

TÜRK HUKUKUNDA TÜKETİCİ UYUŞMAZLIKLARININ TAHKİME ELVERİŞLİLİĞİ

THE ARBITRABILITY OF CONSUMER DISPUTES UNDER TURKISH LAW

Gökçe KURTULAN*

Özet: Tahkim anlaşmasının konu bakımından kısıtlanması anlamına gelen tahkime elverişlilik hususu, hangi uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümlenmesinin mümkün olduğuna ilişkin olup, kanun koyucuların hukuk politikası tercihleriyle yakından ilintilidir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve Milletlerarası Tahkim Kanunu tahkime elverişlilik hususunu “*aynî haklara ilişkin uyuşmazlıklar ile iki tarafın iradelerine tâbi olmayan uyuşmazlıklar*” ifadesiyle ele almaktadır. Bununla birlikte “iki tarafın iradesine tâbi olmayan uyuşmazlık” ifadesinden ne anlaşılması gerektiği öğretinin yorumuna ve yargı kararlarına bırakılmıştır. Bu çalışmada, esasen nitelikli bir borçlar hukuku sözleşmesi olan tüketici sözleşmesinin ve bundan kaynaklanan uyuşmazlıkların “iki tarafın iradelerine tâbi olmayan” uyuşmazlıklar olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği ve ihtiyari tahkime konu olup olamayacakları tartışılmaktadır. Çalışmanın devamında ise genel işlem koşulları arasında yer alan tahkim şartlarının geçerliliği hususu ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler: Tahkime Elverişlilik, Tüketici Uyuşmazlıkları, Tüketici Hakem Heyetleri, İhtiyari Tahkim, Genel İşlem Koşulları, Haksız Şart Denetimi

Abstract: The main focus of this work is to discuss the arbitrability of consumer contracts under Turkish law. The related provision of both domestic and international arbitration stipulate that a dispute is not arbitrable if “*it’s related to the rights in rem or if the dispute is not subject to the wills of the parties*”. What should be understood from the expression of “*not subject to the wills of the parties*” has been discussed in scholarly writings and court decisions. The purpose of this work is to examine whether the consumer contracts fall under this expression and therefore are not considered as being arbitrable. Followingly, the validity of arbitration contracts/clauses in face of the unfair terms examination under consumer law will be discussed.

Keywords: Arbitrability, Consumer Disputes, Consumer Arbitration Panels, Mandatory Arbitration, Consensual Arbitration, Unfair Contract Terms, Standard Terms

* LL.M. London School of Economics and Political Science, İstanbul Bilgi Üniversitesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi, gokce.kurtulan@bilgi.edu.tr.

I. Giriş

Tahkim yargılamasının merkezinde tahkim anlaşmasının bulunduğu, üzerinde daha fazla açıklama gerektirmeyen bir gerçek olarak karşımıza çıkmaktadır. Öyle ki, tarafların herhangi bir uyuşmazlığın “olağan” şekilde devlet mahkemelerinde çözülmesi yerine bir hakem ya da hakem heyeti tarafından yine nihai ve bağlayıcı bir şekilde çözülmesini sağlamaları için, bu yönde bir anlaşma yapmış olmaları şarttır. Başka bir deyişle, tahkim yargılamasının temelinde tarafların karşılıklı iradesi bulunmaktadır. Ancak sözleşme serbestisinin hâkim olduğu modern hukuk sistemlerinde dahi, tahkim anlaşmasına ilişkin taraf iradelerinin hem konu (objektif tahkime elverişlilik) hem de kişi bakımından (sübjektif tahkime elverişlilik/ehliyet) kısıtlandığı görülmektedir.¹ Bu çalışmada incelenecek olan tahkim anlaşmasının konu bakımından kısıtlanması veya dar anlamda tahkime elverişliliği (*arbitrability*²).

Tahkime elverişlilik, başka bir ifadeyle bazı hususların bazı hususların tahkim yoluyla çözülmesinin önünün kapatılması, devletlerin tahkim yargılamasına yaptıkları müdahalenin bir görünümü olarak karşımıza çıkmaktadır.³ Her ne kadar yıllar geçtikçe devletlerin tahkim yargılamasına olan müdahalesinin düzeyi görece azalsa da, bazı hususların tahkim elverişli olmadığı günümüzde hala geçerliliğini koruyan bir kısıtlama olduğu söylenebilir.⁴ Genel bir ifadeyle, tarafların üzerinde irade serbestisinin bulunmadığı hususlar tahkim yargılamasının dışına taşınmaya çalışılmaktadır. Ancak hangi hususların tahkime elverişli olup olmadığı konusunda uluslararası bir düzenleme ya da genel kabul gören bir görüş bulunmamaktadır. UNCITRAL Model

¹ Burak Huysal, Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010, s. 2.

² “Arbitrability”, Amerika Birleşik Devletleri hukuku uyarınca tahkim anlaşmasının genel olarak geçerliliğini ifade eden bir terim olarak kullanılmakla birlikte, Kara Avrupası ülkelerinde bu terim tahkime elverişliliği karşılayacak şekilde kullanılmaktadır. Bkz. Jonh J Barcelo III, “Arbitrability Decisions Before, During and After Arbitration”, Cornell Law School Legal Studies Research Paper Series, No. 14- 24, ssrn.com/abstract=2483059, s.1; Huysal, s. 12.

³ Devletlerin tahkim yargılamasına müdahale ettiği bir diğer yol ise kararların iptalidir. İptal nedenlerinin geniş tutulması, söz konusu müdahalenin düzeyinin artması anlamına gelir. Nevhis Deren Yıldırım, Uncitral Model Kanunu ve Milletlerarası Tahkim Kanunu Çerçevesinde Milletlerarası Tahkimin Esaslı Sorunları, Alkim Yayınevi, İstanbul 2004, s. 27.

⁴ Huysal, s. 13.

Kanunu'nun 1. maddesinin son fıkrası da devletlere tahkime elverişlilik konusunda bir serbesti tanımıştır.⁵

Tahkime elverişlilik hususu, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK) 408. maddesinde ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun (MTK) 1. maddesinin 4. fıkrasında düzenlenmektedir. HMK'nun ilgili hükmü uyarınca, "*Taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklardan veya iki tarafın iradelerine tabi olmayan işlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar tahkime elverişli değildir.*" MTK'da da buna çok benzer bir ifade yer almaktadır: "*Bu Kanun, Türkiye'de bulunan taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklara ilişkin uyuşmazlıklar ile iki tarafın iradelerine tâbi olmayan uyuşmazlıklarda uygulanmaz.*"⁶

Tahkime elverişlilik aynı zamanda uluslararası metinlerde de yerini bulmuştur. Yukarıda bahsedildiği üzere UNCITRAL Model Kanunu'nun 1(5). maddesi,⁷ Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin New York Konvansiyonu'nun II(1) ve V(2)(a) maddeleri⁸ ve 1923 tarihli Cenevre Protokolü'nün 1. maddesinde⁹ de bu kavrama yer verilmiştir.

Bu noktada "iki tarafın iradelerine tabi olmayan işler/uyuşmazlıklar" ifadesinden ne anlaşılması gerektiği araştırılmalıdır. Hangi uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülemeyeceğini bir liste ile belirtmek yerine bu ucu açık ifadeyi benimsemiş olan Kanunlar karşısında,

⁵ Bkz. Deren Yıldırım, s. 27. UNCITRAL Model Kanunu'nun 1. maddesinin son fıkrası uyarınca: "This Law shall not affect any other law of this State by virtue of which certain disputes may not be submitted to arbitration or may be submitted to arbitration only according to provisions other than those of this Law."

