

Genel İşlem Koşulları İçerik Denetiminde Toplama ve Dengeleme Etkilerinin Kapsamı ve Türlerine İlişkin Bir İnceleme^(*)

Doç. Dr. Doğa Ekrem DOĞANCI^(**)

Öz

Bir genel işlem koşuluna içerik denetiminin yürütümüne ilişkin değerlendirmede sözleşme dışı ve içi çeşitli olgular dikkate alınmakta olup bunlar arasında dengeleme ve toplama etkileri de yer almaktadır. Buna göre sözleşme kayıtları toplanarak karşı taraf aleyhine sözleşmeden doğan hak ve yükümlülükler arası bir dengesizliğe sebebiyet verebilirler veya tam tersi bunlardan birinin karşı tarafın menfaatine aykırı olan etkileri, diğerinin karşı taraf lehine etkileri ile dengelenebilir.

Hukuki ihtilafta söz konusu etkilerin türü ve kapsamının tespiti, özellikle kapsamlı ve karmaşık sözleşme yapılanmalarında özenli ve bazen çok sayıda inceleme yapılmasını gerektirebilmektedir. Dengeleme ve toplama etkilerinin varlığı kabul edilmekle birlikte bunların içerik denetimi yürütümündeki dogmatik yerleri, birbiriyle ilişkileri, kapsamaları, sınırları ve bu etkilerin türleri Türk hukuku öğretisinde henüz müstakil bir akademik çalışmaya konu olmamıştır. Uygulamada verilen kararlarda ise sözleşme hükümleri arası toplama ve dengeleme etkilerinin sıklıkla açıkça inceleme konusu dahi yapılmadığı görülmektedir. Oysa toplama ve dengeleme etkilerine ilişkin hukuki belirsizliğin giderilmesi, içerik denetiminin gereği gibi yürütümü ve karşı tarafın etkili şekilde korunması açısından kritik önem taşır.

^(*) Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 05.02.2025 - Kabul Edildiği Tarih: 04.05.2025.

Atıf Şekli: Doğa Ekrem Doğancı, 'Genel İşlem Koşulları İçerik Denetiminde Toplama ve Dengeleme Etkilerinin Kapsamı ve Türlerine İlişkin Bir İnceleme' (2025) 15(1) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 819, 900.

DOI: 10.52273/sduhfd..1633855.

^(**) Sakarya Üniversitesi İşletme Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, Sakarya, Türkiye.

E-posta: ddoganci@sakarya.edu.tr.

Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-8771-0907>.

Bu çalışma ile toplama ve dengeleme etkilerine ilişkin belirsizliğin giderilmesine katkı sağlanması amaçlanmaktadır. Bu kapsamda öncelikle içerik denetimi hakkında genel bilgiler aktarılmıştır. Daha sonra toplama ve dengeleme etkisi ile bunların içerik denetiminin yürütümünde yerleri irdelenmiştir. Takiben bunların türleri hakkında açıklamalar paylaşılmıştır. Nihayet bunların kapsam ve sınırları tartışılmıştır.

Anahtar Kelimeler

Genel İşlem Koşulu, İçerik Denetimi, Türk Borçlar Kanunu m. 25, TKHK m. 5.

An Analysis of the Scope and Types of Aggregation and Balancing Effects in the Content Control of General Terms and Conditions

Abstract

In assessing the conduct of a content audit of a general term, various extra-contractual and intra-contractual facts are taken into account, including balancing and aggregation effects. Accordingly, contractual provisions may aggregate and cause an imbalance between contractual rights and obligations to the detriment of the customer, or vice versa, the effects of one of them contrary to the interests of the customer may be balanced by the effects of the other in favor of the customer.

Determining the scope and type of such effects in a legal dispute, especially in comprehensive and complex contractual structures, requires meticulous and sometimes multiple examinations. Although the presence of aggregation and balancing effects is acknowledged, their doctrinal place in content control, their interrelations, scope, limitations, and types have not yet been the subject of an independent academic study in Turkish legal scholarship. In practice, judicial decisions often do not explicitly analyze the aggregation and balancing effects of contract clauses. However, addressing the legal uncertainty surrounding these effects is crucial for the proper execution of content control and the effective protection of the customer.

This study aims to contribute to resolving the ambiguity regarding aggregation and balancing effects. In this context, general information on content control will first be provided. Subsequently, the aggregation and balancing effects and their role in the execution of content control will be examined. This will be followed by explanations regarding their types will be presented. Finally their scope and limitations will be discussed.

Keywords

Standard Terms and Conditions, Content Control, Turkish Code of Debts Art. 25, Consumer Protection Law Art. 5

Extended Summary

Content control, where the most intense interference with the freedom of contract takes place, constitutes the final stage of the standard terms and conditions review mechanism. Among the factors that may be considered in content control, aggregation and balancing effects concerning the mutual interaction of contractual provisions hold particular significance. The aggregation effect implies that contract clauses, when combined, may result in an imbalance in rights and obligations arising from the contract to the detriment of the customer. The balancing effect, on the other hand, considers interactions between contract clauses, where a general term that is disadvantageous to the customer may be counterbalanced by another general term that is favorable to the customer.

Although the presence of aggregation and balancing effects in content control is acknowledged in legal scholarship, their doctrinal position, interrelations, scope, limitations, and types have not been the subject of an independent study so far. In the decisions rendered in practice, it is observed that the aggregation and balancing effects between the provisions of the contract and the mentioned facts are often not even discussed. However, addressing the legal uncertainty regarding aggregation and balancing effects is critical for the proper execution of content control and the effective protection of the customer. Ignoring these effects may lead to the emergence of unfair standard terms violating the principle of good faith. This study aims to contribute to the elimination of uncertainty regarding the aggregation and balancing effects.

This study first provides general information on content control. In the study, it is stated that a three-stage content control examination model can be taken as a basis for evaluation. According to the three-stage content control examination model; the first stage involves identifying any disproportionality in rights and obligations within the contract. The second stage examines whether this disproportionality is significant (manifest). The final stage assesses whether the identified disproportionality is counterbalanced by other contract clauses favorable to the customer. In this three-stage model, the aggregation effect is considered in the second stage, while the balancing effect is examined separately in the final stage.

The types of aggregation and balancing effects are categorized under a dual distinction of intra-clause and extra-clause effects. Typical intra-clause aggregation and balancing effects consider the material impacts of a general term on the customer's financial interests. Atypical intra-clause aggregation effects, however, take into account both the material and formal (clarity and comprehensibility) effects of a general term. Two subtypes of atypical intra-clause aggregation effects are: (1) contract clauses that, while unfavorable to the customer, do not result in manifest disproportionality, and (2) clauses that are beneficial to the customer.

The net effect obtained from the analysis of intra-clause provisions serves as the basis for the execution of content control. However, in assessing the existence of manifest disproportionality, extra-clause aggregation and balancing effects are also considered. Extra-clause aggregation effects are categorized into: (1) aggregation effects between

general terms, and (2) aggregation effects arising from the interaction between an individual contract clause and a general term. In this study, the following manifestations of inter-general term aggregation effects are examined: isolated aggregation effect, infection-based aggregation effect, negligible aggregation effect, and mass-level negligible aggregation effect.

Extra-clause balancing effects, on the other hand, are analyzed under the dual distinction of legal balancing and economic balancing effects. While legal balancing is the primary consideration, economic balancing is an exception. The study also provides examples of exceptional applications where economic balancing effects are accepted under different criteria and distinctions.

Finally the scope and limitations of the aggregation and balancing effects will be discussed. For these effects to be assessed in content control, the contract clause under review must directly or indirectly affect the customer's interests. In the context of balancing effects, a contract clause can be taken into account if: (1) it results in a tangible improvement for the customer, (2) the balancing effect is strong enough to neutralize the adverse effects of the other clause, and (3) there is a strong internal (material) connection between the clauses being compared. In aggregation effects, it is required that: (1) there are contract clauses that create adverse effects for the customer, and (2) these clauses have an internal material connection. Unlike balancing effects, aggregation effects require a lower threshold for material connection.

In determining the scope of aggregation and balancing effects, all contract clauses, including individual clauses, may be considered. However, the scope and criteria differ between aggregation and balancing effects. Individual contract clauses play a much more limited role in balancing effects compared to aggregation effects. The considerability of individual contract terms in the balancing effect is controversial, especially in the context of balancing by price advantage. The study argues that the price reduction argument (economic equalization) should be exceptionally accepted for various reasons.

Another limitation of balancing effects is that general terms which are deemed to be explicitly contrary to the principle of good faith, whether in absolutely or relatively prohibited terms. An absolutely prohibited general term will not be subject to the balancing effect. An relatively prohibited general term, however, must be evaluated in the concrete case. Should the assessment conclude that it is invalid, it will no longer be validated by the balancing effect. Conversely, if it is concluded that it is valid, it will remain valid without the need to subject it to the balancing effect.

Giriş

İçerik denetimi, kapsam, yorum ve saydamlık denetimlerinden sonraki genel işlem koşulu¹ denetim mekanizmasının² son halkasını³ teşkil eder. İçerik

¹ Çalışmada tercih edilen birtakım terminolojik tercihler burada kısaca aktarılmıştır. Öncelikle Türk Borçlar Kanunu (Kanun Numarası: 6098, Kabul Tarihi: 11.01.2011, RG 04.02.2011/27836. Çalışmada “TBK” şeklinde anılacaktır) m. 20 f. 1’de genel işlem koşulunu “düzenleyen” ifadesine yer verilmiştir. Bununla birlikte düzenleyen bir kişinin sözleşmenin bir tarafı dışında bir üçüncü kişi olması mümkündür. Değinilen durum dikkate alınarak terminolojik olarak “kullanıcı” ifadesi tercih edilmiştir. Bu konuda örneğin bkz. Yeşim M Atamer, ‘Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi - TKHK M. 6 ve TTK M. 55, F. 1 ile Karşılaştırmalı Olarak’ in Başak Şit (ed), *Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu 08.04.2011* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2012), 15; Ayşe Havutçu, ‘İfa Engelleri ve Hukuki Sonuçları, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun Genel İşlem Şartlarına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi’ (2011) (2) İzmir Barosu Dergisi 29, 33; Ersun O Civan, *Genel İş Koşulları* (Beta 2015) 17; Yeşim M Atamer, *Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi* (2. Baskı, Beta 2001), 6; Murat Aydoğdu, *Türk Borçlar Hukuku’nda Genel İşlem Koşullarının ve Tüketici Hukuku’nda Haksız Şartların Denetimi* (Seçkin 2014) 35; Murat Aydoğdu, *Genel İşlem Koşulları Şerhi* (2. Baskı, Adalet 2023), § 20 para 43; Atamer, *Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması* (n 1) 7; Ayşe Havutçu, *Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması* (Güncel 2003) 16. Kullanıcının muhatabı için ise TBK m. 20 vd.’daki terminolojiye uygun şekilde “karşı taraf”, “muhatap” ifadeleri çalışmada kullanılmıştır. Yine bu çalışmada kullanılan “standart sözleşme” ifadesi, genel işlem koşullarıyla eş anlamlı değildir. Genel işlem koşulu standart sözleşmenin içeriğini meydana getiren sözleşme kayıtlarını ifade etmek üzere bu çalışmada kullanılmıştır. Bu yönde örneğin bkz. Murat Topuz, *Finansal Kiralama (Leasing) Sözleşmesi* (3. Baskı, Seçkin 2023) 173 dn. 422; Osman Açıkgözbkz *Tüketicinin Korunması Çerçevesinde Mobil Haberleşme Abonelik Sözleşmesinde Genel İşlem Koşulları* (On İki Levha 2013) 172.

² Baskın yaklaşım genel işlem koşulu denetimini sıralı şekilde ilerleyen kapsam, yorum ve içerik denetimi olarak üç aşamalı şekilde yürütmektedir. Bu konuda örneğin bkz. Murat Topuz, ‘6098 sayılı Türk Borçlar kanunu Çerçevesinde Genel İşlem Koşullarında Kapsam (Yürürlük) Denetimi’ in Tufan Öğüz (ed), *Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan* (Filiz, 2013) 1138, 1143; 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* (İstanbul Hukuk Fakültesi 2007) 257; Necip Kocayusufpaşaoğlu, *(Kocayusufpaşaoğlu / Hatemi / Serozan / Arpacı) Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Borçlar Hukukuna Giriş- Hukuki İşlem-Sözleşme* (7. Baskı, Filiz 2008) § 23, Para 10; Atamer, ‘Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi’ (n 1) 11; Mehmet Akçaal, ‘Borçlar Kanunu’nun Genel İşlem Koşullarına dair Hükümleri Hakkında Bir İnceleme’ (2014) 18 (1) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 49, 55; Civan (n 1)160 vd. Öğretide genel işlem koşulu denetimini daha fazla ara aşama ile sıralı bir şekilde inceleyen diğer bazı eserler için örneğin bkz. Gökhan O Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt V/ 1,1* (2. Baskı, Seçkin 2019) 521 vd.; Andreas Furrer, Markus Müller-Chen ve Bilgehan Çetiner, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (2. Baskı, On İki Levha 2022) para 211 vd. Doğa E Doğancı, *Genel İşlem Koşullarında Saydamlık Denetimi* (On İki Levha 2018), 97 vd. Katılmış olduğumuz son eserdeki görüş ve gerekçelere göre: Kapsam ve yorum denetimlerinden sonra ve klasik gönümü ile içerik denetiminden önce, özgün bir denetim (içerik denetiminin özel bir görünümü) olan saydamlık denetimi uygulanır (s. 453 vd.).

³ Michael Coester, ‘Vorbem. zu §§ 307-309, §BGB §307’ in Micheal Martinek (ed), *J. von Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*

denetimi, bu denetim mekanizması içinde yargısal müdahale sonucu irade serbestisine (sözleşme düzenleme özgürlüğüne) en yoğun müdahalenin gerçekleştiği⁴ bir hakkaniyet denetimidir⁵. İçerik denetiminin düzenlendiği TBK m. 25'te: "Genel işlem koşullarına, dürüstlük kurallarına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamaz" şeklinde ifade edilmiştir. Bunun gibi tüketici standart sözleşmelerde içerik denetiminin yer aldığı TKHK m. 5 f. 1 vd.⁶ ile onun mehzazını oluşturan Yönerge'de⁷ dürüstlük

Buch 2 Recht der Schuldverhältnisse (15. Baskı, Gruyter Sellier 2013), Vor. zu § 307, para 19; Erdem Büyüksagis, 'İçerik Denetiminin Müzakere Edilmemiş Sözleşme Hükümleriyle Sınırlanması Üzerine: Mostaza Claro'nun Düşündürdükleri' (2013) 8 (Özel Sayı Prof. Dr. Aydın Zevkililer' e Armağan) Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, 675, 678; Atamer, 'Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi' (n 1) 11; Aydoğdu, *Genel İşlem Koşulu Denetimi* (n 1)100; Antalya, Borçlar Genel Cilt I (n 2) 489. Yargıtay'da bir kararında (Yargıtay 11 HD, 9764/4814, 28.04.2016) genel işlem koşulu denetiminin sıralı işleyişi şu şekilde ifade edilmiştir: "... öncelikle TBK'nın 21, 22 ve 23. Maddeleri çerçevesinde değerlendirilip sonuca göre karar verilmesi gerekirken yanılıklı değerlendirme ile TBK'nın 25. Maddesine göre değerlendirilmesi de doğru görülmemiştir..." (Haluk N Nomer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (20. Baskı, Beta 2024) para 50a. 1, dn 266'dan naklen).

⁴ Marcus Stoffels, *AGB Recht* (3. Baskı, Beck 2015) para 264; Coester (n 3) BGB §307, para 8.

⁵ Stoffels (n 4) para 460; Andreas Fuchs, 'Vorbemerkungen zur Inhaltskontrolle, BGB §307' in Marcus Bieder et al (eds), *Ulmer Brandner Hensen AGB-Recht Kommentar* (12. Baskı, Ottschmidt 2016), Vor BGB §307 para 2; Lorenz Fastrich, *Richterliche Inhaltskontrolle im Privatrecht* (Beck 1992). 9; Topuz, *Finansal Kiralama* (n 1) 187.

⁶ Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (Kanun Numarası: 6502, Kabul Tarihi: 7.11.2013, RG 28.11.2013/28835. Çalışmada "TKHK" şeklinde anılacaktır) m. 5'te: "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. (f. 1), Tüketicisiyle akdedilen sözleşmelerde yer alan haksız şartlar kesin olarak hükümsüzdür...(f. 2); Bir sözleşme şartının haksızlığı; sözleşme konusu olan mal veya hizmetin niteliği, sözleşmenin kuruluşunda var olan şartlar ve sözleşmenin diğer hükümleri veya haksız şartın ilgili olduğu diğer bir sözleşmenin hükümleri dikkate alınmak suretiyle sözleşmenin kuruluş anına göre belirlenir (f. 6), Sözleşme şartlarının haksızlığının takdirinde, bu şartlar açık ve anlaşılır bir dille yazılmış olmak koşuluyla, hem sözleşmeden doğan asli edim yükümlülükleri arasındaki hem de mal veya hizmetin piyasa değeri ile sözleşmede belirlenen fiyat arasındaki dengeye ilişkin bir değerlendirme yapılamaz (f. 7)" şeklinde ifade edilmiştir. Bunun gibi Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik, RG 17.06.2014/29033 ihdas edilmiştir. Çalışmada "TSHŞY" şeklinde anılacaktır. TSHŞY EK-1'de ise çeşitli haksız şart örneklerine yer verilmiştir.

⁷ Avrupa Konseyi'nin 93/13/EEC numaralı 5.04.1993 tarihli "Tüketici Sözleşmelerinde Haksız Şartlara İlişkin Yönergesi" (Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 "On Unfair Terms In Consumer Contracts"), bu çalışmada "Yönerge" şeklinde anılacaktır. Yönerge m. 3 f. 1: "Bireysel olarak müzakere edilmeyen bir sözleşme koşulu, dürüstlük kuralına aykırı düşecek şekilde, tüketici aleyhine, sözleşmeden doğan hakları ve yükümlülüklerin dağılımında önemli ölçüde ve adil olmayacak tarzda oransızlık meydana getirdiği hallerde, kötüye kullanılabilir bir koşul olarak nitelendirilir". Yönerge m. 4' de ise: "...bir sözleşme koşulunun haksızlığının de-

kuralı, bir ölçüt olarak kabul edilmiştir. Ticari standart sözleşmelere yönelik bir haksız rekabet hali olarak bir içerik denetimi ise 19.12.1986 tarihli eUWG Art. 8⁸'e benzer şekilde TTK m. 55 f. 1 f'de⁹ yer almaktadır¹⁰. İçerik denetimi yürütümünde ve değinilen düzenlemelerde merkezi ölçüt olarak dürüstlük kuralı esas alınmaktadır. Buradaki değerlendirmede, sözleşme dışı ve içi çeşitli olgular

ğerlendirilmesinde sözleşme konusu mal ve hizmetin niteliği, sözleşmenin yapıldığı andaki ve yapılmasını sağlayan tüm şartlar ve sözleşmenin veya onun bağlı olduğu başka bir sözleşmenin diğer tüm koşulları dikkate alınır (f. 1). Koşullarının haksız niteliğinin değerlendirilmesinde ne sözleşmenin ana konusunun tanımıyla ne de değişime konu olan mal veya hizmetlerin karşılığı olarak ödenen ücret veya bedelin uygunluğu ile irtibatlandırılmazlar, meğer ki bu koşullar açık ve anlaşılır bir dil ile yazılmış olsun (f. 2)" şeklinde ifade edilmiştir.

⁸ 1988 tarihli İsviçre Haksız Rekabet Kanunu -Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), AS Referenz: AS 1988 223, Inkrafttreten: 1.3.1988, Beschluss: 19.12.1986 (çalışmada "eUWG" şeklinde anılacaktır)- §8'de: "özellikle kim yanıltıcı bir şekilde diğer taraf aleyhine a) Doğrudan doğruya veya kıyas yoluyla uygulanabilecek yasal düzenlemeden önemli ölçüde sapan veya b) Sözleşmenin doğasına önemli ölçüde ters düşen hak ve yükümlülük dağılımı öngören önceden formüle edilmiş genel işlem koşullarını kullanırsa, haksız rekabet etmiş olur" şeklinde ifade edilmektedir. İsviçre hukukunda revizyondan sonra: 2011 tarihli İsviçre Haksız Rekabet Kanunu -Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), AS Referenz: AS 2011 4909, Inkrafttreten: 1.4.2012, Beschluss: 17.6.2011 (çalışmada "UWG" şeklinde anılacaktır)- §8'de ise şu şekilde ifade edilmiştir: "Haksız rekabet özellikle, dürüstlük kurallarına aykırı nitelik taşıyan ve tüketiciler aleyhine, tarafların sözleşmeden doğan haklarını ve yükümlülüklerinin dağılımında önemli derecede ve adil olmayacak ölçüde oransızlık meydana getiren genel işlem koşullarının varlığı halinde mevcut sayılabilir".

⁹ Türk Ticaret Kanunu (Kanun Numarası: 6102, Kabul Tarihi: 13.1.2011, RG 14.2.2011/27846. Çalışmada "TTK" şeklinde anılacaktır) m. 55 f. 1- f'de ise: "Dürüstlük kuralına aykırı işlem şartları kullanmak, özellikle yanıltıcı bir şekilde diğer taraf aleyhine; 1. Doğrudan veya yorum yoluyla uygulanacak kanuni düzenlemeden önemli ölçüde ayrılan, veya 2. Sözleşmenin niteliğine önemli ölçüde aykırı haklar ve borçlar dağılımını öngören, önceden yazılmış genel işlem şartlarını kullananlar dürüstlüğü aykırı davranmış olur" şeklinde aktarılmaktadır.

¹⁰ Bu bağlamda her ikisi de genel işlem koşullarını konu alabilmekle birlikte sözleşme hukuku bakış açısı ile haksız rekabet hukuku bakış açısı örtüşmeyebilir. Her ikisi arasında amaç, yaptırım vb. farklılık bulunmaktadır. Bu konuda örneğin krş. Thomas Probst, 'UWG Art. 8' in Peter Jung (ed), *Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)* (3. Baskı, Stämpfli Verlag AG 2023), UWG Art 8 para 418. Diğer taraftan ticari standart sözleşmelere TBK m. 20 vd.'nin uygulanabilirliği tartışmalıdır. Baskın görüş ticari standart sözleşmelere de içerik denetiminin (TBK m. 25)'in uygulanabileceğini ileri sürer. Ancak değinilen görüş, içerik denetiminde sözleşmenin karşı tarafının (basiretli olması beklenen) bir tacir olduğunu dikkate alınarak müdahalenin çıtasının yükseltilebileceğini belirtmektedir. Bu yönde örneğin bkz. Yeşim M Atamer, 'Genel İşlem Koşulu mu, Bireysel Pazarlıkla Kurulan Sözleşme mi? Tüketici ve Tacir İşlemleri Açısından Karşılaştırmalı Olarak Başvurulabilecek Değerlendirme Kriterleri' in Çiğdem Kırca (ed), *Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu* (Vedat 2013) 103. Bu konudaki çeşitli görüşler hakkında açıklamalar için örneğin bkz. Gökhan O Antalya ve Doğa E Doğancı, Genel İşlem Koşullarında Saydamlık Kuralının, Bunun TBK m. 20 vd.'daki Görünümlerinin ve TTK m. 55f.1 f ile TBK m. 20 vd.'nın Birlikte Uygulanabilirliğinin Değerlendirilmesi' (2018) 24 (2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 823, 836 vd.

dikkate alınmakta olup bunlar arasında bu incelemenin konusunu teşkil eden dengeleme ve toplama etkileri de yer almaktadır.

Özellikle kapsamlı ve karmaşık sözleşme yapılanmalarında toplama ve dengeleme etkilerin türü ve kapsamının tespiti, özenli ve bazen çok sayıda inceleme yapılmasını gerektirebilmektedir. Türk hukuku öğretisinde toplama ve dengeleme etkileri, henüz müstakil bir akademik çalışmaya konu olmamıştır. Uygulamada verilen kararlarda ise bu etkilerinin sıklıkla açıkça inceleme konusu dahi yapılmadığı görülmektedir. Oysa toplama ve dengeleme etkilerinin içerik denetimi yürütümündeki dogmatik yerleri, bunların birbiriyle ilişkileri, kapsam-ları, sınırları ve bu etkilerin türleri cevaplandırılması gereken sorulardır. Söz konusu sorulara ilişkin hukuki belirsizliğin giderilmesi, içerik denetiminin gereği gibi yürütümü ve karşı tarafın etkili şekilde korunması açısından kritik önem taşır. Bu etkilerin göz ardı edilmesi ise dürüstlük kuralına aykırı genel işlem koşulu kullanımlarını teşvik edebilir. Bu inceleme ile toplama ve dengeleme etkilerine ilişkin belirsizliğin giderilmesine katkı sağlanması amaçlanmaktadır.

Aşağıda öncelikle içerik denetimi hakkında genel bilgiler aktarılmıştır. Bu bağlamda çalışmanın kapsamını genişletmemek üzere açıklamalarda esas itibarıyla TBK m. 25 ve tamamlayıcı olarak TKHK m. 5 hükümleri (ilgili yerlerde değerlendirilmeye ilişkin farklarına işaret edilerek) birlikte ele alınacaktır. Burada sözleşmenin karşı tarafının tabi olduğu kesime göre sözleşmedeki menfaat durumuna ve bunların karşılaştırılmasına ilişkin içerik denetiminde varılabilecek sonuçların değişebileceği göz ardı edilmemelidir¹¹. Yine çalışmanın kapsamını genişletmemek üzere içerik denetiminin hukuk sonuçları, kısmi kesin hükümsüzlük (TBK m. 22), bunun hukuki niteliği ve sözleşmesinin geri kalanına etkileri, sözleşmenin tamamlanması gibi hususlar inceleme konusu yapılmamıştır¹².

¹¹ Ticari bir ilişkide tacir veya esnaf olan sözleşmenin karşı tarafı açısından sakınca oluşturmayabilecek içerik denetimine konu bir genel işlem koşulunun, bir tüketici standart sözleşmeye konu olması durumunda içerik denetimi sonucu geçersizliği gündeme gelebilir. Bu konuda örneğin krş. Christian Grüneberg, 'BGB §307', *Palandt Otto Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch* (71.Baskı, Beck 2010) BGB §307 para 8; Coester (n 3) BGB §307 para 112; Antalya, Borçlar Genel Cilt I (n 2) 486, 514; Füsün N Ertan, *Haksız Rekabet Hukuku* (On İki Levha 2016) 367. Aynı durum farklı alandaki sözleşme muhatapları için de geçerli kabul edilebilir. Örneğin bir genel iş koşuluna yönelik yapılacak içerik denetiminde esas alınacak objektif model kişi açısından farklı işçi gruplarının arasında farklı alt ayrımlar yapılabileceği yönünde bkz. Stoffels (n 4) para 474; Civan (n 1) 268, 270, 279.

¹² Bir görüş içerik denetiminin hukuk yaptırımının klasik anlamda kesin hükümsüzlük olduğunu ileri sürer. Bu görüş hakkında yapılan açıklamalar için örneğin bkz. Antalya, Borçlar Genel Cilt I (n 2) 518; Ayşe Havutçu, 'Türk Borçlar Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi Sempozyumu,

Çalışmanın devamında toplama ve dengeleme etkileri genel olarak tanımlandıktan sonra bunların içerik denetimi yürütümündeki yerleri ve birbirleriyle ilişkileri irdelenmiştir. Takiben bu etkilerin türleri, hüküm içi ve dışı olmak üzere ikili bir ana ayırım altında paylaşılmıştır. Çalışma genelinde öğretide varlığı, dogmatik yeri ve özellikle içerik denetimi ile olan ilişkin çok tartışmalı olan saydamlık denetimi ayrıca inceleme konusu yapılmamıştır. Saydamlık denetimine ilişkin özellik taşıyan bazı hususlara ise sadece “Kitlesele Göz Ardı Edilebilecek (Bagatell) Seviyede Toplama Etkisi” ve “hüküm içi atipik toplama etkisi” başlıklarında değinilmekle yetinilmiştir. Bunun haricinde çalışma genelinde (saydamlık denetiminin içerik denetiminin kendine özgü bir görünümü olduğu görüşü kabul edilmesi durumunda)¹³ klasik görünümüyle içerik denetimi esas alınmış ve bu kapsamda bir sözleşme kaydının saydamlığı içerik denetimine konu maddi anlamda menfaate aykırılığı ağırlaştırıcı bir olgu olarak ele alınmıştır¹⁴. Çalış-

Sözleşmenin Kurulması, Haksız Fiiller, Sebepsiz Zenginleşme’, (2005) 3 (34) Legal HD, 3613, 3621; Diğer bir görüşe göre ise TBK m. 25’te kısmi hükümsüzlük sözleşmenin karşı tarafı yönünden esnetilmiş olup sadece o sözleşmenin geçersizliğini ileri sürebilir. Bu görüş hakkında yapılan açıklamalar için örneğin bkz. Nomer, *Borçlar Hukuku Genel* (n 3) para 50a.1; Aydoğdu, *Genel İşlem Koşulları Şerhi* (n 1) § 25, para 28 vd; Doğancı (n 2) 392 vd. İçerik denetiminde kısmi kesin hükümsüzlük yaptırımı hakkında değerlendirmeler için örneğin Bkz. Akın Ünal ve Emre Köroğlu, ‘Genel İşlem Şartlarının İçerik Denetiminin Sonuçları’ (2019) (13) Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, 523, 527 vd., 533 vd.

¹³ Katıldığımız görüşe göre saydamlık denetimi, yorum denetiminden sonra içerik denetiminde önce uygulanan, kendine has uygulama alanı olan kendine özgü bir denetim şeklidir. Bu görüşe göre karşı taraf aleyhine olma (TBK m. 25) durumu, geniş yorumlanmalıdır. Saydamlık denetiminde bir genel işlem koşulunun saydam olmaması, belli durumlarda tek başına onun geçersizliğine sebebiyet verebilir. Buna karşılık klasik anlamda içerik denetiminde genel işlem koşulunun saydam olmaması sadece karşı taraf aleyhine olma durumunu ağırlaştırıcı bir olgu olarak dikkate alınır. Bu konuda daha detaylı bilgi için bkz. Doğancı (n 2) 434 vd, 439 vd, 468 vd. Klasik görünümüyle içerik denetimi ve saydamlık denetiminin birbirinden farklılığı ortaya konulurken yapılan kuruluş saydamlığı ve uygulama saydamlığı ayrımı hakkında detaylı açıklamalar için bkz. Doğancı (n 2) 52 vd, 60 vd.; Thomas Pfeiffer, “§ 305, 305a 307, 310 Abs. 1,3, *Wolf/ Lindacher/ Pfeiffer AGB-Recht Kommentar* (6.Baskı, Beck 2013) BGB §307 para 237; Fastrich (n 5) 321 ff; Coester (n 3) BGB §307 para 176. Genel işlem koşullarında saydamlık denetimi ile RHK ve TTK m. 55 f. 1 f ‘in ilişkileri ve birlikte uygulanabilirliğine ilişkin örneğin bkz. Gökhan O Antalya ve Doğa E Doğancı, ‘Saydamlık Kuralı Bağlamında Genel İşlem Koşulu Denetimi Yönünden Rekabet Hukukunda Koşul Rekabeti ve Rekabet İhlalinin Değerlendirilmesi (I. Bölüm)’ (2018) (16) Legal Hukuk Dergisi, 5507, 5507 vd; Gökhan O Antalya ve Doğa E Doğancı, ‘Saydamlık Kuralı Bağlamında Genel İşlem Koşulu Denetimi Yönünden Rekabet Hukukunda Koşul Rekabeti ve Rekabet İhlalinin Değerlendirilmesi (I. Bölüm)’ (2018) (17) Legal Hukuk Dergisi, 53, 53 vd.

¹⁴ Krş. Lerch D Kent, *Die Sprache des Rechts Band I: Recht verstehen* (Walter de Gruyter 2004) 278 ff; Jürgen Basedow, ‘Transparenz als Prinzip des Versicherungsvertragsrecht’ (1999) (25) VersR, 1045, 1049 ff; Peter Präve, ‘Versicherungsbedingungen und Transparenzgebot’ (2000) 4 VersR, 138, 142 ff; Eckart Gottschalk, ‘Das Transparenzgebot und allgemeine Geschäftsbe-

manın sonunda ise toplama ve dengeleme etkilerinin kapsamı ve sınırları tartışılmıştır.

I. Genel Olarak İçerik Denetimi

TBK m. 25'te öğretide kullanılan farklı terminolojilerle teknik, açık, genel, klasik anlamda içerik denetimi söz konusudur¹⁵. Bu anlamda sözleşme özgürlüğünün doğrudan/dış sınırını oluşturan¹⁶ kişilik haklarına, ahlaka, emredici hukuk kurallarına aykırılık teşkil etmeyen bir genel işlem koşulu içerik denetimine tabi tutulabilir¹⁷. Öğretide içerik denetimi bir hakkaniyet denetimi veya hukuksal kontrol olarak nitelendirilmektedir¹⁸. İçerik denetimi ile amaçlanan, kullanıcının tek taraflı sözleşme içeriğini düzenleme özgürlüğünü kullanması neticesinde irade özgürlüğü zedelenen sözleşmenin karşı tarafının korunmasıdır¹⁹.

İçerik denetiminin kurumsal dayanağı objektif ve genel bir ölçüt olarak²⁰ dürüstlük kuralıdır (TKB m. 25; TKHK m. 5 f. 1)²¹. İçerik denetimi, sözleşme öz-

dingungen' (2006) 4 Archiv für die civilistische Praxis, 555, 585 ff; Doğancı (n 2) 370 vd. Yine Yönerge Art. 3 f. 1 (TKHK m. 5 f. 1)'e ilişkin bu yönde krş. Basedow (n 14) 1049; Schmidt S Morsbach, *Die Missbräuchlichkeitskontrolle Allgemeiner Geschäfts- und Versicherungsbedingungen in Verbraucherverträgen* (Peterlang 2011) 267, dn 14'de yer alan eserler; Lilian Gutkin, *Die Europäisierung der AGB- Kontrolle von Preisänderungsklauseln* (Duncker & Humblot 2018) 108 ff; Doğancı (n 2) 374 vd.

¹⁵ Krş. Antalya, Borçlar Genel Cilt I (n 2) 509; Civan (n 1) 211 vd; Havutçu, *Açık İçerik Denetimi* (n 1) 154; Aydoğdu, *Genel İşlem Koşulları Şerhi* (n 1) § 25, para 5.

¹⁶ Antalya, Borçlar Genel Cilt I (n 2) 381, 405; Kemal M Oğuzman ve Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1* (22. Baskı, Vedat 2024) 514.

¹⁷ Nitekim TBK m. 25'in madde gerekçesinde şu şekilde ifade edilmiştir: " Maddede yapılan düzenleme ile ahlaka aykırılık ölçüsünde olmasa bile, öğretide dürüstlüğe aykırı olarak nitelendirilen bu tür davranışların, genel işlem koşulları alanında önlenmesi amaçlanmıştır" (Türk Borçlar Kanunu (6098)-Madde Gerekçesi<www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 10 Eylül 2024).

¹⁸ Krş. Stoffels (n 4) para 8, 460; Fuchs (n 5) Vor BGB §307 para 2; Fastrich (n 5) 9; Antalya, Borçlar Genel Cilt I (n 2) 509; Topuz, *Finansal Kiralama* (n 1) 194; Havutçu, *Açık İçerik Denetimi* (n 1) 41.

¹⁹ Ulmer ve Habersack (n 149) Einleitung para 48; Pfeiffer (n 13) BGB §307 para 1.

²⁰ Fastrich (n 5) 24; Fuchs (n 5) Vor BGB §307 para 4; Antalya, Borçlar Genel Cilt I (n 2) 511 vd; Lale A Sirmen, 'Tüketici Sözleşmelerindeki Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi' in Başak Şit (ed), *Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu* 08.04.2011 (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2012) 122.

²¹ TBK m. 25 (TKHK m. 5), TMK m. 2'nin özel bir uygulama halidir. İçerik denetiminin kurumsal dayanağına ilişkin benimsenecek görüş dahilinde dürüstlük kuralı (TMK m. 2 f. 1) veya hakkın kötüye kullanılması (TMK m. 2 f. 2) yasağına ilişkin teorilerden genel işlem koşullarının niteliği ve içerik denetiminin amacı gözetilerek yararlanılabilir. Bu konuda krş. Ömer Çınar, *Tüketi-*

gürlüğüne sonradan müdahale eden, istisnai bir denetimdir. Bu bağlamda dürüstlük kuralı ölçütü dahilinde yapılan değerlendirmede irade serbestisine müdahalenin ölçülü olması gereği gözetilmelidir. Katıldığımız görüşe göre burada dürüstlük kuralı ile kastedilen²² hakkın kötüye kullanılması²³, daha somut olarak sözleşme özgürlüğü ilkesinin kötüye kullanılmasıdır²⁴. Buna göre içerik deneti-

ci Hukukunda Haksız Şartlar (On İki Levha Yayıncılık 2009) 138; Civan (n 1) 230; Coester (n 3) BGB §307, para 8. Genel olarak TMK m. 2'nin olayların niteliğine göre farklı uygulanabileceği yönünde örneğin bkz. Serap Helvacı ve Fulya Erlüle, *Medeni Hukuk* (5. Baskı, Legal 2018) 44 vd.; Seyfullah Edis, *Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri* (4. Baskı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 1989) 293; Mehmet Ayan ve Nurşen Ayan, *Medeni Hukuka Giriş* (13. Baskı, Adalet 2020) 230 vd. Alman hukukunda içerik denetimine ilişkin BGB § 307'nin kendi uygulama alanı içerisinde BGB § 241'e nazaran özel hüküm niteliği taşıdığı hakkında bkz. Pfeiffer (n 13) BGB §307 para 27; Coester (n 3) BGB §307 para 35; Fuchs (n 5) Vor BGB §307 para 62. TBK'nın ihdasından önceki dönemde başvurulacak ölçütler hakkında açıklamalar için örneğin bkz. Atilla Altop, 'Genel İşlem Koşulları' in M. Murat İnceoğlu (ed), *Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, Makaleler-Tebliğler*, (On İki Levha, 2012), 27, 31 vd.

