

İDARE İLE ÖZEL SEKTÖR ARASINDA YAPILAN İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNDEN KAYNAKLANAN UYUŞMAZLIKLARIN AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ İŞİĞİNDA DEĞERLENDİRİLMESİ VE BİR ÖRNEK OLAY

GİRİŞ

Ülkemizde, diğer gelişmiş ve liberal ekonomik sistemi benimsemiş ülkelerde olduğu gibi Devlet (bundan sonra konun özelliği nedeniyle “idare” olarak da anılacaktır), kamu hizmeti niteliğindeki görevlerini yerine getirebilmek için bir çok alt yapı işlemlerini özel sektörde faaliyet gösteren kişi ya da kurumlara yaptırmaktadır. Bu, liberal ekonominin gereklerinden biri olduğu gibi idarenin kamu hizmetlerini daha iyi yerine getirebilmesi için de bir zorunluluktur, aksi takdirde idarenin kamu hizmetlerini kesintisiz yerine getirmesi mümkün olmayacaktır.

Ancak uygulamada bu alt yapı hizmetlerinin yerine getirilebilmesi için özel sektörle sözleşme yapıp, sözleşmenin konusu olan iş belirli bir aşamaya getirildikten ya da iş tamamen bitirildikten sonra işi yapan şirketlerin hak edişleri idare tarafından çeşitli bahaneler ileri sürülerek ödenmemekte ya da hak edişlerden önemli ölçüde ve işin niteliğiyle bağdaşmayan şekilde kesintiler yapılmaktadır.

Söz konusu bu kesintilerin yapılması üzerine uyuşmazlık konusu sözleşmede öngörülen yargısal organlara başvurulmakta ancak nedense bu yargısal organlar tarafından sözleşmelerin yorumu hatalı yapılarak, idarenin yaptığı işlem hukuka aykırı olmasına rağmen bu kararlarda idarenin yaptığı işlem hukuka uygun bulunmaktadır. Bu da işi yapan özel sektör şirketleri açısından açık bir hak kaybı, ekonomik açıdan büyük bir zarar ve dolayısıyla hukuka aykırı bir durum yaratmaktadır.

Bu çalışmada, söz konusu hukuka aykırı durumun ülkemizin de tarafı olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) ve bu sözleşmeye göre kurulan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararları ışığında kısa bir değerlendirilmesi ve olası bir başvuru sonucunda elde edilebilecek karar, bu çalışmanın yazarları tarafından uygulamada karşılaştıkları benzer bir örnek olay üzerinden gidilerek açıklanmaya çalışılacaktır.

Çalışmada konunun daha iyi anlaşılabilmesi ve ülkemizde yeni tanınan bir yargılama sistemi olduğu için öncelikle AİHS’nin ve AİHM’nin doğuşu ve ülkemiz hukuk düzenine girişi aktarılacak, devamında idarenin özel sektörle yaptığı işlerin ve sözleşmelerin hukuki nitelendirilmesi yapılarak uyuşmazlığın alt yapısı açıklanacak, sonrasında ise sırasıyla örnek uyuşmazlık ve uyuşmazlığın iç hukuktaki seyri, söz konusu uyuşmazlığa iç hukukta getirilen çözüm ve bu uyuşmazlıktan hareketle varılan bu çözümün ve genel olarak karşılaşılan bu tür uyuşmazlıkların AİHS ilkelerine uygun olup olmadığı konusu açıklanmaya çalışılacaktır. Böylece iç hukuk yollarının tüketilmesi sonrasındaki durumun hangi hak ihlaline neden

olduğunun irdelenmesi ile olası bir bireysel başvurunun da temelini ortaya konulmuş olacaktır.

I. AİHS'nin Doğuşu ve Türk Hukuk Düzenine Girişi

AİHS, İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra Batı Avrupa'nın askeri ve iktisadi yönden birleştirilmesi projesi çerçevesinde oluşturulan ve temel yapı olarak düzenlenen Avrupa Konseyi tarafından üretilmiştir. Sözleşme 04.09.1950 tarihinde aralarında Türkiye'nin de bulunduğu on iki ülke tarafından imzalanmıştır. Sözleşmenin yürürlüğe girme tarihi 03.09.1953, Türkiye'nin gerekli işlemleri tamamlayarak taraf olmasının tarihi ise 18.05.1954'tür¹.

AİHS ile birlikte yargılama faaliyeti yürütmek amacıyla iki önemli kurum oluşturulmuştur. Bunlar 11 nolu protokolün yürürlüğe girmesiyle² ortadan kalkan Avrupa İnsan Hakları Komisyonu (AİHK) ile tek ve sürekli olarak yargılama faaliyetine devam eden Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM)'dir³.

Türkiye'nin iç hukuku bakımından AİHS, kanunlara eş tutulmaktadır ancak; 1982 Ay'nın 90. maddesi gereğince usulüne göre yürürlüğe konulmuş antlaşmalar aleyhine diğer normal kanunlarda olduğu gibi Anayasa Mahkemesi'ne iptal istemiyle dava açılmamakta, bu da uluslararası antlaşmaları diğer kanunlara göre farklı bir konuma getirmektedir⁴.

Türkiye, 1987 yılında AİHK'ye, 1990 yılında da AİHM'ye bireysel başvuru yapılması hakkını ve böylece her iki organın yargılama yetkisini kabul etmiş ve bir anda söz konusu tarihlerdeki siyasi yapının da etkisiyle aleyhine yapılan çok sayıda başvuru sonucu bu hukuk sisteminin içine girmiştir⁵. On yılı aşan bir uygulama sonucu bugün artık AİHS ile çelişen bazı iç hukuk normları AİHS metni ve AİHM kararları ışığında yeniden düzenlenmekte ve çelişkiler giderilmeye çalışılmaktadır⁶.

AİHS, taraf ülkelerin uymakla ve buna bağlı olarak iç hukuk sistemlerinde uygulamakla yükümlü oldukları ilkeleri içeren bir metindir. Sözleşmenin kabulünden sonra gözlenen toplumsal gereksinimler çerçevesinde kabul edilen ve ek protokollerle düzenlenen haklar da aynen AİHS maddeleri gibi uygulanmaktadır.

AİHS sisteminde iki taraf bulunmaktadır; bir tarafta sözleşmecî devlet diğer tarafta ise sözleşmecî devletin sınırları içinde hak ihlaline uğrayan birey. Devletin sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüğü; sözleşme ile düzenlenmiş hakların, ülkesi sınırları içinde ihlal

¹ **Murat Volkan Dülger**, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Organize Suçla Mücadelede Özel Koruma Tedbirleri", Yıldızhan Yayla'ya Armağan, İstanbul, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, 2003, s.277.

² Bu protokolün yürürlüğe giriş tarihi 01.11.1998'dir. Bununla AİHM'nin yapısı tamamen değiştirilmiş ve tam zamanlı çalışan bir mahkeme haline getirilmiştir.

³ **Dülger**, s.277.

⁴ **Süheyl Batum**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sistemine Etkileri, İstanbul, İÜHF Yayını, 1993, s.55-58.