⁶ Belirtmek gerekir ki öğretilerde bir görüşe göre kanunun lafzı dikkate alındığında, bu uyuşmazlıkların tahkime elverişli olmadığından değil, bu uyuşmazlıkların MTK kapsamı dışında bırakıldığından söz edilmelidir. Bkz. Turgut Kalpsüz, Türkiye'de Milletlerarası Tahkim, Yetkin Yayınevi, Ankara 2010, s. 29 vd. Bu görüşün eleştirisi için bkz. Ziya Akıncı, Milletlerarası Tahkim, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2016, s. 72 vd.

⁷ Bkz. dn. 5.

⁸ New York Konvansiyonu'nun tahkim anlaşmasına ilişkin II. maddesinde "... hakemlik yolu ile halledilmesi mümkün bir meseleye taalluk eden ihtilaflar ..." ifadesi yer almaktadır. Konvansiyon'un kararların tanınması ve tenfizine ilişkin V. maddesinde ise "tanıma ve icra talebinin öne sürüldüğü memleketin kanununa göre ihtilaf mevzuununun hakemlik yolu ile halle elverişli bulunmaması" tanımının ve tenfizin reddi hallerinden biri olarak sayılmıştır.

⁹ Protokol'ün 1. maddesinde "... tahkim yoluyla çözülmeye elverişli her türlü uyuşmazlıklardan doğan..." ifadesi yer almaktadır.

Türk hukukunun emredici hükümlerinin yerinin ne olacağı değerlendirilmelidir. Kanun koyucunun belirli bir ilişki ya da uyuşmazlık için emredici düzenlemeler getirmiş olması ve bunun sonucunda tarafların bu hususa ilişkin olarak serbest tasarruf yetkilerinin kaldırılmış ve iradelerinin kısıtlanmış olmasının, söz konusu uyuşmazlıkların tahkime elverişli olmadığı anlamına mı geldiği önemli bir soru olarak karşımıza çıkmaktadır. İşte bu çalışmada, tüketici uyuşmazlıkları özelinde tahkime elverişlilik konusu incelenecek ve bu bağlamda yukarıdaki sorulara bir yanıt aranmaya çalışılacaktır.

II. Tahkime Elverişlilik Kavramı

Tahkime elverişlilik, kısaca, bir uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözülmeye elverişli olup olmadığıdır.¹⁰ Bunun tahkim anlaşmasının geçerliliğinin bir şartı olarak değerlendirilmesinde ise öğretide farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüş uyarınca, tahkime elverişlilik tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin bir husustur ve tahkime elverişli olmayan bir konuya ilişkin olarak tahkim iradesi ortaya konulmuşsa, söz konusu tahkim anlaşması geçersizdir.¹¹ Bir diğer görüş ise tahkime elverişliliği tahkim anlaşmasının geçerliliğinden farklı bir mevzu olarak ele almaktadır.¹²

Kanımızca hem HMK'nın hem de MTK'nın hakem kararının iptaline ilişkin hükümlerinin lafzı dikkate alındığında, tahkime elverişliliğin tahkim anlaşmasının geçerliliğinden farklı bir gereklilik olduğu kabul edilmelidir. Öyle ki HMK'nın 439. maddesinde, iptal sebepleri arasında tahkim anlaşmasının geçerliliği ve tahkime elverişlilik ayrı ayrı iki durum olarak sayılmıştır.¹³ Aynı yönde, MTK'nın hakem kararlarının iptalini düzenleyen 15. maddesinde de tahkim anlaşmasının geçerliliği ve tahkime elverişlilik birbirinden ayrı iki şart olarak sayılmıştır.¹⁴

¹⁰ Huysal, s. 12.

¹¹ Huysal, s. 14.

¹² Akıncı, s. 114.

¹³ Madde 439: "(...) a) Tahkim sözleşmesinin taraflarından birinin ehliyetsiz ya da tahkim sözleşmesinin geçersiz olduğu, (...) g) Hakem veya hakem kurulu kararına konu uyuşmazlığın Türk hukukuna göre tahkime elverişli olmadığı, (...) tespit edilirse, hakem kararları iptal edilebilir."

¹⁴ Madde 15: "Hakem kararları aşağıdaki hallerde iptal edilebilir:

1. Başvuruyu yapan taraf;

a) Tahkim anlaşmasının taraflarından birinin ehliyetsiz ya da tahkim anlaşmasının, tarafların anlaşmayı tâbi kıldıkları hukuka veya böyle bir hukuk seçimi yoksa

Tahkime elverişli olmayan bir uyuşmazlık söz konusu olduğunda bu hakem kararının iptal edilebilir olduğu ortaya koyulduktan sonra, hangi uyuşmazlıkların Türk hukuku uyarınca tahkime elverişli olmadığı üzerinde durmak gerekir. “İki tarafın iradelerine tâbi olmayan uyuşmazlıklar” ifadesi, bu sorunun yanıtlanması için yeterince yol gösterici değildir. Kuşkusuz ceza hukuku, idare hukuku gibi kamu hukuku uyuşmazlıklarının çoğunda ve kamu düzenine ilişkin kabul edilen aile ve miras hukuku uyuşmazlıklarında taraf iradelerinin rolünün kısıtlı olduğu ortadadır.¹⁵ Bununla birlikte bunlardan başka birçok özel hukuk sözleşmesinde de tahkime elverişlilik hususu gündeme gelmektedir. Örneğin kira sözleşmelerinde,¹⁶ iş sözleşmelerinde,¹⁷ taksitle satım sözleşmelerinde¹⁸ ve aşağıda tartışılacak olmakla birlikte tüketici sözleşmelerinde durum böyledir.

Bu örneklerden yola çıkarak tahkim ile çözülmesi mümkün ol-

Türk hukukuna göre geçersiz olduğunu (...)İspat ederse veya,
2. Mahkemece;

a) Hakem veya hakem kurulu kararına konu uyuşmazlığın Türk hukukuna göre tahkime elverişli olmadığı (...) tespit edilirse. (...)

¹⁵ Aynı yönde Akıncı, s. 77-78.

¹⁶ Her ne kadar MTK'nın ilgili maddesinde “Türkiye’de bulunan taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklara ilişkin uyuşmazlıklar” için tahkim yolunun kapalı olduğu belirtilmiş olsa da, taşınmaz kiralarna ilişkin uyuşmazlıkların da Yargıtay tarafından tahkime elverişli kabul edilmediği görülmektedir. Bu kararlar için bkz. Akıncı, s. 74.

¹⁷ 4857 sayılı İş Kanunu’nun 20. maddesinde “İş sözleşmesi feshedilen işçi, fesih bildiriminde sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli bir sebep olmadığı iddiası ile fesih bildirimini tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde iş mahkemesinde dava açabilir. (...) taraflar anlaşılırsa uyuşmazlık aynı sürede özel hake me götürülür.” ifadesi yer almaktadır. Böylece iş sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıklar bağlamında sadece işe iade davalarının tahkime elverişli olduğu söylenebilir. Ancak Yargıtay, bu tahkim anlaşmasının geçerli olabilmesini, ancak uyuşmazlık ortaya çıktıktan sonra yapılmış olmasına bağlamıştır. Bkz. Akıncı, s. 80-81.