²² Değinilen görüş TMK m.2 f. 1 ve TMK m. 2 f. 2'nin arasındaki ilişkiye yönelik olarak bunların farklı fonksiyonlara sahip olduğundan yola çıkan fonksiyon teorisini esas almaktadır. Buna göre değiştirici/düzeltilici fonksiyona sahip olan hakkın kötüye kullanılması ile hâkimin somut olayda bir sözleşmeye müdahale edebilmesi daha sıkı şartların varlığı halinde mümkündür. Bu konuda örneğin bkz. Peter Lehmann ve Heinrich Honsell, 'ZGB Art 2' in Thomas Geiser ve Christiana Fountoulakis (eds), *Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I Art. 1-456 ZGB* (7. Baskı, Helbing Lichtenhahn 2022), ZGB Art 2 para 1; Hans Merz, *Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band I, Einleitung und Personenrecht* (Stämpfli 1966) ZGB Art 2 para 25 ff; Gökhan O Antalya ve Murat Topuz, *Medeni Hukuk: Giriş, Temel Kavramlar, Türk Medeni Kanunu'nun Başlangıç Hükümleri* (5. Baskı, Seçkin 2024), 357 vd; Rona Serozan, *Medeni Hukuk Genel Bölüm Kişiler Hukuku* (Vedat 2011) § 9 para 9d, 10a.

²³ Bu yönde örneğin bkz. Nina Adelman, *Die Grenzen Der Inhaltskontrolle Allgemeiner Versicherungsbedingungen, Entwurf Einer Regelung Für Ein Europäisches VVG* (VfW 2008) 48; Antalya, Borçlar Genel Cilt I (n 2) 475 vd; Havutçu, *Açık İçerik Denetimi* (n 1) 171; Civan (n 1) 243, 250, 255. Yargıtay'ın TBK'nın ihdasından önce TMK m. 2 f. 1 ve TMK m. 2 f. 2'yi birlikte zikrettiği kararları (Yargıtay HGK, 717/850, 04.12.1996; Yargıtay 19 HD, 3416/831, 04.02.1997; Yargıtay 13 HD, 6416/7369, 18.11.1981 vb) için örneğin bkz. Atamer, *Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması* (n 1) 174 dn 177; Çınar (n 21) 135 vd. Aksi yönde içerik denetiminde yapılan müdahalenin kurumsal dayanağı olarak TMK m. 2 f. 1'i gören ve içerik denetimine aykırılık için bunun önemli olmasını aramayan görüş için örneğin bkz. Fikret Eren, *Borç Hukuku Genel Hükümler* (28. Baskı, Legem Yayınevi 2023) para 670; Aydoğdu, *Genel İşlem Koşulları Şerhi* (n 1) § 25 para 9 vd; Aydoğdu, *Genel İşlem Koşulu Denetimi* (n 1) 126 vd.

²⁴ Genel olarak hakkın kötüye kullanılmasının, kurumların kötüye kullanılmasında uygulanabileceği yönünde örneğin bkz. Mustafa Dural ve Suat Sarı, *Türk Özel Hukuku Cilt I Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri* (19. Baskı, Filiz 2024) para 1254; Kocayusufpaşaoğlu (n 2) § 41, para 5, dn 14. İçerik denetimine ilişkin kurumsal dayanak olarak sözleşme özgürlüğünün kötüye kullanılması görüşü için örneğin krş. Antalya, Borçlar Genel Cilt I (n 2) 477; Atamer, *Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması* (n 1) 177 vd. Son zikredilen yazar bu görüşteki İsviçre ve Alman Hukukundaki çeşitli yazarlara işaret etmektedir (s, 170, 174, dn. 156, 179).

minin yürütülebilmesi için inceleme konusu genel işlem koşulunun önemli şekilde (açıkça) sözleşmenin karşı tarafının menfaatini ihlal etmesi, onun hukuki durumunu kötüleştirilmesi gereklidir²⁵. Diğer bir deyişle²⁶ sözleşme taraflarının karşılıklı hak ve yükümlülük dengesi sözleşmenin karşı tarafı aleyhine önemli şekilde değişmeli, sözleşmede önemli bir menfaat dengesizliği söz konusu olmalıdır²⁷.

²⁵ Stoffels (n 4) para 467; Coester (n 3) BGB §307 para 90; Antalya, Borçlar Genel Cilt I (n 2) 436; Havutçu, *Açık İçerik Denetimi* (n 1) 170.

²⁶ TKHK m. 5 f. 1'de yer alan "*aleyhine dengesizliğe neden olan*" ibaresinin menfaat (yarar) dengesine işaret ettiği hakkında bkz. Aydoğdu, *Genel İşlem Koşulu Denetimi* (n 1) 127. Yine TBK m. 25'in lafzından menfaat dengesizliği kavramının çıkarılabileceği hakkında bkz. Çınar (n 21) 29 vd.; Aydoğdu, *Genel İşlem Koşulu Denetimi* (n 1) 127; Eren, Borçlar Hukuku Genel (n 23) para 668, dn 82. Benzer şekilde Alman hukukunda öngörülen "*dürüstlük kuralına aykırı ölçüsüz menfaat ihlali/ mağduriyet*" (BGB Art. 307 f. 1) ile Yönerge m. 3 f. 1'de zikredilen: "*dürüstlük kuralına aykırı önemli ve haksız bir orantısızlık*" ifadelerinin birbirine uyumlu olduğu, her ikisinde müşterek kullanılmış olan dürüstlük kuralına aykırılık ölçütünün belirleyici olduğu hakkında bkz. Morsbach (n 14) 217 ff; Pfeiffer (n 13) RL Art 3 para 8. Bu anlamda "*karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı*" (TBK m. 25) ifadesinin, "*dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesiz*"lik (TKHK m.5) ifadesi ile uyumlu olduğu ileri sürülebilir niteliktedir. Bu bağlamda TBK m. 25' ilişkin öğretide ileri sürülen farklı bir görüşe göre "*karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı*" olma (menfaate aykırılık) ifadesi şekli boyutuyla menfaat dengesizliğini ifade eder. Öte yandan içerik denetimi yürütümünde takip eden aşamada aranan menfaate aykırılığın önemli, "*dürüstlük kuralına aykırı*" olması, maddi anlamda menfaat dengesizliği olarak nitelendirilebilir. Değinilen görüş için bkz. Ali H Yağcıoğlu, 'Yeni İsviçre Haksız Rekabet Kanunu'nda Geneç İşlem Koşullarının Açık İçerik Denetimi (UWG Art. 8)' (2013) 8 (Özel Sayı Prof. Dr. Aydın Zevkililer' e Armağan) Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, 3057, 3084 ff, 3087.

²⁷ Bernd Ehle ve Andre Brunschweiler, 'AGB Recht Schweiz/ Deutschland, Recht im Umbruch Ein rechtsvergleichender Überblick' (2012) 5 (12) BB International, 262, 268; Fuchs (n 5) BGB §307 para 107; Coester (n 3) BGB §307 para 95; Çiğdem Kırcı, 'Genel İşlem Koşulları İle Kararlaştırılan Ceza Koşulunun Denetlenmesi' in Emel Badur ve Gamze T Başaran (eds), *Evrensel Hukuk İlkeleri Işığında Türk Medeni Hukukunda Değişimler Sempozyumu*, 10-11 Haziran 2016 (Seçkin 2016), 119, 124 vd.; Antalya, Borçlar Genel Cilt I (n 2) 436, 438; Havutçu, *Açık İçerik Denetimi* (n 1) 170 vd.; Civan (n 1) 249. TBK m. 25 (ve TKHK m. 5 f. 1) 'de doğrudan belirtilmesi bile içerik denetiminin amacı ve dürüstlük kuralının niteliği gereği ihlalin önemli olmasının aranması gerektiği şeklindeki görüşe katılmaktayız. Bu görüşü savunan bazı yazarlara göre aynı sonuca hükmün lafzından da varılabilir. Bu görüş hakkında yapılan açıklamalar için bkz. Sirmen (n 20) 124; Kocayusufpaşaoğlu (n 2) §23 para 33; Yeşim M Atamer, 'Genel İşlem Şartlarının Denetiminde Yeni Açılımlar' in Rona Serozan (ed), *Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan* (Seçkin 2004) 309. İçerik denetimi istisnai nitelikte olup içerik denetimiyle sözleşmeye yapılacak müdahalenin sınırları buna uygun bir şekilde belirlenmelidir. Aksi bir kabul ve içerik denetiminin geniş bir uygulaması irade serbestisini tartışma konusu yapıp hukuk güvenliğini ve dürüstlük kuralının ikincilliği ilkesini de zedeleyebilir. Bu anlamda içerik denetiminin istisnai özelliği, ölçülülük esası, genel işlem koşulları denetiminin sözleşme özgürlüğüne yeniden işlerlik kazandırma amacı ve hukuk güvenliğinin gözetilmesi gereği belirli bir ölçüye kadar menfaat dengesizliğinin göz ardı edilmesini gerektirebilir. Aktarılan gerekçelerle içerik denetiminin kurumsal dayanağı olarak hakkın kötüye kullanılması yasağına (TMK m. 2 f. 2'de ge-

Kanun koyucu tarafından TBK m. 25 (TKHK m. 5)'te, önemli ölçüde menfaat dengesizliğinin nasıl belirleneceğine ilişkin olarak kural içi boşluk bırakılmıştır²⁸. Bunun somutlaştırılmasında bir ölçüt olarak örneğin²⁹ (haksız rekabete ilişkin düzenlemelerde yer almakla birlikte) genel nitelikte bir hüküm olarak

çen: "...hakkın açıkça kötüye kullanılması" ifadesine) dayanılmıştır. Değinen husus farklı mehz düzenlemelerin lafzında (UWG § 8, BGB § 307 f. 1, Yönerge m. 3) ve TTK m. 55 f.1-f'de açıkça ortaya konmuştur. Bu konudaki açıklamalar için krş. Fastrich (n 5) 66; Schnyder Anton K, 'Einführung in die Dogmatik der AGB nach Schweizerischen und europaischem Recht' in Alexander Brunner ve Andre Eisner-Kiefer (eds), *Allgemeine Geschäftsbedingungen nach neuem Schweizer Recht* (Schulthess 2014), s. 42; Coester (n 3) BGB §307 para 91; Merz (n 22) ZGB Art 2 para 32; Atamer, 'Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi' (n 1) 50; Civan (n 1) 243, 248, 250; Ece Baş, '6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Genel İşlem Koşulu Kavramı ve İçerik Denetimi' in Tufan Öğüz (ed), *Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan* (Filiz, 2013), 297, Çınar (n 21) 148; Kocayusufpaşaoğlu (n 2) §23 para 32; Antalya, Borçlar Genel Cilt I (n 2) 515 vd. Alman hukukunda bu yöndeki görüş ve gerekçeleri için örneğin bkz. Fuchs (n 5) BGB §307 para 101, Fastrich (n 5) 298 ff; Pfeiffer (n 13) BGB §307 para 128. Yine içerik denetiminin bir haksız rekabet hali olarak düzenlendiği İsviçre hukukunda UWG Art. 8'e ilişkin olarak "önemli" (açık) olma unsuruna ayrı bir anlam yükleyen ve bu unsuru dengeleme etkisinin geçerliliği için açıkça yasada öngörülen bir dayanak olarak gören görüş için örneğin bkz. Esther Widmer, *Missbräuchliche Geschäftsbedingungen nach Art. 8 UWG Unter besonderer Berücksichtigung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen von Banken* (Dike 2015) para 279; Probst (n 10) UWG Art 8 para 263 ff, 481 ff. Aksi yöndeki görüşe göre ise çeşitli gerekçelerle içerik denetiminde dürüstlük kuralına aykırılık yeterli görülmeli, bunun önemli olması aranmamalıdır. İsviçre ve Türk hukukundaki bu görüş ve gerekçeleri hakkında açıklamalar için örneğin bkz. Aydoğdu, *Genel İşlem Koşulu Denetimi* (n 1) 126 vd; Aydoğdu, *Genel İşlem Koşulları Şerhi* (n 1) §25, para 9 vd.; Martin Stefan, 'Kompensation und Summierung von AGB-Klauseln' (2022) 3 AjP, 218, 220 ff.; Markus Hess ve Lea Ruckstuhl, 'AGB-Kontrolle nach dem neuen Art. 8 UWG - eine kritische Auslegeordnung' (2012) 9 AJP, 1188, 1201; Thomas Koller, 'Art. 8 UWG, Eine Auslegeordnung' in Susan Emmenegger (ed), *Das Bankkonto Policy - Inhaltskontrolle - Erwachsenenschutz* (SBT 2013) 46; Nadia Walker, *Kontrolle von Konsumenten-AGB unter besonderer Berücksichtigung der Inhaltskontrolle nach Art. 8 UWG* (Dike 2015) 133.

²⁸ Antalya, Borçlar Genel Cilt I (n 2) 513; Civan (n 1) 258; Atamer, 'Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi' (n 1) 42; Baş (n 27) 292; Serkan Ayan, 'Genel İşlem Koşulları Yönünden Türk Borçlar Kanunu ile 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Karşılaştırılması' in Hüseyin C Aksoy (ed), *Tüketici Hukuku Konferansı 5-6 Aralık 2015 Makaleler-Tebliğler* (Yetkin 2016) 111 vd, 116. Farklı bir görüşe göre ise TBK m. 25'te gerçek olmayan bir boşluk bırakılmıştır. Söz konusu görüş için bkz. Tuzcuoğlu, s. 168. TBK m. 25'e ilişkin özel ölçütlere yer verilmemesiyle hukuk güvenliğinin zedelendiği hakkında bazı eleştiriler için örneğin bkz. Havutçu, *Açık İçerik Denetimi* (n 1) 217; Atamer, 'Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi' (n 1) 41 vd; Baş (n 27) 291 vd; Çınar (n 21) 123. Aksi yönde hâkimlerin takdir hakkı kullanımında daha fazla esneklik sağlayan dürüstlük kuralı gibi genel ve soyut ölçütlerin kabulünün Yönerge'nin amaçları ile daha uyumlu olduğu, Yönerge m.4'ün lafzının geniş bir menfaat değerlendirmesine işaret ettiği hakkında bkz. Carmen Appenzeller, *Die Europäische AGB- Kontrolle* (Nomos 2017) 96 ff.

²⁹ İçerik denetiminde yararlanılabilecek ölçütler yukarıda aktarılanlarla sınırlı değildir. Çalışmanın kapsamını genişletmemek üzere değinen ölçütlerin aktarılması ile yetinilmiştir. Avrupa Komisyonu'nun yaptığı bir araştırmanın (Kommission Fitness Check roadmap, 2015) sonuçları ile ATAD Kararlarını dikkate alarak içerik denetiminde esas alınabilecek çeşitli ölçütleri sıralayan bir çalışma için bkz. Apenzeller (n 28) 156 ff.

nitelendirilebilecek TTK m. 55 f. 1 f³⁰ (eUWG § 8) ve bununla ölçütleri benzer nitelikte olan BGB Art. 307 f. 2'den yararlanılabilir³¹.

Özellikle³² tipik bir sözleşmede yasal düzenlemenin temel düşüncesiyle bağdaşmama (BGB Art. 307 Abs. 2 Nr. 1) veya bununla örtüşen³³ “doğrudan veya yorum yoluyla uygulanacak yasal düzenlemeye aykırılık” (TTK m. 55 f. 1-f/ eUWG § 8/ a) ölçütüne (kısaca yasal düzenleme³⁴ ölçütüne) başvurulabilir³⁵.

³⁰ TTK, TMK'nın ayrılmaz bir parçasıdır (TTK m. 1). TMK, TBK, TTK ayrı düzenlenmiş ise de bunlar bir bütün olarak değerlendirilip birlikte yorumlanmalıdır (özel hukukun yeknesaklığı ilkesi). Bu bağlamda benzer nitelikteki bir menfaat değerlendirilmesine ilişkin kural içi boşluğun doldurulmasında genel nitelikte bir çözüm geliştiren TTK m. 55 f. 1 f'den kıyasen yararlanılabilecektir. Bu konuda örneğin bkz. Ayşe Havutçu, ‘Genel İşlem Şartlarının Sözleşme İle İlişkilendirilmesi, İçeriklerinin Denetlenmesi’ in bkz. Hüseyin Can (Ed.), Tüketici Hukuku Konferansı, 5-6 Aralık 2015, Makaleler-Tebliğler (Yetkin 2016), 75, 100; Açıkgoz (n 1) 320 vd; Antalya ve Topuz (n 22) 270 vd; Antalya, Borçlar Genel Cilt I (n 2) 7 vd, 526; Kırca (n 27) 125. Aksi yönde TBK m. 25 açısından TTK m. 55 f. 1 f'e dayanılmasının uygun olmadığı, haksız rekabete ilişkin söz konusu hükmün uygulama alanının farklı olduğu yönünde bkz. Aydoğdu, *Genel İşlem Koşulları Şerhi* (n 1) §25, para 9.

³¹ Kırca (n 27) 125; Furrer, Müller-Chen ve Çetiner (n 2) para 384 vd; Antalya, Borçlar Genel Cilt I (n 2) 511 vd; Yağcıoğlu (n 26) 3086; Havutçu, *Açık İçerik Denetimi* (n 1) 217; Açıkgoz (n 1) 320 vd ve dn 513'teki yazarlar; Atamer, ‘Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi’ (n 1) 43; Adem Yelmen, *Türk Borçlar Kanunu'na Göre Genel İşlem Şartları* (Yetkin 2014) 129 vd; Ertan (n 11) 365; Sevilay Uzunallı, Genel İşlem Şartlarının Haksız Rekabet Hükümleriyle Denetlenmesi’ (2013) 71 (2), 383, 411 vd; Eren, Borçlar Hukuku Genel (n 23) para 675 vd.

³² Yasal düzenleme ölçütünün atipik sözleşmelere de doğrudan veya kıyasen uygulanabileceği hakkında krş. Coester (n 3) BGB §307 para 265; Peter Gauch, ‘Die Verwendung “missbräuchliche Geschäftsbedingungen” -Unlauterer Wettbewerb nach Art. 8 des revidierten UWG’ (1987) 3 BR, 51, 54; Abdüssamet Yılmaz, *Haksız Rekabet Hukuku'nda Genel İşlem Şartı Kullanımı* (Seçkin 2015), 81; Uzunallı (n 31) 407; Atamer, *Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması* (n 1) 197.

³³ Antalya, Borçlar Genel Cilt I (n 2) 517.

³⁴ Yasal düzenlemeden ne anlaşılması gerektiği öğretide tartışmalıdır. Alman hukukunda yer alan ve bizim de katıldığımız baskın görüşe göre öncelikle bundan anlaşılması gereken kanuni yedek hükümler olmalıdır. Zaten aksi kararlaştırılabilir olmayan ve sözleşmenin dışı sınırı teşkil eden emredici hukuk kurallarına bir aykırılık söz konusu ise içerik denetimine tabi olmadan ilgili sözleşme kaydı geçersiz olacaktır. Bu görüş hakkında yapılan açıklamalar için örneğin krş. Grüneberg (n 11) BGB §307 para 29; Fuchs (n 5) BGB §307 para 208; Coester (n 3) BGB §307 para 232; Stoffels (n 4) para 507; Ayhan Bakır, *Türk Haksız Rekabet Hukukunda Dürüstlük Kuralına Aykırı Genel İşlem Şartı Kullanımı ve Yaptırımı* (Seçkin 2017), 79, 82 vd; Genel İşlem Şartlarına İlişkin Haksız Rekabet Hükümleri’ (2013) 17 (1-2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 723, 738; Baki i Engin, ‘Türk Hukukunda Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması’, Banka ve Tüketici Hukuku Sorunları Sempozyumu (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mukayeseli Hukuk Araştırma ve Uygulama Merkezi, 2010), 75, 84 vd.; Uzunallı (n 31) 407. Daha geniş anlamda yazılı olmayan hukukun ilkelerinin, öğreti ve yargı kararlarının da buna dahil olduğu hakkında İsviçre ve Alman hukukundaki baskın görüş hakkında yapılan

Buna göre somut olayda ilgili yedek hukuk kuralının niceliksel ve niteliksel boyutları gözetilerek bir değerlendirme yapılmalıdır³⁶. Simsarin aracılık yaptığı sözleşme kurulmamış olsa bile (TBK m. 521 f. 1 ile örtüşmeyecek şekilde) onun ücrete hak kazanacağını öngören bir genel işlem koşulu, yasal düzenleme ölçütüne aykırılığa bir örnek olarak verilebilir³⁷.

İnceleme konusu özellikle atipik bir sözleşme³⁸ ise “sözleşmenin doğasından doğan temel hak ve borçları, sözleşmenin amacına ulaşmasını tehlikeye düşürecek ölçüde sınırlama” (BGB Art. 307 Abs. 2 Nr. 2)³⁹ veya bununla örtüşen⁴⁰ “sözleşmenin niteliğine önemli ölçüde aykırı hak ve borç dağılımı öngörme” (TTK m. 55 f. 1-f/ eUWG § 8/ b) (kısaca sözleşmenin doğası/niteliği) ölçü-

açıklamalar için örneğin bkz. Fuchs (n 5) BGB §307 para 211; Coester (n 3) BGB §307 para 234 ff, 236; Stoffels (n 4) para 509; Yılmaz (n 32) 79 vd. Ticari gelenekleri bu kapsamda gören görüş için bkz. Civan (n 1) 263. Hâkim tarafından yaratılan hukuku da bu kapsamda gören görüş için örneğin krş. Pfeiffer (n 13) BGB §307 para 105a ff; Stoffels (n 4) para 506 ff; Ertan (n 11) 386; Civan (n 1) 262 vd; Atamer, ‘Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi’ (n 1) 44 vd.

³⁵ Tamamlayıcı hukuk kurallarının düzen sağlama fonksiyonuna ilişkin teori hakkında bkz. Aydoğdu, *Genel İşlem Koşulları Şerhi* (n 1) § 25, para 21. İçerik denetiminin yürütümünde kabul edilen yasal düzenleme ölçütüne ilişkin olarak hukuka ekonomik yaklaşımı esas görüşler ile özel hukukta sosyal adaleti esas alan klasik görüş hakkında değerlendirmeler için bkz. Apenzeller (n 28) 91 ff. Yasal düzenleme ölçütü yanında sözleşmenin doğası ölçütüne de başvurulabileceği, bu iki ölçütün birbirlerini dışlamadığı yönünde bkz. Pfeiffer (n 13) BGB §307 para 133; Civan (n 1) 272; Baş (n 27) 295; Havutçu, *Açık İçerik Denetimi* (n 1) 175; Atamer, ‘Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi’ (n 1) 46. Aksi yöndeki görüş için bkz. Stoffels (n 4) para 501; Coester (n 3) BGB §307 para 264 ff; Fuchs (n 5) BGB §307 para 198; Ertan (n 11) 387; Yılmaz (n 32) 86.

³⁶ Niteliksel yönden her yedek hukuk kuralı içerik denetiminin yürütümünde aynı anlamı taşımaz. Niceliksel açıdan ise yedek hukuk kuralından sapmanın kapsamı belirleyicidir. Bu konuda daha detaylı açıklamalar ve örnekler için bkz. Probst (n 10) UWG Art 8 para 441 ff.

³⁷ Eren, *Borçlar Hukuku Genel* (n 23) para 676. Öğretide katıldığımız baskın görüşe göre TBK m. 521 f. 1 hükmü emredici olmayıp bu kapsamda taraflarca aracılık faaliyetini gerçekleştiren simsarin her halde (sözleşme kurulmasa da) ücret alacağını alabileceği kararlaştırılabilir. Bu yönde örneğin krş. Cevdet Yavuz, Faruk Acar ve Burak Özen, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler İkinci Cilt* (11. Baskı, Beta Yayıncılık 2021) 1432 vd; Mustafa A Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt II* (3. Baskı, Vedat 2014) 218; Reha Poroy ve Hamdi Yasaman, *Ticari İşletme Hukuku: 6102 sayılı TTK Nazara Alınarak Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş* (14. Baskı, Vedat 2012), 284; Sabih Arkan, *Ticari İşletme Hukuku* (16. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2012) 190. Aksi yönde TBK m. 521 f. 1 hükmün lafzındaki “ancak” ifadesinden hareketle hükmün nisbi emredici olduğu şeklindeki azınlık görüşü için örneğin bkz. Neytullah Gül, ‘Simsarin Ücret Alacağı’ (2016) 65 (4) Ankara Üni. Hukuk Fak. Dergisi, 2795, 2797 vd.

³⁸ Gauch (n 32) 54; Grüneberg (n 11) BGB §307 para 31 ff; Antalya, *Borçlar Genel Cilt I* (n 2) 440.

³⁹ Coester (n 3) BGB §307 para 244; Stoffels (n 4) para 518.

⁴⁰ Antalya, *Borçlar Genel Cilt I* (n 2) 517 vd.

tüne başvurulması mümkündür⁴¹. Örneğin bir tek satıcılık sözleşmesinde tedarikçi (kullanıcı) tarafından tek satıcıya (müşteriye) belirli bir bölge tahsis edilmiş olsun. Aynı zamanda söz konusu sözleşmenin genel işlem koşulları arasında tedarikçiye, tek satıcıya tahsis edilen bölgede aynı marka altında aynı ürünler hakkında serbestçe diğer satıcılara doğrudan satış yapabilme yetkisi verilsin. Değerlenen genel işlem koşuluna ilişkin yürütülen içerik denetiminde, tek satıcılık sözleşmesinde (tek satıcı lehine öngörülen) tekel unsurunu göz ardı eden bu kaydın, sözleşmenin doğası ölçütüne aykırılık nedeniyle geçersiz kabul edilebilmesi mümkündür⁴².

İçerik denetimi, objektif ve soyut bir bakış açısı ile yürütülür⁴³. İçerik denetiminin konusu belirli bir genel işlem koşuluna dönüktür⁴⁴. Bu değerlendirmede

⁴¹ Stoffels (n 4) para 518; Coester (n 3) BGB §307 para 2; Kara (n 34) 738 Civan (n 1) 275. Tek satıcılık sözleşmesi genel işlem koşullarına ilişkin ilişkin bir hukuki ihtilafta söz konusu ölçüte başvuran bir Alman Federal Mahkemesi kararı için bkz. BGH, NJW 1994, 1060, para 4, 9 ff., <<https://dejure.org/>> Erişim Tarihi 9 Kasım 2024.

⁴² Bu örnek için krş. BGH, NJW 1994, 1060, para 4, 9 ff., <<https://dejure.org/>> Erişim Tarihi 9 Kasım 2024.

⁴³ Friedrich Bernreuther, 'Zum Maßstab der Auslegung von AGB und dem Transparenzgebot' (1993) 26 BB, 1823, 1824; Coester (n 3) BGB §307 para 109 ff; Fuchs (n 5) Vor BGB §307 para 110 ff; Stoffels (n 4) para 460, 473 ff; Havutçu, *Açık İçerik Denetimi* (n 1) 172; Çınar (n 21) 143 Civan (n 1) 212. Aksi yönde somut olayda sözleşmenin bütününe dikkate alan soyut ve objektif bir değerlendirme yanında tarafların içinde bulunduğu durumu gözeten sübjektif bir değerlendirme yapılması gerektiği hakkında bkz. Aydoğdu, *Genel İşlem Koşulları Şerhi* (n 1) § 25, para 14. TKHK m. 5 f. 6'da (Yönerge m. 4 f. 1) şu şekilde aktarılmıştır: "Bir sözleşme şartının haksızlığı; sözleşme konusu olan mal veya hizmetin niteliği, sözleşmenin kuruluşunda var olan şartlar ve sözleşmenin diğer hükümleri veya haksız şartın ilgili olduğu diğer bir sözleşmenin hükümleri dikkate alınmak suretiyle sözleşmenin kuruluşuna göre belirlenir" (Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun-Madde Gereklileri, <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 4 Ocak 2025). Bu bağlamda Alman hukukunda azınlıkta kalan bir görüş, tüketici standart sözleşmelerine ilişkin sözleşme dışı hususların sadece tüketici lehine dikkate alınabileceğini belirtmektedir. Bu görüş hakkında yapılan açıklamalar için bkz. Morsbach (n 14) 230 ff, dn 320'de sayılan eserler. Alman hukukunda yer alan ve tüketici standart sözleşmelere ilişkin sözleşme dışı hususların hem tüketici lehine hem tüketici aleyhine dikkate alınabileceğini ileri süren ve bizim de katıldığımız aksi yöndeki görüş için bkz. Stoffels (n 4) para 479; Tim G Jobbich, Die Kodifikation des Transparenzgebots in §307 BGB: Unter Besondere Berücksichtigung der Arbeits- vertragskontrolle (Peter Lang 2009) 114; Grüneberg (n 11) §310 para 21; Fuchs (n 5) BGB §307 para 410; Manja Evermann, *Die Anforderungen des Transparenzgebots an die Gestaltung von Allgemeinen Versicherungsbedingungen Unter besonderer Berücksichtigung der Richtlinie 93/13/EWG* (Versicherungswirtschaft 2002) 111; Knut Pilz, *Missverständliche AGB, Ein Beitrag zum Verhältnis von Auslegung und Transparenzkontrolle untersucht am Beispiel Allgemeiner Versicherungsbedingungen* (VWV 2011) 221. İçerik denetiminin kurumsal dayanağına ilişkin kabul ettiğimiz sözleşme özgürlüğünün kötüye kullanılmasında objektif bir inceleme yürütülmekte olup objektif bir ölçüt olarak makul düşünen, ortalama (vasat) model bir

kullanıcı ve karşı tarafın hak ve yükümlülükleriyle tipik menfaatleri birbiriyle karşılaştırılır⁴⁵. Sözleşmenin kuruluş zamanındaki⁴⁶ somut olaya ilişkin durumlar⁴⁷ ise *soyutlaştırılıp objektifleştirilebildiği*⁴⁸ ölçüde incelemede dikkate alınabilir. Ayrıca bir genel işlem koşulunun dürüstlük kuralına önemli ölçüde aykırılığının değerlendirilmesinde sözleşme bir bütün olarak ele alınarak tarafların tüm hak ve yükümlülüklerinin dağılımı dikkate alınmalıdır⁴⁹.

İçerik denetiminin konusu tek bir genel işlem koşulu iken sözleşmenin tümünün dikkate alınması bir çelişki gibi görünebilir⁵⁰. Ancak içerik denetimine tabi genel işlem koşulu, bir sözleşmenin parçasıdır. Bu bağlamda belirli bir olgunun birden fazla maddede düzenlenmesi, bunların birbirleriyle bağlantılı olması mümkündür. Bu anlamda bir genel işlem koşulunun içeriği, kapsamı ve geçerliliğinin değerlendirilmesinde teki bütünden ayrı düşünmek mantıksal

kişi esas alınır. Bu konuda krş. Antalya ve Topuz (n 22) 369 vd; Atamer, *Sözleşme Özgürlüğü'nün Sınırlandırılması* (n 1) 177 vd; Kocayusufpaşaoğlu (n 2) § 41, para 5, dn 14.

⁴⁴ Stoffels (n 4) para 485; Widmer (n 27) para 294.

⁴⁵ Fastrich (n 5) 311; Stoffels (n 4) para. 469 ff; Ehle ve Brunschweiler (n 27) 268; Horst Locher, *Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen* (2. Baskı, Beck 1997) 141; Yağcıoğlu (n 26) 3074; Havutçu, *Açık İçerik Denetimi* (n 1) 170

⁴⁶ Grüneberg (n 11) BGB §307 para 7; Coester (n 3) BGB §307 para 100; Stoffels (n 4) para 472; Pfeiffer (n 13) BGB §307 para 983; Antalya, Borçlar Genel Cilt I (n 2) 510. TBK m. 25'in uygulamasında zamansal anlamda belirleyici olanın sözleşmenin kuruluş anı olduğu kabul edilmektedir. Söz konusu husus, açık olarak TKHK m. 5 f. 6, Yönerge m. 4 f. 1, BGB Art. 310 Abs. 3 N. 3 ve Avrupa Sözleşme Hukuku Prensipleri' de (PECL m. 4: 110 f. 1) belirtilmiştir.

⁴⁷ İçerik denetiminin yürütümünde dikkate alınabilecek çok çeşitli hususlar bulunmaktadır. Somut ihtilafa konu sözleşme ve bununla bağlantılı sözleşmenin bütünü, sözleşmenin nitelik ve özellikleri, sözleşmeyle sağlanan taraf menfaatlerinin bütünü, sigorta yapma olanağının kimde olduğu, sözleşmeye konu edimlerin özelliği, sözleşmedeki risk ve yararın taraflar arasındaki dağılımı, sözleşmede korunması beklenen hukuki değer/değerlerin önemi, kullanıcı ve karşı tarafın tabi olduğu sosyal ve mesleki çevrenin kavrayışı vb. bu kapsamda sayılabilir. Bu konuda örneğin bkz. Stoffels (n 4) para 474, 484; Antalya, Borçlar Genel Cilt I (n 2) 513 vd; Aydoğdu, *Genel İşlem Koşulu Denetimi* (n 1) 129 vd; Atamer, 'Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi' (n 1) 51; Havutçu, *Açık İçerik Denetimi* (n 1) 172.

⁴⁸ Antalya, Borçlar Genel Cilt I (n 2) 514. Yine krş. Çınar (n 21) 150, Civan (n 1) 256; Havutçu, *Açık İçerik Denetimi* (n 1) 172.

⁴⁹ Furrer, Müller-Chen ve Çetiner (n 2) para 387; Grüneberg (n 11) BGB §307 para 13; Widmer (n 27) para 294 ff; Coester (n 3) BGB §307 para 124; Stoffels (n 4) para 485; Probst (n 10) UWG Art 8 para 455; Antalya, Borçlar Genel Cilt I (n 2) 510, 513 vd; Yağcıoğlu (n 26) 3074; Çınar (n 21) 147; Aydın Zevkliler ve Çağlar Özel, *Tüketicinin Korunması Hukuku* (Seçkin 2016) 128; Aydoğdu, *Genel İşlem Koşulu Denetimi* (n 1) 201 vd; Sirmen (n 20) 127; Baş (n 27) 297. TTK m. 55 f. 1- f (eUWG § 8)'ye ilişkin bu yönde örneğin bkz. Yılmaz (n 32) 91; Kara (n 34) 736.

⁵⁰ Widmer (n 27) para 296.

olarak tutarsız içerik denetimi sonuçlarına sebebiyet verecektir⁵¹. TBK m. 25'in lafzında değinilen husus açıkça yer almamaktadır. Bununla birlikte açık bir içerik denetiminin⁵² gereği gibi ve tutarlı şekilde yürütümü, karşı taraf aleyhine önemli ölçüde bozulan sözleşmedeki menfaat dengesinin doğru saptanması gerekliliği, sözleşmenin amacı⁵³ ve bütününe dikkate almayı gerektirir⁵⁴. Nitekim sözleşmenin bütününe ve bu kapsamda sözleşmenin diğer koşullarının etkilerinin dikkate alınması gereği TKHK m. 5 f. 6'da (Yönerge m. 4 Abs. 1)⁵⁵ ve bunun madde gerekçesinde işaret edilmiştir⁵⁶. Bir genel işlem koşuluna ilişkin yürütülecek içerik denetiminde dikkate alınması gereken sözleşmenin diğer koşullarının etkileri arasında aşağıda incelenecek olan toplama ve dengeleme etkisi yer almaktadır⁵⁷.

⁵¹ Krş. Pfeiffer (n 13) BGB §307 para 126, 212; Hess ve Ruckstuhl (n 27) 1196; Ulmer, N. 116, 144.

⁵² Aydoğdu, *Genel İşlem Koşulları Şerhi* (n 1) § 25, para 1, 4; Antalya, Borçlar Genel Cilt I (n 2) 509; Havutçu, 'İfa Engelleri' (n 1) 46 vd. Değinilen eserlerde işaret edildiği üzere örtülü (*verdeckte*) içerik denetimi, şaşırtıcı kayıtların dürüstlük kuralına aykırı görülerek veya birden çok anlama gelen kayıtların karşı taraf lehine yorumlanarak dolaylı yoldan genel işlem koşullarının uygunluğunun değerlendirildiği bir uygulamayı ifade eder. Bugün TBK'da şaşırtıcı kayıtlara ilişkin özel kapsam denetimi (TBK m. 21 f. 2), birden çok anlama gelen genel işlem koşullarına ilişkin yorum denetimi (TBK m. 24) içerik denetiminden önce uygulama alanı bulmaktadır. Bu denetim aşamaları arasındaki ilişki ve geçişler tartışmalıdır. Bunların değerlendirilmesi çalışmanın kapsamını aşacağından değinilen durumlara işaret edilmekle yetinilmiştir.

⁵³ Stoffels (n 4) para 485; Widmer (n 27) para 253 ff; Grüneberg (n 11) BGB §307 para 13; Coester (n 3) BGB §307 para 124.

⁵⁴ Krş. Widmer (n 27) para 297; Probst (n 10) UWG Art 8 para 455; Pfeiffer (n 13) BGB §307 para 126; Hess ve Ruckstuhl (n 27) 1207. Son zikredilen yazar, sözleşme hükümlerinin etkilerinden biri olan dengeleme imkanına ilişkin açıklamalarında buna imkân tanınmadığı bir durumda açık içerik denetiminden söz edilemeyeceğini (*ohne Kompensationsmöglichkeit keine offene Inhaltskontrolle*) belirtmektedir (1196).

⁵⁵ Bu yöndeki bazı Avrupa Adalet Divanı Kararları için örneğin bkz. Unicaja Banco SA v José Hidalgo Rueda et al C-482/13 (ECHR, 21 January 2015) para 37; Mohamed Aziz v Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa) C-2013/164 (ECHR, 14 mai 2014) para 41; Banif Plus Bank Zrt v Csaba Csipai und Viktória Csipai C-472/11 (ECHR, 21 february 2013) para 37 ff. Yine krş. Art. 4:110 Abs. 1 PECL (Principles of European Contract Law).

⁵⁶ Krş. TKHK m. 5 f. 6'nın madde gerekçesi (Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun-Madde Gerekçeleri, <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 4 Ocak 2025). UWG Art. 8'e ilişkin bir değerlendirmede; açık içerik denetiminin yürütülmesi gereği, Yönerge m. 4 f. 1 ve buna ilişkin Adalet Divanı içtihatları dikkate alınca içerik denetiminde bütün sözleşme hükümleri dikkate alınması gerektiği yönünde bkz. Probst (n 10) UWG Art 8 para 455.

⁵⁷ Stoffels (n 4) para 486 ff; Fuchs (n 5) BGB §307 para 144 ff, 155; Coester (n 3) BGB §307 para 125 ff, 139 ff; Stefan (n 27) 221 ff; Widmer (n 27) para 294 ff, 302; Florent Thouvenin, 'Art. 8 UWG: Zur Strukturierung eines strukturlosen Tatbestandes', (2012) Jusletter

II. Toplama ve Dengeleme Etkileri

A. Genel Olarak

Toplama/güçlendirme (*Summierungseffekt/Verstärkereffekt*) etkisinin klasik görünümünde⁵⁸; kendi başlarına içerik denetimine aykırı olmayan ve geçerli olan genel işlem koşulları etkileşime girmek suretiyle (toplanarak) karşı taraf aleyhine dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edecek önemli bir dengesizliğe sebebiyet vermektedirler⁵⁹. Örneğin bir eser sözleşmesine ilişkin (ticari veya adi) standart sözleşmeye dahil bir genel işlem koşulu ile iş sahibinin (sözleşmenin karşı tarafının) ayıba karşı sorumluluktan doğan seçimlik hakkı onarım talebi ile sınırlandırılmış olsun⁶⁰. Aynı zamanda söz konusu sözleşmede bir başka genel işlem koşulu ile iş sahibinin ön ödeme yükümlülüğünün kararlaştırıldığı⁶¹ kabul edilsin. Böyle bir durumda, artık⁶² bir genel işlem koşulu ile iş sahibi ödemezlik

<<https://www.rwi.uzh.ch/dam/jcr:2f20e680-58a0-44f2-b72c-d7987494dabb/2012%20Thouvenin%20-%20Art%208%20UWG.pdf>> Erişim Tarihi 12 Kasım 2024, para 38; Probst (n 10) UWG Art 8 para 451 ff.

