

İHALENİN FESHİ HAKKINDA 7343 SAYILI KANUNLA YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER VE BUNLARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

Kudret ASLAN*

ÖZET

7343 sayılı Kanunla, İcra ve İflas Kanunu'nun ihalenin feshine ilişkin hükümlerinde önemli değişiklikler yapılmıştır. Bu bağlamda, talepte bulunacak kişiler, sadece tapu sicilindeki ilgililerle sınırlı tutulmamış, mahcuzun resmi sicilde kayıtlı bulunan ilgilileri ve sınırlı ayni hak sahipleri de bunlara ilave edilmiş, böylece ihalenin feshini talep edebilecek olanların kapsamı isabetli olarak genişletilmiştir. İhalenin feshini talep edebilecek bazı kimseler bakımından, yarısı peşin olmak üzere nispi harç ödeme zorunluluğu getirilmiş, talebin reddi halinde dahi, kalan harcın nispi olarak ödenmesi zorunluluğu kabul edilmiştir. Ayrıca harç ödemek zorunda olan kişiler bakımından, ihale bedelinin yüzde beşi oranında teminat gösterme zorunluluğu da kabul edilmiştir. Harç ödeme ve teminat gösterme zorunluluğu, özellikle pey sürerek ihaleye katılan ve ihalenin feshini isteyen kişiler bakımından uygulama alanı bulacaktır. Üstelik bu kişiler, ihalenin feshi talebi esastan ya da feragat nedeniyle reddedilirse, ihale bedelinin yüzde onuna kadar para cezasına da mahkûm edilebilecektir. Bir tepki hükmü mahiyetini taşıyan bu hükümler ve yaptırımlar, ihalenin feshi taleplerinin kötüye kullanılmasına, ihalenin ve icra takibinin sürüncemede bırakılmasına engel olma amacı taşımaları noktasında savunulabilir. Ancak diğer taraftan, söz konusu hükümlerle getirilen düzenlemelerin, ölçülülük ilkesiyle bağdaşmadıkları ve hak arama özgürlüğü ve adalete erişimin önünde potansiyel bir engel oluşturdukları da söylenebilir.

Anahtar Kelimeler: 7343 Sayılı Kanun, İhalenin Feshi, İhale, İcra ve İflas Kanunu, İcra ve İflas Hukuku.

TERMINATION OF THE TENDER AMENDMENTS MADE THROUGH LAW NO 7343 AND THEIR EVALUATION

ABSTRACT

With Law No. 7343, significant amendments were made in the provisions of the Execution and Bankruptcy Law regarding the termination of the tender. In this context, individuals who will make the request are not limited to the persons in the land registry but also the persons registered in the official registry and the limited real rights holders, thus expanding the scope of those who can request the termination of the tender. Regarding for some individuals who might demand the termination of the tender, an obligation to pay a proportional fee, half of which is in advance, has been introduced, and even in the case of rejection of the request, the obligation to pay the remaining fee proportionally has been accepted. In addition, the obligation to provide security for costs of five per cent of the tender price has been accepted for those who have to pay fees. The obligation to pay fees and show security for costs will find

* Doç. Dr., TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı / ANKARA, e-posta: k.aslan@etu.edu.tr, ORCID: 0000-0002-5689-9778

DOI: 10.34246/ahbvuhfd.1131434

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 15/06/2022

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 12/10/2022

application, especially in terms of those who participate in the tender by plowing and requesting the tender's termination. Moreover, these individuals may be sentenced to a fine of up to ten per cent of the tender price if the request for termination of the tender is rejected on the merits or due to a waiver. These provisions and sanctions, which are in the nature of a response provision, can be defended to prevent the misuse of requests for termination of the tender and the procrastination of the tender and enforcement proceedings. But, on the other hand, it can be said that the regulations introduced by the abovementioned provisions are incompatible with the principle of proportionality and constitute a potential obstacle to the right to seek justice and access to justice.

Keywords: Law No. 7343, Termination of the tender, tender, Code of Enforcement and Bankruptcy, enforcement and bankruptcy law.

GİRİŞ

7343 Sayılı İcra ve İflas Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun¹, İcra ve İflas Kanunu'nda bazı önemli değişiklikler yapmıştır. Yapılan değişikliklerden bir kısmı "ihalenin feshi" hakkındadır. Söz konusu kanun ile ihalenin feshi kurumu bütünüyle değiştirilmese bile, çok önemli düzenlemeler yapılmış, ilgili maddelere yeni hükümler eklenmiştir. Aşağıda ayrıntılı olarak incelendiği üzere burada kısaca ifade etmek gerekirse, ihalenin feshini isteyebilecek olanlar, ihalenin feshini isteyen bazı kişilerin harç ve teminat yatırması ve para cezası ödemesi, ihalenin feshini isteme süresi ve ihalenin sonuçlarına² ilişkin hükümlerde önemli değişiklikler yapılmıştır. Bu çalışmada esas olarak yapılan değişiklikler ele alınmaktadır.

Bilindiği üzere ihalenin feshi, bir kamusal işlem³ olan cebri artırma ve ihalenin hukuka uygun olup olmadığını şikâyet üzerine denetleyen icra mahkemesinin, işlemin geçerliliğini etkileyen bir sakatlık (yolsuzluk) saptaması halinde, bu cebri icra işlemi iptal etmesidir⁴. Bir başka ifadeyle, ihalenin feshinde devletin cebri icra organı tarafından yapılan ihale işleminde,

¹ Bkz. RG. 30.11.2021, S. 31675.

² İnceleme konumuz "ihalenin feshi" ile sınırlı tutulduğu için, İİK m. 134'de ihalenin sonuçlarına ilişkin olarak yapılan değişiklikler üzerinde durulmamıştır. Ancak yapılan değişikliklerin kısaca belirtilmesinde yarar vardır. 7343 sayılı kanunla İİK m. 134/1'e eklenen yeni hükme göre "İhale alıcısının talebi üzerine icra dairesi, satışı yapılan taşınmazda kira sözleşmesine bağlı olarak oturan kişiye kira bedelini, diğer hâllerde ise taşınmazı kullanan kişiye bilirkişi marifetiyle tespit edilen aylık kullanım bedelini icra dairesine yatırmasını emreder. İlgili, ihtara rağmen kirayı veya belirlenen bedeli icra dairesine yatırmazsa hakkında 356 ncı madde hükmü kıyasen uygulanır. Bu şekilde depo edilen bedel, ihalenin sonucuna göre hak sahibine ödenir". Yine İİK m. 134 hükmünün 7343 sayılı kanunla değişik dokuzuncu fıkrasına göre "İhale kesinleşmedikçe ve ihale konusu mal alıcıya teslim edilmedikçe veya teslim hazır hale getirilmedikçe ihale bedeli alacaklılara ödenmez. İhale konusu malın teslim edilemeyeceği veya teslim hazır hale getirilemeyeceği durumlarda ihale icra müdürü tarafından iptal olunarak ihale bedeli alıcısına ödenir". Yine ihalenin sonucuyla bağlantılı olarak İİK m. 135/2 hükmüne eklenen hükme göre taşınmazın ihale alıcısı adına tescilinden sonra henüz tahliye yapılmadan taşınmazı ihale alıcısından satın alan da bu fıkra gereğince tahliye isteme hakkına sahiptir".

³ Ramazan Arslan, *İcra İflas Hukukunda İhale ve İhalenin Feshi*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1984, s. 52 vd.

⁴ Arslan, s. 73; Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz/Sema Taşpınar Ayvaz/Emel Hanağası, *İcra ve İflas Hukuku*, 7. B., Yetkin Yayınları, 2021, s. 349; Ömer Çon, *İhalenin Feshi*, Yetkin Yayınları, 2021, s. 6.

fesih sebeplerinden birinin bulunduğu iddiasıyla söz konusu ihale işleminin iptali istenir. Cebri icra yoluyla yapılan açık artırma ile satış, adi bir satış sözleşmesi olarak nitelendirilemez⁵. Bu nedenle, cebri icra satışlarının feshi de cebri icra hukuku kurallarına göre olmalıdır⁶. İhaleinin feshi kurumu da İİK'na bu amaçla konulmuştur.

İhaleinin hangi sebeplerle feshinin istenebileceği İİK m. 134'de açıkça düzenlenmemiş, TBK m. 281'deki sebeplere atıf yapılmıştır⁷. Buna göre, satışa hazırlık işlemleri öncesinde ve hazırlık işlemlerinde usulsüzlük, artırmanın ve ihaleinin yapılmasında usulsüzlük, kanuna ve ahlaka aykırı bir şekilde ihaleye fesat karıştırılmış olması ve alıcının malın esaslı özelliklerinde yanıltılmış olması, ihaleinin feshi nedeni teşkil etmektedir⁸.

İhaleinin feshi şikâyet yoluyla icra mahkemesinden istenmektedir. Şikâyetin hukuki niteliği tartışmalı⁹ ise de, kanımızca da şikâyet teknik anlamda bir dava olmayıp, icra ve iflas hukukunda düzenlenmiş kendine özgü bir hukuki çaredir¹⁰. Bu nedenle ihaleinin feshi de (uygulamada hatalı olarak kullanıldığı gibi) bir dava olarak nitelendirilemez¹¹. Zira şikâyetin kendisi hukuki nitelik olarak bir dava olmadığına göre, şikâyet usulüne tabi olan ihaleinin feshi de teknik anlamda bir dava olamaz.

İhaleinin feshine ilişkin hükümler her ne kadar taşınmazların paraya çevrilmesine¹² ilişkin hükümler arasında yer almakta ise de, bu hükümlerin taşınır mallara ilişkin ihaleinin feshi bakımından da geçerli olduğunu belirtmek gerekir¹³.

Bu kısa açıklamadan sonra belirtmek gerekir ki, 7343 sayılı Kanun, ihaleinin feshine ilişkin bütün hükümlerde değişiklik yapmadığı için, biz de sadece değişiklik yapılan hükümleri inceleyeceğiz. Söz konusu değişikliklerin aşağıdaki şekilde tasnif edilerek

⁵ Arslan, s. 54 vd., s. 157; Sıtkı Akyazan, *Cebri İcrada İhale ve İhaleinin Feshi*, Kurtulmuş Matbaası, 1959, s. 74, 76; Sabri Şakir Ansay, *Hukuk İcra ve İflas Usulleri*, 4. B., İstiklal Matbaacılık, 1960, s. 160; Mustafa Reşit Belgesay, *İcra ve İflas Kanunu Şerhi*, 4. B., Sıralar Matbaası, 1954, s. 300; İlhan Postacioğlu, *İcra Hukuku Esasları*, 4. B., Fakülteler Matbaası, 1982, 443; Saim Üstündağ, *İcra Hukukunun Esasları*, 7. B., Nesil Matbaacılık, 2000, s. 293; Mine Erturgut, *İcra ve İflas Hukukunda Menkullerin Paraya Çevrilmesi*, Yetkin Yayınları, 2000, s. 33; Mert Namı, *İcra Hukukunda Taşınmazların Haczi ve Paraya Çevrilmesi*, On İki Levha Yayıncılık, 2019, s. 322 vd.; Murat Dönmez, *İcra ve İflas Hukukunda Taşınmaz Malların Paraya Çevrilmesi*, Vedat Kitapçılık, 2010, s. 9.

⁶ Baki Kuru, *İcra ve İflas Hukuku El Kitabı*. 2. B., Adalet Yayınevi, 2013, s. 700; Arslan, s. 157.

⁷ Çon, s.29.

⁸ İhaleinin feshi sebepleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Kuru, s. 701 vd.; Üstündağ, s. 342 vd.; Arslan, s. 76 vd.; Timuçin Muşul, *İcra ve İflas Hukukunda İhale ve İhaleinin Feshi*, 1. B., Adalet Yayınevi, 2016, s. 336 vd.; Timuçin Muşul, *İcra ve İflas Hukuku*, 4. B., Yetkin Yayınları, 2010, s. 737 cd.; Çon, s. 30 vd.; Dönmez, s. 403 vd.

⁹ Bu konudaki görüşler hakkında ayrıntı için bkz. Hakan Pekcanitez/Cemil Simil, (2017). *İcra-İflas Hukukunda Şikâyet*, 2. B., Vedat Kitapçılık, 2017, s. 12 vd.

¹⁰ Pekcanitez/Simil, s. 39-40.

¹¹ Arslan, s. 157, 184; Çon, s. 18.

¹² Bu konuda geniş bilgi için bkz. Namı, s. 129 vd.

¹³ Arslan, s. 74

incelenmesi mümkündür.

I. İHALENİN FESHİNİ İSTEYEBİLECEK OLANLAR BAKIMINDAN YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER

7343 sayılı Kanununun 27 nci maddesiyle İİK'nun 134 üncü maddesinin ikinci fıkrasında değişiklik yapılmıştır. Yapılan değişikliğe göre, artık *ihalenin feshini, mahcuzun resmî sicilinde kayıtlı olan ilgilileri ve sınırlı ayni hak sahipleri* isteyebilecektir.

İhalenin feshini eskiden olduğu gibi yine satış isteyen alacaklı, borçlu ve pey sürmek suretiyle ihaleye iştirak edenler¹⁴ de talep edebilecektir¹⁵. Bu konularda herhangi bir değişiklik yapılmamıştır. Yapılan değişiklik, hükmün eski halinde geçen “tapu sicilineki ilgililer” ifadesinin, “mahcuzun resmi siciline kayıtlı olan ilgililer” şeklinde değiştirilmiş olması ve ayrıca “ve sınırlı ayni hak sahipleri” ibaresinin hükme eklenmiş olmasıdır.

Bu değişiklik sonrası oluşan hükmün yeni haline göre, ihalenin feshini isteyebilecek olanların¹⁶ kapsamı genişletilmiş olmaktadır. Kanaatimizce bu değişiklik, yerinde ve isabetlidir. Değişiklik öncesi ihalenin feshi bakımından sadece tapu sicilineki ilgililerin dikkate alınması, diğer resmi sicillerin dikkate alınmaması doğru bir düzenleme değildi ve doktrinde eşitlik ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle eleştirilmekteydi¹⁷. Hükmün yeni haline göre artık sadece tapu sicilineki ilgililer değil, trafik sicili, gemi sicili, marka ve patent sicili gibi diğer resmi sicillerdeki ilgililer de ihalenin feshini talep edebilecektir¹⁸.

Bunun yanında, sınırlı ayni hak sahiplerinin de ihalenin feshini talep edebileceği isabetli bir şekilde açıkça düzenlenmiş bulunmaktadır. Sınırlı ayni hak sahiplerinin de ihalenin feshini isteyebilmesi için, söz konusu hakkın sicile kayıtlı olması şarttır. Sicile kayıtlı olmayan sınırlı ayni hak sahipleri, ihalenin feshini talep edemeyecektir. Zira İİK m. 134/2

¹⁴ Alacaklı, borçlu ve pey sürerek ihaleye iştirak edenlerin ihalenin feshini talep etmeleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Erdönmez, s. 361 vd.; Arslan, s. 163 vd.; Muşul, s. 417 vd.; Çon, s. 91 vd.

¹⁵ İhalenin feshini talep edebilecek olanlar Kanunda sınırlı olarak düzenlenmiştir. Kanunda kullanılan “yalnız” ifadesi bu konuda genişletici bir yoruma engel teşkil etmektedir. Bkz. Güray Erdönmez, “İcra ve İflas Hukukunda İhalenin Feshini İsteyebilecek Kişiler”, *Legal Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi*, 4 (10), 2008, s. 358 vd.; Bilgehan Yeşilova, “İcra ve İflas Kanunu’na Göre Taşınırın Açık Artırma Yoluyla Satışında İhalenin Feshinin Ancak Kimlerce Talep Edilebileceğine İlişkin Bazı Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi”, Emel Hanağası/Mustafa Göksu (Ed.), *Prof. Dr. Ramazan Arslan’a Armağan*, C. 2, Yetkin Yayınları, 2015, s. 1798; Kuru, s. 711; Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/ Meral Sungurtekin Özkan/Muhammet Özekes, *İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı*, 7. B., On İki Levha Yayıncılık, 2020, s. 232; Muşul, İcra, s. 744; Muşul, s. 400; Çon, s. 90; Dönmez, s. 442 vd. Yargıtay da bu görüştedir. Örneğin bkz. Y. 12. HD. 23.6.2021, 6025/6869, <<https://www.corpus.com.tr/#!/Yargitay>> Erişim Tarihi: 10.6.2022. Ancak İsviçre hukukunda, ihalenin feshini isteyebilecek kişiler sınırlı olarak düzenlenmemiştir; her somut olaya göre feshi isteyen kişinin hukuki yararı olup olmadığına göre sonuca gidilmektedir. Bu açıdan hukukumuzda ihalenin feshini talep edenlerin sınırlı olarak düzenlenmesi, hak kayıplarına neden olabileceği için eleştirilebilir. Bkz. Erdönmez, s. 359 vd.

¹⁶ Bu konuda geniş bilgi için bkz. Arslan, s. 161 vd.; Üstündağ, s. 346 vd., Çon, 90 vd.

¹⁷ Bkz. Erdönmez, s. 359 vd.; Yeşilova, s. 1790 vd.

