

ALMAN, İSVİÇRE VE AVUSTURYA MEDENÎ YARGILAMA HUKUKUNDA ARA KARARA KARŞI KANUN YOLLARI

Tuna ACAR*

ÖZ

Demokrasi ve hukuk devleti kavramları, kendilerini özellikle uygulamada “hak arama” özgürlüğü çerçevesinde gösterir. Bu husus, yargılama hukukunda, mahkemeye intikal etmiş hukukî uyuşmazlığın başlangıç ve bitiş noktasını belirlemeyi zorunlu kılmaktadır. Ara kararın sınırlarını oluşturmak, nihai kararın sınırlarını oluşturmak kadar kolay olmamaktadır. Ara kararın sınırı ve niteliği, özellikle kanun yoluna başvuruda kendini göstermektedir. Mevza kanun koyucu, ara karara karşı kanun yolunda, makul sürede yargılamanın bitirilmesi, usul ekonomisi ilkesi ve hak arama özgürlüğü dengesini bulmaya çalışmaktadır. Bu çalışmada; Alman, İsviçre ve Avusturya hukuk sisteminde ara karar kavramının tanımı ve ara karara karşı kanun yolları inceleme konusu yapılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Karar, ara karar, yargılama, kanun yolu, usul ekonomisi, Alman hukuku, İsviçre hukuku, Avusturya hukuku, medenî yargılama hukuku.

* Av. Dr., E-Mail: tunaacar@gmail.com, ORCID ID: 0000-0001-5703-1252.
Makalenin Gönderim Tarihi : 29.11.2021.
Makalenin Kabul Tarihi : 20.04.2022.

LEGAL REMEDIES AGAINST INTERLOCUTORY JUDGEMENT IN GERMAN, SWISS AND AUSTRIAN CIVIL PROCEDURE LAW

ABSTRACT

The concepts of democracy and the rule of law manifest themselves especially within the framework of the freedom to seek rights. This issue makes it necessary to determine the starting and ending point of the legal dispute that has been submitted to the court in the law of jurisdiction. Creating the boundaries of the interlocutory decision is not as easy as the final decision. The limit and nature of the interlocutory decision are especially important in the application to legal remedy. Legislator, on the way to the law against the interlocutory decision, tries to find the balance between the completion of the trial in a reasonable time, the principle of procedural economy and the freedom to seek justice. In this study, the definition of the concept of interlocutory decision and the possibility of legal remedies in the German, Swiss and Austrian legal systems are examined.

Keywords: Decision, interim decision, trial, legal action, legal remedy, procedural economy, German law, Swiss law, Austrian law, interlocutory judgement, civil procedure law.

I. GİRİŞ

Kararın niteliği, yargılamanın birçok hususunu etkilemektedir. Özellikle kararın niteliğininin yargılamaya yansması, kanun yoluna başvuruda ayrı bir önemi haizdir. Türk yargılama hukukunda olduğu gibi, kural olarak, mehzaz yargılama hukukunda da ara karara karşı kanun yolu kapalıdır. Mehzaz kanunlarda, ara karara ilişkin kanun yoluna başvuru imkânı istisnalar içermekte, mahkemelerin yargılamayı yürütmeye ilişkin kararları (duruşma tarihi, keşif tarihi ihdası gibi) dışında, ara kararları üst derece denetimine tabi kılmaktadır. Mezkûr husus, Türk yargılama hukukunda, ara karara karşı kanun yoluna müracaat hakkının katı uygulaması karşısında ayrıışmaktadır.

Çalışmada, Kara Avrupa hukukunun başlıca hukuk sistemlerinde; ara karar kavramı, çeşitleri ve buna ilişkin kanun yolu imkânları incelenecektir. Mehzaz hukuk sistemlerinin incelenmesi, Türk yargılama hukuku ve öğretisinde, katı bir şekilde kabul gören ara kararın kanun

yoluna kapalı olduğu görüşüne yönelik farklı bir bakış açısı oluşturmayı amaçlamaktadır.

II. ARA KARAR VE KANUN YOLU KAVRAMLARI

A. Ara Karar Kavramı

Türk medeni yargılama hukukunda, genel çerçevesi itibariyle ara karar¹; görülmekte olan bir davada, mahkemenin dosyadan elini çekinceye kadar ana uyuşmazlığı sonlandırmadan ve uyuşmazlığın çözümü için yargılamayı ilerletmek adına, usûle ilişkin, kural olarak dönebileceği², talep üzerine ya da kendiliğinden verebileceği kararlardır. Öğretide, ister eski tarihli eserlerde olsun isterse de güncel, ara karar tanımının çerçevesi bu sınırlar içerisinde kalmaktadır³.

¹ Ara kararı, “ara ihtilaf” olarak değerlendiren görüş için bkz. Ayşe Banu Şavata Tanverdi, “Medeni Usul Hukukunda Kazanılmış Haklar ve Özellikle Usuli Kazanılmış Haklar”, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi SBE), 2005, s.81; Saim Üstündağ, Medeni Yargılama Hukuku, 7. Bası, İstanbul: Nesil Matbaacılık, 2000, s.787.

² “... ara kararlarının yargılamaya son vermeyen, bilakis onu yürütmeye, ilerletmeye yarayan kararlardan olması, hâkimin ara kararı ile işten el çekmeyip, davaya devam etmesi, işten el çekmesine müncer olmayan bir ara kararı ile belli bir olayı halledip, bilahare bu ara kararında hukukî bir hata yaptığını anlarsa, bundan rücu ile yerine hukuka uygun olan yeni bir karar vermesi mümkün olduğundan davacı vekilinin bu yöne ilişkin istinaf talebi yerinde görülmemiştir.” Ankara BAM. 26. HD., T. 10.7.2020, E. 2018/2997, K. 2020/1029 (LEXPRA, Erişim Tarihi: 11.09.2021).

“Hâkimin, bir davada dosyadan elini çekinceye kadar yargılamanın yürütülmesi için vermiş olduğu kararlar ara kararlardır. Ara kararlarıyla, davayı ilerletmek ve nihaî kararın verilmesine hazır hale getirmek amaçlanmaktadır.” Samsun BAM. 6. HD., T. 21.11.2018, E. 2018/5062, K. 2018/4943 (LEXPRA, Erişim Tarihi: 11.09.2021).

³ Üstündağ, Yargılama, s.788; Ali Himmet Berki, “Nihai Karar Ne Demektir?,” Adalet Dergisi, 1945, Sayı.5, s.451; Burhan Gürdoğan, Medeni Usul Hukukunda Kesin Hüküm İtirazı, Ankara: Ayyıldız Matbaası, 1960, s.22; Necmeddin M. Berkin, Tatbikatçılara Medeni Usul Hukuku Rehberi, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1981, s.861; Ergun Önen, Medeni Yargılama Hukuku, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1979, s. 268;; Süha Tanrıver, Medeni Usul Hukuku, C. I, 4.

Alman medeni yargılama hukukunda ara kararlar (Zwischenurteil); yargılamaya ilişkin ara sorunların çözümüne (ZPO § 303), davanın usûl bakımından şartlarının sağlandığına (ZPO § 280) veya hakkın tartışmalı olan esasının olumlu şekilde tespitine (ZPO § 304) yöneliktir⁴. Mahkeme, vereceği ara karar ile dava konusu uyuşmazlığı, kural olarak, çözüme kavuşturamayacaktır⁵. Örneğin, davanın usûl bakımından şartları sağlamadığı için davanın reddi halinde yahut uyuşmazlık konusu hakkın sadece bir kısmının maddî şartları sağlamadığı

Bası, Ankara: Yetkin Yayınları, 2021, s.1114-1117; Nilüfer Boran Güneysu, Medeni Usul Hukukunda Karar, Ankara: Adalet Yayınevi, 2014, s.147 ve 160; Seda Özmumcu, Yargıtay Kararları Işığında Medeni Yargılama Hukukunda Ön Sorun, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019, s.21; Baki Kuru, Medeni Usul Hukuku El Kitabı, Cilt I, Ankara: Yetkin Yayınları, 2020, s.877; Abdurrahim Karslı, Medeni Muhakeme Hukuku, 5. Baskı, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2020, s.357-358; Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayvaz ve Emel Hanağası, Medeni Usul Hukuku, 7. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2021, s.504-505; İlhan E. Postacıoğlu ve Sümer Altay, Medeni Usul Hukuku Dersleri, 8. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2020, s.736; Murat Atalı, İbrahim Ermenek ve Ersin Erdoğan, Medeni Usul Hukuku, 4. Bası, Ankara: Yetkin Yayınları, 2021, s.278; Ali Cem Budak ve Varol Karaaslan, Medenî Usul Hukuku, 5. Baskı, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2021, s.325; Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay ve Muhammet Özekes, Medeni Usûl Hukuku Ders Kitabı, 9. Bası, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021, s.434; Yavuz Alangoya, M. Kâmil Yıldırım ve Nevhis Deren Yıldırım, Medenî Usul Hukuku Esasları, 8. Bası, İstanbul: Beta Basım Yayım, 2011, s.435; Timuçin Muşul, “Medeni Usul Hukukunda Ara Kararları”, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 4, 1988, s.218; Ahmet Cahit İyilikli, Hukuk Yargılamasında Kesin Hüküm, 2. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2020, s.151 ve s.686.

⁴ Öğretide, ara kararın kapsamı net değildir. Kimi Yazarlar, ZPO § 304 uyarınca verilen “Grundurteil”ı (esasa ilişkin ara karar), ara karardan ayrı tutmaktadır. Kanaatimize göre, nihâî karar olarak nitelendirilmeyen ve uyuşmazlığın esasını çözüme kavuşturmayan Grundurteil niteliğindeki kararlar, ara karar olarak kabul edilmelidir (Leo Rosenberg, Karl Heinz Schwab ve Peter Gottwald, Zivilprozessrecht, München 2018, § 59 Rn.1).

⁵ Thomas Rauscher ve Wolfgang Krüger, Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, 6. Auflage, München: C.H. Beck, § 303 ZPO Rn. 2.

durumda, mezkûr uyuşmazlıklar, ara karara konu edilemezler. Ara kararlar, nihaî karardan farklı olarak, uyuşmazlık konusunu sona erdirmez, onun yerine nihaî karara giden süreci hazırlar⁶. Öğretide ve yargı kararlarında, mahkemenin verdiği ara kararlar, nitelik itibari ile hem tespit kararına hem de tespit ara kararına benzetilmektedir⁷. Tespit davası, hukukî bir uyuşmazlığa bağlayıcı bir açıklık getirmek üzere açılan bir dava türüdür. Fakat, bu dava sonucunda verilen hüküm, hem icra kabiliyetinden⁸ hem de eda davalarındaki kesin hüküm etkisinden yoksundur⁹. Tespit davası, hukukî bir ilişkinin varlığını veya yokluğunu veyahut bir belgenin gerçekliğini ele alırken, ara karar, davanın usûl yönünden caiz olduğunu, yargılamaya ilişkin ara sorunları ve uyuşmazlık konusu hakkın esas ile miktarının tartışmalı olduğu hallerde hakkın esasının tespitini konu edinir¹⁰. Böylece ara karar, tespit kararından ayrılmaktadır. Ara tespit davası ise ZPO § 256/2 uyarınca, varlığı veya yokluğu, dava konusu uyuşmazlığın esasını etkileyecek bir hukukî ilişkinin yargılama sırasında ihtilaflı olması halinde, tarafların, bu hukukî ilişkinin tespiti talebiyle açtığı bir davadır¹¹. Bu durumda, görülmekte

⁶ Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 2018, § 59 Rn. 28.

⁷ Hanns Prütting ve Markus Gehrlein, Zivilprozessordnung Kommentar, Hrsg. v. Hanns Prütting, Markus Gehrlein, 12. Aufl., München: Luchterhand, 2020, § 303 ZPO Rn. 7; Hans-Friedrich Arnold, Das Grundurteil, Regensburg: Roderer, 1996, s.43; MüKoZPO/Musielak, 2020, § 303 Rn. 5 ve § 304 Rn. 6.

⁸ Bunun istinası, tespit davasının masraf sonucunun icra edilebilmesidir. Tespit kararı konusu hakkın icrası ise, bu durumda da söz konusu değildir (Georg Furtner, Das Urteil im Zivilprozeß, München: C.H. Beck, 1985, s.100 ve s.139).

⁹ Burada kastedilen, kararın etkisi bakımındandır. Eda kararlarından farklı olarak, tespit veya tespit ara kararlarında bir şeyi yapma (Tun) veya bir şeyden kaçınma (Unterlassen) gibi eda emirleri yer alamaz. Ayrıca, bir kimsenin hukukî durumunda, kendiliğinden bir değişim etkisi de doğuramaz (Musielak/Voit, Kommentar, ZPO § 256 Rn. 1; MüKoZPO/Becker-Eberhard, 2020, § 256 Rn. 1).

¹⁰ Christoph Keller, “Das Verfahren nach § 304 ZPO – Grund- und Schlussurteil”, Juristische Arbeitsblätter (JA), Heft 6, ss. 433-439, s.433; Furtner, Urteil, s.317.

¹¹ Friedrich Stein ve Martin Jonas, Kommentar zur Zivilprozessordnung (23. Aufl.), Tübingen: Mohr Siebeck, 2018, § 256 Rn. 104; Furtner, Urteil, s.141 vd.; MüKoZPO/Becker-Eberhard, 2020, § 256 Rn. 80 vd.; BeckOK ZPO/Bacher, 2021, ZPO § 256 Rn. 39.

olan bir dava gereklidir. Ayrıca, hukukî ilişkinin varlığı, esas dava konusu uyuşmazlığı esastan etkileyecek bir niteliğe sahip olmalıdır. Ara tespit davası sayesinde elde edilecek kesin hüküm, etkili tespit ara kararı ile sonraki davalarda, aynı hukukî ilişkinin incelenmesine gerek bırakmayacaktır¹². Tespit ara kararı, bu bakımdan, ara karardan farklılık arz etmektedir¹³.

