



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

Priştine, 12 Nisan 2013
Nr. Ref.: AGJ403/13

MAHKEME KARARI

Başvuru No: KO97/12

Başvurucu

Ombudsman

04/L-093 sayı ve 12 Nisan 2012 tarihli Bankalar, Mikrofinans Kurumları ve Banka Dışı Finansal Kurumlar Yasası'nın 90, 95 (1.6), 110, 111 ve 116. maddeleri hakkında anayasal denetim başvurusu

KOSOVA CUMHURİYETİ ANAYASA MAHKEMESİ

Mahkeme Heyeti:

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

Başvurucu

1. Başvurucu Kosova Cumhuriyeti Kamu Denetçiliği Kurumu (bundan sonra: başvuru)

İtiraz Edilen Karar

2. Başvurucu Kosova Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi'nden (bundan sonra: "Mahkeme") 04/L-093 sayı ve 12 Nisan 2012 tarihli Bankalar, Mikrofinans Kurumları ve Banka Dışı Finansal Kurumlar Yasası'nın 90, 95(1.6), 110, 111 ve 116. maddelerinin iptalini talep etmiştir.

Başvurunun Konusu

3. Başvurunun konusu 04/L-093 sayı ve 12 Nisan 2012 tarihli Bankalar, Mikrofinans Kurumları ve Banka Dışı Finansal Kurumlar Yasası'nın 90, 95(1.6), 110, 111 ve 116. maddeleri hakkında anayasal denetim talebidir.
4. Başvurucu Mahkeme'den 04/L-093 sayı ve 12 Nisan 2012 tarihli Bankalar, Mikrofinans Kurumları ve Banka Dışı Finansal Kurumlar Yasası'nın yürürlüğünün durdurulması için ihtiyati tedbirin konmasını talep etmiştir.

İlgili Hukuk

5. Anayasa'nın 113.2(1) bendi, 03/L-121 sayı ve 15 Ocak 2009 tarihli Kosova Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi Hakkında Yasa'nın (bundan sonra: "Yasa") 22, 27, 29 ve 30. maddelerine ile Kosova Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün (bundan sonra: "İçtüzük") 54, 55, 56, 62 ve 64 kuralları.

Başvuru Süreci

6. Başvurucu 11 Ekim 2012 tarihinde Mahkeme'ye başvurmuştur.
7. Başkan, 31 Ekim 2012 tarih ve GJR.KO97/12 sayılı kararla Üye Snezhana Botusharova'yı raportör yargıç olarak görevlendirmiştir. Başkan'ın aynı tarih ve KSH.KO97/12 sayılı kararıyla Üyeler: Altay Suroy (Heyet Başkanı), Almiro Rodrigues ve Arta Rama-Hajrizi'den oluşan Ön İnceleme Heyeti'ni belirlemiştir.
8. Başvurunun yapıldığı 14 Ekim 2012 tarihinde Kosova Cumhuriyeti Cumhurbaşkanı'na, Meclis Başkanı'na ve başvurucuya bildirilmiştir.
9. Başvurunun yapıldığı aynı gün Parlamento Yasama Komisyonuna, Kosova Merkez Bankası'na (bundan sonra: KMB), Maliye Bakanlığı'na, Kamu İdaresi Bakanlığı'na, STK Kayıt ve Eşgüdüm Departmanı'na bildirilmiş ve Mahkeme mezkur kurumlardan konuya ilişkin açıklamaların yapılmasını talep etmiştir. Mezkur kurumların hiçbirisi herhangi bir cevap göndermemiştir.
10. Mahkeme, başvuru talebi üzerine 24 Aralık 2012 tarihinde 31 Ocak 2013 tarihine kadar geçerli olmak üzere ihtiyati tedbir koymuştur.

11. “Sejdiu&Qerkini” sh. p. k. Avukatlık Bürosu, Kosova Mikrofinans Kuruluşları Birliği (bundan sonra: KMKB)’ni temsilen 10 Ocak 2013 tarihinde KO97/12 sayılı başvuru hakkında bilgi talebinde bulundukları bir yazıyı sunarak (i) *Amicus Curiae* İzni için dilekçe ve (ii) *Amicus Curiae* başvuru sunmak için hazırlıkların yapılmasını talep etmiştir.

12. Mahkeme 14 Ocak 2013 tarihinde “Sejdiu&Qerkini” sh. p. k. Avukatlık Bürosu’na cevaben şunu belirtmiştir:

Anayasa Mahkemesi İktüzüğü’nün 53. kuralı “Mahkeme gerekli görmesi halinde inceleme yaptırıp davayı karara bağlamak için Mahkeme tarafından belirlenen konulara ilişkin sözlü veya yazılı açıklama yapmak üzere şahıs veya kurumları davet edebilir veya bunlar için izin” temin edebileceğini öngörmüş olup 01/2012 sayılı Amicus Curiae Başvurusunda Bulunma Usulleri Yönergesi’nin 1, 6 ve 7. maddeleri uyarınca başvurunuz kabul edilmiş ve kaydedilmiştir. Yukarıda belirtilen yasal hükümler uyarınca aynı bilgi Mahkeme Heyeti’nin tamamına iletilmiş olup Mahkeme Heyeti’nin belirlenmiş yasal süre içerisinde talebiniz hakkında karar aldıktan hemen sonra bilgilendirileceksiniz. Mahkeme, tarafınızın başvuruyla alakası göz önünde bulundurarak anayasal ve yasal hükümler uyarınca başvurunuzla ilgisi olabilecek tüm müteakip gelişmeler hakkında bilgilendirecektir.

13. Kosova Mikrofinans Kuruluşları Birliği’ni temsilen Priştine “Sejdiu & Qerkini” sh. p. k. Avukatlık Bürosu 18 Ocak 2013 tarihinde *Amicus Curiae* izni için başvuruda bulunmuş ve *Amicus Curiae* dilekçesi sunmuştur. Priştine “Sejdiu & Qerkini” sh. p. k. Avukatlık Bürosu “yukarıda belirtilen evrakin başvuruya ilişkin cevap gerektirmediğinden” Mahkeme’den 10 Ocak 2013 tarihinde başvurusunun görüşülmemesini talep etmiştir.

14. Ön İnceleme Heyeti 24 Ocak 2013 tarihinde Raportör Yargıç’ın raporunu inceledikten sonra tam kadroda toplanan Mahkeme Heyeti’ne aşağıdaki önerileri sunmuştur:

- a) Mahkeme’nin 24 Aralık 2012 tarihinde çıkardığı ihtiyati tedbir süresinin 30 Nisan 2013 tarihine kadar uzatılmasını,
- b) *Amicus Curiae* talebinde bulunmasını,
- c) 5 Mart 2013 tarihinde açık bir duruşma yapmasını.

15. Mahkeme aynı tarihte tam kadroda toplanarak oybirliğiyle Ön İnceleme Heyeti’nin önerilerini kabul etmiştir.

16. Mahkeme 25 Ocak 2013 tarihinde Kosova Cumhuriyeti Meclis Başkanı’ndan şu ilave bilgileri talep etmiştir:

a. Bankalar, Mikrofinans Kurumları ve Banka Dışı Finansal Kurumlar Yasası’nın kabul edildiği Genel Kurul Birleşimi transkriptleri ile elektronik oylama listelerini teslim etmeniz mümkün mü?

b. Anayasa'nın 69 ve 80. maddelerinin belirlediği şekilde bu oylama esnasında yetersayının sağlandığını açıklayıp doğrulamanız mümkün mü?

c. Cumhurbaşkanı'nın onay tarihi ve Kosova Cumhuriyeti Resmi Gazetesinde bu yasanın yayımlandığı tarih gibi yürürlüğe girme konusunda bilgi vermeniz mümkün mü?

17. Kosova Cumhuriyeti Meclis Başkanı 30 Ocak 2013 tarihinde Mahkeme'ye gönderdiği cevabında:

a) Kosova Cumhuriyeti Meclisi 12 Nisan 2012 tarihli Genel Kurul toplantısında 04/L-093 sayılı Bankalar, Mikrofinans Kurumları ve Banka Dışı Finansal Kurumlar Yasası'nı kabul etmiştir.

b) 04/L-093 sayılı Bankalar, Mikrofinans Kurumları ve Banka Dışı Finansal Kurumlar Yasası 18 Nisan 2012 tarihinde Kosova Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı'na onay için gönderilmiştir.

c) Kosova Cumhuriyeti Cumhurbaşkanı sekiz (8) günlük süre içerisinde Yasa'yı ilan etmek veya geri çevirmek için herhangi bir karar almamıştır. Bu şekilde Kosova Cumhuriyeti Anayasası'nın 80.5 fıkrası uyarınca Cumhurbaşkanı'nın imzası olmaksızın onaylanmış sayılıp 30 Nisan 2012 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

d) 04/L-093 sayılı Bankalar, Mikrofinans Kurumları ve Banka Dışı Finansal Kurumlar Yasası'nın 118. maddesi bu Yasa'nın 12 Nisan 2012 tarihinde yürürlüğe gireceğini belirtmiştir (bkz. transkriptin 21. sayfası)

e) Kosova Cumhuriyeti Meclis Başkanı Mahkeme'ye şu evrakı sunmuştur: 1) 12 Nisan 2012 tarihli Genel Kurul transkripti ve tutanağı, 2) Kosova Cumhuriyeti Meclisi'nin 04/L-093 sayılı Bankalar, Mikrofinans Kurumları ve Banka Dışı Finansal Kurumlar Yasası'nın kabulüne ilişkin 04-V-333 sayı ve 12 Nisan 2012 tarihli kararını ve 3) 04/L-093 sayılı Bankalar, Mikrofinans Kurumları ve Banka Dışı Finansal Kurumlar Yasası'nın elektronik oylamasına ilişkin tablo.

18. Mahkeme, İçtüzüğü'nün 53. kuralı uyarınca 31 Ocak 2013 tarihinde gönderdiği yazıda *Amicus Curiae* dilekçesi sunan "Pallaska & Associate" sh. p. k. Avukatlık Bürosu adına Avukat Bay Dastis Pallaska'dan 04/L-093 sayılı Bankalar, Mikrofinans Kurumları ve Banka Dışı Finansal Kurumlar Yasası hakkındaki tutumunu belirten *Amicus Curiae* başvurusunu sunmasını istemiştir.

19. Mahkeme 6 Mart 2013 tarihinde açık duruşma yapmıştır.

20. Kosova Cumhuriyeti Meclisi Genel Sekreteri 6 Mart 2013 tarihinde Mahkeme'den açık duruşma transkriptini talep etmiştir.

21. Bay Dastid Pallaska 7 Mart 2013 tarihinde Mahkeme'ye *Amicus Curiae* yazılı dilekçesini sunmuştur.
22. Mahkeme 14 Mart 2013 tarihinde başvuruyu inceleyip oylamıştır.

Olguların Özeti

23. Kosova Cumhuriyeti Meclisi (bundan sonra: "Meclis") 12 Nisan 2012 tarihinde 55 (elli beş) kabul, 0 (sıfır) ret ve 4 (dört) çekimser oyla 04/L-093 sayılı Bankalar, Mikrofinans Kurumları ve Banka Dışı Finansal Kurumlar Yasası'nı kabul etmiştir.
24. Kosova Sivil Toplum Vakfı (KCSF), FOL Hareketi, Kosova Demokratik Enstitüsü (KDI) ve 55 diğer sivil toplum örgütü (bundan sonra: STK) Kosova Cumhuriyeti Cumhurbaşkanı'na yasanın ilan edilmeden yeniden görüşülmesi için Meclis'e iadesini talep etmişlerdir.
25. 04/L-093 sayılı Bankalar, Mikrofinans Kurumları ve Banka Dışı Finansal Kurumlar Yasası 11 Mayıs 2012 tarihinde Kosova Cumhuriyeti Anayasası'nın (bundan sonra: "Anayasa") 50 (5) fıkrası uyarınca Kosova Cumhuriyeti Resmi Gazetesinde yayımlanmıştır.
26. Bu yasa, 04/L-093 sayılı Bankalar, Mikrofinans Kurumları ve Banka Dışı Finansal Kurumlar Yasası'nın 118. maddesi uyarınca 12 Nisan 2012 tarihinde yürürlüğe girmiştir.
27. Kosova Sivil Toplum Vakfı (KCSF), FOL Hareketi, Kosova Demokratik Enstitüsü (KDI) ve 55 diğer STK'nın Kosova Ombudsmanlık Kurumu'na 11 Mayıs 2012 tarihinde yaptıkları başvuruda yasaların kendisine verdiği görev ve sorumluluklar çerçevesinde Kosova Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi'nin 04/L-093 sayılı Bankalar, Mikrofinans Kurumları ve Banka Dışı Finansal Kurumlar Yasası'nın 90, 95(1.6), 110, 111 ve 116. maddeleri hakkında anayasal denetim yapmasını talep etmişlerdir.
28. Mezkur STK'lar bu maddelerin Anayasa'yı ihlal ettiği görüşünde olduklarından Mahkeme'nin esasa ilişkin bir karar çıkarıncaya kadar yasanın yürütümünün durdurulması için ihtiyati tedbir konmasını talep etmişlerdir.
29. Mezkur STK'lar 04/L-093 sayılı Bankalar, Mikrofinans Kurumları ve Banka Dışı Finansal Kurumlar Yasası'nın 90, 95(1.6), 110, 111 ve 116. maddelerinin Anayasa'nın 44. maddesi [Birleşme Özgürlüğü], 46. maddesi [Mal Güvenliği] ve 10. maddesi [Ekonomi], kar amacı gütmeyen uluslararası STK ilkeleri ve Kosova'da STK çerçevesinde birleşme özgürlüğü alanını düzenleyen yürürlükteki mevzuatı ihlal ettiği görüşündeler.

