



REPUBLIKA E KOSOVËS - РЕПУБЛИКА КОСОВО - REPUBLIC OF KOSOVO
GJKATA KUSHTETUESE
УСТАВНИ СУД
CONSTITUTIONAL COURT

Priştine, 31 Ekim 2016
Nr. Ref.: RK992/16

KABUL EDİLMEZLİK KARARI

Başvuru No: KI12/16

Başvurucu:

IMING D.O.O.

Kosova Özelleştirme Ajansı ile İlgili Davalara bakmakla yetkilendirilmiş olan Kosova Cumhuriyeti Yüksek Mahkemesi Özel Dairesi Temyiz Heyetinin AC-I-15-0145-A0001 sayı ve 1 Ekim 2015 tarihli kararı hakkında anayasal denetim başvurusu

KOSOVA CUMHURİYETİ ANAYASA MAHKEMESİ

Mahkeme Heyeti:

Arta Rama-Hajrizi, Başkan
Ivan Čukalović, Başkanvekili
Altay Suroy, Üye
Almiro Rodrigues, Üye
Snezhana Botusharova, Üye
Bekim Sejdiu, Üye
Selvete Gërzhaliu-Krasniqi, Üye
Gresa Caka-Nimani, Üye

Başvurucu:

1. Başvurucu, merkezi Hırvatistan Cumhuriyeti Strobeç'te olan IMING D.O.O şirkettir (bundan böyle: IMING). Başvurucuyu Anayasa Mahkemesi'ndeki süreçte Priştineli avukatlar Bejtush Isufi ile Lin Slattengen temsil etmişlerdir.

İtiraz Edilen Karar

2. Başvurucu, kendisine 27 Ekim 2015 tarihinde teslim edilmiş olan AC-I-15-0145-A0001 sayı ve 1 Ekim 2015 tarihli Kosova Özelleştirme Ajansı ile İlgili Davalara bakmakla yetkilendirilmiş olan Kosova Cumhuriyeti Yüksek Mahkemesi Özel Dairesi Temyiz Heyetinin (bundan böyle: Temyiz Heyeti) kararına itiraz etmiştir.

Başvurunun Konusu

3. Başvurunun konusu Kosova Cumhuriyeti Anayasasının (bundan böyle: Anayasa) 31. maddesi [Adil ve Tarafsız Yargılanma Hakkı] ve 46. maddesi [Mülkiyetin Korunması], Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin (bundan böyle: AIHS) 6. maddesi [Adil Yargılanma Hakkı] ve AIHS 1. Ek Protokolünün 1. maddesi [Mülkiyetin Korunması] ile güvence altına alınmış olan hakların ihlal ettiği ileri sürülen itiraz edilmiş olan karardır.

İlgili Hukuk

4. Başvuru Anayasa'nın 113.7 ile 21.4 madde fıkraları ile 03/L-121 sayılı Kosova Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi Hakkında Kanunun (bundan böyle: Kanun) 29 ve 47. maddelerine dayanmaktadır.

Başvuru Süreci

5. Başvurucu 18 Ocak 2016 tarihinde Kosova Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesine (bundan böyle: Mahkeme) başvurusunu teslim etmiştir.
6. Mahkeme Başkanı 12 Şubat 2016 tarihinde Üye Gresa Snezhana Botusharova'yı raportör yargıç olarak görevlendirmiş, üyeler Robert Carolan (başkan), Bekim Sejdiu ve Selvete Gërxhaliu-Krasniqi'den oluşan Ön İnceleme Heyeti'ni belirlemiştir.
7. Mahkeme, başvurunun kaydedildiğini 29 Şubat 2016 tarihinde başvurucuya bildirmiş ve başvurunun bir nüshasını Kosova Özelleştirme Ajansı ile İlgili Davalara bakmakla yetkilendirilmiş olan Kosova Cumhuriyeti Yüksek Mahkemesi Özel Dairesi (bundan böyle: YMÖD) ile Kosova Özelleştirme Ajansına (bundan böyle: KÖA) göndermiştir.
8. Mahkeme Başkanı 13 Eylül 2016 tarihinde Üye Robert Carolan yerine Üye Ivan Čukalović'i Ön İnceleme Heyeti'ne tayin etmiştir.
9. Ön İnceleme Heyeti 14 Eylül 2016 tarihinde Raportör Yargıç'ın raporunu inceledikten sonra Mahkeme Heyetine başvurunun kabul edilmez olduğuna ilişkin öneri sunmuştur.

Olguların Özeti

10. Kosova Emanet Ajansı (bundan böyle: KEA) belirtilmemiş olan bir tarihte Mim Goleş Maden Ocağının (bundan böyle: MMG) hisselerini özel spin-off yöntemiyle satma işlemini başlatmıştır.
11. İhale sürecinin sonunda KEA, ihale evrakını tamamlayarak tüm kriterleri yerine getiren şirket olarak başvuruycuyu seçmiştir.
12. KEA 11 Aralık 2007 tarihinde MMG hisselerinin satışı için başvuru ile sözleşme akdetmiştir.
13. KEA ile başvuru arasında akdedilen sözleşme başvuruycuyu "Taahhüt Anlaşması" ile belirlenmiş olan koşulları yerine getirmeye yükümlü kılmiştir. Bu yükümlülükler MMG içerisinde belli mali yatırımları yapmayı ve belli bir süre içerisinde belli sayıda kişi istihdam etmeyi öngörmekteydi. Akdedilmiş sözleşmeden çıkan bu yükümlülüklerin yerine getirilmesinde başarısız olunması halinde başvuruycuya satılmış olan hisselerin KEA tarafından geri alınmasına neden olabilecekti.
14. KEA yasal ardılı olan KÖA Yönetim Kurulu 21 Aralık 2011 tarihinde başvuruğunun "Taahhüt Anlaşmasından" doğan belli sayıda kişiyi istihdam etme ve belli mali yatırımları yapmaya ilişkin yükümlülükleri yerine getirmediğini tespit etmiştir. Bu nedenle KÖA Yönetim Kurulu oybirliğiyle hisselerin geri iadesi ve başvuru tarafından satın alınmış tüm hisselerin geri çekilmesine karar vermiştir. Kararda şunlara yer verilmiştir:

Alıcı tarafından sağlanacak olan gerekli teminatlara dayanarak sözleşmenin uzatılmasına ilişkin Yönetim Kurulu Komisyonu önerisiyle sonuçlanacak şekilde Komisyon ile MIM Goleş Yeni Şirketi arasında makul bir anlaşmaya varılması halinde bu karar 15 Mart 2012 tarihinde sonra uygulanmayabilir.

