



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

Priştine, 8 Nisan 2013
Nr. Ref.: MM405/13

KARŞIOY YAZISI

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

Çoğunluk Bankalar, Mikrofinans Kurumları ve Banka Dışı Finansal Kurumlar Yasası'nın 90, 95 (1.6), 110, 111 ve 116. maddelerinin Kosova Cumhuriyeti Anayasası'nın 10, 44 ve 46. maddelerine aykırı olduğunu ileri beyan etmiştir. Çoğunluğun bu tespiti Anayasa'nın yanlış yorumlanmasından kaynaklanmaktadır.

Mevcut Yasa

Yasa'nın 90.maddesi "Sermaye", "Hisseli Sermaye", Hibe Edilmiş Sermaye", "Kredi", "Kredi Limitleri", "Düşük Gelirli Hanehalkı", "Düşük Gelirli Birey", STK Mikrofinans Kuruluşu" "UFRS" ve "Sermaye Fazlası" gibi tanımları içerir. Madde şunu da içerir:

STK olan bir mikro finans kurumuna, kendi faaliyetini satmasına ya da transfer etmesine (aktarmasına) izin verilmez, başkasıyla birleşmesine ya da strüktürünü değiştirmesine ve yasa ile uyumlu olan faaliyetler dışında karlarını dağıtmasına ya da herhangi bir şekilde kar, sermaye fazlasını, temettü veya herhangi bir ödemeleri herhangi bir şekilde dağıtmasına izin verilmediği anlamını taşır.

Bu yasanın 95 (1.6) maddesi şöyledir:

1.6. STK mikro finans kurumuna, bu yasa ile öngörülen şekilde ya da KMB'nın yazılı onayı sayesiyle gönüllü likidasyon ya da mecburi likidasyon veya resmi idareye ait hükümler ile uyumlu olduğu durumlar hariç olmak üzere, faaliyetini satması ya da transfer etmesi, birleştirmesi, ayırması (bölmesi) ya da herhangi bir başka şekilde strüktürünü, misyonunu (hedefini) ya da kendi mülkiyetini değiştirmesine izin verilmez

Yasanın 110. maddesi şöyledir:

1. 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.

2. 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.

Yasanın 111. maddesi şöyledir:

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.

Bu yasaya göre varlıklarını gönüllü olarak tasfiye eden veya bu yasanın uygulanması ile zorunlu iflası gereken bir STK mikro finans kuruluşunun kalan sermayesini şu şekilde yönetmelidir: (1) ilk bağışçılara iade eder, veya (2) ilk bağışçıların yönergeleri doğrultusunda hayır kuruluşu lağvedilir. Kosova Merkez Bankası bir STK hayır kuruluşunun lağvından sonra iade edilmeyen sermaye fazlasının dağıtımını yapacak mıdır? Bu yasa hiç kimsenin veya tüzel kişinin mallarını almaz, ancak sermaye fazlasının devrini belirlemede başarısız olanların bu yolu seçmeleri hariç.

Bu yasa, banka olarak faaliyet göstermeye veya birçok yönleriyle banka işlerini yapmaya niyetlenen mikro finans kuruluşları dahil olmak üzere her tüzel kişiliği düzenler. Eğer bir STK iradi bir şekilde böyle faaliyet göstermeye karara verirse o zaman bu yasa ilgili STK'ların Kosova Merkez Bankası yetki alanına girip Kosova'da bankalar ve bankalara benzer faaliyet gösteren kurumların uymaları gereken kurallara uymalarını gerektirir.

Bu yasa hiç kimseye STK kurmayı yasaklamaz. Yasa, hiç kimseye STK'ya katılma veya yatırım yapmayı durdurmaz. Yasa, STK'nın yeniden yapılanma veya mülkiyetini değiştirmeye karar vermesi halinde varlıklarının dağıtılma veya bağışçılara iade edilme şekillerinin belirlenmesi veya hangi şekilde kullanılması gerektiği konusunda bir sınırlama getirmez. Yasa, herhangi bir kişi veya süjeye herhangi bir STK veya tüzel kişiliğin parçası olmaya yasak getirmez.

İddia

Kamu Başdenetçisi, STK'ların vergi muafiyetiyle kazandıkları varlıklar ve elde ettikleri karın vergi muafiyeti olmayan bir faaliyette kullanılmasının, birilerini Anayasa'nın 46. maddesiyle güvence altına alınmış mal güvenliği hakkından mahrum ettiğini ileri sürmüştür. Kamu Başdenetçisi, lağvedilme veya anonim şirkete dönüşmeye karar verip varlıkların bir kısmını veya tamamını alma imkanı bulunmuş olan STK'ların mülkiyet hakkından mahrum edildiklerini ileri sürmüştür. Kamu Başdenetçisi devamında bu faaliyetlerin kazanıcısı olabilecek STK'ların olası mülk devri olmaksızın birleşme özgürlüğünün kısıtlandığını da belirtmiştir. Bu gerekçenin kusuru, kimi STK'ların şimdiye kadar sahip olmadıkları mülkiyet hakkının doğabilecek olup diğerlerinin ise gelecekte olamayacağından ileri gelmektedir. Mevcut yasaya göre bu, bir STK'nın lağvedilme veya kimliğini değiştirmeye ve adı belirtilmemiş diğer bir STK'nın faaliyetlerin bir kısmı veya tamamını yapmayı üstlenmesi halinde mümkün olabilmektedir. Uzak olmasına rağmen, gelecekteki olası mülkiyet hakkı mevcut mülkiyet hakkıyla aynı değildir. Anayasa mevcut mülkiyet hakkını korur, gelecek doğacak olası mülkiyet hakkını değil.

