



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

Priştine, 6 Nisan 2011
Nr. ref.: 115/11

KARŞI OY YAZISI

Dava No: KI 55/09

Başvurucu

N.T.SH. Meteorit

Kosova Yüksek Mahkemesi 2407/2006 sayı ve 30 Eylül 2009 tarihli kararının Anayasaya uygunluğunun değerlendirilmesi

Yargıçlar

Almiro Rodrigues

ve

Gjyljeta Mushkolaj

Anayasa Mahkemesinin çoğunluğunun kararını selamlıyor, ancak “Sözleşmenin 6.1 Maddesinde belirtilen adil duruşma hakkı ihlali ve adil yargılanma hakkı ihlali olmadığı” tespitiyle oydaş olmadığımızı saygıyla bildiririz.¹

1. Aslında kararda ”Bu davada başvurunun sunduğu delilleri Yüksek Mahkemenin haksız veya yanlış değerlendirdiği yönünde bulgular yoktur. Başvurucu, Yüksek Mahkemenin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. Maddesini ve Anayasanın 31. Maddesini ihlal ettiğini göstermekte başarılı olamamıştır” tespiti ortaya konmuştur²
2. Saygılarımızla (a) adil duruşma hakkı ihlali ve (b) başvurunun adil yargılanma hakkının ihlali olduğunu ve (c) başka bir tespitte bulunulması gerektiğini düşünmekteyiz.

¹ Kararın 24. Maddesi

² Kararın 23. Maddesi

(a) Adil duruşma hakkının ihlali

3. Görüşümüze göre başvuru tarafından sunulan argüman dikkate alınmayıp kendisine gerekçeli karar teslim edilmediğinden hak ihlali olmuştur. Duruşma hakkı sözlü duruşmayla doğrudan ilgili olmayıp başvuru yazılı olarak sunduğu argüman hakkında mahkemenin cevabıdır. Başvuru argümanlarını şu şekilde sunmuştur.
4. Başvuru bir yandan “ilave mal dolaşımı (alım satım) yöntemi ve bu ana kadar ortaya çıkan yükümlülüklerle ilgili argümanlar”³ ve diğer deliller dikkate alınmadığı ileri sürmüştür.
5. Başvuru devamında dosyada beyan edilen malların miktarı, stokta bulunan mal miktarından fazla olduğu için denetçi müfettişlerin değerlendirmesinin doğru olmadığını ileri sürmüştür.⁴
6. Başvuru diğer yandan, Kosova Yüksek Mahkemesinin, kararında⁵ mevcut durumun tespit edilmeyip deliller ile davacının vergi yüküyle ilgili itiraz edilen karar arasında uyumsuzluğun olduğunu ileri sürmüştür.
7. Başvuru, bunun dışında, Bağımsız Tetkik Kurulunun, Yüksek Mahkemenin “kara alıcı organların yasal bir karar almaları için delillerin ve bağlayıcı olguların değerlendirilmesine yönelik talimatları uygulamadığını iddia etmektedir⁶.
8. Birinci ve ikinci derece mahkemelerin yanlışlarını düzeltmek Yüksek Mahkemenin görevidir. Yüksek Mahkeme bu görevi çerçevesinde başvuru yazılı olarak sunduğu olguya cevaben **“mevcut durum tespit edilmemiş olup olgular ve söz konusu yükümlülükle ilgili itiraz edilen karar arasında çelişki bulunmaktadır”** tespitinde bulunduğu il kararını açıklamıştır. Öyle ki Yüksek Mahkeme, davanın yeniden görüşülmesi için Bağımsız Tetkik Kuruluna iade etmiş ve “yasal bir karar çıkartmak için yargılama kararına yarayan delil ve olguları değerlendirme” talimatları vermiştir.
9. Diğer yandan başvuru, Yüksek Mahkemenin ikinci kararının⁷, A.Nr. 233/04 sayılı kendi kararıyla çelişki olduğunu ve başvuru yazılı olarak sunduğu olguların Kosova Cumhuriyeti Anayasasının 31. Maddesiyle güvence altına alınan tarafsız ve adil yargılama hakkının ihlal edildiğini dava dosyasında görüldüğünü iddia etmektedir.
10. Ele alınması gereken teme husus Bağımsız Tetkik Kurulunun **mevcut durumu** doğru tespit edip etmediği ve davacının söz konusu vergi yükümlülüğüyle ilgili **deliller ile itiraz edilen karar arasındaki uyumsuzluğu** ortadan kaldırıp kaldırmadığıdır.