¹⁸ Murat Atalı/İbrahim Ermenek/Ersin Erdoğan, *İcra ve İflas Hukuku*, 5. B., Yetkin Yayınları, 2022, s. 323.

hükmünde açıkça “*mahcuzun resmî sicilinde kayıtlı olan ilgilileri ve sınırlı ayni hak sahipleri*” şeklinde bir düzenleme yapılmıştır. Bu hükümde geçen “resmi sicile kayıtlı olma” şartını sadece “ilgililer” bakımından değil, sınırlı ayni hak sahipleri bakımından da aramak gerekecektir. Esasen sicile kayıtlı olan sınırlı ayni hak sahipleri tapu sicilindeki ilgililerin kapsamına dahil olacağından, ihalenin feshini de talep edebilecektir. Bu bağlamda, intifa hakkı, sükna hakkı sahipleri ile ipotekli alacaklılar, ihalenin feshini talep edebilecektir. Ancak sınırlı ayni hak sahiplerinin ihalenin feshini isteyebilmeleri için, ayni hakkın geçerli olarak kurulmuş ve bu hakları ileri sürme yetkisinin ihaleden önce sona ermemiş olması gerekir. Fakat belirtmek gerekir ki, ayni hakkın geçerliliği dava konusu yapılmış olsa bile, tapu kaydının gerçeği yansıtmadığı bir mahkeme kararıyla ortaya konmadıkça, tapu sicilinde hak sahibi görünen kişi ihalenin feshini talep edebilecektir. Kuşkusuz, fesih sebebinin, sınırlı ayni hak sahiplerinin menfaatlerini etkilemesi de gerekir¹⁹. Ayrıca belirtmek gerekir ki, özellikle taşınır üzerinde kurulan ve bir sicile kayıtlı olmayan sınırlı ayni hak sahipleri, ihalenin feshini talep edemeyecektir. Çünkü biraz önce de belirtildiği gibi getirilen yeni düzenlemeye göre ancak mahcuzun resmi sicilinde kayıtlı olan sınırlı ayni hak sahipleri ihalenin feshini talep edebilmektedir. Oysa yapılan düzenlemenin, sicile kayıtlı olmayan taşınır üzerindeki sınırlı ayni hak sahiplerini de kapsamına alması daha isabetli olurdu.

Tapu sicilindeki ilgililere²⁰ örnek olarak; ipotek alacaklıları, irtifak hakkı sahipleri, aynı borçlu aleyhine icra takibi yaptığı dosyadan satış istemiş olsa bile haciz alacaklıları, paylı mülkiyet satışında taşınmazın diğer paydaşları, taşınmazın mülkiyetinin bir kısmını iktisap etmiş olanlar²¹, tapu siciline şerh verilmiş ön alım, alım ve geri alım hakkı sahipleri ile tapu siciline şerh²² verilmiş olan taşınmaz satış vaadi alacaklısı, ihtiyati haciz sahibi alacaklılar²³, cebri satışı da önleyecek şekilde lehine ihtiyati tedbir²⁴ kararı almış olan kişiler verilebilir²⁵.

¹⁹ Bu konuda bkz. Erdönmez, s. 376.

²⁰ Yargıtay’a göre tapu sicilindeki ilgililerin saptanmasında ihale tarihi esas alınmalıdır. Örneğin bkz. Y. 12. HD. 8.2.2016, 669/2977, <<https://www.corpus.com.tr/#!/Yargitay>> Erişim Tarihi: 9.6.2022.

²¹ “... Somut olayda, ihale konusu taşınmazın tapu kaydının incelenmesinde, şikâyetçinin, satış tarihinden önce ihale konusu taşınmazın 4/160 hissesini 27.12.2005 tarihinde satış yolu ile iktisap ettiği görülmektedir. Bu durumda şikâyetçi, İİK’nun 134/2. maddesi gereğince ihalenin feshini isteyebilecek tapu sicilindeki ilgili sıfatını haiz olup aktif husumet ehliyeti bulunmaktadır...” Y. 12. HD. 27.4.2016, 167/12445, <<https://www.corpus.com.tr/#!/Yargitay>> Erişim Tarihi: 10.6.2022.

²² Kişisel haklar tapu siciline şerh verilmemiş ise ihalenin feshini isteme yetkisi vermez. Tapu siciline şerh verilmeleri halinde ise, ayni hak değişikliği meydana getirip getirmediklerine bakılmaksızın, bu haklara sahip olanlar, hukuki yararları bulunmak kaydıyla ihalenin feshini talep edebilir. Erdönmez, s. 379-380; Kuru, s. 712-713.

²³ Erdönmez, s. 381-382; Semih Öktemer, “İhalenin Feshi Davasını Açma Hakkı”, *Yargıtay Dergisi*, 18 (3), 1992, s. 403.

²⁴ İhaleden önce alınmış ve tapu siciline şerh verilmiş olan ihtiyati tedbiri koyduranın, ihalenin feshini isteyebilmesi için, tedbir kararında mutlaka satışı engelleyecek ibaresinin bulunmasının gerekli olup olmadığı hususu tartışmalıdır. Kanaatimizce de, ihtiyati tedbir kararında, hacizli malın cebri icra yoluyla satışının

Bu bağlamda özellikle, taşınmazın ihalesi farklı bir takip dosyasından yapılsa bile, taşınmaz üzerine haciz koydurmuş olan alacaklı, tapu sicilindeki ilgili sayılacağından ihalenin feshini talep edebilecektir²⁶.

Öte yandan, Yargıtay'a göre, tapu sicilindeki ilgililerden, tapu sicil kaydında yazılı olan ve tapu sicil kaydının incelenmesi ile görülebilen kişiler anlaşılmalıdır. Nitekim Yargıtay'ın bir kararına göre; "*...İhale öncesinde tapuya tescil yapılmadan kesinleşmiş mahkeme kararı ile TMK'nın 705. maddesi uyarınca taşınmaz mülkiyetini kazanan kişi İİK'nın 134. maddesinin 2. fıkrasında belirtilen" tapu sicilindeki ilgili" konumunda olmadığından ihalenin feshini isteme hakkı yoktur. Ancak bu kişi TMK'nın 705. maddesi uyarınca mülkiyet hakkına sahip olduğundan maddi hukuktan kaynaklanan bu hakkına dayanarak genel mahkemelerde TMK'nın 1025. maddesine göre yolsuz tescil hukuksal nedenine dayanarak genel mahkemelerde tapu iptali ve tescil davası açabilirler. TMK'nın 705. maddesinin 2. fıkrası mahkeme kararı ile tescilden önce taşınmazın mülkiyetini kazanan yeni malikin tasarruf işlemleri yapabilmesini mülkiyetin tapu kütüğüne tescil edilmiş olmasına bağlamıştır...*"²⁷.

Bu kararda da vurgulandığı üzere, Yargıtay'a göre, "tapu sicilindeki ilgililer" ifadesinin kapsamına, tapu sicilinde tescil edilmemiş mülkiyet veya sınırlı aynı hak sahipleri

önlenmesine şeklinde bir kayıt bulunmasa dahi, ihalenin feshini isteyebilmesi gerekir. Bu konudaki görüşler ve Yargıtay uygulaması için bkz. Muhammet Özekes, "Üzerinde İhtiyati Tedbir Bulunan Bir Gayrimenkulün Cebrî İcra Yoluyla Satışı Sorunu", *GSÜHFD, (1), Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan*, 2002, s. 533 vd.; Erdönmez, s. 382 vd.

²⁵ Örneğin bkz. Y. 12. HD. 23.6.2021, 6025/6869, <<https://www.corpus.com.tr/#!/Yargitay>> Erişim Tarihi 10.6.2022. Bu konuda ayrıca bkz. Kuru, s. 712-713; Arslan, s. 166-167; Erdönmez, s. 377 vd.; Muşul, s. 421 vd.; Çon, s. 96 vd.

²⁶ Örneğin bkz. "*... Somut olayda; ihale konusu taşınmazların tapu kaydının incelenmesinde; şikâyetçi adına (alacaklı sıfatıyla) ... İcra Müdürlüğü'nün 2014/451 Esas sayılı dosyasından konulan 14.01.2014 ile 22.01.2014 tarihli hacizlerin bulunduğu görülmektedir. Bu durumda şikâyetçi haciz alacaklısı konumunda olup, İİK'nın 134/2. maddesi gereğince ihalenin feshini isteyebilecek tapudaki ilgililerdendir. İhaleden önce, menkul hükmünde olan ve satışı yapılan menkuller hakkında, kendi dosyasından satış isteminde bulunmayan haciz alacaklısının, ihalenin feshi davası açmasına yasal imkân yok ise de, bu hüküm gayrimenkul ihalelerinde uygulanmaz...*". Y. 12. HD. 3.7.2017, 27516/9915 <<https://www.corpus.com.tr/#!/Yargitay>> Erişim Tarihi: 10.6.2022.

²⁷ Y. HGK. 25.6.2019, 12-77/790, <<https://www.corpus.com.tr/#!/Yargitay>> Erişim Tarihi: 10.6.2022. Bu HGK kararında, "*mülkiyet hakkının mutlak ve aynı nitelikte hak olması nedeniyle bu hakkı sınırlayan herkese karşı ileri sürülebileceği, bu bağlamda taşınmazın korunmasına yönelik olarak ve somut olayda olduğu gibi tescilsiz olarak kazanılan mülkiyetin tapuda tescilini engelleyen ihale işleminin iptali istemiyle açılan davanın, mülkiyet hakkını korumaya yönelik ve bildirici tescile imkân sağlayacak bir tasarruf işlemi olduğu, İİK'nın 134/2 maddesinde belirtilen, "tapu sicilindeki ilgililer" in taşınmazın tapu kaydında lehine haciz şerhi, ipotek şerhi, irtifak hakkı şerhi bulunan kişiler, tapu siciline şerh edilmiş ön alım ve geri alım hakkı sahipleri ile harici satış sözleşmesi ve gayrimenkul satış vaadi sözleşmesinin tarafları, tasarrufun iptali kararının davalısı olduğu, tapu siciline kayıt edilen sınırlı aynı hak sahipleri ve şahsi hak sahipleri ihalenin feshi şikâyetini yapabilecek kişiler olarak sayılırken, kesinleşmiş mahkeme kararıyla şekli ve maddi anlamda mülkiyet hakkını tescilsiz olarak kazanan aynı hak sahibine ilgili sıfatı verilmesi gerektiği gerekçesiyle direnme kararının onanması gerektiği görüşü" ileri sürülmüş ise de, kanaatimizce haklı değerlendirmeler içeren bu görüş, Kurul çoğunluğu tarafından benimsenmemiştir. Yargıtay'ın bu görüşünün isabetli olmadığı hakkında ayrıca bkz. Çon, s.97-98.*

girmez. Yorum yolu ile tapu sicilindeki ilgililer kavramı genişletilemez. Yargıtay bu kararında, taşınmaz üzerine ihtiyati tedbir şerhi konulmuş olsa bile, söz konusu ihtiyati tedbir kararının cebri satışı engellemeyeceğinden bahisle, şikâyetçi lehine ihtiyati tedbir şerhi verilmiş olmasının şikâyetçiyi İİK'nın 134 maddesinin 2. fıkrasında yazılı ilgili konumuna sokmayacağını ifade etmiştir²⁸. Diğer taraftan Yargıtay bu kararında, her ne kadar tescilsiz iktisap hallerinde hak sahiplerini, salt bu kazanımları nedeniyle, tapu sicilindeki ilgili olarak kabul etmemiş ise de, söz konusu alacaklının daha önce tapu siciline haciz şerhi koydurması halinde, alacaklıyı bu haciz şerhi nedeniyle, tapu sicilindeki ilgili olarak kabul etmiştir²⁹.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, kanun koyucunun, ihale konusu mal üzerine haciz koydurmuş olan diğer alacaklıların da (taşınmaz, taşınır ayrımı yapmadan) ihalenin feshini isteyebileceğini açıkça düzenlemesi isabetli olurdu. Yeni düzenleme ile sadece tapu sicili değil de diğer resmi sicillerde kayıtlı olan ilgililer de artık ihalenin feshini isteyebileceğine göre, bu sicillere haciz şerhi koydurmuş alacaklıların da artık “ilgili” sıfatıyla ihalenin feshini isteyebileceğinde tereddüt etmemek gerekir. Ancak özellikle belirli bir sicile kayıtlı olmayan taşınır mallar (ve haklar) üzerine konulan hacizler bakımından “ilgili” kavramı önem taşımaktadır. Taşınır mal belirli bir sicile kayıtlı olmadığından üzerindeki haciz şerhi de anlaşılammakta, dolayısıyla lafzi olarak yorum yapıldığında bu kişiler resmi sicilde kayıtlı ilgili sıfatını taşımamaktadır. Özellikle, satış isteyen alacaklıların da ihalenin feshini isteyebilmeleri bağlamında konu önem taşımaktadır. Nitekim Yargıtay, taşınmaz satışları bakımından, bir alacaklı kendi takip dosyasında taşınmazın satışını istememiş olsa bile, haczi tapu sicilinden anlaşılıyorsa³⁰, başka bir dosyadan yapılan satış nedeniyle bu alacaklının ihalenin feshini isteyebileceğini kabul etmekte iken³¹, aynı hususu taşınır ihalesi bakımından kabul etmemektedir³². Bu halde taşınır ihalesinde bir alacaklının ihalenin feshini isteyebilmesi için, mutlaka ihale tarihinden önce kendi icra dosyasından satışı istemiş olmasını (pey sürerek

²⁸ Doktrinde Yargıtay ile aynı görüşte olan yazarlar bulunduğu gibi (Muşul, s. 422), aksi görüşü savunan yazarlar da vardır. Kuru, s. 713.

²⁹ “... Somut olayda, şikâyetçi ...'nın borçlu ...'yla evli olduğu, ihale konusu taşınmazın tapu kaydına ihaleden önce 02.05.2014 tarihinde aile konutu şerhi konulduğu anlaşılmıştır. Bu nedenle şikâyetçinin İİK'nın 134/2. maddesinde yer alan tapu sicilindeki ilgili kavramı içerisinde değerlendirilmesi gerekmektedir...”. Y. 12. HD. 24.10.2016, 17080/22095, <<https://www.corpus.com.tr/#!/Yargitay>> Erişim Tarihi: 10.6.2022. Aynı yönde, Y. 12. HD. 3.6.2021, 4568/6008 <<https://www.corpus.com.tr/#!/Yargitay>> Erişim Tarihi: 10.6.2022.

³⁰ Buna karşılık, Yargıtay'a göre, tapu sicilinde diğer bir takip sırasında aynı taşınmaz üzerinde lehine konulmuş haciz şerhi bulunan alacaklı, kanuni süre içinde talep etmediği için haczi kalkmış ise, haciz şerhi terhin edilmemiş olsa bile, salt bu şerh nedeniyle ihalenin feshini isteyemez. Y. 12. HD. 20.6.2012, 15090/21609, <<https://www.corpus.com.tr/#!/Yargitay>> Erişim Tarihi: 13.6.2022.

³¹ Örneğin bkz. Y. HGK. 14.3.2007, 102/123 <<https://www.corpus.com.tr/#!/Yargitay>> Erişim Tarihi: 10.6.2022. Ancak karşı. Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özkes, s. 232.

³² Örneğin bkz. Y. 12. HD. 3.7.2017, 27516/9915 <<https://www.corpus.com.tr/#!/Yargitay>> Erişim Tarihi: 10.6.2022.

ihaleye de katılmamışsa) şart koşturmaktadır. Kanaatimizce de Yargıtay'ın bu görüşü birçok bakımdan eleştiriyeye açıktır ve kabulü pek mümkün değildir³³.

Nihayet, İİK m. 134/11 hükmüne göre “İhalenin feshini şikâyet yolu ile talep eden ilgilinin, vaki yolsuzluk neticesinde kendi menfaatlerinin muhtel olduğunu ispata mecbur olduğunu, yani ihalenin feshini talep edenin, bunda bir hukuki yararının bulunması gerektiğini belirtmek gerekir³⁴.”

II. İHALENİN FESHİNİ TALEP EDEN BAZI KİMSELERİN HARÇ ÖDEMEKLE YÜKÜMLÜ TUTULMASINA İLİŞKİN DEĞİŞİKLİK

7343 Sayılı Kanunla İİK'nun 134 üncü maddesine eklenen 3 üncü fıkraya göre “*Satış isteyen alacaklı, borçlu, resmî sicilde kayıtlı ilgililer ile sınırlı aynı hak sahipleri dışında kalan kişilerce yapılan ihalenin feshi talebi, ihale bedeli üzerinden nispi harca tabidir. Bu harcın yarısı talepte bulunulurken peşin olarak yatırılmak zorundadır. Talebin kabulü hâlinde bu harç başka bir kimseye yüklenmez ve istem hâlinde iade edilir. Talebin reddi hâlinde ise alınan bu harç iade edilmez ve harcın kalan kısmı ihalenin feshini isteyen tahsil edilir*”.

Görüldüğü üzere bu düzenleme ile ihalenin feshini isteyen bazı kişilere ilk defa nispi harç ödeme yükümlülüğü getirilmektedir. Hükümden de anlaşılacağı üzere, eğer ihalenin feshini; satış isteyen alacaklı, borçlu, resmi sicilde kayıtlı olan ilgililer ve sınırlı aynı hak sahipleri isterse, **maktu harç** ödeyecektir. Buna karşılık ihalenin feshini, bu sayılanlar dışında başka bir kişi (bu bağlamda özellikle ihaleye katılarak pey süren kişi) isterse, bu kişi ihale bedeli üzerinden **nispi harç** ödeyecektir.

Getirilen yeni düzenlemeye göre; “Bu harcın yarısı talepte bulunulurken peşin olarak yatırılmak zorundadır. Talebin kabulü hâlinde bu harç başka bir kimseye yüklenmez ve istem hâlinde iade edilir. Talebin reddi hâlinde ise alınan bu harç iade edilmez ve harcın kalan kısmı ihalenin feshini isteyen tahsil edilir”. Harçlar Kanunu 1 Sayılı Tarife III/1-g ye göre bu oran şimdilik binde 68,31 dir. Talepte bulunan harcın yarısını peşin ödeyecek, eğer talebi reddedilirse, kalan kısmı da yine nispi harç olarak ödemek zorunda kalacaktır.

