

ARABULUCULUK SÖZLEŞMESİNDE GENEL İŞLEM KOŞULLARINA İLİŞKİN HÜKÜMLERİN UYGULANMASI

Doç. Dr. Selin SERT SÜTÇÜ*

Özet

6235 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu, uyuşmazlık içerisinde olan tarafların söz konusu uyuşmazlığı arabulucu aracılığıyla kanunda düzenlenen hususlarda zorunlu, kanunda arabuluculuğa başvurunun zorunlu olarak düzenlenmediği hususlarda ise ihtiyari olarak çözümlenmesine imkân tanımıştır. Tarafların uyuşmazlığı arabulucu ile çözmeye karar vermesi halinde ise arabulucunun uyuşmazlığın çözümüne ilişkin bir arabuluculuk sözleşmesi hazırlaması, taraflar arasındaki bilgilerin kaybolmaması ve belirli bir tutanak altına tutulması bakımından önemlidir. Arabulucu tarafından hazırlanacak olan bu sözleşmede tarafların kimlik bilgileri, uyuşmazlık konusu, tarafların uyuşmazlık konusu ile ilgili iddia ve düşünceleri, bu iddia ve düşüncelerin ispatlanmasını sağlayacak deliller, uyuşmazlık konusuna ilişkin çözüm önerileri ile arabuluculuk faaliyeti sonucunda varılan sonuç ve bu sonuca taraflarca iyi niyet ve dürüstlük kuraları gereğince riayet edileceği hususunun belirtilmesi gibi konulardır. Arabuluculuk faaliyeti ile bir şeyin yapılması edimi üstlenilmiş ise bu edimin ifa edilmesi de gerekmektedir.

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu m. 20 vd. hükümlerinde sözleşmelerin standart sözleşmeler haline gelmesi durumunda, bir sözleşme yapılırken düzenleyenin, ileride çok sayıda benzer sözleşmede kullanmak amacıyla önceden tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümlerinin olabileceğini ve bu hükümlere genel işlem koşulları denilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Arabuluculuk sözleşmesinde de arabulucu, aynı veya benzer uyuşmazlıklarda kullanılmak üzere bu şekilde genel işlem

* Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, ORCID: 0000-0001-7483-6394.

koşullarını içeren bir sözleşme metni hazırlar ise uyuşmazlığın çözümlenmesi amacıyla başvuruda bulunan tarafların bu koşulları değiştirip değiştiremeyeceği meselesi çalışmamızın temel konusudur.

Arabulucunun arabuluculuk sözleşmesinin tarafı olmaması sebebiyle arabuluculuk sözleşmesinde tarafların adı, soyadı gibi kimlik bilgilerine yer vermesi, uyuşmazlık konusunun belirlenmesi amacıyla uyuşmazlık konusu şeklinde bir başlığa yer vermesi mümkün iken her uyuşmazlık kendi içerisinde farklı sorunlar ve farklı çözüm önerileri ile sonuçlanacak olması sebebiyle sözleşmesinin tamamının genel işlem koşullarına tabi olmayacağını kabul etmemiz gerekecektir.

Arabuluculuk ile uyuşmazlığın çözülmesi halinde arabulucu tarafından hazırlanan tutanağın da genel işlem koşulları içeren bir tutanak olarak hazırlanması mümkün müdür?

Arabuluculuk sözleşmesinin genel işlem koşullarını içermesi halinde bu koşulların geçersizliğinin genel işlem koşulları denetimine tabi değil de haksız şart olarak tüketici hukukundaki düzenlenen husustan yararlanarak çözümlenmesi olanaklı mıdır?

Çalışmamız da arabuluculuk sözleşmesinde genel işlem koşulları ile düzenlenebilecek hususlar ve düzenlemeyecek hususlar ile genel işlem koşulu ile düzenlenen hususlarda tarafların kullanabilecekleri hukuki yollar inceleme konusu yapılacaktır.

Anahtar Kelimeler: arabulucu, arabuluculuk sözleşmesi, genel işlem koşulları, genel işlem koşullarının özellikleri, elverişlilik.

Abstract

With the Law on Mediation in Legal Disputes numbered 6235, parties in dispute were allowed to resolve the dispute through the mediator as mandatory in matters regulated by law, and voluntarily in matters where the application for mediation is not regulated by law. If the parties decide

to resolve the dispute with the mediator, it is important for the mediator to draw up a mediation agreement for the settlement of the dispute, in order not to lose the information between the parties and to keep them under a certain report. In this contract to be prepared by the mediator, the identity information of the parties, the subject of the dispute, the claims and opinions of the parties regarding the subject of the dispute, the evidence to prove these claims and thoughts, the solution proposals regarding the dispute, the conclusion reached as a result of the mediation activity and the good faith and honesty rules of the parties. These are issues such as stating that it will be duly respected. If the act of doing something has been undertaken with the mediation activity, this act must also be performed.

