

**YARGITAY'IN AYIPLI MAL SATIŞINDAN DOĞAN ZARARI,
AYIPLA İLGİLİ HİLELİ DAVRANIŞLARDA BULUNAN
SATICIYA DEĞİL, KUSURU OLMAYAN VE BEDELİ TAM
ÖDEYEN TÜKETİCİYE YÜKLEMESİ:
TÜKETİCİ HUKUKUNUN TEMELİNE DİNAMİK
KONULMASI**

Av. Dr. Bülent Hayri ACAR

GİRİŞ

Tüketici hukuku ve tüketici haklarına ilişkin yasaların temel amacı, tüketiciyi korumaktır. Anılan yasalarla, tüketiciye ayıplı mal satımından doğan zarardan dolayı, kusursuz ve dayanışmalı sorumluluk getirilmiştir; sorumluluk için kusur aranmamıştır. Önemli olan, mevcut düzenlemelerin doğru uygulanarak tüketici haklarının, uyumsuzluk konusu davalarda korunmasıdır.

Bir olayda, satıcı, alıcıya, sözleşmeyle kararlaştırılan bedelle, imara uygun yapılmış konut teslim koşuluyla, bir siteden bir daire satmıştır. Alıcı, sözleşme kapsamında ilgili bankadan aldığı tüketici kredisiyle, satım bedelinin tamamını, bir bankadan aldığı krediyle teslimden önce ödemiştir. Konutun hukuki teslimi olan yapı kullanma izin belgesinin alınmasından önceki tarihte, üçüncü kişiler, konutun bulunduğu sitenin (ana yapının) inşaat ruhsatı ve imar planlarının iptali için idare mahkemesine dava açmışlardır. Satıcı, bu idari davaya, davalı belediyeler yanında müdahil olmuştur. Satıcı, bu idari davayı, alıcıya bildirmemiş, ondan gizlemiştir. Bundan sonra, satıcı, yapı kullanma iznini almış ve konutun mülkiyetini devretmiştir.

Belirtilen idari dava kararıyla, sitenin imar planlarıyla inşaat ruhsatının iptaline karar verilmiş ve karar kesinleşmiştir. Belediye, anılan kararın

kesinleşmesinden sonra, önce yapı kullanma izin belgesini iptal etmiş, satıcının bu işlemin iptali için açtığı idari davanın reddi üzerine, sitenin yıkılması kararını almıştır. Satıcının her iki idari işleme karşı açtığı davalar reddedilmiş, ikinci dava kararı da onanmıştır. Satıcı, ilk iptal davasında olduğu gibi, diğer iki idari davayı ve sonuçlarını da, alıcıdan gizlemiştir.

Alıcı, yıkım kararının tebliğini haricen öğrenmiş, satıcı ve bankaya ihtar göndererek, gizli hukuki ayıplı konut tesliminden dolayı, sözleşmeden dönme seçimlik hakkını kullandığını ve ayıplı konutun satışından doğan zararlarının tazmini isteminde bulunmuş, bu isteminin reddi üzerine de Tüketici Mahkemesinde dava açmıştır.

Mahkeme, davayı görev yönünden kabul etmiştir. Buna göre, taraflar arasındaki uyuşmazlık, satım tarihinde yürürlükte bulunan 4077 sayılı Kanundan doğmaktadır. Gerçekten, taraflar arasındaki Sözleşme, 4077 sayılı Kanun kapsamındadır. Bunun içindir ki, **taraflar arasındaki ilişki, tüketici hukukuna bağlıdır.** Dava konusu uyuşmazlık, satıcı ve bankanın, tüketici alıcıya gizli esaslı hukuki ayıplı konut teslim etmesinden kaynaklanmaktadır.

Anlaşmazlığın tarafları, Sözleşmeye ve 4077 sayılı Kanuna göre, doğrudan doğruya tüketici alıcı ile satıcı ve bankadır. **Davanın çekişmeli olguları, (a) taşınmazın gizli ayıplı olup olmaması, (b) hukuki teslimden önce ve sonra mevcut olan idari davaların satıcı tarafından hileyle tüketiciden gizlenip gizlenmemesi, (c) ayıplı mal satışından doğan zarardan satıcı ile bankanın kusurlu ve dayanışmalı sorumlu olup olmadıklarıdır.**

Dolayısıyla, davada çözümlenmesi ve karara bağlanması gereken temel sorun, satıcının gizli ayıplı konut teslim edip etmediği ve imar planıyla inşaat ruhsatının iptali davasını hukuki teslim öncesinde hileyle gizleyip gizlemediği, bu durumun sözleşmenin devamına etkili olup olmadığı, özellikle ayıplı konuttan doğan zarara satıcı veya alıcıdan hangisinin katlanacağıdır. 4077 sayılı Kanun gereğince kusursuz sorumlu olan satıcının sorumluluğuna, kusursuz sorumluluğa ait ilke ve kurallar uygulanacaktır. Bunun içindir ki, kusursuz sorumlu satıcının, ayrıca olayda ek kusuru olup olmadığı, kurtuluş kanıtı getirebilmesi ve nedensellik bağının kesilmesi konuları ele alınacaktır. Mahkeme, tüm bu konuları, istem üzerine veya resen göz önüne alıp tartışacaktır.

Ayrıca, mahkeme, taraflar arasında çekişmeli olan bu konuları, tarafların gösterdiği delillerle, 4077 sayılı Kanunun konuluş amacına ve vicdani kanaatine (AY 138/I) göre karara bağlayacaktır. Bunun içindir ki, mahkeme, bu temel sorunları incelemeyen, değerlendirmeyen, bir karar veremeyecektir.

Son olarak, sitedeki (ana yapıdaki) **diğer bir konutla ilgili Ekspertiz Raporuyla, sitede yukarıda açıklanan imara aykırılık nedeniyle, konutun kredi yönünden ekonomik değeri bulunmadığı tespit edilmiştir**¹. Anılan Ekspertiz raporu, gizli ayıptan dolayı dava konusu konuttaki zararın, sadece mülkiyetin değer kaybını ve mülkiyet hakkının kullanılamaz hale getirilmesini de kapsadığını göstermektedir. Gerçekten, gizli ayıp nedeniyle, tüketici alıcının konutunun, ipotek karşılığı kredi alınması veya bir sözleşmenin teminatı olarak kullanılması, ekonomik olarak olanaklı değildir.

Göröldüğü üzere, sorun, mahkemece de kabul edilen ve yukarıda açıklanan şekilde ortaya çıkan **ayıplı maldan doğan zararın, tüketici hukukuna göre kime yükletileceğidir**.

Gerçekten, söz edilen **zarar**, herhangi bir **kusuru bulunmayan, satım bedelini tam ödeyen davacı tüketici alıcıya mı yükletilecektir**. Anılan **zarar, konutun tam bedelini alıp, gizli ayıplı konut teslim eden, hukuki teslim öncesi ve sonrasında idari davaları hileyle gizleyerek alıcının yasal haklarını kullanmasını engelleyen, kanunen anılan zarardan kusursuz ve dayanışmalı sorumlu olan davalılar satıcıya ve -kredi miktarıyla sınırlı- bankaya mı yükletilecektir**.

Tüketici mahkemesinde görölen davanın ve yazının konusunun özü budur.

Olayda adaletin ve hakkaniyetin gerçekleşmesi, 4077 sayılı Kanunun 4. madde hükmü ve anılan kanunun konuluş amacına uygun yapılması gereken seçime bağlı olacaktır.

¹ Türkiye .. Bankası 25.03.2013 tarih Rapor No: 2013MAY712 sayılı **Taşınmaz Değerleme Raporuna** göre, anataşınmazın .. Blok 5. Normal kat No: ..'daki konutla ilgili olarak, anataşınmazla ilgili kısıtlamalar, 'Tapu Takyidatı ve Tarihi' kısmında yasal kısıtlamalar gösterilmiştir. **Bu kısıtlamalar, yapı kullanma izninin iptaliyle, her türlü imar işlemlerinin durdurulmasıdır**. '7) Taşınmaz Değerine Etki Eden Faktörler' kısmında **'Olumsuz Faktörler'** içinde **"İlgili belediye tarafından ruhsat, iskan ve projelerinin iptal edilmiş olması (Kaçak yapı konumunda) / Geyrimenkul sektöründe yaşanan durgunluğun halen devam ediyor olması"** gösterilmiştir. Raporun **"Düşünceler / Sonuç"** kısmında, **"Site içerisinde yer alması, AVM'lere yakın konumda olması, içinin yapılı olması, kombili olması, katta yer alması, ulaşım imkanlarının kolay olması (kaçak yapı konumunda), gayrimenkul sektöründe yaşanan durgunluğun halen devam ediyor olması** değerlemeyi olumsuz yönde etkilemiş olup, **Yapı Kullanma İzin belgesi, Ruhsat ve Mimari projenin iptal edilmesinden dolayı taşınmazın satılamaz nitelikte olduğu kanaatindeyiz"** denilmiştir ve konuta tüketici kredisi verilemeyeceği açıklanmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

YARGITAY'IN GİZLİ AYIPLI KONUT SATIŞINDAN DOĞAN ZARARI KUSURSUZ VE SATIM BEDELİNİ ÖDEYEN TÜKETİCİYE YÜKLEMESİ

1. İNCELEME KONUSU OLAYLA İLGİLİ GENEL BİLGİLER

A) Taraflar arasında sözleşme ilişkisinin kurulması ve karşılıklı edimlere ilişkin açıklama

Tüketici alıcı ile satıcı arasında Gayrimenkul Satış Vaadi Ve İnşaat Sözleşmesi düzenlenmiştir. 14.02.2007 tarihli Sözleşmeyle, taraflar arasında sözleşme ilişkisi kurulmuştur. Sözleşmenin konusu, satıcının arsa sahibiyle önceden imzaladığı Gayrimenkul Satış Vaadi, Arsa Payı Karşılığında İnşaat Yapım ve Hasılat Paylaşımı Sözleşmesi uyarınca, satın alma, konut ve sosyal tesis inşa etme hakkına sahip olduğu Siite'de 1. Bloktan 5 nolu ekli vaziyet planında mavi renkli kalemle taralı Konutun (Daire), tüketici alıcıya satışının vaadi ile alıcının konutu almayı vaadi ve bu vaatler çerçevesinde tarafların karşılıklı hak ve yükümlülüklerinin düzenlenmesidir.

Sözleşme'nin 3. maddesine göre, konutun anahtar teslimi satım bedeli KDV hariç toplam 549.000 TL olup, alıcı tarafından 20.02.2007 tarihinde peşin olarak ödenecektir.

Sözleşmenin 'Satıcının Yükümlülükleri' başlıklı 4. maddesine göre, "Satıcı, konutu (daireyi) mücbir sebepler hariç en geç 31.03.2008 tarihine kadar tasdikli projesine ve ekte yer alan teknik şartnamede belirtilen koşullara uygun olarak tamamlayarak, anahtar teslimi olarak teslim edilmek üzere Alıcı'yı davet edecektir. Satıcı teslimleri davet tarihinden 2 ay içinde tamamlayacağını taahhüt eder. / **Anahtar tesliminden maksat, Sözleşme konusu konutun (dairenin) başta tasdikli mimari projesine olmak üzere inşaat ruhsatına esas tüm tasdikli projelerine, inşaat ruhsatına, ekteki teknik şartnamesine uygun olarak tamamlanması ve kullanım amacına uygun olarak iskanın alınması amacıyla belediyeye başvurulmuş hali ile Alıcı'ya teslimidir**".

Yukarıdaki maddede konutun mülkiyetinin nakliyle ilgili hükümde, "Satıcı konutun (dairenin) inşaatının tamamlanmasını, yapı kullanma izin belgesinin (iskan) alınması için ilgili belediyeye başvurulması ve Alıcı'nın KDV dahil tüm borçlarını ödemesini müteakip Alıcı adına tapu ferağ taktirini verecektir".

Tüketici alıcı, 29.04.2008 tarihinde, konutun satım bedeli 549.000 TL + % 18 KDV 98.820 TL toplam 647.820 TL'yi satıcıya ödemiştir. Satıcı, 29.04.2008 tarihli Konut Teslim Tutanağı Ve Taahhütname ile, aynı tarihte, konutu alıcıya teslim etmiştir. Konutla ilgili yapı kullanma izni, 13.06.2008 tarihinde alınmıştır. Konutun, tapudan mülkiyetinin devri, 24.10.2008 tarihli tapu senediyle gerçekleşmiştir. Ayrıca, tüketici satıcı, bir bankadan, sözleşme konusu konutla ilgili olarak, 4077 sayılı Yasadaki konut finansmanı olarak tanımlanan tüketici kredisi almıştır.

B) Konutun hukuki teslim tarihi öncesinde mevcut olup, tüketici alıcıdan gizlenen imar planlarının ve inşaat ruhsatının iptali davası

Yukarıda belirtildiği üzere, satılan konutun yapı kullanma izin tarihi 13.06.2008'dir. Yapı kullanma izin tarihi, konutun hukuki teslimi tarihidir. Asıl olan, konutun fiili değil, hukuki teslimidir.

Üçüncü kişiler tarafından, Çankaya Belediye Başkanlığı ile Ankara Büyükşehir Belediye Başkanlığına karşı, tüketici alıcıya satılan konutun bulunduğu Site ile **ilgili imar planları ve inşaat ruhsatının iptali için, 25.07.2007 tarihinde, yani konutun hukuki tesliminden 10 ay 18 gün önce, idare mahkemesine iptal davası açılmıştır.** Ankara 7. İdare Mahkemesindeki bu iptal davasında, dava dilekçesinde ileri sürülen nedenlerle, konutun bulunduğu siteye (ana yapıya) ilişkin 1/5000 ve 1/1000'lik imar planları ile bu imar planlarına dayalı inşaat ruhsatının iptali istenilmiştir².

² İdari Davanın Özeti: "Davacılar ait konutların doğu yönünde sınır komşusu olan, Ankara ili, Çankaya ilçesi, Lodumlu Mevkii 16140 ada 3 nolu parsel üzerinde ... tarafından yapılmakta olan inşaatın ruhsatının ve bu ruhsata dayanak oluşturan 1/5000 ve 1/1000'lik imar planlarının; sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşamının Anayasal hak olduğu, kat yüksekliğinin İmar Yönetmeliğine aykırı olduğu, yan, ön, arka bahçe mesafelerinin anılan Yönetmeliğin 29 ve 30 uncu maddelerine göre etkileneceği, kamu yararı ile kişi mülkiyeti arasındaki dengenin komşu parsel maliki yararına bozulduğu, nazım imar planlarında inşaat emsalinin artırılmasında kamu yararı bulunmadığı, yoğunluğun artırılmasında zorunlu nedenin olmadığı, mevcut alt yapının yetersiz kalacağı, parsel büyüklüğünün 1000 m2 olmasını öngören plan notunun iptalinde hukuka uyarlık bulunmadığı, planda genişletilen yola isabet edilen kısmın bedelsiz terki halinde, terkin edilen miktarda dahil edilmek suretiyle yapı yoğunluğu verilmesinin hukukla bağdaşmayacağı, yolun Düzenleme Ortaklık payından karşılanabileceği, DOP'un yeterli olmaması halinde kamulaştırma yoluna gidilebileceği, 1/5000 ölçekli revizyon nazım imar planına ait plan notlarının 2.1.2 numaralı maddesine aykırı olarak imar planı değişikliğinin yapıldığı, eşitlik ilkesinin ihlal edildiği, şehircilik ilkelerine, planlama esaslarına ve kamu yararına uyulmadığı ileri sürülerek iptali istenilmektedir" (Ankara 7. İdare Mahkemesi'nin 10.10.2008, 2007/867 - 2008/1680 iptal kararı s.1).

Satıcı yüklenici, sözü edilen iptal davasına bilgi edinmiş, bunun üzerine, idari davaya davalı belediyelerin yanında müdahil olarak katılmış, imar planlarıyla inşaat ruhsatının hukuka uygunluğunu savunmuş, idari davanın reddini istemiştir.

İlk iptal davasının açılması tarihinde, tüketici işlemi yapılmış (Sözleşme tarihi 14.02.2007), ancak, konut teslim edilmemiştir. **Satıcı, 4077 sayılı Kanunun tüketiciyi koruyan hükümlerine ve dürüstlük ilkesine³ göre, konutun hukuki tesliminden önce, ilk iptal davasından tüketici alıcıyı bilgilendirmekle yükümlüdür.** Satıcı ise, bu iptal davasından tüketici alıcıyı bilgilendirmemiştir. Aksine, **satıcı**, bilerek ve isteyerek, **imar planları ve inşaat ruhsatının iptali davasını, tüketici alıcıdan gizleyerek hukuki teslimde bulunmuştur.**

Satıcı, sözü edilen iptal davasını tüketici alıcıdan gizlemeyi bilinçli olarak sürdürmeye devam etmiş, 13.06.2008 tarihli hukuki teslimden sonra, 24.10.2008 tarihinde, konutun mülkiyetini tapuda tüketici alıcıya devretmiştir. Ankara 7. İdare Mahkemesi, 10.10.2008 tarihli kararıyla, satışa konu konutun bulunduğu siteye ilişkin inşaat ruhsatı ile bu ruhsata dayanak oluşturan 1/5000 ve 1/1000'lik imar planlarının iptaline karar vermiştir⁴.

Görüldüğü üzere, satıcı, müdahil olduğu ilk iptal davasında 10.10.2008 tarihinde imar planlarıyla inşaat ruhsatının iptal edildiğini bilmesine karşın, konutla ilgili herhangi bir hukuki işlem değişikliği olmamış gibi, 24.10.2008 tarihinde konutun mülkiyetini devretmiştir. Açıkçası, **satıcı, bilinçli olarak tüketici alıcıdan gizlediği idari davanın sonucunu da ondan gizleyerek, gizlemedeki açık kötü niyetini ortaya koymuştur.**

³ “Ancak satıcının, satılana ilişkin ayıbu bilmesi halinde, bu ayıbın varlığından alıcıyı haberdar etmesi, dürüstlük kuralı gereği kendisinden beklenir ve aksi durumda, onun, satıcının, hilesine özgü kanun hükümlerine göre sorumlu tutulması söz konusu olacaktır” (YAVUZ, Cevdet: **Satıcının Satılının (Malın) Ayıplarından Sorumluluğu, İstanbul 1989**, s. 62).

⁴ “Söz konusu bilirkişi raporu taraflara tebliğ edilmiş olup, bilirkişi raporunun hüküm vermeye elverişli olduğu değerlendirildiğinden, davalı idareler tarafından yapılan itirazlar Mahkememizce yerinde görülmemiştir. / Bu durumda, davacılar ait konutların doğu yönünde sınır komşusu olan Ankara ili, Çankaya ilçesi, Lodumlu Mevkii 16140 ada 3 nolu parsel üzerinde ... tarafından yapılmakta olan inşaatın ruhsatının ve bu ruhsata dayanak oluşturan 1/5000 ve 1/1000'lik imar planlarının kamu yararı, şehircilik ilkeleri ve planlama tekniklerine aykırı olduğu sonucuna varılmakla, tesis edilen dava konusu işlemde hukuka ve mevzuata uyarlık görülmemiştir. / Açıklanan nedenlerle dava konusu işlemin iptaline” (Ankara 7. İdare Mahkemesi'nin 10.10.2008, 2007/867 - 2008/1680 iptal kararı s.4).

Satıcı ve arsa maliki, sözü edilen iptal kararını temyiz etmişlerdir. Danıştay Altıncı Dairesi, 17.03.2009, 2008/13272 - 2009/2537 kararıyla, idare mahkemesinin imar planlarıyla inşaat ruhsatını iptal kararını onaylamıştır ⁵. Danıştay Altıncı Dairesi, 04.12.2009, 2009/7544-11494 kararıyla, davacıların karar düzeltme isteminin reddine karar vermiş ⁶ ve **imar planlarıyla inşaat ruhsatını iptal kararı kesinleşmiştir.**

C) Tüketici alıcının siteyle ilgili haricen bilgi edindiği, satıcının gizlediği diğer idari işlem ve iptal davaları

Konutun bulunduğu siteye ilişkin imar planlarıyla inşaat ruhsatının iptalinden sonra, konutla ilgili olarak, ilk iptal kararına bağlı olarak, satıcı ve arsa maliki aleyhine yeni idari işlemler yapılmıştır. Bunlardan ilki, Çankaya Belediye Başkanlığınca, konutun bulunduğu Site inşaatına ilişkin imar planlarıyla inşaat ruhsatının iptali ve iptal kararının onanması nedeniyle, anılan dayanaklarından yoksun kalan 13.06.2008 tarih 385 sayılı yapı kullanma izin belgesinin iptalidir.

Satıcı ve arsa maliki, birlikte, yapı kullanma izin belgesinin iptali işleminin iptali için, Ankara 11. İdare Mahkemesindeki iptal davasını açmıştır. Ankara 11. İdare Mahkemesi, 10.03.2010, 2009/133 - 2010/410 kararıyla, iptal davasının reddine karar vermiştir ⁷.

⁵ “Dava konusu yukarıda özetlenen gerekçeyle iptali yolundaki temyize konu Ankara 7. İdare Mahkemesinin 10.10.2008 günlü, E: 2007/867, K: 2008/1680 sayılı kararında, 2577 sayılı İdari Yargılama Usul Kanunu’nun 49. maddesinin 1. fıkrasında sayılan bozma nedenlerinden hiçbirisi bulunmadığından, bozma istemi yerinde görülmemekle anılan mahkeme kararının ONANMASINA” (Danıştay Altıncı Dairesi’nin 17.03.2009, 2008/13272 - 2009/2537 kararı s.3).

⁶ “Danıştay Dava Daireleri ve İdari veya Vergi Dava Daireleri Kurullarının temyiz üzerine verdikleri kararlar hakkında ancak 2577 sayılı İdari Yargılama Usul Kanununun 54. maddesinde yazılı nedenlerle kararın düzeltilmesi istenebilir. Kararın düzeltilmesi dilekçesinde öne sürülen hususlar ise adı geçen yasa maddesinde yazılı nedenlerden hiçbirisine uymamaktadır. / Bu nedenle karar düzeltilmesi isteminin reddine” (Danıştay Altıncı Dairesi’nin 04.12.2009, 2009/7544-11494 kararı s.1).

⁷ “Dava dosyasının incelenmesinden, .. uyuşmazlık konusu yapıya ilişkin yapı ruhsatı ile dayanağı imar planlarının iptali istemiyle açılan davada, Ankara 7. İdare Mahkemesi’nin 18.7.2008 tarihli kararıyla öncesinde yürütmenin durdurulduğu sonrasında ise 10.10.2008 gün ve E:2007/867, K:2008/1680 sayılı kararı ile dava konusu yapılan yapı ruhsatı ve dayanağı imar planlarının iptaline karar verildiği, bu kararın Danıştay Altıncı Dairesinin 17.3.2009 tarih ve E:2008/13272, K:2009/2537 sayılı kararıyla onandığı, davalı idarece söz konusu karara dayanılarak uyuşmazlık konusu yapıya ilişkin yapı kullanma izin belgelerinin de iptali üzerine davanın açıldığı anlaşılmaktadır. / Yapı kullanma izni; yapımı tamamlanmış olan bir yapıda, yapının inşaat ruhsatına uygun yapıldığını gösteren bir belge niteliğindedir.