³ Yüksek Mahkemenin 426 sayılı ve 9 Ocak 2004 tarihli kararına ve 62/2004 sayılı ve 14 Nisan 2004 tarihli kararına karşı yapılan itirazlara bakınız..

⁴ Yüksek Mahkemenin A.nr. 439/06 sayılı ve 24 Ağustos 2006 tarihli kararlarına karşı yapılan itirazlara bakınız. .

⁵ A. Nr. 233/04 sayılı ve 17 Mayıs 2006 tarihli karar.

⁶ A. Nr. 439/06 sayılı ve 24 Ağustos 2006 tarihli kararlara karşı Yüksek Mahkemeye yapılan itirazlara bakınız.

⁷ A. Nr. 2407/2006 sayılı ve 30 Aralık 2009 tarihli karar.

11. Görüşümüze göre, Bağımsız Tetkik Kurulu tarafından böyle bir tespit ve ortadan kaldırma gerçekleştirilmemiştir. Bu yüzden Yüksek Mahkemenin ilk kararının bu eksikleri ortaya koymak anlamında doğrudur veya değildir. Doğru idiyse Bağımsız Tetkik Kurulunun ikinci kararı hakkında da aynı bakış açısını desteklemesi gerekirdi. İkinci kararın⁸, aşağıda açıklayacağımız şekilde eksikleri gidermediğini varsayalım.
12. Aslında Bağımsız Tetkik Kurulunun iki kararının⁹ karşılaştırılması şunları göstermektedir:
 - i) “Alım ve satım defter kayıtları yönetmeliği uygun şekilde tutulmamıştır” tümcesi her iki kararda da karşımıza çıkmaktadır (62/2004 birinci ve 439/2006 ikinci karar);
 - ii) Aynı şekilde “Vergi müfettişinin doğru hareket edip söz konusu tarihlerle ilgili beyan edilen kronolojik tedarik ve satış analizi yöntemi uyguladığı tespit edilmiştir” tümcesi de her iki kararda da karşımıza çıkmaktadır (62/2004 birinci ve 439/2006 ikinci karar);
 - iii) “2000/20 sayılı Yönetmeliğin 7 ve 2. maddesine, 1/2000 sayılı Yönetmeliğin 9.1 ve 9.4 maddesine, 2001/11 sayılı Yönetmeliğin 8 ve 27. maddesine ile 2002/4 Yönetmeliğin 10. maddesine göre Vergi İdaresinin kararı ve vergi mükellefi hakkında hesaplanan cezaların geçerli olduğu tespit edilmiştir” tümcesine sadece ikinci kararda (439/2006) yer verilmiştir. Yüksek Mahkemenin talimatları doğrultusunda Bağımsız Tetkik Kurulunun yaptığı tek teğişikliğin bu olduğu görülmektedir.

Bu tümcelerin tamamının nihai olup herhangi bir olgu veya yasa analizi yapılmaksızın yazıldıklarını tespit ettik.

13. Bunun dışında Yüksek Mahkemenin ikinci kararı¹⁰ şu ifadeyi içermektedir: “Vergi mükellefinin sunduğu delilleri ve yazılı itirazı ile duruşmada Vergi İdaresi temsilcilerinin açıklamalarını ve sundukları delilleri tahlil ettikten sonra her iki tarafın delilleri değerlendirildi ve mevcut durumun tespiti aşağıdaki gibi yapıldı”.
14. Ancak yukarıda 12 i) ve ii) maddelerinde belirtildiği üzere ne deliller belirtilmiş ne de yasal analiz yapılmıştır. Diğer yandan 12 iii) maddesinde zikredilen tümce, herhangi bir pratik yasal anlamı ve mevcut durumla herhangi bir ilgisi olmayıp belli yasal hükümlerle ilgili sıradan bir atıftır. Sadece basmakalıp bir ifadedir.
15. Görüldüğü gibi çoğunluk, yukarıda zikredilen 12 iii) maddesindeki tümcenin Yüksek Mahkemenin birinci kararında yürürlükteki yasal hüküm ve yönetmelikler zikredildiğinden söz konusu boşluğu doldurduğu için bununla yetinmiştir.
16. Ancak, 12 iii) tümcesindeki ifade, hangi olguların tespit edildiğine ve söz konusu yasal hükümlerle ilgisine açıklık getirmediğinden basmakalıp ifadeden başka bir şey

⁸ A. Nr. 439/2006 sayı ve 24 Ağustos 2006 tarihli karar.