15. KÖA Yönetim Kurulu 15 Mart 2012 tarihinde çıkardığı kararla 21 Aralık 2011 tarihli kendi kararının icrasını askıya almıştır. Karar gerekçesinde şunlar belirtilmiştir:

1) Yönetim Kurulunun hisselerin geri çekilmesine ilişkin Kasım 2011 kararının icrası askıya alınmıştır.

2) Yönetim Kurulu, şirket varlıklarının ipotek ettirilme salahiyyetine ilişkin Komisyon önerisini onamıştır. İpotek ettirme beli koşullar altında yapılabilir ve yapılmalıdır. Bu koşullardan birisi ipotek sözleşmesine KÖA'nın taraf olarak kapsanmasıdır. Varlıkların ipotek ettirilmesiyle alakalı diğer hak ve sınırlamalar Ajans tarafından kısa bir süre içerisinde bu tebligattan ayrı şekilde bildirilecektir.

16. KÖA Yönetim Kurulu, KÖA Yönetiminin MMG Şirketiyle akdedilmiş olan sözleşmeye ilişkin raporunu görüştüğten sonra 31 Ekim 2013 tarihinde nr.ref. BD-58/11 sayılı kararı çıkararak şunları belirlemiştir: *11 Aralık 2007 tarihli Taahhüt Anlaşması süresinin uzatılmasına ilişkin Yönetim Kurulu Kararının süresi Değiştirilmiş Taahhüt Anlaşmasının imzalanmasından*

sonra 2 yıl daha uzatılmıştır. Alıcı (başvurucu) yeni koşulları olan Değiştirilmiş Taahhüt Anlaşmasını imzalamayı reddederse o durumda Yönetim Kurulunun hisselerin geri alınmasına ilişkin Aralık 2011 tarihli kararı uygulanır.

17. KÖA Yönetim Kurulu 31 Ağustos 2014 tarihinde yönetimin *spin of* Yatırımlar Raporuna dayanarak alıcının (başvurucunun) KÖA ile akdetmiş olduğu Taahhüt Anlaşması 6.2 fıkrasında belirlenmiş olan koşulları yerine getirmediğini tespit etmiştir. Bu nedenle çıkarılan nr.Ref. BD-69/35 sayılı kararda şunlar belirtilmiştir:

a) Re MIM Golesh Şirketine ait hisselerin geri çekilmesine ilişkin Aralık 2011 tarihli KÖA Yönetim Kurulu kararının icrasının onayına karar verilmiştir.

b) KÖA Yönetimine Re MIM Golesh Şirketi hisselerinin geri çekilmesi konusunda usul ve yürürlükteki mevzuata uygun hareket etmesi önerilir.

18. KÖA Yönetim Kurulunun aynı tarihte çıkardığı nr.Ref. BD-69/36 sayılı kararla 04/L-034 sayılı KÖA Kanununun 6. madde 1.5 bendiyle bağlantılı olarak 15.2 fıkra 2.5 bendi uyarınca MIM Golesh şirketi doğrudan KÖA yönetimi altına sokulmuştur.

19. Başvurucu 30 Ekim 2014 tarihinde YMÖD İhtisas Heyetine dilekçe ve dava dilekçesi sunmuştur. Başvurucu dilekçesinde, dava hakkında esasa ilişkin nihai bir karar çıkarılana kadar KÖA'nın BD-96/35 sayı ve 31 Ağustos 2014 tarihli hisselerin geri çekilmesi karar ve MIM Golesh Şirketinin KÖA yönetimi altına alınmasına ilişkin BD 69/63 sayı ve 31 Ağustos 2014 tarihli kararı hakkında yürütmeyi durdurma talebinde bulunmuştur.

20. Başvurucu YMÖD İhtisas Heyetine verdiği dava dilekçesinde şunu belirtmiştir: *Yönetim Kurulu üyelerinin bazılarının görev süresinin dolduğu bir Pazar günü alınan kararın geçerliliğine itiraz etmiştir. O ayrıca kararın adaletsiz olduğunu, çünkü yönetim kurulunun beş üyesinin oylamaya katılıp sadece dördünün hisselerin geri çekilmesine onay verdiklerini belirtmiştir.* Başvurucu ayrıca "sözleşmeden doğan zorunlu yatırıma ilişkin tüm yükümlülükleri yerine getirdiğini" de belirtmiştir.

21. YMÖD İhtisas Heyeti 25 Mayıs 2015 tarihinde çıkardığı C-I-14-0022 sayılı kararla başvurunun kararların icrasını askıya alma ve dava dilekçesini temelden yoksun olarak reddetmiştir. Başvurucunun iddiaları hakkında YMÖD İhtisas Komisyonu ileri sürdüğü gerekçede şunları belirtmiştir:

KÖA tarafından itiraz edilen kararlar kanuna dayandıkları için davacının haklarını ihlal etmemişlerdir.

Şirket hisselerinin geri çekilmesi ve şirket üzerindeki kontrolü ele almaya ilişkin KÖA kararları yürürlükteki usul kurallarına uygun şekilde düzenlenmişlerdir.

Yönetim kurulunun bir Pazar gününde karar almış olduğuna ilişkin olgu önemsizdir. Yönetim Kurulunun Pazar günü çalışma zorunluluğu yoktur, ancak hiçbir kanuni hüküm Yönetim Kuruluna Pazar gününde bunu yapmayı kısıtlamamıştır.

Aynı şekilde Yönetim Kurulu üyelerinin görev sürelerinin son gününde çalışmalarının da bu dava açısından bir önemi yok. Görev süresinin dolmasına yazın olan bir kurul üyesinin yetkilerine kısıtlama getiren bir yasal hüküm yoktur. Bu nedenle görev süresinin son gününde de her kurul üyesinin bu görevi yerine getirmeye ehliyeti tamdır.