İsviçre medeni yargılama hukukunda, ara karar müessesesi “Zwischenentscheid” terimi ile ifade edilmiştir. Her ne kadar kullanıldığı kanuna göre kapsamında farklılıklar görülse de ara kararlar, kural olarak, dava konusu uyuşmazlığı nihaî karar gibi sona erdirmemekte, yalnızca nihaî karara giden süreci hazırlamaktadır¹⁴. Kanun koyucu ZPO-CH

¹² Ara tespit davasına örnek olarak, istihkâk davasında bekleyci bir sorun teşkil edecek olan mülkiyetin varlığının tespiti gösterilebilir. Davacı taraf, maliki olduğu şeyin iadesini, davalı taraftan, BGB § 985’e dayanarak talep edebilecektir. Ara tespit davası sayesinde, davacı, eşyanın iadesinin yanında mülkiyetin kendisine ait olduğunun tespitini de ayrıca talep edebilecektir. Böylece, davanın lehine sonuçlanması sonucunda, elinde kesin hükme sahip iki karar bulunacaktır. Bunlardan ilki; mülkiyetin kendisine ait olduğunu tespit eden hüküm, ikincisi ise eşyanın geri verilmesini emreden eda hükmüdür. Davacının, ileride, eşyanın mülkiyetine ilişkin başka bir uyuşmazlık yaşaması halinde, elindeki ilk kesin hükmü ibraz edip mülkiyetin kime ait olduğunun tekrardan incelenmesini engellemesi ve böylece zaman kazanması mümkündür. Eğer ara tespit davası açmamış olsa idi mülkiyetin kendisine ait olup olmadığı, BGB § 985 kapsamında açılan eşyanın iadesi davasında yine incelenecek, fakat kesin hükme bağlı bir şekilde karara bağlanmayacak ve böylece, sonraki davalarda bu konunun tekrar bir incelemeye maruz kalması söz konusu olacaktır. Bunun sebebi de Alman medenî yargılama hukukunda, kesin hüküm etkisinin kısıtlı olmasından kaynaklanmaktadır (H. Özden Özkaya-Ferendeci, “Alman Medeni Usûl Hukukundaki Ara Tespit Davası ve Buna İlişkin Düşünceler”, MÜHF-HAD, Cilt 13, Sayı, 1-2, 2007, s.205 vd.; Stein/Jonas/Roth, Zivilprozessordnung, ZPO § 256 Rn. 104; BGH 5. 11. 2009- IX ZR 239/07, NJW 2010, 2210, 2211 vd).

¹³ Annette Jäger, Zwischenstreitverfahren nach den §§ 280, 303 ZPO, Aachen: Shaker, 2002, s.58-59.

¹⁴ Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. II, Hrsg.: Heinz Hausheer, Hans Peter Walter, 2012, Art. 237 ZPO-CH, N. 4; Paul Oberhammer, Schweizerische Zivilprozessordnung, Kurzkommentar, Basel, 2010, Art. 236 ZPO- CH, N 7; Dominik Gasser ve Brigitte Rickli,

reformunun gerekçesinde¹⁵, istisnaen de olsa tarafların hukukî taleplerinin sadece bir kısmının karara bağlanmasının gerekli olabileceğini ifade etmiş, bu sebeple nihaî kararlardan farklı olarak, ara karar kurumunu düzenlemiştir. Ayrıca, kanunun gerekçesinde, ara kararın ihdası ile yargılamanın kolaylaştırılması arasındaki bağlantıya özellikle vurgu yapmıştır¹⁶.

Avusturya medeni yargılama hukukunda, ara karar müessesesi Ö-ZPO § § 393¹⁷ ve 393a'da¹⁸ açıkça düzenlenmiş olup, ara karar, Alman

Schweizerische Zivilprozessordnung Kurzkomentar, Zürich 2010, Art. 237 N. 1; BGE 130 III 76, 79, 4P.74/2003, 18.9.2003, E. 3.1.2 ve 3.1.3.

¹⁵ Botschaft, 28.6.2006 zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, BBl 2006 7221–7412, 7343

<https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/staat/gesetzgebung/archiv/zivilprozessrecht.html> (Erişim Tarihi:04.09.2021).

¹⁶ Botschaft 2006, 7221, 7343

<https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/staat/gesetzgebung/archiv/zivilprozessrecht.html> (Erişim Tarihi:04.09.2021).

¹⁷ Ö-ZPO § 393:

(1) Hukukî bir uyuşmazlıkta, talep hakkının esasının ve miktarının tartışmalı olması ve duruşmanın öncelikle esası ilgilendiren kısım bakımından karar vermeye elverişli olması halinde, mahkeme, hakkın henüz miktar bakımından varlığı tartışmalı olsa dahi öncelikli olarak hakkın esasına dair (Urteil cinsinden) bir karar (ara karar) verebilecektir.

(2) Bundan ayrıca, tespit talebine dair duruşmanın karar vermeye elverişli olması halinde, uyuşmazlığa dair nihaî kararın öncesinde verilen ara karar ile md. 236 ve 259'da yer alan bir hukukî ilişkinin veya yetkinin var olup olmadığına ilişkin karar verilebilir.

(3) İlk iki fıkrada belirtilen türde verilen kararlar, kanun yolu bakımından nihaî karar gibi değerlendirilir. 1. fıkraya göre verilen bir ara karara karşı istinaf veya temyiz yollarına başvurulması durumunda, dava hakkındaki sonraki duruşmalar, ilgili ara kararın nihaî karar kazanmasına kadar ertelenir. Diğer bütün hallerde ise ara karara karşı istinaf veya temyiz kanun yollarına başvurulmuş olmasına bakılmaksızın esas meseleye dair duruşmalar devam eder. Ancak mahkeme, esas meseleye dair karar için önem taşıyan bir hukukî ilişki ya da yetkiyi gereksiz veya yersiz görmüş ise, ara karar kesinleşene kadar sonraki duruşmaların durdurulmasına karar verebilecektir. Bu karar ise kanun yolu ile bozulamaz.

(4) Masraflar bakımından, md. 52/4'teki düzenleme uygulama alanı bulacaktır.

¹⁸ Ö-ZPO § 393a:

medenî yargılama hukukundaki ara karar türleri ile benzerlik göstermektedir. Avusturya medeni yargılama hukukunda da mahkemenin vereceği ara karar, öğretide¹⁹, bir tespit kararı²⁰ olarak kabul edilirken,

Hukukî bir uyuşmazlıkta, talep edilen hak bakımından zamanaşımı def'inin ileri sürülmesi halinde, mahkeme, bu def'î hakkındaki kararını, ilgili hakkın bu sebeple reddedilmemesi gerekiyor ise, re'sen ya da talep üzerine (nihaî karardan) ayrı bir şekilde verebilir. Md. 393/3'ün birinci ve ikinci cümleleri, uygun bir şekilde uygulama alanı bulacaktır.

¹⁹ Rechberger/Klicka, in: Walter H. Rechberger ve Thomas Klicka, ZPO Zivilprozessordnung, 5. Auflage, Wien: Verlag Österreich, 2019, § 393 Rn. 2; 18.04.2002, 2 Ob 38/02f.

Öğretideki baskın görüşe göre, esasa ilişkin ara kararda, maddi anlamda kesin hüküm etkisinin de olması gerektiği savunulmaktadır. Aksi halde, usûl ekonomisine uymayan bir durum ortaya çıkmaktadır (Walter H. Rechberger ve Daphne-Ariane Simotta, Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts, Erkenntnisverfahren, Wien: Manz, 2017, Rn. 908; Deixler-Hübner, in: Hans W. Fasching ve Andreas Konency, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen, III/2, §§ 390-460 ZPO, Wien: Manz, 2018, § 393 Rn. 18; Rechberger/Klicka, in: Zivilprozessordnung, § 393 Rn. 8).

Ancak, maddi anlamda kesin hüküm etkisi bakımından, bir tespit kararı etkisinin olmadığı yönündeki görüş için bkz. Hans W. Fasching, "Das Zwischenurteil über den Grund des Anspruches (§ 393 Abs 1 ZPO)", ÖJZ, 1958, 264.

²⁰ "İlk derece mahkemesi, delilin içeriğine girmeden, dava talebini kabul etmiştir. Kaza seyri/gidişatı hakkında, yargılama öncesindeki ara karardaki tespiti kabul etmiştir. Buna göre bu durum, hali hazırda açıklığa kavuşturulmuş olan kusur sorusunun daha fazla açılmayacağı hallerde, mevcut dava için önem teşkil etmektedir.

Yüksek Mahkeme'nin yerleşik içtihatlarına göre, bir ara karar, sadece davaya konu olan esas uyuşmazlıkla bağlayıcı bir etkiye sahiptir. Mezkûr davada, hakkın esasına dair sorun, yeniden uyuşmazlığa konu edilemez.

Zira bir ara karar, § 393/1 ZPO'ya göre, talep esasını hakkında dilekçe olmadan da verilebilir. Bu ara karar, bir ön sorun hakkında karar vermiyorsa ve sadece, o davanın usûl ekonomisine uygun yürütülmesini amaç ediniyorsa, ara kararın bağlayıcılığı anlamında, ara karar, mezkûr davayı aşan bir şekilde maddi anlamda kesin hüküm ve ayrıca tespit hükmü etkisine ulaşmaz.

Bu nedenle ara karar, bu şekilde, sonradan aynı hukukî sebeple yeni bir dava ile dava edilebilecek olan haklar için bağlayıcı bir etkiye sahip değildir." OGH 20.05.2009, 2 Ob 213/08z.

bununla yargılamanın hızlandırılması ve böylece usûl ekonomisi prensibinin gözetilmesi amaçlanmaktadır²¹.

B. Kanun Yolu Kavramı

Mahkeme kararlarının oluşum süreci ve sonucu, nihayetinde insan faktörüne bağlıdır. Bu sebeple de hatayı veya eksikliği, doğası gereği içinde barındırmaktadır. Mezkûr risklerin minimize edilmesi ve yargılamanın amacına “doğru” ve “adil” bir şekilde varılması amacıyla, kanun yolu kurumu ortaya çıkmıştır²². Kanun yolu kurumunun varlığı, alt derece mahkemesi kararlarının bağımsız ve tarafsız hâkimlerce verilmediği veya hâkimlerin niteliklerine ilişkin eksiklik ve şüphelerin olduğu anlamına gelmemektedir²³. Hukukî korumayı talep eden tarafın veya karşı tarafın, mahkeme kararının kesinleşmesinden önce, kararın ayrıca bir denetim mekanizmasından geçmesi, tarafların menfaatindedir. Böylelikle, denetim (kontrol) sonucunda, alt derece mahkemesinin hukuka aykırı kararına yönelik hata²⁴ veya eksiklikler bertaraf edilmektedir. Kanun yolunun varlığı, aynı zamanda kamu yararınadır.

²¹ Deixler-Hübner, in: Zivilprozessgesetzen, § 393 Rn. 1, 4; Rechberger/Klicka, in: Zivilprozessordnung, ZPO, 2019, § 393 Rn. 1.

²² Ayrıntılı bilgi için bkz. Tolga Akkaya, Medenî Usûl Hukukunda İstinaf, Ankara: Yetkin Yayınları, 2009; Cenk Akil, İstinaf Kavramı, Ankara: Yetkin Yayınları 2010; Murat Yavaş, Medeni Usul Hukukunda Temyiz, İstanbul: Seçkin Yayınları, 2015; Selçuk Öztekin, Türk Medeni Yargılama Hukukunda İstinaf ve Temyiz, Ankara: Yetkin Yayınları, 2021.

²³ Muhammet Özkes, Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay, Murat Atalı, Güray Erdönmez, Mine Akkan, Ali Yeşilırmak ve Hülya Taş Korkmaz, Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, 15. Bası, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017, s.2150-2151.

²⁴ Cenk Akil, “Temyiz Yoluna Başvuru Şartı Olarak ‘Hukukî Menfaat’, Bankacılık ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt 28, Sayı 3, 2012, s.268; Nevhis Deren Yıldırım, “Kanun yollarına Dair Bazı Düşünceler”, Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı VI, İzmir/Çeşme 19-20 Ekim 2007, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, s.8; Selçuk Öztekin, “Temyiz Kanun Yolunun Tarihçesine İlişkin Bazı Tespitler”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Mehmet Akif Aydın’a Armağan, Cilt 21, Sayı 2 (Özel Sayı), 2015, s.120; Ramazan Arslan, Medeni Usul Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi, Ankara: Turhan Kitabevi, 1977, s.6-7; Yavaş, Temyiz, s.12; Akkaya, s.68-69.

Zira kanun yolu, içtihat birliğine hizmet ederek hukukî güvenliğe ve hukuk barışına katkı sunmaktadır²⁵. Almanların; “Vertrauen ist gut, Kontrolle ist besser” (güvenmek iyidir, denetlemek ise daha iyi) özdeyişi, yargılama hukukundaki kanun yolu kurumuna yansımaları niteliğindedir.

Kanun yolları, amaç bakımından, öncelikle tarafların menfaatine hitap etmekte ve hakkaniyetli bir karara ulaşmak için taraflara bir savunma mekanizması sunmaktadır. Bu özelliğiyle kanun yolu kurumu, bir bakıma, etkili bir hukuk sisteminin işlerliğine olan genel menfaate de hizmet ettiği söylenebilir²⁶. Eğer ki kanun koyucu, ihkak-ı hak yasağının etkin bir şekilde uygulanmasını istiyorsa, tarafların doğru bir karara ulaşmalarını mümkün kılmalıdır ki, kanun yolları da zaten tek bir dereceli mahkemenin kararı ile yetinmek durumunda kalmaktan tarafları böylelikle kurtarmaktadır. Fakat unutulmamalıdır ki; bu amacın ötesinde, artan yargılama masrafları, uzayan yargı süreci, tarafların hakkına daha geç kavuşması ve birbiriyle çelişme ihtimali olan farklı yargı kararları, kanun yollarının menfî sonuçları arasında gösterilebilir²⁷. Bu durum, tüm kararlarda olduğu gibi ara kararlara karşı kanun yollarında da geçerlidir.

