



EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS
COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ

İKİNCİ BÖLÜM

KURBAN / TÜRKİYE DAVASI

(Başvuru No. 75414/10)

KARAR

Sözleşme'ye Ek 1 No.lu Protokol'ün 1. Maddesi • Mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesi • Yüklenici hakkında açılan ceza yargılamalarına ilişkin gecikmiş tebliğden dolayı sözleşmenin geçmişe etkili olarak feshedilmesinin ve yanlışlıkla ödenen teminatın alıkonulmasının orantısız nitelikte olması • Bir hak talebine ve bu kapsamda mülkiyet haklarına dair meşru bir beklenti teşkil eden ihale sözleşmesinin yapılması ve bu sözleşme kapsamında dava açılması • Bu alandaki geniş takdir yetkisinin aşılması • Başvurana uygulanan finansal yükü hafifletici hiçbir tedbir olmaksızın otomatik ve kalıcı olarak sözleşmenin feshedilmesi • İhale yetkililerinin kamu yararına hatalarını düzelttiklerinde hiçbir bireysel ve aşırı yükün getirilmemesi gerekliliği
6 § 2 Maddesi • Masumiyet karinesi • Sözleşme kaynaklı uyuşmazlığı ele alan yerel mahkemelerin başvurana bir cezai suç isnat edildiğine dair bir iması veya yorumu olmaması

STRAZBURG

24 Kasım 2020

Kesinleşme Tarihi

19 Nisan 2021

İşbu karar, Sözleşme'nin 44 § 2 maddesinde öngörülen koşullar çerçevesinde kesinleşecektir. Bazı şekli değişikliklere tabi tutulabilir.

© T.C. Adalet Bakanlığı, 2020. Bu gayri resmî çeviri, Adalet Bakanlığı, İnsan Hakları Dairesi Başkanlığı tarafından yapılmış olup, Mahkeme açısından bağlayıcılığı bulunmamaktadır. Bu çeviri, davanın adının tam olarak belirtilmiş olması ve yukarıdaki telif hakkı bilgisiyle beraber olması koşulu ile Adalet Bakanlığı, İnsan Hakları Dairesi Başkanlığına atıfta bulunmak suretiyle ticari olmayan amaçlarla alıntılanabilir.

Kurban / Türkiye davasında,

Başkan

Jon Fridrik Kjølbros,

Hâkimler

Marko Bošnjak,

Valeriu Grițco,

Egidijus Kūris,

Pauliine Koskelo,

Arnfinn Bårdsen,

Saadet Yüksel

ve *Bölüm Yazı İşleri Müdürü* Stanley Naismith’in katılımıyla Daire olarak toplanan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (İkinci Bölüm),

Türk vatandaşı olan Dursun Ali Kurban’ın (“başvuran”) Türkiye Cumhuriyeti Devleti aleyhine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne (“AİHM” veya “Mahkeme”), 22 Eylül 2010 tarihinde, İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına ilişkin Sözleşme’nin (“Sözleşme”) 34. maddesi uyarınca yapmış olduğu başvuruyu göz önüne alarak,

Sözleşme’nin 6 § 2 maddesi ve Sözleşme’ye Ek 1 No.lu Protokol’ün 1. maddesine ilişkin şikâyetlerin Türk Hükümetine (“Hükümet”) bildirilmesi ve başvurunun geriye kalan kısmının kabul edilemez olduğunun beyan edilmesi kararını göz önüne alarak,

Tarafların beyanlarını dikkate alarak,

13 Ekim 2020 tarihinde yapılan kapalı müzakerelerin ardından,

Aynı tarihte kabul edilen aşağıdaki kararı vermiştir:

GİRİŞ

1. Dava, önceki kamu ihalelerine dair bir suçla ilgili olarak başvuran hakkında bir ceza mahkemesine iddianame düzenlenmiş olması gerekçesiyle başvuranın kamu ihale sözleşmesinin feshedilmesi ve teminatına el konulmasına ilişkindir.

OLAYLAR

2. Başvuran, 1947 doğumlu olup, Trabzon ilinde ikamet etmektedir. Başvuran, İstanbul Barosuna bağlı Avukat Y. Kurban tarafından temsil edilmiştir.

3. Hükümet, kendi görevlisi tarafından temsil edilmiştir.

4. Dava konusu olaylar, taraflarca belirtildiği üzere ve taraflarca ibraz edilen belgelerden anlaşılabileceği şekilde, aşağıdaki gibi özetlenebilir.

I. BAŞVURAN HAKKINDA AÇILAN CEZA YARGILAMALARI

5. Başvuran, 15 Mart 2006 tarihinde, birkaç kamu ihalesi sürecine fesat karıştırdığı şüphesiyle polise ifade vermiştir. Başvuran ifade vermesinin ardından aynı gün salıverilmiştir. Başvuran, polise ifade verdiği sırada yanında hazır bulundurulmak üzere müdafî A.B.’nin görevlendirildiğini belirtmiştir. Hükümet bu olguya itiraz etmemiştir.

6. Cumhuriyet savcısının, 10 Temmuz 2006 tarihinde, 6 kamu ihalesi sürecindeki yolsuzlukla ilgili olarak başvuran ve diğer kişiler hakkında organize suç işledikleri iddiasıyla Trabzon Ağır Ceza Mahkemesine bir iddianame düzenlemiş olduğu görünmektedir. Her bir ihale sürecine ilişkin ihale tarihleri, 11 Kasım, 12, 26 ve 30 Aralık 2005 ve 4 ve 30 Ocak 2006 tarihleri olmuştur. Başvuran, 12 ve 30 Aralık 2005 ve 4 Ocak 2006 tarihlerinde düzenlenen ihalelere fesat karıştırmakla suçlanmıştır.

7. Trabzon Ağır Ceza Mahkemesi, 24 Temmuz 2006 tarihinde, dosyanın incelenmesinde Erzurum Ağır Ceza Mahkemesinin görevli ve yetkili olduğuna hükmederek göreve dair bir karar vermiştir. Bu karar resmi iddianame olarak sayılmıştır.

8. İddianame ve yargılamalara ilişkin tebligat, 26 Temmuz 2006 tarihinde, başvuran vekili A.B.’ye yapılmıştır.

9. Başvuran, yargılamalara ilişkin tebligatın kendisine yapılmadığını ve açılan ceza yargılamalarından ancak kamu ihale sözleşmesinin iptal edildiğinde haberdar olduğunu belirtmiştir (bk. aşağıda § 17).

10. Taraflar Mahkeme’ye beyanlarını ilettikleri sırada ceza yargılamaları halen yerel mahkemeler önünde derdestti.

II. İHALE VE İHALE SÖZLEŞMESİ

11. Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü Trabzon Bölge Müdürlüğü (“Trabzon Müdürlüğü”) tarafından, 19 Eylül 2006 tarihinde, yerel bir dere havzasının taşkın ve rusubat kontrolü inşaatı yapım işinin ihalesi yapılmıştır.

12. Başvuran, ihaleye pilot ortak olarak belirlenen İ.Ç. ile ortak girişim halinde katılmıştır.

13. Başvuran ve İ.Ç. ihaleyi kazandıkları ilan edilmesiyle birlikte 31 Ekim 2006 tarihinde bir kamu ihale sözleşmesi imzalamıştır. Sözleşme şartları kapsamında, yüklenicilerden, sözleşmenin yerine getirilmesinin sağlanması amacıyla sözleşme bedelinin, 5.924.905,58 TL (söz konusu zamanda takriben 3.202.651 avro), % 6’sına tekabül eden kesin teminat tutarının yatırılması istenmiştir. Dolayısıyla, sözleşmenin imzalanması aşamasında, takriben 160.000TL’lik kısmı başvuran, 200.000TL’lik kısmı ise pilot ortak tarafından (söz konusu zamanda sırasıyla takriben 87.484 avro ve 110.000 avro) teminat olarak ödenmiştir. Sözleşme şartları kapsamında, sözleşmenin başarıyla tamamlanması ve sözleşmenin yerine

getirilmesinden kaynaklı sosyal sigortalar kurumu kesintileri ve vergiler tam ödendiği takdirde başvurana ve ortağına teminatlar iade edilecekti.

14. 8 Kasım 2006 tarihinde yerel havzadaki inşaatın yapım işi başlamıştır. İnşaatın yapım işi sırasında, başvuran ve ortağı, projede hakedişin gerçekleştiğini ve Müdürlükten karşılığındaki tutarları almaya hak kazandıklarını gösteren 3 hakediş raporu¹ düzenlemişlerdir. Bu raporlar, ihale yetkilisi tarafından kabul edilip imzalanmıştır.

15. Erzurum Ağır Ceza Mahkemesi, 15 Ocak 2007 tarihinde, kamu ihalesi suçlarıyla bağlantılı olarak adı geçen kişilerin isimlerini ve iddianamenin bildirildiği tarihleri Trabzon Valiliğine tebliğ etmiştir. Başvuranın ismi ve iddianamenin A.B.’ye bildirildiği tarih de (bk. yukarıda § 8) söz konusu listede yer almıştır. A.B. başvuranın avukatı olarak gösterilmiştir.

16. Trabzon Valiliği, 25 Ocak 2007 tarihinde, 15 Ocak 2007 tarihli bilgiyi Müdürlüğe aktarmış ve haklarında kovuşturma yürütülen kişilerin ceza yargılamaları sona erene kadar kamu ihalelerine katılmaktan yasaklandıklarını bildirmiştir.

17. Trabzon Müdürlüğü başvuran hakkındaki suçlamalara dair bilgilendirildikten sonra 25 Ocak 2007 tarihli bir karar ile 31 Ekim 2006 tarihli sözleşmeyi iptal etmiş ve başvuran ve ortağını teminatlarının belirsiz süreliğine alıkonulduğu kararına ilişkin bilgilendirmiştir. Kararında, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun ilgili kısımlarının yanı sıra 4734 sayılı Kanunun uygulanmasına ilişkin uygulama talimatına (tebliğ) atıfta bulunmuştur.

¹ “Hakediş raporları” terimi Türk kanununda yüklenici veya hizmet sunucu tarafından müşterisine işin nasıl ilerlediğine ilişkin olarak aralıklı gönderdiği ve taksitler halinde ödeme almaya hak kazandığı raporları tanımlamak için kullanılmaktadır.

III. TRABZON ASLİYE TİCARET MAHKEMESİ ÖNÜNDEKİ YARGILAMALAR

18. Başvuran ve ortağı, 14 Şubat 2007 tarihinde, Trabzon Asliye Ticaret Mahkemesinde sözleşmenin feshine ilişkin itirazda bulunup teminatlarının iadesi istemiyle bir dava açmışlardır. Başvuran, yalnızca üzerine atılı bir cezai suça dayandırılarak ve suçluluğunu ortaya koyan kesinleşmiş bir kararın yokluğunda sözleşmenin feshedilip teminatına el konulmasının masumiyet karinesi ilkesi ile bağdaşmadığını ileri sürmüştür. Hakkında açılan ceza yargılamalarından haberdar edilmediğini de ileri sürmüştür. Bu doğrultuda, Ceza Muhakemesi Kanununun 176. maddesinde belirtilmesine rağmen iddianamenin kendisine tebliğ edilmediğini belirtmiştir. Hakkında açılan davalara dair uyarılmış olsaydı, 19 Eylül 2006 tarihli kamu ihalesine katılmamayı değerlendirmiş olacağını ileri sürmüştür. Başvuran aynı şekilde 4734 sayılı Kanunun 58. ve 59. maddeleri ile 4735 sayılı Kanunun 21. maddesinin anayasaya uygunluk yönünden de değerlendirilmesi gerektiği için Trabzon Asliye Ticaret Mahkemesinden konunun Anayasa Mahkemesine gönderilmesini istemiştir.

19. Trabzon Asliye Ticaret Mahkemesi, 16 Mayıs 2007 tarihinde, 4734 sayılı Kanunun 58. ve 59. maddeleri ile 4735 sayılı Kanunun 21. maddesinin hukuka üstünlük, eşitlik ve masumiyet karinesi ilkesi ve Sözleşme'ye bağdaşırılığına ilişkin ciddi şüphelerin olduğunu not ederek söz konusu hükümlerin anayasaya uygunluk yönünden değerlendirilmesi için konunun Anayasa Mahkemesine gönderilmesine karar vermiştir.

20. Ancak, Anayasa Mahkemesi Trabzon Asliye Ticaret Mahkemesi tarafından kendisine gönderilen konuları kanun ile belirtilen süre sınırı içinde incelemeyeceği için Trabzon Asliye Ticaret Mahkemesi söz konusu hükümlere dayanarak davanın incelenmesine devam etmeye karar vermiştir.

21. Dolayısıyla, Trabzon Asliye Ticaret Mahkemesi, 27 Ocak 2009 tarihinde, söz konusu zamanda yürürlükte olan kanun ve mevzuatların

başvurayı ihale sürecinin dışında bırakılmasına ve teminatının yetkili makamlara bırakılmasını doğruladığına hükmederek başvuran tarafından açılan davayı reddetmiş ancak ortağının teminata yönelik taleplerinin kabul edilmesine karar vermiştir. Mahkeme, yürürlükte olan hükümlerin, bir yüklenicinin bir kamu ihalesine girmeden önce hakkında açılan bir ceza yargılamasını bilmemesinin kurallara dair bir istisnaya olanak tanımadığını kaydetmiştir. Mahkemeye göre, bir kişiyle ilgili olarak bir ihale suçuna dair suçlamalarla hakkında kovuşturma yürütüldüğü belli olduğunda ihale yetkilileri sözleşmeyi iptal edip teminatı almakla yükümlüdürler. Başvuranın ihale sürecine katılmadan önce üzerine atılı suçlamalardan haberdar olmadığına dair iddiasıyla ilgili olarak, mahkeme, ihale sürecinden önce söz konusu suçlamalarla ilgili olarak bir avukat huzurunda polise ifade vermiş olduğuna ve dolayısıyla basiretli bir tacir gibi davranıp ihaleye katılmaktan uzak durabileceğine hükmetmiştir. Bu doğrultuda, işi gereği sıklıkla kamu ihalelerine katılan başvuranın, hakkında açılmış bir ceza davası olabileceği ihtimalini hesaba katmış olması gerektiği sonucunu çıkarmıştır.

