



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

Prištine, 5 Aralık 2012  
Nr. Ref.: RK368/13

## KABUL EDİLMEZLİK KARARI

**Başvuru No: KI 149/11**

Başvurucu

**Shefqet Aliu**

**Kosova Yüksek Mahkemesi Özel Dairesi'nin ASC-09-0106 sayı ve 7 Ekim 2011 tarihli kararı hakkında anayasal denetim başvurusu**

### KOSOVA CUMHURİYETİ ANAYASA MAHKEMESİ

Mahkeme Heyeti:

Enver Hasani, Başkan  
Ivan Čukalović, Başkanvekili  
Robert Carolan, Üye  
Altay Suroy, Üye  
Almiro Rodrigues, Üye  
Snezhana Botusharova, Üye  
Kadri Kryeziu, Üye  
Arta Rama-Hajrizi, Üye

**Başvurucu**

1. Başvurucu, Gilanlı Avukat Shabi Sh. Isufi tarafından temsil edilen Bay Shefqet Aliu'dur (bundan sonra: Başvurucu).

## İtiraz Edilen Karar

2. Başvurucu, kendisine 18 Ekim 2011 tarihinde teslim edilen Kosova Yüksek Mahkemesi Özel Dairesi'nin ASC-09-0106 sayı ve 7 Ekim 2011 tarihli kararına itiraz etmiştir.

## Başvurunun Konusu

3. Başvurucu, mezkur kararlar Kosova Cumhuriyeti Anayasası'nın (bundan sonra: Anayasa) 10. maddesi [Ekonomi], 24. maddesi [Kanun Önünde Eşitlik], 31. maddesi [Adil ve Tarafsız Yargılanma Hakkı], 32. maddesi [Kanun yollarına Başvurma Hakkı] ve 34. maddesi [Aynı Fiilden İki Defa Yargılanmama Hakkı] ile güvence altına alınmış haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.
4. Dahası başvuru Özel Daire'nin ASC-09-0106 sayılı kararı hakkında yürütmeyi durdurmak için ihtiyati tedbir konmasını talep etmiştir. Buna gerekçe olarak şunu bildirmiştir: *[...] Mezkur **fomus boni iuris** kararın yürütmesini durdurmaya ilişkin çıkartılan ihtiyati tedbir kararı için tüm koşullar yerine getirilmiştir – **periculum in mora** talep etme temel hakkı olasılığı – bu başvuru hakkına dolaysız zarar verme tehlikesi. Dahası kararın yürütülmesi [...] radyatör fabrikası çalışanlarına ve Kosova devletine tamir edilemez Zaralar verir, zira Jugoterm kamu Şirketinin satışı için biçilen 1.100.000, fiyat şirketin sahip olduğu hammadde değerinden daha düşüktür.*

## İlgili Hukuk

5. Başvuru Anayasa'nın 113.7 fıkrası, 03/L-121 sayı ve 15 Ocak 2009 tarihli Kosova Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi Hakkında Yasa'nın (bundan sonra: "Yasa") 22 ve 27. maddeleri ve Kosova Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün (bundan sonra: "İçtüzük") 54 ve 55. kuralı ile 56.2 fıkrasına dayandırılmıştır.

## Başvuru Süreci

6. Başvurucu 16 Kasım 2011 tarihinde Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuştur.
7. Başvurucu 5 Aralık 2011 tarihinde Mahkeme'den ihtiyati tedbirin konmasını talep etmiştir.
8. Başkan 17 Ocak 2012 tarihinde Üye Iliriana Islami'yi raportör yargıç olarak görevlendirmiş ve üyeler: Robert Carolan (başkan) Altay Suroy ve Gjyljeta Mushkolaj'dan oluşan Ön İnceleme Heyeti belirlemiştir.
9. Mahkeme 17 Nisan 2012 tarihinde başvurucudan şu açıklamaları talep etmiştir:

*"... İlk husus ENG Office ve KEA arasındaki dava (0056) Yüksek Mahkeme Özel Dairesinde sizin iştirakiniz olmadan gelişmiştir. Bu davada üçüncü ilgili taraf olarak müdahil olacak şekilde Yüksek Mahkeme'ye neden dilekçe sunmadınız? Davanın seyri hakkında haberdar olmadıysanız şikayetlerinizi Yüksek Mahkeme'ye bildirmek üzere neden yeni bir dava açmadınız?"*

*İkinci husus, ihale sonucunun geçersiz ilan edilmesinde acele etmenizdeki maddi çıkarmanız nedir?"*

*Üçüncü husus, sizin SCC-06-0475 sayılı davanız Yüksek Mahkeme’de görüşüldüğünde davanın üçüncü tarafı veya tanık olarak yer alması için ENG Office’i neden davet etmediniz?*

*Sun husus, Yüksek Mahkeme’ye yaptığımız başvuruya ilişkin evrakın bir nüshasını getirmeniz rica olunur.*

10. Başvurucu 24 Nisan 2012 tarihinde Mahkeme’ye şu cevabı vermiştir:

“ ...