⁵⁸ Toplama etkisinin türleri hakkındaki açıklamalarımız için bkz. III, A, 1 numaralı başlık.

⁵⁹ Widmer (n 27) para 302; Fuchs (n 5) BGB §307 para 155; Stoffels (n 4) para 486; Wolfgang Wurmnest, 'BGB §307, 308, 309' *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2: Schuldrecht Allgemeiner Teil (§ 241-432)* (9. Baskı, Beck 2022) BGB §307 para 39; Costener/Staudinger, N.139; Pfeiffer (n 13) BGB §307 para 213; Stefan (n 27) 218; Civan (n 1) 251.

⁶⁰ Eser sözleşmelerinde ayıba karşı sorumluluk rejiminde emredici nitelikte olmadığından sözleşme taraflarınca yüklenicinin ayıptan sorumluluğunun sınırlandırılması ve iş sahibine seçimlik hak olarak sadece onarım hakkı tanınması mümkündür. Bu konuda örneğin krş. Gümüş, Borçlar Hukuku Özel Cilt II (n 37) 62; Hayrünissa Özdemir, 'Eser Sözleşmesi' in Turgut M Öz (ed), *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (Seçkin Yayıncılık 2023) 554. Genel olarak sorumluluğun sınırlandırılmasına ilişkin bir anlaşma, TBK m. 115 f. 1 dahilinde geçerli olabilir. Buna göre: "borçlunun ağır kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür". Ayrıca aktarılan yazarlar satış sözleşmesine ilişkin TBK m. 221'in bura-ya kıyasen uygulanabileceğine işaret etmektedirler. Buna göre yüklenici sözleşmedeki ayıba ağır kusuruyla gizlemişse onun ayıptan sorumluluğunu kaldırır veya sınırlandıran her anlaşma kesin olarak hükümsüz sayılacaktır. Buna karşılık içerik ve niteliği satış sözleşmesinden farklı olduğu için genel olarak satış sözleşmesinde ayıpla ilgili hükümlerin eser sözleşmesine kıyasen uygulanamayacağı hakkında bkz. Fikret Eren, *Borç Hukuku Özel Hükümler* (11. Baskı, Legem Yayınevi 2023) para 2156.

⁶¹ Eser sözleşmesinde bedel unsur hakkında açıklamalar için örneğin bkz. Cevdet Yavuz, Faruk Acar ve Burak Özen, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler İkinci Cilt* (11. Baskı, Beta Yayıncılık 2021) 1089 vd; Eren, *Borçlar Hukuku Özel* (n 60) para 2029.

⁶² Paylaşılan örnek için bkz. Stefan (n 27) 219. Alman hukuk öğretisinde satış sözleşmesine ilişkin olarak yukarıda aktardığımız genel işlem koşullarını içeren benzer bir örnek verilmektedir. Buna göre somut olayda alıcıya ayıplı bir ürün teslim edildiği ve sözleşmede yer alan her iki kaydın eş zamanlı uygulandığı durumda alıcı satın alınan ürünün tamirini satıcıdan an-

def'ine (TBK m. 98) başvurulabilmesinin önüne geçilmiştir. Burada iş sahibi, onarım hakkına ancak eser bedelinin tamamının yükleniciye (kullanıcıya) ödenmesinden sonra kavuşabilmektedir⁶³. Aktarılan her iki genel işlem koşulunun, toplama etkisi sonucu geçersiz olduğu kabul edilmektedir⁶⁴.

Dengeleme etkisi (*Kompensationswirkung*) ise bir genel işlem koşulunun sözleşmenin karşı tarafının aleyhine bozduğu sözleşme dengesinin, sözleşmedeki diğer kayıtlar (özellikle genel işlem koşulları) arasında⁶⁵ öngörülen başka bir avantajla yeniden dengelenmesidir⁶⁶. İçerik denetiminin bütünsel anlamda

cak tazminat karşılığında talep edebilmektedir. Bundan dolayı, paylaşılan örnekte toplama etkisinin sonucu olarak her iki genel işlem koşulu ve bu kapsamda normalde BGB Art. 309 Nr. 8 lit.b, bb dahilinde geçerli kabul edilen onarım hakkını sınırlandıran bir genel işlem koşulu geçersiz olmaktadır. Paylaşılan örnek için bkz. Krş. Pfeiffer (n 13) BGB §307 para 213.

⁶³ Krş. BGH, NJW 1968, 44 ff. Söz konusu karar hakkında bazı açıklamalar için bkz. Stefan, (n 27) 219, dn 6 ve 227).

⁶⁴ Krş. Fuchs (n 5) BGB §307 para 155; Stoffels (n 4) para 486; Civan (n 1) 251; Pfeiffer (n 13) BGB §307 para 213; Widmer (n 27) para 302; Coester (n 3) BGB §307, para 139. Oysa verilen örneğe bir tüketici standart sözleşmesi konu olsa idi burada yer alan sözleşme kayıtları toplama etkisine başvurmayaya gerek kalmaksızın haksız şart olarak kabule edilecekti. Şöyle ki tüketici standart sözleşmelere ilişkin öngörülen haksız şart örneklerinden bir tanesine göre: "Sözleşmeyi düzenleyen, sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerinden herhangi birini ...ayıplı ifa etmesi halinde, ... sözleşmeyi düzenleyen veya bir üçüncü şahsa yönelebileceği yasal haklarını ortadan kaldıran ya da ölçüsüz şekilde sınırlandıran şartlar" haksız şart sayılır (HSHSY Ek-1/b). Bu anlamda bir tüketici standart sözleşmesinde tüketicinin ayıba karşı sorumluluk hükümleri dahilinde sahip olduğu bazı seçimlik hakları tamamen ortadan kaldıran kayıtların kesin hükümsüz olacağı kabul edilmektedir. Alman hukukunda BGB Art. 309 Nr. 8 b'de kullanıcının ayıba karşı sorumluluğunu sınırlayan çeşitli mutlak anlamda yasak koşulu örneklerine yer verilmiştir. Bunun gibi Türk hukukunda tüketici standart sözleşmelere ilişkin haksız şart örnekleri arasında kullanıcının ifadan kaçınma hali için birtakım yasak koşullar öngörülmüştür. Örneğin TSHSHY Ek m. 1b, c, ç ve l'de yer alan haksız şart örnekleri bunlar arasında sayılabilir. Benzer şekilde Alman hukukunda BGB Art. 309 Nr. 2'de mutlak bir yasak koşulu olarak düzenlenen hallerden bir tanesi de sözleşmenin ihlali durumunda karşı tarafın sözleşmeden kaçınma hakkını sınırlandıran veya ortadan kaldıran genel işlem koşullarıdır. Bu konudaki açıklamalar için Krş. Aydoğdu, *Genel İşlem Koşulları Şerhi* (n 1) § 25, para 65, 81 vd; Yelmen (n 31) 143 vd,149.

⁶⁵ Bu çalışmada inceleme konusu yapılan birden çok sözleşme kaydı arasında gerçekleşen dengeleme etkisidir. Zaten içerik denetimi yürütümünde inceleme konusu genel işlem koşulunun hem karşı tarafın aleyhine hem de lehine maddi menfaati etkileyen etkileri bulunuyorsa (herhangi fonksiyonel bağlantı şartı aranmaksızın) doğrudan hüküm içinde dengeleme etkisi devreye girer. Hüküm içi dengeleme etkisi sonucunda elde edilen net etkinin, sözleşmenin diğer hükümleri ve sözleşme kuruluşuna refakat eden diğer koşullar gözetilerek dürüstlük kuralına aykırı şekilde önemli bir menfaat dengesizliğine sebebiyet verip vermediğine göre içerik denetimine aykırılık olup olmadığına karar verilecektir.

⁶⁶ Krş. Furrer, Müller-Chen ve Çetiner (n 2) para 387; Sirmen (n 20) 127; Atamer, 'Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi' (n 1) 52; Pfeiffer (n 13) BGB §307 para 212; Grüneberg (n 11) BGB §307 para 13. TKHK m. 5'in madde gerekçesinde açıkça dengeleme etkisinden şu şekilde bahsedilmektedir: "... Özellikle dikkat edilmesi gereken bir husus, bir şartın tek başına ele

sözleşme analizinin bir sonucu olarak kendi içinde tüketicinin aleyhine olan bir sözleşme kaydı, tüketici lehine olan bir başka sözleşme kaydı ile etkileşime girip söz konusu olumsuz etkiler, bu şekilde telafi edilmiş, dengelenmiş olmaktadır⁶⁷.

Ayıplı bir mala ilişkin bedel indirim hakkının kullanımını sınırlandıran bir genel işlem koşulu, onarım hakkı öngören bir genel işlem koşuluyla geçerli bir şekilde dengelenebilir⁶⁸. Yine örneğin araç satışına ilişkin bir genel işlem koşulunda alıcı, satıcının (kullanıcının) aracın teslimi sırasında hakkaniyete uygun şekilde tek yanlı belirleyeceği liste fiyatını ödemekle yükümlü kılınmaktadır. Söz konusu genel işlem koşulunun olumsuz etkileri, alıcıya fiyat artışının sipariş ile teslim arasındaki dönemde önemli ölçüde artması durumunda tanınan sözleşmeye dayalı bir dönme hakkı ile dengelenebilir⁶⁹. Dengeleme etkisinin tanınması, sözleşmede karşı taraf aleyhine bozulan menfaat dengesinin yeniden tesis etmek üzere⁷⁰ içerik denetimi aracılığıyla yapılan müdahalenin ölçülü olması⁷¹ ve burada her iki tarafın menfaatlerinin gözetilmesi gerekleri ile uyumludur.

alındığında haksız olarak nitelendirilebilecek olmasına rağmen, sözleşmenin tümü değerlendirildiğinde, bu niteliğini yitirebilmesidir. Zira tüketiciye başka noktalarda önemli tavizler verilmiş olması suretiyle sözleşmedeki dengenin yeniden kurulmuş olması ihtimali vardır. Bu açıdan diğer bütün sözleşme ve bağlantılı sözleşmeler de göz önünde bulundurulmak zorundadır. Taraflar arasındaki denge, sözleşmenin kurulması anına göre belirlenecektir. Sözleşme adaleti baştan sağlanmış ve fakat daha sonra bozulmuşsa bu durum sözleşme şartlarının denetimi yoluyla değil, olsa olsa işlem temelinin çökmesi kurumu çerçevesinde değerlendirilebilir...”. (Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun-Madde Gerekçeleri, <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 4 Ocak 2025). Dengeleme etkisine ilişkin madde gerekçesinde aktarılan açıklamalar genel ve açıklayıcı nitelikte olup bu ifadeler TBK m. 25 dahilinde yürütülecek içerik denetimi içinde kabul edilebilir niteliktedir.

⁶⁷ Krş. Pfeiffer (n 13) BGB §307 para 212 ff; Widmer (n 27) para 295; Stefan (n 27) 218; Grüneberg (n 11) BGB §307 para 13; Stoffels (n 4) para 487. Son zikredilen yazar, içerik denetimine konu genel işlem koşuluyla karşı tarafın menfaatine ne derece yoğun şekilde olumsuz bir etki yaratılmış ise dengeleyici etkiye konu olan sözleşme kaydından yaratılması beklenen karşı taraf lehine olumlu etkilerin de o derece daha fazla olması gerektiğine işaret etmektedir (Krş. para 470).

⁶⁸ Thouvenin (n 55) para 40.

⁶⁹ Krş. NJW 1984, 1177, N. 2 <<https://dejure.org/>> Erişim Tarihi 9 Kasım 2024. TSHŞHY EK-1 m. 1/i’de (ve Yönerge Eki Liste m. 1/ l’de benzer şekilde) kullanıcının: “... mal veya hizmetin bedelini, ifa anında tespit edebileceğini veya yükseltebileceğini öngören ve nihai bedelin, sözleşmenin kurulması anında tespit edilen bedele nazaran çok yüksek olması halinde, tüketiciye sözleşmeden dönme hakkı” tanınmaması haksız şart olarak kabul edilmiştir. Bunun gibi TBK m. 24’de kullanıcının tek yanlı olarak karşı taraf aleyhine değiştirmesini öngören genel işlem koşullarını yazılmamış sayılacağını öngörmüştür.

⁷⁰ Aydoğdu, *Genel İşlem Koşulu Denetimi* (n 1) 127 vd; Büyüksagis (n 3) 708 vd; Atamer, *Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması* (n 1) 168 vd; Çınar (n 21) 29 vd.

⁷¹ Krş. Fahr (n 1) 61 ff, 66 ff, 100; Jobbich (n 43) 12, 181; Gutkin (n 14) 120.

B. Toplama ve Dengeleme Etkilerine Esas Alınacak İçerik Denetimi İnceleme Modelleri

İçerik denetimi yürütümünde temel ölçüt olarak dürüstlük kuralı⁷² ve onu somutlaştıran birtakım ölçütlerden yararlanılabileceği önceki başlıkta aktarılmıştı. Bu bağlamda toplama ve dengeleme etkilerine yönelik değerlendirmeye esas alınacak içerik denetimi inceleme modeli irdelenebilir. Çok aşamalı⁷³ (yürütülecek) bir içerik denetimi, değerlendirmede açıklığı sağlar⁷⁴ ve kazuistik bir yaklaşımı sınırlar⁷⁵. Bu bağlamda çok aşamalı içerik denetimi inceleme modelini esas alınan farklı görüşler dikkate alınabilir.

İçerik denetimini iki aşamalı yürüten bir görüşe göre⁷⁶ ilk aşamada objektif yarar⁷⁷ belirlenmektedir. İkinci aşamada ise objektif yarar ile sözleşmedeki yarar kıyaslanarak dürüstlük kuralına aykırılık ve bu aykırılığın önemli olup olma-

⁷² Civan (n 1) 248; Çınar (n 21) 123; Yelmen (n 31) 124 vd; Sirmen (n 20) 122; Atamer, ‘Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi’ (n 1) 41 vd.

⁷³ Öte yandan iki (çok) aşamalı bir içerik denetiminde bu aşamaların birbiriyle çok sıkı olarak bağlı olduğu, bunun için yürütülecek incelemede tek aşamalı bir yaklaşımın tercih edilebileceği yönünde bkz. Coester (n 3) BGB §307 para 108.

⁷⁴ Fuchs (n 5) BGB §307 para 99.

⁷⁵ Fastrich (n 5) 280 ff; Fuchs (n 5) BGB §307 para 99.

⁷⁶ Antalya, Borçlar Genel Cilt I (n 2) 514 vd; Açıkgöz (n 1) 333 vd. Yine krş. Stoffels (n 4) para 466 ff; Fastrich (n 5) 280 ff; Coester (n 3) BGB §307 para 89 ff; Fuchs (n 5) BGB §307 para 98 ff. İsviçre hukuk öğretisinde haksız rekabete ilişkin bir hüküm olarak ihdas edilmiş UWG Art. 8’de yer alan içerik denetiminde iki aşamalı inceleme modelini benimseyenler bulunmaktadır. UWG Art. 8’nin lafzında geçen önemli (*erheblich*) menfaat dengesizliği ifadesinden hareketle ilk inceleme aşaması bazı yazarlarca şekli menfaat dengesizliği (*formelles Missverhältnis*) olarak nitelendirilmektedir. UWG Art. 8’nin lafzında geçen haksız (*ungerechtfertigtes*) menfaat dengesizliği ifadesinden yola çıkılarak ikinci inceleme aşaması maddi menfaat dengesizliği (*materielles Missverhältnis*) olarak nitelendirmektedir. Bu konuda örneğin bkz. Hess ve Ruckstuhl (n 27) 1199 ff, 1205 ff. Yine üç aşamalı görüşü benimsemekle birlikte şekli ve maddi menfaat dengesizliğine ilişkin açıklamalar için krş. Widmer (n 27) para 255 ff, 278. Öğretide Stoffels’in, Alman hukukunda tüketici standart sözleşmelerinde içerik denetiminin yürütülmesine ilişkin (BGB Art. 310 Abs. 3) önerdiği iki aşamalı modelde ise ilk aşamada ilgili genel işlem koşulunun dürüstlük kuralına (açıkça) aykırılığı soyut ve tipikleşmiş bir bakış açısıyla incelenir. İkinci aşamada ise sözleşme kuruluşuna ilişkin somut ve bireysel özellikler dikkate alınır. Buna göre farklı bir bakış açısıyla yürütülen ikinci aşamada, ilk aşamada varılan sonuç muhafaza edilir veya düzeltilir. Bu konuda bkz. Stoffels, N. N.479 vd. Son zikredilen (tüketici standart sözleşmelerinde) içerik denetiminin yürütülmesine ilişkin iki aşamalı inceleme modelinin içerik denetimi (*Inhaltskontrolle*) ve durum kontrolü (*Umstandskontrolle*) karışımına dayandığı hakkında krş. Stoffels (n 4) para 479; Fuchs (n 5) BGB §307 para 402; Grüneberg (n 11) §310 para 19.

⁷⁷ Objektif yarar ile kastedilen: “Sözleşme ile nitelik ve özellikteki benzer bir sözleşmeyi aynı yer ve zamanda, aynı çerçevede bir üçüncü kişi ile yapması halindeki haklı ve makul bir düzenlemedeki yararlar”dır (Antalya, Borçlar Genel Cilt I (n 2) 515’ten naklen).

dığı belirlenir⁷⁸. Bir başka deyişle somut olay dahilinde aşamalı olarak yasal düzenleme veya sözleşmenin doğası ölçütünden sapma ve bu sapmanın önemli olup olmadığı belirlenmelidir⁷⁹.

Üç aşamalı bir inceleme modeli de dürüstlük kuralı dahilinde yürütülecek menfaat değerlendirmesinde kabul edilmektedir⁸⁰. Buna göre ilk aşamada söz-

⁷⁸ Bu anlamda temel ölçüt olarak kabul edilen dürüstlük kuralının burada çifte bir fonksiyonu bulunur. Dürüstlük kuralından hem bir olgu olarak menfaat dengesizliğinin (genel işlem koşulunun karşı taraf aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte olduğunun) tespitinde hem de menfaat dengesizliğinin yoğunluk seviyesinin (dengesizliğin önemli olup olmadığının) belirlenmesinde yararlanılmaktadır. Bu konuda krş. Jörg Schmid, ‘Die Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen: Überlegungen zum neuen Art. 8 UWG’ (2012) 1 ZBJV, 1, 10; Fuchs (n 5) BGB §307 para 98; Fastrich (n 5) 280 ff.; Havutçu, *Açık İçerik Denetimi* (n 1) vd; Açıkgöz (n 1) 830; Antalya, Borçlar Genel Cilt I (n 2) 515 vd. Önemli bir menfaat dengesine ilişkin yürütülecek incelemede farklı hukuki kurumlardaki unsurlara ilişkin değerlendirmelerden yararlanılabileceği ve bu kapsamda örneğin sözleşmede risk dağılımına ve “clausula rebus sic stantibus” kurumuna, ölçülülük ilkesine, aşırı yararlanma (gabin) kurumunun objektif unsuruna yönelik doktrin ve yargı kararlarının zikredilebileceği yönünde örneğin bkz. Peter Jung, ‘Die systematische Stellung der offenen AGB-Inhaltskontrolle im UWG -Vertrags- und wettbewerbsrechtliche Folgeprobleme’ in Alexander Brunner, Anton K. Schnyder ve Andrea Eisner-Kiefer, *Allgemeine Geschäftsbedingungen nach neuem Schweizer Recht* (Schulthess 2014) 157 ff; Hans Ueli Vogt, ‘Kommentierung der Art. 19 (Veränderung der Verhältnisse nach Vertragsabschluss), Art. 20 (Auslegung und Ergänzung eines Vertrages), Art. 32 (unklare oder unverständliche Vertragsklauseln) und Art. 33 (ein Missverhältnis begründende Vertragsklauseln)’ in Claire Huguenin ve Reto M. Hilty (eds), *Schweizer Obligationenrecht 2020. Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil* (Schulthess 2013) Art 33 para 8.

⁷⁹ Krş. Antalya, Borçlar Genel Cilt I (n 2) 517 vd.

⁸⁰ Üç aşamalı inceleme görüşü için örneğin bkz. Probst (n 10) UWG Art 8 para 431 ff, 438 ff, 451 ff, 457 ff; Widmer (n 27) para 255 ff, 268 ff, 278, 405. Söz konusu inceleme modelini savunanlardan Probst, bu modeli 2011 tarihli UWG Art.8’in lafzında geçen tüketiciler aleyhine “sözleşmedeki hak ve yükümlülükler arasındaki önemli ve haksız oransızlık” öngören hükmün lafzı esas alarak önermiştir. 2011 tarihli UWG Art. 8 ile 1986 tarihli UWG Art. 8 arasında çeşitli farklılıklar bulunmaktadır. Yanıltıcılık (*Irreführung*) kriteri yerine dürüst kuralına aykırılık (*Treuwidrigkeit*) ön plana alınmış; “yasal düzenden önemli ölçüde sapma” ile “sözleşmenin doğasına önemli ölçüde aykırı hak ve yükümlülük dağılımı” kriterleri, “sözleşmeden doğan hak ve yükümlülükler arasında önemli ve haksız bir dengesizlik kriteri” ile değiştirilmiştir. Ayrıca UWG Art. 8’in yeni halinde korunan hukuk süjesi, kullanıcının karşısındaki herhangi bir sözleşme muhatabı değil daha sınırlı olarak tüketicidir. Bu anlamda 2011 tarihli UWG Art. 8’de dengesizliğin önemli olmasının yanında haksız (*ungerechtfertigt*) olması gerektiği belirtilmiştir. UWG Art. 8’e dayanak teşkil ettiği belirtilen Art. 3 Abs. 1 RL 93/13/EWG (Yönerge)’nin sadece Almanca çevirisinde bu ifade yer almaktadır. Ancak bu ifadeye ayrı bir anlam verilmesi gerekip gerekmediği İsviçre hukuk öğretisinde tartışmalıdır. Bu konuya ilişkin söz konusu görüş ve gerekçeler için bkz. Probst (n 10) UWG Art 8 para 450 ff. Her ne kadar da 2011 tarihli UWG Art. 8’de olduğu gibi TBK m. 25 veya TKHK m. 5’te “haksız olma unsuru” yer almasa da dürüstlük kuralı dahilinde yürütülen bir menfaat değerlendirmesini içeren bir inceleme modelinde dengelemenin ara bir aşama olarak ele alınabileceği kanaatindeyiz. Benzer

leşmedeki hak ve yükümlülükler arasındaki oransızlık tespit edilir. İkinci aşamada tespit edilmiş olan bu oransızlığın önemli olması aranır. Bu ilk iki aşamada tamamlayıcı olarak sözleşmenin doğası ve yasal düzenleme ölçütlerinden yararlanılır. Üçüncü ve son aşamada ise önceki aşamalarda tespit edilmiş olan müşteri aleyhine önemli oransızlığın, kullanıcı lehine diğer sözleşme kayıtları ile dengelenip dengelenmediğine bakılır.

Nihayet içerik denetimini dört aşamalı yürüten bir görüş zikredilebilir⁸¹. Buna göre ilk aşamada sözleşmenin tipik veya atipik olmasına göre yasal düzenleme (yedek hukuk kuralı) veya sözleşmenin doğası/niteliği ölçütüne başvurularak tarafların hak ve yükümlülükleri arasında menfaat dengesizliği (şekli menfaat dengesizliği) tespit edilir. Takip eden ikinci aşamada sözleşmeyi etkileyen (sözleşmedeki diğer kayıtların haricinde) birtakım olgular dikkate alınarak menfaat dengesizliğinin önemli olup olmadığı (maddi menfaat dengesizliği) irdelenir. Söz konusu görüşe göre ilk iki aşamanın değerlendirilmesi sonucu önemli bir menfaat dengesizliğinin bulunduğu karar verilirse üçüncü aşamada önemli menfaat dengesizliğinin dengeleme etkisiyle geçerli olup olmadığı incelenir. İlk iki aşamada önemli olmayan bir menfaat dengesizliğinin bulunduğu sonucuna varılmış olabilir. Böyle bir ihtimalde dördüncü aşamada bunun bir

gerekçelerle Türk hukuk öğretisinde içerik denetiminin iki aşamalı yürütümüne ve açık (önemli) olma unsuruna ilişkin değerlendirmeler yapılmaktadır. Bu konuda krş. Antalya, Borçlar Genel Cilt I (n 2) 515 vd.

⁸¹ İsviçre hukuk öğretisinde *Widmer*'in dört aşamalı inceleme modeline göre ilk aşamada şekli menfaat dengesizliği (*formelles Missverhältnis*) bulunup bulunmadığına bakılır. Bu aşama (daha önce aktardığımız ölçütler dahilinde kural olarak tipik sözleşmelerde ilgili yedek hukuk kuralları veya atipik sözleşmelerde sözleşmenin amacı ile karşılaştırma yapılarak) tarafların hak ve yükümlülükleri kendi içlerinde ve birbirleriyle (dürüstlük kuralının değer ölçütü göz ardı edilerek) şekli anlamda karşılaştırılmaktadır. Maddi menfaat dengesizliği (*materielles Missverhältnis*) olarak da nitelendirilen ikinci inceleme aşamasında ise bir değer ölçütü olarak dürüstlük kuralının gerektirdiği üzere sözleşme ilişkisini etkileyen, ona refakat eden olgular incelemeye dahil edilmektedir. Maddi değerlendirme kriteri olarak örneğin tarafların menfaat durumu, riskin kontrolünün kimde olmasının beklenebileceği, karşılıklı güç ilişkileri, sözleşmenin niteliği/karakteri gibi olgular dikkate alınmaktadır. Şayet maddi ve şekli anlamda menfaat dengesizliği ilk iki aşamada sağlanırsa ve bu anlamda inceleme konusu genel işlem koşulu önemli bir menfaat dengesizliğine sebebiyet veriyorsa üçüncü aşamada önemli bir menfaat dengesizliğinin sözleşmede bu sözleşme kaydıyla bağlantılı diğer kayıtların olumlu etkileri ile dengelenip dengelenmediği (dengeleme etkisi) irdelenmelidir. Şayet şekli oransızlık sağlanıyor, ancak maddi oransızlık sağlanmıyorsa veya hem şekli hem maddi oransızlık sağlanmıyorsa ve bu anlamda ilgili sözleşme kaydı karşı taraf aleyhine olmakla birlikte önemli bir menfaat dengesizliği teşkil etmiyorsa dördüncü inceleme aşamasında sorulması gereken bunun etkilerinin sözleşmedeki diğer bir kayıtla güçlendirilmesi suretiyle (toplama etkisi) bu kayıtların geçersizliğinin gündeme gelip gelmeyeceğidir. Bu konuda bkz. *Widmer* (n 27) para 255 ff, 268 ff, 278, 290, 357, 405.

başka sözleşme kaydının etkisi ile önemli bir menfaat dengesizliğine sebebiyet verip vermediğine bakılır. Buna verilecek olumlu cevaba göre inceleme konusu sözleşme kaydının geçersizliği gündeme gelir⁸².

C. İçerik Denetimi İnceleme Modelinde Toplama ve Dengeleme Etkilerinin Yeri

1. Genel Olarak

Toplama ve dengeleme etkilerinin (bu çalışmada esas alınan içerik denetimi yürütümüne ilişkin esas alınan) içerik denetimine ilişkin inceleme modelinin hangi aşamasında dikkate alınabileceği öğretide tartışmalıdır⁸³.

Öğretide içerik denetiminde tek aşamalı incelemeyi benimseyen görüş, bu iki etkinin tabiri caizse *karşıt fenomenler (gegenüberstehendes Phänomen)*⁸⁴ olduğuna işaret etmektedir. Bu görüş, toplama ve dengeleme etkilerinin birlikte “menfaat dengesizliği” unsurunun değerlendirildiği tek bir aşamada ele alınması gerektiğini ileri sürmektedir⁸⁵.

İçerik denetiminde iki aşamalı incelemeyi benimseyen diğer bir görüş göre ise toplama ve dengeleme etkileri, menfaat dengesizliğinin “önemli” olmasının arandığı ayrı bir aşamada dikkate alınmalıdır. Önemli menfaat dengesizliğine ilişkin bu ikinci aşama, karşılıklı menfaatlerin tartıldığı ve bu kapsamda toplama ve dengeleme etkilerinin değerlendirildiği bir aşama olarak görülmektedir⁸⁶.

⁸² Krş. Widmer (n 27) para 405,439, 469 ff.

⁸³ İsviçre hukukunda bu konudaki çeşitli görüşlerin tartışıldığı güncel bir çalışma için bkz. Stefan (n 27) 220 ff.

⁸⁴ Aktarılan ifade için bkz. Widmer (n 27) para 302’den naklen. Ancak belirtmek gerekir ki İsviçre hukuk öğretisinde *Widmer* toplama etkisine ilişkin yaptığı açıklamaların başında değinilen tabiri kullanmakla birlikte yaptığı diğer açıklamalarda bunu içerik denetimi incelemesinin hangi aşamasında ele aldığı anlaşılamamaktadır (para 302 ff). Değinilen nitelendirmeye yönelik olarak krş. Vito Roberto ve Marisa Walker, ‘AGB-Kontrolle nach dem revidierten Art. 8 UWG’, (2014) 2 recht, 49, 58; Fuchs (n 5) BGB §307 para 155; Stoffels (n 4) para 486.

⁸⁵ Tek aşamalı bir inceleme yürüten ve menfaat dengesinin önemli olmasına aramayan söz konusu görüş ve gerekçeleri için bkz. Stefan (n 27) 220 ff.

⁸⁶ Alman hukuk öğretisinde bu konudaki açıklamalar için örneğin krş. Coester (n 3) BGB §307 para 89 ff; Fuchs (n 5) BGB §307 para 98 ff; Stoffels (n 4) para 466 ff. Örneğin son zikredilen yazar, açıkça bu aşamadaki dengeleme etkisine özel bir önem verilmesi gerektiğine işaret etmektedir (N. 470 vd.). İsviçre hukuk öğretisinde bu konudaki açıklamalar için krş. Widmer (n 27) para 278, 294 ff, 303 ff, 294 ff, 303 ff; Walker (n 27) 136.

İçerik denetiminde üç aşamalı incelemeyi savunan görüş⁸⁷: Önemli menfaat dengesizliğinin incelendiği ikinci aşamada toplama etkisini dikkate alır. Üçüncü aşamada ise müşteri aleyhine önemli oransızlığın, kullanıcı lehine diğer sözleşme kayıtları ile dengelenip dengelenmediği (dengeleme etkisi) değerlendirilir.

Nihayet dört aşamalı inceleme görüşü, daha önce aktarıldığı üzere ilk iki aşamada varılan sonuca göre dengeleme etkisini üçüncü aşamada, toplama etkisini son aşamada dikkate almaktadır.⁸⁸ Buna göre üçüncü aşamada önemli ölçüde menfaat dengesizliğinin, bu genel işlem koşuluyla bağlantılı diğer kayıtların olumlu etkileri ile dengelenip dengelenmediği (dengeleme) irdelenmektedir. Buna karşılık ilk iki aşamada genel işlem koşulunun karşı taraf aleyhine olmakla birlikte önemli bir menfaat dengesizliği teşkil etmediği sonucuna varılmış olabilir. Bu durumda dördüncü aşamada söz konusu genel işlem koşulunun müşteri aleyhine etkilerinin sözleşmedeki diğer bir kayıtla güçlendirilmesi suretiyle (toplama etkisi) bunun geçersizliğinin gündeme gelip gelmeyeceği incelenmektedir.

2. Değerlendirme ve Kanaatimiz

İçerik denetiminde tek aşamalı incelemeyi benimseyen görüşün çıkış noktası, içerik denetiminde dürüstlük kuralına aykırılığın yeterli görülmesi, ayrıca bunun önemli olmasının aranmamasıdır.⁸⁹ Ancak daha önce aktarılan gerekçelerle⁹⁰ bu çalışmada içerik denetimine aykırılığın kabulü için dürüstlük kuralına

⁸⁷ Probst (n 10) UWG Art 8 para 431 ff.

⁸⁸ Krş. Widmer (n 27) para 255 ff, 268 ff, 278, 290, 357, 405. Ancak yazar, “şekli anlamda eşit davranma durumunda meydana gelen maddi menfaat dengesizliği” (*materielles Missverhältnis bei formeller Gleichbehandlung*) halinin özel bir durum olduğuna işaret etmektedir. Yazara göre söz konusu durumda inceleme, istisnai olarak üç aşamalı olarak yürütülmelidir. Aktarılan ihtimalde taraflar arasındaki sözleşme ilişkisi ve aralarındaki iş ilişkisine hâkim olan durumlar nedeniyle her ikisine de şekli anlamda eşit davranılması gerekmektedir, ancak somut olayda maddi anlamda eşitsizlik gündeme gelmektedir. Yazarın buna ilişkin verdiği örnekte genel işlem koşulu ile her iki tarafa derhal etkisini göstereceği öngörülen bir fesih hakkı tanınmaktadır. Ancak kullanıcıdan farklı olarak karşı taraf için ekonomik nedenlerle fiili olarak bu hakkı kullanılabilmek mümkün olamamakta, o yüzden bu kayıt onun için bir anlamda ifade etmemektedir. Oysa değinilen kayıt çok daha yoğun bir şekilde kullanıcının menfaatlerine hizmet etmektedir. Söz konusu durumda yazara göre içerik denetimi yürütümünde şekli anlamda dengesizlik söz konusu olmayıp (birinci aşama atlanıp) doğrudan ikinci aşama ile değerlendirmeye başlanmakta ve maddi dengesizlik aşamasında ilişkin diğer kriterlerle yapılan değerlendirmede bu durum dikkate alınmaktadır (para 275, 405).

⁸⁹ Stefan (n 27) 220 ff.

⁹⁰ Bu konudaki açıklamalarımız için bkz. I numaralı başlık.

aykırılığın önemli olması aranmış ve çok aşamalı bir inceleme modeli benimsenmiştir. Ayrıca bir menfaat dengesizliğinin makul olup olmadığının incelenmesi ve bu kapsamda dengelemeye tabi olup olmadığının belirlenmesi, mantıksal olarak önceden bu menfaat dengesizliğinin (menfaate aykırılığının) tespit edilmesini gerektirir⁹¹.

Önemli menfaat dengesizliği karşılıklı etkileşim halinde bulunan ve tek başına açık bir oransızlık yaratmayan genel işlem koşullarının toplamından çıkabilir. Ancak sözleşmenin karşı tarafı aleyhine olgu tespit edildikten sonra bunun dengelenip dengelenmeyeceği tartışma konusu yapılabilir. Sadece toplama ve dengeleme etkilerinin zıt etkilere sahip olmaları, bu iki etkiyi aynı aşamada incelemeyi gerektirmemeli ve değinilen sonucu değiştirmemelidir⁹². Aynı gerekçeyle dengeleme etkisini toplama etkisinden önce inceleyen dört aşamalı inceleme görüşüne de katılmamaktayız.

İki aşamalı görüşün savunulduğu ihtimalde ilk aşamada hüküm içi etkiler⁹³ ele alındıktan sonra ikinci aşamada sözleşmenin özelliği, sözleşmenin kuruluşuna refakat eden durumlar vb. gibi sözleşmenin bütünü ve bu kapsamda toplama etkisi dikkate alınabilir. Ayrıca önemli menfaat ihlalinin değerlendirildiği bu aşamada; sözleşme taraflarının karşılıklı menfaatlerini etkileyebilecek çeşitli olgular⁹⁴ ve bu kapsamda özellikle dengeleme etkisi dikkate alınabilir⁹⁵. Ancak

⁹¹ Dirk Looschelders, '§§ 305-310 BGB' in Harm P Westermann, Barbara Grunewald ve Georg Maier-Reimer (eds), *Erman Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar mit Nebengesetzen* (17. Baskı, Ottoschmidt 2023) §307 para 11; Coester (n 3) BGB §307 para 139; Fuchs (n 5) BGB §307 para 155. TBK m. 25'de geçen "menfaate aykırılık" kavramı, içerik denetimine ilişkin kavramdır. Buna karşılık kapsam denetimine ilişkin TBK m. 21'de de bu kavram kullanılmıştır. Burada kanun koyucunun geçerlilik ve yürürlük denetimini birbirine karıştırdığı şeklinde eleştiri için bkz. Yeşim M Atamer, 'Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nda Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi' (2005) 4 Hukuki Perspektifler Dergisi, s. 109, 111.

⁹² İlk zikredilen görüş, yaptığı açıklamalarda zamansal olarak değinilen mantıksal öncelik-sonralık ilişkisini kabul etmekle birlikte sadece bunların zıt etkilere sahip oluşunun (ve kabul ettiği tek aşamalı inceleme görüşünü) bunları birlikte değerlendirilmesi gerektiğine bir gerekçe olarak sunmaktadır. Bu konuda bkz. Stefan (n 27) 201.

⁹³ Bu konudaki açıklamalarımız için bkz. III, B numaralı başlık

⁹⁴ Krş. Kemal M Oğuzman ve Nami Barlas, *Medeni Hukuk Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar* (30. Baskı 2024) para 912 d vd. Antalya ve Topuz (n 22) 502 vd; Jale Akipek, Turgut Akıntürk ve Derya Ateş, *Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku*, C. 1 (19. Baskı, Beta 2024) 172 vd.

⁹⁵ Tek aşamalı görüşü savunan bazı yazarlara göre dengelemenin aşamalı olarak dikkate alınması benimsenirse sözleşmeden doğan hak ve yükümlülükler arasındaki (önemli) dengesizliği takiben zorunlu olarak bunu haklı bir dengesizlik olarak nitelendirme gibi bir ikileme karşı

iki aşamalı görüşün benimsenmesi halinde ikinci aşamada toplama ve dengeleme etkilerinin kendi içinde bir öncelik-sonralık ilişkisi kurulmalıdır. Bir başka deyişle ancak önemli bir menfaat dengesizliği tespit edildikten sonra bunun dengelenip dengelenmeyeceği tartışma konusu yapılabilir⁹⁶.