Turkish Code of Obligations No. 6098 m. In the provisions of 20 et seq., It is stated that in the event that the contracts become standard contracts, when making a contract, there may be contract provisions prepared individually and presented to the other party in order to use in many similar contracts in the future and these provisions should be called general transaction conditions. In the mediation agreement, if the mediator prepares a contract text that includes the general transaction conditions to be used in the same or similar disputes, the issue of whether the parties applying for the settlement of the dispute can change these conditions is the main subject of our study.

Since the mediator is not a party to the mediation contract, it is possible to include the identity information such as the name and surname of the parties in the mediation contract, to include a title in the form of the subject of the dispute in order to determine the subject of the dispute, while each dispute will result in different problems and different solution proposals. We will have to accept that it will not be subject.

In our study, the issues that can be regulated with the general transaction conditions in the mediation agreement and the matters that will not be regulated and the legal ways that the parties can use in the matters regulated with the general transaction condition will be examined.

Keywords: mediator, mediation agreement, general transaction conditions, properties of general transaction conditions, availability.

I. Genel Olarak

Toplum halinde yaşayan insanların çeşitli sorunlar yaşamaları ve bu sorunları barışçı bir şekilde çözüme çalışmaları her zaman mümkün olmayabilecektir. Hukuk sistemleri bu şekilde kişiler arasında ortaya çıkan anlaşmazlıkların ve aynı şekilde kişilerle Devlet arasında ortaya çıkan anlaşmazlıkların çözümlenmesi sağlamak amacıyla farklı yargılama sistemleri geliştirmiştir. Zaman içerisinde yargılamanın yükünün ağırlaşması sorunları da beraberinde getirmiş, ortaya çıkan uyuşmazlıkların çözümü için alternatif yöntemler aranmaya başlanmıştır.

Uyuşmazlığa düşen tarafların bazen birbirini dinlememesi, bazen dinlemesine rağmen yanlış anlaşılmalara sebep olması nedeniyle tamamen taraflardan bağımsız ve onları arabulmak amacıyla dinleyecek, yol gösterecek bir müesseseye olan ihtiyacın ortaya çıkmasıyla birlikte hem bu sorunları çözecek ve hem de söz konusu sorunların daha kısa sürede çözülmesi hedeflenmiş, arabuluculuk kavramı bu şekilde gelişmiştir. Tarafların buldukları ortamda paylaştıkları bilgilerin gizli olması, arabulucu adı verilen bu kişinin taraflardan tamamen bağımsız olması ve tarafların çıkarlarını eşit şekilde korumaya yönelmiş olması sebebi ile yeni bir alternatif çözüm yöntemi olarak karşımıza çıkmıştır.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri kavramı, ilk kez Amerika Birleşik Devletleri'nde ortaya çıkmış, Birleşik Krallık'ta ise gelişme göstermiştir. Amerika Birleşik Devletleri'nde, profesyonel anlamda arabuluculuğun uygulanması 1940'lı yıllarda toplu iş sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda görülmüştür. Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin gelişmesine en büyük katkının, 1976 yılında Amerika Barolar Birliği tarafından gerçekleştirilen bir konferansta alınan, pilot bölgelerde arabuluculuk ve tahkim uygulanmasının tavsiye edilmesi kararı olduğu görülmektedir¹.

Alternatif çözüm yöntemleri içerisinde en sık uygulananın arabuluculuk olduğu ve arabuluculuğa 6235 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ile uyuşmazlık içerisinde olan tarafların uyuşmazlığı

1 Mustafa Serdar Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yollarına Genel Bir Bakış, GÜHFD, Prof. Dr. Erden Kuntalp'e Armağan'dan Ayrı Bası, İstanbul, 2004.1, 2006, 248-249.

arabulucu aracılığıyla kanunda düzenlenen hususlarda zorunlu, kanunda arabuluculuğa başvurunun zorunlu olarak düzenlenmediği hususlarda ise ihtiyari olarak çözümlenmesine imkân tanındığı ifade edilmiştir. Böylelikle arabuluculuk ülkemizde hem zorunlu hem de ihtiyari olarak çok sayıda uyuşmazlığın çözümüne hizmet etmektedir.

Arabuluculuk faaliyeti içerisinde taraflar; a. Arabulucu sözleşmesi, b. Arabuluculuk sözleşmesi ve c. Arabulucu anlaşma belgesi hazırlarlar. Bu belgelerin hazırlanması için arabuluculuk faaliyeti sonrasında tarafların anlaşmaları gerekmektedir. Aksi halde bu belgelerin düzenlenmesi gerekmez.

II. Arabuluculuk Faaliyeti Kapsamında Düzenlenen Sözleşmeler

A. Arabuluculuk Sözleşmesi

Arabuluculuk sözleşmesi, tarafların arabulucuya başvurma konusunda kendi aralarında yaptıkları sözleşmedir. Taraflardan birisinin arabulucuya başvurmayı diğerine teklif etmesi öneri ve diğer tarafın bunu kabul etmesiyle arabuluculuk sözleşmesi kurulmuş olabileceği gibi, tarafların karşılıklı olarak bir araya gelerek arabuluculuk sözleşmesi akdetmesi de mümkündür².