Anayasa

Anayasa'nın 46. maddesi şöyledir:

- 1. Mal güvenliği güvenceye bağlıdır.*
- 2. Maldan yararlanma hakkı, kamu çıkarlarına uygun şekilde yasalarla düzenlenir.*
- 3. Hiç kimse keyfi olarak kendi mülkünden yoksun bırakılmaz. Kosova Cumhuriyeti veya Kosova Cumhuriyetinin kamu otoritesi, kamusal çıkarların desteklenmesi için belirlenmiş kamusal hedeflere uygun ve gerekli olması halinde ve yasa buna yetki veriyorsa, kamulaştırılan mülk sahip veya sahiplerine hemen ve uygun bir tazminat sağlanması durumunda ilgili mülkü kamulaştırabilir.*
- 4. Kamulaştırılmaya çahşılan mülkle ilgili Kosova Cumhuriyeti veya Kosova Cumhuriyeti kamu otoritesiyle ortaya çıkan anlaşmazlıklar, yetkili mahkeme tarafından tahkim edilecektir.*
- 5. Gayri maddi haklar yasayla korunur.*

Bu anayasal hüküm spesifik bir şekilde: (1) Kamusal çıkarlar doğrultusunda mülkiyeti düzenlemek üzere Hükümeti yetkilendirir ve (2) hiç kimsenin keyfi bir şekilde mülkiyet hakkından mahrum edilmemesini gerektirir. Bu yasa, belli bankacılık faaliyetleri yapmaya karar veren bireyler veya mikro finans gibi tüzel kişilerin belli varlıkları nasıl kullanacaklarını düzenler. Malı kimseden keyfi bir şekilde almaz. Bankacılık karına ilişkin belli faaliyetlerin aynı ticari faaliyeti yapan banka ve finans kuruluşlar gibi eşit vergilendirilmelerini gerektirir.

Anayasa'nın 44. maddesi şöyledir:

- 1. 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.*
- 2. Sendika kurma ve çıkarların korunması amacıyla örgütlenme özgürlüğü güvenceye bağlıdır. Bu hakka sınırlamanın konması, çalışanların özel kategorileri için yasalarla yapılabilir.*
- 3. Anayasal düzene tecavüz etme, insan hak ve özgürlüklerini ihlal etme veya ırksal, ulusal, etnik ve dini nefreti uyandırma amacı olan kuruluş veya faaliyetler, yalnız yetkili mahkemenin kararıyla yasaklanabilir.*

Yukarıda Anayasa'nın alıntılanan maddenin 2 ve 3. fıkralarında görülebildiği gibi birleşme özgürlüğünün sınırlamaları yoktur. İtiraz konusu yasa hiç kimseye bir kuruluşun mensubu olmayı yasaklamamıştır. O, belli kurum veya kişilerin bankacılık faaliyetlerine katılmaları halinde ticaretini hangi şekilde yapmaları gerektiğini belirleyen Anayasa'nın 46. maddesinde belirtildiği "kamusal çıkarları" düzenler.

Anayasa'nın 10. maddesi şöyledir:

Kosova Cumhuriyeti Ekonomik Düzeninin temeli, serbest rekabetli piyasa ekonomisidir.

STK finans kuruluşları da dahil olmak üzere Kosova'da tüm tüzel kişilerin banka gibi faaliyet gösterip aynı kurallar çerçevesinde çalışmalarını gerektirerek bu yasa, serbest piyasa ekonomisini teşvik eder. Ashında rekabetin eşit ve adil olmasını gerektirmekle Anayasa'nın bu hükmünü hayata geçirir.

Esasa ilişkin tespit

İtiraz konusu Bankalar, Mikrofinans Kurumları ve Banka Dışı Finansal Kurumlar Yasası'nın 90, 95(1.6), 110, 111 ve 116. maddelerinin Anayasa ve Hükümet'in hak ve yükümlülüğünü yerine getirmeye ilişkin meşru hakkına uygun olduğundan dolayı bu tür mali faaliyetin düzenlenmesi kamu yararına.

Yasa'nın kabul sürecinde usulsüzlükler olmuş mudur?

Mahkeme Kararının esasa ilişkin kısmında spesifik bir şekilde ele alınmamış olduğu halde çoğunluğun görüşünden ortaya çıkan gerekçelere göre bu Yasa Anayasa'ya uygun şekilde kabul edilmemiştir.

