

TÜKETİCİ SÖZLEŞMELERİNDE USULE İLİŞKİN HAKSIZ ŞARTLAR

Unfair Terms Regarding the Procedure in Consumer Contracts

Gökberk ÖZSÖKER*

ÖZ

Makalede, öncelikle medeni usul hukukunda irade özerkliği ve usul sözleşmesi kavramları incelenmektedir. Bu sözleşmelerdeki genel işlem koşulları, dürüstlük kuralına aykırılıkları itibariyle sözleşmede kullanılan karşı tarafına makul derecenin üzerinde dezavantaj oluşturabilirler. Tüketici sözleşmelerinde, genel işlem koşullarının hukuki soruna yol açacak biçimde kullanılmasının doğuracağı sonuç açıklığa kavuşturulmalıdır. Böyle bir durumda, genel işlem koşulları, sözleşmenin içeriğine etki etmezler. İkinci olarak makalede, 5 Nisan 1993 tarihli ve 93/13/AET sayılı Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Konsey Direktifi çerçevesinde haksız şart kavramına değinilmektedir. Genel işlem koşullarında adil olmayan niteliği değerlendirmek için, hukuki ölçütlerin genel olarak düzenlenmesi gerekmektedir. Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Direktif, bir asgari uyumlaştırma şartıdır. Direktif, sözleşmelerin usul yönünden de denetimini içerir. Son olarak konu Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik Eki'nde, haksız şartlara örnek olarak yer alan tahkim sözleşmesi, mevcut delilin tüketici tarafından gösterilmesinin ölçüsüz derecede sınırlandırılması sonucunu doğuran delil sözleşmesi ve ispat yükü sözleşmesi ile ele alınacaktır. Ayrıca yetki sözleşmesi de gözden geçirilecektir.

Anahtar Kelimeler: Haksız Şartlar, Tahkim, Delil Sözleşmesi, İspat Yükü, Yetki Sözleşmesi.

Makalenin Geliş Tarihi: 20.09.2023, **Makalenin Kabul Tarihi:** 05.12.2023.

* Arş. Gör. Dr., Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı, E-posta: gokberk.ozsoker@asbu.edu.tr, ORCID: 0000-0003-4961-1331.

ABSTRACT

This article, first examines the concepts of party autonomy and procedural agreement within the ambit of law of civil procedure. General terms covered in these contracts could have unreasonably negative impacts when they are contrary to the good faith requirement. The consequence of the use of general terms in consumer contracts in a way that causes question of law should be clarified. Under this circumstance, mentioned terms would be regarded as ineffective. Second, it delves into the concept of unfair terms within the context of the Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on Unfair Terms in Consumer Contracts. It is necessary to regulate in a general way the criteria for law for assessing the unfair character of general terms. The Unfair Terms in Consumer Contracts Directive is a minimal harmonization clause. It has also procedural controls on contracts. Finally, the article concludes with elaboration upon arbitration agreement, agreements resulting in disproportionate limitation of the offering and presenting evidence by consumer, and agreement to determine the burden of proof, which are indicative of unfair terms pursuant to the Annex of Regulation on Unfair Terms in Consumer Contracts. Venue agreement is also analyzed.

Keywords: Unfair Terms, Arbitration, Evidence Agreement, Burden of Proof, Venue Agreement.

GİRİŞ

İrade özerkliği, sözleşme özgürlüğünün özünü oluşturur¹. Bu bakımdan yedek hukuk kuralları, tarafların serbestçe hareket edebilecekleri alanı da gösterir². Böylece taraflar, esnek bir düzenleme alanına kavuşurlar. Ne var ki günümüzde, sözleşmelerin emredici hukuk kuralları bakımından da özel bir denetime tâbi tutulması ihtiyacı ortaya çıkmıştır. Söz konusu ihtiyaç, özellikle

¹ Selâhattin Sulhi Tekinay ve diğerleri, *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 7. Baskı (İstanbul: Filiz, 1993), 362-363; Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. 1 (İstanbul: Vedat, 2023), 24-25; Ali Naim İnan ve Özge Yücel, *İnan Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 4. Bası (Ankara: Seçkin, 2014), 76; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 28. Baskı (Ankara: Legem, 2023), 17; Yasemin Işıktaç, *Hukukun Kaynağı Olarak Sözleşme*, 2. Tıpkı Baskı (İstanbul: Filiz, 2014), 311.

² Tekinay ve diğerleri, *Borçlar*, 371-372; Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, 184; Eren, *Borçlar*, 365-366; Işıktaç, *Sözleşme*, 316-317.

genel işlem koşullarına da sıkça yer verilen ve taraflardan birinin daha zayıf konumda olduğu tüketici hukukunda kendisini göstermektedir³.

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un (TKHK) 5. maddesinde özel bir terim olan "haksız şart" ifadesi kullanılmıştır. Buna göre haksız şart, "tüketiciyle müzakere edilmeden sözleşmeye dâhil edilen ve tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme şartlarıdır".

Kanun, haksız şartların tespit edilmesi ve denetlenmesine ilişkin usul ve esaslar ile sınırlayıcı olmamak üzere haksız şart olduğu kabul edilen sözleşme şartlarının yönetmelikle belirlenmesini öngörmüş (TKHK m. 5, 9), bu doğrultuda Ticaret Bakanlığı tarafından, Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik⁴ yayımlanmış olup, Haksız Şartlar Yönetmeliği Eki ile de haksız şart örnekleri gösterilmiştir.

Haksız Şartlar Yönetmeliği ile Eki'nin usul hukukuna etkisi ve bu alanda doğurduğu sonuçların 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'yla (HMK) ilişkisinin ve uyumunun ortaya konulması gerekir.

Haksız Şartlar Yönetmeliği Eki'nin 1. maddesinin "n" bendinde, usul sözleşmelerinde haksız şartların neler olabileceği örneklendirilmiştir.

Çalışmamızın sınırlandırılması açısından usul sözleşmelerinin tamamı değil; Haksız Şartlar Yönetmeliği Eki'nde yer alan usul sözleşmeleri yol gösterici olacaktır.

I. USUL HUKUKUNDA İRADE ÖZERKLİĞİ VE SÖZLEŞME

A. Usul Hukukunda İrade Özerkliği

İrade özerkliği, tek taraflı veya iki ya da çok taraflı irade aracılığıyla hukukî sonuç doğurmaya yönelik işlemlerin serbestçe yapılmasına hizmet eder⁵. Bu anlamda tek taraflı işlemler, sözleşme veya kararlardan söz edilebilir.

İrade özerkliğinin "sözleşme" yoluyla kullanılması, tarafların kanunlarda öngörülen emredici hükümlere veya kamu düzenine aykırı olmayacak şekilde

³ Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, 176; İnan ve Yücel, *Borçlar*, 307-308; Eren, *Borçlar*, 228.

⁴ RG. 17.06.2014, S. 29033.

⁵ Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, 24; İnan ve Yücel, *Borçlar*, 76; Eren, *Borçlar*, 16.

karşılıklı olarak diledikleri biçim ve içerikte anlaşma yapabilmelerine olanak sağlar⁶.

Borçlar hukukunun dışında, eşya hukuku, aile hukuku ve miras hukukunun da dahil olduğu diğer medeni hukuk alanları ile idare hukukunda da sözleşmelerle çeşitli hukuki ilişkiler meydana getirilmektedir⁷. Bu alanların bir kısmında örneğin borçlar hukukunda olduğu üzere taraflar bakımından daha geniş bir hareket alanı veya serbestiden söz edilebilirken; yine özel hukuka ait olmakla birlikte örneğin eşya hukukunda bu özgürlüğün sınırlandığı görülmektedir.

Konuya özel hukukun hayata geçirilmesinin bir aracı olan ve şekil hukukuna giren bir disiplin olan usul hukuku açısından bakıldığında sözleşme özgürlüğünün sadece borçlar hukukuna değil; bir bütün olarak hukuka aidiyetinin kabulü, irade özerkliğinin usul hukukunda da belirli düzeyde etkisi olduğuna işaret etmektedir⁸. Usul hukuku alanında da usuli ilişkinin tarafı olan kimselerin Kanunda öngörülmeleyen bir sözleşmeyi serbest iradeleri ile yapıp yapamayacakları tartışma konusudur.

Kanuna veya ahlâka aykırı olmadığı sürece her türlü usul sözleşmesi yapılabileceğine ilişkin liberal görüşlerin karşısına klasik görüş olarak akdî dava yasağı görüşü çıkmış ve kamu hukukuna ait bu alanda Kanunda öngörülenler dışında sözleşme yapılamayacağı ileri sürülmüştür⁹.

⁶ Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, 24; İnan ve Yücel, *Borçlar*, 76; Eren, *Borçlar*, 16-17.

⁷ Detlev Joost, "Der Ausschluss der Inhaltskontrolle bei Entgeltregelungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen," *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 17, 2. Halbjahr, Köln (1996): 1685; Yavuz Alangoya, *Medeni Usul Hukukumuzda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi* (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1973), 38.

⁸ Alangoya, *Tahkim*, 39.

⁹ Akdî dava yasağı (Verbot des Konventionelprozess), tarafların usuli ilişkiyi sözleşme yapmak suretiyle serbestçe belirleyemeyeceklerini üç gerekçe ile ifade etmektedir: Yargılama hukukunda irade özerkliği değil, akdî dava yasağı geçerlidir. Yargılama hukuku tarafların iradesini mahkemeye tek taraflı işlemler yoluyla bildirmesine olanak tanır. Öte yandan yargılama süreci içindeki aşamalar ortaya çıkmadan önceki bir dönemde tarafların tasarruf etmesi onlar bakımından risklidir; zira bu aşamada söz konusu yetkilerin önemi bilinmeyebilir [Bilge Umar ve Ejder Yılmaz, *İsbat Yükü*, 2. Bası (İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları, 1980), 13; Murat Atalı, İbrahim Ermenek ve Ersin Erdoğan, *Medeni Usul Hukuku*, 6. Baskı (Ankara: Yetkin, 2023), 278]; Tanrıver'e göre de devletin özel hukuk alanında yargı yetkisini nasıl kullanacağına ilişkin kural ve ilkeler medeni usul hukuku alanında yer almaktadır; akdî muhakeme caiz değildir ve borçlar hukukundaki gibi sözleşme özgürlüğünün kapsamını belirleyen

Buna karşılık doktrinde uzlaştırıcı olarak ifade edilebilecek bir görüş, “*kanun, yasaklamadığı şeye izin vermiş olabilir; ancak buna izin vermek zorunda değildir*” şeklinde bir formülasyon ile somut olarak üzerinde tasarruf edilmek istenen husus bakımından kamu yararı ve bireysel menfaat karşılaştırması yapılmasını önermiştir¹⁰.

Daha sonra bu görüşe, kamu yararı ile taraf menfaatinin dengelenmesi ve buna göre usul sözleşmesi yapılabilmesi yönüyle eleştiri getirilmiştir. Emredici usul kuralları da maddi (özel) hukuktaki emredici kurallarda olduğu gibi mutlak olarak kamu yararına dayanmaz; aksine taraf menfaatinin adil bir yargılama içinde garanti edilmesi fikrinden kaynaklanır. Kamu yararı, taraf menfaati ile kamu yararının karşı karşıya geldiği durumlarda rol oynar. Örneğin, kamuya açıklık ile kısıt adli kaynakların etkili kullanılmasındaki menfaatin belirlenmesinde kamu yararı dikkate alınır. Dolayısıyla usul kanunlarının kendilerine verdiğiinden daha fazlasını usuli düzenleme yapmak suretiyle talep eden tarafların istemleri, adli kaynakların (olanakların) kamu zararına tüketilmesini gerektiriyorsa veya böyle sonuçlara yol açıyorsa usul hukuku buna izin vermemelidir¹¹. Maddi hukuk ve usul hukuku arasındaki ilişki, sadece usul sözleşmelerini gerekçelendirmek için değil aynı zamanda aralarındaki sınırın belirlenmesinde de önemlidir. Emredici kurallar, hakkın doğumunu güvence altına alır; buna karşılık hak üzerinde sonradan tasarruf edilmesine müdahale etmez. Nitekim taraflar, hakları üzerinde ertelemek, ibra etmek veya usuli sözleşme kurmak biçiminde işlem yapabilirler¹². O halde somut durumlar dikkate alınarak tarafların üzerinde anlaşma yaptıkları usul kuralının niteliği; bu konuda usul kanunlarının hak düşürücü bir etki tanıyıp tanımadığı; hâkimin bu kurala aykırılığı resen gözetip gözetemeyeceği gibi hususları dikkate alarak bir sonuca varmak uygun olur. Öte yandan özellikle genel işlem koşulları bakımından bugün gelinen aşama ve içerik kontrolü ile tüketicilerin haksız şartlara karşı korunması da dikkate alındığında, usul sözleşmelerine karşı çıkışın azalması da beklenir. Zira usuli tasarruf yetkisinin

bir çerçevede hüküm medeni usul hukukunda yer almadığından Kanunda öngörülenler dışında usul sözleşmesi yapılamaz [Süha Tanrıver, *Medeni Usul Hukuku*, C. 1, 5. Bası (Ankara: Yetkin, 2021), 497-498].

¹⁰ Sema Taşpınar, *Medeni Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri* (Ankara: Yetkin, 2001), 82-83.

¹¹ Gerhard Wagner, *Prozessvertraege, Privatautonomie im Verfahrensrecht* (Tübingen: Mohr Siebeck, 1998), 209.

¹² Wagner, *Privatautonomie*, 210.

kötüye kullanılması, usul sözleşmelerinin kabulüne karşı önemli bir gerekçe olarak kullanılmıştı¹³.

Bizim de katıldığımız görüşe göre; tarafların düzenlemek istedikleri usuli yetki veya hak, usul hukukunun mahkeme tarafından da gözetilmesi gereken ve hak düşürücü etkisi bulunmayan bir hususa ilişkin olmadıkça ve usul hukukunun genel ilkeleri ile amaçlarına aykırı olmamak kaydıyla usul sözleşmesine konu olabilmelidir¹⁴. Örneğin bir dava şartı olarak kabul edilen teminat gösterme koşulu (HMK m. 114, 1/ğ; 87, 1) taraflarca serbestçe düzenlenebilir. Zira burada korunan menfaat, davalının muhtemel yargılama giderlerinin güvence altına alınmasıdır. Buna karşılık, aynı sonuca davacı tarafından yatırılması gereken ve yine bir dava şartı olan gider avansı (HMK m. 114, 1/g) bakımından varılamaz. Zira burada yargının makul sürede işleyişini sağlamak bakımından getirilen bir düzenleme söz konusudur. O halde usul hukukunun temel özellikleri ve korunan menfaati ile sözleşme hukukunun genel koruyucu olanakları ve genel işlem koşulu denetimi de dikkate alınarak irade özerkliğinin bir yansıması olan sözleşme özgürlüğüne imkân tanınmalıdır¹⁵.

B. Usul Sözleşmesi

Usul sözleşmesi, mevcut veya gelecekteki bir davada bir usuli ilişkiyi kurmayı, değiştirmeyi veya ortadan kaldırmayı amaçlayan ya da usuli bir edimin ifasını veya ondan kaçınılmasını içeren, etkilerini doğrudan yargılama hukukunda gösteren iki taraflı bir usul işlemidir¹⁶. Usul işleminin en önemli unsuru, işlemin amacıdır. Buna göre, usul işleminin asli etkilerinin usul hukuku alanında doğması gerekir¹⁷.

¹³ Wagner, *Privatautonomie*, 210-211.

¹⁴ Taşpınar, *İspat Sözleşmeleri*, 108; ÜSTÜNDAĞ emredici olmayan kurallar bakımından, usul hukukunda sözleşme özgürlüğü bulunduğunu; ek olarak “*akdi muhakemenin caiz olmadığı*” yönündeki yaklaşımın da hâkim olduğunu belirtmektedir [Saim Üstündağ, *Medeni Yargılama Hukuku*, C. 1-2, 7. Baskı (İstanbul: Filiz, 2000), 41].

¹⁵ Hans-W. Micklitz, “Reforming European Unfair Terms Legislation in Consumer Contracts,” *European Review of Contract Law* 6, no. 4 (2010): 358; Oliver Gerstenberg, “Constitutional Reasoning in Private Law: The Role of the CJEU in Adjudicating Unfair Terms in Consumer Contracts,” *European Law Journal* 21, no. 5 (September 2015): 602; Taşpınar, *İspat Sözleşmeleri*, 109.

¹⁶ Taşpınar, *İspat Sözleşmeleri*, 73.

¹⁷ Gottfried Baumgärtel, *Wesen und Begriff der Prozeßhandlung einer Partei im Zivilprozeß*, 2. Auflage (Berlin-Frankfurt: Vahlen, 1972), 64-69, 291; Güray

Usul işlemi, çeşitli açılardan ayrıma tâbi tutulmaktadır. Doktrinde usul işlemi, dar veya geniş anlamda olmak üzere iki şekilde tanımlanmaktadır. **Dar anlamda usul işlemi**, yargılamanın ilerlemesi için yapılan, etkileri ve koşulları usul hukuku tarafından düzenlenen işlemlerdir¹⁸. **Geniş anlamda (işlevsel) usul işlemi** tanımında ise, usul işlemi işlevsel olarak ele alınmaktadır. Buna göre, bir işlemi usul işlemi saymak için, onun hem etkisinin hem de koşullarının usul hukuku tarafından düzenlenmiş olması gerekmez. Aksine, işlemin doğurduğu aslî ve doğrudan etkinin usul hukukunda ortaya çıkması, o işlemi usul işlemi olarak kabul etmek için yeterlidir¹⁹.

Geniş anlamda usul işlemi (işlevsel usul işlemi) tanımı büyük ölçüde taraftar bulan ve kabul edilen görüştür. Buna göre, bir işlemin kendisinden ayrı düşünülemez aslî etkileri, o işlemin ait olduğu alanı belirlemelidir. Eğer yaratılmak istenen aslî etki, usul hukukuna ilişkin ise, yani bir usuli ilişkiyi kurmak, değiştirmek veya ortadan kaldırmak amaçlanıyorsa, bu işlem usul işlemidir ve usul hukukunun ilkelerine tâbi olmalıdır. Ancak bir işlemin usul işlemi sayılması için, mutlaka koşullarının da usul hukukunca düzenlenmiş olması gerekmez²⁰.

Usul işlemleri değişik açılardan birçok sınıflandırmaya tâbi tutulabilir. Buna göre, usul işlemleri **taraf usul işlemleri** ve **mahkeme usul işlemleri** olarak ikiye ayrılmakta; burada işlemi yapan kişi veya organa göre değerlendirme yapılmaktadır²¹. Ancak konumuzu ilgilendiren yönü itibariyle taraf usul işlemi üzerinde durulmalıdır.

Erdönmez, *Pekcanitez Usul Medenî Usul Hukuku*, C. 1, 15. Bası (İstanbul: Onikilevha, 2017) 433; Evren Koç, *Medeni Usul Hukuku Kapsamında Usuli İşlemlerde İrade Bozuklukları* (İstanbul: Sümer, 2021), 24-25; Taşpınar, *İspat Sözleşmeleri*, 66-69; Üstündağ, *Medeni Yargılama*, 416.

¹⁸ Ramazan Arslan ve diğerleri, *Medenî Usul Hukuku*, Güncellenmiş 9. Baskı (Ankara: Yetkin, 2023), 174.

¹⁹ Arslan ve diğerleri, *Usul*, 174.

²⁰ Dar anlamda usul işlemi tanımı, yalnızca tek taraflı işlemleri kabul ettiği, usul sözleşmelerini dışladığı; usul işlemi mutlaka derdest bir davayla ilişkilendirip, davadan önce yapılan hiçbir işlemi buraya dahil etmediği; maddi hukuk işlemi olmakla birlikte bir dava içerisinde usuli bir niteliğe bürünen takas, iptal, fesih, feragat vb. işlemlerin özel durumlarını açıklamakta yetersiz kaldığı için eleştirilmektedir (bkz. Arslan ve diğerleri, *Usul*, 174).

²¹ Arslan ve diğerleri, *Usul*, 174 vd.; Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay ve Muhammet Özkes, *Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı*, 11. Bası (İstanbul: Onikilevha, 2023), 125;

Taraf usul işlemleri, tek taraflı²² ve iki taraflı olmak üzere iki türlü olup, yukarıda ifade edildiği gibi usul sözleşmeleri, iki taraflı usul işleminin tipik örneğidir²³. Burada tarafların birbirine uygun ve karşılıklı irade beyanları, usuli birer edimi gerçekleştirmek üzere yapılmaktadır. Örneğin, yetki sözleşmesinde, sözleşmenin konusu, yetkisiz mahkemeyi yetkili kılmak; delil sözleşmesinde ise, tarafların bir davada kullanabilecekleri delilleri sınırlamak biçiminde olabilir.

Bir usul sözleşmesi, maddi hukuk sözleşmesinin içinde (“şart”, “kloz”, “kayıt” şeklinde) yer alabileceği gibi, tek başına (bağımsız, ayrı) da mevcut olabilir. Usul sözleşmelerinin yapılması ve geçerlilik koşulları, kural olarak usul hukuku tarafından belirlenir. Fakat hakkında özel düzenleme bulunmayan hallerde, niteliğine uygun düştüğü ölçüde, maddi hukuktaki sözleşmelere ilişkin kurallar uygulama alanı bulur²⁴. Ancak söz konusu durum, sözleşmenin usul sözleşmesi niteliğinde olmasını değiştirmez. Bu nedenle örneğin sözleşmenin kurulup kurulmadığı konusunda özel bir düzenleme yoksa maddi hukuka başvurulmakla birlikte, sözleşmenin zaman bakımından uygulanması konusunda HMK m. 448 dikkate alınmalıdır.

Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *Usul*, 274-275; Ali Cem Budak ve Varol Karaaslan, *Medenî Usul Hukuku*, 7. Bası (İstanbul: Filiz, 2023), 20-21; Erdönmez, *Pekcanitez Usul*, 435 vd.

²² Tek taraflı usul işlemleri, asli etkilerini usul hukukunda gösteren, bir usuli ilişkinin kurulması, değiştirilmesi veya ortadan kaldırılmasını amaçlayan olumlu veya olumsuz bir taraf işlemi, eylemi veya hareketidir. Dava açılması, cevap dilekçesi verilmesi, delil bildirilmesi, ikrar vb. işlemler tek taraflı usul işlemlerine örnek olarak verilebilir (Arslan ve diğerleri, *Usul*, 174-175; Pekcanitez, Atalay ve Özekes, *Medenî Usul*, 128; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *Usul*, 278; Budak ve Karaaslan, *Usul*, 21; Erdönmez, *Pekcanitez Usul*, 440).