Satıcı ve arsa maliki, yukarıdaki davanın reddi kararını temyiz etmişlerdir. Danıştay Altıncı Dairesi, 07.02.2011, 2010/6245 - 2011/205 kararıyla, idare mahkemesinin davanın reddi kararını onaylamıştır ⁸.

İkinci idari işlem ise, Site inşaatıyla ilgili imar planlarının ve inşaat ruhsatının iptali kararının, Danıştay Altıncı Dairesince onaylanması ve yapı kullanma izin belgesinin iptaline ilişkin iptal davasının reddi kararı üzerine yapılan, 4 blok 184 daireden oluşan Sitenin yıkımına karar verilmesidir. Özetlenen gelişme üzerine, İmar Kanununun 32. maddesi gereğince Sitenin tamamının yıkımına ilişkin 10.12.2008 tarih 3510.35 sayılı Çankaya Belediyesi Encümeni kararı alınmıştır. Satıcı ve arsa maliki birlikte, bu yıkım kararının iptaline ilişkin Ankara 11. İdare Mahkemesine yeni bir iptal davası açmışlardır. Bu son dava, Ankara 11. İdare Mahkemesinin 15.10.2010, 2010/325-1425 kararıyla reddedilmiştir ⁹.

Bu bağlamda, ruhsatsız veya **sonradan idarece ya da yargı kararı ile ruhsatı iptal edilmiş bir yapının yapı kullanma izin belgesinin varlığından söz edilemez.** / Bu durumda uyumsuzluk konusu yapı kullanma izin belgesinin; dayanağı yapı ruhsatının yargı kararı ile iptal edilmiş olması karşısında, idarece iptal edilmesine dair işlemde imar mevzuatına aykırılık görülmemiştir. / Öte yandan **davacılar tarafından yapı kullanma izin belgesinin artık kazanılmış hak teşkil ettiği bu nedenle iptal edilemeyeceği iddia edilmişse de, kazanılmış hak ilkesinden söz edebilmek için hakkın hukuka uygun elde edilmesi gerektiği açık olduğundan** Ankara 7. İdare Mahkemesi kararında yer verilen bilirkişi raporundaki gerekçelerle birlikte değerlendirildiğinde **hukuka aykırılığı yargı kararıyla ortaya konulan yapı ruhsatına dayalı olarak verilen yapı kullanma izninin kazanılmış hak olarak değerlendirilmesi mümkün değildir.** / Açıklanan nedenlerle davanın reddine” (Ankara 11. İdare Mahkemesi'nin 10.03.2010, 2009/133 - 2010/410 kararı s.2-3).

⁸ “Davanın yukarıda özetlenen gerekçeyle reddi yolundaki temyize konu Ankara 11. İdare Mahkemesinin 10.3.2010 günlü, E:2009/133, K:2010/410 sayılı kararında, 2577 sayılı İdari Yargılama Usul Kanunu'nun 49. maddesinin 1. fıkrasında sayılan bozma nedenlerinden hiçbirisi bulunmadığından, bozma istemi yerinde görülmemekle anılan mahkeme kararının ONANMASINA” (Danıştay Altıncı Dairesi'nin 07.02.2011, 2010/6245 - 2011/205 kararı s.2).

⁹ Ankara 11. İdare Mahkemesi, kararında yukarıda açıklanan olayları ve Siteyle ilgili imar planlarıyla inşaat ruhsatının iptali kararı ile bu kararın onanmasını, bunun üzerine yapı kullanma izninin iptali için açılan davanın reddini özetlemiştir. Kararın devamına göre, “davalı idarece ilk olarak 16.9.2000 tarihinde yerinde yapılan incelemede yapıların ruhsatsız olduğunun tespit edildiği ve tespit zaptının mahalle muhtarına teslim edildiği, 17.11.2009 tarihinde yapılan ikinci incelemede zabıt konusu hususların giderilmediğinin tespit edilmesi üzerine dava konusu 10.12.2009 günlü ve 3510.35 sayılı Çankaya Belediye Encümen kararıyla yapının yıkımına karar verildiği anlaşılmıştır. / Bu durumda; dava konusu encümen kararıyla yıkılmasına karar verilen yapılara ait yapı ruhsatı ve dayanağı imar planlarının Ankara 7. İdare Mahkemesince iptal edilmesi ve anılan kararın Danıştayca onanarak kesinleşmesi karşısında anılan yargı kararı gereğince tesis edilen dava konusu işlemde

Satıcı, müdahil ve davacısı olduğu idari davalar nedeniyle bilgisinde bulunan idari işlem, dava ve sonuçlarını, tüketici alıcıdan gizlemeyi sürdürmüş, onu herhangi bir şekilde bilgilendirmemiştir. **Tüketici alıcı, Sitedeki birçok diğer konut maliki gibi, yukarıda açıklanan idari davaları ve sonuçlarını, Çankaya Belediye Başkanlığı'nın Mart 2011 tarihli yıkım işleminin tebliğinin duyulması üzerine, haricen öğrenmiştir.** Diğer bir söylemle, **satıcı, konutun hukuki durumunu esastan etkileyen hukuki gelişme ve sonuçları, 2007-2011 arasındaki sürede tüketici alıcıdan gizlemiştir.** Satıcının kötüniyetli davranışının ve gizlemesinin hileli davranış olduğu olduğu ve sonuçları aşağıda incelenecektir.

2. İDDİA, SAVUNMA VE DAVA SEBEBİNİ OLUŞTURAN OLGULARIN BELİRLENMESİ

A) Satım konusunun tüketici hukukuna bağlı olması

Yazının başlığında belirtildiği üzere, alıcı ile satıcı arasındaki sözleşme, tüketici işlemidir ¹⁰ (4077/3-h) ¹¹. Buna göre, alıcı, tüketicidir (4077/3-e), konutu satan yüklenici satıcıdır (4077/3-f). Sözleşme konusu ilişki, tüketici hukukuna ilişkindir ve 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna bağlıdır. Dolayısıyla, inceleme konusu uyuşmazlık, tüketici mahkemesinde, tüketici hukuku ve 4077 sayılı Kanun hükümlerine göre çözümlenecektir. Bu nedenle, 4077 sayılı Kanunun 2 ve 3. maddelerine göre, dava konusu anlaşmazlığı çözmekle görevli mahkeme, Tüketici Mahkemesidir ¹².

Olayda, tüketici alıcı, satıcıya tam olarak ödediği satım bedeli için, bir bankayla, sözleşme kapsamında konutla ilgili olarak, 4077 sayılı Yasadaki 'konut finansmanı' tanımına uyan, kredi sözleşmesi (tüketici kredisi) imzalamıştır. Satıcı ile kredi veren banka arasında krediyle ilgili garantörlük ilişkisi bulunmaktadır. Tüketici alıcı, 5882 sayılı Kanunun 20. maddesiyle

hukuka aykırılık görülmemiştir. / Açıklanan nedenlerle davanın reddine" (Ankara 11. İdare Mahkemesi'nin 15.10.2010, 2010/325-1425 kararı s.2-3).

¹⁰ 4077 sayılı Yasanın 3. maddesine ilişkin, "yasa koyucunun iradesinin, yüklenici tarafından inşaatı tamamlanmadan veya kat mülkiyeti oluşturulmadan satışa sunulmuş olan konutları ve yazlıkları satın alan tüketicileri de kapsadığı kuşkusuzdur" (YHGK 31.01.2007, 60-45, **YAVUZ, Nihat: Öğretinin Ve Uygulamanın Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Ankara 2007**, s. 221).

¹¹ Bkz. YHGK 07.03.2007, 100-100, YAVUZ, s. 59-63.

¹² YHGK 07.03.2007, 100-100, YAVUZ, s. 59-63, YHGK15.11.2006, 644-707, YAVUZ, s.68-69.

2499 sayılı Kanuna eklenen Geçici Madde 11'e¹³ göre, 5882 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden üç ay içinde, söz konusu kredi işleminin, anılan Kanunun 38/A maddesinde¹⁴ yer alan konut finansmanı tanımı dışında değerlendirilmesi talebinde bulunmamıştır. Kanunen, kredi veren Banka ile tüketici alıcının ilişkisi, 5882 sayılı Kanunun 38/A maddesi kapsamındadır. Bu nedenle, banka, 4077 sayılı Kanunun 10/B maddesine göre kredi verendir (4077/3-k).

¹³ 5882 sayılı Konut Finansmanı Sistemine İlişkin Çeşitli kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Madde 20 - 2499 sayılı Kanuna aşağıdaki geçici maddeler eklenmiştir.
GEÇİCİ MADDE 11 - Bu maddenin yürürlüğe girmesinden önce düzenlenmiş bulunan ve bu Kanunun 38/A maddesinin birinci fıkrasında yer alan konut finansmanı tanımına uyan kredi ve finansal kiralama sözleşmelerinin tarafı olan tüketiciler, bu maddenin yürürlüğe girmesini takiben üç ay içerisinde, sözleşmenin yapılmış bulunduğu konut finansmanı kuruluşuna başvuruda bulunarak, sözleşme konusu işlemin, bu Kanunun 38/A maddesinde yer alan konut finansmanı tanımı kapsamı dışında değerlendirilmesi talebinde bulunabilirler. Süresi içinde talepte bulunmayan tüketicilerin, bu maddenin yürürlüğe girmesinden önce düzenlenmiş bulunan sözleşmeleri, bu Kanunun 38/A maddesinin birinci fıkrası kapsamında kabul edilir. Bu maddenin yürürlüğe girmesinden önce 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna göre akdedilen sözleşmelerde, her halükârda borcun vadesinden önce ödenmesi durumunda 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 10 uncu maddesinin dördüncü fıkrası hükümleri uygulanır.

¹⁴ 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu Konut finansmanı Madde 38/A – (Ek: 21/2/2007-5582/12 md.)

Konut finansmanı, konut edinmeleri amacıyla tüketicilere kredi kullandırılması, konutların finansal kiralama yoluyla tüketicilere kiralanması, sahip oldukları konutların teminatı altında tüketicilere kredi kullandırılmasıdır. Bu kapsamdaki kredilerin yeniden finansmanı amacıyla kullanılan krediler de konut finansmanı kapsamındadır. / Konut finansmanı kuruluşları konut finansmanı amacıyla doğrudan tüketiciye kredi kullandıran ya da finansal kiralama yapan bankalar ile Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu tarafından konut finansmanı faaliyetinde bulunması uygun görülen finansal kiralama şirketleri ve finansman şirketleridir. / Hazine Müsteşarlığı konut finansmanına ilişkin sigorta sözleşmeleri ile ilgili usûl ve esasları Türkiye Sigorta ve Reasürans Şirketleri Birliği'nin, Sanayi ve Ticaret Bakanlığı ise konut finansmanı kapsamındaki kredilerin yeniden finansmanına ilişkin usûl ve esasları Türkiye Bankalar Birliğinin görüşlerini alarak belirlemeye yetkilidir. / Kurul, ihraç edilecek ipotekli sermaye piyasası araçlarının dayanağı veya teminatı olan kredi ve finansal kiralama alacakları için, kredi açılması veya finansal kiralama sözleşmesi yapılması, bu alacakların konut finansman fonu portföyüne alınması ya da ipotek teminatlı menkul kıymetlere dayanak oluşturan teminat havuzuna dahil edilmesi veya fon portföyüne alınan ya da teminat havuzuna dahil edilen alacakların yeniden değerlendirilmesi aşamalarında, konut değerlemesinin gayrimenkul değerlendirme faaliyeti konusunda yetki verilmiş kişi veya kurumlar tarafından yapılmış olmasını zorunlu tutmaya yetkilidir.

B) Tarafların karşılıklı ihtarları, dava konusu iddia ve savunmaları

Tüketici alıcı, yukarıda belirtilen yıkım işlemiyle birlikte, sözü edilen idari davalar ve sonuçlarına bilgi edinince, satıcı ile kredi veren bankaya bir noter ihtar göndermiş, konutun yıkılacak olmasının, ondan beklenen faydaları tamamıyla ortadan kaldıran maddi ve hukuki eksiklik ve gizli ayıp olduğunu, idari davaların ve sonuçlarının hileyle gizlendiğini bildirmiştir. İhtarında, konuttaki gizli ayıptan sorumluluğun, kusursuz ve dayanışmalı sorumluluk olduğu, satıcının hileli davranışının ek kusur olduğu ileri sürülmüştür. İhtarla, kanuni seçimlik hak olarak, sözleşmeden dönme ve denkleştirici adalete göre tespit edilecek bedelin iadesi hakkının kullanıldığı ve ayıptan doğan açıklanan zararların, ihtarın tebliğinden beş gün içinde ödenmesi durumunda, taşınmazın mülkiyetinin iade edileceği, aksi takdirde, yasal yollara başvurulacağı ihtar edilmiştir.

Satıcı, ihtarla ihtarla karşılık vermiştir. Satıcı, idari davalara ait bilgiyi yinelemiş, ilk idari davaya belediyeler yanında müdahil olduğunu, ortaya çıkan duruma ilişkin kusuru olmadığını, henüz idari yargı süreci tamamlanmadığı için, alıcının doğmuş bir zararı bulunmadığını, konutun ayıplı olmadığını savunmuştur. İhtara yanıtta, 24.10.2010 tarihinde genel bilgilendirme yazısının sitedekilere dağıtıldığı, ilgili belediyelere başvurarak, yeni imar planları yapılması sürecini başlatıldığı, hukuki ve maddi dayanaktan yoksun istemin kabul edilmesinin mümkün olmadığı açıklanmıştır.

Kredi veren bankada, yanıt ihtarıyla, mevcut olayları özetlemiş, yıkım kararının temyizi nedeniyle, kesin karar niteliğini kazanmadığını, ihtarla ilgili istemin yasal gerekçesinin oluşmadığını, bankanın müteselsil sorumluluğuna rücu edilmesinin söz konusu olamayacağını belirtmiştir.

Tüketici alıcı, ihtarından sonuç alamaması üzerine, tüketici mahkemesinde, 4077 sayılı Kanuna konu **'sözleşmeden dönme ve denkleştirici adalete göre belirlenecek bedelin iadesi ve gizli ayıplı satıştan doğan zararlarının tazmini' davası açmıştır**. Davacı, dava dilekçesinde, ihtarında açıkladığı yukarıda belirtilen iddia ve istemlerini yinelemiştir. Konuttaki hileyle gizlenen ayıbın, hukuki ve esaslı ayıp olduğu ileri sürülmüştür. Dava dilekçesinde, satıcının alıcıyı ilk iptal davasından bilgilendirmeme nedeni, alıcının hukuki ayıplı konutla ilgili haklarını kullanmasını önlemek olarak açıklanmıştır.

Satıcı, davaya yanıtında, yüklenici olarak, onaylı imar planlarının ve belediyece verilen inşaat ruhsatına uygun olarak inşaatla başlayıp

tamamladığını, davanın ilgili belediyelere yönetilmesi gerektiğini, davalı sıfatının bulunmadığını belirterek, davanın reddi isteminde bulunmuştur. Satıcı, alıcıya ayıplı mal satılmadığını, fiili teslimin yapıldığını, tapuda mülkiyetin devredildiğini, 13.06.2008 tarihinde yapı kullanma izninin de alınarak, hukuki teslimin de yerine getirildiğini savunmuştur¹⁵. Satıcı, konut ve siteyle ilgili yıkım kararı alınmasının, kendi kusurlu veya kusursuz sorumluluk alanı dışında bir olgu olduğunu, yıkım kararı alınmasının, satıcının teslimini taahhüt ettiği malın maddi ve hukuki niteliklerinden doğan sorumluluğunun dışında kalan, belediyelerin hizmet sorumluluğu alanına giren bir durum olduğunu, yıkım kararıyla ortaya çıkan sürecin, kendi hakimiyet alanı dışında gerçekleştiğini, Danıştay'ın yerleşik içtihatlarında da ifade edilen kazanılmış hak ve hukuki istikrar ilkeleriyle bağdaşmadığını ileri sürmüştür¹⁶.

Ayrıca, satıcı, hukuka aykırı herhangi bir işleminin olmadığını, hile ile ayıbın gizlenmesinin söz konusu bulunmadığını, sözleşme tarihi 14.02.2007'de henüz bir iptal davası bulunmaması ve idari yargı sürecinin devam etmesine bağlı belirsizlik nedenleriyle, 'bilinen bir eksikliğin aldatmak amacıyla gizlenmesi, hile' iddiasının tutarsız olduğunu açıklamıştır. Son olarak, olayda denkleştirici adaletin uygulanamayacağı, bir zararın bulunmamasından dolayı bir sorumluluğun da olamayacağı belirtilerek, davanın reddi istenmiştir¹⁷.

Banka, davaya yanıtında, davalı sıfatının bulunmadığını, konutun alıcıya zamanında ve eksiksiz teslimi nedeniyle müteselsil sorumlu olmadığını¹⁸, gizli ayıp olduğu ve saklandığı iddiasının kabul edilmediğini¹⁹ ileri sürerek, davanın reddi isteminde bulunmuştur.

Tüketici alıcı, yanıtında, satıcının sözleşme ilişkisi nedeniyle davalı sıfatına sahip olduğunu²⁰, yasal sorumluluktan kaçmak ve yargı yolu uyuşmazlığı çıkarmak amacıyla davalı sıfatı (pasif husumet) itirazında

¹⁵ Davalı Satıcının 19.07.2011 tarihli Davaya Yanıt Dilekçesi s. 2.

¹⁶ Davalı Satıcının 19.07.2011 tarihli Davaya Yanıt Dilekçesi s. 3-5.

¹⁷ Davalı Satıcının 19.07.2011 tarihli Davaya Yanıt Dilekçesi s. 8, 12.

¹⁸ Davalı Bankanın 19.07.2011 tarihli Davaya Yanıt Dilekçesi s. 2.

¹⁹ Davalı Bankanın 19.07.2011 tarihli Davaya Yanıt Dilekçesi s. 3-4.

²⁰ "(B)ir sübjektif hak kendisinden istenilecek olan kişi, o hakka uymakla yükümlü (borçlu) olan kişidir (davalı sıfatı, pasif husumet); misaller: Bir alacak davasında davalı olma sıfatı (pasif husumet) o alacağın borçlusuna aittir" (KURU, Baki: **Hukuk Muhakemeleri Usulü, Dördüncü Baskı, C.I, Ankara 1979, s. 767**).

bulunmanın MK 2/II'ye aykırı olduğunu²¹ ileri sürmüştür²². Ayrıca, imar planlarıyla inşaat ruhsatının iptali kararının kesinleştiği, dava tarihinde; anılan iptal kararıyla konutun ve sitenin kaçak inşaat / yapı niteliğinde bulunduğu²³, yapı kullanma izninin iptali kararı ile yıkım kararının yürürlükte oldukları²⁴ belirtilerek, diğer iddialar yinelenmiştir. Tüketici alıcı, bankanın yanıtına karşı, iddia edilen zarardan müteselsil sorumlu bulunduğu yanıtını vermiştir²⁵.

Satıcı, ikinci yasal yanıtında, yasal sorumluluktan kaçtığı, yargı yolu uyuşmazlığı çıkarmayı amaçladığı iddiasının gerçek dışı olduğunu, idari süreç tamamlanmadan davayla ilgili bir karar verilemeyeceğini²⁶, sitenin ve konutun “kaçak yapı” statüsünde olmadığını belirtmiştir.

Satıcı, bu kapsamda, “Davacı tarafın, “İmar hukukuna başlangıçta aykırı yapı (kaçak yapı) ile iptal ile oluşan kaçak yapı hukuken eş değerlidir” açıklaması hukuken dayanaktan yoksundur. Zira, inşaat (yapı) ruhsatı alınmak suretiyle başlamış olan bir yapılaşma faaliyetinin hukuken uygun olarak tamamlanmasıyla birlikte ortaya çıkan yapının, hukuk düzeni tarafından korunacağına tereddüt yoktur”, site “10.10.2008 tarihli iptal kararından aylar önce tamamlanmış bir yapıdır dolayısıyla, hukuken kaçak yapı olarak nitelendirilmesi mümkün değildir” yanıtını vermiştir²⁷.

Satıcı, önceki yanıtlarını yinelenmiş, somut olayda, sözleşmeden dönme halinde, satıcının iade kapsamının sebepsiz zenginleşmeden geniş olmasının hukuken mümkün olamayacağını savunmuştur²⁸.

C) Davada çekişmesiz ve çekişmeli olgular

Taraflar arasında tüketici alıcı - satıcı olunması, dava konusu bağımsız bölümün yer aldığı siteyle ilgili imar planlarıyla inşaat ruhsatının iptallerine

²¹ “Meşru bütün vasıta ve yollardan faydalanarak dava açmanın ya da aleyhine açılmış davaya karşı savunmada bulunmanın kişiler için tanınmış anayasal haklardan olduğunda kuşku yoktur. Ancak her hakkın kötüye kullanılmasında olduğu gibi, dava ve savunma hakkının kötüye kullanılmasını da kanun korumamıştır” (YHGK 23.03.1974, 143-8/262, **ARSLAN, Ramazan: Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralları, Ankara 1989**, s. 76 dn 218). Aynı görüşte bkz. Y.9.HD 14.01.1987, 11078/6 (YKD 1989/2, s. 215-217) (ARSLAN, s. 72 dn 208).

²² Davacı Alıcının 01.10.2011 tarihli Yanıtı Yanıt Dilekçesi s. 1.

²³ Davacı Alıcının 01.10.2011 tarihli Yanıtı Yanıt Dilekçesi s. 3.

²⁴ Davacı Alıcının 01.10.2011 tarihli Yanıtı Yanıt Dilekçesi s. 8.

²⁵ Davacı Alıcının 01.10.2011 tarihli Yanıtı Yanıt Dilekçesi s. 1.

²⁶ Davalı Satıcının 25.11.2011 tarihli İkinci Yanıt Dilekçesi s. 2.

²⁷ Davalı Satıcının 25.11.2011 tarihli İkinci Yanıt Dilekçesi s. 4.

²⁸ Davalı Satıcının 25.11.2011 tarihli İkinci Yanıt Dilekçesi s. 6.

ve sitenin yıkımına ilişkin idari kararlar verildiği konu ve olgularında, uyumsuzluk yoktur (HMK 140/1).

Davada **çekişmeli olgular,**

(a) Taşımazın gizli hukuki ayıplı olup olmaması,

(b) Satıcının hileli davranışlarıyla, taşımazın fiili teslimi ve hukuki tesliminden önce ve sonra, idari davaları alıcıdan saklayıp saklamaması, bu davalarla ilgili bilgi verip vermemesi, bunun alıcının haklarına etki edip etmemesi,

(c) Ayıplı konut satışından bir zarar doğup doğmaması, bir zarar doğmuşsa, bunun alıcı veya satıcıya yükletilip yükletilmemesidir (HMK 140/1).