Başvurucunun İddiaları

30. Başvurucu Mahkeme'de bu başvuruya ilişkin uygulanabilir hukuk düzenine atıfta bulunmuştur:

31. Anayasa'nın 44. maddesi [Birleşme Özgürlüğü] birleşme özgürlüğünün güvence altına alınmış olduğunu ve yasayla düzenlendiğini belirlemiştir:

1. Birleşme özgürlüğü güvenceye bağlıdır. Birleşme özgürlüğü, herkesin, bir kuruluşun üyesi olsun veya olamasın ve de bir kuruluşun etkinliklerine katılmış olsun veya olması, izin alınmaya gerek kalmaksızın kuruluş kurma hakkını kapsar.

2. Sendika kurma ve çıkarların korunması amacıyla örgütlenme özgürlüğü güvenceye bağlıdır. [...].

32. Anayasa'nın 46. maddesi [Mal Güvenliği] mülkiyetin korunmasını belirgin bir şekilde güvence altına almıştır:

1. Mal güvenliği güvenceye bağlıdır.

2. Maldan yararlanma hakkı, kamu çıkarlarına uygun şekilde yasalarla düzenlenir.

3. Hiç kimse keyfi olarak kendi mülkünden yoksun bırakılmaz. [...].

33. Anayasa'nın 10. maddesi [Ekonomi] Kosova Cumhuriyeti'nin ekonomik düzeniyle ilgilidir:

Kosova Cumhuriyeti Ekonomik Düzeninin temeli, serbest rekabetli piyasa ekonomisidir.

34. 04/L-057 sayılı Sivil Toplum Kuruluşları Birleşme Özgürlüğü Yasası'nın 1. maddesi şöyledir:

Bu Yasa, Kosova'da sivil toplum kuruluşu olarak örgütlenmiş olan tüzel kişilerin oluşmasını, kayıt edilmesini, iç yönetimini, faaliyetlerini, feshi ve iptali ile ilgili konuları düzenler.

35. 04/L-057 sayılı Sivil Toplum Kuruluşları Birleşme Özgürlüğü Yasası'nın 4. maddesine göre:

1. STK hiç kimseye net gelir ya da kazanç dağıtmaz.

2. Belli bir STK'nın varlıkları, gelirleri ve kazançları, örgüt için saptanmış olan kazanç sağlamayan hedeflerin karşılanması kullanılır.

3. Belli bir STK'nın varlıkları, gelirleri ve kazançları, örgütün çalışmalarını yerine getiren kişilerin makul ödenek ve tazminatları dışında, herhangi bir kurucu, müdür, resmi görevli, STK'nın üyesi, çalışanı ya da bağışçısı için doğrudan ya da dolaylı olarak kazanç sağlamak için kullanılamaz.

36. 04/L-057 sayılı Sivil Toplum Kuruluşları Birleşme Özgürlüğü Yasası'nın 5. maddesi Kosova'da STK kavramı ve kuruluş amacını açıkça belirlemiştir:

1. Yerli STK, kamu yararı ya da karşılıklı ilgi duyma amacıyla yasaya dayalı hedeflerin gerçekleşmesi için Kosova'da oluşan dernek ya da kuruluştur. [...].

37. 04/L-057 sayılı Sivil Toplum Kuruluşları Birleşme Özgürlüğü Yasası'nın 11.1 fıkrası şöyledir:

1. Yerli STK, bu yasa ile uyumlu olarak kayıt olması ile tüzel kişi statüsüne sahiptir.

38. 04/L-057 sayılı Sivil Toplum Kuruluşları Birleşme Özgürlüğü Yasası'nın 20. maddesi STK fesih koşullarını belirlemiştir:

1. STK devamda belirtilen şekillerde feshedilir:

1.1. tüzüğü ile uyumlu olarak en yüksek organı tarafından alınan STK'nın feshedilmesine ait gönüllü karar ile;

1.2. yürürlükte olan yasaya göre STK'nın iflas etmiş durumda olması;

1.3. kuruluş maddesine böyle bir sürenin tayin edilmiş olması halinde, kuruluş tarihinin geçmesi durumunda;

1.4. mahkemenin yasal kararı esasınca.

39. 04/L-057 sayılı Sivil Toplum Kuruluşları Birleşme Özgürlüğü Yasası'nın 21. maddesi STK kayıt sildirme şeklini ve yetkili organlarını ile STK varlıklarının yönetim şeklini belirlemiştir:

3. Vergi ya da para, kamu bağışlar, ya da hükümetten hibe gibi kolaylıkları kullanmış olan STK'nın feshedilmesi ya da kayıttan silinmesi durumunda, STK'nın tüm borçlarını kapatmasından sonra kalan mal varlığı aynı ya da benzeri hedefleri olan diğer bir STK'ya verilir. Bu STK, STK tüzüğü esasınca ya da STK'nın en yüksek yönetim organının önerisi ile tespit edilir. Bakanlık, Hükümet tarafından çıkarılan alt yasa maddesi esasına dayalı olarak STK'nın da temsilcisi ile feshedilen ya da kayıttan silinen STK'nın kalan Mal Varlığının Dağıtılmasına ait Komisyonu kurar.

4. Tüm diğer durumlarda, borçların ödenmesinden sonra kalan her mal varlığı en yüksek yönetim organın kararı ya da tüzüğü esasınca dağıtılır ve bu tüm durumlarda bu Yasa'nın 4. maddesi ile uyumlu olarak yapılır.

40. Başvurucu bu yönde "[...]04/L-093 sayılı Bankalar, Mikrofinans Kurumları ve Banka Dışı Finansal Kurumlar Yasası'nın II. Kısımında Mikrofinans Kurumları STK'ların (MFK STK) kuruluş amaçlarına aykırı bir şekilde, anonim şirkete veya özel kuruluşlara dönüştürülmelerine imkan tanımaktadır. Bu haliyle bu yasa anayasal ilkeleri ve uluslararası kar gütmeyen kuruluşlar yasasını ihlal ederek Kosova'da STK'ların birleşme özgürlüğünü düzenleyen mevzuata aykırı olup, genel anlamda sivil toplumun geleceğinin tehlikeye atmaktadır" iddiasını ileri sürmüştür.

41. Başvurucu devamında, Mikrofinans Kurumları STK'ların Anayasa'nın 44. maddesi ve 04/L-057 sayılı Sivil Toplum Kuruluşları Birleşme Özgürlüğü Yasası'ndan kaynaklanan birleşme hakkı uyarınca kurulup kaydedildiklerini ileri sürmüştür. Fakat iddiaya göre 04/L-057 sayılı Sivil Toplum Kuruluşları Birleşme Özgürlüğü Yasası'nın Mikrofinans Kurumları STK'ların hukuki özelliğini değiştirip onların anonim şirkete dönüştürülmesine imkan tanıyarak, Anayasa'nın 44. maddesinde belirtilen faaliyet alanlarından STK'ların uzaklaştırıldığı ve onların birleşme özgürlüğü hakkı çerçevesinde faaliyet göstermeleri engellendiği belirtilmiştir.
42. Dahası "04/L-057 sayılı Sivil Toplum Kuruluşları Birleşme Özgürlüğü Yasası'nın Mikrofinans Kurumları STK'ların yönetim ilke ve usullerini düzenleyerek onların faaliyetini düzenlemeyi hedeflediği ileri sürülmektedir. Ancak Yasa'nın hükümleri Mikrofinans Kurumları STK'ların STK statüsünden anonim şirkete dönüştürülmesine imkan sağlayarak hukuki varlık meselesini gündeme getirmekteler.
43. Başvurucu "*STK'ların Birleşme Özgürlüğü Yasası'nın 4. madde 2 ve 3. fıkralarının STK'ların başka bir hukuki varlığa dönüşmelerine, hele kar amacı güden bir varlığa dönüştürülmelerine imkan tanımaz. Bir STK kendini feshetmeyi (dolayısıyla STK statüsünü iptal etmeyi) ancak lağvedilerek yapabilir, dönüşümle asla yapamaz. Bu yasa (ve diğer önceki mevzuat) uyarınca kurulup kaydedilen tüm STK'ların (MFK STK da dahil olmak üzere) hukuki statüleri sadece STK'ların Birleşme Özgürlüğü Yasasıyla düzenlenmiş olup bunun gibi kuruluşların hukuki statülerinin başka mevzuatla düzenlenmesi gayrimeşrudur*" iddiasını ileri sürmüştür.
44. Başvurucu devamında "*bazı ülkelerde (Kosova'da olduğu gibi) böyle bir dönüşüm imkan tanınmazken, diğer bazı ülkelerde böyle bir dönüşüm açıkça yasaklanmıştır; Bulgaristan Cumhuriyeti Kar Amacı Gütmeyen Kuruluşlar Yasası'nın 12 ve 42. maddeleri, Makedonya Cumhuriyeti Dernek ve Vakıflar Yasası'nın 6.2 fıkrası ve Estonya Cumhuriyeti Vakıflar Yasası'nın 1.3 fıkrası*" iddiasını ortaya koymuştur.
45. Başvurucuya göre kar amacı gütmeyen sektöre ilişkin temel evrensel ilke şudur: *Bir STK varlıkları, gelir ve karları, kuruluş adına çalışan kişilere yapılacak makul bir ödeme dışında bir kurucu, müdür, memur, üye, çalışan veya bağışçıya kazanç sağlamak amacıyla kullanılamaz. İddiaya göre "bu ilke STK'ların bir sahibinin olmadığı anlamına geldiği ve varlıklarının özel mülkiyet olarak muamele göremezler. Bir STK varlıkları, gelir ve karları kuruluşun kar amacı gütmeyen faaliyetlerini desteklemek amacıyla kullanılır. Diğer yandan bir STK'nın lağvedilmesi konusunda "STK varlıkları aynı veya benzer amaçlar güden başka bir STK'ya aktarılır" denmiştir.*
46. Yukarıda ifade edilenlere dayanarak başvurucu şu iddiayı ortaya koymuştur: *"bu hükümler, faal oldukları dönemlerde veya faaliyetlerini durdurduktan sonra olsun STK'ların kendi varlıklarını kar amacı güden kuruluşlara herhangi bir şekilde devredemeyeceklerini temin etmiştir. Aksi halde Bankalar, Mikrofinans Kurumları ve Banka Dışı Finansal Kurumlar Yasası*

MFK STK'ların anonim şirketlere dönüştürülmelerine imkan tanıyarak STK varlıklarının hisselerine/özel mülkiyete dönüştürülmelerine fırsat vermektedir.