- a) *Gilan merkezli ENG Office özel şirketi ve Kosova Emanet Ajansı arasındaki SCC-08-00056 sayılı dava 13.11.2009 tarihinde şahsımın iştiraki olmaksızın 13.11.2009 tarihinde Kosova Yüksek Mahkemesi Özel Dairesinde görülmüştür. Nitekim ENG Office tarafından açılan davada bendeniz müdahil taraf değildir. Bu olgunun yanı sıra SCC-06-0475 sayılı 08.08.2007 tarihli çekişmeli yargı davasına ilişkin olarak Yüksek Mahkeme Özel Dairesi’nin çıkarttığı SCA-08-0007 sayılı ve 06.03.2008 tarihli kararlarla ENG Office tarafından sunulan yeniden inceleme talebi reddedilmiş ve bu kararın kesinleşmiş ve hukuken bağlayıcı karar olduğu ilan edilmiş, itiraz hakkının olmadığı belirtilmiştir. SCA-08-0007 sayılı ve 06.03.2008 tarihli karar kesinleşmiş kaziye olup ENG Office tarafından sunulan yeniden inceleme dilekçesi reddedilerek SCC-06-0475 sayılı karar onandığından bu hukuk davasının sonuçlandığı anlamına gelir ve yukarıda mezkur yargı kararıyla iptal edilen ihale hakkında ENG Office şirketi, yargı sürecinin devam edebileceğini öngöremezdi. Bu olguya dayanarak Jugoterm Kamu Şirketiyle ilgili yeni bir dava açmak gerekli değildi, zira bu süre içerisinde tadilat yapılacağını bekliyordum. Kosova Yüksek Mahkemesi’ne neden dava açmadığım sorusuyla ilgili olarak artık yargılanmış bir mesele söz konusu olup SCC-08-0056 sayılı ve 13.11.2009 tarihli karar artık kesinleşmiş olan ASC-09-0106 sayılı kararlar onandığından başka bir dava açmaya hakkım yoktu. Nitekim SCC-06-0475 sayılı karar alındıktan ve ENG Office tarafından yapılan yeniden inceleme talebi SCA-08-0007 sayılı kararlarla reddedildikten ve bu karar kesinleşip hukuken bağlayıcı olduktan sonra itiraz veya temyiz edilme hakkı olmadığı için bir başka kanun yoluna başvuramazdım; zira Yüksek Mahkeme Özel Dairesi daha önce yargılama yapıp karara bağladığı bir meseleyi bir daha görüşerek çıkarttığı kararlarla Anayasa ve Yasayı ihlal etmiştir.*
- b) *İhalenin iptalini talep etmeme beni iten maddi çıkar, ENG Office kazanılan ihalede önceden yaptığımız anlaşmayı tek taraflı feshederek hisselerin % 30’una sahip olan beni saf dışı etmesiydi.*
- c) *SCC-06-0475 sayılı davanız Yüksek Mahkeme’de görüşüldüğünde davanın üçüncü tarafı veya tanık olarak yer alması için ENG Office’i neden davet etmediğim sorusuyla ilgili olarak ENG Office bu davada müdahil olup olağan kanun yolu olarak Yüksek Mahkeme Özel Dairesinden kararların yeniden incelenmesini talep etmiş, ancak SCA-08-0007 sayılı ve 06.03.2008 tarihli kararlarla ENG Office şirketinin yeniden inceleme talebi reddedilmiş olması ENG Office’in SCC-06-0475 sayılı davada müdahil taraf olduğunu ortaya koyar.*
- d) *Kosova Yüksek Mahkemesi’ne yaptığımız başvuruya ilişkin evrakın bir nüshasının getirilmesi talebiyle ilgili olarak, bu cevabın ekinde Shefqet Ali tarafından Yüksek Mahkeme’ye yapılan dava dilekçesi örneğini de*

*sunuyoruz; diğer yandan bu başvuruda işinize yarayacak diğer olası deliller Kosova Özelleştirme Ajansı'nın 12.12.2011 tarihinde Kosova Anayasa Mahkemesi'ne yaptığı 4360 protokol ve KI 160/11 başvuru numaralı başvuru dosyasında mevcuttur.*

...”