22. Mahkeme heyetindeki hâkimlerden birisi, başvurana ilişkin varılan sonucun Sözleşme'nin 6 § 2 maddesine aykırı olduğunu ifade ederek bir ayrik görüş yazmıştır.

23. Başvuran, 11 Mart 2009 tarihinde, diğer hususların yanı sıra, iddianamenin ve yargılamalara ilişkin tebliğin kendisine yapılmadığını ve bu belgelerin polise ifade verirken görevlendirilen müdafîye yapılmasının kanuna aykırı olduğunu belirterek kararı temyize götürmüştür. İddia makamının üzerine atılı suçlar hakkında ihale makamlarını bildirmek için yeterince özenli ve çabuk bir şekilde davranmadıkları gerçeğine dikkat çekmiş ve sonucunda kendi hatası olmadan cezalandırıldığını ve bunun Sözleşme'nin 6 § 2 maddesine aykırı olduğunu belirtmiştir.

24. Yargıtay, 26 Haziran 2010 tarihinde, Trabzon Asliye Ticaret Mahkemesi kararının kanuna ve usule uygun olduğuna karar vererek başvuranın temyiz başvurusunu iddialarına yanıt vermeksizin reddetmiştir.

IV. ANAYASA MAHKEMESİNİN 14 OCAK 2010 TARİHLİ KARARI

25. Anayasa Mahkemesi, 28 Nisan 2010 tarihinde Resmi Gazete’de yayımlanan 14 Ocak 2010 tarihli kararında, 4734 sayılı Kanunun 59. maddesi yönünden dokuza karşı iki oyla; 4735 sayılı Kanunun 21. maddesi yönünden oybirliğiyle anayasaya aykırılığa ilişkin yapılan itirazı reddetmiştir.

26. Anayasa Mahkemesinin incelemesinin kapsamı, “bu Kanun kapsamında yapılan ihalelerden dolayı haklarında birinci fıkra gereğince ceza kovuşturması yapılarak kamu davası açılmasına karar verilenler ...” olarak belirten 4734 sayılı Kanunun 59/2. maddesi ve 4735 sayılı Kanunun 21/1. maddesi ile sınırlı kalmıştır.

27. 4734 sayılı Kanunun 59/2. maddesinde öngörülen dava konusu hükümlerle ilgili olarak, hakkında bir ceza davası açıldığı gerekçesiyle bir kişinin bir kamu ihalesine katılmasının yasaklanmasının idari bir önlem niteliğinde olduğuna ve bunun bir yaptırım olmadığı gibi suçsuzluk karinesi ilkesine de aykırı olmadığına oyçokluğuyla karar verilmiştir. Anayasa Mahkemesi, söz konusu idari önlemin kamu düzeninin korunması ve bilhassa da ihale sürecinin güvenliğinin ve bütünlüğünün sağlanması meşru amacını güttüğünü not etmiştir. Söz konusu ceza davasının süresine eşit olan idari önlemin geçici süreli olması niteliğiyle ilgili olarak, bunun orantısız bir kısıtlama olmadığı görüşüne oyçokluğuyla karar verilmiştir. Karşı oyda bulunan hâkimlerden birisi, önleyici tedbirin, bir idari tedbir olarak nitelendirilse de, Anayasada belirtildiği şekliyle uygulamada idareye

takdir hakkı tanımadığı ve dolayısıyla yargı denetimi dışında kaldığı ve bu nedenle idarenin her türlü eylem ve işlemlerinin yargı denetimine açık olduğu kuralıyla bağdaşmadığı şeklinde görüş belirtmiştir. İkinci olarak, ceza davalarının uzun bir zaman sürdüğü dikkate alınarak, söz konusu önlemin orantılı olduğu söylenemez. Diğer karşı oyda bulunan hâkim, söz konusu önlemin ceza davası açılmış olması gerçeğine bağlı bir ceza olduğu şeklinde görüş ifade etmiştir. Sonuç olarak, onun görüşüne göre, bu durum suçsuzluk ilkesiyle bağdaşmamaktadır.

28. 4735 sayılı Kanunun 21/1. maddesi ile ilgili olarak, Anayasa Mahkemesi, katılımcının ihale sürecinde yasak fiil veya davranışta bulunmuş olduğu tespit edilmesi halinde teminatın idare tarafından alıkonulmasının kanuna uygun olduğunu çünkü bu tür fiil ve eylemlerin sözleşmeyi geçersiz kıldığına oybirliğiyle karar vermiştir. Bu fiil veya davranışta bulunan kişinin sözleşmenin imzalanmasından önce tespit edilememesi, yüklenici yönünden sözleşmenin geçerli sayılması için kazanılmış bir hak oluşturmamıştır. Mutabık görüşte ise, Anayasa Mahkemesinin bir üyesi, heyetin vardığı sonuca değişik gerekçe ile katılmıştır. Söz konusu üyeye göre, katılımcının yasak fiil veya davranışlarda bulunduğunu gösteren bir yargı kararı olduğu müddetçe teminatın alıkonulması anayasaya aykırı değildir. Bir yargı kararının ardından ve yalnızca bir mahkûmiyetin sonucu olarak teminatın tutulması, ceza hukukunun genel ilkeleriyle bağdaşan bir mahkûmiyetin sonucunu oluşturacaktır.

I. İLGİLİ YASAL ÇERÇEVE VE UYGULAMA

A. İç hukuk ve uygulama

1. Kamu İhalesi mevzuatları

29. 4734 sayılı Kamu İhalesi Kanununun söz konusu tarihte yürürlükte olduğu şekliyle, ilgili hükümleri aşağıdaki gibidir:

Madde 11 - İhaleye katılamayacak olanlar

“Aşağıda sayılanlar doğrudan veya dolaylı veya alt yüklenici olarak, kendileri veya başkaları adına hiçbir şekilde ihalelere katılamazlar:

a) Bu Kanun ve diğer kanunlardaki hükümler gereğince geçici veya sürekli olarak kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmış olanlar ile (...)

(...)

Bu yasaklara rağmen ihaleye katılan istekliler ihale dışı bırakılarak geçici teminattan gelir kaydedilir. Ayrıca, bu durumun tekliflerin değerlendirmesi aşamasında tespit edilememesi nedeniyle bunlardan biri üzerine ihale yapılmışsa, teminatı gelir kaydedilerek ihale iptal edilir.”

Madde 14 - Ortak girişimler

“Ortak girişimler birden fazla gerçek veya tüzel kişi tarafından iş ortaklığı veya konsorsiyum olarak iki türlü oluşturulabilir. İş ortaklığı üyeleri, hak ve sorumluluklarıyla işin tümünü birlikte yapmak üzere, konsorsiyum üyeleri ise, hak ve sorumluluklarını ayırarak işin kendi uzmanlık alanlarıyla ilgili kısımlarını yapmak üzere ortaklık yaparlar (...) İhale aşamasında ortak girişimden kendi aralarında bir iş ortaklığı veya konsorsiyum yaptıklarına dair anlaşma istenir (...).”

Madde 17 - Yasak fiil veya davranışlar

“İhalelerde aşağıda belirtilen fiil veya davranışlarda bulunmak yasaktır:

a) Hile, vaat, tehdit, nüfuz kullanma, çıkar sağlama, anlaşma, irtikap, rüşvet suretiyle veya başka yollarla ihaleye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak veya buna teşebbüs etmek.

KURBAN / TÜRKİYE KARARI – AYRIK GÖRÜŞ

b) İsteklileri tereddüde düşürmek, katılımı engellemek, isteklilere anlaşma teklifinde bulunmak veya teşvik etmek, rekabeti veya ihale kararını etkileyecek davranışlarda bulunmak.

c) Sahte belge veya sahte teminat düzenlemek, kullanmak veya bunlara teşebbüs etmek.

d) Alternatif teklif verebilme halleri dışında, ihalelerde bir istekli tarafından kendisi veya başkaları adına doğrudan veya dolaylı olarak, asaleten ya da vekaleten birden fazla teklif vermek.

e) 11 inci maddeye göre ihaleye katılamayacağı belirtildiği halde ihaleye katılmak.”

Madde 30 - Tekliflerin hazırlanması ve sunulması

“(…)

Verilen teklifler, zeyilname düzenlenmesi hali hariç, herhangi bir sebeple geri alınamaz ve değiştirilemez. “

Madde 40 - İhalenin karara bağlanması ve onaylanması

“

(…)

İhale kararları ihale yetkilisince onaylanmadan önce idareler, ihale üzerinde kalan istekli ile varsa ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibi isteklinin ihalelere katılmaktan yasaklı olup olmadığını teyit ettirerek buna ilişkin belgeyi ihale kararına eklemek zorundadır.”

Madde 43 - Kesin teminat

“Taahhüdün sözleşme ve ihale dokümanı hükümlerine uygun olarak yerine getirilmesini sağlamak amacıyla, sözleşmenin yapılmasından önce ihale üzerinde kalan istekliden ihale bedeli üzerinden hesaplanmak suretiyle % 6 oranında kesin teminat alınır. (...)”

Madde 44 - Sözleşme yapılmasında isteklinin görev ve sorumluluğu

“İhale üzerinde kalan istekli 42 ve 43 üncü maddelere göre kesin teminatı vererek sözleşmeyi imzalamak zorundadır. (...)”

KURBAN / TÜRKİYE KARARI

Bu zorunluluklara uyulmadığı takdirde, protesto çekmeye ve hüküm almaya gerek kalmaksızın ihale üzerinde kalan isteklinin geçici teminatı gelir kaydedilir.

(...)”

Madde 46 - İhalenin sözleşmeye bağlanması

“Yapılan bütün ihaleler bir sözleşmeye bağlanır. Sözleşmeler idarece hazırlanır ve ihale yetkilisi ile yüklenici tarafından imzalanır. Yüklenicinin ortak girişim olması halinde, sözleşmeler ortak girişimin bütün ortakları tarafından imzalanır. (...)”

Madde 58 - İhalelere katılmaktan yasaklama

“17 nci maddede belirtilen fiil veya davranışlarda bulundukları tespit edilenler hakkında fiil veya davranışlarının özelliğine göre, bir yıldan az olmamak üzere iki yıla kadar, üzerine ihale yapıldığı halde mücbir sebep halleri dışında usulüne göre sözleşme yapmayanlar hakkında ise altı aydan az olmamak üzere bir yıla kadar, 2 nci ve 3 üncü maddeler ile istisna edilenler dâhil bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı verilir.

(...)

İhale sırasında veya sonrasında bu fiil veya davranışlarda bulundukları tespit edilenler, idarelerce o ihaleye iştirak ettirilmeyecekleri gibi yasaklama kararının yürürlüğe girdiği tarihe kadar aynı idare tarafından yapılacak sonraki ihalelere de iştirak ettirilmezler.

Yasaklama kararları, yasaklamayı gerektiren fiil veya davranışın tespit edildiği tarihi izleyen en geç kırkbeş gün içinde verilir. Verilen bu karar Resmi Gazetede yayımlanmak üzere en geç onbeş gün içinde gönderilir ve yayımı tarihinde yürürlüğe girer.

(...)”

Madde 59 - İsteklilerin ceza sorumluluğu

“Taahhüt tamamlandıktan ve kabul işlemi yapıldıktan sonra tespit edilmiş olsa dahi, 17 nci maddede belirtilen fiil veya davranışlardan Türk Ceza Kanununa göre suç teşkil eden fiil veya davranışlarda bulunan gerçek veya tüzel kişiler ile o işteki ortak veya vekilleri hakkında Türk Ceza Kanunu hükümlerine göre ceza kovuşturması yapılmak üzere yetkili Cumhuriyet Savcılığına suç duyurusunda bulunulur. Hükmolunacak cezanın yanı sıra, idarece 58 inci maddeye göre verilen yasaklama kararının bitiş tarihini izleyen günden itibaren uygulanmak şartıyla bir yıldan az

olmamak üzere üç yıla kadar bu Kanun kapsamında yer alan bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan mahkeme kararıyla 58 inci maddenin ikinci fıkrasında sayılanlarla birlikte yasaklanırlar.

Bu Kanun kapsamında yapılan ihalelerden dolayı haklarında birinci fıkra gereğince ceza kovuşturması yapılarak kamu davası açılmasına karar verilenler ve 58 inci maddenin ikinci fıkrasında sayılanlar yargılama sonuna kadar Kanun kapsamında yer alan kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılamaz.

(...)

Bu madde hükümlerine göre; mahkeme kararı ile yasaklananlar ve ceza hükmolunanlar, Cumhuriyet Savcılıklarınca sicillerine işlenmek üzere Kamu İhale Kurumuna, meslek sicillerine işlenmek üzere de ilgili meslek odalarına bildirilir.

(...)”

30. 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun, söz konusu tarihte yürürlükte olduğu şekliyle, 21. maddesi aşağıdaki gibidir:

“Yüklenicinin, ihale sürecinde Kamu İhale Kanununa göre yasak fiil veya davranışlarda bulunduğu sözleşme yapıldıktan sonra tespit edilmesi halinde, kesin teminat ve varsa ek kesin teminatlar gelir kaydedilir ve sözleşme feshedilerek hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilir.