⁵ **Osman Doğru**, Atilla Nalbant, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Türkiye Karar Özetleri (1995-2000), İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2001, s.1-4; **Hakan Karakuş**, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları ve Karşıoylarında Türkiye, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2001, s.2-5.

⁶ **Dülger**, s.278.

edilmemesini sağlamak ve ayrıca herhangi bir ihlal karşısında bu ihlale iç hukuk sisteminde çare bulabilecek sistemi oluşturmaktır. Devletin ayrıca ihlalin nedenleri ile ilgili gerekli araştırmaları yapmak ve ihlal nedeniyle bireyin uğradığı zararları uygun biçimde gidermek yükümlülüğü de vardır.

Yukarıda açıklanan sisteme göre, sözleşmecî devlet sınırları içinde devletin herhangi bir tasarrufu ile ortaya çıkan ihtilafın AİHS çerçevesinde değerlendirilmesi ve sonucunda bir “ihlal” olgusu ile karşılaşıldığında bunun AİHM önüne “bireysel başvuru” olarak götürülmesi sistemin doğal işleyişi içinde yer almaktadır. Bireysel başvuru hakkı AİHS’in 34. maddesi çerçevesinde bireylere olduğu kadar diğerleri⁷ yanında “tasfiye edilmiş dahi olsalar tüzel kişiliklere (şirketlere) de” tanınmıştır⁸.

II. İdare ile Özel Sektörün Yaptığı İşin ve Sözleşmenin Niteliği ve Uygulanacak Hukuk Dalı

İdarenin, yerine getireceği kamu hizmetlerinin alt yapısını oluşturmak için özel sektör tarafından yapılan işler özel sektör tarafından yerine getirilmesi uygun görülen “virtüel kamu hizmeti”⁹ niteliğinde değildir. Çünkü bu tür işlerde “yap-işlet-devret” modelinde olduğu gibi - genellikle inşaat işlerinde görüldüğü üzere- inşaat işi yapıldıktan sonra tesislerin işletilmesi ve elde edilen gelirin inşaatı yapan şirket tarafından işin karşılığı olarak tutulması söz konusu olmamaktadır. İnşaat belli bir bedel karşılığında yapılmakta ve iş bitince işin sahibi olan idareye teslim edilmektedir.

İşin virtüel kamu hizmeti olmamasının doğal sonucu da, söz konusu işler yaptırılırken özel sektör ile idare arasında yapılan sözleşmelerin de “idari sözleşme” özelliğini göstermemesidir çünkü bir idari sözleşmenin varlığından bahsedebilmek için sözleşmenin taraflarından birinin idare olması, sözleşmenin kamu hizmetinin yürütülmesi ile ilgili olması ve idareye sözleşmeyle, özel hukuk yetkilerini aşan yetkilerin tanınması gerekmektedir¹⁰. Aşağıda incelenecek örnek olayda yapılan sözleşmede de geçerli olduğu üzere, idari sözleşmenin bu gereklerinden “kamu hizmetinin yürütülmesi” ve “idareye özel hukuk yetkilerini aşan yetkilerin verilmesi” söz konusu olmadığı için özel sektöre yaptırılan bu tür işlerde imzalanan sözleşme klasik bir “borçlar hukuku sözleşmesi” ve uygulanacak olan hukuk dalı da “borçlar hukuku”dur. Bu tür sözleşmelere borçlar hukukunda “tam iki taraflı (sinallagmatik) sözleşmeler” denilmektedir¹¹. Buna göre karşılıklı olarak her iki tarafın da sözleşmeden kaynaklanan edimlerini eksiksiz olarak yerine getirmesi gerekmektedir.

Öğretide bu tür tam iki taraflı borçlar hukuku sözleşmelerinin idare tarafından da yapılabileceği, bunların bireyler arasında yapılan sözleşmeler gibi olduğu, sözleşmenin

⁷ Birey dışında, birey grupları, sivil toplum örgütleri, şirketler, hissedarlar, vakıflar, meslek kuruluşları, sendikalar, siyasi partiler ve dini kuruluşlar da başvuruda bulunabilmektedir.

⁸ **Mehmet Şükrü Alpaslan**, “İnşaat Sözleşmelerinden Doğan İhtilafların Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Bireysel Başvuru Olarak Götürülebilmesi Hakkında Bir Değerlendirme”, İntes İnşaat Sanayii Dergisi Türkiye’de Tahkim ve İnşaat Sözleşmeleri Eki, Y:12, S: 71, Mayıs, Haziran 2002, s.20.

⁹ **İl Han Özay**, Günışığında Yönetim, İstanbul, Alfa Yayınevi, 1996, s.232-235.

¹⁰ **A. Şeref Gözübüyük**, Yönetim Hukuku, 9. Basım, Ankara, Turhan Kitabevi, 1996, s.275.

¹¹ **M. Kemal Oğuzman/M. Turgut Öz**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1995, s.43, 44.

taraflarından biri olarak, idarenin bir üstünlüğünün bulunmadığı, bu tür sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların adli yargıda giderileceği, Devlet İhale Kanunu'na göre idarenin yaptığı alım, satım, kiralama ve “yaptırma” sözleşmelerinin borçlar hukuku sözleşmesi olarak değerlendirildiği belirtilmektedir¹².

III. Örnek Olay ve Uyuşmazlığın Nedeni

AİHS'nin bu incelemeye konu olan maddeleri açısından ihlal oluşturan örnek uyuşmazlık, idare ile özel sektörde yer alan bir büyük inşaat şirketi (bundan sonra kısaca “şirket” olarak anılacaktır) arasında 19.03.1987 tarihli sözleşme uyarınca yapımına başlanılan otoyol inşaatı nedeniyle baş göstermiştir. Şirket tarafından sözleşmeye göre taahhüt konusu edilen otoyol inşaatına başladıktan hemen sonra İdare, bütün otoyol müteahhitleri ile mühendis firmalarından 28.03.1988 tarih ve 7101894 sayılı yazı ile yapılan inşaatın temelinin “Otoyol Teknik Şartnamesi” ile “Bitümlü Kaplamalar Fenni Şartnamesi Ek 1986'ya” uygun olarak yapılmasını istemiştir. Böylece sözleşmede tarafların karşılıklı iradelerinin uyumu ile kararlaştırılan “mekanik olarak stabilize edilmiş alt temel yapılması” işine ait malzemelerin evsafı ve imal esası idarenin tek taraflı irade beyanıyla tamamen değiştirilmiştir.