11. Başkan Enver Hasani 26 Kasım 2012 tarihinde Üye Iliriana Islami'nin yerine Üye Almiro Rodrigues'i görevlendirmiş, Ön İnceleme Heyeti'nden Üye Gjyljeta Mushkolaj yerine Üye Ivan Çukalović'i görevlendirmiştir. Çünkü bu üyelerin Anayasa Mahkemesi'ndeki görev süreleri 26 Haziran 2012 tarihinde dolmuştur.
12. Başvurunun yapıldığı 26 Kasım 2012 tarihinde Kosova Özelleştirme Ajansı (bundan sonra: KÖA) ve Yüksek Mahkeme Özel Dairesi'ne (bundan sonra: Özel Daire) bildirilmiştir.
13. Ön İnceleme Heyeti raportör yargıcın raporunu 5 Aralık 2012 tarihinde inceledikten sonra Mahkeme Heyeti'ne başvurunun kabul edilmezliğine ilişkin öneri sunmuştur.

### **Olguların Özeti**

14. Kosova Emanet Ajansı (bundan sonra: KEA) 2006 yılında Gilan Jugoterm Şirketinin özelleştirilmesi için ihale duyurusu yapmıştır. İhaleye katılan teklif sahipleri şunlardı: Gilan'dan ENG Office, Shefqet Ali (bundan sonra: başvuru) tarafından temsil edilen NTP Kalabria ve Priştineli Install Engineering. Gilanlı ENG Office kazanan ilan edilmiştir.
15. Başvurucu 14 Kasım 2006 tarihinde Özel Daireye itiraz dilekçesi sunmuş ve teklif sunanlar arasında kendisinin de dahil olduğu gizli anlaşma olduğunu ve bu şekilde ihale usullerinin ihlal edildiğini ileri sürmüştür.
16. Özel Daire ihale sürecinde usulsüzlüklerin olduğu gerekçesiyle 8 Ağustos 2007 tarihinde çıkarttığı SCC-06-0475 sayılı kararla dava dilekçesini kısmen onamıştır. Özel Daire KEA'ya Judoterm Kamu Şirketi özelleştirme sürecinde ENG Office şirketinin kazanan ilan edildiği ihalenin iptalini emretmiştir. Dava dilekçesinin bir yerinde Özel Dairenden yukarıda mezkur şirketin özelleştirilmesi için yeni bir ihalenin ilan edilme talebi, yeni bir ihalenin açılıp açılmayacağına KEA'nın karar vereceği gerekçesiyle reddedilmiştir.
17. ENG Office Yeni Jugoterm şirketini satın almış ve başvuru Özel Dairenden 8 Ağustos 2007 tarihli kararının gözden geçirilmesini talep etmiştir.
18. Özel Daire 5 Şubat 2008 tarihinde çıkarttığı SCA-08-0007 ENG Office tarafından sunulan gözden geçirme teklifini herhangi bir olgusal veya hukuki iddia ileri sürülmediği ve Özel Dairenin 8 Ağustos 2007 tarihli kararının mevcut mevzuata uygun olduğu gerekçesiyle reddetmiştir. Bu karar nihaiydi ve hakkında itiraz yolu yoktu.
19. ENG Office 3 Mart 2008 tarihinde ihale kuralları ihlali ve özelleştirme ihalesi kazananı olarak ENG Office'in maddi ve manevi zararların tazmin edilmesi anlaşmasını imzalamaya mecbur ettirildiği için KÖA'yı Özel Daireye dava etmiştir.
20. ENG Office 16 Nisan 2008 tarihinde Özel Daireye bir dilekçe sunarak Yeni Jugoterm şirketi hakkında KEA'nın bir girişimde bulunmasını önlemek amacıyla ihtiyati tedbirin konmasını talep etmiştir.

