

E DREJTA - PRAVO - LAW

Nr. 1/2013

# E DREJTA PRAVO LAW

Nr. 1/2013



Revistë për Çështje Juridike dhe Shoqërore  
Časopis za pravna i društvena pitanja  
Journal for Juridical and Social Issues



# E DREJTA PRAVO LAW

## BOTIM SPECIAL SPECIJALNO IZDANJE SPECIAL EDITION

Ky botim është mundësuar me përkrahjen e popullit Amerikan përmes Agjencisë së Shteteve të Bashkuara për Zhvillim Ndërkombëtar (USAID).

### **MOHIM PËRGJEGJËSIE**

Qëndrimet e autorëve në këtë publikim nuk i pasqyrojnë domosdo qëndrimet e Agjencisë së Shteteve të Bashkuara për Zhvillim Ndërkombëtar apo të Qeverisë së Shteteve të Bashkuara.

Ova publikacija je omogućena podrškom američkog naroda putem Agencije Sjedinjenih Država za međunarodni razvoj (USAID).

### **ODRICANJE OD ODGOVORNOSTI**

Stavovi autora izneseni u ovoj publikaciji ne odražavaju nužno stavove Američke agencije za međunarodni razvoj ili Vlade Sjedinjenih Američkih Država.

This publication is made possible by the support of the American people through United States Agency for International Development (USAID).

### **DISCLAIMER**

The authors' views expressed in this publication do not necessarily reflect the views of United States Agency for International Development or the United States Government.



**USAID**  
NGA POPULLI AMERIKAN  
OD AMERIČKOG NARODA



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



## **E Drejta - Pravo - Law**

### **Redaksia - Redakcija - Editorial Staff**

Anëtarë - Članovi - Members

*Dr. sc. Abdulla Aliu, prof. i rreg., Dr. sc. Haki Demolli, prof. asoc.,*

*Dr. sc. Bedri Peci, prof. asoc., Dr. sc. Visar Morina, prof. ass.,*

*Dr. sc. Qerim Qerimi, prof. ass.*

Kryeredaktor - Glavni urednik - Editor-in-chief

*Dr. sc. Qerim Qerimi*

*Sekretar i redaksisë - Sekretar - Secretary*

*Vigan Qorrolli, MA*

## **Zbatimi i drejtëdrejtë në Kosovë i të drejtave të njeriut të pranuar universalisht – Imperativ i ri në praktikën ligjore**

### **Përmbajtja**

#### **1. Parathënie**

Profesor Dr. Enver Hasani, Kryetar, Gjykata Kushtetuese e Kosovës  
Kelly Gavagan, Drejtor, Programi për Sundimin Efektiv të Ligjit i USAID-it  
në Kosovë.....7

#### **2. Kontrolli abstrakt dhe preventive (paraprak) i amandamenteve kushtetuese dhe mbrojtja nga shkarkimi i shefit të shtetit: rasti i Kosoves**

Prof. Dr. Enver Hasani, Kryetar, Gjykata Kushtetuese e Kosovës ..... 13

#### **3. Ruajtja e të drejtave të njeriut në gjykatat e Shteteve të Bashkuara – Roli i avokatit mbrojtës dhe gjyqtarit**

I nderuari Michael Davis, Kryetar, Gjykata e Rrethit të Shteteve  
te Bashkuara, Rrethi i Minesotës ..... 151

#### **4. Përdorimi i precedentit për të ndërtuar ligjin – Gjykata Kushtetuese e Republikës së Kosovës – Programi i Sundimit Efektiv të Ligjit**

I nderuari John R. Tunheim, Gjyqtar, Gjykata e Rrethit të Shteteve  
te Bashkuara, Rrethi i Minesotës ..... 187

#### **5. Përvetësimi Kushtetues i të drejtave ndërkombëtare të njeriut në rendin juridik të Kosovës**

Kushtrim Istrefi, PhD kand., LL.M., Hulumtues në “ Institutin për të drejtën  
publike dhe të drejtën ndërkombëtare Max Planck (Heidelberg)” dhe  
Asistent Ligjërues në Departamentin e të Drejtës Ndërkombëtare  
në Fakultetin Juridik të Universitetit të Prishtinës.....233

#### **6. Aktgjykimet dhe vendimet e Gjykatës Kushtetuese të Kosovës – roli i precedentit dhe fushëveprimi i nenit 116.1 të Kushtetutës së Kosovës**

Visar Morina, Asistent Ligjërues, Fakulteti Juridik, Univerziteti i Prishtinës,  
Këshilltar Juridik, Programi për Sundimin Efektiv të Ligjit i USAID-it në Kosovë .....283

#### **7. Mbrojtja ligjore e te Drejtave te Njeriut ne Irlande**

Michael Bourke, Esq. Këshilltar Ligjor Kryesor, Gjykata  
Kushtetuese e Kosoves.....323

## **Direktna primenljivost univerzalno prihvaćenih ljudskih prava na Kosovu – Novi imperativ u praksi zakona.**

### **Sadržaj**

#### **1. Predgovor**

Profesor Doktor Enver Hasani, Predsednik, Ustavni Sud Kosova  
Kelly Gavagan, Direktor, USAID-ov Program Efikasne Vladavine Prava.....9

#### **2. Abstraktna i Preventivna (Preliminarna) Kontrola Ustavnih Amandmana i zaštita šefa države od razrešenja dužnosti – Slučaj Kosova,**

Prof. Dr. Enver Hasani, Predsednik, Ustavni Sud Kosova ..... 61

#### **3. Odbrana ljudskih prava u sudovima u Sjedinjenim Američkih država – Uloga krivičnog branioca i sudije**

Poštovani sudija Michael Davis, Predsednik, Okružni Sud Sjedinjenih  
Američkih Država, Okrug Minesote ..... 163

#### **4. Korišćenje presedana u stvaranju prava**

Poštovani sudija John R. Tunheim, Sudija, Okružni Sud Sjedinjenih  
Američkih Država, Okrug Minesote ..... 203

#### **5. Ustavno udomaćivanje međunarodnih ljudskih prava u pravnom poretku Kosova**

Kushtrimi Istrefi, PhD kand., LL.M, gostujući predavač na Max Planck institutu za  
komparativno pravo i međunarodno pravo i asistent profesor na katedri  
za međunarodno pravo, Pravni fakultet Univerziteta u Prištini. .... 251

#### **6. Presude i Odluke Ustavnog Suda – Uloga presedana i delokrug člana 116 stava 1 Ustava Kosova.**

Visar Morina, Profesor Asistent, Pravni Fakultet, Univerzitet Pristine,  
Pravni Savetnik, USAID-ov Program Efikasne Vladavine Prava ..... 297

#### **7. Odbrana ljudskih prava u Irskoj**

Michael Bourke, Esq., Glavni Pravni Savetnik, Ustavni Sud Kosova ..... 330

## **Direct Applicability of Universally Accepted Human Rights in Kosovo -The New Imperative in the Practice of Law**

### **Table of Contents**

#### **1. Foreword**

Professor Doctor Enver Hasani, President, Constitutional  
Court of Kosovo  
Kelly Gavagan, Chief of Party, USAID Effective Rule of Law Program .....11

#### **2. Preventive Abstract Control of Constitutional Amendments and Protection of the Head of State from Unconstitutional- Dismissal: The Case of Kosovo,**

Prof. Dr. Enver Hasani, President, Constitutional Court of Kosovo .....105

#### **3. Vindication of Human Rights in the Courts of the United States – The Roles of the Criminal Defense Attorney and Judge**

Honorable Michael Davis, Chief Judge, United States District Court,  
District of Minnesota .....175

#### **4. Using Precedent to Build the Law**

Honorable John R. Tunheim, Judge, United States District Court,  
District of Minnesota .....218

#### **5. Constitutional Domestication of International Human Rights in the Kosovo Legal Order**

Kushtrim Istrefi, PhD cand., LL.M, Visiting Scholar at Max Planck Institute  
for Comparative Public Law and International Law and Assistant  
Professor at the International Law Department, Law Faculty of the  
University of Pristina.....267

#### **6. Judgments and Decisions of the Constitutional Court – The Role of Precedent and the Scope of Article 116.1 of the Constitution**

Visar Morina, Professor Assistant, Faculty of Law, University of Pristina,  
Legal Adviser, USAID Effective Rule of Law Program.....309

#### **7. Vindication of Human Rights in Ireland**

Michael Bourke, Esq., Chief Legal Advisor,  
Constitutional Court of Kosovo .....337



## PARATHËNIE

Gjykata Kushtetuese e Republikës së Kosovës, me mbështetjen e Programit për Sundimin Efektiv të Ligjit në Kosovë, të USAID-it, ka sponsoruar nje konferencë ndërkombëtare që është mbajtur më 29 dhe 30 qershor 2012, në Prishtinë, Kosovë. Konferenca, në të cilën paraqitën prezantimet e tyre profesorë, gjyqtarë dhe avokatë nga Kosova, Bullgaria, Irlanda dhe Shtetet e Bashkuara është titulluar: “Zbatimi i drejtpërdrejtë në Kosovë i të drejtave të njeriut të pranuara universalisht – Imperativ i ri në praktikën ligjore.” Qëllimi i konferencës ishte që të tubonte në një vend gjyqtarët e Gjykatës Kushtetuese, gjyqtarët e Kosovës, prokurorët, avokatët, anëtarët e komunitetit ndërkombëtar, në mënyrë që të fillojnë një dialog të rëndësishëm që synon mbrojtjen e të drejtave dhe lirive themelore të njeriut të pranuara universalisht, në gjykatat e Kosovës. Keto të drejta dhe liri themelore të njeriut pranohen në të gjitha republikat moderne, si dhe përshkruhen në Kapitullin 2 të Kushtetutës si dhe në disa konventa dhe pakte ndërkombëtare që janë drejtpërdrejtë të aplikueshme në Kosovë, përmes nenit 22 të Kushtetutës. Që të pranohet natyra universale e këtyre të drejtave dhe lirive themelore të njeriut, si në vendet e të drejtës kontinentale po ashtu edhe në ato të të drejtës anglo-saksone, dy gjyqtarë nga gjykatat Federale të Shteteve të Bashkuara dhe një avokat me përvojë nga Irlanda, prezentuan një pasqyrë mbi thirrjen në të drejtat e njeriut në vendet e tyre.

Profesor Doktor Enver Hasani, Kryetar i Gjykatës Kushtetuese mori përsipër që Titullin e Konferencës ta trajtojë si temë për ekspozene e tij kyçe, e cila u pasua nga prezantimet formale të temave tjera, si në vijim: “Shfrytëzimi i Vendimeve të Gjykatës Evropiane për të Drejtat e Njeriut dhe Gjykatës Kushtetuese në praktikë”, e prezantuar nga Profesor Doktor Snezhana Botusharova, Gjyqtare e Gjykatës Kushtetuese dhe ish Gjyqtare e Gjykatës Evropiane për të Drejtat e Njeriut; “Thirrja në të Drejtat e Njeriut në Gjykatat e Shteteve të Bashkuara – Rolet e Avokatëve Mbrojtës në çështjet penale dhe roli i Gjyqtarit”, prezantuar nga Kryetari i Gjykatës Michael Davis; “Përvetësimi juridik i të drejtave ndërkombëtare të njeriut në rendin juridik të Kosovës”, prezantuar nga Kushtrim Istrefi, Profesor Asistent, Fakulteti Juridik i Universitetit të Prishtinës; “Aktgjykimet dhe Vendimet e Gjykatës Kushtetuese - Roli i precedentit dhe fushëveprimi i nenit 116.1 i Kushtetutës”, prezantuar nga



Visar Morina, Profesor Asistent, Fakulteti Juridik i Unviersitetit të Prishtinës; “Thirrja në të Drejtat e Njeriut në Irlandë”, prezantuar nga Michael Bourke, Esq., “Roli i Vendimeve të Gjykatave tjera Kushtetuese dhe Gjykatave të Larta, në Jurisprudencën e Kosovës”, prezantuar nga Profesor Doktor Enver Hasani, dhe “Shfrytëzimi i precedentit për avancimin e ligjeve”, prezantuar nga Gjyqtari John R. Tunheim.

Konferenca po ashtu kishte dy panele diskutimi që lejuan kohë të mjaftueshme për pyetje përgjegje nga gjyqtarët, prokurorët dhe anëtarët e Odës së Avokatëve të Kosovës që morën pjesë në Konferencë. Avokatët shfrytëzuan këtë mundësi për të komunikuar tek gjyqtarët dhe prokurorët mesazhin e tyre se gjykatat duhet filluar të marrin me seriozitet çështjen e të drejtave të njeriut në rastet penale.

Gjykata Kushtetuese e Kosovës dhe Programi për Sundimin Efektiv të Ligjit i USAID-it, dëshirojnë të njohin kontributin e rëndësishëm në zbatimin e të drejtave të njeriut në Gjykatat e Kosovës që do të bëhet me shpërndarjen e këtij numri special të revistës “E Drejta”, dhe me këtë i shprehin mirënjohje Dekanit të Fakultetit Juridik, Profesor Doktor Bajram Uka, Prodekanit të Fakultetit Juridik dhe Kryeredaktorit të revistës “E Drejta”, Profesor Doktor Qerim Qerimi, dhe Bordit Redaktues të revistës “E Drejta”, për publikimin e prezantimeve të rëndësishme në këtë konferencë.