³³ Yargıtay'ın bu yöndeki kararlarının ayrıntılı bir tahlili ve haklı eleştiriler için bkz. Yeşilova, s.1797 vd.; aynı şekilde bu konuda ayrıntılı tahliller için bkz. Erdönmez, s. 362 vd.

³⁴ Ayrıntı için bkz. Arslan, s. 163 vd.; Muşul, s. 485 vd.; Erdönmez, s. 358-359; Çon, s. 117 vd.; “... İİK'nun 134/8. maddesinde; “İhalenin feshini şikâyet yolu ile talep eden ilgili, vaki yolsuzluk neticesinde kendi menfaatlerinin muhtel olduğunu ispata mecburdur” düzenlemesi yer almaktadır. Somut olayda, fesih istemine konu olan ihalede satılan traktörün muhammen bedeli 15.000 TL olup, 16.150 TL'ye satıldığı, dolayısıyla satış bedelinin menkulün muhammen bedelinin üzerinde olduğu anlaşılmaktadır. Bu nedenle ihalede zarar unsuru gerçekleşmemiş olmakla borçlunun ihalenin feshini istemekte hukuki yararı yoktur. Mahkemece istemin işin esasına girilmeden bu nedenle reddine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz...”. Y. 12. HD. 8.2.2016, 25317/2849, <<https://www.corpus.com.tr/#!/Yargitay>> Erişim Tarihi: 13.6.2022.

Hükümün gerekçesine göre bu düzenlemenin amacı, haksız ve kötünietli olarak ihalenin kesinleşmesine engel olmak amacıyla yapılan ihalenin feshi taleplerinin önüne geçmektir. Diğer bir ifadeyle hükümün amacı, ihalenin kesinleştirilmesi sürecinin kötü niyetli olarak uzatılmasının önüne geçmektir. İhalenin feshi taleplerine ilişkin uygulama dikkate alındığında kanun koyucunun bu gerekçesi bir dereceye kadar yerindedir. Çünkü, gerçekten de uygulamada kötünietli olarak ihalenin feshi talep edilmekte, hatta bu yolla bazı kimseler haksız kazanç da elde etmektedir. Bu düzenlemenin bir tepki hükmü olduğunu söylemek mümkündür. Ancak kanatımızca, biraz sonra değineceğimiz teminat gösterme yükümlülüğü ve para cezasına ilişkin hükümler de dikkate alındığında, söz konusu tepkinin aşırı olduğu söylenebilir³⁵.

Her ne kadar gerekçede hak arama özgürlüğüne engel olmaksızın bu düzenlemenin yapıldığı belirtilse de, bu haliyle düzenleme hak arama özgürlüğüne ve adalete erişime engel olabilecek niteliktedir³⁶. Çünkü bu halde bazı kişiler hem nispi harç ödeyecek, hem yüzde 5 teminatını geri alamayabilecek hem de yüzde 10'a kadar para cezasına mahkum edilebilecektir. Kanaatimizce bu üç yaptırımın aynı anda uygulanması aşırı bir düzenlemedir. Bu bir tepki hükmü ise de aşırıya kaçılmıştır. Üstelik davanın reddinde normalde maktu³⁷ harç alınırken, ihalenin feshi talebi reddedilirse kalan harcın da nispi harç olarak tahsil edilmesi uygun değildir³⁸. Üstelik Anayasa Mahkemesi, daha önce bireysel başvuru yolunda verdiği bir kararında, icra mahkemesi tarafından ihalenin feshi davasının reddedilmesi sonucunda ihale bedelinin %10'u oranında para cezasına hükmedilmesinin, Anayasa'nın 36. maddesi ile güvence altına alınan adil yargılanma hakkı kapsamında mahkemeye erişim hakkını ihlal ettiğine hükmetmiştir. Uygulanan para cezası miktarının başvurucuya olağanın ötesinde bir külfet yüklediğine ve bu durumun başvurucunun mahkemeye erişim hakkına yapılan müdahaleyi ölçüsüz kıldığına karar verilmiştir³⁹. Anayasa Mahkemesinin bu kararı ve konuya yaklaşımı ortadayken, ihalenin feshini talep eden bazı kişilere hem harç ödeme hem teminat yatırma yükümlülüğü getirilmesi hem de bunların para cezasına mahkum edilme riskiyle karşı karşıya olması dikkate alındığında, getirilen düzenlemin ölçülü olmadığı söylenebilecektir. Kaldı ki harç alınacak kişiler bakımından farklılık yaratılması, bazı kişilerden maktu

³⁵ Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 326.

³⁶ Aynı yönde, Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 326.

³⁷ Kuru, s. 716. Yargıtay, ihalenin feshi talebinin kabulü halinde, maktu harç ve maktu vekâlet ücreti ödenmesi gerektiğine karar vermiştir. Örneğin bkz. Y. 12. HD 11.11.2014, 23838/26843, <<https://www.corpus.com.tr/#!/Yargitay>> Erişim Tarihi: 13.6.2022.

³⁸ Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 326.

³⁹ Bkz. Anayasa Mahkemesinin 2 Kasım 2018 tarih ve 2015/18872 başvuru sayılı kararı. RG. 21.12.2018, S. 30632.

bazılarından nispi harç alınması, eşitlik ilkesine de aykırı olarak değerlendirilebilir.

Öte yandan, istenilen harcın yatırılmaması halinde bunun, nasıl bir sonuca (yaptırıma) yol açacağına da değerlendirilmesi gerekir. Acaba, burada harç ödenmesi, dava şartı gibi bir ön şart mıdır; harç ödenmezse talep ön şartın gerçekleşmediği gerekçesiyle ret mi edilmelidir? Yoksa, tamamlanması mümkündür diye düşünülüp, harcın ödenmesi için süre mi verilmelidir? Bu konuda açık bir düzenleme yapılması, harcın ödenmemesinin yaptırımının belirtilmesi yararlı olurdu. Burada, şikayet bir dava değildir, harç ödenmesi de şikayet görülür, sonradan harç alınabilir/tamamlanabilir şeklinde bir yorum yapılabilir. Ancak hükümde açıkça “bu harcın yarısı talepte bulunulurken peşin olarak yatırılmak zorundadır” denildiği, yani açık bir zorunluluk getirildiği için, bu yorum da zorlama bir yorum olarak değerlendirilebilir. Çünkü kanun koyucu harcın yarısının daha henüz talepte bulunulurken alınmasını şart koşturmuştur. Buradan hareket edildiğinde, bu harcın ödenmesi, sanki talepte bulunmanın bir şartı gibidir. Harç ödenmezse talep ret edilmelidir şeklinde bir yorum da yapılabilir.

Harçlar Kanunu m. 32 ye göre “*Yargı işlemlerinden alınacak harçlar ödenmedikçe müteakip işlemler yapılmaz. Ancak ilgilisi tarafından ödenmeyen harçları diğer taraf öderse işleme devam olunmakla beraber bu para muhakeme neticesinde ayrıca bir isteğe hacet kalmaksızın hükümde nazara alınır*”. Bu hüküm dikkate alındığında, ihalenin feshini talep eden söz konusu harcı ödemezse, bu talebi incelenmez sonucuna da varılabilir. Zira buradaki müteakip işlem, icra mahkemesinin ihalenin feshi talebini inceleyerek bir karar vermesidir. Ayrıca, burada talepte bulunan ödemediği takdirde, söz konusu harcı ödeyecek bir karşı tarafın bulunduğu da söylenemez. Zira örneğin karşı taraf olarak gösterilen alıcı ve alacaklı bu harcı ödemeyecektir.

Öte yandan ihalenin feshi başvurusunda alınacak bu harç, Harçlar Kanunu 1 sayılı tarifede, “karar ve ilam harcı” olarak düzenlenmiştir. Ancak ilginç olan harcın yarısının sanki başvuru harcıymış gibi peşin alınması, diğer yarısının karar ve ilam harcı gibi alınmasıdır. Kanaatimizce, burada harcın getiriliş amacı, henüz taleple birlikte yarısının ödenmesinin zorunlu olması düşünüldüğünde ve Hrç. K. m. 32 deki yargı işlemlerinden alınacak harçlar ödenmedikçe müteakip işlemler yapılmaz hükmü dikkate alındığında, ihalenin feshini isteyen bu harcı ödemezse, harç yatırılmadığı gerekçesiyle talebi reddedilmelidir.

Özetle harç bakımından yapılan düzenleme kötünietli talepleri önlemek bakımından isabetli sayılabilirse de, harcın talepte bulunacak herkes bakımından getirilmemiş olması, nispi harç olması, oranının yüksek olması, harç ödenmezse nasıl bir işlem yapılacağına

düzenlenmemiş olması noktasında eleştirilebilir.

III. İHALENİN FESHİNİ TALEP EDEN BAZI KİMSELERİN TEMİNAT GÖSTERME ZORUNLULUĞUNA İLİŞKİN DEĞİŞİKLİK

7343 Sayılı Kanunla İİK'nun 134 üncü maddesine eklenen 4 ncü fıkra hükmü ile ihalenin feshini talep eden bazı kişilere teminat gösterme zorunluluğu getirilmiştir. Eklenen hüküm şu şekildedir: *“Satış isteyen alacaklı, borçlu, resmî sicilde kayıtlı ilgililer ile sınırlı aynı hak sahipleri dışında kalan kişilerce yapılan ihalenin feshi talebinde, talepte bulunulurken, ilgili kişilerin muhtemel zararına karşılık olmak üzere ihale bedelinin yüzde beşi oranında teminat gösterilmesi şarttır. Talebin reddine ilişkin kararın kesinleşmesinden itibaren bir ay içinde genel hükümlere göre tazminat davasının açılmaması hâlinde hükmedilen para cezasının 21/7/1953 tarihli ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümleri uyarınca tahsili için durum mahkemece tahsil dairesine bildirilir. Tahsil dairesi alınan teminattan, bildirim yapıldığı tarihten itibaren üç ay içinde para cezasını tahsil etmezse talep hâlinde teminat ilgisine iade edilir”*.

Bu hükümde de bu kez yukarıda belirtilen harç ödeme yükümlülüğüne benzer şekilde ihalenin feshini talep eden bazı kişiler bakımından teminat gösterme yükümlülüğü⁴⁰ getirilmiştir⁴¹. Düzenlemeye göre, *satış isteyen alacaklı, borçlu, resmî sicilde kayıtlı ilgililer ile sınırlı aynı hak sahipleri*, ihalenin feshini talep ederse, teminat göstermekle yükümlü olmayacaktır. Ancak bunun dışında kalanlar, özellikle de pey sürerek ihaleye katılanlar, teminat göstermekle yükümlü olacaktır. Gösterilecek teminat miktarı, ihale bedelinin yüzde beşi oranında olacaktır. Bu konuda bir takdir hakkı yoktur, teminat oranı sabittir. Teminat yüzde beşten aşağı olamayacağı gibi bu oranı da aşamaz. Ancak ihale bedeline göre teminatın miktarı değişecek, ihale bedelinin yüksek olması halinde teminat da yüksek olacaktır. İhale bedelinin çok yüksek olduğu hallerde, gösterilecek teminat da bir hayli yüksek olacaktır.

Hükümün Gerekçesinde haksız ve kötüniyetli olarak yapılan ihalenin feshi talebi nedeniyle ilgililerin oluşması muhtemel zararları nedeniyle böyle bir düzenleme yapıldığı ifade edilmektedir. Öncelikle, tıpkı harç yatırılmasında olduğu gibi, teminat bakımından da talepte bulunacak kişiler bakımından bir farklılık yaratılmıştır. Harç ödemek zorunda

⁴⁰ 4949 sayılı kanunla da yüzde on teminat gösterme yükümlülüğü getirilmesi düşünülmüş ise de daha sonra Adalet Komisyonunda bu düşünceden vazgeçilerek, teminat yerine yüzde on oranında para cezası ödenmesi esası benimsenmiştir (4949 sayılı Kanun Adalet Komisyonu Gerekçesi).

⁴¹ Bu konuda ayrıntı için bkz. Aziz Serkan Arslan, “HMK Hükümlerine Göre Teminat Kurumu ve Dava Şartı Niteliği”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, 16 (2), 2015, s. 943 vd.

olmayanlar aynı şekilde teminat da göstermeyecektir. Bunlar dışında kalanlar, özellikle pey sürerek ihaleye katılmış olanlar, hem harç yatıracak hem de teminat gösterecektir. Bu düzenleme de adalete erişim, hak arama özgürlüğü ve eşitlik ilkeleri bakımından eleştiriye açıktır. İleri de anayasa mahkemesine götürülme olasılığı da yüksektir. Zira harç ile birlikte düşünüldüğünde, yüzde 5 teminat azımsanacak bir oran değildir. Dolayısıyla teminat gösterme zorunluluğuna ilişkin düzenlemenin de pek ölçülü olduğu söylenemez.

Üzerinde durulması gereken diğer bir mesele, söz konusu teminat yatırılmazsa mahkemece nasıl bir karar verileceğidir. Acaba burada talepte bulunulurken gösterilecek olan teminatın niteliği nedir? Bu teminat gösterilmezse, mahkemece nasıl bir karar verilecektir. Burada farklı yorumlar yapılabilir: HMK'na göre (m.114/1-ğ) teminat gösterilmesine ilişkin kararın gereğinin yerine getirilmesi dava şartıdır ve eğer bu şart hakim tarafından verilecek kesin süre içinde de yerine getirilmezse, davanın usulden reddine karar verilecektir⁴². Kanaatimizce burada mahkemece, teminat gösterilmesi gerekir şeklinde bir karar verilmesine gerek yoktur. Çünkü zaten teminatın Kanun gereğince gösterilmesi şarttır⁴³.

HMK m. 88'e göre "*Hâkim tarafından belirlenen kesin süre içinde teminat gösterilmezse, dava usulden reddedilir*". Bununla birlikte HMK m. 115/2'ye göre "*Mahkeme, dava şartı noksanlığını tespit ederse davanın usulden reddine karar verir. Ancak, dava şartı noksanlığının giderilmesi mümkün ise bunun tamamlanması için kesin süre verir. Bu süre içinde dava şartı noksanlığı giderilmemişse davayı dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddeder*". Hükümden de anlaşılacağı üzere, teminat gösterilmesi tamamlanabilir bir dava şartıdır. Bütün bu hükümler dikkate alındığında, ihalenin feshi talep edilirken gerekli teminat gösterilmezse, talep hemen reddedilmemelidir. Hakim teminat gösterilmesi için kesin süre verebilmeli, buna rağmen gösterilmezse o zaman ihalenin feshi talebi reddedilmelidir şeklinde bir yorum yapılabilir.

Ancak madde metninde açıkça bu teminatın talepte bulunulurken gösterilmesi gerektiğinden söz edilmiştir. Dolayısıyla örneğin, talep aşamasında teminat gösterilmemişse bu husus dikkate alınıp, daha o aşamada reddedilecek, örneğin talep tevzi edilmeyecek midir? Maddenin lafzından, henüz talepte bulunulurken bu teminat gösterilmezse, ihalenin feshi

⁴² Bkz. Arslan, A. S., s. 968 vd.

⁴³ Ayrıca burada, teminat gösterilmesi gerekmeyen hallere ilişkin HMK m. 85 hükmünün uygulanıp uygulanmayacağı da tereddüde neden olabilecektir. Mesela adli yardımdan yararlanan kişi bu teminatı göstermek zorunda olacak mıdır? Teminattan muafiyete ilişkin bir yasak hükmü getirilmediği ve düzenleme olmayan hallerde HMK hükümlerinin uygulanması gerektiği kabul edildiğinde, teminattan muafiyet hallerinin burada da uygulanabilmesi gerekir. Teminattan muafiyet halleri için bkz. Arslan, A. S., s. 960 vd.

talebinin kabul edilmeyeceği anlamı çıkmaktadır. Burada kanun koyucunun HMK'na atıf yapmadığı, teminat hususunu özel olarak düzenlediği görülmektedir. Bu haliyle teminat sanki ön şart gibidir ve hakim kararı aranmadığı için ve daha talepte bulunulurken gösterilmek zorunda olduğu için tamamlanmasının da mümkün olmadığı düşünülebilir. Yani teminat gösterilmezse, ihaleinin feshi talebinin incelenemeyeceği ileri sürülebilir.

Diğer taraftan, kanun koyucu teminatın oranını ihale bedelinin yüzde beşi olarak öngörmüş, yani sabit bir oran kabul etmiştir. Ancak, teminat olarak nelerin gösterilebileceği hususunda bir düzenleme yapılmamıştır. Eğer ihale bedelinin yüzde beşi ifadesinden hareket edersek, bu halde ancak teminat olarak para gösterilebilir denilebilir. Nelerin teminat gösterilebileceği hususunda hakime bir takdir yetkisi verilmediği gibi HMK'na da atıf yapılmamıştır. Halbuki mesela kanun koyucu borçtan kurtulma davasında İİK m. 69/2 hükmünde teminat hususunu özel olarak düzenlemiş ve şu şekilde bir hüküm koymuştur: *“Bu davanın dinlenebilmesi için borçlunun dava konusu alacağın yüzde 15 ini ilk duruşma gününe kadar mahkeme veznesine nakden depo etmesi veya mahkemece kabul edilecek aynı değerde esham ve tahvilat veya banka teminat mektubu tevdi etmesi şarttır. Aksi takdirde dava reddolunur”*. İhaleinin feshi talepleri bakımından, buradaki kadar bir açıklık yoktur. Kanun koyucunun ihaleinin feshi bakımında da buradakine benzer bir düzenleme yapması ve teminat olarak nelerin gösterileceği hususunda açık bir hüküm koyması, ortaya çıkabilecek tereddütlerin önlenmesi bakımından yararlı olurdu. Buna rağmen kanaatimizce, teminat olarak sadece para gösterileceği şeklinde bir yorum, aşırı daraltıcı bir yorum olur. En azından bir bankanın kesin teminat mektubu da gösterilebilmelidir.