47. Anayasa'nın 46. maddesi gereğince, tüzel kişilerin varlıkları da dahil olmak üzere, hiç kimse keyfi bir şekilde malından mahrum edilemez. Netice itibariyle başvuru şu ileri sürmüştür: *Bu madde sivil toplum kuruluşlarının varlıklarını korur. STK'lar kar amacı gütmeyen amaçlarla kurulduklarından kimsenin mülkiyetinde değiller. STK varlıkları, evrensel kar dağılımı olmayan ilke uyarınca STK yönetim organları tarafından yönetilirler. Bankalar, Mikrofinans Kurumları ve Banka Dışı Finansal Kurumlar Yasası, MFK STK'ların anonim şirkete dönüştürülmelerine imkan verip üçüncü gerçek veya tüzel kişilere devrederek STK varlıklarını keyfi bir şekilde devretmektedir.*
48. Başvurucuya göre *Bankalar, Mikrofinans Kurumları ve Banka Dışı Finansal Kurumlar Yasası'nın MFK STK'ların anonim şirkete dönüştürülmelerine imkan vererek kazanılan sermayenin vergi ödenmeksizin, kuruluşların itibaren vergi ödemekle yükümlü olan bankalar ve diğer finans kuruluşları aracılığıyla rekabet piyasasına sokulmasına yol açmaktadır. Bunun, Anayasa'nın Kosova Cumhuriyeti Ekonomik Düzeninin temeli, serbest rekabetli piyasa ekonomisi olduğunu düzenleyen 10. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.*
49. Başvurucunun görüşüne göre *"Bankalar, Mikrofinans Kurumları ve Banka Dışı Finansal Kurumlar Yasası, Avrupa Konseyi'nin STK tanımı, Bakanlar Komitesinin (2007) 14 sayılı Tavsiye Kararı ile Kosova'da tüm STK'ların kuruluş ve faaliyetlerini durdurmayı düzenleyen 04/L-057 sayılı Sivil Toplum Kuruluşları Birleşme Özgürlüğü Yasası'nın aykırıdır.*

KMB'nin cevabı

50. KMB 28 Aralık 2012 tarihinde Mahkeme'ye şu cevabı göndermiştir: *"Bankalar, Mikrofinans Kurumları ve Banka Dışı Finansal Kurumlar Yasası'nın amacı bu kurumların BKQ tarafından kaydedilip düzenlenmesi ve denetlenmesidir. Bu nedenle bu yasa, bu yasaya uygun mali işlemlerle uğraşmak isteyen tüm STK'lara, kuruluş amaçlarının farklı olmasına rağmen ayırım olmaksızın KMB'ya kaydolup KMB tarafından düzenlenme ve denetlenme imkanı sağlar.*
51. KMB devamında şu ileri belirtmiştir: *"Bankalar, Mikrofinans Kurumları ve Banka Dışı Finansal Kurumlar Yasası'nın 90, 110, 111 ve 116. maddeleri ile 95 (1.6) fıkrasının Kosova Cumhuriyeti Anayasası'na aykırı ve STK'ların birleşmesini düzenleyen mevcut mevzuata aykırı olduğu yönündeki iddialar temelden yoksundur [...]"*
52. KMB bu doğrultuda 90. maddeye dayanarak şu ileri belirtmiştir: *"Tüm mikro finans kuruluşları KMB'ya mikro finans kuruluşu olarak kaydolduktan sonra, STK veya anonim şirket olmalarından bağımsız olarak KMB'nin hukuk çerçevesi ve denetimine dahil olurlar. Öyle ki bu maddenin hükmü bu yasaya uygun olduğu durumlar dışında STK'ların etkinliklerini pazarlayamayacakları, birleşip yapılarını değiştiremeyecekleri, kar,*

sermaye artırımını, hisse veya aktif paylaşımı yapamayacağı veya ödeyemeyeceğini açıkça belirtmiştir. Bankalar, Mikrofinans Kurumları ve Banka Dışı Finansal Kurumlar Yasası'nın mevcut STK'ları anonim şirkete dönüşmeye mecbur ve teşvik etmediği kuşkusuzdur. STK'ların faaliyetini oldukları gibi sürdürmek veya anonim şirkete dönüşmek isteyip istemeyeceklerine ilişkin karar onlara ait özerk karardır.

53. KMB 95. madde 1.6 bendine dayanarak şunu belirtmiştir: *“yukarıda belirtildiği şekilde tüm mikro finans ve banka dışı kurumların, STK veya anonim şirket olup olmadıklarına bakılmaksızın, mali işler (kredi verme veya diğer mali işler) gerçekleştirmek üzere KMB'ye kaydoldukları andan itibaren KMB tarafından düzenlenir ve denetlenirler. Mikrofinans Kurumları ve Banka Dışı Finansal Kurumlar Yasası'nın konusu finansal faaliyetler gerçekleştiren finans kuruluşlarını düzenlemektir ve Kosova'da finansal faaliyet gerçekleştiren kurumları denetleyen yegane kurum KMB'dir. Bu yasanın hükümleri STK veya Mikro Finans Kuruluşlarının (MFK) lağvını herhangi bir şekilde gerektirmez ve teşvik etmez. Faaliyetini durdurmaya karar veren her türlü mikro finans kuruluşu ve STK'lar Mikrofinans Kurumları ve Banka Dışı Finansal Kurumlar Yasası ve yürürlükteki diğer mevzuata uymak durumundadır. Bu yasa kar veya kazançların STK Yasası uyarınca hayır işleri dışındaki amaçlar için paylaştırılamayacağını veya devredilemeyeceğini açık bir şekilde belirtmiştir. Mikro finans, banka veya banka dışı finans kuruluşları ve finans kuruluşunun STK, anonim şirket veya limitet şirket olduğu durumlarda tüm finans kurumları mali aracılık konularında KMB'nin düzenlemelerini uygulayıp denetimini kabul ederler.*
54. KMB devamında 110. madde hakkında şunu belirtmiştir: *“Bu maddenin 1. fıkrasının 'hibe edilmiş sermaye ve sermaye fazlası yürürlükteki yasalara uygun şekilde hayır işleri için paylaştırılabileceğini' açıkça belirttiğinin vurgulanması önemlidir. Bu, açık bir şekilde STK Yasası da dahil olmak üzere mevcut mevzuatın uygulanması gerektiğini belirtir ve bu fıkranın amacı ilgili durumlarda STK Yasasının uygulanması gereğini amaçlamıştır. Bu fıkra aynı şekilde şunu belirlemiştir: mikro finans kuruluşu olan STK mali kurum olup KMB tüm finans kuruluşlarını denetlediğinden, KMB'nin finans sektörü mali istikrarını sağlamak gibi temel amaçlarından birini gerçekleştirerek, finans kuruluşlarının çözümünün sektör, müşteri ve kamuoyuna asgari girişimle gerektiği şekilde yapılmasını sağlar. Bu maddenin ikinci fıkrası mikro finans STK çözümünden veya hibe edilmiş sermayenin dağıtılması ya da sermaye fazlasından KMB'nin herhangi bir şekilde yarar sağlayamayacağını açıkça belirlemiştir.*
55. KMB 111. maddeyle ilgili olarak şunu belirtmiştir: *Yasa ve bu maddeyle belirlendiği şekilde bağışçının hayır amacıyla hibe etmiş olduğu sermaye, hayır işleri dışında başka hiçbir amaç için kullanılmamalıdır. Bu madde bir STK mikro finans kuruluşunun anonim şirket olarak kaydolmaya karar verdiğinde sadece hibe edilmiş sermaye konusunda 110 ve 112. madde hükümlerini uygulaması gerektiğini belirlemiştir. Buna göre bağışçılar tarafından hibe edilmiş başlangıç sermayesi ya bağışçılara iade edilmeli veya STK Yasası'nda dolayısıyla 110. maddede belirtildiği şekilde “hibe edilmiş sermaye ve sermaye fazlası yürürlükteki yasalar uyarınca hayır*

işleri için dağıtılmalıdır [...]". Yani tüm bunlar hibe edilmiş sermaye ve sermaye fazlasının STK Yasası uyarınca hayır amaçlı işlerde kullanılmalıdır. Başka bir kullanım amacı olduğu durumlarda vergi mükellefiyetini gerektirir. Ancak Mikrofinans Kurumları ve Banka Dışı Finansal Kurumlar Yasası hibe edilmiş sermaye ve sermaye fazlasının başka bir şekilde kullanılmasını gerekli kılmaz ve teşvik etmez. Öyle ki anonim şirket olarak kaydolun STK mikro finans kurumları hayır işlerine son vermiş olmasından dolayı STK vergi muafiyeti statüsünü kaybeder.

56. KMB 116. madde hakkında şunu belirtmiştir: *"[...] bu madde, Kamu Yönetimi Bakanlığı tarafından kaydedilip denetlenen STK'ların kaydıyla ilgili olmayıp, finansal faaliyetlerde bulunan mikro finans STK'ları için geçerlidir.*

57. KMB devamında şunu belirtmiştir: *KMB özellikle bu yasanın serbest piyasa ekonomisi rekabet pazarının gelişmesine artı değer katacağı görüşündedir.*

Maliye Bakanlığı'nın cevabı

58. Maliye Bakanlığı 28 Aralık 2012 tarihinde Mahkeme'ye gönderdiği cevabında başvurucunun Mikrofinans Kurumları ve Banka Dışı Finansal Kurumlar Yasası'nın STK'ların Örgütlenme Özgürlüğü Yasası'na aykırı olduğu yönündeki iddiaların yersiz olduğu yönünde bazı argümanlar ortaya konmuştur.

59. Maliye Bakanlığı bu çerçevede şunu ileri sürmüştür: *04/L-057 sayılı Sivil Toplum Kuruluşlarında Birleşme Özgürlüğü Yasası, sivil toplum kuruluşların mikro finans kuruluşu olarak faaliyet gösterme (kaydedilme) hakkını düzenlemez. Sivil toplum kuruluşlarında birleşme özgürlüğüne ilişkin bu yasa STK'ların kuruluşu, kaydı, iç yönetimi, faaliyetlerini, lağvını ve tüzel kişi olarak kaydını düzenler; ancak STK mikro finans kuruluşları hiçbir hükmünde geçmez.*

60. Maliye Bakanlığı şunu ileri sürmüştür: *[...] Başvurucu Lex Temporis ve Lex Specialis hukuk ilkelerini unutmuş görünüyor. STK'larda Birleşme Yasası tüm STK'lar için genel yasadır; 04/L-093 sayılı Mikrofinans Kurumları ve Banka Dışı Finansal Kurumlar Yasası'nın STK mikro finans kuruluşları kısmı ise özel olup uygulamada önceliği vardır.*

61. Maliye Bakanlığı 90. maddenin sadece terimlerin ifade ettikleri anlamları düzenlediğini şu şekilde ileri sürmüştür: *mantıksal akışı içerisinde STK mikro finans kuruluşu terimini ve 04/L-093 sayılı Mikrofinans Kurumları ve Banka Dışı Finansal Kurumlar Yasası uyarınca mikro finans kuruluşlarının hak ve yükümlülüklerini düzenler. Bu nedenle 90. maddenin STK'ların Örgütlenme Özgürlüğü Yasası'na aykırı olduğu iddiasına yer yoktur.*

62. Maliye Bakanlığı 95. madde hakkında şunu belirtmiştir: *Bu hükmün iki kısmı vardır. Birinci kısım yapı veya misyonun herhangi bir kurucusu, yöneticisi, memuru veya başka birine çıkar sağlayacak şekilde satışı, devri, birleşmesi veya ayrışmasını önlemeyi amaçlamaktadır. Bu kısım STK'ların Örgütlenme Özgürlüğü Yasası ile de uyumludur [...]. Bu hükmün ikinci kısmı 04/L-093 sayılı Mikrofinans Kurumları ve Banka Dışı Finansal Kurumlar Yasası'nın*

öngördüğü şekilde gönüllü tasfiye, zorunlu tasfiye veya resmi yönetime tabi tutulduğu durumlar dışında birinci kısmında belirlenen sınırlamalara ilişkin istisnaları içermektedir. Benzer bir hükmü STK'ların Örgütlenme Özgürlüğü Yasası'nın 20. maddesi de kabul etmektedir. Bu madde şöyledir: 'STK devamda belirtilen şekillerde feshedilir: Tüzüğü ile uyumlu olarak en yüksek organı tarafından alınan STK' nın feshedilmesine ait gönüllü kararı ile; yürürlükte olan yasaya göre STK'nın iflas etmiş durumda olması'. Bundan da görüldüğü şekilde uyumsuzluk yoktur.

