

DANIŞTAY İDARİ DAVA DAİRELERİ KURULU BAŞKANLIĞI'NA

Sunulmak Üzere

DANIŞTAY 15.DAİRE BAŞKANLIĞI'NA

Esas No:2016/5597

Yürütmenin Durdurulması İsteminin Reddine İtiraz Eden

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

VEKİLİ :Av.Mustafa GÜLER

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

VEKİLİ :Av.Nadire Ünsal

T.KONUSU :22.09.2016 tarihli yürütmenin durdurulması isteminin reddine dair kararın kaldırılarak, açıkça hukuka aykırı ve uygulanması halinde telafisi imkansız zarar doğuracak düzenleyici işlemin ilgili hükümlerinin yürütülmesinin durdurulmasına karar verilmesi istemi ile davalı cevap dilekçesine karşı beyanlarımızın sunulmasıdır.

YAYIM TARİHİ :31.10.2016

AÇIKLAMALAR :

Davaya konu ilgili Tebliğ hükümlerinin yürütmesinin durdurulması ve iptali istemli açılan davada, Danıştay 15.Daire, 2577 sayılı Yasa'nın 27/2.maddesindeki koşulların gerçekleşmediği kanaatiyle yürütmenin durdurulması isteminin reddine karar vermiştir.

Ancak, ilgili düzenleyici işlemin açıkça hukuka aykırı olduğu ve uygulanması ile birlikte telafisi imkansız zarara neden olacağını bir kez daha vurgulayarak yürütmenin durdurulması istemimizin aşağıda belirteceğimiz hususlar da gözetilmek suretiyle itirazen değerlendirilmesini talep ediyoruz.

1. Düzenleme açıkça hukuka aykırıdır

Zorunlu mesleki sorumluluk sigortası genel şartlarında değişiklik getiren söz konusu düzenlemenin iptali istenen hükümlerinin ana çerçevesi, sigorta poliçesi ile temin edilen riske yönelik açılan davalarda, sigortacının bütünüyle davaya el koymasını ve kendi menfaatleri doğrultusunda davayı yürütmesini sağlamak, bu amaca hizmet edecek şekilde sigortalıya zorunlu avukat atamaktır.

Sigortacı ile sigortalının menfaati genellikle aynı yönde olmakla birlikte özellikle dava konusu eylemin poliçe kapsamında olup olmadığına ilişkin değerlendirmeler bakımından çıkar çatışması bulunduğu tartışmasızdır. Bu nedenle sigortalının avukatının sigortacı tarafından tayin edilmesi yanlıştır. Diğer yandan, söz konusu tebliğin hiçbir yasal dayanağı bulunmadığı, evrensel hukuk ilkeleri ile konuya ilişkin uluslar arası düzenlemelere aykırı olduğu açıktır.

a) Uluslar arası düzenlemeler yönünden

Hak arama özgürlüğü ve avukat seçme özgürlüğüne aykırı bu düzenlemenin uluslar arası hukuk çerçevesinde bir karşılığı bulunmamaktadır.

Zira Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 6/3-c maddesi adil yargılama hakkı dahilinde temel bir insan hakkı olarak herkesin **“Kendisini bizzat savunmak veya seçeceği bir müdafinin yardımından yararlanmak”** hakkında sahip olduğunu düzenlemektedir.

Aynı şekilde, 27.08.1990-07.09.1990 tarihleri arasında Havana’da toplanan Birleşmiş Milletler Konferansı tarafından kabul edilen ve “Havana Kuralları” olarak bilinen temel prensiplerde de **“Bütün insanların sahip olduğu ekonomik, sosyal ve kültürel veya kişisel ve siyasal nitelikteki insan hakları ve temel özgürlüklerin yeterli bir biçimde korunması, herkesin bağımsız hukukçuların sağladığı adli hizmetlere etkili bir biçimde ulaşma hakkına sahip olması”** gerektiği belirlenmesi ile birlikte, ilk prensip olarak **“Herkes haklarının varlığını tespit ettirmek, korumak ve ceza muhakemesinin her aşamasında haklarını savunmak için kendi seçtiği bir avukatın yardımına başvurma hakkına sahiptir.”** ilkesi benimsenmiştir.

Bunun dışında tamamen davaya konu olay özelinde, Avrupa Birliği sigorta mevzuatı kapsamında yer alan ve Hukuksal Koruma Sigortası ile ilgili kanun tüzük ve idari düzenlemelerin eşgüdümünü sağlamak adına çıkarılan 22 Haziran 1987 tarihli ve 87/344/EEC konsey direktifinde de savunma hakkının özüne uygun bir şekilde **“Sigortalıya, menfaatlerini kendi seçeceği bir avukatla temsil hakkı”** verilmekte ve buna ilişkin giderin poliçe kapsamına alınması öngörülmektedir.

Söz konusu direktif, Bakanlar Kurulu tarafından 2003/5930 karar sayısı ile 23/6/2003 tarihinde, Avrupa Birliği Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Türkiye Ulusal Programı ile Avrupa Birliği Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Türkiye Ulusal Programının Uygulanması, Koordinasyonu ve İzlenmesine Dair Karar’a dahil edilmiştir.

