

T. C.
YARGITAY
10. HUKUK DAİRESİ

TÜRK MİLLETİ ADINA
BÖLGE ADLİYE MAHKEMELERİ KARARLARI ARASINDAKİ
UYUŞMAZLIĞIN GİDERİLMESİ İSTEMİNE DAİR
YARGITAY İLÂMI

Esas No : 2024/6734
Karar No : 2024/12498

I-BAŞVURU

Başvuran davacı vekilinin 19.12.2023 havale tarihli dilekçesinde özetle; müvekkilinin kanser hastası olduğunu, çekilen pet raporu ve tıbbi heyet görüşü uyarınca hastalığın tedavisinde kullanılan ve pahalı olduğu için müvekkili tarafından karşılanması mümkün olmayan Lenvima isimli ilaç bedelinin ödenmesi için davalı Sosyal Güvenlik Kurumuna müracaat ettikleri halde kurum tarafından ilaç bedelinin ödenmediğini, bu nedenle kurum işleminin iptali talebiyle yerel Asliye Hukuk Mahkemesine dava açarak bu dava kapsamında tedavi sonuna kadar ilaç bedelinin Kurumca karşılanmasına tedbiren karar verilmesini istediğini, bu talebin Ankara 61. Asliye Hukuk Mahkemesince kabul edilerek " a) Davalı kurumun davacıya reçete edilen Levnatinib etken maddeli Lenvima isimli ilaç bedelinin ödenmesine ilişkin talebin reddi işleminin tedbiren durdurularak, b) Karar tarihinden itibaren üç ay süreyle davacının Lenvvatinib etkin maddeli Lenvima isimli ilaç bedelinin ilerde haksız çıkacak tarafça karşılanmak üzere davalı kurum tarafından kesinti yapılmaksızın ücretsiz olarak karşılanmasına..." şeklinde karar verildiğini, bu karara davalı kurum tarafından yapılan itirazın da reddi üzerine davalı kurumun ret kararı aleyhine istinaf kanun yoluna başvurduğunu, dosyayı inceleyen Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 10. Hukuk Dairesinin 2023/2270-2115 sayılı karar ile "ihtiyati tedbir talebi, dava konusu ilaç bedelinin tedavi süresince tedbiren davalı SGK tarafından karşılanması istemine ilişkin olup dava konusu ilaç kurumca karşılanacak ilaçlardan olmadığı, SUT (Sağlık Uygulamaları Talimatı) kapsamında bulunmadığı, talebin yargılamayı gerektirdiği, davanın esasını çözen mahiyette ve hüküm etkisi doğuracak yönde ihtiyati tedbir kararı verilemeyeceği" şeklindeki gerekçe uyarınca istinaf talebinin kabulüne, tedbir kararının kaldırılmasına ve ihtiyati tedbir talebinin reddine kesin olarak karar verdiğini, halbuki diğer illerde kurulmuş olan Bölge Adliye Mahkemesi hukuk dairelerinin ise davacı hastanın kullanmak istediği ilacın kullanımından sonra hastalıkta gerileme veya ilerleme olup olmadığını dikkate alarak tedbir kararlarının akıbeti konusunda karar verdiklerini,

Bu kapsamda başvuru dilekçesinde belirtildiği ve diğer Bölge Adliye Mahkemelerinin ilgili hukuk dairelerine ait kararlarda ileri derecede kanser tedavisi gören hastaların kullanması önerilen ilacın sağlık uygulama talimatı kapsamında olmasa bile kullanılmaması hayati tehlike oluşturabileceğinden ve hayati tehlike yaşandıktan sonra ilaç bedelinin ödenmesinin anlamı kalmayacağından tedavi bedelinin Kurumca karşılanmasına dair ilk derece mahkemesi tedbir kararları aleyhine yapılan istinaf başvurularının reddine kesin olarak karar verildiğini,

Görüldüğü gibi benzer konuya ilişkin farklı Bölge Adliye Mahkemesi hukuk dairelerinin kesin kararları arasında çelişki bulunduğundan, içtihatlar arasındaki bu çelişkinin giderilmesi suretiyle Ankara Bölge Adliye Mahkemesi hukuk dairelerinin hukuka, yasaya ve vicdana aykırı olarak verdiği kararların ortadan kalkacağını ve yargıda oluşan belirsizlik, hukuki öngörülemezlik sorununun da giderileceğini ileri sürerek 5235 sayılı Kanun'un 35/3 maddesi uyarınca Yargıtay ilgili dairesine başvurulması yönünde talepte bulunduğu anlaşılmıştır.

II-ANKARA BÖLGE ADLİYE MAHKEMESİ HUKUK DAİRELERİ BAŞKANLAR KURULUNUN 29.01.2024 TARİH ve 2024/2 SAYILI KARARI

Davacı vekili tarafından yapılan başvuru üzerin raportör atanmamakla birlikte Mahkememiz 10. Hukuk Dairesi ile aynı işlere bakan ikiz daire konumundaki 11. Hukuk Dairesi Başkanının yazılı görüşü de alınarak dosyaya eklendiğini, bu yazıda başvuruya konu kararlar özetlendikten sonra "Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 10. Hukuk Dairesi, İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 10. Hukuk Dairesi ve Bursa Bölge Adliye Mahkemesi 11. Hukuk Dairesi, Samsun Bölge Adliye Mahkemesi 8. Hukuk Dairesi, Adana Bölge Adliye Mahkemesi 12. Hukuk Dairesi, Bursa Bölge Adliye Mahkemesi 11. Hukuk Dairesi, Gaziantep Bölge Adliye Mahkemesi 10. Hukuk Dairesi, İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 33. Hukuk Dairesi, İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 34. Hukuk Dairesi, İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 10. Hukuk Dairesi, Kayseri Bölge Adliye Mahkemesi 7. Hukuk Dairesi, Samsun Bölge Adliye Mahkemesi 7. Hukuk Dairesi, Samsun Bölge Adliye Mahkemesi 8. Hukuk Dairesi kararları arasında uyumsuzluk bulunduğu yönünde davacı vekilince Başkanlar Kuruluna itirazda bulunulduğunu, yapılan inceleme sonucunda;