21. Özel Daire 14 kasım 2008 tarihinde çıkarttığı SCC-08-0056 sayılı kararla ihtiyati tedbir talebini onayıp kararda KÖA'ya yönelik şu ifade kullanılmıştır: *[...] Bu dava hakkında nihai hüküm verilene kadar Jugoterm şirketinin özelleştirilmesi yönünde herhangi bir usul ve işlem yapılması yasaklanmıştır. Özel Daire şu tespitte bulunmuştur: [...] Özel Dairenin önünde bulunan tüm deliller dikkate alındığında, şirketin ihaleye çıkartılıp üçüncü bir taraf verilmesinin davacının prima facie tamir edilemez zarar görebileceğini değerlendirmiştir*".
22. Kosova Yüksek Mahkemesi Özel Dairesi Yargılama Heyeti (bundan sonra: Yargılama Heyeti) 22 Ekim 2009 tarihinde ENG Office'in dava dilekçesini kısmen onamıştır. Yargılama Heyeti (SCC-08-0056 sayılı kararında) ENG Office'in ihaleyi kazana taraf olduğunu tespit etmiş ve KEA ile KÖA'ya ihalenin sonuçlandırılmasına ilişkin bir yordam bulmalarını emretmiştir. KÖA'ya maddi zararların tazmin edilmesini de emretmiştir. Yargılama Heyeti teslim edilen kayıtlara dayanarak KÖA İdare Müdürü tarafında yapılan iptalin hükümsüz olduğunu tespit etmiştir. Zira ihaleyi iptale yetkili organ Yönetim Kuruludur. Yargılama Heyeti devamında bu davanın kesinleşmiş kaziye sayılabileceğini de değerlendirmiştir. Nitekim 8 Ağustos 2007 tarihli SCC-06-0475 kararının tarafları bu davada müdahil olan taraflardan farklı olduklarını tespit etmiştir.
23. KÖA 17 Aralık 2009 tarihinde 22 Ekim 2009 tarihli kararın kesinleşmiş kaziye ilkesini ihlal ettiği için İtiraz Heyeti'ne itiraz başvurusunda bulunmuştur.
24. İtiraz Heyeti 7 Ekim 2010 tarihinde çıkarttığı ASC-09-0106 sayılı kararla KÖA'nın itirazını temelden yoksun bularak reddetmiş ve Yargılama Heyeti'nin 22 Ekim 2009 tarihli (ASC-08-0056 sayılı) kararını desteklemiştir İtiraz Heyeti şuna karar vermiştir: *Söz konusu davanın davacısı yargı sürecine müdahil olmayıp şirketin kendi tutumunu destekleyecek delilleri sunmaya ve müdahil tarafın kanun yollarına başvurmak için olağan imkanlar bulunmadığından, tamamen usule ilişkin olan bu davalardan davacı ENG Office'in davasının görüşülmesini engellenemeyeceği sonucu çıkartılmalıdır*.

### **Başvurucunun İddiaları**

25. Başvurucu Özel Dairenin, daha önce kesinleşmiş bir kararla iptal edilen ihaleyi Gilan ENG Office özel şirketinin bir başka kesinleşmiş kararla kazanacağı şekilde kendi nihai kararıyla ihaleyi iptal ettiğini ileri sürmüştür. Mahkemenin bu kararı daha önce kesinleşmiş bir yargı kararıyla iptal edilen bir ihalenin Gilanlı ENG Office özel şirketinin kazanmasına imkan verip ondan sonra artık yargılanmış bir dava hakkında yeni bir karar alındığı için Kosova Cumhuriyeti Anayasası'na aykırıdır. Bu fiillerle Kosova Cumhuriyeti Anayasası'nın 10 ve 34. madde hükümleri ihlal edilmiştir.
26. Başvurucu bundan başka Özel Dairenin nihai kararında *Gilanlı ENG Office şirketi gayrihukuki şekilde desteklenip ihaleye katılan diğer 2 adayın hakları reddedilmiş ve Kosova Cumhuriyeti Anayasası'nın müdahil tarafların kanun önünde eşitliğini öngören 24. maddesinin ihlal edilmiş olduğunu ileri sürmüştür. Başvurucu bu doğrultuda şu iddiayı ileri sürmüştür: Özel Daire kasıtlı veya kasıtsız olarak Kosova Cumhuriyeti Anayasası'nın 31 ve 32. maddelerini ihlal etmiştir. Çünkü diğer tarafların zararına olacak ve onların diğer kanun yollarına başvurmayacak şekilde bir tarafın lehine karar çıkartarak kendi yetkilerini aşmıştır*.