Kelly Gavagan, Drejtor  
Programi për Sundimin Efektiv  
të Ligjit në Kosovë i USAID-it

Profesor Doktor Enver Hasani, Kryetar  
Gjykata Kushtetuese e Republikës së  
Kosovës

## PREDGOVOR

Ustavni sud Republike Kosovo, uz podršku USAID-ovog Programa za efektivnu vladavinu prava, je sponzorisao međunarodnu konferenciju, koja je održana 29. i 30. juna 2012. u Prištini, Kosovo. Naslov konferencije, na kojoj su učestvovali profesori prava, sudije i advokati Kosova, Bugarske, Irske i Sjedinjenih Američkih Država, je bio: „Direktna primenjivost univerzalno prihvaćenih ljudskih prava na Kosovu – Novi imperativ u praktikovanju prava“.

Svrha konferencije je bila okupljanje na jednom mestu sudija Ustavnog suda, kosovskih sudija, tužilaca i advokata, kao i pripadnika međunarodne zajednice, u veoma važnom dijalogu usmerenom ka zaštiti univerzalno prihvaćenih ljudskih prava i osnovnih sloboda u kosovskim sudovima. Ova, univerzalno prihvaćena ljudska prava i osnovne slobode su priznata u svim modernim republikama, i propisana su u Poglavlju II Ustava Kosova, kao i nekoliko međunarodnih paktova i konvencija, koje su na Kosovu direktno primenjive dejstvom člana 22. Ustava. Kako bi se naglasila univerzalna priroda ovih ljudskih prava i osnovnih sloboda u građanskom pravu, kao i u zemljama anglo-saksonskog prava, dvoje federalnih sudija iz Sjedinjenih Američkih Država i jedan iskusan advokat iz Irske su predstavili svoje prezentacije o zaštiti ljudskih prava u svojim zemljama.

Profesor doktor Enver Hasani, predsednik Ustavnog suda, je uzeo naslov konferencije za predmet njegovog ključnog izlaganja, a nakon toga su usledile formalne prezentacije sledećih tema: „Korišćenje presuda Evropskog suda za ljudska prava u praksi“, koju je izložila profesor doktor Snezhana Botusharova, sudija Ustavnog suda i bivši sudija Evropskog suda za ljudska prava; „Zaštita ljudskih prava u sudovima Sjedinjenih Američkih Država – Uloga krivičnog branioca i sudije“, koju je izložio glavni sudija, Michael Davis; „Veličanstveni delokrug članova 22. i 53. Ustava“, koju je izložio Kushtrim Istrefi, asistent profesora na Pravnom fakultetu Prištinskog univerziteta; „Presude i odluke Ustavnog suda – Uloga predsedana i delokrug člana 116.1 Ustava“, „Zaštita ljudskih prava u Irskoj“, koje je izložio Michael Bourke, pravnik; „Uloga odluka drugih ustavnih i viših sudova u kosovskom pravosuđu“, koju je izložio profesor doktor Enver Hasani; i „Korišćenje predsedana kako bi se izgradilo pravo“, koju je izložio sudija John R. Tunheim.

Tokom konferencije su takođe održane dve diskusije u panelima koje su bile praćene odgovarajućim vremenom za pitanja i komentare prisutnih sudija, tužilaca i članova Kosovske advokatske komore. Advokati su iskoristili priliku kako bi ukazali sudijama i tužiocima da sudovi moraju početi da shvataju ozbiljnim pitanje ljudskih prava u krivičnim predmetima.

Ustavni sud Kosova i USAID-ov Program za efektivnu vladavinu prava žele da iskoriste ovu priliku i priznaju značajan doprinos u jačanju ljudskih prava u kosovskim sudovima, što će biti postignuto širokom distribucijom posebnog izdanja časopisa *E Drejta*, i izraze svoju zahvalnost profesoru doktoru Bajramu Uki, profesoru doktoru Qerimu Qerimiju, prodekanu Pravnog fakulteta i glavnom i odgovornom uredniku časopisa *E Drejta*, kao i urednom odboru časopisa, na izdavanju važnih prezentacija koje su iznete na konferenciji.

Kelly Gavagan, Direktor  
USAID-ov Program za efektivnu  
vladavinu prava

Profesor Doktor Enver Hasani, Predsednik  
Ustavni sud Republike Kosovo

## FOREWORD

The Constitutional Court of the Republic of Kosovo, with support from the USAID Effective Rule of Law Program, sponsored an international conference on June 29 and 30, 2012, in Pristina, Kosovo. The conference, which featured presentations by law professors, judges, and lawyers from Kosovo, Bulgaria, Ireland, and the United States, was entitled “Direct Applicability of Universally Accepted Human Rights in Kosovo – The New Imperative in the Practice of Law.”

The purpose of the conference was to bring the Judges of the Constitutional Court, Kosovo judges, prosecutors, and advocates, and members of the international community together to begin an important dialogue directed at the vindication of universally accepted human rights and fundamental freedoms in the courts of Kosovo. These human rights and fundamental freedoms are recognized in all modern republics, and are delineated in Chapter II of the Kosovo Constitution and in several international covenants and conventions that are directly applicable in Kosovo by virtue of Article 22 of the Constitution. To emphasize the universal nature of these human rights and fundamental freedoms, in civil law as well as common law countries, two federal court judges from the United States and an experienced advocate from Ireland made presentations on the vindication of human rights in their countries.

Professor Doctor Enver Hasani, President of the Constitutional Court, took the title of the conference as the subject for his important keynote address, which was followed by formal presentations on the following subjects: “Using European Court of Human Rights and Constitutional Court Judgments in Practice,” presented by Professor Doctor Snezhana Botusharova, Judge of the Constitutional Court and former Judge of the European Court of Human Rights, “Vindication of Human Rights in the Courts of the United States – The Roles of the Criminal Defense Attorney and Judge,” presented by Chief Judge Michael Davis, “Magnificent Scope of Articles 22 and 53 of the Constitution,” presented by Kushtrim Istrefi, Assistant Professor, University of Pristina Faculty of Law, “Judgments and Decisions of the Constitutional Court – The Role of Precedent and the Scope of Article 116.1 of the Constitution,” presented by Visar Morina, Professor Assistant, University of Pristina Faculty of Law, “Vindication of Human Rights in Ireland,” presented by Michael

Bourke, Esq., “Role of Decisions of other Constitutional and High Courts in the Jurisprudence of Kosovo,” presented by Professor Doctor Enver Hasani, and “Using Precedent to Build the Law,” presented by Judge John R. Tunheim.

The conference also featured two panel discussions followed by ample time for questions and comments from the judges, prosecutors, and members of the Kosovo Chamber of Advocates in attendance. The advocates took this opportunity to make their case to the judges and prosecutors that the courts must begin to take human rights issues seriously in criminal cases.

The Constitutional Court of Kosovo and the USAID Effective Rule of Law Program wish to acknowledge the important contribution to the enforcement of human rights in the courts of Kosovo that will be made by the wide distribution of this special issue of *E Drejta*, and to express their gratitude to Professor Doctor Bajram Uka, Dean of the Law Faculty, Professor Doctor Qerim Qerimi, Vice Dean of the Law Faculty and Editor-in-Chief of *E Drejta*, and the Editorial Board of *E Drejta* for the publication of the important presentations made at the conference.

Kelly Gavagan, Director  
USAID Effective Rule of Law  
Program

Professor Doctor Enver Hasani, President  
Constitutional Court of the Republic of  
Kosovo

Prof. dr. Enver Hasani

## **KONTROLI ABSTRAKT DHE PREVENTIV (PARAPRAK) I AMENDAMENTEVE KUSHTETUESE DHE MBROJTJA NGA SHKARKIMI I SHEFIT TË SHTETIT: RASTI I KOSOVËS**

### **Abstrakt**

*Ky punim sqaron rolin dhe pozitën e shefit të shtetit nga perspektiva krahasuese, si dhe mbrojtjen e këtij institucioni kushtetues nga shkarkimi jokushtetues përmes amendamenteve kushtetuese. Pika nisëse e punimit është ushtrimi nga ana e Gjykatës Kushtetuese e kontrollit preventiv abstrakt kushtetues të njëmbëdhjetë (11) amendamenteve të propozuara kushtetuese. Gjykata i shpalli jokushtetues mbi gjashtëdhjetë (60) përqind të tyre, përfshirë dhe amendamentin dhjetë (10), i cili është objekt diskutimi parësor në këtë shkrim. Me këtë rast, Gjykata e ka bërë të qartë se ndërprerja e parakohshme e mandatit të shefit të shtetit përmes nxjerrjes së amendamenteve të reja kushtetuese është jokushtetues. Ky shkrim përfundimisht provon në mënyrë shkencore se nuk ekziston një gjykatë serioze e cila do të mund të merrte parasysh argumentet ad hominem në rastet që kanë të bëjnë me kontrollin abstrakt të ligjeve dhe të amendamenteve kushtetuese dhe sërish të quhej gjykatë profesionale.*

**Fjalët çelës:** drejtësia kushtetuese; roli kushtetues i shefit të shtetit; debati Hans Kelsen-Karl Shmit ; Gjykata Kushtetuese e Kosovës.

### **Hyrje**

Polemika e zhvilluar ndërmjet dy luftërave botërore, në vitet e '30-ta të shekullit të kaluar, ndërmjet dy filozofëve më me ndikim të drejtësisë dhe të politikës, Karl Shmit dhe Hans Kelsen, pa asnjë dyshim se prek themelet teorike e praktike të institucionit kushtetues që quhet shefi i shtetit, të formës dhe përmbajtjes së tij. Kjo vlen si për presidentin e republikës, ashtu dhe për monarkun. Debati në fjalë është aktual dhe i rëndësishëm edhe sot e gjithë ditën, po aq sa ka qenë aktual dhe i rëndësishëm edhe në kohën kur u zhvillua.

Rëndësia e tij në Kosovë vjen e shtohet aktualisht, në një kohë kur synohet me çdo kusht krijimi i një debati politik kontestues ndaj vendimit të fundit të Gjykatës Kushtetuese<sup>1</sup>.

Shmitianët e kelsenianët e kontekstit kosovar nuk ravijëzohen, e aq më pak nuk modelohen, për dallim nga autorët originalë të polemikës në fjalë, sipas kritereve ideologjike, partiako-politike, apo sipas ndonjë doktrine të veçantë kushtetuese. Varfëria ideologjiko-politike dhe teoriko-kushtetuese e debatit kosovar për “çështjen e presidentes Jahjaga” nuk është e vetme: një situatë e tillë, pak a shumë, sundon diskursin publik kosovar edhe kur flitet për

1 Aktgjykimi në rastet KO29/12 dhe KO48/12, i datës 20 korrik 2012 (Nr. ref. AGJ 284/12). Ky aktgjykim, nga kontestuesit e tij, u quajt pa të drejtë “vendimi i Kushtetueses mbi Presidenten e Kosovës, znj. Atifete Jahjaga”. Duhet të theksojmë, megjithatë, se Aktgjykimi ka të bëjë me kontrollin abstrakt dhe preventiv (paraparak) të propozim-amendamenteve kushtetuese në Kushtetutën e Republikës së Kosovës, të cilat, në pajtim me nenin 144 (1) të Kushtetutës, e në lidhje me nenin 113 (9) të saj, u propozuan nga një e katërta (1/4) e deputetëve të Kuvendit 120-anëtarësh të Republikës së Kosovës. Kryetari i Kuvendit, sipas dispozitave të sipërcekura kushtetuese, është i vetmi që ka tagër (autorizim) kushtetues për t’i dërguar në Gjykatë Kushtetuese amendamentet e propozuara nga subjektet kushtetuese të nenit 144 (1) të Kushtetutës, me qëllim të kontrollit preventiv (paraparak) të kushtetutshmërisë së tyre. Një grup tjetër, Komisioni për ndryshime kushtetuese, ka synuar tërë kohën t’i prijë kontestimit të fuqisë juridike-kushtetuese të këtij aktgjykimi. Ai kontestim, më 25 shtator 2012, shkoi aq larg sa deshi të vërë në pikëpyetje vetë dispozitat kushtetuese të neneve 113 (9) dhe 144 (3) të Kushtetutës, të cilat e mandatojnë Gjykatën Kushtetuese për të ushtruar kontroll abstrakt dhe preventiv (paraparak) të kushtetutshmërisë së çdo amendamenti kushtetues të propozuar juridikisht në mënyrë të rregullt: Komisioni deklaroi se, amendamentet e shpallura si jokushtetuese nga Gjykata, mund të votohen në Kuvend, përkundër asaj që Gjykata mbi 60 (gjashtëdhjetë) për qind të tyre i ka shpallur si jokushtetuese. (Cf. Besnik Krasniqi, “Bajrami: Amendamenti 10 do të hidhet për votim në Kuvend”, gazeta e përditshme “Koha ditore”, e mërkurë, 26 shtator 2012, fq. 2).

Kontrolli preventiv (paraparak) i kushtetutshmërisë së amendamenteve kushtetuese bëhet para se ato të votohen në Kuvend. Gjykata vlerëson in abstracto nëse amendamentet që propozohen zvogëlojnë të drejtat dhe liritë nga Kapitulli II i Kushtetutës. Kuvendi i Kosovës nuk guxon të votojë amendamentet, të cilat janë shpallur si jokushtetuese nga Gjykata. Kjo shprehimisht parashihet në nenet 113 (9) dhe 144 (3) të Kushtetutës së Kosovës. Për praktikat komparative të kontrollit kushtetues abstrakt dhe preventiv (paraparak) të amendamenteve kushtetuese do të flitet më shumë në vijim të shkrimit.

