

KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİNDE GENEL İŞLEM KOŞULLARININ DENETLENMESİ

Judicial Review of General Conditions of Legal Transactions in Public Procurement Contracts

Lâle SİRMEN*

Çiğdem KIRCA**

Servet ALYANAK***

Özet

Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu idarenin ihtiyaçlarının piyasadan karşılamak için yaptığı sözleşmelere ilişkin düzenlemeler içermektedir. Kamu ihale sözleşmeleri ihale yolu ile kurulmakta ve ihale aşaması Kamu İhale Kanunu çerçevesinde idare hukukuna tâbi bulunmaktadır. Kamu ihalesi aşaması, kamu hukuku kuralları tarafından yönetilen idarî bir usuldür. Diğer bir ifadeyle, bir kamu ihalesi kamu hukukuna tâbi, idarî bir süreçtir. Bununla birlikte, ihale aşamasından sonra taraflar arasında imzalanan kamu ihale sözleşmelerinin akdedilmesinde idarenin kamu hukuku tarafından kendisine verilen, devlet yetkilerine özgü özel bir ayrıcalığı bulunmamaktadır. Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu, 4. maddesinin 3. fıkrasında tarafların eşitliği ilkesini düzenlemektedir. Dolayısıyla bu Kanuna tâbi sözleşmelerin bir özel hukuk sözleşmesi olduğu hâkim öğreti ve uygulama tarafından kabul edilmektedir.

Genel işlem koşulları, birden çok sözleşmede kullanılması için önceden hazırlanan sözleşme hükümleridir. Genel işlem koşulları, genellikle girişimci veya kurumlar tarafından, uzun bir tecrübe birikimi sonrasında ve hukukçularla yapılan kapsamlı çalışmalar sonucunda hazırlanır. Bu nedenle genel işlem koşullarının kullanıcıları sözleşme metinlerinin ayrıntılarına hâkimdir ve bu metinleri diledikleri gibi şekillendirme olanağına sahiptirler. Oysa, genel işlem koşullarının muhatabı olan sözleşmenin diğer tarafının genel işlem koşulları üzerinde çalışma olanağı çok sınırlıdır. Muhatap bu koşulları değiştirememekte, yalnızca kabul etmek veya reddetmek arasında tercih yapmak zorunda bırakılmaktadır. Bu durumda sözleşme özgürlüğü “ya al ya bırak özgürlüğüne” indirgenmiştir.

Diğer taraftan, sözleşmenin kurulmasını basitleştirmesi, işin maliyetini azaltması, sözleşme uygulamasında yeknesaklık sağlaması genel işlem koşullarını ekonomik hayatın vazgeçilmezleri arasında kılmaktadır. Ne var ki, bu işlevsel zorunluluk muhatabın sözleşme içeriğine etki edebilme

➤ Bu makale Etik Kurul iznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee permission.

➤ Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 30.3.2026

➤ Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 17.7.2026

* Prof. Dr., Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi, Ankara/Türkiye, E-posta: lale.sirmen@ufuk.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0003-3797-3036>.

** Prof. Dr., TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi, Ankara/Türkiye, E-posta: ckirca@etu.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0001-6817-7708>.

*** Prof. Dr., Ufuk Üniversitesi İdare Hukuku Ana Bilim Dalı, Ankara/Türkiye, E-posta: servet.alyanak@ufuk.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0003-4092-9984>.

olanağını neredeyse tamamen ortadan kaldırmaktadır. Dolayısıyla Devletin gerçek sözleşme özgürlüğünü sağlayabilmek için şekli sözleşmeye müdahale etmesi gerekliliği ortaya çıkmıştır. Bu gerekçelerle, TBK 20-25 genel işlem koşullarının ve Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanunda (m.5) haksız şartların denetlenebileceği kabul edilmiştir. Devletin, genel işlem koşullarını içerik ve geçerlilik yönünden denetlemesi maddî sözleşme özgürlüğünü gerçekleştirmek için yapılmaktadır. Bu itibarla bu denetim Anayasaya uygundur.

Kamu ihale sözleşmelerinin içeriği “tip sözleşmeler” şeklinde idarece hazırlanmakta, sözleşmenin diğer tarafının bu sözleşmeye müdahale olanağı bulunmamaktadır. Önceden benzer sözleşmeler için hazırlanan “tip sözleşmelerin” muhataplarının sözleşmeyi bu haliyle kabul etmek veya reddetmekten başka seçenekleri bulunmamaktadır. Özel hukuk niteliği kabul edilen kamu ihale sözleşmelerinin içeriği haline getirilen önceden hazırlanan tip sözleşme hükümleri genel işlem koşulu niteliğindedir. Bu nedenle de, söz konusu sözleşme hükümleri yorum ve içerik denetimine tâbidir.

Anahtar Kelimeler: Kamu İhale Sözleşmeleri, Eşitlik İlkesi, Sözleşmeye Bağlılık İlkesi ve Sınırları, Genel İşlem Koşulları, Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi

Abstract

The Public Procurement Contracts Law sets out provisions governing the contracts concluded by the administration for the procurement of its needs from the market. These contracts are concluded through a tendering procedure, conducted in accordance with the Public Procurement Law and subject to administrative law. In other words, a public tender is an administrative procedure governed by the rules of public law. However, in the conclusion of public procurement contracts signed between the contracting authority and the tenderer (contractor) following the completion of the tender stage, the administration does not possess any special privilege exclusive to state powers granted by public law. Rather, the Public Procurement Contracts Law regulates the principle of equality between the parties as indicated in the third paragraph of Article 4. Therefore, it is accepted by the prevailing doctrine and practice that these public procurement contracts, subject to this Law, are private law contracts.

General terms of contracts are contractual terms that are prepared unilaterally in advance, for the purpose of being used in multiple contracts. They are generally prepared by entrepreneurs or institutions after a long accumulation of experience and as a result of comprehensive work carried out with legal experts. For this reason, the users of general terms of contracts are well acquainted with the details of the contractual texts and have the opportunity to shape these texts as they wish. In fact, the other party to the contract, that is the addressee of the general terms, has only limited opportunity to work on these terms. The addressee cannot modify these conditions and is forced to choose between accepting or rejecting them. That is to say, freedom of contract has been reduced to a “take it or leave it” freedom.

On the other hand, the fact that general terms of contracts simplify the conclusion of contracts, reduce transaction costs, and ensure uniformity in the implementation of contracts, makes them indispensable elements of economic life. However, this functional necessity almost entirely eliminates the possibility for the other party to influence the content of the contract. Consequently, the need has arisen for the State to intervene in the contracts through judicial review in order to ensure genuine contractual freedom.

For these reasons, it has been accepted that both the general terms of the contracts regulated under Articles 20–25 of the Turkish Code of Obligations and the unfair terms regulated under the Law on the Protection of Consumers (Art. 5) may be subject to judicial review. State supervision of general terms of contracts in terms of their content and validity is carried out in order to realize substantive contractual freedom. In this respect, such supervision is compatible with the Constitution.

The content of public procurement contracts is drawn up by the administration in the form of “standard contracts”, and the other party to the contract has no opportunity to influence the terms of the contract. The addressees of these standard contracts which are prepared in advance for similar

contracts, have no option other than to accept the contract as it is or to reject it. The provisions of these previously prepared standard contracts, which constitute the content of public procurement contracts recognized as having the nature of private law, have the character of general terms of contract. Accordingly, they are subject to interpretation and content control.

Keywords: Public Procurement Contracts, Principle of Equality, Principle of Pacta Sunt Servanda and Its Limits, General Conditions of the Contracts, Judicial Review of General Conditions

GİRİŞ

Kamu ihale sözleşmeleri, idarenin, ihtiyaçlarını sağlamak üzere kişilerle kamu ihale usulünü uygulamak suretiyle yaptığı sözleşmelerdir. Bu yolla idarenin kamu hizmetlerini yürütebilmek için ihtiyaç duyduğu edimlerin karşılanması söz konusu olduğundan, bu sözleşmeler kamu harcamaları yapılmasını zorunlu kılar. Kamu kaynaklarının etkin ve verimli şekilde kullanılabilmesi için de, açılacak ihalelerin belirli esaslara bağlanması gerekmektedir.

Bugün ülkemizde bu konuya ilişkin olarak yürürlükte olan başlıca kanunlar 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunudur (KİSK).

Kamu ihalelerinde 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu uygulanmaktayken 01.01.2003 tarihinden itibaren ihale hukukuna 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu (KİK) ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu dahil edilmiştir. 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu alım, satım, hizmet, yapım, kira, trampa, sınırlı aynî hak tesisi ve taşıma işlerini kapsamakla birlikte; alım, hizmet, yapım, kiralama ve taşıma işleri kamu harcaması yapılmasına yönelik işler olduğundan, bu işlerin ihaleleri artık 2003 yılında yürürlüğe giren 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu kapsamında gerçekleştirilmeye başlanmıştır. Buna karşılık satım, kiraya verme, trampa, sınırlı aynî hak tesisi işleri kamuya gelir sağlanmasına yönelik olduğundan, söz konusu işlere ilişkin ihalelerde 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu uygulanmaktadır.

I. KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİ VE BUNLARIN TÂBÎ OLDUĞU HUKUKÎ REJİM

Kamu ihale sözleşmelerinin tâbî olduğu hukukî rejimin belirlenmesi kolay değildir. İdareler, kamu hukukuna tâbî idarî sözleşmeler yapabileceği gibi, özel hukuk sözleşmelerinin tarafı olması da mümkündür. Ancak, bu durumda yapılan sözleşmenin gerek kuruluşunun gerek ifasının özel hukuk kurallarına, esaslarına ve Türk Borçlar Kanunun (TBK) hükümlerine tâbî olması gerekir. 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 4. maddesinin 3. fıkrasında yer alan; “Bu Kanun kapsamında yapılan kamu sözleşmelerinin tarafları, sözleşme hükümlerinin uygulanmasında eşit hak ve yükümlülöklere sahiptir” hükmü karşısında, kamu ihale sözleşmelerinin özel hukuk sözleşmeleri olarak kabul edilmesi isabetli görünmektedir. Bununla beraber, kamu ihale sözleşmelerinde, sözleşmenin kurulmasından önceki dönemde bir ihale süreci yaşandığı ve çok sayıda idarî karar



bulunduğu için, bu süreçte, özel hukuka tâbi sözleşmelerde söz konusu olmayan birçok sorun ortaya çıkmaktadır.

Bugün, kamu ihale sözleşmelerinin konusuna ve ihtiva ettiği hükümlerine göre idarî bir sözleşme olarak değerlendirilebileceğini ileri süren yazarlar varsa da bunlara karşı, ihale sözleşmelerinin özel hukuk nitelikli sözleşmeler olduğu da savunulmaktadır. Ne var ki, kamu ihale sözleşmelerinin özel hukuk nitelikli olması, bu sözleşmelerin hangi hukukî rejime tâbi olduğu konusunda tam bir çözüm getirememektedir. Çünkü, burada sadece sözleşmenin kurulması ile başlayan dönemin değil, ondan önceki dönemin de dikkate alınması gerekmektedir.

Kamu ihale sözleşmelerinin tâbi olduğu hukukî rejim konusunda değişik görüşler ileri sürülmektedir¹.

Kamu hukuku teorisi olarak adlandırılan bir görüşe göre, gerek ihale süreci gerek ihale sürecinin sonunda imzalanan kamu ihale sözleşmesinin kamu hukuku kurallarına tâbi olması gerekir. Nitekim, bu görüşü savunanlara göre, ihale aşaması ve sözleşmenin kurulması aşamasında söz konusu olabilecek usulsüzlükleri engellemek ve yaptırıma bağlamak hususunda kamu hukuku kuralları, özel hukuk kurallarına oranla daha elverişli; idarenin taraf olduğu çekişmeleri çözüme bağlama hususunda da idarî yargı, adlî yargıya oranla daha deneyimlidir.

Bunun tam karşısında yer alan ve özel hukuk teorisi olarak adlandırılan görüşe göre ise, kamu ihalelerinde devlet ihtiyaç duyduğu mal veya hizmet edimleri için serbest piyasada talepte bulunur. Bu açıdan, devletin serbest piyasada faaliyette bulunan özel kişilerden farkı yoktur. Kamu ihtiyaçlarının karşılanması için idarece yapılan sözleşmeler, birer özel hukuk sözleşmesidir.

Ne var ki, Türk Hukukunda bu görüşler ne uygulamada ne de öğretilerde benimsenmiştir.

Öğretilerde ve Danıştay kararlarında bu konuda sıkça zikredilen bir teori, ayrılabilir işlem teorisidir. Bu teoriye göre, idarenin sözleşme yapma kararı da dahil olmak üzere taraf olduğu sözleşmeye ilişkin her işlemin temelinde bir idarî işlem vardır. Böylelikle, kamu ihale sözleşmesinin kurulmasından önceki idarî işlemler idarî yargının denetimine tâbi olduğu halde, ayrılabilir işlem teorisi, sözleşmenin kurulmasından sonraki aşamada da sözleşmeden ayrılabilir nitelikteki idarî işlemlerin idarî yargıda iptaline imkân sağlamaktadır. Ancak Danıştay, idarenin taraf olduğu özel hukuk sözleşmelerinde, sözleşmenin kurulmasından sonra idarenin sözleşmeyi feshetmesi gibi, temelde bir idarî kararın yer aldığı sözleşmeden ayrılabilir nitelikteki işlemlerin iptali amacıyla açılan davaların idarî yargıda değil, adlî yargıda görülmesi gerektiğine karar vermektedir.

¹ Bu görüşler hakkında bkz. Vedat Buz, *Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Koşulları* (Yetkin Yayınevi Ankara 2007), 74 vd.

Kamu ihaleleri bakımından ileri sürülen iki aşama teorisine göre ise, idarenin taraf olduğu özel hukuk sözleşmelerinde iki aşamalı bir işlem söz konusudur. İlk aşama, sözleşme yapılmasına kadar olan aşamadır. Bu aşama ihale veya benzeri sürecin başlangıcı, uyulması gereken esaslar ve mevzuat, ihale işleminin yapılması ve sonuçlandırılmasından ibarettir. Bu ilk aşamada idarenin yaptığı her türlü eylem ve işlem “idari” nitelik taşıyıp idare hukuku kurallarına tâbi olduğundan, bu aşamada ortaya çıkan uyuşmazlıklar idarî yargıda çözülür. İdare hukuku kurallarına tâbi olan birinci aşamanın tamamlanmasından sonra bir özel hukuk sözleşmesi imzalanmaktadır. Bu ikinci aşama, yani akdedilen özel hukuk sözleşmesi ise, tamamen özel hukuka tâbi olup bu aşamada ortaya çıkan uyuşmazlıkları karara bağlama yeri ise adlî yargıdır².

İki aşama teorisi, Türk İdare Hukukunda hâkim olan teoridir. Gerek öğretilde gerek yargı kararlarında kamu ihale sözleşmelerinin tâbi olduğu hukukî rejime ilişkin açıklamalar, iki aşama teorisiyle tamamen örtüşmektedir. Nitekim öğretildeki hâkim görüşe göre, ihale sürecinde gerçekleşen işlemler idare hukukunu ilgilendirdiğinden bu aşamada ortaya çıkan uyuşmazlıklar idarî yargıda karara bağlansa da, ihale sürecinden sonra yapılan sözleşme bir özel hukuk sözleşmesidir ve bu aşamaya ilişkin uyuşmazlıkların çözüm yeri adlî yargıdır³.

