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

Priştine, 26 Nisan 2012
Nr. Ref.: RK226/12

KABUL EDİLMEZLİK KARARI

Dava No: KI 160/11

Başvurucular

Kosova Özelleştirme Ajansı

Kosova Yüksek Mahkemesi Özel Dairesi'nin ASC-09-0106 sayı ve 7 Ekim 2011 tarihli kararının Anayasa uygunluğu denetimi

KOSOVA CUMHURİYETİ ANAYASA MAHKEMESİ

Aşağıdaki yapıdadır:

Enver Hasani, Başkan
Kadri Kryeziu, Başkanvekili
Robert Carolan, Üye
Altay Suroy, Üye
Almiro Rodrigues, Üye
Snezhana Botusharova, Üye
Ivan Čukalović, Üye
Gjyljeta Mushkolaj, Üye
Iliriana Islami, Üye

Başvurucu

1. Başvurucu, Hukuk Yüksek Memuru Bay Gani Ademi tarafından temsil edilen Kosova Özelleştirme Ajansıdır (KÖA).

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.

Dava konusu

3. Başvurucu, yukarıda belirtilen kararla Kosova Cumhuriyeti Anayasası'nın (bundan sonra: "Anayasa") 102.3 maddesi [Yargı Sistemi Genel Esasları], 31. maddesi [Adil ve Tarafsız yargılanma Hakkı] ve Avrupa İnsan hakları Sözleşmesinin (bundan sonra: AİHS) 6. maddesi [Adil ve tarafsız Yargılanma Hakkı] ile güvence altına alınan haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

4. Dahası, *"Davacının ASC-09-0 I 09 sayılı kararın zorunlu icrasını talep edip davalıya yönelik tamir edilemez zararlara ve kamu çıkarlarının hiçe sayılmaya neden olunabilir. Aynı zamanda kanunla belirlenen özelleştirme süreci açık ihalesine ilişkin usulün tamamı kamuoyu tarafından olumsuz algılanıp ihale katılımcılarının sayısının düşebileceği"* gerekçesiyle Özel Daire'nin ASC-09-0106 sayılı kararının yürütmesini durdurmak için Mahkeme'den geçici tedbir koymasını talep etmiştir.

Hukuki dayanak

5. Başvuru Anayasa'nın 113.7 maddesi, 03/L-121 sayılı Kosova Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi Hakkında Yasa'nın (bundan sonra: "Yasa") 22 ve 27. maddeleri ve Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün (bundan sonra: "İçtüzük") 54, 55 ve 56.(2) kuralına dayandırılmıştır.

Davanın Mahkeme'deki seyri

6. Başvurucu 12 Aralık 2011 tarihinde Mahkeme'ye başvurmuştur.

7. Mahkeme Başkanı 17 Ocak 2012 tarihinde Üye Almiro Rodrigues'i raportör yargıç olarak görevlendirmiş, Üye Robert Carolan başkanlığında üyeler Enver Hasani ve Kadri Kryeziu'dan oluşan Ön İnceleme Heyeti'ni belirlemiştir.

8. Başvuru hakkında 6 Nisan 2012 tarihinde Özel Daireye bildirimde bulunulmuştur.

9. Ön İnceleme Heyeti 19 Nisan 2012 tarihinde raportör yargıcın raporunu görüştükten sonra başvurunun kabul edilmezliğine ilişkin öneri sunmuştur.

Olguların özeti

10. Kosova Emanet Ajansı (bundan sonra: KÖA) 2006 yılında Gilan'da bulunan New Co Jugoterm şirketini özelleştirmiştir.

11. Özelleştirme adaylarından Bay Sh. A. 14 Kasım 2006 tarihinde Özel Daire'ye itiraz başvurusunda bulunarak kendisinin de içinde yer aldığı teklif sunanlar arasında gizli bir anlaşma bulunduğu ve ihale kuralları ihlal edildiği gerekçesi ile satış işleminin iptalini talep etmiştir.

12. Özel Daire 8 Ağustos 2007 tarihinde bir karar (SCC-06-0475) çıkartarak başvurucunun talebini kısmen kabul etmiştir. Özel Daire, New Co Jugoterm şirketi özelleştirme sürecinin sonunda Eng Office Kamu Şirketinin kazanan şirket olarak ilan

edildiği ihalede usulsüzlükler bulunduğundan ihalenin iptalini mecbur kılmıştır. Yeni ihale kararı alma yetkisi KÖA'ya ait olduğundan KÖA'dan New Co Jugoterm şirketi için yeni bir ihale sürecini gerektiren Özel Daire kararının bir kısmı reddedilmiştir.