Sikundër që do të vërehet në vijim, qëllimi primar i hartuesve të këtyre amendamenteve ka qenë që “ta konstitucionalizojnë” (t’i japin fuqi dhe legjitimitet kushtetues) një marrëveshje politike, të lidhur në prill të vitit 2011, ndërmjet aktorëve kyç të politikës kosovare, marrëveshje e cila në veçanti sanksiononte shkarkimin e shefit të shtetit të Kosovës, presidentes aktuale, znj. Atifete Jahjaga, nëpërmjet amendamenti kushtetues. Përveç kësaj, amendamentet në fjalë, në pjesën dërrmuese, synonin konstitucionalizimin e konjunkturave të interesit momental politik, të cilat lidhen me rolin dhe me pozitën e sistemit të drejtësisë si dhe me pozitën e natyrën e kompetencave të ushtruesit të detyrës së Presidentit të Kosovës. E tërë kjo përpjekje është bërë, duke i pasur parasysh sjelljet e ish-ushtruesit të detyrës së Presidentit, gjatë kohës që i parapriu zgjedhjes së znj. Atifete Jahjaga për president të Kosovës (shtator 2010 – prill 2011).

çështjet e tjera. Diskursi, që konteston aktgjykimin në fjalë të Gjykatës Kushtetuese, bazohet në tërësi në kritere joprofesionale dhe pa fije respekti për rregullat themelore profesionale, të cilat vlejnë kur kontestohet një vendim i një organi jopolitik dhe të pavarur, siç është Gjykata Kushtetuese. Në esencë, siç do të shihet, më shumë bëhet fjalë për një diskurs mohues, që konteston *en generale* punën e Gjykatës dhe që për synim primar ka prodhimin e një debati *pro et contra* vendimit në fjalë në nivelin gjithëkosovar. Megjithatë, ky synim nuk është arritur as për së afërmi, për shkak të fuqisë së dobët të argumenteve mbi të cilat mbështetet. Si protagonist kryesor të vetin, ky diskurs, ka, në njërin anë, zyrtarët e lartë të partisë kryesore opozitare në Kosovë, LDK (Lidhja Demokratike e Kosovës), dhe, në anën tjetër, anëtarët kyç të Komisionit për ndryshime kushtetuese, i cili kryesisht dominohet nga përfaqësues të partisë në pushtet, PDK (Partia Demokratike e Kosovës).<sup>2</sup>

Siç dihet nga historia e teorisë kushtetuese, debati Shmit – Kelsen është bërë për atë se kush është, apo kush duhet të jetë, garant i kushtetutës. Gjatë atij debati fillestar, është hedhur dritë edhe për rolin dhe për rëndësinë e shefit të shtetit (kryesisht) në demokracitë parlamentare me rregullim (kryesisht) republikan. Një pjesë e madhe e atij debati kishte të bënte me shefin e shtetit, si përfaqësues i unitetit të popullit, dhe me mospajtimin konceptual përkitazi me atë nëse ky unitet është sociologjiko-politik, apo nëse ka natyrë ekskluzivisht juridiko-kushtetuese. Të parën pikëpamje e ndërtoi dhe e mbështeti deri në fund Karl Shmit, kurse të dytën – Hans Kelsen. Nuk ka asnjë dyshim se, drita e hedhur nga këta dy autorë, ka shërbyer si një udhërrëfyes për teorinë dhe për praktikën shtetërore bashkëkohore që merret me pozitën dhe me rolin e shefit të shtetit në demokracitë parlamentare kushtetuese. Në diskutimet e tyre për rolin dhe për pozitën kushtetuese të shefit të shtetit, ata kanë trajtuar, në esencë, çështje që paraqesin vetë themelet e demokracisë kushtetuese dhe përbërësit kryesorë të saj, siç janë: ndarja e pushteteve dhe

---

2 Ky komision vetvetiu nuk është kushtetues, meqë palë e autorizuar për të propozuar ndryshime dhe amendamente janë vetëm Qeveria, Presidenti ose një e katërta (1/4) e deputetëve të Kuvendit (neni 144.1 i Kushtetutës). Vetëm këto subjekte, askush tjetër, mund të propozojnë ndryshime dhe amendamente të Kushtetutës.

Synimi i këtij komisioni për t'u paraqitur palë në procedurë pranë Gjykatës, ka shkaktuar telashe të natyrës procedurale dhe konfuzion. Në dispozitën e nenit 113 (9) të Kushtetutës, ndër të tjera, thuhet: "Kryetari i Kuvendit të Kosovës duhet të referojë (në Gjykatën Kushtetuese – vërejtja jonë) amendamentet kushtetuese të propozuara para miratimit në Kuvend, me qëllim që të konstatohet nëse amendamenti i propozuar i zvogëlon të drejtat dhe liritë e garantuara me Kapitullin II të Kushtetutës". Pra, si palë para Gjykatës, mund të jetë vetëm kryetari i Kuvendit, per constitutionem, kurse, si propozues i ndryshimeve dhe i amendamenteve, sipas nenit 144 (1) mund të jenë vetëm Qeveria, Presidenti ose një e katërta (1/4) e deputetëve të Kuvendit. Siç u tha, ky komision është formuar ad hoc, nëpërmjet një marrëveshjeje politike të liderëve të tri forcave kryesore politike: PDK (Partia Demokratike e Kosovës), LDK (Lidhja Demokratike e Kosovës) dhe AKR (Aleanca Kosova e Re). Kryetari i këtij komisioni është nga partia në pushtet, PDK, kurse partitë e tjera marrin pjesë sipas fuqisë politike që kanë.



sundimi i ligjit, respekti për drejtat e njeriut dhe të minoriteteve dhe demokracia<sup>3</sup>. Këto aspekte të debatit në fjalë, po ashtu, përvijohen gjatë shtjellimeve tona në këtë temë.

Koncepti i shefit të shtetit, si përfaqësues i unitetit sociologjiko-politik, të Karl Shmit, është mjaft i strukturuar dhe përfundon në personin e Fyhrerit, i cili gjendet në krye të piramidës shtetërore si mishërim i unitetit të tillë. Te Hans Kelsen, po ashtu, koncepti është mjaft i strukturuar, por, në një mënyrë e në një kahe tjetër, krejt të kundërt, me atë të K. Shmitit. Shefi i shtetit, të H. Kelsen, del si mishërim i unitetit juridiko-kushtetues të popullit, kurse, në krye të piramidës shtetërore, gjendet norma bazë ("*grundnorm*"), të cilën shefi i shtetit duhet ta vërë në jetë krahas me institucionet e tjera kushtetuese. Derisa teoria e parë është në esencë diktatoriale, e dyta paraqet të kundërtën e saj.

Me kalimin e kohës, teoria e dytë u bë vetë thelbi i asaj që tashmë njihet si teoria dhe praktika për demokracinë kushtetuese. Thënë më saktë, teoria e dytë, për dallim nga e para, e cila vuri themelet e arsyesimit irracional të diktaturës naziste, shërbeu si substrat i teorisë dhe i praktikës së konstitucionalizmit modern që mori hov pas Luftës së Dytë Botërore.

Siç u tha, në rastin e Kosovës, në esencë, kemi të bëjmë me pamundësinë e ushqimit dhe të vënies në lëvizje të një debati publik serioz dhe të argumentuar me terma shkencorë e intelektualë. Në vend të kësaj, pas vendimit në fjalë të Gjykatës, u nis një diskurs kontestues, në shikim të parë sporadik, ku protagonistë kryesorë u shfaqën zyrtarët e lartë të LDK-së, si parti më e madhe opozitare, dhe anëtarët e Komisionit kushtetues. Në anën tjetër, në mënyrë të sforcuar dhe me çdo kusht, u synua që Gjykata Kushtetuese të paraqitet si pjesë e këtij diskursi. Gjykata, u mor vesh, nuk mund të pranojë një "ftesë" të tillë, edhe për faktin se, në Aktgjykimin e saj me mbi dyzet faqe, ka shkrirë tërë arsenalin profesional teoriko-kushtetues dhe praktik, me qëllim të mbrojtjes së vlerave e të parimeve të konstitucionalizmit perëndimor, të cilat janë të mishëruara në çdo dispozitë të Kushtetutës së Kosovës.

Çështja, që diskutohet në këtë shkrim, u nis në vijim të kontrollit abstrakt dhe preventiv (paraprak) të kushtetutshmërisë së 11 (njëmbëdhjetë) amendamenteve të propozuara nga një grup deputetësh të Kuvendit të Kosovës. Gjykata e ushtron *per constitutionem* këtë juridiksion, çdo herë kur ka propozime për ndryshim apo për amendamentim të Kushtetutës, sipas nenit 144 të Kushtetutës. Ky proces amendamentimi ka qenë pjesë e një marrëveshjeje të mëhershme politike të forcave kryesore politike. Nevoja

3 Për një trajtim të thellë të pikave kyç të debatit kushtetues K. Shmit – H. Kelsen, cf. Michael Stollies, *A History of Public Law in Germany: 1914-1945* (Oxford University Press: Oxford, 2004), në veçanti kapitulli 3 ("*Revolution, Weimar Constitution, and Versailles*") dhe kapitulli 5 ("*Quarrel Over Methods and the Crisis of the State*").

për amendamentim, ndërkaq, u pa atëherë kur, brenda një kohe të shkurtër (shtator 2010 – prill 2011), Gjykata “rrëzoi” dy presidentët e Kosovës, në vijim të mbrojtjes së parimeve, të vlerave dhe të normave kushtetuese që kanë të bëjnë më rolin, me pozitën dhe me natyrën e institucionit të Presidentit të Republikës.<sup>4</sup> Kjo do të thotë se, pa u kuptuar sfondi i ngjarjeve dhe i rrethanave që lidhen me dy aktgjykimet për dy ish-presidentët e Kosovës, nuk mund të kuptohet esenca e vendimit që diskutohet këtu dhe që ka të bëjë me kontrollin abstrakt dhe preventiv (paraprak) të 11 (njëmbëdhjetë) propozim-amendamenteve kushtetuese në Kushtetutën e Republikës së Kosovës. Një pjesë e këtyre amendamenteve të propozuara kishte të bënte me mënyrën dhe me kohën e zgjedhjes së presidentit të ardhshëm të Kosovës. Pikërisht kjo pjesë, përkatësisht propozimi i amendamentit 10 (dhjetë), i cili kishte të bënte me shpalljen e zgjedhjeve të para presidenciale kosovare, u dramatizua në publik, duke i lënë nën hije aspektet e tjera tepër të rëndësishme të Aktgjykimit. U krijua një diskurs, në shikim të parë krejt spontan por në thelb krejt i planifikuar dhe malicioz, i cili mbështetet hapur në legjitimitetin e teorisë dhe të praktikës kushtetuese për unitetin sociologjiko-politik të popullit dhe për dominimin e shumicës ndaj të tjerëve. Si i tillë, ky diskurs kontestues, përshkon të gjitha aspektet e demokracisë kushtetuese dhe nuk kufizohet vetëm në rëndësinë, në rolin dhe në pozitën e shefit të shtetit të Kosovës.

Aktgjykimi i Gjykatës Kushtetuese, që shpall jokushtetuese mbi 60 (gjashtëdhjetë) për qind të 11 (njëmbëdhjetë) amendamenteve të propozuara, është objekt shqyrtimi në pjesën e parë të këtij shkrimi. Kjo pjesë pasohet nga e dyta, e cila ka titullin në gjuhën frënge, sepse ashtu është përdorur për herë të parë nga Benjamin Konstan dhe nga autorët e tjerë të shekullit XIX. Ky koncept, pra “*il regne et ne gouverne pas*” (“Shefi i shtetit mbretëron, por nuk qeveris”), ka dashur të sqarojë se të ashtuquajturat *pouvoir neutre et intermediaires* (“Autorizimet neutrale dhe të ndërmjetme”) të shefit të shtetit në demokracitë kushtetuese parlamentare, shikuar historikisht, nuk ekzistojnë, për të krijuar një pushtet tjetër krahas atij ekzekutiv, legjislativ e gjyqësor. Ato autorizime, përkundrazi, shërbejnë për t’i mundësuar një të treti, i cili quhet shef i shtetit, që të balancojë pushtetet e tjera, duke garantuar funksionimin e qetë e normal të institucioneve kushtetuese.<sup>5</sup> Këto autorizime përcaktojnë

4 Cf. fusnotat 6 dhe 9 dhe tekstin që i shoqëron.

5 Ky rol i shefit të shtetit ekziston dhe sanksionohet në të gjitha vendet evropiane, me përjashtim të Francës, e cila ka sistem gjysmëpresidencial, ku shefi i shtetit ka pjesëmarrje të madhe në ekzekutivin e vendit. Kosova nuk bënë përjashtim në këtë drejtim. Dispozitat e neneve 4 (para. 3) dhe 83 e bëjnë të qartë një gjë të tillë:

Neni 4, paragrafi 3 (Forma e Qeverisjes dhe Ndarja e Pushtetit): “Presidenti i Republikës së Kosovës përfaqëson unitetin e popullit. Presidenti i Republikës së Kosovës është përfaqësues legjitim i vendit brenda dhe jashtë dhe garantues i funksionimit demokratik të institucioneve të Republikës së Kosovës, në pajtim me këtë Kushtetutë”.

përmbajtjen e sintagmës në gjuhën frënge “*il regne et ne gouverne pas*”. Ato, në thelb, pasqyrojnë vetë esencën e pozitës, të rolit dhe të rëndësisë që ka shefi i shtetit në një sistem të qeverisjes që quhet demokraci kushtetuese.

