

**KANSER İLAÇLARININ KARŞILANMASI KONULU
İHTİYATÎ TEDBİRLER
(UYUŞMAZLIĞIN ESASINI ÇÖZER NİTELİKTE
İHTİYATÎ TEDBİR ÖRNEĞİ)**

*Interim Injunctions on the Funding of Cancer Medicines
(Example of the Interim Injunction that Resolves the Dispute)*

Vildan PEKSÖZ*

ÖZ

Kanser ilaçlarının karşılanması talebiyle Sosyal Güvenlik Kurumuna karşı dava açmadan önce ya da dava açtıktan sonra ihtiyatî tedbir yoluyla ilaçların karşılanması kararının verilir verilemeyeceği bu çalışmada ele alınmıştır. Yargı içtihatlarında kimi zaman uyuşmazlığın esası hakkında ihtiyatî tedbir kararı verilemeyeceği gerekçesiyle tedbir taleplerinin reddine karar verilmektedir. Uyuşmazlığın esasını çözer nitelikte ihtiyatî tedbir kararı verilmesinin bir yasak olarak kabul edilmemesi gerektiği, aksi takdirde eda tedbirlerinin verilmesinin güçleşeceği, Kanun'un imkân verdiği tedbir kararının yasal dayanağı olmayan bir yasak sebebiyle engellenmesinin etkin hukukî korumanın ihlâline yol açtığı sonucuna ulaşılmıştır. Uyuşmazlığın esasını çözer nitelikte tedbir kararı verilmesinin mümkün olmadığı kabul edilse dahi, kanser hastasının zaruret hali sebebiyle tedbir kararının verilmesi gerektiği tespit edilmiştir. Kanser ilaçlarının karşılanması konusundaki tedbir taleplerinde görevli ve yetkili mahkeme, talepte bulunulan müdürlüğün bulunduğu yerdeki iş mahkemesidir. Tedbirden önce Sosyal Güvenlik Kurumuna başvuru zorunlu olmamakla beraber uygulama bakımından bu aşamada başvuru yapılmasında fayda vardır. Kanser

Makalenin Geliş Tarihi: 26.08.2023, **Makalenin Kabul Tarihi:** 09.11.2023.

* Dr. Öğr. Üyesi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Anabilim Dalı, E-posta: vildan.peksoz@istanbul.edu.tr, ORCID: 0000-0001-5903-6209.

Bu çalışma kanserden dolayı hayatlarını kaybeden kıymetli Nurullah Peksöz'ün, Araş. Gör. Fatih Duran'ın ve Havva Kaplan'ın anısına ithaf edilmiştir.

ilaçlarının karşılanması talepli tedbirlerde teminat yatırılması zorunlu değildir.

Anahtar Kelimeler: İhtiyatî tedbir, kanser ilaçları, eda amaçlı tedbir, Sosyal Güvenlik Kurumu, teminat.

ABSTRACT

This article explores whether an interim injunction can be granted before or after filing a lawsuit against the Social Security Institution for the funding of cancer drugs. In jurisprudence, it is sometimes decided to reject the requests for an interim injunction regarding the funding of cancer drugs. The reason for this is that an interim injunction that settles the dispute can not be granted. While the law permits, an interim injunction can not be issued due to a prohibition that has no legal basis. Actually, such a prohibition may prevent effective legal protection. Despite this prohibition, the request for an injunction by a cancer patient in a state of necessity must be accepted. Apart from this, in this study, the authority of the court is explained, and it is determined that there is no obligation to apply to the Social Security Institution before requesting an injunction. Holding a deposit for the interim injunction to fund the cancer drugs is not necessary.

Keywords: Interim Injunction, cancer drugs, injunction for performance, Social Security Institution, deposit.

GİRİŞ

Kanser ilaçlarının ödenmesi için Sosyal Güvenlik Kurumuna başvuran ilgililer, kurumun kanser ilaçlarını ödememesi üzerine Kuruma karşı dava açmaktadır. Davaların uzun sürmesi, hastanın tedaviye ulaşmasını geciktirmektedir. Bu sebeple dava açarken ya da dava açmadan önce ihtiyatî tedbir yoluyla Kurumun ilaçları karşılaması talebinde bulunmaktadır. Mahkemelerin kanser ilaçlarının karşılanması taleplerini reddederken uyuşmazlığın esası hakkında ihtiyatî tedbir kararı verilemeyeceği sebebine dayandıkları görülmektedir. Bu çalışmada uyuşmazlığın esası hakkında tedbir kararı verilememesinin ne anlama geldiği, bu kuralın kanser ilaçlarının karşılanması bakımından uygulanabilir nitelikte olup olmadığı üzerinde durulmuştur. Tedbir talepleri bakımından görevli ve yetkili mahkeme, tedbir talebinden önce Sosyal Güvenlik Kurumuna başvuru

zorunluluğu, tedbirin süre sınırı ve teminat gösterilmesi konuları da çalışma kapsamında incelenmiştir.

I. KANSER İLAÇLARININ KARŞILANMASI KONULU İHTİYATİ TEDBİRİN “UYUŞMAZLIĞIN ESASINI ÇÖZER” NİTELİĞİ

A. Uyuşmazlığın Esasını Çözer Nitelikte İhtiyatî Tedbire Karar Verilmesi

Uyuşmazlığın esasını çözer nitelikte ihtiyatî tedbire karar verilmesinin mümkün olmadığı, bir diğer deyişle asıl davada verilecek kararı öne çeker nitelikte ihtiyatî tedbire karar verilemeyeceği öğretide ifade edilmektedir¹. Bunun sebebi olarak, ihtiyatî tedbirin amacının haklı tarafı kesin olarak belirlemek olmadığı, dava sonucunda hakka kavuşma imkânının güvence altına alınması olduğu ileri sürülmüştür². Bu anlamda asıl yargılamadaki güvencelerle esas kararın verilmesinden önce, talepte bulunanın hukukî durumu, düşük ispat ölçüsü ve karşı tarafa hukukî dinlenilme hakkının kullandırılmaması ile korunmaktadır³. Keza uyuşmazlığın esasını çözen

¹ Hanns Prütting, Markus Gehrlein ve Detlev Fischer, *Zivilprozessordnung* (Hürth: Hermann Luchterhand Verlag, 2020), § 938, Nr. 3; Richard Zöllner ve Gregor Vollkommer, *Zivilprozessordnung* (Köln: Otto Schmidt Verlag, 2018), § 938, Nr. 3; Adolf Baumbach, Wolfgang Lauterbach, Jan Albers ve Peter Hartmann, *Zivilprozessordnung* (München: C.H.Beck, 2018), §938, Nr. 3; Hans Joachim Musielak, Wolfgang Voit ve Michael Huber, *Zivilprozessordnung*, (München: Verlag Franz Vahlen, 2023) § 938, Nr. 4; Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, C. IV, (İstanbul: Demir Demir Yayıncılık, 2001), 4312; Baki Kuru ve Burak Aydın, *Medenî Usul Hukuku El Kitabı*, C. II, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2021), 1268; Necmeddin M. Berkin, *Tatbikatçılara Medenî Usul Hukuku Rehberi* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1981) 509; İlhan Postacıoğlu ve Sümer Altay, *Medenî Usûl Hukuku Dersleri* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2020), 964, Nr. 1723; Bilge Umar, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2014), 1134 ve ayrıca bkz. 1139 vd.; Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayvaz ve Emel Hanağası, *Medenî Usul Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2022), 637; Ejder Yılmaz, *Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri*, C. I (Ankara: Yetkin Yayınevi, 2001), 845; Abdurrahim Karlı, *Medeni Muhakeme Hukuku* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2020), 737; L. Şanal Görgün, Levent Börü ve Mehmet Kodakoğlu, *Medenî Usûl Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2022), 665; İbrahim Ercan, “Medenî Usul Hukukunda İhtiyati Tedbir” (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi, 1992), 24-25.

² Görgün, Börü ve Kodakoğlu, *Usûl*, 665.

³ Bernhard Wiczorek, Rolf A. Schütze ve Roderich Thümmel, *Zivilprozessordnung und Nebengesetze* (Berlin, Boston: Walter de Gruyter, 2020), § 938, Nr. 9.

tarzda tedbir kararı verilmesiyle aleyhine ihtiyatî tedbir kararı verilen taraf bakımından telafisi zor veya imkânsız zararların (geri dönüşü olmayan sonuçların) ortaya çıkması söz konusu olabilir⁴.

İhtiyatî tedbirin geçici olması sebebiyle de uyuşmazlığın esasını çözer nitelikte tedbire karar verilemeyeceği kabul edilmektedir⁵. Nitekim tedbir kararı taraflar arasında kesin bir ilişki oluşturmadığı gibi⁶, tedbirin talep edeni tatmin amacı da yoktur⁷. Bunun yanı sıra kanunda açıkça düzenlenen hâllerde uyuşmazlığın esasını çözer nitelikte ihtiyatî tedbire karar verilmesi mümkündür⁸. Bu görüşün devamında, para alacağının tahsili talebiyle açılan davada ihtiyatî tedbir talep edilmesinin mümkün olmadığı; yalnızca ihtiyatî haciz talep edilebileceği ifade edilmektedir⁹. Ancak istisnai hallerde (nafaka alacaklarında olduğu gibi) eda amaçlı ihtiyatî tedbire karar verilmesi mümkün görülmektedir¹⁰.

Eda amaçlı ihtiyatî tedbirler, hakkın geçici olarak yerine getirilmesini; talepte bulunanın geçici olarak tatminini sağlar¹¹. Bu tedbirde hâkim, talepte

⁴ Wieczorek, Schütze ve Thümmel, *ZPO* § 938, Nr. 9; Mustafa S. Özbek, “İşe İade Davasında Davacı İşçinin Tedbiren İşe İadesi,” *Çalışma ve Toplum*, No: 4 (2012): 33.

⁵ Berkin, *Usul*, 509; Görgün, Börü ve Kodakoğlu, *Usûl*, 665.

⁶ Wieczorek, Schütze ve Thümmel, *ZPO* § 938, Nr. 10.

⁷ Baumbach, Lauterbach, Albers ve Hartmann, *ZPO* §938, Nr. 3; Zöllner ve Vollkommer, *ZPO* § 938, Nr. 3.

⁸ Kuru, *C. IV*, 4314; Kuru ve Aydın, *El Kitabı*, 1268, dn. 14; Ercan, “İhtiyati Tedbir,” 26. Eda amaçlı ihtiyatî tedbirlerde TBK m. 76 gibi yasal düzenleme ihtiyacına ilişkin bkz. Ali Cem Budak ve Varol Karaaslan, *Medenî Usul Hukuku* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2022), 374, Nr. 8.

⁹ Umar, *Şerh*, 1135. Ayrıca bkz. Postacıoğlu ve Altay, *Usûl*, 965, Nr. 1725; Leyla Akyol Aslan, *Medeni Usul Hukukunda Delil Tespiti* (Ankara: Yetkin Yayınevi, 2011) 44, dn. 77.

¹⁰ Postacıoğlu ve Altay, *Usûl*, 964, Nr. 1723.

