



REPUBLIKA E KOSOVËS - РЕПУБЛИКА КОСОВО - REPUBLIC OF KOSOVO

**GJYKATA KUSHTETUESE
УСТАВНИ СУД
CONSTITUTIONAL COURT**

Priştine, 31 Mart 2011
Nr.ref: AGJ 109/11

KARAR

Dava no: KI 25/10

Başvurucu

Kosova Özelleştirme Ajansı

Kosova Yüksek Mahkemesi Özel Dairesi ASC-09-089 sayı ve 4 Şubat 2010 tarihi kararının Anayasaya uygunluğunun değerlendirilmesi

KOSOVA CUMHURİYETİ ANAYASA MAHKEMESİ

Aşağıdaki yapıdadır:

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

Başvurucu

1. Başvurucu, KÖA Hukuk Departmanı Müdürü tarafından temsil edilen Kosova Özelleştirme Ajansı (bundan sonra KÖA şeklinde anılacaktır)

İtiraz Edilen Karar

2. Kosova Yüksek Mahkemesi Özel Dairesinin (bundan sonra Özel Daire şeklinde anılacaktır) itiraz edilen ASC-09-089 sayı ve 4 Şubat 2010 tarihli kararı başvuruca 10 Şubat 2010 tarihinde teslim edilmiştir.

Dava Konusu

3. Dava konusu, özelleştirmeden elde edilen gelirlerden hak kazanan işçi listelerinin yeniden yayımlanmasını gereksiz değerlendiren Özel Daire kararını bozmayı reddeden Kosova Yüksek Mahkemesi Özel Dairesi Temyiz Heyeti (bundan sonra Temyiz Heyeti şeklinde anılacaktır) kararının Kosova Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi (bundan sonra Mahkeme şeklinde anılacaktır) tarafından Anayasaya uygunluğunun değerlendirilmesine ilişkin başvuruca talebidir.
4. Başvuruca şikâyet ettiği hususlar:
 - KÖA'nın Anayasanın 113.7 Maddesine dayanarak bu istem hakkında dilekçe sunmaya hakkı olmasına;
 - Özel Daire Temyiz Heyeti kararlarının Anayasa Mahkemesi tarafından Anayasaya uygun olup olmadığına ilişkin değerlendirmeye tabi tutulmasına;
 - Temyiz Heyetinin UNMIK sorumlusu olan BM Genel Sekreteri Özel Temsilcisi (bundan sonra GSÖT şeklinde anılacaktır) makamından açıklama talebi ile KÖA'nın bağımsız bir mahkemede yargılanma hakkını ihlal etmesine;
 - Temyiz Heyetinin, UNMIK'in söz konusu davada açık ve belirgin çıkarı olduğunu bile bile UNMIK'ten açıklama talebinde bulunması ile KÖA'nın tarafsız yargılama hakkını ihlal etmesine;
 - Temyiz Heyetinin, KÖA'ya bu konuda cevap hakkı tanımayarak kanun önünde eşitlik ilkesini ihlal etmesine;
 - Temyiz Heyetinin KÖA Hakkında Yasayı yasa olarak tanımayı reddetmekle Anayasayı ihlal etmesine;
 - Temyiz Heyetinin KÖA Hakkında yasanın statüsünü ve yasanın kendisini hiçe saymaya hakkı yoktur.
 - Temyiz Heyeti, EULEX'in dört yargıcı tarafından imzalanmış kararı aldığı anda Anayasayı, Kosova Statüsü Çözümü Hakkında Geniş Kapsamlı Öneriyi ve Özel Daire İçtüzüğünü ihlal etmiştir.
 - UNMIK tarafından Kosova mahkemelerine gönderilen mektuplar, UNMIK'in Kosova yargısına yönelik kabul edilemez müdahale girişimleridir.
 - Temyiz Heyeti kararını hazırlayıp imzalayan EULEX yargıçlarının, kararın görüşülmesi Anayasa Mahkemesi tarafından buyrulması durumunda bu görüşmede yer almaması gerekirdi.
 - 1999/24 sayılı UNMIK Yönetmeliğinin 2. Maddesi Anayasanın 145. Maddesiyle çelişmektedir.
5. Başvuruca ayrıca Temyiz Heyetinin kararıyla Anayasanın 3.2 maddesinin [Kanun Önünde Eşitlik], 31.1 ve 31.2 maddesinin [Adil ve Tarafsız Yargılanma Hakkı], 54. Maddesinin [Hakların Adli Korunması] 102. Madde 2, 3 ve 4. fıkralarının [Yargı Sisteminin Genel İlkeleri], 112.2 Maddesi [Genel İlkeler], 116.3 [Kararların Yasal Etkisi], 143. Madde [Kosova Statüsünün Çözümüne İlişkin Geniş Kapsamlı Öneri], 145.2 maddesi [Uluslararası Anlaşmaların Devamı ve Uygulanabilir Mevzuat] ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin (bundan sonra AİHS şeklinde anılacaktır) 13. Maddesinin [Etkili Başvuru Hakkı] ihlal edildiğini iddia etmektedir.

6. Başvurucu Mahkemeden, Temyiz Heyetinin kararının Anayasanın bu hükümleriyle uyumlu olup olmadığını değerlendirmesini talep etmektedir.

Yasal Dayanak

7. Anayasanın 113.7 Maddesi, 03/L-121 sayı ve 16 Aralık 2008 tarihli Kosova Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi Hakkında Yasanın (bundan sonra "Yasa" şeklinde anılacaktır) 22. Maddesi ve Kosova Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün (bundan sonra "İçtüzük" şeklinde anılacaktır) 56 (1) Kuralı.