3. KONUTTAKİ AYIBIN, KONUTUN MADDİ NİTELİĞİNİ ORTADAN KALDIRAN, ESASLI, GİZLİ HUKUKİ AYIP OLMASININ İSPATI SORUNU

A) Yapının imar planları ile inşaat ruhsatının iptali kararının “kesinleşmesi” ile kanunen ana yapının “kaçak yapı” olarak yıkımının zorunlu olması

Yukarıda belirtildiği üzere, “kesinleşen”²⁹ ilk idari dava kararıyla, site (ana yapı) inşaatının inşaat ruhsatı ile bu ruhsata yasal dayanak oluşturan imar planları iptal edilmiştir. **İdari iptal kararı, imar planlarının ve inşaat ruhsatının, her iki idari işlemin yapılış tarihindeki -başından itibaren- İmar Kanununa aykırılığını tespit etmekte ve her iki idari işlemi geçmişe etkili ortadan kaldırmaktadır**³⁰. Bu demektir ki, **site inşaatındaki imara aykırılık, konuttaki esaslı, gizli, hukuki ayıp, konutun tüketici alıcıya satımından önce mevcuttur.**

Çankaya Belediyesi, inşaat ruhsatı ile imar planlarının iptali kararının, Danıştay 6. Dairesi'nce onaylanması üzerine, siteye ilişkin 13.06.2008 tarih 385 sayılı “yapı kullanma iznini” iptal etmiştir. Satıcının, yapı kullanma izninin iptaline ilişkin açtığı dava, yukarıda açıklanan kararlar reddedilmiş ve kesinleşmiştir. Belediyenin “yapı kullanma iznini” iptal kararı tüm hukuki

²⁹ Danıştay 6. Dairesi'nin; (a) 17.03.2009, 2008/13722-2009/2537 kararıyla temyiz isteminin reddi, (b) 04.12.2009, 2009/7544-11494 kararıyla kararın düzeltilmesi isteminin reddi ile anılan iptal kararı kesinleşmiştir.

³⁰ Bkz. **Danıştay'ın konuyla ilgili 09.07.1966, 1965/21-1967/7 içtihadı birleştirme kararı.**

hüküm ve sonuçlarıyla yürürlüktedir. Böyle olunca, İmar Kanununa göre, dava tarihinde, inşaat ruhsatı ve imar planlarının iptaliyle, tüketici işlemine konu taşınmaz (konut) ve site (ana yapı), başından itibaren hukuken “kaçak inşaat / yapı” niteliğindedir.

Yargıtay 14. Hukuk Dairesi'nin konuyla ilgili yerleşik görüşüne ³¹ göre, “Diğer taraftan, bir yapının imar hukukuna uygun meydana getirilmesi için tarafların bazı emredici hükümlere uyması zorunludur. Başka bir deyişle, yapının bağlı olduğu imar düzeni kurallarına uygun yapılması gerektiğinden bu kurallar nedeniyle taraflar dileseler bile sözleşmelerinde bunun aksini kararlaştıramaz. İmar düzeni; bir arsa üzerine yapılacak olan resmi ve özel nitelikli değişik çeşitte ve değişik amaçlara özgülenecek yapıların çeşidine ve amacına göre hangi özellikleri taşıması gerektiğini düzenleyen kuralların bütünüdür. 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 26 ve 27. maddelerinde belirtilen ayrıcalıklar dışında inşaata başlanmadan önce tüm yapılar için ruhsat alınması zorunludur. **Yapıya ruhsat alınmadan başlanmışsa veya ruhsat alınmakla birlikte yapı ruhsat ve eklerine aykırı olarak yapılmışsa uygulamadaki adı ile bu tür inşaata “kaçak inşaat” denir**”.

Tüketici alıcı, sözü edilen iptal kararlarıyla, imar planları ve inşaat ruhsatıyla, yapı kullanma izninin iptal edildiğini ve konutun kaçak durumuna düştüğünü ileri sürmüştür. Yukarıdaki yargısal kararlar, imar kurallarına aykırı yapı, kaçak inşaat olarak tanımlanmıştır ³². Yargıç, Türk hukukunu uygulamakla görevlidir (HMK 33). “Ruhsatsız veya ruhsat ve eklerine aykırı olarak başlanan yapılara uygulanacak müeyyidenin en ağır olanı ise İmar Kanunu'nun 32/son maddesinde gösterilmiştir. Buna göre ruhsata aykırı binanın yasal hale getirilmesi sağlanmazsa ilgili belediyece masrafı sahibinden tahsil edilerek yıkılması gerekir” ³³.

Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin konuyla ilgili bir kararına ³⁴ göre, “3194 sayılı İmar Kanunu uyarınca; her türlü inşaat yapımı, yerel idarelerden ruhsat alınmasına bağlıdır. Ruhsatsız veya ruhsata aykırı bina veya bağımsız bölümler anılan Yasa uyarınca yıktırılır. **Yıkılacak yerlerle ilgili olarak da, kazanılmış ekonomik değerlerden söz edilemez**”

³¹ Y.14.HD 13.12.2007, 2007/15153-15935, YKD 2010/12 s. 2249-2250.

³² Davacı tarafın 22.09.2011 tarihli dilekçesi s. 3.

³³ Y.14.HD 13.12.2007, 2007/15153-15935, YKD 2010/12 s. 2250.

³⁴ Y.15.HD 02.07.2001, 2001/1601-3598, YKD 2002/3 s. 416.

Görüldüğü üzere, Çankaya Belediyesi, imar hukukunun emredici hükümlerine göre, konutun bağlı olduğu ve ilk iptal kararının idari işlemi geçmişe etkisi ortadan kaldırması sonucu, hukuki teslim ve dava tarihlerinde “kaçak inşaat” niteliğindeki sitenin (ana yapı) yıktırılması işlemini uygulamakla görevlidir. Kaçak yapıların “yıkımı ve ilgilileri hakkında 42. maddeye göre cezai yaptırım uygulanması gerekir”³⁵. Çankaya Belediyesi, 12.09.2009 tarih 2009/3510.35 sayılı kararıyla³⁶, ana taşınmazın “yıkımına” karar vermiştir. Belediyenin sitenin yıkımı kararı, kararın verildiği tarihten geçerli olarak, tüm hukuki hüküm ve sonuçlarıyla yürürlüktedir.

B) Satıcının, sözleşmenin devamı süresinde, müdahil ve davacısı olduğu idari davaları, tüketici alıcıdan hıyleyle gizlemesi

Tüketici işlemine konu konutun hukuki teslim tarihi, yapı kullanma izninin alınma tarihi 13.06.2008'dir³⁷. Sitenin imar planları ve inşaat

³⁵ Y.14.HD 19.11.2007, 2007/12891-14441, YKD 2011/1 s. 93.

³⁶ Anılan Belediyenin Yıkım Kararı ile, “Zabıt konusu ruhsatsız duruma düşen yapıların ortadan kaldırılması hususunda ilgililerine 16/09/2009 günü (1) aylık süreli tebligat yapılmış ve yazı, muhatabına tebliğ edilmiş olmasına rağmen meydana getirilen değişikliklerin verilen süre içerisinde ortadan kaldırılmadığı İmar ve Şehircilik Müdürlüğü Teknik Elemanlarınca mahallinde 2. kez yapılan kontrolde görülerek bu konuda 17/11/2009 günlü rapor tanzim edilmiştir. / 3194 sayılı İmar Kanununun 32. maddesi gereğince zabıt konusu ruhsatsız yapıların Gecekondu ve Sosyal Konutlar Birimince **yıktırılması**, ayrıca 3194 sayılı İmar Kanununa istinaden hazırlanmış olan İmar Yönetmeliğinin 10. maddesinin 2. fıkrası gereğince mimari projesine aykırı yapılan kısımların yıkım programına alınarak yıkım tarihi kesin olarak belirlendikten sonra Ankara Büyükşehir Belediye Meclisinin 13/08/2004 tarihli ve 560 sayılı kararına aykırı yapılan kısımların yıkım programına alınarak yıkım tarihi kesin olarak belirlendikten sonra Ankara Büyükşehir Belediye Meclisinin 13/08/2004 tarih ve 560 sayılı kararına istinaden yıkım tarihinden (1) gün önceden (A-B-C-D Blokların) elektrik ve suyunun kestirilmesi için Gecekondu ve Sosyal Konutlar Müdürlüğünce ilgili kurumlara yazı yazılmasına, / Aynı madde gereğince masrafların malikinden tahsil edilmesine denildiğinden, Encümenince yapılan değerlendirme sonucunda; zabıt konusu hususlar için 3194 sayılı İmar Kanununun 32. maddesine göre işlem yapılmasına (Gecekondu ve Sosyal Konutlar birimince yıktırılmasına)” Karar verilmiştir.

³⁷ “Nitekim Yarg. 15. HD, 29.5.1975, 75/2814, 2824 sayılı kararında açıkça, “Dairelerin yapı kullanma izni 22.6.1966 tarihinde alındığına göre, dairelerin davacılar teslimi ve gerek istisna ve gerekse satım sözleşmesine uygulanacak zamanaşımı süresinin başlangıç günü bu tarihtir” demektedir (İBD, 1976, 7/8, s. 56); yine Yarg. 15. HD, 23.6.1975, 2654 - 3186 sayılı kararında, “Eser davalıya 13.12.1973 tarihinde iskan ruhsatı alınarak teslim edilmiştir” (İKİD, 1965, s. 3665)” (SELİÇİ, Özer: **İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, İstanbul 1978**, s. 42 dn.95). Bilindiği üzere, eserin teslimi ile kabulü farklı işlemlerdir. “(G)erek Yargıtay, gerekse İsviçre Federal mahkemesi teslim alma ile kabulün birbirinden farklı hukuki kavramlar olduğunu benimsemişlerdir” “Yarg. 4.HD., 25.12.1973, 973/13972, 10111: Bir istisna sözleşmesi uyarınca yapılması yükümlenilen işin ve bunun

ruhsatıyla ilgili iptal davası, 25.07.2007 tarihinde açılan ilk idari davadır. Anılan iptal davası, yapı kullanma izin tarihi 13.06.2008'den önce açılmıştır. İmar Kanunu kuralları, kamu düzenine ilişkindir. Bu demektir ki, anılan iptal davası, sitenin hukuki durumuna, hukukiliğine ilişkin “esaslı hukuki ayıp”³⁸ (4077 s. K. 4/I)³⁹ iddiasını taşımaktadır. Çünkü, sözü edilen ayıp, sitenin yıkımı nedenidir.

İptal davaları ve sonuçları ile yıkım işlemleri, tahsis veya kullanım amacı bakımından, tüketicinin ondan beklediği faydaları ortadan kaldıran maddi, hukuki eksiklikler⁴⁰ (4077/4-I) ve satıcı bu eksiklikten sorumludur⁴¹.

İdari yargıya taşınan konuttaki bu esaslı hukuki ayıp iddiası, alıcının, tüketici hukukundan doğan haklarını, o tarihte, kullanıp

sonucu meydana gelen eserin teslim alınması ve kabulü başka başka konulardır. Nitelim Borçlar Yasasının 360 ve 362. Maddeleri açıkça teslimden değil kabulden ve 359. Madde de teslimden söz etmektedir” (İKİD, 1975, s. 3677) (SELİÇİ, s. 36, 36 dn 77).

³⁸ “Hukuki ayıp, hizmet yoluyla sağlanan malda, tüketicinin maldan yararlanmasını engelleyen ya da bu olanağı azaltan veya ortadan kaldıran hukuki bazı yasaklama ve sınırlamalar bulunmasıdır” (TİRYAKİ, **Betül: Tüketicinin Korunması Hukuku Açısından Ayıplı Hizmetten Doğan Sorumluluk, Ankara 2007**, as. 74). Örneğin, “Özü: Davalı tarafından davacıya satılan battaniyelere Ürdün Gümrüğüne el konulmuştur. O halde satılan malların hukuki ayıplı olduğunun kabulü gerekir” (YHGK 24.01.2007, 25-21, YAVUZ, s. 203-204). Diğer bir örneğe göre, “İskan ruhsatının alınmaması da hukuki ayıp sayılır” (Y.15.HD 29.09.1977, 1977/1658-1748, YKD 1978/6 s. 985-986).

³⁹ 4882 sayılı Kanunla değişik 4077 sayılı Kanun Madde 4/I: “Ambalajında, etiketinde, tanıtma ve kullanım kılavuzunda ya da reklam ve ilanlarında yer alan veya satıcı tarafından bildirilen veya standardında veya teknik düzenlemesinde tespit edilen nitelik veya niteliği etkileyen niceliğine aykırı olan ya da tahsis veya kullanım amacı bakımından değerini veya tüketicinin ondan beklediği faydaları azaltan veya ortadan kaldıran maddi, hukuki veya ekonomik eksiklikler içeren mallar, ayıplı mal olarak kabul edilir”.

⁴⁰ “Hukuki ayıp kavramıyla, satılanın değerini ya da ondan beklenen faydaları eksilten, (objektif) hukukun koyduğu sınırlama ve yasaklardan ileri gelen ayıplar ifade edilmektedir. Örnek olarak, (objektif) hukuka dayanan bir mülkiyet sınırlamasının varlığı, bina yapmak üzere satılan arsa üzerinde inşaat için belediyenin ruhsat vermemesi, inşaat yapmak için satın alınan yerin imar planına göre kısmen veya tamamen yeşil sahaya veya yola gitmesi dolayısıyla geri kalan alanın istenildiği gibi bir inşaat yapılmasına elverişli olmaması, satılan şeyin hukuka aykırı bir marka taşınması, bir başkasının te’lif veya sınai hakkını ihlal etmesi, satılan taşıta gümrükçe el konulması, satıcının kendi adına trafik kaydı olmayan bir aracı başkasına satması, gibi durumlar gösterilebilir” (Cevdet YAVUZ, s. 62).

⁴¹ “Satıcı, sözleşme konusunun taşınması gereken zorunlu nitelikleri taşımamasından da sorumlu tutulmuştur. Buna göre, bir ayıptan söz edebilmek için iki niteliğin eksikliği gerekir. Bunlardan biri sözleşmeye uygun nitelikler, diğeri ise zorunlu niteliklerdir. Sözleşmeye uygun nitelikler, sözleşmede kararlaştırılan, zikir ve vaadolunan nitelikleri kapsarken; zorunlu nitelikler sözleşme konusu malın objektif olarak taşınması gereken zorunlu ve mutad kullanım için gerekli niteliklerdir” (TİRYAKİ, s. 66-67).

kullanmamasına, doğrudan etkilidir. Bu nedenle, **onun bilmesi gerekli ve zorunlu bir hukuki olgudur.** Satıcı, 4077 sayılı Kanun gereğince, konutun fiili ve hukuki teslimi öncesinde, imar planlarının ve inşaat ruhsatının iptaliyle ilgili ortaya çıkan ilk idari iptal davasını, tüketici alıcıya bildirmekle yükümlüdür. Bu bilgilendirme yükümü, MK 2'deki dürüstlük kuralı kapsamında 'doğruyu söyleme yükümünün', tüketici hukukunda somutlaşmasıdır.

Satıcı, bu iptal davasından tüketici alıcıyı bilgilendirmemiştir. Aksine, **satıcı, hukuki ayıplı konutla ilgili ortaya çıkan hukuki durumu bildirmediği için, tüketici alıcının tüketim hukukundan doğan haklarını kullanıp kullanmaması söz konusu olamamıştır.** Bu durum, satıcının, tüketici alıcının yasal seçimlik haklarını kullanmasını önlemek amacıyla, ilk ve diğer iptal davalarını tüketici alıcıdan gizlediğini ortaya koymaktadır. **Satıcı, ilk iptal davası devam ederken, esaslı hukuki ve gizli ayıplı konutun mülkiyetini tapuda devretmiş ve teslim etmiştir.**

Satıcının bu davranışı, esaslı hukuki ayıbın, "hileli davranışla" gizlenmesidir. Yargısal görüşe göre "bu sorumluluk, malın sadece, hiç ya da gereği gibi teslim edilmemesi ile sınırlı değildir"⁴². **Satıcı, sözü edilen hileli davranışıyla, tüketici alıcıda mevcut ayıpsız konut aldığı kanaatinin devamını sağlamıştır**⁴³.

⁴² "Somut olayda davacı ile davalı kredi veren arasındaki kredi sözleşmesinde, dava konusu motosiklet için kredinin verildiği açıkça anlaşıldığına göre, bağlı kredi kullandıran davalı kredi verenin de ayıplı maldan sorumlu olduğunun kabulü gerekir. Mahkemece, kredi verenin sorumluluğunun, satılan malın hiç ya da zamanında teslim edilmemesi ile sınırlı olduğu, buna karşılık ayıplı mal nedeniyle kredi verenin doğrudan sorumluluğunun bulunmadığı benimsenerek, davalı A. C.. Tüketici Finansmanı AŞ'ye karşı açılan davanın husumet nedeniyle reddine karar verilmişse de, az yukarıda da değinildiği gibi, 4077 sayılı Yasa'nın 4 ve 10. maddeleri gereğince kredi veren, ayıplı maldan ve tüketicinin bu maddede yer alan seçimlik haklarından dolayı müteselsilen sorumlu olup, bu sorumluluk, malın sadece, hiç ya da gereği gibi teslim edilmemesi ile sınırlı değildir. O halde mahkemece hükmedilen alacağın davalı şirketten de müteselsilen tahsiline karar verilmesi gerekirken, aksine düşüncelerle kredi verene karşı açılan davanın husumet nedeniyle reddine karar verilmiş olması, usule ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir" (Y.13.HD 29.04.2010, 2009/14676-2010/4491, YKD 2010/12. S2245-2246).

⁴³ "Bilindiği üzere, hile, genel olarak bir kimseyi irade beyanında bulunmaya, özellikle sözleşme yapmaya sevk etmek için onda kasten hatalı bir kanı uyandırmak veya esasen yapılan hatalı bir kanıyı koruma yahut devamını sağlamak şeklinde tanımlanır" (Y.1.HD 28.12.2006, 2006/10950-13205 YKD 2008/3. S. 411).

Gerçekten, satıcı, tüketici alıcıyı bilgilendirmemiş, aydınlatmamış⁴⁴, suskun kalmış⁴⁵, bu yolla, onu yanıltmaya devam etmiş⁴⁶, onda, ayıpsız konutun mülkiyetini edindiği ve teslim aldığı düşüncesinin devamını sağlayarak, 4077 sayılı Yasaya veya genel hükümlere göre yasal haklarını kullanmasını engellemiştir. Yargıtay, bir kararında, satıcının hukuki ayıp olan araçtaki haczi alıcıdan gizlemesinin kötüniyet olduğunu, alıcının sözleşmeyi feshetmekte haklı olduğunu belirtmiştir⁴⁷.

⁴⁴ “Nihayet hukuki bir işlemin mahiyeti veya içeriği dahi bazı açıklamaların yapılmasını zorunlu kılabilir”

TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP: Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Altıncı Bası, İstanbul 1988, s. 602.

⁴⁵ “Hile, sadece aktif hareketlerle, olumlu davranışlar ve konuşmalarla vukubulmaz. Bazan sadece suskunluk dahi hile teşkil edebilir. Susma’nın hile sayılabilmesi için, sözleşme kurulurken taraflardan birinin, dürüstlük kuralları çerçevesinde kendisinden beklenen bir açıklamayı bilerek yapmaması gerekir” (TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 602).

⁴⁶ “Taraflar arasında düzenlenmiş olan 27.4.1997 tarihli sözleşme, her ne kadar “devre tatil sözleşmesi” başlığını taşımakta ise de, ikinci maddenin devre mülk tapusu verme vaadini içermesi, davalı tarafından bastırılan tanıtım broşür ve fotoğraflarında da tapu verme vaadi bulunması, davalının davacıyı yanıltma amacını taşıdığı, davacının devre mülk sözleşmesi yaptığını düşünerek bu sözleşmeyi imzaladığı anlaşılmaktadır. Bu şekilde yanıltıcı davranışlarda bulunup, sözleşmeye yanıltıcı ifadeler konulması davacıyı aldatmaya matuf olup, sözleşme imzalanırken davacı ve davalının bu yoldan iradelerinin birleştiğini söylemek mümkün değildir. Mahkemece, davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektir” (Y.13.HD 04.10.1999, 5603-6610, **KADIOĞLU, Kamil: Gereçeli - Açıklamalı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Yargıtay Kararları ve İlgili Mevzuat, Güncelleştirilmiş 2. Baskı, Ankara 2005, s. 357-358**).

⁴⁷ “Davaya konu aracın 11.4.2000 tarihinde noterlikçe yapılan kesin satış sözleşmesinden önce, davalının borcu için 21.8.1998 tarihinde haczedildiği, haczin aracın trafik şube müdürlüğünde bulunan kaydına şerh edildiği, ancak mal sahibinde bulunan trafik tescil ve belgelerine haciz şerhinin konulmadığı dosya içeriğinden anlaşılmaktadır. Mahkemece, aracın trafik şube müdürlüğünde bulunan kaydının alıcı tarafça incelenmesi halinde hacizli olduğunu görebileceğine davacının tedbirli bir tacir gibi davranmadığı için aracı bu hali ile kabul etmiş sayılacağı gerekçesi ile dava reddedilmiştir. Ne var ki **davalı satıcı elinde bulunan belgelerde araçta haciz olduğuna dair şerh bulunmamaktadır. Davalı, elinde bulunan belgelerde haciz şerhi olmadığına göre davacının ayrıca Trafik Şube Müdürlüğünde bulunan kayıtları inceleme yükümlülüğü yoktur. Davalı, satış öncesi davacıyı aracın üzerinde haciz olduğu konusunda bilgilendirdiğini veya alıcının bu hususu bildiğini, ispatlayamamıştır. Davalının iyi niyetli olduğu söylenemez. Aksine davalı aracının trafik kaydı üzerindeki haczi, davacıya haber vermeyip gizlemekle kötü niyetlidir. Satışa konu araç hukuki ayıplıdır. Davacı BK 194 ve 205 maddeleri hükmüne göre sözleşmeyi feshedip tazminat istemekte haklıdır**” (Y.13.HD 22.10.2001, 7856-9445, **YAVUZ, Nihat: Ayıplı İfa, Ankara 2010, s. 469-470**).

İsviçre Federal Mahkemesi, bir kararında, üçüncü kişileri yanıltabilecek bir açıklamanın bilerek yapılmasının, bu yanıltma istenmemiş olsa bile, hukuka aykırı, kusurlu davranış olduğunu, bundan doğan zararın tazmini gerektiğine karar vermiştir⁴⁸. Buna göre, satıcı, anılan idari davayı, bilerek ve isteyerek, hileyle, tüketici alıcıdan gizlediğinden, onun davranışı, öncelikle hukuka aykırı ve ağır kusurludur⁴⁹. Ayrıca, olayda, satıcı, esaslı hukuki ayıbbı bilmesine karşın, ilanla daire satışına, yani hileli davranışlarına devam etmiştir.

Diğer yandan, tüketici alıcı, tarafı olmadığı ve kendisine ihbar edilmeyen veya bildirilmeyen iptal davaları ile yıkım işlemini bilemez / bilmesi de beklenemez. Tüketici alıcı, ancak, konutun satışı ile fiili ve hukuki teslimi öncesindeki bir zamanda, anılan iptal davasına bilgi edinmesi durumunda, 4077 sayılı Kanundan doğan yasal haklarını, fiili teslimden önce veya teslim sırasında kullanma olanağına sahip olacaktır. Satıcı, anılan iptal davasını bilmesine, bu davaya davalı belediyeler yanında müdahil olmasına karşın, bilerek ve isteyerek, hileyle, tüketici alıcıdan gizlemiş, onun tüketici hukukundan doğan haklarını kullanmasını engellemiştir.