Başkanlar Kurulunun görevleri 5235 sayılı Adli Yargı ve İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanunun 35. Maddesinde sayılmış olup, maddenin (3) nolu bendinde bu görevlerden birinin de, "re'sen veya bölge adliye mahkemesinin ilgili hukuk veya ceza dairesinin ya da Cumhuriyet Başsavcısının, Hukuk Muhakemeleri Kanunu veya Ceza Muhakemesi Kanununa göre istinaf yoluna başvurma hakkı bulunanların, benzer olaylarda bölge adliye mahkemesi hukuk veya ceza dairelerince verilen kesin nitelikteki kararlar arasında ya da bu istemelerin üzerine, kendi görüşlerini de ekleyerek Yargıtay'dan bu konuda bir karar verilmesini istemek" olduğu belirtilmiştir. Aynı bendin devamında da (24.12.2017 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanan 696 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 92. Maddesi ile değişik). "(3) numaralı bende göre yapılacak istemler, ceza davalarında Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına, hukuk davalarında ise ilgili hukuk dairesine iletilir. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı uyumsuzluk bulunduğu kanaat getirmesi durumunda ilgili ceza dairesinden bir karar verilmesini talep eder. Uyumsuzluğun giderilmesine ilişkin olarak dairece bu fıkra uyarınca verilen kararlar kesindir."düzenlemesi öngörüldüğünü,

5235 sayılı Kanunun 35.maddesinin (3) nolu bendinde sayılan ilgililerin benzer olaylarda bölge adliye mahkemesi hukuk veya ceza dairelerince verilen kesin nitelikteki kararlar arasında ya da bu kararlar arasında uyumsuzluk bulunması ve 5235 sayılı kanunun 35.maddesinin (3) nolu bendinde sayılan ilgililerin, bu uyumsuzluğun giderilmesini gerekçeli olarak istemeleri ve Başkanlar Kurulunun da talebi uygun görmesi halinde, kendi görüşlerini de ekleyerek uyumsuzluğun giderilmesi için Yargıtay'dan talepte bulunması gerektiğini,

Açıklanan Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 10. Hukuk Dairesine ait söz konusu ilam ile yazılı diğer Bölge Adliye Mahkemelerine ait kararların birlikte değerlendirilmesi sonrasında söz konusu bütün kararlarda dava konusu ilaç bedelinin SUT kapsamında bulunmaması nedeniyle Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından karşılanmasına yönelik açılan davalarda istenilen ihtiyati tedbir taleplerine ilişkin olduğu gerek inceleme konusu bu kararlarda gerekse genel uygulamanın değerlendirilmesinde bu tür tedbir taleplerinin farklı şekilde değerlendirildiği ve sonuçlandırıldığı açık olup bu yönde Bölge Adliye Mahkemeleri tarafından 6100 sayılı HMK'nın 362/1-f kapsamında temyiz yolu kapalı olarak verilen bu kararlar arasında uyumsuzluk bulunduğu uyumsuzluğun giderilmesi için 5235 sayılı kanunun 35/3.maddesi kapsamında Yargıtay 10. Hukuk Dairesine gönderilmesi gerektiği" şeklinde değerlendirme yapıldığı görüldüğünü,

Diğer taraftan Mahkememiz kayıtlarının incelenmesi sonucu davacı vekili başvurusu üzerine mahkememiz 10. Hukuk Dairesinin 2022/2113-1869 sayılı kararı ile İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 10. Hukuk Dairesinin 2020/1777-1549 sayılı ve İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 33. Hukuk Dairesinin 2020/1833-1586 sayılı kararlarının kanser tedavisinde kullanılması tıbben önerilen Keytruda isimli ilaç bedelinin sağlık uygulama talimatında yer almadığı gerekçesiyle kurumca ödenmemesi üzerine davacı hastaların Kurum işleminin iptali talebiyle açtıkları davalarda ilaç bedelinin dava sonuna

kadar Kurumca karşılanması yönünde Mahkemelerce verilen tedbir kararları aleyhine davalı SGK tarafından yapılan istinaf başvurusuna ilişkin olduğu, Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 10. Hukuk Dairesi istinaf başvurusunu kabul ederek tedbir talebini reddederken, İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 10. Hukuk Dairesi ve İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 33. Hukuk Dairesinin istinaf başvurusunun esastan reddine karar verdikleri yani tedbir talebini kabul ettikleri, kararlar kesin olduğundan ve benzer konuya ilişkin olduğu halde aralarında çelişki bulunduğundan bu çelişkinin giderilmesi için mahkememiz Hukuk Daireleri Başkanlar Kurulunun 30.10.2023 tarih ve 2023/17 sayılı kararı ile 5235 sayılı Kanun'un 35 inci maddesi uyarınca Yargıtay 10. Hukuk Dairesine başvuru yapıldığı ancak henüz bir karar verilmediği belirlendiğini,

Başkanlar Kurulunun 2023/17 sayılı kararına konu davacı vekili ile bu karara konu davacı vekili taleplerinin birebir aynı olduğu sadece ilaç isimlerinin farklı olduğu, her iki ilacın da SUT kapsamında bulunmaması nedeniyle kurumca bedelinin ödenmediği, ilacı kullanması önerilen kanser hastası davacılar tarafından kurum işleminin iptali talebiyle dava açtıkları ve tedbir talebinde bulundukları, tedbir talebini kabul eden ilk derece mahkeme kararları aleyhine kurumca yapılan istinaf başvurularını inceleyen Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 10. Hukuk Dairesi başvuruyu kabul ederek tedbir talebinin reddine kesin olarak karar verirken diğer Bölge Adliye Mahkemesi hukuk dairelerinin istinaf başvurusunun esastan reddine kesin olarak karar verdikleri, gerçekleşen kesin karar uyumsuzluğunun giderilmesi için daha önce Yargıtay ilgili dairesine başvurulduğundan ve henüz bir karar verilmediği anlaşıldığından başvuran davacı vekilinin dilekçesinin ve ilgili kararların Mahkememiz Hukuk Daireleri Başkanlar Kurulunun 30.10.2023 tarih ve 2023/17 sayılı uyumsuzluğun giderilmesi yönündeki talebiyle birleştirilerek birlikte değerlendirilmesi bakımından Yargıtay 10. Hukuk Dairesine gönderilmesine karar verilmesi gerektiği belirtilerek;

Başvuranın başvuru dilekçesindeki talebi ve ekindeki kararlar, kurulumuzun 30.10.2023 tarih ve 2023/17 sayılı kararına konu talep ve kesin kararlar ile birebir aynı olduğundan talebin birlikte değerlendirilmesi bakımından hazırlanan dosyanın halen dairenin gündeminde olan evraka eklenmesi için Yargıtay 10. Hukuk Dairesine gönderilmesine, karar verilmiştir.