Ancak, taahhüdün en az % 80’inin tamamlanmış olması ve taahhüdün tamamlattırılmasında kamu yararı bulunması kaydıyla;

a) İvediliği nedeniyle taahhüdün kalan kısmının yeniden ihale edilmesi için yeterli sürenin bulunmaması,

b) Taahhüdün başka bir yükleniciye yaptırılmasının mümkün olmaması,

c) Yüklenicinin yasak fiil veya davranışının taahhüdünü tamamlamasını engelleyecek nitelikte olmaması,

Hallerinde, idare sözleşmeyi feshetmeksizin yükleniciden taahhüdünü tamamlamasını isteyebilir (...) Bu durumda (...) yükleniciden kesin teminat ve varsa ek kesin teminatların tutarı kadar ceza tahsil edilir.”

31. 4734 sayılı Kanunun uygulamasına dair Maliye Bakanlığı tarafından düzenlenen ve 25 Temmuz 2005 tarihinde Resmî Gazete’de yayımlanan

Kamu İhale Genel Tebliğinin XV inci maddesinin ilgili kısımları aşağıdaki gibidir:

“1.

2. (...)

Kurum tarafından 4734 sayılı Kanunun 40 inci maddesinin son fıkrası hükmü gereği üzerinde ihale bırakılan gerçek veya tüzel kişinin ihalelere katılmaktan geçici veya sürekli olarak yasaklılığının bulunup bulunmadığının teyidinin yapılabilmesi için, haklarında kamu davası açılanlar ile mahkemece haklarında kamu ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı verilenlerin Cumhuriyet Savcılıklarınca Kuruma ivedilikle bildirilmesi ve ayrıca kamu davasına ilişkin iddianame ile mahkeme kararının bir örneğinin de gönderilmesine ihtiyaç duyulmaktadır.

(...)”

2. İlgili Yargı Uygulaması

32. Bir ekonomik aktörün olayın olduğu zamanda ihaleyle bağlantılı bir suça ilişkin hakkında ceza kovuşturması olmasına rağmen bir ihaleye bilerek girmiş olduğu gerekçesiyle 2 yıllık bir süreyle ihale süreçlerinin dışında bırakılmasına dair bir idare mahkemesi kararına ilişkin bir davada, Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, söz konusu ekonomik aktörün ihaleye katıldığı sırada kovuşturmada haberdar olmadığı için idare mahkemesi kararını kanuna aykırı bulmuştur (E. 2008/3128; K. 2013/480 sayılı ve 13 Şubat 2013 tarihli Karar). Genel Kurul, bu doğrultuda, ekonomik aktöre ceza yargılamalarına ilişkin tebliğ yapılmadığına ve dolayısıyla 4734 sayılı Kanunun 59/2. maddesi kapsamında sorumlu tutulamayacağına hükmetmiştir. Genel Kurul ayrıca, idare mahkemesinin ceza soruşturması sırasında ifadesi alındığından dolayı ekonomik aktörün hakkında açılan ceza yargılamalarından haberdar olması gerektiğine dair iddiasını, Genel Kurul gerekçesinde, tüm ceza soruşturmalarının sanık hakkında bir iddianame düzenlenmesiyle sonuçlanmayacağını belirterek reddetmiştir.

3. Ceza Muhakemesi Kanunu

33. Ceza Muhakemesi Kanununun (“CMK”) ilgili hükümleri aşağıdaki gibidir:

Madde 150

“(1) Şüpheli veya sanıktan kendisine bir müdafî seçmesi istenir. Şüpheli veya sanık, müdafî seçebilecek durumda olmadığını beyan ederse, istemi halinde bir müdafî görevlendirilir.

(2) Müdafî bulunmayan şüpheli veya sanık; çocuk, kendisini savunamayacak derecede malul veya sağır ve dilsiz ise, istemi aranmaksızın bir müdafî görevlendirilir.

(3) Alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlardan dolayı yapılan soruşturma ve kovuşturmada ikinci fıkra hükmü uygulanır.

(...)”

Madde 175

“(1) İddianamenin kabulüyle, kamu davası açılmış olur ve kovuşturma evresi başlar.

(2) Mahkeme, iddianamenin kabulünden sonra duruşma gününü belirler ve duruşmada hazır bulunması gereken kişileri çağırır.”

Madde 176

“(1) İddianame, çağrı kâğıdı ile birlikte sanığa tebliğ olunur.

...”

34. CMK’nın 150. maddesi uyarınca bir müdafinin görevlendirilmesine ilişkin Yönetmelik aşağıdaki gibidir:

Madde 5 - Müdafî veya vekillerin görevlendirilmesi

“(...)”

Şüpheli veya sanık (...) hakkında alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren bir suçtan dolayı soruşturma ya da kovuşturma yapılıyorsa istemi aranmaksızın barodan bir müdafî görevlendirmesi istenir. Ancak bunun için şüpheli veya sanığın müdafinin olmaması şarttır.

KURBAN / TÜRKİYE KARARI

(...)

(6) Müdafî veya vekil görevlendirilmesi; soruşturma evresinde ifadeyi alan merci veya sorguyu yapan hâkim, kovuşturma evresinde ise mahkeme tarafından barodan talep edilir.

Madde 6 - Görevlendirme esasları

(1) Soruşturma evresinde görev yapan müdafî veya vekil, engel bulunmadığı takdirde kovuşturma evresinde de öncelikle görevlendirilir.

(...)”

Madde 7 - Görevin sona ermesi

“(1) Müdafî veya vekilin görevi;

(a) Soruşturma evresinde; kovuşturmayaya yer olmadığına dair kararın kesinleşmesi, yetkisizlik veya görevsizlik kararı, kamu davası açılması hâlinde ise iddianamenin kabulü kararı verilmesi,

(b) Kovuşturma evresinde; yargılamanın yapıldığı il veya ilçe dışında yargılamayı gerektirir görevsizlik veya yetkisizlik kararı, esasa ilişkin hükmün kesinleşmesi ya da davanın nakline karar verilmesi,

(c) Müdafî, vekil veya kendisine müdafî ya da vekil görevlendirilen kişinin ölmesi,

(ç) Kişinin kendisine bir müdafî veya vekil seçmesi, hâllerinde sona erer.

(2) Ceza Muhakemesi Kanunu gereğince soruşturma ve kovuşturma makamlarının talebi üzerine görevlendirilen müdafî veya vekil azledilemez.”

4. Tazminat Komisyonu

35. Tazminat komisyonu, adli yargılamaların uzunluğuna ve yargı kararlarının icra edilmemesine veya geç icra edilmesine ilişkin olarak Mahkemeye yapılan başvuruların tazminat yoluyla çözümünü öngörmek amacıyla 6384 sayılı kanunla kurulmuştur. İlgili iç hukukun tam açıklaması, *Turgut ve Diğerleri / Türkiye*, ((k.k). no.4860/09, §§ 19-26, 26 Mart 2013) kararında bulunabilir.

36. 8 Mart 2019 tarihinde Resmi Gazete yayımlanan 7 Mart 2019 tarihli ve 809 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı ile Tazminat Komisyonu’nun yetkileri genişletilmiştir. Bu itibarla Tazminat Komisyonu artık Mahkeme’nin Sözleşme’ye Ek 1 No.lu Protokol’ün 1. maddesine ilişkin ihlal bulup tazminat kararı vermediği ya da 41. maddenin uygulanması hususunu saklı tuttuğu davalarda inceleme yapıp başvurulara tazminat verme yetkisine sahiptir (bk. *Kaynar ve Diğerleri / Türkiye*, no. 21104/06 ve 2 diğer başvuru, § 24, 7 Mayıs 2019).

B. Uluslararası hukuk

1. Avrupa Birliği Hukuku

37. Avrupa Birliği’nin 2014/24/AB sayılı Direktifi (“Direktif”) kamu ihaleleri sözleşmelerine dair uygulanabilir genel kuralları ortaya koymaktadır. Bu Direktif, önceki ihale direktifini (2004/18/AB) ilga etmiş ve 26 Şubat 2014 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Direktif, diğer hususların yanı sıra, bir ekonomik aktörü ihale sürecinde katılım dışında bırakmak için zorunlu ve ihtiyari gerekçelere dair kuralları içermektedir.

38. Direktifin ilgili hükümleri aşağıdaki gibidir:

“...

(100) Kamu sözleşmeleri, bir suç örgütüne katılmış olan veya yolsuzluktan, Birliğin finansal çıkarlarının aleyhine dolandırıcılık yapmaktan, terör suçlarından, kara para aklama veya terörü finanse etmekten suçlu bulunan ekonomik aktörlere ihale edilmemelidir.

(...)

(101) İhalede sorumlu makamlara, örneğin, (...) rekabet kurallarının ihlal edilmesi gibi görevi ağır bir şekilde kötüye kullanımlardan dolayı güvenilir olmadığı kanıtlanan ekonomik aktörleri ihale dışında bırakma fırsatı da tanınmalıdır (...)

KURBAN / TÜRKİYE KARARI

İhaleden sorumlu makamın olası hatalı kararın sonuçlarından sorumlu olduğu akılda tutularak, ihaleden sorumlu makamlar, zorunlu ihale dışı bırakma gerekçelerinin varlığına ilişkin kesin ve bağlayıcı bir karar doğrultusunda ekonomik aktörün yükümlülüklerini (...) ihlal ettiğini uygun yöntemlerle gösterdiği takdirde görevi ağır bir şekilde kötüye kullanım olduğuna dair değerlendirme yapma hususunda da hür bırakılmalıdır.

(...)

İhtiyari gerekçelerle ihale dışı bırakma uygulamasında, ihaleden sorumlu makamlar, orantılılık ilkesine özel önem atfetmelidirler. Küçük usulsüzlükler, bir ekonomik aktörün yalnızca istisnai koşullarda ihale dışı bırakılmasına yol açmalıdır.

(...)

(102) Ancak, ekonomik aktörlerin, herhangi bir cezai suç veya kötüye kullanımın sonuçlarını telafi etmeyi ve uygunsuz davranışın tekrar etmesini önlemeyi amaçlayan uyum tedbirlerini kabul edebilme ihtimali de hesaba katılmalıdır. Söz konusu tedbirler, uygunsuz davranışta bulunan tüm kişi veya kurumlarla ilişkisi kesme, yeniden uygun personel teşkilatlandırılması tedbirleri, rapor etme ve kontrol sistemlerinin uygulanması, uyumun denetlenmesi amacıyla bir iç denetleme yapısının oluşturulması ve iç yükümlülük ve tazminat kurallarının kabul edilmesi gibi özellikle de personele dair tedbirler ve kurumsal tedbirlerden oluşabilir. Bu tür tedbirlerin yeterli teminatları sunması halinde, söz konusu ekonomik aktör tek başına bu gerekçelerle ihale dışında bırakılmamalıdır. Ekonomik aktörler, ihale usulünün incelenmesi için olası bir izin verilmesi amacıyla uyum tedbirlerinin alınması talebinde bulunma fırsatına sahip olmalıdırlar.”

39. 2014/24/AB sayılı Direktifin ilgili maddelerinin ilgili kısımları aşağıdaki gibidir:

“Madde 57

İhale dışı bırakma gerekçeleri

1. İhaleden sorumlu makamlar, 59, 60 ve 61. maddeler doğrultusunda teyit ettiklerinde veya aşağıdaki gerekçelerden biriyle ekonomik aktör hakkında kesinleşmiş bir kararla bir mahkûmiyet söz konusu ise:

(a) 2008/841/JHA (32) sayılı Konsey Çerçeve Kararının 2. maddesinde belirtildiği üzere bir suç örgütüne katılım;

KURBAN / TÜRKİYE KARARI – AYRIK GÖRÜŞ

(b) Avrupa Toplulukları yetkilileri veya Avrupa Birliğine Üye Devletlerin (33) yetkililerini kapsamak üzere yolsuzlukla mücadelede Sözleşme'nin 3. maddesinde ve 2003/568/JHA (34) sayılı Konsey Çerçeve Kararının 2(1) maddesinde belirtilen yolsuzluğun yanı sıra ihaleden sorumlu makam veya ekonomik aktörün ulusal kanunda belirtildiği şekliyle yolsuzluk yapması

(c) Avrupa Topluluklarının finansal çıkarlarının korunmasına dair (35) Sözleşme'nin 1. maddesinin anlamı dâhilinde dolandırıcılık

(...) bir ekonomik aktörü bir ihale sürecinde katılım dışı bırakırlar.

4. İhaleden sorumlu makamlar, aşağıdaki durumlardan herhangi birisinde herhangi bir ekonomik aktörü bir ihale sürecinde katılım dışı bırakabilir veya Üye Devletlerin katılım dışı bırakmasını gerektirebilir:

(...)

(c) ihaleden sorumlu makamın, ekonomik aktörün, ihalenin bütünlüğünü tartışmalı hale getirdiği görevi ağır bir şekilde kötüye kullanımdan suçlu bulan uygun yollarla gösterebilmesi halinde;

(d) ihaleden sorumlu makamın, ekonomik aktörün rekabeti bozmak amaçlı diğer ekonomik aktörlerle anlaşmalar yaptığı sonucuna varmak için yeterince makul göstergelere sahip olması halinde;

(...)

Madde 73

Sözleşmelerin sonlandırılması

Üye Devletler, ihaleden sorumlu makamlara, en azından aşağıdaki koşullarda ve yürürlükteki ulusal kanun tarafından belirlenen koşullar altında, sözleşmenin geçerli olduğu esnada bir kamu sözleşmesini sonlandırma fırsatı tanırırlar:

(...)

(b) yüklenici, sözleşme sırasında, 57(1) maddesinde anılan durumlardan birisinde bulunması halinde ihale sürecinin dışında bırakılmalıdır;

(...) ”

2. OECD Tavsiye Kararı

40. OECD'nin 18 Şubat 2015 tarihinde OECD Konseyi tarafından kabul edilen Kamu İhalesine dair Tavsiye Kararının ilgili kısımları aşağıdaki gibidir:

“III. Sözleşmenin taraflarının genel standartlar ve ihaleye özgü güvenceler yoluyla kamu ihalesi sisteminin bütünlüğünü korumasını TAVSİYE ETMEKTEDİR.