¹¹ Zöllner ve Vollkommer, *ZPO* § 938, Nr. 3; Saim Üstündağ, *İhtiyati Tedbirler [Geçici Hukuki Himaye (Koruma) Önlemleri]* (İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1981), 15; Süha Tanrıver, *Medenî Usûl Hukuku*, C. II, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2022), 215; Murat Atalı, İbrahim Ermenek ve Ersin Erdoğan, *Medenî Usûl Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2023), 704, 705; Özbek, “İşe İade,” 27; Ercan, “İhtiyati Tedbir,” 22; Hülya Taş Korkmaz, “Türk Hukuku’nda İhtiyati Tedbirler” (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dicle Üniversitesi, 1995), 34; Efe Direnisa, “İhtiyati Tedbir Kararına Muhalefet Düzenlemesinin (HMK m. 398) İptal Edilmesi ve İptal Kararının Sonuçları Hakkında Bir Değerlendirme,” *Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi* 11, No. 25 (2019): 103; Cengiz Serhat Konuralp, *İcra ve İflas Hukukunda İhtiyati Tedbirler* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2013), 42; Yasemin Mıstaçoğlu,

bulunanın bir şeyi vermesine, yapmasına ya da yapmamasına yönelik karar verir¹². İstisnalar dışında uyuşmazlığın esasını çözer nitelikte tedbire karar verildiğinde, hükümlerle elde edilecek sonuç tedbirle sağlanacağından, ihtiyatî tedbir davanın yerine geçer¹³. Böylece esas davanın ve bu davada verilecek hükmün anlamı ve etkisi kalmaz¹⁴.

Öğretide uyuşmazlığın esasını çözer/asıl kararı öne çeker nitelikte tedbire karar verilememesi eleştirilmekte, HMK m. 391 kapsamında ihtiyatî tedbir şartları mevcutsa uyuşmazlığın esasını çözer nitelikte tedbire karar verilmesinin mümkün olduğu savunulmaktadır¹⁵. Bizim kanaatimiz de

Medeni Usul Hukukunda İhtiyatî Tedbir Yargılaması (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020), 31.

¹² Wieczorek, Schütze ve Thümmel, *ZPO* § 940, Nr. 15-18; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *Usul*, 704; Mıstaçoğlu, *İhtiyatî Tedbir Yargılaması*, 32. Eda amaçlı tedbirlerde yapma, ortadan kaldırma, müdahalenin men'i ve katlanma yoluyla uyuşmazlık esastan çözümlene kadar talebin geçici olarak icrası sağlanır (Müjgan Tunç Yücel, *HMK Uyarınca Tahkimde İhtiyatî Tedbir ve Delil Tespiti* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2013), 83).

¹³ Postacıoğlu ve Altay, *Usul*, 964, Nr. 1723; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, *Usul*, 637; Görgün, Börü ve Kodakoğlu, *Usul*, 665.

¹⁴ Postacıoğlu ve Altay, *Usul*, 964, Nr. 1723.

¹⁵ Evrim Erişir, *Geçici Hukukî Korumanın Temelleri ve İhtiyatî Tedbir Türleri* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2013), 387 vd.; Mikail Bora Kaplan, *Sınai Mülkiyet Kanunu'nda İhtiyatî Tedbirler* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018), 27-28; Büşra Abide Tiryaki, "İşe İade Davası Sırasında İhtiyatî Tedbir Yoluyla İşe İade," *Legal MİHDER*, No. 18/53 (2022): 828-829. Uyuşmazlığın esasını çözer nitelikte tedbir kararı verilemeyeceğinin bir klişe olduğu ifadesi ve bu ifadenin yer aldığı Hukuk Muhakemeleri Kanunu tasarısının eleştirisi için bkz. H. Yavuz Alangoya, "Davanın Esasını Çözümleyecek veya Böyle Bir Sonuç Doğuracak İhtiyatî Tedbir Karar'ları Hakkında," *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, No. 2 (2007): 325-326, 333. Hukuk Muhakemeleri Kanunu tasarısında yer alan ancak Kanun metnine alınmayan "asıl uyuşmazlığı çözecek nitelikte olmamak şartıyla" ifadesinin geçici hukuki korumadan beklenen faydayı ortadan kaldıracak nitelikte olduğu, tedbir yargılaması ile asıl yargılamanın konularının farklı olduğu, geçici olan tedbir kararıyla asıl talebin yerine gelmesinin mümkün olmayacağı ifade edilmiştir (Bu yönde bkz. Yavuz Alangoya, Kamil Yıldırım ve Nevhis Deren-Yıldırım, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Değerlendirme ve Öneriler* (İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2006), 201-202). Eda tedbirine hükmedilmekle asıl davada verilecek kararın alacaklının zaruret halini giderdiği ölçüde öne çekildiği hususunda bkz. Muhammet Özekes ve Evrim Erişir, "Konusu Para Alacağı Olan Geçici Hukukî Korumaların Karşılaştırılması ve Değerlendirilmesi," *Legal MİHDER*, No: 3 (2006): 1248. Asıl davadaki kararın öne çekilme yasağına dayanarak eda amaçlı tedbirlerin engellenmesinin karşı tarafın menfaatinin tek yanlı öne çıkarılması sonucunu

yasağın eleştirilmesi istikametindedir. Öncelikle tedbir kararı, her ne kadar asıl uyuşmazlık hakkındaki kararı öne çekse de geçici nitelikte bir karardır¹⁶. Bu geçicilik nihai koruma sağlanıncaya kadar devam eder¹⁷, bu durumda eda tedbirinin asıl kararın yerine geçmesi sonucu ortaya çıkmaz¹⁸. Keza tedbir konusu hak, nihai olarak tespit edilmiş değildir¹⁹; asıl uyuşmazlık henüz çözülmemiştir²⁰. Bu anlamda öğretilerde uyuşmazlığın esası hakkında karar verilmesi yasağının, ihtiyatî tedbir kararının esas kararı verirken hâkimi bağlamayacağı şeklinde anlaşılabilirliği de ifade edilmiştir²¹.

HMK m. 391 hâkimi tehlikeyi ortadan kaldıracak her türlü tedbiri almaya yetkili kılmış; eda amaçlı tedbirleri yahut uyuşmazlığın esasını çözer nitelikte tedbir kararını yasaklamamıştır²². Eda tedbirleri ile asıl kararı öne çeker nitelikte (bir miktar paranın ödenmesi gibi -Örn. TBK m. 76)²³ tedbire

doğurduğu yönünde bkz. Nevhis Deren-Yıldırım, *Haksız Rekabet Hukuku ile Fikri ve Sınai Mülkiyet Hukuku'nda İhtiyatî Tedbirler* (İstanbul: Alkım Yayınevi, 1999), 10-11. Asıl dava sonucunun ifa amaçlı tedbirlerle öne çekildiği, bu öne çekmenin yasal dayanaklarının olduğu, etkin hukukî koruma için bunun mümkün olması gerektiği hususunda bkz. Hakan Albayrak, *Medeni Usul ve İcra İflas Hukukunda Yaklaşık İspat* (Ankara: Yetkin Yayınevi, 2013), 81, 84 vd., 85-86.

¹⁶ Muhammet Özkes, *Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017), 2508; Özkes ve Erişir, “Para Alacağı,” 1249; Alangoya, Yıldırım ve Deren-Yıldırım, *Değerlendirme*, 201; Kaplan, *İhtiyatî Tedbirler*, 27; Abide Tiryaki, “İşe İade,” 829. Geçici hukukî korumaların geçici nitelikte olduğu, davanın esasını çözmeye amacı taşımadığı yönünde bkz. Mıstaçoğlu, *İhtiyatî Tedbir Yargılaması*, 8.

¹⁷ Kaplan, *İhtiyatî Tedbirler*, 28.

¹⁸ Zöllner ve Vollkommer, *ZPO* § 940, Nr. 7; Prütting, Gehrlein ve Fischer, *ZPO* § 935, Nr. 4; Friedrich Stein, Martin Jonas ve Alexander Bruns, *Kommentar zur Zivilprozessordnung* (Tübingen: Mohr Siebeck, 2020), vor § 935, Nr. 30. İhtiyatî tedbir yargılamasının asıl yargılamanın yerini alma ihtimalinin düşük olduğu, esasa ilişkin karar vermeden etkisini gösterecek ihtiyatî tedbirlerde tedbirin davanın sürüncemede kalmasına yol açmamasına özen gösterilmesi gerektiği yönünde bkz. H. Yavuz Alangoya, Kamil Yıldırım ve Nevhis Deren-Yıldırım, *Medeni Usul Hukuku Esasları* (İstanbul: Beta Yayınevi, 2009), 406.

¹⁹ Erişir, *Geçici Hukukî Koruma*, 403.

²⁰ Özkes, *Pekcanitez Usul*, 2509. İhtiyatî tedbir kararı asıl davadaki hükmün sonuçlarını geçici olarak sağlasa da uyuşmazlığı esastan çözen bir karar değildir (Budak ve Karaaslan, *Usul*, 374, Nr. 9).

²¹ Alangoya, “İhtiyatî Tedbir,” 334; Özbek, “İşe İade,” 33; Kaplan, *İhtiyatî Tedbirler*, 27.

²² Tunç Yücel, *Tahkim*, 84; Erişir, *Geçici Hukukî Koruma*, 390-391.

²³ Erişir, *Geçici Hukukî Koruma*, 386; Konuralp, *İhtiyatî Tedbir*, 43-44; Kaplan, *İhtiyatî Tedbirler*, 27. TBK m. 76'nın hukukî niteliği konusundaki görüşler ve eda amaçlı

karar verilmesi yasal düzenleme olmasa da geçici hukukî korumaların amacından (ve etkin hukukî korumanın gerekliliğinden) hareketle mümkün olmalıdır²⁴. Nitekim hakkın teminat altına alınması kimi zaman mümkün olmadığına ya da hak teminat altına alınsa da teminat yeterli olmayıp talepte bulunanın derhal tatmin edilmesi gerektiğinde eda amaçlı ihtiyatî tedbirlere başvurulabilir²⁵.

Uyuşmazlığın esasını çözer/asıl kararı öne çeker nitelikte ihtiyatî tedbir kararı verilememesi yasağının yasal bir dayanağı mevcut değildir. Öyle ki asıl uyuşmazlığı çözecek nitelikte ihtiyatî tedbir kararı verilemeyeceği, 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda yer almamakla birlikte 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu tasarısında düzenlenmişti. Hükmün gerekçesinde asıl uyuşmazlığı çözecek nitelikte tedbir kararı verilemeyeşinin eda tedbirine engel olmadığı, geçici niteliği sebebiyle asıl hükümle tedbirin ortadan kalkacağı ifade edilmiştir. Ancak tasarı kanunlaşırken bu yasak

ihtiyatî tedbir olduğu yönündeki kanaat için bkz. Mert Namlı ve Serra Korkut, "Türk Borçlar Kanunu'nda Yer Alan Geçici Ödemelerin Hukukî Niteliği," içinde *Sorumluluk Hukuku*, ed. Başak Baysal (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017), 349-351. Eda amaçlı ihtiyatî tedbir örnekleri için bkz. Erişir, *Geçici Hukuki Koruma*, 387-389. İsviçre hukukunda eda amaçlı ihtiyatî tedbir örnekleri için bkz. Thomas Sprecher, *Basler Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung* (Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2017), Art. 262, Nr. 4-9.