III-UYUŞMAZLIĞIN GİDERİLMESİ İSTEMİNE KONU KARARLAR

1)Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 10. Hukuk Dairesinin 26.10.2023 tarih 2023/2270 Esas-2023/2115 Karar sayılı kararında;

İhtiyati tedbir talebi, dava konusu ilaç bedelinin tedavi süresince tedbiren davalı SGK tarafından karşılanması istemine ilişkin olup, dava konusu ilaç bedeli kurumca karşılanacak ilaçlardan olmadığı, SUT kapsamında bulunmadığı, talebin yargılamayı gerektirdiği, davanın esasını çözer mahiyette ve hüküm etkisi doğuracak yönde ihtiyati tedbir kararı verilemeyeceği, ihtiyati tedbir şartlarının da bulunmadığı anlaşıldığından, istinaf başvurusunun kabulü ile Mahkemenin ihtiyati tedbire itirazın reddine ilişkin ara kararı ve ihtiyati tedbir talebinin kabulüne ilişkin ara kararlarının kaldırılmasına, ihtiyati tedbir talebinin reddine karar verilmiştir.

2)Bursa Bölge Adliye Mahkemesi 11.Hukuk Dairesinin 14.06.2022 tarih 2022/1032 Esas 2022/1009 Karar sayılı kararında;

Sosyal hukuk devleti gerekleri, insan yaşamının kutsallığı, davacının haksız çıkması durumunda yersiz ödenen ilaç bedellerinin kurumca tahsil ve talep edilmesinin mümkün bulunması, uzman tıp hekimlerince gerekli görülmesi.... gerekçeleriyle davalı Kurumun istinaf isteminin reddine karar verildiği anlaşılmıştır.

3)Gaziantep Bölge Adliye Mahkemesi 10.Hukuk Dairesinin 14.01.2021 tarih 2020/1429 Esas 2021/23 Karar sayılı kararında;

Doktor raporlarıyla ilacın kullanılması zorunlu bulunduğu, ilacın reçete edildiği, dosyadaki kayıt ve belgeler, faturalar ve tüm dosya kapsamına göre yaklaşık ispatın gerçekleştiği, ilacın kurumca karşılanmaması hayatı tehlikeye yol açabileceği gerekçesiyle tedbir talebinin kabulüne karar verildiği anlaşılmıştır.

4)İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 33. Hukuk Dairesinin 30.01.2019 tarih 2019/101 Esas 2019/135 Karar sayılı kararında;

İlacın reçete edildiği, Sağlık Bakanlığı tarafından da kullanımının uygun görüldüğü, bedelin Kurumca karşılanmadığı, ilacın olumlu etkisinin doktor tarafından rapor edildiği, ileride haksız çıkma ihtimalinde Kurumun bedeli tahsil imkanının mevcut olduğu gerekçesiyle davalı Kurumun istinaf isteminin reddine karar verildiği anlaşılmıştır.

5)İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 10. Hukuk Dairesinin 5.11.2020 tarih 2020/1777 Esas 2020/1549 Karar sayılı kararında;

Sağlık Bakanlığı Türkiye İlaç ve Tıbbi Cihaz Kurumunun ilacın kullanılmasının uygun görüldüğü, yaklaşık ispat şartının gerçekleştiği, ilacın karşılanmamasının hayati tehlikeye yol açabileceği, tıbbi raporunun alınmasına kadar tedbir talebinin kabulüne karar verildiği anlaşılmıştır.

IV. GEREKÇE

A. Uyuşmazlık

Davalara konu edilen Kurumun ödeme kapsamında bulunmayan ilaç dosyalarında Bölge Adliye Mahkemelerince tedbir kararlarına yönelik olarak verilen kesin nitelikteki farklı kararları arasında uyuşmazlığın giderilmesine ilişkindir.

B. İlgili Hukuk

Bölge adliye mahkemelerinin benzer olaylarda kesin nitelikteki kararları arasındaki uyuşmazlığın giderilmesi isteminin hukuki dayanağı, 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 35 inci maddesinde yer alan düzenlemedir.

C.Değerlendirme

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 389 maddesinin 1 inci fıkrasında, "Mevcut durumda meydana gelebilecek bir değişme nedeniyle hakkın elde edilmesinin önemli ölçüde zorlaşacağından ya da tamamen imkânsız hâle geleceğinden veya gecikme sebebiyle bir sakıncanın yahut ciddi bir zararın doğacağından endişe edilmesi hâllerinde, uyuşmazlık konusu hakkında ihtiyati tedbir kararı verilebilir." aynı şekilde 390 ıncı maddenin 3 üncü fıkrasında "Tedbir talep eden taraf, dilekçesinde dayandığı ihtiyati tedbir sebebinin ve türünü açıkça belirtmek ve davanın esası yönünden kendisinin haklılığını yaklaşık olarak ispat etmek zorundadır." şeklinde düzenlenmiştir.

İhtiyati tedbire karar verilebilmesi için; mevcut durumda meydana gelebilecek değişim nedeniyle hakkın elde edilmesi zorlaşmalı ya da imkânsız hale gelmesi ihtimali ve gecikme sebebiyle ciddi bir zararın doğmasından endişe edilmesi şartları aynı anda mevcut olması gerekir.

Bu şartlarla birlikte ihtiyati tedbir talep eden, haklılığını yaklaşık olarak ispatlaması gerekir. Davacının haklı olduğuna ilişkin, kararı verecek olan mahkemede yaklaşık olarak bir kanaat oluşmuş olması gerekir. Bu şart gerçekleşmediği takdirde uyuşmazlık konusu mevcut dosyalarda aleyhine tedbir kararı verilen davalı Kurum davayı kaybetmiş gibi işlem yapılmış ve hak kaybına uğramış olacaktır.

İhtiyati tedbir kararı verilirken yaklaşık ispat kuralı arandığından davanın ihtiyati tedbir talep eden kişi aleyhine sonuçlanması ihtimali de her zaman mevcuttur. Bu süreçte davalının hak kaybına uğraması gündeme gelecektir.

