunludur.

Zorunlu mesleki sorumluluk sigortası genel şartları, 21/7/2010 tarihli ve 27648 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortasında Kurum Katkısına İlişkin Usul ve Esaslara Dair Tebliğ (2010/1) ekinde, Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları adıyla düzenlenmiştir.

Buna göre, söz konusu sigorta poliçesi, tabip ve diş tabiplerinin "...poliçe kapsamındaki mesleki faaliyeti ifa ederken, sözleşme tarihinden önceki on yıllık dönemdeki veya sözleşme süresi içinde mesleki faaliyeti nedeniyle verdiği zararlara bağlı olarak sözleşme süresi içinde kendisine yapılan tazminat taleplerine, bu taleple bağlantılı **yargılama giderleri** ile hükmolunacak faize ve sigortalı aleyhine ileri sürülen tazminat talebine ilişkin makul giderlere karşı poliçede belirlenen limitler dahilinde teminat sağlar."

Genel Şartlar'ın A.1 maddesindeki düzenlemeyle yargılama gideri poliçe teminatı içinde yer aldığından sigortalının poliçe kapsamındaki bir iř sebebiyle dava edilmesi halinde avukatına ödemek zorunda kaldığı ücretin de poliçe limitleri dahilinde sigortacı tarafından ödenmesi gereklidir.

16.4.2016 tarih ve 29686 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren bir Tebliğ ile Genel Şartlar'ın B.3.4 maddesinde değişiklik yapılarak, sigorta konusu zararlı ilgili olarak sigortalı aleyhine dava açılması halinde, sigortalının ihbarı üzerine sigortacının her aşamada davaya dahil olabileceği, ceza kovuşturmasında sanık sigortalının savunmasına katılması ile sulh anlaşmasına onay verilmesi hususları düzenlenmiştir.

İPTALİ İSTENEN DÜZENLEMELER

Dava konusu Tebliğ'le, Genel Şartlar'ın B.3.4. Sigortalıya Yardım başlıklı maddesinde yapılan düzenlemenin ana eksenini sigorta poliçesi ile temin edilen bir riske yönelik açılan davalarda sigortacının *bütünüyle duruma el koymasını* sağlamaktır. Bu kapsamda, davaya dahil olarak *davayı idare etmekten* davalı/sanık hekim ve dişhekiminin avukatını belirlemeye varıncaya kadar çeşitli düzenlemeler yapılmıştır.

Bu düzenlemelerle genel olarak, hekim/dişhekimini olan sigortalıların avukat seçme hakkına getirilen kısıtlamayla, hak arama özgürlükleri sınırlandırılmaktadır. Anayasa'nın 36. maddesinde ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinde düzenlenen hak arama özgürlüğü, kişinin temel hakları arasındadır. Anayasamıza göre temel haklar ancak "özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlandırılabilir". AİHS'de de "hak ve özgürlüklere bu Sözleşme hükümleri ile izin verilen kısıtlamalar öngörüldükleri amaç dışında uygulanamaz" hükmü bulunmaktadır.

Dava konusu düzenleme ile getirilen kısıtlama bir yasaya dayanmadığı gibi sigortalının hak arama özgürlüğü arasında yer alan avukat seçiminin sigortacı tarafından yapılmasını haklı gösterecek bir dayanak da bulunmamaktadır.

1- Genel Şartlar'ın B.3.4. Sigortalıya Yardım başlıklı maddesinin birinci fıkrasının ilk cümlesindeki "...ve idare etmek..." ibaresi

Dava konusu hükmün içinde yer aldığı cümle şöyledir: "Dava açılması halinde (idari davalar dahil), sigortalının ihbarı ile sigortacı takip *ve idare etmek* üzere davaya her aşamada dahil olur."

Mesleki bir faaliyetle bağlantılı olarak zarar gördüğünü iddia eden kişi, olayın gerçekleştiği yere ve hekim/dişhekiminin statüsüne bağlı olarak hukuk mahkemesinde ya da idare mahkemesinde tazminat talep eden dava açabilir.

Tazminat davasının tarafı, idare mahkemesinde ilgili idare olacaktır. Hekim/dişhekimini ve bunların sigortacısı şirketin ancak davalı yanında müdahil olarak davaya katılabileceği açıktır.

Hukuk mahkemesinde açılacak tazminat davasında sigortalı davalı olarak gösterilmiş ise ilgili Şirket'in davalı sıfatıyla kendi davasını idare etmesi doğaldır. Ancak dava konusu bu düzenleme, davanın sigortacıya karşı değil de hekim/dişhekimine karşı açılması ve sigortacının *ihbar* ile davadan haberdar olması haline ilişkin kural tanımlamaktadır.