Diğer taraftan İİK m. 134/4 hükmünün devamına göre: *“Talebin reddine ilişkin kararın kesinleşmesinden itibaren bir ay içinde genel hükümlere göre tazminat davasının açılmaması hâlinde hükmedilen para cezasının, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümleri uyarınca tahsili için durum mahkemece tahsil dairesine bildirilir. Tahsil dairesi alınan teminattan, bildirim yapıldığı tarihten itibaren üç ay içinde para cezasını tahsil etmezse talep hâlinde teminat ilgisine iade edilir”*. Hükümden anlaşıldığı üzere, ihaleinin feshi talebinin reddi halinde, bu talep nedeni ile zarar gören ilgililer (örneğin ihale alıcısı), kararın kesinleşmesinden itibaren ihaleinin feshini talep eden kişiye karşı genel mahkemede bir tazminat davası açabilecektir. Davanın açılması ve görülmesi genel hükümlere, tabi olmakla birlikte, davanın bir ay içinde açılmamasına bazı özel sonuçlar

bağlanmıştır⁴⁴. Buradaki bir aylık süre tazminat davası açılması süresi değildir. Davanın tabi olduğu zamanaşımı süresi genel hükümlere tabi olacaktır. Buradaki bir aylık süre tazminat davası açılması ya da açılmaması halinde bazı sonuçların doğabilmesi için konulmuş bir süredir.

Görüldüğü üzere burada davanın belli bir süre içinde açılması gerekir ve buna bazı özel sonuçlar bağlanmıştır. Buna göre davanın ihalenin feshi talebinin reddi kararının kesinleşmesinden itibaren bir ay içinde açılması halinde, ihalenin feshi talebi ile birlikte gösterilen teminatın durumu, tazminat davasının sonucuna göre belirlenecektir. Eğer bir ay içinde tazminat davası açılır ve kabul edilirse, bu halde teminattan, önce dava açan ilgili ya da ilgililer tatmin edilmelidir. Artan kısımdan ise tahsil dairesi, kendisine bildirim yapıldığı tarihten itibaren üç ay içinde para cezasını tahsil etmelidir. Üç ay içerisinde para cezası tahsil edilmezse, artan kısım ihalenin feshini talep eden ilgiliye iade edilmelidir⁴⁵. Eğer ihalenin feshi talebinin reddine ilişkin kararın kesinleşmesinden itibaren bir ay içinde tazminat davası açılmazsa, mahkeme İİK m. 134/V'e göre hükmolunan para cezasının 6183 sayılı Kanuna göre tahsili için durumu tahsil dairesine bildirmelidir. Bu bildirim, teminatın yatırıldığı icra mahkemesi tarafından yapılması gerekir. Bu nedenle genel mahkemede tazminat davası açan davacı, dava açtığını icra mahkemesine bildirmelidir. Aksi takdirde, icra mahkemesi tazminat davası açılmamış gibi hareket edecek ve tahsil dairesine bildirimde bulunacaktır. Bunun üzerine eğer tahsil dairesi bildirim yapıldığı tarihten itibaren üç ay içinde söz konusu teminattan para cezasını tahsil etmezse, teminat ilgisine iade edilecektir⁴⁶.

Görüldüğü üzere bu düzenlemede ilginç olan husus, kanımızca teminatın adeta terditli olarak iki şeyi temin etmesidir. Şöyle ki; eğer, talebin reddine ilişkin kararın kesinleşmesinden itibaren bir ay içinde genel hükümlere göre tazminat davası açılırsa, teminatın akibeti davanın sonucuna göre ortaya çıkacaktır: Dava kabul edilirse, teminat, ilgililerin muhtemel zararlarına karşılık olmak üzere gösterilmiş sayılmalı, öncelikle bu zararlar karşılanmalı, artan olursa para cezası buradan tahsil edilmelidir. Dava reddedilirse, tahsil dairesince para cezası teminattan tahsil edilmelidir. Eğer, bir ay içinde bu dava açılmazsa, o zaman da hükmedilecek para cezasını temin etmek için gösterilmiş olacaktır. Bu nedenle genel hükümlere göre tazminat davası açanın, dava açtığını icra mahkemesine bildirmesi gerekir. Aksi takdirde, mahkeme dava açılmadığı gerekçesiyle, tahsil dairesine durumu bildirecek ve para cezası dairece teminattan tahsil edilecektir. Çünkü, hükme göre, bir

⁴⁴ Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 327.

⁴⁵ Atalı/ Ermenek/Erdoğan, s. 327.

⁴⁶ Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 327.

ay içinde tazminat davası açılmazsa, hükmedilen para cezasının tahsili için 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümleri uyarınca durum mahkemece tahsil dairesine bildirilecektir. Tahsil dairesi bu süre içinde para cezasını tahsil ederse, para cezası teminattan karşılanacaktır (hükmedilen para cezası miktarına göre tamamı veya bir kısmı). Tahsil dairesi alınan teminattan, bildirim yapıldığı tarihten itibaren üç ay içinde para cezasını tahsil etmezse, talep halinde teminat ilgisine iade edilecektir.

IV. İHALENİN FESHİ TALEBİNİN DURUŞMALI OLARAK İNCELENMESİNE İLİŞKİN DEĞİŞİKLİK

7343 Sayılı Kanunla değişik İİK m. 134/5 hükmüne göre, “İhalenin feshi talebi üzerine icra mahkemesi talep tarihinden itibaren yirmi⁴⁷ gün içinde duruşma yapar ve taraflar gelmeseler bile icap eden kararı verir. Ancak ihalenin feshi talebinin usulden reddi gereken hâllerde duruşma yapılmadan da karar verilebilir”. Hükümün ilk cümlesinde bir değişiklik yapılmamış, ancak hükme ikinci cümle eklenmiştir. Hükümden de anlaşılacağı üzere, ihalenin feshi yargılamasında⁴⁸ her iki taraf da duruşmaya gelmese bile (HMK m. 150/1’in aksine) dosya işlemde kaldırılmaz⁴⁹. İki taraf gelmemiş ya da bir taraf gelmiş ancak o da yargılamayı takip etmeyeceğini bildirmiş olsa bile mahkeme, dosyayı işlemde kaldırmayıp, gereken kararı verecektir⁵⁰. Yoksa, mahkeme bu hallerde, dosyayı işlemde kaldırıp, sonrasında yasal süre içinde yenilenmediği gerekçesiyle davanın açılmamış sayılmasına karar veremez⁵¹. Bu düzenleme, ihalenin feshi talebinin mümkün olduğu ölçüde hızlı bir şekilde karara bağlanması ve takibin süruncemede kalmaması amacıyla

⁴⁷ Doktrinde buradaki yirmi günlük sürenin, menfaat dengesinin korunması bakımından yerinde olduğu ifade edilmekle birlikte, amaca uygun bir süre olmadığı, ülkemizin gerçekleriyle bağdaşmadığı, uygulamada da nadiren bu süreye uyulduğu haklı olarak ifade edilmiştir. Atalı, Ermenek ve Erdoğan, s. 327-328. Bu nedenle kanun koyucu bu süreyi de değiştirebilir, en azından basit yargılama usulünde olduğu gibi bir aylık bir süre öngörebilirdi. Zira, şikâyet ve de ihalenin feshi de zaten basit yargılama usulüne tabidir. Bu konuda bkz. Çon, s. 124 vd.

⁴⁸ İhalenin feshi yargılaması hakkında ayrıntı için bkz. Çon, s. 124 vd.

⁴⁹ Bu konuda geniş bilgi için bkz. Cumhuriyet, Medeni Usul Hukukunda Dosyanın İşlemde Kaldırılması, Yetkin Yayınları, 2021, s. 234 vd.

⁵⁰ Arslan, s. 190-191; Muşul, s. 456; Rüzgaresen, s. 238; Çon, s. 126.

⁵¹ Nitekim Yargıtay’a göre de, “... İİK. nun 134/2. maddesi hükmüne göre; “...İhalenin feshi talebi üzerine icra mahkemesi takip tarihinden itibaren yirmi gün içinde duruşma yapar ve taraflar gelmeseler bile icap eden kararı verir ...”. Somut olayda, mahkemece, 14.01.2016 tarihli duruşmada, ihalenin feshi şikâyetinin taraflarca takip edilmemesi nedeniyle HMK’nun 150. maddesi uyarınca dosyanın işlemde kaldırılmasına ve üç aylık yasal süre içerisinde taraflarca yenilenmediği gerekçesiyle de 15.04.2016 tarihinde HMK’nun 150. maddesine dayalı olarak davanın açılmamış sayılmasına karar verildiği görülmektedir. Bu uygulama İİK’nun 134/2. maddesinin yukarıda açıklanan hükmüne aykırıdır. O halde, mahkemece şikâyetin esasının incelenerek oluşacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken, somut olayda uygulanma imkânı bulunmayan HMK’ nun 150. maddesi uyarınca önce “dosyanın işlemde kaldırılmasına” ve ikinci aşama olarak da, “davanın açılmamış sayılmasına” karar verilmesi isabetsizdir...”. Y. 12. HD. 29.6.2016, 15882/19723 <<https://www.corpus.com.tr/#!/Yargitay>> Erişim Tarihi: 11.6.2022.

getirilmiştir⁵².

Hükmün yeni olan ikinci cümlesine göre, ihalenin feshi talebinin usulden reddine karar verilmesi gerekiyorsa, duruşma yapılması zorunlu değildir. Mahkeme bu hususta duruşma yapmadan, yani dosya üzerinden de karar verebilir. Hükümde de açıkça belirtildiği üzere bu istisna sadece ihalenin feshi talebinin usulden reddi gereken hallerde münhasırdır. Bu bağlamda örneğin talebin süre, yargılama şartları, görev/yetki gibi usuli nedenlerle reddi gereken hallerde, karar duruşma yapılmadan da verilebilecektir. Ancak talebin esatan reddine, duruşma yapılmaksızın karar verilemez. Fakat vurgulamak gerekir ki usulden ret kararı verilmesi gereken hallerde de duruşma yapılması yasaklanmış değildir. Kanun koyucu mahkemeye bu konuda bir takdir hakkı vermiştir. Çünkü hükümde “verilir” şeklinde emredici bir ifade değil, “verilebilir” şeklinde takdire yer veren bir ifade kullanılmıştır. Hakimin usulden ret kararını neden duruşma yaparak verdiğini gerekçesinde belirtmesi uygun olur ise de bu konuda ayrıntılı bir gerekçeye de gerek olmamalıdır. Kuşkusuz talebin usulden reddedilebileceğinin çok açık olduğu hallerde, duruşmalı inceleme yapılmaması gerekir. Dolayısıyla eğer hakim dosya üzerinden usulden ret kararı verebiliyorsa vermelidir. Ancak dosya üzerinden bu kararı veremiyorsa, duruşma yaparak da usulden ret kararı verebilecektir. Bazen bunun tespiti zor olabileceği gibi (mesela hukuki yarar yokluğu gibi) hangi sebeplerin usulden ret kararı verilmesine yol açacağı da bazen tereddüde yol açabilir. İşte özellikle bu gibi durumlarda duruşma yapılabilir. Bu düzenleme bir nevi uygulamanın kanun hükmüne yansıtılmış halidir⁵³.

Özetle, hükmün değişiklikten önceki halinde, icra mahkemesinin talep üzerine duruşma yapması zorunluydu. Ve bu esas ya da usuli bir kararın verilmesine de bağlı değildi. Diğer bir ifadeyle, ihalenin feshi talebinin hangi nedenle reddedileceğinden bağımsız olarak duruşma yapılması zorunluydu ve taraflar duruşmaya gelmese bile gereken karar veriliyordu⁵⁴. Yapılan değişiklik, usuli nedenlerle talebin reddine karar verilebilecek hallerde, duruşma yapma zorunluluğunun kaldırılmış olması isabetli olmuştur. Bu değişiklik usul (takip) ekonomisine de uygundur. Ayrıca belirtmek gerekir ki, icra mahkemesi usule

⁵² Rüzgaresen, s. 238.

⁵³ Zira Yargıtay'ın bu yönde kararları olduğu hakkında bkz. Rüzgaresen, s. 237-238.

⁵⁴ Muşul, s. 456. Örneğin, “... İK'nun 134/2. maddesinde; *“İhalenin feshi talebi üzerine icra mahkemesi talep tarihinden itibaren 20 gün içerisinde duruşma yapar ve taraflar gelmese bile icap eden kararı verir”* hükmü yer almaktadır. Şikâyetçinin, yapılan ihalenin feshi istemi ile mahkemeye başvurduğu mahkemece, duruşma açılmaksızın ihalenin feshine karar verildiği anlaşılmaktadır. Mahkemenin, dava dilekçesini ve duruşma gününü taraflara kendiliğinden tebliğ edip taraf teşkilini sağlaması İK'nun 134/2. maddesi uyarınca duruşma açılarak tarafların delilleri toplandıktan sonra oluşacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken, anılan maddeye aykırı şekilde dosya üzerinden inceleme yapılarak yazılı şekilde sonuca gidilmesi isabetsizdir...”. Y. 12. HD. 18.9.2017, 2441/10873 <<https://www.corpus.com.tr/#!/Yargitay>> Erişim Tarihi: 11.6.2022.

ilişkin bir sebep (eksiklik) olmamasına, yani duruşma yapılması gerekmesine rağmen duruşma yapmamışsa, bu durum bir istinaf sebebi teşkil edebilecektir. Hatta taraf bunu istinaf sebebi olarak ileri sürmese bile BAM bunu resen gözetmelidir. Çünkü, bu durum hukuki dinlenilme hakkının ihlali anlamına gelir ve dolayısıyla kamu düzenine aykırılık teşkil eder. Kamu düzenine aykırılık halleri ise BAM tarafından resen gözetilir (HMK m. 355/1).

V. PARA CEZASINA İLİŞKİN OLARAK YAPILAN DEĞİŞİKLİK

7343 sayılı Kanunla İİK m. 134'e eklenen 5 nci fıkraya göre: İcra mahkemesi;

1. Satış isteyen alacaklı, borçlu, mahcuzun resmî sicilinde kayıtlı olan ilgililer ve sınırlı aynı hak sahipleri ile pey sürmek suretiyle ihaleye iştirak edenler dışında kalan kişilerce talep edilmesi nedeniyle,

2. Satış isteyen alacaklı, borçlu, mahcuzun resmî sicilinde kayıtlı olan ilgililer ve sınırlı aynı hak sahipleri dışında kalan kişiler bakımından feragat nedeniyle,

3. İşin esasına girerek,

talebin reddine⁵⁵ karar verirse ihale feshini talep eden feshi istenen ihale bedelinin yüzde onuna kadar para cezasına mahkûm eder.

Bu hükmün değişiklikten önceki hali şöyleydi: "*Talebin reddine karar verilmesi halinde icra mahkemesi davacıyı feshi istenilen ihale bedelinin yüzde onu oranında para cezasına mahkûm eder. Ancak işin esasına girilmemesi nedeniyle talebin reddi halinde para cezasına hükümlenemez*". Hükmün bu eski halinden de anlaşılacağı üzere, değişiklikten önce kanunda bu şekilde bir ayırım yoktu⁵⁶. Yani bu açıdan talepte bulunanlar arasında kategorik bir ayırım yapılmamıştı. İhale feshini kim talep ederse etsin, **talep işin esasına girilerek reddedilmişse**⁵⁷, yüzde on⁵⁸ oranında para cezasına mahkûm ediliyordu⁵⁹. Üstelik para

⁵⁵ Bu arada sadece ihale feshi talebinin reddi halinde para cezası olduğunu, talebin kabulü halinde para cezasına mahkûmiyet kararı verilemeyeceğini belirtmek gerekir. Nitekim Yargıtay'a göre "... İİK'nun 134. maddesinde ihale feshi isteminin esas yönünden inceleme yapılarak reddi halinde ihale feshini isteyen kişi aleyhine para cezasına hükmedileceğinin öngörüldüğü, ihale feshi isteminin kabulü halinde alacaklı aleyhine para cezasına hükmedileceğine dair herhangi bir yasal düzenleme bulunmadığı halde alacaklı aleyhine para cezasına hükmedilmesi de isabetsizdir..." Y. 12. HD. 8.2.2016, 25317/2849, <<https://www.corpus.com.tr/#!/Yargitay>> Erişim Tarihi: ET: 13.6.2022.

⁵⁶ Hükmün gerekçesine göre, "... para cezasına karar verilecek haller hükümde açıkça belirtilmiş olmaktadır... Bu hükümle, uygulamada sıkça karşılaşılan sırf ihale sürecini uzatmak ve haksız menfaat sağlamak amacıyla hukuki yararı bulunmayan kişilerce ihale feshi talep edilmesinin önüne geçilmesi ve ihale sürecinin hızlı bir biçimde tamamlanması amaçlanmaktadır...".

⁵⁷ Yargıtay da ihale feshi talebinin usuli sebeplerle reddedilmesi halinde, para cezasına hükümlenemeyeceğine karar veriyordu. "... Somut olayda, feshi istemine konu olan arsa vasıflı taşınmazla ilişkin ihalede taşınmazın muhammen bedelinin 210.000 TL olduğu ve 241.000 TL'ye satıldığı, şikâyet konusu taşınmazın satış bedelinin, muhammen bedelin üzerinde olduğu anlaşılmaktadır. İİK'nın 134/2. maddesinin son cümlesinde; işin esasına girilmeden ihale feshi talebinin reddi halinde, şikâyetçi aleyhine para cezasına

cezasının oranı da hakime takdir hakkı bırakmayacak şekilde sabit olarak belirlenmişti⁶⁰. Ancak değişiklikten sonra talep edenin kim olduğuna ve işin esasına girilip girilmediğine göre ihalenin feshini isteyen hakkında⁶¹ para cezasına karar verilecektir⁶². Ancak 4949 sayılı Kanunla kabul edilen bu düzenleme, yani talebin esasa girilerek reddedilmiş olması şartı, doktrinde tereddütle karşılanmış, ihalenin feshi taleplerinin kötünietli olarak yapılmasının önünü açabileceği endişesi dile getirilmiştir⁶³. Nitekim bu endişe haklı çıkmıştır ve kanun koyucu 7343 sayılı Kanunla, bazı kimselerin talebi bakımından, işin esasına girilmese ya da esastan ret kararı olmasa bile onların para cezasına mahkûm edilebileceğini hükme bağlamıştır.