¹⁸ 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 262. maddesi uyarınca taksitle satım sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümlenmesi mümkün değildir. Madde metni şu şekildedir: “Yerleşim yeri Türkiye’de olan alıcı, tarafı olduğu taksitle satış sözleşmesinden doğacak uyuşmazlıklar konusunda, yerleşim yerindeki mahkemenin yetkisinden önceden feragat edemeyeceği gibi, tahkim sözleşmesi de yapamaz.” Bununla birlikte 263. maddenin son fıkrası uyarınca bu hüküm, “alıcının tacir sıfatıyla hareket ettiği veya malın bir ticari işletmenin ihtiyacı için ya da meslekî amaçlarla satın alınması durumunda” uygulama bulmayacaktır. Başka bir deyişle taksitle satım sözleşmelerinin tahkime elverişli olmadığına ilişkin 262. madde, ancak tüketici sözleşmeleri için anlam kazanacaktır.

mayan uyuşmazlıklar arasında ikili bir ayrıma gitmek mümkündür.¹⁹ Birinci kategori, kamu düzenini yakından ilgilendiren ve bu yüzden devlet mahkemeleri yerine hakemler tarafından çözümlenmesi uygun görülme-yen uyuşmazlıklardır. Bir adam öldürme ya da dolandırıcılık suçunun, boşanma veya evlat edinmenin veya bir idare hukuku uyuşmazlığının taraflarca atanan hakem tarafından çözüme kavuşturulması kabul görmemektedir. Bunun arkasında yatan neden kuşkusuz günümüzde hala hâkim olan tahkimin devlet yargısının tam bir alternatifi olduğu görüşünün benimsenmiyor olmasıdır. İkinci kategori ise, özellikle yargı içtihatlarıyla ortaya konulduğu üzere, taraflardan birinin daha güçsüz konumda olduğu kabul edilen uyuşmazlıklardır. Bu hallerde güçsüz tarafın tahkim iradesinin tamamen kendi rızasına dayalı olmadığı varsayılmaktadır. Öyle ki bir kira veya iş sözleşmesine tahkim şartı konulmuş olsa bile, bu şartın geçersiz olacağı kabul edilmektedir. Kanımca bu sözleşmelerin taraflarından birinin her zaman daha güçsüz konumda olduğunun kesin bir şekilde kabul edilmesinin ne kadar isabetli olduğu günümüzde tartışmaya açıktır. Örneğin büyük bir şirketin idare merkezini satın almak yerine kiralamayı tercih ettiği durumda, hangi tarafın daha güçsüz konumda olduğu sorgulanabilir. Aynı yönde üst düzey bir yönetici ile akdedilen iş sözleşmesinde tarafların eş konumda olmadıklarını ileri sürerek olası bir tahkim şartını geçersiz kabul etmenin ne kadar isabetli olduğu tartışılabilir. Durum bu olmakla birlikte, aşağıda görüleceği üzere Yargıtay'ın yerleşik içtihadı uyarınca bu sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıkların da kural olarak tahkime elverişli olmadığı kabul edildiği görülmektedir.

Tüketici uyuşmazlıklarında ise durum daha çetrefil bir hal almaktadır. Ancak tüketici uyuşmazlıklarındaki durumu incelemeye geçmeden önce, tahkime elverişliliğin tahkimin farklı aşamalarındaki sonuçları üzerinde durmakta fayda vardır.

¹⁹ Huysal, objektif tahkime elverişlilik bağlamında tahkime elverişli olmayan uyuşmazlıkları genel olarak üç başlık altında toplamıştır. Bu başlıklardan ilkinin ülkele-rin kamusal çıkarlarıyla yakından ilgili olan uyuşmazlıklar, ikincisini hakemlerin yetkilerinin kamusal organların yetkileriyle çatıştığı uyuşmazlıklar ve son başlığı ise uyuşmazlığın taraflarından birinin zayıf konumda olduğu haller oluşturmaktadır. Bkz. Huysal, s. 25.

III. Uyuşmazlığın Tahkime Elverişli Olmamasının Sonuçları

a. Genel olarak

Tahkime elverişliliğin tahkim şartının geçerliliğini etkileyen fakat ondan bağımsız bir şart olduğunun bir diğer göstergesi, bu iki hususun tespiti için uygulanacak hukukun birbirinden farklı olmasıdır. Milletlerarası tahkimde, tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanacak hukuk MTK m. 4/3 uyarınca “ *tarafların tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere seçtiği hukuk veya böyle bir hukuk seçimi yoksa Türk hukuku*” olacaktır. Bununla birlikte MTK m. 15 uyarınca, tahkime elverişlilik sorunu, tarafların seçeceği bir hukuka göre değil Türk hukukuna göre çözümlenecektir.²⁰ Ulusal tahkimin düzenlendiği HMK’da da durum tabii olarak değişmemektedir.²¹

Tahkime elverişli olmayan bir uyuşmazlığın bir hakem kararı ile çözümlenmesi halinde söz konusu bu kararın akıbetinin ne olacağı, tahkime elverişlilik hususunun önemine işaret etmektedir. Şimdiden belirtmelidir ki, tahkime elverişlilik itirazının başarılı olması durumunda hakemlerin uyuşmazlığı çözüme kavuşturmaktan kaçınması mümkün olduğu gibi, tahkime elverişli olmayan bir konunun tahkim yoluyla çözüme kavuşturulması halinde de söz konusu hakem kararının iptali gündeme gelebileceği gibi, bu kararın tanınması ve tenfizinin reddi de söz konusu olacaktır. Aşağıda tahkime elverişlilik itirazının ve tahkime elverişlilik hususunun resen dikkate alınması durumunun hakem veya hakem heyeti ve mahkemeler üzerindeki etkisi ayrı ayrı incelenecektir.

b. Hakem/hakem heyeti önünde tahkime elverişlilik hususu

Tahkim yargılamasının temelinde, taraflar arasında akdedilen bir tahkim anlaşmasının bulunduğundan bahsedildi. Ancak tahkim sürecinin temelinde yer alan tek anlaşma, bu tahkim anlaşması değildir. Zira tahkime gitme konusunda ortak iradeye sahip olan tarafların bu

²⁰ Madde metni uyarınca hâkim, “hakem veya hakem kurulu kararına konu uyuşmazlığın Türk hukukuna göre tahkime elverişli olmadığı”nı tespit ederse kararın iptaline karar verecektir.

²¹ HMK m. 439’da da hakimin “hakem veya hakem kurulu kararına konu uyuşmazlığın Türk hukukuna göre tahkime elverişli olmadığı”nı tespit ederse kararın iptaline karar vereceği hükme bağlanmaktadır.

sürecin yürütülmesi için hakem veya hakemlerle akdettiği bir hakem anlaşması da söz konusudur. İşte bu hakem anlaşması ile hakemler, söz konusu uyuşmazlığı *doğru* bir şekilde çözüme kavuşturma görevini üstlenmektedirler. Hakemler bu anlaşma ile anlaşmanın doğası gereği, tanınma ve tenfize kabil olan bir karar vermek durumundadırlar. Zira verilen hakem kararının milletlerarası düzlemde bir kâğıt parçası olmaktan öteye geçebilmesi, hukuk dünyasında can kazanması için bu kararın tanınması veya tenfizi gerekmektedir. Bu yüzden hakemlerin, kanımızca isabetli olarak, tahkime elverişlilik hususunu taraflarca ileri sürülen bir itiraz olmasa dahi resen dikkate alabilecekleri düşünülebilir.²²

Öte yandan, hakem kararlarına uyuşmazlık aleyhine çözüme kavuşturulan tarafın rızaen uyması da mümkündür. Hal böyleyken, ortada davacı tarafından ileri sürülmüş bir tahkime elverişlilik itirazı bulunmasa bile hakemlerin bu durumu resen dikkate alması fikrinin öğretilerinde eleştirildiği de ifade edilmelidir.²³

c. Mahkemeler önünde tahkime elverişlilik hususu

MTK'nın hakem kararlarının iptaline ilişkin 15/2.a maddesi uyarınca, hakemlerin tahkime elverişli olmayan bir uyuşmazlık hakkında karar vermiş olması durumunda bu kararın iptali gündeme gelecektir. Maddede açıkça tahkime elverişlilik hususunun mahkemece resen dikkate alınabileceği belirtildiğinden, hakemlerin tahkime elverişliliği resen dikkate alması konusundaki tartışma mahkemeler açısından söz konusu olmayacaktır. Aynı yönde yabancı hakem kararlarının Türkiye'de tanınması ve tenfizinde devreye girecek olan New York Konvansiyonu'nun V(2) maddesinde de mahkemelerin tahkime elverişlilik hususunu resen dikkate alabileceği hükme bağlanmıştır.