Yönetim Kurulu yetersayı için gerekli olan beş üyenin katılımı kuralına riayet etmiştir (KÖA Kanunu, 14.4 fıkra).

22. Sözleşmeden kaynaklanan yatırımlara ilişkin yükümlülüklerinin yerine getirilmesi hakkında başvurusunun iddialarıyla ilgili olarak YMÖD İhtisas Heyeti şunu belirtmiştir:

Davacı tam zamanlı personel istihdam ettiğinde ağır ihlal işlemiştir... Bir sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerin tamamına riayet edilmelidir. Yükümlülüklerden herhangi birinin aşılması halinde bu kusur başka bir yükümlülükle telafi edilemez. Bu nedenle sözleşmeden kaynaklanan yeterli personelin istihdamı yükümlülüğünün yerine getirilmemesi hisseleri geri çekme kararını desteklemektedir. Öyle ki mevcut davada davacının sözleşme yükümlülüklerine riayet etme konusunda yeterli yatırım yapıp yapmadığı sorusu önemsizdir. Bu nedenle mahkeme, yapılan yatırımların miktarını belirlemek üzere bir bilirkişiyi çağırmanın gerekli olmadığını tespit etmiştir.

Hisselerin geri çekilmesinin sonucu olarak şirket üstündeki kontrolü ele alma kararı yapılan yatırımları korumaya ilişkin statükoyu muhafaza etmek için zorunluydu.

23. YMÖD İhtisas Heyetinin 25 Mayıs 2015 tarihli kararına karşı başvuru 1 Temmuz 2015 tarihinde Temyiz Heyeti nezdinde itiraz ederek usule ilişkin ihlalin bulunduğu, olgusal durumun yanlış tespit edildiği ve davacının aleyhinde maddi hukukun yanlış uygulandığını ileri sürmüştür.
24. Bunun dışında başvuru sunduğu itirazında şunu belirtmiştir: *Yönetim Kurulu toplantısına Kurulun 5 üyesi katılmış olduğundan itiraz konusu karar en azından 5 oydan oluşan nitelikli çoğunlukla alınması gerekirdi. Bu durumda ise katılan üyelerden sadece dördü kabul oyu vermiş biri çekimser oy kullanmıştır... Bu esastan hareketle davalının kararları hem kanunu hem de davacının haklarını doğrudan ihlal etmiştir.*
25. Yatırımlarla ilgili sözleşme yükümlülüklerinin yerine getirilmesiyle ilgili olarak başvuru şunu belirtmiştir: *Davacı tarafından milyonlarca yatırım yaptığına ilişkin sunulan delilleri Kurul doğrulamamıştır. Temel şartlardan olan istenen fiyatın ödendiği ve gerekli yatırımların kısmen yapıldığı gerekçesiyle sözleşme koşullarından biri olmasına rağmen istihdam süresi kısmen dolmuş olup davacının işçi istihdam etme şartını*

yerine getirmemesi nedeniyle bu yatırımlar Daire tarafından da değerlendirilmemiştir... Sonuç olarak başvurucu "yeni bir ekspertizle yapılan yatırımların yeniden değerlendirilmesini" talep etmiştir.

26. Davalı (KÖA) YMÖD Temyiz Heyetine yapılan itiraza 22 Temmuz 2015 tarihinde cevabını bildirerek başvurucunun tüm itirazlarını reddettiğini belirtmiştir. Başvurucu ayrıca YMÖD İhtisas Heyetinin dinleme duruşmasında taraflarca sunulan tüm delilleri ve ortaya atılan tüm iddiaları dikkatlice incelediğini ve bu şekilde dava taraflarına silahların eşitliği sağlanmış olduğunu belirtmiştir. Bu nedenle davacının YMÖD İhtisas Heyetinin sunulan delilleri incelemeyeğine ilişkin iddiası kanuna dayandırılmamıştır.
27. Temyiz Heyeti 1 Ekim 2015 tarihinde çıkardığı AC-I-15-0415 sayılı kararla başvurucunun itirazını temelden yoksun olarak reddetmiş, YMÖD İhtisas Heyeti kararının tamamını onamıştır. Başvurucunun iddiasının temellendirildiği iddialarla ilgili olarak YMÖD İhtisas Heyeti şunu belirtmiştir:

Temyiz Heyeti, yeni bir ekspertizle zorunlu yatırımların gerçek tutarının değerlendirilmesinin zorunlu olmadığı yönündeki İhtisas Heyeti tespitini kabul etmiştir. Nitekim [başvurucunun] talebi üzerine İhtisas heyetinin tespit ettiği üzere başvurucu tarafından hisselerin satın alınması sözleşmesiyle üstlenilen yükümlülüklere riayet edilmesi gerekir ve üstlenilen yükümlülüklerden herhangi birinin yerine getirilmemesi durumunda böyle bir başarısızlık sözleşmeden kaynaklanan başka bir yükümlülükle telafi edilemez.

Daha doğrusu İhtisas Heyeti, satış sözleşmesinde öngörülmüş olan belli sayıda personelin istihdamına ilişkin yükümlülüğünün yerine getirilmemesinin KÖA Yönetim Kurulunun itiraz edilen kararlarının meşru ve kanunla öngörülmüş usule uygun olduğu tespitinde bulunmak için yeterli olduğunu değerlendirmiştir.