⁹ 62/2004 say ve 14 Nisan 2004 tarihli kararı ile A.Nr. 439/2006 sayı ve 24 Ağustos 2006 tarihli kararı.

¹⁰ A.Nr. 2407/2006 sayı ve 30 Aralık 2009 tarihli kararı

değildir. Diğer yandan başvuru tarafından belirtilen olgu ve sunulan deliller davanın özüyle ilgilidir. Bu yüzden başvuru belirttiği olgu dikkate alınıp açık bir şekilde tespite varılmıydı.

(b) Başvurucunun adil yargılanma hakkının ihlali

17. Başvurucu, *yasalara uygun olarak mahkeme kararını alma hakkına sahiptir*. Bu hak, *mahkemelerin kararda usul ve esasla ilgili gerekçelerini bildirme yükümlülüğünü* de içermektedir. Mahkeme kararında gerekçe bildirilme hakkı, her bireysel davayla ilgili alınmış kararda *ikna edici ve hukuken doğru tespit edilmiş gerekçelerin* bulunmasını *ve kanun yolları ile mevcut araçları* içermesini gerekli kılar.
18. Bu davada görüşülmekte olan kararlar Bağımsız Tetkik Kurulu tarafından alınmışlardır. Her ne kadar Bağımsız Tetkik Kurulu mahkeme olmasa bile, “mahkeme¹¹” sözcüğü AIHM içtihatı çerçevesindeki geniş anlamında anlaşılmalıdır. Öyle ki idari uyuşmazlıkları çözmekle görevli Bağımsız Tetkik Kurulu da dahil olmak üzere tüm benzer organların mahkeme olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Bunun sonucu olarak adil yargılanma hakkı bu organlardaki yargılamalarda da güvence altına alınmalıdır.
19. Bunun yanı sıra 2004/48 sayılı Vergi İdaresi ve Usulleri Yasasına¹² göre kurulan Bağımsız Tetkik Kurulu¹³, AIHS ve Anayasa ile güvence altına alınan adil yargılanma hakkını kabul etmektedir.
20. Diğer yandan 2000/7¹⁴ sayılı UNMIK Genelgesi Kurulun “duruşmaları yürütür ve Vergi mükellefi ile Vergi İdaresi tarafından sunulan delil, belge e diğer kanıtları değerlendirir” (Madde 3.1) görevini belirleyip “Kurul, davayı jüri heyeti olarak görüşür ve görüşme tarihinden sonra otuz (30) gün içerisinde **yazılı ve gerekçeli** kararları hakkında tarafları bilgilendirir” (madde3.2) tanımını yapmaktadır.
21. Yukarıda ifade edildiği üzere başvuru, Bağımsız Tetkik Kurulu ve Yüksek Mahkeme tarafından adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini iddia ederken duruşma hakkına riayet edilmediği ve kararın gerekçesi olmadığını ileri sürmektedir.
22. Bunun dışında, Kosova Anayasasının 31. Maddesinde ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinin metninde kapsandığı şekilde adil duruşma hakkı, temel hakların korunması için esas haklardandır.

¹¹ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 6 (1) maddesinde ve Kosova Anayasasının 31 (1) maddesinde kullanılan “mahkeme” sözcüğü.

¹² Kosova Meclisinde kabul edilen Vergi İdaresi ve Usulleri Yasası ilanı hakkında 2005/17 sayı ve 9 Nisan 2005 tarihli Yönetmelik.

¹³ 2004/48 sayılı yasanın 57. Maddesi “2000/7 sayılı UNMIK Genelgesine göre kurulan Bağımsız Tetkik Kurulu, bu yasaya göre Bağımsız Tetkik Kurulu şeklinde görevine devam edecektir.