Satıcı, sözü edilen idari davaların bildirimini yaptığını iddia ediyorsa, ispat yükü davalı satıcıya düşer. Satıcı, imar planlarıyla ve inşaat ruhsatıyla ilgili idari iptal davasının açıldığını, tüketici alıcıya usulüne uygun bir biçimde bildirdiğini, ispat edememiştir. Aksine, olayda, Bilirkişi Kurulu Raporuyla, satıcının anılan iptal davasını ve diğer iptal davalarını, iptal kararlarından

⁴⁸ “Üçüncü kişileri yanıltmak amacıyla, gerçeğe uymayan bir kredi belgesinin verilmesi, hiç kuşkusuz, OR. 41/ BK. 41 anlamında haksız bir fiildir. .. OR. 41 / BK. 41 gereğince, başkasına ihmaliyle hukuka aykırı olarak zarar veren kimse de sorumlu olduğundan, kredi belgesinin verilmesi lehdarının mali durumu konusunda üçüncü kişileri aldatmayı (hatta ihtimal olarak) amaç edinmemiş olsa bile, belgenin gerçeğe aykırı olduğunun bilinmesi ve, üçüncü kişileri yanıltabileceğinin, gerekli özen gösterilerek anlaşılabilmesi, sorumluluğun doğması için yeterlidir. Üçüncü kişileri yanıltabilecek yanlış bir açıklamayı bilerek yapan kimse, bu yanıltmayı amaçlamamış olsa bile, hukuka aykırı davranmış olur; üçüncü kişilerin yanılacakları önceden görülebiliyorsa, davranışı kusurlu olarak nitelendirilmelidir” (FM, 1. HD, 18.06.1963, Michelis Bank A.G. - Into Corsetry Ltd., BGE 89 II 239 – jdT. 1964 I 41, **KANETİ, Selim: İsviçre Federal Mahkemesinin Borçlar Hukuku Kararları (1955-1964), I - Borçların Genel Hükümleri, Ankara 1968**, s. 84 k. 78).

⁴⁹ “İçtihat, ağır kusuru, en basit ihtiyat kurallarını ihlal eden, aynı hal ve şartlarda bulunan her makul insanın zorunlu sayacağı tedbirleri ihmal eden kimsenin davranışı olarak tanımlanmaktadır (BGE 64 II 241 ve atıflar) .. Hal ve şartların ya da sözleşmenin yüklediği tedbir alma ödevlerine karşı tam bir aldırma (= kayıtsızlık) ağır kusur olarak nitelendirilmelidir” (İFM, 1. HD, 27.11.1962, la Concorde S. A., compagnie d’assurances – Ritschard et Cie S. A., BGE 88 II 430, KANETİ, s. 102 k. 88).

sonra bile, tüketici alıcıya bildirmedeği, gizlediği tespit edilmiş, yani ispatlanmıştır⁵⁰.

C)Tüketici işlemine konu konuttaki esaslı hukuki ayıbın, gizli ayıp olması ve satıcının bu ayıplı duruma son verilmesi için çaba göstermemesi

Yukarıda belirtilen nedenlerle, konutun teslimi ve öncesinde, -tüketici alıcıdan hıyyle gizlenen- konutta mevcut, İmar Kanuna aykırılıktan dolayı ‘kaçak yapı’ şeklindeki ayıp, 4077 sayılı Kanunun 4/I maddesi kapsamında “hukuki ayıptır”. Konutun bulunduğu sitenin tamamının yıkım işlemine konu olması nedeniyle, konuttaki hukuki ayıp, konutun maddi varlığını sürekli ortadan kaldıracak nitelikte “esaslı gizli ayıptır”⁵¹. “Satılan malın ayıplı olduğunun bilinmemesi bu sorumluluğu ortadan kaldırmaz” (4077/4-III-son). Bilirkişi Kurulu Raporunda, yukarıdaki idari yargı kararlarına dayalı olarak, “konutun ayıplı bulunduğu olgusu kesinleşmiş bulunmaktadır”⁵² tespiti yapılmıştır.

Diğer yandan, satıcı, konuttaki ayıplı duruma son verilmesi için, hukuka uygun herhangi bir çaba da göstermemiştir. Gerçekten, satıcı, görülmekte olan davayı, Ankara Büyükşehir Belediye Başkanlığına ihbar etmiştir. Anılan Belediye, mahkemeye verdiği üç sayfalık dilekçesiyle⁵³, davalı satıcının, dava

⁵⁰ “Dosya kapsamında, konutun fiili olarak, Davacıya teslim edildiği tarihten önce taşınmazın üzerinde yer aldığı siteyle ilgili imar planlarının ve inşaat ruhsatının iptali için açılmış olan dava hakkında, davacıya bilgi verildiğini ve davacının bunu bilmesi gerektiğini ispatlayan belge bulunmamaktadır” (24.12.2012 tarihli Bilirkişi Kurulu Raporu s. 12).

⁵¹ “Doktrinde kabul edildiğine göre gizli ayıp, sözleşmenin kurulması ya da satılan teslim alma zamanında bilmediği ve satılan üzerinde mutad (yeterli) dikkati sarfetse bile bilemeyeceği nitelik noksanlıklarının bulunmasıdır” (Cevdet YAVUZ, s.81).

⁵² 24.12.2012 tarihli Bilirkişi Kurulu Raporu s. 5.

⁵³ “Müvekkil idare İmar Dairesi Başkanlığının 22.01.2010/262-831 sayılı yazısı ile ihbar eden ...’nden Ankara 7. İdare Mahkemesinin kararı ve bu karara dayanarak teşkil eden bilirkişi raporları doğrultusunda 1/5000 ölçekli nazım imar planının hazırlanarak müvekkil idareye sunulması istenmiştir (Ek 2). Bunun üzerine hazırlanarak müvekkil idareye sunulan plan değişikliği, mahkeme kararı doğrultusunda hazırlanması gerekirken aksine iptal edilen planın aynısı olacak şekilde hazırlanmış ve bu gerekçe ile öneri plan değişikliği değerlendirilmemiş ve İmar Dairesi Başkanlığının 01.07.2011/2324-8535 sayılı yazısı ile (Ek 3) iade edilmiş ve davalı şirkete mahkeme kararı yeniden incelenerek yeni bir plan değişikliği sunulması halinde konunun yeniden değerlendirileceği hususu belirtilmiştir. Davalı şirket tarafından bu yönde bir çalışma yapılmaksızın kusur ve zarar konusunda müvekkil idareye sorumluluk yüklenme çabaları yasal dayanaktan yoksundur. .. Yukarıda açıklandığı üzere ihbarın yasal koşulları bulunmamakta olup müvekkilim idare açısından yersiz ve mesnetsiz yapılan ihbarı kabul etmiyoruz” (Ankara Büyükşehir Belediye Başkanlığının üç sayfalık tarihsiz dilekçesi s.2).

konusuyla ilgili kusur ve zararı, belediyeye (idareye) yükleme çabalarının yasal dayanaktan yoksun olduğunu belirtmiştir.

Görüldüğü üzere, satıcı, alıcıya gizli esaslı hukuki ayıplı konut teslimindeki hileli davranışlarını, bu kez, davayla birlikte kötü niyetli olarak sürdürmektedir. Bu demektir ki, satıcı, anılan Belediyenin belirttiği şekilde, idari yargı kararlarına ve imara uygun imar planı hazırlamamış, buna bir katkı vermemiştir. Böylece, satıcı, tüketici alıcının ayıplı maldan doğan zararının önlenmesine çalışmamış, bu konuda çaba göstermemiş, aksine, kötüniyetle mevcut durumun ve zararın devam etmesini istemiştir.

4. KONUTTAKİ GİZLİ ESASLI AYIP OLGUSUNUN KESİN KANITI OLAN KESİNLEŞEN İDARİ YARGI KARARLARININ MAHKEMEYİ BAĞLAMASI

A) İnşaat ruhsatının ve imar planlarının iptali kararıyla, kaçak inşaat durumunun, konutun teslimi öncesinde mevcut olduğunun ispatlanması

Yukarıda açıklanan kesinleşen ilk iptal kararıyla, siteye ilişkin inşaat ruhsatı ile imar planları, işlem tarihlerine göre tüm hukuki sonuçlarıyla iptal edilmiş, ana yapı (site), imar hukukuna göre “kaçak yapı” durumuna girmiştir. **İmar hukukuna göre, başlangıçta aykırı yapı (kaçak yapı) ile iptal oluşan kaçak yapı, hukuken eş değerlidir.** Her iki yapının da yıkılması gerekir. Bu demektir ki, tüketici alıcıya satılan konutun bulunduğu site (ana yapı), inşaat ruhsatının verilmesi tarihinden geçerli olarak imar kurallarına aykırı yapı niteliğindedir. Anılan iptal kararıyla, satıcının, iptal edilen yapı kullanma izni tarihi 13.06.2008'den ve iptal davası tarihi 25.07.2007'den önce, imar kurallarına aykırı, yani kaçak yapı niteliğindeki sitedeki konutu teslim ettiği ispatlanmış olmaktadır. Sözü edilen **ispat, kesin delil olan iptal kararına bağlıdır ve herkesi bağlayıcıdır.**

B) Tüm idari yargı kararlarının, konuttaki ayıbın önceden mevcut, esaslı hukuki ve gizli ayıp olduğunun kesin kanıtını oluşturması

İmar planlarıyla inşaat ruhsatının iptali ve yapı kullanma izninin iptalinin reddine ilişkin kesinleşen kararlar, söz konusu **idari işlemlerin imar hukukuna aykırı olduklarının kesin kanıtıdır.** Kesin kanıt olan anılan idari yargı kararları, mahkemeyi ve tarafları bağlar. Birer kesin kanıt olan kesinleşen **idari yargı kararlarıyla ispat edildiği üzere,** konuttaki **gizli ve esaslı hukuki ayıp, teslim tarihinde ve öncesinde mevcuttur.**

Mahkeme, birer kesin kanıt olan, kesinleşen **idari yargı kararlarıyla hükme bağlanan, imar kurallarına aykırı, yani kaçak inşaat olgusu tespitiyle bağlıdır**. Bu demektir ki, mahkeme, idari yargı kararlarıyla yapılan kaçak inşaat tespitine aykırı bir nitelendirmeye karar veremez. Gerçekten, mahkemenin, kesinleşen idari yargı kararlarının, ‘saticının İmar Kanununa aykırı, yani kaçak yapı yaptığı’ hükmüne uymaması olasılığında, kesinleşen idari yargı kararlarını ve kesinleşen hükümlerini yok saymış duruma girmesi söz konusu olacaktır.

C) Saticının teslim tarihinde ve dava tarihinde sözleşmedeki imar hukukuna uygun konut yapma ve teslim edimini yerine getirmemesi

Taraflar arasındaki Gayrimenkul Satış Vaadi ve İnşaat Sözleşmesine göre, satıcının ana edimi, inşaatı sözleşmesine, imar planlarına, imar hukuku ve kurallarına uygun tamamlayıp, ana yapı ve konuta ilişkin yapı kullanma izinlerini alıp, hukuken teslim ile birlikte taşınmazın mülkiyetini alıcıya geçirmektir. Sözleşmedeki ‘imar kurallarına uygun yapı teslimi’ + ‘taşınmaz mülkiyetinin geçirilmesi’, birbirinden ayrı iki edim değil, satıcının birlikte bir bütün oluşturan ana edimleridir. Edimlerden birinin, öncelikle ilkinin bulunmaması veya tam ve gereği gibi yerine getirilmemesinde, satıcının ifasını yerine getirmesi söz konusu değildir. Bilirkişi Kurulu Raporuyla, satıcının ayıplı konut sattığı olgusunun kesinleştiği, 4077 sayılı Kanunun ayıplı malla ilgili hükmüne göre, tüketici alıcının sözleşmeden dönme dışında bir seçim hakkı kalmadığı, satıcının ayıplı maldan dolayı oluşan zararlardan sorumlu olduğu tespit edilmiştir⁵⁴.

Satıcı, tüketici alıcıya karşı, Sözleşmenin ilgili maddelerindeki, konutu, imar planlarına, imar hukuku kurallarına uygun yapılmış ve yapı kullanma izni alınmış olarak teslimi edimlerini yerine getirmemiştir. Bu demektir ki, sözleşme ilişkisine göre tüketici alıcının tatmin gayesi gerçekleştirilmemiştir⁵⁵.

⁵⁴ Anılan Raporda, “konutun AYIPLI olduğu olgusu kesinleştiğinden, değerlendirmenin AYIPLI MAL ile ilgili hükümlerin dikkate alınarak yapılması gerekmektedir” denilerek, 4077 sayılı Kanunun 4. madde hükmü verilmiştir. Bu hükümden sonra, “Bu düzenleme kapsamında davacının seçimlik hakkını kullanmak yönünde takdir hakkı bulunmaktadır. Ancak, somut uyuşmazlık açısından Davacının sözleşmeden dönmek dışında herhangi bir seçimlik hakkı bulunmamaktadır. Bunun yanı sıra, buna bağlı olarak ortaya çıkan diğer maddi ve manevi zararların da koşulları mevcut olması durumunda talep edebilecektir” görüşü verilmiştir (24.12.2012 tarihli Bilirkişi Kurulu Raporu s. 5-6).

⁵⁵ “Kaideten borç rabatası alacaklıyı tatmin gayesine yönelmiştir. Alacaklı bu gayeye, borçlunun borç rabatası dolayısıyla yapmakla mükellef olduğu bir hareket tarzının yerine

Belirtilen nedenle, imara uygun yapı yapıp teslim etme edimini yerine getirmeden taşınmazın mülkiyetinin geçirilmesinin, satıcının sözleşmeye konu ifasına bir etkisi yoktur⁵⁶. Tüketici alıcının, satıcının sözleşmeye konu ifasına ilişkin korunacak çıkarı, her iki edimin bir bütün olarak ifasındadır⁵⁷.

Burada ele alınması gereken önemli bir konu, imar planlarıyla inşaat ruhsatının iptali kararının, satıcının sözleşmeye uygun konut teslim edimine doğrudan etkisidir. Satıcının konut teslimini ifası, sözleşme hükümlerine uygun bir konut teslimine bağlıdır. Sözleşmeye uygun konut teslim edilmişse, ifa vardır, aksi takdirde ifa yoktur. Sözleşmeye uygun konut teslimi, imara uygun siteden yapı kullanma izni alınmış konutun alıcıya teslimidir. Satıcı, alıcıya, sözleşmeye uygun bir konut teslim etmek yerine, imar planları ve buna bağlı inşaat ruhsatı iptal edilmiş siteden, yapı kullanma izni iptal edilmekle kalmamış, yıkım kararı verilen siteden bir konut teslim etmiştir. Dolayısıyla, satıcı, konutun bedelini tam olarak almış, yıkılacak / yıkım kararı çıkmış siteden bir konutu teslim etmiştir.

Satıcı, alıcıya karşı, sözleşmeye uygun konut teslimi edimini yerine getirdiğini, konutun tesliminden sonraki zamanda iptal kararı ve buna bağlı yapı kullanma izninin iptali ile yıkım kararıyla ortaya çıkan durumdan sorumlu olmayacağını ileri sürmektedir. Bu savunma, öncelikle anılan iptal kararının hüküm ve sonuçları nedeniyle geçerli değildir. Çünkü, **iptal kararı nedeniyle, yukarıda belirtilen idari işlemler, yapıldıkları tarihten itibaren hukukten mevcut değildir.**

getirilmesi ile erişir. Edayı teşkil eden bu hareket tarzının yerine getirilmesi ifadır” (KUNTALP, Erden: **Ard Arda Teslimli Satım Akdi**, Ankara 1968, s.17).

⁵⁶ “Diğer taraftan, “imar kirliliğine neden olma” başlıklı Türk Ceza Kanunu’nun 184. maddesinde de ruhsat alınmadan veya ruhsata aykırı olarak bina yapan ve yaptıran kişinin cezalandırılacağı hükmü bulunmaktadır. O yüzden, ne yüklenicinin ne de onun şahsi hakkının temlik alan kişilerin yasaya aykırı ve mevcut konumu suç teşkil eden bir yapı üzerinde yasaya aykırılığın devamını sağlayacak sonuç doğuran istemde bulunma olanağı yoktur” (Y.14.HD 13.12.2007, 2007/15153-15935, YKD 2010/12 s. 2250).

⁵⁷ Örneğin, “3194 sayılı İmar Kanunu’nun 21. maddesi hükmünce Yasa’nın 26. maddesinde sayılan istisnalar dışında her türlü inşaat için yetkili merciden yapı ruhsatı alınması, inşaatın tasdikli projesine uyularak yürütülüp tamamlanması gerekir. 32. maddeye göre ruhsat alınmadan başlamış inşaat veya alınmış olsa da **ruhsat ve eki projelere aykırı olarak meydana getirilen yapı uygulamadaki deyimiyle “kaçak inşaat”dır.** Bu tür yapıların yıkımı ve ilgilileri hakkında 42. maddeye göre cezai yaptırım uygulanması gerekir. **Yıkımı gereken bu tür yerlerin ekonomik değer olarak düşünülme olanağı olmadığından, kaçak yapıdan bağımsız bölüm tescili istenemez**” (Y.14.HD 19.11.2007, 2007/12891-14441, YKD 2011/1 s. 93).

Danıştay'ın bir kararına göre, “Çünkü sakat bir idari işlemin hukuk düzenine girmesi ile hukuka aykırı bir durum doğar. Bu durumun giderilebilmesi için iptal kararı hukuken sakat bir idari işlemi geriye yürütür biçimde ortadan kaldırır ve hukuka aykırı işlem yapılmasından önceki duruma dönülür”⁵⁸.

Danıştay'ın diğer bir kararına göre, “İdare hukuku ilkelerine göre, iptal kararları, iptali istenilen işlemi tesis edildiği tarih itibariyle ortadan kaldırarak, o işlemin tesisinden önceki hukuki durumu ortaya koyar”⁵⁹.

Gerçekten, idari yargı iptal kararının en önemli sonucu, iptal edilen işlemin, tüm hüküm ve sonuçlarıyla birlikte, hukuk düzeninden çıkarılmasıdır. Bir başka deyişle, iptal kararıyla işlem, başlangıcından itibaren geçersiz olur, yani hiç yapılmamış gibi işlemden önceki durum varlığını korur ve sürdürür.

Danıştay 5. Dairesi, bir kararında, yukarıdaki duruma tam bir açıklık getirmiştir: “Danıştay'ın otuz seneyi aşan istikrar kazanmış içtihatlarına göre iptal kararları dava konusu işlemi hiç tesis edilmemiş kılan ve önceki hukuki durumun geri gelmesini sağlayan kararlardır”⁶⁰.

Ayrıca, yukarıda belirtildiği üzere, yapı kullanma izin belgesinin iptaliyle, yıkım kararı, yapıldıkları andan itibaren hüküm ve sonuçlarını gösterirler. Satıcının her iki idari işlemin iptali için açtığı davalarda

⁵⁸ DnİDDK 30.09.1994, 1993/559-1994/559 Dn D S. 90 s. 215.

⁵⁹ DnİDDK 05.05.2005, 2005/470-1158 (www.kazanci.com.tr).

⁶⁰ “Eğer bireysel bir idari işlemi iptal edilmiş ise idare, bireyin eski hukuki durumunu kazanması için gereken işlemleri yapmakla yükümlüdür; dava konusu işlem gibi düzenleyici bir işlem iptal edilmiş ise, ortada hukuken doldurulması zorunlu bir boşluk oluşmadıkça, verilen yargı kararı idarenin herhangi bir uygulama işlemine gerek kalmaksızın hukuki sonuçlarını ortaya koyar, başka bir anlatımla iptal edilen düzenleyici işlemin uygulanabilirlik (icraîlik) niteliği son bulur ve işlemin yapılmasından önceki hukuki durum yürürlük kazanır. Örneğin herhangi bir tüzük veya yönetmeliğin belli bir maddesini kaldırın veya değiştiren bir tüzük veya yönetmelik için iptal kararı verilmiş ise değişiklik yapan hüküm uygulanmaz ve değiştirilen hüküm yürürlükte kalır... / Oysa idari yargıda iptal kararları, yukarıda açıklandığı ve bilimsel ve yargısal içtihatlarda tartışmasız kabul edildiği gibi, dava konusu işlemin tesis edildiği andan itibaren hukuki sonuç doğurduklarından, bir düzenleyici işlemi kaldırın veya değiştiren yeni bir düzenleyici işlemin idari yargı yerince iptal edilmesi halinde, eski düzenleyici işlem hiç değiştirilmemiş ve kaldırılmamışçasına uygulanma niteliğini sürdürür. Aksi bir yorumu, hukuk düzenine vaki ihlalleri ihlalin vuku bulduğu tarihten itibaren ortadan kaldırmayı amaçlayan iptal davaları ve bu davaların hukuksal araçları olan iptal kararları ile bağdaştırmak mümkün değildir” (Dn.5.D 25.02.1998, 1997/13-1998/515 Dn D S. 97).

reddedilmiştir. Dolayısıyla, ilk iptal kararı ile anılan iki idari işlemin hüküm ve sonuçlarında dolayı, satıcının sözleşme konusu edimlerini, hukuka uygun ifası söz konusu değildir.

Yukarıdaki iptal kararı nedeniyle, alıcıya satılan konutun bulunduğu site, sözleşmeden önceki zamanda bile, imar planlarına ve inşaat ruhsatına dayanmadan, yani kaçak inşaat olarak yapılmıştır. Bunun içindir ki, başlangıçtaki ruhsatsız kaçak inşaatla, iptal kararıyla ortaya çıkan kaçak inşaat, hukuken aynıdır. Bunun zorunlu sonucu olarak, yapı kullanma izni iptal edilmiş, açılan iptal davası reddedilmiştir. Dolayısıyla, olayda, satıcının, hukuken, herhangi bir şekilde sözleşmeye uygun konut teslimi edimini ifası söz konusu olmamıştır.

Diğer bir söylemle, imar planlarıyla inşaat ruhsatının iptali kararından dolayı, sözleşme tarihi ve öncesinde mevcut olan kaçak inşaat niteliğindeki siteden konut satışı ve teslimi, sözleşmeye uygun bir ifa değildir. Aksine, **satıcı, anılan iptal kararı nedeniyle, kaçak yapı niteliğindeki siteden bir konutu, tam bedelini alarak alıcıya satmış, yani edimini ifa etmek yerine haksız kazanç sağlamıştır.** Hukuki durum bu kadar açıktır.

Mahkeme, anılan iptal kararı ve yapı kullanma izninin iptali ve yıkım kararı ve buna karşı açılan iptal davalarının reddi ve sonuçlarını, görevi gereği kendiliğinden göz önüne almak ve satıcının sözleşmeye uygun konut teslimi ifasında bulunup bulunmadığını, açıkçası, herhangi bir ifanın söz konusu olmadığını tespit edecektir. Mahkeme ise, bu görevini yerine getirmemiştir.