Davanın Mahkemeye Geliş Biçimi

8. Başvurucu 23 Nisan 2010 tarihinde Mahkemeye başvurmuştur
9. Başvurucunun istemi 3 Haziran 2010 tarihinde Özel Daireye bildirilmiştir. Özel Daire bu istemle ilgili yorumunu 8 Temmuz 2010 tarihine Mahkemeye sunmuştur. Özel Daire "çıkarttıkları kararların esasını, onların yasal gerekçelerine göre belirlendiklerini" beyan etmiştir.
10. Mahkeme Başkanı, GJR. 25/10 sayı ve 28 Haziran 2010 tarihli kararıyla Yargıç Gjyljeta Mushkolaj'ı raportör yargıç olarak görevlendirmiştir. Başkan, aynı tarih ve KSH 25/10 sayılı kararıyla Yargıç Altay Suroy başkanlığında, yargıçlar Almiro Rodrigues ve Kadri Kryeziu'dan oluşan ön inceleme heyetini belirlemiştir.
11. Mahkeme, 2 Şubat 2011 tarihinde başvurucudan ilave belge ve açıklamalar için talepte bulunarak, başvurucu 8 Şubat 2011 tarihinde buna karşılık vermiştir.
12. Mahkeme, 18 Şubat 2011 tarihinde başvurucudan bir kez daha ek belge ve açıklama talebinde bulunarak, başvurucudan bununla ilgili karşılık gelmemiştir.
13. Mahkeme, 3 Mart 2011 tarihinde Genel Sekreter Özel Temsilciliğini başvuru konusunda bilgilendirmiş olup, temsilcilikten de cevap gelmemiştir.
14. Mahkeme, 30 Mart 2011 tarihinde istemi görüşüp oylamıştır.

Olguların Özeti

15. Kosova Cumhuriyeti Meclisi (bundan sonra Meclis şeklinde anılacaktır) 21 Mayıs 2008 tarihinde 03/L-067 sayılı Kosova Özelleştirme Ajansı Hakkında Yasayı (bundan sonra KÖA Yasası şeklinde anılacaktır) onaylamıştır. KÖA Yasasının 1. Maddesinde "Ajans, bağımsız bir kamu kuruluşu olarak kurulmaktadır..." ve "...Kosova Emanet Ajansının Kurulmasına ilişkin 2002/12 sayılı UNMIK Yönetmeliğine (bundan sonra 2002/12 sayılı UNMIK Yönetmeliği şeklinde anılacaktır) göre kurulan Kosova Emanet Ajansının (bundan sonra KEA şeklinde anılacaktır) sahip olduğu mallar ve sorumlulukları devam ettiren ardılı niteliğinde kurulmaktadır" denmektedir. Dahası KÖA Yasasının 31. Maddesi 1. Fıkrasında "KÖA Yasasının, yürürlükte olup kendisiyle çelişen her türlü yasal hükme karşı üstünlüğü vardır" denmektedir. Aynı maddenin 2. fıkrasında ise "KÖA Yasasının yürürlüğe girmesinden sonra, değiştirilmiş ve tamamlanmış olan 2002/12 sayılı UNMIK Yönetmeliği artık hukuki etkisi kalmayacaktır" denmektedir.
16. UNMIK Hukuk İşleri Dairesi (bundan sonra HİD şeklinde anılacaktır) Müdürü 22 Haziran 2009 tarihinde İstok Belediye Mahkemesi Başkanına gönderdiği bir yazıda, kamu şirketlerinin (KŞ) yönetiminden Kosova Emanet Ajansı üzerinden UNMIK'in sorumlu olduğu gerçeğini dikkate alarak HİD, KŞ ve malları hakkında 2008

Haziranından sonra Kosova'daki ilgili mahkemelerce çıkartılan karar ve emirnamelerin nüshalarına ihtiyaç duyduğu belirtilmiştir.