Arabuluculuk sözleşmesi kanunun zorunlu olarak arabulucuya başvurmasını öngördüğü hususlar bakımından değil, tamamen tarafların isteği ile arabulucuya başvurmayı kararlaştırması halinde söz konusu olacaktır.

Arabulucuya başvurma sözleşmesinin hükümleri tespit edilirken, sadece bu sözleşmeyle düzenlenmiş olan hususlar dikkate alınmaz. Bu sözleşmeden doğan haklar ve yükümlülüklerin tespitinde, öncelikle Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nda yer alan emredici hükümler³ dikkate alınır. Diğer hükümler ise 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu ve

2 Ayrıntılı bilgi için bkz. Özlem Bora: Arabuluculuk sözleşmesi, (1 st., edn., Turhan Kitabevi 2020), 49-50; Onur İlhan, Arabuluculuk Sözleşmesi, (1 st., edn., Seçkin Yayıncılık 2020), 66; Ahmet Kılıçoğlu, Arabuluculuk Sözleşmeleri, (1 st., edn., Turhan Kitabevi, 2020), 1 vd.

3 Seyfullah Edis, Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, (4 th, edn., Ankara Üniversitesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları 1991, 65; M. Kemal Oğuzman and

4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu ve diğer sair kanunlardan alınabilecektir. Örneğin; Kişisel Verilerin Korunması Kanunu, vb.

Arabulucuya başvuru, dava açılmadan önce veya davanın görülmesi esnasında gündeme gelebilir (HUAK m.13). Dava açılmadan önce taraflar aralarında ayrı bir arabulucuya başvurma sözleşmesi yapmışlarsa ya da esas sözleşmeye arabulucuya başvurma konusunda bir şart eklemişlerse, uyuşmazlığın çözümü için öncelikle arabulucuya başvuru konusunda taraflar bakımından bir yükümlülük meydana gelir. Bu yükümlülüğe uymamanın yaptırımını ise tazminat olarak karşımıza çıkacaktır.

B. Arabulucu Sözleşmesi

Arabulucu sözleşmesi arabuluculuk sürecine başvuran tarafların arabulucu ile yaptıkları sözleşmedir⁴. Arabulucunun taraflar arasındaki hukuki uyuşmazlığa dahil olması dava şartı arabuluculuktan farklı olarak tamamen tarafların isteği ile gerçekleşmektedir. Arabulucu sözleşmesi de ayrı bir sözleşme şeklinde düzenlenebileceği gibi bir sözleşme hükmü şeklinde de karşımıza çıkabilecektir.

Arabulucu yetkisini taraflardan alır ve bu doğrultuda uyuşmazlık tarafları ile arabulucu arasında bir arabulucu sözleşmesi gerçekleştirilir⁵. Dava şartı arabuluculuk ise bu durumun bir istisnası olarak yorumlanabilir⁶. Yani, arabuluculuğa başvurunun zorunlu olduğu durumlarda arabulucu sözleşmesinin varlığından söz edilemez⁷.

Nami Barlas, Medeni Hukuk, (26 th, edn., Vedat Kitapçılık 2020), 87; Mustafa Dural and Suat Sarı, Türk Özel Hukuku: Temel Kavramlar ve Medeni Kanununun Başlangıç Hükümleri, (9 th, edn., Filiz Kitabevi 2020),131; Rona Serozan, Medeni Hukuk, (8 th, edn., Vedat Kitapçılık 2018), 136 vd.

4 Mustafa Serdar Özbek, Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesinin Tahlili, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Rıza Okur'a Armağan, Özel Sayı, 2014, 20.1,1123.

5 Ömer Ekmekçi/Muhammet Özekes/Murat Atalı, Hukuk Uyuşmazlıklarında İhtiyari ve Zorunlu Arabuluculuk, (1 st., edn., On İki Levha Yayıncılık 2018), 25.

6 Ekmekçi, Özekes, Atalı, (n.1), 25.

7 Betül Azaklı Arslan, Medeni Usul Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk, (1 st., edn., Yetkin Yayıncılık 2018), 25.

Arabulucu sözleşmesinde taraflar sözleşmesinin kapsamında hangi hususların yer alacağını, hangi hususlara yer vereceklerini ve arabulucunun bu sözleşmede iş görme faaliyeti içerisinde bulunması sebebiyle arabulucuya ödenecek ücreti kararlaştırmaları gerekmektedir⁸. Bu sözleşmenin yapılması veya geçerli olması için herhangi bir şekil şartı öngörülmemiştir. Bu açıdan önemli olan taraflar ile arabulucu arasında akdedilen bir sözleşme olduğunun ispatlanabilmesidir.

Arabulucu sözleşmesinin hukuki niteliği tartışmalıdır⁹. Ancak bas-
kın görüş; bu sözleşmenin hukuki niteliğinin vekâlet sözleşmesine benze-
diğini savunmaktadır¹⁰.