13. New Co Jugoterm şirketini satın alan teklif sahibi Eng Office Özel Daire'den 8 Ağustos 2007 tarihli kararının gözden geçirme talebinde bulunmuştur.

14. Özel Daire 5 Şubat 2008 tarihli (SCA-08-0007) kararında 8 Ağustos 2007 tarihli Özel Daire kararının yürürlükteki yasalara uygun olup yeni herhangi bir iddia veya olgu ileri sürümediği gerekçesiyle Eng Office şirketinin kararı görüşme talebini reddetmiştir. Bu karar nihai ve bağlayıcıydı ve hakkında itiraz başvurusu yapılamazdı.

15. Eng Office 3 Mart 2008 tarihinde Özel Daire nezdinde KÖA'nın ihale kurallarını ihlal ettiği gerekçesiyle şikayette bulunmuş ve KÖA'nın ihalede kazanan taraf olarak Eng Office ile anlaşma imzalamaya zorlanması ve maddi ve manevi tazminat ödemesi gerektiği yönünde öneride bulunmuştur.

16. Bu arada Kosova Cumhuriyeti Meclisi (bundan sonra: "Meclis") 21 Mayıs 2008 tarihinde 03/L-067 sayılı Kosova Özelleştirme Ajansı (bundan sonra: KÖA) Hakkında Yasa'yı kabul etmiştir. KÖA Yasasının 1. maddesi şunu belirlemiştir: "Ajans, bağımsız kamu organı olarak kurulmuştur..." ve "...tüm değişiklik, sorumluluk ve varlıklarının düzenlendiği Kosova Emanet Ajansı'nın kuruluşuna ilişkin 2002/12 sayılı UNMIK Yönetmeliği ile düzenlenen Kosova Emanet Ajansı'nın ardılıdır". Dahası, KÖA Yasası 31. madde 1. fıkrasında "kendisiyle çelişkili olan tüm yürürlükteki diğer yasal hükümler karşısında üstünlüğü vardır", 2. fıkrada ise "2002/12 sayılı UNMIK Yönetmeliği ve değişiklikleri bu yasanın yürürlüğe girmesinden sonra hukuki etkileri olmayacaktır" denmektedir.

17. Kosova Yüksek Mahkemesi Özel Dairesi Yargılama Heyeti (bundan sonra: "Yargılama Heyeti") 22 Ekim 2011 tarihinde Eng Office şirketinin itirazını kabul etmiştir. Yargılama Heyeti (SCC-08-0056 sayılı karar) Eng Office şirketinin kazanan teklifçisi olduğunu ve ihalenin sonuçlandırılması için KEA ile KÖA'dan uygun bir yol bulmalarını istemiş ve KEA'yı maddi tazminat ödemeye mecbur kılmıştır. Sunulan delillere göre Yargılama Heyeti, ihale iptalinin Yönetim Kurulunun yetkisinde olduğu için Genel Müdür tarafından yapılan iptalin geçersiz olduğu sonucuna varmıştır. Yargılama Heyeti devamında bu davanın sonuçlanmış bir hüküm sayılamayacağını, 8 Ağustos 2007 tarih ve SCC-06-0475 sayılı karardaki tarafların bu davadakilerden farklı olduklarını ve başvurunun farklı olduğunu tespit etmiştir.

18. KÖA, 22 Ekim 2009 tarihli kararın kesin karar ilkelerini ihlal ettiği gerekçesiyle 17 Aralık 2009 tarihinde Temyiz Heyeti nezdinde itiraz başvurusunda bulunmuştur.

19. Temyiz Heyeti 7 Ekim 2009 tarihinde KÖA'nın (ASC-09-0106) itiraz başvurusunu yerinde bulmayarak Yargılama Heyeti'nin 22 Ekim 2009 tarihli kararını (ASC-08-0056) desteklemiştir. Temyiz Heyeti: "*Davacının önceki adli sürece müdahil olmaması ve müdahil tarafın yararlanabileceği olağan yollarda istifade edip şirketin tutumunu destekleyecek deliller sunamaması olgusundan dolayı, tamamen usule ilişkin olan bu davadan Davacı Eng Office SHPK şirketinin dava başvurusunu görüşmeyi engellemeyeceği sonucu çıkartılmalıdır*" şeklinde karar almıştır.