Bu amaçla, sözleşmenin tarafları;

(...)

iv) uygun denetlemeyi kapsamak üzere tedarikçiler için iç kontroller, uyum tedbirleri ve yolsuzlukla mücadele programlarına dair şartlar geliştirmelidirler. Kamu ihale sözleşmeleri, “yolsuzluğa hayır” teminatları içermeli ve sözleşme doğrultusunda tedarikçilerin yolsuzluk içerisinde yer almadıkları ve yer almayacaklarına dair teminatlarının doğruluğunu teyit etmek için tedbirler uygulanmalıdır. Bu tür programlar, alt sözleşmelerde yolsuzlukla mücadelede uygun tedarik zinciri şeffaflığını ve tedarikçi personel için bütünlük eğitimi şartlarını da gerektirmelidir.

(...)

XII. Sözleşmenin taraflarının uygun şikâyet ve yaptırım süreçlerini kapsamak üzere kamu ihale dönemi boyunca hesap verebilirliği destekleyici denetleme ve kontrol mekanizmaları uygulamasını TAVSİYE ETMEKTEDİR.

Bu amaçla, sözleşmenin tarafları;

(...)

ii) İhale iş gücünde veya tedarikçi toplulukta sonuçlara veya riskten kaçınmaya dair uygunsuz korkular oluşturmadan yeterli caydırıcılık sağlamak için görevi kötüye kullanımın derecesiyle orantılı olarak Hükümet veya ihaleye katılan özel sektör katılımcıları için etkili ve icrası mümkün yaptırımlar sistemi geliştirmelidirler.”

HUKUKİ DEĞERLENDİRME

I. SÖZLEŞME’NİN 6 § 2 MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI HAKKINDA

41. Başvuran, 31 Ekim 2006 tarihli sözleşmenin feshedilmesi ve teminata el konulması hususunda özü itibarıyla Sözleşme’nin 6 § 2 maddesi uyarınca şikâyetle bulunmuştur. Özellikle, söz konusu tedbirlerin kanuna ve masumiyet karinesi ilkesine aykırı olduğunu iddia etmiştir.

42. Sözleşme’nin 6 § 2 maddesi aşağıdaki gibidir:

“2. Bir suç ile itham edilen herkes, suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar masum sayılır.

C. Kabul Edilebilirlik Hakkında

1. Tarafların beyanları

43. Hükümet, Sözleşme’nin 6 § 2 maddesinin başvuruya konu olan Trabzon Asliye Ticaret Mahkemesi önünde yürütülen yargılamalara uygulanamayacağı kanaatine varmıştır. Hükümet görüşüne göre, söz konusu yargılamalar yalnızca başvuranın sözleşmesinin feshedilmesi ve teminatının alıkonulması şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğine dair soruyla ilgili olduğundan dolayı “cezaî alanda yöneltilen bir suçlamaya” sebebiyet vermemiştir. İlâveten, ihtilaf konusu tedbirlerin, bir suç bulunmasına bakılmaksızın niteliği itibarıyla önleyici olduğunu değerlendirmiştir. Hükümet ayrıca söz konusu diğer yargılamalara ilişkin 6 § 2 maddesi kapsamındaki korunmadan yararlanılması amacıyla ceza yargılamalarının akabindeki yargılamaların ceza yargılamalarıyla bir bağı olduğu açık hale geldiğinden masumiyet karinesinin ikinci yönünün de uygulanamaz olduğu kanaatine varmıştır. Hükümete göre, hem Trabzon Asliye Ticaret Mahkemesi kararı hem de gerekçesi başvuranın cezaî bir suça ilişkin yükümlülüğüne dair bir görüş içermemiştir. Bu gerekçelerle, Hükümet,

Sözleşme'nin 6 § 2 maddesinin Trabzon Asliye Ticaret Mahkemesi nezdindeki yargılamalara uygulanamaz olduğu kanaatine varmıştır.

44. Başvuran, sadece kendisine karşı ceza davası açıldığı için yetkililerin kendisine yaptırım uygulandığını ileri sürmüştür. Başvurana göre, sözleşmesinin iptal edilmesi ve teminatına el konulması, yalnızca ceza yargılamasında suçlanmasından kaynaklanan bir cezadır. Böylesine sert bir netice, bir sanığın suçlu olduğu kanıtlanana kadar masum varsayılması ilkesiyle örtüşmemektedir.

Ayrıca başvuran, Müdürlüğün 25 Ocak 2007 tarihli kararına kadar aleyhinde bir ceza davası açıldığını bile bilmediği için durumunun daha da şiddetlendiğini düşünmektedir.

2. Mahkemenin değerlendirmesi

39. Sözleşme'nin 6 § 2 maddesi “suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar masum sayılma” hakkını güvence altına almaktadır Mahkeme, içtihadında, masumiyet karinesiyle sağlanan güvencenin iki yönünün varlığını kabul etmiştir: ceza yargılamalarının yürütülmesi ile ilgili usuli yön, ve mahkûmiyet dışında bir sonuçla sona eren ceza yargılamalarıyla bağlantılı müteakip yargılamalar bağlamında başvuranın sabit bulunan masumiyetine saygı gösterilmesini sağlamayı amaçlayan ikinci yön (bk., genel olarak, *Allen / Birleşik Krallık* [BD], no. 25424/09, §§ 93-94, AİHM 2013). İlk yönü kapsamında, masumiyet karinesi ilkesi, kamu görevlilerinin bir davalının suçluluğu hakkında vaktinden önce beyanlarda bulunmasını yasaklamaktadır ve ceza yargılamasının adilliğini sağlamak üzere usuli bir güvence görevi görmektedir. Ancak, bu yön, cezai konularda usuli bir güvenceyle sınırlı değildir: kapsamı daha geniştir ve hiçbir Devlet temsilcisinin bir kişinin suçunun mahkeme tarafından sabit oluncaya kadar suçlu olduğunu belirtmemesini gerekli kılmaktadır (*Konstas/Yunanistan*, no. 53466/07, § 32, 24 May 2011). Mahkeme, bu bağlamda ilgili kişi aleyhine “sanık” sıfatıyla yöneltilmeyen ancak, ilgili kişi aleyhine eşzamanlı olarak devam eden ceza yargılamaları ile ilgili ve bağlantılı olan yargılamalar

bağlamında kişinin suçluluğunun erken değerlendirilmesini gerektirebileceği durumlarda Sözleşme'nin 6 § 2 maddesinin geçerli olduğunu yineler (bk. *El Kaada / Almanya*, no. 2130/10, § 37, 12 Kasım 2015 ve diğer referanslar).

40. Mahkeme, masumiyet karinesinin uygulanabileceği süre ile ilgili olarak, bu kavramın özerk Sözleşme'deki anlamı dâhilinde, Sözleşme'nin 6 § 2 maddesinin "cezai bir suçla itham edilen" herkes için geçerli olduğunu yineler. Diğer bir deyişle, bu süre yetkili makam tarafından bir kişiye bir suç işlediğine dair bir iddianın resmi olarak bildirilmesinden (bk. *Bikas / Almanya*, no. 76607/13, § 30, 25 Ocak 2018) veya ilgili kişinin durumunun, kendisine yöneltilen şüphe nedeniyle yetkililer tarafından gerçekleştirilen işlemlerden önemli ölçüde etkilendiği noktadan itibaren (bk. *Simeonovi / Bulgaristan* [BD], no. 21980/04, §§ 110-11, 12 Mayıs 2017 ve burada anılan içtihat) geçerlidir.

41. Mevcut davanın koşullarına dönüldüğünde, Mahkeme, ceza mahkemesine 10 Temmuz 2006 tarihinde sunulan iddianamede başvuranın çok sayıda ihale sürecini manipüle etmekle suçlandığını kaydetmektedir. Ceza yargılamasının ihale yetkililerine bildirilmesinin ardından, başvuranın sözleşmesi, kendisinin ihale ile ilgili suçlardan ceza mahkemelerinde yargılandığı gerekçesiyle iptal edilmiştir. Başvuranın sözleşmesinin feshine ve teminatına el konulmasına itiraz ettiği Trabzon Asliye Ticaret Mahkemesi önündeki yargılamalarda, ilgili mahkeme, yalnızca başvuran hakkında iddianame düzenlendiği gerekçesiyle idarenin eylemlerini onamıştır. Yerel mahkeme re'sen yürürlükteki iç hukukun Anayasa ve özellikle de başvuranın yargılanması sonucunda yararlandığı masumiyet karinesi ilkesi ile uyumluluğunu sorgulamıştır. Bu itibarla, yerel mahkeme ceza yargılamaları derdest iken ve nihai bir mahkûmiyet kararının yokluğunda başvuranın sözleşmesinin feshini onamıştır. Bu nedenle Mahkeme, Sözleşme'nin 6 § 2 maddesi kapsamında başvuranın ceza yargılamasına konu suçları işlediği kanunlar uyarınca kanıtlanmaksızın,

bildirilen gerekçe ve kararın dili de dâhil olmak üzere, Trabzon Asliye Ticaret Mahkemesinin ihtilaf konusu kararında suçlu bulunup bulunmadığını değerlendirebilir. Sonuç olarak, 6 § 2 maddesi, söz konusu hukuk yargılaması bağlamında uygulanabilmelidir. Bu nedenle, başvuru, Sözleşme hükümleriyle *konu bakımından* bağdaşmaktadır.

42. Son olarak, Mahkeme, söz konusu şikâyetin Sözleşme'nin 35 § 3 maddesinin anlamı dâhilinde açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve başka herhangi bir kabul edilemezlik gerekçesiyle de bağdaşmadığı kanaatindedir. Dolayısıyla, şikâyetlerin kabul edilebilir olarak beyan edilmesi gerektiği sonucuna varmıştır.

3. Esas Bakımından Hukuki Değerlendirme

(a) Tarafların beyanları

43. Başvuran, mahkeme önündeki yargılamalarda, mahkemenin kararındaki tek unsurun ihale sırasında kendisi hakkında iddianame düzenlenmesi olması nedeniyle Sözleşme'nin 6 § 2 maddesi ile güvence altına alınan masumiyet karinesinin Trabzon Asliye Ticaret Mahkemesi önündeki yargılamada ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Başvuranın görüşüne göre, yerel mahkemeler, hakkında bir mahkûmiyet kararı olmaksızın başvuranın suçlu olduğunu kabul etmişlerdir.

44. Hükümet, Trabzon Asliye Ticaret Mahkemesinin gerekçesinin, ilgili mahkemenin başvuranı hakkında iddianame düzenlenen suçlardan suçlu bulunduğu anlamına gelmediğini ileri sürmüştür. İlgili mahkeme, yalnızca ihale yetkilisi tarafından ileri sürülen gerekçelerin iç hukuka uygun olup olmadığını incelemiştir. Son olarak, Hükümet, Trabzon Asliye Ticaret Mahkemesi tarafından kullanılan dilin, ceza yargılamaları bağlamında başvuranın masumiyet karinesi hakkını ihlal etmediğini değerlendirmiştir.

(b) Mahkemenin değerlendirmesi

45. Bir suçla itham edilen bir kişiye ilişkin bir yargı kararının ilgili kişinin suçlu olduğunun "kanunlar uyarınca" ispatlanmasından önce bu kişinin suçlu olduğunu ima etmesi halinde masumiyet karinesi ilkesi ihlal

edilmiş olur. Resmi bir bulgu olmasa bile, mahkemenin veya yetkilinin sanığı suçlu olarak gördüğünü öne süren bazı gerekçeler öne sürmesi yeterlidir (bk., *diğerleri arasında, Allenet de Ribemont / Fransa*, no. 15175/89, § 35, Seri A no. 308; *Daktaras / Litvanya*, no. 42095/98, § 41, AİHM 2000-X; ve *El Kaada*, yukarıda anılan, § 52).

46. Bir kişinin yalnızca bir suç işlediğinden şüphelenildiğine dair bir ifade ile bir kişinin - nihai bir mahkûmiyetin yokluğunda - söz konusu suç işlediğine dair net bir beyan arasında temel bir ayrım yapılmalıdır (bk. *Güç / Türkiye*, no. 15374/11, § 38, 23 Ocak 2018). İkinci ifade masumiyet karinesi ilkesini ihlal ederken, ilk ifade defaatle Sözleşme'nin 6. maddesine uygun bulunmuştur (aynı kararda ve *El Kaada*, yukarıda anılan, § 54).

47. Dolayısıyla Mahkeme, mevcut davada Trabzon Asliye Ticaret Mahkemesinin, gerekçesi ve kullandığı dil yoluyla başvuranın suçlu olduğu bir ceza mahkemesi tarafından kanıtlanmamış olmasına rağmen, başvuranın masumiyetine gölge düşürüp düşürmediğini belirlemeye davet edilmiştir.

48. Mahkeme, başlangıçta, Trabzon Asliye Ticaret Mahkemesi önündeki anlaşmazlığın konusunun, başvuranın ihale sözleşmesinin feshinin iç hukukta belirtilen yasal koşullara uygun olup olmadığı ile sınırlı olduğunu kaydeder. Bu bağlamda Mahkeme ve Hükümet, Trabzon Asliye Ticaret Mahkemesi tarafından yapılan incelemenin, başvuranın ihaleye katıldığı sırada ihale ile ilgili bir suçla suçlanıp suçlanmadığını belirlemenin ötesine geçmediği konusunda hemfikirdir. Yerel mahkeme tarafından, sözleşmenin feshinin onayladığı esnada başvuranın suçlu bulunduğunu ima eden hiçbir ifade veya gerekçe öne sürülmemiştir. Benzer şekilde, yerel mahkeme, ceza yargılamasındaki suçlamalar bakımından başvuranın suçlu bulunup bulunmadığı konusunda bir yorum yapmamıştır (bk. *ilgili olduğu ölçüde, Güç*, § 42).