28. Başvurucunun 31 Ağustos 2014 tarihinde karar alınırken KÖA Yönetim Kurulu yetersayısının sağlanıp sağlanmadığı iddialarıyla ilgili olarak YMÖD Temyiz Heyeti şunu belirtmiştir:

[Başvurucu tarafından ileri sürülen] bu iddiayla ilgili olarak İhtisas Heyeti doğru ve kanuna uygun tespitler ortaya koymuştur. [Başvurucunun] bu iddiaları ortaya koymaya hakkı yoktur, zira KÖA Kanununun 14.4 fıkrasında KÖA Yönetim Kurulu toplantısında en azından 5 üyenin katılması halinde yetersayı sağlanmış olacağı belirtilmiştir. Diğer yandan KÖA Kanununun 14.6 fıkrasında kararların toplantıya katılan üyelerin salt çoğunluğuyla karar alınabileceği belirtilmiş olup bu kararda salt çoğunluk sağlanmış bulunmaktadır. Yönetim Kurulu toplantısında hisselerin geri çekilmesi kararı alınırken 5 üye mevcuttu ve oylardan 4'ü kabul, 1'i ise çekimserdi. Şirket hisselerinin KÖA tarafından kontrol altına alınması kararı alınırken ise oylardan 5'i kabuldü. [Başvurucu] hakkı olmaksızın KÖA Kanununun 15.2 fıkrası uyarınca bu kararların KÖA Yönetim Kurulunun 3 uluslararası üyesini

de kapsayan nitelikli çoğunluğun gerekli olduğu iddiasını ortaya koymuştur.

İhtisas Heyeti, itiraz edilen KÖA kararlarının KÖA Kanununun 15.2 fıkrası uyarınca nitelikli çoğunluğun gerekli olduğu kararlar listesine girmeyeceğini tespit etmiştir.

Temyiz Heyeti bu gerekçelere dayanarak [başvurucunun] itirazını temelden yoksun olarak reddetmiş ve İhtisas Heyetinin itiraz edilen kararını doğru ve temellendirilmiş olarak onamıştır.

Başvurucunun İddiaları

29. Başvurucu, KÖA'nın hisselerin mülkiyetinin % 100'ünü almaya ilişkin kararının Kosova Cumhuriyeti Anayasasının 46. maddesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) 1. Ek Protokolü 1. maddesine aykırı olduğunu ileri sürmüştür. Bu süreç keyfi ve anayasaya aykırı istimlaktır.
30. Başvurucu ayrıca Yüksek Mahkeme Özel Dairesi de dahil olmak üzere tüm devlet mekanizmalarının kendi mülkiyet haklarını korumada başarısızlığı Kosova Anayasasının 31. maddesi ile AİHS'nin 6. maddesi ihlali anlamına geldiğini ileri sürmüştür. Başvurucu mülkiyet haklarının korunması için silahların eşitliği ilkesine riayet etmeyen mahkemeden etkili ve gerekli koruma almamıştır.
31. Sonuç olarak başvuru AİHS'nin 6. maddesi ile 1. Ek Protokolü 1. maddesiyle bağlantılı olarak Kosova Anayasası'nın 31 ve 46. maddeleri ihlali olup olmadığının tespiti ve KÖA Yönetim Kurulunun BD-69/35 ve BD-69/36 sayılı kararlarını hükümsüz ilan edilmesi için Mahkeme'ye başvurmuştur.
32. Bu doğrultuda başvuru iddiaları aşağıdaki gibi ayrılmalıdır:
 - Adil yargılanma hakkının ihlaline ilişkin iddialar ve
 - Mülkiyetin korunması hakkının ihlaline ilişkin iddialar.

Anayasa'nın 31. maddesi ve AİHS'nin 6. maddesi ihlaliyle ilgili iddialar

33. Başvurucu YMÖD tarafından eşit olmayan muameleden dolayı başvuru dava dilekçesi ötesinde yargılanması, KÖA Kanununun uygulanması ve yorumlanması ve mülküne gayrihukuki şekilde müdahale edilmesinden dolayı "[...] aynı zamanda diğer farklı özel şekillerde AİHS'nin 6. maddesi ve Kosova Anayasasının 31. maddesiyle güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklerinin" ihlal edildiğini ileri sürmüştür.
34. Başvurucu bu eşit olmayan muamelelerin YMÖD'deki süreçte adil olmayan muamele ile ilgili olduğunu ve bu şekilde "silahların eşitliği taraflardan birine, bu durumda başvurucuya karşı önyargı oluşturduğu için AİHS'nin 6. maddesi ihlali oluşturduğunu" iddia etmiştir.

35. Başvurucu YMÖD’ni kendi delilleri sunmak ve davalarını kanıtlamak için davada müdahil olan taraflara eşit fırsat verme konusunda yasal sorumluluğunun bulunduğunu belirtmiştir. Başvurucu, yaptığı mali yatırımlarıyla ilgili ilave deliller sunmaya imkan verilmediğini belirtmiştir. Öyle ki başvurucuya göre kendisine adil ve tarafsız yargılama yapılmadığı ve davasıyla ilgili beyanatta bulunma imkanı verilmediğini ileri sürmüştür.
36. Başvurucu tüm süreç boyunca yaptığı gibi KÖA Yönetim Kurulu kararlarının kanuna aykırı şekilde alındığını ve bunun sonucu olarak Anayasa’nın 31. maddesinin ihlal edildiğini ileri sürmüştür.
37. Başvurucu devamında kararı belirleyen olguları (yatırımların miktarı ve çalışanların sayısı) kanıtlamak üzere delil sunma imkanı verilmediğinden adil yargılanma hakkının etkili bir şekilde ihlalini oluşturduğunu ileri sürmüştür.

Anayasa’nın 46. maddesi ve AIHS 1. Ek Protokolü 1. maddesiyle güvence altına alınmış olan mülkiyetin korunması hakkının ihlaline ilişkin iddialar