Ulusal tahkimde de sonuç benzerdir. HMK'nın iptal davası başlıklı 439. maddesi uyarınca, tahkime elverişli olmayan bir uyuşmazlık hakkında hakem kararı verilmiş olması durumunda mahkemelerin bu kararı iptal etmesi mümkündür.

²² Bu görüşün incelemesi için bkz. Huysal, s. 334-335.

²³ Bu yönde Huysal, s. 335.

Belirtilmelidir ki, hem MTK'ya tâbi tahkimlerde hem de HMK'ya tâbi tahkimlerde tahkime elverişli olmayan bir konuda karar verilmiş olması, mahkemelerin bu kararı iptal etmeye yönelik takdir kullanmasına neden olabilir. Başka bir deyişle mahkeme bir uyuşmazlığın tahkime elverişli olmadığını tespit etse dahi bu uyuşmazlığı çözüme kavuşturan hakem kararı hakkında iptal kararı vermek zorunda değildir.²⁴

IV. Tüketici Uyuşmazlıklarında Tahkime Elverişlilik Meselesi

A. Tüketici Uyuşmazlıkları Kavramı

2014 yılında yürürlüğe giren 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un (TKHK) 2. maddesi uyarınca, söz konusu Kanun "*her türlü tüketici işlemi ile tüketiciye yönelik uygulamalara*" uygulanacaktır. Bu ifadeden yola çıkarak, TKHK'nın maddi anlamda uygulama alanına hangi sözleşme ve uygulamaların dâhil olduğunun tespit edilmesi, konumuz açısından önem arz etmektedir. Hangi işlemlerin tüketici işlemi olarak kabul edilmesi gerektiği yönünde öğretide çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Bu görüşlerin başlıcaları, sözleşenlerin tacir olma niteliğini esas alan sübjektif görüş, buna karşı ortaya çıkmış olan ve sözleşmenin edim konusunu ya da ticari işletmeyi esas alan objektif görüş ve son olarak modern tüketici hukukunda esas alınan ve tarafların muamele iradesi üzerine kurulu amaç teorisidir.²⁵ Amaç teorisi uyarınca bir sözleşmenin tüketici sözleşmesi olarak nitelendirilebilmesi için, sözleşenlerden birinin (tüketicinin) söz konusu sözleşme ile izlediği ekonomik amacın ticari veya mesleki değil, özel bir amaç olması gerekmektedir.²⁶ Nitekim TKHK de amaç teorisini benimsemiş²⁷ ve Kanun'un tanımlar maddesinde de tüketici bu yaklaşım dikkate alınarak, "*ticari ve mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişi olarak*" tanımlanmıştır.²⁸

²⁴ Huysal, s. 344.

²⁵ Bu görüşlerin ayrıntılı incelemesi için bkz. Hasan Seçkin Ozanoğlu, "Tüketici Sözleşmeleri Kavramı (TKHK'nin Maddi Anlamda Uygulanma Alanı)", *AÜHFD*, C. 50, S. 1, 2001, s. 57 vd.

²⁶ Ozanoğlu, s. 59-60.

²⁷ Murat Aydoğdu, *Tüketici Kılavuzu - Hukuk Rehberi*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2014, s. 20.

²⁸ 6502 s. TKHK m. 3/1/k.

Bu açıklamalar dikkate alındığında, kural olarak her türlü sözleşmenin tüketici sözleşmesi olarak değerlendirilmesinin mümkün olduğu görülmektedir. Beş yüz bin TL değerinde bir ön ödemeli konut satışı sözleşmesi gibi yüz bin TL değerinde bir otomobil satımına ilişkin sözleşme de, evde internet kullanımına ilişkin abonelik sözleşmesi de, bankadan alınan tüketici kredisi de birer tüketici işlemi olarak karşımıza çıkmaktadır. Eski Kanun döneminde Yargıtay içtihadıyla gelişen, eser, simsarlık, vekâlet bankacılık vb. sözleşmelerin TKHK dışında kaldığının kabulüne yönelik yaklaşım, yeni TKHK'nin açık hükmü karşısında terk edilmiştir.²⁹ Kısaca, bir sözleşmenin tüketici sözleşmesi olarak tanımlanması için, söz konusu malın veya hizmetin niteliği ya da değeri değil, sözleşme taraflarından tüketici olarak addedilecek olan tarafın bu sözleşme ilişkisine girerken güttüğü amaç dikkate alınmaktadır. Eğer tüketici, söz konusu malı veya hizmeti ticari ya da mesleki olmayan özel bir amaç için, söz gelimi özel kullanım veya hediye etme amacıyla³⁰ ediniyorsa, artık ortada bir tüketici sözleşmesinin varlığından ve TKHK'nin uygulama alanına giren bir durumdan söz etmek gerekir.

B. Tüketici Hukuku Mevzuatı Uyarınca Tüketici Uyuşmazlıklarının Çözümü

a. Genel Olarak

TKHK'nın 66. vd. maddelerinde tüketici uyuşmazlıklarının çözüm yolları düzenlenmiştir. Bunlardan ilki, Gümrük ve Ticaret Bakanlığı tarafından oluşturulacak ve belirli bir meblağa kadar³¹ uyuşmazlıklarda bağlayıcı karar verme yetkisine sahip tüketici hakem heyetleridir.

²⁹ Aydoğdu, Tüketici Kılavuzu, s. 21. 6502 s. TKHK'nin tanımlar maddesi olan 3 maddenin I bendinde bu durum açıkça ifade edilmiştir: "Tüketici işlemi: Mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlemi (...)"

³⁰ Aydoğdu, Tüketici Kılavuzu, s. 21.

³¹ Bu meblağ, 6502 sayılı TKHK'nin 68inci ve Tüketici Hakem Heyetleri Yönetmeliğinin 6ncı Maddelerinde Yer Alan Parasal Sınırların Artırılmasına İlişkin Tebliğ (RG 20.12.2015, S. 29568) ile 2016 yılı için illerde 3480 TL ve ilçelerde 2320 TL olarak belirlenmiştir.

İkinci uyuşmazlık çözüm yolu ise, bu meblağın üzerindeki uyuşmazlıklarda yetkili olan ve tüketici hakem heyetlerinin verdikleri kararlar da itiraz mercii olarak görev yapan tüketici mahkemeleridir. Aşağıda öncelikle bu iki uyuşmazlık çözüm yolu incelenecek, ardından mevcut hukuki düzlemde bir üçüncü uyuşmazlık çözüm yolu olarak ihtiyari tahkimin yeri tespit edilmeye çalışılacaktır.

b. Tüketici Hakem Heyetleri

TKHK m. 68 uyarınca belirli bir meblağın altındaki tüketici uyuşmazlıklarını bağlayıcı bir kararla çözüme kavuşturmakla görevli ve Gümrük ve Ticaret Bakanlığı bünyesinde kurulan tüketici hakem heyetlerinin hukuki niteliği öğretilerde tartışmalıdır.³² Bakanlığa bağlı olduğundan bağımsız addedilemeyen ve hâkimlik teminatından yoksun kişilerden oluşan tüketici hakem heyetlerinin mahkeme niteliğinde olmadığı kabul edilmektedir.³³ Bununla birlikte, tüketici hakem heyetlerinin bir zorunlu tahkim mercii veya bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olup olmadığının da tartışmalı olduğu ifade edilmelidir.

Öğretilerde bir görüşe göre, TKHK m. 66 vd.'nda düzenlenen tüketici hakem heyetleri, zorunlu tahkim yargılamasına örnek teşkil etmektedir.³⁴ Bu görüşün en temel dayanağı, tüketici hakem heyetleri-

³² Bu tartışma hakkında ayrıntılı bir inceleme için bkz. Evrim Erişir, "Tüketici İşlemlerinden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümü Usûlü", Yeni Tüketici Hukuku Konferansı, Derleyen: M. Murat Inceoğlu, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015; İbrahim Ermenek, "Yargı Kararları Işığında Tüketici Sorunları Hakem Heyetleri ve Bu Alanda Ortaya Çıkan Sorunlara İlişkin Çözüm Önerileri", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XVII, S. 1-2, 2013, s. 574 vd.

