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

Priština, 8 april 2013. god.
Ref.br.:MM405/13

SUPROTNO MIŠLJENJE

Slučaj br. KO97/12

Podnosilac

Narodni advokat

Ocena ustavnosti članova 90, 95 (1.6), 110, 111 i 116. Zakona o bankama, mikrofinansijskim institucijama i nebankarskim institucijama br. 04/L-093, od 12. aprila 2012. god.

Većina se izjasnila da članovi 90, 95 (1.6), 110, 111 i 116. Zakona o bankama, mikrofinsijskim institucijama i nebankarskim institucijama nisu u skladu sa Ustavom Republike Kosovo predlažući da ovi zakonski članovi nisu u skladu sa članovima 10, 44 i 46. Ustava. Zaključak većine se zasniva na pogrešnom tumačenju Ustava.

Primenjiv zakon

Član 90. Zakona definiše: "Kapital;" "Akcijski kapital;" "Donacijski kapital;" "Kredit;" "Ograničenje kredita;" "Domaćinstvo sa niskim prihodima;" "Pojedinac sa niskim prihodima;" "NVO Mikrofinansijska institucija;" "MSFI;" i "Višak kapitala." On takođe predviđa:

> *NVO Mikrofinansijskoj instituciji nije dozvoljeno da prodaje ili transferiše svoj posao, pripajanje, ili promena njene strukture, niti joj je dozvoljeno da distribuiše i na bilo koji način isplaćuje profit, višak kapitala, dividende, ili bilo koje od njenih sredstava, osim u skladu sa ovim zakonom.*

Član 95(1.6) ovog Zakona predviđa:

NVO Mikofinansijskoj instituciji nije dozvoljeno da proda ili da prenese svoje poslove, spajanje, lišavanje, ili druge promene u sktrukturi, misiji, ili vlasništvu, osim u skladu sa odredbama o dobrovoljnoj likvidaciji, stečaju, ili službenoj administraciji kao što je navedeno u ovom zakonu i uz pismeno odobrenje CBK-a;

Član 110. ovog Zakona predviđa:

1. U slučaju dobrovoljne likvidacije, prinudne likvidacije jedne mikrofinansijske institucije NVO, svaki preostali kapital darovan, ili suficit kapitala treba da se vrača početnim donatorima 83 ili da se podeli s ciljem dobročinstva na Kosovu, što se može zatražiti od strane početnih donatora. U slučaju kada uputstva za sistematizaciju darovanog kapitala i suficita kapitala, ako ga ima, ne mogu se preuzeti nakon poverilačkih pokušaja u skladu sa odredbama ovog zakona, od strane zvaničnog administratora, likvidatora ili CBK-a, darovani kapital ili suficit kapitala biće podeljen s ciljevima dobročinstva, u skladu sa usvojenim planom od strane CBK-a.
2. Ni CBK, niti članovi organa odlučivanja pri CBK-u, ili lica vezana sa CBK-om, ne dozvoljava se da imaju posrednu ili neposrednu korist od nekog plana za raspodelu za dobročinstvo darovanog kapitala i suficita kapitala.

Član 111. ovog Zakona predviđa:

1. Svaka mikrofinansijska institucija NVO-a za registrovanje u Ministarstvu za trgovinu i industriju i u CBK-a, kao mikrofinansijska institucija akcionarsko društvo treba da sprovodi odredbe člana 110 i člana 112 ovog zakona za poklonjeni kapital. Svako korišćenje poklonjenog kapitala ili suficita kapitala podvrgava se utvrđivanju taksi od Poreske administracije Kosova. Dokaz saglasnosti sa Poreskom administracijom Kosova treba se predstaviti MTI ili njegovom nasledniku, kao deo registrovanja za akcionarsko društvo i takođe treba se predstaviti CBK-a. Za registrovanje kao akcionarsko društvo u Ministarstvu za trgovinu i industriju, registrovanju kao mikrofinansijska institucija NVO u CBK-a treba da prestane i novo registrovanje mikrofinansijskih institucija kao akcionarsko društvo treba se kompletirati i dostaviti CBK-a, u toku dve (2) nedelje.
2. Registrovanje kao mikrofinansijka institucija NVO ostaje na snazi do njegovog prestanka, ipak odgovornost je mikrofinansijske institucije da predstavi CBK-a zahtev za registrovanje mikrofinansijske institucije kao akcionarsko društvo.
Mikrofinanisjka institucija takođe zahteva da informiše Ministarstvo za javnu administraciju u cilju ukidanja statusa za oslobađanje od taksi NVO-a.