38. Başvurucu istimlakle ilgili olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (bundan böyle: AIHM) içtihatlarına atıfta bulunarak itiraz konusu kararı “[...] AIHS 1. Ek Protokolü 1. maddesi ve Kosova Anayasası’nın 46. maddesiyle başvurucuya verilmiş olan koruma[...] ihlali teşkil ettiğini iddia etmiştir.
39. Başvurucu bu doğrultuda KÖA’nın Hükümet ajansı olarak faaliyet göstermekle “[...]KÖA’ya verilmiş olan tüm teminatlardan bağımsız olarak gerekli süreç olmaksızın kendi mülküne ait varlıkları istimlak ettiğini” iddia etmiştir. *Mevcut davada yürürlükteki mevzuatla belirlenmiş herhangi bir süreç gerçekleştirilmeden ve taraflarca mutabakata varılmış olan sözleşme hükümlerine aykırı şekilde istimlak süreci söz konusu olmuştur.*
40. Başvurucu bu nedenle şunu iddia etmiştir: *Yukarıda mezkur tüm teminatlara aykırı bir şekilde gerçekleşen istimlak işlemi keyfi ve anayasaya aykırıdır, kamu çıkarlarına hizmet etmez ve açıkça orantısızdır. Kısacası bu keyfi ve herhangi bir tazminat olmaksızın yapılmış olan bu istimlak sürecinde müdahil olmuş olan kamu otoritelerinin davranışı büyük bir hiledir. Bu, Kosova Anayasası’nın 46. maddesi ile AIHS’nin 1. Ek Protokolü 1. maddesinin ağır ihlalidir. Bunun dışında istimlakin herhangi bir gerekçeyle meşru olduğu sayılması durumunda bile tazminatın olmayışı onu gayrihukuki ve anayasaya aykırı kılmaktadır.*

04/L-034 sayılı Kosova Özelleştirme Ajansı Kanununun ilgili hükümleri

Madde 31 [Yürürlükteki Kanun]

1. Bu yasa bu yasaya karşı olan tüm yasaları iptal eder. Aşağıdaki durumlarda Yönetim

Prosedürü Kanunu geçerli olamayacaktır:

1.1. Ajans bu yasanın verdiği yetkilerle ne yaparsa özelleştirmenin, feshetmenin, satmanın, transferin, yeniden organize etmenin, şirket veya mal varlığının ve

1.2. Ajans tarafından bir şeyin feshedilmesi otoritesinin veya Kreditorün yada önerilen sahibin herhangi bir hakkının istenmesi.

2. Bu yasayla „Kosova Özelleştirme Ajansının“ Nr.03/L – 067 sayılı kanunu yürürlükten kalkar.

3. Ajans onun veya ondan önce olanın kazanılmış veya UNMIK 2002/12 sayılı düzenlemesiyle alınmış her türlü mal varlığını ve görevlerini alır. UNMIK 2002/12 düzenlemesine göre atanmış yönetimin tüm sorumluluklarını Kurul ve Ajans Yönetimi tamamlar.

4. Bütün bu paragraflara önyargı olmadan yada bu yasanın 2. Ve 3. Maddesinde özel biçimde AKM'nin tüm görev ve yetkilerini alan bu kurum AKM'nin mirasçısı olma özelliğini taşır. AKM tarafından yapılmış anlaşmaların ve onlardan doğan tüm sorumluluklar veya bir veya birçok tarafın ana obje olarak ortaya çıktığı aralarında var olan yönetim, düzenleme, satış, transfer, feshetme, veya herhangi bir işletme tarafından alınan hüküm, şirket, veya bunlar herhangi birinden herhangi bir çıkarın oluşması. Yapılan sözleşmelerde AKM'ye atılan her atıf Ajans olarak yorumlanacaktır. Sözleşmelerde Özel Genel Sekreter, Ajans Genel Kurulu olarak yorumlanacaktır. Eğer sözleşme birden çok hüküm içeriyorsa ve sözleşmenin yabancı bir devlet kanunlarına dayanıyorsa:

4.1. ne o hüküm ne de yabancı ülke kanunu kullanılmayacaktır, bu paragrafta belirtilen kanunun yorumlanması ve uygulanmasından kaçınılacaktır ve

4.2. bu paragraf geçerli veya geçersiz yapar diye yorumlanmamalı, tamamen veya kısmen, hangi çeşit olursa olsun, o hükümde belirlenmiş kanunu seçme; geçerliliği veya geçersizliği uluslararası kamu hukuku düzenleme ve uygulamalarına göre belirlenir.

5. Bu yasanın 12. Maddesi 3. Paragrafı uyarınca PCN tarafından atanmış Kurul Müdürleri PCN süresi bittikten sonra da görevlerinde kalmaya devam edeceklerdir ve AKP-ye ithaf edilmiş gelirleri alırlar PCN süresi bitmeden başka türlü düzenlemesi hariç.

Başvurunun Kabul Edilirliği

41. Mahkeme öncelikle Anayasada belirtilmiş ve Kanun ile İhtüzükte ayrıntıları verilmiş olan kabul edilirlilik koşullarının yerine getirilip getirilmediğini değerlendirmek durumundadır.

42. Mahkeme ayrıca Anayasa'nın 21.4 fıkrasını hatırlatır. Fıkra şöyledir: *Anayasada öngörülen insan hakları ve temel özgürlükleri, uygulanabildiği ölçüde tüzel kişilikler için de geçerlidir.* Başvurucu bireyler ve tüzel kişiler için uygulanan haklara atıfta bulunarak anayasal denetim başvurusu yapabilir (bkz. *mutatis mutandis*, KI41/09 sayılı *Priştine AAB-RIINVEST Üniversitesi SHPK v. Kosova Cumhuriyeti Hükümeti* başvurusuna ilişkin 27 Ocak 2010 tarihli karar)

43. Mahkeme ayrıca Kanun'un 48. maddesine [Başvurunun Açık Olması] atıfta bulunmuştur. Madde şöyledir:

İstem müracaatında bulunan kişi, isteminde hangi hak ve özgürlüğünün ihlal edildiğini tahmin ettiğini ve müracaatta bulunan kişinin itirazda bulunmak istediği kamu otoritenin somut işleminin hangisi olduğu konusunda doğru bir açıklama yapmakla görevlidir.

44. Mahkeme, İçtüzük'ün 36. kuralını [Kabul Edilirlik Kriterleri] da dikkate almıştır. Kural şöyledir:

(1) Mahkeme başvuruları yalnız şu hallerde görüşebilir:

(...)

d) Başvuru *prima facie* olarak açıkça temellendirildiği veya temelden yoksun olmadığı zaman.

(2) Mahkeme şu kanaatlere vardığında başvuruyu açıkça temelden yoksun olduğunu ilan eder:

a) Başvuru *prima facie* olarak açıkça temellendirilmediği;

b) Sunulan maddi unsurların herhangi bir şekilde Anayasa ihlali iddialarını gerekçelendirmediği zaman;

c) Mahkeme, başvuru Anayasa ile güvence altına alınmış anayasal haklarının ihlal edilmediğini tespit ettiği zaman;

d) Başvurucunun kendi iddiasını yeterli şekilde kanıtlayamadığı zaman.