C. Arabulucuk Anlaşma Belgesi

Tarafların hukuki uyumsuzluğu arabulucu ile çözüme konusunda anlaş-
maları halinde düzenlenecek olan belgeye arabuluculuk anlaşma belgesi adı
verilmektedir. Arabuluculuk anlaşma belgesinde (arabuluculuk ortak çö-
züm kararı) tarafların imzalarının ve arabulucunun imzasının yer alması ve
arabuluculuk görüşmelerinin T.C. Adalet bakanlığı tarafından tutulan ara-
bulucu siciline kayıtlı, tarafsız arabulucu nezdinde yapılması sözleşmenin
esaslı unsurlarıdır. HUAK 18/(5) maddesi uyarınca; “arabuluculuk faali-
yeti sonunda anlaşmaya varılması hâlinde, üzerinde anlaşılan hususlar hak-
kında taraflarca dava açılmaz”.

Arabuluculuk anlaşma belgesi düzenlenmesi taraflar bakımından zo-
runlu değildir. Ancak daha sonra taraflar arasında ortaya çıkabilecek ihtilaf-
ların daha kolay çözümlenmesi ve ispat edilmesi bakımından anlaşma bel-
gesinin hazırlanması tarafların yararına olacaktır.

8 Ekmekçi, Özkes, Atalı, (n.2), 51.

9 Tartışmalar için bkz. Bora, (n 1), 52-53.

10 Aynı şekilde T.C. Ankara Bölge İdare Mahkemesi, 4. Hukuk Dairesi'nin 2018/1242
E, 2018/1884 K ve 11/10/2018 tarihli kararında sözleşmenin hukuki niteliğinin ve-
kalet sözleşmesi olduğunu ifade etmiştir.

Taraflar arabuluculuk anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi ekleyebilirler¹¹. İş Mahkemeleri Kanunu'nun 24/(4) maddesi uyarınca taraflar ve avukatları ile arabulucunun birlikte imzaladıkları anlaşma belgesi, icra edilebilirlik şerhi alınmasına gerek bulunmadan ilam niteliğinde belge sayılır.

III. Arabuluculuk Faaliyeti Kapsamında Düzenlenen Sözleşmelerde Genel İşlem Koşulları İçeren Hükümlerin Yer Alması

A. Genel İşlem Koşullarının Tanımı

Genel işlem koşulları; TBK m. 20/f. 1 hükmünde “*bir sözleşme yapılırken düzenleyenin, ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleri*” şeklinde tanımlanmıştır.

Genel işlem koşulları; tek taraflı olarak düzenlenen genel ve soyut nitelikte, ileride yapılacak çok sayıda sözleşme için kullanılmak maksadıyla hazırlanmış, karşı tarafa müzakere edilmeksizin (pazarlık edilmeksizin) sunulmuş ve sözleşme içeriği olması istenen sözleşme şartlarıdır¹².

Genel işlem koşulunun varlığından söz edebilmek için; tek tarafın sözleşmenin içeriğini düzenlemek adına önceden, birden fazla sözleşme ilişkisinde kullanmak üzere hazırladığı ya da hazırlattığı ve karşı tarafa bir bütün halinde sözleşmeyi kabul etmesi amacıyla sunulan sözleşme hükümlerinin bulunması gereklidir.

11 Serkan Odaman, “Arabuluculuk Tutanağına İcra Edilebilirlik Şerhi Verilmesine İlişkin Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi”, DEÜHFD, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ’a Armağan, Özel Sayı, 2017.19, 1765.

12 Ayşe Havutçu, Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması, (1 st., edn., Güncel Yayınevi 2003), 76; Atilla Altop, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’ndaki Genel İşlem Koşulları Düzenlemesi, Prof. Dr. Ergon A. Çetingil ve Prof. Dr. Reyegan Kender’e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı, (1 st., edn., Vedat Kitapçılık 2007), 255; Kemal Oğuzman and Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.1, (18 th., edn., Vedat Kitapçılık 2020), 163; Osman Gökhan Antalya, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. V, 1,1, (2 nd., edn., Seçkin Yayıncılık 2020), 300; Yeşim Atamer, Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, (1 st., edn., Beta Yayıncılık 2001), 1 vd.; Adem Yelmen, Genel İşlem Şartları, (1 st., edn., Yetkin Yayıncılık 2014), 1 vd.

Genel işlem koşullarının unsurları; bir sözleşmenin konusunu veya yan edimini oluşturma, önceden ve sözleşmenin yalnız bir tarafınca düzenlenme, çok sayıda sözleşmede kullanılmak için hazırlanması, önceden hazırlanması sebebiyle taraflarca tartışmaya açık olmamasıdır.