17. Özel Daire Mahkeme Heyeti, 16 Ekim 2009 tarihinde SCEL-09-0003 sayılı davayla ilgili kararı çıkartarak özelleştirmeden elde edilen gelirlere yasal hakkı olan çalışanların listesini geçersiz ilan etmiştir. Mahkeme Heyeti bu davayla ilgili işlemi askıya alıp şikâyetçi / davalı tarafa (KÖA) yasaya uygun şekilde yeni bir liste oluşturmasını talimatını vermiştir.
18. Özel Daire Temyiz Heyeti Başkanı, Kosova Özelleştirme Ajansının kuruluşuna ilişkin yasanın Meclisten onaylanıp yürürlüğe konduğu ve Özel Dairenin içtihadını dikkate alarak, 26 Ekim 2009 tarihinde GSÖT'den, Kosova Emanet Ajansı ile ilgili davaları görüşmek üzere Kosova Yüksek Mahkemesi Özel Dairesinin kuruluşuna ilişkin 2002/13 sayılı UNMIK Yönetmeliğinin değiştirilmesi için çıkartılan 2008/4 sayılı UNMIK Yönetmeliğinin (Özel Daire Nezdinde Hakkında Dava Açılabilen Kişi ve Organları Düzenleyen) 5.2 Maddesi hakkında açıklama talebinde bulunmuştur.
19. Özel Dairenin GSÖT'den talep ettiği açıklama, KÖA'nın 2008/4 sayılı UNMIK Yönetmeliği hükümlerine göre Ajans olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğiyle ilgilidir.
20. GSÖT'nin 12 Kasım 2009 tarihinde Özel Daireye 2008/4 sayılı UNMIK Yönetmeliğinin 5.2 Maddesiyle ilgili gönderdiği açıklamada "KEA'nın kuruluşuna ilişkin 2002/12 sayılı UNMIK Yönetmeliği Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyinin 1244 sayılı Kararı (Bundan sonra 1244 sayılı BMGK Kararı şeklinde anılacaktır) doğrultusunda çıkartılmış olup yürürlüğe konmuştur. Bunun iptali veya değiştirilmesi için diğer bir UNMIK Yönetmeliğinin çıkartılması gereklidir. Şimdiye kadar böyle bir şey meydana gelmemiştir" denilmektedir.
21. GSÖT'ye göre KÖA Yasasının yeni bir UNMIK Yönetmeliğiyle ilan edilmeden 15 Haziran 2008 tarihinde girmiştir iddialarıyla ne 2002/18 sayılı UNMIK Yönetmeliğini iptal ettirilebilir ne de bağımsız bir ajans olan KEA'nın tüzel kişiliği feshedilebilir. KEA "en iyi ihtimalle KEA/UNMIK'in otoritesini onaylamadan faaliyet gösteren KÖA'nın ajanı olarak sayılabilir. GSÖT devamında "Bu açıklama, UNMIK'in ne geçmişte ne de gelecekte BMGK'nin 1244 kararına göre kurulan KEA'nın mirası ve otoritesinin KÖA'ya devri ile ilgili gayretleri onaylamayacağını en iyi göstergesidir" ve "KÖA'yla ilgili mevzuatın her ihmali, Özel Dairenin davalarına KEA'nın kapsanmasını engellemektedir" diye eklemektedir. Ancak GSÖT'ye göre "KÖA'nın tüzel kişiliğe sahip olmadığı sürece, değiştirilen 2008/4 sayılı UNMIK Yönetmeliğinin 5. Maddesine uygun şekilde kesin bir yargıya varabilmek için KÖA'nın halen gerekli tüzel kişiliğe sahip olduğu değerlendirilemez". GSÖT'ye göre Özel Daire KÖA'yı, aslında mevcut yasalara göre ortak çıkarlar için faaliyet gösteren ama henüz tescil edilmemiş birkaç gerçek kişinin genel bir ortaklığı olarak değerlendirebilir. GSÖT, KÖA faaliyetlerini gerçekleştiren bir dizi gerçek kişinin olduğu ve bu faaliyetler için işbirliği yaptıkları, 1244 (1999) sayılı BMGK Kararına uygun yasal altyapının eksikliğinde KÖA'nın kurulduğu sonucuna varmıştır.
22. KÖA 20 Kasım 2009 tarihinde, KÖA tarafından hazırlanan işçi listesini geçersiz ilan eden Özel Dairenin 16 Ekim 2009 tarihli kararına karşı itiraz dilekçesi sunmuştur.
23. UNMIK HİD'in Suhareka Belediye Mahkemesi Başkanına gönderdiği 8 Ocak 2010 tarihli yazısında KEA'nın Temmuz 2008'den sonra faal olmaması olgusuna karşın tüzel kişilik olarak var olamaya devam ettiğini ve KEA'nın Özel Daire tarafından Kosova mahkemelerine devredilmiş davaları da dahil olmak üzere Özel Dairede görüşülmekte olan davalarıyla ilgili temsilcisinin UNMIK olduğu bildirilmiştir.

Yazıda, KEA'nın müdahil olduğu her türlü hukuki davayla ilgili yazışmanın UNMIK HİD'e yöneltilmesi gerektiği ve KEA'nın taraf olduğu davalarla ilgili alınan kararların UNMIK HİD'e bildirilmeksizin kesinleşmeyeceği açıklanmıştır.

24. EULEX'ten üç uluslararası yargıçtan oluşan Özel Daire Temyiz Heyeti KÖA'nın 20 Kasım 2009 tarihli itirazını yerinde bulmayarak 4 Şubat 2010 tarihinde reddetmiştir. KÖA'nın statüsü ve KÖA Yasasıyla ilgili olarak Temyiz Heyeti "Kosova'da yürürlükte olan yasalara göre KŞ'leri özelleştirip yasal çalışanlarının % 20'sini tasfiye etmeye yetkili ajans olması gereken KEA bu alandaki faaliyetini sürdürmüyüp bu sorumluluğu (dolaysız uygulanabilir olmayan) KÖA Yasasına göre başvuru üstlendiğine göre, özelleştirme sürecine dâhil edilen işçilerin mahkemelere etkili erişimini AIHS'nin 6. maddesine göre sağlayabilmek amacıyla, Özel Daire KÖA'nın çalışmalarını kabul etmektedir" denmiştir. Heyet, devamında "Bu, Özel Dairenin KÖA Yasasını Kosova'da uygulanabilir yasa olarak kabul ettiği anlamında yorumlanamaz, ancak özelleştirme sürecine dâhil edilen şirketin bu süreci güvenli ve adil gerçekleştirilebilmesi için geçerli ve bağlayıcı bir içtüzük şeklinde değerlendirilmesi gerekmektedir" açıklamasında bulunmuştur. Heyet son olarak "KEA'nın özelleştirme alanında ardılı olarak faaliyet gösteren KÖA, en azından bu bağlamda, KÖA Yasasında belirtilen kuralları izlemesi gerekir" tespitinde bulunmuştur.

Başvurucunun İddiaları

25. Başvurucu, Kosova Özelleştirme Ajansının kuruluşuna ilişkin yasanın Kosova'da uygulanabilir yasa olarak Meclis tarafından çıkartıldığını ve Kosova Emanet Ajansı ile ilgili davalarda Kosova Yüksek Mahkemesi Özel Dairesinin yargılama yetkisini dikkate alarak, Özel Daire Temyiz Heyetinin, 26 Ekim 2009 tarihinde GSÖT'ye gönderdiği yazısında Kosova Emanet Ajansı ile ilgili davaları görüşmek üzere Kosova Yüksek Mahkemesi bünyesinde Özel Dairenin kuruluşuna ilişkin 2002/13 sayılı UNMIK Yönetmeliğinin değiştirilmesine yönelik çıkartılan 2008/4 sayı ve 5 Şubat 2008 tarihli UNMIK Yönetmeliğinin 5.2 Maddesi hakkında açıklama talep ederek Özel Daire Temyiz Heyeti Başkanı gibi davranmış, bu şekilde KÖA'nın bağımsız bir mahkemede adil ve tarafsız yargılanma hakkını ihlal ettiğini iddia etmektedir.