²³ İki taraflı usul işlemleri bakımından ayrı bir kategori oluşturabilecek grup ise, **muvafakat** (veya mutabakat) **beyanlarıdır**. Nitekim, kesin delille ispatın gerekli olduğu hallerde karşı tarafın açık muvafakatiyle tanık dinlenebilmesi (HMK m. 202, 2), davanın geri alınması (HMK m. 123) veya tarafta iradî değişiklik yapılması (HMK m. 124, 1) gibi hallerde karşı tarafın “açık muvafakat”ı yanında bu beyanların ilgilinin imzasıyla tutanağa geçirilmesi gerekir (HMK m. 154). Burada karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarından çok, mahkemeye yönelen bir irade açıklaması vardır. Taraflar birbirlerine karşılıklı hak tanımaktan ziyade, mahkemenin yetkilerini genişletmekte ve bu sonucun doğması çoğu kez mahkemenin konu hakkında kararını da gerektirmektedir. O nedenle bu beyanlar teknik anlamda sözleşme unsurları olarak değerlendirilemez (Taşpınar, *İspat Sözleşmeleri*, 50-53).

²⁴ Arslan ve diğerleri, *Usul*, 175; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *Usul*, 278; Budak ve Karaaslan, *Usul*, 21-22.

II. TÜKETİCİ SÖZLEŞMELERİNDE HAKSIZ ŞART KAVRAMI

A. Tüketici İşlemi ve Sözleşmesi

Kamu tüzel kişilerini de içerecek şekilde ticari veya mesleki amaçlarla ya da onun adına yahut hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler²⁵ arasında mal ve hizmet gibi piyasalarda kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dahil olmak üzere her türlü sözleşmeyle hukuki işleme, tüketici işlemi denilmektedir (TKHK m. 3, 1).

Genel işlem koşulları, taraflarından birinin ileride birden fazla sözleşmede kullanmak amacıyla sözleşmenin kurulmasından önce tek başına hazırlayıp, karşı tarafa sunduğu genel ve soyut nitelikteki sözleşme koşullarıdır²⁶. İçeriğinde genel işlem koşulları barındıran sözleşmeler de kural olarak yalnızca öneri ve kabul şeklindeki irade beyanları ile sözleşmeye taraf olanlar bakımından hukuki sonuçlar meydana getirir²⁷.

Tüketici işlemlerinde güçlü tarafın veya üçüncü bir kişinin önceden tek yanlı olarak bir kısmını veya tamamını formüle ettiği matbu metinleri işlemin genel koşulları biçiminde diğer tarafa dikte ettirdiği görülmektedir²⁸. Örneğin

²⁵ Tüketici: “Ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişiyi ifade eder” (6502 s. K. m. 3, k).

²⁶ Yeşim M. Atamer, *Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi*, 2. Bası (İstanbul : Beta, 2001), 61; Orhan Ersun Civan, *Genel İş Koşulları* (İstanbul: Beta, 2015), 16; Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, 170; İnan ve Yücel, *Borçlar*, 301; Eren, *Borçlar*, 230 vd.; Peter Gauch, Walter R. Schlupe ve Jörg Schmid, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, Band I, 9. Auflage (Zürich: Schultess, 2008), 122, 246; Hans Giger, *Geltungs- und Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen* (Zürich: Schultess Polygraphischer Verlag, 1983), 26-27; Ayşe Havutçu, *Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması* (İzmir: Güncel, 2003), 74; Tekinay ve diğerleri, *Borçlar*, 156; bkz. Joke Sperling, “Standard Conditions under Dutch Law,” *International Business Lawyer* 21, Issue 10 (November, 1993): 488-489.

²⁷ Gauch, Schlupe ve Schmid, *Obligationenrecht*, 248.

²⁸ Gauch, Schlupe ve Schmid, *Obligationenrecht*, 121-122; Tim Drygala, “Anwendbarkeit des AGB-Gesetzes auch auf Gesellschaftsverträge – eine Nebenwirkung der Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen?” *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 18, 1. Halbjahr Köln (1997): 968; Chris Willett, “Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts and Its Implementation in the United Kingdom,” *European Review of Private Law* 5, Issue 2 (1997): 224; Jesse Elvin, “The Application of the Unfair Terms in Consumer Contracts

hava yolu taşımacılığı ile seyahat etmek isteyen bir tüketici, hizmet sağlayıcı konumundaki hava yolu şirketinin sunduğu önceden hazırlanmış koşullar arasından, genellikle en fazla uçmak istediği yolcu sınıfı üzerinde tercih olanağına sahip olmaktadır²⁹. Bunun haricinde, tüketici ya kendisine sunulan koşulları kabul etmek veya reddedip başka bir hava yolu şirketinin sağladığı olanakları araştırmak zorunda kalmaktadır³⁰.

Genel işlem koşullarının sözleşmenin içeriğine alınarak ilişkilendirilmesine dair yapılan ilk denetime geçerlilik denetimi denilmektedir³¹. Genel işlem koşulları, gerek tamamen gerek kısmen sözleşmenin içeriğine dahil olamayıp hükümsüzlük arz ediyorlarsa yazılmamış sayılırlar (TBK m. 22).

B. Tüketici İşleminde Haksız Şartlar

5 Nisan 1993 tarihli ve 93/13/AET sayılı Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Konsey Direktifi, Avrupa Birliği'nde tüketicilerin haksız şartlara karşı koruma ihtiyacının karşılanması amacıyla düzenlenmiştir³². Bu hedefe ulaşmak için, Haksız Şartlar Hakkında Direktif, birlik üyesi ülkelerin yasal düzenlemelerinin asgari düzeyde uyumlaştırılmasının çerçevesini çizmek üzere çıkarılmıştır³³. Üye ülkeler,

Regulations 1999,” *King's College Law Journal* 14, Issue 1 (2003): 40-42; Susanne Storm, “Frequent Flyer Programmes in the EU: Consumer Protection Issues and the Unfair Contract Terms Directive,” *International Travel Law Journal*, Issue 4 (2001): 246; Sperling, “Standard Conditions,” 488.

²⁹ Hava yolu taşımacılığında, tüketicinin etki edebildiği koşullar ve Haksız Şartlar Hakkında Direktif'in uygulanırılığı hakkında detaylı bilgi için bkz. Storm, “Unfair Contract Terms,” 249-251. Maddi hukuka dair tüketicinin karşı tarafındaki tüzel veya gerçek kişi girişimcinin satış, kredi, kefalet gibi ilişkilerde sunduğu koşulların içerik denetiminden geçebilmesi açısından başkaca değerlendirmeler ve istisnalar hakkında bkz. Drygala, “Richtlinie über missbräuchliche Klauseln,” 968-970.

³⁰ Storm, “Unfair Contract Terms,” 250.

³¹ Giger, *Inhaltskontrolle*, 30; Havutçu, *İçerik Denetimi*, 40-41.

³² Kaspar Frey, “Wie ändert sich das AGB-Gesetz?” *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 14, 1. Halbjahr, Köln (1993): 572; Joost, “Der Ausschluss der Inhaltskontrolle,” 1685; Storm, “Unfair Contract Terms,” 245.

³³ Peter Hommelhoff ve Kai-Udo Wiedenmann, “Allgemeine Geschäftsbedingungen gegenüber Kaufleuten und unausgehandelte Klauseln in Verbraucherverträgen, Grundsätzliches zur Transformation der EG-Klauselrichtlinie ins deutsche Recht,” *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 14, 1. Halbjahr, Köln (1993): 562-563; Hans-Werner Eckert, “Der Referentenentwurf zur Umsetzung der EG-Richtlinie über mißbräuchliche

tüketicileri haksız şartlara karşı korumak için, bu Direktif'i kendi hukuk sistemlerine aynen aktarmak zorunda olmayıp ülkeden ülkeye düzenleme farklılıkları söz konusu olabilir³⁴. Üye ülkeler, Direktif hükümlerine oranla daha katı tedbirler içeren yasal düzenlemeler yolunu tercih edebilirler³⁵.

Haksız Şartlar Hakkında Direktif'in 3. maddesinin birinci fıkrası, "*Tek tek pazarlık konusu edilmemiş olan sözleşme kayıtları, dürüstlük kuralına aykırı şekilde tüketici aleyhine, sözleşme taraflarının sözleşmeden doğan hak ve borç dağılımında önemli ve haksız bir orantısızlık yaratması halinde kötüye kullanılabilir olarak nitelendirilir*"³⁶ biçiminde olup Direktif'in diğer hükümlerinin de anlamlandırılması açısından önemlidir³⁷.

Ülkemiz Avrupa Birliği üyesi olmamakla birlikte, Haksız Şartlar Hakkında Direktif'in söz konusu hükmü göz önünde bulundurularak TKHK'un 5. maddesinin birinci fıkrası, "*haksız şart; tüketiciyle müzakere edilmeden sözleşmeye dâhil edilen ve tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme şartlarıdır*" şeklinde kaleme alınmıştır.

Klauseln in Verbraucherverträgen," *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 15, 2. Halbjahr, Köln (1994): 1986; Christiane Brors, "Haftungsbeschränkungen gegenüber dem Endverbraucher – neue Wege bei der AGB-Kontrolle?" *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 19, 2. Halbjahr, Köln (1998): 1664; Geraint G. Howells, "The European Union's Influence on English Consumer Contract Law," *George Washington Law Review* 85, no. 6, (2017): 1945; Simon Whittaker, "Unfair Contract Terms and Consumer Guarantees: The Proposal for a Directive on Consumer Rights and the Significance of 'Full Harmonisation'," *European Review of Contract Law* 5, no. 3 (2009): 231; Gerstenberg, "Unfair Terms," 602; Frey, "AGB-Gesetz," 572; Joost, "Der Ausschluss der Inhaltskontrolle," 1685; Storm, "Unfair Contract Terms," 246.

³⁴ Andreas Knapp, "Vereinbarkeit der Vollstreckungsunterwerfung in Grundschulden mit der Richtlinie 93/13/EWG über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen," *MittBayNot* (2003): 422; Hans-Werner Eckert, "Das neue Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen," *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 17, 2. Halbjahr, Köln (1996): 1238; Hommelhoff ve Wiedenmann, "Allgemeine Geschäftsbedingungen," 564; Howells, "Consumer Contract Law," 1945; Frey, "AGB-Gesetz," 572.

³⁵ Storm, "Unfair Contract Terms," 246.

³⁶ 93/13/EEC art. 3/I, "*A contractual term which has not been individually negotiated shall be regarded as unfair if, contrary to the requirement of good faith, it causes a significant imbalance in the parties' rights and obligations arising under the contract, to the detriment of the consumer.*" hüküm hakkında bkz. Atamer, *Genel İşlem Şartları*, 307.

³⁷ Storm, "Unfair Contract Terms," 247.

Tüketici işlemlerinde/sözleşmelerinde yer alan kayıtların haksız şart oluşturması bakımından maddi hukuka ilişkin olanlar ile usul sözleşmeleri arasında fark yaratılmamıştır. Nitekim TKHK'un 5. maddesinde “*tüketici sözleşmelerinde haksız şartlar*” ifadesine yer verilmiş; ancak sözleşmede üstlenilen edimin türü veya niteliği bakımından bir ayırım yapılmamıştır³⁸. Buna karşılık maddenin verdiği izin ve yaptığı atıf sonucu çıkarılan Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik Eki'nin 1. maddesinin “n” bendinde bazı usul sözleşmeleri zikredilmiştir.

Haksız şarta ilişkin düzenlemenin yalnızca tüketici sözleşmeleri bakımından söz konusu olduğu³⁹ ve haksız şart ile genel işlem koşulları arasındaki farka da dikkat çekilmelidir⁴⁰.

Haksız şart, her sözleşme hükmünün değil, genel olarak önceden hazırlanan tüketici sözleşmesinin içerik denetimi sonucunda, sözleşme koşulunun tüketicinin durumunu dürüstlük kuralına aykırı düzeyde ağırlaştırıcı nitelik arz ettiğinin tespit edilmesidir⁴¹.

Dürüstlük kuralı, ahlaklı, namuslu ve makul bir kişinin hukuki ilişkilerde, diğer kişilerde oluşmuş güvene tutarlı davranmasını ifade etmektedir⁴². Dürüstlük kuralının niteliği itibariyle önceden bir hakkın kötüye

³⁸ Evrim Erişir, “Yetki Şartlarının Genel İşlem Koşulu Denetimi,” *DEÜHFD* 16 [Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ'e Armağan 2 (Basım Yılı 2015)], Özel Sayı (2014): 1142-1143.

³⁹ Mustafa Alper Gümüş, *6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi*, C. 1 (m. 1- 46) (İstanbul: Vedat, 2014), 61; Hommelhoff ve Wiedenmann, “Allgemeine Geschäftsbedingungen,” 565; Eckert, “Das neue Recht der AGB,” 1239; bkz. Elvin, “Unfair Terms,” 42-43; Sperling, “Standard Conditions,” 491.

⁴⁰ Şebnem Akipek Öcal, “Banka Mevduat Sözleşmeleri ve Tüketicinin Korunması,” içinde *6. Tüketici Hukuku Kongresi, 17-18-19 Kasım 2016, Sektörel Bazda Tüketici Hukuku Uygulamaları* (İstanbul: Aristo, 2017): 36; Hommelhoff ve Wiedenmann, “Allgemeine Geschäftsbedingungen,” 565.

⁴¹ Hommelhoff ve Wiedenmann, “Allgemeine Geschäftsbedingungen,” 569; Brors, “Haftungsbeschränkungen,” 1664; Frey, “AGB-Gesetz,” 573; Eckert, “Das neue Recht der AGB,” 1239; Drygala, “Richtlinie über missbräuchliche Klauseln,” 968; Joost, “Der Ausschluss der Inhaltskontrolle,” 1690-1691; Micklitz, “Unfair Terms,” 375; Akipek Öcal, “Banka Mevduat Sözleşmeleri,” 36.

⁴² Mustafa Dural ve Suat Sarı, *Türk Özel Hukuku*, C. 1, *Temel Kavramlar ve Medeni Kanununun Başlangıç Hükümleri*, 16. Baskı (İstanbul: Filiz, 2021), 182-183; M. Kemal Oğuzman ve Nami Barlas, *Medeni Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar*, 28. Bası (İstanbul: Onikilevha, 2022), 244.

kullanılmasının tespitinde kullanılan tüm ölçüt ve unsurları belirlemek isabetli olmayacaktır. Esasen bu, mümkün de değildir. Ancak somut olayın özelliğine göre, belirli olguların varlığı, dürüstlük kuralının ihlal edildiğine işaret edebilir⁴³. İrade özerkliği ve sözleşme özgürlüğü üzerinden makul tüketici beklentilerinin aşılp aşılmadığı denetlenmelidir⁴⁴.

Haksız şartlar, genel işlem koşullarından bir yönüyle daha geniş nitelik taşır⁴⁵. Zira Haksız Şartlar Hakkında Direktif'in başlıca özelliği, yalnızca genel işlem koşullarının değil, ayrıca bireysel sözleşme koşullarının da haksız olup olmadığının denetlenmesine yönelik olmasıdır⁴⁶.

Türk Borçlar Kanunu'nda (TBK) genel işlem koşulunun varlığı için, birden çok sözleşmede kullanma niyetiyle hazırlanmış olma unsuru aranmaktayken; TKHK'da haksız şartın varlığı için, böyle bir koşul bulunmaz⁴⁷. Bununla birlikte esasen tüketici hukukunda çoğunlukla genel işlem koşullarının denetlenmesi suretiyle haksız şartların tespiti söz konusu olur⁴⁸. Öte yandan haksız şart içeren sözleşmelerin büyük çoğunluğu, birden çok kullanılma amacıyla hazırlanır⁴⁹. Dolayısıyla her ne kadar Direktif, önceden hazırlanan ve bir kere kullanılma amacı taşıyan sözleşmedeki koşulların denetimine dikkat çekse de iç hukuk uygulama ve düzenlemelerinin ağırlık verdiği hususların farklılık arz edebildiği belirtilmelidir⁵⁰.

⁴³ Dural ve Sarı, *Başlangıç Hükümleri*, 183; Oğuzman ve Barlas, *Medeni Hukuk*, 244.

⁴⁴ Howells, "Consumer Contract Law," 1928.

⁴⁵ Akipek Öcal, "Banka Mevduat Sözleşmeleri," 36.

⁴⁶ Necip Kocayusufpaşaoğlu, *Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. 1, Borçlar Hukukuna Giriş Hukukî İşlem Sözleşme*, 2010 Tarihli 5. Bası'dan 6. Tıpkı Bası (İstanbul: Filiz, 2014), 240-241; Eckert, "Verbraucherverträgen," 1986-1987; Hommelhoff ve Wiedenmann, "Allgemeine Geschäftsbedingungen," 565.

⁴⁷ Akipek Öcal, "Banka Mevduat Sözleşmeleri," 36.

⁴⁸ Şebnem Akipek ve Murat Aydoğdu, *Milli Şerh*, ed. Hakan Topbaş ve Özlem Tüzüner (İstanbul: Aristo, 2016), 130; Atamer, Yeşim M., "Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi- TKHK m. 6 ve TTK m. 55, f. 1, (f) ile Karşılaştırmalı Olarak" *Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu* (Ankara: Seçkin, 2012), 20.

⁴⁹ Akipek Öcal, "Banka Mevduat Sözleşmeleri," 36.

⁵⁰ Hommelhoff ve Wiedenmann, "Allgemeine Geschäftsbedingungen," 568, 570-571; Eckert, "Verbraucherverträgen," 1986-1988; Howells, "Consumer Contract Law," 1944.

Maddi hukuk bakımından sözleşmesel ilişkilerin nispileği gereği, içeriğinde genel işlem koşulları barındıran sözleşmeler de kural olarak yalnızca öneri ve kabul şeklindeki irade beyanlarıyla sözleşmeye taraf olanlar bakımından hukuki sonuç meydana getirir⁵¹. Buna karşılık topluluk davası, davacı veya belli tüketici işlemlerine taraf olanların ötesinde, unsur etkisi itibariyle⁵² başka tüketicilerin de taraf olduğu sözleşmeleri etkileyebilir⁵³. Bu nedenle, topluluk davasına daha fazla işlerlik kazandırılabilirse, tüketicinin, sözleşmesel ilişkilerdeki haksız şartlardan korunmasının da sağlanabileceği ifade edilmektedir⁵⁴.

Hukukumuzda topluluk davası hakkında HMK'nun 113. maddesindeki genel hükümden önce mülga 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 23'te tüketici örgütlerinin dava açması düzenlenmişti. 1 Ekim 2011 tarihinde yürürlüğe giren HMK ise, tüketici uyuşmazlıklarında da uygulanabilecek nitelikte genel bir hüküm sevk etmiştir⁵⁵. Bundan sonra TKHK'un 73. maddesinin altıncı fıkrasında, tüketici örgütleri, ilgili kamu kurum ve kuruluşları ile Ticaret Bakanlığı tarafından, hukuka aykırı uygulamaların önlenmesi, tespiti ve durdurulmasına ilişkin dava açılabilmesi, Haksız Şartlar Hakkında Direktif'in 7. maddesine benzer şekilde düzenlenmiştir⁵⁶. Bu suretle, tüketici sözleşmelerinde haksız şart teşkil eden

⁵¹ Gauch, Schlupe ve Schmid, *Obligationenrecht*, 248.

⁵² Tanrıver, *Medeni Usul 1*, 697.

⁵³ Havuçtu, *İçerik Denetimi*, 50-51; 13.6.2003 tarihli ve 25137 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik yürürlükte iken, önleme davası açılmasına ilişkin 8. madde kapsamında, aynı yönde değerlendirme için bkz. Atamer, "Sempozyum," 65; İlkay Baki Engin, "Türk Hukukunda Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması," *Banka ve Tüketici Hukuku Sorunları Sempozyumu* (İstanbul: Onikilevha, 2010), 99; Peter Rott, "Data Protection Law as Consumer Law – How Consumer Organisations Can Contribute to the Enforcement of Data Protection Law," *EuCML* (2017): 114; Melis Taşpolat Tuğsavul, "Topluluk Davalarının Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Bakımından Değerlendirilmesi," içinde *Tüketici Hukukunda Uyuşmazlık Çözümüne İlişkin Güncel Sorunlar ve Çözüm Önerileri Sempozyumu*, ed. Dr. Öğr. Üyesi M. Ertan Yardım (Ankara: Seçkin, 2018), 103.

⁵⁴ Micklitz, "Unfair Terms," 352, 382; Atamer, "Sempozyum," 64.

⁵⁵ Atamer, "Sempozyum," 66.

⁵⁶ AB Mevzuatı'nda, tüketici birliklerince ve kamu otoritelerince topluluk davası açılabilmesine ilişkin düzenlemeler için bkz. Rott, "Data Protection," 114; TAŞPOLAT TUĞSAVUL, haklı olarak, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da, topluluk davasına ilişkin düzenlemelerin "hukuka aykırı durumun tespiti" ve "satışa sunulan seri malın ayıplı olduğunun tespiti" taleplerinin; Hukuk Muhakemeleri

genel koşulların, birçok tüketicinin taraf olacağı sözleşmelerde yer almasının önlenmesi amaçlanmaktadır⁵⁷.

III. TÜKETİCİ SÖZLEŞMELERİNDEKİ HAKSIZ ŞARTLAR HAKKINDAKİ YÖNETMELİK EKİNDE YER ALAN USUL SÖZLEŞMELERİNE İLİŞKİN ÖRNEKLER

Maddi hukuk sözleşmelerinde olduğu gibi, usul sözleşmelerinde de genel işlem koşulları ile bağlantılı sorunların çözümü için sosyal devlet düşüncesinin etkisi⁵⁸ yanında taraflardan birinin adeta kanun koyucu gibi hareket etmesi ile taraflar arasındaki dengenin dürüstlük kurallarına (doğruluk ve güven esasına) aykırı şekilde bozulmaması için, hukuki düzenlemeler gerçekleştirilmektedir⁵⁹.

Bu doğrultuda, Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik Eki'nin 1. maddesinin "n" bendinde, "*Tüketicinin özellikle, hukuki düzenlemelerde öngörülmemiş bir hakeme müracaatını öngörmek, gösterebileceği delilleri ölçsüz derecede sınırlandırmak veya mevcut hukuki düzen uyarınca diğer tarafta olan ispat külfetini tüketiciye yüklemek suretiyle tüketicinin mahkemeye gitme veya başka başvuru yollarını kullanma imkânını ortadan kaldıran veya sınırlandıran şartlar*" usul hukuku ile ilişkili haksız şart örnekleri olarak yer almıştır⁶⁰.

Kanun'da daha önce bu davaya ilişkin gerçekleştirilen düzenlemede yer alan "*hakkın tespiti*" talebine nazaran daha sınırlı bir koruma alanı sağlayacağını belirtmektedir (Taşpolat Tuğsavul, Topluluk Davaları, 112).

⁵⁷ Rott, "Data Protection," 114.

⁵⁸ Bkz. Üstündağ, *Medeni Yargılama*, 211.