İhtiyati tedbir öğretide "...kesin hükme kadar devam eden yargılama boyunca, davacı veya davalının (dava konusu ile ilgili olarak) hukuki durumunda meydana gelebilecek zararlara karşı öngörölmüş geçici nitelikte, geniş veya sınırlı olabilen hukuki korumadır." şeklinde tarif edilmiştir. Anılan tariftten de anlaşılacağı üzere ihtiyati tedbirin diğer fonksiyonları yanında davanın devamı sırasında ve verilecek hükmün kesinleşmesine kadar olan süreç içerisinde dava konusu şey üzerinde yeni bir takım ihtilafların çıkmasını da önleyici niteliği itibarıyla geçici bir hukuki korumadır. 6100 sayılı HMK'nın 389 vd.

maddelerinde düzenlenen ihtiyati tedbir de amaç karşı tarafı cezalandırmak baskı altına almak değil, hakkın korunmasına hizmet etmek olmalıdır. Esas hakkındaki hükme kadar taraflar açısından davanın uzamasından kaynaklanan sakıncaları gidermek ve geçici hukuki koruma sağlamak, böylelikle davacının açmış olduğu davayı kazanması halinde dava konusu olan şeye kavuşmasını daha dava sırasında güvence altına almak, taraflar arasındaki sözleşmenin dava süresince ayakta kalmasına yardımcı olmak amacıyla başvurulmuş geçici hukuki korumalardandır. Tedbir kararının verilmesi sonrasında koşullarda bir değişiklik olduğunda bu değişen şartlara uygun olarak ihtiyati tedbir kararı talep üzerine kaldırılabilirdiği gibi gözden geçirilip gerekirse değişikliğe gidilebilir.

İhtiyatî tedbir kararı geçici bir karar olup, durum ve şartların değişmesi halinde değiştirilebilir veya kaldırılabilir. Bu nedenle ihtiyatî tedbir kararları kesin hüküm teşkil etmedikleri gibi, asıl dava konusu olan hakkın varlığına da karine teşkil etmezler. Buna göre, ihtiyatî tedbir talebinin kabul veya reddine karar verilmesi, asıl davanın da kabul veya reddini gerektirmez.

Bir geçici hukukî koruma önlemi niteliğinde olan ihtiyatî tedbirlerin üç türü olduğu kabul edilmektedir. Bunlar “teminat amaçlı”, “eda amaçlı” ve “düzenleme amaçlı” ihtiyatî tedbirlerdir. Teminat amaçlı tedbirler, ihtiyatî tedbirlerin temel şeklidir. Tedbire konu mal veya hakkın muhafaza altına alınması veya bir yediemine tevdiî ya da bir şeyin yapılması veya yapılmaması gibi, sakıncayı ortadan kaldıracak veya zararı engelleyecek her türlü tedbire karar verilebilir.

Eda amaçlı tedbirler; ihtilâf konusu olan hakkın geçici olarak ifa edilmesi, mahkemece tedbiren bir şeyin verilmesi, bir işin yapılması veya yapılmaması gibi taleplerin geçici olarak gerçekleştirilmesi amaçlanmaktadır.

Düzenleme amaçlı tedbirler ise; ihtilâflı hukukî ilişkinin geçici olarak düzenlenmesini amaçlar. Burada müstakbel bir edimin yerine getirilmesinden ziyâde, mevcut hukukî ilişki hakkında hukukî barışın korunması için geçici olarak düzenleme yapılması söz konusudur.

Dava konusu davalı Kurum ödeme kapsamında bulunmayan ilaçlara ilişkin Daire Kararın da ".....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 bulunmayacağını, ilacın hangi tür kanser hastalarında hangi evrede ve hangi dozda kullanılacağını 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. Ancak, hastanın sağlığına kavuşması ve hastalığın iyileşmesi hususları kuşkusuz mutlak bir şifa anlamına gelmez. Dava konusu ilacın bilinen mevcut tedavi yöntemlerine göre sürekli olarak daha etkin ve daha yararlı olduğunun ve kullanılmasının tıbben zorunlu bulunduğu tıbbi yöntemlerle belirlenmesi..." gerektiği belirtilmiştir.

Uyuşmazlık konusu davalarda mevcut bozma kararımız doğrultusunda talebe konu ilacın, hastalığının tedavisinde hayati öneme haiz ve kullanılmasının zorunlu olup olmadığı, davaya konu ilaçla yapılacak tedavinin bilinen mevcut tedavi yöntemlerine göre özellikle sürekli olarak daha etkin ve daha yararlı olduğunun ve kullanılmasının tıbben zorunlu bulunduğu, 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 kabul görmüş ve tedbir kararı için dayanak alınacak yeterlilikte bir tıbbi otorite raporunun dosyada bulunmadığı anlaşılmakta olup bu aşamada talebin sonucu itibarıyla ihtiyati tedbirin mahiyetini aşacak ve davayı esastan çözecek nitelikte tedbir kararı verilmemesi ve bu bağlamda Uyuşmazlığın Ankara Bölge Adliye Mahkemesi kararı doğrultusunda giderilmesi gerektiği kanaatine varılmıştır.

V. KARAR

1. Uyuşmazlığın Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 10. Hukuk Dairesinin 26.10.2023 tarihli ve 2023/2270 Esas, 2023/2115 Karar sayılı kararı kararı doğrultusunda giderilmesine,

2. Dosyanın Ankara Bölge Adliye Mahkemesi Hukuk Daireleri Başkanlar Kuruluna gönderilmesine,

3. Karardan bir örneğin Bölge Adliye Mahkemelerinin hukuk dairelerine bildirilmesi için Hâkimler ve Savcılar Kurulu Genel Sekreterliğine gönderilmesine,

4. Üye Bektaş Kar'ın muhalefetine karşı; Başkan Mustafa Taş ile Üyeler Ali İnceman, Faruk Kaymak ve Şerafettin Özyürür'ün oyları ve oyçokluğuyla

06.12.2024 tarihinde kesin olarak karar verildi.

KARŞI OY GEREKÇESİ

I. TEMEL UYUŞMAZLIK:

1.Çoğunluk ile aradaki uyuşmazlık “yaşamsal öneme sahip ve tedavide kullanılması gerektiği belirtilen ilaç (özellikle akıllı kanser ilaçları) bedelinin kurumca karşılanması istemi ile sigortalının açtığı davada 6100 sayılı HMK.'un 389 ve devamı maddeleri uyarınca ihtiyati tedbir kararı verilip verilmeyeceği” noktasında olup, bu konuda 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev Ve Yetkileri Hakkında Kanunu'nun 35/3 maddesi uyarınca Bölge Adliye Mahkemeleri arasındaki uyuşmazlığın çözümlenmesine ilişkindir.