## Başvurunun Kabul Edilirliği

27. Mahkeme başvuruçunun *res judicata* ilkesinin ihlali, kanun önünde eşitlik ilkesi ihlali ve kanun yolu hakkının ihlalinden şikayetçi olduğunu tespit etmiştir.
28. Mahkeme ilk başta başvuruçunun Anayasa ile belirlenip Yasa ve İçtüzükte ayrıntılı bir şekilde açıklanmış olan kabul edilirlilik koşullarını yerine getirip getirmediğini değerlendirmek durumundadır.
29. Yukarıda görürlüğü üzere İtiraz Heyeti kararını çok iyi şekilde gerekçelendirmiştir; şöyle ki: *söz konusu davanın davacısının yargı sürecinin tarafı olmadığı ve şirketin tutumunu destekleyecek deliller sunmaya ve davada müdahil tarafların olağan kanun yollarına başvurma imkanı bulunmadığı olgusundan hareketle, tamamen usule ilişkin bu meselelere hakkında bir önceki mahkeme kararının davacı ENG Office'in davasının görüşülmesini durduramayacağı sonucunun çıkartılması gerekir.*
30. Mahkeme, Anayasa'ya göre, adalet mahkemelerince çıkartılan kararlar hakkında Anayasa Mahkemesi'nin görevinin dördüncü derece mahkemesi olarak faaliyet göstermek olmadığını vurgulamak ister.
31. Adalet mahkemeleri görevi usul ve maddi hukukun ilgili kurallarını yorumlayıp uygulamaktır (bkz. *mutatis mutandis Garcia Ruiz – İspanya [GC] 30544/96 davası AIHM 1999-I tarihli kararı 28. maddesi*).
32. Anayasa Mahkemesi, ancak delillerin doğru sunulup sunulmadığını ve başvuruçuya adil yargılama yapılması anlamında usullerin, bir bütün olarak ele alındığında, gerektiği şekilde uygulanıp uygulanmadığını değerlendirebilir (bkz. *mutatis mutandis, Edwards – Birleşik Krallık 13071/87 sayı ve 10 Temmuz 1991 tarihli kabul edilmiş dava başvurusu hakkında Avrupa İnsan Hakları Komisyonunun Raporu vb.*).
33. Mevcut başvuruda başvuruçucu basitçe söz konusu davaya ilişkin bulgularını kabul etmeyip Anayasa'nın bazı hükümlerini zikretmiş ve Özel Daire İtiraz Heyetinin itiraz konusu kararının (SC-09-0106) bu hükümleri ihlal ettiğini ileri sürmüştür.
34. Başka bir deyişle başvuruçucu Özel Daire itiraz Heyetinin (ASC-09-0106 sayılı kararıyla) *res judicata* ilkesini, kanun önünde eşitlik hakkını ve kanun yollarına başvurma hakkını hangi şekilde ihlal ettiğini açıklamamıştır.
35. Sonuç olarak başvuruçucu, Yüksek Mahkeme'deki yargımla usullerinin herhangi bir şekilde hakkaniyetsiz veya keyfi olduklarını göstermemiştir (bkz. *mutatis mutandis, Shub – Lituanya davası ile ilgili AIHM'nin 17064/06 sayı ve 30 Haziran 2009 tarihli kabul edilmezlik kararı*).
36. İçtüzüğün 36. kuralı 2.d bendi şöyledir: Mahkeme, açıkça temelden yoksun başvuruları şu kanaatlere vardığında reddeder: (...) başvuruçunun kendi iddiasını yeterli şekilde kanıtlayamadığı zaman.
37. Öyle ki yukarıdaki koşullar göz önünde bulundurulduğunda iddia edilen ihlallere ilişkin başvurunun açıkça temelden yoksun olarak reddedilmesi gerektiği ortaya çıkmaktadır.

## **İhtiyati Tedbir Talebi**

38. Yasa'nın 27. maddesi ve özellikle İÇTÜZÜĞÜN 54. kuralı 1. fıkrası şöyledir: "Dava esastan görüşülüp Mahkeme'de sonuçlanmadan önceki herhangi bir dönemde taraflar ihtiyati tedbirin konmasını talep edebilir".
39. Ancak başvurunun kabul edilmez olduğu tespit dildiği dikkate alınarak İÇTÜZÜĞÜN 54. kural 1. fıkrası uyarınca başvurunun ihtiyati tedbir talebinde bulunmaya hakkı yoktur.

## **BU SEBEPLERDEN DOLAYI**

İÇTÜZÜĞÜN 36. (2.d) bendi, Yasa'nın 27. maddesi ve İÇTÜZÜĞÜN 54.1 ile 56.2 fıkralarını uyarınca Anayasa Mahkemesi'nin 5 Aralık 2012 tarihinde yapılan duruşmasında oybirliğiyle:

- I. Başvurunun kabul edilmez olarak reddine,
- II. İhtiyati tedbir talebinin kabul edilmez olarak reddine,
- III. Yasa'nın 20.4 fıkrası uyarınca Kararın taraflara bildirilmesine ve Resmi Gazete'de yayımlanmasına karar verilmiştir.
- IV. İşbu karar derhal yürürlüğe girer.

**Raportör Yargıç**

**Anayasa Mahkemesi Başkanı**

Almiro Rodrigues, imza

Prof. Dr. Enver Hasani, imza