

**ALMAN TEMYİZ MAHKEMESİ'NİN 28 ŞUBAT 2007 GÜN
ve 154/06
SAYILI KARARI***

The Decision of German Federal Court of Justice dated 28 February
2007 No. 154/06

Çev. Cenk AKİL**

Özet:

AMUK m. 520, III Nr. 2

Her biri tek başına davanın reddini gerektiren iki bağımsız sebebe dayandırılan ret kararına karşı gidilen istinaf başvurusu için yapılan gerekçelendirmede, ileri sürülen gerekçelerden birinin haklı görülmesi durumunda diğer ret sebebi hükümden düşmekteyse, istinafın gerekçelendirilmesi için aranan hukuki hatanın ve onun verilen karar bakımından öneminin gösterilmesine yönelik kanuni gereklilik yerine getirilmiş sayılır.

İstinaf davacısının bu konuda herhangi bir hukuki açıklama yapmamış olması halinde dahi istinaf mahkemesi, ilk derece mahkemesinin gerekçelerinden birine yönelik itirazın mesmuiyetinin (dinlenebilirliğinin) incelenmesinde, bunun diğer (ret) gerekçesine etkilerini kendiliğinden dikkate almak zorundadır.

* Karar için bkz. <http://www.bundesgerichtshof.de>.

** Dr., (akilcenk@hotmail.com).

Hâkim Prof. Dr. Krüger başkanlığında 28 Şubat 2007'de toplanan ve hâkim Dr. Lemke, Dr. Schmidt-Räntsch, Dr. Stresemann ile Dr. Czub'den oluşan Temyiz Mahkemesi 5. Hukuk Dairesi tarafından şu karar verilmiştir:

Nihai itiraz üzerine Rostock Yüksek Eyalet Mahkemesi 7. Hukuk Dairesi'nin 28 Ağustos 2006 tarihli kararı iptal edilmiştir. Dava yeniden yargılama yapılması ve nihai itiraz yargılamasının masrafları hakkında da karar verilmesi için Yüksek Eyalet Mahkemesi'ne geri gönderilmiştir.

Nihai itiraz yargılaması bakımından uyuşmazlık değeri 4.136.70 Avro'dur.

Gereke:

Noter tarafından düzenlenen 25 Mayıs 2004 tarihli sözleşme gereğince davacı, davalıdan, tekeffülsüz (garantisiz) olarak, P. Yöresinde, üzerinde mesken inşa edilmiş bir taşınmaz satın almıştır. Meskenin artıklarının boşaltılması için küçük bir filtraj tesisatı kullanılmaktadır. Bu tesisatın inşası, gerçi izinliydi fakat Su İşleri Kurumu tarafından kabul edilmemişti. Bahsi geçen kurum, taşınmazın alıcı tarafından iktisabından sonra idari bir karar almış ve filtraj tesisatını yeniden inşasını davacıya yüklemiştir. Davacı, kurumun bu kararının gereğini yerine getirmiştir.

Davacı, daha sonra açtığı dava ile davalıdan bu şekilde oluşan masrafların tazminini talep etmiştir. Asliye hukuk mahkemesi davayı reddetmiştir. Karara karşı yapılan istinaf başvurusu ise Yüksek Eyalet Mahkemesi tarafından mesmu olmadığı gerekçesiyle reddedilmiştir. Davacı yapmış olduğu nihai itiraz başvurusu ile Yüksek Eyalet Mahkemesi'nin kararının iptalini ve istinaf başvurusu ile de talebi doğrultusunda karar verilmesini istemiştir.

İstinaf mahkemesi yaptığı inceleme sonucunda istinaf başvurusunun kanunun aradığı biçimde gerekçelendirilmediği sonucuna varmıştır.

Davayı reddeden Asliye Hukuk Mahkemesi, kararını her biri tek başına davanın reddini haklı kılan iki gerekçeye dayandığından istinaf davacısı, her iki gerekçeye yönelik itirazlarını da temellendirmeliydi. Bu, yapılmamıştır. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin kararı, davacının davalıya tadilat için imkân tanınmamış olmasına ve bundan dolayı tazminat istenemeyeceğine dayandırılmıştır. İstinaf davacısı ise Asliye Hukuk

Mahkemesi'nin sadece davalının hilesinin tespit edilmediğine yönelik gerekçesine itiraz etmiş; buna karşılık, Asliye Hukuk Mahkemesi'nin tadilata yönelik talebin bulunmamasından dolayı vermiş olduğu ret kararının hangi nedenlerle hatalı (isabetsiz) sayılması gerektiğini ortaya koymamıştır.

Kanun yolu başvurusu haklıdır.

İstinaf mahkemesinin kararına karşı gidilen nihai itiraz AMUK m. 522, I c. 4 uyarınca caiz ve mesmudur. İstinaf başvurusunu mesmu olmadığı gerekçesiyle reddeden karara karşı yapılan nihai itiraz başvurusu, sadece AMUK m. 574, II'de sayılan kabul koşullarından birinin mevcudiyeti durumunda mesmudur (*BGHZ 155, 21, 22*).