Pjesa e tretë vjen natyrshëm dhe prek thelbin e diskursit aktual që konteston Aktgjykimin e Gjykatës për 11 (njëmbëdhjetë) propozim-amendamentet kushtetuese. Në trajtimin tonë këtu, njëjtë siç ka bërë Gjykata, nuk merremi dhe nuk flasim *ad hominem* për shefin aktual të shtetit të Kosovës. Trajtimi mëton që deri në fund të jetë akademik e profesional dhe ka për qëllim primar mbrojtjen e institucionit të shefit të shtetit, në kontekstin e sotëm kosovar dhe në dritën e debatit gjithnjë aktual dhe shkencor Shmit – Kelsen. Kjo mbrojtje, këtu, vlen për të gjitha situatat e për të gjitha kohët, në të cilat mund gjendet një shef shteti, i rrezikuar nga shkarkimi ekstrakushtetues nëpërmjet amendamentimit të tekstit ekzistues të kushtetutës.

Misioni i përbashkët i drejtësisë dhe i teorisë kushtetuese konsiston në mbrojtjen e parimeve dhe të vlerave të ideologjisë së konstitucionalizmit modern perëndimor. Çdo argumentim *ad hominem* i një institucioni kushtetues është i huaj për konstitucionalizmin modern dhe për teorinë kushtetuese, siç do të shihet në shtjellimin tonë në pjesën e katërt dhe të fundit të këtij punimi.

Përfundimet tona ndjekin frymën e shtjellimit përgjatë këtij teksti dhe rrjedhshëm reflektojnë përfundimet e secilës prej katër pjesëve të shkrimit.

## I. Historiku i një vendimi, forma dhe përmbajtja e tij

Vendimi i sipërcekur, që është objekt analize këtu, ka formën e aktgjykimit. Atij i ka paraprirë një proces politik, i cili u zhvillua pas vendimit të Gjykatës Kushtetuese, të datës 30 mars 2011, me të cilin qe shpallur jokushtetuese zgjedhja e z. Behgjet Pacolli president i Kosovës nga Kuvendi i Republikës.<sup>6</sup> Gjykata nuk i dha fuqi retroaktive vendimit për “rastin Pacolli”, duke i njohur kështu si të vlefshme të gjitha veprimet dhe punët e kryera nga z. Pacolli si ish-president i Kosovës. Më këtë qasje, Gjykata konfirmoi teorinë e praktikën dominante kushtetuese bashkëkohore, e cila ia njeh shefit të shtetit të drejtën e identifikimit juridiko-kushtetues me shtetin, si brenda ashtu dhe jashtë tij. Nuk ka rëndësi fare kush e ushtron atë funksion *ad hominem*: një shtet serioz nuk guxon për asnjë moment të ndërpresë jetën e vet institucionale, jetë kjo që mishërohet dhe që personifikohet, *inter alia*, nga personaliteti i shefit

---

Neni 83 (Statusi i Presidentit): “Presidenti është kreu i shtetit dhe përfaqëson unitetin e popullit të Republikës së Kosovës”.

6 Rasti KO29/11. Sabri Hamiti dhe deputetët e tjerë: Vlerësimi kushtetues i vendimit të Kuvendit të Republikës së Kosovës, Nr. 04-V-04, i 22 shkurtit 2011, përkitazi me zgjedhjen e Presidentit të Republikës së Kosovës; Aktgjykimi i 30 marsit 2011.

të shtetit.<sup>7</sup> Kjo do të thotë se shefi i shtetit i mbijeton ndryshimet sociologjiko-politike, të cilat ndodhin në shtet, sepse paraqet mishërim të vetë thelbit të kontinuitetit shtetëroro-juridik.

Teoria e mbijetimit të ndryshimeve nga shefi i shtetit është njohur dhe është zhvilluar nga Benjamin Konstan, në shtjellimet e tij dhe të autorëve të tjerë të shekullit XIX, në kontekstin e monarkive kushtetuese të kohës. Ato shtjellime kishin të bënin me sqarimin e rolit dhe të rëndësisë së monarkut, si shef shteti në monarkitë evropiane gjatë kohës së Napoleonit dhe pas kohës së Napoleonit.<sup>8</sup> Këtë aspekt, të reflektimit të shefit të shtetit në kontinuitetin shtetëror e juridik, e ka sanksionuar dhe e ka shtjelluar Gjykata në Aktgjykimin për rastin e ish-presidentit Behgjet Pacolli, duke e njohur si të vlefshëm dhe me fuqi e me kompetencë kushtetuese çdo akt dhe çdo veprim të ndërmarrë nga ai. Me të njëjtin aktgjykim, Gjykata e riktheu kryetarin e Kuvendit në vendin e tij të ushtruesit të detyrës së shefit të shtetit kosovar, duke mos lënë kështu, për asnjë moment, asnjë vakuum juridiko-kushtetues në funksionimin e institucionit të Presidentit të Kosovës.<sup>9</sup> Pas aktgjykimit në fjalë për “rastin Pacolli”, u hapën rrugët drejt zgjedhjes së shefit të ri të shtetit, gjithnjë duke pasur parasysh respektimin deri në fund të dispozitave kushtetuese për zgjedhjen e të parit të institucionit në fjalë.

---

7 Te Hans Kelsen, ky personifikim lidhet me kategorinë e atribuimit (mvshjes). Sipas tij, çdo akt që mund t'i atribuohet (mvshet) shefit të shtetit është akt i shtetit. E njëjta gjë vlen edhe për aktet e bartësve të tjerë të autorizimeve publike kushtetuese. Kjo teori është shtjellim i nisur nga juristi i njohur gjerman Georg Jellenik, gjë të cilën e pohon edhe vetë Hans Kelsen. Georg Jellenik ka folur i pari për kontinuitetin juridik të shtetit, i cili realizohet nëpërmjet veprimit të organeve të tij. Para kohës së Napoleonit, përkatësisht në kohën nga Paqja e Vestfalisë (1648) deri te Revolucioni Francez i vitit 1878, debatet për subjektivitetin shtetëror kanë qenë të fokusuar në subjektivitetin juridiko-ndërkombëtar të shtetit. Vetëm pas Revolucionit Francez e tutje, u hap debati për subjektivitetin juridiko-kushtetues të shtetit dhe për pasojat e tij për rendin e brendshëm kushtetues. Cf. Clemens Jabloner, Hans Kelsen: Introduction. Në Arthur J. Jacobson and Bernhard Schlink (eds.), *Wiemar. A Jurisprudence of Crisis* (University of California Press: Berkeley and Los Angeles, 2000) fq. 67-76; Hans Kelsen, “Legal Formalism and the Pure Theory of Law”. Në Arthur J. Jacobson and Bernhard Schlink (eds.), *Wiemar. A Jurisprudence of Crisis*, fq. 77-84; Hans Kelsen, *General Theory of Law and State* (The Lawbook Exchange, LTD.: Clark, New Jersey, 2009), fq. 181-207; Janne Elisabeth Nijman, *The Concept of International Legal Personality: An Inquiry Into the History and Theory of International Law* (T.M.C. Asser Press: The Hague, 2004), në veçanti kapitulli 2 (“Historical Introduction: Leibniz and the Emergence of the Concept of ILP”) dhe kapitulli 3 (“Demystifying the ILP: Briery, Kelsen and Scelle”).

8 Cf. Biancamaria Fontana (ed), Benjamin Constant: *Political Writings* (Cambridge University Press: Cambridge, 2010) fq. 171-328.

9 Behgjet Pacolli është zgjedhur president i Kosovës më 22 shkurt 2001 dhe ka ushtruar këtë funksion deri më 30 mars 2011, kur Gjykata Kushtetuese ka konstatuar se ka pasur shkelje të Kushtetutës me rastin e zgjedhjes së tij dhe, për pasojë, ka anuluar me efekt jo-prapaveprues vendimin e Kuvendit, Nr. 04-V-04, të 22 shkurtit 2011, përkitazi me zgjedhjen e Presidentit të Republikës së Kosovës.

Konstatimi i Gjykatës, me të cilin shpall jokushtetues vendimin e Kuvendit për zgjedhjen e z. Pacolli president të Kosovës, ka pasur tri lloj pasojash kushtetuese: e para, ai ka qenë president, kurse veprimet e aktet e tij të kryera përgjatë më shumë se një muaji i atribuohen (i mvishen) atij dhe vetëm atij; e dyta, zgjedhja e tij ka qenë jokushtetuese dhe, për pasojë, me rastin e zgjedhjes së shefit tjetër të shtetit kosovar duhet respektuar Kushtetuta deri në fund; dhe, e treta, me rikthimin e kryetarit të Kuvendit në pozitën e ushtruesit të detyrës së shefit të shtetit kosovar është bërë e qartë se Kosova nuk ka jetuar për asnjë moment pa kreun e vet të shtetit.

Pak ditë pas Aktgjykimit të Gjykatës Kushtetuese, që mohonte kushtetutshmërinë e vendimit të Kuvendit për zgjedhjen e z. Behgjet Pacolli president të Kosovës, forcat kryesore politike në vend arritën një marrëveshje politike, e cila kishte për qëllim primar tejkalimin e krizës së krijuar politike. Kjo marrëveshje u arrit më 6 prill 2011 dhe u nënshkrua nga kryeministri i Kosovës, z. Hashim Thaçi, në emër të PDK-së; nga prof. Isa Mustafa, në emër të LDK-së, partisë më të madhe opozitare; dhe nga ish-presidenti i Kosovës, z. Behgjet Pacolli, në emër të AKR-së, si parti e koalicionit qeverisës. Me këtë marrëveshje, palët nënshkruese, në emër të përkushtimit të tyre për t'i vënë interesat e vendit mbi interesin e tyre, u dakorduan për sa vijon:

- që të nominojnë zonjën Atifete Jahjaga si kandidate të përbashkët për presidente të Republikës së Kosovës;
- që të fillohet me amendamentimet e Kushtetutës dhe të Ligjit për Zgjedhjet e Përgjithshme, ashtu që ato të reflektojnë konceptin e ri të zgjedhjeve të drejtpërdrejta për president republike, me të gjitha ndryshimet në pozitën dhe në rolin e presidentit të Republikës, që mund të burojnë nga ndryshimi i mënyrës së zgjedhjes së shefit të shtetit;
- që zgjedhjet e para për president të Republikës të mbahen jo më vonë se gjashtë muaj nga data në të cilën hyjnë në fuqi ndryshimet e nevojshme kushtetuese e ligjore; dhe, së fundi,
- që zgjedhjet e përgjithshme, sipas Ligjit të reformuar për zgjedhjet e përgjithshme dhe me amendamentet përkatëse, të mbahen jo më vonë se 18 muaj nga hyrja në fuqi e këtyre amendamenteve ligjore e kushtetuese.

Ditën e nesërme, më 7 prill 2011, Kuvendi i Kosovës nxori një rezolutë me të cilën mbështeti marrëveshjen e arritur.<sup>10</sup> Kjo rezolutë e Kuvendit mbështete në tërësi marrëveshjen politike. Për më tepër, këtë e bënte duke e parafrazuar tekstin e saj në tërësi. Duhet thënë, megjithatë, se ka një dallim

<sup>10</sup> Rezoluta Nr. 04-R-02, e datës 7 prill 2011, e Kuvendit të Kosovës, me të cilën mbështetet arritja e marrëveshjes politike të 6 prillit 2011. Rezoluta u miratua me 75 vota për, me 2 abstenime dhe me 1 votë kundër.

substancial ndërmjet tyre. Ai ndryshim konsiston në faktin se, në paragrafin e fundit, Rezoluta thotë se mbështetjen e marrëveshjes politike e bën duke u bazuar në tërësi në Kushtetutën e Republikës së Kosovës.

Ky ka qenë sfondi i ngjarjeve dhe vetë konteksti politik kur Kuvendi votoi zonjën Atifete Jahjaga presidente të Kosovës, më 7 prill 2011. Ajo u zgjodh në raundin e parë.<sup>11</sup> Jo shumë pas kësaj, Kuvendi formoi dy komisione, të cilat ishin paraparë me marrëveshjen politike, dhe atë: Komisionin për ndryshime kushtetuese dhe Komisionin për ndryshimet përkatëse të Ligjit për Zgjedhjet e Përgjithshme në Kosovë.<sup>12</sup> Kryetari i Kuvendit, dr. Jakup Krasniqi, të njëjtën ditë, ka tërhequr vërejtjen për jokushtetutshmërinë e komisioneve, duke vënë në pah se ato kishin ekskluzivisht natyrë politike. Dr. Jakup Krasniqi shkoi një hap më tutje, kur tha se, me formimin e tyre, në fakt, po shkelej Kushtetuta e Kosovës. Ky reagim i tij, megjithatë, nuk u miratua nga deputetët kosovarë, të cilët votuan themelimin e dy komisioneve të përmendura.<sup>13</sup>

Komisioni për reformën zgjedhore nuk arriti ndonjë rezultat konkret deri në kohën e shkrimit të këtij punimi (nëntor 2012): ai ndërpreu punën si pasojë e mospajtimeve politike ndërmjet pozitës dhe opozitës.<sup>14</sup> Komisioni tjetër, Komisioni për amendamentimet kushtetuese, arriti të dorëzojë, në mars të këtij viti, një draft të vetin të kryetari i Kuvendit të Kosovës. Siç u cek më herët, sipas nenit 113 (9) të Kushtetutës, kryetari i Kuvendit ka detyrim kushtetues që çdo amendamentim të Kushtetutës t'ia referojë Gjykatës për kontroll kushtetues abstrakt dhe preventiv (paraprak). U mor vesh, kryetari i Kuvendit, si palë e autorizuar pranë Gjykatës, i referon amendamentimet vetëm nëse ato janë bërë sipas nenit 144 (1) të Kushtetutës. Në rastin konkret, kjo nënkupton se ato propozim-amendamente do të duhej të kishin nënshkrimet e më së paku 30 deputetëve të Kuvendit të Kosovës.