Yargı kararlarında da benzer bir durum söz konusudur. Aynı esası dile getiren sayısız Yargıtay, Uyuşmazlık Mahkemesi ve Danıştay kararları bulunmaktadır. Örneğin, Yargıtay 15. Hukuk Dairesi’nin 17.6.1997 tarihli kararında “*eser sözleşmesinin yapılmasından önceki safhada, ihalenin iptali ile ilgili olarak idare ile ihaleye katılan arasındaki uyuşmazlıkların çözüm yeri, idari yargıdır. Oysa, somut olayda, ihaleden sonra taraflar arasında özel hukuk hükümlerine göre yapılmış bir eser sözleşmesi bulunmaktadır. Eser sözleşmelerinden doğan tüm uyuşmazlıkların çözüm yeri de adli yargıdır*” denmektedir⁴.

Uyuşmazlık Mahkemesi de, müstakar kararlarında kamu ihalelerine ilişkin olarak “*ihaleye çıkılması safhasında ihalenin sonuçlanıp kesinleşmesine kadar geçen aşamada tesis edilen işlemlerin idari nitelikte olduğu kabul edilmekte ve bu aşamada ortaya çıkan anlaşmazlıkların çözümünün idari yargı yerlerine, ihalenin kesinleşmesi ve sözleşmenin akdedilmesinden sonraki aşamada idare ile yüklenici arasındaki sözleşmenin uygulanmasından doğan uyuşmazlıkların görüm ve çözümünün ise özel hukuk hükümlerine göre adli yargı yerlerine ait olduğunda kuşku bulunmamaktadır*” demek suretiyle iki aşama teorisini kabul ettiğini dile getirmektedir⁵. Görüldüğü gibi, Uyuşmazlık Mahkemesi, ancak söz-

² Buz, (n 1) 83 vd.

³ Buz, (n 1) 85-86.

⁴ Y 15 HD, E 1997/2847, K 1997/3122, T 17.06.1997 (Lexpera/İçtihat Bilgi Bankası).

⁵ UM, E 2019/859, K 2020/162, T 24.02.2020. Ayrıca 02.02.2017 tarihli ve 91/3 sayılı karar için bkz. uyuşmazlik.gov.tr- kararlar.uyuşmazlik.gov.tr.



leşmenin imzalanmasından sonra idarenin genel ehliyetini kullanarak sözleşme serbestisi ve tarafların eşitliği esaslarına göre hareket edeceğinden, bu aşamadan sonra adli yargının görevli olacağını benimsemektedir.

II. KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİNDE EŞİTLİK İLKESİ

Kamu ihale sözleşmelerinin özel hukuk sözleşmeleri olarak nitelendirilmesini sağlayan en önemli özellik, bu sözleşmelerde tarafların eşit hak ve yükümlülüğe sahip olmasıdır. Nitekim KİSK m. 4, f. 3’de Kamu İhale Sözleşmelerinde eşitlik ilkesi düzenlenmiştir. Buna göre; “*Bu Kanun kapsamında yapılan kamu sözleşmelerinin tarafları, sözleşme hükümlerinin uygulanmasında eşit hak ve yükümlülüklerle sahiptir. İhale dokümanı ve sözleşme hükümlerinde bu prensibe aykırı maddelere yer verilemez. Kanunun yorum ve uygulanmasında bu prensip göz önünde bulundurulur.*” KİSK’e tâbi sözleşmelerde idare ile yüklenici eşit hak ve yükümlülüklerle sahip olması, kamu ihale sözleşmelerinin özel hukuka tabi olduğunu gösterir. Zira taraflar arasında eşit hak ve yükümlülüğün söz konusu olduğu sözleşmeler ancak özel hukuk sözleşmeleri olabilir. Nitekim maddenin gerekçesinde bu hususu doğrulanmaktadır. Tasarının 4. maddesi, “kabul edilen tekrar-i müzakere önergesi doğrultusunda; sözleşme uygulamalarına hâkim olan ‘haklarda ve yükümlülüklerde eşitlik prensibine’ uygunluğun kamu sözleşmelerinde de aynen sağlanmasını temin için metne üçüncü fıkranın eklenmesi suretiyle kabul edilmiştir” şeklindedir.

Devlet, ekonomik eşitliğin bir sonucu olarak piyasanın kendi verimliliğinden yararlanmak istiyorsa, doğası gereği bu düzene uygun şekilde hareket etmelidir. İdare lehine konulmuş özel sözleşme normları, idarenin piyasada daha yüksek ve daha kalitesiz mal ve hizmet alımına sebep olabilir. Örneğin, kamu ihale kanunu, kamu alımları için özel olarak, geçerli olan sözleşme hukuku kurallarından farklı bağlayıcılık, mutabakat, geçerlilik veya fiyat kuralları öngörürse, bu, alımların piyasa kurallarından farklı kurallara göre gerçekleşeceği anlamına gelir. Dolayısıyla bu da ihale makamının muhtemelen daha yüksek fiyatlarla sözleşme yapmak zorunda kalacağı veya piyasada ve orada geçerli olan ekonomik koşullara göre alım yaptığından aynı fiyata ancak daha düşük kalite mal veya hizmet alacağı anlamına gelecektir.

Sözleşme hukuku, ilgili tüm gereklilikler ve sonuçlarla birlikte işlemin oluşturulması, yerine getirilmesi, ifa edilmesi ve sona erdirilmesi ile ilgilenirken, ihale hukuku, sözleşmede idarenin karşısında yer alan tarafın “doğru” seçimi ile ilgilenir ve bu seçimi güvence altına almak amacıyla, sözleşme öncesi ve sözleşmeye ilişkin davranışlarına ilişkin olarak idareye uyması için çok çeşitli yükümlülükler ve kısıtlamalar getirir. Kamu ihalesi aşaması, kamu hukuku kuralları tarafından

yönetilen idarî bir usuldür. Bununla birlikte idarenin kamu hukuku tarafından kendisine verilen, devlet yetkilerine özgü özel bir ayrıcalığı bulunmamaktadır⁶.

Özel hukukta temel ilke sözleşme serbestisi olup taraflar sözleşmenin kiminle, hangi konuda yapılacağını, sözleşme hükümlerinin içeriğini ve sona ermesini dilediği gibi belirleyebilirler. Buna karşılık, kamu alımlarında idare bütçe kullandığından, ihale makamının sözleşmeye ilişkin özgürlüklerini uygun gördüğü şekilde kullanması kamu ihale kanunu ile yasaklanmış ve bu özgürlükleri ne şekilde kullanması gerektiği kanunla belirlenmiştir.

Kamu ihale sözleşmeleri özel hukuk nitelikli sözleşmeler olduğuna göre, önemli bir sorunla karşı karşıyayız demektir. Bunlar idare tarafından karşı tarafla müzakere edilmeksizin hazırlanan sözleşmeler olduğuna göre, acaba bunların içeriğindeki sözleşme hükümlerini genel işlem koşulları olarak nitelendirmemiz mümkün müdür? Mümkün olabilirse, bunlar hangi yönden yargısal denetime tâbi olabilir?

III. GENEL İŞLEM KOŞULLARI

A. Sözleşme Özgürlüğü İlkesi ve Genel İşlem Koşulları

Sözleşme serbestisi, bireylerin özel hukuka ilişkin meselelerini bağımsız ve kendi sorumlulukları altında, kendi iradeleri ile düzenlemelerini sağlayan temel ilkedir. Sözleşme, sözleşme serbestisinin gerçekleştirilmesini sağlayan ana araçtır⁷. Sözleşme özgürlüğü ve onun uzantısı olan sözleşme serbestisi, tarafların sadece hukukî ilişkilerinin kendi iradelerine göre gerçekleşmesini temin etmez; aynı zamanda kişinin kendi kurallarını kendisinin belirlemesine (*Selbstbestimmung*) de hizmet eder.⁸ İnsan özgürdür; çeşitli alternatifler arasından seçme, bunlardan birini

⁶ Kamu ihale sözleşmelerinin başlangıç noktası, amacı ve alt yapısı başlangıçta her zaman özel hukuktur. Kamu ihalelerin verilmesi aşaması kamu hukukuna ilişkin hükümlerin uygulanmasını gerektirse de burada bir özel hukuk sözleşmesinin söz konusu olduğu ve kamu hukuku ile özel hukukun çok çeşitli ölçüde birbirini etkileyebileceği göz önünde tutulmalıdır. Bu açıdan ilk aşamanın sadece kamu hukukuna tabi olduğundan hareket edilmesi isabetli değildir, sözleşmenin kurulması aşamasında da özel hukuka ilişkin hükümler uygulanabilir. Bkz, Peter Gauch, 'Das öffentliche Beschaffungsrecht der Schweiz, Ein Beitrag zum neuen Vergaberecht' (1997) 5 recht 165 vd., 173, 174.

⁷ Çiğdem Kırca, 'Tüketicinin Korunmasına İlişkin Modeller, TKHK'nin Amacı ve Avrupa Birliği Tüketicî Yönergelerinin Kapsamı' (Nisan 2017) 43(2) Yargıtay Dergisi 294 vd., 296; Çiğdem Kırca, 'Uyarılma' içinde Çiğdem Kırca ve Fatma Tülay Karakaş (ed), *Pandeminin (Covid 19'un) Sözleşmelerin İfasına Etkisi* (Yetkin Yayınevi Ankara 2021), 57 vd. 63.

⁸ İrade özerkliği ve sözleşme özgürlüğü kabul edilerek devlet özel hukuk ilişkilerini merkezi olarak düzenlemek gibi altından kalkamayacağı bir yükten kurtarılmakta, esnek ve bireysel ihtiyaçlara cevap veren düzenlemeler yaratma imkânı getirilmektedir Yeşim M. Atamer, *Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Çerçevesinde Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi*, (2. Bası, Beta İstanbul 2001), 28.



tercih etme hakkına sahiptir. Sözleşme özgürlüğü, insanın özgürlüğünden kaynaklanmaktadır ve her hukuk düzeninde dar veya geniş bir şekilde kabul edilmiştir⁹.

Sözleşmeye bağlılık ilkesi (*ahde vefa, pacta sunt servanda*), sözleşme özgürlüğü ilkesinin bir gereğidir. Sözleşme ile bir kere bağlandıktan sonra artık ona kural olarak dokunulamaz. Çünkü sözleşmelerin taraflarca ve hukuk düzenince düşünülen gelecek için bir temel oluşturma işlevini yerine getirebilmesi için, ifa edilmesi gerekir. Böylece hukukî işlem güvenliği ve sözleşmeye güvenin korunması sağlanmış olur. Öyle ki, örneğin bir kişi parasız kaldığı için istemeden de olsa bir malını değerinin altında bir bedel ile satmış olsa dahi; o, kural olarak sözleşme ile bağlıdır. Aslında bu durum onun menfaatinde. Çünkü, aksi taktirde diğer kişiler artık zorda kalan insanlarla sözleşme kurmaktan çekinirler¹⁰. Dolayısıyla yapılan sözleşmelere bağlılık tanımamak, kişilerin sözleşme özgürlüğünü ellerinden almak demektir.

Her sözleşme içinde bir ikilik barındırır. Sözleşme bir taraftan kişilerin kendilerini ifade etmelerine, işlemlerini kendilerinin belirlemesine, diğer taraftan buna bağlı olmaya, dolayısıyla kendilerini sınırlandırmaya hizmet eder. Taraflar bunlardan birini, diğerini hesaba katmadan elde edemez. Daha yakın bakıldığında tamamen serbest irade ile kararlaştırılan sözleşme, şekli sözleşme serbestisinden meydana gelir¹¹. Çünkü hukuken geçerli olma aynı zamanda bağlanmayı gerektirir.

Gerçek anlamda sözleşme özgürlüğünden söz edebilmek için tarafların sözleşme yapma veya yapmama iradesine sahip olmaları yeterli değildir. Bu özgürlüğün sağlanabilmesi için tarafların sözleşmenin içeriğini serbestçe belirleyebilmelerini mümkün kılan etkin bir rekabet ortamının sağlanması gerekir¹². Rekabet, bireylerin iradelerini somut biçimde kullanabilmelerini sağlayan ekonomik ve hukukî koşulların sağlanmasına hizmet eder. Rekabet, malların arzını ve onun temelinde yatan etkili bir şekilde karar verme özgürlüğünün gerçekleşmesini sağlar. Bunlardan başka, rekabet mekanizması bireylerin eşit koşullarda müzakere gücüne sahip olmalarını temin eder. Bu yönüyle rekabet, modern özel hukukta özgür sözleşme düzeninin dengeleyici unsuru olarak görülmektedir. Serbest rekabet sistemi, taraflara yalnızca seçim hakkı tanımakla kalmaz, aynı zamanda bu seçi-

⁹ “İrade özerkliğine geniş yer ayıran hukuk düzenleri ilke olarak özel mülkiyet ve özel girişim, dolayısıyla sözleşme özgürlüğünü kabul eden liberal hukuk düzenleridir. Otoriter sosyalist hukuk düzenleri özel mülkiyet ve özel girişim haklarını tanımadıkları için bu sistemlerde irade özerkliği çok dar bir alana sıkışıp kalmaktadır”. Fikret Eren, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler* (Yetkin Yayınevi Ankara 2022), 344, 245, N. 951.

¹⁰ Bkz. Claus-Wilhelm Canaris, ‘Wandlungen des Schuldvertragsrechts, Tendenzen zu seiner “Materialisierung”’ (2000) 200(3-4) AcP 273 vd., 278.

¹¹ Bkz., Canaris (n 10) 279.

¹² Bkz., Canaris (n 10) 293, 294; Yeşim M. Atamer, ‘Genel İşlem Koşulu mu Bireysel Pazarlıkla Kurulan Sözleşme mi? Tüketici ve Tacir İşlemleri Açısından Karşılaştırmalı Olarak Başvurulabilecek Değerlendirme Kriteri’ içinde Kırca Ç (ed), *Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu* (Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013) 103 vd., 106.

min gerçek anlamda özgür irade beyanına yansımaları da güvence altına alır. Bu bakımdan, rekabet maddî sözleşme özgürlüğünün gerçekleştirilmesi açısından en önemli araçlardan biridir.

Şüphesiz, maddî sözleşme özgürlüğünün işlerliğini sağlamak amacıyla devletin kimi durumlarda hukuk düzenine müdahalesi gerekebilir. Özellikle genel işlem koşullarının kullanıldığı, ekonomik tekelleşmeleri barındıran piyasalarda, devletin düzenleyici rolü sözleşme özgürlüğünü daraltıcı değil, bilakis onu gerçek anlamda güçlendirici bir işlev üstlenir. Bu bağlamda, rekabet hukukunun müdahaleleri ya da tüketicuyu koruma normları, şekli sözleşme özgürlüğüne getirilen bir sınırlama gibi görünse de, gerçekte maddî sözleşme özgürlüğünü gerçekleştirmektedir. İşte serbestçe seçim yapılabilecek karar verme özgürlüğünü sağlayan koşulların varlığı halinde gerçekleşen sözleşme özgürlüğü, *maddî sözleşme özgürlüğü* olarak ifade edilmektedir¹³.