Bunun üzerine Şirket, 12.01.1990 tarihli bir yazısıyla sözleşmeye konu olan otoyola ait temel yapımında kullanılması kararlaştırılan malzemeyle, İdarenin istemiş olduğu malzemenin bedeli arasında fark olduğu ve bunun sözleşmeye uymadığı verilen dolayısıyla yeni birim fiyat tespitinin yapılması gerektiği yönünde bir talepte bulunmuştur. Birim fiyat tarifelerinde ve cetvellerinde yapılan işe uygun tanım ve birim fiyat bulunamadığından sözleşmenin 52.2 maddesi gereğince yeni birim fiyat yapma zorunluluğu baş göstermiştir. Şirket tarafından hazırlanan yeni birim fiyat önerisi mühendislik hizmeti veren şirket yetkilileri tarafından da (bundan sonra kısaca “Mühendis” olarak anılacaktır) incelenmiş ve yapılan görüşmeler sonucunda anlaşma sağlanarak bu öneri Yeni Birim Fiyat Tutanağı olarak TCK Bölge Müdürlüğü'ne sunulmuş, Bölge Müdürlüğünce imzalanmış, uygun görülerek Karayolları Genel Müdürlüğü Otoyollar Daire Başkanlığı-Ankara'ya yollanmıştır.

Böylece, İdare'nin 28.03.1988 tarihli yazısı çerçevesinde ve sözleşmenin 52.2 maddesi uyarınca, Şirket ve Mühendis arasında alt temel birim fiyatları anlaşmayla oluşturulmuş ve Bölge Müdürlüğü onayı ile Mühendis tarafından Şirketinin 31.12.1990 tarihli hak edişine ithal edilmiş ve sözleşme fiyatı haline gelerek Şirkete bu yeni birim fiyat üzerinden ödemeler 31.05.1995 tarihli 79 nolu hak edişe kadar 53 ay boyunca devam etmiştir. Bu süre içinde altı temel işinin % 90'lık bölümü de tamamlanmıştır. Buradan anlaşıldığı üzere yeni birim fiyat İdare tarafından, olduğu gibi ve hiçbir çekince konmadan, Şirkete 53 ay boyunca ödenmiştir.

Temel değişikliği dışında İdare, Şirketten 11.03.1998 tarihli yazısıyla, proje ile keşif cetvelleri ve birim fiyatları arasında fiyatı ve tarifi bulunmayan bitümlü temel yapılması işini istemiştir. Bu işin yapımına 1990 yılında başlanmıştır.

Bitümlü temel ile ilgili yeni birim fiyat Bölge Müdürlüğü ve Karayolları Genel Müdürlüğü Otoyollar Daire Başkanlığı'nca da imzalanmış ve hiçbir çekince konmadan

¹² Gözübüyük, s.277, 278.

Mühendis tarafından hak edişlere uygulanan bu fiyat İdare tarafından da yaklaşık 5 yıl boyunca ödenmiştir. Bu arada bitümlü temel ile ilgili işin % 90'a varan kısmı tamamen bitirilmiştir.

Onaylı projeler ve raporlar gereği ocak taşından ve kazı taşından elde edilen serbest drenaj malzemesi ile zemin ıslahı yapılmasına ait sözleşmenin keşif cetvelinde, işe uygulanabilir birim fiyat bulunmadığından Şirket tarafından hazırlanan birim fiyat analizleri 22.05.1990 tarihli yazı ile Mühendisin incelemesine sunulmuştur. Yapılan görüşmeler neticesinde anlaşmaya varılarak yeni birim fiyat şartlarına uygun olarak tespit edilmiştir. Buna göre yeni birim fiyat "8.11\$/m³" olarak belirlenmiştir.

Mühendis, yeni birim fiyatı 08.12.1992 tarihli yazısıyla İdareye göndermiştir. Bu arada belirlenen yeni fiyat üzerinden ödemeler İdare tarafından herhangi bir çekince konulmadan yapılmıştır. İşin tamamı bu birim fiyatlarla yapılarak 1993 yılı itibariyle bitirilmiştir.

Kazı taşından serbest drenaj malzemesi sağlanması için de ocak taşından serbest drenaj malzemesi sağlanması ile ilgili birim fiyatta gelişen olaylar benzer şekilde cereyan etmiş, sözleşme keşif cetvelinde uygulanabilir birim fiyat bulunmadığından Şirketin istemi üzerine Mühendis ile görüşmeler yapılmış ve her ikisi arasında 5.39\$/m³ birim fiyat üzerinden sözleşme şartlarına uygun olarak anlaşma sağlanmış ve Mühendisin 08.10.1992 tarihli yazısı bu durum İdareye sunulmuştur. Yine hiçbir çekince olmadan ödenen bu birim fiyatlarla ilgili işler 1992 yılı itibariyle bitirilmiştir.

Bu gelişmelerden sonra İdare, Şirkete gönderdiği 20.10.1995 tarih ve 5383 sayılı, 27.10.1995 tarih ve 5507 sayılı yazıları ile yeni belirlenen otuz beş kalem işten dört adedi için yukarıda gerekçeleri ve yapım şekli açıklanan birim fiyatların bakanlık müfettişlerince yeniden belirlendiğini bu nedenle:

- a.** Bitümlü temel yapılması işine ait olan 23.50\$/ton birim fiyatın 23.44\$/ton olarak değiştirildiği, yeni yapılacak işlerde bu yeni birim fiyat üzerinden hak edişlerin hesaplanacağı, daha önceki hak edişlerde ödenen yaklaşık 118.340\$ tutarındaki fazla ödemenin kesildiği,
- b.** Alt temel yapılması işine ait birim fiyatlarda herhangi bir değişiklik yapılmasına gerek olmadığını, bundan sonra yapılacak işlerde 11.-\$/m³'ün birim fiyat olarak uygulanacağı, daha önceki hak edişlerde kullanılan 15.80\$/m³ birim fiyat nedeniyle ödenen yaklaşık 17.1 milyon\$ tutarındaki fazla ödemenin hak edişlerden taksitler halinde kesileceği,
- c.** Ocak taşından serbest drenaj malzemesi temini, nakli ve serilmesi ile zemin ıslahının yapılması işine ait olan 8.11\$/m³ birim fiyatın 5.69\$/m³ olarak değiştirildiği, yeni yapılacak işlerde bu yeni birim fiyat üzerinden hak edişlerin hesaplanacağı, daha önceki hak edişlerde ödenen yaklaşık 3.8 milyon\$ tutarındaki fazla ödemenin hak edişlerden taksitler halinde kesileceği,

- d. Kazı taşından serbest drenaj malzemesi temini, nakli ve zemin ıslahının yapılması işine ait olan 5.39\$/m³ birim fiyatın 3.66\$/m³ olarak değiştirildiği, yeni yapılacak işlerde bu yeni birim fiyat üzerinden hak edişlerin hesaplanacağı daha önceki hak edişlerde ödenen yaklaşık 1.1 milyon\$ tutarındaki fazla ödemenin hak edişlerden taksitler halinde kesileceğini belirtilmiştir.

Kesinti uygulamasının ise:

- Bundan sonraki hak edişlerden % 20 oranında kesinti yapmak suretiyle tüm fazla ödemenin tahsil edileceği,
- Kesintilerin gerektiğinde % 20 oranının üzerinde yapılabileceği,

hususlarının kararlaştırıldığı Şirkete bildirilmiştir.

