

ANAYASA MAHKEMESİ KARARI

Esas Sayısı : 2024/142

Karar Sayısı : 2025/97

Karar Tarihi : 22/4/2025

R.G. Tarih – Sayı : 11/8/2025 - 32983

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Bodrum 3. Asliye Hukuk Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 9/6/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu’nun 18/2/1965 tarihli ve 538 sayılı Kanun’un 43. maddesiyle değiştirilen 72. maddesinin altıncı fıkrasında yer alan “*Borçlu, menfi tesbit davası zımında tedbir kararı almamış ve...*” ve “*...da...*” ibarelerinin Anayasa’nın 2., 13., 35., 36. ve 141. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine karar verilmesi talebidir.

OLAY: İlamsız icra takibi sırasında borcun haricen ödenmesi nedeniyle açılan menfi tespit davasında itiraz konusu kuralların Anayasa’ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptalleri için başvurmuştur.

I. İPTALİ İSTENEN KANUN HÜKÜMLERİ

Kanun’un itiraz konusu kuralların da yer aldığı 72. maddesi şöyledir:

“Menfi tesbit ve istirdat davaları:

Madde 72 – (Değişik: 18/2/1965-538/43 md.)

Borçlu, icra takibinden önce veya takip sırasında borçlu bulunmadığını ispat için menfi tesbit davası açabilir.

İcra takibinden önce açılan menfi tesbit davasına bakan mahkeme, talep üzerine alacağın yüzde onbeşinden aşağı olmamak üzere gösterilecek teminat mukabilinde, icra takibinin durdurulması hakkında ihtiyati tedbir kararı verebilir.

İcra takibinden sonra açılan menfi tesbit davasında ihtiyati tedbir yolu ile takibin durdurulmasına karar verilemez. Ancak, borçlu gecikmeden doğan zararları karşılamak ve alacağın yüzde onbeşinden aşağı olmamak üzere göstereceği teminat karşılığında, mahkemeden ihtiyati tedbir yoluyla icra vizesindeki paranın alacaklıya verilmemesini isteyebilir.

(Değişik: 9/11/1988-3494/6 md.) Dava alacaklı lehine neticelenirse ihtiyati tedbir kararı kalkar. Buna dair hükmün kesinleşmesi halinde alacaklı ihtiyati tedbir dolayısıyla alacağını geç almış bulunmaktan doğan zararlarını gösterilen teminattan alır. Alacaklının uğradığı zarar aynı davada takdir olunarak karara bağlanır. Bu zarar herhalde yüzde yirmiden aşağı tayin edilemez.

(Değişik: 9/11/1988-3494/6 md.) Dava borçlu lehine hükme bağlanırsa derhal takip durur. İlamın kesinleşmesi üzerine münderecatına göre ve ayrıca hükme hacet kalmadan icra kısmen veya tamamen eski hale iade edilir. Borçluyu menfi tespit davası açmaya zorlayan takibin haksız ve kötü niyetli olduğu anlaşılırsa, talebi üzerine, borçlunun dava sebebi ile uğradığı zararın da alacaklıdan tahsiline karar verilir. Takdir edilecek zarar, haksızlığı anlaşılan takip konusu alacağın yüzde yirmisinden aşağı olamaz.

Borçlu, menfi tesbit davası zımında tedbir kararı almamış ve borç da ödenmiş olursa, davaya istirdat davası olarak devam edilir.

Takibe itiraz etmemiş veya itirazının kaldırılmış olması yüzünden borçlu olmadığı bir parayı tamamen ödemek mecburiyetinde kalan şahıs, ödediği tarihten itibaren bir sene içinde, umumi hükümler dairesinde mahkemeye başvurarak paranın geriye alınmasını isteyebilir.

Menfi tesbit ve istirdat davaları, takibi yapan icra dairesinin bulunduğu yer mahkemesinde açılabilir gibi, davalının yerleşim yeri mahkemesinde de açılabilir. Davacı istirdat davasında yalnız paranın verilmesi lazımgelmediğini ispata mecburdur.”