26. Başvurucu bu doğrultuda, yürütme ve taraflardan asgari derecede bağımsız olan her mahkemenin bağımsız mahkeme olarak tanımlayan AIHM içtihadına özellikle atıfta bulunmaktadır. AIHM, Champbell ve Fell – Birleşik Krallık davasında (28 Haziran 1984, Seri A, no 84, §78) herhangi bir mahkemenin bağımsızlığını değerlendirmek için göz önünde bulundurulması gereken bazı etmenleri belirlemiştir:

"Bir organın ve özellikle yürütme ve dava taraflarının 'bağımsız' olduğunu belirlemek için (bkz. Le Compte, Van Leuven ve De Meyere davası, 23 Haziran 1981 kararı, Seri A no 43, s. 24, madde 55), Mahkeme, üyelerinin atanma şeklini ve üyelerin görev sürelerini (a.g.k. s. 25-25, madde 57), dış baskılara karşı güvencelerin varlığını (bkz. Piersack davası 1 Ekim 1982 kararı, Seri A no 53, s. 13, madde 27) ve organın bağımsız görünümünde olduğu meselelerini (bkz. Delcourt davası 17 Ocak 1970 kararı, Seri A, no 11, s. 17, madde 31) göz önünde bulundurur".

27. Başvurucu devamında AIHM Beaumartin – Fransa davası 24 Kasım 1994 tarih, Seri no 296-B kararına atıfta bulunarak, söz konusu kararda Fransa Conseil d'Etat'ını, bir davanın yasaya göre Dışleri Bakanlığı tarafından yapılan bir anlaşmayla uygun olup olmadığını yorumlamaya mecbur kılmıştır. AIHM, bunun yargı bağımsızlığı ile çeliştiğini ve bu uluslararası anlaşmanın mahkemenin tam yetkisini tamamen uygulamayı engellediğini, bu yüzden bunun Sözleşmenin 6. maddesini ihlal ettiği tespitinde bulunmuştur.

28. Başvurucu devamında AİHM Sovransavto Holding – Ukrayna davası 25 Temmuz 2002 kararına atıfta bulunarak, söz konusu AİHM kararında, Ukrayna Cumhurbaşkanı'nın Ukrayna ile Rus şirketleri arasındaki bir davaya bakan ilgili mahkemelere gönderdiği yazıda Ukrayna vatandaşlarının haklarını korumayı talep etikten sonra, mahkeme çelişkili ve olağan olmayan karar alarak Sözleşmenin 6. Maddesinin ihlal edildiği tespit edilmiştir.
29. Başvurucu, ülke çıkarlarının korunması amacıyla mevzuat kabulü vasıtasıyla yargı karar alma sürecine müdahaleyle ilgili olarak AİHM'nin Zelinsky, Pradal, Gonsales ve diğerleri – Fransa davası 28 Temmuz 1999 kararı, § 57-58, 1999-VII Raporlarına atıfta bulunarak, mevzuat söz konusu davanın sonucunu belirlediğini belirtmiştir. AİHM, "Mahkeme, ilke olarak mevcut yasalardan kaynaklanan hakları düzenlemek üzere geriye dönük yeni hükümler kabul edip medeni hukuk davalarında kapsamadığı sürece, 6. Maddede yer verilen hukukun üstünlüğü ilkesi ve adil yargılama nosyonu, genel çıkarlara yönelik zorunlu gerekçelerden farklı olarak, anlaşmazlıkları yargı yoluyla çözmeye etki etmek üzere tasarlanmış adaletin mevzuat tarafından yönetilmesine yönelik her müdahaleyi reddettiğini yinelemektedir" açıklamasında bulunmuştur.
30. Başvurucuya göre, AİHM'nin emsal teşkil eden içtihadına bakıldığında, Özel Dairenin UNMIK GSÖT'ye yönelttiği böyle bir talebin Avrupa yargısının kabul ettiği uluslararası normlarıyla çelişmektedir.
31. Başvurucu, UNMIK'in Özel Daireye gönderdiği yazıda belirtildiği üzere BMGK'nin 1244 sayılı kararına göre Kosova'da temel yürütme organı ve UNMIK'in yöneticisi GSÖT olduğuna göre, Özel Dairenin açıklama talebi bağımsız bir mahkemede bağımsız bir yargılama süreciyle haklarının ihlal edildiğini iddia etmektedir. Dahası, söz konusu davada KEA'yı temsil eden UNMIK Hukuk Departmanı veya Özel Dairede görülen davada taraf sayılabilecek olan UNMIK'e yazı gönderilmiştir. Buna ilaveten başvuru GSÖT'nin UNMIK tarafından hazırlanıp GSÖT tarafından ilan edilen yasal hükümle –Özel Daire hakkında yönetmelik- ilgili açıklama sunmuştur. Öyle ki bu yasal hükümle ilgili olarak UNMIK ve GSÖT yasa koyucu olarak değerlendirilip "açıklamanın" UNMIK'in içtüzüğünden (bu durumda Özel Daire hakkında yönetmelik) kaynaklanan bir mesele olarak itiraz edilen diğer bir yasal ilave olarak görülmesi gerekir.
32. Özel Daire, UNMIK yazısına cevap vermek üzere KÖA'ya imkan tanımayıp açıklamada sunulan temel hukuki tespitleri tekrar eden 4 Şubat 2010 tarihli (ASC-09-0089) kararı almıştır. Tüm bunlar Özel Dairenin, UNMIK KÖA davasında UNMIK lehine taraflılığını gösterir. Bununla ilgili olarak başvuru, AİHM'nin başvuru'nun duruşma bitmeden Genel Savcıya cevap verme imkanı olmadığı ve bunun başvuru'nun hak ihlali teşkil ettiği olgusundan hareketle "Bu hak, ilke olarak, suç veya medeni dava yargılamasındaki tarafların mahkeme kararına etkileri olmaları için, bağımsız ulusal hukuk hizmetlerinden bir üyeden bile olsa, delil ve incelemeler hakkında bilgilendirilip onlar hakkında yorum yapma imkanına sahip olmaları gerekir. Sonuç olarak AİHM, bu olgunun kendi içerisinde Sözleşmenin 6 (1) Maddesinin ihlalini barındırmaktadır" değerlendirmesinde bulunan Vermeulen – Belçika kararına atıfta bulunmaktadır.
33. Devamında başvuru, Anayasanın 102.3, 112.1 ve 116.3 maddelerine göre Özel Daire Temyiz Heyetinin, KÖA Yasasını yürürlükten kaldırmaya yönelik karar alma yetkisine sahip organ olmadığını ileri sürmektedir. Dahası, Anayasanın VIII Kısımına [Anayasa Mahkemesi] göre Kosova Cumhuriyetinde bir yasayı geçersiz ilan edebilecek yetkiye sahip tek organın Anayasa Mahkemesi olduğunu açıklamaktadır. Temyiz Heyetinin kararı KÖA Yasasını "özelleştirme sürecine dâhil edilen şirketin bu