63. Maliye Bakanlığı 110. madde ile ilgili olarak şunu belirtmiştir: *Bu hükmün amacı bir STK mikro finans kuruluşunun gönüllü veya zorunlu feshi durumunda yukarıda belirtilen yasalar esasınca STK mikro finans kuruluşunun bağışçı tarafından hibe edilen kuruluş sermayesinin geri alınıp diğer insani amaçlar için kullanmak üzere haberdar edilmesidir. Bağışçının kuruluş sermayesini geri almaması durumunda hibe edilen sermaye ve sermaye fazlası mevcut yasalara göre insani amaçlar doğrultusunda dağıtılmalıdır. Bu kısımda KMB tarafından kabul edilen plan çerçevesinde STK'ların Örgütlenme Özgürlüğü Yasası yer alır. KMB'nin rolü mali istikrarı denetlemekten ibarettir.*
64. Maliye Bakanlığı 111. madde hakkında şunları ileri sürmüştür: *Bu maddenin amacı hibe edilen sermayenin hayır işleri dışındaki işlerde kullanılmamasını vurgulamaktır. Eğer bir STK mikro finans kuruluşu kendi iradesiyle anonim şirket olarak kaydolmaya karar verirse, ki Yasa böyle bir şeyin kesinlikle zorunlu olduğunu öngörmemiştir, o zaman bu kuruluşun 04/L-093 sayılı Mikrofinans Kurumları ve Banka Dışı Finansal Kurumlar Yasası 110 ve 112. madde hükümlerini uygulaması gerekir. Hibe edilen sermaye ve sermaye fazlası STK Yasası uyarınca hayır işlerinde kullanılmalıdır; başka bir amaçla kullanılması halinde vergiye tabi tutulur; ancak 04/L-093 sayılı Mikrofinans Kurumları ve Banka Dışı Finansal Kurumlar Yasası hiçbir şekilde hibe edilen sermaye ve sermaye fazlasının başka bir amaçla kullanılmasını zorunlu kılmaz ve teşvik etmez. Burada görüldüğü üzere STK mikro finans kuruluşu statüsünden mikro finans anonim şirketi statüsüne bir geçiş söz konusudur. Yasa, artı bir yasal imkan tanımaktadır.*
65. Maliye Bakanlığı 116. maddeyi dikkate alarak bu maddenin mikro finans kuruluşlarının 04/L-093 sayılı Mikrofinans Kurumları ve Banka Dışı Finansal Kurumlar Yasası uyarınca faaliyet gösterme yükümlüklerini düzenleyip, kesinlikle STK'ların Örgütlenme Özgürlüğü ile düzenlenen STK'lara ilgili hiçbir ilgisinin olmadığını ileri sürmüştür.

Kamu Yönetimi Bakanlığı STK Kayıt ve Eşgüdüm Departmanı'nın cevabı

66. Kamu Yönetimi Bakanlığı STK Kayıt ve Eşgüdüm Departmanı 31 Aralık 2012 tarihinde Mahkeme'ye gönderdiği cevabında şunu belirtmiştir:

“... ”

- a) Mikrofinans Kurumları ve Banka Dışı Finansal Kurumlar Yasası STK olarak kayıtlı olan mikro finans kuruluşlarını da etkilediğinden, bu yasa hazırlandığında, mevcut mevzuata göre sahip olduğumuz yetkiler çerçevesinde bizlere de danışılması gerektiği görüşündeyiz.

- b) Yapılan başvurudaki iddialarla ilgili olarak, yasanın itiraz edilen hükümlerinin Kosova Cumhuriyeti STK Birleşme Özgürlüğü Yasası ile çelişkide olduğu açıktır ve bu halde uygulanması çelişki doğurur.
...”

Açık Duruşma

67. Mahkeme'nin 5 Mart 2013 tarihinde yaptığı duruşmaya şu taraflar katılmışlardır:

- a) Kamu Denetçiliği Kurumunu temsilen Ombudsman Yardımcısı Bayan Shqipe Malaj,
- b) Yasama Komisyonu'nu temsilen Komisyon Başkanı Bay Arben Gashi,
- c) Maliye Bakanlığı'nı temsilen Bay Lulzim Rafuna,
- d) Merkez Bankası'nı temsilen Bay Skender Kllokoqi,
- e) Kamu Yönetimi Bakanı STK Kayıt ve Eşgüdüm Departmanı'nı temsilen Bay Muhamet Dabiçaj.

68. Yasama Komisyonu duruşma esnasında Mahkeme'ye şu evrakı teslim etmiştir:

- a) Bütçe ve Maliye Komisyonu'nun 18 Ocak 2012 tarihli (No: 44/12) toplantı tutanağı,
- b) Bütçe ve Maliye Komisyonu'nun 22 Mart 2012 tarihli (No: 53/12) toplantı tutanağı,
- c) Bütçe ve Maliye Komisyonu'nun 4 Nisan 2012 tarihli (No: 57/12) toplantı tutanağı,
- d) Bütçe ve Maliye Komisyonu'nun 5 Nisan 2012 tarihli (No: 42) toplantı tutanağı,

69. Maliye Bakanlığı duruşma esnasında Mahkeme'ye şu evrakı teslim etmiştir:

- a) Bütçe ve Maliye Komisyonu'nun 8 Şubat 2012 tarihli açık oturum dökümü,
- b) Kosova Cumhuriyeti Meclisi 12 Nisan 2012 tarihli Genel Kurul toplantısının dökümü

Maliye Bakanlığı'nın talebi üzerine Mahkeme, bilirkişi sıfatıyla Bay Jacques Boribond'u dinlemiştir.

70. Bunun dışında Mahkeme, *amicus curiae* sıfatıyla Bay Dastid Pallaska'yı da dinlemiştir.

Başvurucu

71. Başvurucu başvurusu dışında açık duruşmada şifahen de şunları belirtmiştir:

“Mikrofinans Kurumları ve Banka Dışı Finansal Kurumlar Yasası aynı zamanda Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin CM/Rec (2007) 14 sayılı Önerisine de aykırıdır; zira bu Öneri'nin 9. maddesi STK'ların, üyeleri veya kurucularının etkinliklerinde doğabilecek geliri paylaştırılamayacağı, bu gelirleri kendi amaçları doğrultusunda kullanabileceği belirtilmiştir.

72. Başvurucu duruşmada sözlü açıklamasında şunu belirtmiştir: *Bu Öneri'nin 9. maddesi STK'ların faaliyetlerini durdurmaları halinde yükümlülüklerin yerine getirilmesi ve bağışçıların hakları yerine getirildikten sonra, hukuki*

özellikle, varlıklarını devralacak bir ardıl belirleyebileceklerini açıkça belirtir. Ancak, kamu maliyesi veya başka yollardan en son dönemlerde destek hakkı kazanmış ilgili STK tarafından belirlenmiş bir ardılın olmadığı durumlarda, varlıkların benzer veya yakın amaçları olan bir başka STK'ya ya da tüzel kişiye devri istenebilir. Aksi halde hedefleri devlet belirler. Dahası ilgili hedeflerin gerçekleştirecek başka bir ardıl bulunmadığı veya STK tarafından hedefler doğrultusunda kullanılan araçların kabul edilmez olması durumunda devlet ardıl olabilir.

73. Başvurucu duruşmada bir de şunu belirtmiştir: STK mikro finans kuruluşlarından bazılarının genellikle anonim şirket türünden işletmeye dönüşmesinin amacı, öncelikle UNMIK Yönetmelikleri aracılığıyla en azından 2004 yılından itibaren belgelenmiş eski bir gayrettir. Çeşitli faillerce STK mikro finans kuruluşundan anonim şirkete dönüşme gayretleri kesintisizdir ve 2010 yılında Sivil Toplum Kuruluşlarının Örgütlenme Özgürlüğü Yasası'nın değiştirildiği dönemlerde belirgin hale gelmişlerdir. 2010 yılına ait Kamu Denetçiliği Kurumu Raporunda STK'ların Örgütlenme Özgürlüğü Yasası'nda değişikliklerin görüşüleceği zaman parlamento komisyonu tarafından sivil toplumdan gelecek yorum ve önerileri dikkate alınmasını, Yasa değişikliği ve ilavelerinin şeffaf olmasını ve sonuç olarak Yasa'nın Avrupa standartlarına uygun olmasını önermiştir. Yasa hazırlama sürecinin birçok engeli aştığı gerçeğine rağmen sivil toplum yoğun gayret gösterip Kosova'daki uluslararası toplum temsilcileriyle yakın işbirliği içerisinde Meclis tarafından 2011 yılında kabul edilen STK'ların Örgütlenme Özgürlüğü Yasası içerisinde sivil toplumun saygınlığına zarar verecek unsurların yer almasını enlemeye başarılı olmuştur.
74. Duruşmada başvuru sözlü olarak şunu belirtmiştir: Kamu Denetçiliği Kurumu'nun yukarıda belirtilen maddelerin içeriğine itiraz etmiş olmasına rağmen bu yasanın kabul sürecinin de Meclis İçtüzüğü ve Anayasa'nın 39.3 fıkrasına aykırı şekilde yapıldığının vurgulanması gereklidir. Meclis İçtüzüğü'nün 57. maddesi ilk görüşülmeye yasa tasarısının onayından sonra Meclis, ihtisas komisyonunun yanı sıra dört diğer daimi komisyona da yasa tasarısını görüşmelerini emreder. Ancak bu yasa tasarısı Kosova Cumhuriyeti Meclisi Yasama Komisyonu tarafından ne görüşülmüş ne de kabul edilmiştir. Bunun yerine Bütçe ve Maliye Komisyonu tarafından görüşülüp kabul edildikten sonra doğrudan kabul için Genel Kurul'a gönderilmiştir. Dahası Anayasa'nın Meclis yetersayısını belirleyen 69.3 fıkrasıyla ilgili olarak Kamu Denetçiliği Kurumu, Meclis'in resmi evrakına göre oylamaya katılan milletvekili sayısının 58 olduğu, bunların 54 kabul, 4 çekimser oy olduğunu ve hiçbir ret oyunun olmadığını belirtmiştir. Bundan başka bir milletvekilinin elektronik oylama yoluyla oyunu kullanmadığını bildirdiği ve bununla birlikte oylamaya katılanların sayısını 59'a yükselttiği belirtilmiştir. Bu sayı yetersayı için gerekli olan 61 sayısına aykırıdır. Mahkeme bu meselenin başvuru tarafından zikredilmediğini belirtir.
75. Başvurucu duruşmada şifahi şunu da belirtmiştir: Sivil toplumun faaliyet için gerekli olan gelirleri genelde bağışçılardan elde edilir. Kosova 'da sivil toplumun finansmanının % 80'i uluslararası bağışçılardan gelmektedir. Bu bağışçıların hepsi, bağışlarının özel çıkarlar için kullanılmayacağına ilişkin yasal temele dayanarak STK'la için fonlar sunarlar. STK'ların mikro finans

kuruluşlarına dönüştürülmelerine izin verilmesi emsal teşkil edeceğinden STK'ların özel şirkete dönüştürülmesi önu açılmış olup bağışçılarının fonlarının mülkiyetinin değiştirilmesi mümkün olabilecektir; bu şekilde bağışçıların Kosova'daki STK'ları desteklemeleri tehlikeye atılmış olacaktır.

76. Mahkeme tarafların sunumlarından iki tür STK'ların olduğu algısının bulunduğunu vurgular: STK'lar ve STK mikro finans kuruluşları. Sözlü sunumunda başvuru STK'ların Örgütlenme Özgürlüğü Yasası'nın sadece bir tür STK tanıdığını, ancak STK'ların faaliyetlerinin farklı olduğunu belirtmiştir. Bu diğer STK'ların faaliyetleri özel yasalarla düzenlenir.
77. Meclis'in yasaı kabul ettiğı genel kurulda yetersayının sağlanıp sağlanmadığı konusunda ise başvuru, duruşmada 54 milletvekilinin kabul ve 4 milletvekilinin çekimser oy kullandıklarını, ret oyu kullanan milletvekilinin olmadığını, bir milletvekilinin de elektronik oy kullanamadığını belirtmiştir. Yani başvuru, genel kurulda 59 milletvekilinin bulunduğunu belirtmiştir. Başvuru devamında başvurunun özünün Mikrofinans Kurumları ve Banka Dışı Finansal Kurumlar Yasası'nın itiraz edilen maddeleri üzerinde anayasal denetimin yapılmasının oluşturduğunu ileri sürmüştür.