II. İLK İNCELEME

1. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Kadir ÖZKAYA, Hasan Tahsin GÖKCAN, Basri BAĞCI, Engin YILDIRIM, Rıdvan GÜLEÇ, Recai AKYEL, Yusuf Şevki HAKYEMEZ, Yıldız SEFERİNOĞLU, Selahaddin MENTEŞ, İrfan FİDAN, Kenan YAŞAR, Muhterem İNCE, Yılmaz AKÇİL ve Ömer ÇINAR’ın katılımlarıyla 23/7/2024 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantısında öncelikle başvurunun yöntemine uygunluğu sorunu görüşülmüştür.

2. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun’un “*Anayasaya aykırılığın mahkemelerce ileri sürülmesi*” başlıklı 40. maddesinde Anayasa Mahkemesine itiraz yoluyla yapılacak başvurularda izlenecek yöntem düzenlenmiştir. Söz konusu maddenin (1) numaralı fıkrasında bir davaya bakmakta olan mahkemenin bu davada uygulanacak bir kanun veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin hükümlerini Anayasa’ya aykırı görmesi hâlinde veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varması durumunda bu fıkra da sayılan belgeleri dizi listesine bağlayarak Anayasa Mahkemesine göndereceği hükme bağlanmış; anılan fıkranın (a) bendinde “*İptali istenen kuralların Anayasanın hangi maddelerine aykırı olduklarını açıklayan gerekçeli başvuru kararının aslı*” Anayasa Mahkemesine gönderilecek belgeler arasında sayılmıştır. Söz konusu maddenin (4) numaralı fıkrasında ise açık bir şekilde dayanaktan yoksun veya yöntemine uygun olmayan itiraz başvurularının Anayasa Mahkemesi tarafından esas incelemeye geçilmeksizin gerekçeleriyle reddedileceği hükme bağlanmıştır.

3. Anılan İçtüzük’ün 46. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendinde de itiraz yoluna başvuran mahkemenin gerekçeli kararında, Anayasa’ya aykırılıkları ileri sürülen hükümlerin her birinin Anayasa’nın hangi maddelerine hangi nedenlerle aykırı olduğunun ayrı ayrı ve gerekçeleriyle birlikte açıkça gösterilmesi gerektiği ifade edilmiştir.

4. Yine İçtüzük’ün 49. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendinde Anayasa Mahkemesince yapılan ilk incelemede başvuruda eksikliklerin bulunduğu tespit edilirse itiraz yoluna ilişkin işlerde esas incelemeye geçilmeksizin başvurunun reddine karar verileceği, (2) numaralı fıkrasında ise anılan (b) bendi uyarınca verilen kararın itiraz yoluna başvuran mahkemenin eksiklikleri tamamlayarak yeniden başvurmaya engel olmadığı belirtilmiştir.

5. İtiraz yoluna başvuran Mahkeme, 2004 sayılı Kanun’un 72. maddesinin altıncı fıkrasında yer alan “*Borçlu, menfi tesbit davası zımında tedbir kararı almamış ve...*” ve “*...da...*” ibarelerinin iptallerini talep etmiştir. İtiraz konusu kurallarla menfi tespit davasında tedbir kararının alınmaması koşuluyla takip konusu borcun ödenmesi hâlinde menfi tespit davasına istirdat davası olarak devam edileceği öngörülmüştür.

6. Yapılan incelemede itiraz konusu “*...da...*” ibaresinin Anayasa’nın hangi maddelerine hangi nedenlerle aykırı olduğunun ayrı ayrı ve gerekçeleriyle birlikte açıkça gösterilmediği

anlaşılmıştır. Bu itibarla anılan ibareye ilişkin başvurunun yöntemine uygun olmadığından reddi gerekir.

7. Açıklanan nedenle 9/6/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun 18/2/1965 tarihli ve 538 sayılı Kanun'un 43. maddesiyle değiştirilen 72. maddesinin altıncı fıkrasında yer alan;

A. "...da..." ibaresine yönelik itiraz başvurusunun 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 40. maddesinin (4) numaralı fıkrası gereğince yöntemine uygun olmadığından REDDİNE,

B. "*Borçlu, menfi tesbit davası zımında tedbir kararı almamış ve...*" ibaresinin esasının incelenmesine,

OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

III. ESASIN İNCELENMESİ

8. Başvuru kararı ve ekleri, Raportör Elif ÇELİKDEMİR ANKİTCİ tarafından hazırlanan işin esasına ilişkin rapor, itiraz konusu kanun hükmü, dayanan ve ilgili görülen Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