Değişikliğe göre, birinci kategori olarak, eğer ihalenin feshi, satış isteyen alacaklı, borçlu, mahcuzun resmî sicilinde kayıtlı olan ilgililer ve sınırlı ayni hak sahipleri ile pey sürmek suretiyle ihaleye iştirak edenler **dışında kalan kişilerce** talep edilmiş ve reddedilmişse, **bu kişilerin talebi, esasa girilerek reddedilmese, yani örneğin usulden reddedilse bile** bu kişiler para cezasına mahkum edilecektir⁶⁴. Bu kişiler, hiç ihaleye

hükmedilemeyeceği öngörülmektedir. Yasanın para cezasına ilişkin bu hükmü emredici nitelikte olup, kamu düzenine ilişkin bulunduğundan re'sen uygulanmalıdır...". Y. 12. HD. 11.2.2021, 349/1412; aynı yönde, Y. 12. HD. 30.10.2014, 20234/25430, <https://www.corpus.com.tr/#!/Yargitay> Erişim Tarihi: 13.6.2022.

⁵⁸ Ancak, "2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanununun 38/A maddesinin birinci fıkrasında tanımlanan konut finansmanından kaynaklanan alacaklar ile Toplu Konut İdaresi Başkanlığının rehinele temin edilmiş alacaklarının takibinde, beşinci fıkrada yer alan oran yüzde yirmi olarak uygulanır". Kanaatimizce bu fıkraya göre sadece oran değişmektedir. Yeni düzenlemeyle getirilen yüzde onuna kadar ibaresini, bu fıkra bakımından yüzde yirmisine kadar şeklinde anlamak gerekir. Bkz. Muşul, s. 501 vd.

⁵⁹ Kanun para cezası bakımından taşınmaz satışları ile taşınır satışları arasında bir ayırım yapmadığından, taşınır haklarındaki ihalenin feshi talebinin esastan reddedilmesi halinde de para cezasına mahkûmiyet kararı verilecektir. Kuru, s. 721.

⁶⁰ Değişiklikten önceki düzenleme hakkında ayrıntı için bkz. Kuru, s. 720-721; Muşul, s. 472 vd.; Çon, s.135 vd.

⁶¹ Birden fazla kişinin birlikte ihalenin feshi davası açmış olması halinde, bu kişiler aleyhine tek, yani yüzde ona kadar, para cezasına hükmedilmelidir. Bu kişilerin her biri ayrı ayrı para cezasına mahkûm edilemez. Kuru, s. 721 dn. 315; "... Davacıların feshini istedikleri ihale aynı ihale olup, ihalenin feshi davasının işin esasına girildikten sonra reddi halinde, her 'davacı' için, ayrı ayrı değil ihale bedeli üzerinden 'tek' bir para cezasına hükmedilmesi gerekmektedir. O halde, ihalenin feshi istemleri reddedilen davacılar aleyhine ihale bedelinin %10'u tutarında tek para cezasına hükmedilmesi yönündeki ilk derece mahkemesi yerinde olup, Bölge Adliye Mahkemesince HMK'nun 353/1-b-2 maddesi gereğince, ilk derece mahkemesi kararının kaldırılarak her bir şikâyetçi için ayrı ayrı para cezasına hükmedilmesi isabetsizdir...". Y. 12. HD. 17.6.2021, 4640/6601, <https://www.corpus.com.tr/#!/Yargitay> Erişim Tarihi: 13.6.2022.

⁶² Atalı/Ermeneç/Erdoğan, s. 330.

⁶³ Bkz. Kuru, s. 720 dn. 314.

⁶⁴ Para cezasına mahkûmiyetin söz konusu olduğu bütün hallerde, mahkemenin buna hükmedebilmesi için, talepte bulunulmasına gerek yoktur; mahkeme talep olmasa bile para cezasına resen karar verecektir. Kuru, s. 721. Yargıtay'a göre de bu kural kamu düzenine ilişkin olup resen uygulanması gerekir. "... İİK'nun 134/2. maddesi uyarınca ihalenin feshi talebinin reddine karar verilmesi halinde mahkeme davacıyı feshi istenilen ihale bedelinin yüzde onu oranında para cezasına mahkum eder. Yasanın bu hükmü emredici nitelikte olup kamu düzenine ilişkin bulunduğundan mahkemece re'sen uygulanmalıdır. Hukuk Genel Kurulu'nun 06.10.2004 tarih ve 2004/1-433 Esas sayılı kararında da benimsendiği üzere kamu düzenine aykırılıkta aleyhe bozma ilkesi nazara alınmayacağından, mahkemece ihalenin feshi istemi reddedilen davacı aleyhine para cezasına hükmedilmesi gerekir...". Y. 12. HD. 25.6.2013, 17906/24024; aynı yönde, Y. 12. HD. 28.10.2014, 27248/25162; Y. 12. HD. 17.1.2019; 2118/511, <https://www.corpus.com.tr/#!/Yargitay> Erişim Tarihi: 13.6.2022. Yargıtay'a göre para cezasına hükmedilmemiş olması, kamu düzenine ilişkin olması nedeniyle,

katılmamış olan ya da katılmış olsa bile pey ileri sürmemiş olan kişiler olabilir. Esasen bu halde ihalenin feshini isteyen kişilerin, böyle bir talepte bulunmakta hukuki yararlarının olmadığı, bunların amacının salt ihaleyi sürüncemede bırakmak olduğu söylenebilir.

Değişiklikten sonra ikinci kategori olarak, “ihalenin feshi talebinin, satış isteyen alacaklı, borçlu, mahcuzun resmî sicilinde kayıtlı olan ilgililer ve sınırlı ayni hak sahipleri dışında kalan kişiler bakımından feragat nedeniyle reddedilmesi” halinde para cezasına mahkumiyet olacaktır. Burada ilk bentten farklı olarak, **pey sürmek suretiyle ihaleye iştirak edenler de feragat halinde para cezasına mahkum edilecektir**. Bu düzenleme yenidir. Bu da bir tepki hükmüdür. Zira uygulamada haksız çıkacağını anlayan ihalenin feshi talebinde⁶⁵ bulunanlar (ya da ihalenin bir an önce kesinleşmesini isteyen alıcıdan menfaat sağlamaya çalışanlar) talepten feragat ediyordu. Feragat halinde esastan ret olup olmadığı hususu hem tartışmalıydı hem de açık bir hüküm olmadığı için tereddütler vardı⁶⁶. Bu tereddütler giderildiği için yapılan değişiklik yerindedir. Böylece ihalenin feshini talep edip sonra para cezası yaptırımından kurtulmak için talepten feragat edenler, artık bu yola tevessül edemeyecektir.

Değişiklikten sonra üçüncü kategori olarak, ihalenin feshi talebinin **işin esasına girilerek** reddedilmesi halinde, **talepte bulunan kim olursa olsun**, para cezasına mahkum edilecektir. Bu bağlamda, satış isteyen alacaklı, borçlu, mahcuzun resmî sicilinde kayıtlı olan ilgililer ve sınırlı ayni hak sahipleri, pey sürmek suretiyle ihaleye iştirak edenler ve bunlar dışında kalan herkes para cezasına mahkum edilecektir. Burada önemli olan kimin talep ettiği değil, talebin işin esasına girilerek reddedilmiş olmasıdır. Bu düzenlemenin de bütünüyle isabetli olup olmadığı sorgulanabilir. Sadece işin esasına girilmiş olması, başvuranın her zaman kötünietli olarak hareket ettiği anlamına gelmeyecektir. Dolayısıyla bu olasılıkta belki ayrıca “kötüniet” şartı aranabilirdi. Zira işin esastan reddedilmiş olması her zaman talepte bulunanın kötünietli ve ihaleyi sürüncemede bırakmak amacıyla hareket ettiği anlamına gelmeyecektir⁶⁷.

aleyhe bozma yasağına da aykırılık teşkil etmez. Örneğin bkz. Y. 12. HD. 23.12.2014, 32225/31228, <<https://www.corpus.com.tr/#!/Yargitay>> Erişim Tarihi: 13.6.2022.

⁶⁵ Burada, takipten değil, ihalenin feshi talebinden feragat söz konusudur. Yargıtay’a göre, ihaleden sonra takipten feragat edilmesi, derdest olan ihalenin feshi davasını da etkiler. Alacaklının takipten feragat etmesi (vazgeçmesi) ile ihalenin dayanağı ortadan kalkacağından icra mahkemesince ihalenin feshine karar verilmesi gerekir. Y. 12. HD. 7.5.1991, 12358/5648: Muşul, s. 450.

⁶⁶ Nitekim Yargıtay da bu halde bir esastan ret kararı olmadığı için, ihalenin feshini talep edenin para cezasına mahkûm edilemeyeceğine karar veriyordu. Örneğin bkz. Y. 12. HD. 11.12.2004, 30860/30097, <<https://www.corpus.com.tr/#!/Yargitay>> Erişim Tarihi: 12.6.2022. İhalenin feshi talebinden feragat hakkında bkz. Leyla Akyol Aslan, *Medeni Usul Hukukunda Davadan Feragat*, Yetkin Yayınları, 2011, s. 313 vd.

⁶⁷ Ancak eskiden olduğu gibi şimdi de kanunda açıkça öngörülmediği için kötüniet şartı aranmayacaktır.

Bu son kategori bakımından bir hususa işaret edilmesinde yarar bulunmaktadır. Şöyle ki, hükmün değişiklikten önceki halinde, “*işin esasına girilmemesi nedeniyle talebin reddi*” ibaresi yer almakta iken, hükmün değişiklikten sonraki halinde “*işin esasına girilerek talebin reddine karar verirse*” ibaresi yer almaktadır. Yani önceki düzenleme esasa girmeden talebin reddinden, sonraki düzenleme ise esasa girilerek talebin reddinden söz etmektedir. Kanaatimizce bu ibareler yerine, talebin esastan ya da usulden reddi ölçütünün esas alınması daha uygun olurdu. Çünkü, bu ifadeler yanlış yorumlara sebebiyet verebilecek niteliktedir. Bu bağlamda örneğin, işin esasına girildikten sonra talep usuli bir sebepten dolayı reddedilirse, para cezasına mahkûmiyete karar verilebilecek midir? Yani burada önemli olan bir kere esasa girilmiş olması mıdır? Yoksa talebin nihayetinde esastan ret edilmesi midir?

Öncelikle hiç esasa girilmeden talep usuli bir nedenle reddedilmişse, talepte bulunan zaten para cezasına mahkûm edilemeyecektir. Bu bağlamda, ihalenin feshi talebi, süreden⁶⁸, satış isteyen alacaklı sıfatı taşıyıp taşımadığı gibi aktif husumet yokluğundan⁶⁹ reddedilmişse, para cezasına mahkûmiyet söz konusu olmayacaktır⁷⁰. Öte yandan kanaatimizce burada önemli olan, sadece esasa girilmiş olması değil, esasa girildikten sonra da talebin esastan ret edilmiş olmasıdır. Esasa girildikten sonra usuli bir nedenle ihalenin feshi talebi reddedilir ya da incelenemezse, para cezasına mahkûmiyet kararı verilmemelidir. Nitekim Yargıtay bir kararında, isabetli olarak, talebin usulden reddedilmesi gerektiği halde esasa girilerek esastan ret kararı verilmesi halinde dahi, para cezasına hükmedilemeyeceğine karar vermiştir⁷¹.

Ancak Yargıtay, hükümden sonra istinaf kanun yolunda ihalenin feshi talebinin geri alınmasının söz konusu olduğu bir olayda şu şekilde karar vermiştir: “... *Şikayetçi alacaklının icra mahkemesine yaptığı başvuruda, 10/10/2019 tarihli ihalenin feshini talep ettiği, İlk Derece Mahkemesi’nce davanın reddine ve şikayetçi alacaklı aleyhine para cezasına hükmedildiği, alacaklı tarafından istinaf yoluna başvurulması üzerine Bölge Adliye Mahkemesi’nce istinaf başvurusunun reddine karar verildiği, işbu kararın tebliği üzerine*

Örneğin bkz. Y. 12. HD. 14.10.2014, 24868/23630, <<https://www.corpus.com.tr/#!/Yargitay>> Erişim Tarihi: 13.6.2022.

⁶⁸ Y. 12. HD. 4.7.2006, 11793/14642, <<https://www.corpus.com.tr/#!/Yargitay>> Erişim Tarihi: 14.6.2022.

⁶⁹ Y. 12. HD. 16.1.2007, 22396/257, <<https://www.corpus.com.tr/#!/Yargitay>> Erişim Tarihi: 14.6.2022.

⁷⁰ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 354; Muşul, İcra, s. 748.

⁷¹ “...*Somut olayda satış ilanı kendisine tebliğ edilen borçlu yukarıda belirtilen yasa maddesi gereğince ihalenin feshini ihale tarihinden itibaren 7 gün içinde istemesi gerekirken İcra Mahkemesine verdiği ihalenin feshine ilişkin dava dilekçesini 4.4.2008 tarihinde havale ettirip aynı tarihte harcı yatırdığı anlaşıldığından bu istem yasal süreden sonra olduğundan mahkemece istemin işin esasını incelenmeksizin reddine karar vermek gerekirken işin esasının incelenerek reddine karar verilmesi doğru değildir. Ancak istem reddedildiğinden mahkeme kararı sonuç itibarı ile doğru ise de bu durumda işin esasını incelenmemiş olacağından şikâyetçi borçlu aleyhine %10 para cezasına hükmedilemez. Mahkeme kararının bu nedenle bozulması gerekir ise de bu husus yeniden yargılama yapılmasını gerektirmediğinden kararın düzeltilerek onanması gerekmiştir...*”. Y. 12. HD. 15.1.2009, 19911/419, <<https://www.corpus.com.tr/#!/Yargitay>> Erişim Tarihi: 14.6.2022.

ihale alıcısı tarafından 21/12/2020 tarihli dilekçe ile 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 123. maddesi gereğince davanın geri alındığına dair beyanda bulunduğu akabinde davalıların davanın geri alınmasına muvafakat ettiklerine dair 21/12/2020 havale tarihli dilekçe sundukları Bölge Adliye Mahkemesince verilen 29/01/2021 tarihli ek karar ile ihalenin feshi isteminin şikâyet olduğu, dava niteliğinin bulunmadığı dolayısıyla davanın geri alınmasına ilişkin düzenlemenin ihalenin feshi istemine yönelik şikâyette sonuç doğurmayacağı gerekçesiyle davanın geri alınması talebinin reddine karar verildiği işbu kararın alacaklı tarafından temyiz edildiği anlaşılmaktadır... Dava, hüküm verildikten sonra da (hüküm kesinleşinceye kadar, temyiz veya karar düzeltme aşamasında da) geri alınabilir. Bu hâlde, verilmiş (ve fakat henüz kesinleşmemiş) olan hüküm geçersiz (hükümsüz) olur (Kuru, s.1687). Davalı davacının davayı geri almasına (açıkça) muvafakat etmezse, davaya devam olunur (Kuru, s.1688). Davanın geri alınması, bu beyanın verildiği anda sonuç doğurur...(Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 17/11/2020 tarih ve 2017/17-2635 Esas, 2020/906 Karar nolu kararı). Hukuk Muhakemeleri Kanunu, İcra ve İflas Kanunun'da hüküm bulunmayan hallerde ancak İcra ve İflas Kanunu'nda açıkça bir gönderme olması (İİK 50, 68/a-4 gibi) veya bu kararın özel ya da genel hükümlere aykırı olmaması hallerinde uygulanabilir. (Dairemizin 26/09/2016 tarih ve 2016/18410 Esas, 2016/19715 Karar nolu kararı). Yukarıda yer verilen mevzuat hükümleri ile birlikte yapılan açıklamalar değerlendirildiğinde; **davanın geri alınması müessesinin niteliği gereği, ihalenin feshi şikâyetinde uygulanmasının önünde engel olmadığı anlaşılmaktadır. Kaldı ki; Dairemiz yerleşik uygulamalarına göre şikâyet niteliğinde olmasına rağmen ihalenin feshi talebinde davadan feragat, davayı kabul müesseseleri de uygulanmaktadır. Somut olayda; hüküm kesinleşmeden davacının davasını geri aldığı davalıların ise açık rıza gösterdikleri görülmektedir. Bu durumda; davacının davanın geri alınmasına ilişkin beyanı ve davalıların açık rızası gözetilerek Bölge Adliye Mahkemesi tarafından davanın açılmamış sayılmasına karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir. **Pek tabiki ki; şikâyetçinin işin esasına girildikten sonra, Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 19. Hukuk Dairesi kararının tebliği üzerine 21/12/2020 havale tarihli dilekçesi ile davasını geri aldığı gözetildiğinde ihale bedelinin %10'u tutarında para cezasından sorumluluğu devam edecektir...**"⁷².**

Bu olayda, ihalenin feshi talebinin reddi yönünde hüküm verildikten sonra, istinaf aşamasında, hatta bölge adliye mahkemesince istinaf başvurusunun esastan reddine karar

⁷² Y. 12. HD. 22.3.2021, 2731/3202, <<https://www.corpus.com.tr#!/Yargitay>> Erişim Tarihi: 15.6.2022.

verilmesinden sonra, ihalenin feshi talebi geri alınmıştır. Yargıtay, HMK m. 123 hükmünde düzenlenen davanın geri alınması⁷³ kurumundan hareketle, ihalenin feshi talebinin de geri alınabileceğine karar vermiştir. Ancak doktrinde, amacı ve sonuçları gözetildiğinde, ihalenin feshi talebinin geri alınmasının mümkün olmaması gerektiği haklı olarak ifade edilmiştir⁷⁴. Çünkü ihale kamusal bir işlemdir ve bu nedenle ihalenin feshi de kamu düzenine ilişkindir. Ayrıca, şikâyet yoluyla ileri sürülen ihalenin feshi teknik anlamda bir dava olmadığından ve burada şikâyet eden sadece kişisel bir hakkının tanınmasını talep etmediğinden, ihalenin feshi talebinden feragat edilemez ve ihalenin feshi talebi geri alınmaz⁷⁵.