⁵⁹ Knapp, "Verbraucherverträgen," 421; Hommelhoff ve Wiedenmann, "Allgemeine Geschäftsbedingungen," 565; Howells, "Consumer Contract Law," 1920-1925.

⁶⁰ Haksız Şartlar Hakkında Direktif'e getirilen Ek'in 1. maddesinin q bendinin Yönetmeliğimize mehz teşkil eden orijinal metni, "*excluding or hindering the consumer's right to take legal action or exercise any other legal remedy, particularly by requiring the consumer to take disputes exclusively to arbitration not covered by legal provisions, unduly restricting the evidence available to him or imposing on him a burden of proof which, according to the applicable law, should lie with another party to the contract.*" biçimindedir. AB Mevzuatı'nda da yorumlamaya yardımcı olmak amacıyla liste halinde örnek niteliğinde sayma yapıldığı yönünde bkz. Florian Bruder, "Burden of Proof and the Unfair Terms in Consumer Contracts Directive," *European Review of Private Law* 15, Issue 2 (2007): 223; Whittaker, "Unfair Contract Terms," 232; Eckert, "Das neue Recht der AGB," 1241; Elvin, "Unfair Terms," 51; Storm,

Öncelikle belirtilmelidir ki, burada yer verilen örneklerin bir kısmının usuli niteliği (örneğin ispat yükü sözleşmesi) tartışmalı iken, usul sözleşmesi niteliği konusunda tereddüt bulunmayan yetki sözleşmesi bakımından hiçbir düzenleme yoktur. Keza, yine usuli etkiler taşıyan ikrar, tespit veya hakem-bilirkişi sözleşmeleri de burada yer almamaktadır. Esasında “haksız şart” kavramı Kanunda yer almış olup, Direktifte de bu yönde bir belirleme olmamasına rağmen Yönetmelik veya onun eki niteliğinde idari bir düzenleme ile sınırlayıcı bir hüküm öngörülmesi de doğru değildir. Bu bakımdan söz konusu hükümlerin bağlayıcılığı da kabul edilmemelidir. Ancak konunun çok geniş bir boyutunun olmasına rağmen bu çalışmada sadece Yönetmelik Eki’nde zikredilen kayıtların inceleneceği hususunun tekrar belirtilmesinde yarar vardır. Öte yandan maddedeki düzenleme, bir başka sorunu daha içermektedir. Burada örneksene yoluna gidilmiş ve “*özellikle*” ifadesiyle de bu husus vurgulanmıştır. Bu anlamda tahkim, delil sözleşmesi ve ispat yükü sözleşmeleri zikredilmiştir. Ancak bu veya benzer kayıtların haksız şart sayılması bakımından belirlenen ölçüt, tüketiciye mahkeme veya başka başvuru yollarının kapatılmış yahut sınırlanmış olmasıdır. Oysa maddede bu ifade, “*ispat külfetini tüketiciye yüklemek suretiyle tüketicinin mahkemeye gitme veya başka başvuru yollarını kullanma imkânını ortadan kaldıran veya sınırlandıran şartlar*” şeklinde kaleme alınmıştır. İspat yükünün tüketiciye yüklenmesi, onun ne mahkemeye ne de başka yollara başvurmasına engel olur. Tam tersi, ispat yükünü taşıyan tüketicinin bunu yerine getirememesi, vakıanın/davanın/savunmanın aleyhine sonuçlanmasına yol açar. Aynı husus, delil sözleşmesi için de geçerlidir. Burada, tüketicinin hak arama yollarının sınırlanmaması; “alternatif uyuşmazlık çözüm yolları”, “tahkim” veya “ilâmsız icra” gibi diğer hak arama yollarının kullanılıp kullanılmayacağı bakımından konunun ele alınması gerektiği kanısındayız.

Konunun en çok tartışılan boyutu olan “tahkim” açısından sorunu ortaya koymak yararlı olacaktır.

A. Tahkim

Doktrinde ileri sürülen bir görüş, uyuşmazlık mahkeme tarafından değil de hakem veya hakemlerce çözüldüğü için, tahkimin alternatif uyuşmazlık

“Unfair Contract Terms,” 247; Willett, “Unfair Terms,” 232; Howells, “Consumer Contract Law,” 1945.

çözüm yolu teşkil ettiğini belirtmektedir⁶¹. Bu görüş açısından alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının en yaygın ve etkin olanı tahkimdir⁶².

Bununla birlikte katıldığımız görüşe göre, tahkim, hukuki niteliği itibariyle bir yargılama faaliyeti olup, devlet yargısının yerine uyuşmazlığın çözüme kavuşturulması usulüdür⁶³. Tahkim, bir hak (veya ilişki) üzerinde uyuşmazlığa düşmüş olan iki tarafın anlaşarak, uyuşmazlığın çözümlenmesini özel kişi veya kişilere bırakmalarına ve uyuşmazlığın bu özel kişi veya kişiler tarafından incelenip karara bağlanmasını ifade eder. Başka bir deyişle yargı yetkisini millet adına kullanan devlet mahkemelerinin yetkisinin sözleşmeyle ikame edilmesi, akit ile yargılama yolunun açılmasıdır⁶⁴.

Tahkimin temel özelliği, sözleşmeye dayalı olarak tarafların kendileri bakımından ve belli uyuşmazlıklara özgü yargı yolu oluşturmalarıdır. Hak arama özgürlüğünün (adalete erişimin) devlet mahkemeleri eliyle kullanılmasının istisnası tahkimdir. Bu nedenle tahkim, iradi olarak devlet yargısının kapatılıp, tarafların kendi yargı makamlarını oluşturmalarıdır. O halde, tahkimin temeli “sözleşme”dir⁶⁵. Tahkim sözleşmesi hakkında, görüş itibariyle farklılıklar bulunmakla⁶⁶ birlikte, tahkim sözleşmesinin usul

⁶¹ Mustafa Serdar Özbek, *Tahkim Hukuku*, C. 1 (Ankara: Yetkin, 2022), 139; Şule Şahin Ceylan, *Geleneksel Toplumdan Modern Topluma Alternatif Uyuşmazlık Çözümü* (İstanbul: Onikilevha, 2009) 148; İnci Biçkin, “Genel Olarak Alternatif Uyuşmazlık Çözümü,” *HPD*, S. 7 (2006): 34.

⁶² Şahin Ceylan, “*Alternatif*,” 148; Biçkin, “*Uyuşmazlık*,” 34.

⁶³ Ramazan Arslan ve Süha Tanrıver, *Yargı Örgütü Hukuku*, 2. Baskı (Ankara: Yetkin, 2001), 219; Yavuz Alangoya, M. Kâmil Yıldırım ve Nevhis Deren-Yıldırım, *Medenî Usul Hukuku Esasları*, 7. Baskı (İstanbul: Beta, 2009), 596-597; Rasih Yeğengil, *Tahkim* (İstanbul: Cezaevi Matbaası, 1974), 7; Hakan Pekcanitez, “Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri,” *HPD*, S. 5 (2005): 15-16; Süha Tanrıver, “Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk,” içinde *Makalelerim II* (2006-2010), (Ankara: Adalet, 2011): 24-25; İbrahim Özbay ve Yavuz Korucu, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Tahkim* (Ankara: Adalet, 2016), 17; Şanal Görgün, Levent Börü ve Mehmet Kodakoğlu, *Medenî Usul Hukuku*, 12. Baskı (Ankara: Yetkin, 2023), 720.

⁶⁴ Süha Tanrıver, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri* (Ankara: Yetkin, 2023), 18; Özbay ve Korucu, *Tahkim*, 17; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *Usul*, 742.

⁶⁵ Süha Tanrıver, *Medenî Usul Hukuku*. C. 2, 2. Bası (Ankara: Yetkin, 2022), 365; Mustafa Göksu, *Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Tahkim (Arabuluculuk-Uzlaştırma)*, ed. Prof. Dr. İbrahim Ermenek, 5. Baskı (Ankara: Seçkin, 2023), 135.

⁶⁶ Tahkim sözleşmesinin gerçek usul sözleşmesi olmayıp, karma karakteri hakkında bkz. Pekcanitez, Atalay ve Özekes, *Medenî Usul*, 128, 614-615.

sözleşmesi olduğuna katılıyoruz⁶⁷. Tahkim sözleşmenin birinci etkisi, olumsuz olup, tarafların devlet yargısına başvurmasının önüne geçer⁶⁸. İkinci etkisi ise olumlu olup, hakemlerin devlet mahkemesi gibi yargılama yaparak bağlayıcı karar verme yetkisi sağlamasıdır⁶⁹. Bu etkiler, doğrudan ve birincil olarak usul hukukunda doğar⁷⁰.

Tıpkı klasik anlamda devlet mahkemelerinde, hâkim veya hâkimlerce yürütülen yargılama faaliyeti gibi, tahkimde de hakem veya hakemler tarafından, bağımsız ve tarafsız bir şekilde, maddi vakıalar soyut hukuk kurallarına altlanıp, uyuşmazlığı çözüme kavuşturan kesin hüküm gücünde bir karar verilir⁷¹. Tahkim usulünün temelinde de tarafların eşit işlem görmesi yatar⁷². Dolayısıyla devlet mahkemelerinde gerçekleştirilen yargılama faaliyetinin yerini, hakem veya hakem heyeti almakta ve devlet mahkemeleri ikame edilmektedir⁷³.

Tahkim, ihtiyari ve zorunlu olmak üzere ikili bir ayrıma tâbi tutulmaktadır⁷⁴. Medeni usul hukukunda tahkime ilişkin düzenlemeler,

⁶⁷ Alangoya, *Tahkim*, 54; Alim Taşkın, *Hakem Sözleşmesi*, 2. Baskı (Ankara: Turhan, 2005), 19; Özbay ve Korucu, *Tahkim*, 43. Yargıtay'ın HMK'nun yürürlüğe girdiği tarihten önce akdedilen tahkim sözleşmelerine dayalı hakem kararlarına karşı hangi yola başvurulacağı bakımından da bir İBK'na konu olmuştur. Yargıtay, tahkim sözleşmesinin usul sözleşmesi olması nedeniyle derhal uygulanma ilkesi gereği, önceki Kanun döneminde akdedilen tahkim sözleşmesi çerçevesinde HMK hükümlerinin uygulanacağı ve hakem kararına karşı da iptal davası açılacağı yönünde karar vermiştir (Bkz. YİBHKG, E. 2016/2, K. 2018/04, 13.04.2018, RG. 18.09.2018, S. 30539).

⁶⁸ Alangoya, *Tahkim*, 81; Tanrıver, *Medeni Usul 2*, 370; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *Usul*, 743.

⁶⁹ Alangoya, *Tahkim*, 81; Tanrıver, *Medeni Usul 2*, 375; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *Usul*, 744.

⁷⁰ Sema Taşpınar Ayvaz, "Bedensel Zararlarda Tahkim, Bedensel Zararlardan Sorumluluk," içinde *Uluslararası Kongre*, 1-2 Kasım 2019, Kıbrıs (Ankara: TTB Yayını, 2020), 407-408; Özbay ve Korucu, *Tahkim*, 43.

⁷¹ Arslan ve Tanrıver, *Yargı*, 219; Alangoya, Yıldırım ve Deren-Yıldırım, *Usul*, 596-597; Yeğengil, *Tahkim*, 7; Pekcanitez, "Alternatif," 15-16; Tanrıver, "Alternatif Uyuşmazlık Çözümü," 24-25.

⁷² Arslan ve Tanrıver, *Yargı*, 219; Görgün, Börü ve Kodakoğlu, *Usul*, 741; Pekcanitez, Atalay ve Özekes, *Medeni Usul*, 623.

⁷³ Arslan ve Tanrıver, *Yargı*, 219; Alangoya, Yıldırım ve Deren- Yıldırım, *Usul*, 596-597; Yeğengil, *Tahkim*, 7; Pekcanitez, "Alternatif," 15-16; Tanrıver, "Alternatif Uyuşmazlık Çözümü," 24-25.

⁷⁴ Arslan ve diğerleri, *Usul*, 820; Pekcanitez, Atalay ve Özekes, *Medeni Usul*, 617; Özbay ve Korucu, *Tahkim*, 18; Göksu, *Tahkim-Arabuluculuk*, 132-133.

öncelikle ihtiyari tahkime göre gerçekleştirilmiştir⁷⁵. İhtiyari tahkim, iki ayrı sözleşmeden oluşmaktadır. Bu sözleşmeler, hakem sözleşmesi ve tahkim sözleşmesidir⁷⁶.

Hakem sözleşmesi, hakem veya hakemler ile taraflar arasında kurulan bir sözleşmedir. Hukuki niteliği itibariyle hakem sözleşmesi, maddi hukuk sözleşmesidir⁷⁷.

İhtiyari tahkimde yer alan diğer sözleşme olan tahkim sözleşmesi ise, HMK'nun 412. maddesinin birinci fıkrasında da tanımlandığı üzere, tarafların, sözleşmeden veya sözleşme dışındaki hukuki ilişkiden kaynaklanan uyuşmazlıklarının bir kısmının veya tamamının hakem yahut hakem heyeti tarafından çözüme kavuşturulması amacıyla yaptıkları sözleşmedir. Tahkim sözleşmesi, ayrı sözleşme olarak yapılabileceği gibi, başka bir sözleşmenin şartı şeklinde de kararlaştırılabilir (HMK m. 412, 2).

Tahkim sözleşmesi de çok sayıda sözleşme için, önceden formüle edilen genel işlem koşullarından oluşabilir⁷⁸. Başka bir sözleşmenin içinde yer alan tahkim şartı da bizatihi genel işlem koşulu teşkil edebilir⁷⁹.

Genel işlem koşulu olarak çeşitli ad hoc veya kurumsal tahkim kurallarına atıf yapılması halinde içerik denetiminin gerçekleştirilmesi daha da zorlaşacaktır⁸⁰. Çünkü genel işlem koşullarını kullananın, karşı taraf için dürüstlük kuralına aykırı, adil olmayan bir denge kurup kurmadığı ana sözleşmenin ötesinde, ona eklenen koşulların değerlendirilmesini de gerektirir⁸¹.

Bununla birlikte, tahkim sözleşmesinin genel koşullardan oluştuğu veya ana sözleşmedeki genel koşullardan birisinin tahkim şartı olduğu her durum,

⁷⁵ Göksu, *Tahkim-Arabuluculuk*, 133.

⁷⁶ Baki Kuru ve Burak Aydın, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı*, 8. Baskı (Ankara: Yetkin, 2023), 696; Arslan ve diğerleri, *Usul*, 821-822; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *Usul*, 740 vd.

⁷⁷ Üstündağ, *Medeni Yargılama*, 958; Kuru ve Aydın, *Usul*, 701; Arslan ve diğerleri, *Usul*, 826; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *Usul*, 747; Görgün, Börü ve Kodakoğlu, *Usul*, 726; Taşkın, *Hakem*, 22 vd.

⁷⁸ Inka Hanefeld ve Mathias A. Wittinghofer, "Schiedsklauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen," *SchiedsVZ*, (2005): 217-218.

⁷⁹ Hanefeld ve Wittinghofer, "Schiedsklauseln," 218; Özbek, *Tahkim*, 469.

⁸⁰ Hanefeld ve Wittinghofer, "Schiedsklauseln," 218.

⁸¹ Hanefeld ve Wittinghofer, "Schiedsklauseln," 218; Özbek, *Tahkim*, 470.

içerik denetiminden geçemeyecek bir koşulun var olduğu anlamına gelmez⁸². Örneğin hakem yargılamasının heyet yerine tek hakem tarafından gerçekleştirilmesini öngören bir tahkim şartı, yargılama masraflarından tasarruf edilerek her iki tarafın da menfaatine hizmet edebilir⁸³.

Aralarında tahkim sözleşmesi ve hakem sözleşmesinin de bulunduğu pek çok sözleşmede tüketicilerin beklenmedik yükümlülüklerle karşılaşması, Avrupa çapında tüketici hukuku alanında uyumlaştırma çabalarının başlamasına neden olmuştur⁸⁴. Sözleşme koşullarının haksız olup olmadığının da ötesinde, genel işlem koşullarının sözleşmenin içeriğine dahil olup olmadığının belirlenmesine, bir başka deyişle yürürlük denetimi aşamasına⁸⁵ duyulan ihtiyaç, haksız şartların tespiti safhasına giden yargısal denetimin ilk basamağını teşkil eder.

Tüketici için, beklemediği ve beklemesinin gerekmediği yükümlülüklerin⁸⁶ en başında kuşkusuz, açılacak dava veya tanınan yollar hakkında engelleyici düzenlemeler gelir. Öyle ki bazı sözleşme koşulları ile satıcı/sağlayıcıya davadan muafiyet de tanınmaya çalışıldığı görülmektedir⁸⁷. Örneğin genel işlem koşullarının bankacılık sektöründe kredi sözleşmesinde kullanılması halinde⁸⁸, “müşteri ancak borcunu ödedikten sonra banka aleyhine dava açabilir” biçiminde bankaya karşı açılacak dava bakımından bankayı koruyucu bir hüküm yer alıyorsa, bu kaydın öncelikle yürürlük denetiminden geçmesi sorun oluşturacağından yazılmamış sayılması gerekir.

⁸² Hanefeld ve Wittinghofer, “Schiedsklauseln,” 224; Özbek, *Tahkim*, 470.

⁸³ Hanefeld ve Wittinghofer, “Schiedsklauseln,” 224.

⁸⁴ Hugh Collins, “Good Faith in European Contract Law,” *Oxford Journal of Legal Studies* 14, Issue 2 (Summer 1994): 229-230; tahkim şartlarının şirketler için de sürpriz olabileceği hakkında bkz. Hanefeld ve Wittinghofer, “Schiedsklauseln,” 222.

⁸⁵ Giger, *Inhaltskontrolle*, 30-32.

⁸⁶ Genel işlem koşulları arasında yer verilen bir hükmün alışılmamış olması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Giger, *Inhaltskontrolle*, 32-34.

⁸⁷ Tüketici sözleşmelerinde beklenmedik yükümlülükler yer verildiği, tüketicinin mutlak meskeninden uygulanan hukuktan farklı hukuk seçimleri ile davalardan bağışıklık sağlanmaya çalışıldığı hakkında bkz. Collins, “Good Faith,” 230-231; ayrıca Alman hukukunda, icra takibine ilişkin sözleşmelere konulan koşullarla tüketicinin hukuki başvuru yollarına gidebilme imkânının kısıtlanıp kısıtlanmadığı sorunu hakkında bkz. Knapp, “Verbraucherverträgen,” 423-424.

⁸⁸ Joost, “Der Ausschluss der Inhaltskontrolle,” 1685.

Genel işlem koşullarının kullanıldığı hakkında bilgi verildiği ve bu koşullar arasında beklenmedik şartların olmadığı hallerde, sözleşme koşullarının haksız olup olmadığı tespit edilmelidir.

1. Tüketici Uyuşmazlıkları Bakımından Tahkime Elverişlilik

Tüketici hukukunda kamu düzeni düşüncesinin bizatihi TKHK m. 1’de yer alan, Kanunun amacını, kamu yararına uygun olarak zayıf konumdaki tüketicinin sağlık ve güvenliği ile ekonomik çıkarlarını korumak şeklindeki ifadelerle dayandığı değerlendirilebilir⁸⁹.

Tahkime elverişlilik, HMK m. 408 uyarınca, iki tarafın iradelerine tâbi uyuşmazlıklar bakımından söz konusudur. Tüketici uyuşmazlıkları, niteliği itibarıyla iki tarafın iradesinin de ötesinde düzenlemeler içeren bir alanda gerçekleşmektedir⁹⁰. Bu nedenle tüketicinin taraf olduğu veya tüketici işlemi olarak kabul edilen işlemler hakkında ihtiyari tahkim süreci işletilemez⁹¹. İki tarafın iradelerine tâbi olmayan uyuşmazlıklar tabiriyle kamu düzenine ilişkin uyuşmazlıkların kastedildiği, bu sebeple kamu düzenini ilgilendiren tüketici uyuşmazlıklarının tahkime elverişli olmadığı belirtilebilir.

Doktrinde farklı gerekçeyle bir görüşe göre, HMK m. 17’de yetki sözleşmesinin taraflarının tacir veya kamu tüzel kişisi olması gibi bir sınırlamaya tahkim için yer verilmese de bu hüküm tüketicilerin taraf olduğu tahkim sözleşmelerine evleviyetle uygulanmalıdır⁹². Bu nedenle tüketicinin taraf olduğu sözleşmelerdeki tahkim şartları, tüketicilere karşı ileri sürülemez⁹³.

⁸⁹ Taşpınar Ayvaz, “Bedensel Zararlar,” 424. Doktrinde aksi yönde, kamu düzeniyle tahkime elverişlilik arasında ilişki kurulmaması gerektiği de savunulmaktadır [Nazlı Töre, *Milletlerarası Tahkimde Tahkim Anlaşmasının Varlığı Geçerliliği ve Etkileri* (Ankara: Turhan, 2019), 25-29].

⁹⁰ Hakan Pekcanitez ve Ali Yeşilirmak, *Pekcanitez Usul Medenî Usul Hukuku*, C. 3, 15. Bası (İstanbul: Onikilevha, 2017), 2638-2639.

⁹¹ Pekcanitez ve Yeşilirmak, *Pekcanitez Usul*, 2638-2639.

⁹² Budak ve Karaaslan, *Usul*, 486.

⁹³ Budak ve Karaaslan, *Usul*, 486. Doktrinde yine taraflardan birinin tahkim sözleşmesindeki eşitliği ekonomik ve sosyal üstünlüğünü kullanarak diğer taraf aleyhine bozması veya bir taraf lehine hakemlerin yarısından fazlasını ya da tamamını seçme olanağının varlığı hallerinde sözleşmenin geçersizliği sonucunun doğabileceği belirtilmektedir (Alangoya, *Tahkim*, 86; Görgün, Börü ve Kodakoğlu, *Usul*, 724).

Tüketici hakem heyeti, tüketici işlemleriyle tüketiciye yönelik uygulamalardan doğan belirli miktar veya değeri her yıl güncellenen uyuşmazlıkların çözüme kavuşturulması için oluşturulmuştur (TKHK m. 66 ve 68).

Anılan Kanun'un 68. maddesinin beşinci fıkrasının, “*bu madde tüketicilerin ilgili mevzuatına göre alternatif uyuşmazlık çözüm mercilerine başvurusuna engel değildir*” biçimindeki metninden, alternatif uyuşmazlık çözümlerinin, tüketici hakem heyetinden ayrı yöntemler gibi görüldüğü çıkarımında bulunulmasına neden olmaktadır⁹⁴. Buna karşılık, hükmün gerekçesinde, tüketici hakem heyetlerine başvuru yapılmasının bankacılık sektöründeki müşteri şikâyetleri hakem heyeti gibi alternatif uyuşmazlık yollarına başvuru yapılmasına engel olmayacağı belirtilerek hakem heyetlerine alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi gibi yaklaşılmıştır. Maddenin gerekçesi, bağlayıcı olmasa da hükmün düzenlenme amacına yönelik bir yorum yapılmasına veya tartışmaya neden olmaktadır.

