



## DANIŞTAY İDARİ DAVA DAİRELERİ KURULU'NA

Gönderilmek Üzere

## DANIŞTAY ONBEŞİNCİ DAİRESİ SAYIN BAŞKANLIğI'NA

**DOSYA NO** : 2016/5555 E.

**(DAVACI)**

**İTİRAZ EDEN** : Türkiye Barolar Birliği Başkanlığı

**VEKİLİ**

: Av. Ekim ERGÜN

Oğuzlar Mah. Barış Manço Cad. Av. Özdemir Özok Sokak No:8  
06520 Balgat – ANKARA

**DAVALILAR**

: 1- Başbakanlık

2- Başbakanlık Hazine Müsteşarlığı (Vek. Huk. Müş. Nadire ÜNSAL)

**KONU**

: Danıştay Onbeşinci Dairesi'nce verilen 22/09/2016 tarih ve 2015/5555 E. sayılı yürütmenin durdurulması isteminin reddi kararının kaldırılması istemi.

**TEBLİĞ TARİHİ** : 25/10/2016

### AÇIKLAMALAR

16/04/2016 tarih ve 29686 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortasında Kurum Katkısına İlişkin Usul Ve Esaslara Dair Tebliğ (2010/1)'de Değişiklik Yapılmasına İlişkin Tebliğ'in 2. maddesinin birinci paragrafının birinci cümlesinde yer alan "ve idare" ibaresi ve ikinci cümlesi ile ikinci paragrafının ikinci cümlesinin yürütmesinin durdurulması ve iptali istemiyle açtığımız davada, Daire tarafından yürütmeyi durdurma talebimiz reddedilmiştir. Bu karar aşağıdaki nedenlerle hukuka aykırıdır:

a) **Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortasında Kurum Katkısına İlişkin Usul ve Esaslara Dair Tebliğ (2010/1)'de Değişiklik Yapılmasına İlişkin Tebliğ'in 2. maddesinin birinci paragrafının birinci cümlesinde yer alan "ve idare" ibaresi:**

Dava konusu Tebliğ'in 2. maddesinin birinci cümlesine göre, tabip ve dış tabiplerinin mesleki faaliyeti nedeniyle verdiği zararlara bağlı olarak kendileri aleyhine örneğin tazminat istemli *dava açılması halinde (idari davalar dahil), sigortalının ihbarı ile sigortacı takip ve idare etmek üzere davaya her aşamada dahil olur.* Burada 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Dördüncü Bölümün Üçüncü Ayrımında yer alan "Davanın İhbarı ve Davaya Müdahale" kurallarının uygulanacağı açıktır. 6100 sayılı Kanun'un 66. maddesine göre Sigortacı, davayı kazanmasında hukuki yararı bulunan Sigortalı yanında ve **ona yardımcı olmak amacıyla**, tahkikat sona erinceye kadar, fer'i müdahil olarak davada elbette yer alabilir. Dikkat edilecek olursa usul hukukumuzda göre müdahil, müdahil olduğu taraf lehine yardımcı olan kimsedir. Müdahil, müdahale talebinde bulunduğu davayı idare edemez veya



eş anlatımla davayı yönetemez. Bu nedenle yapılan düzenleme 6100 sayılı Kanun'un 66. maddesine aykırıdır. Ayrıca bir davada sigortacı Davalı olarak gösterilmişse Davalı sıfatı taşıyabilir ve bu sıfattan kaynaklanan hak ve yetkilerini kullanabilir. Söz konusu davada sigortacı Davalı olarak gösterilmemişse ihbara istinaden müdahale talebinde bulunabilir, bu durumda da kullanacağı hak ve yetkiler usul hukukumuzda belirlenmiştir. Kanunda herhangi bir dayanak olmamasına rağmen, sigortalı için yükümlülük niteliği taşıyan, sigortacının Davayı idare etmek üzere davaya dahil olmasına imkan veren düzenleme hukuka aykırıdır.