Mahkeme kararlarına karşı başvuru yolu, geniş ve dar anlamda kanun yolu veya hukukî çare ve kanun yolu olarak sınıflandırılmaktadır²⁸. Türk hukukunda hukukî çare, tüm kararlara karşı kanun yolu imkânı tanınmadığından dolayı dar anlamda kanun yolu olarak nitelendirilmektedir. Ayrıca, kanun yolu imkânı dışında kalan başvuru yolları (itiraz, yan denetim gibi), hukukî çare olarak kabul edilebilir²⁹.

²⁵ Pekcantez/Atalay/Özekes, Ders Kitabı, s.474; Atalı/Ermenek/Erdoğan, Usul, s.602; Karşlı, Muhakeme, s.754- 755.

²⁶ Hannes Unberath, “Der Zweck der Rechtsmittel nach der ZPO-Reform – Theorie und Praxis”, ZZP 120, 2007, ss.323-346; Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, § 134 Rn. 21.

²⁷ Wolfgang Lücke, Zivilprozessrecht I, 11. Auflage, C.H Beck, 2020, § 35, Rn. 2.

²⁸ Teorik açıdan, kanun yolları, inceleme konusu olan kararın niteliğine ve verilmiş şeklinin tarzına göre (ara karar, nihai karar) ve ayrıca, denetimin sınırı ve genişliği bakımından (hukukî veya hem hukukî veya maddi denetimin yapılabilmesi) kategorize edilebilir (Bilge/Önen, Yargılama, s.638).

²⁹ Yavaş, Temyiz, s.14; Özekes, Pekcantez Usûl, s.2156; Akkaya, İstinaf, s.54-57.

III. ALMAN MEDENÎ YARGILAMA HUKUKUNDA ARA KARARLARA KARŞI KANUN YOLLARI

A. Genel Olarak

ZPO, yargılamanın taraflarına, mahkemenin kararına karşı kendini savunabilmeleri için farklı imkânlar sunmaktadır. Bunlar, gıyapta verilen hükme karşı itirazdan, yargılanmanın yenilenmesi talebine kadar oldukça çeşitlilik gösterebilir. Dava taraflarının savunma mekanizmaları; kanuni itiraz (Rechtsbeschwerde), acele itiraz (sofortige Beschwerde), istinaf (Berufung) ve temyiz (Revision) kanun yolu olarak adlandırılmakta olup, bunların bir takım temel özellikleri mevcuttur³⁰. Kanun yollarının ilk ortak özelliği, mahkemenin, şeklî anlamda kesin hüküm etkisini geçici olarak durdurmasıdır (Suspensiveffekt). İkinci ortak özellik ise kanun yollarının, ilgili mahkeme kararını incelenmek üzere bir sonraki derecedeki mahkemeye taşınmasıdır (Devolutiveffekt). Bu özellikler, acele itirazda kısıtlı olsa da genel olarak bütün kanun yollarında ortaktır³¹. Burada sayılan olağan kanun yollarından ayrı olarak, mahkeme kararlarına karşı BVerfGG md. 90 I uyarınca, Federal Anayasa Mahkemesi'ne anayasal şikâyette bulunmak mümkündür. Bunun için, Anayasa'nın; § § 20/4, 33, 38, 101, 103 ve 104' de sayılan haklardan birinin ihlal edilmiş olması kanaati yeterlidir. Bu türden başvuru için, BVerfGG § 90/2 ile diğer hak arama yollarının tüketilmiş olması gerekmektedir. Anayasal başvuru, olağanüstü bir kanun yolu sayılabilir³².

Bir davada olduğu gibi, kanun yollarının da usûl bakımından caiz olması ve esas bakımından geçerli olması gerekir³³. Kanun yolunun usûl bakımından caiz olması, davanın, usûl bakımından caiz olmasından ayrı tutulmalıdır. Örneğin, bir mahkemenin verdiği davanın usûl yönünden

³⁰ Alman medenî yargılama hukukundaki kanun yollarının şematik bir anlatımı için bkz. Michael Johannes Pils, "Das System der Rechtsbehelfe im Zivilprozess", JA, 2011, ss.451-457.

³¹ Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, § 134, Rn. 3 vd.

³² Olağanüstü kanun yolunun ayrıntılı bir şekilde ele alınışı için bkz. Rolande Schwarze, "Außerordentliche Anfechtbarkeit zivilgerichtlicher Entscheidungen wegen offensichtlicher Gesetzwidrigkeit", ZZP 115, 2002, ss.25-50.

³³ Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, § 136.

caiz olup olmadığı kararı, kanun yolunun gereklilik kısmında incelenecektir. Kanun koyucu ZPO'da, kanun yolları için genel hükümler öngörmemiştir. Ancak yargıdaki uygulamalar ve öğreti ile kanun yolları için bir takım genel şartlardan söz edilebilir. İlk olarak, başvuru kanun yolu, aleyhine itiraz edilen kanun yolu için caiz olmalıdır. Örneğin, ZPO § 303'e göre verilen bir ara karara karşı, müstakilen kanun yoluna başvurulamayacaktır. İstinaf, ilk derece mahkemesinin nihaî kararına karşı mümkünken; temyiz incelemesi ise, kural olarak, istinaf mahkemesinin nihaî kararına karşı yapılabilir. İkinci olarak, kanun yoluna başvuranın hukukî bakımdan dezavantajlı bir halde olması, dava ile istediğine tam olarak kavuşamamış olması gerekir³⁴. Kanun yoluna başvurunun bir amacı da zaten bu dezavantajlı durumun düzeltilmesidir. Bir başka mesele ise, tarafların, kanun yolu başvurusu ile hukukî açıdan daha kötü bir duruma gelmemeleridir. Kanun yolu denetim mahkemesi, kararını, ancak tarafların talebi ölçüsünde verebilecektir³⁵.

Nihaî kararlar, istinaf veya temyiz aşamasına taşınabilirken, ara kararlar, kural olarak, tek başlarına kanun yollarına götürülemezler (ZPO § 318). Ancak kanun koyucu, ZPO §§ 280 ve 304 hükümlerince verilen ara kararların, kanun yolu bakımından nihaî karar gibi değerlendirileceğini ifade etmiştir. Ayrıca, gerçek olmayan ara kararlar (ZPO § 303) için acele itiraz gibi bir kısım kanun yolları öngörülmüştür³⁶.

B. Davanın Caiziyetine Dair Ara Kararda Kanun Yolu (§ 280 ZPO)

ZPO § 280'nin içeriğinden anlaşılacağı üzere, madde kapsamındaki ara sorunlar, davanın caiziyetine ilişkindir. Burada caiziyet ile ilgili ifade edilmek istenen, davanın açılmasının usûl yönünden caiz olup olmadığı sorusudur. Davanın caiz olup olmadığına dair her türlü karar, ara karar ile verilemeyecektir. Mahkeme sadece, davalının talebini reddettiği ve böylece davanın caiz olduğuna karar verdiği hallerde ZPO § 280'e göre bir ara karar verebilecektir. Bu hususa, davanın usûl yönünden caiz olması şartlarından bir kısmının ele alınıp, bunların caiz görülmesi

³⁴ BGH 11.01.1984 - IVb ZR 41/82, NJW 1984, 1302.

³⁵ Bu durum esasen, *reformatio in peius* yasağının bir sonucudur. Ayrıntılı bilgi için bkz. Lüke, Zivilprozessrecht I, § 35 Rn. 10.

³⁶ Reinhold Witholz, Das Zwischenurteil, Diss., Halle 1927, s.38.

de dahildir³⁷. Davanın caiz olmadığına ilişkin bir karar ise, davayı, karar verilen derece açısından sonlandıracağı için, artık burada bir nihaî karardan söz edilecektir³⁸. ZPO § 280 kapsamındaki ara kararın şartı, davanın caiz olmasının mahkemece kabul edilmesidir. Davalı taraf, davanın caiz olmadığı iddiasında bulunuyorsa, mahkeme, öncelikle davanın usûl bakımından caiz olup olmadığına ilişkin şartları inceler ve talebi karara bağlar³⁹.

Mahkemenin, davanın usûl yönünden caiz olduğuna dair verdiği bir ara karar, kanun yolu bakımından ZPO § 280/2 uyarınca, nihaî bir karar gibi değerlendirilir. Böylece bu ara karar; ilk derece mahkemesince verilmişse istinaf aşamasına, istinaf mahkemesince verilmişse temyiz aşamasına taşınacaktır. Kanun yolu denetiminin içeriği, verilen kararın içeriği ile kısıtlıdır⁴⁰. Davanın usûl bakımından şartları tamamen ya da kısmen sağlamaması halinde, kanun yolu başvurusu esastan incelenip, dava usûl şartlarını sağlamadığı sebebiyle reddedilir. Mahkeme ZPO § 280/2 uyarınca, davanın caiz olduğu yönündeki ara kararının kesin hüküm kazanmasını beklemeden, tarafların talebi üzerine esas hakkındaki duruşmalara devam etmeye karar verebilir. Bu halde ortaya çıkan ilk sorun, mahkemenin, tarafların duruşmaya devam etme talebini kabul ya da reddetmesi halinde, bu kararına karşı itiraz edilip edilemeyeceğidir. Uygulamada, davanın ertelenmesini düzenleyen ZPO § 252'nin⁴¹ burada da uygulama alanı bulup bulamayacağı tartışma konusu olmuştur⁴². Eski

³⁷ BGH 16.6.2005 – IX ZR 219/03, BeckRS 2005, 8451; Stein/Jonas/Roth, Zivilprozessordnung, ZPO § 280 Rn. 19.

³⁸ MüKoZPO/Prütting, 2020, § 280 Rn. 5; PG/Geisler, Kommentar, § 280 ZPO Rn. 7.

³⁹ Stein/Jonas/Thole, Zivilprozessordnung, ZPO § 280 Rn. 3.

⁴⁰ Karl August Bettermann, “Anfechtung und Kassation”, ZZP 89, 1976, s.389; MüKoZPO/Prütting, 2020, § 280 Rn. 8. Bundan farklı bir şekilde görüş için bkz. Stein/Jonas/Thole, Zivilprozessordnung, ZPO § 280 Rn. 34.

⁴¹ ZPO § 252, mahkemenin, kanunda belirtilen sebeplerden birinin varlığı halinde, yargılamayı ertelemeye ilişkin verdiği kararın, acele itiraz kanun yoluna tabi olduğunu düzenlemektedir.

⁴² Konunun ayrıntılı bir şekilde ele alınışı için bkz. Jäger, Zwischenstreitverfahren, s.144 vd.

tarihli yüksek yargı kararı⁴³, mahkemenin ara kararını vermesi ile yargılamanın hali hazırda duracağını, bu sebeple, yargılamanın erteleneceğine ilişkin kanuni düzenlemelerin burada uygulamaya yer olmadığını vurgulamaktadır. Frankfurt yüksek istinaf mahkemesi ise, mahkemenin, ZPO § 280'e göre verdiği ara karardan sonra duruşmaya devam etme kararı vermesi halinde, kanun yolunun mümkün olmadığına karar vermiştir⁴⁴.

Davanın caiz olduğuna ilişkin ara kararın verilmesinde bir başka sorun ise, ara kararın kesinleşmesi beklenmeden davanın esasına geçilmesinde söz konusudur. Mahkeme bu halde, uyuşmazlık konusunu esastan inceleyebilir ve karar verme aşamasına gelmesi halinde de ZPO § § 300 veya 301 uyarınca kararını vermek zorunda kalabilir. Bu durumda, davanın usûl yönünden caiz olup olmadığına ilişkin kanun yolu incelemesi, mahkemenin nihaî kararını vermesinden sonra sonuçlanabilir⁴⁵. Bu durumda kanun yolu denetim mahkemesi, davanın usûl şartları bakımından caiz olmadığına karar verir ve davayı reddederse, bu kararın etkisi için alt derece mahkemesindeki davanın seyrine bakılır⁴⁶. Eğer esasa ilişkin yargılama devam ediyorsa, bu halde yargılama, esas uyuşmazlık bakımından çözümlenmiş (Erledigung des Verfahrens) olacaktır. Fakat, alt derece mahkemesi, kanun yolu denetiminde karar verilene kadar bir hükme varmış ise bu hüküm kendiliğinden geçersiz olacaktır⁴⁷. Son olarak, taraflardan birinin nihaî

⁴³ RGZ 57, 416, 417 [https://commons.wikimedia.org/wiki/Category:Reichsgesetzblatt_\(Germany\)?uselang=de](https://commons.wikimedia.org/wiki/Category:Reichsgesetzblatt_(Germany)?uselang=de) (Erişim Tarihi: 08.09.2021).

⁴⁴ OLG Frankfurt a. M. 4. 9. 1984 - 5 W 12/84, MDR 1985, 149.

⁴⁵ Stein/Jonas/Thole, Zivilprozessordnung, ZPO § 280 Rn. 25 vd.; PG/Geisler, Kommentar, § 280 ZPO Rn. 13.

⁴⁶ Jauernig, esasen burada ele alınan durumun, ihtimali talep halinde, kısmî karar verilmesi ve sonradan nihaî kararın farklı bir yönde vücut bulması haline örnek olarak sunulmuş olduğunu ve bundan bir farkı olmadığını vurgulamıştır (Othmar Jauernig, "Teilurteil und Teilklage", in: 50 Jahre Bundesgerichtshof. Festgabe aus der Wissenschaft, Hrsg. v. Claus Wilhelm Canaris, Andreas Heldrich, Klaus J. Hopt, Claus Roxin, Karsten Schmidt, Gunter Widmaier, Band 3: Zivilprozeß, Insolvenz, Öffentliches Recht, Hrsg. v. Karsten Schmidt, München 2000, s.323).