Türk Borçlar Kanunu'nda, önce genel işlem koşullarının tanımı daha sonra ise genel işlem koşullarının denetimi düzenlenmiştir. Bunlar; yürürlük denetimi, yorum denetimi ve içerik denetimidir. Denetime ilişkin ilk düzenleme; TBK m.21/1 hükmünde sayılan şartları taşımayan genel işlem koşulları yazılmamış sayılacağıdır. Yazılmamış sayılma¹³, sözleşmenin içeriğine dâhil olmama şeklinde anlaşılır. Sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı genel işlem koşulunun sözleşmenin içeriğine dâhil olmadığı hallerde hâkim, objektif esaslı noktalar üzerinde anlaşma olduğuna kanaat getirirse, sözleşmede düzenlenmiş olan hususları tamamlayarak uyumsuzluğu çözecektir. Bu halde genel işlem koşullarını kullanan taraf, yazılmamış sayılan koşullar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremez.

Türk Borçlar Kanunu m. 23 hükmü aracılığıyla, yorum denetimi gerçekleştirilmektedir. Bu maddenin uygulanabilmesi için ise genel işlem koşullarında bir hükmün ya açık ve anlaşılır olmaması ya da birden çok anlaşma gelmesi gerekmektedir.

Son denetim şekli olan içerik denetimi ise TBK m. 24 ve m. 25 hükümlerinde düzenlenmiştir. Bu maddeler sayesinde de uygulamada sadece genel işlem koşullarını düzenleyen lehine olmak üzere, bu koşulların tamamının veya bir kısmının değiştirilmesi hususunda düzenleyene yetki veren kayıtların geçersiz olacağı ifade edilmiştir.

Genel işlem koşullarının bir uygulaması ise 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun kapsamında düzenlenmiştir. TKHK her genel koşulu ile değil, sadece genel işlem koşulunun tüketici bakımından haksız şart olması halinde uygulanacak yaptırımı düzenlemiştir.

13 Ayrıntılı bilgi için bkz. Muzaffer Şeker, Yazılmamış Sayılma, (2 nd., edn., On İki Levha Yayıncılık 2019), 1 vd.

Haksız şart; Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun m. 5 hükmünde “*satıcı ve sağlayıcının tüketici ile müzakere etmeden, tek taraflı olarak sözleşmeye koyduğu*” koşullar olarak ifade edilmiştir. Genel işlem koşullarının tamamı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 5 hükmüne göre haksız şart¹⁴ niteliği taşımamaktadır. Gerçekten her ne kadar Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’da haksız şart, Türk Borçlar Kanunu’nda genel işlem koşulu olarak farklı şekilde ifade edilmişse de her iki kavrama ilişkin olarak benzer düzenlemelere yer verildiği görülmektedir¹⁵. Türk Borçlar Kanunu’nun m.21/2 hükmünde bir sözleşme şartının genel işlem koşulu olması halinde bu şartın yazılmamış sayılacağı düzenlenmiştir. Görüldüğü üzere TKHK ile TBK arasında ifade tarzı bakımından farklılık TKHK’nın haksız şartlara ilişkin düzenlemelerinde yaptırımın kesin hükümsüzlük kabul edilmesi, TBK anlamında genel işlem koşullarına yer verilmesinin yaptırımının ise yazılmamış¹⁶ sayılma¹⁷ olduğu¹⁸ belirtilmiştir. Doktrin-

14 Ömer Çınar, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanununda Haksız Şartlar, (1 st., edn., On İki Levha Yayıncılık 2009), 1 vd.

15 Bkz. Murat Aydoğdu, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Düzenlenen Genel İşlem Koşullarının Kişi Bakımından Uygulama Alanı, Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, Cilt 2013.8, 608.

16 Doktrinde bir kısım yazarlar yazılmamış sayılma yaptırımının hukuki niteliğinin yokluk/kısmi yokluk olduğunu savunmaktadır. Oğuzman and Öz, (n 1), 165-168; Ahmet Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, (24 th., edn., Turhan Kitabevi), 117-119; Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, (25 th., edn., Yetkin Yayıncılık 2020), 221-222; Havutçu, (n 1), 144-145; Murat Topuz, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Genel İşlem Koşullarında Kapsam (Yürürlük) Denetimi, Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan, (1 st., edn., Filiz Kitabevi 2013), 1165-1169; Hüseyin Hatemi and Kadir Emre Gökyayla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, (4 th., edn., İstanbul 2017), 45.

17 Yazılmamış sayılma esasen taraf iradesinin sözleşmeye yansımaması sonucuna bağlanmış bir yaptırımdır. Burada, sözleşmenin kurulmasını sağlayan kabul beyanı şekillen var olsa da, hakkında açıkça bilgi verilmeyen ya da sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine aykırı genel işlem koşulları bakımından ortada gerçek bir irade beyanı olmadığı kabul edilmektedir. Bu sebeple, yazılmamış sayılmanın, daha çok yokluk yaptırımına benzeyen ancak, kendine özgü bir yaptırım türü olduğu söylenebilir.; Umur Yeniocak, Borçlar Kanunu Hükümlerine göre Genel İşlem Koşullarının Yargısal Denetimi, TBB Dergisi, 2013.107, 85.