Görüleceği üzere bu durumda İdare, Şirkete sözleşme gereğince yaptırdığı işlerin karşılığı olarak beş yıl boyunca gerçekleştirdiği ödemeleri fazla olduğu iddiası ile, tek taraflı bir işlemle ve beş yıl sonra herhangi bir yargı kararı dahi olmadan kesme yoluna gitmiştir. İdare bu işlemi, Şirketle arasında yaptığı sözleşmenin bir borçlar hukuku sözleşmesi olduğu ve karşılıklı rızalar olmaksızın sözleşmede değişiklik yapılamayacağı kurallarını hiçe sayarak ve açıkça hukuka aykırı hareket ederek yapmıştır.

Bu durum karşısında hak ettiği sözleşme bedelinin hukuka açıkça aykırı biçimde elinden alındığı iddiasında olan Şirket, öncelikle iç hukuk yolu olarak sözleşmede yer alan “hakem heyeti yargılaması” ile hak arama yoluna başvurmuştur¹³.

Olayın bu şekilde gerçekleşmiş olması ve Şirketin hak edişlerinin yapılan sözleşmeye rağmen tek taraflı irade beyanıyla kesilerek hakkına tecavüz edilmiş olması, AİHS’ye Ek 1 Nolu Protokol m.1 kapsamında mülkiyet hakkının ihlali çerçevesinde aşağıda incelenecektir.

IV. Yargılama Aşaması, Alınan Karar ve İç Hukuk Yollarının Tüketilmesi

A. Hakem Heyetinin Kararı

Yukarıda aktarılan olayların gerçekleşmesi sonucunda hakkının ihlal edildiği iddiasında olan Şirket, İdareyle arasında meydana çıkan uyuşmazlığın çözülmesi amacıyla, sözleşmeden doğan haklarını kullanarak tahkim yoluna gitmiş ve Ankara Noterliği aracılığıyla 20.11.1995 tarihinde çektiği ihtarnameyle kendi hakemini seçtiğini ve karşı tarafın da hakemini seçmesini bildirmiş ve bu yolla tahkim sürecini başlatmıştır.

Hakem heyeti ilk toplantısını 13.01.1996 tarihinde yaparak yargılama faaliyetine başlamış ve bu faaliyetini 08.07.2000 tarihli kararıyla sonlandırmıştır. Yapılan yargılama sonucunda hükme oy çokluğu ile varılmıştır. Bu kararda Şirket tarafından seçilmiş hakem muhalefet şerhi koyarak karara muhalif olduğunu açıklamıştır. Buna göre İdarenin uyguladığı yöntemin sözleşmeye ve yasaya uygun olduğu sonucuna varılarak Şirketin hak edişlerinden

¹³ Alpaslan, s.21-23.

yapılan kesintinin hukuka aykırı olmadığı belirtilmiştir. Bu karar sonucunda Şirket önemli derecede¹⁴ gelir kaybına uğramıştır. Bu karar üzerine Şirket temyiz yoluna başvurmuştur.

B. Temyiz İncelemesi

Şirket, hakem heyeti kararını haksız bularak iddialarını 16.10.2000 tarihli dilekçeleriyle Yargıtay 15. Hukuk Dairesine götürmüştür. Burada hem usule hem de esasa ilişkin itirazlarını detaylı şekilde anlatmıştır.

Hakem heyeti kararlarına karşı ileri sürülebilecek temyiz sebepleri HUMK'un 533. maddesinde dört adet olarak belirlenmiş ve sınırlanmıştır. Bunlar:

- a) Tahkim süresinin bitiminden sonra karar verilmiş olması,
- b) Talep edilmemiş bir şey hakkında karar verilmesi,
- c) Hakemlerin yetkileri dahilinde olmayan mesele hakkında karar vermeleri,
- d) Hakemlerin, iki tarafın iddialarından her biri hakkında karar vermemeleridir.

Bu yasal sınırlandırmaya rağmen Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, 28.01.1994 tarih ve 4/1 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararına atıf yaparak ve bu kararda kabul edilen "...tarafklar uyuşmazlığın maddi hukuka göre çözümleneceğini öngördükleri takdirde ihtilaf maddi hukuka göre çözümlenecektir ve bu durumda Yargıtay 15. Hukuk Dairesi de temyiz incelemesinde maddi hukuk incelemesi yapacaktır..." görüşünden hareket ederek temyiz incelemesi yapmıştır.

Oysa, somut olay açısından taraflar arasında yapılan sözleşmenin tahkimle ilgili bölümünde hakemlerin maddi hukuku uygulayacakları yönünde bir düzenleme mevcut değildir. Sözleşmenin "*Anlaşmazlıkların Çözümü*" üst başlıklı bölümünün "*Tahkim Usulleri*" başlıklı 67.3 maddesinde bu durum açıkça belirtilmiştir; söz konusu madde şöyledir:

"Hakem heyetinin takip edeceği usul.....Türk Tahkim Kanun, nizam, usul ve kaidelerine uygun olarak bizzat hakem heyetince tespit ve icra olunacaktır."

Yargıtay 15. Hukuk Dairesi usul açısından yaptığı bu hatalı tespit ve karardan sonra esas açısından da yaptığı incelemede hatalı bir karar vererek hakem heyetinin kararını onamıştır. Bu onama ile iç hukuk yolu son bulmuştur, çünkü HUMK hükümleri diğer yargı kararları açısından "karar düzeltme" yolunu öngörmesine rağmen hakem heyetleri tarafından verilen kararlar için karar düzeltme yolunu öngörmemektedir¹⁵.

İç hukukumuzda düzenlenmiş olan tahkim şartının olayımızdaki ihtilafta işleyiş biçim ve yönteminde karşılaşılan hukuka aykırılıkların temyiz incelemesinde dikkate alınmamış olması aşağıda AİHS'nin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkı çerçevesinde ele alınacaktır.

¹⁴ Kesinti tutarının toplam proje bedeline oranı: Toplam proje bedeli 360.000.000.-\$ ve kesinti tutarı da yaklaşık 33.065.000.-\$ olduğuna göre bu oran yaklaşık %10 olmaktadır.

¹⁵ Alpaslan, s.24-26.

V. Uyuşmazlığın AİHS Işığında Değerlendirilmesi

A. Uyuşmazlığın Özü ve AİHS'in İlgili Düzenlemeleri

Yukarıda ayrıntılı olarak ortaya konulduğu üzere Şirket, İdarenin tek taraflı beyanı ve tasarrufu ile ve daha da önemlisi hiçbir yargı kararı olmadan kendisine beş yıl süre ile ödenen paraların kesilmesi olgusu ile karşılaşmıştır. Bir başka deyişle, şirketin malvarlığı konusunda İdarenin tasarrufu onun önemli ölçüde zarara uğramasına neden olmuştur. Dolayısıyla Şirketin mülkiyet hakkına yönelik bir ihlalin varlığı söz konusu olmaktadır. Bu durum AİHS çerçevesinde ele alındığında öncelikle uygulanması düşünülecek hüküm sözleşmeye ek 1. Nolu Protokolün 1. maddesinde (P-1 m.1) düzenlenen “mülkiyet hakkı” olmaktadır.

Söz konusu mülkiyet hakkını düzenleyen protokolün metni şöyledir:

“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 halel getirmez.”