**Davalı tarafından sigorta şirketinin davayı nasıl idare edeceği açıklanmadığı gibi cevap dilekçesinden sigorta şirketinin sigortalı yanında davaya katılacağı sonucuna ulaşılmaktadır. Müdahilin davayı idare etme hakkı bulunup bulunmadığı hususunda ise Davalı tarafından cevap verilmemiştir.**

**b) Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortasında Kurum Katkısına İlişkin Usul ve Esaslara Dair Tebliğ (2010/1)'de Değişiklik Yapılmasına İlişkin Tebliğ'in 2. maddesinin birinci paragrafında yer alan "Sigortalı, sigortacının göstereceği avukata gereken vekâletnameyi vermek zorundadır." şeklindeki ikinci cümlesi:**

Savunma, karmaşık bir yapıya sahip olmakla birlikte kendine özgü terminolojisi de vardır. Olayı kavramak, onu hukuk diline çevirmek, yürürlükteki hukuk kurallarından olaya uygun olanını bulmak, yazmak, sözle ifade etmek, talepte bulunmak, gerekirse itiraz etmek bu kapsamda yapılması gerekenlerin en basit şeklidir. Bireyin bunları yapması, birey ne denli yetenekli ve birikimli olursa olsun oldukça zordur. Karmaşık ve teknik bilgiyi gerektiren yapı içinde bireyin yardım almaması halinde hak kaybı kaçınılmaz hale gelir. Bu nedenle bireyi, bu işlerin uzmanı sayılan bir avukatın savunmasına ihtiyaç vardır.

Yürürlükteki hukuk kurallarına göre, savunma hakkının kullanılabilmesi için avukatın yardımı şart değildir. Anayasa'nın 36. maddesinde, "*Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.*" denilmiş ve bu kural, Avukatlık Kanunu'nun 35. maddesinde "*Dava açmaya yeteneği olan herkes kendi davasına ait evrakı düzenleyebilir, davasını bizzat açabilir ve işini takip edebilir.*" denilerek tekrarlanmıştır. Bununla birlikte Avukatlık Kanunu'nun 35 ve 63. maddeleri uyarınca birey, savunma hakkının kullanımında bir başkasının yardımını istiyorsa o kişinin baro levhasına kayıtlı ve isten yasaklanmamış bir avukat olması gerekmektedir. **Savunma hakkının olmazsa olmazı ise Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde de belirtildiği üzere bireyin avukatını seçme hakkıdır.**

Anayasa'nın "*Çalışma ve sözleşme hürriyeti*" başlıklı 48. maddesinde, herkesin dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetine sahip olduğu ifade edilmiştir. Sözleşme özgürlüğü, özel hukuktaki irade özerkliği ilkesinin Anayasa hukuku alanındaki dayanağıdır. Özel hukukta irade



# Türkiye Barolar Birliği Başkanlığı

Sayı: 41870694-641.04-11163

Ankara 01/11/2016

özerkliği, kişilerin yasal sınırlar içerisinde istedikleri hukuki sonuca bu yoldaki iradelerini yeterince açığa vurarak ulaşabilmelerini ifade etmektedir. Anayasa açısından sözleşme özgürlüğü ise Devletin, kişilerin istedikleri hukukî sonuçlara ulaşmalarını sağlaması ve bu bağlamda kişilerin belli hukukî sonuçlara yönelen iradelerini geçerli olarak tanınması, onların iradelerinin yöneldiği hukukî sonuçların doğacağını ilke olarak benimsemesi ve koruması demektir. Sözleşme özgürlüğü uyarınca kişiler, hukuksal ilişkilerini özgür iradeleriyle ve sözleşmelerle düzenlemekte serbesttir. Anayasanın 48. maddesinde koruma altına alınan sözleşme özgürlüğü, sözleşme yapma serbestisinin yanı sıra, yapılan sözleşmelere dışarıdan müdahale yasağını da içerir. Ayrıca Anayasa Mahkemesi, sözleşme hürriyetinin kamu yararı amacı ile ancak kanunla sınırlandırılabilceği görüşündedir. (AYM; E:2003/70 K: 2005/14 , E: 2001/293 K:2002/28 , E: 2003/66 K: 2005/72)