49. Mahkeme yukarıdaki bilgilerin ışığında, mevcut davada başvuranın masumiyet karinesi hakkının ihlal edilmediği kanaatindedir.

Dolayısıyla, bu bağlamda Sözleşme'nin 6 § 2 maddesi ihlal edilmemiştir.

II. SÖZLEŞME'YE EK 1 NO.LU PROTOKOL'ÜN 1. MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI HAKKINDA

50. Başvuran, ihale sözleşmesinin feshedilmiş olması ve Sözleşmenin uygulanmasına ilişkin verdiği teminata yetkililer tarafından süresiz olarak el konulması nedeniyle mal ve mülk dokunulmazlığı hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Başvuran dava konusu tedbirin hukuka aykırı ve her halükârda orantısız olduğu fikrindedir.

51. Sözleşme'ye Ek 1 No.lu Protokol 1. maddesi şu şekildedir:

Sözleşme'ye Ek 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesi

“Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır. Bir kimse, ancak kamu yararı sebebiyle ve yasada öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir.

Yukarıdaki hükümler, devletlerin, mülkiyetin kamu yararına uygun olarak kullanılmasını düzenlemek veya vergilerin ya da başka katkıların veya para cezalarının ödenmesini sağlamak için gerekli gördükleri yasaları uygulama konusunda sahip oldukları hakka hâlel getirmez.”

A. Kabul edilebilirlik hakkında

1. Tarafların beyanları

52. Hükümet, uyuşmazlığın özel hukuk yönleri nedeniyle Trabzon Asliye Ticaret Mahkemesi önündeki yargılamanın, Sözleşme'ye Ek 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesi kapsamına girmediğini değerlendirmiştir. Hükümetin görüşüne göre, satın alma sözleşmesinin tarafları birer tüccar; satın alma sözleşmesi ise, Sözleşme'ye Ek 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesinin uygulanabilirliğinin dışında kalan ve serbestçe müzakere edilen bir belge olarak değerlendirilmelidir.

53. Başvuran, şikâyetinin kabul edilebilirliğine ilişkin ayrı iddialar sunmamıştır.

2. Mahkemenin değerlendirmesi

54. Mevcut davada ortaya çıkan ilk soru, başvuranın şikâyet ettiği hususun Sözleşme'ye Ek 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesi kapsamına girip girmediğidir. Bu bağlamda Mahkeme, Hükümetin söz konusu hükmün uygulanabilirliğine, yalnızca anlaşmazlığın özel hukuk niteliği taşıdığını düşündüğü için itiraz ettiğini kaydeder. Öte yandan, başvuranın ihale sözleşmesinin ve teminatına el konulmasının Protokol anlamında "mülkiyet" teşkil ettiği konusunda Hükümet bir itirazda bulunmamıştır. Mahkeme, Sözleşme'ye Ek 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesinin anlaşmazlığa uygulanabilirliği incelenirken, ikinci soruyu da re'sen ele almasının gerekli olduğu kanaatindedir.

55. Mahkeme bu bağlamda, Sözleşme kapsamındaki nitelikli hakların uygulanabilirliği ve bir müdahalenin varlığı ile ilgili soruların (ikinci soru ilgili şikâyetlerin esasının bir parçasını teşkil etmektedir) çoğu zaman birbirleri ile ayrılmaz bir şekilde bağlantılı olduklarını hatırlatır (bk. *ilgili olduğu ölçüde*, 10.Maddenin uygulanabilirliğini inceleme yaklaşımı ile ilgili olarak *Macaristan Helsinki Bizottság / Macaristan* [BD], no. 18030/11, §§ 71 ve 117, 8 Kasım 2016 ve ayrıca Sözleşme'nin 8. maddesinin uygulanabilirliğine ilişkin olarak, *Denisov / Ukrayna* [BD] 76639/11, § 92, 25 Eylül 2018). Daha önce 8. maddeye ilişkin ikinci davada açıklandığı üzere, uygulanabilirlik sorunu, Mahkemenin *konu bakımından* yargı yetkisine ilişkin bir mesele olduğundan, genel bir kural olarak, bu soruyu esasla birleştirmek için özel bir neden olmadıkça, ilgili analiz kabul edilebilirlik aşamasında yapılmalıdır (aynı kararda., § 93). Mevcut davada böyle özel bir neden bulunmadığından, Mahkeme, önce kabul edilebilirlik altında başvuranın bir “mülkiyeti” olup olmadığını inceleyecek ve eğer varsa, daha sonra, bu konudaki Devletin sorumluluğunun kapsamını belirlemek için anlaşmazlığın özel taraflar arasındaki bir medeni hukuk anlaşmazlığı olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceğini inceleyecektir.

(a) Başvuranın bir mülkiyetinin olup olmadığı

56. Mahkeme, Sözleşme organlarının yerleşik içtihadına göre: “Mülkiyetler”(zilyetlikler) kavramının, “halihazırda mevcut olan mal ve mülkü” içermekle birlikte başvuranın en azından mülkiyet hakkına etkili bir şekilde sahip olma yönünde “meşru bir beklenti” içerisinde olduğu varlıkları da içerebileceğini hatırlatır (bk., *Kopecký/Slovakya* [BD], no. 44912/98, § 35, AİHM 2004-IX).

57. Mülkiyet çıkarı bir talep şeklini aldığında, Mahkeme, yalnızca iç hukukta yeterli temele sahip olması (bk. *Chorbov / Bulgaristan*, no. 39942/13, § 35, 25 Ocak 2018 ve daha fazla referans ile birlikte) veya başvuranların "icra edilmesi için yeterince kanıtlanmış bir talebe" sahip olması (bk. *Gratzinger ve Gratzingerova / Çek Cumhuriyeti* (k.k.), no. 39794/98, § 74, AİHM 2002-VII) veya ilgili kişilerin, belirli bir yasal işlemin geriye dönük olarak kendi aleyhlerine olmak üzere geçersiz kılınmayacağına güvenme hakkına sahip olması (bk. yukarıda anılan *Kopecký*, § 47 ve *Noreikienė ve Noreika / Litvanya*, no. 17285/08, § 36, 24 Kasım 2015) ve bu tür yasal işlemlerin örneğin bir sözleşmeden kaynaklanabileceği (bk. *Stretch / Birleşik Krallık*, no. 44277/98, § 35, 24 Haziran 2003 ve *Fedorenko / Ukrayna*, no. 25921/02, §§ 23-24, 1 Haziran 2006) durumlarda, ilgili talebin bir "malvarlığı" olarak kabul edilebileceği görüşünü benimsemiştir.

58. Mevcut davada, ilgili ihale yetkililerinin başvuran ve ortağının 19 Eylül 2006 tarihli ihaleye katılmaya yetkili olduklarını ve ihaleyi kazandığını açıklamaları üzerine, başvuran ve ortağı ihale sözleşmesi yapılmasına hak kazanmıştır. İhale sözleşmesi hükümlerine göre, başvuran, 5.924.905,58 TL değerindeki bütçe dâhilinde inşaat projesinin tamamlanmasından müşterek ve müteselsilen sorumlu hale gelmiştir. Başvuran ayrıca sözleşmenin gerçekleştirileceğine dair bir teminat olarak 160.000 TL vermiştir (bk. yukarıda 13. paragraf). İhale yetkilileri, başvuran aleyhindeki ceza yargılamaları hakkında bilgi edindikten sonra, sözleşmeyi

feshetmiş ve teminatı geri ödememiştir. Ancak Mahkeme, başvuran ihale sözleşmesi yapılmasına hak kazandığında, hem idare yetkililerinin hem de başvuranın, başvuran aleyhindeki ceza yargılamalarından haberdar olmadığını gözlemlemektedir. (Mahkeme, iddianamenin bildirilme şeklinin iç hukuka uygun olup olmadığına aşağıda geri dönecektir). Buna ek olarak, sözleşmenin imzalanmasının ardından, başvuran ve ortağı inşaat sahasını inşa etmeye başlamış ve kaydettikleri ilerleme bakımından idareye fatura kesmişlerdir. İlgili sözleşme, sözleşme makamı tarafından feshedilene kadar iç hukukta yeterince uygulanabilir niteliğe sahiptir ve bu nedenle Sözleşme'ye Ek 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesi kapsamında korunan bir varlık teşkil etmekteydi. Yerel mahkemelerin daha sonra başvuranın sözleşmesinin feshini ve teminatına el konulmasını onayladıkları doğrudur. Ancak bu olgunun, başvuranın sözleşmeyi imzaladığı ve teminatı yatırdığı esnada sözleşmeye ilişkin varsayımsal hakkının geriye dönük olarak sorgulanamayacağına dair meşru bir beklentiye sahip olup olmadığının belirlenmesi üzerinde belirleyici bir etkisi yoktur (bk. *ilgili olduğu ölçüde, Akarević / Hırvatistan*, no. 48921/13, §§ 54-65, 26 Nisan 2018, daha fazla referans ile birlikte).

59. Bu nedenle Mahkeme, bu davanın özel koşulları dâhilinde, başvuranın sözleşmeye güvenebilme, sözleşmeyi tamamlama ve teminatının kendisine geri ödenmesini bekleme konusunda en azından meşru bir beklentiye sahip olduğunun kabul edilmesi gerektiğini düşünmektedir. Bu durum, Sözleşme'ye Ek 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesinin amaçları bakımından, başvurana sözleşme kapsamında tanınan mülkiyet haklarının bir uzantısı olarak kabul edilebilir.

(b) Uyuşmazlığın niteliği ve Mahkemenin incelemesinin kapsamı

60. Hükümetin görüşüne göre, somut ihtilaf ihale yetkilisinin bir özel hukuk aktörü olarak ticari bağlamda hareket etmesi nedeniyle özel taraflar arasındaki bir medeni hukuk anlaşmazlığı ile ilgilidir.

61. Bu bağlamda, Mahkeme ilk olarak, bu tür ihtilafların, Sözleşme'ye Ek 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesi uyarınca Devletin sorumluluğunu içermediğini yinelemektedir (bk. *Zagrebačka banka d.d. / Hırvatistan*, no. 39544/05, § 250, 12 Aralık 2013 ve burada anılan içtihat); bunun nedeni, özel hukuk kuralları uyarınca yerel mahkeme kararlarının, taraflardan birinin mülkiyet haklarına haksız bir Devlet müdahalesi olarak görülememesidir (bk., örneğin, *Balakchiev ve Diğerleri / Bulgaristan* (k.k.), no. 65187/10, § 90, 18 Haziran 2013). Ancak bu, söz konusu maddenin bu türden bir uyuşmazlık için geçerli olmadığı anlamına gelmemektedir (bk. *Vukušić / Hırvatistan*, no. 69735/11, § 39, 31 Mayıs 2016). Uyuşmazlığın özel taraflar arasındaki medeni hukuk haklarıyla ilgili olduğuna dair bir sonuç, yalnızca Mahkemenin incelemesinin kapsamını etkileyebilir, ancak Sözleşme'ye Ek 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesinin uygulanabilirliğini dışarıda bırakamaz. Bu tür uyuşmazlıklar hakkındaki mahkeme kararları keyfi veya başka bir şekilde açıkça mantıksız ise, bu kararlar Sözleşme'ye Ek 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesinin ihlalini teşkil edeceklerdir (aynı kararda., ve ayrıca bk. *Dzirnis / Letonya*, no. 25082/05, § 55, 26 Ocak 2017). Söz konusu kararlar keyfi veya başka bir şekilde açıkça mantıksız değilse, bu kararlar mal ve mülk dokunulmazlığı hakkına bir müdahale teşkil etmez (bk. yukarıda anılan *Zagrebačka banka d.d.*, § 252, burada anılan içtihat).

62. Ayrıca, belirli durumlarda, Mahkeme *S.Ö., A.K., Ar.K. ve Y.S.P.E.H.V. / Türkiye ((k.k.), no. 31138/96, 14 Eylül 1999)* davasında olduğu gibi, Devlet veya belediye ile bir birey arasındaki bir anlaşmazlığı medeni hukukun konusu olarak kabul edebilir. Söz konusu davada, ihtilaf Devlet Hazinesinin çekişmeli mirasçılardan biri olarak taraf olduğu bir veraset uyuşmazlığı ile ilgiliydi. Mahkeme, Hazine'nin bu yargılamalardaki ehliyetinin bireysel bir varisinkine eşit olduğu sonucuna ulaşmıştır. Bu nedenle Mahkeme, yerel mahkemelerin özel hukuk kurallarını medeni bir ihtilafa uygulamaktan öteye gitmediklerine karar vermiş ve dava konusu

yargılamaların keyfi veya haksız olmadığını belirterek, Sözleşme'ye Ek 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesine yönelik şikâyeti kabul edilemez bulmuştur (ayrıca bk. *Gladysheva / Rusya*, no. 7097/10, § 54, 6 Aralık 2011).

63. Mevcut davada, Mahkeme şu nedenlerle söz konusu uyuşmazlığı kesinlikle özel bir hukuk meselesi olarak, iddia olunan müdahaleyi ise, sadece özel bir hukuk meselesini çözüme kavuşturan mahkeme kararlarından kaynaklanmış olarak tanımlayamaz:

Mahkeme, başvuranın sözleşmesinin feshedilmesi sonucunda başvuranın teminat olarak ödenen meblağları kaybettiğini kaydeder. Başvuranın ilgili Devlet makamı ile kurduğu iş ilişkisinin sözleşmeye dayalı niteliğini göz ardı etmeksizin, Mahkeme, hem başvuranın sözleşme kapsamındaki haklarını hem de teminatı kaybetmesine yol açan sözleşme feshinin doğrudan iç hukukun zorunlu hükmünün uygulanmasından kaynaklandığı kanaatinde. Diğer bir deyişle, uyuşmazlık sözleşmenin özel hukuk ilkelerine uygun olarak yorumlanmasından dolayı ortaya çıkmamış olup, başvuranın ihale ile ilgili bir suçtan yargılanmasının doğrudan bir sonucudur. Bu doğrultuda, Sözleşme'ye Ek 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesi uyuşmazlık için geçerlidir ve Mahkeme'nin incelemesinin kapsamı sadece yerel mahkemenin kararlarının keyfi veya açıkça mantıksız kabul edilip edilmeyeceği ile sınırlı değildir.