---

11 Vendimi i Kuvendit të Republikës së Kosovës, Nr. 04-V-11, i datës 7 prill 2011, për zgjedhjen e Presidentit të Republikës së Kosovës.

12 Vendimi i Kuvendit të Republikës së Kosovës, Nr. 04-V-12, i datës 22 prill 2011, për formimin e Komisionit për amendamentimin e Kushtetutës së Republikës së Kosovës, dhe vendimi i Kuvendit të Republikës së Kosovës, Nr. 04-V-13, i datës 22 prill 2011, për formimin e Komisionit për amendamentimin e Ligjit për Zgjedhjet e Përgjithshme në Republikën e Kosovës.

13 Dr. Jakup Krasniqi, "Për mandatin e presidentes të flasin Thaçi, Mustafa e Pacolli, gazeta e përditshme "Epoka e re", e hënë, 9 korrik 2012, fq. 4-5 (intervistë).

14 Komisioni për reformën zgjedhore, siç u njoh në publik, u kryesua nga dr. Haki Demolli i LDK-së. Puna e tij u ndërpre në fund të gushtit 2012, "sepse nuk ekzistoi vullneti në anën e nënshkruesve të marrëveshjes politike për implementimin e saj dhe të Rezolutës së Kuvendit me të cilën u përkrah marrëveshja politike për mbajtjen e zgjedhjeve të parakohshme presidenciale, siç parashihej me dy këto dokumente". Deklaratë e dr. Haki Demollit, kryetar i Komisionit, dhënë autorit të këtyre rreshtave, më 24 nëntor 2012.

Kontrolli që ushtron Gjykata, është kontroll kushtetues abstrakt dhe preventiv (paraprak). Ai konsiston në vlerësimin nëse ndonjë amendament i propozuar zvogëlon të drejtat dhe liritë e garantuara me Kapitullin II të Kushtetutës së Kosovës. Dispozita e nenit 113 (9) të Kushtetutës paraqet versionin kosovar të asaj që, në teorinë dhe në praktikën kushtetuese komparative, identifikohet me emra të ndryshëm, siç janë: “klauzola e përjetësisë” (“eternity clause”), “dispozitat kushtetuese që nuk mund të ndryshohen” (“unamendable constitutional provisions”), “amendamentet kushtetuese jokushtetuese” (“unconstitutional constitutional amendments”), “dispozitat e rrënjosura në mënyrë absolute” (“absolutely entrenched provisions”), etj. Këto çështje do të diskutohen sërish më vonë, në pjesën e fundit të këtij punimi. Këtu mjafton të thuhet se, si të tilla, këto dispozita e parime kushtetuese gjenden në mjaft kushtetuta të botës, kurse origjinën e kanë në teorinë e në praktikën gjermane. Vetë koncepti i tyre ka dalë nga mendja e Karl Shmitit, në një analizë të tij për legalitetin dhe për legjitimitetin e Kushtetutës së Vajmarit. Teoria e praktika gjermane, pas Luftës së Dytë Botërore, sërish me sugjerimin e tij, pranoi futjen e këtij koncepti në Ligjin Themelor të Gjermanisë (1949).<sup>15</sup>

Po të mos ekzistonte kjo dispozitë e nenit 113.9 në Kushtetutën e Kosovës, e cila mundëson kontrollin abstrakt dhe preventiv (paraprak) të çdo amendamenti kushtetues para se të shkojë për miratim në Kuvend, diçka që nuk njihet në shume vende të botës,<sup>16</sup> sigurisht që nuk do të ekzistonte as diskursi

15 Këtu bëhet fjalë për nenin 79.3 të Ligjit Themelor të Republikës Federale të Gjermanisë. Kjo dispozitë e Ligjit Themelor të Republikës Federale të Gjermanisë parasheh si vijon: “(Amendamenti i Ligjit Themelor): (1) Ky Ligj Themelor mund të amendamentohet vetëm me një ligj i cili në mënyrë shprehimore amendamenton ose plotëson tekstin e tij. Në rastet e traktatit ndërkombëtar mbi paqen, përgatitjen e paqes, përfundimin gradual të një regjimi okupues, apo kur skicohet promovim i mbrojtjes së Republikës Federale të Gjermanisë, do të jetë e mjaftueshme nëse thuhet se dispozitat e këtij Ligji Themelor nuk përjashtojnë lidhjen dhe hyrjen në fuqi të një traktati të tillë ndërkombëtar dhe nëse ky sqarim futet në tekstin e ligjit të ri që amendamenton këtë Ligj Themelor; (2) Çdo ligj i tillë miratohet me dy të tretat e anëtarëve të Bundestagut dhe dy të tretat e votave të Bundesratit; (3) Nuk lejohen amendamentet e Ligjit Themelor që prekin ndarjen e Federatës në lande, pjesëmarrjen e landeve në procesin legjislativ, si dhe ato që kanë të bëjnë me parimet e cekura në nenet 1 dhe 20”.

Përveç Gjermanisë, dispozita të tilla ka gjithandej në Evropë (Norvegjia, Italia, Franca, Turqia), në Afrikë (Afrika e Jugut, Maroku), në Azi (India), në Amerikë Latine (Kili), etj.

16 Kontrolli preventiv, si në rastin e Kosovës, është i rrallë dhe ekziston vetëm në disa vende, siç janë Azerbajxhani, Kirgizia, Moldavia, Turqia dhe Ukraina. Cf. analizën komparative të Komisionit të Venedikut: Report on Constitutional Amendment, Adopted by The Venice Commission at Its Plenary Session (Venice, 11-12 December 2009). Në internet mund të gjendet në: [www.venice.coe.int](http://www.venice.coe.int), me këtë shenjë: CDL-AD (2010) 001 Study No. 469/2008, Starsbourg, 19 January 2010. Për aspektet teorike të kontrollit preventiv të amendamenteve kushtetuese, Cf. Kemal Gözler, *Judicial review of Constitutional Amendments. A Comparative Study* (EKIN PRESS: Bursa, 2008); Gary Jeffrey Jacobsohn, “An unconstitutional constitution? A comparative perspective”. *Int’l J Con Law*, Vol. 4 no. 3 (Jul 2006).

aktual kosovar që synon të mohojë vlerën dhe fuqinë juridiko-kushtetuese të vendimit të sipërcekur të Gjykatës Kushtetuese. Ky vendim, siç u tha, gabimisht cilësohet si “vendimi i Kushtetueses mbi Presidenten”, apo “vendimi që i dha presidentes Atifete Jahjaga mandatin e plotë pesëvjeçar”.<sup>17</sup> Në pjesën e fundit të shkrimit, do t'i bëjmë një analizë të plotë këtij diskursi të mbyllur dhe joprofesional deri në fund, kundrejt gjendjes aktuale të teorisë dhe të praktikës kushtetuese në vendet e përparuara të botës perëndimore. Tani mjafton të tregojmë, në vija të trasha, se cila është forma dhe përmbajtja e tij.

Vendimi në fjalë është vendim meritore dhe, për pasojë, ka formën e aktgjykimit. Si i tillë, ai paraqet përgjigjen meritorë të Gjykatës, në kuadër të juridiksionit të bazuar në nenin 113.9 dhe në nenin 114.3 të Kushtetutës. Ky juridiksion, në rastin konkret që shtjellohet këtu dhe që ka qenë objekt i Aktgjykimit, ka të bëjë me kontrollin kushtetues abstrakt dhe preventiv (paraprak) të 11 (njëmbëdhjetë) propozim-amendamenteve në Kushtetutën e Kosovës. Ato mbajnë autorësinë e një të katërtës (1/4) së deputetëve të Kuvendit, por në të njëjtën kohë reflektojnë synimin e sforcuar për autorësi të njëjtë të Komisionit për ndryshime kushtetuese.<sup>18</sup> Sipas nenit 144 (1) të Kushtetutës, siç u cek më herët, për propozim të amendamentimit kushtetues kërkohet së paku një e katërta (1/4) e numrit të deputetëve, së paku 30 sish. Komisioni kushtetues nuk paraqet palë të autorizuar kushtetuese për propozimin e amendamenteve në Kushtetutën e Kosovës.<sup>19</sup>

Aktgjykimi ka mbi dyzet faqe, me 276 paragrafë, pa llogaritur këtu pjesën e tij operative (dispozitivin). Ky i fundit ka pesë paragrafë përmbajtjesorë. Përkundër këtij vëllimi, në diskursin publik të sforcuar njëanshëm nga LDK-ja, si parti opozitare, dhe nga një pjesë e anëtarëve të Komisionit kushtetues, është goditur dhe është përfolur vetëm dispozita e paragrafit 255 të tij.<sup>20</sup>

17 “Zgjedhjet e parakohshme presidenciale varen nga Jahjaga”, gazeta e përditshme “Koha ditore”, 7 korrik 2012, e shtunë, fq. 1 dhe 3; “Jahjaga: Mirupafshim në zgjedhjet presidenciale të vitit 2016”, gazeta e përditshme “Bota sot”, 7 korrik 2012, e shtunë, fq. 1 dhe 4-5; “Foli Kushtetuesja: Presidentja ka mandat pesëvjeçar”, gazeta e përditshme “Epoka e re”, 7 korrik 2012, e shtunë, fq. 1 dhe 4-5; “Presidente e plotë”, gazeta e përditshme “Express”, 7 korrik 2012, e shtunë, fq. 1 dhe 4-5; “Jahjaga edhe katër vjet presidente”, gazeta e përditshme “Zëri”, 7 korrik 2012, e shtunë, fq. 1-2.

18 Neni 144. 3 i Kushtetutës (Amendamentimi): “Ndryshimet në këtë Kushtetutë mund të miratohen nga Kuvendi vetëm pasi të ketë adresuar Kryetari i Kuvendit të Kosovës amendamentin e propozuar në Gjykatën Kushtetuese për ta vlerësuar paraprakisht nëse ndryshimi i propozuar nuk pakëson ndonjë të drejtë dhe liritë e përcaktuara në Kapitullin II të Kushtetutës”.

19 Neni 144.1 i Kushtetutës (Amendamentimi): “Qeveria, Presidenti ose një e katërta (1/4) e deputetëve të Kuvendit, sipas Rregullores së punës të Kuvendit, mund të propozojnë ndryshime dhe amendamente të kësaj Kushtetute”.

20 Paragrafi 255: “Në rastin e Presidentes aktuale të Republikës, kjo do të thotë që i gjithë populli i Kosovës pret që ajo të jetë Presidentja e tyre gjatë pesë (5) vjetëve të ardhme.



Gjykata vuri në pah, në këtë paragraf, se pritet e qytetarëve të Kosovës nuk janë ato që buronin nga marrëveshja politike me të cilën, *inter alia*, kërkoheshin zgjedhjet e parakohshme, por ato që buronin nga vendimi i Kuvendit për zgjedhjen e presidentes Jahjaga (për pesë vjetët e ardhshme). Gjykata i dha përparësi absolute pritjeve të qytetarëve që burojnë nga një vendim i një trupi kushtetues, Kuvendi i Kosovës, i cili zgjodhi znj. Atifete Jahjaga presidente të Kosovës.<sup>21</sup> Pritjet e tilla të qytetarëve të Kosovës janë transcendentë dhe mbijetojnë konjunkturën momentale politike, të cilat i ka pasur parasysh marrëveshja politike. Pritjet, të cilat i njeh Aktgjykimi, lidhen me rolin dhe me pozitën e presidentit të Kosovës si përfaqësues legjitim i vendit, brenda e jashtë, dhe si garantues i funksionimit demokratik të institucioneve kushtetuese të Kosovës. Kjo është fryma e letra e Kushtetutës. Kontestimi i fuqisë së Aktgjykimit, në këtë pjesë, u bë në mënyrë krejt të thjeshtëzuar, me fjalë e me argumente që aspak nuk kanë të bëjnë me teorinë dhe me praktikën kushtetuese të vendeve perëndimore, të atyre vendeve që Kosova dhe kushtetuta e saj i synojnë pa asnjë dyshim.

Paragrafët 247-271 të Aktgjykimit, që kanë të bëjnë me Presidentin e Republikës, sikundër dhe pjesët e tjera, kanë një arsyetim të gjatë e profesional. Aty shtjellohet roli, pozita dhe rëndësia e shefit të shtetit, si garantues dhe si personifikim i unitetit juridiko-kushtetues dhe shtetëror i tërë shoqërisë kosovare (e kuptuar si shtet sovran dhe i pavarur). Esenca e diskursit kontestues, krejtësisht politik, mëtonte t'i tregonte publikut kosovar se, ndër të tjera, "presidentja Atifete Jahjaga nuk përfaqëson popullin e Kosovës dhe, për pasojë, Gjykata nuk ka mundur ta dijë se kush është përfaqësues politik i popullit të Kosovës".<sup>22</sup> Përveç ndaj këtij paragrafi, në asnjë moment nuk ka

---

Kështu që, shkurtimi i mandatit të saj, siç propozohet me amendamentin dhjetë (10), e privon popullin e Kosovës nga përfaqësuesi i tyre legjitim dhe garantuesi në një kohë më të hershme se që besonin dhe shpresonin".