⁴⁷ Thomas/Putzo/Seiler, Zivilprozessordnung, § 280 ZPO Rn. 10; PG/Geisler, Kommentar, § 280 ZPO Rn. 14.

kararı icraya koyması halinde, ki bu durum mahkeme kararı kesinleşmeden de ortaya çıkabilir⁴⁸, ortaya çıkacak zararın tazmininden nihaî kararı icraya koyan taraf sorumlu olacaktır. Hükümün kesinleşmesi öncesi, icra sebebiyle zararın tazmini ZPO § 717/2'ye dayanırken; öğretide bir başka görüş, hükümün kesinleşmesi sonrasında yaşanacak bir durum için, şarta bağlı hükme ilişkin düzenlemelerin kıyasen uygulanması gerektiğini vurgulamıştır⁴⁹.

C. Yargılamaya İlişkin Ara Kararlara Karşı Kanun Yolu (§ 303 ZPO)

ZPO § 303 kapsamında verilen yargılamaya ilişkin ara kararlara karşı tek başına kanun yoluna başvurulup başvurulamayacağı, ara kararın türüne göre farklılık göstermektedir. O halde bu kısımda, gerçek ve gerçek olmayan ara kararlar, kanun yolu bakımından ayrı ayrı incelenecektir. Bu ara kararlar arasındaki farklılıkta, mahkemenin bunu nasıl tanımladığından ziyade, alınan kararın içeriği önem arz etmektedir⁵⁰.

1. Gerçek Ara Kararlarda Kanun Yolu

Davanın tarafları arasında ortaya çıkan ara sorunların çözümüne yönelik verilen ara kararlar, öğretide “gerçek ara kararlar” olarak

⁴⁸ Bu türden bir durumun, mahkemenin verdiği hükmü belli şartlar altında (§§ 708, 709 ZPO) erken icrayı haiz (vorläufige Vollstreckbarkeit) olarak açıklanmasıyla mümkündür.

⁴⁹ PG/Geisler, Kommentar, § 280 ZPO Rn. 14; Thomas/Putzo/Seiler, Zivilprozessordnung, § 280 ZPO Rn. 10; Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 2018, § 59 Rn. 40. Jäger, maddenin kıyasen uygulanmasını savunmuştur (Jäger, Zwischenstreitverfahren, s.155-156).

⁵⁰ Richard Zöllner, Zivilprozessordnung, Beg. v. Richard Zöllner, 33. Aufl., Köln: Dr. Otto Schmidt, 2020, § 303 ZPO Rn. 10, § 303 ZPO Rn. 1. Bu mesele alınan kararın caiz olmaması halinde kanun yolu bakımından nasıl bir yol izleneceğini de etkilemektedir. Öğretideki farklı teorilerin sunumu için bkz. Adolf Schönke, “Anmerkung zu BGH 5.2. 1953- III ZR 105/51”, NJW, 1953, 703. Aynı şekilde bkz. BGH 5. 12. 2005- II ZB 2/05, NJW- RR 2006, 565.

adlandırılmaktadır. Gerçek ara kararlara karşı tek başına kanun yoluna gitmek mümkün olmayıp, bunlar ancak nihaî kararla birlikte kanun yoluna taşınabilir⁵¹. Eski tarihli BGH⁵² kararında, mahkemenin, yargılama usûlüne ilişkin bir ara sorunu değil maddî hukuku ilgilendiren bir konuyu, örneğin Franchise sözleşmesinin geçersizliği sorununu ZPO § 303'e başvurarak ara karar ile ihdas etmesini, müstakilen kanun yoluna konu edilemeyeceğini hükme bağlamıştır. Ancak daha sonraki tarihlerde, yargıda bu duruma, adaletin tesis edilmesi hakkının (Justizgewährleistungsanspruch) bir tesiri ve neticesi olarak birtakım istisnalar getirilmiştir. Bu istisnanın ilki, maddî hukuka dair verilen ara kararın, aslında bir kısmî veya nihaî karar olarak verilmesi gerektiği ve o halde kanun yolu imkânının tek başına mümkün olmasıdır. Örneğin mahkemenin, uyuşmazlık konusu sözleşmenin geçersiz olduğuna⁵³ ya da yargılamada sulhun şartlarının sağlanıp uyuşmazlık konusunun çözüme kavuştuğuna bir ara karar ile hükmettiği durumda, mezkûr ara karara

⁵¹ MüKoZPO/Musielak, 2020, § 303 Rn. 8.

⁵² “Temyiz başvurusu caizdir. Gerçi istinaf mahkemesi temyiz edilen Entscheidung şeklindeki kararı bir ‘ara karar’ şeklinde vermiştir. Böyle bir karar tek başına değil, aksine, ancak nihaî karar ile temyiz edilebilir. Önümüzdeki olayda olduğu gibi, mezkûr ara karar, § 303 ZPO anlamında ara sorun konusu hakkında değil maddi hukuka ilişkin (sözleşmelerin hükümsüzlüğü) bir ara karar hiç verilemez olsa bile geçerlidir. Davacının, usûl hukuku açısından caiz olmayan bir ara karara karşı kanun yoluna başvurusu, bu kararın doğru bir şekilde kısmî karar olarak verilmesini gerektiriyor olsa bile engellenemez” BGH NJW 1994, 1651, 1652.

⁵³ Öğretide bir görüş, aynı durumun, mahkemenin ZPO § 280 uyarınca ara karar vermesi halinde de geçerli olduğunu savunmuştur (PG/Geisler, Kommentar, § 280 ZPO Rn. 10).

“Aynı haklara yönelik verilen hükümdeki bir ara kararın temyizi, içerik olarak sadece yargılama ile ilgili bir ön sorunun çözümü ile sınırlı kalmayan, aksine, maddi hukuka ilişkin bir karara yönelik olan bir ara karar, aynı haklara yönelik bir karar gibi, hiçbir sınırlama olmaksızın temyiz edilebilir.

Derdestlik durumuna rağmen verilen bir hüküm, etkisizdir. Bu tür bir karar, hukukî açıdan sorunlu olmayan (hukukî hatadan ari) karar gibi, aynı içeriğe sahip bir karar nasıl temyiz ediliyorsa o şekilde temyiz edilebilir.” BGH 5. 12. 2005- II ZB 2/05, NJW-RR 2006, 565.

karşı kanun yolunun müstakilen mümkün olduğu kabul edilmelidir⁵⁴. Bir başka istinaî durum ise, yargılamanın kesintiye uğradığı hallerde söz konusudur⁵⁵.

2. Gerçek Olmayan Ara Kararlarda Kanun Yolu

Öğretide, mahkemenin üçüncü kişilerin dahil olduğu ara sorunları karara bağlaması, gerçek olmayan ara karar olarak tanımlanmıştır⁵⁶. Bu türden ara kararlar, kanun yolu bakımından § 303'e göre verilen ara kararlardan farklılık göstermekte, bunlara karşı bizzat kanun koyucu tarafından bir takım özel kanun yolları öngörülmektedir. Fer'î müdahaleye ilişkin anlaşmazlığı düzenleyen ZPO § 71, uyuşmazlığın bir ara sorun olarak ele alınacağını hükme bağlamaktadır. Buna göre ara sorun, taraflardan birinin fer'î müdahalenin reddi talebinde bulunmasında ortaya çıkmaktadır⁵⁷. Mahkemenin, fer'î müdahale ara sorununa (ön sorun) ilişkin ara karar vermesi halinde, ZPO § 71/2, mezkûr ara karara karşı tek başına acele itirazda bulunulmasını hükme bağlamıştır. Unutulmaması gereken bir husus, acele itirazın, ilk derece yerel ve bölgesel mahkemelerin kararlarına karşı bir kanun yolu olduğudur. O halde, istinaf mahkemesinin vereceği fer'î müdahale talebine ilişkin ara

⁵⁴ Öğretide, maddi hukuku ilgilendiren uyuşmazlık konularına ilişkin verilen ara karara karşı kanun yollarının mümkün olması gerektiği savunulmaktadır (Thomas/Putzo/Seiler, Zivilprozessordnung, § 303 ZPO Rn. 7). Ayrıca bkz. BGH 18.09.1996- VIII ZB 28/96, NJW 1996, 3345.

⁵⁵ “Temyiz edilebilir/bozulabilir bir hakkın, davaya ara verilmesi/kesintiye uğraması.

1. Alacağa yönelik bir davada; borçlu, alacağını, iflas davasının açılmasından önce devir ve temlik ettiyse, bu devir ve temlik, iflas hukuku hükümlerine göre iptal edilebilir olsa bile mahkemece ara verilir/kesintiye uğrar (Unterbrechung).” BGH, Urteil vom 11. 2. 2010- VII ZR 225/07.

⁵⁶ Zöller/Feskorn, Zivilprozessordnung, § 303 ZPO Rn.

⁵⁷ Öğretide, tarafın, fer'î müdahil ara sorununa katılıp katılmadığına bakılmaksızın, davanın taraflarını ara sorunun da tarafı olarak gören görüş için bkz. Hans-Joachim Musielak ve Wolfgang Voit, Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz. Kommentar, Hrsg. v. Hans- Joachim Musielak, Wolfgang Voit, 18. Auflage, München: Franz Vahlen, 2021, ZPO § 71 Rn. 4; Thomas/Putzo/Hübstege, Zivilprozessordnung, § 71 ZPO Rn. 3.

Doktrindeki aksi görüş için bkz. MüKoZPO/Schultes, 2020, § 71 Rn. 7.

kararlara karşı acele itiraz caiz değildir⁵⁸. Davada, fer'î müdahale talebinin reddine ilişkin ara karar verilmesi halinde, fer'î müdahil talebi reddolunan, bu ara karar kesinleşene kadar yargılamaya katılabilecek ve ret kararının kesinleşmesine kadar yerine getirdiği yargılama faaliyetleri mahkemece dikkate alınacaktır⁵⁹.

Gerçek olmayan ara kararlara bir diğer örnek ise, ZPO § 135'te avukatların belgeleri geri vermesine yöneliktir⁶⁰. Belgeyi incelemek üzere elden almış olan avukat, öngörülen süre içerisinde belgeyi geri teslim etmezse, bu halde mahkeme sözlü duruşma sonrasında bir ara karar ile belgenin gecikmeksizin geri iade edilmesi gerektiğine hükmedebilir⁶¹. Bu türden gerçek olmayan bir ara karara karşı ZPO § 135/3 uyarınca, acele itiraz yolu açıktır. Son olarak, gerçek olmayan ara kararlara verilebilecek bir başka örnek, tanıklıktan kaçınma halinde, mahkemenin bu kaçınmanın geçerli olup olmadığına karar vermesidir. ZPO § 383, tanığın kişisel kaçınma sebeplerini düzenlerken; § 384'te ise, esasa dair kaçınma nedenleri düzenlenmiştir⁶². Ara sorunun taraflarından biri, tanığın, tanıklıktan kaçınması halinde bunun hukuken geçerliliğini ara sorun haline getirebilir⁶³. Bu halde mahkeme, bu konudaki kararını, ZPO § 387/1 uyarınca tarafları dinledikten sonra verecektir. Mahkemenin bu türden bir ara kararına karşı acele itiraz yoluna gidilmesi mümkündür. Ancak, acele itirazın sadece kısıtlı hallerde mümkün olduğu unutulmamalı, bu kanun yolunun, sadece ilk derece yerel ve bölgesel mahkemelerin kararlarına karşı caiz olduğu göz önünde bulundurulmalıdır.

⁵⁸ BGH 27.2.2015 – V ZR 128/14, NJW 2015, 2425, 2426; BGH 5. 12. 2012 – I ZB 7/12, NJW-RR 2013, 490.

⁵⁹ BGH 2.7.2019 – II ZR 406/17, NJW 2019, 3155, 3160; BGH 14. 5. 2013 – II ZB 1/11, NZG 2013, 792; BGH 10. 1. 2006- VIII ZB 82/05, NJW 2006, 773.

⁶⁰ PG/Thole, Kommentar, § 303 ZPO Rn. 1; Zöllner/Feskorn, Zivilprozessordnung, § 303 ZPO Rn. 5.

⁶¹ Furtner, Urteil, s.370.

⁶² Tanıklıktan kaçınmaya ilişkin kararın da “gerçek olmayan ara karar” olarak değerlendirilmesi için bkz. PG/Thole, Kommentar, § 303 ZPO Rn. 1; Zöllner/Feskorn, Zivilprozessordnung, § 303 ZPO Rn. 5.

⁶³ Ara sorunun tarafları, delil ileri süren taraf ile tanıklıktan kaçınan kimsedir (Furtner, Urteil, s.370).

D. Esasa İlişkin Ara Kararlara Karşı Kanun Yolları (§ 304 ZPO)

Uygulamada, esasa ilişkin ara karara daha çok tazminat taleplerinde karşılaşılmaktadır⁶⁴. Mahkeme, genelde bu türden davaların çok uzun sürmesi, kompleks bir materyale sahip olması ve yargılamanın basitleştirilmesi amacıyla yargılamayı bir nevi parçalara ayırmaktadır. Mahkeme öncelikle, talep hakkının esasını, yani tazminat talep hakkının maddî şartlarının yerine gelip gelmediğini inceleyebilir⁶⁵. Bununla birlikte mezkûr karar, kanun yolu açısından (ZPO § 304 II), her ne kadar davaya miktar açısından karar verilmemiş olsa bile, nihaî karar gibi kanun yoluna taşınabilir. Tabiri diğerle, esas talep hakkındaki ara karar, tek başına ve müstakilen kanun yolunu haizdir. Burada hukukî kuraldan anlaşılması gereken, maddî hukuk değil usûl hukukudur. Zira, davanın bütün olarak esasına ilişkin karar verilmemiştir. Bu açıdan esas olan, dava ile ilgili talep hakkında yani dava konusu hakkında, prensip olarak karar verilebilir verilemeyeceğidir.