Davanın ihbarı ve ihbar olunanın davaya dahil olmasına ilişkin yasal düzenleme Hukuk Muhakemeleri Kanununda (HMK) yer almaktadır. Anılan Kanunun 66 ve devamı maddelerindeki düzenlemeye göre "*Müdahil, yanında katıldığı tarafın yararına olan iddia veya savunma vasıtalarını ileri sürebilir; onun işlem ve açıklamalarına aykırı olmayan her türlü usul işlemlerini yapabilir.*"

Dava konusu düzenlemeyle getirilen kurala göre ise sigortacı, *idare etmek* üzere davaya katılmaktadır. Oysa, HMK m.68 uyarınca davanın idaresi davalıya aittir ve davaya katılan ancak yanında katıldığı tarafın işlem ve açıklamalarına aykırı olmayan işlemlerde bulunabilir. Dolayısıyla, dava konusu Tebliğ ile yapılan düzenleme, davanın sahibi olan hekim/dişhekimini ikincil konuma ittiği gibi HMK'ya da aykırıdır.

2- Genel Şartlar'ın B.3.4. Sigortalıya Yardım başlıklı maddesinin birinci fıkrasının "*Sigortalı, sigortacının göstereceği avukata gereken vekâletnameyi vermek zorundadır.*" şeklindeki ikinci cümlesi

Söz konusu düzenlemenin değişiklikten önceki halinde sigortacının sigortalıya mecburi bir avukat tayinine ilişkin bir düzenleme bulunmamakta, sigortalının talebiyle savunmaya

yardım bağlamında bir yükümlülüğü bulunmaktaydı.¹ Yapılan değişiklik ile sigortalıya, poliçe kapsamında olabilecek bir dava ile karşılaşıldığında sigortacının gösterdiği avukatı vekil tayin etme zorunluluğu getirilmiştir.

Avukat ile müvekkil arasındaki ilişki bütünüyle güvene dayalıdır. Kişiyi mahkemede temsil edecek olan avukatın belirlenmesinde, sigortacının herhangi bir hakkı bulunmamaktadır. Bir başka anlatımla, zorunlu mesleki sorumluluk sigortasının yapılmış olması, sigorta konusu iş sebebiyle sigortacının bildirdiği avukat ile vekalet sözleşmesi yapma zorunluluğunu getirmez. Ancak, dava konusu kuralın sigortalıda yaratacağı, poliçe konusu tazminatın bu sebeple ödenmesinden kaçınılabileceğine ilişkin endişe, sigortalıyı sigortacının bildirdiği avukata vekaletname vermek zorunda bırakacak niteliktedir.

Diğer yandan, sigortalının avukatını sigortacının belirlemesi çıkar çatışmalarında sigortacı lehine taraf tutmak anlamına gelecektir. Sigortacı sigorta poliçesinde teminat altına alınan mesleki faaliyetten kaynaklanan zararları poliçe kapsamı ve limitleri dahilinde karşılayacaktır. Bu bakımdan da sigortacı ile sigortalı arasında üçüncü şahıslara karşı her zaman tam bir çıkar birlikteliği olduğu söylenemez. Bir başka ifadeyle, sigortacı, dava konusu alacağın poliçe kapsamında olmadığını savunmak suretiyle sorumluluktan kurtulmak isteyebilir ve bu durumda hekim/dişhekimini ile sigortacı arasında çıkar çatışması ortaya çıkar. Dava konusu düzenlemeyle, böyle bir durumda dahi sigortacının bildirdiği avukata sigortalı hekim/dişhekiminin vekalet vermesi bir zorunluluk olarak tanımlanmaktadır!

Bütün bunlardan başka, sigortacıların davalarda sigortalıları yönlendirdiği/vekalet vermeye zorladığı sigortacılarla işbirliği yapan avukatların olması Avukatlık Yasasındaki çıkar karşılığı avukata iş temin etme yasağını da ihlal etmektedir.

3- Genel Şartlar'ın B.3.4. Sigortalıya Yardım başlıklı maddesinin ikinci fıkrasının ikinci cümlesi

Maddenin ikinci fıkrasında sigortacının sigortalıya ceza davasında yapacağı yardım düzenlenmiştir. Fıkra şöyledir: “Sigortalı aleyhine cezai kovuşturmayla geçilmesi halinde,

¹ “Sigortacı, sigortalı tarafından usulüne uygun olarak bildirimde bulunulması ya da zarar gören tarafından kendisine doğrudan talepte bulunulmasından itibaren beş gün içinde, zarara uğrayanın istemleriyle ilgili olarak ve sigortalının adına, fakat sorumluluk ve tüm giderler kendisine ait olmak üzere, gerekli hukuki işlemlerin gerçekleştirilip, kararların alınmasını ve ayrıca savunmaya yardımda bulunmayı üstlenip üstlenmeyeceğini sigortalıya bildirir. Bu sürenin sonuna kadar yapılması zorunlu işlemleri sigortalı yürütür. Sigortacı yaptığı işlemlerde sigortalının hak ve menfaatlerini gözetir.”

sanığın izni ile sigortacı da savunmaya iştirak eder. **Bu takdirde, sigortacı yalnız seçtiği avukatın giderlerini öder.”**

Düzenlemenin birinci cümlesinde sigortalı hekim/dişhekimini aleyhine, sigorta poliçesine konu olan mesleki faaliyeti sebebiyle ceza davası açılmasında sanığın izniyle sigortacının da *savunmaya iştirak edeceği* belirtilmiştir. Söz konusu düzenlemenin devamında da, bu durumda sigortacının yalnızca seçtiği avukatın giderlerini karşılayacağı hükme bağlanmıştır.