(...)

Anayasa'nın 31. maddesi ve AİHS'nin 6.1 fıkrasıyla güvence altına alınmış olan hakların ihlaline ilişkin iddialar

45. Mahkeme başvuru AC-I15-0145-A0001 sayılı Temyiz Heyetinin kararıyla Anayasa'nın 31. maddesi ve AİHS'nin 6.1 fıkrasıyla belirlenmiş olan hakların ihlal edildiği iddiasını ileri sürdüğünü hatırlatır.

46. Mahkeme Anayasa'nın 31. maddesini hatırlatır:

1. Herkesin mahkeme, diğer devlet organları ve kamusal yetkiye sahip kurumların nezdinde eşit muamele haklarının korunması güvenceye bağlıdır.

2. Herkes, yasalara göre kurulmuş bağımsız ve tarafsız mahkemenin makul bir süre içerisinde kendisi hakkında kararlaştırdığı hak ve sorumlulukları veya işlediği herhangi bir suç duyurusu duruşmasının kamuya açık yapılması hakkına sahiptir.

47. Mahkeme AİHS'nin 6.1 fıkrasını da hatırlatır:

1. Herkes davasının, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, kamuya açık olarak ve makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir. Karar alenî olarak verilir. Ancak, demokratik bir toplum içinde ahlak, kamu düzeni veya ulusal güvenlik yararına, küçüklerin çıkarları veya bir davaya taraf olanların özel hayatlarının gizliliği gerektirdiğinde veyahut, aleniyetin adil yargılamaya zarar verebileceği kimi özel durumlarda ve mahkemece bunun kaçınılmaz olarak değerlendirildiği ölçüde, duruşma salonu tüm dava süresince veya kısmen basına ve dinleyicilere kapatılabilir [...].

48. Yukarıda belirtildiği şekilde başvuru, YMÖD tarafından eşit olmayan muameleden dolayı başvurunun dava dilekçesi ötesinde yargılanması, KÖA Kanununun uygulanması ve yorumlanması ve mülküne gayrihukuki şekilde müdahale edilmesinden dolayı farklı şekillerde AİHS'nin 6. maddesi ve Kosova Anayasasının 31. maddesiyle güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklerinin ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

49. Öncelikle başvuru YMÖD'ni kendi delilleri sunmak ve davalarını kanıtlamak için davada müdahil olan taraflara eşit fırsat verme konusunda yasal sorumluluğunun bulunduğunu belirtmiştir. Başvuru, yaptığı mali yatırımlarıyla ilgili ilave deliller sunmaya imkan verilmediğini belirtmiştir. Öyle ki başvurucuya göre kendisine adil ve tarafsız yargılama yapılmadığı ve davasıyla ilgili beyanatta bulunma imkanı verilmediğini ileri sürmüştür.

50. Mahkeme bu doğrultuda başvurunun neden ve nasıl eşit muamele görmediğini ve kendi davasını YMÖD nezdinde savunmak üzere delil sunmaya makul imkanların hangi şekilde verilmediğini gösterecek bir delil veya kanıt sunmadığını tespit etmiştir.

51. Başvurunun dava sonucundan memnuniyetsizliğine ilişkin olgu adil ve tarafsız yargılanma hakkı ihlallerine yönelik kanıtlanmış başvuru sunma hakkı vermez. Anayasa ihlali iddiası ortaya konduğunda başvurunun temellendirilmiş olması için başvurunun ikna edici ve su götürmez deliller sunması gerekir (bkz. KI198/13 sayılı *Kosova Özelleştirme Ajansı* başvurusuna ilişkin 30 Haziran 2014 tarihli kararı).

52. Mahkeme, YMÖD İhtisas Heyeti ile Temyiz Heyetinin süreçleri gerektiği şekilde yürüttüklerini ve kararlarını dava dilekçesi esasınca

temellendirdiklerini, bu hususun gerekçeli kararlarda görülebileceğini değerlendirmiştir.

53. Bununla ilgili olarak Mahkeme, YMÖD İhtisas Heyeti ile Temyiz Heyetinin kararlarını davacı sıfatıyla başvuruçunun sunduğu delil ve kanıtlara ve bunlara cevaben davalı sıfatıyla KÖA tarafından sunulan delil ve cevaplara dayandırarak gerekçelendirdiklerini tespit etmiştir. Yukarıda belirtilenlerden hem başvuruçucu hem de KÖA'nın YMÖD nezdindeki davada müdahil taraf olarak *mahkeme kararına etki edecek delilleri ve izlenimleri sunma, yorumlama ve haberdar olma* imkanı verilmiş olması olgusundan hareketle YMÖD İhtisas Heyeti ile Temyiz Heyeti güvence altına alınmış itiraza dayalı ilkesine uygun şekilde gerekçe bildirerek kararlarının almışlardır (bkz. *Vermeulen v. Belçika*, AİHM, No: 19075/91, 20 Şubat 1996 tarihli karar).
54. İkinci olarak başvuruçucu KÖA Kanununu KÖA Yönetim Kurulu yetersayıyla ilgili hükümlerinin KÖA Yönetim kurulunca seçici şekilde uygulanması ve yorumlanmasının Yönetim Kurulunun meşruiyetine etki etmiş olup bu nedenle alınan kararların meşruiyetine de etki ettiğini ileri sürmüştür. Bu nedenle başvuruçunun iddialarına göre KÖA Yönetim kurulu kararları *ultra vires* olarak gayrihukuki idi.
55. Mahkeme bu doğrultuda başvuruçunun KÖA Yönetim Kurulunun yapısının meşruiyeti ve başvuruçunun *ultra vires* olarak gayrihukuki olduklarını değerlendirdiği kararlarıyla KÖ Yönetim Kurulu ilgili olarak YMÖD İhtisas Heyeti ile Temyiz Heyetinin iddiaları görüşüğünü tespit ederek Yönetim Kurulunun şu tespitine atıfta bulunmuştur:

Hisselerin geri çekilmesi kararı toplam beş oydan dört kabul oyuyla alınmış olup salt çoğunluk gereğine uygundur (KÖA Kanunu 17.6 fıkrası). [Başvuruçucu] bunun nitelikli çoğunluk standardını yerine getirmediğine atıfta bulunmuştur. Aslında KÖA Kanunu 14.7 fıkrası nitelikli çoğunluk gerektiren kararlar için be kabul oyunu gerekli kalmıştır. KÖA Kanununun 15.2 fıkrası bir şirket üzerinde kontrolün yeniden alınması durumlarında da uygulanır.
56. Mahkeme bu doğrultuda AİHS'nin 6.1 fıkrasıyla bağlantılı olarak Anayasa'nın 31. madde ihlalinin başvuruçuya ilişkin yargılama sürecinin lehte olacak bir sonuç güvenliğine bağlı olmadığını belirtmek ister. Başvuruçunun derece mahkemelerince uygulanması gereken kanunlarla ilgili ve bahse konu kanunların hangi şekilde yorumlanması gerektiğine ilişkin delilleri, hangi kanunun uygulanacağı seçimi ve kanunun yorumlanmasının keyfi olduğu durumlar dışında, Mahkeme'nin yargılama yetkisinin etki alanı dışındadır.
57. Bu da Anayasa Mahkemesi'ne teslim edilecek bir başvuru oluşturulduğunda ilgili yasal hükümlerin uygulanması ve yorumlanmasına ilişkin iddiaları derece mahkemeleri temellendirilmiş olarak kabul etmeyip şikayetleri genel anlamda başvuruçucu için elverişli olmadıklarında başvuruçunun basit bir şekilde Anayasa'nın 31. maddesi ile AİHS'nin 6.1 fıkrasının ihlal edildiğini iddia etmesi yeterli olmayacağı anlamına gelmektedir.

58. Bu doğrultuda 31. madde uyarınca istenen adaletin “esasa müteallik” hukuk (hukuk ile etik sınırında olan ve sadece yargılama hakiminin uygulayabileceği bir kavram) olmadığı, “usule ilişkin” hukuk olduğu, bu nedenle başvurucularca çokça yanlış anlaşıldığının dikkate alınması gerekir. Pratik terimlerle bu, tutarsızlık usulü terimiyle karşılanır. (bkz. *Star Cate – Epiletka Gevmata ve diğerleri v. Yunanistan*, Başvuru No: 54111/07, AİHM, 6 Temmuz 2010 tarihli karar).
59. YMÖD’nin iki derecesi tarafından KÖA Kanununun uygulanmasıyla ilgili olarak Mahkeme kendi içtihatlarına atıfta bulunmak ister. Mahkeme kendi içtihadında hukukun üstünlüğü davasında ve Anayasa’nın 102. maddesi uyarınca “*Kosova yargı sisteminin bir parçası olan Yüksek Mahkeme Özel Dairesinin Kosova Meclisince kabul edilen yasalara uymak gibi anayasal ve yasal bir zorunluluğu vardır*” tespitinde bulunmuştur (bkz. Başvuru No: KI25/10, Başvurucu: *Kosova Özelleştirme Ajansı*, 30 Mart 2011 tarihli kararın 56. paragrafı).

Anayasa’nın 46. maddesi ve AİHS’nin 1. Ek Protokolü 1. maddesiyle güvence altına alınmış olan mülkiyetin korunması hakkının ihlaline iddialarıyla ilgili olarak

60. Başvurucu itiraz konusu kararların Anayasa’nın 46. maddesi ve AİHS’nin 1. Ek Protokolü 1. maddesiyle güvence altına alınmış olan mülkiyetin korunması hakkının ihlalini oluşturduğunu ileri sürmüştür.
61. Mahkeme başvurucunun mülkünden sulh yoluyla istifade etme hakkının KÖA tarafından ve Özel Daire kararlarıyla ihlal edildiğini ve KÖA ile Özel Dairenin bu süreçleri Anayasa’nın 46. maddesi ve AİHS’nin 1. Ek Protokolü 1. maddesiyle güvence altına alınmış olan haklarının ihlal edildiğini ileri sürdüğünü tespit etmiştir.
62. Mahkeme Anayasa’nın 46. maddesine atıfta bulunmak ister. Madde şöyledir:
1. *Mal güvenliği güvenceye bağlıdır.*
 2. *Maldan yararlanma hakkı, kamu çıkarlarına uygun şekilde yaslarla düzenlenir.*
 3. *Hiç kimse keyfi olarak kendi mülkünden yoksun bırakılmaz. Kosova Cumhuriyeti veya Kosova Cumhuriyetinin kamu otoritesi, kamusal çıkarların desteklenmesi için belirlenmiş kamusal hedeflere uygun ve gerekli olması halinde ve yasa buna yetki veriyorsa, kamulaştırılan mülk sahip veya sahiplerine hemen ve uygun bir tazminat sağlanması durumunda ilgili mülkü kamulaştırabilir.*
 4. *Kamulaştırılmaya çalışılan mülkle ilgili Kosova Cumhuriyeti veya Kosova Cumhuriyeti kamu otoritesiyle ortaya çıkan anlaşmazlıklar, yetkili mahkeme tarafından tahkim edilecektir.*
 5. *Gayri maddi mallar yasayla korunur.*
63. Mahkeme bunun dışında Anayasa’nın 55. maddesini [Temel Hak ve Özgürlüklerin Kısıtlanması] hatırlatır. Madde şöyledir:

1. Bu Anayasayla güvenceye bağlanmış hak ve temel özgürlükler, yalnız yasayla kısıtlanabilir.
2. Bu Anayasayla güvenceye bağlanmış temel hak ve özgürlükler, açık ve demokratik bir toplumda kısıtlama amaçlarına ulaşacak şekilde, yalnız zorunlu olduğu ölçüde kısıtlanabilir.
3. Bu Anayasayla güvenceye bağlanmış hak ve temel özgürlüklerin kısıtlanması, belirlenen amaçlardan başka bir amaç için yapılamaz.
4. İnsan haklarının kısıtlanması ve söz konusu hakların yorumlanması sırasında tüm kamu otoritesi kurumları ve özellikle mahkemeler, kısıtlanan hakkın özüne, sınırlama amacının önemine, sınırlama türü ve miktarına, sınırlama ile ulaşılmaya istenen amaç arasındaki ilişkiye önem vermeli ve söz konusu amaca asgari kısıtlamalarla ulaşma olanaklarını gözden geçirmelidirler.