¹⁴ 2000/7 sayı ve 12 Nisan 2000 tarihli UNMIK Genelgesi

23. Ancak, mahkemeye erişim hakkı mutlak haktır. AİHM, kendi içtihadında, hukuk bir amaç izlemesi veya uygulanan önlemler ve ulaşılması amaçlanan¹⁵ arasında makul orantılılık ilişkisi bulunması durumunda her sınırlamanın 6. Maddeye uygun olacağı tespitinde bulunmuştur. Öyle ki her sınırlama, ihtiyaç ve orantılılık ilkesinin birincil konusu olmalı, başka bir deyişle gerekli olduğu takdirde ve ölçüde olmalıdır.
24. Adil yargılanma temel hakkı, hakların mahkeme yoluyla korunması temel hakkından kaynaklanmaktadır¹⁶. Adil yargılanma hakkının herkesçe ihlal edilmesi tehlikesi bulunduğundan, diğer temel haklara göre yargıçların daha dikkatli olmasını gerektirir. Daha yüksek derece mahkeme yargıçlarının, bu hakkın daha düşük derece mahkemelerce doğru uygulanıp uygulanmadığını gözetmeleri gerekmektedir. Aslında adil yargılanma hakkı bir dizi diğer hakkı ima etmektedir. Bu haklar şunlardır: delil ve argüman sunma hakkı, gerekçeli karar hakkı, taraf sistemi ilkesi ve kuvvetlerin eşitliği ilkesi.
25. Anayasanın 31. ve Sözleşmenin 6. Maddesi ulusal mahkemelerden kararlarıyla ilgili gerekçe bildirmelerini talep etmektedir. Mahkemeler her soru veya argümana karşı ayrıntılı cevap verme mecburiyetinde değiller¹⁷. Ancak davanın sonuçlanması açısından başvurunun önemi varsa, bu durumlarda mahkeme kendi kararında onu ayrıntılı bir şekilde ele almalıdır.
26. *Hiro Balani – İspanya davasında*¹⁸, başvuru spesifik ve süratli cevap talep ettiği bir başvuruda bulunmuştur. Mahkeme, bu davanın ihmal edildiğini veya reddetme niyetlerinin olduğunu, böyle bir niyetin olması halinde gerekçelere dayanarak yapacaklarını tespit etme imkânsızlığından dolayı böyle bir cevabı verememiştir. AİHM, bunun 6 (1) maddesiyle çeliştiğini tespit etmiştir.
27. Görüşümüze göre “ikna edici argümanlar dikkate alınmadığını iddia ederek ilave mal dolaşımı ve bundan kaynaklanan yükümlülükler yönteminin” yardımcı deliller ile beraber bu davanın sonuçlandırılması için tartışmasız önemlidir. “Kayıtlarda belirtilen malların miktarı stoklarda bulunanlardan fazla olması gerçeği, denetçi müfettişlerin değerlendirmelerinin doğru olmadığını göstermekte” olup davanın sonuçlandırılması için önemlidir.
28. Bunun dışında ne Bağımsız Tetkik Kurulunun ikinci kararında ne de Yüksek Mahkemenin ikinci kararında başvuru tarafından belirtilen argüman ve deliller hakkında kesin ve süratli hiçbir cevap verilmemiştir. Bu yüzden “bu davayı ihmal ettikleri veya reddetmeye niyetli oldukları ve bu niyetin olması halinde hangi gerekçelere dayanarak yapacaklarını” başvuruçunun tespit etmesi imkânsızdı.
29. İlke olarak hukuk mahkemesinde görülen bir davada usul yanlışlarından dolayı duruşmaya katılma hakkı ihlal edilmesi durumunda başvuruçunun bununla ilgili istemi kabul edilir niteliktedir.

¹⁵ Ashingdane – Birleşik Krallık, 28 Mayıs 1985, madde 57.

¹⁶ Anayasanın 54. Maddesi.

¹⁷ Van de Hurk - Hollanda, 19 Nisan 1994, madde 61.

¹⁸ Hiro Balani - İspanya, 9 Aralık 1994.