Tüketici hakem heyetine başvurma zorunluluğu, devlet yargısı dışında veya öncesi öngörülen bir zorunlu tahkim olarak kabul edilecek olursa bu miktardaki talepler bakımından devlet mahkemesinde dava açılmayacağı, öncelikle tüketici hakem heyetine başvurmanın şart olduğu ortaya çıkar. TKHK'da “*Yargılama, Denetim ve Cezaya İlişkin Hükümler*” başlıklı 8. Kısım yerine “*Tüketici Kuruluşları*” başlıklı 7. Kısımda, tüketici hakem heyetleri düzenlenerek sistematik yorum açısından yargılama faaliyetine uzak; TKHK'un 66. maddesinin “*...uyuşmazlıklara çözüm bulmak amacıyla...*” şeklindeki ifadesiyle yargılama faaliyetine yakın bir yazım dikkati çekmektedir⁹⁵. Ancak hemen ifade edilmelidir ki, bu nitelik de açık bir şekilde ortaya konulabilmiş değildir. Tahkimden söz edilebilmesi, kararın “ilâm” sayılabilmesi için bir kısım mekanizmalar ve heyetin oluşumu ile ilgili kanunla yargısal bazı güvencelerin sağlanması gerekir. Tüketici hakem heyetlerinin bu özelliği eksiktir. Kanun koyucu, Anayasal güvenceler çerçevesinde Kanunla düzenleme yapmalıdır. Tüketici hakem heyetine başvurmadan dava açılması halinde, dava, dava şartı (HMK m. 114, 2) yokluğundan reddedilmektedir. Dolayısıyla bu durum bir özel dava şartı gibi

⁹⁴ Murat Atalı, “Yargılama İlkeleri Çerçevesinde Tüketici Hakem Heyetleri,” içinde *Tüketici Hukukunda Uyuşmazlık Çözümüne İlişkin Güncel Sorunlar ve Çözüm Önerileri Sempozyumu*, ed. Dr. Öğr. Üyesi M. Ertan Yardım (Ankara: Seçkin, 2018), 72.

⁹⁵ Atalı, “Yargılama İlkeleri,” 69.

kabul edilmektedir. Oysa zorunlu tahkim olduğu kabul edilecek olursa, bunu bir dava şartı noksanlığı olarak ele almamak gerekir. Ancak bütün bu tartışmalara rağmen tüketici hakem heyetine başvurmadan tüketici mahkemesinde dava açılması halinde mahkeme, dava şartı yokluğundan davayı reddetmektedir⁹⁶.

Bütün bu düzenlemeler nedeniyle idari organ olarak değil de tüketici hakem heyetinde, sürecin yargılama faaliyeti⁹⁷ biçiminde mi yoksa alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi⁹⁸ şeklinde mi işlediği önem kazanmaktadır.

Doktrinde katıldığımız görüşe göre, belli bir uyuşmazlığın çözümü için, kanunda, zorunlu tahkim yolunun öngörülmesi halinde, taraflar ihtiyari tahkim yoluna başvuramaz⁹⁹. Çünkü zorunlu tahkim, tarafların aralarındaki uyuşmazlığı çözüme kavuşturmak için, kanunun belirlediği hakeme veya

⁹⁶ Bu konuda ayrıntılı tartışma ve görüşler için bkz. Sema Taşpınar Ayvaz, “Tüketici Hakem Heyetlerinin Hukuki Niteliği,” içinde *Tüketici Hukukunda Uyuşmazlık Çözümüne İlişkin Güncel Sorunlar ve Çözüm Önerileri Sempozyumu*, ed. Dr. Öğr. Üyesi M. Ertan Yardım (Ankara: Seçkin 2018), 46 vd.

⁹⁷ Tüketici hakem heyetinin hukuki niteliği itibariyle zorunlu tahkim mercii olduğu görüşüne katılmaktayız [Sema Taşpınar Ayvaz, “Tüketici Hakem Heyetlerinin İşleyişi ve Sorunlar,” içinde *Tüketici Hukuku Konferansı*, 5-6 Aralık 2015 (Ankara: Yetkin, 2016), 298-299; Murat Atalı, “6502 sayılı Kanun’un Tüketici Sorunları Hakem Heyetlerine İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi,” *Prof. Dr. Ejder YILMAZ’a Armağan 1* (Ankara: Yetkin, 2014): 412; İbrahim Ermenek, “Yargı Kararları Işığında Tüketici Sorunları Hakem Heyetleri ve Bu Alanda Ortaya Çıkan Sorunlara İlişkin Çözüm Önerileri,” *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 17, S. 1-2 (2013): 575; Gökçen Topuz, *Tüketici Mahkemeleri* (Ankara: Yetkin, 2018), 26; Görgün, Börü ve Kodakoğlu, *Usûl*, 720].

⁹⁸ Evrim Erişir, “Tüketici İşlemlerinden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümü,” içinde *Yeni Tüketici Hukuku Konferansı* (İstanbul: Onikilevha, 2015), 50-51; Pekcanitez, Atalay ve Özekes, *Medenî Usul*, 643; Mustafa Serdar Özbek, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, 5. Baskı (Ankara: Yetkin, 2022), 1185.

⁹⁹ İlhan E. Postacıoğlu ve Sümer Altay, *Medenî Usul Hukuku Dersleri*, 8. Bası (İstanbul: Vedat, 2020), 1001; Görgün, Börü ve Kodakoğlu, *Usûl*, 720; Aslı Aras, “Bir Yargıtay Kararı Işığında Tüketici Uyuşmazlıklarının Çözüm Yolları,” *Erciyes HFD* 7, S. 3-4 (2012): 145; Özbay ve Korucu, *Tahkim*, 19; Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, E. 2008/3394, K. 2008/11120, 25.9.2008 tarihli Kararı’nda; “...4077 sayılı Kanunun kamu düzeni ile ilgili özel bir kanun olması... yasanın... tüketici sorunları hakem heyeti... oluşturmasından, yasa koyucunun böylece zımnen özel tahkim yolunu kapadığı... bu kanun uygulamasından çıkan ihtilafların mutlaka tüketici mahkemelerinde veya miktara göre tüketici sorunları hakem heyetlerinde bakılması gerektiği...” ifadesiyle aynı yönde neticeye varmıştır.

hakem heyetine başvurmak zorunda olmalarıdır¹⁰⁰. Kaldı ki zorunlu tahkime başvurulması gereken durumlarda, taraflar devlet mahkemelerine de başvuramazlar¹⁰¹.

Buna karşılık tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği bir uyumsuzluk olması halinde tüketici ile satıcı arasındaki uyumsuzluğun da tahkim sözleşmesinde öngörülen biçimde çözüme kavuşturulabileceği belirtilmektedir¹⁰². Kaldı ki tarafların tacir olması veya uyumsuzluğun ticari olması gibi kanuni sınırlamalar olmadığından tüketiciler de tahkim sözleşmesi yapabilmelidir¹⁰³. Yine tüketici olan tarafın seçenek olarak sözleşme veya kayda dayalı olarak ihtiyari tahkime başvurup, uyumsuzluğun sonuçlandırılmasının önünde, karşı tarafın itirazıyla durulmamalı şeklinde değerlendirmede bulunulabilir¹⁰⁴. Ayrıca zorunlu tahkime başvurunun, özel bir dava şartı gibi düzenlendiği; yalnızca tarafların devlet yargısına başvurmak istemesi durumunda uyumsuzluğun görülmesine engel teşkil edebileceği düşünülebilir. Dolayısıyla kanun koyucunun tüketici uyumsuzlukları için, özel görevli tüketici mahkemelerini ve tüketici hakem heyetlerini kurmuş olmasının ihtiyari tahkimi dışlamadığı söylenebilir. Zira bu düzenlemenin devlet yargısı içinde yapılmış ve özel bir uzmanlık alanı oluşturulmak suretiyle uyumsuzlukların daha kısa sürede çözülmesi amacıyla tercih edildiği akla gelebilir. Hatta bu mekanizmalar içinde yer alan usul kurallarının hiçbirisinin genel usul ilkelerinden sapmadığı; örneğin resen araştırma ilkesinin geçerli olmadığı; aksine yine taraflarca getirilme ilkesi kabul edildiği ileri sürülebilir.

Yargıtay 13. HD, 20.10.2008 tarih ve 6195/12026 sayılı kararında, *“Tüketicinin korunmasını amaçlayan 4077 sayılı Kanun’un kamu düzeni ile ilgili özel bir kanun olması, bu yasanın 22. maddesi ile tüketici sorunları hakem heyeti olarak bir hakem heyeti oluşturulmasından, yasa koyucunun böylece zımnen özel tahkim yolunu kapadığı, 23. maddesindeki bu kanunun*

¹⁰⁰ Postacıoğlu ve Altay, *Usul*, 1001; Aras, “Tüketici Uyuşmazlıkları,” 145; Özbay ve Korucu, *Tahkim*, 19.

¹⁰¹ Postacıoğlu ve Altay, *Usul*, 1001; Aras, “Tüketici Uyuşmazlıkları,” 145; Özbay ve Korucu, *Tahkim*, 19.

¹⁰² Göksu, *Tahkim-Arabuluculuk*, 139.

¹⁰³ Özbek, *Tahkim*, 906.

¹⁰⁴ Atalı, “Tüketici Sorunları,” 405. Doktrinde uyumsuzluk doğduktan sonra tüketicinin imzaladığı tahkim anlaşmalarının sonuç doğurmasının engellenmemesi gerektiği de savunulmaktadır [Burak Huysal, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik* (İstanbul: Vedat, 2010), 129-130].

uygulanması ile ilgili her türlü ihtilafların tüketici mahkemelerinde görüleceği şeklindeki hükmünden, görevli mahkemenin yasa ile açıkça belirlendiği ve bu kanunun uygulanmasından çıkan ihtilafların mutlaka tüketici mahkemelerinde veya miktara göre tüketici hakem heyetlerinde bakılması gerektiği, tahkim yolu ile özel hakemler önünde görülemeyeceğinin kabulü gerekir” demek suretiyle ihtiyari tahkim yolunun kapalı olduğunu vurgulamıştır¹⁰⁵.

Tüketici uyuşmazlıkları hakkında getirilen düzenlemeler, devlet yargısı içinde özel düzenlemelerdir. Öte yandan, TKHK m. 68, 5’te, tüketicilerin ilgili mevzuatına göre alternatif uyuşmazlık çözüm mercilerine başvurusunun mümkün olduğu hükme bağlanmıştır¹⁰⁶. Tahkim, temelinde sulh olabilmenin bulunduğu bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolu değildir.

TKHK m. 68’e 7063 s. K. ile eklenen ibareyle tarafların “*İcra ve İflâs Kanunundaki haklarının saklı olduğu*” ifade edilmiş; böylece tüketici hukuku bakımından para alacağına sahip alacaklının, tüketici hakem heyeti veya tüketici mahkemesine başvurmak zorunda olmaksızın ilâmsız icra takibi yapabileceği kabul edilmiştir¹⁰⁷.

Öte yandan 7251 s. K. ile TKHK’a eklenen 73/A maddesi, tüketici hakem heyetinin görev alanı dışında kalan (tüketici mahkemesinin görev alanına giren) hususlarda davacının öncelikle arabulucuya başvurması zorunluluğunu; başka bir deyişle “*dava şartı arabuluculuk*” düzenlemesini getirmiştir¹⁰⁸.

Doktrinde özellikle yeni TKHK 73/A maddesinin getirilmesiyle kanun koyucunun tüketici uyuşmazlıklarının arabuluculuğa elverişli olduğuna

¹⁰⁵ Taşpınar Ayvaz, “Bedensel Zararlar,” 424-425.

¹⁰⁶ Erişir, “Konferans,” 90; Ermenek, “Tüketici Sorunları,” 603; Topuz, *Tüketici*, 21.

¹⁰⁷ Taşpınar Ayvaz, “Bedensel Zararlar,” 425.

¹⁰⁸ 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu m. 18/A, 18’de dava şartı arabuluculuk hakkında düzenleme yapmış ve “*özel kanunlarda tahkim veya başka bir alternatif uyuşmazlık çözüm yoluna başvurma zorunluluğunun olduğu veya tahkim sözleşmesinin bulunduğu hâllerde, dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin hükümler uygulanmaz*” şeklinde açıklık sağlamıştır. Söz konusu hükmün, tüketici uyuşmazlıkları bağlamında arabuluculuğa ilişkin değerlendirilmesi hakkında detaylı bilgi için bkz. Görgün, Börü ve Kodakoğlu, *Usûl*, 741; Süha Tanrıver, *Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk*, 2. Bası (Ankara: Yetkin, 2022), 148-150; Budak ve Karaaslan, *Usul*, 522. Hem arabuluculuk hem de tahkim gizliliğin korunmasına katkı sağlar [Çiğdem Yazıcı Tıktık, *Arabuluculukta Gizliliğin Korunması* (İstanbul: Onikilevha, 2013) 91 vd.].

yönelik iradesini ortaya koyduğu ve elverişlilik konusundaki tereddütleri giderdiği belirtilmektedir¹⁰⁹. Tüketici uyuşmazlıkları, malvarlığına ilişkin olmaları nedeniyle kural olarak arabuluculuğa elverişlidir¹¹⁰.

Bahsedilen görüşe karşılık, TKHK'un 73/A maddesinde, dava şartı arabuluculuğa başvuru zorunluluğunun varlığıyla kanun koyucunun iki tarafın arzusuna tâbi olmayı, kamu düzeniyle örtüşürmediğinin açık göstergesi olarak teyit ettiği değil; doğası gereği iki tarafın iradesinin ötesinde düzenlemeler içeren bir alanda, özel hükümler sayesinde alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına başvurabilmeyi düzenlediği kanısındayız.

İlk bakışta Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik Eki'nin 1. maddesinin "n" bendinde, hukuki düzenlemelerde öngörülme bir hakeme başvurularak tüketicinin mahkemeye gitme veya başka başvuru yollarını kullanma olanağını sınırlandıran veya ortadan kaldıran şartlar, haksız şart olarak kabul edilerek mesele karmaşık ifade edilmektedir.

¹⁰⁹ İbrahim Ermenek, *Arbuluculuk Sürecinde Zayıf Tarafın Korunması* (Ankara: Yetkin, 2021), 48 vd.; İbrahim Özbay, "Tüketici Uyuşmazlıklarında Arabuluculuğa Elverişlilik," *Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1, S. 1 (Mart 2023): 6.

¹¹⁰ Arabuluculuğa elverişli uyuşmazlıklar, 7.6.2012 tarihli ve 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun "Amaç ve Kapsam" başlıklı 1. maddesinin ikinci fıkrasında; " *taraflar ancak üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümünde arabuluculuk faaliyetine başvurabilirler.*" şeklinde (tahkime elverişliliğe benzerlikler ve farklılıklar hakkında bkz. Budak ve Karaaslan, *Usul*, 508) kamu hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıklar hariç tutulduğu gibi, özel hukuk alanında doğan fakat tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri uyuşmazlıklar için de arabuluculuk faaliyeti yürütülemez. TKHK m. 68, 5 hükmüyle tüketici hakem heyetine başvuru zorunluluğunun, tüketicilerin alternatif çözüm mercilerine başvurmalarına engel olmadığı açıkça teyit etmiş oldu [Özbay, "Elverişlilik," 5; Özbek, *Alternatif*, 1502; Bilgehan Yeşilova, "6502 Sayılı (Yeni) Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a Göre Tüketici Uyuşmazlıklarının Çözümü Usûlü ve Yargılama Kuralları," *Terazi Aylık Hukuk Dergisi* 9, Özel Sayı (Kasım 2014): 116-118; Erişir, "Konferans," 91]. TKHK emredici hükümler taşısa da bu durum, tüketici uyuşmazlıkları hakkında tarafların arabuluculuk gibi alternatif uyuşmazlık yollarına başvuramamaları biçiminde anlaşılmalıdır. Bununla birlikte tarafların akdedeceği arabuluculuk sözleşmesi, tüketicinin korunmasına ilişkin emredici nitelikteki bir hükmün ihlali sonucunu doğuracaksa, sözleşme geçerli olmayacaktır (Özbay, "Elverişlilik," 6) 6502 sayılı Kanun'un 68, 5 hükmüne dair farklı yönler için bkz. Ermenek, *Arbuluculuk Süreci*, 50; Özsöker, *Tüketici Hakem Heyetleri*, 60.

Tüm bunlarla birlikte ihtiyari tahkim kaydı yazılarak tüketici aleyhine “haksız şart” seviyesinde açıklamalar da yapılmış olabilir. TKHK m. 5 uyarınca bir sözleşme hükmünün haksız şart olarak nitelendirilebilmesi için müzakere edilmemiş olması yeterli değildir¹¹¹. Bunun dışında getirilen hükümde, “ *tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olması*” aranmaktadır. Satıcı/sağlayıcı tarafından sözleşmeye konulan tahkim şartının haksız şart niteliğinin tespiti için kural olarak öncelikle uyumsuzluğun tahkim yoluyla çözüme kavuşturulmasının dürüstlük kuralına aykırı bir biçimde tüketicinin aleyhine olup olmadığının incelenmesi gerekir¹¹².

Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik hükümlerinin sözüne bakıldığında tüketici sözleşmelerinde yer alan “tahkim” kaydının doğrudan doğruya haksız şart olarak kabul edildiği görülmektedir. Buna göre, “*Tüketicinin özellikle, hukuki düzenlemelerde öngörülmemiş bir hakeme müracaatını öngörmek... tüketicinin mahkemeye gitme veya başka başvuru yollarını kullanma imkanını ortadan kaldıran veya sınırlandıran şartlar*”ın haksız olduğu belirtilmiştir. Bu ifadeye göre artık tüketici ile satıcı/sağlayıcı arasında yapılan sözleşmenin önceden müzakere edilmeyen hükümleri arasında yer alan bir tahkim şartının, ayrıca tüketicinin dürüstlük kuralına aykırı bir biçimde aleyhine olup olmadığı değerlendirilmeksizin haksız şart olduğunun kabul edilip tahkim anlaşmasının hükümsüz sayılmasını gerektirir.

Doktrinde, söz konusu hükmün uyumsuzluk çıkmadan önce, henüz taraflar arasında tüketici işlemi yapılırken tahkim şartının konulmasının haksız şart anlamına geleceği ileri sürülmektedir¹¹³. Tarafların, uyumsuzluk çıktıktan sonra, uyumsuzluğun çözümü için tahkime gidilmesi hususunda anlaşmalarına herhangi bir engel yoktur¹¹⁴. Nitekim Avrupa Birliği müktesebatına bakıldığında da Avrupa Birliği 93/13 Yönergesi’nin Ek’inde yer alan q bendindeki hükmün Avrupa Birliği Komisyonu’nun Tüketici Uyumsuzluklarının Devlet Yargısı Dışında Çözümüne İlişkin Temel İlkeler başlıklı ve 1998 tarihli tavsiyesi çerçevesinde yorumlanmasının uygun olacağı doktrinde ifade edilmektedir. Komisyon, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkı uyarınca,

¹¹¹ Özbek, *Tahkim*, 909.

¹¹² Özbek, *Tahkim*, 909.

¹¹³ Özbek, *Tahkim*, 910-911; Topuz, *Tüketici*, 22.

¹¹⁴ Özbek, *Tahkim*, 910-911; Topuz, *Tüketici*, 22.

tüketicilerin ancak açıkça ve tüm bilgilerden haberdar bir şekilde ve uyuşmazlık ortaya çıktıktan sonra uyuşmazlığın mahkeme dışında (örneğin tahkimde) çözülmesine yönelik yapacağı anlaşmayla tüketicinin mahkemeye gitmesinin engellenebileceğini kabul etmektedir¹¹⁵. Dolayısıyla uyuşmazlık henüz ortaya çıkmadan önce yapılacak bir tahkim anlaşması, haksız şart kabul edilip geçersiz sayılacaktır. Öte yandan yine Avrupa Birliği mevzuatında tüketicilere sunulacak yolların (organların) bağımsız; başvuru usulünün basit ve külfetsiz olması, organların kararlarının tüketicinin haklarını sınırlayıcı olmaması ve dava yolunu kapatmaması biçiminde öngörüldüğü tespit edilmektedir. Bu bakımdan tarafsızlık, etkililik, şeffaflık ve adil olma ilkeleri belirlenmiştir. Tahkimin de bir dava yolu olduğu ve hak arama özgürlüğünü kapatmayıp, aksine yargılama yapılması suretiyle bu yolun kullanılması aracı olduğunu ifade edilmelidir.

Burada da sözleşme özgürlüğünün genel sınırları bakımından tüketicinin güvenli, kurumsal ve ekonomik bakımdan korunan menfaatleri dikkate alınarak bir mekanizma oluşturulması gerekir. Diğer taraftan uyuşmazlık ortaya çıkmadan yapılan tahkim sözleşmesinin haksız şart olarak kabul edilmesinden başka uyuşmazlık sonrası tahkim sözleşmesi yapılırsa (HMK m. 412, 1), aslında hukukumuz açısından haksız şart olup olmadığından evvel yürürlük denetimi aşamasında işin özelliğine yabancı olması nedeniyle geçersizlik gündeme gelecektir.

Avrupa Birliği mevzuatı bakımından tüketiciye her yolu seçme hakkını tanıdığı; fakat tüketici hukukunda tüketiciye sağlanan mali kolaylıklar (harç muafiyeti vb.) dikkate alındığında tahkimin tüketiciye getireceği ekonomik yükün ortadan kaldırılmasını sağlayıcı davadakine benzer tedbirlerin alınması gerektiği açıktır¹¹⁶.

Öte yandan yukarıda da belirtildiği üzere, Yönetmelik ile haksız şart belirlenmesi, “*mutlak*” olarak kabul edilmemelidir. Ayrıca somut olaylar bakımından Kanunun aradığı dürüstlük kuralına aykırı bir şekilde tüketici aleyhine bir dengesizliğin ortaya çıkması¹¹⁷ ve taraflar arasında müzakere edilmemiş olma koşullarının (TKHK m. 5) ele alınması da gerekir¹¹⁸. Bu

¹¹⁵ Gökçe Kurtulan, “Türk Hukukunda Tüketici Uyuşmazlıklarının Tahkime Elverişliliği,” *TBBD*, S. 131 (2017): 257-258; Özbek, *Tahkim*, 910-911.

¹¹⁶ Taşpınar Ayvaz, “Bedensel Zararlar,” 426-427.

¹¹⁷ Howells, “Consumer Contract Law,” 1926; Whittaker, “Unfair Contract Terms,” 232.

¹¹⁸ Howells, “Consumer Contract Law,” 1941; Micklitz, “Unfair Terms,” 377-378.

anlamda son olarak, örneğin bir tarafında tüketici olan asimetrik tahkim¹¹⁹ sözleşmeleri veya kayıtları da dikkate alınarak değerlendirilmelidir.