²⁴ Stein, Jonas ve Bruns, *ZPO* vor § 935, Nr. 29; Üstündağ, *İhtiyati Tedbir*, 37, 38; Özekes ve Erişir, "Para Alacağı," 1245-1246; Erişir, *Geçici Hukuki Koruma*, 387 vd. 392-393; Kaplan, *İhtiyatî Tedbirler*, 27. Para alacaklarının ihtiyatî tedbir ve ihtiyatî haczin uygulama alanına dahil olduğu hususunda bkz. Özekes ve Erişir, "Para Alacağı," 1246. İşe iade davasında işe iadeye yönelik tedbir kararının davanın esasını çözer nitelikte tedbir kararı verilemeyeceği kuralına aykırı olmadığı yönünde bkz. Özbek, "İşe İade," 33. İşe iade davasında asıl davadaki kararı öne çekse de ihtiyatî tedbir yoluyla işe iade kararı verilebileceği, bu tedbirin eda amaçlı tedbir olduğu yönünde bkz. Abide Tiryaki, "İşe İade," 830. Eda tedbirine karar verirken yasal düzenlemenin bu tedbire dayanak olması şart olmamakla beraber her durumda eda tedbirine karar verilmemesi gerektiği yönünde bkz. Stein, Jonas ve Bruns, *ZPO* vor § 935, Nr. 29. Doğal gaz, su, elektrik tedarikinde; ücret maaş ödemelerinde eda amaçlı tedbirlere karar verilmesi hususunda bkz. Zöllner ve Vollkommer, *ZPO* § 940, Nr. 6. Doğal gaz, su, elektrik gibi kaynakların kamu kurumu niteliğindeki kuruluşların tekelinde olduğu, bu kaynaklara ihtiyacın hayatî olduğu, ihtiyatî tedbir yoluyla bu hizmetlerin verilmesine yönelik karar tesisinin mümkün olduğu hususunda bkz. Yılmaz, *Geçici Hukuki Himaye*, 858-859.

²⁵ Özekes ve Erişir, "Para Alacağı," 240. Bu yönde bkz. Wiczorek, Schütze ve Thümmel, *ZPO* § 940, Nr. 12.

metinden çıkarıldı²⁶. Ne var ki ihtiyatî tedbir kararı verilmesi Kanun'daki şartlara göre mümkün olmasına rağmen, mevcut durumda, bu yasağın kimi zaman ortaya çıkıp tedbir kararı verilmesine mâni olmakta, bunun sonucunda etkin hukukî koruma sağlanamamaktadır²⁷. Esasında bu yasağın amacı, tedbir kararıyla geri dönüşü olmayan sonuçların ortaya çıkmasını engellemektir²⁸. Bu anlamda tedbir kararının öncesindeki durumun sağlanması için kanun koyucu, haksız ihtiyatî tedbirden zarar görenin tazminat talebini düzenleyerek (HMK m. 399) tedbirin hukuka aykırılığı ile karşı tarafın menfaatini dengelemeye çalışmıştır²⁹.

Bu açıklamalardan hareketle, kanser ilaçlarının karşılanmasına yönelik tedbirler özelinde uyuşmazlığın esası hakkında ihtiyatî tedbir kararı verilmesi meselesi aşağıda tartışılmıştır³⁰.

B. Kanser İlaçlarının Karşılanması Konulu İhtiyatî Tedbir Taleplerinin Kabul Edilebilirliğine İlişkin Yargı Kararları

Kanser ilaçlarının karşılanması talepli davalarda, bu talepler uyuşmazlığın esasını çözer nitelikte görülerek reddedildiği gibi aksi yönde kararlar da verilmektedir. Örnek olarak Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 10. Hukuk Dairesi, kanser ilaçlarının karşılanması konulu ihtiyatî tedbir

²⁶ Bu hususta karş. Alangoya, Yıldırım ve Deren-Yıldırım, *Değerlendirme*, 201-202. Böyle bir hükmün eda amaçlı tedbir kararı verilmesine engel olmayacağı yönünde bkz. Selçuk Öztekin, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndaki Geçici Hukuki Koruma Hükümlerinin Değerlendirilmesi," içinde *Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı-X* (Ankara: Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, 2012): 438.

²⁷ Etkin hukukî koruma, asıl kararın öne çekilmesi yasağına karşı veya onun lehine kullanılabilir bir kavramdır. Eğer sadece teminat tedbiri verilemeyecekse veya alacaklıya bunun faydası olmayacaksa, asıl kararı öne çeker nitelikte eda amaçlı tedbirle etkin hukukî koruma sağlanır. Bu hususta açıklamalar için bkz. Wolf-Dietrich Walker, *Der Einstweilige Rechtsschutz im Zivilprozess und im Arbeitsgerichtlichen Verfahren* (Tübingen: Mohr Siebeck, 1993), Nr. 71.

²⁸ Aleyhine ihtiyatî tedbir kararı verilen taraf lehine davanın sonuçlanması hâlinde tafisi imkânsız zararların ortaya çıkmasının davanın esasını çözer nitelikte karar verilmemesinin temelindeki en önemli düşünce olduğu hususunda bkz. Yılmaz, *Geçici Hukuki Himaye*, 859.

²⁹ Erişir, *Geçici Hukuki Koruma*, 151; Ramazan Korkmaz, *Haksız İhtiyatî Tedbir ve İhtiyatî Hacizden Kaynaklanan Tazminat Davası* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020), 339. İhtiyatî tedbir haksız çıktığında eski hale getirme ve tazminat davası açma imkânlarının tedbirin geçiciliğini gösterdiği hususunda bkz. Özekes ve Erişir, "Para Alacağı," 1249.

³⁰ Bkz. aşa., I, C.

taleplerine ilişkin kararlarında “...davanın esasına ilişkin ihtiyati tedbir kararı verilemeyeceği” ifadesine yer vermektedir³¹. Bir kararında Mahkeme, “Mahkemeye esasa ilişkin hükümle birlikte ihtiyatî tedbir kararı verilmiş bulunduğundan, mahkemenin esasa ilişkin kararının kaldırılmasına karar verilmesi de gözetilerek, dava konusu ilacın bedeli kurumca karşılanacak ilaçlardan olmadığı, talebin yargılamayı gerektirdiği, davanın esasını çözer mahiyette ve hüküm etkisi doğuracak yönde ihtiyatî tedbir kararı verilemeyeceği” yönünde karar vermiştir³². Aynı yönde Ankara BAM 11. HD., ilk derece mahkemesinin “talebin sonucu itibarıyla ihtiyati tedbirin mahiyetini aşacak ve davayı esastan çözecek nitelikte bulunduğu sonucuna varıldığından mahkemenin ihtiyati tedbir talebinin reddine” kararını yerinde bulmuştur³³.

Diğer yandan Bursa Bölge Adliye Mahkemesinin bir kararına konu olan olayda, ilk derece mahkemesi kanser ilacının tedavi süresince Kurum tarafından karşılanmasına ihtiyatî tedbir yoluyla karar vermiştir. Kurumun

³¹ “Türkiye Tıbbi İlaç ve Cihaz Kurumunun X2 etken maddeli X1 isimli ilacını yurt dışından ithaline izin verildiğine dair izin yazısı ve davacının hastalığına dair tıbbi belgelerle izin verilen ilacın davacının tedavisinde etkili olduğuna dair doktor kaydı ile reçete bulunmakta ise de adı geçen etken maddeli ilaçlar dışında aynı hastalığın tedavisinde Sosyal Güvenlik Kurumunun Sağlık Uygulama Tebliğinde karşılanmasına izin verilen muadil ya da muadil olmayan ancak aynı hastalığın tedavisinde kullanılan ilaçların var olup olmadığı yönünde rapor bulunmadığı, hastalığın başka bir ilaçla tedavisinin mümkün olup olmadığı, sadece adı geçen ilaçların kullanılmasyla hastalığın tedavisinin mümkün olacağına, kullanılmasında tıbbi zorunluluk bulunduğu dair sağlık kurulu raporu bulunmadığı, mevcut belgelerin talebe konu ilacın yaşamsal gerekliliği ve tedavide kullanımının tıbbi zorunluluğunu ortaya koyan nitelikte olmadığı, salt endikasyon dışı kullanım onayının varlığına dayalı olarak ihtiyati tedbir kararı verilemeyeceği gibi davanın esasına ilişkin ihtiyati tedbir kararı verilemeyeceği de gözetilerek, ihtiyati tedbir kararının yerinde olmadığı anlaşılmış, istinaf başvurusunun kabulü ile ihtiyati tedbir kararının kaldırılmasına karar verilmesi gerekmiştir.” Ankara BAM 10. HD, E. 2020/1460, K. 2020/1813, 29.12.2020. Benzer yönde bkz. Ankara BAM 10. HD, E. 2020/1371, K. 2020/1812, 29.12.2020, (Lexpera).

³² Ankara BAM 10. HD, E. 2021/22, K. 2022/874, 18.5.2022. Ankara BAM 10. HD bir diğer kararında “...davanın esasına ilişkin ihtiyati tedbir kararı verilemeyeceği de gözetilerek ihtiyati tedbir kararının yerinde olmadığı anlaşılmış, istinaf başvurusunun kabulü ile ihtiyati tedbir kararının kaldırılmasına” ifadelerine yer vermiştir (Ankara BAM 10. HD, E. 2020/1460, K. 2020/1813, 29.12.2020). Benzer yönde bkz. Ankara BAM 10. HD, E. 2020/1371, K. 2020/1812, 29.12.2020, (Lexpera).

³³ Ankara BAM 11. HD, E. 2020/840, K. 2020/903, 7.7.2020. Aynı yönde bkz. Ankara BAM 11. HD, E. 2020/1154, K. 2020/995, 10.9.2020, (Lexpera).

istinaf sebebi olarak uyumsuzluğun esasını çözer ve dava sonunda hükümle elde edilebilecek faydayı önceden sağlar şekilde ihtiyatî tedbire karar verilemeyeceğini ileri sürmesine karşın, Bölge Adliye Mahkemesi ilk derece mahkemesinin kararını yerinde bulmuştur³⁴. Benzer yönde olarak İstanbul 19. İş Mahkemesi, E. 2023/541 numaralı dosyada³⁵ “*Mevcut halde davacının yaşam hakkı ile kurumun maddi menfaati arasında çatışma mevcut olduğu, mahkememiz emsal dosyalarında benzer tanılar ile tedavi gören hastalar yönünden de mevcut tedavi yönteminin öngörüldüğü, yaşam hakkının her türlü haktan üstün olduğu, sağlık hakkının korunmasının sosyal devlet ilkesinin bir gerekliliği olduğu değerlendirilmiştir. Herhalde, davacının tehdit altında olan yaşam hakkına rağmen; öngörülemeyen bir yargılama sürecinin sonuçlanmasını beklemesi gerektiği kabul edilemez. Çünkü, yaşam hakkı; en kutsal ve birincil haktır. Davacının yaşam hakkının tehlikeye düşürülmesi, elinden alınması halinde; diğer tüm temel hak ve hürriyetlerin hiçbir değeri kalmayacaktır.*” gerekçesiyle ihtiyatî tedbir talebinin kabulüne karar vermiştir.