Üç aşamalı inceleme görüşünde ise toplama etkisi ikinci aşamada ele alınırken, dengeleme etkisi son aşamada başlı başına ayrı şekilde ele alınmaktadır⁹⁷. Bu görüşü destekleyici olarak öncelikle dengeleme etkisinin ayrı bir şekilde ele alındığı benzeri yaklaşım tarzı örneklerinin, hukuku sistemimize yabancı olmadığı belirtilebilir⁹⁸. Dengeleme etkisinin toplama etkisinden ayrı bir aşamada sistemli şekilde ele alınması, dengeleme etkisinin göz ardı edilmemesi yönünden tercih edilebilir. Üç aşamalı inceleme görüşü, genel olarak aşamalı bir

karşıya kalınma riski bulunmaktadır. Bu konuda Bkz. Stefan (n 27) 220. Ancak dengeleme etkisini aşamalı (ve en son aşamada) ele alınmasına ilişkin görüş, dengeleme etkisini bir zorunluluk olarak görmemektedir. Bir başka deyişle, çok aşamalı görüşler, ancak mevcut olan ve dengelemeye konu etkilere sahip bir genel işlem koşulu bulunduğu durumlarda bu etkiyi dikkate aldıkları için değinilen eleştiriye ve iddia edilen bir ikilem durumuna katılmak mümkün değildir.

⁹⁶ Bir çalışmada dengeleme ve (açık olmamakla birlikte) toplama etkisi, önemli menfaat dengesizliğine ilişkin ikinci aşamada (maddi dengesizlik aşaması) incelenmiştir. Bu çalışmada ikinci aşamada öncelikle sözleşmedeki menfaatler ve sözleşme kuruluşuna refakat eden diğer olguların değerlendirilmiştir. Mantıksal inceleme sırasına uygun olarak yapılan bu açıklamalardan daha sonra (ve ilgili eserde ayrı bir başlıkta) ise dengeleme etkisi incelenmiştir. Bu konuda bkz. Widmer (n 27) para 294.

⁹⁷ Probst (n 10) UWG Art 8 para 469. Yazara göre üçüncü aşamada önemli bir menfaat dengesizliğinin bulunması haksız niteliktedir. Söz konusu durumda kullanıcı, aksi delillerle *prima facie* haksız olarak kabul edilen genel işlem koşulunun diğer sözleşme kayıtlarında yer alan somut avantajlarla dengelendiğini ortaya koyabilir (para 469).

⁹⁸ Dengeleme etkisinin ayrı bir aşamada dikkate alınmasıyla önceki aşamalarda içerik denetimine aykırı genel işlem koşulu/koşulları hukuka uygun hale gelir. Söz konusu durum sorumluluk hukukundaki hukuka uygunluk nedenlerini andırmakta, ama ondan farklılaşmaktadır. Sorumluluk hukukunda geçerli olan haklı savunma, ıztırar hali, rıza, özel yetkinin kullanılması gibi hukuka uygunluk nedenleri ile genel işlem koşullarındaki dengeleme etkisi arasındaki farklar hakkında bkz. Probst (n 10) UWG Art 8 para 450. Yazar, haklı olarak burada sorumluluk hukuku anlamında bir haksız fiilin hukuka uygun hale getirilmesinin söz konusu olmadığına dikkat çekmektedir. Ayrıca kullanıcı, tek taraflı hazırlamış olduğu genel işlem koşullarını haklı savunma, ıztırar hali, özel yetkinin kullanılması gibi nedenlerle karşı tarafa sunmamaktadır. Yazar, karşı tarafın genel işlem koşullarına ilişkin kabulünün hukuku uygunluk nedenleri arasında yer alan "rıza" kapsamında görülmemesi gerektiğini vurgulamaktadır. Sıralı bir şekilde ilerleyen genel işlem koşulu denetiminde bir genel işlem koşulunun içerik denetimine konu olabilmesi için kapsam denetimi dahilinde ilişkilendirilmiş olması gerekir. Bu anlamda genel işlem koşullarının kabul edilmiş olması, bunların içinde yer alan karşı tarafın önemli şekilde aleyhine olan sözleşme kayıtlarına bir hukuka uygunluk nedeni olarak rıza gösterildiği anlamına gelmemektedir (para 450).

incelemeden beklenen netlik ve açıklığı daha fazla arttıracaktır. Bu ise son so-yutlamada her iki tarafın da menfaatlerini adil bir şekilde gözetmesi beklenen sözleşme adaletine hizmet edecektir.

III. Toplama ve Dengeleme Etkilerinin Türleri

A. Hüküm Dışı Toplama ve Dengeleme Etkileri

İçerik denetiminde toplama ve özellikle dengeleme etkileri belli sınırlar dahilinde mümkündür. Aşağıda ayrı başlıklar altında toplama ve dengeleme etkilerinin türleri ve kapsamı hakkında bazı açıklamalar paylaşılmıştır. Bu bağ-lamda hüküm dışı toplama ve dengeleme etkilerinde bir genel işlem koşulunun, diğer sözleşme kayıtları ile etkileşimi söz konusudur. Hüküm dışı etkiler ve bun-ların farklı tür ve uygulamaları aşağıda; “toplama etkisinin türleri” ve “denge-leme etkisi türleri” olmak üzere iki alt ayırım altında aktarılmıştır.

1. Toplama Etkisinin Türleri

Toplama etkisinin türleri genel işlem koşulları arasında toplama etkisi ile bireysel sözleşme kaydı ile etkileşime girmeye bağlı toplama etkisi şeklinde iki farklı başlık altında ele alınmaktadır.

a. Genel İşlem Koşulları Arasında Toplama Etkisi

Genel işlem koşulları arasında toplama etkisi (*AGB-interne Summierung*)⁹⁹, bir standart sözleşmede geçen genel işlem koşullarının birbirlerinin etkisini arttırmasını konu alır. Söz konusu toplama etkisinin bazı alt ayrımları aşağıda aktarılmıştır.

i. İzole Toplama Etkisi

İzole toplama etkisinde (*sterile Summierung*) inceleme konusu sözleşme kayıtları, tek başlarına incelendiklerinde geçerli olarak kabul edilmektedir. An-cak bunlar, birlikte etkileşime girdiklerinde önemli bir menfaat dengesizliğine sebebiyet vermekte ve bunların geçersizlikleri gündeme gelmektedir¹⁰⁰.

⁹⁹ Değinilen terminoloji bkz. Stefan (n 27) 224.

¹⁰⁰ Coester (n 3) BGB §307 para 139; Pfeiffer (n 13) BGB §307 para 213; Stefan (n 27) 221; Looschelders (n 91) BGB §307 para 11; Fuchs (n 5) BGB §307 para 155; Stoffels (n 4) para 486; Civan (n 1) 251. İzole edilmiş toplama etkisinde sadece bir miktar karşı taraf aleyhine etkisi bulunan bir genel işlem koşulunun bu etkisi, somut ihtilafta o kadar düşük seviyede ka-labilir ki bu durum önemli bir menfaat dengesizliğine ulaşamama sonucunu beraberinde geti-

İzole toplama etkisine örnek olarak bir kira sözleşmesinde yer alan iki genel işlem koşulu üzerinden meseleyi şu şekilde izah etmek mümkündür: Bunlardan birine göre kiracı, sözleşmenin kuruluşundan hemen sonra kiralanan badana boya yaptırmakla yükümlüdür. Bunlardan diğerinde ise kiracıdan, kira sözleşmesinin süresine bakılmaksızın bunun bitiminde kiralanan badana boya yaptırması beklenmektedir. Bu iki genel işlem koşulunun olumsuz etkilerinin birleşmesi, izole toplama etkisine örnek olarak verilebilir¹⁰¹.

Her bir genel işlem koşulunun tek başına değerlendirildiğinde geçerli olması kural olarak varılan sonucu etkilemeyecektir. Bu konuda öğretide, bunlardan hangisinin geçerli olacağına karar vermenin mahkemeye bırakılmaması gerektiğine işaret edilmektedir¹⁰². Ayrıca karşı taraf için bunlardan hangisinin geçerli olabileceği açık değildir¹⁰³. Bunun gibi karşı tarafın menfaatlerinin sözleşmenin türü ve amacı dikkate alınarak ihlal edildiği dikkate alınarak da bu sonuca varılabileceği belirtilmektedir¹⁰⁴.

İzole toplama etkisinde her iki genel işlem koşulunun geçersiz olması kural olmakla birlikte öğretide bunun bazı istisnalarına işaret edilmektedir. Bu bağlamda inceleme konusu genel işlem koşullarından birinin daha önce düşünülmemiş olasılıklar dahilinde geçersiz olması durumu zikredilebilir Aktarılan durumda istisnai olarak bunun geçerli olabileceği belirtilmektedir¹⁰⁵.

Öğretide ileri sürülen bir diğer istisna, sözleşme kaydının mevcut yapılmasına kanunda açıkça izin verilmesidir. Bu durumda, değinilen genel işlem koşulunun etkisini güçlendirecek başka bir genel işlem koşulu kaydı söz konusu

rir. Söz konusu ihtimalde inceleme konusu genel işlem koşulu içerik denetimi sonucu geçerli olduğu kabul edilecektir. Aktarılan açıklamalar için krş. Stefan (n 27) 227.

¹⁰¹ Toplama etkisine ilişkin açıklamalarında değinilen örneği paylaşan bazı çalışmalar için örneğin bkz. Fuchs (n 5) BGB §307 para 155; Pfeiffer (n 13) BGB §307 para 213; Stoffels (n 4) para 486. Yine krş. BGH NJW 1993, 532 ff, <<https://beck-online.beck.de/Home>> Erişim Tarihi 9 Kasım 2024. Buna karşılık kiracının (sözleşmenin başında veya sonunda) kiralanan badana boya yaptırmasını öngören bir genel işlem koşulu ile kiralananın taşınmaya elverişli şekilde kiraya verene teslimini öngören bir genel işlem koşulunun toplamının haklı olarak bunların geçersizliğine sebebiyet vermeyeceği yönünde krş. BGH, NJW 2014, 1444, <<https://beck-online.beck.de/Home>> Erişim Tarihi 9 Kasım 2024.

¹⁰² Pfeiffer (n 13) BGB §307 para 213; Grüneberg (n 11) BGB §307 para 9; Coester (n 3) BGB §307 para. 139; Stoffels (n 4) para 486.

¹⁰³ Coester (n 3) BGB §307 para 139, 189 ff.

¹⁰⁴ Fuchs (n 5) BGB §307 para 155 Stefan (n 27) 227.

¹⁰⁵ Pfeiffer (n 13) BGB §307 para 213

ise toplama etkisi sonucu tek başına sonuncusu geçersiz olacaktır¹⁰⁶ Örneğin TBK m. 342’de konut ve çatılı işyeri kira sözleşmesinde sözleşmeyle kiracının getireceği güvence bedelinin üç aylık kira bedelini aşamaz. Kullanıcı kira sözleşmesi genel işlem koşullarında kiracının getireceği güvence bedelini üç aylık kira bedeli tutarında belirlemiştir. Ayrıca bir diğer genel işlem koşuluna göre kiracı, sözleşmenin kuruluşundan itibaren belli bir zaman içinde kişisel bir teminat olarak kefil olacak (kullanıcıyla kefalet sözleşmesi yapacak) uygun bir kişiyi bulmakla yükümlüdür. Söz konusu durumda bunlardan sadece son zikredilen genel işlem koşulunun geçersizliği gündeme gelir¹⁰⁷.

ii. Enfekte Olmaya Bağlı Toplama Etkisi (Klauselinfektion)

Enfekte olmaya bağlı toplama etkisinden dürüstlük kuralına önemli ölçüde aykırı nitelikteki bir genel işlem koşulu bu nitelikte olmayan bir başka genel işlem koşuluna etki etmektedir. Bunun sonucu olarak da ikinci genel işlem koşulu önemli ölçüde menfaat dengesizliğine sebebiyet verecek hale dönüşmektedir. Dolayısıyla da geçersiz hale gelmektedir. Örneğin yaşam sigortası genel işlem koşullarında geçersiz olduğu kabul edilen bir sigorta prim hesaplama yöntemi öngören bir sözleşme kaydı yer almaktadır. Söz konusu genel işlem koşulunun, bununla bağlantılı, ama kendi başına geçerli olan sözleşme klostlarının geçersizliğine sebebiyet vermesi böyledir¹⁰⁸.

Enfekte olmaya bağlı toplama etkisinde her iki sözleşme kaydı, sözleşmede iki ayrı hüküm olarak düzenlenmiştir. Bununla birlikte bunlar arasındaki içsel/fonksiyonel bağlantı, bunların geçerli ve geçersiz olarak ikili şekilde değerlendirilmesine izin vermemektedir¹⁰⁹. Bunlardan birinin geçersizliğin diğerine sirayet etmesinin nedenleri arasında öncelikle içerik denetiminin caydırıcı

¹⁰⁶ Coester (n 3) BGB §307 para 139

¹⁰⁷ Paylaşılan örnek için krş. Coester (n 3) BGB §307 para 139; BGH NJW 2004, 3045, 3046 ff, <<https://beck-online.beck.de/Home>> Erişim Tarihi 9 Kasım 2024.

¹⁰⁸ Yaşam sigortası genel işlem koşulları arasında poliçe yaptırma maliyetlerini tüm vadeye yaymak için kullanan ve “Zillmerizasyon” adı verilen bir yöntemi içeren bir genel işlem koşulunun (*Zillmerklauseln*) geçersizliğinin bununla bağlantılı diğer genel işlem koşullarına da sirayet ettiği/ sirayet etkisinin (*Ertreckungswirkung*) gündeme geldiği bir Alman Federal Mahkemesi kararı için bkz. BGH, NJW 2012, 3023. Aktarılan kararı, enfekte olmaya bağlı toplama etkisine ilişkin bir örnek olarak paylaşan bazı eserler için bkz. Pfeiffer (n 13) BGB §307 para 213; Stefan (n 27) 228.

¹⁰⁹ Coester (n 3) BGB §307 para 140; BGH, NJW 2003, 2234, <<https://beck-online.beck.de/Home>> Erişim Tarihi 28 Kasım 2024; Stefan (n 27) 226.

cı/önleyici fonksiyonu gösterilmektedir¹¹⁰. Ayrıca içerik denetiminde geçerli olan saydamlık kuralı da bunu gerektirir¹¹¹. Aksi bir kabul durumunda karşı taraf için hangi hükmün geçerli olacağı belirsiz olacak ve bu şekilde karşı tarafın hakkını ileri sürmesi engellenecektir¹¹². Nihayet kullanıcıya bir genel işlem koşulunu geçerli şekilde muhafaza edilebilmesi için kendi sunmuş olduğu bir genel işlem koşulunun geçersizliğini ileri sürme imkanı tanınmasının adil olmadığı belirtilmektedir¹¹³.

iii. Göz Ardı Edilebilecek (Bagatell) Seviyede Toplama Etkisi

Göz ardı edilebilecek (bagatell) toplama etkisinde birden fazla genel işlem koşulu birlikte karşı tarafın menfaatine aykırı bir durum yaratmaktadır. Bununla birlikte bunlar önemli bir menfaat dengesizliğine sebebiyet vermemektedir. Göz ardı edilebilecek seviyede toplama etkisinde karşı tarafın, sözleşmede toplama etkisi dolayısıyla maruz kaldığı dezavantaj, göz ardı edilebilecek seviyede olduğundan içerik denetimine aykırılık gündeme gelmemektedir¹¹⁴.

iv. Kitlel Göz Ardı Edilebilecek (Bagatell) Seviyede Toplama Etkisi

Bu toplama etkisinde bir öncekinde olduğu gibi standart sözleşmede içerik denetimine açık aykırılık teşkil etmeyen, göz ardı edilebilecek (bagatell) seviyede karşı taraf aleyhine, birbiriyle bağlantılı genel işlem koşulları bulunmaktadır. Ancak kitlel göz ardı edilebilecek toplama etkisinde bir önceki başlıkta aktarılan toplama etkisinden farklı bir durum vardır. Burada kullanıcı söz konusu genel işlem koşullarını kitlel olarak çok sayıda kişiye sunmasına bağlı olarak

¹¹⁰ Fuchs (n 5) BGB §307 para 155; Coester (n 3) BGB §307 para 140.

¹¹¹ Coester (n 3) BGB §307 para 140. Saydamlık ilkesinin Avrupa Hukuku ve genel olarak genel işlem koşulu hukukunda kabul gören, düzenlemelerden bağımsız, kavrayıcı nitelikte bir hukuk ilkesi olduğu yönünde bkz. Jobbich (n 43) 45; Morsbach (n 14) 267, dn 16'da zikredilen yazarlar; Coester (n 3) BGB §307 para 208; Doğancı (n 2) 375 vd.

¹¹² Pfeiffer (n 13) BGB §307 para 213.

¹¹³ Krş. Fuchs (n 5) BGB §307 para 155; Pfeiffer (n 13) BGB §307 para 213. Zaten TKHK m. 5'te içerik denetiminin yaptırımı olan kısmi hükümsüzlük karşı taraf yönünden esnetilmiştir (esnek geçersizlik). Bir başka deyişle kullanıcı kendi kullandığı (veya düzenlediği) genel işlem koşulunun geçersizliğine dayanamayacaktır. Bu konuda örneğin bkz. Antalya, Borçlar Genel Cilt I (n 2) 197 vd; Kocayusufpaşaoğlu (n 2) § 44 para 31; Nomer, *Borçlar Hukuku Genel* (n 3) para 50b. Bu bağlamda öğretide olan hukuk yönünden TBK m. 25 açısından (TKHK m. 5 ile benzer şekilde) hükmün amacı gözetilerek hükmün yaptırımı olan kısmi kesin hükümsüzlüğün karşı taraf yönünden esnetildiği belirtilmektedir. Söz konusu görüşe göre burada esnek geçersizliğin dava taraflarının sınırlanmasına ilişkin uygulama hallerinden birinin söz konusudur. Bu görüş hakkında yapılan açıklamalar için bkz. Doğancı (n 2) 606.

¹¹⁴ Stefan (n 27) 224.

bunlardan elde edeceği avantajların toplamı ile önemli gelirler elde etmektedir¹¹⁵.

Kitlesel göz ardı edilebilecek toplama etkisine bankaların genel işlem koşullarında yer alan valör (faiz hesaplaması işlemlerinde başlangıç oluşturan tarih) klozları örnek olarak gösterilebilir. Valör tarihinin, alacağın hesaba yatırılmasından bir iş günü sonrasında gerçekleşeceğinin öngörülmesi bağlı banka lehine ufak faiz avantajları oluşturmaktadır¹¹⁶. Yine buna örnek olarak bankaların haksız olarak sözleşmenin karşı tarafına yansıttıkları çok ufak seviyede ilave maliyetler gösterilebilir¹¹⁷. Değinilen duruma sadece somut sözleşme muhatabı yönünden yaklaşıldığında, onun menfaatine aykırılık, önemli bir menfaat dengesizliği teşkil etmediğinden içerik denetimine aykırılık söz konusu olmamaktadır¹¹⁸.

Kitlesel göz ardı edilebilecek seviyede toplama etkisine nasıl yaklaşılması gerektiği tartışmalıdır. Bir görüşe göre kitlesel işlemlerdeki düşük seviyedeki karşı tarafın tabi olacağı dezavantajlarına ve kullanıcının buradan elde edeceği toplam faydaya öncelikle genel işlem koşulu denetimi mekanizması ile yaklaşmak uygun değildir. Bu görüş söz konusu durumun, makro iktisadi değerlendirmelerin ön planda olduğu rekabet hukuku düzenlemeleri ile yaklaşılması gerektiğini ileri sürmektedir¹¹⁹.

Diğer bir görüşe göre ise söz konusu toplama etkisinde içerik denetimine aykırılık bulunduğu kabul edilmelidir¹²⁰. Bu görüşe göre, aksi yönde bir kabul,

¹¹⁵ Krş. Coester (n 3) BGB §307 para 140; Fuchs (n 5) BGB §307 para 129 ff.

¹¹⁶ Geciktirilen valör nedeniyle bankaya karşı borç bakiyesi olan hesaptaki borç faizi, en az bir gün fazla hesaplanmakta; bankaya karşı alacak bakiyesi olan hesaplar için ise buna uygun olarak daha az bir oranda alacak faizi verilmektedir. Değinilen duruma ilişkin bir Alman Federal Mahkemesi kararı için bkz. BGH, NJW 1997, 2042, <<https://beck-online.beck.de/Home>> Erişim Tarihi 28 Kasım 2024.

¹¹⁷ Coester (n 3) BGB §307 para 140; Fuchs (n 5) BGB §307 para 129; Stefan (n 27) 224.

¹¹⁸ Krş. Coester (n 3) BGB §307 para 92, 140.

¹¹⁹ Krş. Antalya ve Doğancı, 'Koşul Rekabeti I' (n 13) 5569 vd, 5575 vd; Antalya ve Doğancı, 'Koşul Rekabeti II' (n 13) 53 vd.

¹²⁰ Alman Federal Mahkemesi'nin valör tarihi klozları (*Wertstellungsklausel*) hakkında geçmiş yıllarda verdiği bazı kararlarda davalı bankalar kitlesel göz ardı edilebilir seviyede toplama etkisine ilişkin söz konusu durumda karşı taraf aleyhine bir olumsuzluk bulunmadığı ve bu kapsamda önemli bir menfaat dengesizliğinin bulunmadığı savunması yapmışlardır. Mahkeme ise söz konusu savunmaya karşı; bu tür klozlara karşı açılacak (örneğin tüketicilerin ekonomik menfaatlerini koruyan sivil toplum kuruluşlarının haksız rekabete ilişkin kullanıcılara karşı açacakları hukuka aykırılığı tespiti ve önlenmesi davası gibi) topluluk davasında piyasa fonksiyonunun ön planda olduğunu belirtmiş, değinilen gerekçeyle karşı tarafın korunmasının ön

öncelikle genel işlem koşullarının ekonomik boyutunu göz etme anlamına gelmektedir. Ayrıca bu durum kullanıcıyı kitlesel işlemlerde bu tarz genel işlem koşullarını kullanmaya da teşvik edebilir. Bu ise hukuki işlem hayatında müşterileri olumsuz etkileyen uygulamalara sebebiyet verebilecek, istenmeyen bir sonuçtur¹²¹.

Karşı tarafın uzun döneme yayılan zararlarını toplayan bir görüş, karşı tarafın taraf olduğu sözleşmenin sürekli edimli bir sözleşme olmasını esas almaktadır. Buna göre bu tür bir sözleşmede karşı tarafın tabi olduğu ufak dezavantajların uzun dönem etkisinin toplamından hareketle içerik denetimine aykırılık kabul edilebilir¹²². Örneğin bu görüşe göre ufak ek işlem maliyetleri gibi ufak dezavantajlar uzun bir zamana yayılan sözleşmede toplama etkisi dahilinde içerik denetiminde dikkate alınabilir. Ancak söz konusu görüş, diğer görüşlerden farklı olarak ani edimli sözleşmelerde söz konusu toplama etkisini tamamen göz ardı etmektedir. Ayrıca bu görüş, ufak dezavantajların ne kadar uzunlukta bir dönem için dikkate alınabileceği konusunda bir açıklık getirmemektedir.

Diğer bir görüş içerik denetiminin karşı tarafı koruma amacına vurgu yaparak somut olayda içerik denetimine açık aykırılık teşkil etmeyen, göz ardı edilebilir dezavantajların içerik denetiminde doğrudan dikkate alınabileceğini ileri sürmektedir. Bu görüşe göre en azından karşı tarafın kitlesel işlemlerden uğradığı ufak mali dezavantajın somut olayda haklı gösterilemediği durumlarda kitlesel toplama etkisine izin verilmelidir¹²³. Ancak söz konusu görüşe karşı içerik deneti-

planda olduğu içerik denetimine aykırılığı kabul etmiştir. Bu konuda krş. BGH, NJW 1989, 582, <<https://beck-online.beck.de/Home>> Erişim Tarihi 28 Kasım 2024. Değinen kararların verdiği sonuca katılmakla birlikte bunun gerekçesini tutarlı ve tatmin edici olmadığı, karşı taraf menfaatine bireysel ve topluluk davasında farklı anlam yüklenmemesi gerektiği hakkında bkz. Fuchs (n 5) BGB §307 para 130.

¹²¹ Aktarılan gerekçeler için bkz. Fuchs (n 5) BGB §307 para 129. Bu görüşün gerekçesi (geçersizlik durumuna ilişkin hangi kriterlerin esas alınabileceği), bu görüşü savunanlar arasında tartışmalıdır. Özellikle Alman hukuk öğretisinde yürütülen tartışmalar hakkında bkz. Fuchs (n 5) BGB §307 para 129 ff; Coester (n 3) BGB §307 para 140. İsviçre hukukunda göz ardı edilebilir seviyedeki dezavantajların toplanabilirliği UWG Art. 8'nin lafzına aykırılık teşkil etmemektedir. Ancak tarihsel olarak tüketici işlemlerinde söz konusu durumun içerik denetimine ilişkin tartışmalara konu olmadığı belirtilmektedir. İsviçre hukuk öğretisinde bu konudaki bir değerlendirmede, tarihsel yorumun özellikle UWG Art. 8 ihdas sürecindeki aksaklıklardan dolayı göz ardı edilmesi gerektiği ve değerlendirmede belirleyici olması gerekenin UWG Art. 8 anlam ve amacı olan tüketiciyi tek yanlı sözleşme kayıtlarından koruma amacı olduğuna dikkat çekilmektedir. Değinen görüş ve aktarılan açıklamalar için bkz. Stefan (n 27) 225.

¹²² Krş. Coester (n 3) BGB §307, para 140.

¹²³ Bu görüş ve aktarılan açıklamalar için bkz. Stefan (n 27) 225.

minin amacının sadece doğrudan karşı tarafın korunmasına indirgenemeyeceğine işaret edilebilir¹²⁴. Bunun yanında içerik denetiminin karşı tarafı dolaylı yoldan korumaya hizmet eden piyasaya dönük bir fonksiyonu da bulunmaktadır¹²⁵. Ayrıca söz konusu görüşün toplama etkisine ilişkin “somut olayda haklı görülme durumu” nu bir sınırlama olarak kabul etmektedir. Söz konusu sınırlama ölçütü belirsiz ve içerik denetiminin objektif yaklaşımına uygun değildir.

İçerik denetiminin piyasa fonksiyonunu dikkate alan ve bizim de katılmış görüş ise bu noktada “menfaati” (lehe/aleyhine olmayı) piyasa menfaatini de içerecek şekilde geniş yorumlamaktadır¹²⁶. Amaçsal yorumla ve sözleşme kaydının sözleşmenin karşı tarafının tabi olduğu kesime bütünsel etkisi gözetilerek kitlesel fayda karşı tarafın menfaatine aykırılığına dahil edilmektedir¹²⁷. Ayrıca kitlesel göz ardı edilebilecek toplama etkisinin, içerik denetiminin piyasa dönük fonksiyonunu ön plana alan, kendine özgü bir görünümü olan saydamlık denetimi kapsamında ele alınabileceği belirtmektedir¹²⁸. En başka aktarılan iki görüşü bağdaştıran bu görüşe göre saydamlık denetimi, rekabet hukuku düzenlemeleri birlikte uygulanabilir¹²⁹.

¹²⁴ Grüneberg (n 11) Überl. §305 para. 8; Fuchs (n 5) BGB Vorb. §307 para 27; Stoffels (n 4) Einleitung 88; Ulmer ve Habersack (n 149) 48.

¹²⁵ Johannes Köndgen, ‘Grund und Grenzen des Transparenzgebots im AGB-Recht- Bemerkungen zum “Hypothekenzins-” und zum “Wertstellungs- Urteil” des BGH’ (1989) 15 NJW, 943, 943; Fuchs (n 5) BGB §307 para 29.

¹²⁶ Köndgen (n 127) 950; Coester (n 3) BGB §307, para 140, 175; Doğancı (n 2) 434 vd, 437 vd..

¹²⁷ Fuchs (n 5) BGB §307 para 131; Stoffels (n 4) para 452; Coester (n 3) BGB §307, para 140. Karşı tarafın menfaatine aykırılığının bir genel işlem koşulunun açık ve anlaşılır olmamasından dolayı karşı tarafın sözleşmenin kuruluşunda kaybettiği piyasa alternatiflerinden doğabileceği hakkında krş. Grüneberg (n 11) BGB §307 para 20; Köndgen (n 127) 950; Fuchs (n 5) BGB §307 para 331; Helmut Heinrichs, ‘Das Transparenzgebot und die EG-Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen’ in Graf von Westphalen Von Friedrich ve Sandrock Otto (eds), *Lebendiges Recht -Von den Sumerern bis zur Gegenwart, Festschrift für Reinhold Trinkner zum 65. Geburtstag* (Recht und Wirtschaft 1995) 163; Coester (n 3) BGB §307 para 175 ff.

¹²⁸ Doğancı (n 2) 434 vd, 437 vd. Bu eserde, içerik denetiminin özel bir görünümü olan saydamlık denetiminin hukuksal dayanağı, maddi menfaate aykırı olma durumunu geniş yorumlamak suretiyle saydamlığı (kuruluş saydamlığını) piyasa menfaatine aykırılık kavramı altında değerlendiren bir görüşe dayandırılmaktadır (440 vd). Klasik görünümü ile içerik denetiminde ise saydamlık (uygulama saydamlığı) içerik denetiminde önemli menfaat dengesizliği unsuruna etki eden olgulardan biri olarak görülmektedir (436 vd, 439 vd).

¹²⁹ Saydamlık denetiminin uygulamalarından biri olan kuruluş saydamlığı, sözleşmenin kuruluşundan önceki aşamada müşterilerin haklarının ve sorumluluklarının doğru ve anlaşılır şekilde aktarılmasına, müşterinin piyasa alternatifleri arasında tercih yapmak suretiyle sözleşme özgürlüğüne işlerlik kazandırılması gerekliliğine dikkat çeker. Sözleşme özgürlüğü ilkesi ancak müşteri müzakere sonuçlarını gerçekten hayata geçirebilirse anlam taşır. Saydamlık kuralının

b. Bireysel Bir Sözleşme Kaydı ile Etkileşime Girmeye Bağlı Toplama Etkisi

Toplama etkisinde inceleme konusu sözleşme kayıtlarından birisinin bireysel bir sözleşme kaydı olması mümkündür¹³⁰. Söz konusu bireysel sözleşme kaydı, karşı tarafın aleyhine bir genel işlem koşulunun olumsuz etkisini arttırıp onun geçersizliğine sebebiyet verebilir¹³¹. Bireysel bir sözleşme kaydı ile etkileşime girmeye bağlı toplama etkisinde geçerli olan bir bireysel sözleşme kaydı, tek başına incelendiğinde geçerli olan bir genel işlem koşulu ile etkileşime girip onun geçersizliğine sebebiyet vermektedir¹³².

İçerik denetiminin konusu genel işlem koşullarının denetimi olup değinilen durumda bireysel sözleşme kaydının geçersizliği gündeme gelmeyecektir¹³³. Örneğin bir veresiye satış sözleşmesine ilişkin (adi veya ticari) bir standart sözleşme düşünülün. Bu sözleşmede tek başına geçerli olan ve ayıp durumunda karşı tarafın (alıcının) başvurabileceği seçimlik hakkı onarım ile sınırlayan bir genel işlem koşulu bulunsun¹³⁴. Değinilen kayıt, onarım hakkının ileri sürülme-

farklı yoğunlukta görüldüğü TBK m. 20 vd. ve özellikle saydamlık denetimi ile RKHK ve TTK m. 55 f. 1 f'ın birlikte uygulanabilirliği hakkında bkz. Antalya ve Doğancı, 'Koşul Rekabeti I' (n 13) 5507 vd.; Antalya ve Doğancı, 'Koşul Rekabeti II' (n 13) 53 vd.

¹³⁰ Genel işlem koşulu denetiminde bireysel anlaşma kavramı ve bunun ispatı hakkında açıklamalar için örneğin bkz. İsmail Atamulu, 'Genel İşlem Şartlarında Şahsi (Bireysel) Anlaşmanın Mevcudiyetini İspat Yükü' (2018) 13 (1) Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 101, 122 vd.

¹³¹ Widmer (n 27) para 302; Coester (n 3) BGB §307, para 139; Pfeiffer (n 13) BGB §307 para 213. Bireysel sözleşme kayıtlarının toplama etkisine dahil olmayacağı şeklinde aksi yöndeki görüş için bkz. Looschelders (n 91) BGB §307 para 11.

¹³² Coester (n 3) BGB §307, para 139; Pfeiffer (n 13) BGB §307 para 213; Stoffels (n 4) para 486; Stefan (n 27) 225 ff.

¹³³ Widmer (n 27) para 302; Coester (n 3) BGB §307, para 139; Pfeiffer (n 13) BGB §307 para 213; Stefan (n 27) 225 ff.

¹³⁴ Taşınır satış sözleşmelerinde sözleşme taraflarınca satıcının (kullanıcının) ayıptan sorumluluğunun sınırlandırılması ve alıcıya (karşı tarafa) seçimlik hak olarak sadece onarım hakkı tanınması mümkündür. Bu konuda örneğin krş. Cevdet Yavuz, Faruk Acar ve Burak Özen, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler Birinci Cilt* (11. Baskı, Beta Yayıncılık 2021) 150 vd; Mustafa A Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt I* (3. Baskı, Vedat 2014) 78 vd; Aydın Zevkliiler ve Emre Gökyayla, K. Emre, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri* (20. Baskı, Vedat 2020) 127; Sert Sütçü Selin, 'Satış Sözleşmesi' in Turgut M Öz (ed), *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (Seçkin Yayıncılık 2023) 102 vd; Fahrettin Aral ve Hasan Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri* (16. Baskı, Yetkin 2023) 164; Eren, *Borçlar Hukuku Özel* (n 60) para 458. Son zikredilen yazar, genel işlem koşuluyla öngörülecek bir sorumsuzluk kaydına ilişkin değerlendirmesinde bu kaydı; kural olarak (içerik denetiminden önce uygulama alanı bulacak) özel kapsam denetimi dahilinde şaşırtıcı kayıt sayılarak yazılmamış sayılabileceğini (TBK m. 21 f. 2, TBK m. 22) veya yorum denetimi dahilinde belirsiz bir kayıt kabul edilerek karşı taraf lehine yorumlanmasının (TBK m. 23) gündeme gelebileceğini belirtmektedir (krş. para 460). Bununla birlikte

sini sözleşme bedelinin tamamının veya karşı taraf yönünden beklenemeyecek önemli bir bölümünün ödenmiş olmasına bağlayan bir bireysel sözleşme kaydı ile etkileşime girerek onun aleyhine dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edebilir¹³⁵.

Bir başka örnek olarak satış sözleşmesine ilişkin bir tüketici standart sözleşmesinde bir yer alan bir genel işlem koşulu düşünülebilir. Söz konusu sözleşme kaydı, karşı tarafın (alıcının) onarım hakkını ölçülü sınırlandırmakta ve bu anlamda onun aleyhine olmakla birlikte geçerli kabul edilmektedir¹³⁶. Aynı zamanda taraflar arasındaki başka bir kira sözleşmesi dolayısıyla kullanıcının karşı tarafa bir kira bedeli ödeme borcu bulunmaktadır. Bu bağlamda satıcı ile arasında yapılan bireysel bir sözleşmeyle karşı tarafın onarım hakkının kullanımı, takas hakkını ileri sürmesinden vazgeçmesine bağlanmıştır¹³⁷. Aktarılan durumda bireysel sözleşmenin kendisi içerik denetimine tabi tutulmaz. Ancak içerik denetimi sözleşmenin bütünü dikkate alınarak yürütülür. Daha sonra gerekçe-

bir tüketici standart sözleşmesinde ayıba karşı sorumluluk hükümlerinin karşı taraf aleyhine sınırlandırılması durumunda HSHŞY'da yer alan örnek yasak koşullarının birinin somut olayda gerçekleşip gerçekleşmediğine öncelikle bakılmalıdır. Nitekim buna olumlu cevap verilirse sözleşme kaydının dengelenebilmesi artık mümkün olmayacaktır. Bu kaydın toplama etkisine tabi tutulmasına gerek kalmadan geçersizliği gündeme gelecektir. Nitekim tüketici standart sözleşmelere ilişkin öngörülen haksız şart örneklerinden bir tanesine göre: "Sözleşmeyi düzenleyen, sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerinden herhangi birini ...ayıplı ifa etmesi halinde, ... sözleşmeyi düzenleyene veya bir üçüncü şahsa yöneltebileceği yasal haklarını ortadan kaldıran ya da ölçüsüz şekilde sınırlayan şartlar" haksız şart sayılır.(HSHŞY Ek-1/b). Alman hukukunda ayıba karşı sorumluluğu sınırlandıran bazı kayıtlar mutlak anlamda örnek yasak koşullar arasında düzenlenmiştir (BGB Art. 309/Nr.8.b). Bu konuda bkz. Yelmen (n 31) 149; Aydoğdu, *Genel İşlem Koşulları Şerhi* (n 1) §25 para 81 vd.

¹³⁵ Krş. Jens Dammann, 5.Teil. ABC der Klauseln", *Wolf/ Lindacher/ Pfeiffer AGB-Recht Kommentar* (6.Baskı, Beck 2013) § 309Nr. 8 lit. b dd para 15; Pfeiffer (n 13) BGB §307 para 213.

¹³⁶ Krş. HSHŞY Ek-1/b.

¹³⁷ TBK m. 145'te borçlunun takas imkanından önceden vazgeçebileceği öngörülmüştür. Yine takas edilecek alacakların aynı borç ilişkisinden doğması aranmamaktadır. Bu konuda örneğin bkz. Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Cilt 1* (n 16) para 1853, 1876 vd; Şahin Akıncı, *Borçlar Hukuku Bilgisi* (14. Baskı, Sayram 2024) 449; Furrer, Müller-Chen ve Çetiner (n 2) para 1769, 1778 vd; Alper Gümüş, *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri* (Yetkin 2021) 1203. Değerlenen sözleşme kaydı adi standart sözleşmede yer alan bir genel işlem koşulu olarak kararlaştırılmış olduğu ihtimalde bu kaydın; somut olayda şartırtıcı kayıt kabul edilmesi ihtimalinde özel kapsam denetimi dahilinde (TBK m. 21 f. 2) veya dürüstlük kuralına (açıkça) aykırı görülmesi ihtimalinde içerik denetimi dahilinde (TBK m. 25) geçersiz olduğu ileri sürülebilir. Takas beyanının ileri sürülmesini sınırlayan/engelleyen bir kaydın, bir tüketici standart sözleşmesinde yer alması ihtimalinde ise HSHŞY kapsamında yer alan örnek yasak koşullarından biri (HSHŞY Ek-1/b, HSHŞY Ek-1/c) altında değerlendirilebilecektir. Yine Alman hukukunda BGB Art. 309 Abs.3'de bu tür kayıtlar, mutlak anlamda bir yasak koşulu olarak kabul edilmiştir. Bu konuda bkz. Aydoğdu, *Genel İşlem Koşulları Şerhi* (n 1) §25 para 67, Yelmen (n 31) 144; Furrer, Müller-Chen ve Çetiner (n 2) para 1779.

leriyle aktarılacağı üzere sözleşmenin bütününden ne anlaşılması gerektiği öğretide tartışmalı olup katıldığımız baskın görüşe göre bireysel sözleşme kayıtları da bu kapsamdadır¹³⁸. Böylece normal şartlarda içerik denetimine aykırı olmayan bir genel işlem koşulu, bireysel sözleşme kaydı ile etkileşime girmeye bağlı toplama etkisine tabi olacak ve onun geçersizliği gündeme gelebilecektir.