süreci güvenli ve adil gerçekleştirilebilmesi için geçerli ve bağlayıcı bir içtüzük şeklinde değerlendirilmesi gerekmektedir” şeklindeki değerlendirmesiyle bu yasayı tanımayı açık bir şekilde reddetmektedir. Bu çerçevede karar, Özel Daire yetki alanının tamamen dışında olan KÖA Yasasının yasal statüsünü tasfiye etmeye çalışmaktadır.

34. Başvurucuya göre Temyiz Heyetinin üyesi olan dört (4) EULEX yargıcının kararı ile Özel Daire Anayasanın 143 ve 145.2 maddeleri, Kosova Statüsü Geniş Kapsamlı Çözüm Önerisi (bundan sonra Geniş Kapsamlı Öneri şeklinde anılacaktır) VII. Eki [Mülk ve Arşivler] 3.2 ve 3.3 maddeleri ve Özel Daire İçtüzüğü 3.3 maddesi ihlal edilmiştir. (Anayasanın 143. Maddesine göre yürürlükte olan) Geniş Kapsamlı Önerinin VII. Eki 3.3 maddesi, Özel Daire Temyiz Heyetinin üç uluslararası yargıcının olacağını açıkça belirtmiştir. Geniş Kapsamlı Önerinin hiçbir hükmü Temyiz Heyetine dördüncü bir uluslararası yargıcın atanmasını öngörmez.
35. Bundan başka başvuru, Özel Daire İçtüzüğü 3.3 maddesinin Temyiz Heyetinin Özel Daire Başkanı, iki uluslararası yargıç, iki de daimi ikametgahı Kosova olan yargıçtan oluştuğunu öngördüğünü ileri sürmektedir. Özel Daire İçtüzüğün hiçbir hükmü Temyiz Heyetine dört uluslararası yargıcın atanmasını öngörmemektedir. Anayasanın 143. Maddesi Geniş Kapsamlı Önerinin Özel Daire İçtüzüğü karşısında üstünlüğünün olacağını öngörmektedir. Öyle ki Geniş Kapsamlı Öneri, Temiz Heyetinin üç uluslararası yargıcının olacağını açık ve kesin bir şekilde öngörmekte olup, Özel Daire İçtüzüğünün Geniş Kapsamlı Öneri ile uyumlu şekilde yorumlanması gerektiği ve Temyiz Heyetine dört uluslararası yargıcın görevlendirilebileceği şeklinde yorumlanamayacağı ileri sürülmüştür.
36. Başvurucu, 23 Nisan 2010 tarihinde Anayasa Mahkemesine başvuruda bulunup Mahkemeden Özel Dairenin kararını feshetmeyi, Özel Dairenin kendi kararını doğru esaslara göre ve Anayasaya uygun ve tarafsız bir biçimde gözden geçirmesini talep etmiştir.
37. Başvurucu Mahkemeden, Özel Dairenin kararını Anayasanın 31.2, 53, 102.2, 102.4 maddelerine ve AİHS 6. maddesine göre iptaline karar vermesini talep ederek, bu davada karar alan EULEX yargıçlarının duruşmaya katılmaması gerektiğini ileri sürmektedir.

İstemin Kabul Edilirliğinin Değerlendirilmesi

38. Mahkemenin, başvurunun istemi hakkında karar verebilmek amacıyla, öncelikle Anayasa, Yasa ve İçtüzükle belirlenen kabul edilirlilik koşullarının yerine getirilip getirilmediğini değerlendirmesi gerekmektedir.
39. Mahkeme öncelikle başvurunun, Anayasanın 21.4 anlamı çerçevesinde tüzel kişilik olarak yetkili taraf olup olmadığını değerlendirip Anayasaya göre tüzel kişilikler için uygulanabilir ölçüde öngörülen temel hak ve özgürlükleri beyan etmek durumundadır. Bu çerçevede KÖA Yasasının 1. Maddesine atıfta bulunulmuştur. Bu madde “Ajans, tam anlamıyla tüzel kişiliğe sahiptir” belirlemiştir. Öyle ki Anayasanın 113.7 maddesine göre başvuru bu davayla ilgili Anayasa Mahkemesine başvuruya yetkili taraftır.
40. Aynı şekilde, davayla ilgili nihai mahkeme kararının açıklandığı tarihten itibaren dört ay içerisinde başvurulması gereğiyle ilgili olarak Mahkeme, Özel Daire Temyiz Heyetinin ASC-09-089 sayılı kararının 4 Şubat 2010 tarihinde açıklanıp başvurucuya 10 Şubat 2010 tarihinde teslim edildiği tespit edilmiştir. Başvurucu Anayasa

Mahkemesine 23 Nisan 2010 tarihinde başvurmuştur. Yasanın 49. Maddesinde Mahkemeye başvuru için belirlenen süre koşulunu da yerine getirmiştir.