Bu nedenle, Yargıtay'ın hele de hükümden sonra gerçekleşen ihalenin feshi talebinin geri alınmasına cevaz veren kararına katılmıyoruz. Yargıtay, bir taraftan ihalenin feshi talebine cevaz verirken, diğer taraftan buna rağmen ihalenin feshini talep edenin para cezasına ilişkin sorumluluğunun devam edeceğine karar vermiştir. Somut olayda ihalenin feshi talebi hakkında ilk derece mahkemesince işin esasına girilmiş, hatta esastan ret kararı verilmiş, bölge adliye mahkemesi de bu kararı doğru bulmuştur. Bu aşamadan sonra ihalenin feshi talebinin geri alınması sonuç doğurmayacağı gibi zaten hükümde esas bakımdan ret edilen bir talep olacağı için, para cezasına mahkûmiyetin varlığını koruması gerekir. Ancak kanaatimizce, eğer ihalenin feshi talebi hüküm verilmesinden önce geri alınmış olsaydı (geri alınabileceği kabul edildiği takdirde), bu halde işin esasına girilmiş olsa bile, talebin esası hakkında bir ret kararı verilmeyeceği⁷⁶ için, talepte bulunanın para cezasına mahkûm edilmesi söz konusu olmazdı⁷⁷.

Yukarıda belirtilen olasılıklardan biri nedeniyle talebin reddine karar verilirse, mahkeme, **“ihalenin feshini talep edenin feshi istenen ihale bedelinin yüzde onuna kadar para cezasına mahkûm eder”**. Bu değişiklik, hükümde yapılan en önemli değişikliklerden biridir. Çünkü, önceki düzenlemeye göre, kim olursa olsun ihalenin feshi talebinin esastan

⁷³ Bu konuda geniş bilgi için bkz. Kudret Aslan, *Medeni Usul Hukukunda Davanın Geri Alınması*, Yetkin Yayınları, 2016, s. 47 vd.

⁷⁴ Arslan, s. 191-192; Pekcanitez/Simil, s. 320; Aslan, s. 539 vd.

⁷⁵ Arslan, s.192; Pekcanitez/Simil, s. 320; Aslan, s. 341; Akyol Aslan, s. 314.

⁷⁶ Çünkü davanın geri alınması halinde, davanın esası hakkında bir karar verilemez. Aksine, davanın açılmamış sayılmasına karar verilir (HMK m. 123/1). Ayrıntı için bkz. Aslan, Geri Alma, s. 322 vd. Davanın açılmamış sayılması kararı ise, esasa ilişkin bir karar olmayıp, usuli nedenle davanın sona ermesine yol açan nihai bir karardır. Geniş bilgi için bkz. Kudret Aslan, “Medeni Usul Hukukunda Davanın Açılmamış Sayılmasının Etkileri”, *MİHDER*, 9 (25), 2013, s. 29 vd.

⁷⁷ Kanun koyucu, 7343 sayılı Kanunla, ihalenin feshini talep eden bazı kişilerin, bu taleplerinden feragat etmesi halinde para cezasına mahkûm edileceklerini düzenlemiştir. Ancak, feragat bakımından yapılan bu düzenlemenin, ihalenin feshi talebinin geri alınması bakımından da aynı şekilde geçerli olacağı söylenemez. Çünkü davadan feragat ve davanın geri alınması kurumlarının hem hukuki nitelikleri hem de amaç ve sonuçları birbirinden farklıdır. Ayrıntı için bkz. Aslan, Geri Alma, s. 53 vd.; Akyol Aslan, s. 70 vd.

reddi halinde ihale bedelinin⁷⁸ yüzde onu oranında para cezasına mahkûm ediliyordu, yani oran sabitti. Hâkimin bu konuda bir takdir hakkı yoktu. Daha azına ya da fazlasına karar verme yetkisi bulunmamaktaydı. Yeni düzenlemeye göre hâkime bir takdir hakkı verilmiştir. Hükümün gerekçesine göre böylece, "... Para cezasının ihale bedelinin yüzde onunu geçmeyecek şekilde ve nispi bir oran olarak hakim tarafından belirlenmesine ilişkin hükümle, hak arama özgürlüğü bakımından makul bir denge gözetilmiştir...". Belirtmek gerekir ki, hükümün eski haline karşı anayasa mahkemesine yapılan iptal başvurusu, mahkemece anayasaya aykırı bulunmayarak reddedilmişti⁷⁹. Ancak anayasa mahkemesi daha sonra yapılan bireysel başvuru sonucunda verdiği bir kararında, öngörülen para cezasının icra takibinin sürüncemede bırakılmasına engel olma amacı taşıması nedeniyle meşru bir araç olduğunu teyit etmekle birlikte, söz konusu para cezasına somut olayın koşullarına göre karar verilmesi gerektiğini, oysa sabit bir oranın buna engel olduğunu kabul etmiştir⁸⁰.

⁷⁸ Eskiden olduğu gibi şimdi de para cezası, muhammen bedele göre değil, ihale bedeline göre belirlenecektir. "... Mahkeme yaptığı yargılama sonunda davacı borçluların ihalenin feshine ilişkin taleplerini reddederek davanın reddine ve İİK.nun 134/2. maddesi uyarınca ihale bedeli olan 228.500,00 YTL. para cezasına hükmetmiş ise de; İİK.nun anılan maddesinde talebin reddi halinde davacının feshi istenilen ihale bedelinin %10 oranında para cezasına mahkûm edileceği hükmü düzenlenmiştir. Bu durumda mahkemece ihale bedelinin %10 yerine ihale bedelinin tamamı üzerinden para cezasına hükmedilmesi isabetsizdir..." Y. 12. HD. 23.7.2007, 3417/5788, <<https://www.corpus.com.tr/#!/Yargitay>> Erişim Tarihi: 13.6.2022. Aynı şekilde dosya alacağı üzerinden de para cezasına mahkûmiyet kararı verilemez. Bkz. Y. 12. HD. 5.7.2017, 4245/10170 <<https://www.corpus.com.tr/#!/Yargitay>> Erişim Tarihi: 13.6.2022.

⁷⁹ Anayasa Mahkemesi bu kararında özetle şu gerekçelere dayanmıştır: "... Takip hukukuna özgü bir yaptırımın düzenlendiği itiraz konusu kuralla, gereksiz ve dayanaksız başvurular önlenerek ihalenin kesinleşmesinin sürüncemede bırakılmasının engellenmesi, ihale sürecinin en kısa süre içerisinde gerçekleştirilmesi ve bu sayede kamusal bir işlem olan ihaleye olan güvenin korunması ve artmasının sağlanması amaçlanmıştır. İtiraz konusu kural ile ihalenin feshi davasının reddi durumunda para cezası koşulu bulunmakla birlikte kamusal bir işlem niteliğinde olan ihale süreci yargı denetimi kapsamındadır. Satış isteyen alacaklı, borçlu, tapu sicilindeki ilgililer ve pey sürmek suretiyle ihaleye iştirak edenler, şikâyet yolu ile ihale tarihinden itibaren yedi gün içinde ihalenin süreci hakkında yargı yoluna başvurabileceği gibi her türlü nedene dayanarak ihalenin feshini isteyebilme olanağına sahiptir. Ayrıca, kuralla ihale ilgililerinin, icra mahkemeleri önünde davacı veya davalı olarak sahip oldukları anayasal hakları zedelenmemiş; bir takip hukuku tasarrufu olan ihaleye karşı yargı yolu kapatılmamış; mahkemelerin, bu işlemlerle ilgili açılmış olan davaları inceleyerek gerekli kararları vermeleri engellenmemiştir. Dolayısıyla, itiraz konusu kuralın hak arama özgürlüğünü engelleyen bir yönü bulunmamaktadır... Diğer taraftan, Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devletinin önemli ilkelerinden birisi de ölçülülük ilkesidir. Buna göre, hak ve özgürlüklerin kullanım alanına ilişkin kuralların hakkaniyete uygun, dengeli ve ölçülü bir şekilde düzenlenmesi gerekmektedir. İtiraz konusu kural ile ihalenin feshi davasının reddedilmesi durumunda hükmedilecek olan para cezası, ihalelerin parasal büyüklükleri ve haksız açılan ihalenin feshi davasıyla ihalenin kesinleşmesinin engellenmesi neticesinde doğacak zarar miktarının somut olaya göre değişeceği göz önünde tutularak nispi olarak belirlenmiştir. Düzenlemenin amacının, ihalenin feshi davasını açacakları iyi niyetli, esas saiki hak arama amacı olan, haklı nedenleri olan davaların açılmasına sevk etmek, bununla birlikte ihale sürecinin hızlı ve etkili biçimde gerçekleşmesini temin etmek olduğu anlaşıldığından, ihalenin feshi davasının reddedilmesi durumunda para cezasına hükmedilmesinin ve bu para cezasının da nispi bir oran olarak belirlenmesinin amaç ve araç arasında makul ve uygun bir ilişki kurduğu ve düzenlemenin amacına ulaşmaya elverişli olduğu görülmekle, kuralın ölçüsüzce düzenlendiği söylenemeyeceğinden söz konusu düzenlemede hukuk devleti ilkesi ile çelişen bir yön bulunmamaktadır...". AYM. 28.3.2013, 68/182, <<https://www.corpus.com.tr/#!/Yargitay>> Erişim Tarihi: 11.6.2022.

⁸⁰ Bu kararın bazı bölümleri şöyledir: "... Öte yandan 2004 sayılı Kanun'un 134. maddesinin (2) numaralı fıkrasında öngörülen para cezası ihalenin feshi isteğinin esastan reddedilmesi hâlinde doğrudan uygulanmaktadır. Kanun'da herhangi bir üst sınır öngörülmediği gibi derece mahkemelerinin somut durumun

Yapılan değişiklik anayasa mahkemesinin bireysel başvuru nedeniyle vermiş olduğu kararındaki değerlendirmeler dikkate alınarak yapılmıştır ve sabit bir orandan vazgeçildiği için isabetlidir. Esasen doktrinde de sabit bir oran kabul edilmiş olması doğru bulunmamakta ve eleştirilmekteydi⁸¹. Nitekim anayasa mahkemesine göre, maddi külfetin getirilmesindeki amaç ile başvuruçunun menfaatleri arasında adil bir denge kurulmalı, ihalenin feshi isteğinde bulunan kişilerin bu aşama öncesinde haciz ve satış işlemine müdahale etme imkânının bulunup bulunmadığı gözetilmeli, bu değerlendirmeleri yapacak yargı mercilerine somut durumun koşullarına göre takdir yetkisi tanıyan bir esneklik sağlanmalıdır. Gerçekten de hükmedilecek para cezası bakımından sabit bir oran yerine, somut olayın koşullarına göre hakime takdir yetkisi verilmesinin, anayasa mahkemesi kararı da dikkate alındığında isabetli olduğu, hak aramanın önündeki engeli önemli ölçüde kolaylaştırdığı ve bir menfaat dengesi sağladığı söylenebilir⁸². Ancak, hem para cezası hem teminat gösterme yükümlülüğü hem de harç ödeme yükümlülüğü birlikte düşünöldüğünde, getirilen yaptırımların ölçülü olmadığı, gerçekten de hak arama özgürlüğünü kısıtlayabileceği, ihalenin feshi talebinde bulunulmasını engelleyebileceği de söylenebilir.

Diğer taraftan, burada tereddüde neden olacak husus, hakimin bu takdir hakkını neye göre kullanacağıdır. Mesela yüzde 1'e her halde karar verecektir, ancak bunun üzerinde karar

özelliklerini gözönünde tutmasını temin edecek bir esnekliğin sağlanmadığı ve hâkime herhangi bir takdir yetkisi tanınmadığı görölmektedir... Tüm bu hususlar gözönünde bulundurulduğunda alacaklının haklarının korunmasındaki yarar ile başvuruçunun ihalenin feshini dava konusu edebilmesindeki menfaati arasında adil bir dengenin kurulamadığı, uygulanan para cezasının miktarının başvuruçuya olağanın ötesinde bir külfet yüklediği ve bu durumun başvuruçunun mahkemeye erişim hakkına yapılan müdahaleyi ölçüsüz kıldığı kanaatine varılmaktadır... İhlal, idari makamların veya derece mahkemelerinin Anayasa'ya uygun yorum yapmalarına imkân vermeyecek açıklıktaki bir kanun hükmünü uygulamaları nedeniyle ortaya çıkmışsa bu ihlal kanunun uygulanmasından değil doğrudan kanundan kaynaklanmaktadır... Başvuruya konu olayda Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı kapsamındaki mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiği ve ihlalin doğrudan 2004 sayılı Kanun'un 134. maddesinden kaynaklandığı sonucuna varılmıştır. Diğer bir deyişle Kanun hükmü hâkime somut uyuşmazlığın özelliklerine uygun herhangi bir değerlendirme veya takdir yetkisi tanımamaktadır. Söz konusu hüküm, davanın reddinin bir sonucu olarak nispi oranda para cezasını zorunlu kılmakta ancak belirli nitelikteki bu nispi oran her olay için aynı şekilde mutlak olarak uygulanmaktadır...". AYM. 4.12.2015, 2015/18872: Anayasa Mahkemesi (ET: 11.6.2022).

⁸¹ Örneğin bkz. Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 231; Çon, s. 137-138. Hatta doktrinde, ihalenin feshini talep eden bakımından sadece para cezasının öngörölmüş olmasının dahi anayasadaki hak arama özgürlüğü ile bağdaşmadığı, hak arama özgürlüğünün kullanılması bakımından böyle bir yaptırımın öngörölmüş olmasının doğru olmadığı, bu yaptırımın ihalenin feshi taleplerini engelleyebilecek nitelikte olduğu ifade edilmiştir. Bkz. Bilge Umar, "Kuru/Arslan/Yılmaz'ın İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı Üzerine Gözlemler (15. Basım)", 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Türkiye Barolar Birliği, 2004, s. 704-705; Ejder Yılmaz, "İcra ve İflas Kanunumuz Yine Değiştirdi (Değişikliklere İlişkin Düşünceler)", ABD, 1989 (1), s. 123.

⁸² Nitekim doktrinde para cezasının sabit bir oran üzerinden (yüzde on) hükmedilmesinin uygulamada zaman zaman haksızlıklara yol açtığı ifade edilmiştir. Gerçekten de örneğin ihale bedelinin 500.000 lira olması halinde, talep esastan reddedildiğinde talepte bulunan 50.000 Lira para cezası ödeyecektir. Mesela bu kişinin alacağı 20.000 lira ise, alacağının çok üstünde, yargılama giderleri hariç para cezası ödeyecektir. Bkz. Pekcanitez vd., s. 235. Doktrinde para cezasının, alacaklının alacağına oranla alınması gerektiği ifade edilmişse de (Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 235) kanun koyucu, bunun yerine hakime para cezasını ihale bedelinin yüzde onuna kadar takdir etme yetkisi vermiştir.

verebilmek için bir gerekçe göstermek zorundadır mı diyeceğiz. Yoksa dosya kapsamını bir bütün olarak değerlendirip ona göre mi takdir hakkını kullanacaktır. Ya da bu bir yaptırım olduğu için her zaman en azından yüzde 5'e karar verilip aşan miktar için mi gerekçe gösterilecektir. Mesela hakimin takdir hakkı istinafta, temyizde denetime tabi olacak mıdır? Olacaksa orada neye göre olacaktır. Burada belki, ihale miktarı, dayanılan ihalelerin feshi sebebi, dosyadaki vakalara göre, feshi istemenin amacı ve kimin istediği, haklılık durumu, hukuki yarar gibi kıstaslardan hareket edilebilir. Ayrıca burada anayasa mahkemesinin "... ihale konusu olan mülkün ne olduğu, bu mülkün diğer bireylerin hakları bağlamında özel bir güvenceye temas edip etmediği, başvurunun daha önceki safhalarda ihalelerin feshi davasıyla aynı sonucu elde edecek başka bir dava açma imkânını haiz olup olmadığı, uygulanan para cezasının -somut olayın koşulları çerçevesinde- tutarı ve başvurunun bu tutarı ödeme gücü gözönünde bulundurulur..." şeklindeki gerekçesinden de hareket edilebilir.

Para cezasına ilişkin bu değişikliğin zaman bakımından uygulaması derhal olacaktır. Zira İİK'ya eklenen geçici madde 18/4'e göre: "*134 üncü maddede bu maddeyi ihdas eden Kanunla yapılan değişiklikler, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihte ilk derece mahkemeleri ve bölge adliye mahkemeleri ile Yargıtayda görülmekte olan ihalelerin feshi talepleri hakkında uygulanmaz. Ancak, ihale bedelinin yüzde onuna kadar para cezasına mahkûmiyete ilişkin hüküm görülmekte olan ihalelerin feshi talepleri hakkında da uygulanır. Temyiz kanun yolu incelemesi aşamasında bulunan dosyalar bakımından para cezasının oranına ilişkin olarak yapılan değişiklik tek başına bozma nedeni yapılamaz. Yargıtay değişikliği uygulamak suretiyle hükmü düzeltebilir*".