³³ Erişir, s. 48; Ali Cem Budak, "6502 s. TKHK'ya göre Tüketici Hakem Heyetleri", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 16, Özel Sayı 2014, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, s. 79. Anayasa Mahkemesi de, tüketici hakem heyetlerinin mahkeme vasfına sahip olmadıklarını belirtmiştir. Bkz. AYM E. 2007/53, K. 2007/61, 27.12.2007 tarihli ve 26739 sayılı Resmi Gazete. Bu kararın bir incelemesi için bkz. Ermenek, s. 574 vd. Ermenek, tüketici hakem heyetlerinin maddi anlamda, yani uyuşmazlığı esastan çözüme bağlamında mahkeme niteliğini taşıdığını ifade etmektedir. Ermenek, s. 579.

³⁴ Bu görüşte bkz. Aydın Zevkliler/Murat Aydoğdu, Tüketicinin Korunması Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2004, s. 426; Ermenek, s. 580; Aslı Aras, Tüketici Uyuşmazlıkları ve Çözüm Yolları, Dokuz Eylül Üniversitesi Yüksek Lisans Tezi (yayımlanmamış), 2009, s. 57; Gülen Sinem Tek, "Tüketici Mahkemelerinin Görevi, Yetkisi ve Tüketici Mahkemelerinde Yapılan Yargılamanın Usulü", *Kazanıcı Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Nisan 2015, s. 136, dn. 35; Yahya Deryal, Tüketici Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2008, s. 208. Aksi görüş için bkz. Bilgehan Ye-

nin verdikleri kararın bağlayıcı olmasıdır.³⁵ Öğretideki bir diğer görüş ise tüketici hakem heyetlerini bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolu (ADR) olarak değerlendirmektedir.³⁶ Kanun'un sistematigi ve tüketici hakem heyetlerinde adil yargılanma garantilerinin güvence altına alınmamış olması, bu görüşü destekleyen başlıca argümanlardır.³⁷ Tüketici hakem heyetlerini ne mahkeme, ne zorunlu tahkim mercii ne de bir ADR olarak kabul eden üçüncü bir görüş ise tüketici hakem heyetlerini kendine özgü (*sui generis*) bir uyuşmazlık çözüm yolu olarak değerlendirmektedir.³⁸

Belirtilmelidir ki, beş kişiden oluşan tüketici hakem heyetlerinin üyelerinden sadece biri hukukçudur.³⁹ Bunun yanı sıra tüketici hakem heyetlerinde uyuşmazlık dosya üzerinden çözüme kavuşturulmakta, duruşma yapılmamaktadır.⁴⁰ Bununla birlikte hakem heyetlerinin verdikleri karar tarafları (belli bir meblağın altındaki uyuşmazlıklar için) bağlayıcı etkiye sahiptir⁴¹ ve ilamlı icranın konusu olabilmektedir.⁴²

2016 yılı itibarıyla 3480 ve 2320 TL'lik sınırnın altındaki uyuşmazlıklarda tüketici hakem heyetine başvurulması bir zorunluluk olarak karşımıza çıkmaktadır. Zira bu meblağın altında kalan uyuşmazlıklar için hakem heyetine gidilmeksizin tüketici mahkemesinde bir dava açılması durumunda, bu davanın dava şartı eksikliği yüzünden reddedilmesi söz konusu olacaktır.⁴³ Üzerindeki uyuşmazlıklar hakkında verdikleri kararların, ilamlı icraya konulabilecek ve tarafları bağlayıcı kararlar olmadığı ancak bu kararların tüketici mahkemesinde açılacak

şilova, "6502 sayılı Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a Göre Tüketici Uyuşmazlıklarının Çözümü Usulü ve Yargılama Kuralları", *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 9, Özel Sayı, Kasım 2014, s. 110-113.

³⁵ Ermenek, s. 580.

³⁶ Erişir, s. 49, dn. 12'den naklen Melis Taşpolat Tuğsavul, *Türk Hukukunda Arabuluculuk, Yetkin Yayıncılık*, Ankara, 2012, s. 85; Murat Aydoğdu, *Tüketici Hukuku Dersleri, Adalet Yayınevi*, Ankara 2015, s. 344. Erişir de, bir seçim yapılması gerekirse tartışmaya açık olmakla birlikte tüketici hakem heyetlerinin ADR olarak nitelendirilmeye daha yatkın olduğunu ifade etmiştir. Bkz. Erişir, s. 56.

³⁷ Bu görüşün lehine argümanlar için bkz. Erişir, s. 50-51.

³⁸ Budak, s. 80.

³⁹ Tüketici Hakem Heyetleri Yönetmeliği, m. 8. RG tarihi: 27.11.2014, RG sayısı: 29188.

⁴⁰ Tüketici Hakem Heyetleri Yönetmeliği, m. 18.

⁴¹ TKHK m. 70.

⁴² Tüketici Hakem Heyetleri Yönetmeliği, m. 26.

⁴³ TKHK m. 68. Aydoğdu, *Tüketici Hukuku Dersleri*, s. 348.

davada bir takdiri delil olarak değerlendirilmesinin mümkün olduğu ifade edilmektedir.⁴⁴

c. Tüketici Mahkemeleri

Yukarıda ifade edildiği üzere, her yıl Yönetmelik'le belirlenen meblağ sınırını aşan uyuşmazlıkların çözüm yeri tüketici mahkemeleridir. Kanun koyucu, her ne kadar Anayasa'ya uygunluğu tartışmalı olsa da,⁴⁵ TKHK m. 68/1 ile bu meblağın altında kalan uyuşmazlıklar için tüketici hakem heyetlerine gidilmesini "zorunlu" kıldığından, bu meblağın altında kalan uyuşmazlıkların tüketici mahkemelerinde görülmesi mümkün değildir. Ancak TKHK m. 70/3 uyarınca tüketici hakem heyetinin verdiği, bağlayıcı ve icra edilebilir nitelikteki kararlara itiraz mercii de aynı yerdeki tüketici mahkemeleri olarak belirlenmiştir. Yapılan itiraz neticesinde tüketici mahkemesinin vereceği karar kesindir.^{46 47}

d. İhtiyari Tahkim?

TKHK uyarınca tüketici uyuşmazlıklarının çözüm yolu olan tüketici hakem heyeti ve tüketici mahkemelerinden kısaca bahsedilmesindeki amaç esasen tüketici uyuşmazlıklarında tahkime gidilmesinin mümkün olup olmadığı yönündeki tartışmanın daha net bir şekilde ortaya koyulabilmesidir. Bu tartışmaya geçmeden önce belirtmek gerekir ki, öğretilerde bir grup yazar tarafından tüketici hakem heyetleri bir "zorunlu tahkim" yolu olarak değerlendirildiğinden, tarafların anlaşarak tahkime gidilme olasılığının değerlendirildiği bu bölüm ve devamında söz konusu tahkim, karışıklığa sebebiyet vermemek adına, "ihtiyari tahkim" olarak anılacaktır.

Çalışmanın başlarında ulusal tahkimin düzenlendiği HMK ve milletlerarası tahkimin düzenlendiği MTK'nın, tahkime elverişlilik konu-

⁴⁴ Bu konuya ilişkin olarak bkz. Ermenek, s. 624-625; Aras, s. 114; Tek, s. 161.

⁴⁵ Erişir, s. 51.

⁴⁶ TKHK m. 70/5.