Mahkemenin, esasa ilişkin verdiği ara karar ZPO § 304/2 uyarınca, kanun yolu bakımından nihaî bir karar gibidir. Bu türden bir ara karara karşı, ara karar; ilk derece mahkemesince verilmişse istinaf aşamasına, istinaf mahkemesince verilmişse temyiz aşamasına gidilecektir. Aynı ZPO § 280 kapsamında verilen ara kararlarda olduğu gibi, esasa ilişkin ara karar verilmesi ile yargılama “kanuni etki” ile duraklayacaktır⁶⁶. Tarafların, hakkın miktarının belirleneceği duruşmaya esasa ilişkin ara kararın kesinleşmesi beklenmeksizin devam edilmesini talep etmeleri halinde, mahkeme, yargılamaya devam edip etmeme takdir hakkına sahiptir⁶⁷. Mahkeme, kararın verilmesinde esasa ilişkin ara kararın amacını, yani yargıda usûl ekonomisini göz önüne alarak yargılamanın basitleştirilmesini değerlendirmelidir. Öbür yandan, kanun yolu denetim mahkemesi, uyumsuzluğun içeriğine ne kadar karışacağını tartmalıdır⁶⁸. Esas olan davanın duraklaması olup⁶⁹, talep üzerine ara

⁶⁴ Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 2018, § 59 Rn. 44.

⁶⁵ Wolfgang Voit, “Vorabentscheidung über einzelne Verteidigungsmittel aus prozessökonomischen Gründen”, NJW, 2017, 203-205, s.203 (Beck-Online, Erişim Tarihi: 07.06.2021).

⁶⁶ OLG Köln 28. 7. 1955 - 7 W 49/55, NJW 1956, 555.

⁶⁷ Furtner, Urteil, s.330.

⁶⁸ Zöller/Feskorn, Zivilprozessordnung, § 304 ZPO Rn. 32.

⁶⁹ MüKoZPO/Musielak, 2020, § 304 Rn. 39.

kararın kesinleşmesinden önce miktar duruşmasına başlanması istisnaîdir⁷⁰. İstisnaî hallere öğretide örnek olarak, kanun yolu yargılamasının uzaması ve gecikmesi halinde, davacı için kabul edilemeyecek bir şekilde icranın gecikmesi ya da davalı için masrafların artması gösterilmiştir⁷¹.

Esasa ilişkin ara karar verilmesi halinde, bu kararın kesin hüküm etkisi kazanması beklenilmeden, yargılamaya devam edildiği haldeki sorunlardan bahsetmek gerekir. Burada ortaya çıkabilecek sorunlar, § 280 kapsamında yukarıda bahsedilen sorunlarla aynıdır. Mahkemenin, miktarın belirleneceği duruşmayı ele aldığı sırada ara kararın kanun yolu denetimi olumsuz sonuçlanır ya da dava konusu uyuşmazlık üst derece mahkemesi tarafından neticelendirilirse, ilgili mahkemenin yargılaması sona erecektir. Eğer, ara karar veren mahkeme nihaî kararını vermiş ancak kanun yolu farklı bir şekilde sonuçlanmış ise, bu halde alt derece mahkemesinin kararı hükümsüz olacaktır⁷². Davayı kazanan tarafın icraya

Tarihi kanun koyucu da bu şekilde düzenlemiştir [“Begründung des Entwurfs”, in: Carl Hahn, Die gesammten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen, Zweiter Band, Erste Abtheilung, Berlin: R.v. Decker, 1880, (Mat. II 1), Neudruck 1983, s.284 (§ 266)].

Ancak, ara karara karşı olağanüstü bir kanun yolu olarak anayasal itiraza başvurulur ise, bu durumda devam eden yargılamanın duraklatılması gerekmemektedir (Stein/Jonas/Althammer, Zivilprozessordnung, ZPO § 304 Rn. 58).

⁷⁰ OLG Köln 03.09.2014- 16 W 29/14, BeckRS 2014, 19572; OLG Celle 10. 3. 2003- 6 W 13/03, NJW-RR 2003,787; Ayrıca bkzn. Furtner, Urteil, s.330; Becker, Grundurteils, s.187-189.

⁷¹ BeckOK ZPO/ Elzer, Beck’scher Online-Kommentar, Hrsg. v. Volkert Vorwerk, Christian Wolf, München 2021, ZPO § 304 Rn. 47.

⁷² “Nihaî karardaki miktarın dayanağını oluşturan talebin esası hakkında verilmiş olan ara karar, ‘Urteil’ şeklindeki kararın verilmesinden sonra hukuka uygun biçimde geçersiz kılındıysa, miktar hakkındaki nihaî karar, ayrı bir açıklama gerekmezsizin etkisini kaybeder.” BGH 18.07.2007- VIII ZR 236/05, BeckRS 2007, 16936.

Aynı yöndeki karar için bkzn. BGH 20. 7. 2006- IX ZR 47/04, NJW 2006, 3496, 3497.

Zöller/Feskorn, Zivilprozessordnung, § 304 ZPO Rn. 41; PG/Thole, Kommentar, § 304 ZPO Rn 24; Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 2018, § 59 Rn. 68; Jauernig, Zivilurteil, s.135; Furtner, Urteil, s.333.

başvurmuş olması durumunda, bu sebeple oluşacak zararların giderilmesi için, icraya başvurmuş tarafa tazmin yükümlülüğü yükleyeceği de (§ 717 II ZPO) izahtan varestedir⁷³.

IV. İSVİÇRE MEDENİ YARGILAMA HUKUKUNDA ARA KARARLARA KARŞI KANUN YOLLARI

A. Genel Olarak

İsviçre medeni yargılama hukukunda, mahkemenin yargılamayla ilgili verdiği karar, kural olarak, “Entscheid” olarak ifade edilmektedir⁷⁴. ZPO-CH ve BGG’de (Bundesgesetz über das Bundesgericht) karar türleri (ara kararlar da dahil) hem terminolojik bakımdan hem de kapsam bakımından farklılık göstermektedir. İsviçre medeni yargılama hukukunda kanun yolları; istinaf (Art. 308 vd. ZPO-CH), itiraz (Art. 319 vd ZPO-CH), temyiz (Art. 328 vd. ZPO-CH, Art. 121 vd. BGG), Federal Mahkeme’ye itiraz (Art. 72 vd. BGG) ve ikincil anayasal itirazdan⁷⁵ (Art. 113 vd. BGG) oluşmaktadır. Her ne kadar kanun yolları mer’î hukuk öncesinde kantonun kendi özel düzenlemeleriyle belirlenmiş ve böylece birbirinden farklılık göstermekteyse de⁷⁶ hem BGG’nin yürürlüğe girmesi hem de ZPO-CH reformları ile bu farklılıklar büyük oranda ortadan kaldırılmıştır. Kanton seviyesindeki kanun yolları ZPO-CH § § 308 vd. da düzenlenmişken, federal seviyedeki kanun yolları BGG § § 72 vd., 113 vd. ve 121 vd. düzenlenmiştir.

⁷³ Zöller/Feskorn, Zivilprozessordnung, § 304 ZPO Rn. 41. Kıyasen uygulanması gerektiği yönündeki görüş için bkz. MüKoZPO/Musielak, 2020, § 304 Rn. 42; PG/Thole, Kommentar, § 304 ZPO Rn. 24.

⁷⁴ ZPO-CH Reformu ile medenî yargılama hukukunda, federal birlik sağlanmadan önce kantonların karar tanımlamaları; *Urteil*, *Entscheid* ve *Verfügung* ile çeşitlilik göstermekte idiye de reform çalışması ile (dar anlamda) karar için kısa ve öz bir şekilde “Entscheid” kavramı tercih edilmiştir (Botschaft 2006, 7221, 7343).

⁷⁵ Bu itiraz türü, Federal Mahkeme’ye itirazın mümkün olmadığı ve kanton seviyesindeki son derece yargılamasında anayasal hakların ihlal edildiği hallerde caiz olup, ikincil (subsidiär) bir itiraz türü olarak ifade edilmiştir.

⁷⁶ Thomas Sutter-Somm, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Auflage, Zürich: Schulthess Verlag, 2017, N. 1293.

ZPO-CH ve BGG’de yer alan kanun yollarının ortak noktalarını oluşturan birtakım esaslar söz konusudur. Bunlardan ilki, çifte kanton derecesinin bulunması⁷⁷ ve uyuşmazlık konusunun Federal Mahkeme’ye taşınabilmesidir. İkinci olarak, taraflar kanun yoluna gitmedikçe, kanun yolu mahkemesi re’sen incelemede bulunup karar veremez⁷⁸. Tarafların, kanun yolu hakkından feragat etmemiş olması gerekliliği⁷⁹, kanun yolu mahkemesinin, kanun yoluna müracaat edenin daha kötü bir duruma getirmemesi (reformatio in peius)⁸⁰, mahkemenin kararını verirken tarafları mümkün olan kanun yolları bakımından bilgilendirmesi⁸¹ de kanun yollarının ortak özelliklerdendir. Uyuşmazlık konusunun belli bir

⁷⁷ Marco Chevalier, Die Beschwerde an das Bundesgericht, Basel: Helbing Lichtenhahn, 2009, s.61; BernerKomm/ Sterchi, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. II, Hrsg.: Heinz Hausheer, Hans Peter Walter, Vorb. zu Art. 308 ZPO-CH, N. 9; Jakob Steiner, “Die Beschwerde nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung”, SSZR, 2019/31, s.19.

⁷⁸ Buna dair bir istisna, uzlaştırma makamının davaya izin vermesinin mahkemece re’sen kontrol edilmesidir (BGE 139 III 273, 4A_28/2013, 3.6.2013, Reg.’ten naklen).

⁷⁹ Sterchi’nin de belirttiği gibi, bu şekilde bir vazgeçme, ZPO-CH § 313 anlamındaki müteakip temyize (Anschlussberufung) başvuruyu etkilemeyecektir (BernerKomm/Sterchi, Kommentar, Vorb. zu Art. 308 ZPO-CH, N. 42).

⁸⁰ Botschaft 2006, 7221, 7379; BernerKomm/Sterchi, Kommentar, Vorb. zu Art. 308 ZPO-CH, N. 4.

⁸¹ Sutter-Somm, Zivilprozessrecht, N. 1327 vd.

“Dürüstlük ilkesi gereğince taraflara başvurabilecekleri kanun yollarının yanlış bildirilmesi sebebiyle bunlar aleyhine dezavantajlı bir durum oluşmamalıdır. Taraflardan birinin, bu türden bir korumayı talep edebilmesi ise ancak bu kişinin kendisine yapılan yanlış kanun yolu bildirimine güvenmesi haklı ise mümkündür. Ancak kişi, mevcut yanlış fark etmiş ya da gerekli bir dikkat ile fark etmesi gerekiyor idiye; bu türden bir koruma talep edilemez. Nitekim, ilgili tarafın veya avukatının ağır usûlî ihmali, kanun yoluna ilişkin yanlış bildirimden daha ağır basabilir. Yanlış kanun yolu tebliğine güvenen tarafın, ne zaman fahiş bir dikkatsizlik ile sorumlu olacağı, somut olayın şartlarına ve onun hukukî bilgisine göre belirlenir. Pek tabi avukatlar için daha yüksek kıstaslar belirlenecektir, bu kişilerden her türlü kanun yolu tebliğini ‘kabaca kontrol etmeleri’ beklenir.” BGer 4A_507/2011, 1.11.2011, B. 2.2.

değerinin bulunması (Örn. ZPO-CH § 308/2) ve kapsamlı vakıa incelemesinin yalnızca kanton istinafında yapılacak olması ise diğer birtakım esasları oluşturmaktadır⁸².

B. ZPO-CH'deki Ara Karara Karşı Kanun Yolları

ZPO-CH § 237/2, mahkemenin verdiği ara kararın tek başına kanun yoluna taşınabileceğini ifade etmektedir. Hatta ara kararın sonraki nihaî kararlarla birlikte kanun yoluna götürülmesi § 237/2'ye göre mümkün değildir. Böylece, ara kararın kanun yolu incelemesine götürülmesi bakımından bir hak kaybı (Präkulusion) söz konusudur⁸³, ki bununla yargılamada odaklanma ve usûl ekonomisinin gözetilmesi dikkate alınmaktadır. Ara kararın kanun yoluna götürülmesinin sadece kanun koyucunun öngördüğü sürelerde mümkün olması ile oldukça kapsamlı yargılamalardan kaçınılmıştır⁸⁴. İlk derece mahkemesinin vermiş olduğu ara kararlar ZPO-CH § 308 uyarınca, kural olarak istinafa tabidir. Dikkat edilmesi gereken bir nokta, istinaf kanun yolunun açık olması için ZPO-CH § 308 vd. öngörülen genel şartların da sağlanmış olmasıdır. Öncelikle, mal varlığını ilgilendiren meseleler bakımından kanun koyucu, bunun en azından 10.000 Frank değerini taşıması gerektiğini hükme bağlamıştır⁸⁵. Bundan başkaca, ara kararın istinafa taşınabilmesi için, kanun yoluna başvuranın geçerli bir sebebi olmalıdır. § 310'daki düzenleme göz önüne alındığında, ilk derece mahkemesinin ara kararında ya hukukun yanlış bir şekilde uygulanması ya da uyuşmazlığa dair vakıaların yanlış tespiti söz konusu olmalıdır. Bunlardan birinin varlığı halinde, istinafa başvuracak taraf ZPO-CH § 311'e göre, istinaf dilekçesini gerekçeli ara kararın kendisine tebliğinden itibaren 30 gün içerisinde ve gerekçeli bir biçimde, kanun yolu mahkemesine sunmalıdır. İstinafa başvurulması ile verilen ara kararın hüküm etkisi, sunulan

⁸² “Ancak, istinaf mahkemesinin, ilk derece yargılamasını tam ve eksiksiz olarak yürütmesi gibi bir görevi yoktur.” OGer. Zürich NG200007-O/U, Beschluss und Urteil vom 30. November 2020, E. 5.3.

⁸³ Ulrich Meyer, Stämpflis Handkommentar, Hrsg: Baker&McKenzie, Schweizerische Zivilprozessordnung, Bern, 2010, ZPO Art. 237, N. 10.

⁸⁴ BernerKomm/Killias, Kommentar, Art. 237 ZPO-CH, N. 38.

⁸⁵ BernerKomm/Sterchi, Kommentar, Art. 319 ZPO-CH, N. 5; Sutter-Somm, Zivilprozessrecht, N. 1386.

dilekçenin kapsamına göre kendiliğinden ertelenecektir (ZPO-CH § 315/1)⁸⁶.