A. Anlam ve Kapsam

9. 2004 sayılı Kanun'un 72. maddesinde menfi tespit ve istirdat davalarına ilişkin hususlar düzenlenmiştir. Anılan maddenin birinci fıkrasına göre borçlu, aleyhine icra takibi başlatılmadan önce veya icra takibi esnasında borçlu olmadığının tespiti amacıyla menfi tespit davası açabilir. Maddenin ikinci fıkrasında icra takibinden önce açılan menfi tespit davasında borçlunun alacağın yüzde on beşinden aşağı olmamak üzere teminat karşılığında mahkemeden icra takibinin durdurulmasına yönelik olarak ihtiyati tedbir kararı verilmesini talep edebileceği belirtilmiştir. Maddenin üçüncü fıkrasında icra takibinden sonra açılan menfi tespit davalarında ihtiyati tedbir yoluyla takibin durdurulmasına karar verilemeyeceği belirtilmişse de ihtiyati tedbir yoluyla icra veznesine yatırılan paranın alacaklıya verilmemesinin istenebileceği öngörülmüştür.

10. Bununla birlikte menfi tespit davasında ihtiyati tedbir kararı alınmamışsa icra takibinin ilerleyen safhasında borçlu haciz tehdidiyle karşı karşıya kalması nedeniyle takip konusu borcu alacaklıya ödemek zorunda bırakılabilir. Söz konusu Kanun'un itiraz konusu kuralın da yer aldığı altıncı fıkrasında borçlunun menfi tespit davası zımında tedbir kararı almamış ve borç da ödenmiş olursa davaya istirdat davası olarak devam edileceği hüküm altına alınmıştır. Anılan fıkra da yer alan "*Borçlu, menfi tesbit davası zımında tedbir kararı almamış ve...*" ibaresi itiraz konusu kuralı oluşturmaktadır.

11. Bu itibarla kurala göre menfi tespit davasının istirdat davasına dönüşebilmesi ancak menfi tespit davası esnasında tedbir kararı alınmamış olması şartına bağlıdır. Diğer bir ifadeyle anılan düzenlemeyle açılan menfi tespit davasına istirdat davası olarak devam edilebilmesi için borçlunun borcunu cebri icra (haciz) tehdidi altında ödemesi koşulu aranmaktadır.

B. İtirazın Gerekçesi

12. Başvuru kararında özetle; itiraz konusu kuralda yer alan şart nedeniyle borçlunun ancak cebri icra tehdidi altında takip borcunu ödemesi hâlinde açılan menfi tespit davasının istirdat davasına dönüşebildiği, menfi tespit davasının reddedilmesi nedeniyle borçlunun alacaklıya karşı genel hükümlere göre sebepsiz zenginleşme davası açması mümkünse de özünde eda davası niteliğinde olan her iki dava türünün de benzer nitelikte olduğu, dolayısıyla mevcut davanın reddedilmesinden sonra borçlunun benzer nitelikteki başka bir davayı açmak zorunda bırakılmasının ve yargılama giderlerinden de sorumlu tutulmasının usul ekonomisiyle

bağdaşmadığı, bu durumun mahkemeye erişim ve mülkiyet haklarına ölçüsüz bir sınırlama öngördüğü belirtilerek kuralın Anayasa'nın 2., 13., 35., 36. ve 141. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

C. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

13. 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesi uyarınca kural, ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 5. maddesi yönünden de incelenmiştir.

14. Anayasa'nın 35. maddesinde "*Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir./ Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir./ Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz.*" denilmektedir. Mülkiyet hakkı; kişiye -başkasının hakkına zarar vermemek ve kanunların koyduğu sınırlamalara uymak koşuluyla- sahibi olduğu şeyi dilediği gibi kullanma, onun üzerinde tasarruf etme ve ürünlerinden yararlanma imkânı veren temel bir haktır.

15. Anayasa'nın 5. maddesinde insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamak devletin temel amaç ve görevleri arasında sayılmıştır. Devlet, kişilerin mülkiyet hakkından tam anlamıyla yararlanabilmeleri ve etkili bir şekilde mülkiyet hakkının korunması amacıyla yasal, idari, mali, yargısal ve diğer önlemleri almak zorundadır.