Bir ücret karşılığında müvekkili için hukuki yardımda bulunan avukat ile müvekkili arasında bir özel hukuk ilişkisi bulunmaktadır. Avukat ve müvekkil arasındaki sözleşme ilişkisi, 4667 sayılı Kanun'la değişik 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 163. maddesinde düzenlenmiştir. **Maddeye göre, "Avukatlık sözleşmesi serbestçe düzenlenir. Avukatlık sözleşmesinin belli bir hukuki yardımı ve meblağı yahut değeri kapsamaması gerekir. Yazılı olmayan anlaşmalar, genel hükümlere göre ispatlanır. Yasaya aykırı olmayan şarta bağlı sözleşmeler geçerlidir."**

İptalini talep ettiğimiz düzenlemeye göre, "Sigortalı, sigortacının göstereceği avukata gereken vekâletnameyi vermek zorundadır." Bir başka anlatımla hekim, sigorta şirketinin belirlediği avukatla avukatlık sözleşmesi kurmak zorundadır. Hekim, sigorta şirketinin belirlediği avukatla avukatlık sözleşmesi kurmazsa, sigorta primi Kanun'un emredici hükmü gereğince tahsil edilmiş olmasına rağmen, Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları'nı ihlal etmiş olacak böylece tüm sigorta teminatından faydalanamayacaktır.

İptalini talep ettiğimiz düzenleme, Anayasa'nın 36. ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesine aykırıdır. Ayrıca söz konusu düzenlemenin yasal dayanağı bulunmadığından dolayı Anayasa'nın 48. maddesine de aykırıdır. Bununla birlikte avukatlık sözleşmesi tarafların özgür iradesiyle kurulmadığı için, iptalini talep ettiğimiz düzenleme Avukatlık Kanunu'nun 163. maddesine de aykırıdır.

**Davalı, sigortalı dilerse sözleşme özgürlüğü dahilinde kendisi de ayrıca bir avukata vekalet verebilir demiştir, bu hususta herhangi bir tartışma zaten bulunmamaktadır. Ancak sigortalı, sigorta şirketinin belirlediği avukata vekalet vermezse ne olacağını belirtmemiştir. Sigortalı sigorta şirketinin belirlediği avukata vekalet vermezse sigorta genel şartlarını ihlal ettiğinden dolayı primini ödemediği sigorta teminatından faydalanamayacaktır.**



c) Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortasında Kurum Katkısına İlişkin Usul ve Esaslara Dair Tebliğ (2010/1)'de Değişiklik Yapılmasına İlişkin Tebliğ'in 2. maddesinin üçüncü paragrafında yer alan "Bu takdirde, sigortacı yalnız seçtiği avukatın giderlerini öder." şeklindeki ikinci cümlesi:

Düzenlemeye göre, "Sigortalı aleyhine cezai kovuşturmayla geçilmesi halinde, sanığın izni ile sigortacı da savunmaya iştirak eder. Bu takdirde, sigortacı yalnız seçtiği avukatın giderlerini öder."

Suç işleyen ve işlenen suçtan zarar gören olmak üzere ceza yargılamasında iki taraf vardır. Bu bağlamda ceza kovuşturmasında taraflar sanık, savcı ve katılan olabilir. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 237. maddesine göre, mağdur, suçtan zarar gören gerçek ve tüzel kişiler ile malen sorumlu olanlar, ilk derece mahkemesindeki kovuşturma evresinin her aşamasında hüküm verilinceye kadar şikâyetçi olduklarını bildirerek kamu davasına katılabileceğine göre; sigortacının ceza kovuşturmasında herhangi bir sıfatı olamaz. Sigortacının ceza davasında taraf olma sıfatı bulunmadığına göre iptalini talep ettiğimiz düzenleme sanık müdafii belirlemek için yapılmıştır. İptalini talep ettiğimiz düzenleme uyarınca sanık hekim, sigorta şirketinin belirlediği avukatı müdafii olarak kabul ettiğinde avukatın giderlerini ödemeye ilişkindir. Hekim ile sigorta şirketi arasında tarafların eşitliğini esas alan iradi bir ilişki bulunmamaktadır. 1219 sayılı Kanun'a göre, hekim mesleki malî sorumluluk sigortası yaptırmak zorundadır. Hekim ceza yargılamasında sigorta şirketinin tayin ettiği avukatı müdafii olarak benimsemese de, mesleki malî sorumluluk sigortası primini tıpkı benimsiyormuş gibi ödemek durumundadır. Bu nedenle iptalini talep ettiğimiz düzenleme hekimin avukatını belirleme özgürlüğüne müdahale niteliği taşımaktadır.