2. Çoğunluk görüşü ile "uyuşmazlık konusu davalarda mevcut bozma kararımız doğrultusunda talebe konu ilacın, hastalığının tedavisinde hayati öneme haiz ve kullanılmasının zorunlu olup olmadığı, davaya konu ilaçla yapılacak tedavinin bilinen mevcut tedavi yöntemlerine göre özellikle sürekli olarak daha etkin ve daha yararlı olduğunun ve kullanılmasının tıbben zorunlu bulunduğu, ilacın kullanılmaması halinde bu durumun davacının sağlığında ciddi, hızlı ve geri dönüşü olmayan bir bozulmaya ya da ölüme yada yaşam beklentisinde ciddi azalmaya veya yoğun acıya sebep olacağı konusunda kabul görmüş ve tedbir kararı için dayanak alınacak yeterlilikte bir tıbbi otorite raporunun dosyada bulunmadığı ve yaklaşık ispat koşulu yerine getirilmediği gibi talebin sonucu itibariyle ihtiyati tedbirin mahiyet,ini aşacak ve davayı esastan çözecek nitelikte tedbir kararı verilmemesi ve bu bağlamda ilaç bedelinin kurumca karşılanması davasında yaklaşık ispatın tam ispatı da içerecek şekilde değerlendirilmesi gerektiği ve uyuşmazlığı esastan çözecek ve hüküm etkisi doğuracak şekilde ihtiyati tedbir kararı verilemeyeceği" yönündeki Bölge Adliye Mahkeme kararları benimsenerek, uyuşmazlığın bu yönde giderilmesinin uygun olacağı sonucuna ulaşılmıştır.

II. NORMATİF DÜZENLEMELER:

3. Anayasa'mıza göre Devlet, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak, insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi artırarak, işbirliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenler(Mad. 56/3). Devlet, bu görevini kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal kurumlarından yararlanarak, onları denetleyerek yerine getirir(Mad. 56/4). Herkes, sosyal güvenlik hakkına sahiptir(Mad. 60/1). Devlet, bu güvenliği sağlayacak gerekli tedbirleri alır ve teşkilatı kurar(Mad. 60/2). Devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek malî kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir(Mad. 65)”.

4. 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 3/8 maddesinde “ Genel sağlık sigortası: Kişilerin öncelikle sağlıklarının korunmasını, sağlık riskleri ile karşılaşmaları halinde ise oluşan harcamaların finansmanını sağlayan sigorta” olarak tanımlanmıştır. 5510 sayılı Kanununun 62. Maddesine göre “Bu Kanun gereğince genel sağlık sigortasından sağlanacak sağlık hizmetlerinden

ve diğer haklardan yararlanmak, genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişiler için bir hak, Kurum için ise bu hizmet ve hakların finansmanını sağlamak bir yükümlülüktür. Sağlık hizmetlerinden ve diğer haklardan genel sağlık sigortalısı ile bakmakla yükümlü olduğu kişiler yararlandırılır. Bu Kanun kapsamındaki kişilere sağlanacak sağlık hizmetleri ve diğer haklar ile kişilerden alınan primlerin tutarı arasında ilişki kurulamaz. 5510 sayılı kanunun 63. Maddesinde “Genel sağlık sigortalısının ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerin sağlıklı kalmalarını; hastalanmaları halinde sağlıklarını kazanmalarını; iş kazası ile meslek hastalığı, hastalık ve analık sonucu tıbben gerekli görülen sağlık hizmetlerinin karşılanmasını, iş göremezlik hallerinin ortadan kaldırılmasını veya azaltılmasını temin etmek amacıyla Kurumca finansmanı sağlanacak sağlık hizmetleri” arasında “Kişilerin hastalanmaları halinde ayakta veya yatarak; hekim tarafından yapılacak muayene, hekimin göreceği lüzum üzerine teşhis için gereken klinik muayeneler, laboratuvar tetkik ve tahlilleri ile diğer tanı yöntemleri, konulan teşhise dayalı olarak yapılacak tıbbî müdahale ve tedaviler, hasta takibi ve rehabilitasyon hizmetleri, organ, doku ve kök hücre nakline ve hücre tedavilerine yönelik sağlık hizmetleri, acil sağlık hizmetleri, ilgili kanunları gereğince sağlık meslek mensubu sayılanların hekimlerin kararı üzerine yapacakları tıbbî bakım ve tedaviler(63/1.b)” ve bu bent uyarınca “bentler gereğince sağlanacak sağlık hizmetleriyle ilgili teşhis ve tedavileri için gerekli olabilecek kan ve kan ürünleri, kemik iliği, aşı, ilaç, ortez, protez, tıbbî araç ve gereç, kişi kullanımına mahsus tıbbî cihaz, tıbbî sarf, iyileştirici nitelikteki tıbbî sarf malzemelerinin sağlanması, takılması, garanti süresi sonrası bakımı, onarılması ve yenilenmesi hizmetleri(63/1.f) sayılmıştır. Maddenin 2. Fıkrasında ise “Kurumun, finansmanı sağlanacak sağlık hizmetlerinin teşhis ve tedavi yöntemleri ile (f) bendinde belirtilen sağlık hizmetlerinin türlerini, miktarlarını ve kullanım sürelerini, ödeme usul ve esaslarını Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı ile Sağlık Bakanlığının görüşünü alarak belirlemeye yetkili” olduğu açıklanmıştır.

5. 6100 sayılı HMK.'un 389. maddesine göre "6100 sayılı HMK m.389/1 uyarınca mevcut durumda meydana gelebilecek bir değişme nedeniyle hakkın elde edilmesinin önemli ölçüde zorlaşacağından ya da tamamen imkânsız hale geleceğinden veya gecikme sebebiyle bir sakıncanın yahut ciddi bir zararın doğacağından endişe edilmesi hallerinde, uyuşmazlık konusu hakkında ihtiyati tedbir kararı verilebilir. Kanunun 390. maddesinin 3. fıkrası, ihtiyati tedbir talep eden tarafın, “davanın esası yönünden kendisinin haklılığını yaklaşık olarak ispat etmek zorunda” olduğunu hükme bağlamaktadır.