Yasama Komisyonu

78. Yasama Komisyonu, Mikrofinans Kurumları ve Banka Dışı Finansal Kurumlar Yasası'nın itiraz edilen maddelerinin kabul sürecinde izlenen adımları açıklaması için Mahkeme tarafından açık duruşmaya katılmak üzere çağırılmıştır.
79. Bütçe ve Maliye Komisyonu'nun 18 Ocak 2012 tarihli (44/12) toplantısının Mahkeme'ye sunulan tutanağına göre Mahkeme, Mikrofinans Kurumları ve Banka Dışı Finansal Kurumlar Yasası'nın bu komisyonca görüşüldüğünü ve bu yasanın ilke olarak kabul edilmesi Meclis'e önerildiğini tespit etmiştir.
80. Yukarıda mezkur tutanağı göre Bütçe ve Maliye Komisyonu Başkanı, söz konusu yasa tasarısının mikro finans kurumları ve banka dışı finansal kurumların lisans alma, denetleme ve diğer konulardaki yasal altyapısını düzenlemeyi amaçladığını belirtmiştir.
81. Bu tutanağı göre dönemin Maliye Bakanı'nın Mikrofinans Kurumları ve Banka Dışı Finansal Kurumlar Yasası'nın Uluslararası Para Fonu ve Dünya Bankası ile uluslararası tecrübeler ve Avrupa Birliği direktifleriyle uyumlu hale getirildiğini ifade ettiğı anlaşılmaktadır. Tutanağın devamında bu yasanın UNMIK Yönetmeliklerinin yürürlükten kaldırılmasını amaçladığı ve finans sektörün kurumsal çerçevesini, istikrarını ve dayanıklılığını arttıracığı belirtilmiştir. Tutanağı göre bu yasa, ihlalin söz konusu olduğu durumlarda Kosova Merkez Bankası'na ceza verme yetkisini vererek bankaların hizmet standartlarını arttırma ve gerçek kişilere yönelik kredi imkanlarını iyileştirmeyi de hedeflediğı belirtilmiştir.
82. Mahkeme'ye sunulan tutanağı göre Bütçe ve Maliye Komisyonu'nun 22 Mart 2012 tarihli toplantısında (53/11), Mikrofinans Kurumları ve Banka Dışı Finansal Kurumlar Yasası değişikliklerinin bu komisyonca kabul edildiğı ve

Meclis'e Yasa'nın kabul görüşülme ve kabul sürecinin devamına ilişkin önerilerin sunulduğu anlaşılmaktadır.

83. Mahkeme, sunulan tutanaktan, önerilen değişikliklerin teknik türden olduklarını tespit etmiştir.
84. Bütçe ve Maliye Komisyonu'nun 4 Nisan 2012 tarihli (57/12) toplantısına ilişkin tutanağa göre Mahkeme, BIRN STK'nın Mikrofinans Kurumları ve Banka Dışı Finansal Kurumlar Yasası hakkında bir değişiklik önerdiğini, STK'ların anonim şirkete dönüşmesi halinde bağışçıların STK'lara yardımda bulunmayacakları endişesinden dolayı önerilen bu değişiklikle finansal faaliyetleri olmayan STK'la için bu yasanın geçerli olmadığına belirtilmesinin öngörüldüğünü tespit etmiştir. Bütçe ve Maliye Komisyonu toplantısında şu sorular sorularak diğer sesler de yükselmiştir: a) STK anonim şirkete dönüştüğünde hissedarlar kimler olacaktır; b) Bağışçı tarafından hibe edilen varlıklar ve sermaye fazlası hayır işleri için dağıtılacaksa bankanın % 25'lik hisselerinin satın alınması için gerekli sermaye nerden gelir? STK mikro finans kuruluşlarının anonim şirkete dönüşebilecek durumda olmamaları gerektiği iddiası bu şekildeydi. Mikrofinans Kurumları ve Banka Dışı Finansal Kurumlar Yasası, STK'ları Örgütlenme Özgürlüğü Yasası'na aykırıdır ve STK mikro finans kuruluşları ayrı bir yasa ile düzenlenmelidir. Ancak tutanağa göre bu değişiklik önerileri dikkate alınmamıştır.
85. İtiraz edilen yasa kabul edildiğinde Meclis'te yetersayının olup olmadığıyla ilgili olarak Yasama Komisyonu temsilcisi duruşmada şifahen söylediği beyanında genel kurulu toplantısını terk ettiğinden durumu bilmediğini belirtmiştir.
86. Aşağıdaki durumlarla ilgili olarak: 1) Bu yasanın yürürlüğe konması için takip edilen usuller nelerdir, 2) Kosova Cumhuriyeti Cumhurbaşkanı tarafından yasanın ilan edildiği tarih hangi tarihtir, 3) Yasa hangi tarihte Kosova Cumhuriyeti Resmi gazetesinde yayımlanmıştır; Yasama Komisyonu temsilcisi destekleyici bir belge sunmaksızın olağan usullerin takip edilmediğini şifahen bildirerek sorunun 2 ve 3. kısımları hakkında "bilmiyorum" cevabını vermiştir.

Maliye Bakanlığı

87. Maliye Bakanlığı temsilcisi 28 Aralık 2012 tarihinde sunduğu yazılı cevabının yanı sıra duruşmada şifahen şunu belirtmiştir: *[...]Bankalar yasaı Kosova'da kişilerin birleşme hakkını düzenlemez ve STK'ların Örgütlenme Özgürlüğü Yasası'nın hiçbir hükmünü yürürlükten kaldırmaz.*
88. Maliye Bakanlığı temsilcisi şifahen şunu da belirtmiştir: *Bankalar yasaının 11. maddesi her STK mikro finans kuruluşunun önce Ticaret ve Sanayi Bakanlığına ve daha sonra Kosova Merkez Bankasına anonim şirket olarak kayıt yaptırmayı gerektirir ve STK mikro finans kuruluşunun sermaye fazlası ile hibe edilen sermayeye bu yasanın 110 ve 112. maddeleri uyarınca işlem yapılmasını düzenler. Bu, anonim şirket kurulmadan önce sermaye fazlasının vergilendirilmesini, hibe edilen sermayenin ise bağışçıya iade edilmesini gerektirir. Bu da yetki devri olmayıp anonim şirket sıfatıyla yeni*

bir hukuki öznenin baştan kadı olduğu açıktır. Başvurucuların STK yetkilerinin devredildiği yönündeki beyanları Bankalar yasasının hükümleriyle uyumlu değildir. Bankalar yasasında mülkiyet hakkını fesheden herhangi bir hüküm olmadığı gibi bu yasanın hiçbir hükmü Anayasa'nın 46. maddesine aykırı değildir. Ashında Bankalar yasasının 110. maddesi özel bir şekilde mal sahibinin mülkiyet hakkını her durumda tanımaktadır. Yalnız mal sahibinin, başışcının kooperatif halinde yönetimin olmadığı durumlarda KMB müdahale edip malların paylaşımı planını hazırlar. Dahası, STK mikro finans kuruluşu (MFK) bir anonim şirket kurmaya karar verdiğinde Bankalar yasası STK mikro finans kuruluşunun kapatılmasını gerektirmeyip açık bir şekilde KMB tarafından kayıt ve düzenleme koşullarıyla uyumlu olması gerektirdiği kadar varlığını sürdürüp hibe edilen sermaye ile sermaye fazlasını tutmaya izin verir. Bu uzatma kararı yalnız STK MFK yönetimi/sahibi tarafından yapılır. Bankalar yasasının 110. maddesinin mülkiyet hakkı veya birleşme hakkını ihlal etmediği tespit edilmelidir. Ashında bu, genel hayır amaçlı diğer STK türlerinin varlıklarının adil ve eşit dağıtılmasına imkan tanır.

89. Bunların dışında Maliye Bakanlığı temsilcisi duruşmada şifahen şunu da belirtmiştir: *STK mikro finans kuruluşları 1999 yılından itibaren daima UNMIK Yönetmelikleriyle düzenlenmişlerdir. 1999 yılından itibaren STK olmasına rağmen mikro finans kuruluşları için devamlı olarak özel yasa ve yönetmelikler vardı. 1999/13 sayılı UNMIK Yönetmeliği 2008 Haziranında çıkartılan 2008/28 sayılı yönetmelikle değiştirilmiş ve ilaveler yapılmıştır. Bu yönetmelik Bankalar Yasasından sonra yürürlükten kaldırılmıştır.*
90. İtiraz edilen yasanın kabul edildiği genel kurulda yetersayının sağlanıp sağlanmadığı meselesiyle ilgili olarak Maliye Bakanlığı temsilcisi duruşmada şifahen 61 milletvekilinin bulunduğunu ve 59'unun oy kullandığını belirtmiştir.
91. İtiraz edilen yasanın kabulünden önce STK mikro finans kuruluşları için yasal zeminin ne olduğu sorusuna Maliye Bakanlığı temsilcisi duruşmada şifahen Kosova Banka Dışı Mikrofinans Kuruluşlarına Lisans Vermeye İlişkin 1999/13 sayılı UNMIK Yönetmeliği, 1999/13 sayılı UNMIK Yönetmeliğinin Değiştirilmesine ve Mikrofinans Kuruluşlarının Kaydı, Lisans Verilmesi, Denetlenmesi ve Düzenlenmesine İlişkin 2008/28 sayılı UNMIK Yönetmeliği ve en son olarak da Bankalar, Mikrofinans Kurumları ve Banka Dışı Finansal Kurumlar Yasası'nın da olduğunu belirtmiştir. Maliye Bakanlığı temsilcisi devamında duruşmada şifahen şunu belirtmiştir: *Ticari Kuruluşlar Yasası Hakkında Değişiklik Yasasının STK'ların limitet şirket olarak kaydedilemeyeceklerini belirlemiş olup bu yasa STK'ların anonim şirket olarak kaydedilmesini yasaklamamıştır. Ancak Mahkeme, 02/L-123 sayılı Ticari Kuruluşlar Yasası Değişikliğine İlişkin 04/L-006 sayılı yasanın 22. maddesinin "Temel Yasanın 84. maddesi aşağıdaki metin ile formüle edilir: Sınırlı sorumlulukları olan şirket, sivil toplum kuruluşları hariç olmak üzere, bir veya birden fazla gerçek veya tüzel kişi kurucusu ve hissedarı olarak olabilir" şeklinde tanımladığını tespit etmiştir. Yasa'nın hiçbir yerinde STK'ların anonim şirket olarak kaydedilebilecekleri belirtilmemiştir.*

92. STK mikro finans kuruluşlarının anonim şirkete dönüştürüldüğünde ne olacağı meselesine ilişkin olarak Maliye Bakanlığı temsilcisi şifahen şu üç imkanı belirtmiştir:

- a) STK olarak varlığını sürdürebilir,
- b) Lağvedilebilir,
- c) % 25 hisse oranı ile bir bankanın parçası olabilir.

Merkez Bankası

93. Merkez Bankası temsilcisi duruşmada şifahen yazılı olarak sunulan cevabın ve Maliye Bakanlığı temsilcisinin duruşmada şifahen belirttiklerinin arkasında durduklarını belirtmiştir.

Kamu Yönetimi Bakanlığı STK Kayıt ve Eşgüdüm Departmanı

94. Kamu Yönetimi Bakanlığı STK Kayıt ve Eşgüdüm Departmanı duruşmada şifahen bir kez daha bu yasanın hazırlandığı zamanda kendilerinin hiç danışılmadığını tekrarlamış ve bunun sonucu olarak Bankalar, Mikrofinans Kurumları ve Banka Dışı Finansal Kurumlar Yasası'nın STK'ların Örgütlenme Özgürlüğü Yasası'na aykırı olduğunu belirtmiştir.

Amicus Curiae Başvurusu

95. Mahkeme *Amicus Curiae* başvurusuyla ilgili olarak İçtüzüğü'nün 53. kuralını tekraren vurgular: *Mahkeme gerekli görmesi halinde inceleme yaptırıp davayı karara bağlamak için Mahkeme tarafından belirlenen konulara ilişkin sözlü veya yazılı açıklama yapmak üzere şahıs veya kurumları davet edebilir veya bunlar için izin temin edebilir.* Her halükarda Mahkeme, *Amicus Curiae* başvurularının 01/2012 sayı ve 5 Mart 2012 tarihli *Amicus Curiae* Başvurusu Sunma Yönerge ve Usul Uygulamalarına İlişkin Yönerge uyarınca yapılması gerektiğini belirtir.