C. Kanser İlaçlarının Karşılanması Talepleri Açısından Değerlendirme

1. Zaruret Hâli Bakımından

Kanser ilaçlarının tedbir yoluyla karşılanması talebi, karşı tarafın (Sosyal Güvenlik Kurumu) bir işi yapmasına yöneliktir ve eda amaçlı ihtiyatî tedbir örneğidir. Çalışmada esas olarak talebin bu yönde olması dikkate alınmış olsa da kimi zaman ödenmiş ilaçların bedelinin iadesi talep edilmektedir. Bu halde bir şeyin verilmesi konulu tedbirden bahsedilir. Talep bir miktar paranın ödenmesine ilişkin olduğunda, ihtiyatî tedbir yerine ihtiyatî haczin söz konusu olduğu akla gelebilir. Ne var ki talepte bulunanın acil ve zorunlu olarak bir miktar paranın ödenmesine ihtiyacı varsa, dava sonunda alacağın teminat altına alınması, talepte bulunana etkin hukukî koruma sağlamaz. Bu hâlde eda amaçlı ihtiyatî tedbire karar verilerek talepte bulunana ödeme yapılması gerekir ki zaruret hali giderilebilsin³⁶. Aksi

³⁴ Bursa BAM 11. HD, E. 2020/1239, K. 2020/989, 12.10.2020. Aynı yönde bkz. Bursa BAM 11. HD, E. 2020/1241, K. 2020/991, 12.10.2020; İzmir BAM 10. HD, E. 2020/1777, K. 2020/1549, 5.11.2020, (Lexpera).

³⁵ (Kişisel arşiv).

³⁶ Bu yönde bkz. Stein, Jonas ve Bruns, *ZPO* vor § 935, Nr. 36; Wiczorek, Schütze ve Thümmel, *ZPO* § 940, Nr. 9; Özekes, *Pekantez Usûl*, 2514; Özekes ve Erişir, “Para

durumda kanser hastası dava sürecinde tedavisi için ilaç bedeli olan parayı kullanamaz ve dava sonunda yaşamını yitirirse teminat altında olan para alacağıının bir değeri kalmaz.

Uyuşmazlığın esasını çözer nitelikte tedbire karar verilmemesinin bir kural olarak benimsenmesi, açık bir düzenleme olmaksızın, eda amaçlı ihtiyatî tedbire karar verilmesini güçleştirmektedir. Kanser ilaçlarının karşılanması konulu tedbirlerde de bu yasağa dayanarak tedbir taleplerinin reddine yönelik kararlar verildiğine üst başlıkta yer verildi³⁷. Açıkçası eda tedbirlerinin karşı tarafa daha az hukukî koruma sağladığı ve hatalı karar tehlikesinin karşı taraf bakımından önemli sonuçlara yol açtığı gerekçesiyle duyulan bir endişe vardır³⁸. Bu sebeple de eda tedbirini talep eden lehine özel sebepler varsa tedbire hükmedilmesi gerektiği ileri sürülmüştür³⁹. Söz konusu sebeplerin toplu ve sınırlı şekilde sayılması beklenmediğinden, somut olay özelinde talep eden lehine özel sebep olup olmadığının dikkate alınması gerektiği ifade edilmiştir⁴⁰. Buna göre talep edenin acil ihtiyaç içinde olması özel sebeplerden kabul edilmiştir⁴¹. Zaruret hâli (acil ihtiyaç içinde olma), aslında HMK m. 389'da yer alan gecikme sebebiyle bir sakıncanın yahut ciddi bir zararın doğacağından endişe edilmesi kapsamında yer alır⁴². Dolayısıyla HMK m. 389 kapsamında kalan bir hâlde eda tedbirine karar vermek mümkün olmalı; ayrıca özel bir sebebe ihtiyaç duyulmamalıdır.

Zaruret hâli, ihtiyatî tedbir talebinin yerine getirilmemesi talepte bulunan için hayatî bir tehdit ortaya çıkaracaksa⁴³ ve onu tehdit eden sebep karşı tarafın durumuna ağır basarsa mevcut kabul edilir⁴⁴. Öyle ki talepte bulunanın acil olarak ifaya ihtiyaç duyması, asıl yargılamanın neticelenmesini bekleyecek durumda olmaması bu tür tedbirlerin alınmasını gerekli kılar⁴⁵. Örnek olarak, talepte bulunanın geçimini sağlamakta zorluk çekmesi ve tedavi masraflarında kullanmak amacıyla bir miktar paranın

Alacağı," 1247. Yasal istisnalar dışında para alacağı için ihtiyatî tedbir kararı verilemeyeceğine ilişkin bkz. Sprecher, *BSK* Art. 262, Nr. 9.

³⁷ Bkz., yuk. I, B.

³⁸ Stein, Jonas ve Bruns, *ZPO* vor § 935, Nr. 29.

³⁹ Stein, Jonas ve Bruns, *ZPO* vor § 935, Nr. 29.

⁴⁰ Stein, Jonas ve Bruns, *ZPO* vor § 935, Nr. 29.

⁴¹ Stein, Jonas ve Bruns, *ZPO* vor § 935, Nr. 29.

⁴² Özekes ve Erişir, "Para Alacağı," 1245.

⁴³ Zöllner ve Vollkommer, *ZPO* § 940, Nr. 6.

⁴⁴ Prütting, Gehrlein ve Fischer, *ZPO* § 940, Nr. 5.

⁴⁵ Prütting, Gehrlein ve Fischer, *ZPO* § 938, Nr. 3.

ödenmesini talep etmesi zaruret hâli olarak değerlendirilir⁴⁶. Bu açıklamalardan hareketle, kanser ilaçlarının Kurum tarafından karşılanması talebinde bulunanın sağlık durumunun bir zaruret hâli içerdiği kabul edilebilmelidir⁴⁷. Zira ilaçların kullanılmaması durumunda, talepte bulunanın vücut bütünlüğünün zarar görme sonucunun ortaya çıkması muhtemeldir⁴⁸. Bu zarar görmeyi, iyileşememe/tedavi olamama olarak da düşünmek gerekir. Nitekim kanser ilaçlarının karşılanması konulu ihtiyatî tedbirlerde verilen kararlarda, “*Davaya konu ilacın söz konusu kanser hastalığının tedavisinde hayati öneme haiz ve kullanılmasının zorunlu olup olmadığına, dolayısıyla kullanılmasının tıbben ve fennen sigortalının iyileşmesine katkıda bulunup bulunmayacağına...*” tespitinin gerekli olduğu ifadelerine yer verilmektedir⁴⁹. Tedavide hayatî önemi haiz ibaresinden zaruret hâlinin varlığının kabul edildiğini anlamak gerekir. Gerçekten kanser ilaçlarına yönelik eda tedbiri bakımından, talepte bulunanın zaruret hâline ancak böyle bir ihtiyatî tedbir ile çare bulunulabilir⁵⁰. Ayrıca kararlarda ifade edilen ilacın kullanılmasının zorunluluğu da tedbir kararının gerekliliğine ilişkin bir durumdur.

Zaruret hâli içerisindeki tedbir talebinde bulunan, tedaviye erişemezse anayasal değeri haiz etkin hukukî korumadan faydalanamaz ve korumasız kalır⁵¹. Acil olarak tehlikenin ortadan kaldırılması gerekliliğine rağmen⁵², bu tehlike esas hakkında karar verilene değin devam eder ve esas karar talepte bulunanın lehine verilse de artık geri dönüşü olmayan zarar ortaya çıkmış

⁴⁶ Üstündağ, *İhtiyati Tedbir*, 37-38; Taş Korkmaz, “İhtiyati Tedbirler,” 39.

⁴⁷ “*İhtiyati tedbir talebinde (HMK) 389/1.... düzenlemesi ile davacının akciğer kanseri olduğu gözeltildiğinde telafisi imkansız zararın doğma ihtimaline binaen ilk derece mahkemesinin vermiş olduğu ihtiyati tedbir kararının yerinde olduğu anlaşıldığından...*” Kayseri BAM 7. HD, E. 2020/1762, K. 2020/961, 15.10.2020, (Lexpera).

⁴⁸ Karş. Evrim Erişir, “Para Alacaklarında İhtiyati Tedbirler -11.10.2006 Tarihli Frankfurt Eyalet Yüksek Mahkemesi Kararının Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı ve Borçlar Kanunu Tasarısı Bakımından Düşündürdükleri,” içinde *Halûk Konuralp Anısına Armağan*, ed. Osman B. Gürzumar (Ankara: Yetkin Yayınları, 2009), 245.

⁴⁹ Bkz. Antalya BAM 10. HD, E. 2022/1838, K. 2022/1614, 3.6.2022; Bursa BAM 11. HD, E. 2021/1403, K. 2022/952, 7.6.2022, (Lexpera).

⁵⁰ Karş. Üstündağ, *İhtiyati Tedbir*, 37; Taş Korkmaz, “İhtiyati Tedbirler,” 39.

⁵¹ Ingo Drescher, *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung* (München: C.H. Beck Verlag, 2020) § 938, Nr. 9.

⁵² Wieczorek, Schütze ve Thümmel, *ZPO* § 940, Nr. 11.

olur⁵³. Keza burada tedbire karar verilmediğinde, artık zaruret hâlinde olan tarafın davada lehine karar verilmesinin bir faydası da kalmaz⁵⁴. Bu anlamda sosyal devlet ilkesi yönüyle de geçici hukukî korumalar, zaruret hâlindeki zayıf durumda olan tarafın önündeki hukukî koruma engelini kaldırarak taraflar arasında silahların eşitliğini tesis eder⁵⁵. Zaruret halinin giderilmesinin bu önemine rağmen, kanser ilaçları bakımından uyuşmazlığın esasını çözer nitelikte tedbir kararı verilememesinin bir yasak olarak uygulanması, bu yasağın belirsizliğini ve güvensizliğini de gösterir. Keza bu yasakla, kategorik olarak eda tedbirine karşı çıkma eğilimi ortaya çıkmaktadır. Öyle ki HMK m. 389'daki şartları taşıdığı halde kanser ilaçları hakkında tedbir kararı verilmesi mümkünken, kanun koyucunun öngörmediği bir yasak sebebiyle kanunun imkân verdiği hukukî koruma engellenmiş olur. Böylece uyuşmazlığın esası hakkında tedbire karar verilemeyeceğine dayanarak kanser ilaçlarının karşılanmasına yönelik tedbirlerin reddedilmesi, hakkın yerine getirilmesinden kaçınma sonucunu ortaya çıkarır⁵⁶.