Hukuk birliğinin sağlanması için nihai itiraz başvurusunu inceleyecek mahkemenin kararına ihtiyaç duyulmaktaysa nihai itiraz başvurusunun mesmu olduğu sonucuna varılır. İtiraz edilen karar, bireylerin yargıya olan güvenine zarar verme tehlikesi taşıyorsa böyle bir mesmuyetin gerçekleştiği kabul edilir (*Senat, BGHZ 154, 288, 295; Beschl. v. 7. Okt. 2004, V ZR 328/03, NJW 2005, 153*). Önderece mahkemesi tarafından verilmiş kararlar ile maddi hukuk veya yargılama hukuku hükümlerinin yorumlanması ya da uygulanması temel, anayasa tarafından güvence altına alınmış adaleti temin gerekliliklerinin ihlal edildiği ve kararların bundan dolayı anayasa gereği düzeltilmeye muhtaç olduğu haller bu durumlara örnek verilebilir (*Senat, BGHZ 154, 288, 295; Beschl. v. 7. Oktober 2004, V ZR 328/03, NJW 2005, 153*).

Kanun yoluna başvurunun caizlik koşullarını düzenleyen hükümler, kanun yoluna başvuruyu, esasa ilişkin sebeplerden dolayı haklı görülemeyecek biçimde güçleştiren ve usulî bir hükmün uygulanması suretiyle maddi hukukun icra edilmesine yönelik talebi tahammül edilemez biçimde kısıtlayacak tarzda hatalı biçimde yorumlanmışsa, nihai itiraz yoluna başvurmak suretiyle düzeltilmesi gereken usulî bir hatanın varlığından bahsedilir (*BVerfGE 84, 366, 369; Beschl. v. 25. Juli 2005, I BvR 2419/03 und BvR 2420/03, zitiert nach juris*). Usulî hükümlerin bu şekilde icrası (uygulanması) hukuk devleti ilkesi ile Anayasa'nın 2. maddesinin ikinci fıkrasından çıkarılan adaleti temin talebi hakkını ihlal eder.

Olayda böylesi bir usulî hata mevcuttur. İstinaf mahkemesi, istinaf davacısının, ilk derece mahkemesinin işlediği hukuki hatayı ve onun iptali

istenen hüküm bakımından önemini ortaya koyan durumları gösterme yükümlülüğüne ilişkin AMUK m. 520, III c.2 Nr.3 hükmünü yorumlarken abartıya kaçmıştır.

Fakat istinaf mahkemesi -tıpkı nihai itiraz yoluna başvuranın ortaya koymuş olduğu gibi-normun yorumlanmasında hukuken isabetli bir çıkış noktasından hareket etmiştir. İlk derece mahkemesi -burada olduğu gibi- tek başına davanın reddini gerektirecek, birbirinden bağımsız gerekçelere dayandırmışsa davacı, istinaf başvurusunu gerekçelendirirken hükmü tüm bu noktalarda çürütmek ve her bir gerekçenin neden doğru olmadığını ortaya koymak zorundadır. Aksi takdirde onun kanun yolu başvurusu mesmu değildir (*BGHZ 143, 169, 171; BGH, Beschl. v. 10. Januar 1996, IV ZB 29/95, NJW-RR 1996, 572; Urt. v. 18. Juni 1998, IX ZR 389/97, NJW 1998, 3126*). İstinafi yeniden düzenleyen 27 Haziran 2001 tarihli Reform Kanunu (BGBl. S. 1887) ile bu şartlarla ilgili olarak herhangi bir değişikliğe gidilmemiştir (*BGH, Beschl. v. 14. März 2005, II ZB 31/03, NJW-RR 2005, 793; Beschl. v. 18. Oktober 2005, VI ZB 81/04, NJW-RR 2006, 285*).

Bununla beraber, AMUK m. 520, II c. 2 Nr. 3 hükmü, istinaf davacısının ne kanun yolu başvurusunu gerekçelendirirken ilk derece mahkemesinin hükmünde onun açısından dezavantajlı tüm hususlara karşı cephe almasını gerektirmekte (*BGH, Urt. v. 5. Okt. 1983, VIII ZR 224/82, NJW 1984, 177, 178; Urt. v. 8. April 1991, II ZR 35/90, NJW-RR 1991, 1186, 1187*), ne de itirazların ilk derece mahkemesinin gerekçesine göre içerik olarak birbirinden ayrılmasını emretmektedir (*BGH, Urt. v. 13. November 2001, VI ZR 414/00, NJW 2002, 682, 683*). Her biri tek başına davanın reddini gerektiren iki bağımsız sebebe dayandırılan ret kararına karşı gidilen istinaf başvurusu için yapılan gerekçelendirmede, ileri sürülen gerekçelerden birinin haklı görülmesi durumunda diğer ret sebebi hükümden düşmekteyse, istinafın gerekçelendirilmesi için aranan hukuki hatanın ve onun verilen karar bakımından öneminin gösterilmesine yönelik kanuni gereklilik yerine getirilmiş sayılır.