Bu hükme göre, para cezasına ilişkin değişiklik istinaf ve temyiz aşamasında mevcut olan derdest dosyalar bakımından da uygulanacaktır. BAM, kendisi hüküm verebileceği için doğrudan para cezasını takdir edebilecektir. Ancak Yargıtay, hüküm veremeyeceği normalde bozma nedeni yapabileceği hususu, bu kez bozma nedeni yapamayacak, değişikliği⁸³ uygulamak suretiyle hükmü düzelterek onayabilecektir. Ancak buradaki sorun, Yargıtay'ın takdir hakkını kullanıp kullanamayacağı, kullanabilecekse neye göre kullanacağıdır. Değişiklikten önce takdir hakkı yoktu ve mahkeme yüzde on oranında para cezasına karar veriyordu. Oysa değişiklikten sonra takdir hakkı kullanılabilir bir düzenleme yapılmıştır. Alt derece mahkemesinin yüzde on oranında para cezasına karar verdiği bir durumda, Yargıtay yüzde ona kadar olan kısmı nasıl takdir edecektir. Değişiklik Yargıtay'a açıkça

⁸³ Değişikliğin zaman bakımından uygulanmasına ilişkin olarak bkz. Hakan Pekcanitez/Mine Akkan, "7343 Sayılı Kanunla İcra Ve İflâs Kanunu'nda Yapılan Değişikliklerin Zaman Bakımından Uygulanması", *TBB Dergisi*, (160), 2022, s. 278 vd.

düzelterek onama yetkisi verdiği göre, Yargıtay dosya kapsamına göre bu takdir hakkını kullanacak ve hükmü düzelterek onayacaktır.

Nitekim Yargıtay kısa süre önce verdiği bir kararında bu düzelterek onama yetkisini şu şekilde kullanmıştır: “... Somut olayda 350.000 TL muhammen bedelli taşınmazın 217.500 TL’ye ihale edildiği, muris babalarından kalan dava konusu taşınmaza kardeşleri ile birlikte elbirliği halinde malik olan davacı aleyhine 21.700 TL para cezasına hükmedildiği, ilk derece ve bölge adliye mahkemesince davanın ve istinaf başvurusunun esasın reddine karar verilmesinin yerinde olduğu görülmekte ise de; temyiz incelemesi aşamasında yürürlüğe giren 7343 sayılı Kanunla değişik İİK’nun 135/5-3. maddesi gereğince fesih gerekçeleri ve fesih isteyeninin sıfatı gözönünde bulundurulduğunda, davanın ihale süresinin uzatmaya matuf olmadığı anlaşılmalı, Anayasa’nın 13. maddesi düzenlenen ölçülülük ilkesi nazara alınarak davacı aleyhine hükmedilen para cezasının, ihale bedelinin % 5’ine indirilmek suretiyle kararın düzeltilerek onanması gerekmiştir...”⁸⁴. Görüldüğü üzere Yargıtay bu kararında, dosya kapsamını gözeterek; fesih gerekçeleri, fesih isteyeninin sıfatı, davanın ihale sürecini uzatmaya matuf olup olmadığı ve anayasanın 13 ncü maddesinde düzenlenen ölçülülük ilkesini nazara alarak karar vermiştir.

VI. İHALENİN FESHİ TALEBİNİN GÖREVSİZ VEYA YETKİSİZ MERCİE YAPILMASINA İLİŞKİN DEĞİŞİKLİK

7343 sayılı Kanunla değişik İİK m. 134/7 hükmüne göre: “İhalenin feshine ilişkin şikâyet görevsiz veya yetkisiz icra mahkemesi veya mahkemeye yapılırsa, icra mahkemesi veya mahkeme evrak üzerinde inceleme yaparak başvuru tarihinden itibaren en geç on gün içinde görevsizlik veya yetkisizlik kararı verir ve masrafını gider avansından karşılamak suretiyle dosyayı resen görevli veya yetkili icra mahkemesine gönderir. Bu kararlar kesindir”. Bu hükümde bold olarak işaretlenmiş olan yer 7343 sayılı Kanunla getirilmiştir. Buna göre değişiklikten önce ihalenin feshi talebinin görevli veya yetkili olmayan mahkemeye yapılması halinde, bu mahkeme sadece görevsizlik veya yetkisizlik kararı vermekle yetiniyordu. Dosyayı kendiliğinden görevli ve yetkili mahkemeye gönderemiyordu. Doktrinde bu halde de HMK’nun 20 nci maddesinin uygulanması gerektiği kabul ediliyordu. Yani eğer görevsiz veya yetkisiz mahkemeye başvuran⁸⁵, HMK m. 20’de öngörülmüş olan iki

⁸⁴ Y. 12. HD. 24.3.2022, 3185/3897, <<https://www.ictihatbulteni.com>> Erişim Tarihi: 12.6.2022.

⁸⁵ Yargıtaya göre, ihalenin feshini talep etmiş olan ilgiliden başka, ihalenin feshini istememiş olan alıcı, alacaklı ve borçlu gibi ilgililer de HMK m. 20’de öngörülen süre içinde yetkisiz mahkemeye başvurarak dava dosyasının yetkili mahkemeye gönderilmesini talep edebilir. Örneğin: “... İhalenin feshi isteminin İİK’nun 134. ve sonraki maddelerine göre incelenmesi ve şikâyet prosedürüne göre sonuçlandırılması gerekir. Açıklanan bu niteliğe göre ve ayrıca takip alacaklısının ve ihale alıcısının da icra takibinin sürdürülmesinde ve borçlunun açtığı ihalenin

haftalık süre içinde dosyanın görevli veya yetkili mahkemeye gönderilmesini isterse, yedi gün içinde yapmış olduğu talebi süresinde yapılmış sayılmakta, görevli veya yetkili mahkeme talebi karara bağlamaktaydı. Eğer talepte bulunan HMK m. 20’de öngörülen iki haftalık süre içinde başvurarak, dosyanın görevli veya yetkili mahkemeye gönderilmesini istemezse, ihalenin feshi talebi yapılmamış (ihalenin feshi davası açılmamış) sayılıyordu⁸⁶.

Yapılan değişiklikten sonra, artık HMK m. 20 hükmündeki prosedürün işletilmesine, taraflardan birinin başvuruda bulunmasına gerek yoktur. Çünkü artık ilgili merci (icra mahkemesi ya da mahkeme) masrafını gider avansından⁸⁷ karşılamak suretiyle dosyayı **resen** görevli veya yetkili icra mahkemesine gönderecektir ve bu karar kesin olacaktır. Her ne kadar mahkeme dosyayı resen gönderecek ise de tarafların da özellikle mahkemenin bunu unutmaması ya da geciktirmesi halinde, hartırlatması mümkündür. Kanunun gerekçesine göre, bu düzenleme ile dosyanın görevsiz veya yetkisiz mahkemede gereksiz yere beklemesinin önüne geçilecek ve ihalenin kesinleşme sürecinin uzaması engellenecektir. Bu amaçları dikkate alındığında, mahkemenin dosyayı resen görevli veya yetkili mahkemeye göndermesinin isabetli olduğu söylenebilir. Ancak burada resen gönderme söz konusu olduğu için, bu düzenlemenin tasarruf ilkesine uygun olup olmadığı düşünülmesi gerekir. Zira belki de talep eden süreci devam ettirmeyecektir.

Diğer taraftan, talepte bulunanın başvurmasına gerek olmaksızın, mahkeme dosyayı resen görevli ve yetkili icra mahkemesine gönderecektir. Ancak hükümde yer alan ifadeye göre, bunun için gerekli masraf, gider avansından⁸⁸ karşılanacaktır. Bu değişiklikten önce, doktrinde, icra mahkemesinde görülen ve dava niteliğini taşımayan taleplerden gider avansı alınamayacağı genel olarak kabul edilmekteydi⁸⁹. Doktrine göre, bir dava niteliğini taşımayan

feshi davasının sonuçlandırılmasında hukuki yararları bulunduğu gözönüne alındığında adı geçenlerin yetkili mahkemede davayı takip hakları vardır.... Y. 12. HD. 28.4.2003, 6529/9510, <<https://www.corpus.com.tr/#!/Yargitay>> Erişim Tarihi: 12.6.2022.

⁸⁶ Kuru, s. 707, 709; Arslan, s. 160-161; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 233; Muşul, s. 438 vd.; Çon, s. 89; Dönmez, s. 450. Yargıtay da bu şekilde karar veriyordu. Örneğin: “... Somut olayda; ihalenin feshi şikayetinde İcra Hukuk Mahkemesi tarafından dosya üzerinden yetkisizlik kararı verildiği, kararın şikayetçi vekiline 15.08.2015 tarihinde tebliğ edildiği, dosyanın yetkili ...İcra Hukuk Mahkemesine gönderilme talebinin HMK.'nun 20.maddesinde belirtilen iki haftadan sonra 26/08/2015 tarihinde yapıldığı anlaşılmıştır. İhalenin feshi şikâyetinin dinlenebilmesi için dosyanın süresinde yetkili İcra Hukuk Mahkemesine gönderilmesi gerekir. Dosya süresinden sonra gönderilmişse süre aşımından şikâyetin reddi gerekir...”. Y. 12. HD. 11.5.2016, 10170:13841, <<https://www.corpus.com.tr/#!/Yargitay>> Erişim Tarihi: 12.6.2022.

⁸⁷ Her ne kadar ihalenin feshi teknik anlamda bir dava olmasa da uygulamada, ihalenin feshi talebinde bulunanın da gider avansı yatırması gerektiği kabul edilmektedir. Örneğin bkz. Y. HGK. 12.11.2020, 349/1031, <<https://www.corpus.com.tr/#!/Yargitay>> Erişim Tarihi: 12.6.2022.

⁸⁸ Bu konuda geniş bilgi için bkz. Mustafa Özbek, *Hukuk Yargılama Usulünde Gider Avansı*, 3. B., Yetkin Yayınları, 2018, s. 82 vd.

⁸⁹ Kuru, s. 104, 276, 337, 715, 778, 943; Arslan vd., s. 351; Özbek, s. 82 vd. Ancak Pekcanitez/Simil’e göre (s. 297 vd., s. 303-301), şikâyetin duruşmasız olarak incelendiği hallerde, gider avansı alınmaması gerekmekte ise

ihalenin feshi taleplerinde, gider avansına ilişkin HMK hükümleri değil, Tebligat Kanunu'nun 5 ve 34'üncü maddesi uygulanmalıdır⁹⁰. Yargıtay bazı kararlarında gider avansı alınması gerektiğine karar vermişken⁹¹, diğer bazı kararlarında, teknik anlamda dava niteliğini taşımayan şikâyet taleplerinde gider avansı alınamayacağına karar vermiştir⁹².

Bunun önemi, gider avansının süresinde yatırılmaması halinde, davanın usulden reddedilmesidir, zira gider avansının yatırılmış olması HMK m. 114/g'de dava şartı olarak düzenlenmiştir⁹³. Ancak doktrinde de haklı olarak ifade edildiği üzere, “İcra ve İflas Kanununa göre icra ve iflâs harçları kanun tarafından belirlenir. Kanunda aksi yazılı değilse, bütün harç ve icra takip masrafları borçluya aittir. Alacaklı, yapılmasını talep ettiği işlemin masrafını ve ayrıca takip talebinde bulunurken, borçlunun yapabileceği itirazın kendisine tebliğ masrafını da gider avansı olarak icra dairesine peşin öder ve borçludan ilk tahsil edilen paradan öncelikle masraflarını alabilir. Takip masrafları, takip neticesinde ayrıca hüküm ve takibe hacet kalmaksızın borçludan tahsil olunur. İcra ve İflas Kanununda alacaklının icra takibine başlarken, takip sürecinde yapılacak icra takip işlemlerini (örneğin fiili haciz, kıymet takdiri, satış) karşılamak üzere bir takip gider avansı yatırmayı zorunluluğu öngörülmemiş; takip talebinde bulunurken sâdece tebligat masraf avansını vermesi yeterli sayılmıştır. Haciz veya satış gibi alacaklının talebi üzerine yapılacak olan icra takip işlemlerinin masrafları,

de, duruşmalı olarak incelendiği hallerde, HMK m. 120'de düzenlenen gider avansına ilişkin hükümlerin uygulanması gerekir.

⁹⁰ Kuru, s. 104, Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 351.

⁹¹ Örneğin: Y. 12. HD. 17.3.2017, 2130/4074, <<https://www.corpus.com.tr/#!/Yargitay>> Erişim Tarihi: 12.6.2022. Aynı yönde, Y. 12. HD. 20.2.2017, 29846/2187; Y. 12. HD. 4.7.2018, 10711/7319, <<https://www.corpus.com.tr/#!/Yargitay>> Erişim Tarihi: 12.6.2022. Ancak bu kararların karşı oyunda hep şu gerekçeye yer verilmiştir: “... İhalenin feshi istemi şikâyet niteliğinde olup gider avansına ilişkin hükümler şikâyetlerde uygulanamaz. İİK'nun 134. maddesinin ikinci fıkrasına göre, taraflar gelmese bile mahkemece karar verilmesi gerektiğinden mahkemenin usulden red kararı isabetsiz olup işin esasının incelenmesi gerektiği yönünden kararın bozulması gerekmektedir... Bu konuda Tebligat Kanunu'nun 5 ve 34/II. madde hükümleri uygulanmalıdır. Şöyle ki; şikâyet eden, şikâyet dilekçesinin karşı tarafa tebliği giderini, şikâyetin duruşmalı incelenmesine karar verilirse, duruşma davatıyesi giderini peşin ödemek durumundadır. Aksi halde şikâyetçi, şikâyetinden vazgeçmiş sayılır. İcra mahkemesi şikâyetin incelenmesi sırasında keşif ve bilirkişi incelemesine veya tanık dinlenmesine karar verilirse delil avansı istemeli, süresinde delil ikamesi avansı yatırılmazsa, avansı yatırılmayan delil dışındaki delillere göre şikâyet konusunda bir karar verilmelidir...”

⁹² “...Öncelikle belirtilmelidir ki, borçlunun haczedilmezlik şikâyetine ilişkin başvurusu İİK'nun 16. maddesine dayalıdır. Şikâyet İcra ve İflas Hukukuna özgü bir kanun yolu olup, dava olmadığından Medeni Usul Hukukunda düzenlenen davaya ilişkin kurallar ve bu anlamda HMK'nın gider avansına ilişkin hükümleri şikâyetler hakkında uygun düşüldüğü ölçüde uygulanır...”. Y. HG., 5.4.2017, 1141/641, <<https://www.corpus.com.tr/#!/Yargitay>> Erişim Tarihi: 12.6.2022. “... İK'nın 128/a maddesinin 1. fıkrasında yer alan şikâyet tarihinden itibaren 7 gün içinde gerekli masraf ve ücretin yatırılmasına ilişkin düzenleme HMK'da öngörülen gider avansının özel şeklidir. Bu hükmün uygulanabilmesi için itiraz edenin yatırmayı gereken miktarın mahkemece belirlenmiş olması gereklidir. İtiraz eden, yasa dışı yazılı olan ve gerekli masraf olarak ifade edilen miktar saptanmadan bu masrafı kendiliğinden belirleyip yatıramaz. Zira, hâkimin emri olmadan vezneye paranın yatırılması mümkün değildir. Mahkeme heyetinin yasal yolluğunun belli olduğu düşünülse bile, kalan keşif gideri için ne miktar avansı yatıracağını itiraz eden bilemez...”. Y. HGK. 12.11.2020, 349/1031, <<https://www.corpus.com.tr/#!/Yargitay>> Erişim Tarihi: 12.6.2022.

⁹³ Gider avansının bu niteliği hakkında ayrıntı için bkz. Özbek, s. 147 vd.

talepten sonra alacaklı tarafından icra dairesine peşin (avans) olarak ödenmelidir. Alacaklının, takibinin ilerleyen aşamalarında yapılmasını talep ettiği icra takip işlemlerinin masrafını, bu talebinin ardından peşin vermesi zorunlu olup, buna dair kanun hükümleri ile gider avansının süresinde verilmemesinin yaptırımı, her bir işleme ilişkin kanun maddesinde özel olarak düzenlenmiştir. Örneğin taşınırın fiili haczi, gerektiğinde mahcuz taşınır veya taşınmazların muhafaza, idare ve işletilmesi masrafları, hacedilen alacağın tahsil masrafları veya paraya çevirme ve paraların paylaşılması masraflarını alacaklı, her bir işleme ilişkin talebini yaparken avans olarak icra dairesine yatırmak zorundadır⁹⁴.

Kanun koyucu, ihalenin feshi dosyasının (talebinin) görevli veya yetkili icra mahkemesine, resen gönderileceğini kabul etmekle birlikte, bunun için gerekli masrafın gider avansından karşılanacağını ifade etmiştir. Biraz önce belirtildiği üzere, İİK’unda takip talebinde bulunulurken ve takibin sonraki aşamalarında “gider avansı” yatırılması gerektiğine ilişkin bir düzenleme yoktur⁹⁵. Yani HMK m. 120 de öngörülen ve HMK m. 114/1-g’de dava şartı olarak düzenlenen gider avansı, İİK’da takip şartı olarak düzenlenmemiş ve HMK hükümlerine de bir yollama yapılmamıştır. Buna rağmen kanun koyucu burada gider avansı kavramını kullanmayı tercih etmiştir. Üstelik gider avansı yatırılmamışsa (ya da eksik olup da tamamlanmamışsa) bunun nasıl bir sonuçla (yaptırımla) karşılaşacağını da düzenlememiştir. Dolayısıyla, kanaatimizce kanun koyucunun m. 134/7 hükmünde “gider avansı” kavramını kullanması isabetli olmamıştır. Bunun yerine, sadece bu masrafın ödenmemesine ilişkin bir düzenleme yapılması daha uygun olurdu. Örneğin mahkemenin dosyayı resen gönderebilmesi için talepte bulunanın gerekli gideri mahkemece verilen süre içinde yatırması gerektiği, aksi takdirde dosyanın görevli ve yetkili icra mahkemesine gönderilemeyeceği ve talebin süreden dolayı reddedileceği düzenlenebilirdi. Belki böylece tasarruf ilkesiyle de uyumlu bir düzenleme yapılmış olurdu.