Kanser ilaçlarının karşılanması yönündeki tedbir kararı, asıl kararın yerine geçmeye muktedir olmadığı gibi⁵⁷ hâkimi esas karar bakımından da bağlamaz⁵⁸. Hâkim, tedbir kararından farklı yönde hüküm verebilir (eda tedbirine rağmen davayı esastan reddedebilir)⁵⁹.

Uyuşmazlığın esasını çözer nitelikte tedbir kararı verilememesi yasağı yerine, tedbir kararıyla geri dönüşü olmayan sonuçların ortaya çıkmaması kuralının kabulü yerinde olur⁶⁰. Bir diğer ifadeyle tedbir kararının

⁵³ Drescher, *ZPO* § 938, Nr. 9.

⁵⁴ Drescher, *ZPO* § 938, Nr. 9.

⁵⁵ Erişir, *Geçici Hukuki Koruma*, 82-83.

⁵⁶ Karş. Deren-Yıldırım, *İhtiyati Tedbir*, 11.

⁵⁷ Bkz., yuk., I, A. Tedbir kararının icrasından sonra borçlu hakkında esasa dair karar verilmesinin tedbir yargılamasının esas davanın yerine geçmediğini gösterdiği hususunda bkz. Stein, Jonas ve Bruns, *ZPO* vor § 935, Nr. 30.

⁵⁸ Karş. Alangoya, "İhtiyati Tedbir," 334; Özekes, *Pekcanitez Usûl*, 2509; Erişir, *Geçici Hukuki Koruma*, 403; Erişir, "Para Alacakları," 248-249; Kaplan, *İhtiyati Tedbirler*, 27, 28.

⁵⁹ Karş. Üstündağ, *İhtiyati Tedbir*, 53; Taş Korkmaz, "İhtiyati Tedbirler," 96; Erişir, *Geçici Hukuki Koruma*, 403.

⁶⁰ Eda tedbirlerinde, geri dönülemez sonuçların ortaya çıkmaması kararın sınırını oluşturmaktadır görüşü için bkz. Wiczorek, Schütze ve Thümmel, *ZPO* § 938, Nr. 11; § 940, Nr. 13. İhtiyati tedbirin geri dönüşü olmayan sonuçlar ortaya çıkarmaması

kaldırılmasının ardından önceki hukukî duruma dönmek mümkün olmalıdır⁶¹. Öte yandan eda tedbirine karar verilmediğinde talepte bulunan bakımından geri dönüşü olmayan zararlar ortaya çıkarken, tedbir kararının karşı taraf bakımından sonucunun ne olacağına da dikkat etmek gerekir⁶². Bu anlamda ihtiyatî tedbir kararı verilmesi, tedbir kararı verilmemesinden daha az aleyhe durum ortaya çıkaracaksa artık tedbir kararının verilmesinde sakınca yoktur⁶³. Kanser ilaçları yönüyle de durum böyledir. Kanser hastası bakımından ilacın elde edilmemesi hayatını kaybetmeye sebep olabileceken; ilacın karşılanmasının Sosyal Güvenlik Kurumu bakımından şüphesiz bu düzeyde bir sonucu olmaz; Kurum bakımından ekonomik bir sonuç ortaya çıkar⁶⁴. Ayrıca kanser ilaçlarından hangilerinin karşılanacağını

kuralının Türk hukukunda dar ifadesinin davanın esasını çözecek nitelikte tedbir kararı verilemeyeceği olduğu yönünde bkz. Öztekin, *Geçici Hukuki Koruma*, 437-438.

⁶¹ Wiczorek, Schütze ve Thümmel, *ZPO* § 940, Nr. 13. Kesin olarak hak doğurucu etkiye sahip olan ya da maddî hukuka göre kesin hüküm kapsamında olabilecek tedbirlerin verilemeyeceği yönünde bkz. Zöllner ve Vollkommer, *ZPO* § 938, Nr. 3. İrade beyanının açıklanması ya da hukukî ilişkilerin kesin düzenlenmesi (ortanın ortaklıktan çıkarılması gibi) ihtiyatî tedbir ile sağlanamamaktadır (Wiczorek, Schütze ve Thümmel, *ZPO* § 940, Nr. 13). Bir ortanın çıkarılması davasında, ortanın çıkarıldığı yönünde tedbir kararının caiz olmadığı yönünde bkz. Zöllner ve Vollkommer, *ZPO* § 938, Nr. 3; Prütting, Gehrlein ve Fischer, *ZPO* § 938, Nr. 3; Wiczorek, Schütze ve Thümmel, *ZPO* § 938, Nr. 10. Çünkü çıkarılan ortak olmaksızın ortaklığın devam etmesinde geri dönüşü olmayan sonuçlar ortaya çıkabilir (Wiczorek, Schütze ve Thümmel, *ZPO* § 938, Nr. 10). Düzenleme tedbirlerinde kısmi tatmin sağlanabileceği, kesin etki olamayacağı, bu yüzden ortanın temsil yetkisi tedbir kararıyla kaldırılabilirken ortaklıktan çıkarılmasının mümkün olmadığı yönünde bkz. Musielak, Voit ve Huber, *ZPO* § 938, Nr. 4.

⁶² Drescher, *ZPO* § 938, Nr. 16. Uyuşmazlığın esasını çözer nitelikte, bir diğer ifadeyle asıl davada verilecek kararı öne çeken ihtiyatî tedbir kararları verilememesinin eda tedbirleri açısından tam anlamıyla uygulama alanı bulmadığı yönünde bkz. Wiczorek, Schütze ve Thümmel, *ZPO* § 938, Nr. 11; § 940, Nr. 13. Düzenleme ve teminat amaçlı tedbirler bakımından asıl kararı öne çeker nitelikte karar verilmesinin mümkün olmadığı hususunda bkz. Zöllner ve Vollkommer, *ZPO* § 938, Nr. 3; Prütting, Gehrlein ve Fischer, *ZPO* § 938, Nr. 3.

⁶³ Drescher, *ZPO* § 938, Nr. 16. Asıl kararı öne çeken tedbir kararlarını yasaklamak yerine, taraflar arasında menfaat dengesini dikkate alarak tedbir kararı tesis etmek gerektiği yönünde bkz. Erişir, *Geçici Hukuki Koruma*, 402; Albayrak, *Yaklaşık İspat*, 85.

⁶⁴ “Yaşam hakkının kutsallığı çerçevesinde davacı yönünden yasada öngörülen ihtiyatî tedbir şartlarının oluştuğu, dava derdest olup ileride haksız çıkma ihtimalinde kurumun bedeli tahsil imkanının mevcut olduğu anlaşılmalıdır...” İstanbul BAM 33. HD., E. 2020/1833, K. 2020/1586, 12.11.2020, (Lexpera).

ya da karşılanmayacağını belirleme yetkisine sahip olan Kurumdur ve ekonomik gerekçelerle bu yöndeki tespiti yaptığı olmaktadır. O halde Kurumun kanser ilacının karşılanmaması yönündeki kararının gerekçesi, ilaca duyulan ihtiyaçtan daha yüksek bir değerdedir. Öyleyse denilebilir ki, kanser ilaçlarının karşılanması taleplerinin uyuşmazlığın esasını çözer nitelikte tedbir kararı verilemeyeceği gerekçesiyle reddedilmesi, karşı tarafın -Sosyal Güvenlik Kurumunun- menfaatini tek yanlı koruma sonucunu ortaya çıkarır⁶⁵.

Nihayet, zaruret hâlini ortadan kaldırmak için talepte bulunanın zarar tehlikesini fark eder etmez derhal talepte bulunması gerekir; uzun süre beklemesi hâlinde durumun acil olmadığı sonucu çıkarılabilir⁶⁶. Ayrıca talepte bulunanın bu zaruret hâline sebep olmamış olması bir şart olarak aranmaz⁶⁷. Böylece talepte bulunanın, örneğin, sigara içtiği için kanser olması, ihtiyatî tedbir kararı verilmesine engel teşkil etmez.

2. İspat Ölçüsü Bakımından

Kanser ilaçlarının karşılanmasına yönelik ihtiyatî tedbir taleplerinde, davanın esası yönünden haklılığın⁶⁸ ve zaruret hâlinin yaklaşık ispat ölçüsünde (HMK m. 390, III) ispatı gerekir⁶⁹. Bu taleplerde yaklaşık ispat ölçüsünün sağlanması bakımından birtakım raporların gerekliliğine karar verilmektedir. Buna göre, Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından karşılanan ilaç veya ilaçların, talepte bulunanın tedavisinde iyileştirme etkisi olmadığına ve talep konusu ilacın iyileştirici etkisine ilişkin belge, talep

⁶⁵ Karş. Deren-Yıldırım, *İhtiyati Tedbir*, 11.

⁶⁶ Wiczorek, Schütze ve Thümmel, *ZPO* § 940, Nr. 11; Zöllner ve Vollkommer, *ZPO* § 940, Nr. 4.

⁶⁷ Üstündağ, *İhtiyati Tedbir*, 38.

⁶⁸ Esas hakkında haklılık koşulunu gözardı ederek, ihtiyatî tedbir kararının verilmemesinin zararın ortaya çıkmasına sebep olmasından dolayı tedbir kararı verilmesi gerektiği yönündeki Yargıtay kararlarının eleştirisi için bkz. Ahmet Başözen, “Güncel Yargıtay Kararları Işığında İhtiyati Tedbirlerde ‘Yaklaşık İspat’ ve ‘İhtimal’ Kavramı,” *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan 16, Özel Sayı, (2014): 683-684.

⁶⁹ “İlacın kullanılmaması halinde bu durumun davacının sağlığında ciddi, hızlı ve geri dönüşü olmayan bir bozulmaya ya da ölüme ya da yaşam beklentisinde ciddi azalmaya veya yoğun acıya sebep olacağı konusunda kanaat edinmeye elverişli ve tedbir kararı için dayanak alınacak yeterlikte bir belge dosyada bulunmadığı ve yaklaşık ispat koşulu yerine getirilmediği gibi talebin sonucu itibarıyla ihtiyati tedbirin mahiyetini aşacak ve davayı esastan çözecek nitelikte bulunduğu sonucuna varılmıştır.” Ankara BAM 11. HD, E. 2020/846, K. 2020/904, 7.7.2020, (Lexpera).

edilen ilacın davacının tedavisi için hayati önemi haiz ve tek alternatif ilaç olduğuna, muadili bulunmadığına ilişkin sağlık kurulu raporu, ilacın Sağlık Uygulama Tebliğindeki ölçütlere sahip olduğuna ilişkin rapor bu belgeler olarak sayılmaktadır⁷⁰. Ayrıca tek başına endikasyon dışı onay belgesi tedbir kararı verilmesini sağlamasa da⁷¹ diğer belgelerin yanında bu belgeye de ihtiyaç duyulabilmektedir⁷².