Başvurucunun iddiaları

I. KÖA'nın yasal statüsüyle ilgili olarak

20. Başvurucu, KEA'nın Özel Daire nezdinde yasal statüsünü kabul ederek Kosova Meclisi tarafından kabul edilip yürürlüğe konan 03/L-067 sayılı Kosova Özelleştirme Ajansının kuruluşuna ilişkin yasayı ve Anayasa'nın 102 maddesini ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

21. Başvurucunun görüşüne göre Özel Daire Kosova Yüksek Mahkemesi'nin bir parçasıdır ve Kosova Meclisi tarafından kabul edilen yasaları uygulamakla yükümlüdür. KEA'nın kurumsal varlığı 03/L-067 sayılı yasayla son bulmasına rağmen ASC-09-0106 sayılı kararla KEA'nın yasal statüsü ve Özel Daire'de görüşülen davada taraf olma hakkı tanınmıştır. 2008/34 sayı ve 29 Haziran 2008 tarihli UNMIK Yürütme Kararı KEA'nın faaliyetlerinin hukuken ve fiilen son bulduğunu göstermektedir.

22. Özel Dairenin önceki kararlarında KEA'nın temsil etme hakkından yararlanmadığı veya böyle bir hakka sahip olmadığı durumlarda KÖA, kamu şirketlerini Özel Daire nezdinde temsil edebileceği yönünde hükmedildiği ileri sürülmüştür. Netice itibariyle bunun, Kosova'da yürürlükte olan 03/L-067 sayılı yasaya aykırı olduğu iddia edilmiştir.

II. İddia edilen kesin hüküm ilkesi ihlaliyle ilgili olarak

23. Başvurucu devamında SCC-08-0056 ve ASC-09-0106 sayılı kararları çıkartarak Özel Daire'nin 8 Ağustos 2007 tarihinde çıkartılan SCC-06-0475 sayılı kararla önceden karara bağlanmış bir hukuki mesele hakkında karar aldığını ileri sürmüştür. Öyle ki 8 Ağustos 2007 tarih ve SCC-06-0475 sayılı karar ile 22 Ekim 2009 tarih ve SCC-08-0056 sayılı kararın konusu KEA tarafından yapılan New Co Jugoterm şirketi özelleştirme ihalesi olduğundan Özel Dairenin kesin hüküm ilkesini ihlal ettiği ileri sürülmüştür. İlk davada Özel Daire 8 Ağustos 2007 tarihinde SCC-06-0475 sayılı ihale iptal kararı çıkartmış olup, ikinci davada ise 22 Ekim 2009 tarihinde SCC-08-0056 sayılı kararla satış sözleşmesinin imzalanmasıyla ihaleyi sonuçlandırmayı talep etmiştir.

24. Başvurucu devamında Özel Daire'nin sonuçlandırılmış bir meseleyi muhakeme ettiğini kabul ettiğini ileri sürmüştür:

> "…
>
> *i. Özel Daire'nin SCC-08-0056 (s. 10) sayılı kararında SCC-06-0475 sayılı kararın şu koşulların etkisi altında olduğu belirtilmiştir:*
>
> *"Özel Daire, o dönemlerde gönderilen bir yazı vasıtasıyla Kosova Emanet Ajansı'nın ihaleyi feshettiği konusunda bilgilendirildiğini belirtmiştir. Bu beyanın doğru olmadığını gösterir". Diğer tespitte: Kosova Yüksek Mahkemesi Özel Dairesi'nin KEA ile ilgili davada duruşmaya ihale feshiyle ilgili olarak geçici teklifçiyi yani Eng Office şirketini, Kosova Emanet Ajansı yöneticilerini davet etmesi gereklidir".*
>
> *ve*
>
> *ii. ASC-09-0 I 06 sayılı kararda (son sayfasında) Özel Daire SCC-06-0475 sayılı davada Eng Office'in müdahil olmadığını ve bu sebepten savunma*

sunma imkanı bulunmadığını, bu yüzden yeni adli sürecin durdurulmaması gerektiğini belirtmiştir.

…"

Başvurunun kabul edilirliğinin değerlendirilmesi

25. Mahkeme başvurucunun iki hususta şikayetçi olduğunu tespit etmiştir:

    i. KÖA'nın yasal statüsü

    ii. Kesin hüküm ilkesinin ihlali

26. Bunla ilgili olarak başvurucunun başvurusu hakkında bir karara varabilmek için Mahkeme'nin öncelikle Anayasa'da belirlenip Yasa ve İçtüzük'te ayrıntılı olarak açıklanan kabul edilirlik koşullarının yerine getirilip getirilmediğini görüşmesi gerekmektedir.

I. KÖA'nın yasal statüsüyle ilgili olarak

27. Anayasa Mahkemesi, KÖA'nın yasal statüsü hakkında KI 25/10 sayılı başvuruda kararını vermiştir.

28. Mahkeme, "*Yüksek Mahkeme Özel Dairesi (…) 03/L-067 sayılı yasayı Yasa olarak nitelemeyip, 03/L-067 sayılı yasada belirtilen bağımsız ve hukuki ehliyeti olan kamu kuruluşu yerine fiili kuruluş olarak nitelediği KÖA kuruluşunun geçerli ve bağlayıcı iç kuralları olarak değerlendirmiştir*" değerlendirmesinde bulunmuştur.