(c) Kabul edilebilirlik hakkında sonuç

64. Ayrıca Mahkeme bu şikâyetin Sözleşme'nin 35 § 3 (a) maddesi anlamında açıkça dayanaktan yoksun olmadığını tespit etmiştir. Ayrıca kabul edilmezliğe ilişkin başka herhangi bir gerekçe de bulunmamaktadır. Dolayısıyla, şikâyetlerin kabul edilebilir olarak beyan edilmesi gerektiği sonucuna varmıştır.

B. Esas Bakımından Hukuki Değerlendirme*1. Tarafların beyanları*

65. Başvuran, iddianameden şahsen haberdar edilmediğini ve bunun sonucunda 19 Eylül 2006'daki ihaleye katıldığında ceza yargılamalarından haberi olmadığını ileri sürmüştür. Başvuran ayrıca, ihaleye katıldığı tarihte sabıka kaydı olmadığını ve hakkına kamu ihalelerine katılmasını engelleyecek resmi bir karar bulunmadığını da bildirmiştir. Bu bağlamda, başvuran iddia makamının aleyhindeki ceza yargılamalarını ihale makamlarına bildirecek kadar hızlı hareket etmediğini savunmuştur. İddia makamı, iddianamenin sunulduğu tarihten ancak altı ay sonra başvuran aleyhindeki suçlamaları ihale makamlarına iletmiştir. Bu nedenle, başvuranın görüşüne göre, yetkililerin kendi aralarında ki bilgileri koordine etmedeki gecikmesi ve başvuranın hakkında bir iddianame düzenlendiği bilgisinden yoksun oluşu bir araya geldiğinde, tüm yükü kendisinin taşımasını gerektiren bir ortam yaratmıştır.

66. Hükümet, başvuranın söz konusu ihale tarihinden önce hakkındaki ceza yargılamalarında ihale ile ilgili bir suçtan suçlandığını ve bu gerçeğin ihale yetkililerinin sözleşmeyi feshetmesi için yeterli olduğunu bildirmiştir. Hükümetin beyanlarına göre, bu nedenle müdahalenin ihale kanununda bir temeli vardır ve müdahale, ihaleye ilişkin yasa ve yönetmeliklere aşına bir iş adamı olan başvuran için öngörülebilir ve erişilebilir hale gelmiştir. Hükümet ayrıca, iç hukukun, sözleşmeyi ihaleye çıkaran yetkililerin, başvuran hakkındaki ceza yargılamaları hakkında bilgilendirildikten sonra bu sözleşmeyi yürütmeye devam etmelerine izin vermediğini ifade etmiştir. Bu bağlamda Hükümet, sözleşmenin feshi ve ihale prosedürünün yeniden başlatılmasının gerekmesi nedeniyle hem ihale kurumunun hem de bu nedenle kamunun sonucunda zarar gördüğünü savundu. Böylece, sözleşmenin yerine getirilmesini güvence altına almak amacıyla verilen teminata el konulması orantılı ve hukuka uygun bir tepki olmuştur.

2. Mahkemenin değerlendirmesi

(a) Müdahalede bulunulup bulunulmadığı hakkında

67. İhale kurumunun sözleşmeyi feshetme ve başvuranın teminatına el koyma kararının, daha sonra yerel mahkemeler tarafından da doğrulandığı şekliyle, başvuranın mülkiyet haklarına müdahale teşkil ettiği taraflar arasında bir uyuşmazlık konusu değildir. Mahkeme bunun aksi yönde bir karar vermeyi gerektirecek herhangi bir gerekçe görmemektedir.

68. Uygulanabilir hukuk kuralına ilişkin olarak, Mahkeme Sözleşme'ye Ek 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesi ve burada anılan üç kural hakkındaki yerleşik içtihadına atıfta bulunmaktadır (bk., diğer çok sayıda kararlar arasında, *Ališić ve Diğerleri/ Bosna-Hersek, Hırvatistan, Sırbistan, Slovenya ve Makedonya Eski Yugoslav Cumhuriyeti* [BD], no. 60642/08, § 98, AİHM 2014).

69. Bu davada yer alan hukuki ve olgusal hususların karmaşıklığına ilişkin olarak, Mahkeme, başvuranın ihale sözleşmesinin feshinden kaynaklanan mülkiyet hakkının ihlal edildiği iddiasının kesin bir kategoride sınıflandırılmayacağını değerlendirmektedir. Bu nedenle davayı, Sözleşme'ye Ek 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesinde belirtilen genel kural ışığında incelemek daha uygun olacaktır (bk. ilgili olduğu ölçüde, *Broniowski / Polonya* [BD], no. 31443/96, § 136, AİHM 2004-V).

(b) Müdahalenin haklı olup olmadığı hakkında

70. Mahkeme, Sözleşme'ye ek 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesinin en önemli şartı kamu yetkilileri tarafından mal ve mülk dokunulmazlığına yapılan müdahalenin hukuka uygun olmasıdır. Demokratik bir toplumun temel ilkelerinden biri olan hukukun üstünlüğü, Sözleşme'nin tüm maddelerinin özünde yer bulmaktadır (bk. *Lekić / Slovenya* [BD], no. 36480/07, § 94, 11 Aralık 2018). Hukukilik ilkesi, iç hukuktaki ilgili hükümlerin uygulamada yeterince erişilebilir, kesin ve öngörülebilir olduğu ön kabulüne dayanır (bk. *Broniowski*, yukarıda anılan, § 147). Bu bağlamda,

Mahkeme, hukuki kesinlik ilkesinin hukukun üstünlüğünün temel bir yönü olduğunu yineler (*Brumărescu / Romanya* [BD], no. 28342/95, § 61, AİHM 1999-VII).

71. Hukukilik gerekliliğine ilişkin olarak, Mahkeme, başvuranın ihale sözleşmesinin 4734 sayılı Kanunun 59/2. maddesi ve 4735 sayılı Kanunun 21/1. maddesi uyarınca feshedildiğini gözlemlemektedir. 4734 sayılı Kanunun 59/ 2. maddesi bir teklif veren aleyhinde derdest olan ceza yargılamalarının varlığının, ceza yargılamaları kesinleşene kadar ihale sürecinden dışlayıcı gerekçeler teşkil etmesi gerektiğini ifade etmektedir. Başvuranın “mal ve mülk” dokunulmazlığı hakkına yapılan müdahale, Anayasa Mahkemesi tarafından daha sonra yapılan incelemede anayasaya aykırı olarak beyan edilmeyen yasal bir dayanağa sahipti. Mahkeme, bu nedenle, dava konusu müdahalenin, Sözleşme’ye ek 1 No.lu Protokol’ün 1. maddesi kapsamındaki analiz amaçları açısından "hukuki" olduğunu kaydeder.

72. Bir sonraki aşamada, Mahkeme başvuranın mal varlığına yapılan müdahalenin, başta gizli anlaşmaya dayalı uygulamaların önlenmesi ve devlet hazinesinin korunması ve adil rekabetin teşvik edilmesi başta olmak üzere meşru bir amaç güdebileceğini varsaymaya hazırdır.

73. Tedbirin orantılılığı hususuna gelindiğinde, Sözleşme’ye ek 1 No.lu Protokol’ün 1. maddesi, kullanılan araçlarla güdülen amaç arasında makul bir orantılılık ilişkisinin olduğu herhangi bir müdahaleyi gerektirmektedir (bk. *G.I.E.M. S.R.L. ve Diğerleri / İtalya* [BD], no. 1828/06 ve 2 diğer başvuru, § 300 28 Haziran 2018, daha fazla referans ile birlikte). İlgili kişinin bireysel olarak aşırı bir yüke katlanması gerekiyorsa, bu adil denge bozulacaktır (aynı kararda, § 300).

74. Mahkeme, genel ekonomik veya sosyal strateji önlemleri söz konusu olduğunda, Sözleşme kapsamında Devletlere genellikle geniş bir takdir yetkisinin verildiğini yinelemektedir. Ulusal makamlar, içinde bulundukları toplumlar ve bu toplumların ihtiyaçları hakkında doğrudan bilgi sahibi

olmaları nedeniyle, ilke olarak, sosyal veya ekonomik gerekçelerle kamu yararının ne olduğunu takdir etmede uluslararası yargıdan daha iyi bir konumdadır (bk. diğer kararlar arasında, yukarıda anılan *Lekić*, § 105).

75. Mahkeme ayrıca, eldeki hususun kamu ihalesi için adayların bir değerlendirmesini ve adayların zorunlu veya isteğe bağlı olarak reddedilmesine ilişkin politika tercihlerini içerdiği durumlarda Sözleşmeciler Devletlerin takdir yetkisinin önemli ölçüde daha geniş olduğunu kaydeder. Örneğin, kamu ihalesine ilişkin Avrupa Birliği Direktifi kapsamında; bir ekonomik aktörün kamu ihalelerinin zorunlu dışında tutulma gerekçeleri dolandırıcılık, yolsuzluk, terör suçları, kara para aklama veya bir suç örgütüne katılma suçlarından hüküm giymiş olmaktır. Aynı direktif uyarınca, sözleşme makamlarına, örneğin rekabet kurallarının ihlal edilmesi veya diğer ciddi mesleki suiistimaller nedeniyle güvenilmez olduğu kanıtlanan ekonomik aktörleri ihaleden hariç tutma konusunda takdir yetkisi verilmiştir. Ayrıca, bir yüklenicinin, kendisine ihalenin verildiği sırada kesin bir karar ile Direktifin 57 § 1 maddesinde sayılan gerekçelerle mahkûm edildiğinin ortaya çıkması halinde, üye devletlerin için sözleşmeyi feshetme hakkı mevcuttur. Direktif, tıpkı OECD'nin tavsiyesi gibi, ihale yetkililerine takdir yetkisinin kullanımında orantılılık ilkesine dikkat etmelerini tavsiye etmektedir.

82. Mahkeme bu noktada sosyal güvenlik ödemeleri bağlamında yetkililerin hatalarını kendi ihmalkârlıklarından kaynaklanıyor olsa bile düzeltmelerinin engellenmemesi gerektiğine hükmettiğini ve aksi takdirde bunun haksız zenginleşme doktrinine aykırı olacağını tekrarlamaktadır (bk. *Moskal / Polonya*, no. 10373/05, § 73, 15 Eylül 2009). Mevcut davaya ilişkin olarak aynı ilke eşit derecede geçerlidir ve Mahkeme ihale makamının kamu yararı adına hatalarını düzeltmek için bazı tedbirler alması gerekebileceğini sorgulamamaktadır. Ancak, yukarıdaki genel ilke ilgili bireyin aşırı bir yük altına girmesini gerektirdiği hallerde uygulanamaz (bk., *bu davaya uygulanabildiği ölçüde, Dzirnīs*, yukarıda alıntılanan, § 78).

76. Mahkeme, kural olarak bir birey hakkında ceza yargılamalarının bulunmasının mahrum edici bir sebep olup olmadığına ve bu kovuşturmanın sözleşmenin iptal edilmesi ve teminata el koyulması için haklı bir sebep olup olmadığına ilişkin karar vermenin Mahkemenin görevi olmadığını not etmiştir. Mahkemenin yerleşik içtihadı ışığında Mahkemenin görevi iç hukuku mücerret olarak incelemek değildir. Mahkemenin görevi iç hukukun başvurana uygulanış biçimi ya da başvuran üzerindeki etkisinin Sözleşme'yi ihlal edip etmediğini tespit etmektir (bk., *bu davaya uygulanabildiği ölçüde, Garib / Hollanda* [BD], no. 43494/09, § 136, 6 Kasım 2017).

77. Bu yüzden yerel makamların Sözleşme uyarınca davada çıkar dengesinin sağlamak için çabalayıp çabalamadığı sorusuna ilişkin olarak Mahkeme iç mevzuatın ihale makamı başvuran hakkındaki suçlamalardan haberdar olduğunda ihale makamına serbest alan bırakmadığını gözlemlemiştir. Aynı şekilde, söz konusu tedbiri değerlendiren yerel mahkemeler de iç hukuk hükümlerini mahkemelere takdir yetkisi bırakmadığı ve alternatifler yaklaşımlara imkân vermediği şeklinde yorumladıkları için orantılılığa ilişkin değerlendirme yapmaları engellenmiştir. Bu yüzden iç hukuktaki yargılamalarda Sözleşme tarafından gerekli görülen orantılılığa ilişkin bir değerlendirme yapılmadığı sonucuna varmıştır. Bu itibarla Mahkeme sonucun orantısız olup olmadığını kendi değerlendirmek zorunda kalmıştır.

78. Bu kapsamda Mahkeme bu davaya özgü bazı durumları ve bunlardan çıkardığı sonuçlara vurgu yapmanın faydalı olduğu görüşündedir. İlk olarak 19 Eylül 2006 tarihinde ihale daveti duyurulmadan önce başvurayı suçlayan iddianame 10 Temmuz 2016 tarihinde ceza mahkemesine sunulmuş ve mahkeme tarafından 24 Temmuz 2006 tarihinde kabul edilmiştir. Normal koşullar altında 4734 Sayılı Kanun'un 59. maddesi uyarınca başvuranın ihaleye katılmasına kesinlikle izin verilmemeliydi. İç hukuk, özellikle ilgili Kamu İhale Genel Tebliği, ihale kapsamında bir suçtan kovuşturulan bir kimseye ilişkin olarak kamu ihalesi yetkililerinin

kovuşturma makamı tarafından gecikmesizin bilgilendirilmesini gerektirmektedir (bk. yukarıda § 31). Mevcut davada ceza mahkemesinin bildirimi iddianamenin ceza mahkemesine tevdi edilmesinin ardından altı ay sonra ihale makamına ulaşmıştır. Zamanın önem arz ettiği ihale bağlamında altı ayın hızlı olduğunu düşünmek güçtür. Bu itibarla Mahkeme, yetkililerin ihale sürecine katılabilecekleri etkileyen önemli bir bilgiyi aktarma hususunda ihmalkâr davrandıklarını not etmiştir.