Član 116. ovog Zakona predviđa:

> *1. Svaka postojeća mikrofinansijska institucija mora da ispunjava zahteve ovog zakona, kao i važeća pravila i naredbe CBK-a, u svim svojim poslovima, i mora da podnese zahtev za novu registraciju najkasnije tri (3) meseca od stupanja na snagu ovog izmenjenog zakona.*
>
> *2. Nakon što se prijava podnese i registracija se završi na osnovu ovog Zakona sa CBK-om, mikrofinansijskom institucijom neće više upravljati ministarstvo javne administracije.*

Prema ovom zakonu, ako mikro finansijska NVO dobrovoljno likvidira svoju imovinu ili ako je primorana u stečaj u skladu sa primenom zakona, svaki preostali kapital koji ona može da ima nakon toga, treba da ili: (1) da se vrati prvobitnim donatorima; ili (2) da se rasporedi odgovarajućim dobrotvornim institucijama prema uputstvima od strane prvobitnih donatora. Da li će Centralna Banka Kosova izvršiti pravilnu raspodelu kapitala odgovarajućim dobrotvornim institucijama kao i druge NVO samo u onim situacijama kada višak kapitala nije vraćen ili raspoređen u odgovarajućim dobrotvornim institucijama? Ovaj zakon ne uzima imovinu ni od koga ili bilo kog pravnog lica, samo ukoliko oni odluče da im na taj način bude oduzeta, neuspevajući da odrede gde će se njegov višak kapitala ili kapitala preneti.

Ovaj zakon reguliše bilo koje pravno lice, uključujući mikro finansijske institucije, koje pokušavaju da deluju kao banke ili obavljaju poslove sličnim bankama u mnogim aspektima. Ako NVO dobrovoljno odluči da deluje na takav način, onda ovaj zakon zahteva da ove NVO podležu nadležnosti Centralne Banke Kosovo i da se pridržavaju njihovim pravilima u vezi sa tim kako banke i institucije koje deluju kao bake mogu da vode poslovanje na Kosovu.

Ovaj zakon ne sprečava nikoga od osnivanja NVO. On ne sprečava nikoga od učestvovanja ili investiranja u NVO. On ne sprečava nikoga u formiranju NVO u uspostavljanju ograničenja o tome kako će se imovina NVO koristiti, rasporediti ili vratiti investitorima ako NVO treba da se restrukturira ili ako pokuša da promeni vlasništvo. On ne sprečava bilo koji entitet ili lice od slobodnog učestvovanja u nekoj NVO ili sa bilo kojim drugim licem ili pravnim entitetom.

Izazov

Narodni advokat navodi da ovaj zakon, dozvoljavajući korišćenje imovine ili sredstava stečenih na osnovu oslobađanja poreza od strane NVO koje će se naknado koristiti za svrhe ne-oslobođenje poreza, lišava nekog prava na imovinu zaštićenu članom 46. Ustava. Narodni advokat navodi da su ostale NVO, koje su mogle dobiti neku ili čitavu imovinu NVO koja odluči da se raspusti ili da postane akcionarsko društvo, uskraćene prava na tu imovinu. Narodni advokat zatim navodi da bez primanja tog potencijalnog transfera imovine NVO koje bi mogle biti primaoci ovih sredstava, njihovo pravo na slobodu udruživanja je odbijeno. Nedostatak ovog obrazloženja leži u tome da ostale NVO imaju pravo na imovinu koja nikad nije pripadala njima i koja im nikada u budućnosti ne može pripasti. Prema postojećem zakonu je moguće samo, a nije sigurno, da ako se NVO raspusti ili promeni svoj pravni identitet, jedna neimenovana NVO će dobiti neke ili sva sredstva te NVO.

Mogućnost, iako daleka, mogućeg vlasništva nad imovinom u budućnosti nije isto što i trenutno vlasništvo. Ustav štiti postojeća imovinska prava, ne samu mogućnost da može da stekne imovinu u budućnosti.