29. Mahkeme, "*Kosova Meclisinde usule uygun şekilde kabul edilen 03/L-067 sayılı KÖA yasasını uygulamayarak Yüksek Mahkeme, Anayasanın 102. Maddesini ihlal etmiştir*" tespitinde bulunmuştur.

30. Öyle ki bu husus İçtüzüğün 36(3) (e) kuralı çerçevesinde ele alınacaktır. Söz konusu kural şunu belirlemiştir: "*İstem aşağıdaki durumlarda da kabul edilmez olarak değerlendirilebilir: Mahkeme ilgili dava hakkında bir karar almış olup istemin yeni bir kararı gerektirecek yeterli isnat sunmadığı zaman*".

II. Kesin hüküm ilkesi ihlali iddiasıyla ilgili olarak

31. Kesin hüküm ilkesinin ihlali ile ilgili olarak Mahkeme, Anayasa'ya göre rolünün hukuk mahkemelerince alınan kararların görüşüldüğü dördüncü derece mahkemesi olmadığını vurgulamak ister.

32. Usul ve maddi hukukun ilgili kurallarını yorumlayıp uygulamak ilk derece mahkemelerin görevidir. (bkz. *mutatis mutandis* Garcia Ruiz – İspanya [GC] 30544/96 davası AİHM 1999-I tarihli kararı 28. Maddesi).

33. Anayasa Mahkemesi, delillerin doğru sunulup sunulmadığını ve başvurucuya 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.)

34. Mevcut davada başvurucu basit bir şekilde mahkemelerin tespitlerine itiraz ederek Özel Daire'nin itiraz edilen kararlarıyla ilgili olarak Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin bazı hükümlerini ihlal edilmiş olarak zikretmiştir. Ancak başvurucu,

Özel Daire'nin zikredilen hükümleri neden ve nasıl ihlal ettiğine açıklık getirmemiştir. Bu da başvurucunun başvurusunu anayasal uygunluğa isnat etmediği anlamına gelir.

35. Sonuç olarak başvurucu Özel Daire'deki usullerin herhangi bir şekilde keyfilikten etkilendiğini kanıtlamamıştır (bkz. mutatis mutandis, Shub – Lituanya davası ile ilgili AİHM'nin 17064/06 sayı ve 30 Haziran 2009 tarihli kabul edilmezlik kararı).

36. İçtüzüğün 36 (2) (d) kuralı şunu öngörmüştür: *"Mahkeme, açıkça isnat edilmeyip aşağıdaki kanaatlere varması durumunda istemleri reddeder: Başvurucunun kendi iddiasını yeterli şekilde kanıtlayamadığı zaman"*.

37. Yukarıdaki değerlendirmeler dikkate alındığında başvurunun açıkça temelden yoksun olduğu ortaya çıkmaktadır.

Geçici tedbir isteminin değerlendirilmesi

38. Başvurucunun geçici tedbire ilişkin Mahkemeye sunduğu istemiyle ilgili olarak Mahkeme, Yasanın 27. maddesine ve İçtüzüğün 54 (1). kuralına atıfta bulunmak ister. Söz konusu madde ve kural, Mahkemede görüşülmesi devam eden ve usul ve esasla ilgili bir karar alınmamış olduğu süre içerisinde başvurucunun geçici tedbir talebinde bulunabileceğini öngörmüştür. Ancak, istemin kabul edilmezliği tespit edildiği göz önünde bulundurulduğunda, başvurucu, İçtüzüğün 54 (1). kuralına göre geçici tedbir isteminde bulunamaz.

BU SEBEPLERDEN DOLAYI

İçtüzüğün 36 (3) (e), 36 (3) (d), 54 (2) ve 56 (2) kurallarına dayanarak Anayasa Mahkemesinin 19 Nisan 2012 tarihli duruşmasında oybirliğiyle:

I. Başvurunun kabul edilmez olarak REDDİNE

II. Geçici tedbir isteminin REDDİNE karar verilmiştir.

III. İşbu karar Yasanın 20.4 maddesi uyarınca taraflara bildirilip Resmi Gazetede yayımlanır.

IV. Karar derhal yürürlüğe girer.

Raportör Yargıç **Anayasa Mahkemesi Başkanı**

Almiro Rodrigues, imza Prof. Dr. Enver Hasani, imza