Genel işlem koşulları (GİK) şeklen incelendiğinde, GİK kullanımı sözleşme özgürlüğünün kullanımıdır ve müşterinin kabulünü gerektirir, dolayısıyla sözleşme temeline dayanır. Oysa, burada, gerçekte fiilî anlamda karar verme özgürlüğü çok güçlü bir şekilde ihlal edilmektedir. Hukuken bağlanma gerçekleşmiş olmasına rağmen, sözleşmenin içeriği fiilen GİK kullanıcıları tarafından belirlenmektedir.

GİK'ler genellikle girişimci veya kurumlar tarafından, uzun bir tecrübe birikimi sonrasında ve hukukçularla yapılan kapsamlı çalışmalar sonucunda hazırlanır. Bu nedenle GİK kullanıcıları sözleşme metinlerinin ayrıntılarına hâkimdir ve bu metinleri diledikleri gibi şekillendirme olanağına sahiptirler. Oysa, GİK'nin muhatapları olan sözleşmenin diğer tarafının (tüketici veya müşterinin) GİK üzerinde çalışma olanağı çok sınırlıdır ve bu konuda çalışma özel bir uzmanlığı ya da özel bilgiyi gerektirebilir. Müşteriler zaman baskısı altındadır. Kullanıcı sözleşmeyi müşterinin önüne koyar, müşterinin okumasına fırsat vermeden imzalaması için bekler.

Öte yandan, kişiler psikolojik etkisizleştirme yoluyla, genel olarak formüle edilmiş metinlerin, yani genel olarak ortaya konulanların kötü olmayacağı konusunda, bir kanaat içerisindeyler. Hazır kalıplar halinde sunulan sözleşme hükümlerini okumak bile çoğu zaman pratikte mümkün olmamakta; taraflar sözleşmenin içeriğini tam olarak kavramadan genellikle "toptan kabul" (global benimseme) yoluyla sözleşme ilişkisine girmektedirler¹⁴. Modern ekonomik yaşamda piyasa ilişkileri fiyat ve koşulların bireysel pazarlıkla belirlendiği geleneksel anlayıştan

¹³ Canaris (n 10) 293, 294; Bkz., Franz Bydlinzky, 'Die Suche nach der Mitte als Daueraufgabe der Privatrechtswissenschaft' (2004) 204(3-4) AcP 309 vd., 364 vd., 373 vd.; Kırca (n 7) 296.

¹⁴ Çiğdem Kırca, 'Genel İşlem Koşulları ile Kararlaştırılan Ceza Koşulunun İçerik Denetimi' içinde Emel Badur E ve Gamze Turan Başara (ed), *Çankaya Üniversitesi Evrensel İlkeler Işığında Türk Medeni Hukukunda Değişimler Sempozyumu: 10-11 Haziran 2016* (Seçkin Yayınevi, Ankara 2016) 119, 120; Ramazan Aydın, 'Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar (TKHK m. 5)' (2016) 11(1) Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 90.

uzaklaşarak standartlaşmış ve tek yanlı, dikte edilen sözleşmelere yönelmiştir¹⁵. Örneğin bir bankanın standart kredi sözleşmesinde yer alan GİK hükümleri genellikle tartışmaya açık değildir. Müşteri bu koşulları değiştiremez, yalnızca kabul etmek veya reddetmek arasında tercih yapar.¹⁶ Bu durumda sözleşme özgürlüğü “ya al ya bırak özgürlüğüne” indirgenmiştir¹⁷.

Bununla birlikte GİK’lerin kullanılmasını bütünüyle olumsuz bir olgu olarak görmek doğru değildir. GİK’in kitlesel sözleşme ilişkilerinin rasyonelleştirilmesi bakımından yadsınamaz işlevleri vardır. Pek çok kişiyle sözleşme yapan işletmeler açısından her bir sözleşme koşulunu ayrı ayrı müzakere etmek fiilen imkânsızdır. GİK’in kullanılması sözleşmenin kurulmasını basitleştirir, işin maliyetini azaltır ve sözleşme uygulamasında yeknesaklık sağlar. İkinci olarak, GİK bir hukukî ilişkiyi, kanunda o hukukî ilişkiye uygulanabilecek yeterli ya da uygun düzenleyici kural bulunmaması durumunda, kapsamlı bir şekilde düzenleyerek ona belirlilik sağlar. Ekonomik hayatın özellikleri karşısında genel işlem koşullarına dayalı sözleşmelerden vazgeçilememektedir¹⁸.

Ne var ki, bu işlevsel zorunluluk müşterinin veya tüketicinin sözleşme içeriğine etki edebilme olanağını neredeyse tamamen ortadan kaldırmaktadır. Dolayısıyla girişimci karşısında müşterinin veya tüketicinin sözleşme özgürlüğü şekli anlamda varlığını korusa da, maddî anlamda büyük ölçüde son bulmaktadır. İşte böyle bir durumda kanun koyucunun rolü önem kazanmaktadır. Devletin, genel işlem koşullarını içerik ve geçerlilik yönünden denetlemesi maddî sözleşme özgürlüğüne yönelik bir müdahale niteliğinde olup müdahale yine sözleşme özgürlüğünü gerçekleştirmek için yapılmaktadır. Dolayısıyla böyle bir müdahalede Anayasada düzenlenen sözleşme özgürlüğünü ihlal söz konusu olmamaktadır.

B. Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesinin Türk Hukukunda Kabulü

Türk Hukukunda genel işlem koşulları konusunda ilk düzenleme 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun (TKHK) 6. maddesinde 2003 yılında gerçekleştirilen değişiklik ve söz konusu maddeye dayanılarak çıkarılan Tüke-

¹⁵ “Genel işlem koşulları alanında rekabet sağlanabilseydi, ayrıca sözleşmenin denetimine başvurmadan, en optimum koşulların müşteri tarafından elde edilmesi mümkün olabilirdi.” Atamer (n 8) 37; “Rekabet vardır ancak işlememektedir. Çünkü tüketici ne GİK’ni okur ne de karşılaştırır”. Aydın (n. 14) 90.

¹⁶ Ayşe Havutçu, *Tüketicinin Genel İşlem Koşullarına Karşı Korunması*, (Güncel Hukuk Yayınları, İzmir 2003), 34.

¹⁷ I. Schwenzer, / C. Fountoulakis, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, (8. Auflage, Stämpfli Verlag Bern 2020) N. 44.03; Peter Gauch/ Walter R. Schluep/ Jörg Schmid/ Suzan Emmenegger, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, Band I, (11. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich Basel Genf, 2020) N. 1121c.

¹⁸ A. Lâle Sirmen, ‘Türk Hukukunda Genel İşlem Koşulları Kavramı’ içinde Erhan Temel (ed), *Vişya Satım Sözleşmesi Hukuku ve Tüketici Hukuku, Sempozyum Kitabı* (Adalet Yayınevi, Ankara 2015) 117 vd., 119.

tici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik ile yapılmıştır. Bu düzenlemenin en önemli özelliği, doğrudan genel işlem koşullarıyla değil, tüketicinin taraf olduğu sözleşmelerde yer alan haksız şartlarla ilgili olmasıdır. Nitekim ilgili hükümlerde genel işlem şartı niteliği taşıyan veya taşımayan, pazarlık konusu yapılmamış olan bütün haksız sözleşme kayıtları yargısal denetime tâbi sayılmıştır. Ancak, tüketicinin satıcı ya da sağlayıcı ile yaptığı sözleşme, genel işlem koşullarını içeren bir standart sözleşme niteliğini taşıyorsa, haksız koşulların denetlenmesinin aynı zamanda genel işlem koşullarının da denetlenmesi sonucunu doğurması kaçınılmazdır. Daha sonra, 28 Mayıs 2014’de yürürlüğe giren 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda da (m. 5) aynı yol izlenmiştir.

Tüketici işlemleri dışında kalan hukukî işlemlerdeki genel işlem koşullarının denetlenmesi imkânı ise Temmuz 2012’de yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda konuya ilişkin olarak yapılan düzenlemeyle (m. 20-27) sağlanmıştır. Bu hükümlerle ilgili madde gerekçesinde, hazırlık çalışmalarında, AB’nin 93/13/EEC sayılı Haksız Şartlar Direktifi, Avrupa Sözleşme Hukukuna yönelik 2003/C 63/01 sayılı Eylem Planının (284) 4.2. maddesi ve Alman BGB §§305 vd. hükümlerinin göz önünde tutulduğu belirtilmiştir. Yine, TBK m. 20’nin madde gerekçesinde, genel işlem koşulu ile ilgili hükümlerin, tüm sözleşmelere uygulanan genel hüküm niteliğinde olduğu, sadece tüketici sözleşmeleri ile sınırlandırılmadığı açıkça ifade edilmiştir.

Şu halde, kamu ihale sözleşmelerindeki hükümlerin genel işlem koşulları olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği ve bunların denetlenip denetlenemeyeceği sorunu incelenirken, kamu ihale sözleşmeleri tüketici işlemi niteliğini taşımadığına göre, TBK’de yer alan genel işlem koşullarına ilişkin hükümlerin dikkate alınması gerekir.

Tarafların yaptıkları sözleşmede bazen, tek yanlı düzenlenmiş olan sözleşme şartlarından bir bölümünü aralarında değiştirmeleri, bazen de her bir genel işlem şartını tek tek müzakere ederek üzerinde anlaşmaları mümkündür. Bu durumda söz konusu sözleşme şartları artık, genel işlem şartları olarak nitelendirilemeyecektir¹⁹.

C. Genel İşlem Koşullarının Kavramsal Özellikleri

1. Genel İşlem Koşullarının Sözleşme Kayıtları Olması

Genel işlem koşulları hukuk kuralları değildir; bunların temeli hukukî işlemdir. Genel işlem koşulları ancak tarafların iradelerinin uyuşması sonucunda sözleşme içeriğini teşkil eder. Bu bakımdan, doğrudan doğruya kanun hükümleriyle düzenlenmiş sözleşme koşulları, genel işlem koşulları sayılmaz. Sözleşme koşullarının denetimini gerektiren bir neden de, sözleşmenin taraflarından birinin sözleşme içeriğini şekillendirme imkânını kullanamaması ve bunun sonucunda, tarafların menfaatlerini en iyi şekilde koruduğu düşünülen yasal düzenden sapan hüküm-

¹⁹ Sirmen, (n. 18) 122.



leri benimsemek durumunda kalmasıdır. Bu bakımdan, karşı tarafın benimsemek zorunda kaldığı hükümlerin yasal düzenlemeyi aynen tekrarlaması halinde, söz konusu sözleşme koşullarını tek yanlı belirlenmiş, denetim gerektiren genel işlem koşulları olarak nitelendirmek de mümkün değildir²⁰.

Avrupa Birliğinin Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Kayıtlar Hakkında 93/13/EEC sayılı Direktifinin 1. maddesinin 2. paragrafında bu konuda bir hüküm mevcuttur. Buna göre, bağlayıcı hukuk normlarını ya da uluslararası anlaşmaların hüküm veya ilkelerini esas alan sözleşme kayıtlarına söz konusu Direktifin hükümleri uygulanmayacaktır. Direktifin giriş kısmının 13. maddesinde, “bağlayıcı hukuk normlarıyla” tüketici sözleşmelerindeki kayıtları doğrudan ya da dolaylı olarak düzenleyen emredici veya yedek hukuk kurallarının kastedildiği ifade edilmiştir. Direktif emredici veya tamamlayıcı nitelikteki üye devlet hukuk kurallarının “haksız şart” içermediği varsayımından hareket edilmiştir. Nitekim Haksız Şartlar Direktifinin giriş kısmında üye devletlerin sözleşmeler açısından “haksız şart” niteliğinde hükümler içermemesini sağlama yükümlüğünün bulunduğu ifade edilmektedir²¹. Dolayısıyla sözleşmelerde kanun hükümlerini tekrarlayan bu tür kayıtların yargısal denetime tâbi kılınması da söz konusu olmayacaktır²².

Yalnız kanun hükümlerine değil, kanun hükmünde kararname ya da kanunun verdiği yetkiye dayanarak tüzük, yönetmelik hükümleriyle düzenlenmiş sözleşme koşulları da kural olarak, genel işlem koşulu sayılmaz. Buna karşılık, idarenin bir düzenleyici işleminin, o düzenleyici işlemin dayandığı kanuna aykırı hükümlerine, idarenin tek yanlı düzenlediği bir özel hukuk sözleşmesinde, sözleşme kaydı olarak yer verilmesi durumunda, bu kayıtlar genel işlem koşulu niteliğini taşıyabilir.

Hiç şüphesiz, kamu kurumlarının, kanun veya genel düzenleyici işlemlerden bağımsız olarak kendi arzularına göre şekillendirdikleri özel hukuk sözleşmelerindeki şartlar, genel işlem koşulu olarak değerlendirilebilir²³.

Buna karşılık, idarî sözleşmeler, kamu hukukuna tâbi olduğundan, bunların içeriği özel hukuka özgü genel işlem koşulları kavramıyla açıklanamaz. Şu halde, taraflar arasındaki sözleşmede bu yönde uyuşan iradelerin beyan edilmesine dayanmayan ve uygulanması bir zorunluluk teşkil eden hukukî kayıtlar genel işlem

²⁰ Yeşim Atamer, ‘Genel İşlem Koşullarının Denetiminde Yeni Açılımlar’ içinde Serozan R (ed), *Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan*, (Seçkin Yayıncılık, Ankara 2004) 291 vd., 313-314; Atamer (n 8) 217 vd.; Havutçu (n 16) 79.

²¹ Ayrıca bkz. Wolfgang Wurmnest, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB) Band 2 Schuldrecht-Allgemeiner Teil I (§§ 241-310)* ((Redakteur Krüger W) 10. Aufl., München 2025), BGB § 307, N. 2,3,6. (Kısaltma: MüKoBGB/Yazar Adı)

²² Ancak, kanun koyucunun yedek hukuk kuralı ile sunduğu çözümün düzenleyen tarafından sözleşmeye konulmuş olması halinde, denetiminden bağımsız olarak ona genel işlem şartı niteliği kazandırmış olduğu kabul edilir. Bkz. Atamer, (n 8) 63, not: 6.

²³ Sirmen (n 18) 124.

koşulları olarak değerlendirilemeyeceğinden, kamu kurumlarıyla akdedilen ve özellikle imtiyaza dayanan belirli hizmetlerin verilmesine yönelik idarî sözleşmelerin içeriği önceden düzenlenmiş emredici hukuk kuralları çerçevesinde şekillendiği ölçüde genel işlem şartı sayılmaz²⁴.