Bireysel bir sözleşme kaydı ile etkileşime girmeye bağlı toplama etkisi diğer toplama etkilerinin inceleme konusu sözleşme kayıtlarına etkisi kısaca şu şekilde paylaşılabılır¹³⁹:

- Somut olayda enfekte olmuş (enfekte olmaya bağlı toplama etkisine tabi) bir sözleşme kaydı varsa buna sadece genel işlem koşullarının mı konu olduğu yoksa bunun yanında bireysel bir sözleşme kaydının da mı bulunduğu sorusuna verilecek cevaba göre ikili bir alt ayırım yapılabilir:
- İnceleme konusu sadece genel işlem koşulları ise toplama etkisi sonucu her ikisi de geçersizdir.
- İnceleme konusu sözleşme kayıtları arasında bireysel sözleşme kayıtları da bulunuyorsa haksız olarak nitelendirilenin bireysel sözleşme kaydı mı yoksa genel işlem koşulu mu olduğu sorusuna verilecek cevaba göre hareket edilmelidir.
- Haksız olarak nitelendirilen bireysel sözleşme kaydı ise hem genel işlem koşulu hem de bireysel sözleşme kaydı geçerlidir
- Haksız olarak nitelendirilen genel işlem koşulu ise sadece söz konusu genel işlem koşulu geçersizdir
- Somut olayda izole edilmiş toplama etkisi söz konusu ise buna sadece genel işlem koşullarının mı konu olduğu yoksa bunun yanında bireysel bir sözleşme kaydının da mı bulunduğu sorusuna verilecek cevaba göre ikili bir alt ayrı yapılabilir:
- İnceleme konusu sadece genel işlem koşulları ise toplama etkisi sonucu her ikisi de geçersizdir.
- İnceleme konusu sözleşme kayıtları arasında bireysel sözleşme kayıtları da bulunuyorsa sadece söz konusu genel işlem koşulu geçersizdir.

¹³⁸ Bu konuda bkz. IV, C, 1 numaralı başlık.

¹³⁹ Şematik olarak değinilen duruma paylaştan bir çalışma için krş. Stefan (n 27) 227.

2. Dengeleme Etkisinin Türleri

Dengeleme etkisinin türleri öğretide farklı şekillerde ele alınmakla birlikte bu çalışmada hukukî dengeleme etkisi ve ekonomik dengeleme etkisi şeklinde ikili bir ayrıma tabi tutularak ele alınmıştır¹⁴⁰.

a. Hukuki Dengeleme Etkisi

Dengeleme etkisinin standart uygulamasını yansıtan hukuki dengelemede bir genel işlem koşulunun karşı taraf aleyhine etkileri, karşı tarafın hukuki konumu iyileştiren bir başka sözleşme kaydı ile dengelenmektedir¹⁴¹. İçerik denetiminde dengeleme etkisinin değerlendirilmesinde dengeleme etkisine konu genel işlem koşullarının arasında sıkı bir maddi bağlantı olması (veya benimse-necek terminolojiye göre bunların aynı fonksiyona veya amaca sahip olması) aranmaktadır¹⁴².

Hastane (kullanıcı) ile hasta (karşı taraf) arasında yapılan bir standart sözleşme, örnek olarak verilebilir. Burada unutulmuş eşyalar için hastanenin sorumlu olmayacağına ilişkin genel işlem koşulunun hasta aleyhine etkilerinin, onun değerli eşyalarının korunması için özel bir yer tahsis edilmesini öngören bir genel işlem koşuluyla dengelenmesi¹⁴³ hukuki bir dengelemedir. Bunun gibi örneğin, bir ticari veya adi standart sözleşmedeki bir genel işlem koşulunda kanunda ayıba karşı sorumluluk hükümlerine ilişkin öngörülen karşı tarafın (alıcının) seçimlik haklarına ilişkin tamamlayıcı bir hukuk kuralı onun aleyhine sınırlandırılmıştır. Bunun olumsuz etkilerinin, kanun öngörülen birtakım sınırlamalara (TBK 227/I, b. 3, TBK 227/5) tabi olmayan bir onarım hakkı öngören bir diğer genel işlem koşulu ile dengelenmesi mümkündür¹⁴⁴. Yine örneğin pe-

¹⁴⁰ Fuchs (n 5) BGB §307 para 144. Son zikredilen yazarın yaptığı başka bir ayrıma göre ise göre dengeleme etkisi; aynı fonksiyona sahip (amaçları uyumlu) sözleşme hükümleri arası dengeleme ve amaçları uyumlu olmayan sözleşme hükümleri arası dengelem etkisi şeklinde başka ikili bir alt ayrımda da değerlendirilebilir (para 144). Yine fiyat indirimi argümanının finansal dengeleme (*finanzielle Kompensation*) altında inceleyen bir çalışma için bkz. Coester (n 3) BGB §307 para 129.

¹⁴¹ Fuchs (n 5) BGB §307 para 151.

¹⁴² Krş. Fastrich (n 5) 301; Grüneberg (n 11) BGB §307 para 14; Pfeiffer (n 13) BGB §307 para 212; Fuchs (n 5) BGB §307 para 151; Stoffels (n 4) para 487; Coester (n 3) BGB §307 para 125.

¹⁴³ Atamer, 'Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi' (n 1) 53, dn 130.

¹⁴⁴ Krş. Widmer (n 27) para 299; Probst (n 10) UWG Art 8 para 63; Stoffels (n 4) para 487. Yine krş. BGB § 309 Nr. 8 Buchst. b) Doppelbuchst. bb). Değinen bu hüküm yasal ayıba karşı sorumluluktan doğan taleplerin sonradan iyileştirme talebi ile değiştirilmesine kural olarak izin vermektedir. Türk hukukunda ise tüketici standart sözleşmelerinde ayıba karşı sorumluluk

rakende kitap satıcısı ile yayınevi arasında yapılan standart sözleşmesi zikredilebilir¹⁴⁵. Bu sözleşmede yer alan perakende satıcının mağazasında satamadığı dergileri, yayınevine iade edebilmesi hakkını (*Remissionsrecht*) öngören bir genel işlem koşulu satıcı lehinedir. Buna karşılık bir diğer genel işlem koşulunda yayınevinin kendi ürünleri lehine kapsamlı bir ürün çeşitliliği sağlama ve müdahale yetkisi yer almaktadır. Bunlardan ilkinin satıcı lehine etkileri artık satıcı aleyhine etkileri dengeleyebilir.

Dengeleme etkisinin hukuki sonucu ise bu etkinin yoğunluk seviyesine göre üçlü bir ayırım yapılarak kısaca şu şekilde aktarılabilir¹⁴⁶:

- Dengelemenin seviyesi somut olayda çok yoğunsa önemli bir menfaat dengesizliği tamamen ortadan kalkar,
- Dengelemenin seviyesi standart bir yoğunlukta ise içerik denetimine aykırılık teşkil etmeyecek (önemli olmayan) bir menfaat dengesizliği bulunur,
- Dengelemenin seviyesi çok düşük ise dengeleme etkisi göz ardı edilir ve içerik denetimine aykırılık teşkil eden önemli bir menfaat dengesizliği korunur.

b. Ekonomik Dengeleme Etkisi

Ekonomik dengeleme, dengelemenin istisnai olarak gündeme gelebilen bir uygulamasıdır. Ekonomik dengeleme altında özellikle fiyat avantajı ile dengeleme tartışılmıştır. Örneğin bir finansal kiralama sözleşmesi genel işlem koşulları arasında karşı taraf (kiracı), sigorta ettirme ve prim ödeme yükümlülüğü¹⁴⁷ yanında sigorta hukukundan kaynaklı çeşitli yükümlülükler üstlenmektedir¹⁴⁸. Söz konusu

hükümleri dahilinde tüketicinin sahip olduğu seçimlik hakları ölçüsüz sınırlandıran veya tamamen bertaraf eden sözleşme kayıtları haksız şart olarak kabul edilmektedir. Bu konuda bkz. Aydoğdu, *Genel İşlem Koşulları Şerhi* (n 1) §25 para 81 vd; Yelmen (n 31) 149.

¹⁴⁵ Aktarılan örneğin ilişkin Alman Federal Mahkemesi kararı için krş. BGH, NJW 1982, 645, <<https://beck-online.beck.de/Home>> Erişim Tarihi 28 Kasım 2024. Yine bu karar hakkındaki açıklamalar için bkz. Fuchs (n 5) BGB §307 para 152. Yine bu karar hakkındaki açıklamalar için bkz. Fuchs (n 5) BGB §307 para 152.

¹⁴⁶ Krş. Widmer (n 27) para 295; Stefan (n 27) 227. Son zikredilen yazar, daha önce gerekçeleri ile aktarılan ve bu çalışmada esas alınan görüşten farklı olarak dengeleme etkisinin menfaat dengesizliğinin önemli olup olmadığına ilişkin içerik denetiminin inceleme aşamasına bir etkisi olmadığı görüşündedir (227).

¹⁴⁷ FFFK m. 24 f. 4'e göre: "Kiralama konusu malın sigorta ettirilmesi zorunludur. Malın kimin tarafından sigorta ettirileceği sözleşmede gösterilir. Sigorta primleri kiracı tarafından ödenir".

¹⁴⁸ Söz konusu örnek için bkz. Topuz, *Finansal Kiralama* (n 1) 204. Zaten finansal kiralama sözleşmesinde kullanıcı (banka veya finansal kiralama şirketi) tacirdir. Yazarın haklı olarak belirt-

hükmün karşı taraf aleyhine etkisinin, prim bedeli tutarının bir kısmının onun lehine kiralama bedeline yansıtılarak dengelenmesi mümkün olabilir.

Bir genel işlem koşulunun karşı taraf aleyhine olan etkilerinin fiyat avantajı ile sınırsız bir şekilde dengelenemeyeceğini kabul edilmektedir¹⁴⁹. Fiyat argümanının kabulü için dengelemeye konu fiyat indirimi argümanının inceleme konusu genel işlem koşulu ile çok sıkı maddi bağlantı içinde olması ve bu durumun karşı taraf için açık ve anlaşılır olması gerekir¹⁵⁰. Daha sonraki başlıkta daha detaylı olarak dengeleme etkisinin ve bu kapsamda fiyat argümanının kapsamı ve sınırları incelenecektir. Aşağıda ise özellikle Alman hukuk öğretisi ve içtihatlarında fiyat indirimi argümanının farklı ölçüt ve ayrımlar dahilinde dikkate alındığı bazı durumlar kısaca aktarılmıştır¹⁵¹.

Öncelikle sözleşme konusu ürünün/hizmetin piyasa değerinin düşük olduğu, buna karşılık yüksek meblağlı bir zararın gerçekleşme potansiyeli yüksek olduğu alanlar zikredilmektedir¹⁵². Örneğin; kuru temizleme¹⁵³, otopark hizmeti¹⁵⁴, kısa yol taşıma gibi alanlarda kullanıcının sınırsız şekilde sorumlu tutulması, değinilen hizmetin kabul edilebilir bir fiyat seviyesinde sunulmasına engel teşkil edebilecektir¹⁵⁵.

tiği üzere genel işlem koşullarının finansal kiralama sözleşmesine uygulanmasında ve bunun içerik denetimine aykırı olup olmadığına ilişkin değerlendirmede karşı tarafın tüketici veya tacir olmasına göre ayırım yapılmalıdır. Karşı tarafın tacir olması durumunda içerik denetimi ile yapılacak müdahalenin çıtası yüksek tutulmalıdır. (krş. 205 vd).

¹⁴⁹ Stefan (n 27) 222; Fuchs (n 5) BGB §307 para 145; Widmer (n 27) para 301.

¹⁵⁰ Hess ve Ruckstuhl (n 27) 1206; Stefan (n 27) 223.

¹⁵¹ Bu başlıkta örnek olarak aktarılan durumlar dışında istisnai olarak fiyat indirimi argümanına izin verilebilecek durumlarla karşılaşılabilecektir. Bu bağlamda İsviçre hukuk öğretisinde savunulduğu görülen bu görüş, fiyat argümanının istisnai olduğu vurgulamakla birlikte Alman hukuk öğretisindeki baskın görüşten farklı olarak bunu belli olay gruplarına özgülemek suretiyle sınırlamamaktadır. Buna göre şayet fiyat indirimi argümanı, sınırlandırmaya konu haklarla doğrudan bağlantılıysa ve ayrıca karşı taraf için bu durum açık ve anlaşılırsa bunun dengelemede dikkate alınabileceği belirtilmektedir. Benzer bir yaklaşım İsviçre Federal Mahkemesi tarafından bireysel ve toplu iş sözleşmesi hükümlerinin toplu şekilde karşılaştırılmasında ve bunlar arasında bağlantılı olanların dikkate alınmasında takip edilmiştir. Bu konuda krş. BGE, 4A_629/2011, 6. 6. 2012, para 4, <<http://relevancy.bger.ch>> Erişim Tarihi 9 Kasım 2024; Widmer (n 27) para 301; Hess ve Ruckstuhl (n 27) 1206; Thouvenin (n 55) para 40 ff; Stefan (n 27) 223.

¹⁵² Krş. Coester (n 3) BGB §307 para 137; Stefan (n 27) 223.

¹⁵³ Krş. BGH, NJW 1980, 1953, <<https://beck-online.beck.de/Home>> Erişim Tarihi 28 Kasım 2024.

¹⁵⁴ Fuchs (n 5) BGB §307 para 146; BGH NJW 1968, 1718, 1720, <<https://beck-online.beck.de/Home>> Erişim Tarihi 28 Kasım 2024.

¹⁵⁵ Grüneberg (n 11) BGB §307 para 18; Hess ve Ruckstuhl (n 27) 1206; Coester (n 3) BGB §307 para 136 ff; Fuchs (n 5) BGB §307 para 146.

Öğretide bir görüş yukarıda aktarılan durumda şayet sözleşmenin muhatapı tarafından risk fark edilebilirse fiyat indirimi argümanına dengeleme etkisinde izin verilebileceğini belirtmektedir¹⁵⁶. Değinilen görüşü eleştiren bir diğer görüş, fark edilebilirlik ile maliyet hesabının yansıtılması durumlarının, maddi anlamda ölçüsüz bir menfaat dağılımını hukuka uygun hale getirmeyeceğini ileri sürer. Özellikle karşı tarafın düşük olan bedeli gördüğünde kullanıcının riski üstlenmek istemediğini anlayacağı şeklinde bir kabul uygun değildir¹⁵⁷. Son zikredilen görüşün çıkış noktası tipik ve atipik zararlar arasında ayırmadır. Buna göre kullanıcı tipik zararlara ilişkin riski üstlenmeli (sigorta yaptırmalı veya bu konuda bir seçenek sunmalı¹⁵⁸) ve bunu fiyata ilave olarak yansıtmalıdır¹⁵⁹. Atipik zararlarda ise kullanıcı, sorumluluk sınırlamasını dengelemek üzere daha düşük bir bedel sunmalıdır¹⁶⁰. Ancak fiyat indirimi argümanının değinilen durumlarda kabulü için karşı tarafa ilgili riskin sigorta edildiği bir alternatifin sunulmasının, ekonomik anlamda makul bir seçenek olarak kabul edilememesi gereklidir¹⁶¹. Ayrıca bu durumlarda karşı tarafın değinilen riske karşı kendi tedbirini alabilecek durumda olması gerekir, örneğin karşı tarafın söz konusu riski makul bir bedelle üstlenen bir sigorta yaptırabilme imkanının bulunması böyledir¹⁶².

Benzer şekilde elektrik tedariki alanına ilişkin savunulmuş olan bir görüşe göre fiyat avantajı argümanı, kullanıcının (tedarikçinin) sorumluluk sınırlamasını öngören bir genel işlem koşulunun karşı taraf aleyhine olumsuz etkilerini dengeleyebilir. Ancak bu istisnai durumun kabul edilebilmesi için birtakım şartların sağlanması gereklidir¹⁶³. Öncelikle sorumluluk sınırlamasına konu olan risk ön-
görülebiliyor olmalıdır. Ayrıca karşı taraf, bu riskin kendisine yönelik etkilerini ve kapsamını değerlendirebilmelidir. Nihayet karşı tarafın söz konusu riske ilişkin

¹⁵⁶ Fuchs (n 5) BGB §307 para 146.

¹⁵⁷ Coester (n 3) BGB §307 para 137.

¹⁵⁸ Fuchs (n 5) BGB §307 para 146; Coester (n 3) BGB §307 para 137.

¹⁵⁹ Coester (n 3) BGB §307 para 137

¹⁶⁰ ibid para 137. Fiyat indirimi argümanını kabulüne ilişkin tipik-atipik zarar ayırımının tüm kitle-
sel işlemlere uygulanabilirliğinin kuşkulu olduğu hakkındaki görüş için bkz. Stoffels (n 4) para 495.

¹⁶¹ Krş. Coester (n 3) BGB §307 para 137; Fuchs (n 5) BGB §307 para 146.

¹⁶² Krş. Wurmnest (n 59), BGB §307 para 45 ff.; Fuchs (n 5) BGB §307 para 144 ff, 146, 156, 159.

¹⁶³ Yukarıda paylaşılan bu şartlar hakkında daha detaylı açıklamalar için Bkz. Fuchs (n 5) BGB §307 para 146. Ayrıca son zikredilen eserde değinilen tespitler doğrultusunda verilen Alman Federal Mahkemesi ve bölge mahkemeleri kararları paylaşılmıştır (para 146, dn 557).

sigorta yaptırmayı, değinilen genel işlem koşulu olmaksızın farazi olarak kabul edilebilecek fiyat artışından daha ekonomik olmalıdır.

Ayrıca öğretilerde tipik ve hesaplanabilir maliyetlerin karşı tarafa aktarıldığı durumlarda fiyat indirimi argümanına dengeleme etkisinde izin verilebileceği kabul edilmektedir.¹⁶⁴ Değinilen durumlarda genel işlem koşulu ile elde edilen tasarrufun fiyata olumlu yansıtılmasının, yaşam gerçeğine daha fazla uygun olduğu vurgulanmaktadır. Ayrıca bu tür durumların malın ayıplı olma veya tazminat ödeme risklerinden farklı olduğuna dikkat çekilmektedir. Zira ilgili sözleşme kaydı kararlaştırılmamış olsaydı karşı tarafa sunulacak fiyat farkı, değinilen durumlarda oluşabilecek fiyat farkını karşılamaktadır.¹⁶⁵ Örneğin bir inşaat sözleşmesi genel işlem koşullarında kullanıcının yol masraflarının; bir kira sözleşmesine ilişkin genel işlem koşulunda kira sözleşmesinin başında kiralanın boya veya bazı onarım masraflarının karşı tarafa (iş sahibi, kiracıya) yansıtılması karşılığında ona daha düşük bir bedel (inşaat bedeli, kira bedeli) sunulmuş olması böyledir.¹⁶⁶

Öğretilerde fiyat indirimi argümanının dengeleme etkisinde istisnai olarak kabul edilebileceğinin sıklıkla belirtildiği bir diğer durum, karşı tarafa farklı tarifeler arası seçim yapma imkanının (*offene Tarifwahl*) sunulmasıdır.¹⁶⁷ Örneğin bir sigorta şirketi (kullanıcı) tarafından sigortalıya (karşı tarafa) sunulan tarifelerin, sigorta şirketinin üstlendiği farklı zararlar (riskler) veya muafiyetler için farklı sigorta bedelleri (fiyatlandırmalar) içermesi zikredilmektedir.¹⁶⁸ Yine örneğin karşı tarafa bir mobil haberleşme sözleşmesinde ücretli kâğıt fatura sunulması ile ücretsiz çevrim içi fatura sunulması arasında sunulan seçim böyledir.¹⁶⁹ Burada kullanıcı tarafından¹⁷⁰ karşı tarafa ilgili sözleşmenin (veya bağlan-

¹⁶⁴ Pfeiffer (n 13) BGB §307 para 228; Coester (n 3) BGB §307 para 135, 137; Fuchs (n 5) BGB §307 para 147.

¹⁶⁵ Coester (n 3) BGB §307 para 13; Pfeiffer (n 13) BGB §307 para 228.

¹⁶⁶ Coester (n 3) BGB §307 para 13; Pfeiffer (n 13) BGB §307 para 228.

¹⁶⁷ Erman/Roloff, BGB §307, N. 17; Stoffels (n 4) para 494; Grüneberg (n 11) BGB §307 para 14, 18; Coester (n 3) BGB §307 para 138; Fuchs (n 5) BGB §307 para 148; Pfeiffer (n 13) BGB §307 para 227; Widmer (n 27) para 301; Hess ve Ruckstuhl (n 27) 1206; Probst (n 10) UWG Art 8 para 454; Atamer, *Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması* (n 1) 216.

¹⁶⁸ Coester (n 3) BGB §307 para 138; Widmer (n 27) para 301; Thouvenin (n 55) para 40.

¹⁶⁹ Coester (n 3) BGB §307 para 138; Fuchs (n 5) BGB §307 para 148; Atamer, *Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması* (n 1) 217.

¹⁷⁰ Öğretilerde bazı yazarlarca değinilen istisnanın uygulanabilmesi için bu tarifi aynı kullanıcı tarafından sunulmuş olması gerektiği vurgulanmaktadır. Farklı kullanıcıların, farklı tarifeleri

tılı bir sözleşmenin)¹⁷¹ içeriğine göre farklı bedeller içeren seçenekler, açık ve anlaşılır bir şekilde sunulmalıdır¹⁷².

Tarifeler arasındaki değer farkının makul/adil şekilde belirlenmesi, karşı tarafa sözde bir seçenek sunulmamış olması gerekir¹⁷³. Aktarılan örneklerde karşı tarafa seçim imkânı tanınmış olmakla birlikte bireysel bir sözleşme söz konusu olmamalıdır¹⁷⁴. Bir genel işlem koşulunun bireysel sözleşme kaydına dönüşüp dönüşmediği konusunda belirleyici olan somut olayda karşı tarafın fiilen bunla-

arasında seçim yapma imkanı ise dengeleme etkisine izin verilmemelidir. Aksi bir kabul içerik denetiminin dolanılmasına sebebiyet verir. Zira bu yazarlara göre genel işlem koşulları arasın koşul rekabeti çok sınırlı şekilde işlemektedir. Bu konuda krş. Pfeiffer (n 13) BGB §307 para 229; Fuchs (n 5) BGB §307 para 150.

¹⁷¹ Tarife seçiminin bir sözleşme içinde veya bağlantılı sözleşmeler içinde sunulmuş olmasının fark yaratmayacağı hakkında bkz. Coester (n 3) BGB §307 para 138; Fuchs (n 5) BGB §307 para 152. Son zikredilen yazar, bu konuda mobil telefon satış sözleşmesinin mobil haberleşme sözleşmesi ile veya ayrı olarak farklı fiyatlarla sunulmasını örnek olarak paylaşmaktadır.

¹⁷² Bu durumda dengelemenin kabul edilebilmesi için karşı tarafın kendisine sunulan seçenekler hakkında dikkatinin çekilmesi ve bunların özellikleri hakkında sahip olduğu bilgi dahilinde bunlardan hangisini seçeceğine ilişkin kararını etkili şekilde verebilmesinin sağlanması gerektiği hakkında krş. Thouvenin (n 55) para 41.

¹⁷³ Krş. Coester (n 3) BGB §307 para 138; Wurmnest (n 59), BGB §307 para 47; Fuchs (n 5) BGB §307 para 148. Son zikredilen yazar, bu şartın sağlanıp sağlanmadığının denetiminin sunulan seçenekler arasında bedel ve risk ilişkisinin incelenmesini gerektireceğini belirtmektedir. Bir tereddüt durumunda kullanıcı, sunulan alternatif tarifeler arasındaki bedel farkının hesaplanan riskin tutarıyla örtüştüğünü ve ekonomik anlamda dengelemenin kâğıt üzerinde kalmadığını (sözde olmadığını) ispatlamalıdır (para 148). Yine karşı tarafa sunulan seçeneklerin üstlenilen riskin maliyeti ile örtüşmesi gerektiği hakkında bkz. Pfeiffer (n 13) BGB §307 para 277.

¹⁷⁴ Krş. Atamulu (n 132) 125 vd. Öğretide bir görüş açık tarife durumlarını içerik denetimi dışında kalan taraflar arasında yapılan bireysel bir sözleşmenin kuruluşu olarak görmektedir. Bu görüş hakkında yapılan açıklamalar için bkz. Fastrich (n 5) 305; Coester (n 3) BGB §307 para 138. Son zikredilen yazar, şayet karşı tarafa riskin kendisine geçişine dair gerçek anlamda bir seçim hakkı sunulmuşsa artık somut olayda içerik denetimine tabi olmayan bireysel bir sözleşme kaydının söz konusu olduğu; buna karşılık karşı tarafa gerçek anlamda bir seçim imkanı sunulmamışsa bu durumun içerik denetimine tabi olduğu (ve değinilen durumun dengeleme etkisine tabi olabileceğini) belirtmektedir (para 138). Öğretide başka bir görüş ise (tarifelere ilişkin istisnanın ötesinde) genel olarak dengeleme etkisine konu olduğu ileri sürülen karşı taraf lehine kararlaştırılan kayıtların, bireysel sözleşmeye dönüştüğünün kabul edilmesi gerektiğini, aksi bir kabulün genel işlem koşullarının genel nitelikte olma karakteri ile bağdaşmayacağını ileri sürmektedir. Bu görüş hakkında yapılan açıklamalar için bkz. Looschelders (n 91) BGB §307 para 11. Öğretide diğer bir görüş ise tarife seçimine ilişkin aktarılan durumda içerik denetiminin sınırlarının aşılmadığını belirtmektedir. Karşı tarafın burada kendisine sunulan seçenekler arasındaki seçimi, bu seçeneklere yönelik bir ölçülülük incelemesi veya denetlemesini içermemekte olup kendisine tanınan seçim sadece daha en baştan kullanıcının belirlediği esas edimi etkileyen ekonomik ilişkiye dönüktür. Bu görüş hakkında değerlendirmeler için bkz. Fuchs (n 5) BGB §307 para 148.

rın içeriğine etki edip etmediği, bunların içeriğine etki edebilecek durumda olup olmadığıdır¹⁷⁵. Bu soruya verilecek cevaba göre dengeleme etkisi ve fiyat argümanı değerlendirilmelidir. Aksi takdirde inceleme konusu sözleşme kaydı, içerik denetimi dışındaki alanda kalan bireysel bir sözleşme kaydına dönüşecek ve içerik denetimi aracılığı ile sözleşmeye yapılacak müdahalenin gerekçesi ortadan kalkmış olacaktır¹⁷⁶.

Bunun gibi kullanıcının asli ediminin dışında kalan sözleşmenin amacı ile fonksiyonel anlamda sıkı bir bağı içinde olan bir avantajın karşı tarafa sağlanması ekonomik dengelemenin uygulamalarından biri olarak zikredilebilir¹⁷⁷. Örneğin bir yapı şirketi (kullanıcı) ile tüketici arasındaki standart sözleşmede tüketici aleyhine bir peşin ödeme kaydı yer alsın. Aktarılan genel işlem koşulu-nun tüketici aleyhine etkisinin, tüketici lehine öngörülen peşin ödeme indirimi ve yapının bitireceğine ilişkin sunulan banka garantisi ile dengelenebileceği

¹⁷⁵ İçerik denetiminde müzakere etme unsuru ve içeriğe etki etme esası TKHK m. 5 f. 3'de düzenlenmiştir. Buna karşılık genel işlem koşulu ön denetim aşamasına ilişkin müzakere edil-memiş (tartışılmamış) olma unsuru, TBK'da açıkça yer almamaktadır. Bu unsurun, "önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa" sunulmuş olma kavramının (TBK m. 20) karşıt anlamın-dan çıkarılabileceğine öğretide işaret edilmektedir. Bu konuda krş. Evrim Erişir, 'Yetki Şartla-rının Genel İşlem Koşulu Denetimi' (2014) 16 (Özel Sayı: Prof. Dr. Hakan PEKCANİTEZ'e Ar-mağan) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1141, 1154; İlhan Ulsan, 'Türk Borçlar Kanunu'ndaki Genel İşlem Şartlarına İlişkin Yeniliklerle İlgili Bazı Düşünceler' in Tufan Öğüz (ed), *Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan* (Filiz) 2013, 1222 vd; Civan (n 1) 31 vd, 36 vd; Havutçu, 'Sempozyum' (n 12) 35; Baş (n 27) 285, dn 43; Atamer, 'Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi' (n 1) 21, 24 vd; Eren, Borçlar Hukuku Genel (n 23) para 656 vd.; Atamulu (n 132) 130 vd. Bireysel bir anlaşmanın varlığını kabul için gerek ilgili sözleşme kaydının içeriği-nin gerekse bunun fiilen değiştirebileceği hususunun ortalama bir karşı taraf yönünden anla-şılır olmalıdır. Bir başka deyişle, karşı taraf (kendi birikimi veya profesyonel destekle) sözleş-me içeriğini değiştirebilme potansiyeline sahip olmalıdır. Bu konuda krş. Fastrich (n 5) 273 ff; Çınar (n 21) 54; Civan (n 1) 33 vd; Kocayusufpaşaoğlu (n 2) §23 para 28; Havutçu, *Açık İçerik Denetimi* (n 1) 88; Atamer, *Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması* (n 1) 74, Atamer, 'Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi' (n 1) 22; Aydoğdu, *Genel İşlem Koşulu Denetimi* (n 1) 29. Ayrıca ve özellikle bireysel bir anlaşmanın varlığını kabul için karşı taraf, fiilen somut olayda içeriğine etki edebilecek bir durumda olması gereklidir. Bu konuda krş. Pfeiffer (n 13) §305 para 37, 38; Civan (n 1) 33 vd; Aydoğdu, *Genel İşlem Koşulu Denetimi* (n 1) 29, Havutçu, *Açık İçerik Denetimi* (n 1) 88. Bir başka deyişle kullanıcı ile müzakerede bulunmak karşı taraf için mümkün ve ondan beklenebilir olması gereklidir. Bu konuda bkz. Ulmer ve Habersack (n 149) §305 para 50; Pfeiffer (n 13) §305 para 40. Karşı tarafın, istediği zaman objektif anlamda bir sözleşme kaydını değiştirebilmesinin mümkün olup olmadığı sorusunun, müzakere etme un-surunda kritik ve belirleyici olduğu yönünde bkz. Yılmaz İ Aslan, *Tüketici Hukuku* (6. Baskı, Ekin 2022) 336.

¹⁷⁶ Krş. Civan (n 1) 32; Havutçu, *Açık İçerik Denetimi* (n 1) 88; Atamer, *Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması* (n 1) 77.

¹⁷⁷ Fuchs (n 5) BGB §307 para 149.

belirtilmektedir¹⁷⁸. Yine örneğin sözleşmenin kuruluşu ile standart fiyatın altında veya bedelsiz bir mobil telefon satılması konusunda anlaşılmış olsun. Söz konusu sözleşme kaydının, olağan sürenin bir miktar üstünde sözleşmenin devam edeceğini öngören bir mobil haberleşme sözleşmesine ilişkin genel işlem koşulunun olumsuz etkilerini dengeleyebileceği belirtilmektedir¹⁷⁹.

B. Hüküm İçi Toplama ve Dengeleme Etkileri

Önceki başlıklarda aktarılan hüküm dışı toplama ve dengeleme etkisinde birden fazla sözleşme kaydının maddi etkilerinin toplamı veya bunlardan birini diğerini dengelemesi esas alınmaktadır¹⁸⁰. Bu başlıkta incelenen hüküm içi toplama ve dengeleme etkisinde ise bir genel işlem koşulunun kendi içindeki etkileri incelenir. Hüküm içi toplama etkisinin ise aşağıda değinilecek olan tipik ve atipik olmak üzere iki uygulaması bulunmaktadır.

1. Tipik Hüküm İçi Etki

Tipik hüküm içi toplama ve dengeleme etkisinde, bir genel işlem koşulunun kendi içinde karşı tarafın maddi menfaatlerini etkileyen farklı maddi etkiler ele alınmaktadır. Bu durum standart bir uygulamayı yansıtmaktadır. Zaten içerik denetiminin yürütümü kapsamında hüküm içi söz konusu etkilerin öncelikle incelenmesi ve elde edilecek net etki üzerinden hareket edilmesi gereklidir. Daha somut olarak bir genel işlem koşulunun, karşı taraf aleyhine etkilerinin (olumsuz etkilerinin) toplamı ile eş zamanlı olumlu etkilerin bunları dengelemesi gözetilerek elde edilen net etki, içerik denetimi yürütümünde esas alınır. Ancak bu net etki üzerine diğer hususlar yanında daha önceki başlıklarda ele alınan hüküm dışı toplama ve dengeleme etkileri gözetilerek önemli bir menfaat dengesizliğinin mevcudiyetine ilişkin bir sonuca varılması gerekir. Örneğin uygulamada özellikle banka kredi sözleşmesi genel işlem koşullarında karşı tarafın yaptırması öngörülen konut sigortası, hayat sigortası ve diğer sigortalara ilişkin hüküm içi dengeleme etkisinin düzenli olarak dikkate alındığı görülmektedir¹⁸¹.

¹⁷⁸ Aktarılan örneğe ilişkin Avrupa Adalet Divanı kararına (Freiburger Kommunalbauten v Hofstetter, C-237/02 -ECHR, 21 April 2004-) yönelik değerlendirmeler için bkz. Sirmen (n 20) 127.

¹⁷⁹ Fuchs (n 5) BGB §307 para 149.

¹⁸⁰ Fuchs (n 5) BGB §307 para 155; Stoffels (n 4) para 486; Pfeiffer (n 13) BGB §307 para 213.

¹⁸¹ Aktarılan duruma ilişkin örneğin banka kredi sözleşmesi genel işlem koşullarında karşı tarafın yaptırması öngörülen konut sigortası, hayat sigortası ve diğer sigortalara ilişkin Yargıtay'ın ve

2. Atipik Hüküm İçi Etki

Bu başlıkta değinilecek atipik hüküm içi toplama etkisinde aynı genel işlem koşulunun farklı nitelikte etkileri (maddi ve şekli etkileri) dikkate alınmaktadır. Daha önce bir genel işlem koşulunun açık ve anlaşılır olmamasının (klasik görüşümüyle) içerik denetiminde maddi anlamda karşı taraf mağduriyetini destekleyici bir rol oynadığı¹⁸² aktarılmıştı. Oysa burada tek bir genel işlem koşulunun karşı tarafın maddi menfaatini etkileyen etkileri (kısaca maddi etkileri) ile bunun açık ve anlaşılır olmasının karşı taraf üzerindeki etkileri (kısaca şekli etkileri) bir araya gelmektedir¹⁸³.

Toplama etkisinin atipik uygulamasına yönelik bir eleştiri olarak; söz konusu etkinin ne ölçüde ve ne şekilde olacağına ilişkin ölçütler geliştirmemiş olması ve bu durumun hukuki belirsizlik yarattığı zikredilmektedir¹⁸⁴. Değinilen görüşe karşı öncelikle bu etkinin kapsamının belirlenmesinin zorluk teşkil etmesinin, bunun varlığının karşı taraf aleyhine göz ardı edilmesini haklı çıkarmayacağı söylenebilir. Aksi bir yaklaşım saydamlık ilkesini zedelediği gibi içerik denetimi-

Bölge Adliye Mahkemesi'nin çeşitli kararlarında dengeleme etkisine dikkat çekilmiştir. Yargıtay'ın ve Bölge Adliye Mahkemesi'nin kredi sözleşmesi genel işlem koşullarında karşı tarafın yaptırması öngörülen konut sigortası, hayat sigortası ve diğer sigortalara ilişkin çeşitli kararlarında dengeleme etkisine dikkat çekilmiştir. Örneğin *"Bir sözleşme hükmünün haksız şart olarak kabulü için gerekli bulunan açık ve haksız oransızlık unsurunun gerçekleşen somut olayda bulunmadığı anlaşılmaktadır, zira sözleşmenin bir hükmünün, tüketicinin bir menfaatini ihlâl etmekle birlikte, ona önemli avantajlar da sağladığı anlaşıyor ise artık bu kaydın tüketicinin zararına olduğunu söylemek olanaklı değildir. Davacı bankanın kredi borçlusuna hayat sigortası yaptırmadaki asıl amacının, kredi borcunu teminat altına almak olduğu ve hayat sigortası nedeni ile kredi borçlusunun belli bir prim ödeme borcu altına girdiği anlaşılmakla birlikte, hayat sigortası kapsamına alınmasında davacı sigortalının da bir menfaatinin olduğu açıktır..."*, Antalya 3 BAM HD, 227/384, 23.2.2018; Yargıtay 13 HD, 13296/20839, 23.6.2014, Yargıtay 13 HD, 19772/18204, 9.6.2014; Yargıtay 13 HD, 13224/12713, 21.4.2014; Yargıtay 13 HD, 2875/2058, 28.1.2014, Yargıtay 13 HD, 21828/20812, 02.09.2013; Yargıtay 13 HD, 24541/25687, 15.11.2012, <<https://legalbank.net/arama/mahkeme-kararlari>> Erişim Tarihi 12 Aralık 2024; <<https://www.lexpera.com.tr/ictihat>> Erişim Tarihi 12 Aralık 2024. Yine genel olarak konut sigortası ve diğer sigortalar hakkında bu yönde örneğin krş. Yargıtay 13 HD, 6721/29292, 9.10.2015; Yargıtay 13 HD, 10541/9851, 30.3.2015, Yargıtay 13 HD, 45961/41151, 22.12.2014, <<https://www.lexpera.com.tr/ictihat>> Erişim Tarihi 12 Aralık 2024.

¹⁸² Örneğin bkz. Basedow (n 14) 1049; Gottschalk (n 14) 586.

¹⁸³ Krş. Jobbich (n 43) 24 ff, 74; Ayşe F Şimşek, 'Genel İşlem Şartlarında Şeffaflık İlkesi' (Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi 2011) 221 vd.

¹⁸⁴ Evermann (n 43) 57; Peter H Westermann, 'Das Transparenzgebot - ein neuer Oberbegriff der AGB-Inhaltskontrolle?' in Jürgen F Baur, Klaus J Hopt ve Peter K Mailänder (eds), *Festschrift für Ernst Steindorff zum 70. Geburtstag am 13. März 1990* (De Gruyter 1990) 823, 831 ff.

nin karşı tarafı koruma amacını da zedeleyecektir. Kaldı ki aşağıda aktarılabacak olan atipik toplama etkisinin ilk uygulama halinde içerik denetimi yürütümünde çıkış noktası olarak maddi mağduriyet esas alınarak incelemedeki belirsizlik sınırlandırılmış olmaktadır.