64. Mahkeme AİHS 1. Ek Protokolü 1. maddesini de hatırlatır. Madde 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.

65. Mevcut başvuruda Mahkeme başvuruçunun mülkünü dolayısıyla maden şirketindeki hisseleri ile esas varlıklarını kaybetmesinin KÖA tarafından belirlenmiş olan yetki ve *spin-off* türü bir sözleşmenin özel koşullarına dayandığını tespit etmiştir.
66. Mahkeme, Özel Dairenin başvuruçuya yapılan yatırımlardan kaynaklanan kayıpların tazmini için adli süreç başlatma imkanı olduğu yönünde tavsiyede bulunduğunu tespit etmiştir. Mahkeme, YMÖD İhtisas Heyetinin bu hususu 27 Mayıs 2015 tarihli (C-I-14-0022 sayılı) kararında açıkladığını tespit etmiştir.

“[...] hisselerin geri çekilmesi davacının tüm yatırımlarını kaybedeceği anlamına gelmez ve biraz nakdi kaybı olacak olmasına rağmen tazminat hakkı doğma ihtimali vardır...”

67. Mahkeme başvuruçunun hisselerinden ve şirketin taşınmaz mallarından mahrum edildiğini ve bu kaybın KÖA'nın şirket hisseleri ile mallarını iade etme işlemlerinden kaynaklandığını tespit etmiştir. Varlıkların bu iadesi kamu şirketinin kamusal olan mallarının korunması ve uygun bir iadenin yapılması için gerçekleştirilmiştir. Maden şirket hisseleri ve mallarının iadesi bu haliyle kamu çıkarlarını korumayı amaçlamıştır. Bu davada başvuruçucu kendisinin imzaladığı *spin-off* türü özel sözleşmede belirtilen koşullar ve sürelerin tamamen bilincindeydi.

68. Buna ilaveten *spin-off* sözleşmesinde belirtildiği şekilde belli sayıda kişi istihdam etme ve yatırım yapmaya ilişkin yükümlülüklerini yerine getirmek üzere başvurucuya birkaç kez imkan verilmiştir. Özel Daire'nin ilk ve ikinci derece kararlarına göre başvurucu sözleşme yükümlülüklerine uygun hareket etmemiştir. Mahkeme YMÖD İhtisas Heyetinin 27 Mayıs 2015 tarihli (C-I-14-0022 sayılı) kararında şunu belirttiğini hatırlatır:

KÖA Yönetim Kurulunun hisseleri geri çekme kararı orantısız değildi. İstihdam yükümlülüğü esas yükümlülüklerden biriydi ve bu yükümlülüğün ihlali çok sayıda aileyi gelirden mahrum bırakarak ciddi bir ihlaldir[...].

69. Mahkeme bu koşullarda KÖA'nın tedbir alıp maden şirketi hisseleri ve mallarının iadesine ilişkin süreçlerin Anayasa'nın 55. maddesi ve AİHS 1. Ek Protokolünün 1. maddesi uyarınca kamusal çıkarların korunması amacıyla mazur ve orantılı olduğunu tespit etmiştir.

70. Mahkeme ayrıca YMÖD'ndeki süreçlerin hakkaniyetsiz veya keyfi olmadıklarını tespit etmiştir (bkz. *Shub v. Litvanya*, No: 17064/06, AİHM, 30 Haziran 2009 tarihli karar).

71. Sonuç olarak Mahkeme, başvurucunun iddia edilen anayasal ihlalleri ispatlayacak ikna edici herhangi bir delil sunmadığını tespit etmiştir.

72. Mahkeme devamında başvurucunun Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Anayasa ile güvence altına alınan haklarının ihlal edildiğini gösterecek ve bu ihlallere ilişkin iddialarına mesnet oluşturacak *prima facie* türünden herhangi bir delil sunmadığı görüşündedir. (bkz. *Tafil Qorri ve Mehdi Sylva* tarafından yapılan KI19/14 ve KI21/14 sayılı başvurular: Kosova İstinaf Mahkemesinin CA.nr. 2129/2013 sayı ve 5 Aralık 2013 tarihli kararı ile Kosova İstinaf Mahkemesinin CA.nr. 1947/2013 sayı ve 5 Aralık 2013 tarihli kararı hakkında anayasal denetim başvurusu).

73. Mahkeme başvurunun Anayasa'da öngörülmüş ve Kanun ile İçtüzükte ayrıntıları belirtilmiş olan kabul edilirlilik kriterlerini yerine getirmediğini tespit etmiştir.

74. Bu nedenle başvurusu anayasal esaslara göre açıkça temelden yoksun olup Anayasa'nın 113.7 fıkrası, Kanununun 48. maddesi ve İçtüzüğün 36. kuralı (1) (d) ve 2 (a), (b), (c) ile (d) bentleri uyarınca kabul edilmezdir.

BU SEBEPLERDEN DOLAYI

Anayasa'nın 113.7 fıkrası, Kanun'un 48. maddesi ve İÇTÜZÜK'ÜN 36. kuralı (1) (d) ve 2 (a), (b), (c) ile (d) bentleri uyarınca Kosova Anayasa Mahkemesi'nin 15 Eylül 2016 tarihinde yapılan duruşmasında oybirliğiyle:

- I. Başvurunun kabul edilmez olduğunun İLANINA,
- II. Kararın taraflara TEBLİĞ EDİLMESİNE,
- III. Kanununun 20.4 maddesi uyarınca bu kararın Resmi Gazetede YAYIMLANMASINA karar verilmiştir.
- IV. İşbu karar derhal yürürlüğe girer.

Raportör Yargıç

Anayasa Mahkemesi Başkanı

Snezhana Botusharova

Arta Rama-Hajrizi