Sözleşmenin hangi yönlerinin genel işlem koşulları içinde düzenlendiği önemli değildir. Genel işlem koşullarıyla aslî edimler gibi, ifa zamanı veya ifa yeri gibi sözleşmenin ikinci derecedeki noktaları da düzenleme konusu yapılabilir. Böylelikle, belli bir malın veya hizmetin fiyatının müşteriyle müzakere edilmeksizin önceden tespit edilmiş olması durumunda, söz konusu hüküm de genel işlem şartı olarak nitelendirilir²⁵. Ancak, serbest piyasa ekonomisi kurallarının egemen olduğu bir ortamda fiyat denetiminin söz konusu olamayacağı gerekçesiyle Avrupa Birliğinin anılan Direktifinin m. 4/p.2 hükmüyle aslî edimler arasında örneğin satılan mal ile satış bedeli arasında bir denge olup olmadığı kural olarak yargısal denetim dışında bırakılmıştır. Aynı istisna Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 5. maddesinin 7. bendinde de hükme bağlanmıştır: “Sözleşme koşullarının haksızlığının takdirinde, bu şartlar açık ve anlaşılır bir dille yazılmış olmak koşuluyla, hem sözleşmeden doğan aslî edim yükümlülükleri arasındaki hem de mal veya hizmetin piyasa değeri ile sözleşmede belirlenen fiyat arasındaki dengeye ilişkin bir değerlendirme yapılamaz.” 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanundan önce yürürlüğe girmiş olan Türk Borçlar Kanununda ise içerik denetimiyle ilgili olarak herhangi bir istisnaya yer verilmemiştir. Bu durumda, bir yandan serbest piyasa ekonomisi kurallarına işlerlik kazandırılması, öte yandan da genel işlem koşullarını içerik denetiminin dışında tutan istisnaların kanunla düzenlenmesi gereği karşısında, bu istisnanın Borçlar Kanununa tâbi denetim yönünden de geçerli olduğu görüşü hâkimdir²⁶.

2. Genel İşlem Koşullarının Sözleşmenin Kurulmasından Önce Tek Yanlı Olarak Düzenlenmesi

Genel işlem koşullarının sözleşme kurulmadan önce yazıya dökülmesi ya da yazılı olmadan belirlenmiş olması gerekir. Yazıya dökme, el yazısı, daktilo veya bilgisayar yoluyla sözleşme koşullarının kaleme alınması veya müşteriye bir nüshası verilecek ya da sözleşme mekânında asılacak şekilde bunların basılmasıdır. Ancak, sözleşme koşullarının yazılı olması durumunda, ne tür bir metinde yer aldıkları, yazı türü, basım tarzı, çoğaltılmış olup olmamaları, genel işlem koşulları olarak nitelendirilmesinde önemli taşımaz. TBK m. 20, f. 1, c. 2’ye göre de “bu koşulların, sözleşme metninde veya ekinde yer alması, kapsamı, yazı türü ve

²⁴ Havutçu (n 16) 79.

²⁵ Sirmen (n 18) 125.

²⁶ Yeşim Atamer, “Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi-TKHK m. 3 ve TTK m. 55, F. 1, (f) ile Karşılaştırmalı Olarak” içinde *Türk Hukukunda Genel İşlem Koşulları Sempozyumu, Bildiriler-Tartışmalar*, 8 Nisan 2011 (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 2016), 9-73, 54.



şekli, nitelendirmede önem taşımaz.” Sözleşme metninde veya ekinde yer alan genel işlem koşullarının, sözleşme koşulları olarak kimin tarafından önceden düzenlenmiş olduğu değerlendirmede önemli değildir. Bunların bir meslek örgütü, bir dernek veya şirket tarafından hazırlanmış, işletmenin temsilcisi tarafından kaleme alınmış ya da hazırlanırken bir avukattan yararlanılmış olması mümkündür.

Genel işlem koşullarının noter tarafından resen düzenlenmiş olan bir sözleşmede yer alması da mümkündür. Eğer, sözleşme koşulları taraflardan birinin arzusuyla noter tarafından, onun lehine hareket edilerek kaleme alınmışsa, genel işlem şartı niteliğini taşıyabilir²⁷. Hatta noter tarafından resen düzenlenen sözleşmelerdeki şartlar da, genel işlem koşulları olarak değerlendirilebilir. Şu hâlde, düzenleyenin mutlaka genel işlem koşullarını kullanan taraf olması gerekli değildir. Önemli olan bu sözleşme koşullarının bunları kullananın karşısındaki tarafın herhangi bir müdahalesi olmadan tek yanlı olarak önceden düzenlenmesidir. Bu bakımdan önceden girişimci tarafından düzenlenme değil, önceden tek yanlı düzenleme önem taşımaktadır. Ne var ki, Türk Borçlar Kanununun 20 maddesinde, genel işlem koşulları tanımlanırken düzenleyenin “önceden tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleri”nden söz edilmiştir. Bu ifade son derece yanıltıcıdır²⁸. Eğer, söz konusu hükmün kapsamı sözel bir yorumla belirlenecek olursa, örneğin girişimci tarafından bir hukukçunun yardımıyla önceden düzenlenen sözleşme koşulları dahi genel işlem koşulları niteliğinde sayılmayacaktır. Bu nedenle gerek Borçlar Kanununda, gerek Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda, genel işlem koşullarını kullanan taraf için, “düzenleyen” deyimini kullanılması da uygun değildir. Kanun metninde geçen “tek başına” kavramını bu maddelerin kimseden yardım alınmadan düzenlenmesi anlamında değil, sözleşmenin diğer tarafıyla görüşülüp tartışılmadan tek taraflı olarak hazırlanması olarak anlamak gerekir.

Kullananın, kamusal bir makam tarafından hazırlanmış ve/veya onaylanmış GİK’i –örneğin Hazine Müsteşarlığı tarafından onaylanmış Sigorta Genel Koşullarında olduğu gibi zorunlu olarak da olsa- karşı tarafa sunması halinde de GİK vardır²⁹. Bu itibarla kullanan daha önce başkaları tarafından hazırlanmış metinleri kullanması halinde de genel işlem koşullarından söz edilebilir.

²⁷ Alfred Koller, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band I*, (4. Auflage, Stämpfli Verlag Bern 2017) § 23, N. 8; Atamer (n 8) 70-71; Havutçu (n 16) 93.

²⁸ Atamer (n 8) 66; Atamer (n 20) 324.

²⁹ Bkz., Atamer (n 8) 15; Atilla Altıp, ‘Türk Hukukunda Genel İşlem Koşullarıyla İlgili Gelişmeler’ içinde Fethi Gedikli, Emrehan İnal, Ali Adem Yörük, Abdullah Furkan Korkmaz, Göktuğ İdiz, Emine Esra Canbolat ve Emrah Gökmen (ed), *Cumhuriyetin Yüzüncü Yılına Armağan, C.1* (Onikilevha İstanbul 2024) 943 vd., 954, 955; Murat Aydoğdu ve Nalan Kahveci, *Genel İşlem Koşulları Şerhi*, (2. Bası, Adalet Yayınevi Ankara 2022) 98, 99.

3. Birden Fazla Sözleşme İlişkisinde Kullanılmak Üzere Düzenlenmesi

Genel işlem koşullarının klâsik tanımına göre, ancak birden fazla sözleşmede kullanılmak üzere önceden düzenlenen işlem koşulları sözleşme genel işlem koşulları olarak kabul edilir. Bu özellikle genel işlem koşullarının ortaya çıkış nedenlerinden olan kitlesel sözleşme yapma ihtiyacının doğal bir sonucudur. Sözleşme koşullarının birden fazla sözleşme ilişkisinde kullanılmak üzere düzenlenmesi, işletme açısından sözleşme içeriğini değiştirmeme konusundaki yaklaşımı yansıtmaktadır³⁰. Eğer koşullar birden fazla kullanım için değil de, sadece belirli bir sözleşmede bir kez kullanılmak üzere hazırlanmışsa, genel işlem koşulları söz konusu değildir. Ancak birden fazla sözleşmede kullanılmak üzere önceden hazırlanmış olma şartında, daha sonra birden fazla kullanımın fiilen gerçekleşmiş olması aranmaz. Önemli olan genel işlem koşullarının bu amaçla kaleme alınmış olmasıdır. Yine, genel işlem koşullarının bir dernek veya kurum ya da kullanan tarafından yetkilendirilmiş noter avukat gibi üçüncü kişiler tarafından hazırlanmış olması halinde, bunları kullanan ve sözleşmeye dâhil eden kişinin birden fazla kullanım niyetinde olup olmadığına bakılmaz³¹. Birden fazla sözleşmede kullanma niyeti kural olarak genel işlem koşullarını kullananda, kullanan ve hazırlayan farklı kişiler ise, hazırlayanlarda aranır³².

Birden fazla kullanma olgusunun kaç kullanımdan sonra gerçekleşeceğini belirlemek zor olduğundan, AB Direktifi, birden fazla kullanma ölçütünden tamamen vazgeçmiş ve sözleşme koşullarının müzakere edilmemiş olmasını bunların denetimi için yeterli görmüştür.

Genel işlem koşullarının birden fazla sözleşme ilişkisinde kullanılmak niyetiyle düzenlenmeleri, onların genel ve soyut, aynı içerikte sözleşme koşulları olmasını gerektirmektedir. Bununla beraber, aynı içerik farklı sözcüklerle ifade edilmiş olabilir. Nitekim TBK m. 20, f. 2'ye göre, *“aynı amaçla düzenlenen sözleşme metinlerinin özdeş olmaması, bu sözleşmelerin içerdiği hükümlerin genel işlem koşulu sayılmasını engellemez”*. Bu hükümdeki *“özdeş olmama”*, tabiri genellikle *“farklı anlamda”* olmayı ifade eder. Eğer, sözleşme metinleri özdeş değilse, bu durumda genel işlem koşullarından veya standart sözleşmelerden söz etmek mümkün değildir. Kanımızca burada *“özdeş olmamak”* ile *“şeklen farklı fakat maddî içerik itibariyle aynı anlamı taşıyan metinler”*in aynı içerikte kayıtlar sayılacağı belirtilmek istenmiştir³³.

³⁰ Atamer (n 8) 66-67.

³¹ Atamer (n 26) 17.

³² Alman doktrin ve uygulaması genelde en az üç kez kullanılmak üzere düzenlenmiş olmasını aramaktadır: Sirmen (n 18) 129.

³³ Sirmen (n 18) 130.

4. Genel İşlem Koşullarının Kullanan Tarafından Sözleşmeye Dâhil Edilmek Niyetiyle Karşı Tarafa Sunulması

Genel işlem koşullarının bir diğer kavramsal özelliği de, bunların kullanan tarafından sözleşmeye dâhil edilmek niyetiyle karşı tarafa sunulmasının gerekli olmasıdır. Genel işlem koşulları, bunları kullanan kişi tarafından sözleşmeye dâhil edilir ve karşı taraf bunları bir kül olarak kabul eder. Bu durumda kullananın tespiti önem taşımaktadır. Bir sözleşmenin kurulması anında önceden hazırlanmış genel işlem koşullarını karşı tarafa sunan ve bunların sözleşmenin içeriği olmasını isteyen ve sözleşmeye dâhil edilmesini sağlayan taraf kullanıcıdır. Yukarıda da belirtildiği gibi, önemli olan genel işlem koşullarının kimin tarafından karşı tarafa sunulduğudur; bunların kimin tarafından kaleme alınmış olduğu önemli değildir. Ancak, karşı tarafı kendi kullandığı genel işlem koşulları (örneğin, daha önce hazırlanan matbu sipariş formlarında genel işlem koşullarına yer veren ve müşteriye bu şartlar) çerçevesinde bir icapta bulunma zorunda bırakan kişi de, genel işlem koşullarını kullanan kişidir³⁴. Genel işlem koşullarını bireysel sözleşme koşullarından ayıran husus, bunların hiçbir şekilde müşterinin müdahalesine açık hükümler olmamasıdır. Eğer sözleşme hükümlerinin tarafların karşılıklı görüşüp pazarlık etmeleri sonucu oluştuğu anlaşılırsa, artık genel işlem koşullarından söz edilemez. Tarafların karşılıklı müzakere ve pazarlıkları sonucunda sözleşme koşullarını belirlemiş olmaları halinde bireysel anlaşma söz konusu olur. Sözleşmenin tarafları üçüncü bir kurum ya da kuruluş tarafından hazırlanmış olan genel işlem koşullarının kullanılması konusunda anlaşmış oldukları takdirde de, bu anlaşmayla söz konusu şartlar genel işlem koşulları niteliğini kaybederek bireysel anlaşma durumuna gelir³⁵. Alman Medenî Kanununda, karşılıklı olarak müzakere edilmiş sözleşme koşulları, genel işlem şartı sayılamaz” (§305, f. 1, c. 3) hükmüne yer verilirken, Avrupa Birliğinin Tüketici Sözleşmelerinde Haksız Şartlar Hakkında Direktifin 3. maddesinin 1. fıkrasında ve bu Direktiften esinlenmiş olan Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 5. maddesinin 1. fıkrasında taraflar arasında müzakere edilerek kabul edilmemiş olan sözleşme koşulları içerik denetimine tâbi kılınmıştır. TBK’de ise, sözleşme koşullarının müzakere edilip kabul edilmesi durumunda genel işlem şartından söz edilmeyeceğine ilişkin açık bir hüküm bulunmamasına rağmen, TBK m. 20, f. 3’de, “*genel işlem koşulları içeren sözleşmeye veya ayrı bir sözleşmeye konulan bu koşulların her birinin tartışılarak kabul edildiğine ilişkin kayıtlar, tek başına, onları genel işlem koşulu olmaktan çıkarmaz*” hükmünden “*müzakere edilmemiş olma*” unsurunun TBK’da da arandığı anlaşılmaktadır. Genel işlem koşullarının rasyonelleşme ihtiyacını karşıladığı düşünülürse, bunların pazarlık konusu yapılması işin niteliğine aykırı olacaktır³⁶.

³⁴ Atamer (n 8) 69; Sirmen (n 18) 130-131.

³⁵ Sirmen (n 18) 131.

³⁶ Sirmen (n 18) 131.

Dolayısıyla böyle bir durumda önceden hazırlanmış olan sözleşme koşulları girişimci tarafından tüketiciye sunulmuş olmaktadır. Buna karşılık, sözleşme koşullarının tarafların karşılıklı pazarlığı ve görüşmeleri sonucunda belirlenmiş olması durumunda bireysel sözleşme söz konusu olur. Karşılıklı olarak görüşül-müş olma unsurunun yerine gelmiş sayılması için de bazı şartlar aranmaktadır. Girişimcinin önceden hazırlanmış olan sözleşme koşullarını görüşmeye hazır olduğunu bildirmesi, girişimci tarafından sözleşme metninde önceden hazırlanmış sözleşme koşullarının görüşülerek kabul edildiğine ilişkin bir kayda yer verilmesi, genel işlem koşullarını içeren sözleşme metninin her yaprağının tek tek müşteri tarafından imzalanmış olması, müşteriye bazı şartlar bakımından değişik seçenekler sunularak tercih imkânı verilmesi, tarafların sözleşme koşullarını birlikte gözden geçirmeleri, sözleşme koşullarının müzakere edilmiş olduğunun kabulü için yeterli görülmemektedir. Müzakereden söz edebilmek için, girişimci, müşterinin görüş ve teklifleri çerçevesinde bu şartlarda değişiklik yapmaya hazır olmalıdır. Ayrıca, sözleşme metninin tümünün, her maddenin ve madde içindeki her hükmün ayrı ayrı müzakere edilmiş olması gerekir. Sözleşmenin bazı maddelerinin ya da hükümlerinin müzakere edilmiş olması, diğer kısımlarının müzakere edilmemiş sayılmasına engel olamayacaktır. Nitekim ilgili Avrupa Birliği Direktifinin 3. maddesinden esinlenen TKHK. m. 5, f. 3, c. 3'e göre, "sözleşmenin bütün olarak değerlendirilmesinden, standart sözleşme olduğu sonucuna varılırsa, bu sözleşmedeki bir şartın belirli unsurlarının veya münferit bir hükmünün müzakere edilmiş olması, sözleşmenin kalan kısmına bu maddenin uygulanmasını engellemez"³⁷.