⁷⁰ Ankara BAM 10. HD, E. 2020/1284, K. 2020/1457, 10.11.2020. “*Davaya konu ilacın söz konusu kanser hastalığının tedavisinde hayati öneme haiz ve kullanılmasının zorunlu olup olmadığının, dolayısıyla kullanılmasının tıbben ve fennen sigortalının iyileşmesine katkıda bulunup bulunmayacağıının, ilacın hangi tür kanser hastalarında hangi evrede ve hangi dozda kullanılacağıının ve bu hususların nasıl belirleneceğinin, davaya konu ilaçla yapılacak tedavinin bilinen mevcut tedavi yöntemlerine göre daha etkin ve daha yararlı olup olmadığının üniversitelerin tıbbi onkoloji bilim dalından alınacak sağlık kurulu raporu ile saptanmalı, bu saptama yapılırken dosya içinde mevcut görüş, karar ve raporlarda irdelenip varsa çelişkiler giderilmeli, ayrıca bu belirleme yapılırken iyileştirme kavramından anlaşılması gerekenin sigortalı hastanın sağlığına kavuşması ve hastalığın iyileşmesi hususu olduğu göz önünde tutulmalıdır. Bu kapsamda yapılacak araştırmalar sonucunda; davaya konu ilacın anılan hastalığın iyileşmesi için tedavisinde kullanılmasının hayati öneme haiz ve zorunlu olduğu sonucuna varıldığı takdirde ise ilaç bedelinin uygunluğu yönünden ve katkı payını da irdelenecek biçimde denetime elverişli hesap raporu alınarak sonucuna göre karar verilmelidir.” Antalya BAM 10. HD, E. 2022/1838, K. 2022/1614, 3.6.2022, (Lexpera).*

⁷¹ “...Endikasyon dışı kullanım onayı; onaya konu ilacın yaşamsal gerekliliği veya tedavide kullanımının tıbbi zorunluluğunu ortaya koyan bir işlem niteliğinde bulunmadığından; salt endikasyon dışı kullanım onayının varlığına dayalı olarak...ihtiyati tedbir için gerekli olan “yaklaşık ispat” yükümlülüğünün yerine getirildiğini kabule olanak bulunmamaktadır... AİHM Akdeniz v. Türkiye başlıklı 50624/19 başvuru numaralı dosyası üzerinden, “Adli Tıp Kurumu bünyesindeki bir komisyon tarafından, hazırlanacak ve “başvuranın onaylanmamış ... tedavisi değil de, hastalığına ilişkin olarak Türkiye’de kullanılan standart tedavi ilaçlarını kullanması halinde bu durumun başvuranın sağlığında ciddi, hızlı ve geri dönüşü olmayan bir bozulmaya ya da ölüme ya da yaşam beklentisinde ciddi azalmaya veya yoğun acıya sebep olup olmayacağına dair değerlendirmede bulunacak bir tıbbi rapor,” sunulması gereğine değinilerek, endikasyon dışı kullanım izninin yaklaşık ispat koşulu açısından yeterli olmadığı ve bu konuda başkaca tıbbi inceleme raporlarına gerek olduğuna vurgu yapılmakla...Ayrıca, bu aşamada, ilacın kullanılmaması halinde bu durumun davacının sağlığında ciddi, hızlı ve geri dönüşü olmayan bir bozulmaya ya da ölüme ya da yaşam beklentisinde ciddi azalmaya veya yoğun acıya sebep olacağı konusunda kanaat edinmeye elverişli ve tedbir kararı için dayanak alınacak yeterlikte bir belge dosyada bulunmadığı ve yaklaşık ispat koşulu yerine getirilmediği gibi talebin sonucu itibarıyla ihtiyati tedbirin mahiyetini aşacak ve

Kanser ilaçlarının karşılanması için ihtiyatî tedbir talebinin dayanağı esas hakkın ve ihtiyatî tedbir sebebinin ispatında gerekli görülen delillerin, yaklaşık ispatın ötesine geçerek ispat ölçüsünü, âdeta, asıl yargılamadaki ispat ölçüsüne yaklaştırdığı söylenebilir. Öyle ki tedbir yargılamasında, asıl yargılama ile benzer belgelerin gerekliliğine ilişkin kararlar da bu sonuca varmaya sebep olmaktadır⁷³. Bu seviyedeki ispat ölçüsünde, kanser ilaçlarının karşılanmasına yönelik ihtiyatî tedbirin uyuşmazlığın esasını çözer niteliğinden bahsetmek ve bu tedbirleri reddetmek çelişkili bir durum ortaya çıkarır. Zira uyuşmazlığın esasını çözer nitelikte tedbir kararı verilemeyeceği düşüncesi, tedbir yargılamasındaki yaklaşık ispat ölçüsünün uyuşmazlığın esası bakımından yetersiz oluşuna da dayanmaktadır⁷⁴. Dolayısıyla ihtiyatî tedbirde yaklaşık ispat bakımından gereken belgelerin (ilaçların etkisine/gerekliliğine ilişkin rapor, endikasyon onayı vs.) mahkemeye sunulmasının ardından uyuşmazlığın esasını çözer niteliği gereğince ihtiyatî tedbir taleplerini reddetmek, ispat ölçüsü yönüyle de, hakkın yerine getirilmemesidir.

II. KANSER İLAÇLARININ KARŞILANMASI KONULU İHTİYATİ TEDBİRLERDE GÖREVLİ ve YETKİLİ MAHKEME

5510 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 101. maddesine göre aksine hüküm bulunmayan hâllerde, bu Kanun'dan doğan uyuşmazlıklarda iş mahkemesinin görevli olduğu düzenlenmiştir. Benzer bir düzenleme 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu m. 5, I, b'de de yer almaktadır. Bu kapsamda, kanser ilaçlarının karşılanması talebiyle açılacak davalarda görevli mahkeme İş Mahkemesidir⁷⁵. HMK m. 390, I gereğince ihtiyatî tedbir, dava açılmadan

davayı esastan çözecek nitelikte bulunduğu değerlendirilmiştir." Ankara BAM 11. HD, E. 2020/468, K. 2020/375, 3.3.2020, (Lexpera).

⁷² Kayseri BAM 7. HD, E. 2020/1762, K. 2020/961, 15.10.2020; Bursa BAM 11. HD, E. 2021/829, K. 2022/827, 17.5.2022; Antalya BAM 10. HD, E. 2022/1838, K. 2022/1614, 3.6.2022, (Lexpera).

⁷³ 10. HD, E. 2022/14570, K. 2023/1409, 20.2.2023; 10. HD, E. 2023/811, K. 2023/3563, 3.4.2023, (Lexpera).

⁷⁴ Karş. Albayrak, *Yaklaşık İspat*, 84.

⁷⁵ Bununla birlikte kanser ilaçlarının karşılanması talebinin idari yargıda ileri sürülmesi gerekebilir. Bunun için bkz. "5510 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden önce iştirakçi sıfatıyla çalışmakta olan memurlar ve diğer kamu görevlileri ile emekli sıfatıyla 5434 sayılı Kanun'a göre emekli, dul ve yetim aylığı almakta olanlar ve ayrıca memurlar ve diğer kamu görevlilerinden ileride emekliliğe hak kazanacaklar yönünden Sosyal Güvenlik Kurumunca tesis edilen işlem ve yapacağı muamelelerin

önce, esas hakkında görevli ve yetkili olan mahkemeden; dava açıldıktan sonra ise ancak asıl davanın görüldüğü mahkemeden talep edilir. Buna göre dava açılmadan önce ve dava açıldıktan sonra kanser ilaçlarının karşılanmasına yönelik ihtiyatî tedbirlerde görevli mahkeme İş Mahkemesi olur⁷⁶. İş mahkemelerinde açılacak davalarda yetkili mahkeme, davalı gerçek veya tüzel kişinin davanın açıldığı tarihteki yerleşim yeri mahkemesi ile işin veya işlemin yapıldığı yer mahkemesidir (İş M. K. m. 6; HMK m. 6). Kanser ilaçlarının karşılanması için başvuru Sosyal Güvenlik Kurumunun ilgili Müdürlüğünün bulunduğu yerdeki İş Mahkemesinde tedbir talebinde bulunulabilir (İş M. K. m. 6, HMK m. 6 ve m. 14, I)⁷⁷.

III. İHTİYATİ TEDBİR TALEBİNDEN ÖNCE SOSYAL GÜVENLİK KURUMUNA BAŞVURU ZORUNLULUĞU

İş Mahkemeleri Kanunu m. 4, I hükmünde, dava açılmadan önce Sosyal Güvenlik Kurumuna başvuru zorunluluğuna ilişkin düzenleme yer almaktadır. Bu başvurunun dava şartı niteliğinde olduğu ifade edilmektedir⁷⁸. Kanser ilaçlarının karşılanması konulu dava açılmadan önce

“idari işlem” ve “idari eylem” niteliğini korumaya devam edeceği, dolayısıyla, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 2/1-a maddesinde belirtilen idari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlal edilenler tarafından açılan iptal davaları kapsamında bulunan, 5754 sayılı Kanun’un yürürlüğe girdiği tarihten önce kamu görevlisi emekli olan davacı tarafından açılan davanın, görüm ve çözümünün idari yargı yerinde görüleceği sonucuna varılmıştır.” Uyuşmazlık Mahkemesi HB, E. 2021/18, K. 2021/115, 1.3.2021. *“...Sosyal Güvenlik Kurumunca tesis edilen işlem ve yapacağı muamelelerin “idari işlem” ve “idari eylem” niteliğini korumaya devam edeceği ve uyuşmazlığın ve bu kapsamdaki ihtiyati tedbir isteminin çözümünün idari yargının görev alanına girdiği gözetilerek 6100 sayılı HMK’nın 114/1-b maddesine göre dava şartı olan “yargı yolunun caiz olmaması” nedeniyle davanın usulden reddine karar verilmesi gerekirken”* Ankara BAM 11. HD, E. 2020/853, K. 2020/907, 7.7.2020; 10. HD, E. 2022/14708, K. 2023/365, 16.1.2023, (Lexpera).

⁷⁶ İş Mahkemelerinde dava açılmadan önce öngörülen zorunlu arabuluculuk (İş M. K. m. 3, I), kanser ilaçlarının karşılanması talebiyle Sosyal Güvenlik Kurumuna karşı açılan davalarda uygulanmaz.

⁷⁷ Karş. *“Davacının ölüm aylığının tekrar bağlanması istemine yönelik başvurusu üzerine davacının talebinin reddine ilişkin kararın Afyonkarahisar Sosyal Güvenlik İl Müdürlüğü’nce verildiği anlaşılma ile uyuşmazlığın Afyonkarahisar 2. İş Mahkemesinde görülüp sonuçlandırılması gerekmektedir.”* Y. 5. HD, E. 2022/6505, K. 2022/10126, 6.6.2022; Y. 5. HD, E. 2022/6867, K. 2022/10210, 6.6.2022; Y. 20. HD, E. 2017/10171, K. 2017/10378, 11.12.2017, (Lexpera).