Atipik toplama etkisinin iki alt uygulaması zikredilebilir. Bunlardan ilkinde çıkış noktası olarak karşı tarafın maddi menfaati olumsuz etkilemekle birlikte normal şartlar altında içerik denetimine aykırılık teşkil etmeyecek bir genel işlem koşulu bulunmaktadır. Ancak değinilen hükmün açık ve anlaşılır olmaması durumu (şekli etki), onun maddi etkisini ağırlaştırıcı bir rol oynayarak onun içerik denetimine aykırılığına sebep olmaktadır¹⁸⁵. Şekli etkiye ilişkin incelemede içerik denetimine konu genel işlem koşulunun saydam olmasına ilişkin karşı tarafın menfaati ile kullanıcının (elindeki imkanlar, hükmün ve durumun niteliği gözetilerek) bunu soyut şekilde sunmaktaki menfaati karşılaştırılacaktır¹⁸⁶. Buradaki değerlendirmede sözleşmenin kuruluşu sırasındaki tipik durumlarda dikkate alınacak olup bu kapsamda örneğin, kullanıcının yaptığı açıklama, uyarı ve bilgilendirmeler zikredilebilir¹⁸⁷.

Atipik toplama etkisinin ikinci bir uygulamasında ise hali hazırda maddi menfaati olumsuz etkilemeyen, hatta karşı taraf lehine olan bir genel işlem koşulu bulunmaktadır (kısaca lehe olan kayıt). Ancak lehe olan kayıt açık ve anlaşılır değildir (şekli etki). Örneğin bir taşınır satış sözleşmesi genel işlem koşulları arasında malın ayıplı olması durumunda kanunda yer alan sınırlamala-

¹⁸⁵ Fuchs (n 5) BGB §307 para 333; Pfeiffer (n 13) BGB §307 para 250; Jobbich (n 43) 12. Son zikredilen yazara göre karşı tarafın mağduriyetinin iki farklı görünümünün bütünsel olarak ele alınıp birlikte (kümülatif) değerlendirilmek suretiyle toplanarak bir genel işlem koşulunun geçersizliğine sebebiyet verebilmeleri yadırganmamalıdır. Zira özellikle kapsamlı sonuçlar doğuran genel işlem koşullarının saydam olmaması çok ağır sonuçlar doğurabilecektir (74).

¹⁸⁶ Jobbich (n 43) 12. Aktarılan bu tarz bir değerlendirmenin genel olarak içerik denetiminde yürütülen sözleşme taraflarının maddi menfaatlerinin karşılaştırıldığı inceleme tarzı ile uyumlu olduğu hakkında bkz. Birgit Kreinbaum, *Transparenz und AGB-Gesetz* (Duncker & Humblot 1998) 251; Jobbich (n 43) 12.

¹⁸⁷ Stoffels (n 4) para 566; Pfeiffer (n 13) BGB §307 para 241. Son zikredilen yazar buna karşılık hizmet veya mobil haberleşme sözleşmesi gibi sürekli edimli borç ilişkilerinde örneğin, sunulan bir yan hizmetin fark edilmesi, kullanılması gibi hususlar yönünden sözlü açıklamaların çok sınırlı bir anlamı olduğu, zira ortalama bir karşı tarafın bunu sonradan hatırlamasının kesin olmadığını belirtmektedir. Yine yazar, yazılı uyarı ve açıklamalarında her zaman karşı taraf lehine sonuç doğurmayabileceğini belirtmektedir. Zira sözleşmenin ifa aşamasında karşı tarafın bunları yanında bulunduracağını garanti yoktur (para 242).

ra bağlı olmaksızın¹⁸⁸ onarım hakkının kullanabileceğini öngören bir kayıt bulunduğuna düşünülür¹⁸⁹. Söz konusu genel işlem koşulunun içeriğinin ortalama bir karşı taraf için saydam olmayacak şekilde düzenlenmiş veya bu genel işlem koşulu sözleşmenin beklenmeyen bir yerine konulmuş olsun. Açık ve anlaşılır olmadığı ve karşı taraf tarafından fark edilmesi beklenemeyeceğinden söz konusu lehe kayıt, karşı tarafın seçimlik haklarıyla bağlantılı olan onun aleyhine olumsuz etkiler doğuran bir başka genel işlem koşulunu dengelemeyecektir.

Toplama etkisi bağlamında ise lehe olan kayıtlara ilişkin öğretide tartışmalı olan bir husus; bunun karşı taraf aleyhine olumsuz şekli etkisinin, onun lehine maddi etkisine rağmen içerik denetimine aykırılığına sebebiyet verip vermeyeceğidir.

İçerik denetiminin karşı tarafı doğrudan koruma amacı işaret eden bir görüş, lehe olan kayıtların geçerli olduğunu belirtir¹⁹⁰. Bu görüş, klasik görünümüyle içerik denetimini esas almaktadır. Buna göre bir hükmün açık ve anlaşılabilirliği, ancak önemli olmayan seviyede maddi anlamda mağduriyeti ağırlaştırıcı bir olgu olarak dikkate alınabilir¹⁹¹. Bu anlamda lehe kayıt, saydam olmasa bile maddi anlamda bir mağduriyete sebep olmadığından geçerli kabul edilmelidir¹⁹². Buna karşın klasik görünümüyle içerik denetimine esas almakla birlikte lehe kaydı, istisnai olarak belli durumlarda geçersiz kabul eden bir görüş de bulunmaktadır. Lehe kaydın, karşı tarafın diğer haklarını zamanında kullanamamasına sebebiyet vermesi veya kullanıcının lehe kayda yollama yaparak müşterinin birtakım haklarını ileri sürmesini engellemesi, bu durumlar arasında sayılmaktadır¹⁹³.

¹⁸⁸ TBK'na tabi satışlarda onarım hakkının kullanımına ilişkin bir sınırlama olarak TBK m. 227 f. 1, Nr. 3'de: "Aşırı bir masrafı gerektirmediği takdirde, bütün masrafları satıcıya ait olmak üzere satılanın ücretsiz onarılmasını isteme"; TBK m. 227 f. 5'te ise: "Satılanın değerindeki eksiklik satış bedeline çok yakın ise alıcı, ancak sözleşmeden dönme veya satılanın ayıpsız bir benzeriyle değiştirilmesini isteme haklarından birini kullanabilir" şeklinde belirtilmektedir. Tüketici satışlarında ise bir sınırlama olarak TKHK m. 11 f. 1-c'de: "Aşırı bir masraf gerektirmediği takdirde, bütün masrafları satıcıya ait olmak üzere satılanın ücretsiz onarılmasını isteme"; TKHK m. 11 f. 3 c. 1'de ise: "Ücretsiz onarım veya malın ayıpsız misli ile değiştirilmesinin satıcı için orantısız güçlükleri beraberinde getirecek olması hâlinde tüketici, sözleşmeden dönme veya ayıp oranında bedelden indirim haklarından birini kullanabilir" şeklinde öngörülmüştür.

¹⁸⁹ Krş. Fuchs (n 5) BGB §307 para 330; Pfeiffer (n 13) BGB §307 para 250.

¹⁹⁰ Pfeiffer (n 13) BGB §307 para 250; Fuchs (n 5) BGB §307 para 330, 333; Coester (n 3) BGB §307 para 174.

¹⁹¹ Gottschalk (N 14) 585 vd.; Basedow (n 14) 1049.

¹⁹² Pfeiffer (n 13) BGB §307 para 250; Fuchs (n 5) BGB §307 para 330, 333; Coester (n 3) BGB §307 para 174; Präve (n 14) 143.

¹⁹³ Christian Armbruster, 'Das Transparenzgebot für Allgemeine Geschäftsbedingungen nach der Schuldrechtsmodernisierung' (2004) 6 DNotZ, 437, 439; Pfeiffer (n 13) BGB §307 para 250.

Özgün bir denetim şekli olarak saydamlık denetimini (özel görünümüyle içerik denetimini) benimseyen bir diğer görüş, içerik denetiminin karşı tarafı dolaylı koruma amacına (piyasa fonksiyonuna) vurgu yaparak lehe olan kayıtları genel olarak denetime tabi olduğu ileri sürer. Buna göre klasik görünümüyle içerik denetiminden önce uygulanan saydamlık denetimi, bir genel işlem koşulunun maddi menfaat içeriğinden bağımsız olarak yürütülür¹⁹⁴. Bu anlamda lehe olan kayıtların içerik (saydamlık) denetimine tabi tutulabileceği ve hatta geçersiz olabileceği belirtilmektedir¹⁹⁵.

Saydamlık denetimi sonucu geçersiz olan lehe kayıtlar sebebiyle sözleşmede oluşan boşluğun nasıl tamamlanabileceği son görüş içerisinde ayrıca tartışmalıdır¹⁹⁶. Bazı yazarlara göre, kullanıcıların saydam genel işlem koşulları sunabilmesi için bir teşvik yaratılabilmesi için sözleşmenin tamamlanması aşasında lehe olan kayıttan daha fazla karşı tarafı koruyan bir hükmün ihdas edilmelidir¹⁹⁷.

Başka yazarlara göre ise sözleşmenin tamamlanması aşamasına caydırıcı bir anlam yüklenmemeli ve karşı tarafa tek taraflı bir menfaat kazandırmak amaçlanmamalıdır¹⁹⁸. Burada lehe olan kayıttan daha fazla karşı tarafı koruyan bir hükmün ihdasının, sözleşmenin tamamlanmasının sınırlarını aşacağına ve sözleşme düzenine aşırı bir müdahale teşkil edeceğine işaret edilmektedir¹⁹⁹. Bu bağlamda sözleşmenin tamamlanmasına ilişkin sözleşme taraflarının sözleşme-

¹⁹⁴ Jobbich (n 43) 18; Evermann (n 43) 66; Kreinbaum (n 187) 257, 289.

¹⁹⁵ Jobbich (n 43) 14, Doğancı (n 2) 509 vd, 571 vd.; Kreinbaum (n 187) 257. Son zikredilen yazar lehe, ancak saydam olmayan kayıtların geçerliliğinin savunulmasının ilk bakışta içerik denetiminin amacına uygunmuş gibi görünüyorsa olmasına karşın böyle bir yaklaşımın saydamlık kuralının gerçek potansiyelini göz ardı edeceğini belirtmektedir. Yazar, saydamlık denetiminin rekabeti ve sözleşme özgürlüğünü güçlendirme amacının diğer kayıtlar yanında lehe olan kayıtlarda da mevcut olduğuna dikkat çekmektedir (256 ff). Aksi yönde klasik anlamda içerik denetimini esas alan bir görüşün saydamlık denetiminin varlığı kabul etmemesinin nedenlerinden biri lehe olan kayıtlardır. Şöyle ki saydamlık denetiminin varlığının kabulü halinde, bunun zorunlu sonucu olarak lehe olan kayıtların geçersiz olacağını ve bunun içerik denetimim sözleşmeyi sağlama adaleti ile bağdaşmayacağını belirtmektedir. Bu görüş ve aktarılan açıklamalar için krş. Jürgen Schäfer, *Das Transparenzgebot im Recht der Geschäftsbedingungen* (Peter Lang 1992) 157; Kent (n 14) 277 ff.

¹⁹⁶ Pilz (n 43) 236 ff.; Doğancı (n 2) 568 ff.

¹⁹⁷ Krş. Corinna Dylla-Krebs, *Schranken der Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen-Eine systematische Abgrenzung kontrollfreier von kontrollunterworfenen Klauseln* (Nomos 1990) 63 ff.; Fuchs (n 5) BGB §307 para 363; Evermann (n 43) 92 ff.

¹⁹⁸ Krş. Doğancı (n 2) 569; Şener Akyol, *Sözleşmenin Yorumu* (Vedat 2010), 19.

¹⁹⁹ Bu yöndeki tespit ve diğer gerekçeler için bkz. Doğancı (n 2) 569 ff., 573 ff; Fahr (n 1) 162

nin kuruluş anındaki farazi iradelerine yönelik yürütülecek değerlendirme sonucu, içerik olarak lehe olan kayıtla aynı nitelikte bir hüküm ihdas edilebilir²⁰⁰. Bu şekilde kullanıcıların saydam genel işlem koşulları sunabilmesi için bir teşvik yaratılabilmesi mümkündür²⁰¹. Şöyle ki lehe olan kayıtları karşı tarafa saydam olmayacak şekilde sunan kullanıcının, sıklıkla sözleşme öncesi özen yükümlülüğünü kursurlu olarak ihlal ettiği kabul edilebilecektir²⁰². Bu anlamda, kullanıcı karşı tarafın sözleşmenin kuruluş aşamasında piyasa seçenekleri değerlendirememiş, sözleşmenin uygulama aşamasında kendisine tanınan hakları kullanamamış olmasına bağlı olarak uğradığı zararları tazmin etmesi gündeme gelebilecektir²⁰³. Lehe kayıtların saydamlık denetimi tabi tutulması ve ödenecek tazminatlara bağlı olarak kullanıcı açısından piyasada itibar kaydı gündeme gelebilecek olup değinilen durumda dolaylı da olsa caydırıcı bir etki yaratabilecektir.

IV. Toplama ve Dengeleme Etkilerinin Kapsamı

A. Genel Olarak

Gerek toplama gerekse dengeleme etkisinin değerlendirilebilmesinin ön koşulu, değerlendirmeye konu sözleşme kayıtlarının karşı tarafın menfaatinin doğrudan veya dolaylı şekilde etkiliyor olmasıdır²⁰⁴. İçerik denetiminin yürütümünde olumlu ve olumsuz etkiler arasında sınırsız bir toplama ve dengeleme kabul edilmemektedir. Aksi halde inceleme konusu genel işlem koşulunun ötesinde, sözleşmenin bütünü denetime tabi tutulmuş olur²⁰⁵. Böyle bir yaklaşım somut ihtilafta büyük bir zaman kaybına yol açabilir ve hukuk güvenliğini zedeleyebilir²⁰⁶. Bundan dolayı baskın yaklaşım sınırlı bir kapsamda dengeleme ve toplama etkisini kabul etmektedir.

²⁰⁰ Krş. Manfred Wandt, 'Ersetzung unwirksame ALB im Treuhänderverfahren gem. § 172 VVG' (2001), 52 VersR, 1449, 1455 ff.; Pilz (n 43) 237 ff.; Fuchs (n 5) BGB §307 para 363, dn. 1482' deki yazarlar; Doğanç (n 2) 511 vd, 571 vd; İbrahim Kaplan, *Hâkimin Sözleşmeye Müdahalesi* (Yetkin 2013) 104.

²⁰¹ Şimşek (n 242) 216; Doğanç (n 2) 511, dn. 2490.

²⁰² Jobbich (n 43) 211 ff., 231; Doğanç (n 2) 571 ff.

²⁰³ Evermann (n 43) 92; Pilz (n 43) 238; Jobbich (n 43) 211 ff., 251.

²⁰⁴ Stefan (n 27) 225 ff; Furrer, Müller-Chen ve Çetiner (n 2) para 387.

²⁰⁵ Krş. Fuchs (n 5) BGB §307 para 144; Widmer (n 27) para 296, 298; Probst (n 10) UWG Art 8 para 451 ff; Thouvenin (n 55) para 38; Hess ve Ruckstuhl (n 27) 1196.

²⁰⁶ Krş. Probst (n 10) UWG Art 8 para 62; Widmer (n 27) para 298; Stefan (n 27) 223; Pfeiffer (n 13) BGB §307 para 221.

B. Dengeleme ve Toplama Etkisinin Şartları²⁰⁷

1. Dengeleme Etkisinin Şartları

Dengeleme etkisinde bir sözleşme kaydının dikkate alınabilmesi için birtakım şartların sağlanması gereklidir²⁰⁸. Buna göre somut olayda bir iyileşmeye yol açma, belli bir yoğunlukla olması ve konu yönünden bağlantı şartlarını sağlamış olması gerekir.

a. Somut Olayda Bir İyileşmeye Yol Açma

Dengeleme etkisinde bir sözleşme kaydının dikkate alınabilmesi için ilk olarak bunun sözleşmenin karşı tarafının menfaatinde somut bir iyileşmeye yol açması gerekmektedir²⁰⁹. Dengeleme için sözleşmenin kuruluşu itibarıyla potansiyel olarak görülen menfaatler yeterli görülmelidir.

Dengelemenin her somut olayda gerçekleşmesi zorunlu değildir²¹⁰. Örneğin bir genel işlem koşulunda kullanıcıya ifa anında fiyat artışı yapabilme hakkı tanınmıştır. Aynı genel işlem koşulunda eş zamanlı olarak değinilen durumda karşı taraf lehine (bedelsiz/ fesih cezası ödemesine bağlı olmaksızın) sözleşmeden dönme hakkı kararlaştırılmıştır. Aktarılan örnekte söz konusu sözleşme kaydının varlığı, karşı taraf hakkını somut olayda kullanmamış olsa bile dengeleme için yeterli görülebilir²¹¹.

Bir genel işlem koşulu, karşı taraf lehine sadece teorik, pratik anlamda gerçekleşmesi beklenmeyen bir avantajı içeriyorsa bu durum dengelemede yeterli görülmemelidir²¹². Kullanıcı, taktiksel olarak gerçekleşmesi olası olmayan teorik

²⁰⁷ Öğretide yapılan incelemeler sadece veya çıkış noktası olarak dengeleme etkisine ilişkin olduğundan bu başlıkta da benzer bir yaklaşım takip edilmiştir. Buna göre değinilen konuya ilişkin öncelikle dengeleme ve takiben toplama etkisi üzerine görüş ve değerlendirmeler aktarılmıştır.

²⁰⁸ Öğretideki başka bir çalışmada dengeleme etkisi şu iki şart altında incelenmektedir: i) Birbiriyle maddi yönden bağlantılı (*sachlicher Zusammenhang*), ortak bir konu (*eine einheitliche Thematik*) etrafından tek bir bütün gibi görünen sözleşme kayıtlarının karşı taraf lehine ve aleyhine etkileri olması, ii) karşı taraf lehine etkilerin onun aleyhine bozulan sözleşmedeki menfaat dengesini yeniden tesis edebilecek ağırlıkta olması. Bu konuda bkz. Coester (n 3) BGB §307 para 125.

²⁰⁹ Stefan (n 27) 222; Pfeiffer (n 13) BGB §307 para 216.

²¹⁰ Pfeiffer (n 13) BGB §307 para 220.

²¹¹ ibid BGB §307 para 220.

²¹² Coester (n 3) BGB §307 para 127.

faydaları içeren genel işlem koşullarını sözleşmeye dahil ederek somut olayda gerçekleşmesi olası dezavantajları dengeleme yolunu tercih edebilir. Örneğin bir bankanın (kullanıcı) somut olayda sözleşmenin karşı tarafına karşı borçlu temerrüdüne düşmesi olası değildir. Buna rağmen bu banka, bir genel işlem koşulunda karşı taraf lehine temerrüt faiz oranını yüksek belirlemiş olsun. Banka, değinilen karşı taraf lehine teorik, sözde avantajla, onun aleyhine etkili olan dürüstlük kuralına aykırı bir uyarılama klotunu dengelemeyi amaçlamış olabilir²¹³. Benzer şekilde kullanıcı, kanunda ayıba karşı sorumluluk hükümlerinde öngörülen bir seçimlik hakkı bir genel işlem koşuluyla bertaraf etmektedir. Diğer bir genel işlem koşulunda ise söz konusu seçimlik hakka ilişkin talebin ileri sürülebileceği yasal zamanaşımı süresi karşı taraf lehine arttırılmaktadır. Son durumda ilgili seçimlik hakka ilişkin zamanaşımı süresinin arttırılması ona etki etmemektedir²¹⁴.

Benzer şekilde karşı tarafın kendi lehine bir hususu ileri sürmesi durumunda kendisi için yeni dezavantajlar doğduğu bir ihtimalde de aynı sonuca varılabilir²¹⁵. Örneğin bir üretici (kullanıcı) ile satıcı (karşı taraf) arasındaki genel işlem koşullarında üreticiye tek taraflı olarak garanti koşullarını değiştirme imkânı tanınmıştır. Aynı genel işlem koşulunda söz konusu ihtimalde eş zamanlı olarak satıcıya (bedelsiz/ fesih cezası ödemesine bağlı olmaksızın) sözleşmeyi fesih imkânı tanınmıştır. Ancak fesih hakkının kullanımı satıcı için somut olayda önemli bir mağduriyete neden olmaktadır. Örneğin somut olayda üretici, kendi alanında tek bir konuma sahipse²¹⁶ ya da satıcının sözleşmeyi fesih hakkının kullanması, onun ekonomik olarak mahvına neden olacaksa²¹⁷ böyle bir durumla karşılaşılabilir.

Sadece halihazırda geçerli olan yasal bir durumu tekrarlayan sözleşme kayıtları, dengeleme etkisinde dikkate alınmayacaktır²¹⁸. Örneğin 29188 sayılı Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği m. 13 f. 3 c. 2’de:”... tüketiciye teslim edilen malın ... ayıplı olması durumunda tüketici iadeye ilişkin masraflardan sorumlu tutulamaz” şeklinde öngörülmüştür. Bu anlamda bir tüketici standart sözleşmede yer alan bir genel işlem koşulunda malın ayıplı olması durumunda kulla-

²¹³ Aktarılan örnek için bkz. Probst (n 10) UWG Art 8 para 456, dn 648.

²¹⁴ Aktarılan örnek için bkz. ibid, UWG Art 8 para 456.

²¹⁵ Coester (n 3) BGB §307 para 127.

²¹⁶ BGH, NJW 2010, 993 para 35, <<https://beck-online.beck.de/Home>> Erişim Tarihi 30 Mart 2025.

²¹⁷ Aktarılan duruma ilişkin Alman Federal Mahkemesi kararı için bkz. Coester (n 3) BGB §307 para 127.

²¹⁸ Stefan (n 27) 222; Coester (n 3) BGB §307, para 127.

nıcının iade masraflarından sorumlu olmayacağını öngörülmesi, halihazırda tüketici lehine yasal durumu tekrarladığından dengeleme etkisinde dikkate alınmayacaktır²¹⁹.

Kullanıcının dengelemeye konu genel işlem koşulundan eş zamanlı bir fayda elde ediyor olması ise kural olarak değerlendirmeyi olumsuz etkilememektedir. Zira yapılacak değerlendirmede belirleyici olan, içerik denetiminin koruma amacı olan sözleşmenin karşı tarafının korunmasıdır²²⁰. Örneğin bir lastik üreticisi (kullanıcının) ile lastikleri kendinden satın alan satıcı (sözleşmenin karşı tarafı) arasında bir ticari standart sözleşme yapılmıştır²²¹. Söz konusu sözleşmede satıcı lehine bir ispat kolaylığı sağlanmıştır. Buna göre satıcı, kendi müşterilerinin (tüketicilerin) şikayetine konu lastiği üreticiye gönderirken ne bu lastiğin müşteri tarafından kendisinden satın alındığını ne de bu lastiği başka bir satıcının değil kendisinin üreticiden satın aldığını ispatlamak zorunda değildir. Aktarılan sözleşme kaydı, satıcının lehinedir. Bu sözleşme kaydı, aynı zamanda doğrudan üreticinin markasını yayma ve itibarını arttırma stratejisine hizmet etmektedir. Ancak bu durum, değinilen kaydın sözleşmedeki dengeleme etkisinin dikkate alınmasına bir engel teşkil etmemektedir²²².

b. Belli Bir Dereceye Ulaşmış Olma

Dengeleme etkisini kabulü için bunun yoğunluğunun belirli bir dereceye ulaşmış olması gerekir. Örneğin bir (ticari) standart sözleşmede karşı taraf aleyhine kullanıcının hafif ihmalden sorumlu olmayacağına yönelik bir genel işlem koşulunun yer almaktadır²²³. Aynı zamanda söz konusu genel işlem koşu-

²¹⁹ Alman hukukunda benzer verilen bir örnek için krş. Pfeiffer (n 13) BGB §307 para 216. Ancak tüketici işlemi niteliğinde olmayan bir hukuki yapılanmada bu durum dengeme etkisine sebebiyet verebileceği göz ardı edilmemelidir. Yine hukuksal düzenlemeyi tekrar eden genel işlem koşulları belli şartlar dahilinde kendine özgü bir denetim şekli (içerik denetiminin özel bir görünümü) olan saydamlık denetimine tabi olabilir. Bu konuda örneğin bkz. Doğancı (n 2) 492 vd, 506 vd.

²²⁰ Pfeiffer (n 13) BGB §307 para 216.

²²¹ Aktarılan örnek için bkz. BGH, NJW 1996, 390, <<https://beck-online.beck.de/Home>> Erişim Tarihi 30 Mart 2025.

²²² Aktarılan olayda Alman Federal Mahkemesi, söz konusu olguyu dengeleme etkisinde dikkate almıştır. Bununla birlikte Mahkeme, söz konusu sözleşme kaydının satıcıya (sözleşmenin karşı tarafına) sunduğu avantajın dengeleme etkisinin kabulü için yeterli olmadığına hükmetmiştir. Bu konuda bkz. ibid, 390.

²²³ Yukarıda aktarılan örneğin ilişkin bazı tamamlayıcı açıklamalar yapılabilir. Şayet aktarılan örnekte kullanıcının mesleği “uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak ka-

lunda öngörülen riske ilişkin karşı taraf lehine bir sigorta koruması kararlaştırılmıştır. Şayet bu sigortanın kapsamı, karşı tarafın uğrayabileceği zararlar örtüşmüyor veya bunun karşısında yetersiz kalıyorsa dengeleme de sağlanamayacaktır²²⁴. Yine örneğin, bir bankanın (kullanıcının) sunduğu genel işlem koşulunda kredi kartının karşı tarafa bazı ek özellikler sunacağı kararlaştırılmış olsun²²⁵: Aktarılan genel işlem koşulunun karşı taraf lehine etkisi, kredi kartının kötüye kullanılma riskini tamamen karşı tarafa yükleyen bir diğer genel işlem koşulunun onun aleyhine etkisini dengeleyememektedir.

Dengeleme etkisinin seviyenin ne olması gerektiği öğretide tartışmalıdır. Bu bağlamda öğretide azınlıkta kalan bir görüş, dengeleme ile karşı tarafa sağlanan avantajın, karşı tarafın uğradığı dezavantaja nazaran (eş değer olmasının ötesinde) önemli olmasını aramaktadır²²⁶.

Baskın olan görüş ise içerik denetiminin karşı tarafı koruma amacı dikkate alarak en azından onun uğradığı aleyhe etkileri kaldırabilecek, eş değerde (*äquivalenter Ausgleich/ gleichwertiger Ausgleich*) bir dengeleme etkisi aramaktadır²²⁷. Burada birbiriyle bağlantılı, amaçları uyumlu düzenlemeler bütünü (zusammengehörender, zweckkongruenter Regelungskomplex) dikkate alınması gerektiğine işaret edilmektedir. Birbiriyle bağlantılı bir düzenlemeler

nun ya da yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun hafif kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür" (TBK m. 115 f. 3). Değinilen hüküm emredici olup sözleşmenin dışı sınırını teşkil eder. Aktarılan durumda zaten söz konusu sorumsuzluk anlaşması, bu şartları sağlamıyorsa içerik denetimine tabi tutulmadan kesin hüküm olacaktır. Yine aktarılan örnekteki sözleşmeye konu tipik zararın, borçlu tarafından karşılanması, şaşırtıcı olarak kabul edilirse özel kapsam denetimi (TBK m. 21 f. 2) dahilinde yazılmamış sayılacaktır. Aksi halde bu kayıt, içerik denetimine tabi tutulacaktır. Bu konuda örneğin krş. Furrer, Müller-Chen ve Çetiner (n 2) para 1425 vd, 1426; Ahmet M Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (28. Baskı, Turhan 2024) 147 vd; Gümüş, Borçlar Hukuku Genel (n 138) 832 vd, 834 vd.

²²⁴ Aktarılan örnek için krş. Fastrich (n 5) 303; Coester (n 3) BGB §307 para 127; Pfeiffer (n 13) BGB §307 para 217; Atamer, 'Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi' (n 1) 52 vd; Atamer, *Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması* (n 1) 216.

²²⁵ Verilen örnek için bkz. Coester (n 3) BGB §307 para 128. Değinilen örneğin ilişkin bir Alman Federal Mahkemesi için krş. BGH NJW 1991, 1886, 1888, <<https://dejure.org/>> Erişim Tarihi 9 Kasım 2024

²²⁶ Gerekçe belirtilmeksizin bu yönde bkz. Sirmen (n 20) 127; Furrer, Müller-Chen ve Çetiner (n 2) para 387.

²²⁷ Krş. Stoffels (n 4) para 487; Coester (n 3) BGB §307 para 125; Grüneberg (n 11) BGB §307 para 14; Fuchs (n 5) BGB §307 para 151; Pfeiffer (n 13) BGB §307 para 126 ff.; Wurmnest (n 59), BGB §307 para 40; Açıkgöz (n 1) 355; Atamer, 'Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi' (n 1) 52 vd.

bütününden kastedilen ise sözleşme kayıtlarının aynı düzenleme içinde yer almış olmaları olmayıp bunların tipik bir somut ihtilafta birlikte uygulama alanı bulmalarıdır²²⁸.

Bir diğer görüş dengeleme etkisinin yoğunluk seviyesine ilişkin tipik ve atipik durumlar arasında ayırım yapmaktadır²²⁹: İlgili sözleşmenin amacına göre tipik kabul edilebilecek durumlarda karşı tarafın uğramış olduğunu dezavantajla “eş değer” seviyede bir dengeleme aranmaktadır. Sözleşmenin amacı ile bağdaşmayan, atipik, istisnai olasılıklarda ise daha düşük seviyede bir menfaat elde etmiş olma yeterli görülebilir. Örneğin sigorta sözleşmesi genel işlem koşullarına piyasa değeri düşük olan bir eşya konu olmuştur. Bu ihtimalde bu eşyanın zarara uğraması durumunda öngörülen düşük bedelli bir sigorta bedeli, dengeleme için yeterli görülmelidir. Yine örneğin, fiyat uyarlamasına ilişkin bir genel işlem koşulunda kullanıcı lehine fiyat artışları kararlaştırılmış olsun. Fiyat uyarlamasına ilişkin bir diğer genel işlem koşulunda ise eş zamanlı olarak fiyat indirimleri öngörülmüş olsun. Ancak fiyat indirimi, içerdiği ölçütler nedeniyle somut olayda karşı taraf yönünden pratik anlamda uygulanabilir değilse dengeleme gündeme gelmeyecektir²³⁰.

Nihayet bir görüşe göre dengelemeye konu etkinin yeterli nitelikte (*in ausreichendem Masse*) olması aranmalıdır²³¹. Bu görüşe göre içerik denetimi uygulamasında karşı taraf aleyhine etkileri olan genel işlem koşullarına belirli bir seviyeye kadar izin verilebilmektedir. Eş değerde (veya üstü) seviyede bir dengeleme derecesi aramak ise dengeleme etkisinin çıtasını, içerik denetiminin karşı tarafı koruma amacını aşacak şekilde yükseltecektir²³². Bu anlamda bazen bir genel işlem koşulunun düşük seviyede karşı taraf lehine etkisi, başka bir genel işlem koşulunun karşı taraf aleyhine etkisini dengeleyebilir.

Dengeleme etkisi seviyesi belirlenirken esas ölçüt, kanaatimizce içerik denetiminde müdahalenin dayanağı olan dürüstlük kuralı ve daha somut olarak hakkın kötüye kullanılması olmalıdır. Buna göre, içerik denetiminin sözleşmenin karşı tarafını koruma amacı dikkate alınarak içerik denetimini işlevsiz kılacak şekilde yüksek seviyede bir dengeleme yeterli görülmemelidir. Buna karşılık

²²⁸ Pfeiffer (n 13) BGB §307 para 127.

²²⁹ ibid BGB §307 para 219.

²³⁰ Aktarılan örnekler için bkz. ibid, BGB §307 para 219.

²³¹ Hess ve Ruckstuhl (n 27) 1207; Stefan (n 27) 225.

²³² Krş. Stefan (n 27) 225.

düşük seviyede bir dengeleme etkisinin kabulü de sözleşmenin menfaat dengesi ve bu kapsamda kullanıcıyı menfaatlerini göz ardı edecektir. Somut olayda TMK m. 2 gözetilerek eş değer ya da eş değere çok yakın bir etkinin yeterli görülmesi mümkündür.

c. Konu Yönünden Bağlantı

Dengeleme etkisine, konu yönünden bağlantılı sözleşme kayıtları konu olabilir²³³. Ancak karşı taraf lehine ve aleyhine sözleşme kayıtları arasındaki bu bağlantının, ne derece yoğunlukta olması gerektiği öğretide tartışmalıdır.

Bazı eserlerde sözleşmenin karşı tarafının durumu ağırlaştıran ve dengeleyen genel işlem koşulları arasında fonksiyonel bir bağ olması, bunların aynı konuya ilişkin olmaları gerektiğine dikkat çekilmektedir. Ancak bu eserlerde, bu bağlantının yoğunluğunu tartışma konusu yapılmadığı görülmektedir²³⁴.

Öğretide azınlıkta kalan bir görüş, karşı tarafın durumu ağırlaştıran ve dengeleyen genel işlem koşulları arasındaki bağ çok geniş yorumlamaktadır. Bu bağlamda içerik olarak birbirinden bağımsız nitelikteki sözleşme kayıtlarının, birbirini dengeleyebileceği ileri sürülmektedir²³⁵. Bu görüşe göre aşağıda aktarılacak olan dengeleme etkisinde dar anlamda bağlantı şartını arayan görüş tatmin edici değildir. İçerik denetiminin tüm sözleşme genelinde hak ve yükümlülöklere yönelik adaleti tesis etmeyi amaçladığı belirtilmektedir²³⁶.

Öğretide yer alan ve bizim de katılmış olduğumuz görüşe göre ise dengelemeye konu olan sözleşme kayıtları arasında sıkı bir içsel bağlantı (*ein enger*

²³³ Reinhard Damm, 'Europäisches Verbrauchervertragsrecht und AGB-Recht: Zur Umsetzung der EG-Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen' (1994) 4 JZ, 167, 172; Looschelders (n 91) BGB §307 para 11; Coester (n 3) BGB §307 para 125; Stefan (n 27) 222; Açıkgöz (n 1) 355.

²³⁴ Bu konuda bkz. Stoffels (n 4) para 487; Coester (n 3) BGB §307 para 125; Civan (n 1) 251; Sirmen (n 20) 127; Açıkgöz (n 1) 355; Atamer, Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması (n 1) 216.

²³⁵ Krş. Walker (n 27) 137 ff. Gerekçe belirtilmeksizin bağlantı şartının aranmadığı diğer bir eserler için örneğin bkz. Furrer, Müller-Chen ve Çetiner (n 2) para 387. 1981 tarihli UWG Art. 8 döneminde öğretide bir genel işlem koşulunun karşı taraf aleyhine etkisinin, konu yönünden bağlantı aranmaksızın sözleşmenin bütünü ve bu kapsamda bireysel sözleşmeler ile dengelenebileceğinin ileri sürüldüğü hakkında bkz. Thouvenin (n 55) para 39. Yine krş. Gauch (n 32) 53.

²³⁶ Walker (n 27) 138.

sachlichen Zusammenhang)²³⁷ aranmalıdır²³⁸. Dengeleme etkisinin uygulamasının genişlemesi, kullanıcıya dürüstlük kuralına aykırı genel işlem koşullarını ayakta tutabilme konusunda genel bir imkân yaratacaktır. Bu durum, içerik denetiminin etkili şekilde yürütümü ve karşı tarafın etkin bir şekilde korunmasının önüne geçecektir²³⁹. Genel olarak dengelemenin kapsamına ilişkin değerlendirmede içerik denetimini etkisizleştirmemeye özen gösterilmelidir²⁴⁰.

Daha sonra ayrı bir başlıkta aktarılacağı üzere bireysel sözleşmelerin etkile-ri, katıldığımız görüşe göre dengeleme etkisinde belli şartlar dahilinde dikkate alınır²⁴¹. Buna karşılık, sınırsız veya çok geniş bir dengeleme etkisi, içerik denetimini tamamen net etki analizi üzerine kurulu bir genel sözleşme kontrolüne

²³⁷ Widmer (n 27) para 299. Değinen görüş içinde bu durum bazı yazarlarca tercih edilen terminolojiye göre inceleme konusu sözleşme kayıtlarının aynı fonksiyona (*funktionsgleiche*) sahip olduğu şeklinde aktarılmaktadır. Bu konuda bkz. Fuchs (n 5) BGB §307 para 151; Fastrich (n 5) 301. Benzer bir şekilde bunların aynı amaca (*zweckkongruente*) sahip olması gerektiği şeklindeki terminoloji için bkz. Pfeiffer (n 13) BGB §307 para 212. Bu kayıtların karşılıklı bir değişim ilişkin içinde olmaları (*Wechselverhältnis/Wechselbeziehung stehende/ konnexen Regelungen*) veya bağlantılı olmaları (*zusammengehörende/zusammenhang stehende Regelungen*) şeklindeki terminoloji için bkz. Helmut Heinrichs, 'Die EG-Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen' (1993) 29 NJW, 1817, 1820; Grüneberg (n 11) BGB §307 para 14; Looschelders (n 91) BGB §307 para 11. Doğrudan içeriksel bir bağlantı (*direkte inhaltliche Verbindung*) şeklindeki terminoloji için bkz. Hess ve Ruckstuhl (n 27) 1206. Dar anlamda bir bağlantı (*ein enger Zusammenhang*) şeklindeki terminoloji için bkz. Thouvenin (n 55) para 40 ff; Hess ve Ruckstuhl (n 27) 1206 ff.

²³⁸ Widmer (n 27) para 299; Hess ve Ruckstuhl (n 27) 1206; Pfeiffer (n 13) BGB §307 para 127; Fuchs (n 5) BGB §307 para 151; Fastrich (n 5) 301; Grüneberg (n 11) BGB §307 para 14; Looschelders (n 91) BGB §307 para 11. Alman Federal Mahkemesi, diğer alanlardan farklı olarak kolektif sözleşme yapılanmalarında dengelemeye yönelik daha geniş bir ölçüt kullanmakta, karşılıklı menfaatlerin dengelenmesini esas almakta ve bu şekilde aynı amaca hizmet etmeyen sözleşme kayıtları arasında dengelemeyi kabul edebilmektedir. Bu konuda örneğin bkz. Stoffels (n 4) para 488; Coester (n 3) BGB §307 para 128; Fuchs (n 5) BGB §307 para 154). Pfeiffer (n 13) BGB §307 para 205; Grüneberg (n 11) BGB §307 para 15; Coester (n 3) BGB §307 para 128. Son zikredilen yazar, kolektif hazırlanan genel işlem koşullarında dengeleme etkisinin geniş yorumlanmasına yönelik eğilimlerin günümüzde terk edilmeye başlandığına, sınırlı dengeleme esasının burada da geçerli olması gerektiğine işaret etmektedir (para 128).