İkinci olarak başvuran Ceza Muhakemesi Kanunu'nda iddianamenin sanığa bildirilmesi gerektiğini açıkça belirten hükme (bk. yukarıda § 33) ve ceza mahkemesi tarafından iddianamenin kabul edildiği anda soruşturma aşamasında devlet tarafından atanan müdafinin yetkisinin sona ereceğini belirten müdafî atamasına ilişkin düzenleme hükmüne (bk. yukarıda § 34) rağmen başvurana bildirim yapılmamıştır. Bu yüzden Mahkeme iddianamenin söz konusu zamanda başvurana sadece polis sorgusu sırasında yasal destek sunma yetkisi olan müdafîye bildirilmesinin kanuna aykırı olduğu görüşündedir. Bu itibarla Mahkeme Hükümet'in başvurana hakkındaki ceza yargılamalarına ilişkin bildirim yapıldığı yönündeki argümanına ikna olmamıştır. Ayrıca, başvuranın ihaleye katılması düşünüldüğünde başvuranın hakkındaki yargılamalardan haberdar olduğuna ilişkin bir kanıtın bulunmaması Mahkemeyi başvuranın ihale sürecine katılmasında kötü niyetli davranmakla suçlanamayacağı sonucuna varmaya sevk etmiştir. Son olarak, Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu (bk. yukarıda § 32) tarafından ortaya koyulan aynı sebeplerden dolayı Mahkeme başvuranın polis tarafından sorgulanmasının ardından hakkında ceza davası açılabilirliğini tahmin edip ihaleye katılmaktan kaçınmalıydı şeklindeki gerekçeye katılmamaktadır.

79. Başvuranın kendini içinde bulduğu durumda belirleyici etkisi olan yukarıdaki spesifik koşullar göz önüne alındığında ve benzer davalarda en uygun cevabı seçme konusunda Devletlerin takdir yetkisine sahip olmasına rağmen Mahkeme başvuranın sözleşmesinin geçmişe etkili olarak iptal

edilmesinin ve teminatın alıkonulmasının orantısız olduğuna karar vermiştir. Mahkeme özellikle eğer sözleşmenin iptali gerekli ve kaçınılmaz olsaydı bile adil denge ilkesinin en azından teminatın geri verilmesi ve masraflarının bir kısmının veya tamamının geri ödenmesi gibi başvurana yüklenen finansal yükü hafifletecek daha hafif bir tedbirin uygulanmasını gerektireceği görüşündedir.

80. Başvuranın (i) ihaleye katılmaktan kaçınabilmesi için iddianamenin başvurana gerektiği gibi bildirilmemiş olması, (ii) başvuranın sözleşme yapmasını engelleyecek herhangi bir durumun bulunup bulunmadığının doğrulanması hususunda ihale makamının ihmali olması ya da savcılıkla koordinasyonunun olmaması, (iii) söz konusu tedbirin başvuranın hakkında bir iddianame düzenlenmesinin otomatik bir sonucu olarak uygulanması ve (iv) ceza yargılamalarının ardından mahkûmiyet dışında başka bir sonuç çıkması durumunda söz konusu tedbirin başvuranın geri ödeme talep edemeyeceği şekilde geri döndürülemez ve kalıcı nitelikte olması dikkate alındığında, Mahkeme, başvurana bireysel ve aşırı bir yük yüklendiğinden dolayı başvuranın hakkına yapılan müdahalenin güdülen amaç ile orantısız olduğu sonucuna varmıştır.

Bu yüzden Mahkeme Sözleşme'ye Ek 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.

II. SÖZLEŞME'NİN 41. MADDESİNİN UYGULANMASI

81. Sözleşme'nin 41. maddesi aşağıdaki gibidir:

“Eğer Mahkeme bu Sözleşme ve Protokollerinin ihlal edildiğine karar verirse ve ilgili Yüksek Sözleşmeci Taraf'ın iç hukuku bu ihlalin sonuçlarını ancak kısmen ortadan kaldırıyorsa, Mahkeme, gerektiği takdirde, zarar gören taraf lehine adil tazmin verilmesine hükmeder.”

A. Tazminat

82. Başvuran, ihale sözleşmesinin iptalinden kaynaklanan kayıplar için 765.074 avro maddi tazminat talep etmiştir. Söz konusu miktar şunlar kapsamaktadır: Sözleşmeyi tamamlayamadığından dolayı yaşadığı kar kaybına karşılık olarak 494.710 avro; teminat bedeli için 87.484 avro; damga bedeli, noter bedeli ve ihaleye katılmak için yapılan diğer masraflar için yaklaşık 24.780 avro; inşaat alanının hazırlanmasına ilişkin giderler için 78.658; sözleşme için başvuranın getirdiği kazı makinesinin değerindeki azalma için 69.061. Başvuran ayrıca hakkındaki ceza yargılamalarının on yıldan fazla bir süre boyunca tamamlanmaması yüzünden ciddi miktarda gelir kaybına uğradığını bildirmiştir. Bu kapsamda başvuran Hükümetten söz konusu olaylardan önceki beş yıl içerisindeki ortalama geliri temelinde potansiyel gelir kaybını telafi etmesini talep etmiştir. Başvuran söz konusu yıllarda kendisinin gelir vergisi beyannameleri temelinde ortalama yıllık kazancının 120.559 Türk Lirası olduğunu beyan etmiştir.

83. Başvuran ayrıca dava konusu yargılamalar yüzünden itibarının zedelendiğini ifade ederek manevi tazminat talebinde de bulunmuştur. Başvuran 100.000 ABD doları talep etmiştir.

84. Hükümet bu taleplere itiraz etmiştir. Hükümete göre başvuranın talep ettiği tazminat ve iddia edilen ihlal arasında nedensel ilişki bulunmamaktadır. Her halükarda, Hükümet söz konusu miktarların spekülasyon ve aşırı olduğu görüşündedir.

85. Mahkeme, artık Tazminat Komisyonunun Sözleşme'ye Ek 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesine ilişkin ihlal bulup 41. madde kapsamında başvuranın adil tazmin talebine ilişkin karar vermediği ya da 41. maddenin

uygulanması hususunu saklı tuttuğu başvurularda adil tazmin talepleri hakkında karar verme yetkisine sahip olduğunu kaydetmiştir (bk. yukarıda § 36). Ek olarak Mahkeme, başvuranları arazilerini tescil ettirme fırsatından mahrum bırakan mevzuat kaynaklı müdahaleden dolayı Sözleşme'ye Ek 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesinin ihlal edildiğine karar verdiği yakın tarihli *Kaynar ve Diğerleri / Türkiye* (yukarıda alıntılanan) davasında maddi tazminatın hesaplanması konusunda ortaya çıkabilecek karmaşıklar dikkate alındığında Tazminat Komisyonunun daha iyi bir karar verebileceğine dayanarak başvurunun Sözleşmenin 41. maddesine ilişkin kısmının kayıttan düşürülmesine karar vermiştir (bk. adı geçen yerde, §§ 76-78 ve karşılaştırınız *Timurlenk / Türkiye*, no. 37758/08, §§ 34-36, 28 Ocak 2020).

86. Mahkeme, kural olarak Mahkeme'nin ihlalin olduğuna hükmettiği kararların davalı Devletler için ihlalin sonuçlarının mevcut durumun mümkün olduğu ölçüde, ihlalin gerçekleşmesi öncesindeki haline iadesinin sağlanacağı bir şekilde giderilmesi yönünde hukuki bir yükümlülük getirdiğini hatırlatmıştır (bk. *latridis/Yunanistan* (adil tazmin) [BD], no. 31107/96, § 32, AİHM 2000 XI). Mevcut davada Mahkeme, özellikle teminatın tamamının veya bir kısmının ya da masraflarının bir kısmının veya tamamının geri ödenmesine dair herhangi bir değerlendirmenin yokluğunda sözleşmenin geçmişe etkili olarak iptal edilmesinden dolayı başvuranın mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin orantısız olduğuna karar vermiştir (bk. yukarıda 79).

87. Maddi tazminatın hesaplanmasında bir sürü ölçülemez unsurun bulunması ve başvuranın kaybının tam olarak hesaplanmasının imkânsız olmasını dikkate alarak Mahkeme yasal ve teknik araçlara sahip olan tazminat komisyonunun mevcut davada adil tazmine ilişkin daha iyi bir karar verebileceğini düşünmektedir.

88. Bu yüzden Mahkeme başvurunun Sözleşme'nin 41. maddesi kapsamındaki maddi ve manevi tazminata ilişkin kısmının kayıttan düşürülmesine karar vermiştir.

B. Masraf ve Giderler

89. Başvuran masraflar ve giderler için talepte bulunmadığından Mahkeme bu başlık altında bir ödemeye hükmetmemiştir.

BU GEREKÇELERLE, MAHKEME, OY BİRLİĞİYLE,

1. Başvurunun kabul edilebilir olduğuna;
2. Sözleşme'nin 6 § 2 maddesinin ihlal edilmediğine;
3. Sözleşme'ye Ek 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesinin ihlal edildiğine;
4. Başvurunun Sözleşme'ye Ek 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesinin ihlaline ilişkin olarak Sözleşme'nin 41. maddesi kapsamındaki maddi ve manevi tazminata ilişkin kısmının kayıttan düşürülmesine;

İşbu karar İngilizce dilinde tanzim edilmiş olup; Mahkeme İçtüzüğü'nün 77 §§ 2 ve 3 maddesi uyarınca 24 Kasım 2020 tarihinde yazılı olarak bildirilmiştir.

Stanley Naismith
Yazı İşleri Müdürü

Jon Fridrik Kjølbro
Başkan

KURBAN / TÜRKİYE KARARI

Sözleşme'nin 45 § 2 maddesi ve Mahkeme İçtüzüğü'nün 74 § 2 maddesi uyarınca, işbu karara, Hâkim Koskelo'nun ayırık görüşü eklenmiştir.

J.F.K.

S.H.N.

HÂKİM KOSKELO’NUN MUTABİK GÖRÜŞÜ

1. Mevcut davada Sözleşme’nin 6 § 2 maddesine ilişkin bir ihlal olmadığına ve Sözleşme’ye Ek 1 No.lu Protokol’ün 1. maddesinin ihlal edildiğine ilişkin olarak meslektaşlarıma katılıyorum. Ancak, başvuranın Sözleşme’ye Ek 1 No.lu Protokol’ün 1. maddesinin koruması altında olan bir mülke sahip olduğu sonucuna varıldığı gerekçe yüzünden bu ayrik görüşü sunmayı gerekli gördüm.

2. Neyin “mülk” teşkil ettiğine ilişkin yorum, Sözleşme’ye Ek 1 No.lu Protokol’ün 1. maddesi için önem arz etmektedir çünkü bu kavram söz konusu hükmün uygulanışının kapsamını belirlemekte ve şekil vermektedir. Bu yüzden bu kavramın nasıl yorumlandığına açıklık getirmek önemlidir. Mahkemenin giderek büyüyen ve genellikle dava temelli gelişen (*casuistic evolution*) içtihadı, anahtar kavramların sınırlarının kendi özerk anlamları dâhilinde açıklıktan ya da tutarlılıktan yoksun olduğu durumlara yol açabilir. Bu durum, sadece Sözleşme haklarına uyum ve saygının sağlanması hususunda birincil sorumluluğu taşıyan yerel düzeyde zorluklar çıkarmaz. Mahkeme ve Sözleşme sisteminin bütün olarak etkililiğine ilişkin olarak Mahkemenin esasa ilişkin yargılama yetkisi potansiyel olarak geniş kapsamlı çıkarımlara sahip bir konudur. Bu itibarla açıklık ve tutarlılığa iki misli ihtiyaç duyulmaktadır. İşte tam bu bağlamda mevcut görüş dikkate alınmalıdır.

3. Mevcut davaya özgü koşullar kapsamında bana göre başvuranın şikâyetinin Sözleşme’ye Ek 1 No.lu Protokol’ün 1. maddesinin uygulanmasını harekete geçirdiğine şüphe yoktur. Başvuran sözleşmeden doğan yükümlülüklerini yerine getireceğini güvence altına almak için gerekli teminatı ödemiştir ve dolayısıyla kendi tarafından sözleşme ihlali bulunmadığı sürece bu bedelin geri ödenme hakkını kaybetmeyeceği yönünde meşru bir beklentisi vardı.

4. Ancak Daire, neden mevcut davanın koşulları altında Sözleşme’ye Ek 1 No.lu Protokol’ün 1. maddesinin uygulanabilir olduğunu açıklarken daha geniş kapsamlı kelimeler kullanmıştır. Bana göre bu hususa dikkat çekilmelidir.

5. Karara göre başvuran bir “mülke” sahipti çünkü “en azından sözleşmeye güvenip sözleşmeyi bitirme ve teminatını geri alma yönünde bir meşru beklentiye sahipti ve bu Sözleşme’ye Ek 1 No.lu Protokol’ün 1. maddesinin amacı dâhilinde başvurana sözleşme kapsamında *verilen mülkiyet hakları dâhilinde* olarak değerlendirilebilir” (bk. kararın 65. paragrafı, vurgu bana aittir). Bu oldukça karmaşık formülasyon, bu hükümde ortaya konduğu ve şimdiye kadar Mahkeme tarafından yorumlandığı şekliyle “mülk” kavramına ilişkin birkaç soruyu ortaya çıkarmaktadır. Özellikle, sözleşmelerden doğan haklar ve mülkiyet hakları arasında hiçbir ayırım yapılmamış veya sürdürülmemiş gibi görünmektedir.