Ustav

Član 46. Ustav predviđa:

> *1. Garantuje se pravo na imovinu.*
> *2. Korišćenje imovine je regulisano zakonom, u skladu sa javnim interesom.*
> *3. Niko se ne može arbitrarno lišiti lične imovine. Republika Kosovo ili javne vlasti Republike Kosovo mogu izvršiti eksproprijaciju imovine ako je ista u skladu sa zakonom, ako je neophodna ili adekvatna za postizanje javnih ciljeva ili podržavanje javnog interesa, a za koju se vrši neposredna adekvatna kompenzacija licu ili licima, imovina kojih se eksproriiše.*
> *4. O sporovima koje uzrokuje neko delo Republike Kosovo ili javne vlasti Republike Kosovo, a koji se smatraju eksproprijacijom, odlučuje nadležni sud.*
> *5. Intelektualno pravo je zaštićeno zakonom.*

Ova odredba Ustava posebno: (1) ovlašćuje Vladu da reguliše vlasništvo nad imovinom u skladu sa javnim interesom, i (2) zahteva da niko ne sme biti samovoljno lišen svoje imovine. Ovaj zakon reguliše korišćenje određene imovine ako fizičko ili pravno lice, kao što su mikro finansijske institucije, odluči da se uključi u određene bankarske aktivnosti. Ni od koga se proizvoljno ne uzima imovinu. Odredba ne zahteva da se neke aktivnosti za bankarske profite sada oporezuju na isti način kao i one bankarske aktivnosti banka i ostalih finansijskih institucija da se sada oporezuju, tako da se svi entiteti koji se bave sličnim poslovnim aktivnostima tretiraju jednako.

Član 44. Ustava predviđa:

> *1. Garantuje se sloboda udruživanja. Sloboda udruživanja uključuje i pravo na osnivanje organizacija bez dobijanja dozvole, da bude ili ne bude član neke organizacije, kao i da učestvuje u aktivnosti neke organizacije.*
> *2. Sloboda osnivanja sindikata i organizovanja radi zaštite interesa, je takođe zagarantovana.*
> *Ograničenje ovog prava se može sprovesti na osnovu zakona za određene kategorije zapošljenika.*
> *3. Organizacije ili aktivnosti koje imaju za cilj rušenje ustavnog poretka, kršenje ljudskih prava i sloboda, ili izazivanje rasne, nacionalne, etničke ili verske mržnje, se mogu zabraniti odlukom nadležnog suda.*

Čak ni sloboda udruživanja u Ustavu nije bez ograničenja, kao što može da se predvidi ograničenjima o ovoj slobodi utvrđenim stavovima 2. 3 ovog člana. Osporeni zakon nikom ne zabranjuje pripadnost bilo kojoj organizaciji. On samo reguliše"javni interes" kao što se nalaže članom 46. Ustava, kako moraju određeni pojedinci ili

pravna lica da obavljaju svoje poslove ako će se oni angažovati u bankarskim aktivnostima.

Član 10. Ustava predviđa:

> *Tržišna privreda sa slobodnim tržištem je osnov ekonomskog regulisanja Republike Kosovo.*

Zahtevajući da sva pravna lica, uključujući i mikro finansijske NGO koje deluju kao banke na Kosovu, rade prema jednakim pravilima, zakon unapređuje i promoviše tržišnu imovinu sa slobodnom konkurencijom. U stvari, ovaj zakon donosi stvarni život u ovoj odredbi Ustava, zahtevajući da tržišna konkurencija bude jednaka i pravična.

Zaključak o meritumu

Zbog ovih razloga, zato što je osporeni zakon, članovi 90, 95(1.6), 110, 111 i 116. Zakona o bankama, mikrofinansijskim institucijama i nebankarskim institucijama, u skladu sa Ustavom i legitimnim vršenjem Vladinih prava i obaveza, tada je u javnom je interesu regulisanje ove vrste finansijskih aktivnosti.

Da li je postojalo nepravilnosti prilikom usvajanja Zakona?

Iako nije razmotren na poseban način u operativnom delu presude Suda, u izraženim razlozima u mišljenju većine, je rečeno da se ovaj zakon nije usvojio u skladu sa Ustavom. To obrazloženje je netačno.

Pretpostavlja se da su Zakoni, usvojeni od strane Skupštine, zakonito usvojeni. U stvari, ni podnosilac, a ni bilo koja druga stranka, koje zakonito mogu da pokrenu ovo pitanje pred Sudom, nisu stavili pod znakom pitanja da li je ovaj zakon pravilno usvojen od strane Skupštine. Dakle, pitanje da li je ovaj zakon pravilno usvojen, nije predstavljeno pred ovim sudom. Čak i da je bilo osporeno da li je ovaj zakon usvojen na pravilan način u skladu sa zakonima Kosova, samo redovni sudovi, a ne ovaj Sud, imaju autoritet da tumače to pitanje, jer ovaj sud nije i ne može da služi kao sud četvrtog stepena za preispitivanje važećih zakona na Kosovu.