41. Mahkeme, başvurucaunun tüm kanun yollarını tükettiğini de tespit etmiştir. Özel Dairenin Mahkemeye gönderdiği 8 Temmuz 2010 tarihli bir yazıya göre “özelleştirme davalarında nihai yargı mercii”nin Özel Daire Temyiz Heyeti olduğu belirtilmiştir. Sonuç olarak Yasanın 47.2 Maddesinde belirtilen tüm kanun yollarını tüketme koşulu da yerine getirilmiştir.
42. Mahkeme, başvurucaunun Yasanın 48. Maddesinde belirtilen koşulların da yerine getirildiğini tespit etmiştir. Söz konusu madde: “Başvuruca, başvurusunda hangi hak ve özgürlüklerinin ihlal edildiğini ve kamu otoritesinin hangi somut hükmüne karşı itirazda bulunduğunu açıkça belirtmesi gerekmektedir” şeklindedir.
43. Başvuruca yetkili taraf olup Mahkemeye başvuru için süre sınırlarına riayet ettiği ve tüm kanun yollarını tüketip itiraz edilen kararla hangi hak ve özgürlüğünün ihlal edildiğini açıkça belirttiğine göre, Mahkeme, tüm kabul edilirlilik şartlarının yerine geldiğini tespit etmiştir.

İstemın Yasal Değerlendirilmesi

44. Başvuruca, başvurucaunun usul açısından kabul edilirlilik koşullarını yerine getirdiğine göre Mahkeme davayı esastan görüşmek durumundadır.

1. Başvurucaunun Yasal Statüsüyle İlgili Olarak

45. Başvuruca, Özel Daire Temyiz Heyetinin Özel Daire nezdinde davacı olarak belirlenmiş tarafların bir listesini sunarak 2008/4 sayılı UNMIK Yönetmeliğinin (Yüksek Mahkeme Özel Dairesinin kuruluşuna ilişkin 2002/13 sayılı yönetmelik değişikliği hakkında yönetmelik) 5.2 Maddesinin UNMIK tarafından yorumlanmasını talep ederken adil ve tarafsız bir duruşmada bağımsız ve tarafsız bir heyet tarafından KÖA'nın hakkını ihlal ettiğini iddia etmektedir. Başvurucaunun görüşüne göre böyle bir talep Anayasanın 31.2 maddesi [Adil ve Tarafsız Yargılanma Hakkı], 53. maddesi [İnsan Hakları Hükümlerinin Yorumlanması], 102 (2) ve (4) maddesi [Yargı Sistemi Genel Esasları] ile çelişmektedir.
46. Mahkeme, GSÖT'nin 12 Kasım 2009 tarihinde Özel Daire Temyiz Heyeti Başkanına sunduğu açıklamaya göre “UNMIK'in KÖA'ya karşı genel tutumu bilinmekte ve bu Daire tarafından görüşülen çeşitli davalarda Dairenin dikkatine sunulmuştur... KÖA'ya göre yasal anlamı dikkate alındığında, KÖA'nın kurulmasını öngören Kosova Meclisi mevzuatının yasal esas olarak kabul edilmesi başarısız olmuştur. KÖA mevzuatı, meşruluk kazanmaya çalıştığı teme hakları ihlal etmektedir: Ahtisaari Önerisi VII. Ek 2.1 maddesi”. Açıklamanın devamında “KÖA Kosova'da yürürlükte olan yasalara göre kurulmamıştır ve BMGK'nin 1244 (1999) sayılı kararına göre KEA'nın yasal ardılı olarak değerlendirilemez” ve “KÖA'ya tüzel kişilik statüsü düzenlemez” ve “...Özel Dairenin KÖA'yı tüzel olmayan kişilik olarak takdir etme ehliyeti...” denmektedir.
47. Soru ile ilgili olarak Temyiz Heyeti, başvuruca tarafından iddia edildiği şekilde, ASC-09-089 sayılı kararı hakkında UNMIK açıklamasını dikkate aldıysa, Mahkeme, UNMIK tarafından yapılan yorumun Temyiz Heyetinin kararına yansıdığını tespit etmiştir. Örneğin, Temyiz Heyeti “KÖA çalışmalarını olgu meselesi olarak kabul eder...” ve “...KÖA, fiili bir oluşum olarak KÖA yasasına göre kurulmuştur...” Dahası, Temyiz Heyeti “Bu, Özel Dairenin KÖA Yasasını Kosova'da uygulanabilir yasa olarak kabul ettiği anlamında yorumlanamaz; ancak, özelleştirme sürecine dâhil edilen

şirketin bu süreci güvenli ve adil gerçekleştirilebilmesi için geçerli ve bağlayıcı bir içtüzük şeklinde değerlendirilmesi gerekmektedir”.