ZPO-CH § 319 ile öngörülen itiraz kanun yolu, ilk derece mahkemesinin vermiş olduğu istinafi haiz olmayan ara kararlar için öngörülmüştür. Üst derece mahkemesinin kararlarına karşı ise temyiz söz konusu olabilecektir. Yargılama usûlüne dair kararlar (prozessleitende Verfügungen)⁸⁷ ZPO-CH'ya göre dar anlamda karar kapsamına girmediğinden, bunlara karşı istinafa gidilmesi de mümkün değildir⁸⁸. Nitekim ZPO-CH § 308'e göre, ilk derece mahkemesinin yalnızca nihâi ve ara kararlarına karşı istinafa başvurulabilir. ZPO-CH § 319 b bendinde, yargılama usûlüne dair kararlardan, itirazın konusu olarak bahsedilmiştir. Buna göre, ilk derece mahkemesinin, dar anlamda karar dışında verdiği diğer türden kararlara ve yargılama usûlüne dair kararlarına karşı itiraza başvurulması mümkündür⁸⁹. Örneğin, ZPO-CH § 50'ye göre hâkimin reddinin talep edildiği ve bunun bir ara sorun oluşturduğu hallerde, mahkemenin kararı § 50/2'ye göre itiraza tabidir⁹⁰. Bundan başka, ZPO-CH § 75/2'de, mahkemenin fer'î müdahil talebine dair vereceği kararın itiraza tabi olduğu belirtilmiştir. Davanın ihbarı (ZPO-CH § 82/4), avans ödemesi ve teminat (ZPO-CH § 103), masraf (ZPO-CH § 110), adli yardım talebinin tamamen veya kısmen

⁸⁶ Oberhammer, Kommentar, Art. 315 ZPO-CH, N. 1.

⁸⁷ Kanun koyucu ise, yargılamayı ilgilendiren usûl kararları için eş anlamlı bir şekilde "Inzidenzentscheide" kavramını kullanmıştır (Botschaft 2006, 7221, 7376). Bu kavram öğretilde, § 237 ile düzenlenen ara karar kapsamına girmeyen ve mahkemenin, yargılamanın gidişatına ilişkin verdiği her türlü düzenleyici kararı için tercih edilmiştir (BernerKomm/Killias, Kommentar, Art. 237 ZPO-CH, N. 17).

⁸⁸ BernerKomm/Sterchi, Kommentar, Art. 308 ZPO-CH, N. 6.

⁸⁹ Nicola Müller, "Prozessleitende Entscheide im weiteren Sinne. Eine Untersuchung von Zwischenentscheiden und prozessleitenden Verfügungen nach ZPO und BGG", Schweizerische Zeitschrift für Zivilprozess- und Zwangsvollstreckungsrecht (ZZZ), 2014, s.248.

⁹⁰ Bu meselenin, kanun tarafından başka şart aranmaksızın, itiraz kanun yoluna açık olması usûl ekonomisi sebebiyle açıklanmıştır. Ayrıca bu mesele BGG § 92'de, ön ve ara karar kapsamında değerlendirilmiş ve açıkça Federal Mahkeme'ye itiraza gidilebileceği hüküm altına alınmıştır. Böylece, mezkûr husus, diğer yargılama usûlüne dair kararlardan ayrılmaktadır (Oberhammer/Kiener, Kommentar, Art. 50 ZPO-CH, N. 4).

reddedilmesi veya mevcut adli yardımın geri çekilmesi (ZPO-CH § 121), davanın duraklatılması (ZPO-CH § 126/2), mevcut davanın ilgili bir başka dava ile birleştirilmesi (ZPO-CH § 127/2), yargılama disiplininin sağlanması için verilen para cezası (ZPO-CH § 128/2) kararlarına karşı da itiraza başvurulabileceği, kanunda açıkça öngörülen bir takım diğer düzenlemeler şeklinde hükme bağlanmıştır⁹¹. Kanunda açıkça öngörülme hallerinde ise, ZPO-CH § 319 b/2'ye göre giderilmesi kolay olmayan dezavantajlı bir durumun⁹² mevcut olması gerekmektedir.

C. BGG'de Ara Kararlar İçin Öngörülen Kanun Yolları

BGG § § 92 vd., bağımsız şekilde verilen ön ve ara kararlar (Vor- und Zwischenentscheide) hüküm altına almıştır. BGG § 92⁹³, yetki (Zuständigkeit)⁹⁴ ve hâkimin reddi talebine (Ausstandsbegehren)⁹⁵ dair ön

⁹¹ Devam eden farklı örnekler için bkz. BernerKomm/Sterchi, Kommentar, Art. 319 ZPO-CH, N. 7-8e.

⁹² Öğretide, dezavantajın sadece hukukî nitelikte mi olması gerektiği yoksa bunun yanında fiilî dezavantajın da bu kapsamda değerlendirilip değerlendirilemeyeceği hususu tartışmalıdır (BernerKomm/Sterchi, Kommentar, Art. 319 ZPO-CH, N. 11). Chevalier, hukukî ve fiilî dezavantaj ayrımının kalkması gerektiği görüşündedir (Chevalier, Beschwerde, s.38).

⁹³ BGG Art. 92 Yetki ve Görev Hakkında Verilen Ön ve Ara Kararlar Yetkiye ve göreve ilişkin itirazda, talebin reddi halinde (nihai karardan), bağımsız bir şekilde verilmiş ön ve ara kararlara karşı itiraz yolu caizdir. Bu kararlar daha sonra kanun yoluna götürülemezler.

⁹⁴ Bundan anlaşılması gereken yer, görev ve fonksiyon bakımından yetkidir. Bu yetki, tek bir kanun maddesiyle düzenlenmiş olabileceği gibi hukuk düzeninin tamamından da anlaşılabilir (Petra Fleischanderl, "Die Anfechtbarkeit von Vor- und Zwischenentscheiden § Art. 92 f. BGG", Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung und berufliche Vorsorge, 57/2013, s.313).

⁹⁵ BGG md. 92'de düzenlenen ret talebi, mahkemenin görevli kişilerini konu edinebilir ve itiraza konu karar olumlu ya da olumsuz şekilde verilmiş olabilir.

Hukuk insanları (hakimler), mahkeme uzmanları ya da çevirmenlerin reddinin talebi bu kapsamda değerlendirilir (Fleischanderl, SZS, s.315). Bilirkişinin reddi ise, BGG md. 92 uygulama alanına girmemektedir. (BGE 132 V 93, 108 vd., I 745/03, 8.2.2006, E. 6.5 ve BGer. ÖA. II., 2C_507/2008 /zga, 14.7.2008, E.2.2).

ve ara kararlara karşı kanun yollarını düzenlerken; § 93⁹⁶ ise, bağımsız ön ve ara kararlara karşı kanun yollarını düzenlemektedir⁹⁷ . Böylece BGG’de düzenlenen ön ve ara karar, ZPO-C § 237’de düzenlenen ara karardan farklılık göstermektedir⁹⁸. Böylece, BGG kapsamında üç farklı karar çeşidi öngörülmüştür. Bunlar; nihaî karar, kısmî karar ve ön- ara kararlardır⁹⁹. Fakat İsviçre Federal Mahkemesi, vermiş olduğu bir

⁹⁶ BGG Art. 93 Diğer Ön- Ara Kararlar:

1. Diğer türden ön ve ara kararlara itiraz ise ancak şu hallerde mümkündür:
 - a. Bu kararla telafisi mümkün olmayan dezavantajlı bir durum meydana gelme tehlikesi mevcutsa,
 - b. İlgili mahkeme, üst derece mahkemesinin farklı bir değerlendirmesi halinde hemen nihaî karar verebileceği ve böylece, devam edecek delil toplama aşaması bakımından ciddi manada zaman ve masraftan tasarruf edilebilecekse.
2. Uluslararası ceza hukukunu ilgilendiren meseleler ya da iltica hukuku alanında verilen ön ve ara kararlar, kanun yoluna götürülemezler. Geri iade amacıyla tutukluluk gibi mal varlığı veya değerli eşyalara el koyma hallerinde verilen ön ve ara kararlara karşı itiraz ise saklıdır.
3. 1. ve 2. fıkralarda sayılan sebeplerden ötürü itiraz caiz değilse ya da itiraza başvurulmamışsa bu halde, ilgili ön ve ara kararlara karşı, bunların nihaî kararı etkilemiş olması durumunda, nihaî karara karşı itirazla kanun yoluna götürülmeleri caizdir.

⁹⁷ Doktrinde, BGG md. 93’te açıkça yer almamasına rağmen, ihtiyati tedbir kararlarının da bu kapsamda değerlendirileceği görüşü vardır (Chevalier, Beschwerde, s.36).

⁹⁸ BGG kapsamındaki ön ve ara kararların, ZPO-CH kapsamındaki ara kararla ortak bir noktası da ilgili dava konusu uyumsuzluğu, tamamen veya kısmen sona erdirmemeleri, nihaî karara giden yolu hazırlamalarıdır. Hatta, kanun yolu mahkemesinin yalnızca ara karara ilişkin verdiği kararın da bunun davayı esastan sonlandırmadığı halde (BGG md. 92 vd. kapsamında) bir ara karar olacağı vurgulanmıştır (Chevalier, Beschwerde, s.34; Fleischanderl, ZS, s.308).

Aynı şekilde mahkeme kararı için bkz. BGer. 4A_542/2009, 27.4.2010, E. 3.

⁹⁹ Farklı bir husus olarak, BGG md. 98 kapsamında, ihtiyati tedbir kararına karşı kanun yolundan bahsedilmektedir. Yüksek Mahkeme, vermiş olduğu bir kararında, evliliğin korunmasına dair verilen kararın, aslında bir ihtiyati tedbir kararı hükmünde olduğunu ve bunun nihaî karar şeklinde verileceğini karara bağlamıştır. O halde, BGG kapsamında bunu ayrıca ele almaya

kararında, kanton mahkemesi tarafından verilen yargılama usûlüne ilişkin kararı da BGG § 93 anlamında bir ara karar olarak kabul etmiştir¹⁰⁰.

BGG’de ara kararlara karşı kanun yolları maddî hukuka dair olabileceği gibi usûle dair de olabilir. Sözleşmenin ihlal edilip edilmediği veya geçersiz olup olmadığı sorusu¹⁰¹, zamanaşımı def’inin

gerek kalmayacaktır (BGE 133 III 393, 395, 5A_52/2007, 22.5.2007, Reg. ve E. 4).

Öğretide, ihtiyati tedbir kararının, ZPO-CH kapsamında, kanun yolları bakımından nihaî karardan ayrı tutulması gerektiği vurgulanmıştır (Steiner, SSZR, s.33-34).

¹⁰⁰ “Yargılamayı sürdüren kararlar, BGG § 93 kapsamındaki ara kararları teşkil etmektedir. Ara kararlarda hukukî yol, esas meseleye göre belirlenir. Mevcut durumda yargılama, bir miras dağıtım yargılaması olup mal varlığına ilişkin medeni hukuku ilgilendiren bir meseledir ki; uyuşmazlık değeri 30.000 Frankı aşmaktadır. Buna karşın, Federal Mahkeme’ye itiraz mümkün olduğundan (Art. 72, Art. 74/1 lit. b, Art. 75 und Art. 90 BGG), iptali istenen ara kararlara karşı da Federal Mahkeme’ye başvurulabilir. Federal Mahkeme’ye itirazın mümkün olması ile halihazırda ileri sürülen ikincil anayasal itiraza başvurulması mümkün değildir (BGG § § 113, 117 ve 93/1a). Bağımsız olarak verilen ara kararların, burada bir rol oynamayan istisnalardan başka, kanun yoluna götürülmesi yalnızca ara kararın giderilmesi mümkün olmayan dezavantajlı bir duruma sebep olacak olması durumunda mümkündür (BGG md. 93/1a). Bu türden bir dezavantaj, Federal Mahkeme’nin bütün dairelerinin yargısına göre hukukî nitelikte olmalı ve böylece, itiraz eden bakımından avantajlı bir nihaî hükümle, tam veya kısmen giderilemeyecek durumda olmalıdır. Sadece giderilmesi mümkün olmayan dezavantajlı bir durumun varlığı, mezkûr husus için yeterli olacaktır. Buna karşın, yalnızca yargılamanın uzaması ya da pahalılaşması gibi fiili dezavantajlar yeterli ve haklı gerekçe oluşturmaz. Son olarak, dezavantajın, kanton seviyesindeki yargılamada uygun bir nihaî hükümle giderilmesi gerekmemekte olup devamındaki federal yargılamada giderilmesi de yeterlidir. İtirazı ileri süren, her iki (bedel hususunu) işlemini de mühleti içerisinde yerine getirmiştir. Böylece, bunların hukuka uygunluğu daha sonra hukukî dinlenilme itirazı kapsamında (BV md. 29/2) denetlenebilir. Bunun sonucu olarak Federal Mahkeme’ye (itiraz) başvurulması caiz değildir.” BGer. 5A_307/2011, 5A_310/2011, 13.7.2011, C.2.

¹⁰¹ BGE 130 III 76, 81, 4P.74/2003, 18.09.2003, E.3.2.2.

reddedilmesi¹⁰², uygulanacak hukukun belirlenmesi, vasiyeti tenfiz memurunun kimlik tanzim etmesinden kaçınması, davayı ihbarın kabul edilmesi¹⁰³, davaların birleştirilmesi¹⁰⁴ BGG'ye göre “ön ve ara karar” olarak kabul edilecektir. ZPO-CH'daki düzenlemeden farklı olarak, itiraza başvurulması caiz olmayan ya da öngörülen süre içerisinde başvurulmayan ön ve ara kararlar, nihaî kararlarla beraber kanun yoluna taşınabilecektir¹⁰⁵. Bunun için BGG § 93/3'e göre, ilgili ön ve ara kararın, nihaî kararın sonucunu etkilemiş olması gerekir¹⁰⁶. Öğretide, itiraz süresi içerisinde kanun yoluna taşınmayan ön ve ara kararların, nihaî kararlarla birlikte tekrar kanun yolu incelemesine götürülmesi, usûl ekonomisine aykırı olacağı gerekçesi ile eleştirilmiştir¹⁰⁷.