96. Bu doğrultuda Priştine "Sejdiu&Qerkini" sh. p. k. Avukatlık Bürosu Mikro Finans Kuruluşları Birliğini temsilen kendi girişimiyle *Amicus Curiae* yazılı başvurusu sunmuştur (bkz. bu Kararın 13. paragrafı). Ancak Mahkeme, bu mahkemede görüşülmekte olan bir davada karar almak ve ilgili incelemeler için bu *Amicus Curiae* başvurusunun gerekli olmadığı görüşündedir; bu nedenle İçtüzüğü'nün 53. kuralı ve 01/2012 sayılı *Amicus Curiae* Başvurusu Sunma Yönerge ve Usul Uygulamalarına İlişkin Yönerge uyarınca bu başvuruyu kabul etmemiştir.

97. Mahkeme, İçtüzüğü'nün 53. kuralı uyarınca 31 Ocak 2013 tarihinde gönderdiği yazıda *Amicus Curiae* dilekçesi sunan "Pallaska & Associate" sh. p. k. Avukatlık Bürosu adına Avukat Bay Dastis Pallaska'dan 04/L-093 sayılı Bankalar, Mikrofinans Kurumları ve Banka Dışı Finansal Kurumlar Yasası hakkındaki tutumunu belirten *Amicus Curiae* başvurusunu sunmasını istemiştir.

98. Bay Dastid Pallaska, itiraz edilen yasanın 90, 95 (1.6), 110, 111 ve 116. maddelerinin Anayasa'ya aykırı olup olmadığı konusunda değerlendirmesini

bildirmek üzere 7 Mart 2013 tarihinde Mahkeme'ye Amicus Curiae yazılı başvurusunu sunmuştur.

99. Bu doğrultuda Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin STK'ların hukuki statüsüne ilişkin CM/Rec (2007) 14 sayılı Önerisine göre 'STK'lar özerk yönetilen gönüllü organlar olup kurucuları veya üyelerine kar amacı gütmeyen amaçlarını gerçekleştirme imkanı sunan kuruluşlardır. STK'lar siyasi partileri kapsamaz.' Avrupa Sivil Toplum Kuruluşlarının Hukuki Statüsüne İlişkin Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin CM/Rec (2007)14 sayılı önerinin 1(9) maddesine göre STK'lar faaliyetlerinden doğabilecek gelirlerin hiçbirini dağıtamayıp bu gelirleri kendi amaçlarının gerçekleştirilmesi doğrultusunda kullanabilirler. Bu yasak Avrupa Sivil Toplum Kuruluşlarının Hukuki Statüsüne İlişkin Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin CM/Rec (2007)14 sayılı önerinin B(54) maddesinde 'hukuki öznelliğe sahip STK'lar vergi muafiyeti olan faaliyetlerden elde ettikleri gelirleri vergilendirilir amaçlar için kullanamazlar' denmiştir. Avrupa Sivil Toplum Kuruluşlarının Hukuki Statüsüne İlişkin Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin CM/Rec (2007)14 sayılı önerinin yukarıda belirtilen ilkeleri STK Yasasında kapsamıştır.
100. Başvurucu yazılı olarak şu açıklamayı vermiştir: Yukarıda belirtilenlerin dışında STK Yasası'nın 16.3 maddesi 'STK'ların varlıkları olabileceği ve bu varlıklar ile malları kar amacı gütmeyen amaçlar için yönetebileceğini' belirtmiştir. Yukarıda açıklanan ilkeler yasalarla başka türlü öngörülmedikçe STK'la taşınabilir veya taşınamaz mallara sahip olabileceğini, ancak bu varlıkların hiçbir şekilde kurucu, müdür, resmi görevli, STK'nın üyesi, çalışanı ya da bağışçısı için kuruluş adına yaptıkları işe karşılık tazmin dışında doğrudan ya da dolaylı olarak kazanç sağlamak için kullanılamayacağını belirlemiştir.
101. Yazılı başvuruda bunların dışında şunlara da yer verilmiştir: STK Yasası, Kosova'da STK'ların kuruluşu, yönetilmesi, yasal hak ve yükümlülüklerini ve iradi feshini düzenleyen yegane yasadır. STK Yasası bu doğrultuda bu alana ilişkin tek yasaı temsil etmektedir. Bunu söylerken finans sektörünün ve finans faaliyetlerinin düzenleyicisinin Kosova Merkez Bankası'nın (bundan sonra: KMB) olduğunu belirtmek gerekir. KMB finans sektörünün denetlenmesi ve düzenlenmesiyle mükelleftir. Ancak itiraz edilen yasayla KMB'nin STK'larca gerçekleştirilen lisanslı finans faaliyetlerinin düzenleyicisi olarak belirlendiği halde, bu tür STK'ların tasfiyesi esnasında zorunlu denetim ve yönetme durumlarında KMB herhangi bir şekilde Kamu Yönetimi Bakanlığı STK Kayıt ve Eşgüdüm Departmanı'nın yerini alamamaktadır. Bu iki fonksiyonun karıştırılmaması gerekir ve finansal faaliyet için bir STK'nın KMB'den lisans almış olması böyle bir STK'nın hukuki statüsünün değişmesine herhangi bir şekilde etki edeceği anlamına gelmez.
102. Yazılı başvuruya göre "111. madde STK Yasası ve itiraz edilen yasanın diğer hükümleriyle belirtildiği şekilde STK'ların kar amacı gütmeyen yapılarıyla çelişmektedir. İtiraz edilen yasanın bu tür hükümleri şunlardır: 90, 95 (1.2) ve 110. maddeleri. Bunun neticesinde Anayasa'nın 44 ve 46. maddeleri ihlal edilir. Dolayısıyla 111. madde STK'ların mikro finans kuruluşu gibi anonim

şirket olarak Ticaret ve Sanayi Bakanlığı ile KMB'ye kaydedilmelerini öngörmekte olup bu tür STK mikro finans kuruluşlarının hibe edilen sermaye konusunda itiraz konusu yasanın 110 ve 112. maddelerine riayet etmeleri gerektiğini belirlemiştir. 111. maddeye göre “hibe edilmiş sermaye ile sermaye fazlasının her kullanıldığı durumda Kosova Vergi İdaresi tarafından vergilendirilir.

103. Yazılı başvuruda şöyle bir açıklamaya yer verilmiştir: 111. maddenin “hibe edilmiş sermaye ile sermaye fazlasının her kullanıldığı durumda Kosova Vergi İdaresi tarafından vergilendirilir” şeklindeki ikinci cümlesi itiraz konusu yasanın 90, 95(1.6) ve 110. maddeleriyle açık çelişkedir. Bu cümle, hibe edilmiş sermayenin STK'ların kar amacı gütmeyen yapısı dışındaki faaliyetler için de kullanılabileceği anlamına gelmektedir. Bu da itiraz konusu yasanın 90, 95(1.6) ve 110. maddelerinde açıkça yasaklanmıştır.
104. Yazılı başvuruya göre: [...] bir STK mikro finans kuruluşunun anonim şirkete dönüştürülmesi itiraz konusu yasanın 90, 95(1.6) ve 110. maddeleri, STK Yasası'nın 4. maddesi ve Anayasa'nın 44 ile 46. maddelerine yönelik ağır ihlal teşkil eder; zira STK'nın varlıkları ve vergiden muaf faaliyetlerinden kazanılmış malları kar amacı güden özel şirketlere devredilmektedir.
105. Yazılı başvuruya göre: [...] itiraz konusu yasanın 111. maddesi, STK mikro finans kuruluşlarından fonları alacak olan anonim şirketlerin hak sahiplerinin kimlerin olabileceklerini belirlememiştir. Bu da STK mikro finans kuruluşları fonlarının vergilendirildikten sonra herhangi bir amaç için kullanılabileceği ve varlıklarının kar amacı güden ve sahipleri belli olmayan şirketlere devredileceği anlamına gelir.
106. Yazılı başvuruda devamında şöyle denmiştir: itiraz konusu yasanın 111. maddesinin uygulanması, yukarıda belirtilenlerin yanı sıra STK mikro finans kuruluşlarının varlık ve mallarının kar amacı güden şirketlere devrine izin verilmesiyle, STK mikro finans kuruluşunun iradi veya gayriiradi şekilde tasfiyesinden kalan sermaye fazlasının dağıtılmasından sağlayacağı gelir hakkından mahrum bırakacaktır.

Başvurunun Kabul Edilirliği

107. Mahkeme, başvurucunun 04/L-093 sayı ve 15 Nisan 2012 tarihli Bankalar, Mikrofinans Kurumları ve Banka Dışı Finansal Kurumlar Yasası'nın 90, 95 (1.6), 110, 111 ve 116. maddelerinin Anayasa'ya aykırı olduğu iddiasının incelenip hakkında bir karara varmadan önce, Anayasa'da belirtilmiş ve Yasa ile İhtüzükte açıklanmış olan kabul edirlilik koşullarının yerine getirilip getirilmediğini değerlendirmek durumundadır.
108. Mahkeme öncelikle Anayasa'nın 113.2 fıkrasında belirtildiği şekilde başvurucunun yetkili taraf sayılıp sayılmayacağını belirlemek durumundadır.

2. Kosova Meclisi, Kosova Cumhurbaşkanı, Hükümet ve Halk Avukatı yetkili makamlar olup aşağıdaki davaları açabilir:

(1) Yasalar, Cumhurbaşkanı ve Başbakanın kararları ve Hükümet kararlarının Anayasaya uygunluğu ile ilgili konular;

Anayasa'nın 135.4 fıkrası da şöyledir:

Halk Avukatı, bu Anayasanın hükümlerine uygun şekilde, davaları Anayasa Mahkemesine gönderme hakkına sahiptir.

109. Mevcut başvuruda Kamu Başdenetçisi, 04/L-093 sayı ve 12 Nisan 2012 tarihli Bankalar, Mikrofinans Kurumları ve Banka Dışı Finansal Kurumlar Yasası'nın 90, 95(1.6), 110, 111 ve 116. maddelerinin Anayasa'ya uygunluğunu iddia etmiştir. Bu nedenle başvuru, Anayasa'nın 113.2 fıkrası ve 135.4 fıkrası uyarınca Mahkeme'ye başvuruya yetkili taraftır.
110. Mahkeme bu doğrultuda Anayasa'nın Kamu Denetçiliği Kurumuna yasaların, Cumhurbaşkanı'nın kararları ve Hükümet yönetmeliklerinin Anayasa'ya uygunluğu konusunda Anayasa Mahkemesi'ne başvuru sunmaya yetkili kıldığını belirtir. Bu hükme benzer şekilde 113.2 fıkra (b) bendinin Kamu Denetçisinin Belediye Tüzüklerinin Anayasa ile uyumlu hale getirilmesi için de başvurabileceğini öngörmüştür. Mahkeme, Anayasa'nın 113.2 fıkrasının açık ve çok anlamlıktan uzak olduğunu, Kamu Denetçisinin Anayasa Mahkemesi'ne başvuru sunma yetkisinin Anayasa'nın II. kısmına göre sınırlandırılmadığını belirtir.
111. Yasa'nın 30. maddesine göre müteakip gereklerden biri olan başvuru itiraz konusu kararın yürürlüğe girdiği andan altı (6) ay içerisinde başvurusu hususu konusunda Mahkeme, 04/L-093 sayılı Bankalar, Mikrofinans Kurumları ve Banka Dışı Finansal Kurumlar Yasası'nın 12 Nisan 2012 tarihinde yürürlüğe girdiğini ve başvurunun 11 Ekim 2012 tarihinde Mahkeme'ye teslim edildiğini tespit etmiştir. Bu nedenle başvuru Anayasa'nın 30. maddesinin öngördüğü yasal süre koşulunu yerine getirmiştir.
112. Başvuru Mahkeme'ye başvurmak için yetkili taraf olup gerekli yasal süre koşulunu yerine getirmiş ve Meclis tarafından çıkartılan yasayı kapsayarak iddia edilen Anayasa ihlali açık bir şekilde belirtmiş olduğundan Mahkeme, başvuru kabul edilirlilik koşullarını yerine getirdiğini tespit etmiştir.

Başvurunun Kabul Edilirliliği

113. Mahkeme bu başvuru incelerken aksi ispat edilmedikçe tüm mevzuatın Anayasa'ya uygun olduğu varsayımını dikkate almak zorundadır. Mahkeme'nin yetkisi bir kararın veya bir yasama işleminin anayasal denetimini yapmaktır, meşruiyetini veya düzgün kamusal politikalarla desteklenip desteklenmediğini incelemek değil.