16. Anayasa'nın 35. maddesinde bir temel hak olarak güvence altına alınan mülkiyet hakkının etkili bir şekilde korunabilmesi yalnızca devletin bu hakka müdahaleden kaçınmasına bağlı değildir. Anayasa'nın 5. ve 35. maddeleri uyarınca devletin mülkiyet hakkının korunmasına ilişkin pozitif yükümlülükleri de bulunmaktadır. Bu kapsamda devletin -özel kişiler arası uyuşmazlıklarla ilgili olsun ya da olmasın- yargı kararlarının uygulanması ve kişilerin alacaklarına kavuşması bakımından etkili bir icra sistemi kurma sorumluluğu bulunmaktadır. Özel kişiler arasındaki uyuşmazlıklarda devletin mülkiyet hakkına ilişkin pozitif yükümlülükleri, karşılıklı hak ve menfaatler dengesine dayanmaktadır. Alacakların icrasına ilişkin süreç bakımından da durum böyledir (AYM, E.2019/11, K.2019/86, 14/11/2019, § 16; *Hesna Funda Baltalı ve Baltalı Gıda Hayvancılık San. ve Tic. Ltd. Şti.* [GK], B. No: 2014/17196, 25/10/2018, § 71; *Eyyüp Boynukara* [1. B.], B. No: 2013/7842, 17/2/2016, §§ 39-41; *Osmanoğlu İnşaat Eğitim Gıda Temizlik Hizmetleri Petrol Ürünleri Sanayi Ticaret Limited Şirketi* [2. B.], B. No: 2014/8649, 15/2/2017, § 44).

17. Alacağın ödenmemesi nedeniyle başlatılan icra takibinde alacaklı ve borçlunun mülkiyet hakkı çatışmaktadır. Devlet cebrî icra sistemini kurarken gerek alacaklının gerekse de borçlu ve ilgili üçüncü kişilerin hak ve menfaatlerini gözetmek, kişilerin mülkiyet haklarının korunması için gerekli tedbirleri almak durumundadır. Buna göre bir yandan alacaklının, mülkiyet hakkı kapsamında bulunan alacağına kavuşması için etkin bir icra yolunun oluşturulması, öte yandan da icradan etkilenen borçlu ve ilgili diğer kişilere, mülkiyet haklarına yapılan müdahalelerin keyfi veya hukuka aykırı olduğunu ileri sürebilmeleri için etkin biçimde itiraz edebilme imkânının tanınması gerekir (AYM, E.2019/11, K.2019/86, 14/11/2019, § 16; *Hesna Funda Baltalı ve Baltalı Gıda Hayvancılık San. ve Tic. Ltd. Şti.*, § 72; *Nihal Soydan* [2. B.], B. No: 2015/3112, 23/1/2019, § 35).

18. Bununla birlikte kanun koyucunun öngördüğü düzenlemelerin menfaatler dengesinin kurulmasında taraflardan biri aleyhine ölçsüzlüğe neden olması mülkiyet hakkı yönünden pozitif yükümlülüklerle bağdaşmayabilir. Bu bağlamda her iki tarafın menfaatlerinin mümkün olduğunca dengelenmesi ve sürecin taraflardan biri aleyhine ölçsüz bir şekilde sonuçlandırılmaması gerekir. Menfaat dengesinin adil bir şekilde kurulup kurulmadığının değerlendirilmesinde ise taraflara tanınan tüm imkânların gözönünde bulundurulması zorunludur (AYM, E.2019/11, K.2019/86, 14/11/2019, § 16).

19. 2004 sayılı Kanun'un 66. maddesinde genel haciz yoluyla başlatılan ilamsız icra takibinde borçlunun borca ya da takibin dayanağı olan senedin altındaki imzaya itiraz etmesi üzerine icra takibinin duracağı öngörülmüştür. Bu durumda alacaklı, takibinin devamını sağlamaya yönelik olarak anılan Kanun'un 68. maddesine göre icra mahkemesinden itirazın kaldırılmasını talep edebileceği gibi borçlu aleyhine itirazın iptali davası da açabilmektedir.

20. Takip sürecinde borçlu da borcunun olmadığını menfi tespit ve istirdat davalarıyla da ortaya koyma imkânına sahiptir. Kanun'un 72. maddesinin birinci fıkrasına göre menfi tespit davası hem icra takibinden önce hem de icra takibi sırasında açılabilir.