Bundan sonra Şirketin sözleşmenin ilgili bölümünde öngörüldüğü üzere usulüne uygun şekilde uyuşmazlığın çözümü için gittiği hakem heyetin verdiği ve hem usul açısından hem de esas açısından hukuka aykırı karar ve ve bu kararın yine Yargıtay’ın 15. Hukuk Dairesi tarafından hatalı niteleme yapması sonucu verdiği hukuka aykırı onama kararı şirket açısından adil olmayan bir yargılamanın gerçekleştirildiği sonucunu ortaya çıkarmaktadır. Bu durum AİHS çerçevesinde ele alındığında öncelikle uygulanması düşünülecek hüküm sözleşmenin 6. maddesinde düzenlenen “adil yargılanma hakkı” olmaktadır.

Söz konusu adil yargılanma hakkını düzenleyen maddenin inceleme konusuyla ilgili bölümü şöyledir:

“1. Medeni hak ve yükümlülüklerinin ya da kendisine isnat edilen herhangi bir suçun belirlenmesinde, herkes, yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir yargı yeri tarafından, makul süre içerisinde, adil yargılanma ve aleni duruşma hakkına sahiptir. Hüküm aleni olarak açıklanır; ancak basın ve kamu duruşmanın tamamından ya da bir kısmından, bir demokratik toplumda, ahlak, kamu düzeni veya milli güvenlik yararına, gençlerin çıkarlarının ya da tarafların özel yaşamının korunmasının bunu gerektirmesi hallerinde ya da aleniyetin adaletin gereklerine zarar verebileceği özel koşullar bulunması halinde, mahkemenin görüşüne göre kesin biçimde gerekli olduğu ölçüde, çıkartılabilir...”

B. Uygulama Işığında 1. Protokol 1. Maddenin Uyuşmazlığa Uygulanabilirliği

Gerek öğretide gerekse uygulamada P-1 m.1 maddesinde sözü edilen “malvarlığı” kavramının, İngilizce metninde yer alan “possessions” sözcüğünden daha geniş olarak Fransızca metninde yer alan “biens” sözcüğünün ifade ettiği anlamda, kapsamlı şekilde

anlaşılması gerektiği ifade edilmektedir.¹⁶ Bu kavramın ve sağladığı korumanın içine; menkul ve gayri menkul mallar, elle tutulabilir veya tutulamaz varlıklar, hisseler, patentler, tahkim kararları, emeklilik maaşı hakkı, ev sahibinin kira alma hakkı, bir faaliyetin yürütülmesine ilişkin ekonomik çıkarlar, bir mesleği icra etme hakkı, belli bir usulün uygulanacağına dair meşru beklenti, hukuki bir hak iddiası ve bir sinemanın müşterileri gibi çeşitli haklar girebilmektedir¹⁷. Buradan hareketle bir sözleşme gereği yapılan iş karşılığı tahsil edilmiş ve yaptığın işin karşılığı olarak hak ettiği paraların malvarlığı kapsamında değerlendirilmesi nedeniyle bu hükmün koruması altında olması doğaldır.

Burada sözü edilen koruma temelde devletin müdahalesinden korunma şeklinde anlaşılmaktadır. Ayrıca müdahale halen sahip bulunulan ekonomik değeri başvurucunun aleyhine etkilemiş olmalıdır; örneğin kamulaştırmayla ilgili başvurularda Türkiye Devleti bedellerin geç ödenmesinde sorumlu tutulmuştur¹⁸. Dolayısıyla tahsil edilmiş sözleşme bedelini devletin tek taraflı irade beyanı ve tasarrufu ile “geri alması”¹⁹ da 1. maddede sözü edilen bir müdahaledir.

P-1 m.1’e göre devletin mülkiyet hakkına müdahale etkisi bulunan sosyal ve ekonomik politikaları uygulamada geniş bir takdir hakkı vardır. Ancak bu, AİHM’nin böyle bir müdahalenin meşruiyetini değerlendirmede rolü olmadığı anlamına gelmez. AİHM buna ilişkin görüşünü James v. Birleşik Krallık kararında belirtmiştir buna göre” AİHM kendi değerlendirmesini ulusal mercilerininkinin yerine koyamaz, ancak 1 Nolu Protokolün 1. Maddesi uyarınca, itiraz edilen önlemi incelemek ve bunu yaparken de ulusal yetkililerin yaklaşımını belirleyen unsurları sorgulamak durumundadır”²⁰ denilmektedir²¹.

Özellikle son yıllarda, AİHM’nin yukarıda anılan kararına dayanarak devletin mülkiyetin sınırlanmasına yönelik takdir hakkını aştığını ve P-1 m.1 tarafından teminat altına alınan mülkiyet hakkını ihlal ettiğine karar verdiği bir çok kararı bulunmaktadır²².

AİHM’nin İsveç’e karşı 23 Eylül 1982 tarihli Sporrang ve Lönroth kararından bu yana P-1 m.1 uygulaması açısından maddenin üç ayrı kuralı içerdiği kabul edilmektedir²³. Bunlar:

¹⁶ **D.J. Harris/M. O’Boyle, C. Warbrick**, Law of the European Convention on Human Rights, London, Dublin, Edinburgh, Butterworths, 1995, s.517.

¹⁷ **Monica Carss-Frisk**, The Right to Property: A Guide to the Implementation of Article 1 of Protocol No.1 to the European Convention on Human Rights, Second Impression, Germany, Human Rights Handbooks No.4, Directorate General of Human Rights Council of Europe, 2003, s.6.

¹⁸ **A. Şeref Gözübüyük/A. Feyyaz Gölcüklü**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi, 11. Ek Protokola Göre Hazırlanıp Genişletilmiş 4. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2003, s.419.

¹⁹ Burada sözü edilen geri alma örnek olaydaki gibi sonradan gerçekleşen ve “tahakkuk eden alacaklardan” kesilme şeklinde de olabilir ve bu da bir “müdahale”dir.

²⁰ James v. Birleşik Krallık, A98, 1986, par.46.

²¹ **Carss-Frisk**, s.6.

²² Örneğin bkz: Sporrang ve Lönroth v. İsveç, A52, 1982; Hentrich v. Fransa, A 296-A, 1994; Holy Monasteries v. Yunanistan, A310-A, 1994; Pressos Compania Naveira SA v. Belçika, A332, 1995; Aka v. Türkiye, 1998-VI, 1998; Papachelas v. Yunanistan, 25 Mart 1999; Brumarescu v. Romanya, 28 Ekim 1999; Immobiliare Saffi v. İtalya, 28 Ekim 1999; Sapacek v. Çek Cumhuriyeti, 9 Kasım 1999; Beyeler v. İtalya, 5 Ocak 2000; Chassagnou v. Fransa, 29 Nisan 2000; Carbonara ve Ventura v. İtalya, 30 Mayıs 2000; Yunanistan’ın Eski Kralı ve Diğerleri v. Yunanistan, 23 Kasım 2000.