I. 04/L-093 sayılı Bankalar, Mikrofinans Kurumları ve Banka Dışı Finansal Kurumlar Yasası'nın itiraz edilen maddelerinin içeriğiyle ilgili olarak

114. Kosova Cumhuriyeti'nde ve dünyanın diğer yerlerinde özellikle kamu bilincinin teşviki, kamusal yaşama katılım ve kamu kurumlarının şeffaflık ve sorumluluklarının artırılması vasıtasıyla sivil toplum kuruluşları demokrasi ve insan haklarının ve gelişmesi ve gerçekleştirilmesinde önemli katkı sunarlar.
115. Onların bu önemi birleşme özgürlüğü sağlayarak Anayasa'nın 44. maddesine [Birleşme Özgürlüğü] yansımıştır. Anayasa'nın 44. maddesi [Birleşme Özgürlüğü] şunu belirlemiştir: kuruluşlar veya onların faaliyetleri anayasal düzeni ve insan haklarını ihlal etmediği veya ırksal, ulusal, etnik ya da dini nefret uyandırmadıkları sürece *“Birleşme özgürlüğü güvenceye bağlıdır. Birleşme özgürlüğü, herkesin, bir kuruluşun üyesi olsun veya olmasın ve de bir kuruluşun etkinliklerine katılmış olsun veya olması, izin alınmaya gerek kalmaksızın kuruluş kurma hakkını kapsar.”*
116. Sivil toplum kuruluşları, onların kuruluşunu, kaydını, iç yönetimini, faaliyetini, feshi ve Kosova'da STK olarak faaliyet gösteren tüzel kişilik kaydından düşürülmesi 04/L-057 sayılı Sivil Toplum Kuruluşlarının Örgütlenme Özgürlüğü Yasası ile düzenlenmiştir.
117. Meclis, Sivil Toplum Kuruluşlarının Örgütlenme Özgürlüğü Yasası yanı sıra bankaların, mikro finans kuruluşlarının ve diğer finansal olamayan kuruluşların sağlıklı ve ölçülü yönetimini teşvik etmek ve mudilerin çıkarlarının uygun bir düzeyde güvence altına alınmasını sağlamak suretiyle finans sektörün kurumsal çerçevesini, istikrarını ve dayanıklılığını arttırmak amacıyla 04/L-093 sayı ve 12 Nisan 2012 tarihli Bankalar, Mikrofinans Kurumları ve Banka Dışı Finansal Kurumlar Yasası'nı da kabul etmiştir.
118. Başvurucu, 04/L-093 sayı ve 12 Nisan 2012 tarihli Bankalar, Mikrofinans Kurumları ve Banka Dışı Finansal Kurumlar Yasası'nın STK'ların anonim şirkete dönüştürülebileceğini öngören maddelerine itiraz etmiştir.
119. Bankalar, Mikrofinans Kurumları ve Banka Dışı Finansal Kurumlar Yasası'nın 90. maddesi STK Mikrofinans Kuruluşlarını vergi muafiyeti nedeniyle Kamu Yönetimi Bakanlığı ve KMB'de hayır amaçlı kuruluş olarak kaydedilmiş mikro finans kuruluşları olarak tanımlamıştır. STK Mikrofinans Kuruluşlarının bu yasanın öngördüğü durumlar dışında faaliyetini pazarlamaya, devretmeye, yapısını değiştirip birleşmeye, kazançları, sermaye fazlasını, hisselerini ve kar payını dağıtmaya hakkı yoktur.
120. Bankalar, Mikrofinans Kurumları ve Banka Dışı Finansal Kurumlar Yasası'nın 95 (1.6) madde bendi bir STK mikro finans kuruluşu bu yasada öngörüldüğü şekilde ve KMB'nin yazılı onayıyla zorunlu veya gönüllü tasfiye veya resmi yönetim durumları dışında faaliyetlerini devretme, yapısı, misyonu veya varlıklarını herhangi bir şekilde değiştirip paylaşmasına izin verilmez.
121. Bunun dışında Bankalar, Mikrofinans Kurumları ve Banka Dışı Finansal Kurumlar Yasası'nın 110. maddesi şunu belirlemiştir: *Bağışlanan sermayenin kullanılması ve fazla sermaye Belli bir STK mikro finans kurumunun gönüllü tasfiyesi (likidasyonu), zorunlu tasfiyesi durumunda,*

bağıştan kalan sermaye ya da fazla sermaye ilk bağışçılara geri verilmelidir ya da ilk bağışçılar tarafından talep edilebilen şekilde Kosova'da hayır amaçları için bölüşülebilir. Bağışçının ilk sermayesinin geri çevrilmediği takdirde bağışlanan sermaye ve sermaye fazlası, yürürlükte olan yasalar ve KMB tarafından kabul edilen olana göre hayır işleri için bölüşülür. Ne KMB ne de KMB'nın karar alma organlarının ya da KMB ile bağlantılı olan kişilerin, bağışlanan sermayenin ve sermaye fazlasının hayır işleri için bölüşülmesi ile ilgili plandan doğrudan ya da dolaysız olarak kazanç sağlamalarına izin verilmez.

122. Bunun dışında Bankalar, Mikrofinans Kurumları ve Banka Dışı Finansal Kurumlar Yasası'nın 111. maddesi bir STK mikro finans kuruluşunun Tarım ve Sanayi Bakanlığı ile KMB'de izlenmesi gereken kayıt usullerini belirlemiştir.

“...

*Madde 111
Prosedürler*

1. Her STK mikro finans kurumu, bir anonim şirketin mikro finans kurumu olarak Ticaret ve Endüstri Bakanlığına ve KMB'na kaydını yaptırmak için bağışlanan sermaye adına bu yasanın 100. ve 112. maddelerinin hükümleri uygulanmalıdır. Bağışlanan sermayenin ya da fazla sermayenin herhangi bir şekilde her kullanışı, Kosova Vergi İdaresi tarafından vergiye tabi tutulur. Kosova Vergi İdaresi ile uygunluk kanıtı, Ticaret ve Endüstri Bakanlığına ve anonim şirket olarak kaydın bir parçası olarak ondan sonra gelene ve aynı zamanda KMB'na sunulmalı ve bildirilmelidir. Anonim şirket olarak Ticaret ve Endüstri Bakanlığında kaydını yaptırdıktan sonra STK mikro finans kurumunun KMB'na kaydının durdurulması gerekir ve anonim şirket olarak mikro finans kurumunun yeni kayıt işlemi tamamlanmalı ve iki (2) ay içerisinde KMB'na sunulmalıdır.

2. STK mikro finans kurumu olarak kaydı, son tarihe kadar yürürlükte kalır, buna rağmen mikro finans kurumu, anonim şirket olarak mikro finans kurumunun kaydı ile ilgili talebi (başvurusunu) KMB'na sunmakla yükümlüdür.

3. Mikro finans kurumundan aynı zamanda STK olarak vergiden serbest bırakılması için statüsünün kaldırılması konusunda Kamu Yönetim Bakanlığını bilgilendirmesi istenmektedir.

...”.

123. Bankalar, Mikrofinans Kurumları ve Banka Dışı Finansal Kurumlar Yasası'nın 116. maddesi şöyledir:

“...

Madde 116

Mikro finans kurumlarına ait geçici hükümler

1. Tüm mevcut mikro finans kurumlar, kendi faaliyetleri süresinde KMB'nın yürürlükte olan tüm yönetmelikler ve talimatlar ile birlikte bu yasanın gerekçelerini yerine getirmelidirler ve bu yasanın yürürlüğe girmesinden en geç üç (3) ay içerisinde yeni kayıt için başvuruda bulunmaları istenmektedir.

2. Bu yasaya göre başvurunun sunulmasından ve kayıt işleminin tamamlanmasından sonra STK mikro finans kurumları bundan sonra Kamu Yönetim Bakanlığı tarafından düzenlenmeyecektir.

...”.

124. Bu başvuruda başvuru Bankalar, Mikrofinans Kurumları ve Banka Dışı Finansal Kurumlar Yasası'nın itiraz edilen maddelerinin Anayasa'nın 44. maddesine [Birleşme Özgürlüğü] aykırı olduğunu ileri sürmüştür. Çünkü STK mikro finans kuruluşlarına anonim şirket yapılı bir mikro finans kuruluşuna dönüşmesine izin verilerek Anayasa'nın 44. maddesinin etki alanı dışında kalacaklarından dernek hukuku çerçevesinde faaliyet gösterme hakkı engellenmiş olacaktır.
125. Başvurucu devamında STK mikro finans kuruluşlarının anonim şirkete dönüşmelerine imkan vermenin Kosova'da yürürlükte olan ve uluslararası kar amacı gütmeyen faaliyet mevzuatına aykırı olduğunu belirtmiştir. Başvurucu bununla ilgili olarak STK'ların Örgütlenme Özgürlüğü Yasası'nın (24 Eylül 2011 tarihinde yürürlüğe konmuştur) 4. madde 2 ve 3. fıkralarının ile 11 ve 20. maddelerinin STK'ların başka bir hukuki özneye dönüşmelerine izin vermediğini ileri sürmüştür. Kosova'da STK'ların kuruluşu, yönetimi, yasal hak ve yükümlülüklerini, gönüllü feshini düzenleyen yegane yasadır. Bu meseleyle ilgili olarak yegane yasa bu yasadır.
126. Mahkeme, hukuk güvencesi ilkesinin Kosova Cumhuriyeti anayasal düzeninin temel ilkelerinden biri olduğunu hatırlatır (*Bkz. KO29/12 sayılı Kosova Cumhuriyeti Meclis Başkanı tarafından 23 Mart 2012 ve 4 Mayıs 2012 tarihinde teslim edilen Anayasa Değişikli Önergeleri, 20 Temmuz 2012 tarihli Mahkeme Kararı*).
127. Mahkeme bu doğrultura KO61/12 sayılı başvuru kararında [...] 65. madde [Meclisin yetkileri] çerçevesinde Meclis'in yetkileri hakkında şunu belirtmiştir: “Kosova Cumhuriyeti Meclisi: (1) Yasa, karar ve diğer genel hükümleri onaylar”. Bir yasanın genel bir norm niteliğinde olup yapısı itibarıyla soyut, düzenleme yapmayı amaçlayan ve uygulanmasından kaynaklanabilecek sonuçlarının öngörülebilir tüm kişiler için uygulanabilir olması gerektiğinden Af Yasası'nın “adları belirtilmiş kişiler” listesini belirleyip belirleyemeyeceği sorusu sorulabilir. Mahkeme bu anlamda şikayetler üzerine AİHS ve Ek Protokolleriyle bir belgenin yasa olarak sınıflandırılması gereksinimlerinin belirlendiği AİHM içtihadına atıfta bulunmak ister. ilgili hükümler şunlardır: AİHS 5(1) fıkrası, 7, 8 9, 10 ve 11. maddeleri, 1. Ek Protokolünün 1. maddesi, 4. Ek Protokolünün 2. maddesi

ve 7. Ek Protokolünün 1. maddesi. Bu gereksinimler defaten belirtilmiş olup son defa Centro Europa 7 S.R.L. ve Stefano v. İtalya ([GC] no 384/09, 141-142 maddeler, 7 Haziran 2012) başvuru kararlarında tekrarlanmış olup bir formül halini almıştır: “[...] şayet -gerekli olması halinde ilgili danışmanlıkla- makul olan dereceye kadar belli bir fiilin doğuracağı koşula ve sonuçları tahmin etmesi gerekiyorsa, vatandaşın davranışını düzenleme imkanı sunacak şekilde yeterli açıklıkta ifade edilmiş bir norm “yasa” sayılamaz. Bu sonuçların mutlak bir güvenilirlikle tahmin edilmiş olması gerekmez. Tecrübeler bunun erişilemez olduğunu göstermiştir. Yine güvenilirliğin çok isteniyor olması durumunda aşırı rijitlik sağlar, yasanın ise değişen koşullara ayak uydurması gerekir. Netice itibariyle çok sayıda yasa az çok açık değiller ve onların yorumlanması ve uygulanması uygulama meselesidir”. Her durumda her olasılığı sağlayamayan yerli mevzuattan istenen kesinlik derecesi, önemli ölçüde söz konusu yasanın içeriği, kapsadığı uygulama alanı ve hitap ettiklerinin sayısı ve statüsüne bağlıdır. Mahkeme, yasa ile bir “adları belirtilmiş kişiler” listesinin bulunması halinde, ilgili yasanın belli makul koşullarda sonuçların öngörülemeyeceğinden AIHM’nin atıfta bulunulan standardını yerine getirmeyecektir (bkz. KO 61/12, Kosova Cumhuriyeti Meclis Başkanı tarafından 22 Haziran 2012 tarihinde teslim edilen Anayasa Değişikliği Önergelerinin teyidi, 31 Ekim 2012 tarihli Mahkeme Kararı).