III. KAVRAMLAR VE AÇIKLAMASI:

6. Sosyal Güvenlik ve yaşam hakkı: Yaşam ve sosyal güvenlik hakları, Anayasa ve uluslararası sözleşmelerle güvence altına alınmış evrensel temel insan haklarıdır. Anayasa Mahkemesi, tedbir kararlarında da belirttiği şekilde sağlık hakkını (temelde sosyal güvenlik hakkını) sadece bir sosyal hak olarak görmemekte, aynı zamanda Anayasa'nın 17. maddesine göre “yaşam hakkı” kapsamında saymaktadır. Yaşama hakkının varlık nedeni, insanı doğal olmayan ölüme karşı korumaktır. Yaşama hakkı, esas itibarıyla yaşamın sürdürülmesini de güvence altına alır. Devletler, kişilerin sağlığını ve yaşamını korumak için tedbirler almak zorundadır. Özellikle yaşam hakkının doğrudan ihlali oluşturabilecek durumlarda devletin, tedaviye ve ilaca erişim/bütçe olanakları şeklinde orantılamının geçerli olmadığı kabul edilmektedir. Başka bir anlatımla kişiler devletin genel olarak herkese sağladığı tedaviden daha yükseğini talep etmesi sosyal haklar kapsamında bir talep olduğu için kabul edilmemektedir. Fakat tedavi veya ilaç temin edilmediği durumlarda kişinin bedensel bütünlüğü bozulacak veya ölüm riski ile karşılaşılacaksa yaşam hakkı kapsamında değerlendirilmekte, bu durumda devletin korumak zorunda olduğu yaşam hakkı kapsamında bir pozitif yükümlülük ortaya çıkmaktadır. Kısaca devletin kişilerin yaşamını koruma için zorunlu ilaçları temin etmesi gerekir. Sosyal güvenlik ve yaşam hakkının korunmasında, kişinin sağlığına tedavi ile kavuşması yanında, tedavinin hastalığı tedavi etmese bile yaşamını uzatması, alınacak ilacın yararlı olması, başka bir anlatımla uluslararası sözleşmeler ve akılcı ilaç kullanımı ilkelerinde belirtildiği gibi yapılacak yardımların, korunan kimsenin sağlığını korumaya, çalışma gücünü iadeye ve şahsi ihtiyaçlarını karşılayabilme kabiliyetini artırmaya matuf olması yeterlidir.

7. Müstakbel alacak: Müstakbel (beklenen) bir alacaktan bahsedebilmek için, bir hukuki ilişkinin mevcut olması, bu hukuki ilişkiden doğacak alacağın cinsinin ve borçlusunun belli olması yeterlidir. Bir alacağın, müstakbel alacak olarak nitelendirilebilmesi için miktarının belirli olması koşulu

aranmamıştır. Devam eden (süregelen) bir hukuki ilişkinin varlığı ve alacağın cinsinin (para, emtia, mal vs) belirli olması yeterlidir. Sigortalının yaşam ve sağlık hakkı kapsamında kullanacağı ilaç bedelinin kurumdan talep ettiği alacak, müstakbel bir alacak niteliğindedir.

8. Sigortalı ile sosyal güvenlik kurumu arasındaki hukuki ilişki; genel sağlık sigortasından sağlanacak sağlık hizmetlerinden ve diğer haklardan yararlanmak, genel sağlık sigortalısı için bir hak, Kurum için ise bu hizmet ve hakların finansmanını sağlamak bir yükümlülük ise, sigortalının yaşam ve sağlık hakkı kapsamında kullanacağı ilaç bedelinin kurumdan talep ettiği alacak, müstakbel bir alacak niteliğindedir.

9. İhtiyati tedbir: Toplumsal hayatın ve insan ilişkilerinin karmaşık hale gelmesinin hukuk alanındaki yansımalarından bir tanesi de, uyumsuzlukların kısa süre içerisinde çözülmesinin güçleşmesidir. Bu sakıncaların giderilmesi amacıyla, henüz uyumsuzluğun sona ermesini beklemeden ve uyumsuzluk sona erinceye kadar kişilerin hukukî menfaatlerini geçici olarak güvence altına alma ihtiyacı doğmuştur. Bu ihtiyaç karşımıza geçici hukuki koruma yollarını çıkarmıştır. İhtiyati tedbirde geçici hukuki korumalardan en önemlisidir.

10. İhtiyati tedbir öğretide "...kesin hükme kadar devam eden yargılama boyunca, davacı veya davalının (dava konusu ile ilgili olarak) hukuki durumunda meydana gelebilecek zararlara karşı öngörölmüş geçici nitelikte, geniş veya sınırlı olabilen hukuki korumadır." şeklinde tarif edilmiştir. Anılan tariftten de anlaşılacağı üzere ihtiyati tedbirin diğer fonksiyonları yanında davanın devamı sırasında ve verilecek hükmün kesinleşmesine kadar olan süreç içerisinde dava konusu şey üzerinde yeni bir takım ihtilafların çıkmasını da önleyici niteliği itibarıyla geçici bir hukuki korumadır.

11. 6100 sayılı HMK'nun 389 vd. maddelerinde düzenlenen ihtiyati tedbir de amaç karşı tarafı cezalandırmak baskı altına almak değil, hakkın korunmasına hizmet etmek olmalıdır. Esas hakkındaki hükme kadar taraflar açısından davanın uzamasından kaynaklanan sakıncaları gidermek ve geçici hukuki koruma sağlamak, böylelikle davacının açmış olduğu davayı kazanması halinde dava konusu olan şeye kavuşmasını daha dava sırasında güvence altına almak, taraflar arasındaki sözleşmenin dava süresince ayakta kalmasına yardımcı olmak amacıyla başvurulmuş geçici hukuki korumalardandır. Tedbir kararının verilmesi sonrasında koşullarda bir değişiklik olduğunda bu değişen şartlara uygun olarak ihtiyati tedbir kararı talep üzerine kaldırılabilir gibi gözden geçirilip gerekirse değişikliğe gidilebilir (Y. 3. HD. 04.06.2021 tarih ve 2021/3452 E, 2021/6001 K.).

12. İhtiyati tedbir kararının verilebilmesi için;

- Tedbir konulmadığı takdirde hak kaybı yaşanacağının kuvvetle muhtemel olması,
- Hakkın elde edilmesinin imkansızlaşabilecek olması veya
- Uzun süren yargılama nedeniyle ciddi bir zararın doğması ihtimalinin bulunması gerekir.

Kanser hastası teşhisi konulan ve tedaviyi üstlenen hekimin ve hastanenin onayladığı, ancak kurumun ödemeyi kabul etmediği ilacın sigortalı tarafından mali gücü nedeni ile temin edilmemesi halinde, yaşam hakkını kaybetmesi, elde etmesinin imkansız olması ve ciddi olarak hastalığını yenemeyecek duruma gelmesi nedeni ile zarar göreceği açıktır.

13. Bir geçici hukukî koruma önlemi niteliğinde olan ihtiyatî tedbirlerin üç türü olduğu kabul edilmektedir. Bunlar "teminat amaçlı", "eda amaçlı" ve "düzenleme amaçlı" ihtiyatî tedbirlerdir. Eda amaçlı tedbirde, uyumsuzluk konusu olan hakkın geçici olarak ifa edilmesi, mahkemece tedbiren bir şeyin verilmesi, bir işin yapılması veya yapılmaması gibi taleplerin geçici olarak düzenlenmesini amaçlar. Kurumun yaşamsal öneme ait sigortalının tedavisinde kullanılacak ilaç bedelinin ödenmesi istemi ile açılacak davada istenecek ihtiyati tedbir, teminat amaçlı ihtiyati tedbir türüdür.