- a) 1. maddenin ilk cümlesinde ortaya konulan ilk kural genel niteliktedir ve mülkiyet hakkından özgürce yararlanmayı düzenlemektedir.
- b) 1. maddenin ikinci cümlesinde düzenlenen ikinci kural mülkiyet hakkından mahrumiyetleri içermekte ve bunları belirli şartlara bağlamaktadır.
- c) Nihayet ikinci paragrafta düzenlenen üçüncü kural sözleşmecî devletlerin mülkiyet hakkının kullanımını genel çıkarlar doğrultusunda kontrol edecek düzenlemeleri yapma yetkisini tanımaktadır²⁴.

Bu kurallar ışığında bakıldığında İdarenin (devletin) ödenmiş paraları “geri alması” şeklinde beliren müdahalesi mülkiyet hakkından özgürce yararlanma ilkesini açıkça ihlal etmektedir.

Mahkeme bu kuralın ihlal edilip edilmediğini incelerken yapılan müdahale ile bireyin temel haklarından olan mülkiyet hakkı ile toplumun genel çıkarları arasında “adil bir denge” gözetilip gözetilmediğini incelemektedir²⁵.

Bu çerçevede olayımıza baktığımızda öncelikle ifade edilmelidir ki, İdare (devlet) tek taraflı beyan ve tasarrufu ile ve herhangi bir yargı kararı da bulunmadan, bunun da ötesinde resen yapılan bir müfettiş incelemesini esas alarak ve tüm ödemelerin yapılmasından yaklaşık beş yıl sonra önemli ölçüde parasal kesinti yapmış, bir diğer deyişle bu miktarda paraya elkoymuştur. Bu şekilde beliren mülkiyete müdahale konusunda herhangi bir yasal düzenleme esas alınmadığı gibi, bu işlem toplumun genel çıkarlarının gözetilmesi olarak da ifade edilemeyecektir, zira idare zaten genel çıkarı gözeterek bir sözleşme yapmış ve taraflar bu sözleşmeye sadık kalmayı taahhüt etmişlerdir.

Yakın tarihli benzer ve örnek bir dava olan Stran Greek Refinerise ve Stratis Andreadis v. Yunanistan kararında²⁶ AİHM devlet için sözleşmeye dayanarak iş yapan şirketin sonradan hak edişlerinin ödenmeyişi “mülk” kavramı içinde değerlendirmiş ve devletin şirketin hakkını ihlal ettiği sonucuna varmıştır²⁷.

Yapılan bu açıklamalar ve AİHM kararları ışığında varılan sonuç bu incelemenin konusu oluşturan örnek olay açısından İdarenin (devletin) müdahalesi 1.Protokol 1. Maddesini ihlal ettiği yönündedir.

C. Uygulama Işığında AİHS’nin 6. Maddesinin Uyuşmazlığa Uygulanabilirliği

Şirketin yukarıda aktarılan uyuşmazlık nedeniyle iç hukukta “çare” olarak başvuru mahkemeler açısından AİHS 6. maddesinde ortaya konulan ilkeye uygun davranmak yükümlülüğü açıktır, bu ilkeye uygun davranılmadan yargılama yapılması hak ihlaline neden olacaktır.

²³ **Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/Oğuz Sancakdar**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2004, s.529.

²⁴ **Carss-Frisk**, s.6-8.

²⁵ **Gözübüyük/Gölcüklü**, s.425, 426.

²⁶ Stran Greek Refinerise ve Stratis Andreadis v. Yunanistan, A301-B, 1994.

²⁷ **Carss-Frisk**, s.12.

AİHS 6. maddesinde “adil yargılanma hakkı” düzenlenmektedir. Bu maddeyle, bireyin medeni hak ve yükümlülüklerinin belirlenmesi veya suçlanması durumunda adil ve açık yargılanması hakkı güvence altına alınmaktadır. AİHM bu hükmü, demokrasinin işleyişinde temel öneme sahip olmasına dayanarak geniş anlamıyla yorumlamış ve bunu *Delcourt v. Belçika* kararında²⁸ şöyle belirtmiştir: “Sözleşme bağlamında, demokratik toplumlarda adaletin hakkaniyete uygun olarak yerine getirilmesi hakkı o denli önemli bir yere sahiptir ki 6. Madde’nin 1. paragrafının kısıtlayıcı bir şekilde yorumlanması bu hükmün amaç ve hedefine uygun düşmez”²⁹. 6. maddede hem bireyin medeni hak ve yükümlülüklerinin belirlenmesi hem de suçlanması durumları düzenlenmiştir, ancak bu çalışmanın konusu mülkiyet hakkıyla ilgili olduğu ve açıklamalar bu ve buna ilişkin konulara özgülendiği için, bundan sonraki açıklamalarda 6. maddenin yalnızca “bireyin medeni hak ve yükümlülüklerinin belirlenmesi” konusuna yer verilecektir.

Adil yargılanma hakkının düzenlendiği AİHS 6. maddesinde medeni hak ve yükümlülüklerin belirlenmesinde öncelikle herkesin adil duruşma hakkı garanti edilmektedir. Maddenin metninden açıkça anlaşıldığı üzere, bu madde bireyin taraf olduğu tüm yargılamaları kapsamamakta, sadece medeni hak ve yükümlülükler ile ilgili olanlarla sınırlandırılmaktadır. Dolayısıyla, bu hak ve yükümlülüklerin neler olduğunun belirlenmesi önem kazanmaktadır³⁰.

Öncelikle burada belirtilmesi gereken bir konu AİHS’nin 6. maddesinin sağladığı güvenceleri gerek gerçek ve gerekse tüzel kişiler ve kişi toplulukları ileri sürebilir³¹. Medeni hak ve yükümlülüklerin neler olduğuna ilişkin AİHM tarafından yüklü bir içtihat oluşturulmuştur. AİHM medeni haklar ve yükümlülükler kavramının özerk olduğunu ve sadece aleyhinde başvuruda bulunulan devletin iç hukukuna gönderme yaparak yorumlanamayacağını açıklığa kavuşturmuştur³².

Medeni hak ve yükümlülüklerin içine öncelikle özel şahısların kendi aralarındaki ilişkileriyle ilgili hak ve yükümlülükleri girmektedir. İnceleme konusu açısından ise bu kavramın içine özel bir şahıs ile devlet arasında olan sözleşmesel ilişkiler de dahil edilmektedir. Mülkiyet, AİHM tarafından 6. maddenin uygulama kapsamındaki alanlardan biri olarak değerlendirilmektedir³³. Kamulaştırma, konsolidasyon ve planlama davaları ile imar izinleri ve diğer emlak izinlerinin ilgili mülke ilişkin mülkiyet haklarını doğrudan etkileyen aşamaları ve ayrıca sonucu mülkün kullanımı ve faydalanılma durumunu etkileyen daha genel kapsamlı davalarda adil yargılama hakkı uygulanacaktır³⁴.

²⁸ *Delcourt v. Belçika*, 17 Ocak 1970.

²⁹ **Nuala Mole/Catharina Harby**, *The Right to A Fair Trial: A Guide to the Implementation of Article 6 of the European Convention on Human Rights*, Second Impression, Germany, Human Rights Handbooks No.3, Directorate General of Human Rights Council of Europe, 2003, s.5,6.