21 Më 2 tetor 2012, në emisionin "Rubikon" të KTV-së, shefi i LDK-së, z. Isa Mustafa, deklaroi se "të gjithë e kemi ditur kur kemi lidhur marrëveshjen politike se dispozitat e saj janë antikushtetuese, sepse mandati i Presidentit të Kosovës është pesë (5) vjet". Z. Mustafa tha se nuk sheh asgjë të keqe në Aktgjykimin e Gjykatës në këtë drejtim. Ajo që kontestoi z. Mustafa, në këtë paraqitje publike, kishte të bënte me faktin se "Gjykata duhet ta dijë se krejt Kosova e ka pasur të qartë se me marrëveshje politike ne jemi dakorduar që znj. Jahjaga të ketë mandat të përkohshëm dhe jo mandat pesëvjeçar", emisioni "Rubikon", me Adriatik Kelmendin, në programin televiziv të KTV-së (Koha Vizion), 2 tetor 2012 (ora 20:00).

22 Debati në fillim u nis me fjalët e thjeshta e pa asnjë përmbajtje, se "vendimi i Gjykatës nuk është profesional". Ky lloj "diskutimi" ka vazhduar me një intensitet mjaft të madh që nga dita e nxjerrjes së vendimit dhe akoma aty-këtu synon të mbahet "gjallë" nga Komisioni kushtetues. Në publik, dhe në qarqet akademike, nuk ka pasur asnjë debat në përkrahje të një qasjeje të tillë të thjeshtëzuar ndaj vendimit në fjalë. Ndonjë përkrahje aty-këtu ka qenë nga laikët dhe nga publicistika kosovare, pa asnjë vlerë shkencore. Cf. "Kryetari i Komisionit kushtetues, Arsim Bajrami, konteston vendimin e Gjykatës Kushtetuese lidhur me amendamentet për zgjedhjen e presidentit", gazeta e përditshme "Koha ditore", 7 korrik 2012, e shtunë, fq. 1 dhe

pasur kritikë ndaj pjesëve të tjera të Aktgjykimit. Gjykata nuk ka thënë, në asnjë paragraf, e aq më pak në paragrafin 255, se presidentja Jahjaga përfaqëson unitetin politik të popullit. Ky nuk është ndonjë zbulim, meqë dihet botërisht se zonja presidente Atifete Jahjaga asnjëherë nuk ka përfaqësuar ndonjë forcë politike. Edhe po të ishte se ajo përfaqëson një forcë të caktuar politike, nuk është punë e Gjykatës të merret me aspektet e përfaqësimit të unitetit sociologjik dhe politik të popullit nga shefi i shtetit. Kjo do të përbënte një absurd *par excellence* për sistemin presidencial të tipit të SHBA-së, ku shefi i shtetit ka forcë ekzekutive dhe përfaqëson maksimalisht mesataren e qytetarëve amerikanë, e lëre më për demokracinë kushtetuese parlamentare të tipit të Kosovës.

Debati Shmit – Kelsen koncentrohet pikërisht në atë se kush përfaqëson unitetin e popullit, qoftë ai sociologjiko-politik apo juridiko-kushtetues. Ky debat ka qenë i rëndësishëm në kohën ku është prodhuar, po qsa është sot, në Kosovë dhe kudo që mund të bëhet. Derisa Karl Shmit ka parë në shefin e shtetit personifikimin e unitetit sociologjiko-politik të popullit, Hans Kelsen dhe autorët e tjerë të proveniencës, e cila cilësohet si demokraci kushtetuese, nuk kanë pasur asnjë dyshim se nuk mund të ketë institucion të vetëm që të personifikojë një unitet të tillë sociologjiko-politik. Kjo vlen si për praktikën e diktaturave më të ashpra të tipit stalinist apo hitlerian, ashtu dhe për demokracitë më të përparuar me sistem kushtetues presidencial të tipit të SHBA-së.

Shtrohet pyetja tani: pse lindi ky diksurs kontestues ndaj vendimit në fjalë të Gjykatës, i mbyllur në dy-tre vetë, kaq politik e kaq brutal dhe pa fije argumenti profesional?

Sikundër që mund të jetë vërejtur nga shtjellimet e mësipërme, gjeneza e këtij diskursi të vetëmbyllur buron nga dinamikat e brendshme politike në Kosovë, të cilat u krijuan dhe u zhvilluan pas arritjes së marrëveshjes politike të datës 6 prill 2011, si dhe nga vetë kushtet e parapara aty. Mbi bazën e

---

3; “Kuvendi me Rezolutë antikushtetuese”, gazeta e përditshme “Koha ditore”, 8 korrik 2012, e diel, fq. 1 dhe 3; Riza Smaka, “Vendimi ka qenë korrekt”, gazeta e përditshme “Epoka e re”, 9 korrik 2012, e hënë, fq. 7; “LDK ndihet e tradhtuar nga Thaçi, AKR shpreson në vullnetin e presidentes”, gazeta e përditshme “Koha ditore”, 10 korrik 2012, e martë, fq. 2; “Kushtetuesja: I gjithë populli shpreson ta ketë Jahjagën 5 vjet në krye”, gazeta e përditshme “Koha ditore”, 21 korrik 2012, e shtunë, fq. 3; Halil Matoshi, “Popullizmi kushtetues dhe Zarifja”, gazeta e përditshme “Koha ditore”, 25 korrik 2012, e mërkurë, fq. 10; Sokol Bylykbashi, “Kushtetuesja politike”, gazeta e përditshme “Tribuna shqiptare”, 19 gusht 2012, e mërkurë, fq. 13; “Gjykata Kushtetuese dhe Komisioni për ndryshime kushtetuese përplasen për amendamentet që i referohen presidentit”, gazeta e përditshme “Koha ditore”, 29 gusht 2012, e mërkurë, fq. 1 dhe 3; “E godasin Gjykatën”, gazeta e përditshme “Express”, 29 gusht 2012, e mërkurë, fq. 6; “Kuvendi në hall me amendamentet jokushtetuese”, gazeta e përditshme “Koha ditore”, 11 gusht 2012, e shtunë, fq. 1 dhe 3.

atyre kushteve, nuk ka asnjë dyshim, u përpiluan 11 (njëmbëdhjetë) amendamentet e propozuara në Kushtetutën e Kosovës. Këto amendamente kanë qenë objekt i vlerësimit abstrakt dhe preventiv (paraprak) nga ana e Gjykatës Kushtetuese. Se amendamentet e propozuara mishëronin frymën dhe germën e marrëveshjes politike, vërehet jo vetëm nga mënyra e formulimit të amendamentit, me të cilin synohej shkurtimi i mandatit pesëvjeçar të shefit aktual të shtetit kosovar,<sup>23</sup> por edhe nga formulimi i amendamentit tjetër, që synonte kufizime drastike dhe irracionale të kompetencave të ushtruesit të detyrës së Presidentit, në rastet kur kjo pozitë do të ushtrohej nga kryetari i Kuvendit. Edhe këto amendamente, Gjykata i vlerësoi me të drejtë si jokushtetuese, sepse zvogëlonin të drejtat dhe liritë e parapara me Kapitullin II të Kushtetutës.<sup>24</sup>

Në nenin 90.5 (2,3,6) të Kushtetutës, u propozua amendamenti 7 (shtatë), i cili thoshte se ushtruesi i detyrës së Presidentit duhet të jetë i kufizuar në ushtrimin e të gjitha kompetencave dhe të funksioneve të Presidentit, në veçanti ato që kanë të bëjnë me shpalljen e gjendjes së jashtëzakonshme, me emërimin e gjyqtarëve dhe të prokurorëve, si dhe me kompetencën për dhënien e faljeve individuale. Arsye e këtyre kufizimeve të çuditshme, të cilat fare nuk mund të futen në kornizën e teorisë edhe të praktikës së konstitucionalizmit perëndimor, duhet kërkuar, siç e thamë më lart, në dinamikat politike që i kanë pararendur arritjes së marrëveshjes politike. Hartuesit e këtij amendamenti i kanë pasur parasysh faktorët *ad hominem*, përkatësisht vlerësimin të cilin aktorët kryesorë politikë ia kanë bërë punës dhe sjelljes së ushtruesit (dy herë me radhë) të detyrës së presidentit të Kosovës, dr.

23 Ka pasur dy versione të amendamenteve të propozuara: versioni A dhe versioni B. Këtë cilësim të këtyre propozimeve e ka bërë vetë Gjykata, për qëllimet e lehtësimit të punës së saj. Për qëllimet e dhënies së drejtësisë kushtetuese, ndërkaq, këto dy propozime fare nuk kanë rëndësi. Kjo, nga shkakut se Aneksi A flet për “brenda gjashtë muajsh”, kurse versioni B për “pas gjashtë muajsh”, kohë kur amendamenti që shkurtonte mandatin e presidentes aktuale duhej të hynte në fuqi dhe, për pasojë, të organizoheshin zgjedhjet e reja. Versioni i parë përsërit ad litteram urdhrin politik të marrëveshjes së sipërcekur politike. Kjo marrëveshje parashikonte mbajtjen e zgjedhjeve “jo më vonë se gjashtë muaj nga dita e hyrjes në fuqi të ndryshimeve të nevojshme kushtetuese dhe ligjore”. Versioni B, po ashtu, përçonte një urdhrë politik të qartë, i cili ishte kristalizuar ndërkohë nga liderët politikë kosovarë, nënshkruar të marrëveshjes së sipërcekur politike. Tash, me këtë version, sikur tregohet një lloj “mëshire” për mandatin kushtetues (pesëvjeçar) të presidentes kosovare, sepse parashihte zgjedhjet e drejtpërdrejta pas “gjashtë muajsh” nga dita e hyrjes në fuqi të amendamenteve kushtetuese. Esenca e Aktgjykimit qëndron në atë se ai pastroi dilemat e atyre që besonin se mund të përdomin Gjykatën Kushtetuese të Kosovës për “konstitucionalizimin” e një marrëveshjeje politike të krijuar në mënyrë jashtëkushtetuese. Gjykata tha, për të qenë më i qartë, se presidentja aktuale nuk mund të shkarkohet nëpërmjet amendamenteve kushtetuese në asnjë kohë para mbushjes 4 (katër) vjet e 365 (treqindgjashtëdhjetëpesëdhjetë) ditë. Nuk ka rëndësi nëse fjala është “brenda” apo “pas gjashtë muajsh”.

24 Paragrafi operativ III (pikat 3 deri 5) të Aktgjykimit.

Jakup Krasniqi. Ky vlerësim i referohet kohës prej shtatorit të vitit 2010 e deri në prill të vitit 2011, kur z. Krasniqi pat ushtruar detyrën e presidentit të Kosovës. Në këtë kohë, ai pat refuzuar emërimin e një numri të caktuar të gjyqtarëve e të prokurorëve, pat dhënë një numër të madh të faljeve individuale, pat ndarë medalje, mirënjohje e çmime, të cilat qenë kritikuar publikisht mjaft ashpër nga segmente të caktuara të shoqërisë kosovare.<sup>25</sup> E, megjithatë, vlen të thuhet se këto kritika kanë qenë kryekëput politike, sepse nuk ka pasur një procedurë apo një vlerësim ligjor të kryer me kompetencë, ku do të kontestoheshin ligjshmëria apo kushtetutshmëria e punës dhe e sjelljes së ish-ushtruesit të detyrës së Presidentit të Kosovës për këtë periudhë. Gjykata Kushtetuese nuk ka guxuar t'i marrë për bazë argumentet *ad hominem* në procedurën e kontrollit abstrakt dhe preventiv (paraprak) të normës kushtetuese të përmbajtur në propozim-amendamentin 7 (shtatë). Në fakt, Gjykata nuk guxon ta bëjë një gjë të tillë në asnjë procedurë që zhvillohet para saj.

Cilësia themelore e kontrollit abstrakt të normës juridiko-kushtetuese konsiston në atë se aty bëhet vlerësimi i efektit të përgjithshëm dhe hipotetik të normës kundrejt çdo situatë apo rrethane në të cilën dikush mund të ndodhet në të ardhmen. Gjykata, pra, për dallim nga politika, abstrahon se kush ka qenë, kush është, apo kush mund të jetë ushtrues i detyrës së Presidentit të Republikës, dje, sot, dhe në të ardhmen. Ai sërish mund të jetë dr. Jakup Krasniqi. Kjo nuk ndryshon asgjë. Në rastet e kontrollit abstrakt dhe preventiv (paraprak) të normës kushtetuese, kjo bie më shumë në sy. Ky kontroll, siç u theksua, bëhet në raport me Kapitullin II të Kushtetutës, përkatësisht ka për qëllim vlerësimin nëse amendamenti i propozuar zvogëlon të drejtat dhe liritë nga Kapitulli II i Kushtetutës. Edhe Kapitulli II i Kushtetutës, i cili shërben si pikë themelore e referimit me rastin e vlerësimit të kushtetutshmërisë së amendamenteve të propozuara, vlerësohet në mënyrë abstrakte. Kjo do të thotë se Gjykata ka vlerësuar *in abstracto* që çdo kufizim i sotshëm i kompetencave të ushtruesit të detyrës së Presidentit, siç është synuar nga hartuesit e propozim-amendamentit në fjalë, cenon çdo herë dhe ndaj çdokujt të drejtat dhe liritë nga Kapitulli II i Kushtetutës, dhe atë, për sa vijon:

---

25 Cf. Kuvendi i Republikës së Kosovës. Lajmet e fundit: Reagim i Kabinetit të Kryetarit të Kuvendit, 20 shkurt 2012, e hënë, ueb-faqja e Kuvendit të Kosovës: <http://www.kuvendikosoves.org/?cid=1,128,4462> (shikuar më 24 nëntor 2012); "Eliminuan nga lista Driton Muharremin", gazeta e përditshme "Kosova sot", 27 janar 2012, e premte, version elektronik vetëm (<http://www.kosova-sot.info/politike/kosove/eliminuan-nga-lista-driton-muharremin>). Këtu, në këtë shkrim, analizohet raporti kritik i Misionit të OSBE-së në Kosovë, i cili flet për parregullsitë në emërimin e gjyqtarëve dhe të prokurorëve të Kosovës nga u.d. i Presidentit, dr. Jakup Krasniqi).