18 Genel işlem koşulları için yazılmamış sayılma hali, kesin hükümsüzlük yaptırımı ile oldukça benzer noktalar taşımaktadır. Kesin hükümsüzlükte olduğu gibi yazılmamış sayılma halinde de sonradan bu durumu düzeltmek, onamak, ortadan kaldırmak mümkün olmamaktadır ve en baştan itibaren herhangi bir hukuki durumu açıklamak için kullanılmamaktadır. Yelmen, (n 1), 99.

de yazılmamış sayılma kavramının ne anlama geldiğine ilişkin tartışmalara baktığımızda; kesin hükümsüzlük, yokluk/kısmi yokluk ve esnek geçersizlik gibi görüşlere yer verilmiştir. Yazılmamış sayılma yaptırımının kanaatimizce ‘kesin hükümsüzlük’¹⁹ olarak değil, ‘yokluk’²⁰ olarak değerlendirmek gerekir²¹. Ancak katıldığımız görüş²² doğrultusunda TBK m. 22’ye göre, sözleşmenin yazılmamış sayılan genel işlem koşulları dışındaki hükümleri geçerliliklerini koruyacaklarından, buradaki ‘yokluk’ yaptırımını ‘kısmi yokluk’ şeklinde değerlendirmek gerekmektedir.

Türk Borçlar Kanunu, TKHK’ya göre genel niteliktedir. Dolayısıyla taraflardan birinin tüketici olmadığı uyuşmazlıklar bakımından TBK hükümleri uygulanmalıdır. Sözleşmeye konulan bir şartın haksız olarak nitelendirilmesi de ayrıca TKHK bakımından zorunludur. Genel işlem koşullarının tümünün taraflardan birine zarar ermesi bir işlemin genel işlem koşulu olarak kabul edilmesi bakımından aranan şartlardan değildir.

B. Arabuluculuk Faaliyetinde Yer Alan Sözleşmelerde Genel İşlem Koşulu

Genel işlem koşullarının sözleşme taraflarından birisinin önceden, karşı tarafa danışmadan ve müzakere etmeden yazdığı ve sözleşmede yer verdiği şartlar olduğunu ayrıca sözleşme imzalanmadan önce diğer tarafça yeterince incelenmemiş ve ileride doğacak tüm sonuçlar değerlendirilmeden imzalanmışsa yazılmamış sayılacağını ifade etmiştik.

Önceden hazırlanmış bulunan sözleşme hakkında herhangi bir bilgi verilmesi yeterli olmayıp, yeterince bilgilendirme yapılması gereklidir. Yeterince

19 ‘Yazılmamış sayılma’ yaptırımını ‘kesin hükümsüzlük’ olarak değerlendiren görüş için bkz. Çınar, (n.1),101.

20 ‘Bir hukuki işlemin kurucu unsurlarının tamam olmaması halinde, söz konusu hukuki muamele varlık kazanamaz ve hukuki ilişki kurulmaz; ortada bir hukuki muamele “yok”tur.’ Bkz. Oğuzman and Barlas, (n 1), 162.

21 Aynı doğrultuda Oğuzman and Öz, (n 1), 168; Eren, (n 1), 221; Kılıçoğlu, (n 1), 119; aksi yönde, Yelmen, (n 2), 103 vd.; ayrıca ‘yazılmamış sayılma’ yaptırımını ‘yokluk’ olarak değil ‘esnek geçersizlik’ olarak değerlendiren görüş için bkz. Antalya, (n 1), 310.

22 Eren, (n 2), 221.

bilgilendirme ise karşı tarafın sözleşmeyi okuması, anlaması ve gerekirse sözleşmenin ona anlatılması şeklinde yerine getirilmelidir. Geçersiz sayılacak genel işlem koşullunun “karşı tarafın menfaatine aykırı” olması da gerekir.

Tartışılması gereken husus; arabuluculuk şartının tarafların menfaatine aykırı olup, olmayacağı konusudur. Arabuluculuk tamamıyla menfaat temelli bir süreçtir. Süreç doğru olarak yönetildiğinde taraf ya da tarafların menfaatine aykırılık söz konusu olmayacaktır. Ancak, genel işlem koşulları içinde yer alan arabuluculuk şartının yerine getirilmemesinin yaptırımını olarak bir ceza koşulu kararlaştırılmış ise bu durumda “karşı tarafın menfaatine aykırılık” söz konusu olacak ve hükümsüzlük yaptırımını gündeme gelebilecektir. TBK m. 21/(2) hükmüne göre “Sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem koşulları da yazılmamış sayılmalı”dır. Karşı tarafa genel işlem koşullarının değerlendirilmesinde imkan tanınmış ve sonuçlarını öngörerek bu koşulları kabul etmiş olsa bile, sözleşmenin diğer hükümleri arasında yadırganacak nitelikte görülen hükümler geçersiz sayılacaktır²³. Bu bağlamda genel işlem koşulları içinde yer alan arabuluculuk şartının yerine getirilmemesi halinde dava açılmayacağını öngören düzenleme geçersiz olacaktır.