²³⁹ Tüketici standart sözleşmelerinde dengeleme etkisine ilişkin söz konusu gerekçe için krş. Heinrichs, EG-Richtlinie über missbräuchliche Klauseln (n. 111) 1820; Stefan (n 27) 223 ff. Buna karşılık ticari standart sözleşmelerde dengeleme etkisinin kullanıcı lehine daha geniş yorumlanabileceği belirtilmektedir. Zira bu görüşe göre ticari standart sözleşmelerde ekonomik gerekçeler, tüketici standart sözleşmelere kıyasla daha fazla ön plandadır. Bu yönde örneğin bkz. Looschelders (n 91) BGB §307 para 11.

²⁴⁰ Probst (n 10) UWG Art 8 para 454.

²⁴¹ Bu konuda bkz. IV, C, 1.

(piyasa denetimi aracına) dönüştürebilir²⁴². Böyle sonuç ise içerik denetiminin amacı ve istisnai karakteri ile bağdaşmaz²⁴³.

Bazen hâkimin elinde, farklı menfaatlere hizmet eden hak ve sorumluluklara ilişkin dengelemeye konu sözleşme kayıtlarını karşılaştırmak için uygulanabilir ölçütler bulunmayabilir²⁴⁴. Özellikle karmaşık sözleşme yapılarında hâkimlere bunları dengeleme ve karşılaştırma gibi çok zor bir görev düşeceği ve bu şekilde içerik denetiminin yürütümünün güçleşeceği belirtilmektedir²⁴⁵. Örneğin kullanıcının sorumluluğunu sınırlayan bir genel işlem koşulu düşünülün. Bunun yanında başka bir genel işlem koşulunda kullanıcının, sözleşmenin karşı tarafına karşı ileri sürebileceği bedel alacağının zamanaşımı süresi kısaltılmış olsun. Dengeleme etkisi, değinilen genel işlem koşulları arasındaki ilişkide gündeme gelmeyeceği belirtilmektedir. Zira ilk genel işlem koşulunun karşı taraf aleyhine etkileri ile diğer genel işlem koşulunun onun lehine etkileri arasında dengelemeye esas alınabilecek karşılaştırılabilir bir ölçüt bulunmamaktadır²⁴⁶.

Öğretide bu durumun, içerik denetimi yürütümünün doğal bir sınırını teşkil edeceği ve hukuk güvenliğini zedeleyebileceği belirtilmektedir²⁴⁷. Buna karşılık dengeleme etkisinin dar yorumlanması ve bu kapsamda sıkı bir iç-sel/fonksiyonel bağlantı ölçütü aranması, dengelemenin tespit edilip hâkimin mümkün olduğunca şeffaf ve her iki sözleşme tarafı için de öngörülebilir bir içerik denetimi yürütebilmesine katkı sağlayacaktır²⁴⁸.

Nihayet sıkı bağlantı ölçütünü somutlaştırmak üzere birtakım örnekler paylaşılabılır. Örneğin bir kasa görevlisinin, kaybolan veya eksik olan üründen sorumlulu-

²⁴² Widmer (n 27) para 298; Stefan (n 27) 223; Fuchs (n 5) BGB §307 para 144. Buna karşılık (ilgili eserde bu konuda bir sınırlama zikredilmeksizin) önemli olanın sözleşmenin bütünü dikkate alındığında önemli bir menfaat dengesizliği olduğu; bu kapsamda sözleşmenin bir maddesinin herhangi bir başka maddesi ile ve hatgüçük satış bedeli ile dengelenebileceği hakkında krş. Furrer, Müller-Chen ve Çetiner (n 2) para 387.

²⁴³ Stefan (n 27) 223.

²⁴⁴ Fuchs (n 5) BGB §307 para 153.

²⁴⁵ Krş. Stefan (n 27) 223; Pfeiffer (n 13) BGB §307 para 221. Bir diğer görüş, dengeleme etkisinin kabulünde sözleşme kayıtları arasında sıkı maddi bağlantı aramakla (dengeleme etkisini dar yorumlamakla) birlikte değinilen gerekçeye katılmamaktadır. Bu görüşe göre bir gerekçe olarak tüm sözleşmeyi denetlemenin hâkimin iş yükünü aşırı zorlaştıracak olduğu ileri sürülmesi uygun değildir. Bu yönde bkz. Fuchs (n 5) BGB §307 para 153.

²⁴⁶ Paylaşılan örnek ve söz konusu tespit için bkz. Fuchs (n 5) BGB §307 para 153.

²⁴⁷ Pfeiffer (n 13) BGB §307 para 221.

²⁴⁸ Krş. Widmer (n 27) para 299; Looschelders (n 91) BGB §307 para 11.

ğunu öngören bir genel işlem koşulu düşünölsün. Bu görüşe göre bu sözleşme kaydının olumsuz etkilerinin, kasa görevlisi lehine yıl sonu ürün stoğunun tam olması durumunda belli bir ikramiye/prim verilmesini öngören başka bir genel işlem koşulu ile dengelenmesi mümkündür²⁴⁹. Zira değinilen koşullar arasında ürün stoğu özelinde sıkı bir içsel bağlantı bulunmaktadır. Yine örneğin, finansal kiralama sözleşmesine ilişkin bir ticari standart sözleşmede kullanıcının (finansal kiralama şirketinin) kira hukukundaki ayıba karşı sorumluluğunun sınırlandırılmasını öngören bir genel işlem koşulunun kararlaştırılmıştır. Bunun karşı tarafa (kiracıya) olumsuz etkilerinin, kullanıcının tedarikçiye (satıcıya) karşı satış hukukundan kaynaklanan ayıba karşı sorumluluk taleplerinin karşı tarafa (herhangi sınır ve kısıtlamaya tabi olmadan) devrini öngören başka bir genel işlem koşulu ile dengelenebileceği belirtilmektedir²⁵⁰. Bunun gibi örneğin, bir finansal kiralama sözleşmesi genel işlem koşullarında yer alan hasarın geçişini karşı tarafa aktaran bir hüküm düşünölsün. Bunun olumsuz etkisinin, hasarın geçişi durumunda karşı taraf lehine kısa süreli bir fesih hakkı ile dengelenebilmesinin mümkün olduğu belirtilmektedir²⁵¹.

Nihayet kullanıcının sözleşmedeki sorumluluğu sınırlandıran bir genel işlem koşulu, örnek olarak paylaşılabilir. Bunun olumsuz etkilerinin, karşı tarafın lehine kullanıcının kendisine ileri sürebileceği ücret alacağının zamanaşımı süresini kısaltan başka bir genel işlem koşulunun karşı taraf lehine etkisi ile dengelenmeyeceği belirtilmektedir²⁵².

2. Toplama Etkisinin Şartları

Toplama etkisinin ise gündeme gelebilmesi için öncelikle karşı taraf aleyhine etki doğuracak sözleşme kaydı/kayıtları bulunmalıdır²⁵³. Ayrıca toplama etkisinde inceleme konusu sözleşme kayıtları arasında konu yönünden içsel maddi bağlantı aranmalıdır²⁵⁴. Dengeleme ve toplama etkileri karşılıklı etkileşim için-

²⁴⁹ Krş. Stoffels (n 4) para 487; Fuchs (n 5) BGB §307 para 152; Yağcıoğlu (n 26) 3083.

²⁵⁰ Verilen örnek için krş. Stoffels (n 4) para 487; Looschelders (n 91) BGB §307 para 11; Coester (n 3) BGB §307 para 127; BGH, NJW 2004, 1041, <<https://dejure.org/>> Erişim Tarihi 9 Kasım 2024.

²⁵¹ Söz konusu örnek için krş. Coester (n 3) BGB §307 para 127. Finansal kiralama sözleşmesi standart sözleşmelerinde yer alan çeşitli karşı taraf aleyhine genel işlem koşulları örnekleri için bkz. Topuz, Finansal Kiralama (n 1) 203 vd.

²⁵² Krş. Grüneberg (n 11) BGB §307 para 14; Fuchs (n 5) BGB §307 para 153.

²⁵³ Krş. Fuchs (n 5) BGB §307 para 155; Stoffels (n 4) para 486; Coester (n 3) BGB §307 para 139.

²⁵⁴ Coester (n 3) BGB §307 para 139. Bu yöndeki bazı Alman Federal Mahkemesi kararları için örneğin krş. BGH, NJW 2006, 2116 para 8; BGH, NJW 1993, 532 para 2, <<https://dejure.org/>> Erişim Tarihi 9 Kasım 2024; <<https://beck-online.beck.de/Home>> Erişim Tarihi 9 Kasım 2024.

dedirler.²⁵⁵ Buna göre mantıksal olarak dengeleme için aranan maddi bağlantı koşulunun, toplama etkisi için aranmamasının tutarsız olacağı belirtilmektedir.²⁵⁶

Maddi bağlantı şartı, öğretide katılmış olduğumuz görüşe göre toplama ve dengeleme etkileri arasında farklı yoğunlukta ele alınmaktadır. Bu bağlamda öğretide toplama etkisinde içerik denetiminin karşı tarafı koruma amacından hareketle konu yönünden bağlantıya ilişkin daha düşük şartlarla yetinilmesi, çok yakın bir bağlantı aranmaması gerektiğine işaret edilmektedir.²⁵⁷ Bir AVM'de işyeri kirasını konu alan bir ticari standart sözleşmede yer alan genel işlem koşulları arasında kiracı (karşı taraf) aleyhine kararlaştırılan iki kayıt örnek olarak verilebilir.²⁵⁸ Bunlardan birinde kiracı aleyhine kiralayanın (AVM), kiracının yakın çevresindeki yerlerini rakip işletmelere kiralayabileceği kararlaştırılmıştır. Diğerinde ise kiracının işyerinde müşterilerine sunduğu ürün yelpazesinde bir kısıtlama öngörülmüştür. Aslında bu kayıtların her biri, tek başına içerik denetimine tabi tutulsa bunların geçerli kabul edilmesi mümkündür.²⁵⁹ Ancak aktarılan olayda bunlar arasında karşı tarafın ekonomik hareket alanındaki kısıtlamadan hareketle maddi bir bağlantı mevcuttur. İşletmeyi rekabetten korumayan sözleşme kaydı, aynı zamanda ürün yelpazesi kısıtlamalarını içeren bir işletme yükümlülüğü öngören kayıtla birlikte değerlendirilmektedir. Söz konusu olayda kiracı, ne ürün yelpazesini değiştirerek ortaya çıkan rekabet durumuna uyum sağlayabilmekte ne de çalışma saatlerini kısaltarak maliyetlerini düşürebilmektedir. Bu şekilde bu kayıtlar, toplama etkisi sonucu geçersiz kabul edilebilecektir.²⁶⁰

²⁵⁵ Fuchs (n 5) §307 para 155; Looschelders (n 91) BGB §307 para 11.

²⁵⁶ Stefan (n 27) 224.

²⁵⁷ Krş. Heinrichs, EG-Richtlinie über missbräuchliche Klauseln (n. 111) 1820; Stefan (n 27) 222 ff, 224; Widmer (n 27) para 301; Damm (n 109) 172; Pfeiffer (n 13) BGB §307 para 213. Benzer şekilde toplama etkisinde yakın anlamda bir bağlantı aramadan, (ilgili eserde aktarılan açıklamalardan görüldüğü üzere) herhangi bir bağlantıyı yeterli gören ve sözleşmenin tipi ve amacına göre bir değerlendirme yapılması gerektiğine işaret eden bir görüş için bkz. Looschelders (n 91) BGB §307 para 11.

²⁵⁸ Aktarılan örnek için krş. BGH, NJW 2020, 1507, <<https://beck-online.beck.de/Home>> Erişim Tarihi 9 Kasım 2024.

²⁵⁹ Stefan (n 27) 224.

²⁶⁰ BGH, NJW 2020, 1507, para 31 ff. Öğretide bu kararının, toplama etkisi için ekonomik hareket alanının önemli ölçüde azalması durumuna ilişkin zayıf bir bağlantının bile yeterli olabileceğini gösterdiği belirtilmektedir. Söz konusu karara ilişkin değerlendirilmeler için bkz. Stefan (n 27) 224.

Somut olayda bazen sözleşme kayıtlarının, daha önce düşünülmemiş, sık karşılaşılmayan (atipik) bir olay kurgusu içinde etkileşime girebiliyor olması mümkündür. Bu ihtimalde toplama etkisinde, dengeleme etkisinden farklı olarak sözleşme kayıtları arasında alelade maddi bir içsel bağlantının varlığını yeterli görülebilir²⁶¹. Ancak bu tür durumlarda toplama etkisinde istisnai olarak²⁶² her iki hükmün değil bunlardan sadece gerçekleşmesi beklenebilecek (tipik) bir duruma ilişkin olan genel işlem koşulunun geçersiz olacağı kabul edilebilir²⁶³. Bu şekilde kullanıcının menfaati gözetilerek sözleşmeye ölçülü şekilde müdahale edilmiş olacaktır.

Nihayet toplama etkisinde düşük seviyede olsa bile bir bağlantı şartı aranmalı, sınırsız bir toplama etkisi kabul edilmemelidir. Aksi bir yaklaşım daha önce dengeleme etkisine yönelik olarak açıklandığı üzere içerik denetimini, bir genel işlem koşulu incelemesi ötesinde sadece bütünsel etkiyi esas alan bir sözleşme denetimine dönüştürebilir²⁶⁴.

C. Toplama ve Dengeleme Etkisinin Sınırları

1. Toplama ve Dengeleme Etkisinde Bireysel Sözleşme Kayıtlarının Dikkate alınabilirliği

İçerik denetimine ilişkin incelemenin sözleşme kayıtlarına ilişkin bütünsel bir bakış açısı gerektirdiğini ve tekil sözleşme kayıtlarına ilişkin incelemenin bütünü göz ardı etmeden yürütülmesi gerektiğini²⁶⁵ aktarmıştık. Bu bağlamda toplama ve dengeleme etkilerinin kapsamına ilişkin yöneltmesi gereken soru, sözleşme bütününden kastedilenin tam olarak ne olduğudur.

²⁶¹ Krş. Pfeiffer (n 13) BGB §307 para 213; Stefan (n 27) 224. Benimsenecek görüş dahilinde bir sözleşmenin karşı tarafı olarak tüketicinin özel durumu ve korunması gereği gözetilerek sadece tüketici standart sözleşmelerle sınırlı olarak da bu görüş savunulabilir niteliktedir.

²⁶² Kural olarak toplama etkisinde her iki genel işlem koşulu geçersiz kabul edilmektedir. Bu konuda örneğin bkz. Coester (n 3) BGB §307, para 139; Fuchs (n 5) BGB §307 para 155; Stofels (n 4) para 486; Civan (n 1) 251; Pfeiffer (n 13) BGB §307 para 213; Widmer (n 27) para 302.

²⁶³ Pfeiffer (n 13) BGB §307 para 213. Aksi yönde (yapılan açıklamalardan aksi yönde anlaşılmadığından) her iki genel işlem koşulunun geçersiz olması yönünde bkz. Stefan (n 27) 225.

²⁶⁴ Krş. Fuchs (n 5) BGB §307 para 144; Widmer (n 27) para 298.

²⁶⁵ Hess ve Ruckstuhl (n 27) 1198; Koller (n 27) 289; Furrer, Müller-Chen ve Çetiner (n 2) para 387.

Azınlıkta kalan bir görüş, genel işlem koşulu kontrolünün sadece genel işlem koşullarına ilişkin olması gerektiğini ileri sürer. Bu görüşe göre bireysel sözleşme kayıtları, içerik denetimine ilişkin incelemede göz ardı edilmelidir²⁶⁶.

Bizim de katıldığımız baskın görüşe göre ise içerik denetimine konu bir genel işlem koşulunun (toplama ve dengeleme) etkisine ilişkin değerlendirmeye tüm sözleşme kayıtları dahildir. Bu kapsamda bireysel sözleşme kayıtları da dikkate alınabilir niteliktedir²⁶⁷. Bir genel işlem koşuluna ilişkin etki değerlendirmesinde bunları tamamen göz ardı etmek, tarafların içinde bulunduğu sözleşme ilişkisindeki gerçek menfaat dengesini dikkate alınmaması riskini taşır²⁶⁸. Kaldı ki içerik denetiminin karşı tarafı koruma amacı yanında içerik denetimine ilişkin hükümlerin lafzında genel işlem koşullarının içeriği denetlenirken bireysel sözleşme kayıtlarını dikkate almamaya yönelik bir ifade yer almamaktadır²⁶⁹.

Bireysel anlaşmaların genel olarak içerik denetiminde dikkate alınmaması, toplama etkisinin istenmeden dolanılması riskini de barındırmaktadır²⁷⁰: Şöyle ki kullanıcı, kendi içinde karşı taraf yönünden dezavantajlı olmakla birlikte yine de geçerli olan bir hükmü genel işlem koşulları yerine sözleşmenin bireysel olarak kararlaştırılan içeriğine aktarabilir. Aktarılan ihtimalde ve bireysel anlaşmanın içerik denetiminde dikkate alınmaması durumunda bu sözleşme kaydının, karşı taraf dostu olmayan bir genel işlem koşulu ile karşılıklı etkileşime girmesi mümkün olmayacaktır. Bu durumda bireysel sözleşmeye aktarılan hükmün içeriğinin, bir genel işlem koşulu ile düzenlenebilecek tali bir hususa ilişkin olsa bile karşı tarafın bundan şüphelenmesinin olası olmadığı belirtilmektedir²⁷¹.

²⁶⁶ İsviçre hukukunda bu yöndeki yaklaşım hakkında bkz. Stefan (n 27) 222, dn 2'deki eserler. Alman hukukunda bireysel sözleşme kayıtlarının dengeleme ve toplama etkilerine dahil olmayacağı şeklinde görüş için bkz. Looschelders (n 91) BGB §307 para 11.

²⁶⁷ Coester (n 3) BGB §307, para 114 ff, 124, 139; Stoffels (n 4) para 486; Pfeiffer (n 13) BGB §307 para 212; Wurmnest (n 59), BGB §307 para 38 ff; Widmer (n 27) para 245; Hess ve Ruckstuhl (n 27) 1201; Probst (n 10) UWG Art 8 para 271; Antalya, Borçlar Genel Cilt I (n 2) 510.

²⁶⁸ Krş. Hess ve Ruckstuhl (n 27) 1196 ff; Stefan (n 27) 222.

²⁶⁹ Krş. Stefan (n 27) 222. TKHK m. 5 f. 1'de genel işlem koşulu ve bireysel sözleşme şeklinde herhangi bir ayırım yapmadan "sözleşmeden doğan hak ve yükümlülükler...arasında dengesizlik"den bahsetmektedir. Yine TKHK m. 5 f. 6'da açıkça "Bir sözleşme şartının haksızlığı... sözleşmenin diğer hükümleri veya haksız şartın ilgili olduğu diğer bir sözleşmenin hükümleri dikkate alınmak suretiyle" belirleneceği belirtilmektedir.

²⁷⁰ ibid (n 27) 222.

²⁷¹ ibid 222.

Bireysel sözleşme kayıtlarının içerik denetiminde dikkate alınabilirliğine ilişkin yukarıda aktarılan ön tespitin çok genel ve yanlış anlaşılabilir nitelikte olduğu vurgulanmalıdır. Öncelikle karıştırılmaması gereken, bireysel sözleşme kayıtlarının içerik denetimi dışındaki alanda kaldığı, içerik denetimi ile amaçlanan bir piyasa denetimi olmadığıdır²⁷². Ayrıca vurgulanması gereken, bir genel işlem koşulunun denetiminde bireysel sözleşme koşullarının dikkate alınabilirliğinin kapsamı ve ölçütleri toplama ve dengeleme etkileri arasında farklılaşmaktadır.

Toplama etkisinde bireysel sözleşme kaydı, inceleme konusu genel işlem koşulu ile arasında çok yakın bağlantı varsa dikkate alınabilir²⁷³. Burada karıştırılmaması gereken, toplama etkisinin sadece genel işlem koşulunun geçerliliğini etkileyip tek taraflı olduğu ve bunun aksinin (bireysel sözleşmenin denetime tabi tutulmasının) söz konusu olamayacağıdır²⁷⁴.

Dengeleme etkisinde ise aşağıda aktarılabilecek gerekçelerle bireysel sözleşme kaydı, toplama etkisine kıyasla çok daha sınırlı bir şekilde dikkate alınabilir. İçerik denetiminin amacı gözetilerek dengeleme etkisi özelinde bireysel sözleşme kayıtlarının etkisinin kısmen veya tamamen göz ardı edilip edilmeyeceği, öğretide özellikle fiyat indirimi (avantajı) ile dengeleme bağlamında tartışmalıdır.

2. Dengeleme Etkisinin Sınırları

a. Fiyat İndirimi Argümanı

Fiyat indirimi argümanının, dengeleme türlerinden biri olan ekonomik dengeleme altında değerlendirildiği daha önce ilgili başlıkta aktarılmıştı²⁷⁵. Fiyat (indirimi) argümanı, somut olayda ortalamanın altında bir bedel kararlaştırıldığı iddia edilmesi durumunda ileri sürülebilir²⁷⁶. Ayrıca bunun, inceleme ko-

²⁷² Krş. Looschelders (n 91) BGB §307 para 11; Eren, Borçlar Hukuku Genel (n 23) para 656 vd; Antalya, Borçlar Genel Cilt I (n 2) 476 vd, 513.

²⁷³ Heinrichs, EG-Richtlinie über missbräuchliche Klauseln (n. 111) 1820 Stoffels (n 4) para 486; Pfeiffer (n 13) BGB §307 para 213; Coester (n 3) BGB §307 para 139. Aksi yönde toplama etkisine ilişkin değerlendirmede (bu konuda bir gerekçe aktarılmaksızın) bireysel sözleşme kayıtlarının etkisinin dikkate alınmayacağı hakkında bkz. Looschelders (n 91) BGB §307 para 11.

²⁷⁴ Bu anlamda toplama etkisi, bireysel sözleşme kayıtlarının denetime tabi tutulmasına ve geçersizliğine sebebiyet vermeyeceğidir. Aksi kabul sözleşme özgürlüğüne ölçülü olmayan bir müdahale teşkil edecek ve içerik denetimini bir piyasa denetimine dönüştürecektir. Bu konuda krş. Coester (n 3) BGB §307 para 139; Pfeiffer (n 13) BGB §307 para 213; Widmer (n 27) para 302; Stefan (n 27) 225 ff.

²⁷⁵ Bu konuda bkz. III, A, 2, b numaralı başlık.

²⁷⁶ Krş. Coester (n 3) BGB §307 para 129; Furrer, Müller-Chen ve Çetiner (n 2) para 387.

nusu genel işlem koşulunun geçersiz olması ihtimalinde fiyat artışının gündeme geleceğinin kararlaştırılması şeklinde ileri sürülmesi de mümkündür²⁷⁷. Öğretideki katılmış olduğumuz baskın görüş çeşitli gerekçelerle bir genel işlem koşulunun karşı taraf aleyhine olan etkilerinin, fiyat avantajı ile sınırsız bir şekilde dengelemesini (ekonomik dengelemeyi) kabul etmemektedir²⁷⁸. Aşağıda söz konusu gerekçeler ve fiyat indirimi argümanı özelinde dengeleme etkisinin sınırları irdelenecektir.

Öncelikle sınırsız bir şekilde bireysel anlaşmaların dengelemeye esas alınmasının, içerik denetiminin karşı tarafı koruma ve dürüstlük kuralına aykırı genel işlem koşullarıyla mücadele amaçlarının dolanılmasına sebebiyet vereceği belirtilmektedir²⁷⁹. Zira bu şekilde karşı taraf aleyhine genel işlem koşulu, bireysel sözleşmeler ile dengeleme etkisi aracılığıyla gireceği etkileşimle ortadan kalmayıp muhafaza edilmiş olacaktır²⁸⁰.

Karşı tarafın menfaatine her aykırılığın, bir şekilde ekonomik yönden sınırsız olarak dengelenebileceğinin kabulü, dengeleme etkisinin kapsamını çok genişletecektir²⁸¹. Kaldı ki her mağduriyette her zaman karşı taraf yönünden dengeleme sağlanamaz²⁸². Örneğin olası zarardan doğacak sorumluluğun veya ayıba karşı sorumluluğun kaldırılması gibi durumlarda karşı tarafın menfaati üzerindeki olumsuz etkilerin, varsayılan fiyat avantajı ile uygun bir şekilde dengelenemeyeceği belirtilmektedir²⁸³.

²⁷⁷ Krş. Coester (n 3) BGB §307 para 129.

²⁷⁸ Wurmnest (n 59), BGB §307 para 40, 44, Coester (n 3) BGB §307 para 129 ff; Fuchs (n 5) BGB §307 para 145; Stefan (n 27) 222; Stoffels (n 4) para 493 Grüneberg (n 11) BGB §307 para 18; Walker (n 27) 139 ff; Widmer (n 27) para 300; Thouvenin (n 55) para 39. Son zikredilen eserde aksi yönde içerik denetimi yürütümünde fiyat indirimi argümanına sürekli izin verilmesi görüşünü savunan veya tam tersi fiyat argümanına hiçbir şekilde izin verilmemesini ileri süren eserlere işaret edilmektedir (para 300, dn 622). Yine UWG Art. 8'in uygulamasına ilişkin fiyat indirimi argümanını dengeleme etkisinde sınırsız şekilde kabul eden veya tam tersi bunu tamamen reddeden İsviçre hukukunda yer alan bazı eserler için bkz. Walker (n 27) 138, dn 957 ve 959'da yer alan eserler.

²⁷⁹ Coester (n 3) BGB §307 para 132; Thouvenin (n 55) para 39; Stefan (n 27) 222 ff.

²⁸⁰ Krş. Stefan (n 27) 222 ff. Ancak yazar, bireysel bir sözleşme kaydının karşı taraf aleyhine bir genel işlem koşulunu dengelediği durumlarla nadiren karşılaşılabileceğini belirtmektedir. Zira uygulamadaki olayların çoğunda sözleşme tarafları, karşı taraf lehine bireysel sözleşme kaydı kararlaştırma yolunu tercih etmeyeceklerdir.

²⁸¹ Krş. Fuchs (n 5) BGB §307 para 145.

²⁸² Pfeiffer (n 13) BGB §307 para 224; Stoffels (n 4) para 493; Fuchs (n 5) BGB §307 para 145.

²⁸³ Coester (n 3) BGB §307 para 133.

Dengeleme etkisine içerik denetiminin amacını aşacak şekilde mahkemenin doğrudan fiyat kontrolü yapmasına yol açacak bir anlam yüklenmesinin, sözleşme özgürlüğünün çekirdek alanına müdahale teşkil edeceği göz ardı edilmemelidir²⁸⁴. Ayrıca iddia edilen dengelemeye konu uygun olan fiyatın ne kadar olması gerektiğinin her durumda tespit edilebilir/denetlenebilir/karşılaştırılabilir olabileceğine veya bunun güç olacağına ve bu değerlendirmelerin şeffaf olmaya bileceğine dikkat çekilmektedir²⁸⁵.

Kullanıcı açısından sınırsız bir şekilde uygun fiyatlarla karşı taraf aleyhine genel işlem koşullarının içerik denetiminden geçebileceği şeklinde bir teşvik yaratılmasının hukuk politikası yönünden sakıncalar doğurabileceğine işaret

²⁸⁴ Widmer (n 27) para 150, 300; Thouvenin (n 55) para 11; Coester (n 3) BGB §307 para 131. Sözleşmenin asli konusu ve edim- karşı edim dengesine ilişkin kayıtların içerik denetiminin sınırları dışında kaldığı TKHK m. 5 f. 7 ve Yönerge m. 4 f. 2'de açıkça belirtilmiştir. Zaten içerik denetimine doğal olarak içkin olan bu sınırlamalar, TBK m. 25'te ayrıca yer verilmesine gerek görülmemiştir. Bu konuda krş. Eren, *Borçlar Hukuku Genel* (n 23) para 654 vd; Antalya, *Borçlar Genel Cilt I* (n 2) 513; Nomer, *Borçlar Hukuku Genel* (n 3) para 50b. 1; Çınar (n 21) 121; Baş (n 27) 299 vd; Doğancı (n 2) 347 vd; Atamer, 'Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi' (n 1) 54 vd.; Civan (n 1) 285 vd. Bununla birlikte her zaman içerik denetimi dışı alanın ve bu kapsamda esas ve yan edim arasındaki ayrımın nasıl belirlenebileceği açık olmadığı gibi değinilen hükümlere nasıl bir anlam verilmesi gerektiği de tartışmalıdır. Bu konuda örneğin kz. Wurmnest (n 59), BGB §307 para 3 ff; Stoffels (n 4) para 438 ff; Widmer (n 27) para 150; Doğancı (n 2) 354 vd, 361 vd.

²⁸⁵ Krş. Grüneberg (n 11) BGB §307 para 18; Wurmnest (n 59), BGB §307 para 108; Pfeiffer (n 13) BGB §307 para 224; Stoffels (n 4) para 493; Fuchs (n 5) BGB §307 para 145; Widmer (n 27) para 300; Atamer, *Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması* (n 1) 216; Coester (n 3) BGB §307 para 129 ff. Son zikredilen yazara göre fiyat indirimi argümanının doğruluğu şüphelidir. Yazara göre kullanıcı dostu bir genel işlem koşulunun fiyata yansıtılıp yansıtılmayacağı ve ne kapsamda yansıtılması gerektiği işletmesel olarak (öğretide bu konudaki bazı aksi yöndeki görüşlere rağmen) pratik anlamda ispatlanabilir değildir. Kaldı ki kullanıcı lehine bir maliyet düşüşü gündeme gelmişse bunun karşı tarafa yansıtılacağı kesin değildir (para 130). Yine benzer değerlendirmeler için bkz. Atamer, *Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması* (n 1) 216. Kullanıcı dostu bir genel işlem koşulunun fiyata yansıtılabileceğine ilişkin daha iyimser bir yaklaşım için krş. Fastrich (n 5) 86, 303. Fiyatın (piyasa fiyatının ve sözleşmeye uygun fiyatın) tespit edilememesi gerekçesinin tatmin edici olmadığı, fiyat tespitinde pratik zorluklar bulunmakla birlikte hukuk sisteminde fiyat kontrolüne ilişkin çeşitli örnekler olduğu hakkında bkz. Adelman (n 23) 111 ff; Stefan (n 27) 223. Bu bağlamda örneğin TBK'da taraflarca bedelin üzerinde hiç durulmamış fiyatın belirlenmesini öngören: Satış sözleşmesine (TBK m. 233 f. 1), yayım sözleşmesine, simsarlık sözleşmesine (TBK m. 522, hizmet sözleşmesine (TBK m. 401) ve eser sözleşmesine (TBK m. 481) ilişkin çeşitli hükümler vardır. Karşılıklı sözleşmelerde tarafların ivazın miktarı üzerinde hiç durulmamış olmaları hakkında açıklamalar için bkz. Haluk N Nomer, 'Sözleşmedeki Esaslı Bir Nokta, Özellikle Karşılıklı Borç Doğuran Akitlerde İvazın Miktarı Belirlenmeksizin Sözleşme Kurulabilir mi?' (2013) 8 (Özel Sayı Prof. Dr. Aydın Zevkililer' e Armağan) Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, 2057 vd.

edilebilir²⁸⁶. Dengeleme etkisinin, daha düşük bir fiyat karşılığında dürüstlük kuralına aykırı genel işlem koşullarını yasallaştırmak için kullanımına cevaz verilmemesi gerektiği belirtilmektedir. Zira serbestçe fiyat argümanının kullanıcıya tanınması, onun karşı taraf aleyhine genel işlem koşullarını hukuka uygun hale getirme imkanının kendisine verilmesine sebebiyet verir ve bu durum içerik denetiminin etkinliğini ortadan kaldırır²⁸⁷. Aksi takdirde, daha ucuz seçeneği seçme durumunda bırakılan, finansal imkanları sınırlı olan kişilerin, dürüstlük kuralına aykırı genel işlem koşullarına maruz bırakılmış olacakları vurgulanmaktadır²⁸⁸. Kullanıcı dürüstlük kuralına aykırı bir genel işlem koşulunu, fiyat argümanı üzerinden hukuk sistemine sokabilme imkanına sahip olmamalı, fiyata bu derece bir müdahale piyasa mekanizmasına bırakılmalıdır²⁸⁹. Zaten özel hukuk, genel olarak dürüstlük kuralına aykırı davranışları önüne geçecek uygun yollara (TMK m. 2 f. 2, TTK m. 54 vd., HMK m. 29 vb.) sahiptir²⁹⁰.

Nihayet sınırsız şekilde fiyat argümanına izin verilmesi, arzu edilmeyen makroekonomik sorunları beraberinde getirir. Bu sorunlar ve fiyat argümanına karşı ileri sürülen gerekçeler arasında aşağıya yönelik gerçekleşen genel işlem koşulu rekabeti (*race to the bottom*) de gösterilmektedir²⁹¹. Söz konusu gerekçe, kullanıcıların daha iyi genel işlem koşulları sunmak için çaba harcamayacakları, aksine karşı taraf aleyhine hazırlanmış olan genel işlem koşullarının rekabet avantajı oluşturacağı şeklinde (tartışılabilir olan)²⁹² bir iddia içermektedir²⁹³.

²⁸⁶ Krş. Thouvenin (n 55) para 39; Widmer (n 27) para 300; Coester (n 3) BGB §307 para 132; Stefan (n 27) 223.

²⁸⁷ Coester (n 3) BGB §307 para 131 ff.; Stefan (n 27) 223.

²⁸⁸ Stefan (n 27) 223. Yazara göre aksi halde dürüstlük kuralına uygun davranış ve bu kapsamda haksız olmayan şartlar, varlıklı sosyal sınıfın bir ayrıcalığı olmamalıdır.

²⁸⁹ Krş. Coester (n 3) BGB §307 para 131 ff.; Stefan (n 27) 223.

²⁹⁰ Krş. ibid, 223.

²⁹¹ Coester (n 3) BGB §307 para 132; Thouvenin (n 55) para 39.

²⁹² Değinilen görüşün piyasa katılımcılarının fiyatın yanında diğer hususlara yönelik bilgi sahibi olma isteğini ve fiili imkanlarını göz ardı ettiği hakkında eleştiri için bkz. Becker (n 149) 87. Yine öğretide bir çalışmada çeşitli gerekçelerle koşul rekabetinin ("*Konditionswettbewerb*") kullanıcılar tarafından sunulan genel işlem koşulları arası rekabetin) işleyebileceği ortaya konmuştur. Bu eserde yer alan gerekçelerden birinde gerekli saydamlığın (kuruluş saydamlığının) sağlanması durumunda koşul rekabetine işlerlik kazandırabileceği, TBK m. 20 vd'da yer alan saydamlık kuralı ve özellikle kendine özgü bir denetim şekli olan saydamlık denetiminin, rekabet ve borçlar hukuku arasında köprü bir rol oynadığı belirtilmektedir. Yine bu çalışmada dürüstlük kuralına aykırı sözleşme kayıtlarına karşı birbirini tamamlayacak bir şekilde borçlar hukuku (TBK m. 20 vd), haksız rekabet hukuku ve RKKH uygulanmasının koşul rekabetine işlerlik kazandırmaya katkı sağlayacağı vurgulanmaktadır. Katılmış olduğumuz değinilen görü-

Şu ana kadar aktarılan gerekçelerle dengeleme etkisine ilişkin değerlendirmeye sınırsız bir şekilde fiyat argümanı dahil edilmemelidir.

b. Mutlak ve Nisbi Yasak Koşulları

Dengeleme etkisinin kapsamına ilişkin bir başka sınır, mutlak ve nisbi anlamda dürüstlük kuralına önemli şekilde aykırı olduğu kabul edilen genel işlem koşullarıdır²⁹⁴. Alman hukukunda genel işlem koşullarına ilişkin bazı listelere (örnek yasak koşullara) yer verilmiştir²⁹⁵. Örnek yasak koşullarda hâkimin, içerik denetimini yürütürken bir genel işlem koşulunun dürüstlük kuralına önemli şekilde aykırılığına ilişkin takdir hakkı bulunup bulunmamasına (daha sınırlı olmasına)²⁹⁶ göre ikili bir ayırım yapılmıştır. Buna göre BGB Art. 308'de bazı nisbi anlamda yasak (*Klauselverbote mit Wertungsmöglichkeit*) genel işlem koşulları yer almaktadır. BGB Art.309'da ise mutlak anlamda yasak (*Klauselverbote ohne Wertungsmöglichkeit*) olarak görülen bir takım genel işlem koşulları örnekleri bulunmaktadır²⁹⁷.

şün gerekçeleri ve aktarılan açıklamalar hakkında daha detaylı bilgi için bkz. Antalya ve Doğanç, 'Koşul Rekabeti I' (n 13) 5548 vd, 5552 vd; Antalya ve Doğanç, 'Koşul Rekabeti II' (n 13) 95 vd, 110 vd.

²⁹³ Bu iddiayı içeren, (*race to the bottom*) veya "*market for lemons*" şeklinde isimlendirilen piyasa aksaklığına ilişkin örneğin bkz. Stefan Hennigs, *Unlauterer Wettbewerb durch Verwendung Unwirksamer Vertragsklauseln* (Nomos 2017), 66 ff; Felix Becker, *Die gebotene Grenze zwischen AGB und Individualvereinbarungen im unternehmerischen Geschäftsverkehr* (LIT 2011) 83 ff, 85 ff; Atamer, 'Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi' (n 1) 68 vd; Atamer, 'Değerlendirme Kriterleri' (n 10) 110 vd. Koşul rekabetinin düzgün işleyememesinin temel nedeninin genel işlem koşullarının açık ve şeffaf olmaması, buna bağlı bilgi asimetrisi ve yüksek bilgi tedariki maliyeti olduğu yönünde bkz. Peter Ulmer ve Habersack Mathias, 'Einleitung, §305' in Marcus Bieder et al (eds), *Ulmer Brandner Hensen AGB-Recht Kommentar* (12. Baskı, Ottoschmidt 2016), Einleitung para 8; Atamer, 'Değerlendirme Kriterleri' (n 10) 107 vd, 117.

²⁹⁴ Dengeleme etkisi özelinde bir değerlendirme için Stefan (n 27) 225.