14. Yaklaşık ispat: Kanunun açık düzenlemesi gereği, kanun koyucu, ihtiyati tedbir talep eden tarafın haklılığının "yaklaşık ispat ölçüsü" ile ispatını aramaktadır. Tam ispatta, hâkimin, iddia edilen olayın gerçekleşip gerçekleşmediğine tam olarak inanması, bu konuda makul ve kabul edilebilir bir

şüphenin olmaması gerekir. Ancak hâkimi inandırma faaliyeti, mutlak bir kesinlik olmayıp; hâkimin vicdanen tam kanaate ulaşmasıdır. Yaklaşık ispatta hâkim, ispat edilmek istenen olayı muhtemel görmelidir. Diğer bir ifadeyle, iddia edilen olayın doğru olma ihtimali, doğru olmama ihtimaline göre ağır basmalıdır. Ancak iddia edilen olayın yanlış olma ihtimali de, gözardı edilmemelidir.

15. HMK'nın 390/3. maddesinin gerekçesi de yaklaşık ispat ölçüsünün aranacağı noktasında açıktır: "Geçici hukukî koruma yargılamasını, asıl hukukî korumadan ayıran diğer bir özellik ispat ölçüsü bakımındadır. İhtiyatî tedbir kararının kabul edilebilmesi bakımından tedbir isteyen haklılığı konusunda tam kanaat değil, kuvvetle muhtemel yaklaşık bir kanaatin yeterli olacağı öngörülmüştür. İhtiyatî tedbir yargılamasında tam bir ispata gerek yoktur. Mahkemenin, ihtiyatî tedbir isteyen hakkının mevcut olduğuna kanaat getirmesi, başka bir ifade ile onun haklılığını kuvvetle muhtemel görmesi yeterlidir.

16. Mahkemenin incelemesi, sadece ihtiyatî tedbir talebinin kabule değer olup olmadığını takdir edebilecek kanaatin kendisinde uyanması ile sınırlı olmalıdır. Davanın esası hakkında karar vermediği için, ihtiyatî tedbir kararı ile sınırlı olarak kanaatini açıklayan hâkim, bu sebeple reddedilemez. İhtiyatî tedbir kararı geçici bir karar olup, durum ve şartların değişmesi halinde değiştirilebilir veya kaldırılabilir. Bu nedenle ihtiyatî tedbir kararları kesin hüküm teşkil etmedikleri gibi, asıl dava konusu olan hakkın varlığına da karine teşkil etmezler. Buna göre, ihtiyatî tedbir talebinin kabul veya reddine karar verilmesi, asıl davanın da kabul veya reddini gerektirmez. İhtiyatî tedbir kararı verilirken, ihtiyatî tedbirin niteliği gereği tam bir inceleme yapılmadan yaklaşık ispatla yetinilerek karar verildiğinden talep edenin sonuçta davada haksız çıkma ihtimali de bulunmaktadır. Bundan başka tedbirin uygulanması sonucu, karşı tarafın ya da üçüncü kişilerin zarar görmesi her zaman imkân dahilindedir. Nitekim bu ihtimalleri gözetken kanun koyucu tedbir kararı verilirken talepte bulunandan teminat alınmasını öngörmüştür (HMK md. 392).

17. Her ne kadar öğretide ve HMK öncesi bazı Yargıtay kararlarında, asıl uyuşmazlığı çözecek nitelikte, uyuşmazlığın özüne ilişkin olarak ihtiyatî tedbir kararı verilemeyeceği kabul edilmiş ise de; 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısında 395. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "asıl uyuşmazlığı çözecek nitelikte olmamak şartıyla," ibaresi, TBMM Adalet Komisyonundaki görüşmeler sırasında HMK taslak madde metninden çıkarılmıştır. Kanun koyucunun bu ibareyi taslak metinden çıkarmasındaki amacın, bu ilkenin dar (katı) yorumlanması sonucu, uyuşmazlıkların sonuçlanması uzun zaman almasından dolayı davacının çoğu kez davayı kazandığı halde, dava ile elde etmek istediği sonuca ulaşamadığından kaynaklı olarak oluşabilecek mağduriyetlerin önüne geçmek olduğu sonucuna varılabilir.

18. Tedavi için uygulanacak ilaç bedelinin tahsili için açılan davada, eda amaçlı ihtiyatî tedbir istemi, asıl davanın öne çekilmesi yasağı olarak değerlendirilmeyeceği gibi davanın esasının da çözümlenmesine yönelik değerlendirme de yaklaşık ispat kuralı nedeni ile doğru olmayacaktır. Bu tür davalarda da yaklaşık ispat için tedbir isteyen kurum sigortalısı olması, kanser teşhisi konulduğunda dair ve tedavi eden doktorun ilacın kullanılmasında yaşamsal önemi belirten raporlarının bulunması, ilgili hastanenin onayı ve anılan ilacın kullanılmasına ve satışına izin verilmesi, ruhsatlandırılması gibi deliller, yaklaşık ispat için yeterli kabul edilmelidir.

IV. EMSAL İÇTİHATLAR:

19. AİHM benzer bir yaklaşım ile yaşam riski olan A.A./Türkiye (Başvuru No: 50624/19) başvurusunda 2.10.2019 tarihinde tedbir kararı vermiştir. Başvurucunun tedavisi için hayati öneme sahip ilacın temini için daha önce iş mahkemesine ve Anayasa Mahkemesine yaptığı tedbir talepleri olumsuz sonuçlanmıştır. Bunun üzerine başvuru AİHM başvurmak zorunda kalmıştır. AİHM Başvurucunun yaşam hakkının riske girdiğini dikkate alarak, Başvurucunun herhangi bir kişisel masrafa maruz kalmadan, Pembrolizumab etken maddeli Keytruda isimli ilacın tedavisinden faydalandırılması gerektiğini Hükümete bildirmiştir.

20. Tedbir talep eden taraf, öncelikle tedbir istemine ilişkin dilekçesinde dayandığı ihtiyati tedbir sebebini ve türünü açıkça belirtmek ve davanın esası yönünden kendisinin haklılığını yaklaşık olarak, yasal delillerle ispat etmek zorundadır (HMK. m.390/3) ispat ölçüsü ise, “yaklaşık ispat” kuralına göre belirlenir ...” (Yargıtay 15. HD, 06.07.2012, 4060/5172).