Müzakere gerçekleşmişse, bunun ispatı da gerekecektir. TKHK. m. 5, f. 3, c. 1'de bu konuda bir karine yer almaktadır: "bir sözleşme şartı önceden hazırlanmış ve standart sözleşmede yer alması nedeniyle tüketici içeriğine etki edememişse, o sözleşme şartının tüketiciyle müzakere edilmediği kabul edilir." Sözleşme koşullarının müzakere edilmediği konusundaki karinenin aksini ispat girişimciye düşmektedir. Söz konusu 5. maddenin 3. fıkrasının 2. cümlesine göre de, bir standart şartın münferiden tartışıldığını ileri süren satıcı veya sağlayıcı, bunu ispat etmek zorundadır. Türk Borçlar Kanununun 20. maddesinin 3. fıkrasında ispat konusunda şu hükme yer verilmektedir: "Genel işlem koşulları içeren sözleşmeye veya ayrı bir sözleşmeye konulan bu koşulların her birinin tartışılarak kabul edildiğine ilişkin kayıtlar, tek başına, onları genel işlem koşulu olmaktan çıkarmaz." Doktrinde müzakerelerin gerçekten ve fiilen yapılmış olduğunun ispatı için tüketicinin beyanının yeterli olmadığı, genel işlem koşullarının tartışılarak kabul edildiğine ilişkin bu tür kayıtların ancak güçlü delillerin varlığı halinde kabul edilebilir olduğu biçimindeki görüş, bir kanun hükmüyle de dile getirilmiş olmaktadır³⁸.

³⁷ Sirmen (n 18) 132.

³⁸ Sirmen (n 18) 133.

D. Genel İşlem Koşullarının Yargısal Denetimi

Genel işlem koşullarının denetlenmesinde yaygın olarak kabul edilen sistem, yargısal denetimdir. Böylelikle taraflar haklı çıkarlarını savunma imkânı da bulmuş olacaklardır. Genel işlem koşullarının özellikle iki yönden yargısal denetimine gerek duyulmaktadır: İlk olarak, genel işlem koşullarını kullanan karşıdaki sözleşen bunları okumaz; okusa da anlamama ihtimali çok büyüktür. Bu bakımdan, genel işlem koşullarının sözleşmeye alınması sıkı şartlara bağlanmalı, bu koşulların sözleşmenin içeriğine dahil olabilmesi için, bunlar hakkında sözleşme yapmadan önce karşı tarafça bilgi edinilmesi sağlanmalıdır. Aksi halde genel işlem koşulları yazılmamış sayılacaktır. İkinci olarak da, genel işlem koşullarını kullanan girişimci ile sözleşme yapanın etkileyemediği genel işlem koşullarının anlamını belirleyip içeriğini denetleyerek, tarafların çıkarlarını adil bir biçimde dengeleyemeyen, müşteri aleyhine hakkaniyetle bağdaşmayacak şekilde ağır hükümlere yer veren genel işlem koşullarının bağlayıcılıkları önlenmelidir. Böylelikle genel işlem koşullarının yargısal denetiminde üç aşama söz konusu olmaktadır. Birinci aşamada, genel işlem koşullarının sözleşmenin içeriğine dahil olup olmadığı incelenir. Buna bağlayıcılık ya da yürürlük denetimi denmektedir. İkinci aşamada sözleşmeye giren genel işlem koşullarının yorumlanması söz konusudur. Üçüncü aşamada ise, genel işlem koşulları içerik açısından denetlenerek bazı hallerde geçersiz sayılması sağlanmaktadır³⁹.

IV. KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİNDE GENEL İŞLEM KOŞULLARI VE BUNLARIN YARGISAL DENETİMİ

A. Kamu İhale Sözleşmelerinde Genel İşlem Koşulları

Yukarıda da belirtildiği gibi, kamu ihalelerinde, ihale sonuçlanıp sözleşme imzalanıncaya kadarki süreç kamu (idare) hukuku kurallarına tâbidir. Taraflar arasında imzalanan kamu ihale sözleşmeleri ise özel hukuk sözleşmeleridir. İdare tarafından kullanılan daha önce hazırlanmış sözleşme metni, müzakere edilmeden ihaleyi kazanan tarafın önüne konulmakta ve imzalatılmaktadır. İdare ile sözleşme yapanın sözleşmenin içeriğine müdahale etme imkânı yoktur. Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinin 18. maddesinin 1. fıkrasına göre: “İdare, sözleşme tasarısını bu Yönetmeliğin ekinde yer alan tip sözleşmeyi esas alarak hazırlar”. “Tip sözleşmede boş bırakılan veya dipnotuna alınan hususlar, işin özelliğine ve 4734 ve 4735 sayılı Kanunlar ile diğer mevzuat hükümlerine aykırı olmayacak şekilde düzenlenir” (m. 18, f. 2). “İdare, tip sözleşmede düzenlenmeyen ve işin özelliğine göre düzenlenmesine gerek duyulan hususları, 4734 ve 4735 sayılı Kanunlar ile diğer mevzuat hükümlerine aykırı olmamak koşuluyla, maddeler halinde düzenleyerek “Diğer Hususlar” bölümüne ekleyebilir” (m. 18, f. 3). Böylelikle, idarenin hazırladığı sözleşmede Yapım İşleri İhaleleri Uygulama

³⁹ Bu konuda bkz, Atamer (n 8) 26 vd.

Yönetmeliğinin 18. maddesinin 2. ve 3. fıkralarında belirtildiği üzere, tip sözleşmenin ilgili Kanunla düzenlenen içeriği dışında idare tarafından işin özelliğine göre mutata olarak eklenmiş sözleşme hükümlerinin genel işlem koşulu niteliği taşıyabileceğine şüphe yoktur. Ayrıca aşağıda görüleceği gibi, idarenin düzenleyici işlemleriyle şekillenmiş tip sözleşme ve eklerinin de genel işlem koşulları içerebileceği kabul edilmektedir⁴⁰.

1. Kamu Kurumu Niteliğindeki Kuruluşların Diğer Tarafın Katılımı Olmaksızın Hazırladıkları veya Kullandıkları Sözleşmelere de Genel İşlem Koşullarıyla İlgili Hükümlerin Uygulanması

TBK m. 20, f. 4' e göre, “Genel işlem koşullarıyla ilgili hükümler, sundukları hizmetleri, kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütmekte olan kişi veya kuruluşların diğer tarafın katılımı olmaksızın kendi hazırladıkları sözleşmelere de niteliklerine bakılmaksızın uygulanır”⁴¹. Bu madde genel işlem koşulları ile ilgili hükümlerin, sözleşmelerin kamu tüzel kişileri tarafından hazırlandıkları durumlarda da uygulanacağını düzenlemektedir. Nitekim TBK m. 20'nin gerekçesinde “Maddenin son fıkrasında, sundukları hizmetleri kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen yetkiyle yürütmekte olan kişi ve kurumların hazırladıkları sözleşmeler, her durumda tip sözleşme olarak kabul edilmekte, böylece mutlak surette genel işlem koşullarının emredici düzenlemesine tabi tutulmuş olmaktadır. Genel işlem koşullarını hazırlayan tarafın kamu tüzel kişisi olması uygulama farklılığı doğurmayacaktır” ifadeleriyle genel işlem koşullarını hazırlayan tarafın kamu tüzel kişisi olmasının, sözleşmenin denetleme dışında tutulacağı anlamına gelmediği açıkça kabul edilmektedir.

Ayrıca genel işlem koşullarını kullanan taraf olarak TKHK m. 3/1'de satıcı, “kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla tüketiciye mal sunan ya da mal sunanın adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişi”; m. 3/1'da da sağlayıcı, “kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla tüketiciye hizmet sunan ya da hizmet sunanın adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişi” olarak tanımlanmıştır. Kamu tüzel kişileri ile tüketiciler arasındaki özel hukuk nitelikli sözleşmelerde genel işlem koşulları yer aldığına göre, tüketici sıfatını taşımayan gerçek ya da tüzel kişilerin kamu tüzel kişileri ile yaptıkları özel hukuk nitelikli sözleşmelerde yer alan kayıtların da genel işlem koşulları niteliğini taşıması mümkündür⁴².

⁴⁰ Sirmen (n 18) 127 ve aynı sayfada not:26; Aydoğdu/Kahveci, (n 29) 77.

⁴¹ Benzer bir hüküm haksız koşulları düzenleyen TKHK m. 5'in, 5. fıkrasında da yer almaktadır: “Faaliyetlerini kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütmekte olan kişi veya kuruluşların hazırladıkları sözleşmelere de niteliklerine bakılmaksızın bu madde hükümleri uygulanır”.

⁴² Sirmen (n 18) 124.

Haksız şartlara ilişkin Direktifin giriş kısmında haksız şartlara ilişkin denetimin kamu kurumu niteliğindeki kuruluşların özel hukuk nitelikli sözleşmeleri yanında önceden formüle edilmiş kamu hukuku nitelikli sözleşmelere de uygulanacağı belirtilmektedir⁴³. Bu sebeple örneğin Alman hukukunda hukuki nitelendirmesinin özel hukuk veya kamu hukuku olup olmadığına bakılmaksızın devletin taraf olduğu yapım sözleşmelerinin de içerik kontrolüne tâbi tutulacağı kabul edilmektedir⁴⁴.

Türk hukukunda ise, genel işlem koşullarının denetlenmesine ilişkin hükümlerin Türk Borçlar Kanununda ve TKHK’da düzenlenmiş olduğu için sadece özel hukuk sözleşmelerine uygulanacağı⁴⁵ kamu hukuku nitelikli sözleşmelere uygulanamayacağı⁴⁶ kabul edilmektedir.

2. Emredici ve Düzenleyici Kanun Hükümlerinin Genel İşlem Koşulu Olarak Denetlenememesi

Yukarıda bahsedildiği üzere, emredici kanun hükümlerinin aksinin kararlaştırılması mümkün olmadığından sözleşme metnine olduğu gibi aktarılan bu normların genel işlem koşulu kabul edilip denetlenmesi mümkün değildir. Benzer durum, Haksız Şartlar Direktifinde açıklandığı üzere, düzenleyici kanun hükümleri için de geçerlidir. Zaten esas olarak denetlenen, düzenleyici kanun hükümlerinden sapan kayıtlardır.

Denetlenemeyen kanun hükümlerinin neler olduğunun belirlenmesi için öncelikle sözleşme metni yorum yoluyla tespit edilmeli, sonra hukuk düzeninin bu metne karşılık gelen bir hüküm içerip içermediği araştırılmalıdır. Eğer, bir kanun hükmünün tekrarlandığı belirlenirse, söz konusu genel işlem koşullarının denetimi söz konusu olmaz. Benzer durum düzenleyici kanun hükümleri için de geçerlidir. Ayrıca, düzenleyici bir hükmün varlığının kabul edilebilmesi için

⁴³ Bkz., Matteo Fornasier, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB) Band 2 Schuldrecht-Allgemeiner Teil I (§§ 241-310)* ((Redakteur Krüger W) 10. Aufl., München 2025), BGB § 305, N. 8. (Kısaltma: MüKoBGB/Yazar Adı).

⁴⁴ Bkz., MüKoBGB/Fornasier, (n 43) N. 8.

⁴⁵ Pierre Tercier/ Pascal Pichonnaz/ H. Murat Develioğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (Onikilevha, İstanbul 2020) 298, 299, N. 924, 925; Altop (n 29) 952, 953; M. Kemal Oğuzman/ Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.1* (Vedat Kitapçılık, İstanbul 2024), 172.

⁴⁶ Nida Malbeği, *İdarenin Taraf Olduğu Sözleşmelerde “Sözleşmede Değişiklik” (Ve Sözleşmede Değişikliğin Özel Bir Türü Olarak Uyarlama)*, (Onikilevha Yayıncılık, İstanbul 2020) 182. Yazar TBK m. 24’teki yazılmamış sayılma ifadesinin, idare ile akdedilen özel hukuk sözleşmesinin GİK hükümleri kapsamında olduğu kabulünde, idarenin tek taraflı düzenleme yetkisinin yazılmamış sayılacağı yönünde olduğu, yoksa kanun koyucunun veya sözleşme dışı bir idarenin değişen kanun hükümlerinin sözleşmeye yansıtılması olmadığı görüşündedir. Yazara göre “İdarenin kamu hizmeti gördüğü kamu hukuku sözleşmeleri bakımından idarenin tek taraflı değişiklik yetkisi baki olup yazılmamış sayılma hükmünün uygulanması kanaatimizce mümkün değildir”. Ayrıca bkz., Selâhattin Sulhi Tekinay/Sermet Akman/Haluk Burcuoğlu/Atilla Altop, *Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler* (7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993) 166.

uyuşmazlığa konu genel işlem koşulu hüküm ile örtüşen hukuk kuralının, sözleşmeye uygulanabilir olması gerekir⁴⁷.

3. Sözleşme İçeriğinin Kamu Hukuku Nitelikli Yönetmelik veya Diğer Düzenleyici İşlemlerle Düzenlenmesi Halinde Genel İşlem Koşullarıyla İlgili Hükümlerin Uygulanması

Alman Hukukunda idarenin özel kişilerle kurduğu sözleşmelerin, sözleşmelerin tarafı olan kamu kurumu tarafından kamu hukuku nitelikli yönetmelik veya diğer düzenleyici işlemlerle düzenlenmesi halinde de, genel işlem koşullarına ilişkin içerik denetimi yapılabileceği kabul edilmektedir⁴⁸. Aslında bu tür durumlarda bir genel düzenleyici işlem söz konusu olduğundan, sözleşmede bir hukuk normunun tekrarlanmasından bahsedilebileceği düşünülebilirse de, gerçekte burada bir sözleşmenin içeriği düzenlendiğinden durum böyle değildir⁴⁹.