21. İcra takibine itirazın ve menfi tespit davasının hem gerçekte borçlu olmayanların bir icra takibi nedeniyle ödeme yapmak zorunda kalmamalarını hem de icra takibinin sürüncemede bırakılmamasını ve bu suretle alacaklının alacağına kavuşmasını sağlamayı hedefleyen hukuki kurumlar olarak düzenlendiği görülmektedir. Menfi tespit davasının icra takibinden önce açılması durumunda, davacı olan borçlu belirli bir teminat karşılığında mahkemeden icra takibinin durdurulmasını talep edebilmektedir. İcra takibinden sonra açılan menfi tespit davasında icra takibinin durdurulmasına karar verilememekte ise de gerekli teminatın icra veznesine yatırılması hâlinde icra veznesindeki paranın alacaklıya ödenmemesi yönünde tedbir kararının alınması mümkündür (bkz. § 9).

22. İtiraz konusu kuralla, menfi tespit davası sırasında tedbir kararı alınmaması sebebiyle borcun ödenmesi durumunda davaya istirdat davası olarak devam edileceği öngörülerek borçlunun ödediği paranın yeni bir dava açmaksızın iadesini sağlayacak bir imkân sağlanmıştır. İcra takibinden sonra açılan menfi tespit davalarının istirdat davasına dönüşmesi için sadece borcun ödenmesi değil aynı zamanda dava sırasında tedbir kararı alınmayarak ödemenin ancak cebri icra tehdidi altında yapılması gerektiği öngörülerek borçlu ile alacaklının menfaatlerinin dengelenmesi amaçlanmakta olup menfi tespit davasının istirdat davasına dönüşme koşullarının belirlenmesi kanun koyucunun takdirindedir. Borçlunun menfi tespit davası açmadığı hâlde ise takibe itiraz etmemesi veya itirazının kaldırılmış olması nedeniyle borçlu olmadığı bir parayı tamamen ödemek zorunda kalması durumunda borçlu, bir yıl içinde genel hükümler çerçevesinde mahkemeye başvurarak ödenen meblağın iadesini doğrudan istirdat davası açarak talep edebilmektedir.

23. Bu bağlamda anılan hükümlerle bir yandan alacaklı yönünden icra takip sürecinin işlevsiz kalmaması amacıyla gerekli düzenlemeler yapılırken borçlu açısından takip konusu borcun öngörülebilirliği sağlanarak borçlunun mülkiyet hakkına yönelik müdahalelerin keyfi veya hukuka aykırı olduğunu ileri sürebileceği hukuksal mekanizmaların oluşturulduğu görülmektedir.

24. Bu kapsamda söz konusu düzenlemelerle bir bütün olarak mülkiyet hakkı bağlamında tarafların çatışan menfaatlerinin dengelendiği görülmekte olup alacaklı ve borçlu arasındaki makul dengeyi bozmadığı anlaşılan kuralda devletin mülkiyet hakkından kaynaklanan pozitif yükümlülükleriyle çelişen bir yön bulunmamaktadır.

25. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 5. ve 35. maddelerine aykırı değildir. İtirazın reddi gerekir.

Kenan YAŞAR bu görüşe katılmamıştır.

Kuralın Anayasa'nın 2., 36. ve 141. maddelerine de aykırı olduğu ileri sürülmüş ise de bu bağlamda belirtilen hususların Anayasa'nın 5. ve 35. maddeleri kapsamında ele alınmış olması nedeniyle Anayasa'nın 2., 36. ve 141. maddeleri yönünden ayrıca bir inceleme yapılmasına gerek görülmemiştir.

Kuralın Anayasa'nın 13. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

IV. HÜKÜM

9/6/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun 18/2/1965 tarihli ve 538 sayılı Kanun'un 43. maddesiyle değiştirilen 72. maddesinin altıncı fıkrasında yer alan "*Borçlu, menfi tesbit davası zımmında tedbir kararı almamış ve...*" ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, Kenan YAŞAR'ın karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA 22/4/2025 tarihinde karar verildi.