- në rastin e gjendjes së jashtëzakonshme, potencialisht paralizon shtetin dhe krijon krizë kushtetuese, pra krijohet një ambient ku vihen në rrezik të drejtat dhe liritë e njeriut;<sup>26</sup>
- kur bëhet fjalë për emërimet e për shkarkimet e gjyqtarëve, një kufizim i tillë pengon administrimin e drejtësisë dhe, për pasojë, pakëson të drejtat e liritë e njeriut nga Kapitulli II i Kushtetutës në sensin që qytetarët dhe subjektet e tjera të së drejtës nuk kanë mundësi t'i realizojnë me rrugë gjyqësore të drejtat dhe liritë e tyre;<sup>27</sup>
- për sa i takon faljeve individuale, pengimi i ushtruesit të detyrës së Presidentit për të bërë shpalljen e faljeve individuale të atyre që janë të privuar nga liria, paraqet cenim absolut të të drejtave dhe të lirive njerëzore, sepse qytetarët që kanë të drejtë për një falje të tillë privohen nga ushtrimi dhe nga gëzimi i fryteve të faljes deri sa vendi të zgjedhë presidentin e ri.

Sikundër vërehet nga kjo paraqitje e përciptë, Gjykata nuk ka marrë parasysh asgjë tjetër, përveç analizimit *in abstracto* të normës kushtetuese të propozuar me amendament kundrejt Kapitullit II të Kushtetutës. Në këtë lloj të kontrollit kushtetues shpërfillen në tërësi ngjarjet dhe personat që ndërliken *in concreto* me ushtruesin e detyrës së Presidentit. Kush ka qenë, kush është dhe kush mund të jetë ushtrues detyre i Presidentit, si dhe kush mund të përfitojë, apo të dëmtohet, nga veprimet apo nga aktet e ushtruesit të detyrës së Presidentit, nuk çon peshë fare dhe nuk merret parasysh me rastin e ushtrimit të këtij lloji të juridiksionit kushtetues nga Gjykata. Po ashtu, fuqishëm duhet të vihet në dukje fakti se, me rastin e kontrollit abstrakt dhe preventiv (paraprak) të normës kushtetuese, Gjykata nuk guxon të marrë parasysh *travaux preparatoires* (punimet përgatitore), të cilat kanë çuar në hartimin e propozim-amendamenteve, të cilat janë objekt i kontrollit abstrakt dhe preventiv (paraprak) kushtetues. Si punime përgatitore, në rastin që diskutojmë këtu, kanë qenë bisedimet politike, kryesisht diskrete, ndërmjet liderëve politikë dhe të cilat kanë rezultuar me arritjen e marrëveshjes politike të datës 6 prill 2011. Nuk ka asnjë dyshim se, nga analiza e tekstit të amendamenteve të propozuara dhe nga krahasimi i tyre me tekstin e marrëveshjes, del që hartuesit e amendamenteve kanë synuar “të konstitucionalizojnë”, përkatësisht të kontrabandojnë, një vullnet momental politik të nënshkruesve të marrëveshjes dhe ta shkrijnë atë vullnet në tekstin e ri të Kushtetutës së Kosovës. Kjo formë e ushtrimit të pushtetit konstitutiv, pra e vullnetit të popullit si sovran, nuk ka mund të pranohet nga Gjykata, sepse është tërësisht në kundërshtim me parimet bazë të konstitucionalizmit modern. Në kuadrin e këtyre parimeve bazë, karta për të drejtat dhe për liritë

26 Cf. Paragrafët 158-161 të Aktgjykimit.

27 Cf. Paragrafët 162-167 të Aktgjykimit.

kushtetuese të subjekteve të së drejtës, Kapitulli II i Kushtetutës, paraqet një shtyllë tejet të rëndësishme, e cila mbështet dhe legjitimon ushtrimin e këtij vullneti konstitutiv të popullit, i kuptuar si sovran.<sup>28</sup> Do të ishte lëshim serioz dhe skandal profesional i llojit të vet, sikur Gjykata t'i kishte marrë parasysh *travaux preparatoires*, të cilat kanë rezultuar me arritjen e marrëveshjes politike, pra sikur të kishte "konstitucionalizuar" dispozitat e saj *post festum*. Kjo është kështu, në veçanti, nëse kihet parasysh se, në Kosovë, për dallim nga shumë vende të tjera, nuk ka dallim ndërmjet Kuvendit, si organ ligjvënës, dhe Kuvendit, si organ kushtetutëbërës<sup>29</sup>. Me një fjalë, amendamenti kryhet nga i njëjti kuvend, me dy të tretat e anëtarëve të tij. Në një situatë të tillë, kushtetutëbërësit origjinalë kosovarë kanë vendosur t'i japin Kapitullit II rolin e pikës së referimit për ta matur shkallën dhe formën e konstitucionalizmit kosovar në rastet kur dikush synon të bëjë ndryshimin e tekstit origjinal të Kushtetutës. Në kushtet e globalizimit aktual, me të drejtë është vërejtur në doktrinë se, e drejta ndërkombëtare, në veçanti pjesa e saj që ka të bëjë me të drejtat e njeriut, luan një rol të veçantë në vlerësimin kushtetues të amendamenteve kushtetuese.<sup>30</sup> Kjo është kështu, në veçanti në Evropë,

28 Në disa kushtetuta, ushtrimi i pushtetit konstitutiv ka një formë e procedurë krejt të strukturuar dhe është i ndarë nga procedura e amendamentimit të zakonshëm. Në disa raste kërkohet konvokimi i një asambleje të veçantë kushtetuese për këtë qëllim (Bullgaria), në disa të tjera kërkohet që të bëhet propozim-amendamenti dhe të shpërndahet organi përfaqësues e të krijohet një tjetër, i cili pas leximit tjetër vendos për miratimin ose jo të tyre (vendet skandinave), duke i lënë hapësirë të mjaftueshme debatit publik për amendamentet e propozuara. Përveç këtyre, në praktikë, ka raste kur parashikohen intervale të gjata kohore ndërmjet propozimit të amendamenteve dhe miratimit të tyre në organin përfaqësues (Estonia, Lituania, Mali i Zi, etj.). Cf. Report on Constitutional Amendment, Adopted by the Venice Commission at Its Plenary Session (Venice, 11-12 December 2009); për aspektet teorike të të gjitha modaliteteve të amendamentimit kushtetues, Cf. Carlo Fusaro, "Changing Constitutions", në Dawn Oliver and Carlo Fusaro (eds), *How Constitutions Change. A Comparative Study* (HART PUBLISHING LTD: Oxford and Portland, 2011) fq. 3-6; Dawn Oliver and Carlo Fusaro, "Changing Constitutions: Comparative Analysis". Në Dawn Oliver and Carlo Fusaro (eds), *How Constitutions Change. A Comparative Study*, fq. 381-403; Carlo Fusaro and Dawn Oliver, "Towards a Theory of Constitutional Change". Në Dawn Oliver and Carlo Fusaro (eds), *How Constitutions Change. A Comparative Study*, fq. 404-433.

29 Izraeli është një tjetër vend ku nuk bëhet dallimi në mes të asamblesë konstitutive dhe asaj legjislative. Megjithatë, ekziston një dallim në mes të Kosovës dhe Izraelit në sensin që në Izrael Kneset-i (parlamenti izraelit) e ka të njohur nga tjerët rolin e kujdestarit të vullnetit origjinal të popullit hebre, në vecanti kur është fjala për ruajtjen e demokracisë hebreje. Edhe atje, sidoqoftë, Kneset-i ka fuqi të kufizuar për sa i përket ushtrimit të pushtetit konstitutiv në emër të krejt hebrejëve dhe ndryshimit të vetë natyrës së demokracisë hebreje. Cf. më shumë për këtë tek: Ahron Barak, "Unconstitutional Constitutional Amendments". Në ISRAEL LAË REVIEË Vol. 44 No. 3 (2012); Sharon Èeintal, "The Challenge of Reconciling Constitutional Eternity Clauses Ëith Popular Sovereignty: Toëard Three-Track Democracy in Israel as a Universal Holisitit Constitutional System and Theory". Në ISRAEL LAË REVIEË Vol. 44 No. 3 (2012).

30 Cf. Lech Garlicki and Zofia A. Garlicki, "External Review of Constitutional Amend-

pjesë e së cilës është Kosova, e cila, në nenin 53 të Kushtetutës së saj, pra brenda Kapitullit II, i jep fuqi dhe vend të veçantë Konventës Evropiane për të Drejtat e Njeriut.<sup>31</sup>

Amendamentet kushtetuese, derisa nuk janë votuar, i nënshtrohen kontrollit kushtetues për të parë nëse bien ndesh me tekstin origjinal të Kushtetutës. Në momentin e miratimit të tyre, ato bëhen pjesë e barabartë me pjesët origjinale (fillestare) të tekstit kushtetues. Për këtë arsye, në teorinë dhe në praktikën kushtetuese parashihen kufizime të theksuara procedurale dhe materiale (substanciale) në ushtrimin e fuqisë (pushtetit) konstitutive (krijuese) të popullit, i kuptuar si sovran. Amendamentimi paraqet një ndër këto fuqi (pushtete) krijuese. Kjo çështje sërisht trajtohet në fund të këtij shkrimi. Këtu mjafton të thuhet se Gjykata, me rastin e vlerësimit të kushtetutshmërisë së amendamentit 10 (dhjetë), deri në fund ka pasur parasysh kriteret profesionale të drejtësisë kushtetuese dhe të konstitucionalizmit modern perëndimor. E njëjta vlen edhe për propozim-amendamentin 7 (shtatë). Kjo do të thotë se Gjykata, në asnjë rast, nuk ka çarë kokën për kriteret dhe për kushtet e parapara në tekstin e marrëveshjes politike. Në paragrafët 247-271 të Aktgjykimit, në mënyrë shumë abstrakte flitet për çdo situatë apo për çdo gjendje në të cilën mund të gjendet secili person në cilësinë e Presidentit të Kosovës, sot dhe në të ardhmen, përkatësisht se ai/ajo mund të mënjanohet nga detyra vetëm nëpërmjet mënyrës së paraparë kushtetuese. Gjykata ka treguar, njësoj sikur Gjykata Supreme e Indisë, se “e drejta për amendamentim nuk nënkupton të drejtën për rrënim”.<sup>32</sup> Ky është standardi matës i çdo demokracie kushtetuese. Çdo rrugë tjetër, si kjo që synohej nëpërmjet amendamentit 10 (dhjetë) (neni i ri i propozuar ka qenë neni 162.1), cenon vetë esencën, rolin dhe pozitën e shefit të shtetit në një republikë demokratike parlamentare, pra të një institucioni që personifikon unitetin juridiko-kushtetues të popullit dhe garantuesin e funksionimit demokratik të institucioneve kushtetuese shtetërore.<sup>33</sup> E, shikuar nga këndvështrimi i Kapitullit II,

---

ments? International Law as a Norm of Reference”. Në *Israel Law Review*, Vol. 44, No. 3 (2012).

31 Neni 53 (“Interpretimi i Dispozitave për të Drejtat e Njeriut”): “Të drejtat e njeriut dhe liritë themelore të garantuara më këtë Kushtetutë, interpretohen në harmoni me vendimet gjyqësore të Gjykatës Evropiane për të Drejtat e Njeriut”.

32 *Minerva Mills Ltd. V. Union of India* (A.I.R. 1980, S.C. 1789) fq. 1798. Për komentet e këtij pozicioni, Cf. Gary Jeffrey Jacobson, “An unconstitutional constitution. A comparative perspective?” *Intl'l J Const Law*, Vol. 4, No 3 (Jul 2006) fq. 472-476; Lech Garlicki and Zofia A. Gralicka, “Review of Constitutionality of Constitutional Amendments (An Imperfect Response to Imperfections)”. Në *Jornal of Constitutional Law/Revue De Droit Constitutionnel*, Vo. I, Issue 1 (Istanbul, Turkey: Year 2012) fq. 216-219; Dr. J. N. Pandey, *The Constitutional Law of India*. 47th Edition (CLA: ALLAHABAD, India, 2010) fq. 366-367; 420-421; 770-772.