6. İlk olarak kararın 65. paragrafında yer alan yukarıdaki ifadede farklı koşullarda da olsa benzer bir formülasyonun kullanıldığı *Stretch / Birleşik Krallık* davasında Mahkeme'nin belirttiklerinin model olarak alındığının görüldüğü not edilmelidir. Bu davada Mahkeme, başvuranın en azından [arazinin kiralanmasına ilişkin mevcut kontratı] yenileme opsiyonunu kullanma yönünde meşru bir beklentisinin bulunduğu şeklinde değerlendirme yapılabileceğine ve bunun Sözleşme’ye Ek 1 No.lu Protokol’ün 1. maddesinin amacı kapsamında kira kontratı altında Dorchester tarafından verilen mülkiyet hakkı dâhilinde olduğu şeklinde değerlendirilebileceğine hükmetmiştir (bk. *Stretch / Birleşik Krallık*, no. 44277/98, § 35, 24 Haziran 2003). Burada önemli olan *Stretch* davasında orijinal kira sözleşmesinin şikâyetçiye hafif sanayi kullanımı için giderleri kendine ait olacak şekilde kiralanana arazi üzerine bina inşa etme ve bunları kiraya verme hakkı tanınmasıdır. Bu itibarla “Verilen mülkiyet hakları” ifadesi, orijinal kira kontratı kapsamında kiracının inşa ettiği binalara yapmış olduğu yatırımı kastetmektedir ve bu davadaki husus

kıranın uzatılmasına ilişkindir. Dolayısıyla mevcut davanın gerçekleri *Stretch* davasındakilerle karşılaştırılmaz.

7. Mevcut şikâyeteye konu sözleşme kapsamında başvuran dere yatağı için taşkın kontrol sistemi inşa etmeyi taahhüt etmiştir. Daire tarafından yukarıda benimsenen yaklaşıma göre sözleşme başvurana “mülkiyet hakları vermiştir”. Bu, söz konusu sözleşme kapsamında verilen “mülkiyet haklarının” neler olduğu sorusunu ortaya çıkarmaktadır. Diğer yandan aynı cümle, başvuranın sözleşmeye güvenme yönünde “meşru bir beklentiye” sahip olmasına da işaret etmektedir. “Mülkiyet hakları” ve “meşru beklenti” kavramları dolayısıyla birleştirilmiştir.

8. Sözleşmeyle talep edilen işi yaparak yüklenicinin sözleşmeyle taahhüt edilen ödemeyi kazanacağı açıktır. Böylesi bir alacak, şüphesiz bir şekilde Sözleşme’ye Ek 1 No.lu Protokol’ün 1. maddesinin amacı dâhilinde “mülk” kavramı kapsamına giren bir talep teşkil eder. Ancak 65. paragrafta kullanılan ifade, böylesi bir sözleşmenin henüz iş tamamlanmamış ve dolayısıyla ödeme henüz hak edilmemiş olsa bile yüklenici olarak müteahhitin (*constructor*) yararına “mülkiyet hakkı” oluşturduğunu ileri sürmektedir.

9. Sözleşme hukuku gereği başvuranın sözleşmeyle verilen işi yerine getirme hakkı ve yükümlülüğü ve işin tamamlanmasının ardından sözleşmeyle taahhüt edilen ödemeyi almaya hakkı bulunduğu konusunda şüphe yoktur. Ancak Sözleşme’ye Ek 1 No.lu Protokol’ün 1. maddesi amacı dâhilinde sözleşmeden doğan bu hakların aynı zamanda “mülkiyet hakkı” teşkil ettiği anlamı çıkmamaktadır. Bu bağlamda “mülk” kavramının kapsamının daha ayrıntılı bir incelemeye tabi tutulması gerekmektedir. Hepsinden öte söz konusu hüküm sözleşmelerden doğan haklarla değil “mülkiyet hakkı” ile ilişkilidir.

10. İctihadında Mahkeme, daha öncesinde de Komisyon, tutarlı bir şekilde “gelecekteki gelirin” sadece hâlihazırda kazanıldığı ya da kesinlikle ödenecek olduğu durumlarda “mülk” teşkil ettiğine hükmetmiştir (bk.

Batelaan ve Huiges / Hollanda (k.k.), no. 10438/83, K.R. 41, § 176; *E.M. / Norveç* (k.k.), no. 20087/92, 26 Ekim 1995 [Genel Komisyon]; *Wendenburg ve Diğerleri / Almanya* (k.k.), no. 71630/01, 6 Şubat 2003; *Anheuser-Busch Inc. / Portekiz* [BD], no. 73049/01, § 64, AİHS 2007-I; ve *Malik / Birleşik Krallık*, no. 23780/08, § 93, 13 Mart 2012).

11. Sorulması gereken soru, sözleşme yükümlülüklerinin yerine henüz getirilmediği ve ödemenin kesin olmadığı halde *mevcut* olan sözleşme ilişkisinden doğan muhtemel geliri “mülk” olarak sınıflandırmanın doğru ya da meşru olup olmadığıdır. Mevcut kararda kullanılan formülasyonun böylesi bir varsayımda bulunduğu görülmektedir. Ancak mevcut içtihatla bunu destekleyen açık bir durum bulunmamaktadır. Yukarıda bahsedildiği gibi (bk. § 6) *Stretch* davası olaylar açısından mevcut davadan ayrılmaktadır. Aynı durumun sözleşmeyle ilgili durumlara ilişkin diğer içtihatlar için de geçerli olduğu görülmektedir. *Fedorenko / Ukrayna* (no. 25921/02, § 25, 1 Haziran 2006) davasında konu başvuranın evini Devlete satmak üzere yaptığı sözleşmeye ilişkindir ve ihtilaf konusu ise başvuranın söz konusu mülkünün değerine direkt olarak etki eden ve ücretin belirlenmesine ilişkin sözleşmedeki bir cümledir. *Association of General Practitioners / Danimarka* ((k.k.), no. 12947/87, 12 Temmuz 1989) davasında ihtilaf konusu doktorların mevcut çerçeve sözleşme kapsamında hastaların tedavisi için talep edebileceği ücretlerin miktarına ilişkindir ancak ödemeyi hak etmeleri açık bir şekilde her hastaya verilen tedaviye bağlı kalmıştır. Dolayısıyla söz konusu olan, işin gerçekleştirilmesine bağlı olarak ödenecek miktarlardır. Komisyon, Sözleşme’ye Ek 1 No.lu Protokol’ün 1. maddesinin uygulanabileceği ihtimalini ortadan kaldırmamıştır ancak diğer gerekçelerden dolayı başvurunun kabul edilemez olduğuna karar vermiştir. *Asito / Moldova* (no. 40663/98, § 60, 8 Kasım 2005) davasında şikâyet konusu, başvuranın sözleşme kapsamında diğer tarafa finansal katkı sağlamış olmasından sonra sözleşmenin iptal edilmesidir. *Ceni / İtalya* (no. 25376/06, §§ 43-44, 4 Şubat 2014) davasında Mahkeme bir dairenin

satışına ilişkin ön sözleşme kapsamında başvuranın ücreti ödeyip mülkü almış olmasından dolayı başvuranın Sözleşme’ye Ek 1 No.lu Protokol’ün 1. maddesi dâhilindeki haklarının devreye girdiğini açık bir şekilde ifade etmiştir. Ek olarak, *Topallaj / Arnavutluk* (no. 32913/03, § 95, 21 Şubat 2016) davasında Mahkeme, yerine getirilmesi gereken koşullara bağlı olan sözleşmede bu koşulların yerine getirilmemesinden dolayı “mülkün” oluşmadığına karar vermiştir. Bu davanın koşulları kendine özgüdür ve genel anlamda yüklenici tarafından yükümlülüğün henüz yerine getirilmediği halde bir sözleşmenin yüklenici için bir “mülk” oluşturduğu şeklinde değerlendirme yapılıp yapılamayacağı sorusuna cevap vermemiştir.

12. Bu itibarla yukarıdaki davaların koşulları dikkate alındığında bana göre Mahkemenin mevcut içtihadı, özellikle yüklenicinin sözleşme yükümlülüklerinin yerine getirilmesiyle hak edilen maddi haklara güvenemediği durumlarda sözleşmeden doğan hakların genel anlamda Sözleşme’ye Ek 1 No.lu Protokol’ün 1. maddesi amacı dâhilindeki mülkiyet hakları olarak ele alınması şeklindeki bir yaklaşımı desteklememektedir

13. Nitekim eğer sözleşmeden doğan “sözleşmeye güvenme hakkı”, “mülk” olarak değerlendirilecek olursa, bunun birçok sonucu olacaktır.

14. Örneğin, bu durum Mahkemenin kamu görevi/ görevlendirmesine ilişkin mevzuat kapsamındaki yerleşik içtihadının sorgulanmasını gerektirir çünkü Mahkeme istikrarlı bir şekilde kamu görevlilerinin görevden alınmasının ve bunun sonucu olarak gelecekteki gelir kaybının “mülklerini” etkilemeyeceğine ve dolayısıyla Sözleşme’ye Ek 1 No.lu Protokol’ün 1. Maddesinin uygulanmasını gerektirmeyeceğine hükmetmiştir (bk. *Nazif Yavuz / Türkiye* (k.k.), no. 69912/01, 27 Mayıs 2004; *Kurtulmuş / Türkiye* (k.k.), no. 65500/01, AİHS 2006-II; ve *Buterlevičiūtė / Litvanya*, no. 42139/08, § 70, 12 Ocak 2016).

15. Özellikle bu içtihat doğrultusunda *Baka / Macaristan* (no. 20261/12, 27 Mayıs 2014) davasında Daire, Macaristan Yüksek Mahkemesi Başkanlığı görevinden zamanından önce alınan başvuranın gelir ve diğer

yararların kaybı açısından Sözleşme’ye Ek 1 No.lu Protokol’ün 1. maddesine dayanamayacağı sonucuna varmıştır. Bu şikâyet aşağıdaki sebeplerden dolayı söz konusu hükümle konu bakımından bağdaşmadığı gerekçesiyle kabul edilemez ilan edilmiştir.

“105. Mahkeme gelecekteki gelirlerin, hâlihazırda kazanılmamışsa ya da kesin bir alacak hâline gelmemişse “mülk” teşkil ettiğinin düşünölemeyeceğini tekrarlamıştır (bk. *Erkan/Türkiye* (k.k.), no. 29840/03, 24 Mart 2005 ve *Anheuser-Busch Inc./Portekiz* [BD], no. 73049/01, § 64, AİHM 2007-I). Sözleşme kapsamında belirli bir miktarda maaşın ödenmeye devam etmesi gibi bir hak bulunmamaktadır (bk. *Vilho Eskelinen ve Diğerleri* [BD], yukarıda alıntılanan, § 94). Yüksek Mahkeme Başkanlığı görevinden alınması, başvuranı bu pozisyonda maaş almaktan men etmektedir. Ayrıca, 2011 yılında kabul edilen yeni mevzuat başvuranın eski Yüksek Mahkeme Başkanı olarak emeklilik sonrası özel faydalardan yararlanmasını engellemiştir. Ancak, söz konusu gelir gerçekten kazanılmamıştır. Aynı zamanda kesin bir alacak olduğu da iddia edilemez (bk. *Volkov / Ukrayna* (k.k.), no. 21722/11, 18 Ekim 2011; bk., tersi yönde, *N.K.M. / Macaristan*, no. 66529/11, 14 Mayıs 2013).”

16. “Mülkün” varlığına ilişkin değerlendirmede yükümlülük yerine getirilmediğinden henüz hak edilmemiş maddi yararlar açısından bir sözleşmeye dayanan birinin durumu ile statüye dayanan birinin durumu - görevde kalma hakkı hukukun üstünlüğünün temel bir prensibi olan bir hâkim dâhil olmak üzere bir kamu görevlisinin durumu - arasında neden önemli bir ayrım olması gerektiğine ilişkin açık bir gerekçe bulunmamaktadır. Bu, “mülk” kavramının yorumlanması ve bu bağlamda yapılan ayrımların neden başka önemli sorulara yol açtığını göstermektedir.

17. Bir sözleşmenin ya da kamu görevlisi gibi bir statünün Sözleşme’ye Ek 1 No.lu Protokol’ün 1. maddesinin amacı dâhilinde “mülk” sayılması halinde sözleşmeyi ya da görevi ihlal eden herhangi bir tedbirin söz konusu hüküm tarafından korunan haklara müdahale olarak incelenmesi gerekecektir. Bu gibi durumlardan kaynaklanacak muhtemel şikâyetler kural olarak Taraf Devletlerin negatif yükümlülüğünden mi yoksa pozitif yükümlülüğünden mi kaynaklandığına bağlı olarak esastan incelenecektir.

18. Özet olarak “mülk” kavramına ilişkin olarak mevcut kararda benimsenen gerekçe yüzünden ortaya çıkan hususlar genel faydaya ilişkindir. Yukarıda bahsedildiği gibi Mahkemenin dava yükü, dava süreçleri ve hukuki kesinlik açısından, çıkarımlar önemli olabilir. Sözleşmeden doğan ya da diğer benzer ilişkilerde Sözleşme’ye Ek 1 No.lu Protokol’ün 1. maddesinin ne derecede uygulanabilir olduğu sorusuna cevap verebilmek için detaylı analize ve bu anahtar kavramın yorumlanmasını dikte eden ilkelerin ve ayrımların açık bir şekilde belirtilmesine ihtiyaç vardır. Mevcut davanın sonucu bu hususa bağlı olmasa da (bk. yukarıda § 3), Mahkemenin gelecekte daha uygun bir bağlamda bu hususları tekrar ele almaya ihtiyaç duyacağı görünmektedir.