Hukuk sistemimizde¹²⁰, Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik Eki'nin 1. maddesinin "n" bendinin, "... hukuki düzenlemelerde öngörülmemiş bir

¹¹⁹ Bu konuda bkz. Ayşegül Polat, "Asimetrik Tahkim Sözleşmesinin Geçerliliği," *ASBÜHFD* 1, S. 1 (2019): 8 vd.; Süleyman Yılmaz ve Gökçe Filiz Çavuşoğlu, "Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmelerinin Geçerliliği ve Asimetrik ve Patolojik Tahkim Kızları," *AÜHFD* 69, S. 3 (2020): 1488.

¹²⁰ Alman doktrininde kabul edilen bir görüşe göre; Haksız Şartlar Direktifi Ek'inin paragraf 1(q) hükmünde yer alan ve hukuki düzenlemeye kavuşturulmamış tahkim ifadesinden anlaşılması gerekenin tahkime ilişkin herhangi bir genel kanuni düzenlemenin mevcut olmaması değildir [Andreas von Goldbeck, "Consumer Arbitrations in the European Union," *Pepp. Disp. Resol. L.J.* 18, (2018): 279-280]. Başka bir deyişle Alman Medeni Usul Kanunu'nun 1025. paragrafında, genel olarak Almanya'da uygulanacak olan ihtiyari tahkime ilişkin hükümlere yer verilmiş olması, Haksız Şartlar Direktifi anlamında tüketicilerin haklarına dair sorunların incelenebileceği uygun bir sistemin var olduğunu tek başına göstermez (von Goldbeck, "Consumer Arbitrations," 280-281). Ancak tacirin veya tacir olmamakla birlikte iş ilişkilerinin içinde yer alan bir kişinin taraf olarak yer alıp da karşısında tüketicinin bulunmadığı genel işlem koşulları ile hazırlanmış sözleşmede, Alman Medeni Usul Kanunu'nun 1029. paragrafının ikinci fıkrasındaki biçimiyle tahkim kaydına yer verilmesi halinde, uyuşmazlık ortaya çıkarsa, söz konusu kanunun 1032. paragrafına göre, yetkili mahkeme, bu hükme ve 1031. paragrafa imza dahil başka bir şekilde aykırılık görmüyorsa, yapacağı değerlendirme sonucunda koşulun geçerli olduğu sonucuna ulaşabilir [Oliver Spieker, "Schiedsvereinbarungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen im Bereich des nicht kaufmännischen Verkehrs," *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 20, 2. Halbjahr Köln (1999): 2138-2139]. Elbette taraflardan biri tüketici olmayan geçerli hüküm ve sonuç ifade eden tahkim kaydı, içerik denetimine de tâbi tutulabilir (Spieker, "Schiedsvereinbarungen," 2141). Bir ülkede, tüketicilerin kanuni düzenlemeye kavuşturulmuş tahkime başvurduğundan bahsedebilmek için, özel olarak tüketici uyuşmazlıklarında tahkime başvurulmasına olanak tanıma amaçlı bir usulün öngörülmesi gerekir (von Goldbeck, "Consumer Arbitrations," 281-282). Tüketicinin tahkim anlaşmasında nasıl yer alabileceğine dair usul, özel olarak Alman Medeni Usul Kanunu'nun 1031. paragrafının 5. kısmında ve Alman Tahkim Kanunu'nda bulunmaktadır [Amy J. Schmitz, "American Exceptionalism in Consumer Arbitration," *Loy. U. Chi. Int'l L. Rev.* 81 10 (2012): 96; Gökberk Özsoker, *Tüketici Hakem Heyetleri* (Ankara: Yetkin, 2019), 77]. Alman Medeni Usul Kanunu'nda tahkime ilişkin diğer hükümlerin yanında bu hüküm özelinde yapılacak değerlendirmeler sonucunda, taraflardan birinin tüketici olduğu genel işlem koşulları ile hazırlanmış sözleşmede tahkim kaydının Almanya'da hüküm ifade ettiği kabul edilebilir (Spieker, "Schiedsvereinbarungen," 2139). Yürürlükte bir tahkim kaydının varlığının ötesinde, dürüstlük kuralına göre, tahkim kaydı içerik denetiminden geçirilip

hakeme müracaatını öngörmek...” şeklindeki ifadesi özel olarak tüketicilerin taraf oldukları uyuşmazlıkların çözüme kavuşturulması için öngörülmüş, kanuni düzenlemesi mevcut olan tahkim usullerine başvurulabileceği şeklinde anlaşılmalıdır.

Hukuk uygulamamızda, hakkında kanuni dayanak bulunan tahkim yollarından, tüketici hakem heyetleri, finans alanıyla ilgili tüketici işlemleri açısından Türkiye Bankalar Birliği ile Türkiye Katılım Bankaları Birliği bünyesindeki bireysel müşteri hakem heyetleri ve Sigorta Tahkim Komisyonu’nun sigortacılıkta tahkim faaliyeti örnek olarak verilebilir.

2. Bankacılık Kanunu Uyarınca Tüketiciler Açısından Tahkim

TKHK’un 4. maddesinin üçüncü fıkrasında, finans alanında, Ticaret Bakanlığı’nın da görüşünün alınması suretiyle Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu tarafından tüketicinin korunmasına ilişkin usul ve esasların belirlenmesi öngörülmüştür¹²¹. Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu tarafından Finansal Tüketicilerden Alınacak Ücretlere İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik¹²² yayımlanmış olmakla beraber, burada yer alan hükümler maddi hukuka ilişkindir.

Türkiye Bankalar Birliği’nde veya Türkiye Katılım Bankaları Birliği’nde, birlik üyesi bir banka ile müşterisi arasında miktar veya değer

bir tarafın tüketici olması halinde haksız şart olarak nitelendirilebilecektir (Spieker, “Schiedsvereinbarungen,” 2139-2140). Çünkü uyuşmazlık doğmadan önce kararlaştırılan tahkim koşullarının geçerli hüküm ve sonuç doğurabilmesi için, dürüstlük kuralına uygun açık ve şeffaf yazılmalıdır (Schmitz, “Consumer Arbitration,” 96-97; Özsöker, *Tüketici*, 77; Howells, “Consumer Contract Law,” 1936).

¹²¹ Finansal tüketici ile ilgili korumanın Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu tarafından yerine getirilmesi, eleştirilere neden olmaktadır (Akipek Öcal, “Banka Mevduat Sözleşmeleri,” 34-35). Doktrinde, idari mercii tarafından gerçekleştirilecek korumanın düzenleniş tarzı da eleştirilere yol açmaktadır; KARA, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu’nun Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un 4. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca; yalnızca “... Bakanlığın görüşü”nü almasının isabetli olmadığını, bunun yerine Ticaret Bakanlığı’nın “uygun görüşü” tercih edilmiş olsa idi; daha isabetli bir kanuni düzenleme gerçekleştirilmiş olacağını belirtmektedir [İlhan Kara, “Bireysel Bankacılık İşlemleri Alanında Tüketici Hakları, Kanuna Aykırı Uygulamalar ve Çözüm Yolları,” içinde *6502 Sayılı Kanuna Göre Bankacılık ve İnşaat Sektörlerinde Tüketici Hukuku ve Uygulamaları*, 3. Baskı (Ankara: Bilge, 2015): 55-56].

¹²² RG. 3.10.2014, S. 29138.

itibariyle tüketici hakem heyetinin görev alanında kalan uyuşmazlıkların çözümü için, ayrıca bireysel müşteri hakem heyetine başvuru imkânı¹²³, Bankacılık Kanunu'nun 80. maddesinin "j" bendinin, "...*Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun hükümleri ve diğer kanunlarla tanınmış müracaat hakları saklı kalmak kaydıyla üyeler ve bireysel müşterileri arasındaki ihtilafların değerlendirilmesi ve çözüme kavuşturulmasını temin etmek üzere hazırlayacakları ve Kurulca onaylanan usul ve esaslar dâhilinde hakem heyeti oluşturmak*" biçimindeki ifadesinden doğmaktadır¹²⁴. Aynı konuda görevli olan tüketici hakem heyeti mevcut iken tüketicilerin taraf olacağı finansal hukuki ilişkilerden doğan uyuşmazlıklar için ayrıca bireysel müşteri hakem heyetinin kurulmuş olması isabetli bir tercih olmasa¹²⁵ da

¹²³ Erişir, "Konferans," 90.

¹²⁴ Bireysel müşteri hakem heyetinin faaliyetleri, bireysel bankacılık işlemlerini kapsamaktadır; yalnızca gerçek kişilerin başvuruları değerlendirmeye alınmaktadır. Tüzel kişilerin yaptığı başvurular ile gerçek kişilerin bireysel içerikli olmayan başvuruları (örneğin ticari, zirai vb. faaliyetlerle ilgili başvurular bireysel içerikli olarak değerlendirilmemektedir) kabul edilmemektedir. Bireysel müşteri hakem heyetine yapılacak başvurularda, anlaşmazlığa konu olay, başvuru tarihi itibariyle en çok iki yıl eski tarihli olmalıdır. Hakem Heyetinin sunduğu hizmetler ücretsizdir. Heyetin vereceği kararlara bankalar, 27071 TL'ye kadar uymak zorundadırlar. Bu tutar 2024 senesi için geçerli olup, her yıl ocak ayında Türkiye İstatistik Kurumunca yayımlanan yıllık tüketici fiyat endeksi değişim oranında yükseltilir. Başvuru konusu dikkate alınarak sekreteryaya tarafından kabul edilen başvurular, dört heyetten bir tanesine yönlendirilmektedir. Yönlendirilecek heyetler şunlardır: banka kartları ve kredi kartları bireysel müşteri hakem heyeti, tüketici kredileri bireysel müşteri hakem heyeti, sigortacılık işlemleri bireysel müşteri hakem heyeti, diğer bankacılık ürün ve hizmetleri bireysel müşteri hakem heyeti (birinci, ikinci ve üçüncü madde dışında kalan ürün ve hizmetlerle ilgili). Her bireysel müşteri hakem heyetinde, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu'nun temsilcisi olarak iki üye ile Türkiye Bankalar Birliği tarafından aday olan bankalar arasından üç asil üç yedek üye seçilmekte ve toplam beş temsilci görev almaktadır ("Bireysel Müşteri Hakem Heyeti," Türkiye Bankalar Birliği, erişim tarihi Ocak 22, 2024, <https://www.tbb.org.tr/tr/finansal-tuketici/bireysel-musteri-hakem-heyeti/2469>).

¹²⁵ Bireysel müşteri hakem heyetlerinin oluşumunda müşteri temsilcisi olan herhangi bir üyenin yer almaması, uygulamada müşterilerin, bankalar kadar etki edemedikleri kararlar ile karşı karşıya kalmalarına da neden olmaktadır (bireysel müşteri hakem heyetlerinin oluşumu hakkında eleştirel yaklaşım için bkz. Erol Ulusoy, "Finans Hukukunda Tahkim," içinde *II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu: Tahkim-Konuşmalar-Tartışmalar-Bildiriler*, ed. Erol Ulusoy ve Aslı Yıldırım (İstanbul: Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu/Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 2009), 236-237.

pozitif düzenleme karşısında, aksi bir yorumda bulunarak bireysel müşteri hakem heyetlerine başvurulamayacağını belirtmek mümkün değildir. Bu nedenle zorunlu tahkim mercii varken ihtiyari tahkim yoluna gidilip gidilemeyeceği yönündeki tartışmanın¹²⁶, zorunlu tahkim mercii olan tüketici hakem heyeti ile ihtiyari tahkim mercii olan bireysel müşteri hakem heyeti arasındaki ilişki açısından tekrar edilmesine ihtiyaç yoktur.

Türkiye Bankalar Birliği ve Türkiye Katılım Bankaları Birliği tarafından çıkarılan Bireysel Müşteri Hakem Heyetinin Oluşumu, Çalışma Esas ve Usulleri Hakkında Tebliğ'in 7. maddesinin birinci fıkrasının "c" bendinde, devlet mahkemesine, tüketici hakem heyetine, sigorta tahkim komisyonuna başvuru yapılan uyuşmazlıklar için bireysel müşteri hakem heyetine başvuru yapılamayacağı ifade edilmiştir. Yine söz konusu hükmün üçüncü fıkrasında, bireysel müşteri hakem heyetine başvuru yapılan bir uyuşmazlık için daha sonra devlet mahkemesine, tüketici hakem heyetine ve sigorta tahkim komisyonuna başvuru yapılması halinde, bireysel müşteri hakem heyetinin görevinin son bulacağı hükmüne yer verilerek olası karışıklığın önüne geçilmeye çalışılmıştır.

3. Sigortacılık Kanunu Bakımından Tahkim

Sigorta ilişkileri açısından özel bir kanun olan 3.6.2007 tarihli ve 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu mevcut olmakla birlikte burada da tüketici mevzuatı uygulama alanı bulabilecektir¹²⁷. Sigorta işlemlerinde, genel işlem koşullarının kullanılması halinde TBK'nun, ancak genel işlem koşullarının haksız şart teşkil edecek boyuta ulaşması durumunda TKHK'un uygulanması gerekir¹²⁸.

¹²⁶ Bkz. III, A.

¹²⁷ Samim Ünan, "Tüketici Sözleşmesi Niteliğindeki Sigorta Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk Kuralları," içinde 6. *Tüketici Hukuku Kongresi, 17-18-19 Kasım 2016, Sektörel Bazda Tüketici Hukuku Uygulamaları* (İstanbul: Aristo, 2017), 478-479; Tekin Memiş, *Sigorta Sözleşmesi Şartlarının Yargısal Denetimi* (İstanbul: Onikilevha, 2016), 182.

¹²⁸ Memiş, *Sigorta*, 182; Ünan, "Sigorta Sözleşmeleri," 482-483; aksi yönde Fatma Dilek Kabukçuoğlu, "Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Çerçevesinde Sigorta Sözleşmelerinin Durumu," içinde 4. *Tüketici Hukuku Kongresi, 20-21-22 Kasım 2014, Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları* (Ankara: Bilge, 2015), 437; yazara göre, Türk Ticaret Kanunu'ndaki koruyucu hükümler herhalde uygulama kabiliyetini haiz olduğundan, sigorta sözleşmesinin ayrıca haksız şart içerip içermediğini değerlendirmeye ihtiyaç yoktur.

Sigorta sözleşmelerinin tüketici işlemi niteliğinde olması halinde, Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik Eki'ndeki örneklerin de uygulama alanı değerlendirilmelidir¹²⁹. Tüketicinin taraf olduğu işlemler hakkında, diğer kanunlarda da düzenlemelere yer verilmesi, bu işlemin tüketici işlemi olarak kabul edilmesine ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un uygulanmasına engel değildir (TKHK m. 83, 2). Ayrıca bu durum, yalnızca tüketici mahkemesi için değil, tüketici hakem heyetinin görev ve yetki alanı bakımında da geçerlidir¹³⁰. Bu nedenle niteliği itibarıyla tüketici işlemi olan bir sigorta sözleşmesinden doğan uyuşmazlığın çözüme kavuşturulması için, tüketici hakem heyetine başvurulabileceğine tereddüt edilmemelidir.

Sigorta hukuku ile ilgili olarak, sigorta şirketi, sigorta ettiren ve sigortalı arasında ortaya çıkan uyuşmazlıkların çözüme kavuşturulması için, Sigortacılık Kanunu'nun 30. maddesinde sigortacılıkta tahkime ilişkin düzenleme getirilmiştir. Söz konusu maddenin gerekçesinden de anlaşıldığı üzere tüketici işlemi niteliğindeki sigorta sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda tüketicinin de sigorta tahkim komisyonuna başvurabilmesinin özel olarak amaçlandığı görülmektedir. Bununla birlikte, Sigortacılık Kanunu'nun 30. maddesinin on dördüncü fıkrasında; *"Mahkemeye ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun hükümleri uyarınca Tüketici Sorunları Hakem Heyetine intikal etmiş uyuşmazlıklar ile ilgili olarak Komisyona başvuru yapılamaz"* denilerek sigortacılıkta tahkimin varlığının tüketici hakem heyetine başvurmaya engel olmayacağı pozitif dayanağa kavuşturulmuştur.

Doktrinde bir görüş tarafından, Sigortacılık Kanunu'nun 30. maddesiyle getirilen sigortacılıkta tahkim sisteminin, ihtiyari ve zorunlu tahkim ayrımının dışında karma bir yöntem olduğu ifade edilmektedir¹³¹.

Sigorta tahkiminde taraflar, sigorta sözleşmesine koydukları tahkim şartı veya ayrı bir tahkim sözleşmesiyle değil, sigorta kuruluşunun Tahkim Komisyonuna üye olarak önceden yapmış olduğu herkese açık önerisinin

¹²⁹ Memiş, *Sigorta*, 183; Haksız Şartlar Hakkında Direktif açısından da sigorta sözleşmesinin tüketici işlemi sayılmasına bir engel bulunmadığı hakkında bkz. Willett, "Unfair Terms," 229; Collins, "Good Faith," 242; bkz. Elvin, "Unfair Terms," 44.

¹³⁰ TKHK m. 83 Gereğiçesi.

¹³¹ Rauf Karasu, "Sigorta Tahkimi ile İlgili Güncel Sorunlar ve Çözüm Önerileri," *TAAD*, S. 26, Yıl:7 (Nisan 2016): 53.

uyuşmazlığın doğmasından sonra tahkim merkezine başvurularak kabul edilmesiyle tahkim sözleşmesini kurmaktadırlar¹³².

Doktrinde savunulan diğer bir görüşe göre, sigortacılıkta tahkimde, sigorta tahkim komisyonunun oluşumunda kurumsal ihtiyari tahkim benimsenmiştir¹³³. Zira hem sigorta kuruluşunun tahkim sistemine katılması ihtiyaridir hem de sigorta sözleşmesinin tarafı olan sigorta ettirenin ve sözleşmeden menfaat elde eden sigortalı veya lehtarın tahkime başvurması hiçbir aşamada zorunlu tutulmamıştır¹³⁴.

Doktrinde ileri sürülen başka bir görüşe göre, sigorta tahkim sistemine üye olan kuruluşa karşı tahkime başvurulması, karşı taraf ile ilgili kuruluş arasında herhangi bir tahkim sözleşmesinin bulunmasını gerektirmemekte ve böyle bir başvurunun yapılması halinde sigorta kuruluşu açısından bir zorunluluk doğacağı için, ihtiyari tahkimden söz edilemeyecektir¹³⁵. Buna karşılık, sigorta kuruluşuna karşı, sigortacılıkta tahkim yoluna başvuran kişi bakımından, bu yola başvurmak zorunlu olmayıp, kendisinin ihtiyarında olduğundan, ancak nispi zorunlu tahkim sisteminden bahsedilebilecektir¹³⁶. Sigorta tahkim sistemine üye olmayan kuruluşlar ile karşı taraf, sigortacılıkta tahkime ilişkin hükümlerden faydalanarak ihtiyari tahkime müracaat edebileceklerdir¹³⁷.

Hangi görüş kabul edilirse edilsin, Sigorta Tahkim Komisyonu haricinde, HMK'nun ihtiyari tahkim hükümleri uyarınca, sigortacılık işlemlerinden doğan uyuşmazlıklar için tahkim yoluna başvurulabileceği Sigortacılık Kanunu'nun 30. maddesinin yirmi dördüncü fıkrasında açıkça düzenlenmiştir. Söz konusu hüküm ile sigorta sözleşmesinin bir tarafını tüketicinin teşkil edebileceği düşünüldüğünde, sigorta sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklar için, önce sigorta tahkim komisyonuna üye sigorta kuruluşuna başvurarak,

¹³² Karasu, "Sigorta Tahkimi," 54.

¹³³ Ecehan Yeşilova Aras ve Bilgehan Yeşilova, "Sigortacılık Tahkimi - Sigorta Tahkim Usulü ve Ayırdedici Özellikleri," *Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi (Prof. Dr. Aydın ZEVKLİLER'e Armağan 1)* 8, Özel Sayı (2013): 287 (Erişim tarihi Eylül 7, 2022, <http://journal.yasar.edu.tr/wp-content/uploads/2014/01/9-Ecehan-Bilgehan-YE%C5%9E%C4%B0LOAVA.pdf>); Işıl Ulaş, "Sigortacılıkta Tahkim," *BATİDER* 14, S. 2 (2007): 240.

¹³⁴ Ulaş, "Sigortacılık," 240.

¹³⁵ Ulusoy, "Finans," 241.

¹³⁶ Ulusoy, "Finans," 241.

¹³⁷ Ulusoy, "Finans," 241.

tüketici hakem heyetinden farklı bir hakem heyetinde, tüketicinin hak arayabileceğinin kabulü gerekmektedir. HMK'nun ihtiyari tahkim sisteminde, başka bir koruyucu düzenlemeyle sözleşme özgürlüğü sınırlanmadığı ölçüde, tüketicinin taraf olduğu sigorta sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda, TKHK'un haksız şartlara ilişkin 5. maddesi ile ilgili yönetmelik uygulama alanı bulur ve bu doğrultuda haksız şart denetimi yapılır¹³⁸.

B. Delil Sözleşmeleri

1. Delil Sözleşmesi Bakımından Hukukun Tanıdığı Özgürlük Alanı

HMK'nun 193. maddesinin birinci fıkrasında, delil sözleşmesi yapılmasına imkân tanınarak Kanundaki delil sistemi yumuşatılmıştır¹³⁹.

Delil sözleşmesi, tarafların mevcut veya gelecekteki bir dava bakımından yaptıkları, bir olayın, olgunun veya hukuki işlemin belirli delille ya da diğer delillerin yanı sıra kararlaştırılan başka delillerle de ispat edilebileceği hususunda yapılan sözleşmedir¹⁴⁰. Delil sözleşmesinin konusunu, ispat araçları (deliller) oluşturur¹⁴¹.

HMK'ndaki delillere ilişkin kuralların taraflar arasındaki sözleşme ile değiştirilmesi ya da onların yerine bütünüyle farklı kurallara yer verilmesi, kamu düzenine aykırılık biçiminde yorumlanamaz¹⁴².

Senetle (kesin delille) ispat kuralları (HMK m. 200-201), mahkemelerde tarafların, tanıkların yalan beyanlarından korunarak kötüye kullanımların önüne geçilmesi, uyuşmazlığın makul sürede çözülmesi, işlem güvenliğinin

¹³⁸ Ayrıca bkz. Memiş, *Sigorta*, 183-187.

¹³⁹ Pınar Çiftçi, *Medeni Yargılama Hukukunda İspat Hakkı ve Sınırlamaları* (Ankara: Adalet, 2018), 794.