⁴⁷ Tüketici mahkemelerinin verebileceği kararlara ilişkin olarak bkz. Tek, s. 162 vd.; Seda Özmumcu, "6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Hükümleri ve Yargıtay Kararları Çerçevesinde Tüketici Mahkemelerinin Görev Alanına Giren Uyuşmazlıklara Genel Bir Bakış", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 16, Özel Sayı 2014, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, s. 835 vd.

sunda aynı tanımdan yola çıktıklarından bahsedilmişti. Her iki Kanun da, “iki tarafın iradelerine tâbi olmayan”, başka bir deyişle tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemediği uyuşmazlıkların tahkime elverişli olmadığını hükme bağlamıştır. Öğretide bir görüş ve bu konuda yerleşik bir içtihadı sahip Yargıtay, “iki tarafın iradelerine tâbi olmayan” uyuşmazlıklar tanımıyla kamu düzenine ilişkin uyuşmazlıkların kastedildiğini, bu sebeple kamu düzenini ilgilendiren tüketici uyuşmazlıklarının tahkime elverişli olmadığını kabul etmektedir.⁴⁸ Bu görüşün arkasındaki temel dayanakların başında, TKHK’nin amacının düzenlendiği 1. maddede yer alan “*Bu Kanunun amacı; kamu yararına uygun olarak* tüketicinin sağlık ve güvenliği ile ekonomik çıkarlarını koruyucu...önlemleri almak...” ifadesi gelmektedir.⁴⁹

İhtiyari tahkim yolunun tüketici uyuşmazlıklarında kapalı olmasının gerçekten de her ihtimalde tüketici lehine olup olmadığı sorusuna geçmeden önce, kanun koyucunun tahkime elverişlilik hususunda benimsediği açık ifade olan “iki tarafın iradelerine tâbi olmayan” uyuşmazlıklar kategorisinin “kamu düzenini ilgilendiren uyuşmazlıklar” ifadesiyle genişletilmesinin ne kadar isabetli olduğu sorgulanmalıdır.

İki tarafın iradesine tâbi olmayan, başka bir deyişle tarafların serbest tasarrufunda olmayan uyuşmazlıklar esasen davanın kabulünün mümkün olmadığı, tarafların üzerinde sulh olamayacağı ve kamu düzenini en yakından ilgilendiren uyuşmazlıklardır. Örneğin babalık davası ya da evliliğin butlanı gibi aile hukuku uyuşmazlıkları veya ceza hukuku uyuşmazlıkları, tarafların iradesine tâbi olmayan uyuşmazlıklar olarak karşımıza çıkmaktadır; bu yüzden bu uyuşmazlıklar HMK ve MTK’da yer alan kriteri sağlamadığı için tahkime elverişli değildir.

⁴⁸ Bkz. Tek, s. 138; Yargıtay 13. HD. 2008/6195 K. 2010.2008. Yargıtay bu kararında şu ifadelerle yer vermiştir: “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 uygulaması ile ilgili her türlü ihtilafların tüketici mahkemelerinde görüleceği şeklindeki hükmünden, görevli mahkemenin yasa ile açıkça belirlediği 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.”

⁴⁹ Bkz. Tek, s. 138; Özümücü, s. 834.

Bununla birlikte, kamu düzenini ilgilendirdiği kabul edilen tüketici uyuşmazlıkları açısından doğrudan aynı sonucun benimsenmesi ne kadar isabetlidir? Bu sorunun yanıtının ararken, HMK'nın cumhuriyet savcısının yer aldığı davaların düzenlendiği 70. maddesi yol gösterici olabilir. Söz konusu maddenin üçüncü fıkrasında, "*Cumhuriyet savcısının yer aldığı dava ve işler üzerinde taraflar serbestçe tasarruf edemezler*" ifadesi yer almaktadır. Bu hüküm, dolaylı bir şekilde, tarafların iradesine tâbi olmayan yani tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemediği uyuşmazlıklar için ayırt edici bir kriter getirmektedir: cumhuriyet savcısının davaya dahil olma kriteri. Örneğin Medeni Kanun'un 146. maddesi uyarınca evliliğin mutlak butlanı davasında, 294. maddesinde soy bağının sonradan evlilik yoluyla kurulmasına itiraz davasında, 318. maddesinde evlat edinme kararının kaldırılmasında cumhuriyet savcısının davaya katılması düzenlenmiştir. Dolayısıyla bu uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülmesi mümkün değildir. Ancak tüketici uyuşmazlıkları söz konusu olduğunda, tarafların sulh olmasının ya da davalının davayı kabul etmesinin önünde hiçbir engel bulunmamaktadır. Öte yandan, yukarıda HMK m. 70'in yorumuyla dolaylı olarak ortaya koyulan kriter de tüketici uyuşmazlıkları açısından geçerli olmamaktadır.

Öte yandan, TKHK m. 68/5'te, tüketicilerin ilgili mevzuatına göre alternatif uyuşmazlık çözüm mercilerine başvurmasının mümkün olduğu hükme bağlanmıştır. Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları içinde arabuluculuk kurumunun da yer aldığı şüphesizdir. 6352 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun "amaç ve kapsam" başlıklı 1. maddesinde de, tahkime elverişlilik bağlamında Kanun'da kabul edilen "üzerinde serbestçe tasarruf edilebilen uyuşmazlıklar" kriterinin kabul edildiği gözlemlenmektedir.⁵⁰ Dolayısıyla, kanun koyucunun açıkça arabuluculuk yolunu açık tutmuş olmasına rağmen, aynı kriteri benimsemiş olan tahkim yolunu zımnen kapatmış olması görüşünün izahı kanımızca kolay değildir.⁵¹ Zira arabuluculuk faaliyetinin sonucunda ortaya çıkan tarafların anlaşmasına mahkemece icra edilebilirlik şerhi verilmesi durumu ile uyuşmazlığın tahkim yoluyla

⁵⁰ Madde 1/2: "Bu Kanun, yabancılık unsuru taşıyanlar da dâhil olmak üzere, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümlenmesinde uygulanır..."

⁵¹ Aynı yönde bkz. Yeşilova, s. 118.

kurumunun sonucunda ortaya çıkan kararın hukuki değeri birbirine eştir; her iki durumda da anlaşma/karar ilamlı icraya konu olabilir ve tarafları bağlar.⁵²

Bu açıklamalar ışığında, kanımızca tüketici uyuşmazlıklarında tahkime elverişliliğin önünde, Yargıtay'ın tahkim kurumuna duyduğu güvensizliğe dayalı içtihadının dışında kanuni bir engel bulunmamaktadır. Bunun yanı sıra, uyuşmazlığın münhasıran tüketici hakem heyetlerinde ve tüketici mahkemelerinde çözümlenmesinin tüketicinin ne kadar lehine olduğu da tartışmaya açık ayrı bir konudur. Tüketici mahkemeleri, devlet mahkemelerinin tahkim karşısında bünyelerinde barındırdıkları her türlü dezavantajı zaten içermektedir. Bu dezavantajların başında yargılama süresinin uzunluğu yer almaktadır.⁵³ Ne yazık ki, aynı dezavantaj tüketici hakem heyetlerinde de artık söz konusu olmaktadır. Tüketici hakem heyetlerine yapılan başvurunun 2012-2015 yılları arasında 6 kata yakın bir artış göstermesi neticesinde,⁵⁴ tüketici hakem heyetlerinin karar verme süresi de doğal olarak uzamıştır. Kuşkusuz, düşük meblağlı uyuşmazlıklar için tahkim yoluna gidilmesi, TKHK'de öngörülen uyuşmazlık çözüm yollarından daha maliyetli ve bu açıdan da tüketici için caydırıcı olabilir. Ancak tüketici uyuşmazlıklarının özellikle TKHK ile genişletilen kapsamı dikkate alındığında, küçük meblağlı uyuşmazlıklar için geçerli olabilecek bu çekinceyi tüm tüketici uyuşmazlıkları açısından kabul etmek mümkün değildir. Zira 1,5 milyon TL karşılığında özel tasarım bir arabanın satımına ya da yapımına ilişkin bir sözleşme de şartları mevcutsa pekâlâ bir tüketici işlemi olarak kabul edilebilecektir.