Başkan
Kadir ÖZKAYA

Başkanvekili
Hasan Tahsin GÖKCAN

Başkanvekili
Basri BAĞCI

Üye
Engin YILDIRIM

Üye
Rıdvan GÜLEÇ

Üye
Recai AKYEL

Üye
Yusuf Şevki HAKYEMEZ

Üye
Yıldız SEFERİNOĞLU

Üye
Selahaddin MENTEŞ

Üye
İrfan FİDAN

Üye
Kenan YAŞAR

Üye
Yılmaz AKÇİL

Üye
Ömer ÇINAR

Üye
Metin KIRATLI

KARŞIOY GEREKÇESİ

1. Başvuruya konu kuralla, açılan menfi tesbit davasında tedbir kararı alınmadan borcun ödenmiş olması halinde davaya istirdat davası olarak devam edilmesi öngörülmektedir. Diğer bir ifadeyle anılan düzenlemeyle açılan menfi tespit davasının istirdat davası olarak devam edilebilmesi için borçlunun borcunu cebri icra (haciz) tehdidi altında ödemesi koşulu aranmaktadır. Kural tedbir

kararının olması durumunda borç ödeyen kişinin menfi tespit davasına istirdat davası olarak devam etmesini dışlamaktadır.

2. Mahkememiz çoğunluğu, kuralın Anayasaya aykırı olmadığı tespiti ile iptal talebinin reddine karar vermiştir. Aşağıda açıklanacak sebeplerle çoğunluk kararına iştirak edilmemiştir.

3. İcra ve İflas Kanunu'nun 72. maddesinde yer alan, "Borçlu, menfi tespit davası zımında tedbir kararı almamış ve borç da ödenmiş olursa, davaya istirdat davası olarak devam edilir." hükmü, Anayasa'ya aykırıdır. Özellikle, tedbir kararı verilmiş olması durumunda borçlunun menfi tespit davasına devam edememesi, Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen hak arama özgürlüğü ilkesine açıkça aykırıdır.

4. Anayasa'nın 36. maddesi, herkesin etkili bir şekilde hakkını arama hakkına sahip olduğunu belirtmektedir. Burada, menfi tespit davası açan borçlu, icra takibine karşı yasal bir savunma geliştirme hakkına sahiptir. Ancak, tedbir kararı verilmiş olması nedeniyle, borçlu davasına istirdat davası olarak devam edememekte ve ödediği parayı geri alabilmek için ayrı bir dava açmaya zorlanmaktadır. Kişinin ayrı bir davaya zorlanıyor olması yeni bir külfet olarak nitelendirilebilecektir. (benzer yönde değerlendirme için bkz. *Farmasol Tıbbi Ürünler Sanayi ve Ticaret A.Ş. (2)*, § 49). Bu durum, borçlunun hak arama özgürlüğünü kısıtlamakta ve borçlunun adil yargılanma hakkını ihlal etmektedir.

5. Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan *ölçülülük ilkesi*; elverişlilik, gereklilik ve orantılılık olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. *Elverişlilik* öngörülen sınırlamanın ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirmeye elverişli olmasını, *gereklilik* ulaşılmak istenen amaç bakımından sınırlamanın zorunlu olmasını, diğer bir ifadeyle aynı amaca daha hafif bir sınırlama ile ulaşılmamasının mümkün olmamasını, *orantılılık* ise hakka getirilen sınırlama ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir dengenin gözetilmesi gerekliliğini ifade etmektedir (AYM, E.2011/111, K.2012/56, 11/4/2012; E.2014/176, K.2015/53, 27/5/2015; E.2016/13, K.2016/127, 22/6/2016, § 18; *Mehmet Akdoğan ve diğerleri*, § 38).

6. Ölçülülük ilkesi çerçevesinde değerlendirildiğinde, tedbir kararının verilmiş olması halinde borcun ödenmesi ile menfi tespit davasının istirdat davasına dönüştürülmemesi, borçlu aleyhine bir ağırlık yaratmaktadır. Borçlu, ödediği parayı geri almak için ayrı bir dava açmak zorunda bırakılmakta, bu durum borçluyu fazladan bir yargı süreciyle karşı karşıya getirmektedir.