21. “...İhtiyati tedbir kararının kabul edilebilmesi bakımından tedbir isteyen haklılığı konusunda tam kanaat değil, kuvvetle muhtemel yaklaşık bir kanaatin yeterli olacağı öngörülmüştür. Davacının iddiasında haklılığını ispat konusunda “tapu ve nüfus kaydı, mirasçılık belgesi, tanık beyanları, keşif, bilirkişi, yemin... gibi” delillere dayanıldığı dava dilekçesiyle sabittir. İhtiyati tedbir talebinin reddine ilişkin kararın doğru ve yasal olduğu söylenemez...” (Yargıtay 1. HD, 10.01.2012, 436/7).

22. "...Salgın (pandemi) hastalık sebebiyle, kira sözleşme koşullarının (kira bedelinin) uyarlanmasına ilişkin açılan davada şartların gerçekleşmesi durumunda ihtiyati tedbir kararı verilmesinin HMK m.389 vd. hükümlerine uygun olduğundan,....., kira bedelinin uyarlanması davasında, davanın ve uyuşmazlığın esasını halleder şekilde ihtiyati tedbir kararı verilemeyeceği gerekçesiyle ihtiyati tedbir talebinin reddine ilişkin kararına karşı yapılan istinaf talebinin reddine ilişkin kararı yerinde değildir(Y. 3. HD. 04.06.2021 tarih ve 2021/3452 E, 2021/6001 K.).

23. "... Diğer hukuki himaye tedbirlerinde olduğu gibi ihtiyati hacizde de amaç davaya ilişkin yargılamadan farklı olarak, maddi hukuka dayanan hak bakımından nihai bir karar verip, uyuşmazlığı esastan sona erdirmek değildir. Yani ihtiyati haciz kararı verilebilmesi için ispat gerekmez, yaklaşık ispat için delil sunulması yeterli olup, alacaklının ilişkisinin varlığını ve muaccel olduğunu tam ve kesin olarak ispat etmesi aranmamaktadır" (Y. 19. HD. 12.12.2019 tarih ve 2019/2300 E, 2019/5531 K.).

V. DEĞERLENDİRME VE SONUÇ:

24. Sigortalı kurum arasındaki tedavi için kullanılan ilaç bedelinin kurumdan talep edilmesinin sigortalı için bir hak, kurum için bir yükümlülük olduğu sigortalılık ilişkisinden kaynaklanan bu tür alacak davası müstakbel alacak olup, eda amaçlı ilaç bedelinin geçici olarak ihtiyati tedbir isteminin ise yaklaşık ispat kapsamında değerlendirilmesi gerekir. Tam ispat aranması halinde ilacın temin sigortalı tarafından mali gücü nedeni ile temin edilmemesi halinde yaşam ve sağlık hakkı ciddi zarar görecektir, telafisi imkansız ararlar doğacaktır.

25. Yaşam hakkı kapsamında tedavi ve ilaç temin edilmesinde, hastanın probleminin tanımlanması, hekim tarafından doğru teşhis konulması, sonrasında ise etkili tedavinin tanımlanması, ilaçlı tedavi uygulanacaksa uygun ilacın seçimi, dozunun ve uygulama süresinin belirlenmesi ve uygun reçete yazılması” aranmalıdır. Yaşam hakkı, salt insanın biyolojik-fiziksel yaşamını değil, hukuksal bir değer olarak onun yaşama hakkını da korumayı içerir.

26. Belirtmek gerekir ki, hastanın probleminin tanımlanması, doğru teşhis konulması, etkili tedavinin tanımlanması, uygun ilaç seçimi, dozu ve uygulama süresi belirlenmesi ve uygun reçete yazılması, tedavi uygulayan hekime aittir. Hekimin bu yöntemle uygun hareket edip etmediği ancak denetlenebilir. Hekimin bu tespiti sağlık kurulu raporu ile desteklenmiş olması yaklaşık ispat için yeterlidir. Çoğunluğun tam ispatta aradığı, "hastalığının tedavisinde hayati öneme haiz ve kullanılmasının zorunlu olup olmadığı, davaya konu ilaçla yapılacak tedavinin bilinen mevcut tedavi yöntemlerine göre özellikle sürekli olarak daha etkin ve daha yararlı olduğunun ve kullanılmasının tıbben zorunlu bulunduğu, ilacın kullanılmaması halinde bu durumun davacının sağlığında ciddi, hızlı ve geri dönüşü olmayan bir bozulmaya ya da ölüme yada yaşam beklentisinde ciddi azalmaya veya yoğun acıya sebep olacağı konusunda kabul görmüş ve tedbir kararı için dayanak alınacak yeterlilikte bir tıbbi otorite raporu" araması, esasa yönelik bir değerlendirmedir. Oysa ihtiyati tedbir esasa yönelik bir karar değildir. Burada tam ispat aranmaz.

27. Kaldı ki belirtilen esasa yönelik bozmalarda ilaç bedelinin ödenmesine karar verilmesi için "ilacın sut kapsamında olup olmadığının araştırılarak, sut kapsamında ise sut şartlarını sağlayıp sağlamadığı, sut kapsamında değilse yukarıda açıklanan mevzuat kapsamında irdeleme yapılmak

suretiyle; 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 bulunmayacağını, ilacın hangi tür kanser hastalarında hangi evrede ve hangi dozda kullanılacağını 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 saptanması" gerekçesi kullanılmaktadır. Bu gerekçeye göre ise önerilen kanser ilacının sigortalı üzerine kullanılması ve buna göre etkin ve yararlı olup olmadığının, kısaca iyileştirmesinin aranması gerekmektedir. Mali gücü doğrultusunda alım gücü olmayan sigortalı için tedbir kararı verilmemesi halinde, ilacın uygulanması da sözkonusu olmayacak ve bu durumda ciddi hak kaybına neden olacaktır.

28. Çoğunluğun yaklaşık ispatta, tam ispat kurallarını araması, kanun gerekçesinde yer almayan ve çıkarılan esastan çözecek ve hüküm etkisi doğuracak şekilde tedbir kararı verilemeyeceği gerekçesi, hukuka aykırı olduğu gibi eda amaçlı ihtiyati tedbir türünü tamamen ortadan kaldırmaktadır.

29. Sonuç itibari ile 6100 sayılı HMK 389 vd. maddelerindeki koşulların bulunması halinde ihtiyati tedbir kararı verilebileceği, bu yönde değerlendirme yapan ve İhtiyati Tedbir kararı verilen Bölge Adliye Mahkeme kararlarının yerinde olduğu görüşümde olduğumdan çoğunluğun aksi yöndeki görüşüne katılmamıştır.