V. AVUSTURYA MEDENİ YARGILAMA HUKUKUNDA ARA KARARLARA KARŞI KANUN YOLLARI

Ö-ZPO § 393/1'de, esasa ilişkin ara karar (Grundurteil) hüküm altına alınmıştır. Buna göre uyuşmazlık mahkemesi, talep hakkının esasının ve miktarının/kapsamının tartışmalı olduğu hallerde, hakkın esasına yönelik karar vermeye elverişli ise, öncelikle buna dair ara karar

¹⁰² “Buna karşı bir ara karar ile, devam eden yargılama sürecinin bağlı olduğu şekli ya da maddi bir ön soru, öncül bir şekilde cevaplanır. Ara karar, yargılamayı sona erdirmeyip, nihaî hükme giden yolda bir adım teşkil etmektedir. Öğretide ara karar olarak, yer yönünden yetkinin ya da zamanaşımının reddedilmesi gösterilmiştir. Mahkemenin ara kararını bağımsız olarak vermesi durumunda, ZPO § 238'de yer alan şartların yerine getirilmesi gerekir ki, bilhassa kanun yolu tebliğ edilmelidir. O halde ara karar, nihaî hükümle birlikte değil doğrudan kanun yoluna götürülebilir (ZPO § 237/2).” BGer. II. ZA., 5D_160/2014, 26.1.2015, E.2.4; BGE 118 II 447, Reg., 22.10.1992. Aynı şekilde bkz. Botschaft 2006, 7221, 7343.

¹⁰³ BaslerKomm-BGG/Uhlmann, Kommentar, Art. 92 N. 8; PraxisKomm-VwVG/Uhlmann/Wälle-Bär, Hrsg.: Bernhard Waldmann ve Philippe Weissenberger, Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, Zürich: Schulthess, 2016, Art. 44 N. 21. Uygulamada, davayı ihbar talebinin reddinin niteliği ise tartışmalıdır.

¹⁰⁴ BGer 5A_708/2009, 15.01.2010, E.2.

¹⁰⁵ BaslerKomm-BGG/Uhlmann Art. 93 N. 27 vd.

¹⁰⁶ Tarkan Göksu, Die Beschwerden ans Bundesgericht, Zürich: Dike Verlag, 2007, s.46.

¹⁰⁷ BernerKomm/Killias, Kommentar, Art. 237 ZPO-CH, N. 39.

verebilecektir. Bu ara karar, Alman ZPO § 304'te düzenlenmiş olan ara karara oldukça benzemekte, mahkeme bunu tarafların talebi üzerine yahut re'sen verebilmektedir¹⁰⁸.

Mahkemenin verebileceği bir diğer ara karar, Ö-ZPO § 393/2'de düzenlenmiş olan tespit ara kararı niteliğindeki temel ara karardır (Grundlagenurteil). Buna göre mahkeme; tarafların talebi üzerine, Ö-ZPO § § 236 ve 259'da öngörüldüğü şekliyle, nihaî karar için hukukî önemi haiz konuları “temel ara karar” ile tespit edebilecektir¹⁰⁹. Bununla kastedilen, Alman hukukundaki tespit ara kararında olduğu gibi, uyuşmazlık konusu hukukî ilişkinin tarafların talebinin varlığına ya da yokluğuna bağlı olmasıdır. Bu türden bir ara karar ile lehine karar verilen taraf, maddî anlamda kesin hüküm etkisine sahip bir tespit kararı elde

¹⁰⁸ Öğretide, ara kararın verilmesinin mahkemenin takdirinde olduğu, ara kararın verilmesinin “karar vermeye elverişli olması” ve kanunda açıkça yer almamasına rağmen ara karar ihdas edilmesinde usûl ekonomisi bakımından avantajlı bir durumun varlığının sağlanması gerektiği vurgulanmaktadır (Rechberger/Klicka, in: Zivilprozessordnung, § 393 Rn. 3). Burada sayılan unsurların varlığı halinde ise, mahkemenin ara karar vermek zorunda olduğu savunulmaktadır (Deixler-Hübner, in: Fasching, Hans W./Konency, Andreas, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen, III/2, §§ 390-460 ZPO, Wien: Manz, 2018, § 393 Rn. 16). Bu kıstaslara uyulmadan verilen bir ara karara karşı kanun yolu ile itiraz edilip edilemeyeceği ise tartışmalı olup; takdir hakkı şartları sağlanmadan verilen bir ara karar § 496/1 2. Alt. uyarınca, yargılama hatası teşkil edeceğinden kanun yoluna gidilmesi mümkün olmalıdır (Rechberger/Klicka, in: Zivilprozessordnung, § 393 Rn. 4 ve Deixler-Hübner, in: Fasching/Konency III/2 2018 § 393 Rn. 15/2).

Yargı kararlarına bakıldığında, takdir hakkına ilişkin itirazların kanun yolu denetiminde bozulmasının mümkün olmadığı görülmektedir. “Hangi sebeple olursa olsun ve her zaman, istinaf mahkemesinin, ilk derece mahkemesinin delil değerlendirmesini gerçekten değerlendirdiği ve onayladığı ölçüde, ilk derece yargılamasında başarılı olan tarafın karşı tarafın bir istinaf başarısından sonra, temyiz sürecinde, ilk derece mahkemesindeki delil değerlendirmesini tartışmaya açması uygun değildir.” OGH 20.05.1981, 1 Ob 571/81 RZ 1982/26.

¹⁰⁹ Doktrinde, mezkûr kararların, tartışmasız bir şekilde “gerçek tespit kararı” (echtes Zwischenurteil) hükmünde olduklarına ilişkin görüş vardır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Deixler-Hübner, in: Zivilprozessgesetzen, § 393 Rn. 26; Rechberger/Klicka, in: Zivilprozessordnung, § 393 Rn. 1.

etmiş olacaktır¹¹⁰. Böylece tespit ara kararı, bir ara karar ile verilecek ve lehine karar verilen taraf, mezkûr tespit ara kararını (temel ara karar/ Grundlagenteil), ilgili yargılama haricinde başka bir yargılamada da kullanabilecektir.

Üçüncü bir ara karar ise, Ö-ZPO § 393a ile düzenlenmiştir. 2011 yılında yeni getirilen bu düzenlemeye göre, hukukî uyuşmazlıktaki bir talebe karşı zamanaşımı def'î ile sürülmüş ise, mahkeme, re'sen yahut taraflardan birinin talebi üzerine bu def'î, ayrı bir (ara) kararla çözüme kavuşturabilecektir. Bununla kanun koyucu, tek başına bir def'î hakkında ara karar verilemeyeceği kuralına ilişkin istisnaî bir düzenleme ihdas etmiştir¹¹¹. Bunun sebebi ise, bu türden bir ara kararın, yargılamanın süjeleri olan tarafları ve mahkemeyi yargılama zahmetinden kurtaracak olması ve böylece usûl ekonomisinin lehine sonucun doğmasıdır¹¹².

¹¹⁰ OGH 06.06.1989, 5 Ob/45/89.

¹¹¹ Rechberger/Klicka, in: Zivilprozessordnung, § 393 Rn. 10 ve § 393a Rn. 1.

¹¹² “İlk derece mahkemesi, ZPO § 393a'ya göre, zamanaşımına yönelik bir ara karar vermiştir ve davalının zamanaşımı def'inin reddedilmesi yönünde hüküm açıklamıştır.

İstinaf mahkemesi, ilk davalının istinafına onay vermemiş, ikinci davalının istinafını ise sadece kısmen kabul etmiş, tazminat talebinin hukukî sebebine dayanılmış olan dava talebine karşı, zamanaşımı def'ini reddetmiştir.

İstinaf mahkemesi, temyiz istemini §393a ZPO uyarınca, zamanaşımına dair bir ara kararın verilmesine yönelik verilebilecek daha üst bir yargısal karar olmaması sebebiyle onaylamıştır. Özellikle, zamanaşımının ve hakkın esasının değerlendirilmesi için belirleyici olan olaylara dair sorular arasında bir bağlantı olduğunda, §393a ZPO'ya göre bir ara karar verilmesinin, bu halde caiz olup olmadığı sorusu ciddi bir önem kazanmaktadır. Bu durum, mahkemeye, bütün yargılamanın sonuçlarını ve delilleri, özenli bir şekilde değerlendirmesini emreden § 272/1 ZPO bakımından önemlidir.

Uygun tespitinin mevcut olmadığı doğrudur. Ancak bu, istinaf mahkemesinin hükmünü sakat kılmaz. §393a ZPO, zamanaşımı iddiasının reddine yönelik ara kararı mümkün kılmaktadır. Mezkûr karar, sadece olası (kararı verilmemiş) dava talebinin zamanaşımını değerlendirecek olup; şartlara bağlı olarak, geri kalan esas talebe ilişkin hususları sonra inceleyecektir. Bu sebeple merciler, öncelik sırasını, bağımsız olarak denetleyebilir. Bir talebin olası zamanaşımı denetimi, esas talebin geçici kabulünü gerektirmesi, § 393a ZPO'ya göre zamanaşımına yönelik bir ara kararın, doğası gereği, bu talebin vakıya dayanağını (hakkın doğmasına sebep olan olay anlamında), sabit olduğu şeklinde de değerlendirmek zorunda değildir.

Avusturya medeni yargılama hukukunda; istinaf (Berufung), itiraz (Rekurs), temyiz (Revision) ve temyiz itirazı (Revisionsrekurs) kanun yolları mevcuttur. İstinaf Ö-ZPO § 461/1'e göre, ilk derece mahkemesinin "Urteil" türünden kararlarına karşı bir kanun yolu olup, söz konusu uyuşmazlığı üst mahkemeye taşır¹¹³. Temyiz ise Ö-ZPO § 502/2-4 uyarınca, ikinci derece mahkemesinin, değeri 5000 Euro olan uyuşmazlıklarında sadece aile veya kira hukuku gibi kısıtlı alanlarda, değeri 5000 ile 30000 Euro arasında olan uyuşmazlık konularında istinaf mahkemesinin mevcut hukukî sorunun önemine binaen karar vermesi halinde ve değeri 30000 Euro üstü uyuşmazlıklarda, her türlü "Urteil" türünden kararlarına karşı mümkün olan kanun yoludur. Diğer yandan, mahkemenin vermiş olduğu "Beschluss" türünden kararlara karşı Ö-ZPO § 514 ile itiraz kanun yolu imkânı varken, itiraz mahkemesinin Beschluss kararlarına karşı ise, Ö-ZPO § 528 uyarınca temyiz itirazı imkânı vardır¹¹⁴.

Mahkeme, ara kararı¹¹⁵ "Urteil" niteliğinde vereceğinden dolayı, ara karara karşı başvurulabilecek kanun yolları istinaf ve temyiz ile kısıtlıdır. Kanun yoluna müracaat ile yargılamanın seyrinin nasıl olacağı sorusu, ara kararın türüne göre değişmektedir. Eğer mahkeme Ö-ZPO § 393/1 uyarınca, esasa ilişkin bir ara karar vermiş, mezkûr ara karar da istinaf veya temyiz kanun yoluna taşınmışsa, bu durumda sonraki duruşmalar ara karar kesinleşene kadar kanunî etki ile (Ö-ZPO § 393/3 C. 2) duracaktır¹¹⁶. Öğretide, bu durumun yargılamayı uzatıcı bir etkisi

İstinaf mahkemesi, doğru bir şekilde, davanın ileriki aşamalarında, eğer ilk davalı tarafın özen yükümlülüğüne ilişkin ihmali ortaya çıkmazsa, kendisi tarafından § 393a ZPO'ya göre verilen ara kararın, dava talebinin reddine engel olmayacağını ortaya koymaktadır." OGH 24.04.2012, 2 Ob 63/12x.

Ayrıca bkz. Rechberger/Klicka, in: Zivilprozessordnung, § 393a Rn. 1.

¹¹³ Kanun yollarının bu etkisi temyizde de söz konusu olup, birtakım istisnalar itiraz kanun yolunda görülmektedir (Rechberger ve Daphne-Ariane Simotta, Rn. 1053 ve 1124).

¹¹⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. Rechberger/Simotta, Zivilprozessrechts, Rn. 1110 ve Rn. 1124.

¹¹⁵ Önemle ifade etmek isteriz ki, son değişikliklerle birlikte, aleyhine istinaf yoluna başvurulabilen ara karar çeşitliliği azaltılmıştır.

¹¹⁶ Zira, miktara ilişkin duruşmaya devam edilmesi halinde, esasa ilişkin ara kararın, usûl ekonomisi ilkesine hizmet amacını yok edeceği ifade edilmektedir (Rechberger/Klicka, in: Zivilprozessordnung, § 393 Rn.12).

olması sebebiyle usûl ekonomisi bakımından olumsuz sonuçları olabileceğinden eleştirilmiştir¹¹⁷. Son olarak, zamanaşımı def'i¹¹⁸ hakkında Ö-ZPO § 393a'ya göre verilen ara karara karşı kanun yoluna ilişkin Ö-ZPO § 393/3 C. 1 ve 2'ye atıf yapılmıştır. Böylece, § 393a'ya göre verilen bir ara karara karşı müstakilen istinafa başvurulması mümkündür. Ayrıca yapılan açık atıf sonucu, sonraki duruşmalar, ilgili ara karar kesinleşene kadar kanunî etki ile kendiliğinden duracaktır¹¹⁹.

VI. SONUÇ

Görüldüğü üzere, ara karara karşı topyekûn bir kanun yolu hakkı mehzaz kanunlarda bulunmamaktadır. Fakat, Türk yargılama hukukunda olduğu gibi, mehzaz kanun koyucu katı bir tutum sergilememektedir. Bunun sebebi, demokrasi ve hukuk devletinin olmazsa olmazı olan hak arama özgürlüğüne ilişkin anlayıştır. Hak arama özgürlüğü, makul sürede yargılamanın bitirilmesi ve usûl ekonomisi ile dengelenmeye çalışılmıştır. En azından bu yönde çalışmalar yapılmıştır.