İptalini talep ettiğimiz düzenleme, Anayasa'nın 36. ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesine aykırıdır. Ayrıca söz konusu düzenlemenin yasal dayanağı bulunmadığından dolayı Anayasa'nın 48. maddesine de aykırıdır. Bununla birlikte avukatlık sözleşmesi tarafların özgür iradesiyle kurulmadığı için, iptalini talep ettiğimiz düzenleme Avukatlık Kanunu'nun 163. maddesine de aykırıdır.

"Sigorta sözleşmesi, sigortacının bir prim karşılığında, kişinin para ile ölçülebilir bir menfaatini zarara uğratan tehlikenin, rizikonun, meydana gelmesi halinde bunu tazmin etmeyi ya da bir veya birkaç kişinin hayat süreleri sebebiyle ya da hayatlarında gerçekleşen bazı olaylar dolayısıyla bir para ödemeyi veya diğer edimlerde bulunmayı yükümlendiği sözleşmedir." Dava konusu düzenleme zorunlu sigortaya ilişkindir bir başka anlatımla bu zorunlu sigortayı yaptırmadan hekimlik icra etmek mümkün değildir. Ayrıca sigorta şirketi tarafından zararın tazmini sigorta şirketine ödenen prim sayesinde. Davalının cevabından açılmış olan davada sigorta şirketinin sıfatının ne olacağı, müdahil olacağı davayı nasıl idare edeceği anlaşılamamıştır. Ayrıca açılmış olan davada sigortalı tarafından sigorta şirketinin belirlediği avukata vekalet verilmezse ne olacağı da açıklanmamıştır. Salt vekalet ücreti teminatından yararlanamayacaksa düzenleme bu şekilde kaleme alınmamıştır ve esasen prim karşılığı hizmet sunulduğuna göre bu durum da hukuka aykırıdır. Düzenleme uyarınca vekalet verilmezse genel şartlar dolayısıyla sigorta sözleşmesi ihlal edilmiş olacağına göre sigortalının sözleşme özgürlüğünden söz etmek olanaksızdır.



# Türkiye Barolar Birliği Başkanlığı

Sayı: 41870694-641.04-11163

Ankara 01/11/2016

İptalini talep ettiğimiz kurallar, Anayasaya, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine, Havana Kuralları olarak anılan Birleşmiş Milletler Avukatların Rolüne Dair Temel Prensiplere, Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve Avukatlık Kanunu'na aykırı olmakla birlikte açıkça yasal dayanaktan yoksundur.

İptalini talep ettiğimiz kurallar, savunma hakkının kullanımına ilişkin olup uygulanması halinde hekimlerin telafisi güç veya imkansız hak kayıplarına da sebebiyet verecek niteliktedir. **Savunma hakkının kullanımına ilişkin bu kurallar uygulanmakla etkisini yitirecek niteliktedir.** Bu nedenle 2577 sayılı Kanun'un 27. maddesinin 2. fıkrası uyarınca Davahıların savunması alınmaksızın yürütmeyi durdurma kararı verilmesini talep etme zorunluluğu doğmuştur.

## SONUÇ VE İSTEM :

Yukarıda arz edilen nedenlerle; Danıştay Onbeşinci Dairesi'nce verilen 22/09/2016 tarih ve 2016/5555 E. sayılı yürütmenin durdurulması isteminin reddi kararının kaldırılmasına ve dava konusu düzenlemelerin yürütmesinin durdurulmasına karar verilmesini vekaleten arz ve talep ederim. Saygılarımla.