Ayrıca bu direktifte, dava dilekçesinde de belirttiğimiz şekilde sigortacı ile sigortalı arasında çıkar çatışmasının varlığı özel olarak vurgulanmaktadır!

Atfi yapılan uluslar arası mevzuat karşısında, sigortalının avukatını seçme hakkını kısıtlar şekilde, atanmış avukat aracılığıyla sigortalının kendisini temsile zorlanması kabul edilebilir değildir.

b) Ulusal mevzuat yönünden

Anayasa'nın 36.maddesi "Herkes, meşrû vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir." düzenlemesi ile hak arama hürriyeti düzenlenmiştir.

Bu düzenlemeye koşut olarak Avukatlık Kanunu'nun 35.maddesinde de "Dava açmaya yeteneği olan herkes kendi davasına ait evrakı düzenleyebilir, **davasını bizzat açabilir ve işini takip edebilir.**" düzenlemesi yer almaktadır.

Görüldüğü üzere, ulusal mevzuat açısından iddia ve savunma hakkının kullanılabilmesi için avukat yardımı zorunluluğu bulunmamaktadır. Asıl olan, dava açmaya yeterliliği olan herkesin davasının kendisi tarafından yürütülmesidir.

Bu nedenle sırf zorunlu mali mesuliyet sigortasının sigortalısı olması dayanak gösterilerek sigortalı aleyhine açılan davada, sigortacının sigortalı yerine geçmesi ve davayı sigortalı adına "idare etmesinin" kabul edilmesi, ayrıca bu amaçla sigortacının atadığı avukata vekalet verme zorunluluğu yüklenmesi temel hak ve özgürlüklerin yasal bir dayanak bulunmaksızın sınırlanması anlamına gelmektedir.

Kaldı ki, düzenlemenin amacı olarak gösterilen sigortalı aleyhine açılan davalarda, sigortalının ihbarı ile birlikte sigortacının sigortalıya davada yardım etmesinin sağlanması hususunun usul hukuku açısından karşılığı ferî müdahaledir ve ferî müdahale müessesesi Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 66. ve devamı maddelerinde zaten yer almaktadır. Zira, HMK 66.maddesinde açıkça "***Üçüncü kişi, davayı kazanmasında hukuki yararı bulunan taraf yanında ve ona yardımcı olmak amacıyla, tahkikat sona erinceye kadar, ferî müdahil olarak davada yer alabilir.***" düzenlemesini içermektedir.

HMK 68.maddesinde belirtildiği üzere "***ferî müdahil yanında katıldığı tarafın yararına olan iddia veya savunma vasıtalarını ileri sürebilir; onun işlem ve açıklamalarına aykırı olmayan her türlü usul işlemlerini yapabilir.***" Bu düzenlemeden de anlaşıldığı üzere davanın idaresi davanın asıl sahibi olan taraflara yani davalı ve davacıya aittir ki bu husus yukarıda atfı yapılan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Anayasa düzenlemesine uygundur.

Ayrıca HMK69.maddesine göre ferî müdahilin de yer aldığı asıl davada hüküm, taraflar hakkında yani sigortalı ile sigortalı aleyhine dava açan taraf hakkında verilir. Dolayısıyla burada ferî müdahilin ki davaya konu özelinde sigorta şirketinin taraf sıfatı da bulunmamaktadır.

Bu haliyle kendisine doğrudan dava açılmaması nedeniyle taraf sıfatı bulunmayan sigortacının, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yani usul hükümlerinin tanımadığı davayı idare etme yetkisinin, düzenleyici işlem niteliğindeki Tebliğ ile getirilmesi normlar hiyerarşisine de aykırıdır.

2. Tebliğin uygulanması telafisi imkansız zararlara yol açmaktadır

Tıbbi kötü uygulamaya ilişkin zorunlu mali mesuliyet sigortası, özü itibariyle, Hukuksal Koruma Sigortası'dır. Ancak iptali istenen düzenlemenin yürürlüğü ile birlikte, bu özelliği tamamen kaldırılmakta ve sigortalılar, temel hak ve özgürlüklerinin korunması açısından en önemli unsur olan avukat seçme özgürlüğünden hem de yasal dayanağı bulunmaksızın mahrum bırakılarak, hukuki korumadan yoksun kılınmaktadır.

Bir başka husus, güven ilişkisine dayalı vekalet sözleşmesine müdahale edilerek sigortalının istemediği bir vekil aracılığı ile temsile zorlanması ve bu temsilin kendi çıkarına değil de, sigorta şirketinin çıkarına olduğu yönündeki sigortalıdaki en ufak bir şüphe, hak arama hürriyetinin telafisi imkansız bir şekilde zedelenmesi/ ihlali anlamına gelmektedir. Bu haliyle, zorunlu avukat ataması ile birlikte yürütülecek yargılamalarda ortaya çıkacak en küçük bir olumsuzluk, yeni hukuki çekişmelerin doğmasına neden olacak ve Mahkemelerin iş yükünü artıracaktır. Ayrıca davanın atanmış avukat aracılığıyla yürütülmesi sorunu Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne taşınacak hukuki çekişmelere de neden olacak niteliktedir.