Alman ve İsviçre hukukunda, Türk yargılama sistemine yabancı ara karar kurumları mevcuttur. Örneğin, Alman hukukunda var olan esasa ilişkin ara karar veya tespit ara kararı gibi. Alman hukukunda var olan esasa ilişkin ara karar kurumunun (ZPO § 304), Türk yargılama hukukundaki sorunları çözmeye katkısının olamayacağını düşünmekteyiz. Ayrıca, yaptığımız araştırma neticesinde, Alman yargılama hukukunda, esasa ilişkin ara karar kurumuna başvurunun oldukça az olduğunu müşahade ettik. Bunun sebebi olarak, mezkûr kurumun, yargılama süresinin uzaması ihtimalini de beraberinde getirmesidir. Zira, esasa ilişkin ara karara karşı kanun yolu açıktır. Esasa ilişkin ara karar, Türk hukukunda tam simetrisi olmasa da amacına yönelik düşünüldüğünde tespit davası ile benzeşmektedir. Tespit davasının, uygulamada sıklıkla kullanılmasının yolu açılmalıdır. Zira

¹¹⁷ Deixler-Hübner, in: Zivilprozessgesetzen, § 393 Rn. 16.

¹¹⁸ Köck, ZPO § 393a'da, zamanaşımı def'ine ilişkin hükmü, kıyasen, maddi hukukta hak kaybına yol açacak sürelerle de teşmil edilebileceğini belirtmiştir. Yazar böylece, maddenin kapsamını genişletmektedir [Bernhard Köck, "Das Zwischenurteil zur Verjährung", Zivilrecht aktuell (Zak), 2011/307, s.167-168].

¹¹⁹ Rechberger/Simotta, Zivilprozessrechts, Rn. 912.

uygulamacılar, tespit davalarına mesafeli yaklaşmaktadır. Bu durum da yargılamaların uzamasına sebebiyet vermektedir.

Yaklaşık 100 yıllık gelenek ve alışkanlıkları olan usûl hukukumuzun, mehz kanundan alabileceği en önemli husus, bazı ara kararlara karşı kanun yolu imkanının tanınmasıdır. Avusturya hukukunda, zamanaşımı def'î ara kararına karşı müstakilen kanun yolu imkânı tanınmıştır (Ö-ZPO § 393a). HMK'da da bu yol izlenerek, örneğin fer'î müdahale talebinin reddine ilişkin veya delil tespiti talebinin reddi ara kararına ilişkin kanun yoluna müracaat imkânı tanınmalıdır. Bir başka çözüm yolu ise, tıpkı Alman yargılama hukukunda olduğu gibi, gerçek olmayan ara kararlara karşı (ZPO § 303), üçüncü kişilerin dahil olduğu ara sorunların karara bağlanmasını ölçüt olarak genel sınırlar çizilebilir. Kanaatimize göre, Alman hukukunda ihdas edilmiş olan ara karara karşı acele itiraz (sofortige beschwerde) yolu, Türk yargılama hukukunda yer edinebilir. Son olarak ifade etmek isteriz ki; kanun koyucu, ivedi bir şekilde, özellikle maddî hukuka yansıması ve etkisi açık olan ara kararlara ilişkin kanun yoluna müracaat hakkı tanınmalıdır. Zira, hukuk devleti olmanın gereği bunu zorunlu kılmaktadır.

KAYNAKÇA

- ALANGOYA, Yavuz/ YILDIRIM, M. Kâmil/ DEREN YILDIRIM, Nevhis: Medenî Usul Hukuku Esasları, 8. Bası, İstanbul: Beta Basım Yayım, 2011.
- ARNOLD, Hans-Friedrich: Das Grundurteil, Regensburg: Roderer, 1996.
- AKİL, Cenk: İstinaf Kavramı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2010.
- AKİL, Cenk: “Temyiz Yoluna Başvuru Şartı Olarak ‘Hukukî Menfaat’”, Bankacılık ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt 28, Sayı 3, 2012, s. 267-298.
- AKKAYA, Tolga: Medenî Usûl Hukukunda İstinaf, Ankara: Yetkin Yayınları, 2009.
- ARSLAN, Ramazan: Medeni Usul Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi, Ankara: Turhan Kitabevi, 1977.
- ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder/ TAŞPINAR AYVAZ, Sema/ HANAĞASI, Emel: Medeni Usul Hukuku, 7. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2021.
- ATALI, Murat/ ERMENEK, İbrahim/ ERDOĞAN, Ersin: Medeni Usul Hukuku, 4. Bası, Ankara: Yetkin Yayınları, 2021.
- BeckOK ZPO: Beck’scher Online-Kommentar, Hrsg. v. Volkert Vorwerk, Christian Wolf, München 2021.
- BERKİ, Ali Himmet: “Nihaî Karar Ne Demektir?”, Adalet Dergisi, 1945, Sayı.5, s. 447-452.
- BERKİN, Necmeddin M: Tatbikatçılara Medeni Usul Hukuku Rehberi, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1981.
- BERNER Kommentar: Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. II, Hrsg.: Heinz Hausheer, Hans Peter Walter, 2012 (BernerKomm/Yazar)
- BETTERMANN, Karl August: “Anfechtung und Kassation”, ZZP 89, 1976, s. 365-438.
- BORAN GÜNEYSU, Nilüfer: Medeni Usul Hukukunda Karar, Ankara: Adalet Yayınevi, 2014.

- BUDAK, Ali Cem/ KARAASLAN, Varol: Medenî Usul Hukuku, 5. Baskı, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2021.
- CHEVALIER, Marco: Die Beschwerde an das Bundesgericht, Basel: Helbing Lichtenhahn, 2009.
- DEREN YILDIRIM, Nevhis: “Kanunyollarına Dair Bazı Düşünceler”, Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı VI, İzmir/Çeşme 19-20 Ekim 2007, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, s. 3-17.
- FASCHING, Hans W: “Das Zwischenurteil über den Grund des Anspruches (§ 393 Abs 1 ZPO)”, ÖJZ, 1958, 264.
- FASCHING, Hans W./ KONENCY, Andreas: Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen, III/2, §§ 390-460 ZPO, Wien: Manz, 2018.
- FLEISCHANDERL, Petra: “Die Anfechtbarkeit von Vor- und Zwischenentscheiden § Art. 92 f. BGG”, Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung und berufliche Vorsorge, 57/2013, s. 305-342.
- FURTNER, Georg: Das Urteil im Zivilprozeß, München: C.H. Beck, 1985.
- GASSER, Dominik/RICKLI, Brigitte: Schweizerische Zivilprozessordnung Kurzkomentar, Zürich 2010.
- GÖKSU, Tarkan: Die Beschwerden ans Bundesgericht, Zürich: Dike Verlag, 2007.
- GÜRDOĞAN, Burhan: Medeni Usul Hukukunda Kesin Hüküm İtirazı, Ankara: Ayyıldız Matbaası, 1960.
- İYİLİKLİ, Ahmet Cahit: Hukuk Yargılamasında Kesin Hüküm, 2. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2020.
- JÄGER, Annette: Zwischenstreitverfahren nach den §§ 280, 303 ZPO, Aachen: Shaker, 2002.
- JAUERNIG, Othmar: “Teilurteil und Teilklage”, in: 50 Jahre Bundesgerichtshof. Festgabe aus der Wissenschaft, Hrsg. v. Claus Wilhelm Canaris, Andreas Heldrich, Klaus J. Hopt, Claus Roxin, Karsten Schmidt, Gunter Widmaier, Band 3: Zivilprozeß, Insolvenz, Öffentliches Recht, Hrsg. v. Karsten Schmidt, München 2000, s. 311-336.

- KARSLI, Abdurrahim: Medeni Muhakeme Hukuku, 5. Baskı, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2020.
- KELLER, Christoph: “Das Verfahren nach § 304 ZPO – Grund- und Schlussurteil”, Juristische Arbeitsblätter (JA), Heft 6, s. 433-439.
- KÖCK, Bernhard: “Das Zwischenurteil zur Verjährung”, Zivilrecht aktuell (Zak), 2011/307, s. 167-169.
- KURU, Baki: Medeni Usul Hukuku El Kitabı, Cilt I, Ankara: Yetkin Yayınları, 2020.
- LÜKE, Wolfgang: Zivilprozessrecht I, 11. Auflage, C.H Beck, 2020.
- MEYER, Ulrich: Stämpflis Handkommentar, Hrsg: Baker&McKenzie, Schweizerische Zivilprozessordnung, Bern, 2010.
- MUSIELAK, Hans-Joachim/ VOÏT, Wolfgang: Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz. Kommentar, 18. Auflage, München: Franz Vahlen, 2021 (Zivilprozessordnung).
- MUŞUL, Timuçin: “Medeni Usul Hukukunda Ara Kararları”, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı.4, 1988, s. 217-262.
- MÜLLER, Nicola: “Prozessleitende Entscheide im weiteren Sinne. Eine Untersuchung von Zwischenentscheiden und prozessleitenden Verfügungen nach ZPO und BGG”, Schweizerische Zeitschrift für Zivilprozess- und Zwangsvollstreckungsrecht (ZZZ), 2014, s. 245-275.
- OBERHAMMER, Paul: Schweizerische Zivilprozessordnung, Kurzkomentar, Basel, 2010.
- ÖNEN, Ergun: Medeni Yargılama Hukuku, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1979.
- ÖZEKES, Muhammet/ PEKCANITEZ, Hakan/ ATALAY, Oğuz/ ATALI, Murat/ ERDÖNMEZ, Güray/ AKKAN, Mine/ YEŞİLIRMAK, Ali/ TAŞ KORKMAZ, Hülya: Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, 15. Bası, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017.
- ÖZKAYA-FERENDECİ, H. Özden: “Alman Medeni Usûl Hukukundaki Ara Tespit Davası ve Buna İlişkin Düşünceler”, MÜHF-HAD, Cilt 13, Sayı, 1-2, 2007, s. 193-209.

- ÖZMUMCU, Seda: Yargıtay Kararları Işığında Medeni Yargılama Hukukunda Ön Sorun, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019.
- ÖZTEK, Selçuk: Türk Medeni Yargılama Hukukunda İstinaf ve Temyiz, Ankara: Yetkin Yayınları, 2021.
- ÖZTEK, Selçuk: “Temyiz Kanun Yolunun Tarihçesine İlişkin Bazı Tespitler”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Mehmet Akif Aydın’a Armağan, Cilt 21, Sayı 2 (Özel Sayı), 2015, s. 119-127.
- PEKCANITEZ, Hakan/ ATALAY, Oğuz/ ÖZEKES, Muhammet: Medeni Usûl Hukuku Ders Kitabı, 9. Bası, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021.
- PİLS, Michael Johannes: “Das System der Rechtsbehelfe im Zivilprozess”, JA, 2011, s. 451-457.
- POSTACIOĞLU İlhan E./ ALTAY, Sümer: Medeni Usul Hukuku Dersleri, 8. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2020.
- PRÜTTING, Hanns/ GEHRLEIN, Markus: Zivilprozessordnung Kommentar, Hrsg. v. Hanns Prütting, Markus Gehrlein, 12. Aufl., München: Luchterhand, 2020 (PG/Yazar, Kommentar).
- RAUSCHER, Thomas/ KRÜGER, Wolfgang: Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, 6. Auflage, München: C.H. Beck, 2020 (MüKoZPO/Yazar, 2020).
- RECHBERGER, Walter H./ KLICKA, Thomas: ZPO Zivilprozessordnung, 5. Auflage, Wien: Verlag Österreich, 2019 (Zivilprozessordnung).
- RECHBERGER, Walter H./ SIMOTTA, Daphne-Ariane: Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts, Erkenntnisverfahren, Wien: Manz, 2017 (Zivilprozessrechts).
- ROSENBERG, Leo/ SCHWAB, Karl Heinz/ GOTTWALD, Peter: Zivilprozessrecht, München, 2018.
- SUTTER-SOMM, Thomas: Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Auflage, Zürich: Schulthess Verlag, 2017.

STEİN, Friedrich/ JONAS, Martin: Kommentar zur Zivilprozessordnung (23. Aufl.), Tübingen: Mohr Siebeck, 2018, (Stein/Jonas/ Bölüm Yazarı, Zivilprozessordnung).

STEİNER, Jakob: “Die Beschwerde nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung”, SSZR , 2019/31, s. 19-41.

ŞAVATA TANVERDİ, Ayşe Banu: “Medeni Usul Hukukunda Kazanılmış Haklar ve Özellikle Usuli Kazanılmış Haklar”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. İstanbul Üniversitesi SBE, 1993.

UNBERATH, Hannes: “Der Zweck der Rechtsmittel nach der ZPO-Reform – Theorie und Praxis”, ZZZ 120, 2007, s. 323-346.

ÜSTÜNDAĞ, Saim: Medeni Yargılama Hukuku, 7. Bası, İstanbul: Nesil Matbaacılık, 2000.

VOİT, Wolfgang: “Vorabentscheidung über einzelne Verteidigungsmittel aus prozessökonomischen Gründen”, NJW, 2017, 203-205 (Beck-Online, Erişim Tarihi: 21.11.2021) (NJW 2017).

WITHOLZ, Reinhold: Das Zwischenurteil, Diss., Halle 1927.

YAVAŞ, Murat: Medeni Usul Hukukunda Temyiz, İstanbul: Seçkin Yayınları, 2015.

ZÖLLER, Richard: Zivilprozessordnung, Beg. v. Richard Zöller, 33. Aufl., Köln: Dr. Otto Schmidt, 2020 (Zivilprozessordnung).

<https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/staat/gesetzgebung/archiv/zivilproze/ssrecht.html> (Erişim Tarihi: 21.11.2021).

<https://beck-online.beck.de/Home> (Erişim Tarihi: 21.11.2021).

<https://www.swisslex.ch/de/> (Erişim Tarihi: 21.11.2021).