Türk Borçlar Kanunu m. 23 hükmü; genel işlem koşullarında yorum denetimi getirmiş olup, ilgili düzenlemeye göre “Genel işlem koşullarında yer alan bir hüküm, açık ve anlaşılır değilse veya birden çok anlama geliyorsa, düzenleyenin aleyhine ve karşı tarafın lehine yorumlanır” düzenlemesine yer verdiği için tarafların arabulucuya başvurması konusunda sözleşmede açık hüküm yoksa veya ayrı bir sözleşme akdedilmediyse sözleşmede tarafların iradelerinin doğru yorumlanması veya arabulucuya başvurma isteğinin olup olmadığının yorumlanması önemlidir. İfade açık değilse veya birden çok anlama gelebilecek nitelikte ise kanaatimce arabuluculuğun taraf menfaatlerine uygun olması halinde somut olayın şartları göz önüne alınarak, arabulucuya başvurma konusunda anlaşıldığı sonucuna varılmalıdır.

Türk Borçlar Kanunu m. 25 hükmündeyse genel işlem koşullarında içerik denetimi getirmiş olup, söz konusu maddeye göre “Genel işlem

23 Oğuzman and Öz, (n 3), 166.

koşullarına, dürüstlük kurallarına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamaz". Bu hükmün uygulanmasında dürüstlük kuralını ihlal edecek derecede karşı tarafın menfaatine aykırılık aranacaktır²⁴. Kanımızca arabulucuya başvurma şartının dürüstlük kuralına aykırı olması söz konusu olamaz. Arabulucuya başvurmanın amacı, uyuşmazlığın en erken ve en ucuz şekilde çözümlenmesidir. Bu durumda dürüstlük kuralına aykırılık ile bağdaşan bir durumun meydana gelmeyeceği sonucuna varılması gerekmektedir.

Arabuluculuk şartının tarafların menfaatine aykırı olup olmadığı her somut olayın özelliği göz önüne alınarak değerlendirilmelidir. Bu durumda biz arabuluculuğa başvuru şartının kısmi yokluk olduğunu kabul eden görüşe katıldığımızı ifade ettiğimiz için, bu şartın yok hükmünde olduğunu; diğer sözleşmede var olan sözleşme hükümlerinin ve diğer taraf menfaatine aykırılık teşkil etmeyen genel işlem koşullarınınsa geçerli olacağını düşünmekteyiz.

IV. Sonuç

Arabuluculuk; en yaygın şekilde kullanılan alternatif çözüm yöntemlerinin başında gelmektedir. Uyuşmazlık içerisinde olan tarafların uyuşmazlığı hem en kısa zamanda hem de en az masrafla çözüme konusunda arabulucuya başvurmaları lehlerine bir çözüm yöntemidir.

Arabulucuya başvurma tarafların kendi iradeleri ile alacakları bir karar sonucu gerçekleştirebileceği gibi, kanun tarafından arabulucuya başvurmanın zorunlu olduğu hallerde ise uyuşmazlığın çözümü bakımından öngörülen bir zorunluluk olarak karşımıza çıkmaktadır.

Arabuluculuk faaliyeti içerisinde ihtiyari arabuluculuk söz konusuysa; tarafların arabulucuya başvurmak için hazırladıkları sözleşmeye arabuluculuk sözleşmesi; taraflarla arabulucu arasındaki sözleşmeye arabulucu sözleşmesi, tarafların arabuluculuk faaliyeti sonrası anlaşmaları halinde düzenlenen belgeye arabuluculuk anlaşma belgesi adı verilmektedir.

24 Oğuzman and Öz, (n 4),166.

Genel işlem koşulları ise TBK da aynı türden ve benzer nitelikteki sözleşme hazırlama işleminden tasarruf edilmesi amacıyla hazırlanan standart tip uygulaması getiren sözleşme şartlarıdır. En önemli özelliği, hazırlanan taraftan sözleşmenin diğer tarafı ile müzakere edilmeden hazırlanmasıdır.

Alıcı ve satıcının akdedeceği satış sözleşmesi bakımından satıcının bir satış sözleşmesi hazırlaması ve bu sözleşmede uyumsuzluk çıkması halinde tarafların dava açmadan önce arabulucuya başvurması gerektiğiyle ilgili sözleşmeye bir koşul koyması ve alıcının da sözleşme maddelerine çekince koymadan bu sözleşmeyi imzalaması halinde bu koşul genel işlem koşulu- dur. Alıcının tüketici olması halinde ise söz konusu koşulun haksız şart olup olmadığı değerlendirilmelidir. Genel işlem koşulunu alıcının kabul etmesi halinde bu koşul yazılmamış sayılacak ve sözleşmenin geri kalanı geçerli bir sözleşme olarak hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır. Arabulucuya başvurma koşulunun aynı zamanda TKHK anlamında haksız şart olduğu sonucuna varırsak söz konusu hükme uygulanacak yaptırım kesin hüküm- süzlük olacak yine sözleşmenin diğer hükümleri geçerli olacaktır.