⁷⁸ Muhammet Özekes ve Murat Atalı, “7036 Sayılı Yeni İş Mahkemeleri Kanunu Üzerine Eleştiri, Değerlendirme ve Öneriler,” içinde *Yeni İş Mahkemeleri Kanunu*

Sosyal Güvenlik Kurumuna başvuru zorunluluğu açık olmakla birlikte, dava açmadan önce ihtiyatî tedbir talep edildiğinde, talepten önce Sosyal Sigortalar Kurumuna başvuru yapmanın zorunlu olup olmadığı akla gelebilir. Kanun'un "*dava açılmadan önce*" ifadesinden hareketle, ihtiyatî tedbirlerin dava olmadığı⁷⁹ da göz önüne alındığında, tedbir kararından önce Kuruma başvuru zorunluluğu olmadığı sonucuna ulaşılabilir. Ayrıca Kurum kanser ilaçlarının karşılanması hususunda hemen cevap vermediğinde, dava açmak için altmış günlük süreyi beklemek gerekir (İş M. K. m. 4, D). Kanser hastası için bu süre ciddi bir süredir ve bu süre boyunca Kurumun kararını beklemek hastanın sağlığının daha da kötüye gitmesine sebep olabilir. Bu yüzden zaruret hâlindeki ilgilinin Kuruma başvurmaksızın tedbir talebinde bulunabileceği, tamamlayıcı merasimden önce Kuruma başvuru şartını yerine getirmiş olmasının yeterli olduğu kabul edilmelidir.

Ne var ki Yargıtay, dava açmadan önce Sosyal Güvenlik Kurumuna başvuruyu hukukî yarar kapsamında değerlendirmiştir⁸⁰. Kuruma başvurmadan ihtiyatî tedbir talep edilmesinde de hukukî yarar olmadığı sonucuna varılması olasıdır. Bu sebeple uygulama bakımından dava açılmadan önce ihtiyatî tedbir talep edilecekse Sosyal Güvenlik Kurumuna başvurulmasını tavsiye etmek yerinde olur. Ayrıca HMK m. 397, I'e göre ihtiyatî tedbir kararı dava açılmasından önce verilmişse, tedbir talep eden, bu kararın uygulanmasını talep ettiği tarihten itibaren iki hafta içinde esas hakkındaki davasını açmalıdır. Tedbir kararı ile kararın alınmasından sonra dava açılması arasında kısa bir süre olduğu için Sosyal Güvenlik Kurumuna başvuru geciktirilmemelidir.

Üzerine Toplantısı (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018), 721; Fatih Tahiroğlu, "İş Mahkemeleri Kanunu'nun 4. maddesi Uyarınca Sosyal Güvenlik Kurumuna Başvuru Zorunluluğunun Tamamlanabilir Bir Dava Şartı Olup Olmadığı Meselesi," içinde *Uluslararası Akdeniz Hukuk Kongresi Özet Kitabı*, ed. Ayşe Arat, Cem Ümit Beyoğlu, Osman Levent Özay (Ankara: Adalet Yayınevi, 2022), 721-722. "7036 Sayılı Yasa'nın 4.maddesi gereğince, dava açılmadan önce Sosyal Güvenlik Kurumu'na müracaatın olması ve Kurum'ca müracaata konu istemin zımnen ya da açıkça reddedilmesi gerektiği dava şartı olarak düzenlenmiş olup...." Sakarya BAM 10. HD, E. 2019/1268, K. 2020/151, 12.2.2020, (Lexpera).

⁷⁹ Berkin, *Usul*, 508; Öztekin, *Geçici Hukuki Koruma*, 433; Özekes, *Pekcanitez Usûl*, 2469; Görgün, Börü ve Kodakoğlu, *Usûl*, 666; Karlı, *Muhakeme*, 736; Direnisa, *İhtiyati Tedbir*, 106.

⁸⁰ "Sigortalının henüz Kurumca reddedilmiş bir talebi yokken, Kurumun talebini reddetme ihtimaline binaen dava açılmasında hukuki yarar yoktur. Bu haliyle önce Kuruma müracaat zorunluluğu, HMK'nun m. 114/1-h bendinde düzenlenen hukuki yarar bendine girmektedir." Y. 10. HD, E. 2020/4875, K. 2021/3343, 16.3.2021, (Lexpera).

Sosyal Güvenlik Kurumuna başvurulduğunda, kurum yetkililerinin hızlı cevap vermesi süreci kolaylaştırır. Kurumun cevabının gecikmesinin talepte bulunanın başlangıçtaki acil durumunu ortadan kaldırmadığı da ifade edilmelidir. Keza talepte bulunanın dava dışında çözüm sağlamak istemesinin onun zaruret hâlini sona erdirmeyeceği kabul edilir⁸¹.

IV. KANSER İLAÇLARININ KARŞILANMASI KONULU İHTİYATİ TEDBİRLERİN ETKİSİNİN SÜRE BAKIMINDAN SINIRI

HMK m. 397, II'ye göre ihtiyatî tedbir kararının etkisi, aksi belirtilmediği takdirde, nihai kararın kesinleşmesine kadar devam eder. Hükümde aksi yönde karar verilmesine müsaade edildiğinden, mahkeme, ihtiyatî tedbir kararı verirken tedbirin etkisinin ne kadar süreceğini belirleyebilir, nihai kararın kesinleşmesine kadar etkili olmasını engelleyebilir⁸².

Öğretide eda amaçlı ihtiyatî tedbirlerin zamansal sınırının özellikle belirli olması gerektiği ifade edilmektedir⁸³. Çünkü talepte bulunan, esas bakımından haksız olduğu ortaya çıktığında, kendisine verilen/ödeneni iade edemeyebilir⁸⁴. Bu da uzun süreli tedbirlerde karşı tarafın zararının artmasına sebep olabilir. Kanseri ilaçlarının karşılanması konulu ihtiyatî tedbirlerde de zamansal sınırın belirlenmesi gerektiği yönünde kararlar vardır. Sözelimi bir kararda, “*davacının hastalığına ilişkin olarak Türkiye’de kullanılan standart tedavi ilaçlarını kullanması halinde bu durumun davacının sağlığında ciddi, hızlı ve geri dönüşü olmayan bir bozulmaya ya da ölüme ya da yaşam beklentisinde ciddi azalmaya veya yoğun acıya sebep olup olmayacağına dair değerlendirme içeren tıbbi raporun alındığı tarihe kadar*”⁸⁵ ihtiyatî tedbirin etkili olmasına karar

⁸¹ Prütting, Gehrlein ve Fischer, ZPO § 935, Nr. 4. Kanseri ilaçlarının karşılanması talebinde zaruret hâli için bkz. yuk., I, C, 1.

⁸² Alper Tunga Küçük, “İhtiyatî Tedbirin Etkisinin Süre Bakımından Sınırı,” *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Arş. Gör. Zühre Elvan’ın Anısına Armağan* 12, No. 2 (2022): 1223.

⁸³ Zöllner ve Vollkommer, ZPO § 940, Nr. 6; Stein, Jonas ve Bruns, ZPO vor § 935, Nr. 39; Üstündağ, *İhtiyatî Tedbir*, 39. Karş. Drescher, ZPO § 938, Nr. 13.

⁸⁴ Üstündağ, *İhtiyatî Tedbir*, 39.

⁸⁵ Bursa BAM 11. HD, E. 2020/1241, K. 2020/991, 12.10.2020. Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 10. Hukuk Dairesinin kararına konu olan olayda, ilk derece mahkemesi tarafından ilacın ödenmemesiyle ilgili işlemin tedbiren durdurulmasına ve tedavi sonuna kadar ilacın Kurum tarafından karşılanmasına karar verilmiştir. Bölge Adliye

verilmiştir. Bu zamansal sınır, eda tedbirlerindeki kararın, zaruret hâlini ortadan kaldırmaya yetecek kadar olmasıyla⁸⁶ ve tedbir yargılamasında, nihai korumanın gerisinde karar verilmesiyle⁸⁷ de bağdaşır.

V. KANSER İLAÇLARININ KARŞILANMASI TEDBİRLERİNDE TEMİNAT GÖSTERME ZORUNLULUĞU

İhtiyatî tedbir talep eden, karşı tarafın uğraması muhtemel zararlarına karşılık, kural olarak teminat göstermek zorundadır. Ancak talebin resmî belgeye, başkaca kesin bir delile dayanması hâlinde veya durum ve koşullar gerektiriyorsa teminatsız ihtiyatî tedbire karar verilmesi de mümkündür (HMK m. 392, I). Uygulamada mahkemeler, kanser ilaçlarının karşılanması taleplerinde teminatsız tedbire karar vermektedir⁸⁸. Nitekim kanser ilaçlarının karşılanması konulu tedbirlerdeki zaruret hâlini, “*durum ve koşulların gerektirmesi*” olarak değerlendirmek mümkündür⁸⁹. Bu sebeple de teminatsız tedbir kararı verilebilir.

SONUÇ

Yargı içtihatlarında kimi zaman kanser ilaçlarının karşılanması taleplerinin ret gerekçelerinde, uyuşmazlığın esasını çözer nitelikte tedbir

Mahkemesi ise başka gerekçelere ek olarak “*bir süre öngörülmezsizin ilaç kullanılması ve bedelinin Kurumca karşılanması yönünde bir tedbir kararı verilemeyeceği*” ifadesine yer vererek ilk derece mahkemesinin kararını kaldırmıştır (Ankara BAM 10. HD, E. 2020/1284, K. 2020/1457, 10.11.2020), (Lexpera).

⁸⁶ Üstündağ, *İhtiyati Tedbir*, 38; Öztekin, *Geçici Hukuki Koruma*, 439; Özekes ve Erişir, “Para Alacağı,” 1256.

⁸⁷ Zöllner ve Vollkommer, *ZPO* § 938, Nr. 3; Prütting, Gehrlein ve Fischer, *ZPO* § 938, Nr. 3; Drescher, *ZPO* § 938, Nr. 12; Deren-Yıldırım, *İhtiyati Tedbir*, 11.

⁸⁸ “...Dosyadaki mevcut deliller gözönünde bulundurmak sureti ile ihtiyati tedbir talebinin teminatsız olarak kabulü ile “N1” adlı ilacın davacının tedavisinde kullanılmak üzere bedelinin ileride gerektiğinde sorumlusundan alınmak üzere kesinti yapılmaksızın...” İzmir BAM 10. HD., E. 2020/1317, K. 2020/1131, 11.9.2020, (Lexpera). “*Tedbir talebinin takdiren teminatsız olarak kabulü ile davacının tedavisinde kullanılan X1 İnfüzyonluk Çözelti Konsantresi İçeren X2 100mg/10 Ml isimli ilacın bedelinin ileride gerekirse sorumlusundan alınmak üzere ihtiyati tedbir yoluyla SGK tarafından karşılanmasına...*” İstanbul BAM 33. HD., E. 2020/1833, K. 2020/1586, 12.11.2020, (Lexpera). “*Tedbir talebinin teminat alınmaksızın kabulü ile davacının tedavisinde kullanılan X2 etken maddeli X1 isimli ilaç bedelinin (kesintisiz olarak hiçbir kesinti yapılmaksızın) dava süresince ileride haksız çıkacak tarafça karşılanmak üzere davalı kurumca ücretsiz karşılanmasına.*” şeklinde ihtiyadi tedbir kararı verilmiş...” Ankara BAM 10. HD, E. 2020/1460, K. 2020/1813, 29.12.2020, (Lexpera).