⁵² Yeşilova, tüketici hakem heyetleri kararları ile arabuluculuk faaliyetinin sonuçları arasında, ikincisinin ilamlı icraya konu olabilmesi için bir mahkeme şerhi arandığı gerekçesiyle fark bulunduğunu ifade etmiştir. Kanımızca yazarın eleştirisi, tahkim kararları ile arabuluculuk faaliyetinin karşılaştırılması bakımından da geçerli olacaktır. Bkz. Yeşilova, s. 115.

Sosyal Bilimler Enstitüsü sonra akdedilen tahkim anlaşmalarının geçerliliği konusunda tartışma azdı

⁵³ Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü'nün yaptığı 2015 yılı istatistiklerine göre, tüketici mahkemelerinde açılan davaların görülme süresi ortalama 239 gündür. Bkz. http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/istatistik_2015/ihstias/7.pdf, erişim tarihi: 11.5.2016.

⁵⁴ Gümrük ve Ticaret Bakanı Bülent Tüfenkçi'nin açıklaması için bkz. http://www.tuketici.gov.tr/?wapp=haberler_tr&cat=haberGN&open=6&id=4FB32D8D-EDA7-4B18-A2E0-A6720056B587, erişim tarihi: 11.5.2016.

Son olarak, tüketici uyuşmazlıkları için özel görevli tüketici mahkemelerinin ve tüketici hakem heyetlerinin tesis edilmiş olmasının, bu uyuşmazlıkların tahkime elverişli olmadığı yönünde bir gösterge olduğunun düşünülmesi mümkün olabilir.⁵⁵ Ancak *Yeşilova'*nın da ifade ettiği ve katıldığımız üzere, devlet mahkemelerinin işleyişine ilişkin getirilmiş bir düzenlemenin, devlet mahkemelerinde görülen yargılamanın dışında bir yargılama yolu olan tahkimi neden ve nasıl etkileyeceği ya da etkilemesi gerektiğini gerekçelendirmek güçtür.⁵⁶

Özetle, yukarıda açıklanan yasal düzenlemeler ve bunların yorumu ışığında, kanımızca tüketici uyuşmazlıklarının tahkime elverişliliği konusunda olumlu bir sonuca varmak gerekir. Bununla birlikte, tahkim şartının tüketici sözleşmesinde bir genel işlem koşulu olarak karşımıza çıkması halinde geçerliliğinin nasıl etkileneceği sorusu da fazlasıyla önem taşımaktadır. Aşağıda öncelikle genel işlem koşulu veya tüketici hukuku bağlamında haksız şarttan ne anlaşılması gerektiği incelenecek, ardından tahkim şartının genel işlem koşulu denetimine takılıp geçersiz sayılma olasılığı üzerinde durulacaktır.

C. İhtiyari Tahkim Şartının Genel İşlem Koşulları Denetimi

a. Genel İşlem Koşulu-Haksız Şart ve Kanuni Düzenlemeler

Haksız şart kavramının ve denetiminin temelinde, esasen liberal ekonomilerde olması gereken ve sözleşme hukukunun temelinde yer alan irade özerkliği ve bunun bir yansıması olan sözleşme serbestisi ilkelerinin tam olarak hayata geçirilememesi yatmaktadır. Sözleşme serbestisi ilkesinin arkasında, sözleşenlerin eşit konumda bulunduğu varsayımı yer aldığından, tüketici-satıcı/sağlayıcı ilişkisinde bu serbestinin mevcudiyeti haklı olarak sorgulanmıştır. Satıcı/sağlayıcı karşısında hem psikolojik hem de düşünsel olarak zayıf konumda olan tüketicinin,⁵⁷ karşı tarafın kendisine dayattığı ve onu akdetmeye mecbur ettiği hükümlere karşı korunması ihtiyacı doğmuştur.

Haksız şartların borçlar hukuku düzlemindeki karşılığı olan genel işlem koşulları, hukukumuzda ancak 2012 yılında yürürlüğe giren Türk Borçlar Kanunu (TBK) ile genel bir düzenlemeye kavuşmuştur.

⁵⁵ Bu görüşün eleştirisi için bkz. Yeşilova, s. 117.

⁵⁶ Yeşilova, s. 117-118.

⁵⁷ Süleyman Toprak, "Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartların Bağlayıcı Olmasının Sonuçları", *TBB Dergisi* 2016, S. 122, s. 284.

Tüketici işlemleri bağlamında ise, Türk hukukunun AB hukuku ile uyumlaştırılması amacıyla,⁵⁸ haksız şartlar denetimi ilk defa 4077 sayılı TKHK’de 2003 yılında yapılan değişiklikle hukuki düzenlemeye kavuşturulmuştur.⁵⁹ Standart hükümlerden oluşan, genellikle tüketici işlemlerinde kullanılan ve satıcı veya sağlayıcı tarafından dayatılan, müzakere edilmeden imzalanan sözleşmelerin büyük bir bölümünü oluşturan bu şartlar, hem TBK uyarınca (m. 20-25) hem de TKHK uyarınca (m. 5) bir denetime tâbi tutulmaktadır. TKHK uyarınca bir sözleşme hükmünün haksız şart olarak değerlendirilmesi sonucunda, bu hüküm kesin hükümsüz kabul edilecek; sözleşmenin geri kalanı ayakta tutulacaktır.⁶⁰

b. Tahkim Şartının Haksız Şart Niteliği

TKHK m. 5’te verilen haksız şart tanımına göre, bir sözleşme hükmünün haksız şart olarak nitelendirilebilmesi için müzakere edilmiş olması yeterli değildir. Söz konusu hükmün ayrıca “*tarafaların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olması*” aranmaktadır. Satıcı/sağlayıcı tarafından sözleşmeye koyulan tahkim şartının haksız şart niteliğinin ortaya konulabilmesi için kural olarak öncelikle olası bir uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözüme kavuşturulmasının dürüstlük kuralına aykırı bir biçimde tüketicinin aleyhine olup olmadığının araştırılması gerekirdi. Ancak Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şart-

⁵⁸ Aydoğdu/Zevkliler, s. 156 vd.

⁵⁹ 6.3.2003’te 4822 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik ile 4077 sayılı TKHK’nin 6. maddesi şu şekildedir: “Satıcı veya sağlayıcının tüketiciyle müzakere etmeden, tek taraflı olarak sözleşmeye koyduğu, tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde iyi niyet kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme koşulları haksız şarttır./Taraflardan birini tüketicinin oluşturduğu her türlü sözleşmede yer alan haksız şartlar tüketici için bağlayıcı değildir./Eğer bir sözleşme şartı önceden hazırlanmışsa ve özellikle standart sözleşmede yer alması nedeniyle tüketici içeriğine etki edememişse, o sözleşme şartının tüketiciyle müzakere edilmediği kabul edilir.”

⁶⁰ TKHK m. 5: “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./Tüketiciyle akdedilen sözleşmelerde yer alan haksız şartlar kesin olarak hükümsüzdür. Sözleşmenin haksız şartlar dışındaki hükümleri geçerliliğini korur. Bu durumda sözleşmeyi düzenleyen, kesin olarak hükümsüz sayılan şartlar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremez. (...)”

lar Hakkında Yönetmelik'inde⁶¹ tahkim şartlarının kendiliğinden bir haksız şart olarak kabul edileceğinin hükme bağlandığı görülmektedir: “Aşağıda yer alan sonuçları hedefleyen veya bu sonuçları doğuran şartlar haksız şarttır: (...) n) Tüketicinin özellikle, **hukuki düzenlemelerde öngörülmemiş bir hakeme müracaatını öngörmek**, gösterebileceği delilleri ölçüsüz derecede sınırlandırmak veya mevcut hukuki düzen uyarınca diğer tarafta olan ispat külfetini tüketiciye yüklemek suretiyle tüketicinin mahkemeye gitme veya başka başvuru yollarını kullanma imkanını ortadan kaldıran veya sınırlandıran şartlar (...)”.⁶²

Bu durumda artık tüketici ile satıcı/sağlayıcı arasında yapılan sözleşmenin önceden müzakere edilmeyen hükümleri arasında yer alan bir tahkim şartının, bu şartın ayrıca tüketicinin dürüstlük kuralına aykırı bir biçimde aleyhine olup olmadığı değerlendirilmeksizin haksız şart olduğu kabul edilecek ve tahkim anlaşması kesin hükümsüz adedilecektir.