Davacı  
Türkiye Barolar Birliği Vekili  
Avukat Ekim ERGÜN

T.C.  
DANIŞTAY  
İDARİ DAVA DAİRELERİ KURULU  
YD İtiraz No : 2016/1239

**İtiraz Eden (Davacı)** : Türkiye Barolar Birliği Başkanlığı

**Vekili** : Av. Ekim Ergün

Oğuzlar Mah. 1366. Sok. No:3, Balgat - Çankaya / ANKARA

**Karşı Taraf (Davalılar)** : 1- Başbakanlık - ANKARA

2- Hazine Müsteşarlığı - ANKARA

**Vekili** : Hukuk Müşaviri Nadire Ünsal - Aynı adreste

**İstemin Özeti** : Danıştay Onbeşinci Dairesince verilen, yürütmenin durdurulması isteminin reddine ilişkin 22/09/2016 günlü, E:2016/5555 sayılı karara, davacı itiraz etmekte ve yürütmenin durdurulmasını istemektedir.

**Danıştay Tetkik Hâkimi** : Meral Avşar Biçken

**Düşüncesi** : İtirazın kabulü gerektiği düşünülmektedir.

**TÜRK MİLLETİ ADINA**

Hüküm veren Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunca dosya incelendi, gereği görüldü:

Başbakanlık Hazine Müsteşarlığı tarafından 16/04/2016 günlü, 29686 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan "Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortasında Kurum Katkısına İlişkin Usul ve Esaslara Dair Tebliğ (2010/1)"de Değişiklik Yapılmasına İlişkin Tebliğ'in 2. maddesinin 1. fıkrasının birinci cümlesinde yer alan "ve idare" ibaresi ve 2. maddesinin 1. fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan "Sigortalı, sigortacının göstereceği avukata gereken vekâletnameyi vermek zorundadır." ibaresi ile aynı maddenin 2. fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan "Bu takdirde, sigortacı yalnız seçtiği avukatın giderlerini öder." ibaresinin iptali ve yürütmesinin durdurulması istemiyle açılan davada, Danıştay Onbeşinci Dairesince verilen yürütmenin durdurulmasının reddine ilişkin 22/09/2016 günlü, E:2016/5555 sayılı karara, davacı itiraz etmekte ve yürütmenin durdurulmasını istemektedir.

1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanuna (Ek: 21/01/2010-5947/8 md.) eklenen Ek 12. maddesinin birinci fıkrasında, "Kamu sağlık kurum ve kuruluşlarında çalışan tabipler, diş tabipleri ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanlar, tıbbi kötü uygulamaya nedeniyle kendilerinden talep edilebilecek zararlar ile kurumlarınca kendilerine yapılacak rüculara karşı sigorta yaptırmak zorundadır..." hükmü, beşinci fıkrasında da, "Zorunlu sigortalara ilişkin teminat tutarları ile uygulama usul ve esasları Sağlık Bakanlığının görüşü alınarak Hazine Müsteşarlığınca belirlenir." hükmü yer almaktadır.

Bu hükümlere dayanılarak, tıbbi kötü uygulamaya ilişkin zorunlu mali sorumluluk sigortası primine yapılacak kurum katkısına ilişkin usul ve esasların belirlenmesi amacıyla 21/07/2010 günlü, 27648 sayılı Resmi Gazete'de "Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortasında Kurum Katkısına İlişkin Usul ve Esaslara Dair Tebliğ (2010/1)" yayımlanmıştır. Anılan Tebliğde değişiklik yapılmasına ilişkin 16/04/2016 günlü, 29686 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Tebliğin 1. maddesi ile 2010/1 sayılı Tebliğin ekinde yer alan "Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları'nın "A.1. Sigortanın Konusu" başlıklı bölüme ikinci paragraftan sonra gelmek üzere, "Bu sigorta, sigortalının savunmasını üstlenen avukata ilişkin harcamaları Genel Şartların Sigortalıya Yardım