⁸⁹ Karş. Özekes, *Pekcanitez Usûl*, 2495.

kararı verilemeyeceği yasağından hareket edilmektedir. Uyuşmazlığın esasını çözer nitelikte tedbir kararı verilmesinin bir yasak olarak kabul edilmesi, Kanun'daki şartları sağlayan eda tedbirlerinin yasal dayanağı olmayan bir yasak sebebiyle engellenmesine sebep olur. Eda tedbirlerinde sınır, geri dönüşü olmayan sonuçlara sebep olan kararların verilememesi olmalıdır. Aksi takdirde bu yasağa dayanarak talepte bulunanın etkin hukukî korumadan mahrum bırakılması, zaruret hâlinin devamına ve kişinin yaşamını kaybetmesine sebep olabilir. Uyuşmazlığın esasını çözer nitelikte tedbir kararı verilemeyeşi yasak olarak kabul edilse dahi bu yasak zaruret halinde uygulanmamalıdır. Ayrıca yargı içtihatlarında kanser ilaçlarının karşılanması yönündeki tedbir kararları için gereken belgeler, yaklaşık ispatın ötesine geçmektedir. Öyle ki tedbir yargılamasında asıl yargılama ile benzer yönde deliller gerekli görülmektedir. Dolayısıyla hem bu yasağa dayanarak hem de zaruret halini görmezden gelerek tedbir kararlarının reddedilmesi, etkin hukukî korumanın sağlanmaması ve hakkın yerine getirilmemesi sonucunu ortaya çıkarır.

Kanser ilaçlarının karşılanması talebiyle Sosyal Güvenlik Kurumuna karşı açılan davalarda görevli mahkeme iş mahkemesi iken yetkili mahkeme davadan önce talepte bulunulan müdürlüğün bulunduğu yer mahkemesidir. Dava açılmadan önce ihtiyatî tedbir talep edildiğinde de asıl dava bakımından görevli ve yetkili mahkemeye başvurmak gerekir. Dava açılmadan önce Sosyal Güvenlik Kurumuna başvuru zorunluluğu, ihtiyatî tedbir talebinden önce olmamakla birlikte, dava açmadan önce başvuru zorunluluğu dikkate alındığında, tedbir talebinden önce de Kuruma başvurulmasında fayda vardır. Kurum yetkililerinden bu başvuruları ivedilikle karara bağlaması beklenir. Kanser ilaçlarının karşılanmasına yönelik tedbir kararlarının süre sınırının tespit edilmesi gerektiği yönünde içtihatlarla rastlanmaktadır. Son olarak talepte bulunanın zaruret hâli sebebiyle, durum ve koşullar gerektirdiğinden, teminatsız tedbir kararları verilebilmektedir.

KAYNAKÇA

- Abide Tiriyaki, Büşra. “İşe İade Davası Sırasında İhtiyati Tedbir Yoluyla İşe İade.” *Legal MİHDER*, No. 18/53 (2022): 813-854.
- Akyol Aslan, Leyla. *Medeni Usul Hukukunda Delil Tespiti*. Ankara: Yetkin Yayınevi, 2011.
- Albayrak, Hakan. *Medeni Usul ve İcra İflas Hukukunda Yaklaşık İspat*. Ankara: Yetkin Yayınevi, 2013.
- Alangoya, H. Yavuz: “ ‘Davanın Esasını Çözümleyecek veya Böyle Bir Sonuç Doğuracak İhtiyati Tedbir Karar’ları Hakkında.” *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, No. 2 (2007): 325-344.
- Alangoya, Yavuz, Kamil Yıldırım ve Nevhis Deren-Yıldırım. *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Değerlendirme ve Öneriler*. İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2006.
- Alangoya, H. Yavuz, Kamil Yıldırım ve Nevhis Deren-Yıldırım. *Medenî Usul Hukuku Esasları*. İstanbul: Beta Yayınevi, 2009.
- Arslan, Ramazan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayvaz ve Emel Hanağası. *Medenî Usul Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2022.
- Atalı, Murat, İbrahim Ermenek ve Ersin Erdoğan. *Medenî Usûl Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2023.
- Baumbach, Adolf, Wolfgang Lauterbach, Jan Albers ve Peter Hartmann. *Zivilprozessordnung*. München: C.H.Beck, 2018.
- Başözen, Ahmet. “Güncel Yargıtay Kararları Işığında İhtiyati Tedbirlerde ‘Yaklaşık İspat’ ve ‘İhtimal’ Kavramı.” *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan 16, Özel Sayı, (2014): 653-694.
- Berkin, Necmeddin M. *Tatbikatçılara Medenî Usul Hukuku Rehberi*, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1981.
- Budak, Ali Cem ve Varol Karaaslan. *Medenî Usul Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2022.
- Deren-Yıldırım, Nevhis. *Haksız Rekabet Hukuku ile Fikri ve Sınai Mülkiyet Hukuku’nda İhtiyati Tedbirler*. İstanbul: Alkım Yayınevi, 1999.
- Direnisa, Efe. “İhtiyati Tedbir Kararına Muhalefet Düzenlemesinin (HMK m. 398) İptal Edilmesi ve İptal Kararının Sonuçları Hakkında Bir Değerlendirme.” *Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi* 11, No. 25 (2019): 97-175.
- Drescher, Ingo. *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*. München: C.H. Beck Verlag, 2020.

- Ercan, İbrahim. “Medenî Usul Hukukunda İhtiyati Tedbir.” Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi, 1992.
- Erişir, Evrim. *Geçici Hukukî Korumanın Temelleri ve İhtiyatî Tedbir Türleri*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2013.
- Erişir, Evrim. “Para Alacaklarında İhtiyati Tedbirler -11.10.2006 Tarihli Frankfurt Eyalet Yüksek Mahkemesi Kararının Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı ve Borçlar Kanunu Tasarısı Bakımından Düşündürdükleri.” içinde *Halûk Konuralp Anısına Armağan*, ed. Osman B. Gürzumar, 241-253. Ankara: Yetkin Yayınları, 2009.
- Görgün, L. Şanal, Levent Börü ve Mehmet Kodakoğlu. *Medenî Usûl Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2022.
- Kaplan, Mikail Bora. *Sınai Mülkiyet Kanunu'nda İhtiyatî Tedbirler*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018.
- Karlı, Abdurrahim. *Medeni Muhakeme Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2020.
- Konuralp, Cengiz Serhat. İcra ve İflas Hukukunda İhtiyati Tedbirler. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2013.
- Korkmaz, Ramazan. *Haksız İhtiyatî Tedbir ve İhtiyatî Hacizden Kaynaklanan Tazminat Davası*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020.
- Kuru, Baki. *Hukuk Muhakemeleri Usulü*. C. IV, İstanbul: Demir Demir Yayıncılık, 2001.
- Kuru, Baki ve Burak Aydın. *Medenî Usul Hukuku El Kitabı*. C. II, Ankara: Yetkin Yayınları, 2021.
- Küçük, Alper Tunga. “İhtiyati Tedbirin Etkisinin Süre Bakımından Sınırı.” *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Arş. Gör. Zühre Elvan'ın Anısına Armağan* 12, No. 2 (2022): 1215-1239.
- Mıstaçoğlu, Yasemin. *Medeni Usul Hukukunda İhtiyati Tedbir Yargılaması*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020.
- Musielak, Hans Joachim ve Wolfgang. *Zivilprozessordnung*. München: Verlag Franz Vahlen, 2023 (Huber).
- Namlı, Mert ve Serra Korkut. “Türk Borçlar Kanunu'nda Yer Alan Geçici Ödemelerin Hukukî Niteliği.” içinde *Sorumluluk Hukuku*, ed. Başak Baysal, 311-355. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017.
- Özbek, Mustafa S. “İşe İade Davasında Davacı İşçinin Tedbiren İşe İadesi.” *Çalışma ve Toplum*, No: 4 (2012):11-39.

- Özekes, Muhammet ve Evrim Erişir. “Konusu Para Alacağı Olan Geçici Hukukî Korumaların Karşılaştırılması ve Değerlendirilmesi.” *Legal MİHDER*, No: 3 (2006): 1234-1274.
- Özekes, Muhammet. *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017.
- Özekes, Muhammet ve Murat Atalı. “7036 Sayılı Yeni İş Mahkemeleri Kanunu Üzerine Eleştiri, Değerlendirme ve Öneriler.” içinde *Yeni İş Mahkemeleri Kanunu Üzerine Toplantısı*, 41-122. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, (2018).
- Öztek, Selçuk. “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’ndaki Geçici Hukukî Koruma Hükümlerinin Değerlendirilmesi.” İçinde *Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı-X*, 428-461. Ankara: Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, (2012).
- Postacıoğlu, İlhan ve Sümer Altay. *Medenî Usûl Hukuku Dersleri*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2020.
- Prütting, Hanns, Markus Gehrlein ve Detlev Fischer. *Zivilprozessordnung*. Hürth: Luchterhand Verlag, 2020.
- Sprecher, Thomas. *Basler Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung*. 3. Auflage, Herausgeber Karl Spühler, Luca Tenchio, Dominik Infanger, Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2017.
- Stein, Friedrich, Martin Jonas ve Alexander Bruns, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2020.
- Tahiroğlu, Fatih. “İş Mahkemeleri Kanunu’nun 4. Maddesi Uyarınca Sosyal Güvenlik Kurumuna Başvuru Zorunluluğunun Tamamlanabilir Bir Dava Şartı Olup Olmadığı Meselesi.” İçinde *Uluslararası Akdeniz Hukuk Kongresi Özet Kitabı*, ed. Ayşe Arat, Cem Ümit Beyoğlu, Osman Levent Özay, 721-722. Ankara: Adalet Yayınevi, (2022).
- Tanrıver, Süha. *Medenî Usûl Hukuku*. C. II, Ankara: Yetkin Yayınları, 2022.
- Taş Korkmaz, Hülya. “Türk Hukuku’nda İhtiyati Tedbirler.” Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dicle Üniversitesi, 1995.
- Tunç Yücel, Müjgan. *HMK Uyarınca Tahkimde İhtiyati Tedbir ve Delil Tespiti*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2013.
- Umar, Bilge. *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2014.
- Üstündağ, Saim. *İhtiyati Tedbirler [Geçici Hukukî Himaye (Koruma) Önlemleri]*. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1981.
- Walker, Wolf-Dietrich. *Der Einstweilige Rechtsschutz im Zivilprozess und im Arbeitsgerichtlichen Verfahren*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1993.

Wieczorek, Bernhard, Rolf A. Schütze ve Roderich Thümmel. *Zivilprozessordnung ve Nebengesetze*. Berlin, Boston: Walter de Gruyter, 2020.

Yılmaz, Ejder. *Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri, C. I*, Ankara: Yetkin Yayınevi, 2001.

Zöllner, Richard ve Gregor Vollkommer. *Zivilprozessordnung*. Köln: Otto Schmidt Verlag, 2018.