²⁹⁵ Locher (n 45) 100 ff, 125 ff; Eren, Borçlar Hukuku Genel (n 23) para 679 vd; Aydoğdu, *Genel İşlem Koşulları Şerhi* (n 1) §25, para 39 vd. Buna karşılık bir sözleşme kaydının bu listede yer almamış olması, bunun geçerli olduğu anlamına gelmemektedir. Ayrıca bunlar içerik denetimine tabi tutulmakta ve bunun sonucu şayet karşı taraf aleyhine sözleşmede açık bir denge-sizliğe sebebiyet verdikleri anlaşılıyorsa bunların geçersizlikleri gündeme gelmektedir. Bu konuda krş. Wurmnest (n 59), §309 para 4; Coester (n 3) vor BGB §307 para 23; Fuchs (n 5) Vor BGB §307 para 8.

²⁹⁶ Alman hukukunda mutlak anlam yasak koşullarına ilişkin bir değerlendirmede bu hükümlerde geçen unsurlara ilişkin yine hâkime takdir hakkı tanındığı, ancak bunun nisbi anlamda yasak koşullarıyla karşılaştırılınca çok daha sınırlı olduğuna dikkat çekilmektedir. Bu konuda bkz. Coester (n 3) Vor BGB §307 para 22.

²⁹⁷ Looschelders (n 91) Vor § 307-308 para 2; Fuchs (n 5) Vor BGB §307 para 8; Locher (n 45) 100 ff, 125 ff.

Yukarıda aktarılan örnek yasak koşulların, Türk hukukunda niteliği uygun düştüğü ölçüde bir ölçüt olarak dikkate alınabilir oldukları belirtilmektedir²⁹⁸. Ayrıca Türk hukukunda tüketici standart sözleşmelere ilişkin TSHŞY Ek-1'de (ve 93/13/EWG sayılı Yönerge Eki'nde) çeşitli haksız şart örneklerinin yer aldığı bir liste bulunmaktadır. Yine TBK'da mutlak anlamda yasak bir genel işlem koşulu örneği olarak²⁹⁹ kullanıcının, karşı taraf aleyhine sözleşmede tek taraflı değişiklik yapmasına ilişkin TBK m. 24 hükmü yer almaktadır³⁰⁰.

Dengeleme etkisinin uygulanmasında genel işlem koşulunun mutlak anlamda yasak kapsamında yer alıp almaması önemlidir. Çünkü mutlak anlamda yasak kapsamındaki kayıtlar mahiyeti itibarıyla dürüstlük kuralına önemli ölçüde aykırılık teşkil eder. Bu sebeple de hâkimin takdir yetkisini kullanarak aksi yönde bir karar verme imkânına sahip olmadığı kabul edilmektedir. Bu yönüyle de dengeleme etkisine kapalıdır³⁰¹. Örneğin inceleme konusu bir genel işlem

²⁹⁸ Krş. Aydoğdu, *Genel İşlem Koşulları Şerhi* (n 1) §25, para 39 vd; Yelmen (n 31) 133 vd; Eren, *Borçlar Hukuku Genel* (n 23) para 673; Çınar (n 21) 201 vd; Atamer, *Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması* (n 1) 235 vd. İsviçre hukukunda bu yönde krş. Stefan (n 27) 225, Widmer (n 27) para 228 ff.

²⁹⁹ TBK'da tek yanlı değiştirme kayıtları katıldığımız baskın görüşe göre içerik denetiminin mutlak ve özel bir örneği olarak düzenlenmiştir. Bu konuda bkz. Antalya, *Borçlar Genel Cilt I* (n 2) 519; Aydoğdu, *Genel İşlem Koşulu Denetimi* (n 1) 110; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Cilt 1* (n 16) para 518; Civan (n 1) 83; Akcaal (n 2) 61; Yelmen (n 31) 138 vd. Aksi yöndeki görüş ise TBK m. 24'ün lafzı ve madde gerekçesindeki açıklamalara karşın bu hükmü, amaca göre yorum ile genel içerik denetimine ilişkin TBK m. 25 ile birlikte değerlendirmektedir. Buna göre tek yanlı değişiklik kaydı, somut olayda dürüstlük kuralına aykırı ise TBK m. 24'ye göre bunun geçersizliği gündeme gelebilir. Söz konusu görüş için krş. Engin, Baki İlğay, 'Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi', *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu ve Yargıtay Kararları Işığında Factoring Sempozyumu 25-27 Kasım 2011 - Antalya* (Factoring Derneği İktisadi İşletmesi 2012) 58 vd, Ertan (n 11) 363.

³⁰⁰ Yine krş. TSHŞY EK-1, m. 1'de: "(h) Sözleşmeyi düzenleyenin sözleşme şartlarını, sözleşmede belirtilen haklı bir sebep olmaksızın tek taraflı olarak değiştirmesine imkan veren şartlar, ı) Sözleşmeyi düzenleyenin, sözleşme konusu mal veya hizmetin niteliklerini tek taraflı olarak ve haklı bir sebep olmaksızın değiştirebileceğine ilişkin şartlar, i) Sözleşmeyi düzenleyenin mal veya hizmetin bedelini, ifa anında tespit edebileceğini veya yükseltebileceğini öngören ve nihai bedelin, sözleşmenin kurulması anında tespit edilen bedele nazaran çok yüksek olması halinde, tüketiciye sözleşmeden dönme hakkı tanımayan şartlar," haksız şart olarak kabul edilmiştir. Bunun gibi kira sözleşmelerine ilişkin TBK m. 301 veya bankacılık işlemlerinde hesap özetine ilişkin Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu (Kanun Numarası: 5464, Kabul Tarihi: 23.2.2006, RG 1.3.2006/26095) m. 24 f.'2'de diğer yasak koşulu örnekleri arasında zikredilebilir. Değinilen örnekler hakkında açıklamalar için örneğin bkz. Eren, *Borçlar Hukuku Genel* (n 23) para 680 vd.

³⁰¹ Krş. Coester (n 3) Vor BGB §307 para N 22 ff; Fuchs (n 5) Vor BGB §307 para 7, 9; Stefan (n 27) 225 ff.

koşulunun, TBK m. 24'de öngörülen tek yanlı ve karşı tarafın aleyhine olması unsurlarını sağlaması böyledir³⁰². Bunun gibi örneğin, burada kullanıcının yükümlülüklerini yerine getirmemesine rağmen karşı tarafın bütün yükümlülükleri yerine getirmekle yükümlü olacağı öngörülmüş olabilir (TSHŞY EK-1, m.1,I). Yine örneğin, bir genel işlem koşulunda karşı tarafa ifadan kaçınma hakkı tanınmamış olabilir (BGB Art. 309 Abs. 2)³⁰³. Örnek olarak aktarılan bu durumlarda değinilen sözleşme kayıtlarının, dengeleme etkisi ile geçerli olmayacağı kabul edilmektedir³⁰⁴.

Nisbi anlamda yasak kapsamında yer alan kayıtlar ise hâkime tanınan takdir hakkı dahilinde değerlendirmeye tabi tutulur³⁰⁵. Örneğin karşı tarafın, kullanıcının kendisine yapacağı bildirimlere karşı sessiz kalması, belli şartlarla nisbi anlamda yasak koşulu olarak kabul edilmiştir (BGB Art. 308 Abs. 2):³⁰⁶ Buna göre karşı tarafa açık bir irade beyanında bulunabilmesi için makul süre tanınmamış olmalıdır. Ayrıca sessiz kalması durumuna bağlanacak sonuç, karşı tarafla uygun şekilde paylaşılmamış olmalıdır. Sözleşme kaydı, verilen örnekteki gibi "makul", "uygun" gibi hukuki belirsizlik taşıyan kavramlar dahilinde analiz edilmelidir³⁰⁷. Söz konusu değerlendirmede inceleme konusu genel işlem koşulunun geçersiz olduğu sonucuna varılırsa artık bunun dengeleme etkisi ile geçerli hale gelmesi mümkün olmayacaktır. Aksi bir sonucuna varılırsa zaten dengeleme etkisine tabi tutulmaya gerek kalmadan bu kaydın geçerli olduğu kabul edilecektir³⁰⁸. Mutlak ve nisbi anlamda yasak koşulların neler olduğu ve bunların her birinin ayrıca dengeleme etkisi bağlamında incelenmesi bu çalışmanın kapsamını aşacak olup değinilen tespitlerin aktarılması ile yetinilmiştir.

Nihayet bu başlıkta mutlak ve nisbi anlamda yasak koşullara ilişkin açıklamalar, genel işlem koşulu denetim mekanizmasının işleyişine ilişkin katıldığımız

³⁰² TBK m. 24'ün unsurlar hakkında açıklamalar için örneğin bkz. Doğanç (n 2) 419 vd.

³⁰³ Krş. Yelmen (n 31) 140 vd; Aydoğdu, *Genel İşlem Koşulları Şerhi* (n 1) §25 para 63 vd. Yine varsayımsal beyanlara ilişkin benzer bir düzenleme için krş. TSHŞY EK-1, m.1, §'de: "Tüketici-nin, sözleşmenin kurulmasından önce fiilen bilgi sahibi olamayacağı sözleşme şartlarını, geri dönülemez bir şekilde kabul ettiğini öngören şartlar"ın haksız şart olarak kabul edileceği öngörülmüştür.

³⁰⁴ Krş. Stefan (n 27) 226.

³⁰⁵ Coester (n 3) Vor BGB §307 para 21; Wurmnest (n 59), §308 para 3; Looschelders (n 91) BGB §307 para 11; Fuchs (n 5) Vor BGB §307 para 7.

³⁰⁶ Yelmen (n 31) 143 vd; Aydoğdu, *Genel İşlem Koşulları Şerhi* (n 1) §25 para 52 vd.

³⁰⁷ Krş. Fuchs (n 5) Vor BGB §307 para 7.

³⁰⁸ Krş. Pfeiffer (n 13) BGB §307 para 221; Stefan (n 27) 225 ff.

görüş dahilinde³⁰⁹ özetlenebilir. Buna göre dengeleme etkisinin yürütümüne ilişkin yöneltilebilecek sorular, sırasıyla aşamalı olarak şu şekilde aktarılabilir³¹⁰:

Öncelikle sorulması gereken; inceleme konusu genel işlem koşulu/sözleşme kaydı mutlak yasaklayıcı kayıtlar arasında yer alıyor mu?

- Cevap evet ise: İnceleme konusu hüküm dengeleme etkisi devreye girmeden geçersizdir.
- Cevap hayır ise “inceleme konusu genel işlem koşulu nisbi yasaklayıcı koşullar arasında yer alıyorsa mu?” soruna verilecek cevaba göre hareket edilmelidir.
- Cevap evet ise: “Değerlendirme sonucu inceleme konusu genel işlem koşulunun geçerli olup olmadığı” soruna verilecek cevaba göre hareket edilmelidir.
- Cevap evet ise inceleme konusu sözleşme kaydı dengeleme etkisine tabi tutulmadan doğrudan geçerlidir.
- Cevap hayır ise inceleme konusu sözleşme kaydı dengeleme etkisine tabi tutulmadan geçersizdir
- Cevap hayır ise: İnceleme konusu sözleşme kaydı herhangi bir sınırlamaya tabi olmadan dengeleme etkisine tabidir

³⁰⁹ Krş. Looschelders (n 91) BGB §307 para 2; Coester (n 3) Vor BGB §307 para 23; Fuchs (n 5) Vor BGB §307 para 8; Antalya, Borçlar Genel Cilt I (n 2) 509 vd, 519 vd, 521 vd; Doğancı (n 2) 98; Eren, Borçlar Hukuku Genel (n 23) para 683. İçerik denetimi yürütümünde önce özel, sonra ise genel içerik denetimi (TBK m. 25/TKHK m. 5) uygulama alanı bulur. Burada terminolojik olarak genel içerik denetiminden kastedilen genel işlem koşullarına ilişkin içerik denetiminin düzenlendiği TBK m. 25’tir. Özel içerik denetimi ise mutlak ve nisbi yasak koşullara ilişkin içerik denetiminin özel uygulamalarıdır. Aynı yöndeki terminolojik kullanım için örneğin bkz. Antalya, Borçlar Genel Cilt I (n 2) 509 vd, 519 vd; Doğancı (n 2) 98 vd. Buna karşılık öğretide terminolojik olarak genel içerik denetiminin sözleşme kayıtlarının TBK m. 27’de sözleşme içeriğini düzenleme özgürlüğüne getirilen sınırlamalar dahilinde tabi oldukları denetime; buna karşılık özel içerik denetiminin TBK m. 25’te öngörülen denetime karşılık gelmek üzere kullanıldığı görülmektedir. Bu yönde örneğin bkz. Eren, Borçlar Hukuku Genel (n 23) para 660 vd, 662 vd. İçerik denetimine ilişkin öğretide kullanılan farklı terminolojilere ilişkin açıklamalar için bkz. Aydoğdu, *Genel İşlem Koşulları Şerhi* (n 1) §25 para 1, 5.

³¹⁰ Aktarılan açıklamalar ilişkin krş. Stefan (n 27) 226.

Sonuç

İçerik denetiminin yürütümüne ilişkin değerlendirmede dikkate alınması gereken toplama ve dengeleme etkilerine ilişkin hususlarda hukuki belirsizliğin giderilmesi içerik denetiminin gereği gibi yürütümü ve karşı tarafın etkili şekilde korunması açısından kritik önem taşır. Bu etkilerin göz ardı edilmesi ise dürüstlük kuralına aykırı genel işlem koşulu oluşumlarını gündeme getirebilecektir.

İçerik denetiminin yürütümünde esas alınabilecek üç aşamalı inceleme modelinin ilk aşamasında sözleşmedeki hak ve yükümlülükler arasında oransızlık tespit edilir. İkinci aşamasında önemli bir menfaat dengesizliğinin analizinde toplama etkisi ve üçüncü ve ayrı bir aşamada dengeleme etkisinin dikkate alınabilir. Ancak içerik denetiminde toplama ve özellikle dengeleme etkisi, belli sınırlar dahilinde dikkate alınmalıdır. Aksi bir kabul, inceleme konusu genel işlem koşulunun ötesinde sözleşme düzenleme özgürlüğüne aykırı şekilde sözleşmenin bütününe denetime tabi tutmaya sebebiyet verecek, içerik denetimi-pi-yasa denetimine dönüştürebilecektir.

Toplama ve dengeleme etkilerinin türleri, hüküm içi ve dışı olmak üzere ikili bir ana ayırım altında analiz edilebilir. Hüküm içi tipik toplama ve dengeleme etkileri, bir genel işlem koşulunun kendi içinde karşı tarafın menfaatlerini etkileyen maddi etkileri ele almaktadır. Hüküm içi atipik toplama etkisinde ise bir genel işlem koşulunun farklı etkileri, daha somut olarak maddi ve şekli (açık ve anlaşılır olmaya bağlı) etkileri dikkate alınmaktadır. Karşı taraf aleyhine olmakla birlikte önemli bir menfaat dengesizliğine sebebiyet vermeyen sözleşme kayıtları ile lehe kayıtlar, bunun iki alt uygulamasını teşkil ederler.

Hüküm içi kayıtların analizi sonucu elde edilecek edilen net etki, içerik denetimi yürütümünde esas alınır. Ancak bu net etki üzerine diğer hususlar yanında hüküm dışı toplama veya dengeleme etkilerigözetilerek önemli bir menfaat dengesizliğinin mevcudiyetine ilişkin bir sonuca varılması gerekir. Bu kapsamda genel işlem koşulları arasındaki hüküm dışı toplama etkisinin şu türleri zikredilebilir: İzole toplama etkisi, enfekte olmaya bağlı toplama etkisi, göz ardı edilebilecek (bagatell) seviyede toplama etkisi, kitlesel göz ardı edilebilecek (bagatell) seviyede toplama etkisi. Toplama etkisinde genel işlem koşulları gibi bireysel bir sözleşme kaydı da dikkate alınabilir.

Hüküm dışı dengeleme etkisi hukuki dengeleme ve ekonomik dengeleme etkisi olmak üzere ikili bir alt ayırmada incelenebilir. Aslolan hukuki dengeleme etkisidir. Fiyat indirimi argümanı (ekonomik dengeleme) istisnai bazı durumlarda kabul edilebilir.

.Toplama ve dengeleme etkilerinin dikkate alınabilmesi için birtakım şartların sağlanması gereklidir. Bunlar arasında yer alan ve sözleşme kayıtları arasında bulunması gerektiği çalışmada aktarılan maddi/fonksiyonel bağlantı toplama etkisinde dar, dengeleme etkisinde geniş yorumlanmalıdır. Toplama ve dengeleme etkilerinin kapsamına ilişkin değerlendirmede tüm sözleşme kayıtları ve bu kapsamda bireysel sözleşme kayıtları dikkate alınabilir niteliktedir. Bununla birlikte bunun kapsamı ve ölçütleri toplama ve dengeleme etkileri arasında farklılaşmaktadır.

Dengeleme etkisinde bireysel sözleşme kaydı, toplama etkisine kıyasla çok daha sınırlı bir şekilde dikkate alınabilir. Bir genel işlem koşulunun karşı taraf aleyhine olan etkilerinin, fiyat avantajı ile sınırsız bir şekilde dengelemesini kabul edilmemelidir. Nihayet dengeleme etkisinin kapsamına ilişkin bir başka sınır, mutlak ve nisbi anlamda dürüstlük kuralına önemli şekilde aykırı olduğu kabul edilen genel işlem koşullarıdır.

Kaynakça

- Açıkgöz O, *Tüketicinin Korunması Çerçevesinde Mobil Haberleşme Abonelik Sözleşmesinde Genel İşlem Koşulları* (On İki Levha 2013)
- Adelmann N, *Die Grenzen Der Inhaltskontrolle Allgemeiner Versicherungsbedingungen, Entwurf Einer Regelung Für Ein Europäisches VVG* (VVG 2008)
- Akcaal M, 'Borçlar Kanunu'nun Genel İşlem Koşullarına dair Hükümleri Hakkında Bir İnceleme' (2014) 18 (1) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 49-69
- Akinci Ş, *Borçlar Hukuku Bilgisi* (14. Baskı, Sayram 2024)
- Akipek, Jale, Akıntürk T ve Ateş D, *Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, C. 1* (19. Baskı, Beta 2024)
- Akyol Ş., *Sözleşmenin Yorumu* (Vedat 2010)
- Altop A, 'Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'ndaki Genel İşlem Koşulları Düzenlemesi' in Samim Ünan (ed), *Prof. Dr. Ergon A. Çetingil ve Prof. Dr. Reyegan Kender'e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı* (İstanbul Hukuk Fakültesi 2007) 254-260
- -, 'Genel İşlem Koşulları' in M. Murat İnceoğlu (ed), *Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, Makaleler-Tebliğler*, (On İki Levha, 2012), s. 27-45
- Antalya G O, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt V/ 1,1* (2. Baskı, Seçkin 2019)
- -, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt V/ 1,2* (2. Baskı, Seçkin 2019)
- -, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt V/ 1,3* (2. Baskı, Seçkin 2019)
- ve Doğancı D E, 'Genel İşlem Koşullarında Saydamlık Kuralının, Bunun TBK m. 20 vd.'daki Görünümlerinin ve TTK m. 55f.1 f ile TBK m. 20 vd.'nın Birlikte Uygulanabilirliğinin Değerlendirilmesi' (2018) 24 (2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 823-860
- ve Doğancı D E, 'Saydamlık Kuralı Bağlamında Genel İşlem Koşulu Denetimi Yönünden Rekabet Hukukunda Koşul Rekabeti ve Rekabet İhlalinin Değerlendirilmesi (I. Bölüm)' (2018) (16) Legal Hukuk Dergisi, 5507-5588
- ve Doğancı D E, 'Saydamlık Kuralı Bağlamında Genel İşlem Koşulu Denetimi Yönünden Rekabet Hukukunda Koşul Rekabeti ve Rekabet İhlalinin Değerlendirilmesi (I. Bölüm)' (2018) (17) Legal Hukuk Dergisi, 53-134
- ve Topuz M, *Medeni Hukuk: Giriş, Temel Kavramlar, Türk Medeni Kanunu'nun Başlangıç Hükümleri* (5. Baskı, Seçkin 2024).
- Atamer Y M, *Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi* (2. Baskı, Beta 2001)
- -, 'Genel İşlem Şartlarının Denetiminde Yeni Açılımlar' in Rona Serozan (ed), *Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan* (Seçkin 2004) 291-331

- -, 'Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nda Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi' (2005) 4 Hukuki Perspektifler Dergisi, s. 109-115
- -, 'Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi - TKHK M. 6 ve TTK M. 55, F. 1 ile Karşılaştırmalı Olarak' in Başak Şit (ed), *Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu 08.04.2011* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2012) 9-73
- -, 'Genel İşlem Koşulu mu, Bireysel Pazarlıkla Kurulan Sözleşme mi? Tüketici ve Tacir İşlemleri Açısından Karşılaştırmalı Olarak başvurulabilecek Değerlendirme Kriterleri' in Çiğdem Kırca (ed), *Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu* (Vedat 2013) 103- 139
- Atamulu İ, 'Genel İşlem Şartlarında Şahsi (Bireysel) Anlaşmanın Mevcudiyetini İspat Yükü' (2018) 13 (1) Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 101-147
- Aral F ve Ayrancı H, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri* (16.Baskı, Yetkin 2023)
- Aydoğdu M, *Türk Borçlar Hukuku'nda Genel İşlem Koşullarının ve Tüketici Hukuku'nda Haksız Şartların Denetimi* (Seçkin 2014)
- -, *Genel İşlem Koşulları Şerhi* (2. Baskı, Adalet 2023)
- - ve Kahveci N, *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri* (5. Baskı, Adalet 2021)
- Appenzeller C, *Die Europäische AGB- Kontrolle* (Nomos 2017)
- Arkan, S, *Ticari İşletme Hukuku* (16. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2012)
- Armbruster C, 'Das Transparenzgebot für Allgemeine Geschäftsbedingungen nach der Schuldrechtsmodernisierung' (2004) 6 DNotZ, 437-447
- Ayan M, *Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)* (12.Baskı, Adalet 2020)
- - ve Ayan N, *Medeni Hukuka Giriş* (13.Baskı, Adalet 2020)
- Ayan S, 'Genel İşlem Koşulları Yönünden Türk Borçlar Kanunu ile 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Karşılaştırılması' in Hüseyin C Aksoy (ed), *Tüketici Hukuku Konferansı 5-6 Aralık 2015 Makaleler-Tebliğler* (Yetkin 2016) 105-117
- Bakır A, *Türk Haksız Rekabet Hukukunda Dürüstlük Kuralına Aykırı Genel İşlem Şartı Kullanımı ve Yaptırımı* (Seçkin 2017)
- Basedow J, 'Transparenz als Prinzip des Versicherungsvertragsrecht' (1999) 25 VersR, 1045- 1088
- Baş E, '6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Genel İşlem Koşulu Kavramı ve İçerik Denetimi' in Tufan Öğüz (ed), *Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan* (Filiz, 2013), 276- 303
- Becker F, *Die gebotene Grenze zwischen AGB und Individualvereinbarungen im unternehmerischen Geschäftsverkehr* (LIT 2011)
- Bernreuther F, 'Zum Maßstab der Auslegung von AGB und dem Transparenzgebot' (1993) 26 BB, 1823-1827.

- Büyüksagis E, 'İçerik Denetiminin Müzakere Edilmemiş Sözleşme Hükümleriyle Sınırlanması Üzerine: Mostaza Claro'nun Düşündürdükleri' (2013) 8 (Özel Sayı Prof. Dr. Aydın Zevkliler' e Armağan) Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, 675-711.
- Civan O E, *Genel İş Koşulları* (Beta 2015)
- Coester, M, 'Vorbem. zu §§ 307-309, §§307' in Micheal Martinek (ed), *J. von Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen* Buch 2 Recht der Schuldverhältnisse (15. Baskı, Gruyter Sellier 2013)
- Çınar Ö, *Tüketici Hukukunda Haksız Şartlar* (On İki Levha Yayıncılık 2009)
- Damm R, 'Europäisches Verbrauchervertragsrecht und AGB-Recht: Zur Umsetzung der EG-Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen' (1994) 4 JZ, 167-178
- Dammann J, '5.Teil. ABC der Klauseln', *Wolf/ Lindacher/ Pfeiffer AGB-Recht Kommentar* (6.Baskı, Beck 2013)
- Dural M ve Sarı S, *Türk Özel Hukuku Cilt I Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri* (19.Baskı, Filiz 2024)
- Doğancı D E, *Genel İşlem Koşullarında Saydamlık Denetimi* (On İki Levha 2018)
- Dylla-Krebs C, *Schranken der Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen- Eine systematische Abgrenzung kontrollfreier von kontrollunterworfenen Klauseln* (Nomos 1990)
- Edis S, *Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri* (4. Baskı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 1989)
- Ehle B ve Brunschweiler A, 'AGB Recht Schweiz/ Deutschland, Recht im Umbruch Ein rechtsvergleichender Überblick' (2012) 5 (12) BB International, 262-271
- Engin, Baki İlkay, 'Türk Hukukunda Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması', *Banka ve Tüketici Hukuku Sorunları Sempozyumu* (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mukayeseli Hukuk Araştırma ve Uygulama Merkezi, 2010), 75-100.
- , 'Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi', *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu ve Yargıtay Kararları Işığında Faktoring Sempozyumu 25-27 Kasım 2011 - Antalya* (Factoring Derneği İktisadi İşletmesi 2012), 58-82.
- Eren F, *Borç Hukuku Genel Hükümler* (28. Baskı, Legem Yayınevi 2023)
- - *Borç Hukuku Özel Hükümler* (11. Baskı, Legem Yayınevi 2023)
- Erişir E, 'Yetki Şartlarının Genel İşlem Koşulu Denetimi' (2014) 16 (Özel Sayı: Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1141-1213
- Ertan F N, *Haksız Rekabet Hukuku* (On İki Levha 2016)

- Evermann M, *Die Anforderungen des Transparenzgebots an die Gestaltung von Allgemeinen Versicherungsbedingungen Unter besonderer Berücksichtigung der Richtlinie 93/13/EWG* (Versicherungswirtschaft 2002)
- Fahr P, *Inhaltskontrolle Transparenzgebot und §8 AGBG Zur Abgrenzung kontrollfreier Preis- und Leistungsbestimmungen* (Akademischer Verlag 1999)
- Fastrich L, *Richterliche Inhaltskontrolle im Privatrecht* (Beck 1992)
- Fuchs A, 'Vorbemerkungen zur Inhaltskontrolle, §307' in Marcus Bieder et al (eds), *Ulmer Brandner Hensen AGB-Recht Kommentar* (12. Baskı, Ottoschmidt 2016)
- Fürrier A, Müller-Chen, M ve Çetiner B, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (2. Baskı, On İki Levha 2022)
- Gauch P, 'Die Verwendung "missbräuchliche Geschäftsbedingungen" -Unlauterer Wettbewerb nach Art. 8 des revidierten UWG' (1987) 3 BR, 51-60
- Gottschalk E, 'Das Transparenzgebot und allgemeine Geschäftsbedingungen' (2006) 4 Archiv für die civilistische Praxis, 555-597
- Grüneberg C, '§307', *Palandt Otto Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch* (71. Baskı, Beck 2010)
- Gutkin L, *Die Europäisierung der AGB- Kontrolle von Preisänderungsklauseln* (Duncker & Humblot 2018)
- Gül N, 'Simsarın Ücret Alacağı' (2016) 65 (4) Ankara Üni. Hukuk Fak. Dergisi, 2795-2820
- Gümüş M A, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt I* (3. Baskı, Vedat 2013)
- -, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt II* (3. Baskı, Vedat 2014)
- -, *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri* (Yetkin 2021)
- Havutçu A, *Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması* (Güncel 2003)
- -, 'Türk Borçlar Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi Sempozyumu, Sözleşmenin Kurulması, Haksız Fiiller, Sebepsiz Zenginleşme', (2005) 3 (34) Legal HD 3613- 3625
- -, 'İfa Engelleri ve Hukuki Sonuçları, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Genel İşlem Şartlarına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi' (2011) (2) İzmir Barosu Dergisi 29- 46
- -, 'Genel İşlem Şartlarının Sözleşme İle İlişkilendirilmesi, İçeriklerinin Denetlenmesi' in Aksoy, Hüseyin Can (Ed.), *Tüketici Hukuku Konferansı, 5-6 Aralık 2015, Makaleler-Tebliğler* (Yetkin 2016), 75-104
- Heinrichs H, 'Die EG-Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen' (1993) 29 NJW, 1817-1822
- -, 'Das Transparenzgebot und die EG-Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen' in Graf von Westphalen Von Friedrich ve Sandrock Otto (eds), *Lebendiges Recht -Von den Sumerern bis zur Gegenwart, Festschrift für Reinhold Trinkner zum 65. Geburtstag* (Recht und Wirtschaft 1995), 157-177

- Helvacı S ve Erlüle F, *Medeni Hukuk* (5. Baskı, Legal 2018)
- Hennigs, Stefan, *Unlauterer Wettbewerb durch Verwendung Unwirksamer Vertragsklauseln* (Nomos 2017)
- Hess M ve Ruckstuhl L, 'AGB-Kontrolle nach dem neuen Art. 8 UWG - eine kritische Auslegeordnung' (2012) 9 AJP, 1188-1211
- Jobbich T G, *Die Kodifikation des Transparenzgebots in §307 BGB: Unter Besondere Berücksichtigung der Arbeits- vertragskontrolle* (Peter Lang 2009)
- Jung P, 'Die systematische Stellung der offenen AGB-Inhaltskontrolle im UWG - Vertrags- und wettbewerbsrechtliche Folgeprobleme' in Alexander Brunner, Anton K. Schnyder ve Andrea Eisner-Kiefer, *Allgemeine Geschäftsbedingungen nach neuem Schweizer Recht* (Schulthess 2014) 39-81
- Kaplan İ, *Hâkimin Sözleşmeye Müdahalesi* (Yetkin 2013)
- Kara M S, 'Genel İşlem Şartlarına İlişkin Haksız Rekabet Hükümleri' (2013) 17 (1-2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 723-744
- Kent L D, *Die Sprache des Rechts Band I: Recht verstehen* (Walter de Gruyter 2004)
- Kırca Ç, 'Genel İşlem Koşulları İle Kararlaştırılan Ceza Koşulunun Denetlenmesi' in Emel Badur ve Gamze T Başaran (eds), *Evrensel Hukuk İlkeleri Işığında Türk Medeni Hukukunda Değişimler Sempozyumu, 10-11 Haziran 2016* (Seçkin 2016), 119-144
- Kocayusufpaşaoğlu N, *(Kocayusufpaşaoğlu / Hatemi / Serozan / Arpacı) Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Borçlar Hukukuna Giriş- Hukuki İşlem-Sözleşme* (7. Baskı, Filiz 2008)
- Koller T, 'Art. 8 UWG, Eine Auslegeordnung' in Susan Emmenegger (ed), *Das Bankkonto Policy - Inhaltskontrolle - Erwachsenenschutz* (SBT 2013)
- Köndgen J, 'Grund und Grenzen des Transparenzgebots im AGB-Recht-Bemerkungen zum "Hypothekenzins-" und zum "Wertstellungs- Urteil" des BGH' (1989) 15 NJW, 943-952
- Kreinbaum B, *Transparenz und AGB-Gesetz* (Duncker & Humblot 1998)
- Lehmann P ve Honsell H, 'ZGB Art 2' in Thomas Geiser ve Christiana Fountoulakis (eds), *Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I Art. 1-456 ZGB* (7. Baskı, Helbing Lichtenhahn 2022)
- Locher H, *Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen* (2. Baskı, Beck 1997)
- Looschelders D, '§§ 305-310 BGB' in Harm P Westermann, Barbara Grunewald ve Georg Maier-Reimer (eds), *Erman Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar mit Nebengesetzen* (17. Baskı, Ottoschmidt 2023)
- Merz H, *Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band I, Einleitung und Personenrecht* (Stämpfli 1966)
- Morsbach S S, *Die Missbräuchlichkeitskontrolle Allgemeiner Geschäfts- und Versicherungsbedingungen in Verbraucherverträgen* (Peterlang 2011)

Nomer N H, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (20. Baskı, Beta 2024)

- -, 'Sözleşmedeki Esaslı Bir Nokta, Özellikle Karşılıklı Borç Doğuran Akitlerde İvazın Miktarı Belirlenmeksizin Sözleşme Kurulabilir mi?' (2013) 8 (Özel Sayı Prof. Dr. Aydın Zevkliler' e Armağan) Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, 2053- 2064

Oğuzman M K ve Öz T, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1* (22. Baskı, Vedat 2024)

- - ve Barlas N, *Medeni Hukuk Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar* (30. Baskı 2024)

Özdemir H, 'Eser Sözleşmesi' in Turgut M Öz (ed), *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (Seçkin Yayıncılık 2023)

Pfeiffer T, '§ 305, 305a 307, 310 Abs. 1,3', *Wolf/ Lindacher/ Pfeiffer AGB-Recht Kommentar* (6. Baskı, Beck 2013)

Pilz K, *Missverständliche AGB, Ein Beitrag zum Verhältnis von Auslegung und Transparenzkontrolle untersucht am Beispiel Allgemeiner Versicherungsbedingungen* (VfW 2011)

Poroy R ve Yasaman H, *Ticari İşletme Hukuku: 6102 sayılı TTK Nazara Alınarak Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş* (14. Baskı, Vedat 2012)

Präve P, 'Versicherungsbedingungen und Transparenzgebot' (2000) 4 VersR, 138- 144

Probst T, 'UWG Art. 8' in Peter Jung (ed), *Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)* (3.Baskı, Stämpfli Verlag AG 2023)

Roberto V ve Walker M, 'AGB-Kontrolle nach dem revidierten Art. 8 UWG' (2014) 2 recht, 49-66

Schäfer J, *Das Transparenzgebot im Recht der Geschäftsbedingungen* (Peter Lang 1992)

Schnyder A K, 'Einführung in die Dogmatik der AGB nach Schweizerischen und europäischem Recht' in Alexander Brunner ve Andre Eisner-Kiefer (eds), *Allgemeine Geschäftsbedingungen nach neuem Schweizer Recht* (Schulthess 2014), 39- 81

Schmid J, 'Die Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen: Überlegungen zum neuen Art. 8 UWG' (2012) 1 ZBJV, 1-22

Serozan R, *Medeni Hukuk Genel Bölüm Kişiler Hukuku* (Vedat 2011)

Sert Sütçü S, 'Satış Sözleşmesi' in Turgut M Öz (ed), *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (Seçkin Yayıncılık 2023)

Sirmen A L, 'Tüketici Sözleşmelerindeki Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi' in Başak Şit (ed), *Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu 08.04.2011* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2012) 107- 135.

Stefan M, 'Kompensation und Summierung von AGB-Klauseln' (2022) 3 AjP, 218-228

Stoffels M, *AGB Recht* (3. Baskı, Beck 2015)

Şimşek A F, 'Genel İşlem Şartlarında Şeffaflık İlkesi' (Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi 2011)

- Topuz M, '6098 sayılı Türk Borçlar kanunu Çerçevesinde Genel İşlem Koşullarında Kapsam (Yürürlük) Denetimi' in Tufan Ögüz (ed), *Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan* (Filiz, 2013) 1138- 1168
- , *Finansal Kiralama (Leasing) Sözleşmesi* (3. Baskı, Seçkin 2023)
- Ulmer P ve Habersack M, 'Einleitung, §305' in Marcus Bieder et al (eds), *Ulmer Brandner Hensen AGB-Recht Kommentar* (12. Baskı, Ottoschmidt 2016)
- Ulusan İ, 'Türk Borçlar Kanunu'ndaki Genel İşlem Şartlarına İlişkin Yeniliklerle İlgili Bazı Düşünceler' in Tufan Ögüz (ed), *Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan* (Filiz) 2013, 1219-1228
- Uzunallı S, 'Genel İşlem Şartlarının Haksız Rekabet Hükümleriyle Denetlenmesi' (2013) 71 (2), 383- 420.
- Ünal A ve Köroğlu E, 'Genel İşlem Şartlarının İçerik Denetiminin Sonuçları' (2019) (13) Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, 523-550
- Vogt H U, 'Kommentierung der Art. 19 (Veränderung der Verhältnisse nach Vertragsabschluss), Art. 20 (Auslegung und Ergänzung eines Vertrages), Art. 32 (unklare oder unverständliche Vertragsklauseln) und Art. 33 (ein Missverhältnis begründende Vertragsklauseln)' in Claire Huguenin ve Reto M. Hilty (eds), *Schweizer Obligationenrecht 2020. Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil* (Schulthess 2013)
- Wandt M, 'Ersetzung unwirksame ALB im Treuhänderverfahren gem. § 172 VVG' (2001), 52
- VersR, s. 1449- 1461
- Westermann H P, 'Das Transparenzgebot - ein neuer Oberbegriff der AGB-Inhaltskontrolle?' in Jürgen F Baur, Klaus J Hopt ve Peter K Mailänder (eds), *Festschrift für Ernst Steindorff zum 70. Geburtstag am 13. März 1990* (De Gruyter 1990) 817- 832
- Widmer E, *Missbräuchliche Geschäftsbedingungen nach Art. 8 UWG Unter besonderer Berücksichtigung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen von Banken* (Dike 2015)
- Wurmnest W, '§307,308, 309' *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2: Schuldrecht Allgemeiner Teil (§ 241-432)* (9. Baskı, Beck 2022)
- Yağcıoğlu A H, 'Yeni İsviçre Haksız Rekabet Kanunu'nda Genel İşlem Koşullarının Açık İçerik Denetimi (UWG Art. 8)' (2013) 8 (Özel Sayı Prof. Dr. Aydın Zevkililer' e Armağan) Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, 3057- 3098.
- Yavuz C, Acar F ve Özen B, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler Birinci Cilt* (11. Baskı, Beta Yayıncılık 2021)
- Yavuz C, Acar F ve Özen B, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler İkinci Cilt* (11. Baskı, Beta Yayıncılık 2021)
- Yelmen A, *Türk Borçlar Kanunu'na Göre Genel İşlem Şartları* (Yetkin 2014)
- Yılmaz A, *Haksız Rekabet Hukuku'nda Genel İşlem şartı Kullanımı* (Seçkin 2015)

Yılmaz İ A, *Tüketici Hukuku* (6. Baskı, Ekin 2022)

Zevkliler A ve Özel Ç, *Tüketicinin Korunması Hukuku* (Seçkin 2016)

- - ve Gökyayla E, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri* (20.Baskı, Vedat 2020)

İnternet Kaynakları

Thouvenin F, 'Art. 8 UWG: Zur Strukturierung eines strukturlosen Tatbestandes', (2012) Jusletter <<https://www.rwi.uzh.ch/dam/jcr:2f20e680-58a0-44f2-b72c-d7987494dabb/2012%20Thouvenin%20-%20Art%208%20UWG.pdf>> Erişim Tarihi 12 Kasım 2024

<<https://dejure.org/>>

<<https://legalbank.net/arama/mahkeme-kararlari>>

<<https://www.lexpera.com.tr>>

<<http://relevancy.bger.ch>>

<<https://www.swisslex.ch>>

<<https://beck-online.beck.de/Home>>

<<https://www.mevzuat.gov.tr>>