128. Mahkeme, özel yasaların olağan yasalar karşısında üstünlüğünün olduğu anlamına gelen *Lex Specialis* ilkesinin var olduğunun, bu çerçevede yeni bir yasa, STK’ların genel esaslarını, hak ve yükümlülüklerini oluşturan ilgili hükümler değiştirilmeden hukuk güvenliği ve hukukun üstünlüğü ilkelerini tehlikeye atacağından mevcut bir yasanın hükümlerini feshedemeyeceğinin bilincindedir.
129. Mahkeme bu doğrultuda Bankalar, Mikrofinans Kurumları ve Banka Dışı Finansal Kurumlar Yasası’nın bankacılık ve finans sektörünü düzenleyen genel bir yasa, diğer yandan STK’ların Örgütlenme Özgürlüğü Yasası’nın açık bir şekilde STK’ların hak ve yükümlülüklerini düzenleyen bir yasa olduğunu belirtir.
130. Mahkeme bir de kurumların yasaları özdeş biçimde uygulamakla ilgili anayasal yükümlülüklerinin bulunduğunu, bu nedenle bu anayasal yükümlülüğü yerine getirmek üzere STK yasasının ilgili hükümleri değiştirilmeksizin itiraz konusu hükümlerin uygulanması uyumsuzluğa neden olur (bkz. 126 ve 127. paragraflar).
131. Başvurucu devamında Anayasa’nın 46. maddesine [Mal Güvenliği] atıfta bulunarak iddiasını sürdürmüştür. Bankalar, Mikrofinans Kurumları ve Banka Dışı Finansal Kurumlar Yasası’nın itiraz konusu maddelerinin STK mikro finans kuruluşlarına dönüşmelerine izin vererek STK’ların varlıklarının diğer üçüncü tüzel veya gerçek kişilere hisse olarak devriyle keyfi bir şekilde temlik yapıldığından, STK’larda vergiden muaf faaliyetlerle edinilmiş varlıkların kar amaçlı özel şirketlere devredilecek olmasından Anayasa’nın 46. maddesine [Mal Güvenliği] aykırı olduğundan şikayetçidir.

132. Mahkeme, STK'ların malı olan varlıkların yalnız STK'ların kuruluş amaç ve hedeflerinin gerçekleştirilmesi uğruna kar amacı gütmeyen dağıtım ilkesi çerçevesinde kullanılabileceklerini hatırlatır. Bu nedenle STK varlıklarının mülkiyet haklarının herhangi bir tüzel veya gerçek kişiye devri bu amaca aykırı olur.
133. Mahkeme, demokratik bir toplumun gelişmesi ve insan haklarının teşviki sürecinde STK'ların çok önemli rol oynamış olduklarının değerlendirildiğini belirtir. Bu yüzden STK'ların anonim şirkete dönüştürülmelerinin STK'ların birincil varlık amaçlarından sapacağından demokrasinin temel unsurlarından birine ciddi anlamda zarar verebileceği görüşündedir.
134. Başvurucu, Bankalar, Mikrofinans Kurumları ve Banka Dışı Finansal Kurumlar Yasası'nın vergi muafiyetiyle kazanılmış sermayenin bankalar ve diğer mali kurumlar vasıtasıyla kuruluşlarından itibaren vergi mükellefiyeti olan rekabet pazarına sokulmasının Anayasa'nın 10 maddesine [Ekonomi] de aykırı olduğunu ileri sürmüştür.
135. Bu çerçevede STK mikro finans kuruluşları fonlarını ve varlıklarını genelde yerli veya uluslararası bağışçıların hibeleriyle arttırdıklarından vergi ödeme zorunlulukları olmayıp STK'ların anonim şirkete dönüştürülmeleri mevcut yasalara göre sürekli olarak vergi ödeyen kurumlara karşı ticari dezavantaj durumu yaratır.
136. Başvurucu, Bankalar, Mikrofinans Kurumları ve Banka Dışı Finansal Kurumlar Yasası'nın itiraz konusu maddelerinin Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin Avrupa sivil toplum kuruluşlarının yasal statüsüne ilişkin (10 Ekim 2007 tarihli) CM/Rec (2007) 14 sayılı Önerisine de aykırı olduğunu ileri sürmüştür.
137. Mahkeme, bu kararın bağlayıcı bir hukuki enstrüman olmadığını tespit etmiştir. Ancak demokratik toplumlarca geniş ölçüde riayet edilip saygı gösterilen ilkeler olarak STK'ların uymaları gerektiği evrensel ilkeleri içermektedir.

II. 04/L-093 sayılı Bankalar, Mikrofinans Kurumları ve Banka Dışı Finansal Kurumlar Yasası'nın itiraz edilen maddelerinin kabul sürecine ilişkin olarak

138. Mahkeme, sunulan başvuruya dayanarak başvurusunun yasanın kabul usulüne ilişkin meseleyi gündeme getirmediğini tespit etmiştir. Ancak bu yasanın kabul sürecinin usul yönü açık duruşmada gündeme getirilmiştir. Başka bir deyişle başvuru duruşmada, yasanın kabul edildiği genel kurulda yetersayının bulunmadığını iddia etmiştir.
139. Mahkeme bununla ilgili olarak Anayasa'nın 69.3 fıkrasına [Genel Kurul Programı ve Yetersayı] atıfta bulunmak ister. Fıkra şöyledir: *Milletvekili tam sayısının yarısından fazlası mevcut olduğunda, Mecliste yeterli çoğunluk sağlanır.*

140. Meclis İ t z    n n 51. maddesi açıkça  unu  ng rm   t r: “*Meclis milletvekillerinin yarısından fazlası katıldığında Meclis yetersayısı sağlanmış olur*” ve “*Meclis toplantılarında alınan kararlar oylama esnasında Meclis Genel Kurulunda milletvekillerinin yarısından fazlasının bulunması halinde geçerlidir*”. Meclis i t z    n n bu maddesi  unu da  ng rm   t r: “*Yasalar, kararlar ve Meclis’in diğer hükümleri mevcut ve oy kullanabilen milletvekillerinin  o unlu unca oylanmaları halinde kabul edilmiş sayılırlar*”.
141. Bu konuya ilişkin olarak Mahkeme, KO29/11 Sabri Hamiti ve diğer milletvekilleri - Kosova Cumhuriyeti Meclisinin Kosova Cumhurbaşkanı seçimine ilişkin Nr.04-V-04 sayı ve 22  ubat 2011 tarihli kararının Anayasaya uygunluğunun değerlendirilmesi başvurusu hakkındaki içtihadına atıfta bulunmak ister. Bu kararda [...]milletvekillerinin halkın temsilcisi olduğu, Meclis toplantılarına katılmak üzere eşit hak ve sorumluluklara sahip olacak ve Anayasa, Yasa ve Meclis İ t z    ne uygun olarak Kosova’da yaşayan insanların temsilcileri sıfatıyla görevlerini takip edeceklerdir. Bu, halkın oylarını alan milletvekillerinin, Milletvekilleri Yasasının 40 Maddesinde [Sorumluluklar] belirtildiği üzere, Meclisteki gene kurul toplantılarına ve  yesi oldukları Meclisin yardımcı organlarındaki toplantılara katılmak için halka karşı sorumludurlar.[...] ve [...]Meclisin 120 milletvekili Anayasa, Milletvekilleri Yasası, Meclis İ t z     ve Görgü Kurallarına göre Meclis genel kurul toplantılarına katılma ve toplantılarda öngörülen usulleri destekleme konusunda ve en nihayet onları seçen Kosova vatandaşlarına karşı kendilerini sorumlu hissetmeleri gerekmektedir, şeklindeki ifadeler milletvekillerinin ancak yukarıda belirtilen tüm yükümlülükleri yerine getirmesi halinde genel kurul toplantısına katılmış ve kabul ret veya çekimser oy kullanmış sayılacağı anlamına gelir.
142. Mahkeme, bundan başka bu yasanın y r rl    konması için Meclis’in izlemesi gereken usulün Anayasa’nın 80.6 [Yasaların Onaylanması] fıkrasının belirlediğini tespit etmiştir.
143. Mahkeme mevcut başvuruda Bankalar, Mikrofinans Kurumları ve Banka Dışı Finansal Kurumlar Yasası’nın 118. maddesinin bu yasanın Meclis’te kabul edildiği 12 Nisan 2012 tarihinde y r rl    gireceğini belirlediğini tespit etmiştir.
144. Mahkeme buna ilişkin olarak Anayasa’nın 80.6 fıkrasının [Yasaların Onaylanması] şöyle olduğunu tespit etmiştir: *Yasanın kendisinde başka türlü belirlenmedikçe, Resmi Gazetede yayımlandığı tarihten on be  (15) gün sonra y r rl    girer*. Bu maddenin öngördüğü on be  (15) günlük süre, yasanın kendisinde başka türlü belirlenmesi halinde kısaltılabilir, ancak bu süre Resmi Gazete’de yayımlanan metinde  ng r lendenden kısa olamaz. Bir yasanın yayımlanmasının amacı davranış ve fiillerini ilgili yasaya uydurmak için toplumun bilinçlendirilmesine ilişkin bağlayıcı bir koşuldur. Bu, hukukun üstünlüğü için temel ve zorunlu bir gerekliliktir.
145. Anayasa’nın 80.2 fıkrasına göre Meclis tarafından kabul edilen yasalar Kosova Cumhuriyeti Cumhurbaşkanı’na imza için teslim edilip sekiz (8) gün

içerisinde imzalandıktan sonra ilan edilir. Öyle ki Kosova Cumhuriyeti Cumhurbaşkanı bu yasayı 30 Nisan 2012 tarihinde ilan etmiştir. Bu nedenle Kosova Cumhuriyeti Cumhurbaşkanı 30 Nisan 2012 tarihine kadar ilan etmemiş olduğundan Bankalar, Mikrofinans Kurumları ve Banka Dışı Finansal Kurumlar Yasası, hukukun üstünlüğü ilkesine, yasal güvenlik ilkesine ve yukarıda belirtilen usullere aykırı bir şekilde henüz yasalaşmadan 30 Nisan 2012 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

146. Mahkeme sonuç olarak Yasa'nın 29.3 fıkrası uyarınca başvurunun şu yükümlülüğü olduğunu belirtir: *İstem, çelişkili olan davanın anayasallığı ile karsı olan tüm konuları işaret eder. Ancak başvuru bu başvuruyu destekleyecek herhangi bir belge sunup ikna edici bir şekilde iddiasını kanıtlamaya başarısız olmuştur.*

BU SEBEPLERDEN DOLAYI

Anayasa'nın 113.2 fıkrası, Yasa'nın 20 ve 27. maddesi ile İçtüzüğü'nün 56, 55 ve 56. kuralları uyarınca Anayasa Mahkemesi'nin 14 Mart 2013 tarihinde yapılan duruşmasında:

- I. Oybirliğiyle başvurunun kabul edilir olduğunun ilanına,
- II. Oyçokluğuyla 04/L-093 sayılı ve 12 Nisan 2012 tarihli Bankalar, Mikrofinans Kurumları ve Banka Dışı Finansal Kurumlar Yasası'nın 90, 95 (1.6), 110, 111 ve 116. maddelerinin Kosova Cumhuriyeti Anayasası'nın 10. maddesi [Ekonomi], 44. maddesi [Birleşme Özgürlüğü] ve 46. maddesine [Mal Güvenliği] uygun olmadığına,
- III. Bu kararın yürürlüğe girmesinden sonra 04/L-093 sayılı ve 12 Nisan 2012 tarihli Bankalar, Mikrofinans Kurumları ve Banka Dışı Finansal Kurumlar Yasası'nın 90, 95 (1.6), 110, 111 ve 116. maddeleri 24 Ocak 2013 tarih ve MP354/13 sayılı ihtiyati tedbir kararının son bulmasına,
- IV. Yasanın 20(4). maddesi uyarınca Kararın taraflara bildirilip resmi Gazete'de yayımlanmasına karar verilmiştir.
- V. İşbu karar derhal yürürlüğe girer.

Raportör Yargıç

Anayasa Mahkemesi Başkanı

Snezhana Botusharova, imza

Prof. Dr. Enver Hasani, imza