4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu 5. maddesinde Kanunun uygulanmasında uygulama birliğini sağlamak için mal ve hizmet alımları ile yapım işlerine ilişkin Kamu Kurumunun akdedeceği tip sözleşmelerin Resmî Gazetede yayınlanacağı, sözleşmelerin idarelerce tip sözleşmeler esas alınarak düzenleneceği belirtilmektedir. Ayrıca KİSK m. 4, f. 3'te eşitlik ilkesi düzenlenmiş, ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerinde bu ilkeye aykırı hükümlere yer verilemeyeceği hükmüne bağlanmıştır. Tarafların eşitliği ilkesi 4734 sayılı Kanunun 53. maddesi uyarınca idarelerce model olarak kullanılacak tip sözleşmeleri hazırlamakla görevli bulunan Kamu İhale Kurumunca da gözetilmek durumundadır. Oysa, Sözleşmenin, taraflarından başlayarak tüm hükümleri tek taraflı olarak Kamu İhale Kurumu tarafından hazırlanır. Sözleşmenin tarafı olan idare tarafından, sadece bırakılmış bulunan boşluklar doldurulabilir. Boşluk bırakılmamış sözleşme hükümleri idare ve karşı taraf için uyulması zorunlu hükümlerdir ve her iki tarafça değiştirilemez. Bu durumda, tip sözleşmenin yer aldığı düzenleyici işlemin, KİSK m. 4, f. 3'te düzenlenmiş olan tarafların eşitliği ilkesi ile bağdaşmadığı ve kanuna aykırı bir düzenleme olduğu açıktır. Bu tür kanununa uygun olmayan düzenleyici işlemlerin ise geçerliliği yoktur. Nitekim, özel hukuk hâkimleri kanuna aykırı yönetmelik hükümlerini veya genel düzenleyici işlemleri uygulamakla yükümlü değildir. Bu bakımdan, dayandığı kanuna aykırı düzenlemeler içeren bir genel düzenleyici işlemin hükümlerini tekrar eden tip sözleşmenin, idarenin düzenleyici işlemini tekrarlayan kayıtlar taşıdığı söylenemez. Dolayısıyla söz konusu kayıtların genel işlem koşullarının tâbi olduğu hükümler çerçevesinde denetlenmesi mümkün olmalıdır.

⁴⁷ MüKoBGB/Wurmnest, (n 21) N. 6.

⁴⁸ Bkz., MüKoBGB/Fornasier, (n 44) N. 8; MüKoBGB/Wurmnest, (n 21) N. 6.

⁴⁹ MüKoBGB/Fornasier, (n 44) N. 8.

Kaldı ki, bir Yargıtay kararına verilen muhalefet şerhinde⁵⁰ de belirtildiği gibi, bir yönetmelik eki olarak düzenlenen tip sözleşmenin içeriği daha sonra özel hukuk nitelikli bir sözleşmenin hükümleri olarak kullanılacak ise, bu sözleşme taraflarca imzalandıktan sonra idarenin düzenleyici işlemle yaptığı söz konusu düzenlemeleri artık, özel hukuk nitelikli sözleşme içeriğine dönüşmüş olmaktadır.

Bütün bu nedenlerledir ki, kamu ihale sözleşmelerinde de genel işlem niteliği taşıyan hükümlerin mevcut olabileceği ve bunların da denetlenmesi gerektiği kabul edilmelidir.

Yine, sözleşmenin eki ihale dokümanlarında da genel işlem koşullarına yer verilmiş olabilir. Uygulamada, örneğin yapım işlerinde, genellikle Yapım İşleri Genel Şartnamesindeki düzenlemelere yollama yapılmaktadır. Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 7. maddesinde sözleşmede yer alması zorunlu hususlar arasında “ihale dokümanında yer alan bütün belgelerin sözleşmenin eki olduğu”nun belirtilmesi zorunlu kılınmıştır (m.7/v). Yapım İşleri Genel Şartnamesi de ihale dokümanı olduğundan, diğer genel şartnameler gibi Yapım İşleri Genel Şartnamesi de kamu ihale sözleşmesinin ekidir. “Şartnameler” Kamu İhale Kanunu gereğince doğrudan doğruya idare tarafından tek yanlı olarak düzenlenmekte olup bunlarda özel hukuk nitelikli sözleşmenin yapılmasına ve uygulanmasına ilişkin hükümler bulunmaktadır. Örneğin, Yapım İşleri Uygulama Yönetmeliğinin eki olan Şartnamedeki hükümler, Yargıtay 6. Hukuk Dairesinin yakın bir tarihte verdiği kararında da belirtildiği gibi, sözleşme imzalanıncaya kadar düzenleyici işlem niteliğinde iken sözleşme imzalandıktan sonra ise artık özel hukuk nitelikli sözleşme içeriğine dönüşür⁵¹. Söz konusu Şartname Kamu İhale Kurumu tarafından benzer nitelikli tüm sözleşmelerde kullanılmak üzere hazırlanmakta ve müzakere edilmeden sözleşmenin eki olarak yüklenici tarafından kabul edilmektedir. İşte, Yapım İşleri Genel Şartnamesinde kanun ve yönetmelik hükümlerini esas alan kayıtlar yer alıyorsa da, Şartnamenin kanun hükümlerini tekrarlamayan, idarenin tek yanlı olarak düzenlediği hükümlerinin, genel işlem şartı niteliğinde olduğu açıktır⁵².

⁵⁰ Y.6. HD’nin, E. 2023/501 K. 2024/101 sayılı ve 11.1.2024 tarihli kararında yer alan muhalefet şerhinde Hizmet İşleri Genel Şartnamesi bakımından aynı sonuca varılmıştır.

⁵¹ Y 6 HD, E 2023/501, K 2024/101, T. 11.1.2024 (Lexpera/İçtihat Bilgi Bankası).

⁵² Y.6. HD’nin, E. 2023/501 K. 2024/101 sayılı ve 11.1.2024 tarihli kararında yer alan muhalefet şerhindeki şu ifade de bu görüşümüzü desteklemektedir: “Şartnamenin (Hizmet İşleri Genel Şartnamesinin) 42. maddesinin 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 20. maddesi kapsamında değerlendirilmesi halinde şu sonuçlara varılabilecektir. Şartnamenin 42. maddesi düzenleyen kamu idareleri bakımından benzer nitelikli tüm sözleşmelerde kullanılmakta ve tek taraflı karşı tarafa sunulmaktadır. Genel işlem koşulları sundukları hizmetleri kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütmekte olan kişi ve kuruluşların hazırladıkları sözleşmelere de niteliklerine bakılmaksızın uygulanması gerekir” (Lexpera/İçtihat Bilgi Bankası).

4. Kamu İhale Sözleşmelerinde Yer Alan Tip Sözleşmelere Diğer Tarafın Müdahale Olanağının Olmaması

Kamu ihale sözleşmelerinde yer alması zorunlu tip sözleşmelere diğer tarafın müdahale olanağı bulunmamaktadır. Bu sözleşmelerde birden fazla sözleşme de kullanılmak üzere önceden hazırlanmıştır. Böylece bu sözleşmelerle birden fazla sözleşme ilişkisinde kullanılacak koşulları önceden saptamak, bunları karşı tarafın müdahalesine imkân tanımadan bir kül olarak sözleşmeye dahil etmek amaçlanmaktadır.

Genellikle GİŞ kullanan, en kolay kendisinin gerçekleşmesini engelleyebileceği ve sigortalayabileceği rizikoları (cheapest cost avoider) bu yoldan müşterisine nakletmekte ve bu açıdan ekonomik verimliliği düşürmektedir. Nitekim tip Sözleşme kullanan idare de kendi lehine birçok menfaat elde etmekteyken, sözleşmenin diğer tarafı için tip sözleşme kullanılmasının fiyat avantajı yaratması söz konusu olmamaktadır. Ayrıca, Türk hukukunda idare, örneğin karşı taraftan sadece sözleşme konusu ile ilgili konularda değil, risklerin tümünü kapsayan ALL RİSK sigortası yaptırmak suretiyle çok daha fazla maliyete katlanmasını beklemektedir.

5. KİSK m.4, f. 1, 2’de yer alan Sözleşmeyi Değiştirme Yasağının Kamu İhale Sözleşmelerinin İçerik Denetimini Engellememesi

Sözleşmeyle bağlılık (pacta sunt servanda), esastır. Bu açıdan taraflar karşılıklı olarak anlaşamazlarsa sözleşmeyi değiştiremezler. Ancak GİK denetlenmesi, tarafların üzerinde görüşerek kararlaştırmadığı karşı tarafın aleyhine, tek yanlı, dürüstlük kuralına aykırı sözleşme kayıtlarının denetlenmesidir. Bu durumda, genel işlem koşullarının denetlenmesi ilkesinin, şekli sözleşmeye bağlılığı bertaraf ettiği söylenebilir. İhale şartnamesinin ve ihaleye esas teklifin sözleşmeyle sonradan değiştirilmemesi, ihaleye katılanların eşit muameleye tâbi tutulması ve ihale sürecinin saydam olması ilkelerinin gerçekleştirmesini sağlar; böylece ihale hukuku ilkelerinin dolanılması engellenmiş olur⁵³.

Ancak bu durum GİK niteliğini taşıyan sözleşmenin denetlenmeyeceği anlamına gelmez. Nitekim sözleşmenin ve içeriğinin tarafları bağlaması da Borçlar Kanununun amir hükmüdür. Buna mukabil GİK denetlenmesi (TBK m. 20-25) hâkime bu konuda müdahale imkânı veren düzenlemelerdir.

⁵³ Bkz., Buz, (n 1) 230. Avrupa Birliğinde kamu ihale hukuku alanındaki temel düzenleme olan ve Avrupa Birliği Adalet Divanının önceki içtihatlarını da kodifiye eden 2014/24/AB sayılı Kamu İhale Direktifinin 72. maddesinde bir kamu ihale sözleşmesinde esaslı (önemli) değişiklikler yapılması yasaklamıştır. Bu yasağın amacı, kamu ihalelerinde tüm istekliler bakımından eşit işlem ilkesi ile kamu sözleşmesinin ifası sırasında da sağlanması gereken ihale sürecinin şeffaflığı ilkesini korumaktır. Anılan Direktifin 73. maddesinde de bu yasağın ihlali halinde böyle bir sözleşmenin feshine imkân tanınması gerektiği ifade edilmiştir

B. Kamu İhale Sözleşmelerindeki Genel İşlem Koşullarının Yargısal Denetimi

1. Kamu İhale Sözleşmelerinde Genel İşlem Koşullarının Yürürlük Denetimi

Türk Borçlar Kanununun 21. maddesinde genel işlem koşullarının sözleşmenin içeriği sayılması için başka koşullar da aranmıştır. TBK. m. 21, f. 1'e göre, *"karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına girmesi, sözleşmenin yapılması sırasında düzenleyenin karşı tarafa, bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi verip, bunların içeriğini öğrenme imkânı sağlamasına ve karşı tarafın da bu koşulları kabul etmesine bağlıdır."* Kamu ihale sözleşmelerinin idarenin karşısında yer alan diğer tarafı genellikle tacirdir. Tacirin ticarî faaliyetlerine ilişkin ağır sorumluluk hallerinden birisi olan basiretli iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğü, onu genel işlem koşullarını anlayıp inceleyerek sözleşme yapmakla yükümlü kıldığına, sözleşme tasarısı ve eki ihale dokümanları da ihaleden önce sözleşecek olanlara açıklandığına göre, idareyle sözleşenlerin sözleşmeyi, bilgi sahibi olmadan imzaladıklarını iddia etmeleri zor görünmektedir. Bununla birlikte sözleşmenin diğer tarafı tacir olsa da sözleşmeye müdahale ederek değiştirme olanağı bulunmamaktadır. Dolayısıyla yorum ve içerik denetimi yapılabilir.

2. Kamu İhale Sözleşmelerinde Genel İşlem Koşullarının İçerik Denetimi

Genel işlem koşullarının içerik denetimi, bunların karşı tarafın kabulünden sonra devreye girer ve bu denetimde genel işlem koşullarının içerik bakımından kanunda öngörülen sınırlar içinde kalıp kalmadığı incelenir. Örneğin, genel işlem koşulları, girişimcinin kabulüyle sözleşmenin içeriğine dahil olsa dahi, kanunun emredici kurallarına, ahlâka, kişilik haklarına, kamu düzenine aykırı olamaz (TBK. m. 27, f. 1). Aksi halde, genel işlem koşulları kesin olarak hükümsüz olup bağlayıcılık kazanamaz. Öte yandan, kanunun emredici kurallarına, ahlâka, kişilik haklarına, kamu düzenine aykırı olmamakla beraber, *haksız* olarak nitelendirilen şartlar da içerik denetiminin konusunu teşkil eder.

Kamu ihale sözleşmelerindeki genel işlem koşulları TBK m. 27, f. 1 uyarınca yargısal denetime tâbi olduğu gibi, müzakere edilmeyen sözleşme hükümleri olarak haksız şart niteliği taşıdığı takdirde de, şüphesiz yargısal denetim konusu olmalıdır. Bu denetim TBK hükümlerine göre olacaktır. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun genel işlem koşullarının içerik denetimine ilişkin tek hükmü 25. maddede yer almaktadır: *"Genel işlem koşullarına, dürüstlük kurallarına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamaz."* Hemen belirtelim ki, içerik denetimini öngören bu hükümde genel ölçüt olarak dürüstlük kuralı esas alınmışsa da, aşağıda da belirtileceği gibi, bu yeterli değildir. Nitekim doktrinde, hâkimin eline, genel işlem koşullarının "sözleşme taraflarının sözleşmeden doğan hak ve borç dağılımında önemli ve haksız bir orantısızlık yaratması" veya genel işlem koşullarıyla değiştirilen durumun "yasal düzenlemenin temelinde yatan düşünceyle bağdaştırılmasının

mümkün olmaması” gibi somut ölçülerin de verilmesi gerektiği, ancak bu takdirde genel işlem koşullarının dürüstlük kuralına aykırı olarak karşı tarafı mağdur ettiği ileri sürülmektedir⁵⁴. Bu bakımdan, Türk Borçlar Kanununa göre yapılacak içerik denetiminde de Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda düzenlenmiş olan ölçütten yararlanılabileceği düşünülmektedir. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 5. maddesinin 1. fıkrasında, taraflardan birinin tüketici sıfatını taşıdığı tüketici sözleşmelerindeki haksız koşulları konu alan içerik denetimini sağlamak amacıyla bir düzenleme yapılmıştır: “*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 koşullarıdır*”. Bu nedenle, taraflar arasındaki sözleşmede, sözleşmeyi tek yanlı kaleme alan girişimci lehine varolduğu tespit edilen haksız şartlar kesin olarak hükümsüzdür.

Kamu ihale sözleşmelerine gelince, Kamu İhale Kurumunun genel düzenleyici işlemlerinde belirlenmiş olsa da, ihale sözleşmesi ve eklerinde yer alan, kanunu tekrarlamayan hükümlerden dürüstlük kurallarına aykırı olarak karşı tarafın durumunu ağırlaştırıcı, daha doğru bir ifadeyle tarafların hak ve yükümlülükleri arasında dürüstlük kuralına aykırı düşecek şekilde dengesizlik yaratan hükümlerin haksız şart niteliğini taşıdığı tartışmasızdır. Örneğin, Yapım İşleri Genel Şartnamesinin 10. maddesinin 1. fıkrasına göre; “*Yüklenici tarafından işin sonunda işyerleri her türlü ihzarattan ve çalışma artıklarından çevreyle uyumlu olacak şekilde temizlenir. Bundan başka yüklenici tarafından kendi ihtiyaçları için yapılmış olan baraka, ambar, garaj, atölye vb. tesisler, işin sonunda yüklenici tarafından sökülerek götürülür ve bu işler için kendisine hiçbir bedel ödenmez. Yüklenicinin yükümlülüğü olan bu işlerin yapılmaması veya eksik yapılması halinde idarenin takdir edeceği bir bedel varsa yüklenicinin hakedişinden, yoksa teminatından kesilir.*” İdarenin düzenlediği şartnamede yer alan genel işlem şartı niteliğini taşıyan bu hükümde yükleniciye yüklenmiş bazı işlerin yapılmaması durumunda, hakedişinden veya teminatından kesilecek bedelin miktarının tek taraflı olarak idare tarafından takdir edileceğinin belirtilmesi, idareye ait bir yükümlülüğün ihlâlinde yükleniciye böyle bir yetki verilmemiş olması, taraflara tanınan yetkilerde dürüstlük kuralına aykırı olarak açık bir dengesizlik yarattığından haksız şart olarak kabul edilebilir.