Olayda da durum böyledir. Nihai itiraz başvurusunda haklı olarak, davalının hile yaptığı iddiasını reddeden Asliye Hukuk Mahkemesi kararına karşı yapılan istinaf başvurusunun usulüne uygun bir gerekçelendirme bakımından yeterli olduğu ileri sürülmüştür. Çünkü kusurun hileli olarak gizlenmesinin davalıya yükleneceği hallerde, davalıya kusurun ortadan

kaldırılması için mehil vermek mecburiyetinde olmaksızın da tazminat talep edebilir.

Gerçi alıcının, kusurlu olarak yapılan ifadan dolayı AMK m. 437 Nr. 3, 280, I, 3 uyarınca talep edilen tazminattan farklı olarak, alıcının tazminat talebinin kabulü için AMK m. 439, I uyarınca alıcının, satıcıya sonradan ifa için verdiği mehilin sonuçsuz kalması şarttır (*BGHZ 162, 219, 221; BGH, Urt. v. 22. Juni 2005, VIII ZR 1/05, MDR 2006, 141, 142; Urt. v. 7. Dezember 2005, VIII ZR 126/05, NJW 2006, 988, 989*). Alıcı bunu yerine getirmezse, ona ayıpların bizzat giderilmesinden doğan masrafların karşılanması için satıcıya karşı yöneltebileceği bir hak tanınmamıştır (*BHH, aaO*).

Bu sonuç hilenin satıcıya yüklendiği hallerde geçerli değildir. Bir satım sözleşmesi kurulurken satıcı, alıcıya aldatici nitelikte bir davranışta bulunmuşsa o, bununla sonradan ifa için gerekli güven temelini ihlal etmiş olur. Böyle bir durumda alıcı, olası yeni bir hile teşebbüsünden korunmak için satıcıyla iş yapmaya devam etmekten kaçınma konusunda haklı bir menfaate sahiptir (*Senat, Beschl. v. 14. Dezember 2006, V ZR 249/06, zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt*).

Senato'nun anılan bu kararı, istinaf başvurusunun mesmu olmadığı gerekçesiyle reddinden sonra verilmiştir. Bununla birlikte Senato, hâlihazırda literatürde tamamıyla hâkim durumda bulunan (*karş. AnwKomm-BGB/Dauner-Lieb, § 281 Rdn. 42 und § 323 Rdn.28; AnwKommBGB/Büdenbender § 440 Rdn. 18; AnwKomm-BGB/Raab § 636 Rdn. 23; Bamberger/Roth/Faust, BGB, § 440 Rdn.37; MünchKomm-BGB/Westermann, 4.Aufl., § 440 Rdn. 8; Erman/Grunewald, BGB, 11.Aufl., § 440 Rdn. 3; Lorenz/Riehm, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, Rdn. 521; KK-Schuldrecht/Tonner/Schmidt, BGB, § 440 Rdn. 8; Staundiger/Matusche-Beckmann, BGB (2004), § 440 Rdn.8; Schur, ZGS 2002, 243, 248; farklı görüşte: Lorenz, NJW 2004, 26 f; ders., NJW 2006, 1925, 1927; MünchKomm-BGB/Ernst, § 281 Rdn.60 und § 323 Rdn.130*) ve tümüyle olmasa da aynı zamanda pek çok derece mahkemesi tarafından da benimsenen hukuki görüşe katılmıştır. (*LG Köln, Urt. v. 30. August 2005, 5 O 479/04, Rdn. 25, zitiert nach juris; LG Bonn, NJW 2004, 74, 75; differenziert: OLG Celle, OLGR 2005, 185, 186; a. A. LG Berlin, Urteil vom 1. Februar 2005, 5 O 176/04, Rdn. 161, zitiert nach juris*).

Tartışmalı hukuki mesele henüz Temyiz Mahkemesince karara bağlanmamışsa mahkemeler, genel satın alma hakkına ilişkin literatürdeki hâkim görüşü ve derece mahkemelerinin yayınlanmış kararlarını dikkate almak zorundadırlar. Bundan dolayı istinaf mahkemesi, eğer ilk derece mahkemesinin gerekçelerinden birine yöneltilmiş bulunan itiraz diğer gerekçeyi de hükümden düşürebilecek etkiye sahip ise, istinaf davacısı, gerekçelendirme dilekçesinde bu konu hakkında hukuki açıklamada bulunmasa dahi bunu re'sen dikkate almak zorundadır. Literatürde hâkim bulunan görüşe göre kanun yolu davacısı yapmış olduğu hukuki açıklamalarla itiraz edilen hükmün iki gerekçesinin doğruluğu da şüpheli hale getirilmiş bulunuyorsa bununla usulüne uygun bir gerekçelendirmenin şartları karşılanmış sayılır.

Anlatılan gerekçelerle istinaf mahkemesinin, davacının istinaf başvurusunu mesmu olmadığı gerekçesiyle reddeden kararı kaldırıldı ve dava, kanun yolu başvurusu hakkında karar verilmesi için istinaf mahkemesine geri gönderildi.