7. Ölçülülük ilkesinin gereklilik alt unsuru, kamu yararının daha hafif araçlarla sağlanıp sağlanamayacağının araştırılmasını gerektirir. İcra takibinin istismarını önlemek gibi meşru bir amaç için borçlunun menfi tespit davasına istirdat davası olarak devam edebilmesi yalnızca "tedbir kararı olmadan ödemiş olması" koşuluna bağlanmıştır. Ancak bu koşullar dışında kalan, örneğin alacaklının tehditkâr baskısıyla veya ticari zararı önlemek için ödeme yapmış olması durumunda borçlunun davasına devam edememesi, daha az sınırlayıcı bir yol varken aşırı sınırlama anlamına gelmektedir. Bu sebeple kural, gereklilik ölçütüne uygun değildir.

8. Borçlunun talebi üzerine mahkemece teminat karşılığında tedbir kararı verilmesi ve fakat borçlunun teminat yatıramadığından tedbir kararının uygulanamaması durumunda da bir belirsizlik söz konusu olabilir.

9. Bu durum gereksiz bir kısıtlama ve orantısız bir müdahale anlamına gelir. Ölçülülük ilkesi, müdahalenin amacına uygun ve orantılı olmasını gerektirmektedir; burada ise tedbir kararının borçluya sağladığı koruma, aksine onun hakkını etkili bir şekilde aramasına engel olmaktadır.

10. Ayrıca, adaletin erişilebilirliği ve etkili bir şekilde hakkını arama ilkeleri gereği, borçluya, ödediği parayı geri alma imkânı sağlamanın daha hızlı ve etkili bir yolu olması gerekirken, menfi tespit davasına devam etme hakkının kısıtlanması, adaletin sağlanması açısından haksız ve gereksiz bir engel oluşturmaktadır.

11. Kural borçluyu borcun iadesi için tekrar genel hükümlere dayanarak sebepsiz zenginleşme davası açmaya zorlanmaktadır. Davacının aynı hukuki olay nedeniyle benzer içerikte ikinci bir dava açmaya zorlanması hem yargı kaynaklarını israf etmekte hem de kişiyi fazladan dava ve harç yükü altına sokmaktadır. Bu durum hem usul ekonomisini zedelemekte hem de bireyin mahkemeye erişimini fiilen güçleştirmektedir.

12. İstirdat davası ile sebepsiz zenginleşme davası, haksız ödemelerin iadesine yönelik iki farklı yoldur. Ancak ispat yükü bakımından davacı açısından daha avantajlı olan istirdat davasıdır.

13. Örneğin: A, B hakkında icra takibi yapar. B, borçlu olmadığını iddia ederek menfi tespit davası açar, dava devam ederken borcu öderse, davayı istirdat davasına dönüştürebilmesi durumunda B (davacı) sadece borçlu olmadığını ispat etmekle yükümlüdür.

14. Oysa sebepsiz zenginleşme davası açmak zorunda kalması halinde B hem ödemeyi yaptığını hem A'nın zenginleştiğini hem de hukuki bir sebebin olmadığını ispat etmek zorundadır. Kısacası iki davadan; dar ve daha net bir ispat külfeti taşıyan istirdat davası, davacı bakımından daha avantajlıdır. Tedbir kararı alınmadan bu avantajdan yararlanabilen borçlunun tedbir kararı olması durumunda bu imkândan mahrum bırakılmasının herhangi bir meşru amacı da yoktur.

15. Kısacası kural, borçlunun ancak cebri icra tehdidiyle yaptığı ödeme durumunda menfi tespit davasının istirdat davasına dönüşmesine izin vermektedir. Cebri icra dışındaki zorlayıcı nedenlerle yapılan ödemelerde ise borçlu, menfi tespit davasına istirdat olarak devam edememekte, sadece sebepsiz zenginleşme davası açabilmektedir. Ancak her iki dava da esasında eda davası olup benzer niteliktedir. Bu nedenle, borçlunun davası reddedildikten sonra yeniden dava açmaya ve yargılama giderine katlanmaya zorlanması usul ekonomisine aykırı olup, mahkemeye erişim ve mülkiyet haklarına ölçüsüz müdahale oluşturmaktadır. Tüm bu sebeplerle, kuralın Anayasa'nın 2., 13., 35. ve 36. maddelerine aykırı olduğu kanaatiyle çoğunluk görüşüne iştirak edilmemiştir.

Üye

Kenan YAŞAR