¹⁴⁰ Taşpınar, *İspat Sözleşmeleri*, 182; Arslan ve diğerleri, *Usul*, 508; çeşitli tanımlar için bkz. Hâluk Konuralp, *Medenî Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları* (Ankara: Yetkin, 2009), 53; Ahmet Battal, "Bankacılık İşlemlerinde İspat Usulü ve Delil Sözleşmeleri," *BATİDER* 19, S. 2 (Aralık 1997): 129; Kuru ve Aydın, *Usul*, 333-334; Pekcanitez, Atalay ve Özkes, *Medenî Usul*, 381; Çiftçi, *İspat Hakkı*, 794; Tanrıver, *Medeni Usul 1*, 908.

¹⁴¹ Kuru ve Aydın, *Usul*, 334; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *Usul*, 493 vd.; Budak ve Karaaslan, *Usul*, 277.

¹⁴² Ramazan Arslan, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Delil Sözleşmesi Konusunda Getirdiği Yenilikler," *Bankacılar Dergisi*, Özel Sayı (Ocak 2013): 67; Kuru ve Aydın, *Usul*, 334; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *Usul*, 493.

sağlanması amaçlarıyla öngörülmüştür¹⁴³. Kamu yararı ve kamu düzeni kavramları ile ilgili bu amaçlar, ispat faaliyetinde taraflara tanınan özgürlük alanının sınırlarını da tespit etmektedir. Ancak bu temas, kamu düzeninin ve kamu yararının, tıpkı her borçlar hukuku sözleşmesinde olduğu gibi, ihlal edilmemesi kaydıyla usul hukukunda senetle ispat kurallarının, hukuken geçerli bir biçimde, tarafların anlaşması suretiyle değiştirilebileceğini ifade etmektedir. Yoksa senetle ispat kuralları bizatihi kamu düzeninden kaynağını alan emredici hukuk kuralları değildir¹⁴⁴. Bu kurallar, yedek hukuk kuralı niteliğindedir¹⁴⁵.

Taraflar, herhangi bir maddi hukuk (örneğin kredi, sigorta, satış vb.) sözleşmesinin koşulu olarak, o sözleşmeden doğacak uyumsuzluğun belirli bir delille veya diğer delillerin yanında, başka delillerle de ispat edilebileceğini kararlaştırabilecekleri gibi, ayrı sözleşme şeklinde de delil sözleşmesi yapabilirler¹⁴⁶. TBK'nun sözleşme özgürlüğüne ilişkin 26. ve bu özgürlüğün sınırlarına ilişkin 27. maddesi, kamu düzenine ek olarak ahlaka, kişilik haklarına aykırılık ve konusu itibarıyla imkânsız olma biçiminde sınırlarını çizdiği genel çerçeve yönünden delil sözleşmeleri için de uygulanır¹⁴⁷.

TKHK'un 4. maddesinin birinci fıkrasında öngörülen yazılı geçerlilik şekli de yalnızca bu kanunda düzenlenen sözleşme türleri açısından öngörülmüştür. Delil sözleşmesi bir tüketici işlemi vasfını taşısa bile TKHK'da düzenlenmediğinden, bu Kanundan kaynağını alan bir yazılı geçerlilik şekli görülmemektedir. Bununla birlikte doktrinde ileri sürülen ve bizim de katıldığımız görüşe göre, HMK'nun 193. maddesinde, delil sözleşmesinin yazılı şekilde yapılabileceği ifade edildiğinden yazılılık,

¹⁴³ Senetle ispat kurallarının amaçları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Konuralp, "İspat Kuralları," 53 vd.; Emel Hanağası, *Medenî Yargılama Hukukunda Silahların Eşitliği* (Ankara: Yetkin, 2016), 429.

¹⁴⁴ "Değeri belli miktarı aşan hukuki işlemlerin şahitle ispatı yasağına ilişkin esasların amme intizamı düşüncesiyle kanuna konulmuş hükümlerden olmadıklarına..." (E. 18, K. 21, 18.03.1959, RG 26.06.1959, S. 10237) şeklindeki İBK'nda da bu husus açıkça belirtilmiştir.

¹⁴⁵ Arslan, "Delil Sözleşmesi," 67; Kuru ve Aydın, *Usul*, 334; İlhan E. Postacıoğlu, *Şehadetle İspat Memnuiyeti ve Hudutlar*, Genişletilmiş 2. Bası (İstanbul: Baha Matbaası, 1964), 24-25; Nur Bolayır, *Hukuk Yargılamasında Delillerin Toplanmasında Tarafların ve Hâkimin Rolü* (İstanbul: Vedat, 2014), 489.

¹⁴⁶ Battal, "Bankacılık," 130; Kuru ve Aydın, *Usul*, 338; Budak ve Karaaslan, *Usul*, 277.

¹⁴⁷ Tanrıver, *Medeni Usul 1*, 911.

geçerlilik şeklindedir¹⁴⁸. Taraflardan birinin aralarındaki delil sözleşmesini inkâr etmesi halinde, yazılı bir delil sözleşmesi olmadıkça, sözlü bir delil sözleşmesinin varlığı ispat da edilemez¹⁴⁹. Bu görüş doğrultusunda delil sözleşmeleri, genel işlem koşulu denetimden geçmeksizin, sırf yazılı şekil kuralına uyulmadığı için hükümsüz olur (TBK m. 12, 2). Ancak belirtmek gerekir ki, delil sözleşmesi mahkeme huzurunda tutanağa geçirilen imzalı beyanlarla da gerçekleşebilir. Nitekim HMK m. 193, 1 uyarınca, “*Taraflar yazılı olarak veya mahkeme önünde tutanağa geçirilecek imzalı beyanlarıyla kanunda belirli delillerle ispatı öngörülen vakıaların başka delil veya delillerle ispatını kararlaştırabilecekleri gibi; belirli delillerle ispatı öngörülmemeyen vakıaların da sadece belirli delil veya delillerle ispatını kabul edebilirler*”. Bu durumda, yazılılık koşulu, tutanağa geçirmeyle sağlanmış olur. Madde gerekçesine bakıldığında da delil sözleşmesinin açık olması gerektiği, örtülü bir şekilde yapılamayacağı; yazılılığınca ya taraflarca önceden yapılan sözleşmenin ibrazı veya mahkeme huzurunda ortaya çıkan açık iradelerin imza karşılığı tutanağa bağlanmasıyla gerçekleşeceği görülür¹⁵⁰.

Buna karşılık diğer görüşe göre, delil sözleşmesinin hüküm ve sonuçlarının taraflarca değerlendirilebilmesi amacıyla HMK’nun 193. maddesiyle ispat koşulu olarak yazılı şekil öngörülmüştür¹⁵¹. Delil sözleşmesi

¹⁴⁸ Mülga 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun (HUMK) yürürlükte olduğu dönemde konu 287. maddede düzenlenmişti. Buna göre, “*iki tarafça muayyen deliller ile ispatı tahriren kabul edilmiş olan veya muhakeme esnasında olveçhile beyinlerinde karar verildiği ikrar olunan maddeler hakkında başka delil kabul olunmaz*” şeklindeki ifade, delil sözleşmesinin yazılı veya daha önceden sözlü olarak yapıldığının mahkeme önünde ikrarı ile geçerlilik kazanabileceği sonucuna ulaştırmakta idi. Bu nedenle doktrinde delil sözleşmesinin şekli konusu tartışmalı olmakla birlikte, maddedeki düzenleme, delil sözleşmesinin geçerliliğinin yazılı olmasına bağlı olmadığı; daha önce sözlü olarak yapılan sözleşmenin ikrarına da olanak tanıdığı için buradaki şeklin ispat şekli olduğu yönünde sonuca varılmakta idi. Bu konudaki tartışma ve ayrıntılar için bkz. Taşpınar, *İspat Sözleşmeleri*, 194-195.

¹⁴⁹ Mustafa Göksu, “6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Senetle İspat Kuralları ve Bunların İstisnaları,” *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi* 1, S. 1 (2011): 60; Kuru ve Aydın, *Usul*, 338-340; Arslan ve diğerleri, *Usul*, 511.

¹⁵⁰ “*...Delil sözleşmesinin önemi sebebiyle, yazılı olması veya tutanağa geçirilecek beyanların imzalanması suretiyle yapılabileceği kabul edilmiştir. Delil sözleşmesinin, ancak açıkça yapılabilmesi karşısında, zımnî delil sözleşmesi yapılması mümkün değildir*” (HMK m. 193 gerekçesi).

¹⁵¹ Arslan, “Delil Sözleşmesi,” 71; Pekcanitez, Atalay ve Özkes, *Medenî Usul*, 382.

sözlü olarak da kurulabilir; ancak sözlü olarak kurulan delil sözleşmesi duruşma tutanağına geçirilmeli ve taraflarca bu tutanağın altı imzalanmalıdır¹⁵².

2. Özgürlük Alanının Sınırlarının Aşılması

a. Delil Sözleşmesinin Kapsamı

İspat hakkı, adil yargılanma hakkının bir unsuru olan hakkaniyete uygun (hukuki) dinlenilme hakkının en önemli görünümüdür (AİHS m. 6; Anayasa m. 36; HMK m. 27). Bu nedenle ispat hakkına müdahale edilerek delil sözleşmesi aracılığıyla içinin boşaltılıp, etkisizleştirilmesinin önlenmesi gerekir¹⁵³. Ayrıca tarafların iddiaları ve savunmaları arasındaki karşılıklı usuli dengenin delil sözleşmesi ile bozulması halinde, silahların eşitliği ilkesi de ihlal edilmiş olur¹⁵⁴. Bu nedenle emredici bir hüküm olan HMK'nun 193. maddesinin ikinci fıkrası, sözleşmede güçlü tarafın, diğer tarafın ispat hakkını ortadan kaldırmasının veya fevkalâde güçleştirmesinin, sözleşme özgürlüğünün sınırını aştığını belirtmektedir. Delil sözleşmesi açısından getirilen bu sınırlama, dürüstlük kuralının bir yansımasıdır¹⁵⁵.

Doktrinde, silahların eşitliği bakımından usuli dengenin ne ölçüde değiştirilebileceğini öngören HMK'nun 193. maddesinin ikinci fıkrasının sorunları da beraberinde getirdiğine dikkat çekilmektedir. Zira hükmün kaleme alınış tarzı itibarıyla fevkalâde güçleştirme ölçütünün üstüne çıkmayan eşitsizlikler silahların eşitliği ilkesine aykırı olarak değerlendirilemez. Bununla birlikte, silahların eşitliğiyle kastedilen mutlak eşitlik olmasa da usuli hak ve yetkiler açısından, hakkaniyete uygun dengenin varlığıdır¹⁵⁶.

b. Kapsama Dair Ölçütlerin Uygulanması

Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik Eki'nin 1. maddesinin "n" bendi uyarınca; tüketicinin gösterebileceği delilleri ölçsüz

¹⁵² Arslan, "Delil Sözleşmesi," 71.

¹⁵³ Arslan, "Delil Sözleşmesi," 71; Battal, "Bankacılık," 139; Çiftçi, *İspat Hakkı*, 794; Tanrıver, *Medeni Usul 1*, 912.

¹⁵⁴ Hanağası, *Silahların Eşitliği*, 428, 441; Çiftçi, *İspat Hakkı*, 798.

¹⁵⁵ Baki Kuru ve Ali Cem Budak, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Getirdiği Başlıca Yenilikler," *İstanbul Barosu Dergisi* 85, S. 5 (2011): 5.

¹⁵⁶ Hanağası, *Silahların Eşitliği*, 445; Çiftçi, *İspat Hakkı*, 795.

derecede sınırlandırmak haksız şart örneği olarak ifade edilmektedir. Elbette salt yönetmelik ekinde sayılma, haksız şart olarak kabulü zorunlu kılmaz¹⁵⁷. Buna ek olarak, yönetmelikte yer alan “*delilleri ölçüsüz derecede sınırlandırma*” ibaresinin kapsamı da tıpkı HMK’nun 193. maddesindeki “*fevkalade güçleştirme*” gibi belirsizlikler içermektedir.¹⁵⁸ Yine de TKHK’un 83. maddesinde hüküm bulunmayan hallerde genel hükümlerin uygulanacağı yönündeki atıf dolayısıyla bu Kanunun 5. maddesinde delil sözleşmesine ilişkin doğrudan hüküm bulunmadığı için, HMK’nun 193. maddesinin ikinci fıkrasındaki, “*Taraflardan birinin ispat hakkının kullanımını imkânsız kılan veya fevkalade güçleştiren delil sözleşmeleri geçersizdir*” şeklindeki emredici hükmün, tüketicinin taraf olduğu sözleşmelerde de uygulanması gerekir. HMK m. 193 metniyle dürüstlük kuralından kaynağını almak bakımından haksız şarta ilişkin düzenlemelerle örtüşmekle birlikte aslında bu amacı taşıyan ve genel işlem koşulu denetimi sistemi içinde yer alan bir hüküm değildir.

Her ne kadar Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik Eki’nin 1. maddesinin “n” bendi, delillerin ölçüsüz derecede sınırlandırılmasının haksız şart teşkil ettiğini belirtmekteyse de HMK’nun 193. maddesinin ikinci fıkrası dolayısıyla genel işlem koşulunun içerik denetimi yoluyla delil sözleşmesinin incelenmesine ihtiyaç bulunmadığı kanısındayız¹⁵⁹. Çünkü söz konusu hüküm, dürüstlük kuralına aykırı delil sözleşmelerinin hükümsüz olacağını ortaya koymaktadır; ayrıca sözleşmenin genel koşulunun içerik denetiminden geçirilmesi bir kez daha dürüstlük kuralına aykırı olup olmadığının kontrol edilmesi ve eğer bu koşul dürüstlük kuralına aykırıysa, haksız şart kabul edilerek hükümsüz sayılması anlamına gelecektir. Başka bir ifadeyle HMK’nda, dürüstlük kuralına aykırı bir koşulun

¹⁵⁷ Şebnem Akipek Öcal, “Genel İşlem Koşulları ile Haksız Şartlara Karşılaştırmalı Bir Yaklaşım,” içinde *AÜHF 90. Kuruluş Yıldönümü Armağanı* (Ankara: Ankara Üniversitesi Yayınları, 2017), 373.

¹⁵⁸ Pınar Çiftçi, “Bir Hukuk Genel Kurulu Kararı Işığında Özellikle Medenî Usul Hukuku Açısından Delil Sözleşmelerinin Geçerliliği Sorunu,” *DEÜHFD 11 (Prof. Dr. Bilge UMAR’a Armağan 1)*, Özel Sayı (2009): 170.

¹⁵⁹ Emredici hukuk kuralına aykırılık halinde sırf bu nedenle, yani genel işlem koşulunun içerik denetimine gidilmeksizin, sözleşme koşulunun hükümsüz olacağı hakkında bkz. Engin, “Genel İşlem Şartları,” 84-85; emredici bir düzenleme ile sınırlama getirilmesi durumunda Haksız Şartlar Hakkında Direktif bağlamında bir denetime gidilmemesi gerektiği yönünde ayrıntılı bilgi için bkz. Elvin, “Unfair Terms,” 45-47. Aksi yönde Pekcanitez, Atalay ve Özekes, *Medenî Usul*, 382.

akıbeti, bireysel veya genel koşul olup olmadığına bakılmaksızın koruyucu hükümle düzenlenmişken; bu çeşit tekrara düşülmemesi gerekir.

TBK'nun 20. maddesinin ikinci fıkrasının gerekçesinde; “*Meselâ, delil sözleşmesine ilişkin bir genel işlem koşulunun bu sözleşmenin asıl metnine alınması...*” ifadesine yer verilmiştir. Bu hükümde, denetimden geçecek genel işlem koşullarının çerçevesi çizilirken, taraflarca genel işlem koşulları arasında yer verilmesi halinde, HMK'nun 193. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, genel işlem koşulu denetiminden geçmesine gerek olmayan bir sözleşme olan delil sözleşmesinin anılması isabetli olmamıştır.

Örneğin banka ile müşterisinin üzerinde özel olarak müzakere ederek delil olması amacıyla bir kayıt tutulması ve bu yazılı işlemin banka tarafından yerine getirilmesi hizmetini konu edinen bireysel sözleşme meydana getirmeleri, HMK'nun 193. maddesinin tanıdığı imkân dahilinde mümkündür¹⁶⁰. Elbette bankacılık sektöründeki uygulamalar düşünüldüğünde, müşteriyle böyle bir anlaşmaya varılması olasılığı düşüktür. Bununla birlikte sıklıkla olduğu üzere bankanın ticari defterlerini kendi lehine delil olarak kullanmak amacıyla tüketici konumundaki müşterisi ile arasındaki sözleşmede bir koşula yer vermesi veya bu yönde başka bir sözleşme yapması geçerli olarak hüküm ve sonuç doğurmaz. Buna ek olarak HMK'nun 222. maddesinin üçüncü fıkrası kapsamında, tüketicinin varsa ticari defterlerinin bankanın ticari defterlerine aykırı olmaması veya hiçbir kayıt içermemesi ve benzeri haller bankanın avantaj sağlayacağı durumlar olarak öngörülemeyeceği gibi, zaten tüketici kavramının dinamik özellik göstermesi nedeniyle başka konularda tacir olmasından kaynaklanan hususlardan aleyhe veya lehe yararlanılamayacağına dikkat edilmesi gerekir. Ayrıca “*Sözleşmeden kaynaklanan borçlara ve ödemelere ilişkin her türlü hesap ve anlaşmazlıklar hakkında bankanın müşteriye verdiği makbuz veya hesap özetleri veya diğer belgeler ile bankanın kayıt ve defterleri kesin delil teşkil eder. Müşteri, banka kayıt ve defterlerinin usulüne uygun tutulduğu hususunda yemin teklif hakkından feragat ettiğini kabul ve taahhüt eder*” şeklinde bir koşul sözleşmede bulunuyorsa, HMK'nda yer alan bahse konu sınırları aştığı için hüküm ve sonuç doğurmayacaktır.

Taraflarca getirilme ve tasarruf ilkeleri bağlamında, delil sözleşmesi de ancak yargılamaya konu edilmesi halinde, hâkim tarafından değerlendirmeye

¹⁶⁰ Mülga 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde, aynı yönde bkz. Battal, “Bankacılık,” 134.

tâbi tutulmalıdır¹⁶¹. Bununla birlikte Yargıtay 15. HD, 22.9.2020 tarih ve 1158/2532 sayılı kararında, “*delil sözleşmesi niteliğinde olup HMK 193. hükmü gereğince resen gözetilmesi gereken Yapım İşleri Genel Şartnamesi 21. maddesine göre götürü bedelli işlerde %10 oranındaki iş artışının sözleşme fiyatları ile ve ihale dökümanındaki hükümler çerçevesinde yaptırılabilirliği öngörülmüş olup...*” biçimindeki ifadeleriyle aksi yönde karar vermiştir.

Doktrinde, ispat yükü kendi üzerine düşen tarafın rızası ile karşı taraf, ispat yükünü üzerine alıp delil sunuyorsa yemin de teklif edebileceği belirtilmektedir¹⁶². Ancak dikkat edilirse uygulamada, usul hukukuna aykırı bir biçimde, tüketicilerin ispat yükünü üzerine aldığı değil; belli bir vakiya ilişkin delil sunmaması hatta yemin dahi teklif etmemesi hedeflenmektedir.

C. İspat Yükü Sözleşmeleri

1. İspat Yükü Sözleşmesi Yapılabilmesinin Kanuni Dayakları

a. Objektif İspat Yükü Bakımından

Tarafın dayandığı vakıya veya vakıalarla hâkim, kendiliğinden araştırma ilkesi uygulandığında bağlı değildir¹⁶³. Bununla birlikte taraflarca hazırlama ilkesi uygulanırken talepte bulunan taraf, talebinin temelini oluşturan vakıyayı veya vakıaları iddia etme yükü altındadır¹⁶⁴. İddia yükünün gerçekleşmesi,

¹⁶¹ Bolayır, *Deliller*, 490-491; Üstündağ, *Medeni Yargılama*, 421; Yazıcı Tıktık, *Gizlilik*, 273.

¹⁶² Ejder Yılmaz, *Medeni Yargılama Hukukunda Yemin*, 2. Baskı (Ankara: Yetkin, 2012), 116.

¹⁶³ Ahmet Başözen, *Medenî Usûl Hukukunda İlk Görünüş İspatı* (Ankara: Adalet, 2010), 85-86. Subjektif ve objektif iddia yükü ayrımında, objektif iddia yükünün taraflarca getirilme ilkesinin olduğu durumlarda da varlığını devam ettirdiği hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Levent Börü, *Medenî Usûl Hukukunda İddia ve Somutlaştırma Yükü* (Ankara: Yetkin, 2016), 118; Taner Emre Yardımcı, *Hukuk Yargılamasında Somutlaştırma Yükü* (İstanbul: Onikilevha, 2017), 19.

¹⁶⁴ Başözen, *İlk Görünüş İspatı*, 85; Yardımcı, *Somutlaştırma Yükü*, 19. Subjektif iddia yükünde, subjektif soyut iddia yükü, davanın temeli haline getirilen vakıaları hukuk kuralında öngörülen vakıalara bağlar; subjektif somut iddia yükü, vakıalarla deliller arasında ilişki kurarken, özellikle ispat faaliyetine sağlanan katkılar açısından önemlidir [Börü, *İddia ve Somutlaştırma Yükü*, 121-125, 183 vd.; Muhammet Özekes, “HMK Bakımından Dava Dilekçesinde Eksiklik Halinde Yapılması Gereken İşlemler,” *DEÜHFD* 16 [Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ’e Armağan 1 (Basım Yılı 2015)], Özel Sayı (2014): 285 vd.]. Bununla birlikte iddia (veya karşı iddia) yükünün

ispat yükünü ortaya çıkarır¹⁶⁵. Taraflarca getirilme ilkesi ya da kendiliğinden araştırma ilkesi fark etmeksizin, ispat yükü kavramı, objektif olarak somut bir vakıanın gerçekleşip gerçekleşmediğine dair belirsizlik durumunda, hâkim tarafından, aleyhe karar verilmesi tehlikesiyle karşı karşıya kalınmasını ifade etmektedir¹⁶⁶. İspat yükü, hukuki niteliği dikkate alındığında bir yükümlülük teşkil etmemektedir¹⁶⁷.

Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre, ispat yükü vakıa iddiasında bulunan tarafa, iddia ettiği vakıanın gerçekleşip gerçekleşmediği hususunda düşen usuli yüküdür¹⁶⁸. İspat yükünü yerine getiremeyen kişi, maddi hukukta olduğu gibi aynen ifa ya da tazminat yaptırımına uğramamakta; yalnızca aleyhine karar verilmesi tehlikesi doğmaktadır¹⁶⁹.