48. Öyle ki Mahkemenin değerlendirmesine göre Yüksek Mahkeme Özel Dairesi, UNMIK GSÖT tarafından açıklama talep ederek ve bu açıklama talebi hakkındaki görüşünü beyan etmesi için Anayasanın 31. Maddesi [Adil ve Tarafsız Yargılanma Hakkı] ile AIHS 6. Maddesine [Adil ve Tarafsız Yargılanma Hakkı] göre hakkı olan başvuruçuyu bildirilmeyip sadece kendi kararında ASC-09-089 şeklinde atıfta bulunularak, Özel Dairenin tarafsız bir yargı heyeti olarak değerlendirilmesine imkan vermez.
49. Netice itibariyle Özel Daire, kendi fiillerinde yukarıda zikredilen maddeleri ihlal etmiştir.
50. Temyiz Heyeti kendi ASC-09-089 sayılı kararında, yukarıda zikredildiği üzere, KÖA'nın hukuki statüsünü de değerlendirmiştir. Her ne kadar 03/L-067 sayılı yasanın 5. maddesi [Kosova Özelleştirme Ajansının Kuruluşu ve Yasal Statüsü] “bağımsız bir kamu organı olarak kurulmuştur, ...hukuki ehliyeti tamdır... [ve] 2002/12 sayılı UNMIK yönetmeliğine göre kurula Kosova Emanet Ajansının ardılıdır” gerçeğine rağmen KÖA'nın fiili bir kuruluş olduğunu hükmetmiştir.
51. Bununla ilgili olarak Mahkemenin tutumu şudur ki, adil yargılanmanın boyutlarında biri de dava taraflarının duruşmalarda etkin bir şekilde yer almalarıdır. Mevcut davada başvuruçunun, Özel Dairenin ASC-09-089 sayılı kararında belirtilen “...fiili kuruluş...” şekliyle değil de 03/L-067 sayılı yasada belirtildiği gibi “Kosova Özelleştirme Ajansı” adıyla dava tarafı olması gerekirdi.
52. Mahkeme, Özel Dairenin, başvuruçunun dava tarafı olarak 03/L-067 sayılı yasada belirtilen yasal statüsünü kabul etmeyerek Anayasanın 31. maddesi ve AIHS 6. maddesiyle güvence altına alınan adil yargılama hakkını ihlal ettiğini değerlendirmektedir.
53. Bu koşullarda Mahkeme, Kosova Yüksek Mahkemesi Özel Dairesi Temyiz Heyetinin Kosova Meclisince çıkartılan yasaları yok saymaya devam ettiği sonucuna varmıştır. Aslında Özel Daire, Kosova'nın bağımsız bir ülke olarak ve onun Meclisinden çıkartılan yasaları yok saymaya devam etmektedir.
54. Bununla ilgili olarak Mahkeme, 17 Şubat 2008 tarihinde bağımsızlık ilanının uluslararası hukuku ve Güvenlik Konseyinin 1244 (1999) sayılı kararını ihlal etmediği yönündeki Uluslararası Adalet Divanınının 22 Temmuz 2010 tarihli tavsiye niteliğindeki kararına atıfta bulunmaktadır. Mahkemenin görüşüne göre Kosova'nın bağımsızlık bildirgesi ışığında bağımsız bir devlet olarak kuruluşu ve şimdiye kadar 75 ülke tarafından devlet olarak kabul edilişi Güvenlik Konseyinin 1244 (1999) sayılı kararı ve “Kosova Cumhuriyeti uluslararası hukuka riayet eder” şeklinde Kosova Anayasasınının 16 (3) maddesinde belirtilen uluslararası hukuk kuralları ile ters düşmemektedir.
55. 16 Haziran 2009 tarihinde yürürlüğe giren Anayasanın 7. Maddesi [Değerler] şu değerleri belirlemiştir: “Kosova Cumhuriyetinin Anayasal Düzeni özgürlük, barış, demokrasi, eşitlik, insan haklarına saygı, hukukun üstünlüğü, ayrımcılığının yapılmaması, mülkiyet hakkı, çevre koruma, sosyal adalet, çoğulculuk, devlet yetkilerinin paylaşımı ve piyasa ekonomisi ilkelerine dayanır”.
56. Hukuk üstünlüğünün bir parçası olarak Anayasanın 102. Maddesi [Yargı Sistemi Genel Esasları] 3. Fıkrası “Mahkemeler, Anayasa ve yasalara göre yargılama yaparlar” tanımına göre Kosova yargı sisteminin bir parçası olan Yüksek Mahkeme Özel

Dairesinin Kosova Meclisince kabul edilen yasalara uymak gibi aynasal ve yasal bir zorunluluğu vardır.

57. Dahası, Kosova'daki tüm yasal hükümlerin karşısında üstünlüğü olan Kosova Statü Çözümüne İlişkin Geniş Kapsamlı Önerinin IV. Eki [Adalet Sistemi] 1.1 maddesi, açık bir şekilde "Yüksek Mahkeme, itirazlarla ilgili yasalara uygun kararlar alarak yasaların tekbiçimsel uygulanmasını sağlayacaktır" sınırlamasında bulunup, bu yüzden Yüksek Mahkemenin bir parçası olan Özel Daire, bu hükme uymakla yükümlüdür.
58. Son olarak Anayasanın 145. Maddesi [Uluslararası Anlaşmaların ve Yürürlükteki Yasaların Sürekliliği] şunu belirlemiştir: "Bu Anayasanın yürürlüğe girdiği gün yürürlükte olan uluslararası anlaşmalar ve uluslararası işbirliği ile ilgili diğer hükümler, söz konu anlaşma ve hükümlerin tekrar müzakere edildiği, anlaşma veya hüküm koşullarıyla geri çekildiği veya ilgili anlaşma veya hükmün kapsadığı alanla ilgili ve bu Anayasaya uygun şekilde onaylanan yeni uluslararası anlaşma veya hükümlerle yeri değiştirilinceye kadar yürürlükte kalmaya devam edeceklerdir". Anayasanın nihai yorumlayıcısı olan Anayasa Mahkemesi, bu Anayasanın yürürlüğe girdiği tarihte yürürlükte olan mevzuat içerisinde UNMIK yönetmelikleri ve 15 Haziran 2008 tarihinden önce GSÖT tarafından çıkartılan kararlar da sayılmaktadır. 145. Maddeye uygun olarak bu tür yönetmelik ve genelgeler ve diğer mevzuat, Anayasaya uygun şekilde yürürlükten kaldırılıncaya, başkaları ile değiştirilinceye veya değiştirilinceye kadar Anayasaya uygun oldukları ölçüde uygulanacaklardır.
59. Netice itibariyle 03/L-067 sayı ve 21 Mayıs 2008 tarihli Kosova Özelleştirme Ajansı yasasının [Yürürlükteki Yasa] 31. Maddesiyle yürürlükten kaldırılan değiştirilmiş 2002/12 UNMIK yönetmeliğiyle ilgili: "Mevcut yasa yürürlüğe girdiği tarihten itibaren değiştirilmiş 2002/12 sayılı UNMIK Yönetmeliğinin yasal hükmü olmayacaktır" denmiş olduğundan söz konusu yönetmelik yürürlükte değildir. Öyle ki ilgili UNMIK yönetmelik ve genelgeleri 03/L-067 sayılı yasaya uygun oldukları ölçüde yürürlükte kalmaya devam edeceklerdir.
60. Bu koşullarda Mahkeme, Yüksek Mahkeme Özel Dairesinin ASC-09-089 sayılı kararında Geniş Kapsamlı Öneride öngörülen "yasaların tekbiçimsel uygulanmasının sağlanmadığı" açıkça görülmekte olup 03/L-067 sayılı yasayı uygulamayarak Anayasanın 102 Maddesinde öngörülen ve yukarıda zikredilen yükümlülükleri doğrultusunda hareket etmediğini değerlendirmektedir. Aksine, Kosova Meclisinde usule uygun şekilde kabul edilen 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 KOA kuruluşunun geçerli ve bağlayıcı iç kuralları olarak değerlendirmiştir.
61. Özel Dairenin yasayı tekbiçimli uygulamayı sağlamamıştır tespiti, Kosova Meclisinde 13 Mart 2008 tarihinde kabul edilen ve Kosova'da görev yapan EULEX savcı ve yargıçlarının davalarını belirleme ile ilgili Özel Dairede görevli EULEX Yargıçlarının hukuki statüsünü belirleyen 03/L-053 sayılı yasa, EULEX tarafından etkin bir şekilde uygulanmış olmasının Mahkemece tespit edilmesi olgusuyla daha açık bir şekilde ortaya konmuştur. Bu yasanın 1. Maddesi [Amaç], EULEX savcı ve yargıçlarının yargılama yetkilerinin Kosova Yargı ve Savcılık Sistemine entegre edilmesini düzenlemektedir. Mahkeme, 03/L-053 sayılı yasaya göre Yüksek Mahkeme Özel Dairesinde görevli EULEX yargıçlarının Kosova Cumhuriyeti Meclisinde usule uygun kabul edilen yasaları uygulamayı reddetmelerini akıl almaz olarak değerlendirmektedir.