Kanımızca TKHK'nin yürürlüğüne ilişkin bu genel geçer düzenlemenin isabeti tartışmaya açıktır. Bunun için öncelikle Yönetmelik hükmünün temelinde yatan Avrupa Birliği düzenlemesine bakmakta fayda vardır. Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik'inin Ek'inde yer alan bahsi geçen hükmün benzeri, Avrupa Birliği 93/13 Yönergesi'nin Ek'inde yer alan q bendindeki ifadede yer almaktadır: “... *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...*”

Bu ifadeyle kastedilenin ne olduğu açık değildir, bu yüzden “*arbitration not covered by legal provisions*” ifadesinin yorumlanması gerekmektedir. Bu yorum yapılırken Avrupa Birliği Komisyonu'nun Tüketici Uyuşmazlıklarının Devlet Yargısı Dışında Çözümüne İlişkin Temel İlkeler başlıklı ve 1998 tarihli tavsiyesi yol gösterici olacaktır.⁶³ Komisyon, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde dü-

⁶¹ 29033 sayılı RG, 17.06.2014.

⁶² Yönetmelik, Ek-1, m. 1/n:

⁶³ 98/257/EC, Commission Recommendation of 30 March 1998 on the principles applicable to the bodies responsible for out-of-court settlement of consumer disputes.

zenlenen adil yargılanma hakkı uyarınca, tüketicilerin ancak açıkça ve tüm bilgilerden haberdar bir şekilde ve uyuşmazlık ortaya çıktıktan sonra uyuşmazlığın mahkeme dışında (örneğin tahkimde) çözümlmesine yönelik yapacağı anlaşma, tüketicinin mahkemeye gitmesini engelleyebilir. Dolayısıyla uyuşmazlık henüz ortaya çıkmadan önce yapılacak bir tahkim anlaşması, haksız şart kabul edilip geçersiz sayılacaktır. Avrupa Birliği Komisyonu'nun tavsiyesinin Türkiye'yi ve Üye Devlet'leri bağlamadığını, bir *soft-law* enstrümanı niteliğinde olduğunu fakat uygulamada öneminin yüksek olduğu belirtilmelidir.⁶⁴

V. Sonuç

Türk hukukunda tahkime elverişlilik meselesi hem HMK'da hem de MTK'da düzenleme bulmuştur. Her iki kanun da tahkime elverişlilik hususunda ulusal tahkim ve milletlerarası tahkim için genel bir kriter getirmiştir: tahkime gidecek uyuşmazlığın iki tarafın iradesine tâbi olması. Tüketici sözleşmeleri, özellikle özel hukuk sözleşmeleri olarak karşımıza çıkmakla birlikte, pekâlâ iki tarafın üzerinde tasarruf edebildiği bir sözleşmedir. Başka bir ifadeyle, HMK ve MTK'da getirilen açık kriterden yola çıkarak tüketici uyuşmazlıklarının tahkime elverişli olmadığını ileri sürülmesi isabetli değildir. Bununla birlikte Yargıtay yerleşik içtihadıyla, tüketici uyuşmazlıklarının kamu düzeniyle yakın ilişki içinde olduğunu, bu yüzden bu uyuşmazlıkların tahkime elverişli olmadığına karar vermiştir.

Kanımızca tüketici uyuşmazlıklarının tahkime elverişliliği, HMK ve MTK'da hükme bağlanan objektif tahkime elverişlilik kriterinden ziyade bir haksız şart problemi olarak karşımıza çıkmaktadır. Her ne kadar ihtiyari tahkim yolunun tüketici uyuşmazlıklarında da açık olduğunu savunmak mevcut hukuki düzlemde mümkün olsa da, tüketici sözleşmelerinde yer alan tahkim kayıtlarının haksız şart denetimine takılması olası gözükmemektedir. Uyuşmazlığın ortaya çıkmasından sonra akdedilen tahkim anlaşmalarının geçerliliği konusunda tartışma azdır. Bununla birlikte taraflarca ayrıca müzakere edilmiş tahkim şartlarının geçerli olmasının önünde bir engel, görüşümüze göre, bulunmamaktadır.

⁶⁴ Jean R. Sternlight, "Is the U.S. Out On A Limb - Comparing U.S. Approach to Mandatory Consumer and Employment Arbitration To That Of The Rest Of The World", *University of Miami Law Review*, C. 56, s. 846.

Kaynakça

- Akıncı Ziya, Milletlerarası Tahkim, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2016
- Aras Aslı, Tüketici Uyuşmazlıkları ve Çözüm Yolları, Dokuz Eylül Üniversitesi Yüksek Lisans Tezi (yayımlanmamış), 2009
- Aydoğdu Murat, Tüketici Kılavuzu - Hukuk Rehberi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2014
- Aydoğdu Murat, Tüketici Hukuku Dersleri, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015
- Barcelo III Jonh J., Arbitrability Decisions Before, During and After Arbitration, Cornell Law School Legal Studies Research Paper Series, No. 14- 24, ssrn.com/abstract=2483059
- Budak Ali Cem, 6502 s. TKHK'ya göre Tüketici Hakem Heyetleri, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 16, Özel Sayı 2014, Prof. Dr. Hakan Pekcantez'e Armağan
- Deren Yıldırım Nevhis, Uncitral Model Kanunu ve Milletlerarası Tahkim Kanunu Çerçevesinde Milletlerarası Tahkimin Esaslı Sorunları, Alkım Yayınevi, İstanbul 2004
- Deryal Yahya, Tüketici Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2008
- Erişir Evrim, Tüketici İşlemlerinden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümü Usulü, Yeni Tüketici Hukuku Konferansı, Derleyen: M. Murat İnceoğlu, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015
- Ermenek İbrahim, Yargı Kararları Işığında Tüketici Sorunları Hakem Heyetleri ve Bu Alanda Ortaya Çıkan Sorunlara İlişkin Çözüm Önerileri, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XVII, S. 1-2, 2013
- Huysal Burak, Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010
- Kalpsüz, Turgut Türkiye'de Milletlerarası Tahkim, Yetkin Yayınevi, Ankara 2010
- Ozanoğlu Hasan Seçkin, Tüketici Sözleşmeleri Kavramı (TKHK'nin Maddi Anlamda Uygulanma Alanı), *AÜHFD*, C. 50, S. 1, 2001
- Özmumcu Seda, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Hükümleri ve Yargıtay Kararları Çerçevesinde Tüketici Mahkemelerinin Görev Alanına Giren Uyuşmazlıklara Genel Bir Bakış, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 16, Özel Sayı 2014, Prof. Dr. Hakan Pekcantez'e Armağan
- Sternlight Jean R., Is the U.S. Out On A Limb - Comparing U.S. Approach to Mandatory Consumer and Employment Arbitration To That Of The Rest Of The World, *University of Miami Law Review*, C. 56
- Taşpolat Tuğsavul Melis, Türk Hukukunda Arabuluculuk, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2012

- Tek Gülen Sinem, Tüketici Mahkemelerinin Görevi, Yetkisi ve Tüketici Mahkemelerinde Yapılan Yargılamanın Usulü, *Kazancı Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Nisan 2015
- Toprak Süleyman, Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartların Bağlayıcı Olmamasının Sonuçları, *TBB Dergisi* 2016
- Yeşilova Bilgehan, 6502 sayılı Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a Göre Tüketici Uyuşmazlıklarının Çözümü Usulü ve Yargılama Kuralları, *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 9, Özel Sayı, Kasım 2014
- Zevkliler Aydın/Aydoğdu Murat, Tüketicinin Korunması Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004