Sigortalıya Yardım başlıklı B.3.4 maddesi kapsamında temin eder." hükmü eklenmiş, 2. maddesi ile de, "Dava açılması halinde (idari davalar dahil), sigortalının ihbarı ile sigortacı takip ve idare etmek üzere davaya her aşamada dahil olur. Sigortalı, sigortacının göstereceği avukata gereken vekâletnameyi vermek zorundadır. Sigortacı dava sonucuna göre yargılama giderlerini ve avukatlık ücretlerini genel hükümler çerçevesinde ödemekle yükümlüdür. Şu kadar ki, hükmolunan tazminat sigorta bedelini geçerse, sigortacı bu masrafları sigorta bedelinin tazminata oranı dahilinde öder. Sigortalı aleyhine cezai kovuşturmayla geçilmesi halinde, sanığın izni ile sigortacı da savunmaya iştirak eder. Bu takdirde, sigortacı yalnız seçtiği avukatın giderlerini öder. Sigortalının sigortacının onayını almadan yaptığı sulh sözleşmesi, bildirimden itibaren onbeş gün içinde onay verilmemişse, sigortacıya karşı geçersizdir; sigortacı haklı olmayan sebeplerle sulhe onay vermekten kaçınamaz. Sigortacı, sulhe bağlı usulüne uygun yapılmış giderleri ödemekle yükümlüdür." hükmüne yer verilmiştir.

**Dava konusu Tebliğin 2. maddesinin 1. fıkrasının birinci cümlesinde yer alan "ve idare" ibaresi yönünden;**

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun "Fer'i Müdahale" başlıklı 66. maddesinde, üçüncü kişinin, davayı kazanmasında hukuki yararı bulunan taraf yanında ve ona yardımcı olmak amacıyla, tahkikat sona erinceye kadar, fer'i müdahil olarak davada yer alabileceği kurala bağlanmıştır.

Sigorta şirketinin, davayı kazanmasında hukuki yararı bulunan sigortalı yanında ve ona yardımcı olmak amacıyla tahkikat sona erinceye kadar fer'i müdahil olarak davada yer alabileceği açık olmakla birlikte, görülmekte olan bir davada sigorta şirketinin ancak davalı olarak gösterilmesi halinde davalı sıfatı taşıyabileceği ve bu durumdan kaynaklanan hak ve yetkileri kullanabileceği, davalı olarak gösterilmediği bir davada ise, davanın ihbarı halinde müdahale talebinde bulunabileceği ve bu durumda kullanabileceği hak ve yetkilerin usul hukukunda belirlendiği göz önünde bulundurulduğunda, Kanunda herhangi bir dayanak olmamasına rağmen müdahilin müdahale talebinde bulunduğu davayı idare edebileceğine ilişkin düzenlemede 6100 sayılı Yasaya ve hukuka uygunluk bulunmadığı sonucuna varılmıştır.

**Dava konusu Tebliğin 2. maddesinin 1. fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan "Sigortalı, sigortacının göstereceği avukata gereken vekâletnameyi vermek zorundadır." ibaresi ile aynı maddenin 2. fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan "Bu takdirde, sigortacı yalnız seçtiği avukatın giderlerini öder." ibaresinin incelenmesine gelince;**

Mevzuatımızdaki düzenlemelere göre, savunma hakkının kullanılabilmesi için avukatın yardımı şart değildir. Nitekim, Anayasa'nın 36. maddesinde, "Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir." kuralına yer verilmiş, Avukatlık Kanunu'nun 35. maddesinde de, "Dava açmaya yeteneği olan herkes kendi davasına ait evrakı düzenleyebilir, davasını bizzat açabilir ve işini takip edebilir" denilmek suretiyle yukarıda değinilen hususa vurgu yapılmıştır.

Bununla birlikte, Avukatlık Kanunu'nun 35. ve 63. maddeleri uyarınca birey, savunma hakkının kullanımında bir başkasının yardımını istiyorsa o kişinin baro levhasına kayıtlı ve işten yasaklanmamış bir avukat olması gerekmektedir. Savunma hakkının olmazsa olmazı ise Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinde de belirtildiği üzere bireyin avukatını serbestçe belirleme hakkıdır.