62. Netice itibariyle Kosova Meclisinde usule uygun şekilde kabul edilen 03/L-067 sayılı KÖA yasasını uygulamayarak Yüksek Mahkeme, Anayasanın 102. Maddesini ihlal etmiştir.

2. Başvurucunun Temyiz Heyetinin yapısı hakkındaki itirazıyla ilgili olarak

63. Başvurucu, söz konusu davayı görüşen Temyiz Heyetinin dört (4) EULEX yargıcından oluşmasından dolayı Anayasanın 31.2 ile 54. maddeleri, Geniş Kapsamlı Öneri ve Özel Dairenin İçtüzüğü'nün ihlal edildiği yönünde şikayetçidir.

64. Temyiz Heyetinin kararından davanın görüştüğü süre içerisinde heyette dört (4) değil, üç (3) EULEX yargıcının bulunduğu anlaşılmaktadır. Başvurucu tarafından zikredilen üyelere birisi EULEX yargıcı değil EULEX tescil memurudur.

65. Başvurucunun ileri sürdüğü şekilde Temyiz Heyetinde iki (2) Kosovalı yargıcın bulunmayışının Geniş Kapsamlı Önerinin VII Kısımındaki 3.3 maddesi ve Anayasanın 31.1 ve 54. maddelerin ihlali oluşturup oluşturmadığını da tespit etmek gerekir.

66. Bu bakımdan Mahkeme, Temyiz Heyeti kararlarına Kosovalı yargıçların katılmasının, bu heyetin işleyişi açısından zorunlu şart olmadığını tespit etmiştir.

67. 2008/6 sayılı Genelgenin 14. Maddesine göre Yüksek Mahkeme Özel Dairesi Temyiz Heyetinin yapısıyla ilgili kurallar belirlenirken, bu heyetin önüne gelen davalarda karar almak için üç üyelik bir yetersayının olması gereklidir. Genelge, yetersayı meselesinde EULEX ve Kosovalı yargıçların sayıca temsili konusunda her halükarda sessiz kalmaktadır. Netice itibariyle Temyiz Heyetinde üç EULEX yargıcının bulunması Anayasanın veya Geniş Kapsamlı Önerinin herhangi bir hükmünü ihlal etmemiştir.

68. Öyle ki ASC-09-089 sayılı Temyiz Heyeti kararı alınırken heyet içerisinde Kosovalı yargıçların bulunmayışıyla ilgili başvurucunun şikayeti hakkında Mahkeme, Anayasanın şikayette atıfta bulunulan 31.2 ve 54. Maddesinin ihlal edilmediğini tespit etmiştir.

BU SEBEPLERDEN DOLAYI

Anayasa Mahkemesi Hakkında Yasanın 20. Maddesine ve İÇTÜZÜĞÜN 56(1) Kuralına dayanarak Mahkemenin 30 Mart 2010 tarihinde yapılan duruşmasında oybirliğiyle:

- I. İstemin kabul edilir nitelikte olduğunu İLAN EDİLMESİNE,
- II. Yüksek Mahkeme Özel Dairesinin Anayasanın 31 ile 102. ve AİHS 6 (1) maddelerini ihlal eden ASC-09-089 sayı ve 4 Şubat 2010 tarihli kararın geçersiz İLAN EDİLMESİNE,
- III. Mahkemenin kararı doğrultusunda İÇTÜZÜĞÜN 74(1) maddesine göre Yüksek Mahkeme Özel Dairesinin ASC-09-089 sayı ve 4 Şubat 2010 tarihli kararını Yüksek Mahkeme Özel Dairesinde görüşülmek üzere İADESİNE karar verilmiştir.
- IV. Anayasa Mahkemesinin kararını uygulamak üzere Yüksek Mahkeme Özel Dairesi, İÇTÜZÜĞÜN 63 (5) kuralına göre aldığı önlemler konusunda Anayasa Mahkemesini bilgilendirecektir.

İşbu karar Yasanın 20 (4) Maddesine uygun şekilde taraflara bildirilip Resmi Gazetede yayımlanır

Karar derhal yürürlüğe girer.

Raportör Yargıç

Anayasa Mahkemesi Başkanı

Gjyljeta Mushkolaj, imza

Prof. Dr. Enver Hasani, imza