Yine, Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 20. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendinde yer alan, Yapım İşleri Genel Şartnamesinin 47. maddesinin 2. fıkrasının (a) bendinde de tekrarlanan hükme göre: “*Yüklenicinin taahhüdünü ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirmemesi veya işi süresinde bitirmemesi üzerine, ihale dokümanında belirlenen oranda gecikme cezası uygulanmak üzere, idarenin en az on gün süreli ve nedenleri açıkça belirtilen*

⁵⁴ Havutçu, (n16) 217; Atamer, (n 20) 327.



ihbarına rağmen aynı durumun devam etmesi”, yani yüklenicinin taahhütlerini yerine getirmekte gecikmesi halinde idare sözleşmeyi feshedebilirken, kamu ihale sözleşmesinin eki olarak idarece hazırlanan Yapım İşleri Genel Şartnamesinde İdareye isnat edilebilen nedenlerden dolayı işin aksamaması halinde yükleniciye fesih imkânı verilmemektedir.

Nitekim, Genel Şartnamenin 29. maddesinin 4. fıkrasına göre, “İdarenin, sözleşmenin ifasına ilişkin yükümlülüklerini yüklenicinin kusuru olmaksızın yerine getirmemesi (yer teslimi, projelerin onaylanması, iş programının onaylanması, ödenek yetersizliği gibi) ve bu sebeple sorumluluğu yükleniciye ait olmayan gecikmelerin meydana gelmesi, bu durumun taahhüdün yerine getirilmesine engel nitelikte olması ve yüklenicinin bu engeli ortadan kaldırmaya gücünün yetmemiş olması halinde, işi engelleyici sebeplere ve yapılacak işin niteliğine göre, işin bir kısmına veya tamamına ait süre en az gecikilen süre kadar uzatılır”. “Öngörülemeyen durumlar nedeniyle bir iş artışının zorunlu olduğu hallerde ilâve işin gerektirdiği ek süre yükleniciye verilir.” (m. 29, f. 5). “Mücbir sebepler ve/veya idarenin sebep olduğu hallerden dolayı, işte sorumluluğu yükleniciye ait olmayan gecikmelerin meydana gelmesi halinde, durum idarece incelenerek işi engelleyici sebeplere ve yapılacak işin niteliğine göre işin bir kısmına veya tamamına ait süre uzatılır.” (m. 29, f. 6). Yine Yapım İşleri Genel Şartnamesinin 13. maddesine göre; “İş için gerekli olan projelerle diğer teknik belgelerin yükleniciye tesliminde gecikme olması veya uygulanmak üzere yükleniciye verilen proje ve teknik belgelerde, yeni proje veya belge hazırlanmasını gerektirecek ve dolayısıyla zamana ihtiyaç gösterecek şekilde değişiklik yapılması hallerinde yüklenici hiçbir itiraz öne süremeyecektir. Ancak bu gecikme, işin bir kısmının veya hepsinin zamanında bitirilmesini geciktirirse sözleşmedeki iş süresi, işin bir kısmı veya tamamı için gecikmeyi karşılayacak şekilde uzatılır.”

İşte, idareye isnat edilebilen nedenlerden dolayı işin aksamaması halinde yükleniciye fesih imkânı vermeyen Yapım İşleri Genel Şartnamesinin idarece düzenlenen bu hükümleri de tarafların hak ve yükümlülüklerinde dürüstlük kuralına aykırı olarak açık bir dengesizlik yarattığı ve haksız şart niteliğini taşıdığından, kesin hükümsüz sayılıp bunların yerine 4735 sayılı Kanunun 36. maddesi uyarınca Borçlar Kanununun ilgili hükümlerinin uygulanması sağlanabilir.

Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinin eki “Yapım İşleri Genel Şartnamesinde” geçici hakedişlere itiraz hakkı belirli bir süreyle sınırlandırılmış ve itiraz şerhi konulması koşuluna bağlanmıştı (m. 39/f). Böylece, yüklenicinin itirazlarının belirtilen şekle ve süreye uygun bildirilmediği takdirde geçici hak edişin olduğu gibi kabul edilmiş sayılacağı kuralı getirilmişti. Bu durum kesin delil anlaşması olarak nitelendirilmiştir. Ancak bu hüküm idare lehine eşitsizlik yaratmış olduğundan, Danıştay tarafından iptal edilmiştir⁵⁵. Geçici hakedişler idare

⁵⁵ Danıştay 13. Dairesi’nin 06.06.2023 tarih ve 2023/404 E., 2023/2898 K. sayılı; ve 2023/403

yönünden ise fazla ödeme olacak şekilde kesinlik taşımaz. Söz konusu Yapım İşleri Genel Şartnamesinin 39/c maddesine göre, *“yüklenicinin yaptığı işler ile ihzarattan doğan alacakları, metrajlara göre hesaplanarak sözleşme hükümleri uyarınca kesin ödeme niteliğinde olmamak ve kazanılmış hak sayılmamak üzere geçici hakediş raporları ile ödenir.* Oysa geçici hakedişler idare yönünden fazla ödeme olacak şekilde kesinlik taşımaz. Geçici hakedişlerde yükleniciye fazla ödeme yapıldığı sonradan anlaşılırsa iş sahibi idare, süre ve şekle bağlı olmadan yani ihtirazı kayıt konması şartı aranmaksızın bu hatasını her zaman sonraki ara hakedişlerde veya kesin hesapta tek taraflı olarak düzeltebilir. Her durumda ihtirazî kayıt açısından iş sahibi ile yüklenici eşit durumda olmadıkları için Şartnamenin 39/f maddesi hükmünün tarafların eşitliği ilkesini dile getiren KİSK’ye aykırılık teşkil ettiği açıktı. Danıştaya göre: *“Bu itibarla, Kamu ihale sözleşmeleri ile gerçekleştirilecek yapım işleri kapsamındaki ihtirazi kayıt müessesesinin Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu’nda düzenlenmesi, temel hakların yasal düzenlemeler ile sınırlandırılması gereğinin bir sonucudur. Dolayısıyla geçici hakedişe ihtirazi kayıt konulmadığı takdirde yüklenicinin hak arama hürriyetinin sınırlandırılması sonucunu doğuran kuralın, alt düzenleyici işlemlerde değil, yasal düzenlemelerle getirilmesi gerekirken, Kamu İhale Kurumu tarafından yayımlanmış Yönetmeliğin Eki mahiyetindeki Genel Şartnamede düzenlenmesi, yüklenici aleyhine hukuki sonuçlar doğuracak, hak kaybına yol açacak ve Anayasanın 36. maddesindeki hak arama hürriyetini ihlal eder niteliktedir”*⁵⁶.

Danıştay tarafından henüz iptal edilmediği dönemde kamu ihale sözleşmelerine konulan Yapım İşleri Genel Şartnamesinin 39/c maddesi hükmünün bir benzeri olan ve sonradan iptal edilen⁵⁷ Hizmet İşleri Genel Şartnamesinin 42a maddesi aşağıda belirtilen kararda Yargıtay tarafından açıkça geçerli kabul edilmiştir. Yargıtay, *“sözleşmenin imzalanması ile birlikte sözleşme ve ekleri açısından Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu 4. maddesinde ‘Bu Kanunda belirtilen haller dışında sözleşme hükümlerinde değişiklik yapılamaz ve ek sözleşme düzenlenemez.’ hükmü getirilerek sözleşmenin taraflar arasında adeta anayasa gibi olduğu kabul edilmiştir. Bu durumda taraflar arasındaki ihtilafların öncelikle sözleşme ve ekleri dikkate alınarak incelenmesi gerekmektedir”*⁵⁸ gerekçesiyle iptal edilmiş hükümleri

E., 2023/2899 K. kararı ile iptal edilmiş, hüküm yeniden düzenlenmiştir: Yüklenicinin, geçici hakediş veya hakediş raporunun imzalanmasından sonra tahakkuk işlemi yapılınca kadar hakediş raporunda yapılabilecek düzeltmelere karşı itirazlarını en geç kesin hesapların idareye teslim edildiği tarihe kadar dilekçe ile bildirmesi zorunludur (RG 30.07.2025/32971).

⁵⁶ Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, E 2023/1058; K 2024/52; T 22/01/2024. (Danıştay 13. Dairenin 2/01/2023 tarih ve 2021/3178 E., 2023/99 K. sayılı kararını bozmuştur.) Benzer şekilde. DİDDK, E 2022/892, K 2022/3100, T 03/11/2022.

⁵⁷ Danıştay 13. Dairesinin 06/06/2023 tarih ve 2023/404 E., 2023/2898 K. sayılı kararına istinaden 16/08/2023 tarihli ve 2023/DK.D-208 sayılı Kamu İhale Kurulu kararıyla iptal edilmiştir.

⁵⁸ Y 6 HD, E 2024/331, K 2025/1279, T 26.3.2025; Y 6 HD, E 2022/1918, K 2023/2779, T 14.9.2023 (Lexpera/İçtihat Bilgi Bankası)



uygulamaya devam etmiştir. Yargıtaya göre: “...idari yargı organlarınca verilen bir iptal kararının somut olayın özelliğine göre geçmişe etkili olmasında elbette yasal bir engel bulunmamaktadır. Davadaki uyumsuzluğa konu Hizmet İşleri Genel Şartnamesi'nin 42/a maddesinde yer alan hükmün iptal edilmesi ile idari makamlarca anılan düzenlemenin uygulanması artık mümkün olmadığından, Hizmet İşleri Genel Şartnamesi'nin iptal edilen hükmünün anılan şartnameden çıkarılması gerekir, ancak somut olayda taraflar arasında özel hukuk sözleşmesi imzalanmış olduğundan, ilgili hüküm artık idari bir düzenleyici işlem formundan çıkıp, sözleşmenin bir hükmü haline gelmiştir. Dolayısıyla sözleşmenin bir normu haline gelen ilgili hükmün taraflar arasında uygulanmasına devam edilmesi gerekecektir... Aksine bir kabul yargı yolu kurallarına aykırı olduğu kadar Türk Borçlar Kanunu düzenlemelerine, tarafların sözleşme ile bağlılığı ilkesine de aykırı bir sonuç olacaktır”⁵⁹.

Daha önce de belirttiğimiz üzere genel işlem koşullarının denetlenmesi, şeklen sözleşme ile kararlaştırılanın dikkate alınmaması ile gerçekleşir. Bu yoldan taraflardan en azından birinin iradesinin dahil olmadığı, tek taraflı dayatılan sözleşme kayıtları dürüstlük ilkesi de dikkate alınarak denetlenmekte, maddi sözleşme özgürlüğü sağlanmaktadır. Hukuka aykırılığı Danıştayca tespit edilen sözleşme kayıtlarının daha önce sözleşmenin içeriği halinde geldiği için denetlenememesi isabetli değildir. Sözleşme içeriği haline gelen kayıtların genel işlem koşulu olduğu nitelendirmesi yapılması halinde denetlenerek geçersiz sayılması, öte yandan Danıştay tarafından iptal edilen kısmın da uygulanmasının sona ermesi mümkün hale gelebilir. Bu açıdan aşağıda kısaca nakledilen kararlardaki muhalefet şerhleri isabetlidir:

“Türk Borçlar Kanununun 20. maddesi ise tüm sözleşmeler bakımından genel işlem koşullarını düzenlemiştir. Bu maddeye göre ‘....’ hükmü yer almaktadır. Şartnamenin 42. maddesinin 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 20. maddesi kapsamında değerlendirilmesi halinde şu sonuçlara varılabilecektir. Şartnamenin 42. maddesi düzenleyen kamu idareleri bakımından benzer nitelikli tüm sözleşmelerde kullanılmakta ve tek taraflı hazırlanarak karşı tarafa sunulmaktadır. Genel işlem koşullarının sundukları hizmetleri kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütmekte olan kişi ve kuruluşların hazırladıkları sözleşmelere de niteliklerine bakılmaksızın uygulanması gerekir. TBK’nın 21. maddesi gereğince sözleşmenin karşı tarafının açıkça menfaatine olan şartnamenin 42. maddesi genel işlem koşullarına aykırılık nedeniyle geçersizdir ve yazılmamış sayılmalıdır. Kamu İdareleri ve diğer kamu tüzel kişileri aynı Yasa’nın 22. maddesi gereğince

⁵⁹ Y 6 HD, E 2024/331, K 2025/1279, T 26.3.2025 (Lexpera/İçtihat Bilgi Bankası)

şartnamenin 42. maddesi olmasaydı bu sözleşmenin yapılmayacağını ileri süremeyecektir”⁶⁰.

Benzer başka bir karardaki muhalefet şerhi de Şartname hükümlerinin genel işlem koşulu niteliğinde olduğunu kabul etmektedir: “Öte yandan, söz konusu Şartname hükümleri genel işlem koşulu mahiyetindedir. Zira bir sözleşme yapılırken düzenleyenin, ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleri genel işlem koşulu mahiyetindedir (TBK.m.20/1). Kamu sözleşmelerinde, sözleşme öncesinde iş sahibi idare ile yüklenici adayı arasında karşılıklı tartışma, müzakerelere imkânı yoktur. İş sahibinin her zaman ihaleyi feshetme yetkisinin olduğu bir ortamda müzakere beklemek aşırı iyi niyetli bir yaklaşım olacaktır. Bu tek yanlı gücün ağır bastığı süreç sözleşme hükümlerini ve eklerini tek taraflı kendi lehine düzenleme gücünü iş sahibine vermektedir ki bu da geçici hakedişlere ihtirazi kayıt uygulaması olarak kendisini YİGŞ göstermektedir. Yüklenicinin, ihtirazi kayıt koymayarak veya usulüne uygun itirazi kayıt koyarak var olan bir hakkından vazgeçmesinin başka türlü izahı olabilir mi?”⁶¹.