5. MAHKEMENİN KONUTTAKİ GİZLİ AYIP OLGUSUNU İSPATLAYAN İDARİ YARGI KARARLARIYLA BAĞLI OLMASININ SONUÇLARI

A) Mahkemenin konuttaki gizli esaslı hukuki ayıp olgusunun kesin ispatıyla bağlı olması, aksine karar verememesi

Yukarıda kesinleşen idari yargı kararlarıyla, konutun imar kurallarına aykırı, yani kaçak yapı niteliğinde bulunmasından dolayı, gizli esaslı hukuki ayıp olgusunun, kesin kanıtlarla ispatlandığı açıklanmıştır. **Tüketici alıcının, 4077 sayılı Kanundan kaynaklanan sözleşmeden dönme ve diğer haklarını kullanması ve bunda haklılığı için, konutta gizli esaslı hukuki ayıp olgusunun varlığı ve kesin kanıtla ispatlanması yeterlidir. Mahkeme, idari yargı kararlarıyla tespit edilen konuttaki gizli hukuki ayıp olgusunun varlığına ilişkin kesin ispatla bağlıdır. Anayasanın 138/IV**

maddesine göre, kesin hüküm bağlayıcıdır ⁶¹. **Kesin hüküm oluşturan idari yargı kararlarıyla**, satıcının kaçak ve yıkılması zorunlu yapı teslim ettiği kesin biçimde ispatlanmış ve **satıcının kaçak ve yıkılacak yapı sattığı ve teslim ettiği uyumsuzluk konusu olmaktan çıkmıştır** (HMK 140).

Bunun içindir ki, **Mahkeme,**

(a) Davacı tüketici alıcıya satılan konutun gizli esaslı ayıplı olduğunu,

(b) Birer kesin kanıt olan idari yargı kararlarıyla konuttaki gizli ayıbın ispatlandığını,

(c) İlk idari iptal davasına belediyeler yanında müdahil katılan satıcının sattığı konuttaki esaslı hukuki ayıbı bildiğini,

(d) Ayıplı konutu bilerek ve isteyerek davacı tüketici alıcıya sattığını,

(e) Davalı satıcının konuttaki gizli esaslı ayıbı hileyle davacıdan gizlediğini kabul etmek zorundadır.

Bu demektir ki, **mahkeme, konuttaki belirtilen ayıp olgusunun gerçekleşmediğini veya bu ayıp olgusundan davalıların sorumlu olmadıklarına karar veremez.**

B) Danıştay'ın 28.02.2013 tarihli kararının, konuttaki gizli esaslı ayıp olgusunu ispatlayan bir delil olması ve hukuki sonucu

Satıcı, yargılama sırasında, Danıştay 14. Dairesinin idare mahkemesinin sitenin (ana yapının) yıkımıyla ilgili 28.02.2013 tarihli kararını ⁶², savunmasının delili olarak ileri sürmüştür. **Danıştay'ın anılan kararı, içeriği**

⁶¹ Bu demektir ki, sitenin ve dava konutun “kaçak yapı” olduğu tartışmasız biçimde “adli gerçeklik” kazanmıştır.

⁶² Danıştay 14. Dairesinin 28.02.2013, 2011/14794-2013/1444 kararına göre, “Yukarıda yer verilen mevzuat hükümlerinin ve AİHM kararlarının birlikte değerlendirilmesinden; sağlıklı ve dengeli bir çevrenin oluşturulması bakımından, yürürlükte bulunan plan hükümlerine aykırı olarak inşa edilen yapıların, yapının inşa edildiği tarihte yürürlükte bulunan plana ve ruhsata uygun olarak inşa edilse dahi, bu planın hukuka ve mevzuata aykırı olduğu tespit edilerek yargı merciince iptal edilmesi durumunda kazanılmış hakkın bulunmaması nedeniyle yıkılması gerekmektedir. / Ancak; yıkım işlemi tesis edilmeden önce, hukuka aykırı bir şekilde plan oluşturan ve bu plana göre ruhsat veren idarenin kusurlu davranışı nedeniyle, iyi niyetli kişilere yıkıma konu taşınmaz bedelinin ödenmesi gerekmektedir. / Bu nedenle, taşınmazın bedelinin davacıya ödenmeden ruhsatsız yapının yıkımı yolunda tesis edilen işlemde hukuka uyarlık bulunmadığından, İdare Mahkemesince davanın reddi yolundaki kararda isabet görülmemiştir. / Açıklanan nedenlerle, Ankara 11. İdare Mahkemesi'nin .. kararının BOZULMASINA”

iyi incelendiğinde, **satıcının aleyhine, tüketici alıcı lehinedir**. Çünkü, anılan **kararla, dava konusu konuttaki gizli hukuki ayıp olgusu, bu olguyu tespit eden ve delil olan, bu kararlar da bir kez daha ispatlanmıştır**.

Danıştay 14. Dairesinin anılan kararıyla, ana yapının (sitenin) ve dava konusu **konutun yıkılması “kesinleşmiştir”**. Görüldüğü üzere, anılan **Danıştay kararıyla, konutun mutlaka yıkılacağı hükme bağlanmıştır**. Danıştay kararına göre, konutun ve sitenin yıkımı mutlak ve kesindir. Kararda, yıkımın tazminat şartına bağlanması, yıkımın kesinliğini etkilememektedir, ertelemektedir. Önemli olan, konutun belirtilen ayıp nedeniyle yıkılmasıdır. **Yıkımın infazının, nasıl, ne şekilde, ne zaman gerçekleştirileceği, konuttaki gizli esaslı hukuki ayıbın varlığına etkili değildir**. Diğer yandan, Danıştay kararıyla yıkımın tazminat şartına bağlanması ise, dava dışı olan ve davalı satıcı ile belediye arasındaki iç ilişkiyle ilgili bulunmaktadır. Diğer bir söylemle, Danıştay'ın anılan kararı, davanın tarafları ile ilgili değildir⁶³.

Danıştay 14. Dairesinin kararıyla da, sitenin tamamıyla yıkılacağı hükme bağlanmıştır. Görülen davanın hukuki dayanağı, 4077 sayılı Kanunun 4. maddesidir. **Davada önemli olan, yıkım değil, konutun imar kurallarına aykırı, yani kaçak yapı olup olmamasıdır**. Konutun gizli, esaslı hukuki ayıp taşıyıp taşımadığı çekişmeli olgudur. Bu çekişmeli olgunun ispatı için, imar kurallarına aykırı, yani kaçak yapı teslimi ve yapı kullanma izninin iptali yeterlidir.

Gerçekten, **konutun ve ana yapının (sitenin) imar kurallarına aykırı, yani kaçak yapı olması**, yapı kullanma izninin iptal edilmiş bulunması, **gizli, esaslı ayıplı konutun teslimin varlığını kabul için yeterlidir**. Bunun içindir ki, **sitenin yıkılmasıyla, gizli, esaslı ayıp oluşmamakta, bu ayıp daha önceki zamanda oluşmaktadır**. Bu nedenle, sitenin imar kurallarına aykırı, yani kaçak yapı niteliği nedeniyle, Danıştay'ın anılan kararından öncece, satıcının ayıplı konut teslimi vardır; bu durum, anılan karardan sonra da devam etmektedir.

⁶³ Görülen davanın tarafları, davacı tüketici alıcı ile davalılar satıcı ve kredi veren bankadır. Bizzat yukarıda kesin hüküm oluşturduğu belirtilen imar planları, inşaat ruhsatı ve yapı kullanma izniyle ilgili iki idari yargı kararıyla, dava konusu konutun ve sitenin kaçak yapı olduğu, tüketici alıcıya “gizli, esaslı hukuki ayıplı konutun teslim edildiği”, kesin biçimde ispatlanmıştır. Satıcı ile belediye arasındaki ilişki, tüketici alıcıyı ve hakkını ilgilendirmeyen, görülen davayla ilgisi bulunmayan, salt o davanın taraflarını ilgilendiren bir ilişkidir. Ancak, anılan kararlar, diğer iki idari kararda olduğu gibi, konutun kesinleşen yıkımından dolayı, konuttaki gizli esaslı hukuki ayıp, diğerlerinden ayrı olarak, bir kez daha ispatlanmış olmaktadır.

C) Satıcının hileyle gizli ve esaslı hukuki ayıbı gizlemesi nedeniyle zamanaşımının işlememesi

Yukarıda açıklandığı üzere, satıcı, esaslı hukuki ayıbı bilmesine karşın, ilanla daire satışına devam eden hileli davranışlarıyla, tüketici alıcıya karşı konuttaki gizli esaslı hukuki ayıbı gizlemeye devam etmiştir. **Satıcı, belirtilen hileli davranışı nedeniyle, kanunen, 4077 sayılı Yasadaki zamanaşımı hükümlerinden yararlanamaz** ⁶⁴. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'na göre, **“Bu gibi durumlarda zamanaşımı işlemez”** ⁶⁵. “Eğer ayıp (hile ile gizlenmişse), bu durumda zamanaşımı süresi 10 yıldır”.

İKİNCİ BÖLÜM

YARGITAY'IN GİZLİ AYIPLI MAL SATIŞINDAN DOĞAN ZARARI TÜKETİCİYE YÜKLEMESİ VE MÜLKİYET HAKKININ AĞIR İHLALİ

1. SATICININ SÖZLEŞME VE İMAR KURALLARINA UYGUN KONUT TESLİMİ EDİMİNİ YERİNE GETİRMEMESİNİN ZARARA NEDEN OLMASI

A) Konuttaki kesin ispatlı **gizli esaslı hukuki ayıp olgusu nedeniyle, satıcının 4077 sayılı Kanuna göre kusursuz sorumlu olması**

4077 sayılı Kanuna göre, satıcının ayıplı maldan sorumluluğu, kusursuz sorumluluktur ⁶⁶ (4077/4) ⁶⁷. Bu nedenle, kusursuz sorumlulukla

⁶⁴ “Davacı, aracın hava yastığının kendiliğinden açıldığını iddia ettiğine göre, bu husus gizli ayıp niteliğindedir. Şu durumda 4077 sayılı Kanun'un 4/4 maddesinde yer aldığı üzere, **satıcının satılan malın ayıbı tüketicinin ağır kusur ve hile ile gizlenmesi halinde zamanaşımı süresinden yararlanamayacağı gözetildiğinde** davanın zamanaşımına uğramadığı açıktır” (Y.4.HD 21.09.2006, 2005/10201-2006/9437, YKD 2007/5. s. 882).

⁶⁵ “Servisler konularında uzmandırlar. Olayda, davacının aracı birden fazla tamire götürmesi nedeniyle servislerin aynı arızanın tamirle giderilemeyeceğini, **üretimden kaynaklandığını bilmeleri gerekir. Bunun davacıya söylenmemesi arızanın gizlenmesi ve davacıyı oyalama sonucunu da doğurur. Bu gibi durumlarda zamanaşımı işlemez.** Kaldı ki, üretim hatasının varlığını rahatlıkla tespit edebilecek nitelikte olması gereken servisin tüketiciyi sonuç alınmayan tamirlerle oyalaması ve arızanın belli periyotlarla tekrarlanması karşısında davada zamanaşımının varlığından da söz edilemez” (YHGK 25.02.2004, 84-89, YAVUZ, N s. 249).

⁶⁶ “Alıcının, satıcının sorumluluğu için onun kusurlu olduğunu ispat etme yükümlülüğü bulunmadığı gibi satıcı da satılacak ayıbın kendi kusurundan ileri gelmediğini ispat ederek sorumluluktan kurtulamaz” (ERDOĞAN, İhsan: **Tüketicinin Ayıplı Mal Ve Hizmet İfalarına Karşı Korunması**, (Prof. Dr. Naci KINACIOĞLU'na Armağan), Gazi ÜHFD Aralık 1997, Cilt 1 Sayı 2, s.55).

⁶⁷ “Satıcının ayrıca taahhütte bulunması gerekmeksizin bu borç kanunen mevcuttur ve kusura dayalı bir borç değildir (BK m. 194/II, TKHK m. 4 ve 4/A f.III)” (TİRYAKI, s. 104).

ilgili ilke ve kurallar, mahkeme tarafından, görülen davada da uygulanacaktır. Satıcı, 4077 sayılı Kanunun 4. maddesi gereğince, kesin delil idari yargı kararları ve bilirkişi incelemesiyle tespit edilen taşınmazdaki gizli ayıptan dolayı, kusursuz sorumludur. Yargıtay'ın görüşü de bu şekildedir⁶⁸.

Satıcı, 4077 sayılı Kanun gereğince, konuttaki gizli hukuki esaslı ayıptan dolayı, tüketici alıcıya karşı kusursuz sorumludur. 4077 sayılı Kanundan kaynaklanan kusursuz sorumluluk, Borçlar Kanunu'na bağlı eser sözleşmesinden doğan sorumluluktan farklıdır. 4077 sayılı Kanun, tüketiciyi koruyan kanundur. **4077 sayılı Kanunla, eser sözleşmesinden farklı olarak, tüketici lehine, satıcı aleyhine daha ağır bir sorumluluk olan kusursuz sorumluluk getirilmiştir.** Bu demektir ki, satıcı, konuttaki belirtilen ayıptan dolayı, tüketici alıcıya karşı, kusura bağlı olmadan, yani kusursuz sorumludur. Buna karşın, satıcı, bilerek ve isteyerek, hileyle, konutun fiili ve hukuki tesliminden önce mevcut olan idari yargı davalarını, tüketici alıcının 4077 sayılı Kanundan doğan haklarını kullanmasını önlemek için, davacıya bildirmemiştir.

Yukarıdaki nedenle, belediyelerin imar planlarının yapılmasında kusurlu olmaları veya satıcının herhangi bir kusurunun bulunmaması, satıcının, tüketici alıcıya karşı konuttaki gizli ayıptan dolayı, kusursuz sorumluluğuna engel değildir. Aksine, **4077 sayılı Kanunla satıcının kusursuz sorumluluğunun nedeni, olayda ortaya çıkan olumsuz risk ve sonuçlara, tüketici alıcının değil, satıcının katlanması ve sorumlu tutulmasının kabulüdür.**

⁶⁸ “4077 sayılı kanunun 4. maddesi ayıplı maldan veya ayıplı malın neden olduğu her türlü zarardan dolayı, tüketicinin bu maddede yer alan seçimlik haklarından satıcı bayii acente imalatçı üretici ve ithalatçının müştereken ve müteselsilen sorumluluğu hükmünü getirmiştir. Hal böyle olunca Nokia Ltd. Şirketi ithalatçı firma olarak sorumludur. Buradaki sorumluluk kusursuz sorumluluktur. Değişik anlatımla davalı Nokia Telekomünikasyon Ltd. Şti. kendi bayii olan Asım B.'in yurda kaçak giren telefon satmasından dolayı davacının uğradığı zarardan kusuru olmasa da sorumludur. Mahkemece değinilen bu yön üzerinde durularak davalı Asım B.'in diğer davalı ithalatçı firmanın resmi bayii olup olmadığı yönü üzerinde durulması adı geçen firmanın resmi bayii olmaması halinde firma hakkındaki davanın şimdiki gibi reddine karar verilmesi, adı geçen satıcı firmanın resmi bayii olmasının belirlenmesi halinde ise az yukarıda açıklanan kusursuz sorumluluk ilkelerine göre firma hakkındaki davanın da kabulüne karar verilmesi gerekirken değinilen bu yön gözetilmeden eksik araştırma ve inceleme sonucu yazılı şekilde hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir” (Y.13.HD 01.12.2004, 9354-17500, KADIOĞLU, s. 69).

Diğer yandan, eser sözleşmelerinde bile, eserdeki ayıbın yüklenicinin kusuru olmadan ortaya çıkmasında, iş sahibi, BK 475 maddedeki haklarını kullanabilmektedir⁶⁹. Kural olarak, eser sözleşmesindeki ayıp, iş sahibine yükletilememektedir⁷⁰.

B) Satıcının konuttaki gizli esaslı ayıptan doğan zararlardan sorumluluğu

Satıcı, kanunen, tüketici alıcının konuttaki gizli, esaslı hukuki ayıptan doğan tüm zararlarını tazminle yükümlüdür (4077/4)⁷¹. Tazminat davası seçimlik hakların alternatifi değildir. “Ayıplı mal dolayısıyla zarara uğrayan tüketici, seçimlik haklarından biri ile birlikte veya müstakilen tazminat davası açabilir”⁷². Tüketici alıcı, dava dilekçesinde, gizli esaslı ayıplı konut satışından doğan zararlarını açıklamıştır. Tüketici alıcının zararlarının tamamı, doğrudan doğruya belirtilen ayıptan doğan zararlardır. Olayda, tüketici alıcının zararı, satıcının kanuna aykırı şekilde, belirtilen ayıplı konut satışından doğmuştur. Diğer bir söylemle, davacı alıcının zararının nedeni, davalının ayıplı konut satışdır.

Yukarıda açıklandığı üzere, tüketici hukukunda kusursuz sorumluluk, zarar görenin tüketici işleminden doğan zararının, tam tazmininin daha kolay sağlanması amacıyla kabul edilmiştir. Bu nedenle, tüketici alıcının, satıcının ayıplı mal satımından doğan zararı, zarar veren tarafından karşılanacaktır. Açıkçası, yukarıda belirtilen şekilde, **tüketici alıcının belirtilen şekilde ortaya çıkan zararına, alıcı değil, satıcı katlanacaktır, yani zarar, davacıya değil, davalıya yükletilecektir.**

⁶⁹ SELİÇİ, Özer: **İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu**, İstanbul 1978, s. 190, ÖZ, M. Turgut: **İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi**, İstanbul 1989, s. 111.

⁷⁰ EREN, Fikret: **İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Borçları Ve Bu Borçların Yerine Getirilmemesinin Sonuçları**, (İnşaat Sözleşmeleri, Yönetici - İşletmeci Mühendis Ve Hukukçular İçin Ortak Seminer, Ankara, 18-29 Mart 1996), Ankara 1996, s. 79.

⁷¹ “TKHK’da ise, tüketicinin tazminat isteme hakkı, seçimlik haklardan dönme hakkının kullanılmasına bağlanmamıştır. Tüketici, sözleşmeden dönme dışındaki seçimlik haklarından birini kullandığında da, tazminat isteyebilecektir” (TİRYAKİ, s. 114).

⁷² ERDOĞAN, s.65.

C) Bilirkişi Kurulunun davacı tüketici alıcının gizli esash ayıplı konut satışından doğan zararı denkleştirici adalete göre tespiti

Yargıtay'ın yerleşik görüşüne göre ⁷³, **sözleşmeden dönme sonucu bedelin iadesinde, denkleştirici adalet kuralı uygulanacaktır** ⁷⁴. EBK 205/II - BK 229 maddeye göre, satıcının iade yükümünün kapsamı, sebepsiz zenginleşmeden genişdir. Bu durum denkleştirici adaletin bir uygulama biçimidir. Denkleştirici adalet kuralına göre hesaplama yapılması, miras hukukunda da geçerlidir ⁷⁵.

Denkleştirici adalet kuralıyla ilgili hesaplama usulüne göre, “iadeye karar verilirken satış bedeli olarak verilen paranın alım gücünün ilk ödeme tarihindeki alım gücüne ulaştırılması ve o şekilde iadeye karar verilmesi uygun olacaktır” ⁷⁶. Gerçekten, KDV dahil ödenen bedelin, yerleşik yargısal

⁷³ “Davacının dava dilekçesinde açıklanan bu talepleri karşısında, açıkça dile getirmese de ödediği bedelin denkleştirici adalet ilkesi gereğince dava tarihindeki alım gücüne ulaştırılması talebinin de bulunduğu kabul edilmelidir. O halde mahkemece, davacının 1978 ve 1979 yıllarında yaptığı ödemeler toplamı olan 903.000 TL. nın, enflasyon, tüketici eşya fiyatı endeksi, altın ve döviz kurlarındaki artışlar, memur maaş ve işçi ücretlerindeki artışlar gibi çeşitli ekonomik etkenlerin ortalamaları alınmak suretiyle dava tarihi itibarıyla ulaşacağı alım gücü, bu uzman bilirkişi veya kurulundan nedenlerini açıklayıcı, taraf, hakim ve Yargıtay denetimine elverişli rapor alınarak belirlenmeli ve bu miktara hükmedilmelidir” (Y.13.HD 10.03.2003, 1337-2482, KADIOĞLU, s. 135-136). Yargıtay'ın aynı görüşteki diğer kararlarına örnek olarak; Y.13.HD 24.06.2002, 2002/5380-7636, İBD C.80 2006/1 s. 309; Y.13.HD 01.03.2004, 2003/6050-2004/2357.

⁷⁴ “Geçerli bir sebebe dayanmaksızın bir kişinin mal varlığından diğerinin mal varlığına kayan değerlerin iadesi “denkleştirici adalet” düşüncesine dayanır. Denkleştirici adalet ilkesi ise, haklı bir sebep olmaksızın başkasının mal varlığından istifade ederek kendi mal varlığını artıran kişinin, elde ettiği bu kazanımı geri verme zorunda olduğunu ve gerçek bir eski hale getirme yükümlülüğü bulunduğunu ifade eder”(Y.13.HD. 25.2.1997, 1997/11384-1392, YKD 1997/8 s.1256). Bu “yargısal görüşe” göre, “Hukuken geçersiz sözleşmeler, haksız iktisap kuralları uyarınca tasfiye edilir iken, denkleştirici adalet kuralı hiçbir zaman gözardı edilmemelidir. Bu husus hem hakkaniyetin, hem de gerçek adaletin bir gereğidir. Bu bakımdan iadeye karar verilirken satış bedeli olarak verilen paranın alım gücünün ilk ödeme tarihindeki alım gücüne ulaştırılması ve o şekilde iadeye karar verilmesi uygun olacaktır. Aksi takdirde kısmi iade durumu oluşacak, iadesi dışındaki zenginleşme iade borçlusu yedinde haksız zenginleşme olarak kalacak, iade borçlularının iadede direnmelerine neden olacaktır” (YKD 1997/8 s.1255).

⁷⁵ “Mahkeme tarafından yapılacak iş; denkleştirici adalet kuralları uyarınca miras bırakan tarafından ödenmiş olan bedelin uyarlanması yapılarak ölüm tarihinde ulaşmış olduğu miktarın davacılara yapılan, kazandırma olarak tenkis hesaplamasında aktif bölümüne alınarak sonucuna göre işlem yapmaktan ibarettir” (Y.2.HD 27.12.2005, 2005/11646-18380, İBD C.81 2007/1 s. 192).

⁷⁶ Y.13.HD. 25.2.1997, 1997/11384-1392, YKD 1997/8 s.1256.

görüŖe göre denkleŖtirici adalet ve hakkaniyet uygun olarak tespitiyle, davalıdan tahsiline karar verilmesi gerekmektedir⁷⁷. Buna göre, davalı satıcı, keŖif ve bilirkiŖi incelemesi ile taŖınmazın dava tarihi itibariyle, denkleŖtirici adalet usulüne göre tespit edilen rayiç piyasa değerini ödemekle yükümlüdür. Satıcının ihtara karŖın, bilerek ve isteyerek ödeme yapmayarak, davacı tüketicinin zararına karŖılık, büyük oranda haksız çıkar sağlaması, MK. 2 maddesinde düzenlenen objektif iyiniyet kuralına aykırıdır⁷⁸.

2. SATICININ EK KUSURU NEDENİYLE KURTULUŖ KANITI GETİREMEMESİ VE KONUTTAKİ ZARARDAN TAM SORUMLULUğU

A) Satıcının hileli davranışının, ağır kusur ve kusursuz sorumluluk yönünden ek kusur olması

Kusursuz bir sorumlulukta, kusursuz sorumlu olan kişinin, ayrıca olayın oluşumuna kusuruyla katkısı varsa, bu kusura, ek kusur (munzam kusur) denilmektedir.

