**"...**

**II- İTİRAZIN GEREKÇESİ**

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

'Davacı'. ile Davalı '. arasında mahkememizde görülmekte olan İhalenin Feshi davasının 2011 tarihli celsesinde İcra ve İflas Kanunu'nun 'İhalenin neticesi ve feshi' başlıklı 134. maddenin 2. fıkrasında ihalenin feshi talebinin reddine karar verilmesi halinde davacının feshi istenilen ihale bedelinin %10'u oranında para cezasına mahkum edeceğine dair kanun hükmünün Anayasaya aykırı olduğunu düşündüğümüzden Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 152. maddesi gereğince Yüksek Mahkemenize itiraz başvurusunda bulunulmasına ve 5 ay süre ile mahkemenizce verilecek kararın beklenilmesine karar verilmiştir.

İlgili İcra dosyası olan Kestel İcra Müdürlüğünün 2011/1255 talimat sayılı dava dosyasında ihale ile satılan Bursa ili Kestel ilçesi' Köyü'nde bulunan 104 ada 15 parsel ve 104 ada 19 parsel sayılı taşınmazların ihalesinin feshini talep etmekte olup, taşınmazlardan 104 ada 19 parsel 250.000 TL bedel ile, 104 ada 15 parsel ise 500.000 TL bedelle 31.02.2012 tarihinde ihale edilmiş; davacı vekili bu ihalenin usulüne uygun olmadığından feshini talep etmiştir.

Anayasaya aykırılık düşüncemizi ana hatları ile şu şekilde açıklamaktayız:

İcra ve İflas Kanunu'nun 'İhalenin Neticesi ve Feshi' başlıklı 134. maddesinin 2. fıkrasında 'İhalenin feshini, Borçlar Kanununun 226 ıncı maddesinde yazılı sebepler de dahil olmak üzere yalnız satış isteyen alacaklı, borçlu, tapu sicilindeki ilgililer ve pey sürmek suretiyle ihaleye iştirak edenler yurt içinde bir adres göstermek koşuluyla icra mahkemesinden şikayet yolu ile ihale tarihinden itibaren yedi gün içinde isteyebilirler. İlgililerin ihale yapıldığı ana kadar cereyan eden muamelelerdeki yolsuzluklara en geç ihale günü ıttıla peyda ettiği kabul edilir. İhalenin feshi talebi üzerine icra mahkemesi talep tarihinden itibaren yirmi gün içinde duruşma yapar ve taraflar gelmeseler bile icap eden kararı verir. Talebin reddine karar verilmesi halinde icra mahkemesi davacıyı feshi istenilen ihale bedelinin yüzde onu oranında para cezasına mahkum eder. Ancak işin esasına girilmemesi nedeniyle talebin reddi halinde para cezasına hükmolunamaz' denilmektedir.

İcra İflas Mevzuatına göre haciz veya ipotek gibi sebeplerle menkul veya gayrimenkul veya hakların satışının yapıldığı ihalelerin usulüne uygun bir şekilde yapılması devletin yükümlülüğü altındadır. İhalenin gerektiği şeffaflıkta ve açıklıkta ve kurallara uygun olarak yapılmaması halinde ilgili olan kişiler şikayet yolu ile İcra mahkemesinden ihalenin feshini isteyebilmek hakkına sahip iseler de bu hakkın kullanılmasına İİK'nun 134. maddenin 2. fıkrasında ihalenin feshi talebinin reddine karar verilmesi halinde şikayetçinin feshi istenilen ihale bedelinin %10'u oranında para cezasına mahkum edeceğine dair hükmü önemli bir engel teşkil etmektedir. Hukukta hak ile ispat ayrı kavramlardır. Esasında doğru olan bir hususun ispat edilememesi her zaman mümkündür. İİK'nun bu maddesinde şikayeti red edilen başvuru sahiplerine kötü niyetli olup olmaması, sırf icra sürecini uzatmak amacı ile yapılıp yapılmamasına göre hakime değerlendirme ve takdir hakkı tanınmaksızın ihalenin %10'u nispetinde ceza verilmesini öngörülmektedir. Bu oran oldukça yüksek bir oran olup, şikayetin reddi halinde hükmedilecek ceza ihale miktarına göre dosyamızda olduğu gibi yüksek miktarları bulabilmektedir.

Anayasamızın devletin temel niteliklerini belirleyen 2. maddesinde devletimizin insan haklarına saygılı bir hukuk devleti olduğu açıklanmaktadır. Devletimiz insan haklarına riayet etmek konusunda İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine de taraf olmuştur. Taraf olunan İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesindeki haklara uygun düzenlemeler yapmak hem bu sözleşmeye taraf olmanın bir gereği, hem de Anayasamızın 2. maddesinin bir gereğidir.

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine göre adil yargılanma ve etkili başvuru hakkı temel insan hakları arasındadır ve bu haklara uygun kanuni düzenleme ve mekanizmaların getirilmesi hukuk devleti olmanın bir gereğidir.

Bu madde hükmü adeta ceza kanununda tarif edilmeyen ceza kanunundaki genel ilkelere aykırı bir suç türünü düzenlemektedir.

Uygulamada da bunun bir para cezası mı olarak tahsil edileceği yoksa bir kamu alacağı mı olarak tahsil edileceğinde tereddüt bulunmaktadır.

Kanunun bu hükmü adil yargılanma ve etkili başvuru hakkını özünden zedelemekte olup hukuk devleti olmanın gereğine aykırı sonuçlar doğurmaktadır.

Sonuç olarak İİK'nun 'İhalenin neticesi ve feshi' başlıklı 134. maddenin 2. fıkrasında ihalenin feshi talebinin reddine karar verilmesi halinde davacının feshi istenilen ihale bedelinin %10'u oranında para cezasına mahkum edeceğine dair kanun hükmünün hak aramayı düşünen kişilerin başvuru yapmasını engelleyici ve başvurup da ispat edemeyen kişileri genel ceza hukuku ilkelerine aykırı cezalandırıcı bir hüküm olup, Anayasamızın devletin niteliklerini açıklayan 2. maddesine aykırı olması sebebi ile iptaline karar verilmesini saygıyla arz ve talep ederiz.'"