Davalı cevaplarına karşı beyanlarımız

Danıştay 15. Daire, yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararını davalının savunmasının alınmasından sonra değerlendirmeye karar vermiş ve söz konusu savunma gelip incelendikten sonra ret kararını vermiştir. Bu bakımdan, bu itiraz dilekçesinde davalının savunmasına ilişkin de beyanda bulunmakta yarar görüyoruz.

Davalı, savunmasını, söz konusu değişikliğin sigortalı lehine olduğu ve bu düzenleme ile birlikte sigortalı ve sigortacı arasında çıkar çatışması bulunmadığı üzerinden temellendirmektedir.

Ancak, Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Tarife ve Talimatı'nın 1.maddesine, sigorta teminatının "maddi, manevi tazminat ve yargılama giderleri için geçerli" olduğu açıkça belirtilmekte, yargılama giderlerinin kapsamını belirtmemektedir.

Yargılama giderlerinin kapsamına dair düzenleme genel hükümler çerçevesinde Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 323.maddesi yer almaktadır. Buna göre

- a) Celse, karar ve ilam harçları.
- b) Dava nedeniyle yapılan tebliğ ve posta giderleri.
- c) Dosya ve sair evrak giderleri.
- ç) Geçici hukuki koruma tedbirleri ve protesto, ihbar, ihtarname ve **vekâletname düzenlenmesine ilişkin giderler**.
- d) Keşif giderleri.
- e) Tanık ile bilirkişiye ödenen ücret ve giderler.
- f) Resmî dairelerden alınan belgeler için ödenen harç, vergi, ücret ve sair giderler.

g) Vekil ile takip edilmeyen davalarda tarafların hazır buldukları günlere ait gündelik, seyahat ve konaklama giderlerine karşılık hâkimin takdir edeceği miktar; vekili bulunduğu hâlde mahkemece bizzat dinlenmek, isticvap olunmak veya yemin etmek üzere çağrılan taraf için takdir edilecek gündelik, yol ve konaklama giderleri.

ğ) Vekille takip edilen davalarda kanun gereğince takdir olunacak **vekâlet ücreti**.

h) Yargılama sırasında yapılan diğer giderler.

şeklinde, tarafların yargılama sürecinde yapmış olduğu tüm giderleri içerecek şekilde bir tanım yaparak yargılama giderlerini belirlenmiştir. Bu kapsam itibarıyla, sigortalı tarafından seçilen avukata ödenen avukatlık ücretinin yargılama giderleri arasında sayılmadığının iddia edilmesi mümkün değildir.

Dolayısıyla Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Tarife ve Talimatı uyarınca, yargılama giderlerini teminat kapsamına alan sigortanın, riskin gerçekleşmesi halinde sigortalının yargılama gideri olarak yapmış olduğu, seçilmiş avukata ödenecek vekalet ücreti dahil, tüm giderleri ödemekle yükümlü olduğu kabul edilmelidir.

Ancak, iptali istenen tebliğ hükümlerinde, sigortalı savunmasını üstlenen seçilen vekile ödenen ücret teminat kapsamı dışında tutulmaktadır. Bu durumun sigortalı lehine olduğunun savunulması maddi gerçekliğe aykırıdır.

Ayrıca sigortalı ve sigortacı arasında her zaman için çıkar birliği bulunduğu iddiası da temelsizdir. Zira riskin gerçekleşmesi halinde açılacak **özellikle kimi karmaşık davalarda, sigortacı açısından makul olan savunma, dava konusu alacağın poliçe kapsamında olmadığını belirtmek ve bu suretle sorumluluktan kurtulmak şeklinde olacaktır.** Kaldı ki, sigortacının sorumluluğu poliçe kapsamı ve limitleri dahilinde olup bunun üzerindeki taleplerde, sigortacının sigortalı lehine savunma yapması da beklenemez.

Sonuç olarak; iptali istenen tebliğ hükümleri ile temel hak ve özgürlüklerin yasal bir dayanak bulunmaksızın sınırlanması söz konusu olmakla, bu niteliği itibarıyla telafisi imkansız zararlara yol açacağı tartışmasızdır.

SONUÇ VE İSTEM :Açıklanan nedenlerle, dava konusu düzenlemenin yürütmenin durdurulmasına karar verilebilmesi için İYUK'ta aranan her iki koşul birlikte gerçekleşmiş olmakla, yürütmenin durdurulması isteminin reddine yönelik Danıştay 15.Daire kararının kaldırılmasına ve yasal dayanağı bulunmayan düzenleyici işlemin ilgili hükümlerinin yürütülmesinin durdurulmasına karar verilmesini saygılarımızla ve vekaleten talep ediyoruz. 07.11.2016

Davacılar vekili
Av.Mustafa GÜLER