“Objektif olarak sorumlu olan kişinin, objektif olarak sorumluluğu doğuran olay yanında, ayrıca zararın ortaya çıkmasında etkili bir kusuru da var ise, buna ek kusur (munzam kusur, zusatliches Verschulden) denilir. Ek kusur, sebep sorumluluğunun bu niteliğini deęiŖtirmez; yalnız baŖka sonuçlar doğurabilir;

a) Bazı hallerde (örneğin BK. md. 55, 56, MK. Md. 320) sorumlu kişinin kurtuluŖ kanıtı (beyyinesi) getirmesini engelleyebilir;

b) Bazan da bir tazminatı indirme sebebinin gözönüne alınmasını önleyebilir; bu özellikle mağdurun müterafik (ortak) kusurunu nötralize etmek (etkisiz hale getirmek) biçiminde kendini gösterir;⁷⁹

c) Ek kusur birden fazla kişinin aynı zarardan sorumluluğu halinde rücu sorununun çözümünde etkili olabilir;

⁷⁷ “ÇaędaŖ hukuk; haksız yani tam karŖılıęı verilmeden elde edilen kazançları korumamaktadır” (YHGK 5.5.1993, 1993/6-761-192, YKD 1993/9 s.1303-1310).

⁷⁸ Gerçekten, yukarıda belirtilen kökleŖen yargısal görüŖte de vurgulandığı üzere, “Unutulmamalıdır ki, yasaların uygulanması sırasında görülecek haksızlıkların, adaletten sapmaların düzeltilmesi ilk önce yargıya düşen bir görevdir” (YHGK 5.5.1993, 1993/6-761-192 sayılı kararı, YKD 1993/9 s.1303-1310).

⁷⁹ Bkz. ACAR, Bülent: Yargıtay’ın “Ek Kusurun Giderimle İlgili Olarak Birlikte Kusuru Etkilemesi” İşlevini Tanımladığı GörüŖünün EleŖtirisi, TBBD 1993/1 s. 341-346..

d) Sorumlulukların çatışması (Kollision von Haftungen) halinde de, sorumlulardan her birinin zarardan katlanması gereken payın tayininde rol oynar;

e) Adam ölmesi ve beden tamlığının ihlali dışında, manevi zararın tazmininin istenebilmesi bakımından önem taşıyabilir”⁸⁰

Yukarıda belirtilen kesinleşen idari yargı kararlarına göre, site ve konut, (a) İmar Kanunu ve ikincil kurallarına aykırı yapıldığından, kaçak yapı niteliğindedir, (b) İmar Kanununun 32. maddesine göre yıkılması, 42. maddesine göre ilgililer hakkında cezai yaptırım uygulanması gerekir. Buna karşın, **satıcı**, konut ve siteyle ilgili olarak, **kesinleşen idari yargı kararlarıyla oluşan**, belirtilen zararlı sonuçlarla, **konuttaki gizli esaslı hukuki ayıbı**, bilerek ve isteyerek, **tüketici alıcıdan gizlemiş, gizli esaslı ayıplı konutu, ayıpsız konut olarak ve ayıpsız konut fiyatına satmıştır.**

Hukukta, satıcının yukarıda açıklanan eyleminin adı, hileli davranıştır. Yukarıda Birinci Bölüm’de, satıcının hileli davranışı ve sonuçları açıklanmıştır. **Hileli her davranış, ağır kusur oluşturur.** Satıcı, açıklanan nedenlerle, tüketici alıcının konuttaki esaslı hukuki ayıptan oluşan zararlarından dolayı, yani hileli davranışının zarar veren sonuçlarından sorumludur. 4077 sayılı Kanuna göre, **satıcının bu hileli davranışının iki sonucu vardır. İlki, kanunen, hile nedeniyle zamanaşımının işlememesidir. İkincisi, satıcının belirtilen hileli davranışlarından dolayı, ağır kusurlu olmasıdır.** Çünkü, hileli davranış, her zaman kusurlu davranıştır.

Satıcının bu hileli davranışı, ağır kusurdur; olayda, kusursuz sorumluluğunun yanında ek kusur (munzam kusur) oluşturur.

B) Satıcının ek kusurunun kusursuz sorumluluğu için kurtuluş kanıtı getirmesini ve uygun nedensellik bağıını kesmesini önlemesi

Yukarıda açıklandığı üzere, ‘ek kusurun’ işlevlerinden birisi de, **kusursuz sorumlu olanın ek kusurunun, onun kurtuluş kanıtı getirmesine engel olmasıdır**⁸¹. Diğer bir söylemle, kusursuz sorumlu olan kişi, olayda ek kusuru varsa, artık kurtuluş kanıtı getiremez ve ortaya çıkan zarardan sorumluluğu kesinleşir.

⁸⁰ TANDOĞAN, Haluk: **Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku**, Ankara 1981, s. 8-9.

⁸¹ TANDOĞAN, s. 8.

4077 sayılı Kanununun 4. madde hükmü gereğince, kusursuz sorumlu olan satıcı, zarar veren olayın oluşumuna da, ağır kusuruyla neden olmuştur. Dolayısıyla, **kusursuz sorumlu olan satıcı, bu ek kusuru nedeniyle, kusursuz sorumluluğundan kurutulabilmek için, kurtuluş kanıtı getiremez.** Mahkeme, açıklanan bu hukuki durumu, istem üzerine veya resen gözetmek, kararına esas almak ve karara bağlamak zorundadır.

Yargıtay'da, olayda ek kusuru olan araç işleticisinin, kurtuluş kanıtı getiremeyeceği görüşündedir.

Yargıtay'ın ilgili kararına göre, “Araç işleticisi kusursuz -objektif-sorumluluk ilkeleri uyarınca zararı gidermekle yükümlü olmakla birlikte kendisinin veya eyleminden sorumlu olduğu kişinin ayrıca kusuru varsa, (ki buna ek kusur - munzam kusur denir) kurtuluş kanıtı getiremez”⁸²

Diğer yandan, kusursuz sorumlulukta, **kusursuz sorumlu olan kişinin olaydaki ek kusuru, olayın oluşumuna doğrudan katkısı nedeniyle, uygun nedensellik bağının (illiyet bağının) kesilmesini önler.** Bizzat tüketici alıcının zararının meydana gelmesindeki katkısı nedeniyle, **olayda, kusursuz sorumlu satıcının ek kusuru, üçüncü şahsın ağır koşulu veya zarar görenin ağır kusuru veya mücbir sebebin meydana gelmesine engel oluşturur.** Çünkü, kusursuz sorumlu satıcının belirtilen ek kusuru nedeniyle, **olayda, üçüncü şahsın kusuru veya zarar görenin kusurunun, illiyet bağını kesebilecek derecede ve yoğunlukta olabilmesi mümkün değildir.**

Yargıtay'da, kusursuz sorumlu olanın, olayda ek kusurunun varlığında, zarar görenin kusurunun nedensellik bağını kesmeyeceği görüşünerdir.

Yargıtay'ın ilgili kararına göre, “**Kusursuz sorumluluk hallerinde zarar görenin ağır kusurunun illiyet bağını keseceği kabul edilir. Ne var ki, bunun için öncelikle kusursuz sorumlu olanın, olay içinde, ek bir kusurunun bulunmaması da zorunludur. Mahkemece yapılacak iş; zarar ve tazminat kapsamını belirleyip sonucuna göre karar vermektir**”⁸³

Gerçekten, uygun nedensellik bağının kesilmesi için, üçüncü şahsın kusuru veya zarar görenin kusurunun, illiyet bağını kesebilecek ağırlıkta,

⁸² Y.4.HD 13.03.1985, 1984/9973-1985/2112, YKD 1985/7 s. 974-975 Ek 1.

⁸³ Y.4.HD 25.02.1986, 1985/9831-1986/1731, YKD 1986/7 s. 956-957 Ek 2.

yoğunlukta olması gerekir. **Kusursuz sorumlu olan kişinin olaydaki ek kusuru, üçüncü şahsın veya zarar görenin kusurlarının, uygun nedensellik bağımlı kesebilecek yoğunlukta, derecede, ağırlıkta olmasını engeller.**

Ayrıca, kusursuz sorumlu olan kişinin ek kusuru, olayda mücbir sebep derecesinde ve uygun nedensellik bağımlı kesebilecek ağırlıkta ve derecede bir dış olayın varlığını da engelleyecektir. Bu durumda, dış etkinin ve olayın, uygun nedensellik bağımlı kesebilecek derece ve yoğunlukta olması, yani mücbir sebep değil, ancak, -illiyet bağımlı kesmesi söz konusu olmayan-beklenmeyen durum (umulmayan hal) veya kaçınılmaz durum söz konusu olabilir.

Yukarıdaki nedenlerle, **satıcının ek kusuru, olayda uygun nedensellik bağımlı her üç nedenle kesilmesini önler, yani olayda illiyet bağımlı kesilmesiyle, satıcının kusursuz sorumluluğunun oluşmaması şeklinde bir sonuç mümkün değildir.**

Satıcı, Ankara Büyükşehir Belediyesi ile Çankaya Belediyesinin yanında ilk idari davaya müdahil olarak, idari davaların konusu idari işlemlerin hukuka aykırılıkları ile belediyelerin ağır kusurlarını bilmek ve bu kusurlu işlemleri savunmakla, belediyelerin hukuka aykırı ve kusurlu işlemlerine iştirak etmiştir. Satıcı, bununla yetinmemiş, dava konusu konut satışıyla başladığı hileli davranışını, tüm sözleşme ve dava boyunca sürdürmüştür. Dolayısıyla, satıcının, belediyelerin iptal edilen idari işlemlerine iştiraki ve açıklanan sonuçları nedeniyle, olayda, satıcının, üçüncü şahsın ağır kusurunun veya zarar görenin ağır kusurunun veya mücbir sebebin, uygun nedensellik bağımlı kestiğini ileri sürebilmesi olanağı ve koşulları bulunmamaktadır.

C) Satıcının site ve konutla ilgili idari davalarda müdahil ve davacı olmasıyla, konuttaki esaslı hukuki ayıbı bilmesi ve ortak olması

Kesin kanıt olan idari yargı kararlarından anlaşılacağı üzere, satıcı, ilk iptal davasına davalı iki belediyenin yanında müdahil olarak davaya katılmıştır. Satıcı, belirtilen idari yargı davalarına davalı belediyeler yanında katılarak, imar planlarıyla inşaat ruhsat ve yapı kullanma izninin, İmar Kanunu ve kurallarına uygun yapıldığını, davalıların bir kusurlarının olmadığını ileri sürmüştür ⁸⁴. Satıcı, müdahil olması nedeniyle, tüketici

⁸⁴ Satıcının, idari davalara davalı belediyelerin yanında müdahil olarak katılmasının, görülmekte olan davayı etkileyen iki önemli sonucu vardır. İlki, satıcının, müdahale

alıcının, tarafı olduğu tüketici işleminden dolayı, gizli ayıplı konut satışından ortaya çıkan zararlarının varlığını da bilmektedir / bilmesi gerekmektedir. Çünkü, İmar Kanunu ve kurallarına aykırılık, ister başlangıçta, ister kesinleşen iptal kararıyla ortaya çıksın, satım konusu konutun bulunduğu sitenin yıkılmasını gerektirmektedir. Satılan bir malın / konutun imara aykırılıktan dolayı mahkeme kararıyla yıkılmasının, tüketici alıcının zararına neden olacağı gün gibi açıktır. Bunun açıklaması bile gereksizdir.

Satıcı, bir yandan müdahil olarak bilgi edindiği imar planlarındaki hukuki sakatlığa ortak olmuş, iptal kararlarının sonuçlarıyla bağlı kalmış, diğer yandan konuttaki ayıbı hileyle saklayarak tüketici alıcıya ayıpsız bir konutla ilgili tüketici işlemini yaptırmış ve bunu onun ihtar ve davasına kadar devam ettirmiş ve dava da sürdürmüştür. Bunun içindir ki, satıcı, dava konusu konuttaki -mahkeme kararıyla yıkımla sonuçlanmış- gizli, esaslı ayıbı bilerek, konutun satışındaki hileli davranışını, ihtar öncesinde ve tüm dava boyunca sürdürmüştür ve konuttaki gizli esaslı ayıptan doğan davacı zararından tam sorumludur.

nedeniyle, idari davaların kesinleşen sonuçlarıyla bağlı olmasıdır. Bu bağlılık nedeniyle, imar planlarındaki, inşaat ruhsatıyla yapı kullanma izin belgesindeki ağır hukuka aykırılık ve sitenin yıkılması gerektiği sonuçları, satıcıyı hukuken bağlayacak şekilde geçerlidir. İkinci sorun, satıcının, müdahil olarak, idari davaların kesinleşen sonuçlarıyla bağlılığı kapsamında, davalı belediyelerin imar planları ve diğer idari işlemlerindeki, hukuka aykırılığı ve kusurlu oluşlarını bilmesi ve ortak olmasıdır. Çünkü, satıcı, müdahil olarak, belediyeler yanında idari davalara katılmakla, (a) imar planlarıyla diğer iki idari işlemin hukuka aykırılığına, (b) belediyelerin imar mevzuatına aykırı işlemlerindeki kusurluluklarına bilgi edinmiştir.

3. TÜKETİCİ ALICININ KORUNMASI NEDENİYLE, AYIPLI SATIŞTAN DOĞAN ZARARDAN, ALICININ DEĞİL, SATICININ SORUMLU OLMASI

A) 4077 sayılı Kanunun konuluş amacının, tüketici alıcıyı koruması

Türk hukukunda, kanunen, güçsüzler güçlülere karşı korunmaktadır. İş Kanunuyla işçi işverene⁸⁵, Kira Kanunuyla / Borçlar Kanununun kira hükümleriyle kiracı kiralayana karşı⁸⁶ korunmaktadır.

4077 sayılı Kanun'un düzenleme amacı da, YHGK'nun bir kararında net bir ifade ile belirtildiği gibi, davacı tüketicinin haklarının korunmasıdır⁸⁷. “Burada, Yasanın daha çok bir mal ve hizmeti satın alarak onu günlük yaşamında tüketen kişiyle ilgilendiği ve bu tüketicuyu koruma amaçladığı kabul edilmelidir”⁸⁸. Sonuç olarak, 4077 sayılı Kanun, tüketicuyu koruyan kanundur.

⁸⁵ “İş hukukuna egemen bulunan ilkelerden birisi de kuşkusuz işçiyi koruma ilkesi olup, gerek yasa ile getirilen düzenleyici kuralların ve gerekse tarafların yani işçi veya hak sahipleri ile işveren arasındaki ilişkilere ait irade açıklamalarının yorumunda bu ilkenin ışığında hareket olunması zorunludur. Olayda davacılarından, iş kazası sonucu ölen işçinin eşinin kendi adına asaleten ve yedi çocuğuna velayeten noterde düzenlettiği belge, az önce açıklanan ilkenin ışığında ve tarafların sosyal durumları ile belgedeki sözlerin kapsamı dikkate alınarak yorumlandığında, hak sahiplerinin tek taraflı irade açıklaması ile beliren bir makbuz olarak kabul edilmek gerekir” (YHGK 25.01.1978, 1976/10-3435-1978/23, YKD 1978/10 s. 1806-1807).

⁸⁶ “Kira sözleşmelerinin yorumunda BK. nun 18. maddesindeki genel kural uyarınca tarafların gerçek ve ortak maksatlarını aramak gerekir. Bu ortak ve gerçek maksadın tayininde kuşkusuz sözleşmenin süregelen uygulama biçiminin de gözönünde tutulması yorum kurallarının bir gereğidir. .. tarafların sözleşmeyi uzun süre uygulama biçimi onların sözleşmeye verdikleri anlamın belirlenmesinde önemli bir unsur olarak dikkate alınmalıdır” (YHGK 17.01.1979, 1978/6-1979/2, İKİD 1979, s.6970). Aynı görüşte bkz. YHGK 09.06.1978, 1978/6-261-567, YKD 1978/8 s. 1265).

⁸⁷ “Öncelikle belirtmekte yarar vardır ki, **4077 sayılı Yasanın amacı tüketici olarak adlandırılan kitlenin ve kamu yararının korunmasıdır.** Ekonomik çıkarlarının korunması da bu kapsam içinde yer alıp, tüketiciler açısından büyük önem taşımaktadır. Tüketiciler genellikle düşük ve sabit gelirli olanların çoğunluğunu oluşturduğu, mal veya hizmet satan kişilere göre daha zayıf durumda bulunan kimselerdir. Bir malı satın alan ya da bir hizmetten yararlanan tüketicinin bunun için ödediği bedelin karşılığını alabilmesi gerekir. Elde ettiği mal veya hizmetin değerinden çok fazlasını ödemek zorunda kalması ya da ondan beklediği yarar sağlamaya yeterli olmaması gibi durumlarda tüketicinin ekonomik çıkarlarının zarara uğrayacağı açıktır. **İşte bu nedenle de 4077 sayılı Kanunla, tüketicilerin ekonomik çıkarlarını zarara uğratan bu gibi sonuçlara karşı korunmanın sağlanması amacıyla etkin düzenlemeler getirilmiştir**” (YHGK 09.10.2002, 755-783, YAVUZ, s. 906-907).

⁸⁸ Y.15.HD 09.04.2002, 5915-1689, YAVUZ, Ayıplı İfa, s. 862.

B) Kusursuz sorumluluk nedeniyle, ayıplı konut satışından doğan zarardan, zarar gören alıcının korunarak, satıcının sorumlu tutulması gereği

Sorumluluk hukuku, zarar verenlerin verdikleri zararların niteliği ve derecesine göre, tarihsel süreç içinde, zarar görenlerin lehine, zarar verenlerin aleyhine gelişme göstermiştir. Önce kusur sorumluluğu olarak başlayan sorumluluk, sebebe bağlı kusursuz sorumluluk, tehlike sorumluluğu, hasar ve sosyal risk sorumluluğu gibi, yeni sorumluluk biçimleri ortaya çıkmıştır. Tüm bu gelişmede, zarar gören, zarar verenin hukuka aykırı eylemlerinden doğan zararların tam tazmininin daha kolay ve çabuk sağlanması amaçlanmıştır.

Tüketici hukuku, tüketiciyi, kanunda sayılan kişilere karşı korurken, 4077 sayılı Kanunun 4. maddesinde sayılan kişilerin, tüketiciye karşı, (a) kusursuz sorumluluklarını, (b) birden fazla iseler dayanışmalı sorumluluklarını düzenlemiştir. Bu nedenle, tüketiciye zarar verenler, kanunen kusursuz sorumludurlar. Kusursuz sorumlulukta, kusur, sorumluluğun unsurları arasından çıkarılmıştır. Kişi, kusuru olmaksızın, tüketiciye verdiği zarardan sorumludur ve zararı tazminle yükümlüdür.

Sonuç olarak, tüketici hukukunda kusursuz sorumluluğun kabulüyle, tüketici işlemi nedeniyle ortaya çıkan zarara, tüketici değil, zarar veren katlanacaktır, yani zarar, kanunen zarar verene yükletilmiştir. Olayda, satıcı, yukarıda açıklandığı üzere, 4077 sayılı Kanunun 4. maddesi gereğince, tüketici alıcıya karşı, gizli esaslı ayıplı konut satışı nedeniyle doğan ve herhangi bir kusuru bulunmayan alıcı zararının tamamını tazminle sorumludur.

C) Kanunen tüketicinin korunması için, onun kusurunun olmadığı ayıplı maldan doğan zararın, ona değil, kusursuz sorumluya yükletilmesi

Görülen davanın hukuki dayanağı, 4077 sayılı Kanun'un 4. maddesidir. **Davada önemli olan, yıkım değil, imar hukuku kurallarına aykırı, yani konutun kaçak yapı, yani hukuki ayıplı olup olmamasıdır.** Yukarıda değinildiği gibi, bu çekişmeli olgunun ispatı için, kaçak yapı teslimi ve yapı kullanma izninin iptali yeterlidir. Gerçekten, **konutun ve sitenin kaçak yapı olması, yapı kullanma izninin iptal edilmiş bulunması, gizli, esaslı ayıplı konutun teslim edildiğini ispatlamaktadır.**

Kaçak bir yapı ve konutun,

(a) Kanunen yıkılacak olması,

(b) Gizli esaslı hukuki ayıp nedeniyle değerinde önemli ölçüde azalması,

(c) Giriş'te verilen ekspertiz raporuyla ispatlandığı üzere, belirtilen ayıptan dolayı konutu ipotek ettirememe, teminat olarak gösterememesi gibi haklarının olanaksızlaştırılması nedeniyle,

Tüketici alıcı için haksız, tüketici hukukuna aykırı bir sonuçlar ve zararlar yarattığı açıktır.

Görüldüğü üzere, **kanun koyucu, 4077 sayılı Kanunu, somut olayda (a), (b), (c) şeklinde ortaya çıkan zararlı sonuçlara karşı, tüketiciyi korumak yoluyla, tüketicinin değil, yüklenicinin veya satıcının veya kredi verenin katlanması için çıkarmıştır.** Bunun içindir ki, 4077 sayılı Kanun hükümleri kamu düzenindedir.

Gerçekten Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun kararına göre, "Görülmektedir ki, **4077 sayılı Kanun, ticari dağıtım zincirinin nihai halkasını oluşturan ve ekonominin nihai hedefi olan tüketicinin, satıcı karşısında daha etkin korunması gereğinden hareketle düzenlenmiş ve bu koruma anlayışı tüketici hukukunun temelini oluşturmuştur.**

Tüketici, üretim piyasaya sürülen ve üretim sürecinin hiçbir aşamasında bilgi sahibi olmadığı ürün veya sunulan hizmeti satın aldığı bir ilişkide zayıf olan taraf olarak kabul edilmiş; yasa koyucu, bu kabulden yola çıkarak iradesini tüketiciyi korumak şeklinde ortaya koymuştur. Giderek 4077 sayılı Kanun ile de bu koruma olgusunu yasal düzenleme altına alıp; üretim aşamasında bilgi sahibi olmadığı malları veya sunulan hizmetleri satın alan ve sözleşmede **satıcıya karşı zayıf durumda olduğu kabul edilen tüketicinin, sonradan bu mal veya hizmetlerin ayıplı çıkması sonucu uğradığı zararın tazminini sağlama yoluna gitmiştir.** Az yukarıda açıklandığı üzere 4077 sayılı Kanununun 3. maddesinin ilk şeklinde "mal" kavramı ticaret konusu taşınır eşya olarak tanımlanmışken 4822 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle bu tanım genişletilmiş; diğer unsurlar yanında "alış-veriş konu olan konut ve tatil amaçlı taşınmaz mallar" da mal kavramına dahil edilerek, bunlar da tüketici hukukunun kapsam ve koruması altına alınmıştır"⁸⁹

Sonuç olarak, **kanunen tüketicinin korunması için, onun kusurunun olmadığı ayıplı maldan doğan zararın, ona değil, kusursuz sorumluya yükletilmesi zorunludur.** Buna karşın, tüketici alıcının herhangi bir kusurunun bulunmadığı ayıplı maldan doğan zararın, kusursuz sorumluya

⁸⁹ YHGK 07.03.2007, 100-100, YAVUZ, s. 62.

değil, ona yükletilmesi, 4077 sayılı Kanununun 4. madde hükmünün ters uygulanmasıyla, bir anlamda yok sayılmasıdır.