Čak i da je pitanje, da li je ovaj zakon usvojen na način koji nije u saglasnosti sa Ustavom, predstavljeno pred ovim sudom, sud bi bio primoran da zaključi da nije postojalo kršenja Ustava prilikom usvajanja ovog zakona. U analizi ovog pitanja najmanje tri odvojena člana Ustava moraju da se čitaju i tumače na takav način da tri odredbe Ustava budu u saglasnosti, ako je to iako moguće.

Član 69. 3. Ustava predviđa:

> *Skupština postiže kvorum onda kada je prisutno više od polovine svih poslanika Skupštine.*

Ovaj član se bavi ustavnim zahtevima kako bi Skupština imala kvorum i kako bi bili u mogućnosti da obavljaju poslovanje. To je odvojen i drugačiji član od člana 80. Ustava koji se odnosi na potreban broj glasova poslanika Skupštine da donesu zakon.

Član 80.1. Ustav predviđa:

> *Zakoni, odluke i ostali akti se usvajaju od strane Skupštine većinom glasova prisutnih poslanika, osim u slučajevima kada to ovaj Ustav drugačije nalaže. (Naglasak dodat.)*

Ovaj član zabranjuje glasanje preko ovlašćenja. Član Skupštine mora i da bude prisutan u Skupštini i da glasa kako bi se računao njegov/njen glas u vezi sa usvajanjem jednog posebnog zakonodavnog predloga. On ne isključuje člana Skupštine da bude „prisutan" za potrebe kvoruma, a ni da zvanično glasa, kao i da zvanično prihvati njihovo prisustvo u Skupštini kada se određeni deo zakonodavstva glasa. Zvanično brojanje glasova onih koji su glasali i onih koji su sebe registrovali kao"prisutni" ne mora da bude ukupan broj članova Skupštine prisutnih za „kvorum" zato što pojedini članovi Skupštine mogu da biraju između toga da li da glasaju, ili da se registruju kao "prisutni" kada je glasanje o određenom delu zakonodavstva prosleđeno. Dakle, to može da bude pogrešna pretpostavka ako bi ovaj sud zaključio da, kada je ovaj zakon usvojen, da je to učinjeno bez kvoruma, ako je svoj zaključak zasnovao samo na zvaničnom broju glasova onih koji su bili registrovani da su glasali, kao i onih koji su registrovani kao "prisutni."

Primećeno je da član 118. ovog Zakona, iako se ne osporava ni od jedne strane u ovom zahtevu, naglašava da će zakon stupiti na snagu 12. aprila 2012. god., dana kada je usvojen u Skupštini. Član 80. Ustava predviđa da predsednik Republike ima 8 dana od dana prijema ovog zakona od strane predsednika Skupštine da vrati taj zakon Skupštini na dalje razmatranje. Takođe se istaklo da, prema Ustavu, generalno zakoni ne stupaju na snagu do 15 dana nakon što su objavljeni u Službenom listu Republike Kosovo. Ustav, međutim, omogućava Skupštini, u određenim okolnostima, da navede neki drugi datum kada će zakon stupiti na snagu.

Član 80.6. Ustava predviđa:

> *Zakon stupa na snagu petnaest (15) dana nakon objavljivanja istog u Službenom listu, osim u slučajevima kada je to drugačije određeno samim zakonom.* (Naglasak dodat.)

Činjenica da je Skupština odlučila da ovaj zakon stupa na snagu dana kada je prošao u Skupštini, a ne 15 dana od dana objavljivanja u Službenom listu, ne čini ga nevažećim u pogledu ustavnosti. U najgorem slučaju, njegovo stupanje na snagu se odlaže 15 dana nakon što je zvanično objavljen u Služenom listu.

Zaključak o postupku

Dakle, članovi 90, 95(1.6), 110, 111 i 116. Zakon o bankama, mikrofinansijskim institucijama i nebankarskim institucijama, br. 04/L-093 je usvojen u skladu sa Ustavom Republike Kosovo.

S poštovanjem podnosi,

Robert Carolan
Sudija

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