VII. İHALENİN FESHİNİ İSTEME SÜRESİ BAKIMINDAN YAPILAN DEĞİŞİKLİK

İİK m. 134/2’ye göre ihalenin feshi icra mahkemesinden şikâyet yolu ile ihale tarihinden itibaren yedi gün içinde istenebilir⁹⁶. İlgililerin ihalenin yapıldığı ana kadar cereyan eden muamelelerdeki yolsuzluklara en geç ihale günü ittila peyda ettiği kabul edilir. Ancak

⁹⁴ Özbek, s. 98. Buna karşılık, İİK m. 128/a’daki kıymet takdirine karşı şikâyet yoluna başvuran kişi için yeniden bilirkişi incelemesi yaptırılabilmesi bakımından öngörülen düzenlemeden hareket eden bir görüş, özellikle duruşmalı inceleme yapılan hallerde şikâyet (ve dolayısıyla bu usule tabi olan ihalenin feshi) talepleri bakımından, gider avansının uygulanması gerektiğini savunmaktadır. Pekcanitez/Simil, s. 300.

⁹⁵ Özbek, s. 98.

⁹⁶ İhalenin feshini isteme süresi hakkında ayrıntı için bkz. Arslan, s. 170 vd.; Çon, s. 103 vd.

yine İİK m. 134/10'a göre, "satış ilanı tebliğ edilmemiş veya satılan malın esaslı vasıflarındaki hataya veya ihalede fesada bilahare vakıf olunmuşsa şikayet müddeti ıttıla tarihinden başlar. Şu kadar ki, bu müddet **ihalenin yapıldığına ilişkin kararın elektronik satış portalında ilan edildiği tarihten** itibaren bir seneyi geçemez". 7343 sayılı kanun değişikliğinden önce bu halde süre ihale tarihinden başlıyordu. Ancak artık bu hallerde süre ihale tarihinden değil, *ihalenin yapıldığına ilişkin kararın elektronik satış portalında ilan edildiği tarihten* başlayacaktır. Böylece 7343 sayılı kanunla ihaleye ilişkin olarak yapılan değişikliklerin bir sonucu olarak artık 1 yıllık azami sürenin başlangıç tarihi değişmiş olmaktadır.

VIII. İHALENİN FESHİNE İLİŞKİN HÜKÜMLERİN ZAMAN BAKIMINDAN UYGULANMASI

İhalenin feshine ilişkin olarak yapılan değişikliklerin hangi anda yürürlüğe gireceği 7343 sayılı Kanunla İİK'na eklenen Geçici Madde 18/4 de düzenlenmiştir. Bu hükme göre: "134 üncü maddede bu maddeyi ihdas eden Kanunla yapılan değişiklikler, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihte ilk derece mahkemeleri ve bölge adliye mahkemeleri ile Yargıtayda görülmekte olan ihalenin feshi talepleri hakkında uygulanmaz. Ancak, ihale bedelinin yüzde onuna kadar para cezasına mahkûmiyete ilişkin hüküm görülmekte olan ihalenin feshi talepleri hakkında da uygulanır. Temyiz kanun yolu incelemesi aşamasında bulunan dosyalar bakımından para cezasının oranına ilişkin olarak yapılan değişiklik tek başına bozma nedeni yapılamaz. Yargıtay değişikliği uygulamak suretiyle hükmü düzeltebilir".

Buna göre kanun koyucu, ihalenin feshine ilişkin olarak yapılan değişikliklerin kural olarak hangi aşamada olursa olsun görülmekte olan ihalenin feshi talepleri hakkında uygulanmayacağını düzenlemiştir. Kanaatimizce bu düzenleme olası karışıklıklar ve tereddütlerin önüne geçilmesi bakımından yerindedir. Ancak kanunun yürürlüğe girdiği tarihten sonra yapılan ihalenin feshi talepleri hakkında 7343 sayılı Kanunla getirilen yeni hükümler uygulanacaktır. Ancak para cezasına ilişkin olarak getirilen hükümlerin derhal uygulanması esası kabul edilmiştir. Buna göre *ihale bedelinin yüzde onuna kadar para cezasına mahkûmiyete ilişkin hüküm görülmekte olan ihalenin feshi talepleri hakkında da uygulanır*. Hatta daha önce de belirtildiği üzere, temyiz kanun yolu incelemesi aşamasında bulunan dosyalar bakımından para cezasının oranına ilişkin olarak yapılan değişiklik tek başına bozma nedeni yapılamaz. Yargıtay değişikliği uygulamak suretiyle hükmü düzeltebilir. Özetle, 7343 sayılı Kanun'un 27 nci maddesi ile İcra ve İflâs Kanunu'nun 134 üncü maddesinde yapılan ve ihalenin feshini doğrudan ilgilendiren değişikliklerde, geçici madde

18/4 gereği, 30.11.2021 tarihinden önce ihaleinin feshi talebiyle icra mahkemesine başvurulmuş ve yargılama devam ediyor ise, para cezasının oranına ilişkin değişiklik hariç, hangi derecede olursa olsun söz konusu 134 üncü maddeye ilişkin değişiklikler derdest ihaleinin feshi yargılamalarında uygulanmayacaktır⁹⁷.

SONUÇ

7343 sayılı Kanunla İcra ve İflas Kanunu'nun ihaleinin feshini ilişkin hükümlerinde önemli değişiklikler yapılmıştır. Bu değişikliklerin bir kısmının, kurumun uygulamada kötüye kullanılmasına bir tepki niteliği taşıdığı söylenebilir. Yapılan değişikliklerle, mahcuzun resmi sicilinde kayıtlı bulunan ilgilileri ve sınırlı aynı hak sahiplerine ihaleinin feshi yoluna başvurma hakkı tanınmıştır. Eskiden bu hak sadece tapu sicilinde kayıtlı olan ilgililere aitti. Söz konusu değişikliklerle, sadece tapu sicili değil, diğer resmi sicillerde yer alan ilgililere de bu hakkın tanınması isabetli olmuştur.

Satış isteyen alacaklı, borçlu, resmî sicilde kayıtlı ilgililer ile sınırlı aynı hak sahipleri dışında kalan kişilerce yapılan ihaleinin feshi talebinin, ihale bedeli üzerinden nispi harca tabi tutulmuş olması ve bu harcın yarısının talepte bulunurken peşin olarak alınması kabul edilmiştir. Hatta talep ret edildiğinde kalan harç yine nispi olarak tahsil edilecektir. Söz konusu harcın sadece belirli kişiler için öngörülmüş olması, eşitlik ilkesi bakımından sorun yaratabilecek niteliktedir. Ayrıca hem nispi harç olması hem de talebin reddi halinde bile kalan kısmının maktu olarak değil de yine nispi olarak alınması isabetli olmamıştır. Üstelik bu harç yatırılmadığı takdirde sonuçlarının ne olacağı da açıkça düzenlenmemiştir.

Satış isteyen alacaklı, borçlu, resmî sicilde kayıtlı ilgililer ile sınırlı aynı hak sahipleri dışında kalan kişilerce yapılan ihaleinin feshi talebinde, talepte bulunulurken, ilgili kişilerin muhtemel zararına karşılık olmak üzere ihale bedelinin yüzde beşi oranında teminat gösterilmesi şartı getirilmiştir. Teminat gösterilmezse sonucunun ne olacağı hakkında düzenleme yapılması, olası tereddütleri önlemesi bakımından isabetli olurdu. Tıpkı harç ödenmesinde olduğu gibi bu zorunluluk da sadece belirli kişiler için öngörülmüştür ki, bunların başında, pey sürerek ihaleye katılan kişiler gelmektedir. Bu kişilerin hem harç ödemesi hem de teminat göstermesi, sanki baştan bu talebi kötüniyetli olarak yaptıkları izlenimini doğurmaktadır ki, bu şekilde bir düşünce isabetli sayılamaz. Hem harç ödeme hem de teminat gösterme yükümlülüğü birlikte düşünüldüğünde, bu düzenlemeler, hak arama özgürlüğünü ve adalete erişimi engelleyebilecek bir sonuca yol açabilecek niteliktedir.

⁹⁷ Bu hükümlerin zaman bakımından uygulanması hakkında bkz. Pekcanitez/Akkan, s. 278 vd.

İhalenin feshi talebinin reddedilmesi halinde, kimlerin hangi koşulda para cezasına mahkûm edileceği daha ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Bazı kişiler, talep esastan ya da usulden reddedilsin her halde para cezasına mahkûm edilecektir. Kanunda sayılan kişiler dışında kalanlar, esas olarak ihalenin feshi talebinde neredeyse hiçbir hukuki yararı olmayan ilgisiz kişilerdir. Bu nedenle, bunların her halde para cezasına mahkûm edilecek olması, kurumun kötüye kullanılmasına engel olma sonucunu sağlayabileceği için isabetli sayılabilir. Bazı kişiler ise ihalenin feshi talebinden feragat ederse, para cezasına mahkûm edilecektir. Özellikle bunlar arasında pey sürerek ihaleye katılan kişiler vardır. Bunun yanında ilgisiz kişiler de buna dahildir. Şimdiye kadar uygulamada edinilen tecrübeler ve yaşanan sorunlar dikkate alındığında, bu düzenleme de isabetli sayılabilir. Çünkü, söz konusu kişiler ihale sürecini uzatmak ve özellikle alıcıdan haksız kazanç sağlamak adına, önce ihalenin feshini talep ediyor, bilhassa istedikleri menfaati elde edince sonra feragat ediyorlardı. Bu halde para cezasına mahkûmiyet olup olamayacağı tereddütlere neden oluyordu. Dolayısıyla söz konusu değişiklik, durumu açıklığa kavuşturduğu için yerinde olmuştur.

Diğer taraftan ihalenin feshini kim talep ederse etsin talebin esatan reddi halinde, mutlaka belirli bir oranda para cezasına mahkum edilecektir. Burada talebin sadece esastan reddedilmiş olması yeterlidir. Talepte bulunanın kötüniyetli olması da şart değildir. Yapılan değişiklikte belki kötüniyet şartı aranabilirdi, zira talepte bulunan haklı olduğunu düşünerek bu yola başvurmak isteyebilir. Ancak, bu konuda ortaya çıkabilecek sorun, para cezasının oranı konusunda hakime verilen takdir yetkisi ile aşılabılır. Çünkü artık sabit olarak yüzde on para cezasına mahkumiyet kaldırılmış, bunun yerine yüzde ona kadar bir para cezasına mahkum edilme hali kabul edilmiştir. Buna göre hakim, talepte bulunanın kim olduğunu, başvuranın dosya kapsamına göre haklılık durumu ve amacını dikkate alarak, para cezasını hakkaniyete uygun bir şekilde belirleyebilecektir. Bu açıdan sabit bir oran yerine, hakime takdir hakkı tanıyan bir düzenlemenin yapılması isabetli olmuştur.

Bunların dışında, ihalenin feshi talebinin usulden reddi gereken hâllerde duruşma yapılmadan da karar verilebilmesine; ihalenin feshine ilişkin şikâyetin görevsiz veya yetkisiz icra mahkemesi veya mahkemeye yapılması halinde, bu mahkemenin masrafını gider avansından karşılamak suretiyle dosyayı resen görevli veya yetkili icra mahkemesine göndermesine; satış ilanı tebliğ edilmemiş veya satılan malın esaslı vasıflarındaki hataya veya ihalede fesada bilahare vakıf olunmuşsa şikâyet müddetinin, ihalenin yapıldığına ilişkin kararın elektronik satış portalında ilan edildiği tarihten itibaren bir seneyi geçemeyeceğine ilişkin değişikliklerin temelde isabetli olduğu savunulabilir.

Sonuç olarak, kanun koyucunun, 7343 sayılı Kanunla, ihaleinin feshi hakkında getirmiş olduğu yeni düzenlemelerin, söz konusu kurumun uygulamada kötüye kullanılmasına bir tepki olarak getirildiği, bazıları isabetli olmakla birlikte, özellikle yaptırım niteliği taşıyan ya da yaptırımla karşılaşma sonucu doğuran bazı düzenlemelerin ise, amaç-araç (ya da menfaat) dengesi gözetildiğinde aşırı bir nitelik taşıdığı söylenebilir.

KAYNAKÇA

- Akyol Aslan L, *Medeni Usul Hukukunda Davadan Feragat*, Yetkin Yayınları, 2011.
- Akyazan S, *Cebri İcrada İhale ve İhalenin Feshi*, Kurtulmuş Matbaası, 1959.
- Ansay S Ş, *Hukuk İcra ve İflas Usulleri*, 4. B., İstiklal Matbaacılık, 1960.
- Arslan A S, “HMK Hükümlerine Göre Teminat Kurumu ve Dava Şartı Niteliği”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan, 16 (2), 2015, s. 943-974.
- Arslan R, *İcra İflas Hukukunda İhale ve İhalenin Feshi*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1984.
- Arslan R/Yılmaz E/Taşpınar Ayvaz S/Hanağası E, *İcra ve İflas Hukuku*, 7. B., Yetkin Yayınları, 2021.
- Aslan K, *Medeni Usul Hukukunda Davanın Geri Alınması*, Yetkin Yayınları, 2016 (Aslan, Geri Alma).
- Aslan K, “Medeni Usul Hukukunda Davanın Açılmamış Sayılmasının Etkileri”, *MİHDER*, 9 (25), 2013, s. 29-113.
- Atalı M/Ermenek İ/Erdoğan E, *İcra ve İflas Hukuku*, 5. B., Yetkin Yayınları, 2022.
- Belgesay M R, *İcra ve İflas Kanunu Şerhi*, 4. B., Sıralar Matbaası, 1954.
- Çon Ö, *İhalenin Feshi*, Yetkin Yayınları, 2021.
- Dönmez M, *İcra ve İflas Hukukunda Taşınmaz Malların Paraya Çevrilmesi*, Vedat Kitapçılık, 2010.
- Erdönmez G, “İcra ve İflas Hukukunda İhalenin Feshini İsteyebilecek Kişiler”, *Legal Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi*, 4 (10), 2008, s. 357-408.
- Erturgut M, *İcra ve İflas Hukukunda Menkullerin Paraya Çevrilmesi*, Yetkin Yayınları, 2000.
- Kuru B, *İcra ve İflas Hukuku El Kitabı*. 2. B., Adalet Yayınevi, 2013.
- Muşul T, *İcra ve İflas Hukuku*, 4. B., Yetkin Yayınları, 2010 (Muşul, İcra).
- Muşul T, *İcra ve İflas Hukukunda İhale ve İhalenin Feshi*, 1. B., Adalet Yayınevi, 2016.
- Namlı M, *İcra Hukukunda Taşınmazların Haczi ve Paraya Çevrilmesi*, On İki Levha Yayıncılık, 2019.
- Öktemer S, “İhalenin Feshi Davasını Açma Hakkı”, *Yargıtay Dergisi*, 18 (3), 1992, s. 396-411.
- Özbek M, *Hukuk Yargılama Usulünde Gider Avansı*, 3.B., Yetkin Yayınları, 2018.
- Özekes M, “Üzerinde İhtiyati Tedbir Bulunan Bir Gayrimenkulün Cebri İcra Yoluyla Satış Sorunu”, *GSÜHFD*, (1), Prof. Dr. Kemal Oğuzman’a Armağan, 2002, s. 527-540.
- Pekcanitez H/Akkan M, “7343 Sayılı Kanunla İcra Ve İflâs Kanunu’nda Yapılan Değişikliklerin Zaman Bakımından Uygulanması”, *TBB Dergisi*, (160), 2022, s. 259-297.
- Pekcanitez H/Atalay O/Sungurtekin Özkan M/Özekes M, *İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı*, 7. B., On İki Levha Yayıncılık, 2020.

-
- Pekcanitez H/Simil C, *İcra-İflas Hukukunda Şikâyet*, 2. B., Vedat Kitapçılık, 2017.
- Postacıoğlu İ, *İcra Hukuku Esasları*, 4. B., Fakülteler Matbaası, 1982.
- Rüzgaresen C, *Medeni Usul Hukukunda Dosyanın İşlemden Kaldırılması*, Yetkin Yayınları, 2021.
- Umar B, “Kuru/Arslan/Yılmaz’ın İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı Üzerine Gözlemler (15. Basım)”, *75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı*, Türkiye Barolar Birliği, 2004, s. 685-705.
- Üstündağ S, *İcra Hukukunun Esasları*, 7. B., Nesil Matbaacılık, 2000.
- Yeşilova B, “İcra ve İflas Kanunu’na Göre Taşınırın Açık Artırma Yoluyla Satışında İhalenin Feshinin Ancak Kimlerce Talep Edilebileceğine İlişkin Bazı Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi”, Emel Hanağası/Mustafa Göksu (Ed.), *Prof. Dr. Ramazan Arslan’a Armağan*, C. 2, Yetkin Yayınları, 2015, s. 1787-1828.
- Yılmaz E, “İcra ve İflas Kanunumuz Yine Değişti (Değişikliklere İlişkin Düşünceler)”, *ABD*, 1989 (1), s. 105-135.