30. Adil yargılama hakkı Anayasa Mahkemesi yargıçlarını ilgilendiren bir haktır¹⁹. Bu hak, sadece hukuk mahkemeleri kararlarının Anayasaya uygunluğunu değerlendirmeye görevli olduklarından değil, adil duruşma hakkını doğru uygulamaya da görevli olduklarından.
31. Tarafların karşılıklılık ve güç eşitliği ilkesine riayet ederek delillerini eşit şekilde sunmaya imkan buldukları ölçüde, kararın o derecede adil olma olasılığının olduğunu varsayıyoruz. Başka bir deyişle, yargılamanın adil olduğunu tespit etmeye yönelik çabalarda kararın özünü değil, kararın alınma şeklini değerlendirmek gerekir.
32. Mahkeme kararının yaşlara uygun şekilde alınması hakkı, mahkemelerin kararlarla ilgili usul ve esas hakkındaki gerekçelerini bildirme yükümlülüğünü kapsar. Gerekçelerin her bireysel davaya özel şekilde açıklanması, ikna edici yasalarla belirlenmiş olması gerekli olup, kararın dayandığı hukuki kıstasları ve olguları içermelidir.
33. Gerekçelerin açıklanması hiçbir şekilde aşırı uzun olmamalı, ilgili kişiye ve kamuoyuna mahkemeyi söz konusu kararı almaya iten gerekçeyi bildirmelidir. Dahası, davayla ilgili olguların daha belirgin ve gerekçelerin daha açık belirtilmesi durumunda itiraz hakkında daha etkili yararlanma imkanı doğar.
34. Bu yüzden kararın gerekçeleri bir yandan esas bulguları ile dava ve diğer yandan olguların değerlendirilmesi ile mahkemenin tespitleri arasındaki ilişkilere açıklık getirmesi gerekmektedir. Mahkeme kararının gerekçesinde belirlenen olgular, yasal hükümler ve bunların arasındaki mantıksal ilişkiyi içermemesi durumunda, karar almada keyfiliği önleme anayasal ilkesini ihlal etmiş olacaktır.
35. Bu yüzden keyfiliğin veya mantıksızlığın bulunduğu bir hukuk mahkemesi kararında adil yargılanma hakkının ihlali olduğunu değerlendirmekteyiz. Netice itibarıyla makul esaslara göre mevcut durumu denetlemeyen Yüksek Mahkemenin kararının geçersiz ilan edilmesi gerekmektedir. Dahası keyfiliğin olması durumunda, yani delillerin eksik veya makul olmayan bir şekilde değerlendirilmesi durumunda bozulmuş sayılabilir.

(c) Varılması gereken hüküm

36. Belirtilen gerekçelerden önce itiraz edilen kararların şu sebeplerden dolayı adil yargılanma hakkını ihlal ettiğini değerlendirmekteyiz:
- Söz konusu kararlar, bu davadaki önemini hissettiremeyip ilgili beyanlar hakkında bir tutum sergilemediklerinden, başvuru tarafından ortaya konan temel ve öz olguları ve sunulan öz delilleri dikkate almadılar;
 - Kararlar, her iki tarafın delillerini eşit şekilde ele almadıklarından güç eşitliği ve tarafların karşılıklılık ilkelere ihlal etmişlerdir;

¹⁹ Kraska – İsviçre davası AIHM'nin 19 Nisan 1993 tarihli kararı 26. Maddesinde 6. Maddenin Anayasa Mahkemeleri davalarında uygulanmasının medeni bir hak veya yükümlülüğe etki etmesi durumunda dolaysız uygulandığını bildirmiştir.

iii. Kararlar, yeterli gerekçelerden yoksundur.

37. Kısaca söz konusu davada yüksek Mahkemenin ikinci kararında başvuru tarafından belirtilen olgu ve sunulan delilleri değerlendirmede uyumlu ve adil olmayıp, netice itibariyle yukarıda belirtildiği üzere Anayasanın 31. ve AIHS'nin 6. maddesinde öngörülen adil yargılanma hakkı ihlali olduğundan, saygı duyarak katılmadığımızı bildiririz.
38. Netice itibariyle İktüzüğün 76. kuralına göre Yüksek Mahkeme kararı geçersiz ilan edilmesi ve davanın yeniden görüşülmesi için Yüksek Mahkemeye iade edilmesi gerekirdi.

Almiro Rodrigues
Yargıç

Gjyljeta Mushkolaj
Yargıç