Bilindiği üzere ceza sorumluluğu şahsidir ve suç olduğu iddia edilen fiili işleyen kişi şahsen yargılanır. Ceza Muhakemesi Kanununda sanık yanında davaya katılma gibi bir müessese bulunmamaktadır. Bu bakımdan, sigortacının sanığın izni ile de olsa savunmaya nasıl *iştirak edeceği* anlaşılammamaktadır.

Sigortacı tarafından seçilen avukatın sanığın savunmasına katılması ancak müdafii olarak atanması halinde mümkündür. Bu durumda ise sigortacının sanığın/sigortalının savunmasına katılması değil sanığın savunmasını yapacak olan avukatı tayin etmesinden bahsedilebilir. Sigortacının böyle bir hakkı olmadığı ise tartışmasızdır.

Söz konusu olgunun sanığın *izni* ile gerçekleşecek olması tasarlanan ilişki biçimindeki sakatlığı ortadan kaldırmamaktadır. Sigortalı güvendiği avukatının yardımı ile savunmasını yapmak hakkına sahiptir. Bu hakkını kullandığında, sigortacı hukuki destek hizmetlerine ilişkin olarak da ödenmiş primleri gözeterek avukatlık giderlerini poliçe kuralları içinde karşılamakla yükümlüdür. Sigortalının avukatlık giderlerinin karşılanması, avukatlık hizmetlerinin sigortacının tayin ettiği avukat tarafından sunulması şartına bağlanamaz. Böyle bir şart ileri sürmenin hukuki bir dayanağı olmadığı gibi vekalet sözleşmesinin özüne de aykırıdır.

MENFAAT BAĞI

Dava konusu düzenleme her iki meslek kuruluşu mensuplarının da haklarını doğrudan ihlal etmektedir. Davacı Türk Tabipleri Birliği ve Türk Dişhekimleri Birliği'nin temsilcisi oldukları hekim ve dişhekimlerinin avukatlarını belirleme hakları ellerinden alınmaktadır. 3224 sayılı Türk Dişhekimleri Birliği Yasası ve 6023 sayılı Türk Tabipleri Birliği Yasasının meslek kuruluşlarına verdiği yetki ve görev dikkate alınarak, bu davanın her iki meslek kuruluşu tarafından ortak olarak açılması uygun bulunmuştur.

YÜRÜTMENİN DURDURULMASI İSTEMİ

Dava konusu düzenleme açıkça hukuka aykırıdır. Bu düzenleyici işlemin uygulanmasıyla avukat ile müvekkil arasında güven temelinde kurulacak olan vekalet

sözleşmesi, sigortanın koruyuculuğundan yararlanabilmek için, sigortacının zorunlu olarak belirlediği avukata vekalet vermek şeklinde oluşturulacaktır.

Bu durum, pek çok davada hekim ve dişhekimlerinin belli avukatlara yönlendirilmeleriyle telafisi mümkün olmayan zararlar yaratabilecek; otağa çıkan zararların giderilebilmesi olanağı olmayacaktır.

Bu bakımdan, yürütmenin durdurulmasına karar verilebilmesi için İYUK'ta aranan her iki koşul birlikte gerçekleşmiş olmakla, ivedilikle yürütmenin durdurulmasına karar verilmesini talep ediyoruz.

HUKUKSAL NEDENLER :Anayasa, Avukatlık Yasası ve ilgili diğer mevzuat

KANITLAR :Ekli belgeler, davalı nezdindeki kayıtlar ve diğer ilgili kanıtlar

SONUÇ VE İSTEM :Açıklanan nedenlerle, 16.4.2016 tarih ve 29686 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortasında Kurum Katkısına İlişkin Usul ve Esaslara Dair Tebliğ (2010/1)'de Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ'in ikinci maddesiyle Tebliğin ekinde yer alan Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartlarının B.3.4. Sigortalıya Yardım başlıklı maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesindeki “...ve idare etmek...” ibaresinin, “**Sigortalı, sigortacının göstereceği avukata gereken vekâletnameyi vermek zorundadır.**” şeklindeki ikinci cümlesinin ve ikinci fıkrasının “**Bu takdirde, sigortacı yalnız seçtiği avukatın giderlerini öder.**” şeklindeki ikinci cümlesinin yürütmesinin durdurulmasıyla iptaline karar verilmesini; incelemenin duruşmalı olarak yapılmasını, yargılama giderleriyle vekalet ücretinin müştereken ve müteselsilen davalılara yükletilmesini saygılarımızla ve vekaleten talep ederiz.01.06.2016

Davacılar vekili

Av.Mustafa GÜLER

Eki:

1-Vekaletname örnekleri

2-Dava konusu işlem