³⁰ **Mole/Harby**, s.11.

³¹ **Tezcan/Erdem/Sancakdar**, s.311.

³² **Mole/Harby**, s.11.

³³ **Sibel İncoğlu**, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı: Kamu ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal Hak ve İlkeler*, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2002, s.30, 31.

³⁴ **Mole/Harby**, s.12.

Ancak burada hemen ifade edilmelidir ki, AİHM 1979 yılında verdiği bir kararında hakem yargılaması açısından “zorunlu tahkim” hallerinde oluşturulan hakem heyetlerinin AİHS 6. maddesine uygun davranması gerekeceğine, ancak “ihtiyari tahkim” şartı bulunan sözleşmelerde tarafların seçeceği hakem heyetleri açısından 6. maddenin uygulanamayacağına işaret etmiştir.³⁵ Bu kararın ışığında, örnek olay açısından hakem heyetinin yargılamasındaki usul ve esasa aykırılıklar nedeniyle 6. maddenin ihlalinin ileri sürülmesi halinde Mahkemenin yukarıda anılan kararından farklı bir sonuca ulaşması beklenmemektedir. Dolayısıyla, örnek olay açısından sadece, Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin temyiz incelemesini davacının ileri sürdüğü tüm hususları kapsamadan ve HUMK’ta düzenlenen hükme aykırı biçimde yapmış olması, 6. maddede düzenlenen “adil yargılanma hakkı”nın ihlal olarak ileri sürülebilecektir.

Hakem heyeti kararlarının temyizinde uygulanan farklı usul hükümleri ile 15. Hukuk Dairesi kararının nihai olması, bu karar aleyhine örneğin normal temyiz uygulamasında mevcut olan “tashihi karar” yoluna başvurulamaması da hem 6. madde hem de bu madde ile bağlantılı olarak 13. maddenin ihlali olarak ileri sürülebilir. Sözleşmenin 13. maddesi şöyledir:

“...Sözleşmede düzenlenen hak veya özgürlükleri ihlal edilen herkes bu ihlaller resmi görevlilerce görevlerinin ifası sırasında yapılmış olsa dahi ülke iç hukukunda etkin bir çare bulabileceği makama başvurabilmelidir...”

“Etkin iç hukuk yolunun mevcudiyeti” olarak nitelendirilen bu hüküm çerçevesinde Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin temyiz incelemesinin etkin bir hukuk yolu olmadığı konusu AİHM’ye bir hak ihlali olarak götürülebilecektir. Sonuç olarak hakem heyeti aşamasından sonraki kısımda “adil yargılama hakkına” uyulmadığı gerekçesiyle hak ihlali ileri sürülebilmesi mümkün görülmektedir.

VI. Bireysel Başvuru Yöntemi

A. Genel Olarak

AİHM’ye yapılacak bireysel başvuruların yöntemi Sözleşmenin 34. maddesinde açıklanmıştır. Buna göre olası başvuru için dikkat edilmesi gereken en önemli iki kuraldan ilki bireysel başvurunun iç hukuk yollarının tüketilmesinden sonra yapılmasıdır İç hukuk tüketilmeden yapılan başvurular kabul edilmemektedir³⁶. İkinci önemli kural ise başvurunun uyuşmazlık ile ilgili son kararının (örnek olayda Yarg. 15. Hukuk Dairesinin kararı) alınmasından itibaren 6 aylık süre içinde yapılmasıdır³⁷.

AİHM’nin sekretaryasına başvuru formunun gönderilmesi ile ve bu makam tarafından alındığının, kaydedildiğinin bildirilmesi ile başvuru süreci başlatılmış olur. 6 aylık sürenin kesilmesi için bazen sürenin bitiminden önce sekretaryaya gönderilecek başvurunun konusunu, tarafını ve ihlali iddia edilen hükümleri açık biçimde ortaya koyan bir mektup ile de bireysel başvuru yapılabilir. Bu durumda, gerek başvuru formunun gerekse diğer tüm bilgi

³⁵ Bromelid and Malmström v. Sweden 8588/79 ve 8589/79.

³⁶ Gözübüyük/Gölcüklü, s.63.

³⁷ Gözübüyük/Gölcüklü, s.87.

ve belgelerin toplanıp gönderilmesi için altı haftalık bir ek süre verilir. Bu başvuruların Mahkeme tarafından kabul edilmesi için herhangi bir harç ya da ödeme yapılması söz konusu değildir³⁸.

B. Kabul Edilebilirlik Aşaması

Yukarıda belirtildiği biçimde AİHM'ye yapılan bir başvuru önce "kabul edilebilirlik aşaması" olarak nitelendirilebilecek bir incelemeye tabi tutulur. Bu aşama sözleşmenin 35. maddesinde düzenlenmiştir. Bu çerçevede öncelikle başvurunun iç hukuk yolunun tüketilmesinden itibaren 6 ay içinde yapıp yapılmadığı incelenir. Bunun dışında şu özellikteki başvurular için kabul edilebilirlik aşamasında kabul edilemez bulunmaktadır:

- a) Kime ait olduğu bilinmeyen (anonim) başvurular.
- b) Mahkeme tarafından daha önce incelenmiş bir konu ile aynı içeriğe sahip olan, başka bir uluslararası soruşturma veya uzlaşma merciine sunulmuş bulunan ve konuyla ilgili hiçbir yeni bilgi içermeyen başvurular.
- c) Sözleşmenin veya ona bağlı protokollerin hükümlerine girmeyen, açıkça dayanaksız olan veya başvuru hakkının kötüye kullanılması olarak görülen başvurular.

Ayrıca belirtmelidir ki her hangi bir başvuruda yukarıda anlatılan özelliklerin bulgulanması halinde başvurular davanın herhangi bir aşamasında da red olunabilir. Raportör hakim tarafından ön incelemede bu özellikleri taşıdığı anlaşılan başvurular "listeden çıkartılır" (strike off the list). Bu durumda verilen kararlar genellikle kısa ve gerekçesiz olmaktadır³⁹.

Kabul edilebilir bulunan veya ön incelemede kabul edilemez bulunmasını gerektirecek "açık belirti bulunmayan" başvurular ilgili devlete intikal ettirilir (communicate) ve böylece yargı süreci başlamış olur.

Yargılama süreci oldukça uzundur. Mahkemenin uygulamaları ile ilgili doktrin kitaplarında bu sürenin öncelikli kabul edilen bazı davalarda 12 ay⁴⁰ bazı davalarda ise 4-5 yıl olduğu belirtilmiştir.

B. Türkiye ve Bireysel Başvurular

Türkiye'nin AİHS'nin denetim mekanizmasının kendisi hakkında da uygulanabilirliğini kabul ettiği 28.01.1987 tarihinden bu yana geçen yaklaşık 16 yıllık uygulama sürecinde sözleşme ile güvence altına alınmış insan haklarına yönelik ilkeler; toplumsal yaklaşımı, devletin kalıplaşmış ve zor etkilenen görüşlerini ve hepsinden önemlisi

³⁸ Philip Leach, Taking a Case to the European Court of Human Rights, London, Blackstone's Human Rights Series, 2001, s.14.