4. SATICININ AYIPLI KONUT SATIŞINDAN DOĞAN ZARARI, SATICI YERİNE ALICIYA YÜKLEYEN KARARLAR

A) Gizli ayıplı konut satışından doğan zararı, satıcıya değil, tüketici alıcıya yükleyen mahkeme kararı

Mahkeme, somut olayda, yukarıda belirtilen şekilde ortaya çıkan zararı, kusursuz sorumlu olan ve gizli esaslı ayıplı, kesinleşen idari yargı kararlarıyla yıkılacak konutu satan satıcıya değil, tüketici alıcıya yüklemiştir.

Karara göre, “Mevcut davada taraflar arasındaki hukuki ilişki, konut nitelikli taşınmaz satışı ve devrinden kaynaklanmakta olup davacı tüketici, davalı da satıcı konumundadır. Bu tür uyuşmazlıklarda Tüketici Mahkemeleri görevlidir (4077 s. K. 11/A). Yüksek Yargıtay 13. H. D. 23.02.2005 tarih 2004/18160 E: 2005/2809 sayılı kararında bu husus açıkça ifade edilmiştir.

Taraflar arasında dava konusu Ankara, Çankaya, Lodumlu (Me) Mah. 16140 ada, 3 parselde bulunan .. blok (..) bağımsız bölümün davalı .. tarafından davacı tarafa satışı, tapu devri, satış bedeli, taşınmazın bulunduğu parsel üzerinde bulunan inşaatla ilgili inşaat ruhsatının alınmasına, inşaatın bitirilmesi, bağımsız bölümün tam ve eksiksiz olarak davacı tarafa teslimi, tapu devrinin gerçekleştirilmesi, ödemelerin bir kısmının bankadan temin edilen bağlı kredi ile yapılması, inşaat ruhsatı, iskan belgesi, 1/1000 ve 1/5000 ölçekli imar planlarının iptal⁹⁰ edilmesi ve bağımsız bölümün bulunduğu bina ile ilgili yıkım kararı alınmış olduğu ancak henüz yıkım işleminin gerçekleşmediği konusunda taraflar arasında uyuşmazlık yoktur.

Taraflar arasında dava konusu ihtilaf; inşaat ruhsatı ve iskan belgesi alındıktan sonra usulüne uygun biçimde teslim gerçekleşmesine rağmen binanın inşaat ruhsatı ve iskan ruhsatının iptal edilmiş olmasına bağlı olarak imar planlarının iptal edilmesi nedeniyle davalı yüklenicinin ve bağlı kredi veren bankanın sorumlu olup olmadığı konusundadır. ..

..Somut olayda, dava konusu .. nolu bağımsız bölüm yükleniciye özgülenmiş olup dava konusu taşınmaz davacıya tapuda devredilmiştir. Ayrıca dava konusu taşınmazın bulunduğu bina inşaatı yüklenicinin

⁹⁰ Ankara 7. Tüketici Mahkemesinin 2015/516 Karar, 2014/59 Esas sayılı Kararı s. 4/7.

belediyeden aldığı inşaat ruhsatı alındıktan sonra tamamlanmış olup binanın tapı kullanma izin belgesi alınmıştır. Davacı taraf satış bedelini tam ve eksiksiz olarak yükleniciye ödemiştir. ..

Dava konusu taşınmazda ayıp olup olmadığı ve niteliklerinin tespiti bakımından, mahallinde keşif icra edilmiş olup, bilirkişi kurulu rapor ve ek raporlarında: Dava konusu .. (..) nolu bağımsız bölümün ... AŞ ile ... AŞ arasında yapılan inşaat sözleşmesi uyarınca yükleniciye özgülendiği, yüklenicinin bu yeri kararlaştırılan satış bedeli ile davacıya devrettiği, tapu devir işleminin gerçekleştiğini, dava konusu bağımsız bölümün bulunduğu inşaatla ilgili inşaat ruhsatı ve iskan ruhsatının alındığını, inşaatın imar planlarına uygun olacak şekilde gerçekleştiğini, iskan alındıktan sonra dava dışı 3. kişilerin yapılan inşaatın çevre ve şehircilik ilkelerine aykırılığı nedeniyle Ankara 7. İdare Mahkemesi ve 11. İdare Mahkemesine davalar açıldığını, açılan bu davalar sonucunda dava konusu bağımsız bölümün bulunduğu bina ile ilgili inşaat ruhsatı, iskan ruhsatı ve nazım uygulama imar planlarının iptal edildiğini ve belediye tarafından yıkım kararı alındığını, ancak bu yıkım işleminin gerçekleştirilmediğini, konut bedeli olarak 647.820,00 TL'nin ödenmiş olduğunu, manevi tazminat isteminin mahkemenin takdirinde⁹¹ olduğunu, inşaat ruhsatı ve iskan belgesinin iptal edilmesi nedeniyle binanın ayıplı hale geldiğini, yüklenici ve bağlı kredi veren bankanın oluşan maddi zarardan müteselsil sorumlu olduğunu, davacının dava tarihi itibarıyla haklı görülmesi durumunda 889.639,88 TL⁹² maddi tazminat talep edebileceğini bildirmişlerdir.

Bilirkişi raporu ve ek raporu dosya kapsamına uygun olup, maddi olaya ilişkin değerlendirmeleri mahkememizce kabul edilmiştir. Ancak bilirkişi heyetinin yapmış olduğu hukuki nitelemeye itibar edilmemiştir. ..

Somut olayda yüklenici inşaat sözleşmesini tam ve eksiksiz olarak imar planı ve projeye uygun şekilde yaparak iskan, yapı kullanma izin belgesini alarak davacı tarafa 29.04.2008 tarihinde teslim etmiştir. Usulüne uygun şekilde teslim gerçekleştirilmesinden sonra inşaat ruhsatı ve 1/1000 ve 1/5000 ölçekli imar planları iptal edilmiştir. Yüklenici edim yükümlülüğünü gerçekleştirdikten sonra aradan geçen süre içerisinde açılan davalar sonucunda inşaat ruhsatı iskan ruhsatı ve imar planları yapılan yargılamalar sonucunda idare mahkemesi kararı ile iptal edilmiş temyiz aşaması dahil olmak üzere en son Danıştay 6. Daire 07.02.2011

⁹¹ Ankara 7. Tüketici Mahkemesinin 2015/516 Karar, 2014/59 Esas sayılı Kararı s. 5/7.

⁹² Mahkemenin, zararın tespitine ilişkin yukarıdaki açıklaması, önemli bir eksiklik taşımaktadır. Çünkü, Bilirkişi Kurulu, denkleştirici adalete göre konutun dava tarihindeki değerini 1.100.000 TL olarak tespit etmiştir. Mahkeme, her nedense, denkleştirici adalete göre tespit edilen zarar tutarını karara almamıştır.

tarih, 2010/6245 E., 2011/205 K. sayılı kararı ile binadaki yapı kullanma **iskan belgesi de iptal edilerek yapı yıkılması gereken inşaat konumuna dönüşmüştür.**

İmar planları oluşturulması ve inşaat ruhsatı verilmesi tamamen ilgili belediyenin sorumluluğundadır. Davacı taraf imar mevzuatına uygun şekilde gerekli başvuruyu yaparak inşaat ruhsatı alarak inşaatı tamamlayıp iskan belgesini almıştır. **İmar uygulamalarının yapılması ve oluşturulması aşamasında davacı tarafın herhangi bir kusur ve ihmali bulunduğu ilişkin dosya içerisinde herhangi bir delil bulunmamaktadır.** Davacı tarafında imar planının dava(l)ının bilgisi ve katkısı ile kusurlu ve hukuka aykırı şekilde oluşturulduğuna yönelik herhangi bir iddia ve bulunmamaktadır. Genel sorumluluk ilkeleri nazara alındığında dava tarihi itibarıyla yürürlükte bulunan BK 41 ve TBK 49 madde hükümleri uyarınca kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren oluşan zararı gidermekle yükümlüdür. **Taraflar arasındaki sorumluluk mevcut olayda akdi ilişkiye dayanmaktadır. Öncelikle buna ilişkin hükümlerin uygulanması zorunludur.** Ancak sözleşmeye ilişkin hükümlerin yeterli olmadığı veya kanunda hüküm olmayan hallerde kıyasen haksız fiile ilişkin ve sebepsiz zenginleşmeye ilişkin hükümlerin uygulanması mümkündür.

Usulüne uygun şekilde inşaat ruhsatı ve iskan belgesi alındıktan sonra bilahare imar uygulama planlarının iptal edilmesi nedeniyle kanunsuz duruma gelen inşaat nedeniyle yüklenicinin sorumluluğu ve yıkım işleminin nasıl gerçekleştirileceği konusu Yüksek Danıştay 13. Daire kararlarında da tartışılmıştır. Dava konusu inşaatın bulunduğu yerle ilgili olmak üzere Ankara 11. İdare Mahkemesinin 15.10.2010 tarih, 2010/325 E., 2010/1425 K. sayılı kararının temyiz edilmesi üzerine, Danıştay 13. Daire 28.02.2013, 2011/14794 E., 2013/1444 K. sayılı bozma ilamında “.. Yıkım işlemi tesis edilmeden önce hukuka aykırı şekilde plan oluşturan ve bu plana göre ruhsat veren idarenin kusurlu davranışı nedeniyle iyi niyetli kişilere yıkıma konu taşınmaz bedelinin ödenmesi gerekmektedir. Bu nedenle taşınmazın bedelinin davacıya ödenmeden ruhsatsız yapının yıkımı yolunda tesis edilen işlemde hukuka uyarlılık bulunmadığından idare mahkemesinde davanın ⁹³ reddi yolundaki kararda hukuki isabet görülmemiştir..” gerekçesiyle idare mahkemesi kararı bozulmuştur.

Dosya içerisinde toplanan tüm deliller, gayrimenkul satış sözleşmesi, inşaat ruhsatı, iskan belgesi, İdare Mahkemesinin kesinleşen kararları uyarınca iptal edilen inşaat ruhsatı, iskan ruhsatı, imar planları ve tüm dosya içeriğine göre davacı tarafından davalı yükleniciden konut nitelikli bağımsız bölüm satın aldığı, satış bedelinin tam ve eksiksiz olarak

⁹³ Ankara 7. Tüketici Mahkemesinin 2015/516 Karar, 2014/59 Esas sayılı Kararı s. 6/7.

ödendiği, yüklenicinin kat karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca arsa sahibine karşı edim yükümlülüğünü tam ve eksiksiz yerine getirdiği inşaat ruhsatı ve imar planına uygun şekilde inşaatı bitirdiği usulüne uygun şekilde satış yaptığı ve temlik yaptığı, 3. kişilere ve davacıya tapu devrini gerçekleştirdiği, imar planlarının oluşturulması aşamasında yüklenicinin bu işlemlerde herhangi bir katkısının bulunmadığı, buna ilişkin dosyaya sunulmadığı, düzenleyici işlem niteliğindeki imar planlarının bilhale idare tarafından kaldırılması, değiştirilmesi ya da açılan davalar sonucunda iptalini gerçekleştirdiği bu işlemde yüklenicinin herhangi bir katkısının bulunmadığı bu halde oluşan zarardan tümüyle buna sebebiyet veren ilgili belediyelerin sorumlu olduğu, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 46. Madde hükmü ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları 2577 sayılı İdari Yargılama Usul Kanunu 53/1 madde uyarınca bunların taraf olan ülkemiz yönünden de bağlayıcı olduğu, yerleşik Danıştay 13. Daire kararları uyarınca yıkım işleminin gerçekleştirilmesinin ancak zararın ilgili idare tarafından karşılanması durumunda yapılabileceği anlaşıldığından **yüklenicinin edim yükümlülüğünü tam ve eksiksiz olarak yerine getirmiş olması ve bilhale imar planları ile inşaat ruhsatı ve iskan belgesinin iptal edilmesinde herhangi bir kusurunun bulunmadığı** anlaşıldığından **davacı tarafın maddi ve manevi tazminat taleplerinin reddine karar vermek gerekmiştir.**

Dava reddedilmiş olmakla birlikte davacı taraf inşaat ruhsatı ve imar planlarının iptal edilmesi nedeniyle haklı olarak doğrudan sözleşmenin tarafı olan yüklenici bağlı kredi veren bankaya yönelik bu davayı açmıştır. Oysaki yerleşik Danıştay uygulamalarına göre bu tür durumda olan yerlerle ilgili yıkım işleminin gerçekleştirilebilmesi için öncelikle gerçek kişilerin tüm zararının sorumlu olan idari merciler tarafından karşılanması zorunludur. Davacı oluşan bu zarar nedeniyle koşulları gerçekleştiğinde ilgili belediyelere yönelik dava açma hakkına he zaman sahiptir. Bu nedenle davacı tarafın somut olayda sorumlusu idari kuruluşlar olmasına rağmen dava tarihi itibarıyla zararının bulunduğu ancak davalı taraflara yönelik tazminat koşullarının oluşmadığı anlaşıldığından yapılan yargılama giderlerinin her iki tarafın kendi üzerinde bırakılmasına ve her iki taraf için vekalet ücreti takdirine yer olmadığına karar vermek gerekmiştir. / Açıklanan nedenlerle, / HÜKÜM: 1- DAVANIN REDDİNE”⁹⁴.

⁹⁴ Ankara 7. Tüketici Mahkemesinin 2015/516 Karar, 2014/59 Esas sayılı Kararı s. 7/7.

B) Gizli ayıplı konut satışından doğan zararı, satıcıya değil, tüketici alıcıya yükleyen mahkeme kararı onayan Yargıtay 13. Hukuk Dairesi kararı

Yukarıda tam metni verilen davanın reddi kararı, tüketici alıcı tarafından, duruşmalı olarak, temyiz edilmiştir. Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 09.04.2015, 2015/12986-11207 kararıyla, davanın reddi hükmüyle ilgili onama kararı vermiştir.

Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin anılan kararına göre, “Davacı, davalı .. AŞ'den 14.02.2007 tarihli satış vaadi sözleşmesi ile “....” sitesinde inşa edilen .. bağımsız bölümü inşaat başlama aşamasında satın aldığını, davalı bankadan konut kredisi kullanarak satış bedelini ödediğini, taşınmazın mülkiyetini 24.10.2008 tarihinde devraldığını, yapı kullanma izin belgesinin 13.06.2008 tarihinde alındığını, daireyi alarak kullanmaya başladığını, daha sonra dava konusu sitenin üzerinde yer aldığı taşınmazın imar planlarının ve inşaat ruhsatının kesinleşen İdare Mahkemesi kararlarıyla iptal edildiğini, dava dışı Çankaya Belediye Başkanlığınca yapı kullanma izin belgesinin de iptal edildiğini, bağımsız bölümler hakkında yıkım kararı alındığını ve kaçak yapı haline geldiğini, davalıların bu ayıptan birlikte sorumlu olduklarını ileri sürerek .. davalılardan tahsiline karar verilmesini istemiştir.

.. 1- Dosyadaki yazılara, **kararın dayandığı delillerle yasaya uygun gerektirici nedenlere ve özellikle delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre davacının tüm temyiz itirazlarının reddi gerekir**”⁹⁵

C) Tüketici alıcının, mahkeme kararı ve onama kararı üzerine, diğer haklarını kullanmaması

Olağan olarak, bir davanın sonuçlarından sorumluluk, o davada görev alanlara aittir. Bunların başında ve öncelikli olarak, taraf avukatları gelmektedir. Buna göre, davanın reddi kararından, tüketici alıcı avukatı da sorumludur. Onun görevi, davayı kazanmak olmamakla birlikte, tüketici alıcının iddiasını ve haklarını, hukuka uygun, kaliteli bir hukuki çalışmayla savunmaktır. Yukarıda Birinci Bölüm'deki konu ve açıklamaların tamamı, sözü edilen davada, tüketici avukatlarınca, birebir, yargılamaya getirilmiş ve savunulmuştur. Buna karşın, davanın reddi ve onama kararıyla, bu savunmalar sonuçsuz, hukuken karşılıksız kalmıştır.

⁹⁵ Y.13.HD 09.04.2015, 2015/12986-11207 kararı s.1-2.

Durum, avukatlarınca, tüketici alıcıya açıklanmış, karar düzeltme ve bu yoldan sonuç alınamaması olasılığında, mülkiyet hakkının açık ihlali nedeniyle Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruya gidilmesi gerektiği bildirilmiştir. Buna karşın, tüketici alıcı, mevcut kararlara göre, **güven duyma sorunu** nedeniyle, karar düzeltme yoluna gidilmemesi için yazılı talimat vermiştir. Tüketici alıcı, karar düzeltme hakkını, bir başka avukat aracılığı ile de kullanmamış, davanın reddi kararı kesinleşmiştir.

5. MAHKEMENİN RED KARARI İLE ONAMA KARARINDA, ASIL ÇEKİŞMELİ OLGULARIN ELE ALINMAMASI VE GEREKÇEDEN YOKSUNLUKLARI

A) Kararda, gizli ayıplı satışın, idari davaların hileyle gizlenmesinin, ayıplı maldan kusursuz sorumluluğun karara bağlanmaması

Öncelikle, anılan mahkeme, kararında, çekişmeli olguları doğru bir biçimde tespit etmemiştir. Davada çekişmeli olguların neler olduğu yukarıda açıklanmıştır. Buna karşın, **mahkeme, kanunen ayıplı mal satışından kusursuz sorumlu olan satıcı ve bankanın, tüketici alıcıya gizli ayıplı konut satıp satmadıklarını, bundan doğan zarardan sorumlu olup olmadıklarını, belirtilen iptal davalarını ayıplı mal satışı ve onun tüketici hukukundan doğan haklarını kullanmaması için tüketiciden gizleyip gizlemediklerine ilişkin çekişmeli olgularla ilgili karar vermemiştir.** Bu tipik bir 'hakkın yerine getirilmesinden kaçınılmış olmak'tır. Mahkeme, asıl bu çekişmeli olgular yerine, bir başka konuyu çekişmeli olgu olarak göstermiştir ⁹⁶.

Doğruyu söyleme ödevi, taraflar için olduğu kadar, mahkeme içinde geçerlidir. Mahkeme, kararında, olayların zaman dizinsel akışıyla ilgili olarak, gerçeğe uygun ve doğru bilgi vermemiş, yanlış bilgi vermiş, bu yanlış bilgiyle davayı reddetmiştir. **Çünkü, sözü edilen idari davalar, satıcının hukuki teslim edimini ayıplı yerine getirmesinden önce açılmıştır; edimin yerine getirilmesinden sonra dava açıldığı açıklaması, olay için doğru değildir, tamamıyla yanlıştır.**

⁹⁶ "Taraflar arasındaki ihtilaf; inşaat ruhsatı ve iskan belgesi alındıktan sonra usulüne uygun biçimde teslim gerçekleşmesine rağmen binanın inşaat ruhsatı ve iskan ruhsatının iptal edilmiş olmasına bağlı olarak imar planlarının iptal edilmesi nedeniyle davalı yüklenicinin ve bağlı kredi veren bankanın sorumlu olup olmadığı konusundadır" (Ankara 7. Tüketici Mahkemesinin 2015/516 Karar, 2014/59 Esas sayılı Kararı s. 5/7).

Diğer yandan, yukarıda açıklandığı üzere, imar planlarının ve buna bağlı inşaat ruhsatının iptali kararıyla, konutun yer aldığı site, başlangıçtan itibaren imara aykırı, yani kaçak inşaat haline gelmiştir. Diğer bir söylemle, **alıcıya, sözleşmeden önce kaçak ana yapıdan konut satılmıştır. Yargıç, idari iptal kararıyla, yapı kullanma izninin iptali ile yıkım kararının hüküm ve sonuçlarını incelemeye, göz önüne almadığı veya almaktan kaçındığı içindir ki, satıcının herhangi bir biçimde sözleşmeye uygun ifade bulunmadığını tespit edememiştir veya etmek istememiştir.**

Görüldüğü üzere, **mahkeme, bizzat kararından anlaşılacağı üzere, yukarıda belirtilen çekişmeli olgulara yer vermemiş, dolayısıyla, bu olgularla ilgili değerlendirme yapmamış, karar vermemiş ve bu olgular yerine bir başka nedenle davayı reddetmiştir.**

Her şeyden önce, **anılan mahkemenin davayı reddi kararında, satıcının gizli esaslı ayıplı konut satışından ortaya çıkan zararı, kusursuz sorumlu olan davalılara değil de, davacı alıcıya yükletmesinin nedenini, gerekçesiyle açıklaması gerekir.** Ancak, bu gerekçeyle, 4077 sayılı Kanunun tüketicinin korunması amacına aykırı karardaki, tüketici alıcının herhangi bir kusurunun olmadığı, ayıplı konut satışından doğan zararının, satıcıya yükletilmemesinin nedenini öğrenebilmek, kararın hukuka uygun bulunup bulunmadığını denetleyebilmek mümkün olabilecektir. Buna karşın, anılan mahkeme, red kararında, salt incelememek, değerlendirmemek ve bundan kaçınmak için, asıl çekişmeli olgular yerine başka olguları göstermiş, dolayısıyla, asıl çekişmeli olguları kararında ele almamış ve tartışmamıştır.

Mahkeme, kararında,

(a) **Konuttaki esaslı gizli ayıp nedeniyle davalıların kusursuz sorumluluklarını, satıcının hileli davranışının ek kusur oluşturmasını, kurtuluş kanıtı getirememesi ve illiyet bağının kesilmesinin mümkün olmasını,**

(b) **Satıcının müdahil ve davacı olarak idari davaların sonuçlarıyla bağlı olmasını,**

(c) **Kesinleşen idari yargı kararlarıyla idari işlemlerin yapıldıkları andan itibaren İmar Kanunu ve kurallarına aykırılığının kesin hüküm oluşturmasını,**

(d) **Kesin hüküm oluşturan idari yargı kararlarının mahkemeyi bağlamasını,**

(e) **Davalıların dayanışmalı sorumluluklarının, sözleşmeden değil, 4077 sayılı Kanundan doğduğunu konularını incelememiştir.**

Mahkeme, görülen davadaki çekişmeli olguları ve bu olgularla ilgili tarafların gösterdikleri delilleri incelemek, takdir etmek, karara esas almak ve vicdani kanaatine göre ve gerekçesini de göstererek, karara bağlamakla görevlidir. Olayda, mahkeme, bu görevini yerine getirmemiştir.

B) Gizli ayıplı satışı, idari davaların hileyle gizlenmesini ve ayıplı maldan kusursuz sorumluluğu karara bağlanmayan kararın onanması

Yukarıdaki karardan onama hükmünün, bizzat karar metninden anlaşılacağı üzere, gerekçesiz olduğu anlaşılmaktadır. **Mahkeme kararında** yukarıda **belirtilen** (a), (b), (c), (d), (e)'deki **konularla ilgili** herhangi bir açıklama yapılmadığı, **gerekçe gösterilmediği için, anılan onama kararından da, bu konularla ilgili neyin, niçin, hangi gerekçeyle onandığı, yani davacı tüketicinin aleyhine çözümlenmesi gerektiği anlaşılamamaktadır.** Mahkeme kararına ve onama kararına bakarak, bu kararları inceleyerek, belirtilen beş konunun mahkemece niçin, hangi nedenle kabul edilmediğini, niye, hangi hukuki nedenlerle doğru ve geçerli olduğunun bilinebilmesi söz konusu değildir. Buna göre, bu onama kararı da, aynen mahkeme kararı gibi gerekçesizdir.