Doktrinde diğer bir görüş tarafından, belli bir normun unsur vakıalarına ilişkin ispat yükünün, o normun işlevi gereği ait olduğu hukuk alanına göre usul hukukuna veya maddi hukuka ait olabileceği savunulmaktadır¹⁷⁰. Ayrıca ispat yüküne ilişkin hem TMK'nun 6. maddesinde hem de HMK'nun 190. maddesinde düzenleme yapılmasının; ispat yükünün maddi hukuk temelli usul hukuku müessesesi olduğunu gösterdiği ifade edilmektedir¹⁷¹.

yerine getirilmesi (HMK m. 119, 1/e ve f ile m. 129, 1/d ve e) için, tarafa doğrudan yaptırım uygulanması öngörülmemektedir (Börü, *İddia ve Somutlaştırma Yükü*, 164, 248 vd.; Özekes, "Dilekçe," 282).

¹⁶⁵ Börü, *İddia ve Somutlaştırma Yükü*, 249; Özekes, "Dilekçe," 292; Yardımcı, *Somutlaştırma Yükü*, 19.

¹⁶⁶ Oğuz Atalay, *Pekcanitez Usul Medenî Usul Hukuku*, C. 2, 15. Bası (İstanbul: Onikilevha, 2017), 1694; Necip Bilge ve Ergun Önen, *Medeni Yargılama Hukuku Dersleri*, 3. Baskı (Ankara: Sevinç Matbaası, 1978), 498; Taşpınar, *İspat Sözleşmeleri*, 162; Gökçen Topuz, *Medeni Usul Hukukunda Karinelerle İspat* (Ankara: Yetkin, 2012), 36; Umar ve Yılmaz, *İspat Yükü*, 3; Üstündağ, *Medeni Yargılama*, 613; Börü, *İddia ve Somutlaştırma Yükü*, 33; Bruder, "Burden of Proof," 209; Başözen, *İlk Görünüş İspatı*, 86.

¹⁶⁷ Atalay, *Pekcanitez Usul*, 1694; Bilge ve Önen, *Yargılama*, 498.

¹⁶⁸ Atalay, *Pekcanitez Usul*, 1694; Pekcanitez, Atalay ve Özekes, *Medenî Usul*, 357; Başözen, *İlk Görünüş İspatı*, 86. Başka bir görüşe göre, ispat yükü, taraflar için yük ya da yükümlülük değil davanın kaybedilmesi riski olup, hâkim için karar vermeye yardımcı araçtır (Börü, *İddia ve Somutlaştırma Yükü*, 33).

¹⁶⁹ Atalay, *Pekcanitez Usul*, 1694.

¹⁷⁰ Bilge ve Önen, *Yargılama*, 500; Topuz, *Karinelerle İspat*, 48; Umar ve Yılmaz, *İspat Yükü*, 11.

¹⁷¹ Topuz, *Karinelerle İspat*, 47-48.

Başka bir görüş ise; ispat yükü kurallarının maddi hukukta düzenlenen soyut vakıaların oluşması halinde, maddi hukuk sonuçlarının hükmedilmesi için, maddi hukuka ait kurallar olduğunu ileri sürmektedir¹⁷².

Belirtmek gerekir ki, ispattan ancak dava içinde söz edilebilir ve hâkim karar verirken usuli işlem gerçekleştirmektedir¹⁷³. Dolayısıyla ispat yükünün neticelerine dair sorunlar saf usuli meselelerdir¹⁷⁴. Bununla birlikte, kanaatimizce, ispat yükü, maddi hukukun parçası olan bir kavramdır¹⁷⁵. Çünkü subjektif hakkın özü bakımından hangi olayların tespit edilmesinin davacı ya da davalı yararına olacağı maddi hukuk ile ilişkilidir¹⁷⁶. Buna karşın hem ispat yükü kurallarının uygulamasının dava esnasında mümkün olması hem de tüketici hukukuna ilişkin Avrupa Birliği direktiflerinde ve hukukumuzdaki düzenlemelerde, niteliği itibarıyla usul hukukuna ilişkin olan sözleşmesel kayıtlarla birlikte yer alması dolayısıyla yargılama sürecinde haksız şartlarla irtibatının ortaya konulmasının önem arz etmektedir.

HMK'nun 190. maddesinde, ispat yüküne ilişkin düzenleme yapılmakla beraber, ispat yükü hakkında, taraflarca sözleşme yapılıp yapılamayacağı hususunda açık bir hükme yer verilmemiştir.

İspat yüküyle ilgili kuralların, maddi hukuk kuralı niteliğinde olduğunu kabul ettiğimiz için, borçlar hukukuna egemen olan sözleşme özgürlüğü ilkesi ve bu ilkenin düzenlendiği TBK'nun 26. maddesi uyarınca, ispat yükü sözleşmesi yapılabilir¹⁷⁷. Taraflar, TBK'nun 27. maddesinde öngörülen sınırlara riayet ederek, bir vakıanın ispatının kime düşeceği üzerine anlaşmaya varabilirler¹⁷⁸. Örneğin TBK'nun 112. maddesi uyarınca kusur meselesinde, ispat yükü borçludur; bununla birlikte söz konusu hüküm yedek hukuk kuralı olduğundan taraflar aksini kararlaştırabilir¹⁷⁹.

¹⁷² Budak ve Karaaslan, *Usul*, 262.

¹⁷³ Taşpınar, *İspat Sözleşmeleri*, 171.

¹⁷⁴ Taşpınar, *İspat Sözleşmeleri*, 171-172.

¹⁷⁵ Taşpınar, *İspat Sözleşmeleri*, 172; Tanrıver, *Medeni Usul 1*, 882.

¹⁷⁶ Taşpınar, *İspat Sözleşmeleri*, 172.

¹⁷⁷ Tanrıver, *Medeni Usul 1*, 897.

¹⁷⁸ Görgün, Börü ve Kodakoğlu, *Usûl*, 447; Pekcanitez, Atalay ve Özekes, *Medenî Usul*, 360; Tanrıver, *Medeni Usul 1*, 897.

¹⁷⁹ Budak ve Karaaslan, *Usul*, 265. Mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde aynı yönde, Umar ve Yılmaz, *İspat Yükü*, 13.

b. Subjektif İspat (Delil İkame) Yükü Bakımından

Delil ikamesi yükünde önem taşıyan husus, hangi tarafın hangi vakıayı veya hangi unsuru ispat edeceğidir. Yani kimin, delilleri davaya getirme yükü altına olduğu sorusuna yanıt aranmaktadır¹⁸⁰.

Delil ikamesi yükü, ispatın şeklini ve yöntemini düzenleyen bir kavram olduğu için yargılama hukukunun parçasıdır¹⁸¹.

Bununla birlikte delil ikamesi yüküne maddi hukuka ilişkin kurallar uygulanabilir; tarafların iddiaları açısından delil ikamesi kendi iradelerine dayandığından bu konuda sözleşme yapmaları da TBK'nun 26. maddesinde kanuni düzenlemeye kavuşturulmuş sözleşme özgürlüğü ilkesi uyarınca mümkündür¹⁸². Delil ikamesi yükü açısından da sözleşme özgürlüğünü sınırlandıran kanuni düzenlemelere, özellikle TBK'nun 27. maddesi hükmüne riayet edilmesi gerekmektedir.

2. İspat Yükünün Sözleşmeye Konu Edilebilmesinin İçerik Denetimine Olanak Tanınması

Taraflarca ispat yüküne ilişkin sözleşme yapılabildiği ve bu sözleşmeye ilişkin özel bir emredici kanun hükmüyle sınırlama getirilmediği için, TBK'nun genel işlem koşullarının içerik denetimine ilişkin 24 ve 25. maddeleri ispat yükü sözleşmeleri bakımından uygulama alanı bulur¹⁸³.

Haksız Şartlar Hakkında Direktif ile AB Mevzuatı'nda öngörülen sisteme uygun olarak tüketici işlemi niteliğindeki ispat yükü sözleşmesinin varlığı durumunda¹⁸⁴, hukukumuzda da genel işlem koşulu denetimi

¹⁸⁰ Taşpınar, *İspat Sözleşmeleri*, 164; Topuz, *Karinelerle İspat*, 38; Börü, *İddia ve Somutlaştırma Yükü*, 39; Bruder, "Burden of Proof," 209; Başözen, *İlk Görünüş İspatı*, 90.

¹⁸¹ Atalay, *Pekcanitez Usul*, 1707; Taşpınar, *İspat Sözleşmeleri*, 172; Umar ve Yılmaz, *İsbat Yükü*, 34. Soyut delil ikame yükü ile somut delil ikame yükü ayrımı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Pekcanitez, Atalay ve Özkes, *Medenî Usul*, 360-362; Börü, *İddia ve Somutlaştırma Yükü*, 40 vd.; Başözen, *İlk Görünüş İspatı*, 91.

¹⁸² Taşpınar, *İspat Sözleşmeleri*, 175.

¹⁸³ Pekcanitez, Atalay ve Özkes, *Medenî Usul*, 360; Tanrıver, *Medeni Usul 1*, 897; Budak ve Karaaslan, *Usul*, 265. Mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde genel şartlarda yer alan ispat yükü anlaşmasının dürüstlük kuralına aykırı olması halinde hükümsüz kabul edilerek ilgili kanun hükümlerinin uygulanması gerektiği yönünde, Umar ve Yılmaz, *İsbat Yükü*, 16.

¹⁸⁴ Bruder, "Burden of Proof," 219; Howells, "Consumer Contract Law," 1943.

yapılabilir. Bu nedenle TKHK'un haksız şartlara ilişkin 5. maddesinin uygulanması bakımından bir sorunla karşılaşılmaz¹⁸⁵.

Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik Eki'nin 1. maddesinin "n" bendi uyarınca genel işlem koşulu ile mevcut hukuki düzenlemeler gereğince, diğer tarafta olan ispat yükünü tüketiciye yüklemek haksız şart teşkil eder. Herhangi bir sözleşmeye taraf olan kişi, dürüstlük kuralına aykırı olarak aleyhine etki doğuran bir sözleşme koşulunun genel işlem koşulu niteliğinde olduğunu iddia etmekte ve bu iddiası genel işlem koşulu denetimi sayesinde lehine hak doğuracak ise, kural olarak o koşulun genel işlem koşulu olduğunu kanıtlaması gerekir¹⁸⁶. Ancak sözleşmenin genel işlem koşullarından oluştuğu, görünüşünden anlaşılmaktaysa bu koşulları kullanan taraf, karşı tarafın aleyhine olan koşulun genel işlem koşulu olmadığını, bireysel sözleşme koşulu olduğunu ispatlamalıdır¹⁸⁷. Bununla birlikte uygulamada, genel işlem koşullarından oluştuğu görülen bir sözleşmeyi kullanan tarafın, sözleşme koşullarından birisinin bireysel olarak müzakere edildiğini ispat edebilmesiyle nadiren karşılaşılmaktadır¹⁸⁸.

Genel işlem koşulları kendisine karşı kullanılan taraf tüketiciyse, sözleşmenin genel görünüşüne dahi ihtiyaç olmaksızın, TKHK'un 5. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca, tüketicinin aleyhine dürüstlük kuralına aykırılık oluşturan bir durum doğuran koşulun bireysel sözleşme koşulu olduğunu ispat yükü karşı tarafa düşer. Bu nedenle örnek olarak bir tüketici sözleşmesinde genel koşullar arasında, "*sözleşmeyi düzenleyen bir koşulun bireysel olarak müzakere edildiğini iddia ediyorsa, bunu ispat yükü tüketicidedir*" şeklinde, girişimcinin üzerine bırakılan ispat yükünü tersine çevirmeyi amaçlayan bir koşula yer verilirse, haksız şart söz konusu olur.

İspat yükü kavramına Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik Eki'nin 1. maddesinin "n" bendinde yer verilirken, tıpkı HMK'nun 190. maddesindeki gibi, objektif veya subjektif olmasına göre ayrıma gidilmemiş; yani açıkça subjektif ispat yükünden söz edilmemiştir. Bununla birlikte delil ikamesi yükü olarak da anılan bu yüke ilişkin sözleşme

¹⁸⁵ Tanrıver, *Medeni Usul 1*, 897; Almanya'da ve İngiltere'de ispat yükü sözleşmesinin genel işlem koşulu denetiminden geçirilerek haksız şartların tespit edilmesi hakkında bkz. Bruder, "Burden of Proof," 221-223.

¹⁸⁶ Alfons Schulze-Hagen, "Allgemeine Geschäftsbedingungen im unternehmerischen Geschäftsverkehr mit Fokus auf den Bau und Anlagenbau," *NZBau* (2016): 396.

¹⁸⁷ Schulze-Hagen, "Allgemeine Geschäftsbedingungen," 396; Whittaker, "Unfair Contract Terms," 235-236; Micklitz, "Unfair Terms," 361, 378.

¹⁸⁸ Schulze-Hagen, "Allgemeine Geschäftsbedingungen," 396.

yapılması halinde, sözleşmesel koşulların haksız şart teşkil edip etmediği değerlendirilmesine, hem ispat yükü kavramının aslında subjektif anlamı itibariyle delil ikamesi yükünü barındırması hem de yönetmelik hükmünün sınırlayıcı değil, örnek kabilinden sayma yapması nedeniyle bir engel bulunmamaktadır.

D. Yetki Sözleşmesi

1. Kişi Yönünden Sınırları Dolayısıyla Yetki Sözleşmesine Tüketicinin Taraf Olamaması

Genel işlem koşulu içeren sözleşmelerde, giderek artan şekilde, yetki kayıtlarına yer verildiği görülmektedir¹⁸⁹. Bu koşulları kullananlar, kesin olmayan yetki kurallarından ayrılarak usul hukuku yönünden daha elverişli duruma geçmeyi amaçlamaktadır¹⁹⁰.

Yetki sözleşmesiyle kanunda yetkili mahkeme olarak belirtilmeyen bir mahkemenin yetkili kabul edilmesi ve karşı tarafın kendi yerleşim yerinden başka yer mahkemesinde dava açmasının öngörülmesi, TBK'nun 25. maddesi çerçevesinde her durumda dürüstlük kuralını ihlal eden ağırlıkta aleyhe durum olarak değerlendirilemez¹⁹¹.

Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik Eki'nin 1. maddesinin "n" bendinde; tüketicinin mahkemeye gitme veya başka başvuru yollarını kullanma olanağını sınırlandıran veya ortadan kaldıran şartların haksız şart olduğu ifade edilmektedir.

Tüketicinin yerleşim yerindeki tüketici mahkemesinin, tüketici davalarının görülmesi bakımından, kesin olmayan özel bir yetkisi bulunmaktadır (TKHK m. 73, 5).

Doktrinde, Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik Eki'nin 1. maddesinin "n" bendinin TKHK'un 73. maddesinin beşinci fıkrası birlikte değerlendirildiğinde; tüketicinin yerleşim yerinin bulunduğu yerdeki mahkemenin yetkisinin sözleşmeyle kaldırılmasının haksız şart teşkil ettiği çıkarımında bulunulmuştur¹⁹².

¹⁸⁹ Nur Bolayır, *Medenî Usûl Hukukunda Yetki Sözleşmeleri* (İstanbul: Beta, 2009), 136; Erişir, "Yetki Şartları," 1141; Pekcanitez, Atalay ve Özekes, *Medenî Usul*, 81.

¹⁹⁰ Erişir, "Yetki Şartları," 1141; Pekcanitez, Atalay ve Özekes, *Medenî Usul*, 81.

¹⁹¹ Erişir, "Yetki Şartları," 1159-1160.

¹⁹² İ. Yılmaz Aslan, *6502 sayılı Kanuna Göre Tüketici Hukuku*, 5. Baskı (Bursa: Ekin, 2015), 357; benzer yönde bkz. Budak ve Karaaslan, *Usul*, 68.

Bununla birlikte haksız şarttan söz edebilmek için, genel işlem koşulunun içerik denetiminin gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Ancak HMK'nun 17. maddesi yalnızca tacirlerin veya kamu tüzel kişilerinin, aralarında doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlık hakkında, yetki sözleşmesi yapabileceğini emredici bir ifadeyle taraf olacak kişiler bakımından sınırlandırmıştır¹⁹³. Dolayısıyla tüketicinin taraf olduğu yetki sözleşmesi, sırf kişi bakımından emredici kurala aykırı olduğu için, hüküm ifade etmeyecektir¹⁹⁴. Yetki kaydı, tüketicinin taraf olduğu işlemin genel koşulu olmanın ötesinde, geçerli bireysel koşulu dahi olamaz¹⁹⁵. Fakat bu durumun kesin olmayan yetki hallerinde, yetki ilk itirazı olarak ileri sürülmesi gerekmektedir.

2. Yetki Sözleşmesinin Kişi Yönünden Sınırları ile Haksız Şartlara İlişkin Düzenlemelerin Uyumsuzluğu

TKHK'un 5. maddesinde, haksız şartların neler olduğuna dair örneklendirme yoluna gidilmemiştir. Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik Eki'nin 1. maddesinin "n" bendinde yer verilen, tüketicinin mahkemeye gitmesini sınırlandıran ifadesinden hareketle yetki sözleşmeleri tüketici hukukundaki haksız şartlarla ilişkilendirildiğinde, HMK ile uyumlu sonuç doğmamaktadır.

¹⁹³ Mine Akkan, *Pekcanitez Usul Medenî Usul Hukuku*, C. 1, 15. Bası (İstanbul: Onikilevha, 2017), 305-306; Kuru ve Aydın, *Usul*, 72; Görgün, Börü ve Kodakoğlu, *Usul*, 141-142; Pekcanitez, Atalay ve Özekes, *Medenî Usul*, 81; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *Usul*, 193.

¹⁹⁴ Akkan, *Pekcanitez Usul*, 306; Pekcanitez, Atalay ve Özekes, *Medenî Usul*, 81. Doktrinde farklı olarak yetki sözleşmesinin geçersizliğinin kesin hükümsüzlükle bağdaştırılmaması gerektiği, modern hükümsüzlük anlayışına göre yalnızca tacir veya kamu tüzel kişisi olmayan tarafça hükümsüzlüğün ileri sürülebileceği dolayısıyla HMK'nun amacı doğrultusunda zayıf tarafın isterse yetki sözleşmesinde yer alan mahkemede davanın görülmesini isteyebileceği savunulmaktadır (Budak ve Karaaslan, *Usul*, 65-66).

¹⁹⁵ 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un yürürlükte olduğu dönemde 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 22. maddesine uygun olmayan bir yetki kaydının genel işlem koşulunun içerik denetimine gidilmeksizin hükümsüz olacağı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ömer Çınar, *Tüketicinin Hukukunda Haksız Şartlar* (İstanbul: Onikilevha, 2009), 233-234; ERİŞİR, tüketiciye daha etkin koruma sağlayan Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 17. maddesini, hâkimin genel koşulu denetiminden daha önce incelemesi gerektiğini ifade etmektedir (Erişir, "Yetki Şartları," 1145).

Buna karşılık, Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik Eki'nin 1. maddesinin "n" bendi, TKHK'da yer alan bir kanun hükmü olsa idi; sonraki tarihli özel kanunun önceki genel kanun ile arasındaki ilişkinin doğurduğu sonuçların değerlendirilmesi gerekirdi. Çünkü genel işlem koşullarının yargısal denetimi, her ne kadar TBK'nun 20 ilâ 25. maddelerinde ve TKHK'da emredici hükümlerle düzenlenmişse de salt emredici hükme aykırılıktan farklı bir nitelik arz etmektedir.

Genel işlem koşulu denetiminden geçecek nitelikteki bir sözleşme hükmü, elbette emredici hukuk kurallarına uyup uymadığı açısından da değerlendirilir¹⁹⁶. Ancak emredici kanun hükmüyle açıkça yasaklanan işlem varken; ayrıca başka bir düzenleme ile genel işlem koşulu denetimine tâbi tutulmasının isabetli olmadığı kanısındayız.

Avrupa Birliği düzenlemelerinde, tüketicinin mahkemeye başvurma imkânını ortadan kaldırmayan ve sınırlandırmayan yetki kayıtlarının sözleşmede yer alması yasaklanmadığı için, ilgili düzenlemelerin bütünlüğü içinde haksız şart olup olmadıklarının denetlenmesi önem arz etmektedir.

SONUÇ

İrade özerkliği ilkesine, usul hukukunda belirli ölçüde yer verilmektedir. Buradaki sözleşme özgürlüğünün borçlar hukukuna oranla daha sınırlı da olsa varlığını reddeden katı tutumun aksine daha esnek bir tavır takınılmalıdır. Bu durum, genel işlem koşulu içeren sözleşmelerde, usul hukukuna ilişkin koşulların geçirileceği içerik denetiminin önemini de artırmaktadır. Taraflardan birinin tüketici olduğu uyuşmazlıklarda ise içerik denetimi sonucunda, sözleşmede haksız şart bulunup bulunmadığının tespitinde usul hukukunun kendine özgü özellikleri gözden uzak tutulmamalıdır.

Haksız Şartlar Yönetmeliği Eki dikkate alındığında, hukuki düzenlemeye kavuşturulmuş hakem heyetlerine başvurulabileceği görülse de tüketici uyuşmazlıkları açısından, tüketici hakem heyetinin zorunlu tahkim mercii olması karşısında, tüketicinin taraf olduğu sigorta sözleşmesi yahut finansal işlemlerin varlığı halinde, bu meselelerde açıkça görev verilen, ilgili hakem heyetlerine müracaat edilebileceği gerekçelendirilmiştir. Söz konusu hakem heyetleri tüketici uyuşmazlıklarıyla ilgili incelemelerini gerçekleştirirken haksız şartları da dikkate almalıdır. Fakat bunlar gibi, tüketici uyuşmazlıkları için özel kanuni düzenlemelere konu olan hakem heyetlerinin faaliyet alanları

¹⁹⁶ Atamer, *Genel İşlem Şartları*, 146 vd.

haricinde, zorunlu tahkim yeri mevcutken; HMK uyarınca, tüketicinin karşı tarafıyla birlikte, ihtiyari tahkim yoluna başvurmayı kanaatimizce geçerli olarak öngörmesi mümkün olamayacağından, hüküm ifade etmeyecek olan böyle bir sözleşme koşulunun haksız şart teşkil edip etmediğinin ayrıca değerlendirilmesine ihtiyaç olmayacaktır.

TKHK, Avrupa Birliği direktiflerinin etkisinde hükümler içermesine rağmen; maddi hukukta olduğu gibi, usul hukukunda da kanuni düzenlemeye ihtiyaç duyan konuları yönetmelik (veya eklerine) bırakmak suretiyle kanımızca hatalı bir yöntem izlemektedir.

Bu noktada, iç mevzuatta yer alan usul hukuku kurallarına yeterince dikkat edilmemesinin başka sorunları da beraberinde getirdiğini özellikle delil ve yetki sözleşmeleri somutlaştırmaktadır. İspat yükü hakkında ise, kanuni düzenlemelerde bir hükme rastlanmaması dolayısıyla Haksız Şartlar Yönetmeliği ile çelişkinin ortaya çıkmadığı görülmektedir.