4734 sayılı Kanunun “İhale ve ön yeterlik dokümanının içeriği ve idarî şartnamede yer alması zorunlu hususlar” başlıklı 27. maddesinde; ihtiyacın 4734 sayılı Kanuna uygun bir şekilde karşılanmasını sağlamak üzere idarî şartname-lerde yer alması zorunlu görülen hususlar arasında “sözleşme konusu işler için eğer ödenecekse fiyat farkının ne şekilde ödeneceği”nin, 4735 sayılı Kanunun “Sözleşmede yer alması zorunlu hususlar” başlıklı 7. maddesinde de, sözleşme konusu işler için ödenecekse fiyat farkının ne şekilde ödeneceğinin belirtilmesi zorunlu kılınmıştır. Bu hüküm gereğince Yapım İşlerine Ait Tip Sözleşmenin “Fiyat farkı ödenmesi ve hesaplanması koşulları” başlıklı 14. maddesinde fiyat farkı hesaplanıp hesaplanmayacağına yer verilmesi gerekmektedir. Buna göre; İdare, sözleşmenin yürütülmesi sırasında fiyat farkı hesaplanmasını öngörmüyor ise madde metnine “14.2. Fiyat farkı hesaplanmayacaktır”, ancak, mücbir sebepler veya idareden kaynaklanan nedenlerle işin bitim tarihinin süre uzatımı verilmek suretiyle uzatılması halinde, yürürlükte bulunan fiyat farkına ilişkin esaslar dikkate alınarak fiyat farkı hesaplanacaktır” yazacaktır. Buna karşılık İdare, sözleşmenin yürütülmesi sırasında fiyat farkı hesaplanmasını öngörüyor ise madde metnine “14.2. Fiyat farkı hesaplanacaktır.” yazacaktır. Ayrıca İdare tarafından yürürlükte bulunan fiyat farkına ilişkin esaslar dikkate alınarak işin

⁶⁰ Y 6 HD, E 2024/331, K 2025/1279, T 26.3.2025’na karşı muhalefet şerhi. (Lexpera/İçtihat Bilgi Bankası)

⁶¹ Y 6 HD, E 2021/6424, K 2023/4237, T 14.12.2023’na karşı muhalefet şerhi (Lexpera/İçtihat Bilgi Bankası)

niteliğine ve işte kullanılan girdilere uygun sabit katsayılar ile varsa ilgili alt endeksleri de içeren düzenleme bu maddede yapılacaktır.

4735 sayılı Kanunun 8. maddesine göre de “Sözleşme türlerine göre fiyat farkı verilebilmesine ilişkin esas ve usulleri tespiti Kamu İhale Kurumunun teklifi üzerine Cumhurbaşkanı yetkilidir.” Tarafların eşit olarak yaptıkları bir özel hukuk sözleşmesinde fiyat farkı verilebilmesine ilişkin usul ve esasların Kamu İhale Kurumunun teklifi üzerine Cumhurbaşkanı tarafından tespit edilmesi son derece yadırgatıcı olmakla beraber, bu bir Kanun hükmü olduğundan, Cumhurbaşkanının tespitine dayanarak yapılan fiyat farkına ilişkin tek taraflı hesaplamaların haksız şart olarak denetlenmesi hukuken mümkün değildir.

Ancak, tarafların eşitliği ilkesiyle temellenen kamu ihale sözleşmelerinin içeriğini düzenleyen kanun hükümlerinin Anayasa Mahkemesi tarafından, Yönetmelik hükümlerinin de Danıştay tarafından denetlenmesi mümkündür.

Nitekim, 4735 sayılı Kanunun Ek fiyat farkı veya sözleşmelerin feshi başlığını taşıyan Geçici madde 6’nın 5. fıkrasında da birinci fıkranın (a) ve (b) bentleri kapsamına girecek alım türleri, ürün ve girdiler ile bu bentlere ilişkin hesaplama yöntemlerini; (a) bendinde belirtilen oranları ve uygulama dönemini; başvuru ve onay süreleri ile fiyat farkı, ek fiyat farkı, süre uzatımı ve sözleşmenin feshine dair diğer hususlar dâhil birinci ila dördüncü fıkraların uygulanmasına ilişkin esas ve usulleri tespiti Cumhurbaşkanının yetkili olduğu hükme bağlanmıştı. Aynı maddenin 6. fıkrasının birinci cümlesinde ise taşıma yoluyla eğitime erişim kapsamında bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önce 4734 sayılı Kanuna göre ihale edilen veya aynı Kanunun 22. maddesine göre imzalanan öğrenci taşıma ve öğle yemeği hizmet alımlarına ilişkin sözleşmeler ile aynı Kanunun 3. maddesinin (e) bendine göre imzalanan öğle yemeği hizmet alımlarına ilişkin sözleşmeler için de ek fiyat farkının verilebileceği, ikinci cümlesinde bu fıkra kapsamındaki sözleşmelerde bu maddenin diğer fıkralarının uygulanmayacağı, üçüncü cümlesinde de bu fıkra kapsamında ek fiyat farkı hesaplanmasına ilişkin esas ve usullerin Kamu İhale Kurumunun görüşü üzerine Millî Eğitim Bakanlığınca belirleneceği öngörülmekteydi. Söz konusu 5. ve 6. fıkralar Anayasa Mahkemesinin 13/9/2023 tarihli ve E: 2022/81, K: 2023/153 sayılı kararıyla iptal edilmiş, bu Kararın Resmî Gazetede yayımlanmasından başlayarak dokuz ay sonra (29/8/2024) yürürlüğe gireceği hüküm altına alınmıştır⁶². Anayasa Mahkemesine göre, yasama yetkisinin devredilemezliği, esasen kanun koyma yetkisinin TBMM dışında başka bir organca kullanılamaması anlamına gelmektedir. Anayasa’nın 7. maddesi ile kanun yapma yetkisinin devredilmesi yasaklanmıştır. Dava konusu kural, Cumhurbaşkanının ‘Birinci fıkranın (a) ve (b) bentleri kapsamına girecek alım türleri, ürün ve girdiler ile bu bentlere ilişkin hesaplama yöntemlerini’ neye göre tespit edeceği konusunda herhangi bir ölçüt ya da çerçeve içermemektedir.

⁶² AYM, E 2022/81, K 2023/153, T 13.09.2023 (RG. 29.11.2023/32384).

Ayrıca atıf yapılan (a) bendinde Cumhurbaşkanına düzenleme yapma yetkisi verilen hesaplama yönteminin dahi düzenlenmediği görülmektedir. Ayrıca, kuralda Cumhurbaşkanına “(a) bendinde belirtilen oranları” belirleme yetkisi verilmiş ise de bu konuda da herhangi bir ölçüt ya da çerçeve belirlenmemiştir. Öte yandan bu oranın ne olduğu atıf yapılan (a) bendinde dahi belirli olmadığı gibi anılan bentte herhangi bir alt ya da üst sınır da belirtilmemiştir. Bu durumda genel çerçevesi kanunla belirlenmeden Cumhurbaşkanına tanınan düzenleme yetkisinin yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesiyle bağdaşmadığı sonucuna ulaşılmaktadır. Geçici 6. maddenin altıncı fıkrasında taşıma yoluyla eğitime erişimin kanunla somut ölçülere dayandırılabilmesi imkânı varken hesaplama ile ilişkin esas ve usul belirleme yetkisinin Millî Eğitim Bakanlığına verilmesi de yine yasama yetkisinin devri niteliğindedir. İşte, Anayasa Mahkemesi bu gerekçelerle iptal kararını verirken yalnız norm denetimi yapmamakta, bu yolla aynı zamanda TBK 27 doğrultusunda sözleşmenin içeriğini de denetlemiş, diğer bir ifadeyle içerik denetimi de yapmış olmaktadır.

SONUÇ

Uygulamada, 4734 sayılı Kamu İhale Kanununa göre ihale yapan idarelerin, ihale dokümanı içerisinde yer alan sözleşme metinlerini mevzuatın öngördüğü sınırlar dahilinde kendi lehlerine sonuç doğuracak şekilde düzenlediği, ihale uhdesinde bırakılan sözleşmenin diğer tarafının ortak katkılarıyla değil, idarece tek yanlı olarak hazırlandığı bir gerçektir.

4734 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunun 4. maddesinde yer verilen eşitlik ilkesi ile tarafların eşit hak ve yükümlülükler sahip olduğu esasına dayanılmak suretiyle sözleşme hükümlerinin belirlenmesi sağlanmak istenmiştir. Bu düzenleme uyarınca, iki tarafa borç yükleyen kamu ihale sözleşmeleri ve eklerini oluşturan belgelerdeki hükümlerin içeriğinin belirlenmesinde hak ve yükümlülükler dengesinin kurularak bunların eşit biçimde güvence altına alınması ve iki tarafın yükümlülüklerine aykırı davranışların da eşit bir şekilde yaptırıma bağlanması gerekmektedir. Aksi halde, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu hükümlerini tekrarlamayan, idarenin tek yanlı olarak düzenlediği haksız ve tarafların eşitliği ilkesine aykırı olan sözleşme hükümlerinin, genel işlem koşulları olarak nitelendirilerek yargısal denetime tâbi olması gündeme gelebilecek; böylelikle söz konusu koşulların içerik denetimi sonucunda geçersiz sayılması da mümkün olabilecektir. Şüphesiz, ihaleyi izleyen süreçte, sözleşme imzalanmadan önce, ihale üzerinde bırakılan istekliye taslak kamu ihale sözleşmesinin belirli maddelerinin haksız koşul olduğu ve bu nedenle sözleşmeden çıkarılması gerektiği yönünde iyi niyetli (*bona fide*) bir argüman ileri sürme imkânı verilmesi ve bunun sonucunda taslak sözleşmenin idare tarafından yeniden değerlendirilmesi düşünülebilirse de, kamu ihale hukukunun temel ilkelerinden olan, şeffaflık ve

rekabetin korunması ilkelerine aykırılık teşkil edeceği endişesiyle böyle bir uygulamaya itibar edilmeyeceği açıktır.

Sonuç olarak, kamu ihale sözleşmelerinde taraflardan birinin kamu kurumu veya kuruluşu, diğer tarafın tacir olması bu sözleşmelerde yer alan koşulların genel işlem koşulları olarak nitelendirilmesinin mümkün olmadığı, bunların denetlenemeyeceği anlamına gelmemelidir. Bu sözleşmelerdeki koşullar genel işlem koşulları olarak nitelenebileceği gibi, bunların yargısal denetime tâbi olması da mümkündür. Ayrıca, kamu ihale sözleşmelerini düzenleyen hukuk kurallarının Anayasa Mahkemesi tarafından anayasal ilkeler çerçevesinde yapılan denetiminin, bu sözleşmelerde Kanunun emrettiği şekilde eşitlerarası bir ilişkinin kurulmasına katkı sağlayacağına da şüphe yoktur.

KAYNAKÇA

Altop A, ‘Türk Hukukunda Genel İşlem Koşullarıyla İlgili Gelişmeler’ içinde Gedikli F, İnal E, Yörük A A, Korkmaz A F, İdiz G, Canbolat E E ve Gökmen E (ed), *Cumhuriyetin Yüzüncü Yılına Armağan, C.1* (Onikilevha İstanbul 2024) 943-978.

Atamer YM, *Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Çerçevesinde Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi*, (2. Bası, Beta İstanbul 2001).

Atamer YM, ‘Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi-TKHK m. 3 ve TTK m. 55, F. 1, (f) ile Karşılaştırmalı Olarak’ içinde *Türk Hukukunda Genel İşlem Koşulları Sempozyumu, Bildiriler-Tartışmalar, 8 Nisan 2011*, (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 2016), 9-73.

Atamer YM, ‘Genel İşlem Koşulu mu Bireysel Pazarlıkla Kurulan Sözleşme mi? Tüketici ve Tacir İşlemleri Açısından Karşılaştırmalı Olarak Başvurulabilecek Değerlendirme Kriteri’ içinde Kırca Ç (ed), *Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu* (Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013) 103-137.

Atamer YM, ‘Genel İşlem Koşullarının Denetiminde Yeni Açılımlar’ içinde Se-rozan R (ed), *Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan*, (Seçkin Yayın-cılık, Ankara 2004) 291-331.

Aydın R, ‘Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar (TKHK m. 5)’ (2016) 11(1) *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 83-123.

Aydoğdu M ve Kahveci N, *Genel İşlem Koşulları Şerhi*, (2. Bası, Adalet Yayı-nevi Ankara 2022).

Buz V, *Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Koşulları*, (Yetkin Yayınevi Ankara 2007).

Bydlinsky F, ‘Die Suche nach der Mitte als Daueraufgabe der Privatrechtswis-senschaft’ (2004) 204(3-4) *AcP* 309-395.

Canaris CW, ‘Wandlungen des Schuldvertragsrechts, Tendenzen zu seiner “Materialisierung”’ (2000) 200(3-4) *AcP* 273-364.

Eren F, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler* (Yetkin Yayınevi Ankara 2022).

Gauch P, ‘Das öffentliche Beschaffungsrecht der Schweiz, Ein Beitrag zum neuen Vergaberecht’ (1997) 5 *recht* 165-181.

Gauch P, Schluep W R, Schmid J ve Emmenegger S, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, Band I, (11. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich Basel Genf, 2020).

Havutçu A, *Tüketicinin Genel İşlem Koşullarına Karşı Korunması*, (Güncel Hukuk Yayınları, İzmir 2003).

Kırca Ç, ‘Tüketicinin Korunmasına İlişkin Modeller, TKHK’nin Amacı ve Avrupa Birliği Tüketici Yönergelerinin Kapsamı’ (Nisan 2017) 43(2) *Yargıtay Dergisi* 285-342.

Kırca Ç, ‘Uyarılama’ içinde Kırca Ç ve Karakaş F K (ed), *Pandeminin (Covid 19’un) Sözleşmelerin İfasına Etkisi* (Yetkin Yayınevi Ankara 2021), 57 vd.

Kırca Ç, ‘Genel İşlem Koşulları ile Kararlaştırılan Ceza Koşulunun İçerik Denetimi’ içinde Badur E ve Turan Başara G (ed), *Çankaya Üniversitesi Evrensel İlkeler Işığında Türk Medeni Hukukunda Değişimler Sempozyumu: 10-11 Haziran 2016*, (Seçkin Yayınevi, Ankara 2016) 119-130.

Koller A, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band I*, (4. Auflage, Stämpfli Verlag Bern 2017).

Malbeği N, *İdarenin Taraf Olduğu Sözleşmelerde “Sözleşmede Değişiklik” (Ve Sözleşmede Değişikliğin Özel Bir Türü Olarak Uyarılama)* (Onikilevha Yayıncılık, İstanbul 2020).

Oğuzman MK ve Öz T, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.1* (Vedat Kitapçılık, İstanbul 2024).

Schwenzer I ve Fountoulakis C, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, (8. Auflage, Stämpfli Verlag Bern 2020).

Sirmen AL, ‘Türk Hukukunda Genel İşlem Koşulları Kavramı’ içinde Temel E (ed), *Viyana Satım Sözleşmesi Hukuku ve Tüketici Hukuku, Sempozyum Kitabı* (Adalet Yayınevi, Ankara 2015) 117-134.

Wurmnest W ve Fornasier M, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB) Band 2 Schuldrecht-Allgemeiner Teil I (§§ 241-310)* ((Redakteur Krüger W) 10. Aufl., München 2025). (Kısaltma: MüKoBGB/Yazar Adı).

Tercier P, Pichonnaz P ve Develioğlu H M, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (Onikilevha, İstanbul 2020).

Tekinay SS, Akman S, Burcuoğlu H ve Altop A, *Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, (7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993).