Gerçekten, **bir kararın gerekçeli olması, ancak, çekişmeli olgular ve bunlarla ilgili delillerin ele alınıp tartışılması, hangi delilin kabul edilip edilmediğinin gerekçesiyle gösterilmesi, delillerin talep sonucuyla bağlantılı değerlendirilmesi halinde mümkündür.** Bunun aksi durumunda o karar, Anayasal gerekçe unsurundan yoksundur. Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, kararında, “kararın dayandığı delillerle yasaya uygun gerektirici nedenlere ve özellikle delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre”, temyiz itirazlarının reddedildiğini belirtmiştir.

Onama hükmündeki bu soyut sözler, sadece karardaki, (a) ayıplı konuttan tüketici alıcının zararı doğduğunu, (b) bu zararın doğmasında satıcının sorumluluğunun bulunmadığı, (c) tüketici alıcının zararı için koşulları oluştuğunda dava dışı belediyelere karşı dava açması gereğine ilişkin olarak geçerli olabilir. Çünkü, **mahkeme, red kararında, salt bu konularla ilgili delilleri değerlendirmiş, bu konularla sınırlı karar vermiş, bunlara ait gerekçe göstermiştir.** Dolayısıyla, anılan onama hükmü de, sadece ve sadece, **bu konular ve bunlarla ilgili delillerin takdirinin uygun bulunmasıyla ilgilidir;** yukarıda kararda olmadığı için **ele alınmadığı belirtilen** (a), (b), (c), (d), (e)'deki **beş konuyla ilgili değildir.** Diğer bir söylemle, onama hükmü, yukarıda kararda olmadığı için, ele alınmadığı

belirtilen (a), (b), (c), (d), (e)'deki konuları ve bunlarla ilgili delilleri ve iddiaları kapsamaz.

Yüksek Dairenin görevi, mahkeme kararında, dava dilekçesinde belirtilen çekişmeli olguların incelenip incelenmediğini, bunlarla ilgili delillerin takdir edilip edilmediğini, bu takdirlerin hukuka ve olaya uygun olup olmadığını, bunlarla ilgili her bir temyiz itirazını ele alıp, inceleyerek denetlemek suretiyle, her bir temyiz itirazını gerekçeli karara bağlamaktır. Yüksek Daire, belirtilen usulle inceleme ve denetleme yapmama durumunda, temyiz itirazını denetleme görevini yerine, kanuna ve usule uygun yerine getirmemiş demektir. Çünkü, Yüksek Dairenin görevi, temyiz itirazlarını ele alıp incelemek, karara bağlamaktır, soyut sözlerle kararın doğruluğunu söylemek değildir. Yüksek Daire, olayda, kararda yer almayan konularla ilgili davacı tüketicinin temyiz itirazlarını değil, kararda yer alıp temyiz itirazlarında yer almayan konuları denetleyerek, anılan denetleme görevini savsamıştır.

C) Yargıtay'ın, yerel mahkeme kararının hukuka uygunluğunu denetlemek ve gerekçe göstermek suretiyle karara bağlamak görevini yapmaması

Yukarıda açıklanan denetim, mahkeme kararına ilişkin temyiz itirazlarının, geçerli olup olmadığının nedeninin, yani gerekçesinin gösterilmesiyle yapılır. Buna karşın, kararda olduğu gibi, (a)-(e)'deki konularda herhangi bir değerlendirmenin, yani gerekçenin olmadığı bir kararla onamayla, yerel mahkeme kararı hukuka uygunmuş denilemez. Çünkü, **gerekçeli karara doğru demekle, gerekçesiz bir karara doğru demek aynı nitelikte olamaz.**

Gerekçesiz mahkeme kararına doğru, hukuka uygun demekle, gerekçesiz karar, ne yazık ki gerekçeli olamamakta, gerekçesizliğe devam etmektedir. Aynı şekilde, **gerekçesiz karardaki hukuka aykırılıklar, gerekçesiz onama kararıyla, kendiliğinden hukuka uygun hale gelmemektedir. Bu durumda, karar şeklen doğru görünmekte, sonuçta davayla ilgili hukuka aykırılığı karşın, hukuken haksız taraf haklı çıkarılmış olmaktadır.** Buna göre, Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, olayda, denetleme görevini tam ve gereği gibi yerine getirmemiştir. Hukuki durum ve sonuç bundan ibarettir.

6. GİZLİ AYIPLI SATIŞINDAN DOĞAN TÜKETİCİ ZARARININ, KUSURSUZ SORUMLU YERİNE, TÜKETİCİYE YÜKLETİLMESİNİN ELEŞTİRİSİ

A) Mahkemenin, ayıplı maldan doğan zararlı sonuçlara, kanunen kusursuz sorumlu olan davalıları değil, tüketicinin katlanmasına karar vermesi

Yukarıda kusursuz sorumlu olan satıcının, belirtilen hilesi nedeniyle ağır kusurunun / ek kusurunun varlığının, (a) kurtuluş kanıtı getirmesine engel olduğu, (b) uygun nedensellik bağını kesen üç genel nedenin anılan bağı kesilmesini engellediği, gerekçesiyle açıklanmıştır. Gerçekten, **mahkeme, kararında, satıcının gizli ayıplı konut satışından doğan zararı, doğrudan doğruya davacı tüketici alıcıya yüklemiş, -salt davayı reddetmek için olsa gerektir ki, asıl çekişmeli konulara kararında yer vermemiş, bu olguları görmezden gelmiş, tartışmamış, dolayısıyla gerekçe göstermemiş- sonuçta ayıplı maldan kusursuz sorumlu satıcıyı sorumluluktan kurtarmıştır.** Açıkçası, mahkeme, somut olayda yukarıda belirtilen zararlı sonuçlara, 4077 sayılı Kanuna göre kusursuz sorumlu olan davalıların değil, davacı tüketicinin katlanmasına karar vermiştir.

Olayda açıklanan zararlı sonuçların ortaya çıkmasında, tüketici alıcının herhangi bir eylemi söz konusu değildir. **Belediyelerin, 4077 sayılı Kanun ve taraflar arasındaki sözleşmeyle herhangi bir ilgisi bulunmamaktadır.**

Davalılar satıcı ve banka, 4077 sayılı Kanun ve Sözleşmeye göre, davacı tüketiciye, ayıpsız, imara uygun konut teslimiyle yükümlü iken, belirtilen ayıplı konutu teslim etmiştir. **Mahkeme ise, ret kararıyla, uzmanı ve kuruluşu nedeni olan 4077 sayılı Kanunun hükümlerine ve konuluş amacına (ratio legis) aykırı olarak, gizli ayıplı konut tesliminin, yukarıda belirtilen zararlı sonuçlarından, kanunen kusursuz sorumlular davalılar olmasına karşın, bu sonuçlardan davalıları sorumlu tutmamıştır.**

Mahkeme, açıklanan zararlı sonuçlara katlanmayı hak etmeyen, satıcıya ve kredi veren bankaya güvenip ayıpsız konut almak ve böyle bir konutta ailesiyle birlikte mutlu ve huzurlu bir şekilde yaşamak isteyen davacı tüketiciyi, bu sonuçlara katlanmaya mahkum etmiştir. Böyle olunca,

mahkemenin ret kararı, 4077 sayılı Kanunun ilgili hükümlerine, konuluş amacına, yani adalet ve hakkaniyete açıktan aykırıdır ⁹⁷.

B) Ayıplı mal satışından doğan zarara, kanunen kusursuz sorumlu olan davalıların değil, tüketicinin katlanmasının hukuka aykırılığı

Şimdi, anılan kararlar onama kararının sonuçlarından hareketle, ayıplı mal satışından doğan zararın, kusursuz ve dayanışmalı sorumlu olan satıcı ve banka yerine, tüketici alıcının katlanmasının, adalete, hakkaniyete, özellikle 4077 sayılı Kanunun düzenleme amacına uygun olup olmayacağı denetlenecek ve açıklanacaktır.

⁹⁷ Bu bağlamda, anılan kararı veren sayın yargıcın, bizzat kitabındaki görüşüne ve verdiği örneğe tamamiyle aykırı şekilde, ayıplı maldan doğan zararlı sonuçlara, davacı tüketicinin katlanmasına karar vermesine de kısaca değinmekte yarar vardır. Yukarıda belirtildiği üzere, 4077 sayılı Kanunla, zayıf durumda olan tüketici, satıcı ve diğer sorumlulara karşı korunmuştur. Tüketicinin, satıcı ve bankaya karşı korunması, onların somut, kesin delille ispatlı, gizli esaslı hukuki ayıp nedeniyle uğradıkları, keşifle bilirkişilerin tespit ettikleri zararları tazmin etmelerine bağlıdır. Satıcı ve banka, bilgilendirme - aydınlatma hakkı kapsamında idari davaları tüketiciye bildirmeyerek, onun yukarıda açıklanan anılan yasal hakkını çiğnemişlerdir. Anılan kararı veren sayın **yazarın görüşüne göre, ‘sağlam, ayıpsız bir ayakkabı satışında, alıcının ayağının üst bölgesinde bir miktar kalınlığı gören satıcının, alıcıyı uyarılmamasında, tüketici yasal haklarını kullanabilecektir’ (KARA, İlhan: Tüketici Hukuku, 1. Baskı, Ağustos 2012, s. 54).**

Doğrusu bu görüş, ince, hukuk devletine yaraşır bir görüştür. Bu ince görüğe karşın, olayda, satıcı ve bankanın, ispatlı gizli esaslı hukuki ayıpla, mülkiyet hakkının kullanılması yönünden konunun değerini sıfırlamaları karşısında, kusursuz sorumlu olan davalıların korunması, davalıların sorumluluklarının ve tüm zararın davacı tüketiciye yükletilmesi, dürüstlük ilkesi kapsamındaki ‘şasırtıcı karar verme yasağına’ aykırıdır. Çünkü, “Ayıplı mal satışı halinde satıcının ayıbın varlığını bilmesi zorunlu değildir” (KARA, s. 367). Karardan, sayın yargıcın, yıkılacak konuttaki gizli esaslı hukuki ayıbı, maldan yararlanmayı etkilemeyen veya çok basit bir tamiratla giderilebilecek, örneğin, bir civatanın sıkıştırılması veya yerinden çıkan portatif parçanın basit bir şekilde tekrar yerine yerleştirilmesi gibi bir ayıp gibi (KARA, s. 357) görüp kabul ettiği anlaşılmaktadır.

Kaldı ki, sayın yazara göre de, satıcı tarafından satılan maldaki yükümlenilen nitelikteki eksiklik veya yokluk durumunda, ayıbın önemi yoktur, tüketici seçimlik haklarını kullanabilir: “Satıcı tarafından vaat edilen vasıfların eksikliği veya yokluğu halinde bu durum ayıp sayılır. Bu halde satıcının vaadine dayanarak satış işlemi gerçekleştirilmiş ise vaat edilen hususun maldan kullanmayı önemli ölçüde etkileyip etkilemediğine bakılmaksızın tüketici yasadaki kaynaklanan seçimlik haklarını kullanabilir. Tüketici Kanununda bu halde ayıbın önemli olup olmamasının herhangi bir önemi yoktur” (KARA, s. 358). Bu nedenle, anılan karar, bizzat anılan kararı veren sayın yargıcın tüketim hukukuyla ilgili görüşüne, özellikle verdiği ince hukuk örneğine tamamiyle aykırı ve haksız sonuçlar doğuran, hatalı bir karardır.

Mahkemenin kararında da belirtildiği üzere, tüketici alıcı, satıcının ayıpsız bir konut için istediği satım bedelini, davalı bankadan aldığı krediyle, tam olarak ödemiştir. Konutun bulunduğu siteyle ilgili imar planlarıyla diğer idari işlemin iptali ve sitenin yıkılması kararları ve sonuçlarıyla, yani **esaslı gizli ayıplı konut tesliminden doğan zarar, red kararı ve onama kararıyla, doğrudan doğruya tüketici alıcıya yükletilmiştir.**

Peki, her iki kararla, sözü edilen zararın, tüketici alıcıya yükletilmesi, doğru bir yaklaşım mıdır, adalete ve hakkaniyete uygun mudur? Öncelikle, ortaya çıkan zararda, tüketici alıcının söz konusu zararın oluşumuna katkı yapan eylemi ve kusuru var mıdır? Tek kelimeyle yoktur. Bu durum yukarıda açıklanmıştır. Gerçekten, tüketici alıcının, imar planlarıyla, inşaat ruhsatıyla, yapı kullanma izninin alınmasıyla, herhangi bir ilişkisi bulunmadığından, bunlarla ilgili bir işlemi, işleme katılması veya eylemi de söz konusu değildir.

Peki, tüketici alıcı - satıcı ve banka arasındaki kredili konut satımı ilişkisinde, ayıpsız konut teslimi ana edimi, hangi tarafın yerine getirmesi gereken bir edimdir? Bu ana edim, satıcı ve bankanın kanundan doğan ve sözleşmeyle yükümlendikleri ana edimdir; onlar tarafından ifa edilecektir. Tüketici alıcı ana ödeme edimini tam ve gereği gibi yerine getirdiğine göre, karşı ana edimi yerine getirme yükümü, satıcı ile bankaya aittir. Satıcı ile bankanın, tüketici alıcıya karşı sözleşme ana edimlerini, tam ve gereği gibi yerine getirmedikleri, konuttaki gizli esaslı hukuki ayıbın varlığı ve bilirkişi incelemesiyle tespitiyle ispatlıdır.

Her iki kararın sonucuna göre, tüketici alıcı, hem ayıpsız bir konutun bedelini, tam, eksiksiz ödemiştir, hem de hiçbir katkısının, hele hiçbir kusurunun olmadığı, bir gizli esaslı hukuki ayıptan doğan zararı yüklenmiştir. Buna karşın, her iki kararın sonucuna göre, satıcı ve banka, hem belirtilen ana edimlerini yerine getirmemişler, hem karşı edim bedeli tam alıp, malvarlıklarına katmışlardır.

Görüldüğü üzere, anılan her iki kararın denetlenmesiyle ortaya çıkan **ilk sonuç, satıcı ve bankanın, hem ana edimlerini yerine getirmemelerine, hem sözleşme bedelini tam almalarına karşın, gizli esaslı ayıplı konut teslimlerinden doğan zararlar hiç muhatap olmamaları, tüm zararın, ana edimini tam yerine getiren ve ayıpla ilgisi bulunmayan tüketici alıcıya yükletilmesidir.**

İşte, anılan mahkeme kararıyla, Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin onama kararıyla ortaya çıkan ilk sonuç budur:

Bu sonuca göre, 4077 sayılı Kanun, ayıptan doğan zararlar herhangi bir ilgisi bulunmayan ve ana edimini tam yerine getiren tüketici alıcıyı değil, kanunen kusursuz sorumlu olan satıcı ve bankayı korumak için düzenlenmiştir. Çünkü, tüketici hukukuyla korunması gereken, tüketici değil, kanunen kusursuz sorumlu olanlardır.

Doğaldır ki, bir hukuk devleti olan Türkiye Cumhuriyetinde, bu şekilde, anılan mahkeme kararı ve Türk hukuk düzenini işletmekle görevli Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin onama kararıyla, 4077 sayılı Kanunun konuluş amacını ve tüketici hukukunun tüketiciyi koruyan hukuk olmasının ters yüz edilmesi mümkün değildir. Bunun zorunlu sonucu olarak, her iki karar, (a) açık ve ağır biçimde hukuka aykırıdır, (b) aynı şekilde adalete ve hakkaniyete aykırıdır, (c) anılan kararlar tüketici alıcının mülkiyet hakkı ağır ve açık biçimde çiğnenmiştir.

Anılan kararların diğer bir sonucu da, belirtilen şekilde ortaya çıkan zarara, kusursuz sorumlu bulunan, ayrıca hileli davranışlarla, yani ek kusurlarıyla tüketici alıcının zararına neden olan satıcı ve bankanın değil, herhangi bir kusuru olmayan, ana edimi satım bedelini tam ödeyen tüketici alıcının katlanmasıdır. Her iki karar gereğince, anılan zararın muhatabı doğrudan tüketici alıcı olacaktır, zararın tamamı ona yükletilecektir. **Bu ikinci sonuca göre, 4077 sayılı Kanunun 4. madde hükmündeki kusursuz sorumluluk, davalılar satıcı ve banka için değil de, sanki tüketici alıcı için getirilmiştir. Çünkü, davalıların kanunen kusursuz sorumlu oldukları zarardan, onlar değil, davacı tüketici alıcı sorumlu olmaktadır.**

Sonuç olarak, anılan karar ve Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin onama kararıyla, tüketici hukuku ile 4077 sayılı Kanunun konuluş amacı, 4. madde hükmündeki, kusursuz sorumluluk, dolayısıyla, adalet ve hakkaniyet, ters yüz edilmiştir. Ana edimini tam yerine getiren, anılan zararlar ilgisi bulunmayan, 4077 sayılı Kanunla korunması gereken tüketici alıcı, her iki kararlar, ortaya çıkan zarara katlanmak zorunda bırakılmıştır, açık ifadeyle, zararı meydana getiren kişi olarak zarardan sorumlu tutulmuştur.

Açıkçası, her iki kararlar, zararın sorumluları haksız korunmuş, zarar gören tüketici alıcı ağır biçimde cezalandırılmıştır. Böyle bir sonuç, tüketici hukukunu yok saymaktır. Her iki kararlar da, tüketici hukuku yok sayılmıştır.

C) İdarenin hizmet kusurunun, satıcı ve bankayı, 4077 sayılı Kanun ve Sözleşmeden doğan ayıpsız konut teslimi yükümünden kurtarmaması

Satıcı ile belediyenin ilişkisi ile, tüketici alıcı ile satıcı ve bankanın ilişkisi farklı niteliktedir, farklı kanunlardan doğmaktadır. Tarafların ilişkisinin yasal dayanağı, 4077 sayılı Kanun'un 4. madde hükmüdür, yani kanundan doğmaktadır.

Görüldüğü üzere, satıcı ve banka, tüketici alıcının seçimlik hakkına konu haktan ve sonuçlarından tamamıyla ve aynı koşullarla dayanışmalı (müteselsilen) sorumludurlar⁹⁸. 4077 sayılı kanunun değişik 4/III maddesine⁹⁹ göre, **bankanın satıcıyla birlikte müteselsil sorumluluğu, kullandığı kredi miktarı ile sınırlıdır**. Yargıtay'ın da bu görüşte olduğu yukarıda açıklanmıştır.

Tüketici alıcı ile belediyeler arasında, herhangi bir biçimde, doğrudan veya dolaysız veya kanundan veya sözleşmeden kaynaklanan bir ilişki bulunmamaktadır. Buna göre, belediyeler, tüketici alıcının yasal / hukuki muhatapları değildir. Tüketici alıcının, yasal ve hukuki muhatapları, satıcı ve bankadır.

Mahkeme, görevli olduğunu kabul ettiği davayı, imar planlarını belediyelerin kanuna ve mevzuata aykırı oluşturdukları gerekçesiyle reddetmiştir. Öncelikle, mahkeme, imar planlarıyla inşaat ruhsatının ve yapı kullanma izni belgesinin iptali davalarının, kesinleşen idari yargı kararlarıyla bağlılığına aykırı karar vermiştir. Satıcı, ilk idari davaya, belediyeler yanında müdahil olarak katılmıştır, diğer idari davaları belediyelere karşı açmıştır ve bu davalara ait kararların sonuçlarıyla bağlıdır.

⁹⁸ Konu “ile ilgili olarak Serozan şu bilgileri vermektedir: “Görülüyor ki yeni yasa ayıptan ötürü sorumlulukta alıcı yararına kurduğu teselsül zincirine finanse edilmiş satımda bir halka daha katmıştır: Satımı tüketici kredisiyle finanse eden banka da bayiinin, acentenin, ithalatçının ve yapımcının yanı sıra ayıptan ötürü sorumlu tutulacaktır” (SEROZAN'dan aktaran, YAVUZ, s. 667).

⁹⁹ 4077 sayılı Kanunun değişik 4/III Maddesi: “İmalatçı - üretici, satıcı, bayi, acente, ithalatçı ve 10 uncu maddenin beşinci fıkrasına veya 10/b maddesinin dokuzuncu fıkrasına göre kredi veren ayıplı maldan ve tüketicinin bu maddede yer alan seçimlik haklarından dolayı müteselsilen sorumludur. ... Ayıplı malın neden olduğu zararlardan dolayı birden fazla kimse sorumlu olduğu takdirde bunlar müteselsilen sorumludurlar. Satılan malın ayıplı olduğunun bilinmemesi bu sorumluluğu ortadan kaldırmaz”.

SONUÇ

Tüketici hukukuyla tüketicinin korunması amaçlandığına ve ilgili yasa bu amaçla çıkarıldığına göre, olağan olarak, yukarıda açıklanan şekilde konutun bulunduğu siteye ait imar planlarıyla inşaat ruhsatının iptali ve izleyen idari işlemlere bağlı olarak, gizli ayıplı konut satışından doğan zararın, kanunen sorumlu olan satıcı ve sorumluluk sınırı içinde bankaya yükletilmesi gerekir. Buna göre, **mahkeme ve Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, olayda, tam bedel alıp, yıkılması gereken bir konutu satan ve kanunen ayıplı maldan doğan zarardan kusursuz sorumlu olan satıcı ve bankayı korumamalıdır.**

Aksine, mahkeme ve Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 4077 sayılı Kanunun 4. maddesine göre ve kanunun konuluş amacına uygun olarak, olayda herhangi bir kusuru olmayan, bedeli tam ödeyen tüketici alıcıyı korumalı, ayıplı konuttan doğan zararı satıcı ve bankaya yüklemelidir. Bunun içindir ki, **tüketici alıcı, satıcının hileli davranışlarla gizli ayıplı konut satışından doğan zararının tazmini için, herhangi bir ilişkisinin söz konusu olmadığı, dava dışı belediyelere karşı dava açmak zorunda bırakılmamalıdır.**

Gerçekten, davacı alıcı, yukarıda Giriş'te belirtilen Ekspertiz Raporuyla tespit edildiği üzere, konuttan zararlarının yanı sıra, konuttaki ayıp nedeniyle, ipotek karşılığı kredi alma veya bir sözleşmenin teminatı olarak kullanma gibi, mülkiyete bağlı haklarını da kullanamayacaktır. Bunun içindir ki, **satıcı, kusursuz sorumlusu ve ek kusurlu olduğu ve tüketici alıcının gizli esaslı ayıplı konut satışından doğan zararlarını tam tazmin etmeli ve ona ilgili belediyelere dava açma hakkının bulunduğu açıklanmalıdır.**

Açıkçası, açıklanan zararı satıcı ve banka tazmin etmeli, isterlerse belediyelere dava açmalı, anılan zarara tüketici alıcı katlanmamalı, belediyelere dava açmak külfeti de ona yüklenmemelidir. Olayda, 4077 sayılı Kanunun doğru uygulanması, adaletin ve hakkaniyetin tam sağlanması, ancak, bu şekilde sağlanabilir.

Yargıtay'ın ayıplı mal satışından doğan zararı tüketiciye yüklemesi, tüketici hukukunun temelinde dinamit konulmasıdır.