KAYNAKÇA

- Akipek Öcal, Şebnem. “Banka Mevduat Sözleşmeleri ve Tüketicinin Korunması.” İçinde 6. *Tüketici Hukuku Kongresi, 17-18-19 Kasım 2016, Sektörel Bazda Tüketici Hukuku Uygulamaları*, 23-38, İstanbul: Aristo, 2017.
- Akipek Öcal, Şebnem. “Genel İşlem Koşulları ile Haksız Şartlara Karşılaştırmalı Bir Yaklaşım.” İçinde *AÜHF 90. Kuruluş Yıldönümü Armağanı*, 363-375, Ankara: Ankara Üniversitesi Yayınları, 2017.
- Akipek, Şebnem ve Murat Aydoğdu. *Milli Şerh*. Ed. Hakan Topbaş ve Özlem Tüzüner, İstanbul: Aristo, 2016.
- Akkan, Mine. *Pekcanitez Usul Medenî Usul Hukuku*. C. 1. 15. Bası. İstanbul: Onikilevha, 2017.
- Alangoya, Yavuz. *Medeni Usul Hukukumuzda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1973.
- Alangoya, Yavuz, M. Kâmil Yıldırım ve Nevhis Deren-Yıldırım. *Medenî Usul Hukuku Esasları*. 7. Baskı. İstanbul: Beta, 2009.
- Aras, Aslı. “Bir Yargıtay Kararı Işığında Tüketici Uyuşmazlıklarının Çözüm Yolları.” *Erciyes HFD* 7. S. 3-4 (2012): 135-153.
- Arslan, Ramazan. “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Delil Sözleşmesi Konusunda Getirdiği Yenilikler,” *Bankacılar Dergisi*, Özel Sayı (Ocak 2013): 67-71.
- Arslan, Ramazan ve Süha Tanrıver. *Yargı Örgütü Hukuku*. 2. Baskı. Ankara: Yetkin, 2001.
- Arslan, Ramazan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayvaz ve Emel Hanağası. *Medenî Usul Hukuku*. Güncellenmiş ve 7251 sayılı Kanun Değişiklikleri İşlenmiş 9. Baskı. Ankara: Yetkin, 2023.
- Atalay, Oğuz. *Pekcanitez Usul Medenî Usul Hukuku*. C. 2. 15. Bası. İstanbul: Onikilevha, 2017.
- Aslan, İ. Yılmaz. *6502 sayılı Kanuna Göre Tüketici Hukuku*. 5. Baskı. Bursa: Ekin, 2015.
- Atalı, Murat, İbrahim Ermenek ve Ersin Erdoğan. *Medenî Usul Hukuku*. 6. Baskı. Ankara: Yetkin, 2023.
- Atalı, Murat. “Yargılama İlkeleri Çerçevesinde Tüketici Hakem Heyetleri.” İçinde *Tüketici Hukukunda Uyuşmazlık Çözümüne İlişkin Güncel Sorunlar ve Çözüm Önerileri Sempozyumu*, ed. Dr. Öğr. Üyesi M. Ertan Yardım, 69-84, Ankara: Seçkin, 2018.

- Atalı, Murat. "6502 sayılı Kanun'un Tüketici Sorunları Hakem Heyetlerine İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi," İçinde *Prof. Dr. Ejder YILMAZ'a Armağan* 1, 397-418, Ankara: Yetkin, 2014.
- Atamer, Yeşim M. *Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi*. 2. Bası. İstanbul: Beta, 2001.
- Atamer, Yeşim M. "Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi- TKHK m. 6 ve TTK m. 55, f. 1, (f) ile Karşılaştırmalı Olarak." İçinde *Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu*, 9-73, Ankara: Seçkin, 2012.
- Başözen, Ahmet. *Medenî Usûl Hukukunda İlk Görünüş İspatı*. Ankara: Adalet, 2010.
- Battal, Ahmet. "Bankacılık İşlemlerinde İspat Usulü ve Delil Sözleşmeleri." *BATİDER* 19, S. 2, Aralık (1997): 129-142.
- Baumgärtel, Gottfried. *Wesen und Begriff der Prozeßhandlung einer Partei im Zivilprozeß*. 2. Auflage, Wahlen: Berlin-Frankfurt, 1972.
- Bıçkın, İnci. "Genel Olarak Alternatif Uyuşmazlık Çözümü." *HPD*, S. 7 (2006): 34-39.
- Bilge, Necip ve Ergun Önen. *Medeni Yargılama Hukuku Dersleri*. 3. Baskı. Ankara: Sevinç Matbaası, 1978.
- Bolayır, Nur. *Hukuk Yargılamasında Delillerin Toplanmasında Tarafların ve Hâkimin Rolü*. İstanbul: Vedat, 2014.
- Bolayır, Nur. *Medenî Usûl Hukukunda Yetki Sözleşmeleri*. İstanbul: Beta, 2009.
- Börü, Levent. *Medenî Usûl Hukukunda İddia ve Somutlaştırma Yükü*. Ankara: Yetkin, 2016.
- Brors, Christiane. "Haftungsbeschränkungen gegenüber dem Endverbraucher - neue Wege bei der AGB-Kontrolle?" *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 19, 2. Halbjahr, Köln (1998): 1663-1670.
- Bruder, Florian. "Burden of Proof and the Unfair Terms in Consumer Contracts Directive." *European Review of Private Law* 15, Issue 2 (2007): 205-232.
- Budak, Ali Cem ve Varol Karaaslan. *Medenî Usul Hukuku*. 7. Bası. İstanbul: Filiz, 2023.
- Civan, Orhan Ersun. *Genel İş Koşulları*. İstanbul: Beta, 2015.
- Collins, Hugh. "Good Faith in European Contract Law." *Oxford Journal of Legal Studies* 14, Issue 2 (Summer 1994): 229-254.
- Çınar, Ömer. *Tüketicinin Hukukunda Haksız Şartlar*. İstanbul: Onikilevha, 2009.

- Çiftçi, Pınar. “Bir Hukuk Genel Kurulu Kararı Işığında Özellikle Medenî Usul Hukuku Açısından Delil Sözleşmelerinin Geçerliliği Sorunu,” *DEÜHFD* 11 (Prof. Dr. Bilge UMAR’a Armağan 1), Özel Sayı (2009): 129-182.
- Çiftçi, Pınar. *Medeni Yargılama Hukukunda İspat Hakkı ve Sınırlamaları*. Ankara: Adalet, 2018.
- Drygala, Tim. “Anwendbarkeit des AGB-Gesetzes auch auf Gesellschaftsverträge – eine Nebenwirkung der Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen?” *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 18, 1. Halbjahr, Köln (1997): 968-971.
- Dural, Mustafa ve Suat Sarı. *Türk Özel Hukuku. C. 1, Temel Kavramlar ve Medeni Kanununun Başlangıç Hükümleri*. 16. Baskı. İstanbul: Filiz, 2021.
- Eckert, Hans-Werner. “Das neue Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen.” *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 17, 2. Halbjahr, Köln (1996): 1238-1276.
- Eckert, Hans-Werner. “Der Referentenentwurf zur Umsetzung der EG-Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen,” *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 15, 2. Halbjahr, Köln (1994): 1986-1992.
- Elvin, Jesse. “The Application of the Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999.” *King’s College Law Journal* 14, Issue 1 (2003): 39-64.
- Engin, İlkay Baki. “Türk Hukukunda Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması.” İçinde *Banka ve Tüketici Hukuku Sorunları Sempozyumu*, 75-100, İstanbul: Onikilevha, 2010.
- Erdönmez, Güray. *Pekcanitez Usul Medenî Usul Hukuku. C. 1. 15. Bası*. İstanbul: Onikilevha, 2017.
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. 28. Baskı. Ankara: Legem, 2023.
- Erişir, Evrim. “Tüketici İşlemlerinden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümü.” İçinde *Yeni Tüketici Hukuku Konferansı*, 43-122, İstanbul: Onikilevha, 2015.
- Erişir, Evrim. “Yetki Şartlarının Genel İşlem Koşulu Denetimi,” *DEÜHFD* 16 [Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ’e Armağan 2 (Basım Yılı 2015)], Özel Sayı (2014): 1141-1213.
- Ermenek, İbrahim. *Arbuluculuk Sürecinde Zayıf Tarafın Korunması*. Ankara: Yetkin, 2021.
- Ermenek, İbrahim. “Yargı Kararları Işığında Tüketici Sorunları Hakem Heyetleri ve Bu Alanda Ortaya Çıkan Sorunlara İlişkin Çözüm Önerileri.” *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 17, S. 1-2 (2013): 563-630.

- Frey, Kaspar. "Wie ändert sich das AGB-Gesetz?" *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 14, 1. Halbjahr, Köln (1993): 572-579.
- Gauch, Peter, Walter R. Schlupe ve Jörg Schmid. *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*. Band I, 9. Auflage, Zürich: Schulthess, 2008.
- Gerstenberg, Oliver. "Constitutional Reasoning in Private Law: The Role of the CJEU in Adjudicating Unfair Terms in Consumer Contracts." *European Law Journal* 21, no. 5 September 2015.
- Giger, Hans. *Geltungs- und Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen*. Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag, 1983.
- Göksu, Mustafa. "6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Senetle İspat Kuralları ve Bunların İstisnaları." *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi* 1, S. 1 (2011): 53-65.
- Gümüş, Mustafa Alper. *6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi*. C. 1 (m. 1- 46) İstanbul: Vedat, 2014.
- Göksu, Mustafa. *Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Tahkim (Arbuluculuk-Uzlaştırma)*. Ed. Prof. Dr. İbrahim Ermenek. 5. Baskı. Ankara: Seçkin, 2023.
- Görgün, L. Şanal, Levent Börü ve Mehmet Kodakoğlu. *Medenî Usûl Hukuku*. 12. Baskı. Ankara: Yetkin, 2023.
- Hanağası, Emel. *Medenî Yargılama Hukukunda Silahların Eşitliği*. Ankara: Yetkin, 2016.
- Hanefeld, Inka ve Mathias A. Wittinghofer. "Schiedsklauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen." *SchiedsVZ* (2005): 217-229.
- Havutçu, Ayşe. *Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması*. İzmir: Güncel, 2003.
- Hommelhoff, Peter ve Kai-Udo Wiedenmann. "Allgemeine Geschäftsbedingungen gegenüber Kaufleuten und unangehandelte Klauseln in Verbraucherverträgen, Grundsätzliches zur Transformation der EG-Klauselrichtlinie ins deutsche Recht." *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 14, 1. Halbjahr, Köln (1993): 562-572.
- Howells, Geraint G. "The European Union's Influence on English Consumer Contract Law." *George Washington Law Review* 85, no. 6 (2017): 1904-1952.
- Huysal, Burak. *Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik*. İstanbul: Vedat, 2010.
- Işıқтаç, Yasemin. *Hukukun Kaynağı Olarak Sözleşme*. 2. Tıpkı Baskı. İstanbul: Filiz, 2014.

- İnan, Ali Naim ve Özge Yücel. *İnan Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. 4. Bası. Ankara: Seçkin, 2014.
- Joost, Detlev. "Der Ausschluss der Inhaltskontrolle bei Entgeltregelungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen." *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 17, 2. Halbjahr, Köln (1996): 1685-1693.
- Kabukçuoğlu, Fatma Dilek. "Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Çerçevesinde Sigorta Sözleşmelerinin Durumu." İçinde *4. Tüketici Hukuku Kongresi, 20-21-22 Kasım 2014, Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları*, 436-440, Ankara: Bilge, 2015.
- Kara, İlhan. "Bireysel Bankacılık İşlemleri Alanında Tüketici Hakları, Kanuna Aykırı Uygulamalar ve Çözüm Yolları." İçinde *6502 Sayılı Kanuna Göre Bankacılık ve İnşaat Sektörlerinde Tüketici Hukuku ve Uygulamaları*, 3. Baskı. 45-80, Ankara: Bilge, 2015.
- Karasu, Rauf. "Sigorta Tahkimi ile İlgili Güncel Sorunlar ve Çözüm Önerileri." *TAAD*, S. 26, Yıl:7 (Nisan 2016): 49-69.
- Knapp, Andreas. "Vereinbarkeit der Vollstreckungsunterwerfung in Grundschulden mit der Richtlinie 93/13/EWG über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen." *MittBayNot* (2003): 421-426.
- Kocayusufoğlu, Necip. *Kocayusufoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. 1, Borçlar Hukukuna Giriş Hukukî İşlem Sözleşme*. 2010 Tarihli 5. Bası'dan 6. Tıpkı Bası. İstanbul: Filiz, 2014.
- Koç, Evren. *Medeni Usul Hukuku Kapsamında Usuli İşlemlerde İrade Bozuklukları*. İstanbul: Sümer, 2021.
- Konuralp, Hâluk. *Medeni Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları*. Ankara: Yetkin, 2009.
- Kurtulan, Gökçe. "Türk Hukukunda Tüketici Uyuşmazlıklarının Tahkime Elverişliliği." *TBB*. S. 131, (2017): 239-260.
- Kuru, Baki ve Ali Cem Budak. "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Getirdiği Başlıca Yenilikler." *İstanbul Barosu Dergisi* 85, S. 5 (2011): 3-43.
- Kuru, Baki ve Burak Aydın. *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*. 8. Baskı. Ankara: Yetkin, 2023.
- Memiş, Tekin. *Sigorta Sözleşmesi Şartlarının Yargısal Denetimi*. İstanbul: Onikilevha, 2016.
- Micklitz, Hans-W. "Reforming European Unfair Terms Legislation in Consumer Contracts." *European Review of Contract Law* 6, no. 4 (2010): 347-383.

- Oğuzman, Kemal ve Turgut Öz. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. C. 1. İstanbul: Vedat, 2023.
- Oğuzman, M. Kemal ve Nami Barlas. *Medeni Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar*. 28. Bası. İstanbul: Filiz, 2022.
- Özbay, İbrahim. "Tüketici Uyuşmazlıklarında Arabuluculuğa Elverişlilik." *Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1, S. 1 (Mart 2023): 1-22.
- Özbay, İbrahim ve Yavuz Korucu. *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Tahkim* Ankara: Adalet, 2016.
- Özbek, Mustafa Serdar. *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*. 5. Baskı. Ankara: Yetkin, 2022.
- Özbek, Mustafa Serdar. *Tahkim Hukuku*. C. 1. Ankara: Yetkin, 2022.
- Özekes, Muhammet. "HMK Bakımından Dava Dilekçesinde Eksiklik Halinde Yapılması Gereken İşlemler." *DEÜHFD* 16 [Prof. Dr. Hakan PEKCANİTEZ'e Armağan 1 (Basım Yılı 2015)], Özel Sayı (2014): 263-300.
- Özsöker, Gökberk. *Tüketici Hakem Heyetleri*. Ankara: Yetkin, 2019.
- Pekcanitez, Hakan. "Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri." *HPD*, S. 5 (2005): 12-16.
- Pekcanitez, Hakan, Oğuz Atalay ve Muhammet Özekes. *Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı*. 11. Bası. İstanbul: Onikilevha, 2023.
- Pekcanitez, Hakan ve Ali Yeşilırmak. *Pekcanitez Usul Medenî Usul Hukuku*. C. 3. 15. Bası. İstanbul: Onikilevha, 2017.
- Polat, Ayşegül. "Asimetrik Tahkim Sözleşmesinin Geçerliliği." *ASBÜHFD* 1, S. 1 (2019): 3-65.
- Postacıoğlu, İlhan E. ve Sümer Altay. *Medenî Usul Hukuku Dersleri*. 8. Bası. İstanbul: Vedat, 2020.
- Rott, Peter. "Data Protection Law as Consumer Law - How Consumer Organisations Can Contribute to the Enforcement of Data Protection Law." *EuCML* (2017): 113-119.
- Schmitz, Amy J. "American Exceptionalism in Consumer Arbitration." *Loy. U. Chi. Int'l L. Rev.* 81 10 (2012): 81-103.
- Schulze-Hagen, Alfons. "Allgemeine Geschäftsbedingungen im unternehmerischen Geschäftsverkehr mit Fokus auf den Bau und Anlagenbau." *NZBau* (2016): 395-406.
- Sperling, Joke. "Standard Conditions under Dutch Law." *International Business Lawyer* 21, Issue 10 (November, 1993): 488-492.

- Spieker, Oliver. "Schiedsvereinbarungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen im Bereich des nicht kaufmännischen Verkehrs." *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 20, 2. Halbjahr, Köln (1999): 2138-2142.
- Storm, Susanne. "Frequent Flyer Programmes in the EU: Consumer Protection Issues and the Unfair Contract Terms Directive." *International Travel Law Journal*, Issue 4 (2001): 240-253.
- Şahin Ceylan, Şule. *Geleneksel Toplumdan Modern Topluma Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*. İstanbul: Onikilevha, 2009.
- Tanrıver, Süha. *Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri*. Ankara: Yetkin, 2023.
- Tanrıver, Süha. *Medenî Usul Hukuku*. C. 1. 5. Bası. Ankara: Yetkin, 2024.
- Tanrıver, Süha. *Medenî Usul Hukuku*. C. 2. 2. Bası. Ankara: Yetkin, 2022.
- Tanrıver, Süha. "Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk." İçinde *Makalelerim II (2006-2010)*, 3-31, Ankara: Adalet, 2011.
- Tanrıver, Süha. *Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk*. 2. Bası. Ankara: Yetkin, 2022.
- Taşkın, Alim. *Hakem Sözleşmesi*. 2. Baskı. Ankara: Turhan, 2005.
- Taşpınar Ayvaz, Sema. "Bedensel Zararlarda Tahkim, Bedensel Zararlardan Sorumluluk." İçinde *Uluslararası Kongre*, 1-2 Kasım 2019, Kıbrıs, 405-432, Ankara: TTB Yayını, 2020.
- Taşpınar Ayvaz, Sema. "Tüketici Hakem Heyetlerinin Hukuki Niteliği." İçinde *Tüketici Hukukunda Uyuşmazlık Çözümüne İlişkin Güncel Sorunlar ve Çözüm Önerileri Sempozyumu*, ed. Dr. Öğr. Üyesi M. Ertan Yardım, 43-50, Ankara: Seçkin, 2018.
- Taşpınar Ayvaz, Sema. "Tüketici Hakem Heyetlerinin İşleyişi ve Sorunlar." İçinde *Tüketici Hukuku Konferansı*, 5-6 Aralık 2015, 283-306, Ankara: Yetkin, 2016.
- Taşpınar, Sema. *Medeni Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri*. Ankara: Yetkin, 2001.
- Taşpolat Tuğsavul, Melis. "Topluluk Davalarının Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Bakımından Değerlendirilmesi." İçinde *Tüketici Hukukunda Uyuşmazlık Çözümüne İlişkin Güncel Sorunlar ve Çözüm Önerileri Sempozyumu*, ed. Dr. Öğr. Üyesi M. Ertan Yardım, 101-120, Ankara: Seçkin, 2018.
- Tekinay, Selâhattin Sulhi, Sermet Akman, Hâluk Burcuoğlu ve Atillâ Altop. *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. 7. Baskı. İstanbul: Filiz, 1993.
- Topuz, Gökçen. *Medeni Usul Hukukunda Karinelerle İspat*. Ankara: Yetkin, 2012.

- Topuz, Gökçen. *Tüketici Mahkemeleri*. Ankara: Yetkin, 2018.
- Türkiye Bankalar Birliği. “Bireysel Müşteri Hakem Heyeti.” Erişim tarihi Ocak 22, 2024. <https://www.tbb.org.tr/finansal-tuketici/bireysel-musteri-hakem-heyeti/2469>.
- Töre, Nazlı. *Milletlerarası Tahkimde Tahkim Anlaşmasının Varlığı Geçerliliği ve Etkileri*. Ankara: Turhan, 2019.
- Ulaş, Işıl. “Sigortacılıkta Tahkim.” *BATİDER* 14, S. 2 (2007): 239-266.
- Ulusoy, Erol. “Finans Hukukunda Tahkim.” İçinde *II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu: Tahkim-Konuşmalar-Tartışmalar-Bildiriler*. Ed. Erol Ulusoy ve Aslı Yıldırım, 203-251, İstanbul: Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu/Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 2009.
- Umar, Bilge ve Ejder Yılmaz. *İsbat Yüğü*. 2. Bası. İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları, 1980.
- Ünan, Samim. “Tüketici Sözleşmesi Niteliğindeki Sigorta Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk Kuralları.” İçinde *6. Tüketici Hukuku Kongresi, 17-18 -19 Kasım 2016, Sektörel Bazda Tüketici Hukuku Uygulamaları*, 478-489, İstanbul: Aristo, 2017.
- Üstündağ, Saim. *Medeni Yargılama Hukuku*. C. 1-2. 7. Baskı. İstanbul: Filiz, 2000.
- von Goldbeck, Andreas. “Consumer Arbitrations in the European Union.” *Pepp. Disp. Resol. L.J.* 18. (2018): 263-298.
- Wagner, Gerhard. *Prozessverträge, Privatautonomie im Verfahrensrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1998.
- Whittaker, Simon. “Unfair Contract Terms and Consumer Guarantees: The Proposal for a Directive on Consumer Rights and the Significance of 'Full Harmonisation'.” *European Review of Contract Law* 5, no. 3 (2009): 223-247.
- Willett, Chris. “Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts and Its Implementation in the United Kingdom.” *European Review of Private Law* 5. Issue 2 (1997): 223-236.
- Yardımcı, Taner Emre. *Hukuk Yargılamaında Somutlaştırma Yüğü*. İstanbul: Onikilevha, 2017.
- Yazıcı Tıktık, Çiğdem. *Arabuluculukta Gizliliğin Korunması*. İstanbul: Onikilevha, 2013.
- Yeğengil, Rasih. *Tahkim*. İstanbul: Cezaevi Matbaası, 1974.
- Yeşilova Aras, Ecehan ve Bilgehan Yeşilova. “Sigortacılık Tahkimi-Sigorta Tahkim Usulü ve Ayırdedici Özellikleri.” *Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi* 8 (Prof.

Dr. Aydın ZEVLİLER'e Armağan 1), Özel Sayı (2013): 275-379 (Erişim tarihi Eylül 7, 2022, <http://journal.yasar.edu.tr/wp-content/uploads/2014/01/9-Ecehan-Bilgehan-YE%C5%9E%C4%B0LOAVA.pdf>).

Yeşilova, Bilgehan. “6502 Sayılı (Yeni) Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’a Göre Tüketici Uyuşmazlıklarının Çözümü Usûlü ve Yargılama Kuralları.” *Terazi Aylık Hukuk Dergisi* 9, Özel Sayı (Kasım 2014): 107-143.

Yılmaz, Ejder. *Medeni Yargılama Hukukunda Yemin*. 2. Baskı. Ankara: Yetkin, 2012.

Yılmaz, Süleyman ve Gökçe Filiz Çavuşoğlu. “Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmelerinin Geçerliliği ve Asimetrik ve Patolojik Tahkim Klotları.” *AÜHFD* 69. S. 3. (2020): 1475-154.