Meclis tarafından kabul edilen yasaların meşru bir şekilde kabul edildikleri varsayılmaktadır. Aslında ne başvuru ne de Mahkeme'ye bu konuda yasal olarak başvurabilen diğer taraflardan herhangi biri Meclis'te kabul edilen bu yasanın gerektiği şekilde kabul edilip edilmediği hususunu gündeme getirmemiştir. Bu nedenle bu Yasa'nın kabul edilmiş şekline ilişkin sorunun bu Mahkeme'de sorulmaması gerekirdi. Bu yasanın gerektiği şekilde kabul edilip edilmediği ihtilafı olsa da bu meseleyi yorumlama yetkisi sadece adalet mahkemelerine aittir, bu Mahkeme'ye ait değil; nitekim bu Mahkeme, Kosova'da yasaların incelenmesi konusunda dördüncü derece mahkemesi değildir.

Bu yasanın kabul edilmiş şeklinin Anayasa'ya uygun olup olmadığı sorusu bu Mahkeme'ye sorulmuş olsa da, Mahkeme, bu yasanın kabul sürecinde bir ihlalin olmadığını tespit etmesi gerekirdi. Bu meselenin incelenmesinde mümkün olması halinde Anayasa'nın en azından şu üç özel maddesi okunup her üçünün uyumlu olduğunun uyumlu olacakları şekilde yorumlanması gerekirdi.

Anayasa'nın 69.3 fıkrası şöyledir:

Milletvekili tam sayısının yarısından fazlası mevcut olduğunda, Mecliste yeterli çoğunluk sağlanır.

Bu fıkra Meclis'in iş görebilmesi için gerekli yetersayıya ilişkin anayasal hususlardan bahseder. Bu fıkra, Anayasa'nın Meclis'te yasa kabulü için oy sayısını belirleyen 80. maddesinden farklı olan özel bir hükümdür.

Anayasa'nın 80.1 fıkrası şöyledir:

Yasalar, kararlar ve diğer hükümler, bu Anayasayla başka türlü belirlenmedikçe, Meclis tarafından, mevcut ve oy kullanan üyelerin oy çoğunluğuyla onaylanır.(vurgu eklenmiştir)

Bu fıkra vekaleten oy kullanmayı yasaklamıştır. Bir yasama önergesinin kabulü esnasında Meclis üyesinin oyunun sayılması için mevcut olup oy kullanmalıdır. Bu hüküm, mevzuatın özel bir kısmının oylandığı anda "yetersayı" amacıyla Meclis üyesinin mevcudiyetini dışlamadığı gibi, resmen oy kullanması veya onun Genel Kuruldaki mevcudiyetini de dışlamaz. Mevzuatın özel bir kısmının oylandığı sırada Meclis üyelerinin bazıları oy kullanmamayı ve "mevcut" olarak kaydedilmemeyi tercih ettiklerinden dolayı o anda "yetersayı" için Genel Kurulda bulunanların resmen sayılmaları zorunlu değildir. Bu nedenle tespitini sadece resmen yapılan sayıma dayanarak "oy kulanlar" ve "mevcut" olanlara dayandırması durumunda, bu yasanın kabulü esnasında "yetersayı" olmaksızın oylandığının Mahkemece tespiti yanlış bir varsayım olabilir.

Bu Yasa'nın 118. maddesi başvuruda taraf olanlardan hiçbirince itiraz edilmemesine rağmen Meclis tarafından kabul edildiği 12 Nisan 2012 tarihinde yürürlüğe gireceğini belirlediği vurgulanmıştır. Anayasa'nın 80. maddesi Cumhurbaşkanı'nın Meclis Başkanı tarafından yasayı kabul ettiği tarihten itibaren sekiz gün içerisinde yeniden görüşülme üzere Meclis'e iadesini öngörmektedir. Yine Anayasa'ya göre yasaların Kosova Cumhuriyeti Resmi Gazetesi'nde yayımlandıkları tarihten itibaren 15 gün dolmadan yürürlüğe girmedikleri belirtilmiştir. Her

halükarda Anayasa, özel koşullarda Meclis'in yasanın yürürlüğe gireceği tarihi belirlemesine imkan tanımıştır.

Anayasa'nın 80.6 fıkrası şöyledir:

Yasanın kendisinde başka türlü belirlenmedikçe, Resmi Gazetede yayımlandığı tarihten on beş (15) gün sonra yürürlüğe girer.

Meclis'in, Resmi Gazete'de yayımlandıktan 15 gün sonra değil de kabul ettiği günde yasanın yürürlüğe girmesine karar vermesi olgusu, anayasal anlamda onu hükümsüz kılmaz. En kötü ihtimalle yürürlüğe girme tarihi Resmi Gazete'de yayımlandığı tarihten 15 gün sonraya ertelenir.

Usule ilişkin tespit

Bu nedenle 04/L-093 sayılı Bankalar, Mikrofinans Kurumları ve Banka Dışı Finansal Kurumlar Yasası'nın 90, 95(1.6), 110, 111 ve 116. maddeleri Anayasa'ya uygun şekilde kabul edilmiştir.

Saygılarımla sunarım

İmza
Robert Carolan
Üye