T.C.  
DANIŞTAY  
İDARİ DAVA DAİRELERİ KURULU  
YD İtiraz No : 2016/1239

Anayasanın "Çalışma ve sözleşme hürriyeti" başlıklı 48. maddesinin birinci fıkrasında, herkesin dilediği alanda sözleşme hürriyetine sahip olduğu, "Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması" başlıklı 13. maddesinde, temel hak ve hürriyetlerin, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabileceği, bu sınırlamaların, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı, 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun "Sözleşme özgürlüğü" başlıklı 26. maddesinde, tarafların, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebileceği, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun "Avukatlık sözleşmesinin kapsamı" başlıklı 163. maddesinin birinci fıkrasında ise Avukatlık sözleşmesinin serbestçe düzenleneceği hükümlerine yer verilmiş olup, sözleşme özgürlüğü uyarınca kişiler, hukuksal ilişkilerini özgür iradeleriyle ve sözleşmelerle düzenlemekte serbesttir.

Bu durumda, Anayasa uyarınca sözleşme özgürlüğünün sınırlanabilmesinin ancak kanunla mümkün olabilmesi karşısında, anılan Tebliğ düzenlemesi ile sözleşme özgürlüğüne sınırlama getirilmesinin Anayasada güvence altına alınan sözleşme hürriyetine aykırı olduğu gibi, Yasadan kaynaklı bir hak olan bireyin avukatını serbestçe belirlemesi hakkının Tebliğ ile ortadan kaldırılması sonucunu doğuran düzenlemede hukuka uygunluk bulunmamaktadır.

Öte yandan, sigorta şirketinin sorumluluğunun poliçe tutarı ile sınırlı olduğu, poliçe tutarını aşan kısım yönünden sigortalı ile sigortacının menfaatlerinin çatışabileceği, sigortalı ile sigorta şirketinin ileride hasım konumunda olmaları ihtimali göz önünde bulundurulduğunda, sigortalının, sigortacının göstereceği avukata vekâlet vermek zorunda bırakılması ve sadece bu durumda sigortalının avukatına ilişkin giderlerin ödeneceği yolundaki düzenlemelerin hukuka aykırı olduğu da açıktır.

Açıklanan nedenlerle, davacının itirazının KABULÜNE, Danıştay Onbeşinci Dairesinin 22/09/2016 günlü, E:2016/5555 sayılı kararının kaldırılmasına; olayda 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 6352 sayılı Kanunla değişik 27. maddesinin 2. fıkrasında öngörülen ve yürütmenin durdurulmasına karar verilebilmesi için gerekli olan koşulların gerçekleştiği anlaşıldığından, dava konusu Tebliğin anılan hükümlerinin YÜRÜTÜLMESİNİN DURDURULMASINA, 26/12/2016 gününde oyçokluğuyla karar verildi.

**Başkan**  
Namık Kemal  
ERGANİ

**Üye**  
Nüket  
YOKLAMACIOĞLU

**Üye**  
Gürsel  
MEKİK

**Üye**  
Ziya  
ÖZCAN

**Üye**  
Hasan  
GÜZELER

**Üye**  
Abdülkadir  
ATALIK

**Üye**  
Bilal  
ÇALIŞKAN

**Üye**  
Cevdet  
MALKOÇ

**Üye**  
Oğuz  
YAĞLICI

**Üye**  
Hasan  
ODABAŞI

**Üye**  
Yunus  
AYKIN  
(X)

**Üye**  
Muhsin  
YILDIZ

**Üye**  
Bilge  
APAYDIN





KARŞI OY

X- Yürütmenin durdurulmasına karar verilebilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 27. maddesinde öngörülen koşulların bakılan uyuşmazlıkta gerçekleşmediği anlaşıldığından, yürütmenin durdurulması isteminin reddine ilişkin Daire kararına yapılan itirazın reddi gerektiği oyuyla, karara katılmıyorum.

Üye  
Yunus  
AYKIN