Kanımızca TBK genel kanun ve TKHK özel kanun olduğu için genel işlem koşullarının uygulama alanı daha geniştir. Haksız şartın uygulanması için hem şartın haksız olduğu sonucuna ulaşmak hem de alıcının tüketici sıfatına sahip olması gerekmektedir.

Arabuluculuk şartının tarafların menfaatine aykırı olup olmadığı her somut olayın özelliği göz önüne alınarak değerlendirilmelidir. Bu durumda biz arabuluculuğa başvuru şartının kısmi yokluk olduğunu kabul eden görüşe katıldığımızı ifade ettiğimiz için, bu şartın yok hükmünde olduğunu; diğer sözleşmede var olan sözleşme hükümlerinin ve diğer taraf menfaatine aykırılık teşkil etmeyen genel işlem koşullarının ise geçerli olacağını düşünmekteyiz.

KAYNAKÇA

- ALTOP, Atila, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'ndaki Genel İşlem Koşulları Düzenlemesi, Prof. Dr. Ergon A. Çetingil ve Prof. Dr. Reyegan Kender'e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı, (1 st., edn., Vedat Kitapçılık 2007).
- ANTALYA, Osman Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. V, 1,1, (2 nd., edn., Seçkin Yayıncılık 2019).
- ARSLAN, Betül Azaklı, Medeni Usul Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk, (1 st., edn., Yetkin Yayıncılık 2018).
- ATAMER, Yeşim, Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, (1 st., edn., Beta Yayıncılık 2001).
- AYDOĞDU, Murat, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Düzenlenen Genel İşlem Koşullarının Kişi Bakımından Uygulama Alanı, Prof. Dr. Aydın Zevkiler'e Armağan, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, 2013.8.
- BORA, Özlem, Arabuluculuk sözleşmesi, (1 st., edn., Turhan Kitabevi 2020).
- ÇINAR, Ömer, Tüketici Hukukunda Haksız Şartlar, (1 st., edn., On İki Levha Yayıncılık 2009).
- DURAL Mustafa and SARI, Suat, Türk Özel Hukuku: Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri, (9 th, edn., Filiz Kitabevi 2020).
- EDİS, Seyfullah Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, (4 th, edn., Ankara Üniversitesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları 1991).
- EKMEKÇİ, Ömer, ÖZEKES, Muhammet, ATALI, Murat, Hukuk Uyuşmazlıklarında İhtiyari ve Zorunlu Arabuluculuk, (1 st., edn., On İki Levha Yayıncılık 2018).
- EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, (25 th., edn., Yetkin Yayıncılık 2020).
- HAVUTÇU, Ayşe, Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması, (1 st., edn., Güncel Yayınevi 2003).
- HATEMİ Hüseyin and GÖKYAYLA, Kadir Emre, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, (4 th., edn., İstanbul 2017).
- İLHAN, Onur: Arabuluculuk Sözleşmesi, (1 st., edn., Seçkin Yayıncılık 2020).
- KILIÇOĞLU, Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, (24 th., edn., Turhan Kitabevi 2020).
- KILIÇOĞLU, Ahmet: Arabuluculuk Sözleşmeleri, (1 st., edn., Turhan Kitabevi 2020).
- ODAMAN, Serkan, Arabuluculuk Tutanağına İcra Edilebilirlik Şerhi Verilmesine İlişkin Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi, DEÜHFD, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan, Özel Sayı, 2017.19.
- OĞUZMAN, Kemal and ÖZ, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.1, (18 th., edn., Vedat Kitapçılık 2020).
- OĞUZMAN, M. Kemal and BARLAS, Nami, Medeni Hukuk, (26 th, edn., Vedat Kitapçılık 2020).
- ÖZBEK, Mustafa Serdar, Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yollarına Genel Bir Bakış, GÜHFD, Prof. Dr. Erden Kuntalp'e Armağan'dan Ayrı Bası, İstanbul, 2004.1, 2006.
- ÖZBEK, Mustafa Serdar, Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesinin Tahlili, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Rıza Okur'a Armağan, Özel Sayı, 2014, 20.1.

SEROZAN, Rona Medeni Hukuk, (8 th, edn., Vedat Kitapçılık 2018).

ŞEKER, Muzaffer: Yazılmamış Sayılma, (2 nd., edn., On İki Levha Yayıncılık 2019).

TOPUZ, Murat, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Genel İşlem Koşullarında Kapsam (Yürürlük) Denetimi, Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan, (1 st., edn., Filiz Kitabevi 2013).

YELMEN, Adem, Genel İşlem Şartları, (1 st., edn., Yetkin Yayıncılık 2014).

YENİOCAK, Umut, Borçlar Kanunu Hükümlerine göre Genel İşlem Koşullarının Yargısal Denetimi, TBB Dergisi, 2013.107.