³⁹ Gözübüyük/Gölcüklü, s.101,105.

⁴⁰ Soering v. UK davası başvurusunun İngiltere'den ABD'ye iade edilmesi ile ilgili idi. İade hukukunu ilgilendiren bu gibi davalar öncelikle ele alınmaktadır. Bkz: Leach, s.27.

iç hukukta, anayasayı ve yasaları büyük ölçüde etkilemiş ve değişimlere neden olmuştur⁴¹. Bunda bireysel başvurunun Türkiye tarafından kabul edildiği 1987 yılından bu yana aleyhinde yapılan sayısı oldukça kabarık başvurular ve hak ihlal ettiğine ilişkin Mahkeme tarafından verilen kararlar çok etkili olmuştur. Ayrıca Türkiye hakkında 1982 askeri darbesinden sonra meydana gelen anti-demokratik olaylar nedeniyle bireysel başvurular yanında devlet başvuruları da olmuştur.⁴²

1993 yılından itibaren özellikle Güneydoğu’da sürdürülen terörle mücadele sırasında ortaya çıkan insan hakkı ihlalleri nedeniyle bireysel başvuruların sayısında ciddi artış olmuştur. Yaşam hakkı, fena muamele ve işkence, gözaltı süresinin uzunluğu, adil yargılanma hakkının ihlali, düşünce özgürlüğüne yönelik kısıtlamalar, siyasi parti kapatmaları gibi temel hak ve özgürlükleri konu alan başvurular⁴³ yanında “Kamulaştırma bedellerinin geç ödenmesi” nedeni ile uğranılan zararların tazminine, “Yüksek Askeri Şura kararları ile emekliye sevk edilen ordu mensuplarına” kadar çok farklı konularda başvurular yapılmıştır.

Önceleri devlet kurumlarının dikkatini çeken ve bireysel başvuruda bulunanlara karşı bazı olumsuz tavırlar sergilenmesine neden olan olaylar bu gibi davranışların da ayrıca Sözleşmenin 34. Maddesinin ihlal edildiğinin tesbitine yol açtığı görülmüştür. Artık Türkiye Devletinde, AİHM hukuk sisteminin bir parçası olarak algılanmaya başlanmıştır. Başvurular özellikle son yıllarda çoğunlukla dostane çözüm yolu ile mahkemenin ihlal kararı vermesinden önce sonuçlandırılmaya başlanmıştır.

Bu açıdan belirtilmelidir ki, AİHM’ye başvuruda bulunmakla Yargıtay’a başvuruda bulunmak arasında bugün için manevi ve maddi açıdan bir farklılık bulunmamaktadır. Hukuk uygulayıcıları ve devlet görevlileri bu yargı sistemine ve sonuçlarına alıştığı gibi, esas hak sahibi olan birey yani yurttaşlar ve bunların bir araya gelmesiyle oluşan tüzel kişiliklerin yöneticileri de bu olguya alışmalı ve haklarını aramaktan çekinmemelidirler.

SONUÇ

Yukarıda yapılan değerlendirmeler ışığında genel olarak varılan sonuç Devletin mülkiyete AİHS’ye Ek 1 Nolu Protokol m.1’de belirtilen sınırlamalar dışında bir sınırlama getirmesi, hele bu sınırlamayı ülkesinde bulunan kişilerle yaptığı ve özel hukuk kişisi sıfatıyla hareket ettiği sözleşmeleri hiçe sayarak yapmasının mümkün olamayacağıdır. Zaten bu bir hakkın sınırlaması değil “hakkın gaspı” niteliğindedir. Bu nedenle bu tür olaylardan mağdur olanların haklarını araması için Avrupa kapıları ardına kadar açıktır ve sonuçta büyük olasılıkla da bu durum AİHM kararıyla tamir edilecektir. Bunun yapılması sonucu Türkiye aleyhinde karar çıkması halinde Türkiye açısından da bir hak ihlalinin sürekli olarak

⁴¹ **Mehmet Şükrü Alpaslan**, “Türkiye’nin AİHM Macerası”, Görüş, İstanbul, Türk Sanayicileri ve İşadamları Derneği Yayın Organı, Sayı 57 Kasım-Aralık 2003, s.36.

⁴² Kıbrıs ve Türkiye 10.07.1978 8007/77 ve Fransa-Norveç-Danimarka-İsveç-Hollanda ve Türkiye başvurusu 6.12.1983 9940-9944/82 bunlardan ikisidir.

⁴³ **Alpaslan**, AİHM Macerası, s.40.

yapılması sonlanacak ve bir insan hakkı ayıbı daha ortadan kalkacağı için daha demokratik bir ülkeye doğru olan gidişe katkı sağlanacaktır.

Örnek olay açısından ise kısaca “idarenin tek taraflı beyan ve tasarrufu ile ve hiçbir yargı kararı olmadan şirkete beş yıl süre ile ödenen paraların kesilmesi” şeklinde özetlenebilecek uyuşmazlığın öncelikle AİHS’e Ek Protokol 1 m. 1’in ihlali iddiası ile AİHM önüne bireysel başvuru olarak götürülmesinin mümkün ve yerinde olduğudur. Bu nitelikte bir başvurunun iyi hazırlanması olayın oraya iyi konulması koşulu ile başarı şansının da yüksek olacağı düşünülmektedir.

Bu ihlal iddiası dışında AİHS’in 6. maddesinde ortaya konulan “adil yargılanma hakkı”nın ihlali iddiasının ancak ve yalnızca Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin temyiz incelemesi açısından ileri sürülebileceği, “ihtiyari hakem heyeti”nin yargılaması açısından ise AİHM’nin önceki benzer kararı nedeni ile bunun ileri sürülemeyeceği, ileri sürülse dahi bu konuda mahkemenin farklı bir içtihat oluşturması yönünde başarı şansının yüksek olmadığı belirtilmelidir.

Temyiz aşamasındaki farklı usul nedeni ile 15. Hukuk Dairesinin son mercii olmasının ve diğer davalar için tanınan karar düzeltme aşamasının hakem heyeti kararları için tanınmamasının 6. madde ile bağlantılı olarak 13. madde açısından bir ihlal oluşturduğu ileri sürülebilecektir. Ancak bu ihlal iddiasının güçlü olacağını söylemek mümkün değildir.

Bireysel başvuru hakkının kullanılması sonrasında şirketin devlet taahhütleri açısından bazı güçlüklerle karşılaşması ihtimali bugün geline aşamada ve ülkenin içinde bulunduğu demokratikleşme ve AB’ye uyum sürecinde düşük görülmektedir. Böyle bir durumun gerçekleşmesi halinde bunun da ayrıca bir ihlal oluşturacağı yukarıda belirtilmiştir. Bu konudaki olumsuz bir tavrın şirketler tarafından yapılan başvurular nedeniyle gerçekleştiğinin AİHM’e başvuru sonucu yapılan yargılamanın her aşamasında bildirilmesi ve yeni bir ihlal iddiasında bulunulması da mümkündür.