33 Paragrafi 259 i Aktgjykimit: “Pasi të zgjidhet, Presidenti mban mandatin deri në pesë vjet. Presidentja aktuale mban mandatin në mënyrë legjitime dhe është, në bazë të zgjedhjes

sërisht *in abstracto*, pra pa marrë parasysh se kush është dhe pse është sot shef i shtetit kosovar, kjo mënyrë e synuar për mënjanimin e kreut të shtetit cenon të drejtat zgjedhore (aktive dhe pasive),<sup>34</sup> ndarjen e pushteteve,<sup>35</sup> të drejtën për mbrojtje gjyqësore të të drejtave,<sup>36</sup> barazinë para ligjit,<sup>37</sup> e kështu me radhë. Gjykata, në asnjë rast, nuk ka marrë parasysh kriteret jokushtetuese, njësoj siç është vepruar edhe me rastin e ish-presidentit kosovar, z. Fatmir Sejdiu.<sup>38</sup>

## II. “*Il regne et ne gouverne pas*”

Drejtësia kushtetuese, në kuptimin e gjerë të fjalës, nuk kryhet vetëm nëpërmjet mekanizmit të gjykatës kushtetuese, por edhe me ndihmën e punës së përditshme të institucioneve të tjera kushtetuese. Në kuptimin e ngushtë, ndërkaq, ajo identifikohet me punën e me veprimtarinë profesionale të gjykatës kushtetuese, e cila ka monopolin e mbrojtjes dhe të interpretimit të kushtetutës.<sup>39</sup> Se cili segment i drejtësisë kushtetuese do të dalë në syprinë,

---

së saj Presidente, garantuese e funksionimit demokratik të institucioneve në shtet. Mandati i Presidentit të Kosovës është përzierje e legjitimitetit të zgjedhjes së tij/saj, kohëzgjatjes së mandatit (pesë vjet) dhe kompetencave që i jepen Presidentit me Kushtetutë, jo vetëm kompetencat e dhëna sipas nenit 84 (Kompetencat e Presidentit)”.

34 Paragrafët 260-261.

35 Paragrafët 267-268.

36 Paragrafët 262-264.

37 Paragrafi 265.

38 Presidenti i Kosovës, z. Fatmir Sejdiu, pat dhënë dorëheqje më 27 shtator 2010. Që atëherë, ai ka folur publikisht për ekzistimin e një marrëveshjeje politike ndërmjet tij dhe faktorëve ndërkombëtarë në mbështetje të “ngjirjes” së pozitës së tij si kryetar i partisë. Ai ka pohuar se, përveç kësaj, kjo marrëveshje e pohuar ka shërbyer si bazë për travaux preparatoires, pra si shtyllë për draftimin dhe formën aktuale të nenit 84 të Kushtetutës. Cf. Enver Robelli, “Doli prej zarfit, tash nuk del prej zyrës!”, gazeta e përditshme “Koha ditore”, 10 korrik 2012, e martë, fq. 10. Në këtë artikull, autori përmend bindjen e fortë të ish-presidentit Fatmir Sejdiu për ekzistimin e marrëveshjes së lartcekur “gojore” ndërmjet tij dhe faktorëve kryesorë ndërkombëtarë.

39 Në teori nganjëherë bëhet dallim ndërmjet mbrojtjes dhe interpretimit të kushtetutës. Cf. Luis Lopez Guerra, “The Role and Competences of the Constitutional Court”. Në The European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission), The role of the constitutional court in the consolidation of the rule of law. UniDem Seminar, Bucharest on 8-10 June 1994 (Council of Europe Press: Strasbourg, 1994) fq. 20-23.

Edhe Kushtetuta e Kosovës e bën dallimin ndërmjet mbrojtjes dhe interpretimit të kushtetutës. Për mbrojtjen flitet në kontekstin e formës së regjimit kosovar, kurse për interpretimin në kuadër të dispozitave për Gjykatën Kushtetuese dhe për juridiksionin primar të saj. Kështu, në nenin 4. 6 (Forma e Qeverisjes dhe Ndarja e Pushtetit) thuhet: “Gjykata Kushtetuese është organ i pavarur i mbrojtjes së kushtetutshmërisë dhe bën interpretimin përfundimtar të Kushtetutës”, kurse në nenin 112.1 (Gjykata Kushtetuese – Parimet e Përgjithshme): “Gjykata



varet nga një sërë faktorësh, siç janë kultura kushtetuese e politike, por edhe nga rrethanat e tjera objektive socio-ekonomike e politike. Ajo që njihet si konstitucionalizëm, ideologji kjo moderne e kushtetutës, në esencë i referohet konceptit të gjerë të drejtësisë kushtetuese dhe është cilësi themelore e demokracive kushtetuese me traditë të gjatë e stabile.<sup>40</sup> Edhe vendet e tjera, kryesisht vendet në transicion, ku hyn Kosova dhe vendet e tjera ish-komuniste, synojnë këtë identifikim të drejtësisë kushtetuese në kuptim të gjerë, me tërë gamën e gjerë të infrastrukturës institucionale e formalo-juridike, e cila mbështet punën e gjykatës kushtetuese si institucion i specializuar për dhënien e drejtësisë kushtetuese në kuptim të ngushtë.

Një identifikim i tillë gjithëpërfshirës nuk ka qenë gjithherë i mundur: vendet ish-komuniste, përfshirë Kosovën, është dashur të mbështeten për një kohë të gjatë ekskluzivisht në gardianin dhe interpretuesin e vetëm të kushtetutës – në gjykatën kushtetuese. Infrastruktura tjetër dhe strukturat e tjera kushtetuese e shtetërore kosovare, njëjtë si në ish-botën komuniste, mbeten mjaft të dobëta për t'u mbështetur kryesisht vetëm në to.<sup>41</sup>

Drejtësia kushtetuese kosovare, e kuptuar kësajsoj, jo vetëm që e ndikon pu-

---

Kushtetuese është autoriteti përfundimtar në Republikën e Kosovës për interpretimin e Kushtetutës dhe përputhshmërisë së ligjeve me Kushtetutën".

40 Cf. Carlo Fusaro and Dawn Oliver, "Changing Constitutions". Në Dawn Oliver and Carlo Fusaro (eds), *How Constitutions Changes. A Comparative Study*, fq.3-5; Dawn Oliver and Carlo Fusaro, "Changing Constitutions: Comparative Analysis". Në *How Constitutions Changes. A Comparative Study*, fq. 381-403; Carlo Fusaro and Dawn Oliver, "Towards a Theory of Constitutional Change". Në *How Constitutions Changes. A Comparative Study*, fq. 405-433.

41 Për një analizë të shkëlqyer të përvojave të të gjitha vendeve ish-komuniste, si dhe për rolin dhe për pozitën e gjykatave kushtetuese gjatë transicionit, përfshirë këtu krashimin e tyre me vendet e përparuara perëndimore, shih më shumë në: Herman Schwartz, *The Struggle for Constitutional Justice in Post-Communist Europe* (The University of Chicago Press: Chicago, 2000) fq. 1-21 dhe 226-248; Levent Gonenc, *Prospects for Constitutionalism in Post-Communist Countries* (Kluwer Law International: The Hague, 2002), në veçanti kapitulli 1 ("Conceptual Framework") dhe kapitulli 3 ("Constitution-Making"), fq. 3-25 dhe 103-208; Jean – Pierre Massias, *Droit constitutionnel des Etats d'Europe de l' Est* (2e edition) (Presses Universitaire de France: Paris, 2008), fq. 13-63.

Ka pasur autorë, megjithatë, të cilët kanë qenë kundër kësaj mbështetje ekskluzivisht vetëm në gjykatën kushtetuese. Sipas tyre, një mbështetje e tillë ekskluzivisht në gjykatën kushtetuese i paralizon organet tjera, i delegjtimon dhe i defaktorizon të njëjtat dhe e rëndon dukshëm punën e funksionimit të tërë sistemit kushtetues. Cf. Wojciech Sadurski, "Postcommunist Constitutional Courts in Search of Political Legitimacy". Në *WORKING PAPER OF THE LAW DEPARTMENT OF THE EUROPEAN UNIVERSITY INSTITUTE* (Series/Report No. 11/2001, EUI LAW); Wojciech Sadurski, "Constitutional Review After Communism: Legitimacy and Reasons". Në Wojciech Sadurski (ed), *Constitutional Justice, East and West: Democratic Legitimacy and Constitutional Courts in Post-Communist Europe I a Comparative Perspective* (Kluwer Law International: The Hague, 2012).

nën aktuale të Kushtetutës, si një kuadër për qeverisje dhe si një kartë e të drejtave e lirive njerëzore, por edhe e inspiron atë. Nga kjo prizëm vërehet qartë ndërveprimi ndërmjet drejtësisë kushtetuese dhe kontekstit institucional, kulturor e politik në të cilin vihet në jetë drejtësia kushtetuese. Drejtësia kushtetuese kosovare, njëjtë si ajo e vendeve ish-komuniste gjatë tranzicionit, pa dyshim se është konceptuar si një garantuese e demokracisë kushtetuese, e vlerave, e parimeve dhe e normave të saj. Njohja dhe pranimi i epërsisë së qartë të demokracisë kushtetuese, karshi formave të tjera, paraqet një *condictio sine qua non* të drejtësisë kushtetuese. Kjo demokraci legjitimohet dhe arsyetohet vetëm nëpërmjet termave e koncepteve të asaj që njihet si ideologji e konstitucionalizmit modern perëndimor (antimazhoranca, balansi dhe ndarja e pushteteve, të drejtat e njeriut dhe sundimi i ligjit dhe të ngjashme). Vetëm në këtë kuadër të gjerë konceptual mund të kuptohet dhe të shpjegohet drejtësia kushtetuese, si një prej teknikave specifike për dhënie të drejtësisë. Misioni i saj primar konsiston në ngritjen e sundimit të ligjit në një shkallë më të lartë, si dhe në përsosjen dhe në zhvillimin permanent të pikëpamjeve e të praktikave të shekullit XIX për sundimin e ligjit dhe pajtimin e tyre me konstitucionalizmin modern perëndimor. Në këtë drejtim, Kosova nuk dallon aspak nga vendet ish-komuniste: Kushtetuta e Kosovës, dispozitat dhe fryma e saj, në tërësi modelohet sipas mësimave e përvojave të vendeve më të përparuara të botës perëndimore.

Në kohën pas rrënimit të monarkive absolute, të shkaktuara nga Revolucioni Borgjez Francez i vitit 1789, e deri me sot, konstitucionalizmi dhe drejtësia kushtetuese, si komponentë e tij, kanë konsistuar në menaxhimin nëpërmjet rrugëve institucionale e formalo-kushtetuese të formave të ushtrimit të vullnetit të pakontrolluar të popullit, si sovran i ri në skenën politike evropiane të kohës. Dihet mirëfilli se i tërë shekulli XIX ka qenë në shenjë të kontrollit institucional dhe kushtetues të monarkive evropiane dhe synimit për të garantuar stabilitetin e tyre institucional e politik. Teoria për të ashtuquajturat kushtetuta të ngurta, i ka shërbyer këtyre qëllimeve e synimeve për stabilitet institucional e politik. Për t'i shërbyer qëllimeve e synimeve të tilla, ajo u formulua sa pari nga *Lord Bryce*.<sup>42</sup> Si praktikë, megjithatë, ajo është më e hershme dhe daton që nga shekulli XVIII. Koncepti për kushtetutat rigjide nuk është vetëm një çështje *ex cathedra* e diskurseve demagogjike dhe shterpe. Ky koncept nuk është vetëm punë procedure në sensin e ekzistimit të disa pengesave, të cilat pamundësojnë ndryshimin e lehtë dhe të shpejtë të tekstit kushtetues. Disiplina e njohur si amendamentimi kushtetues, sado e një rëndësie tepër të madhe, megjithatë nuk mund ta zbulojë tërë thelbin e ndodhive dhe mënyrën e formimit të sistemit politik fillestar sipas kushtetutës në fuqi, e cila cilësohet si rigjide. Për të kuptuar thelbin e këtyre ndodhive dhe thelbin e mënyrës së

42 James Bryce, *Studies in History and Jurisprudence*. (The Clarendon Press: Oxford, 1901), në veçanti "Essay III: Flexible and Rigid Constitutions", fq. 145-254.

formimit të sistemit politik origjinal (fillestar) në të kaluarën, asnjëherë nuk duhet harruar vlerat substanciale (materiale), pra jo vlerat procedurale, të cilat garantojnë rigjeditetin e kushtetutës së caktuar. Kjo vlen për Kosovën, po aq sa vlen edhe për pjesën dërrmuese të demokracive kushtetuese bashkëkohore. Këto vlera substanciale gjenden nëpër dispozitat materiale kushtetuese dhe njihen, siç u pa më herët, me lloj-lloj emrash e shprehjesh. Këto vlera nuk është e thënë të gjenden shprehimisht nëpër tekstin kushtetues ekzistues. Ka raste kur ato janë krijuar nga praktika e gjatë e ushtrimit të drejtësisë kushtetuese.<sup>43</sup> Në hulumtimet shkencore të këtij lëmi, ka rezultuar se vetë epërsia e kushtetutës, kundrejt çdo norme tjetër, nënkupton ekzistimin e kontrollit gjyqësor, sikundër që vetë të qenurit rigjid të një kushtetute fuqizon tej mase kontrollin kushtetues. Pra, ka një korrelacion pozitiv ndërmjet ekzistimit të një teksti të shkruar kushtetues dhe rigjeditetit të saj të theksuar dhe të një kontrolli të fuqishëm gjyqësor të kushtetutshmërisë.<sup>44</sup>

Në tekstet kushtetuese, apo të krijuara nga praktika e gjyqeve kushtetuese, esenca e vlerave substanciale si më sipër konsiston në atë se vetëm nëpërmjet analizës dhe studimit të tyre mund të kuptohet përfundimisht historiku dhe zhvillimi i sistemit politik origjinal (fillestar), i ndërtuar sipas procedurave të kushtetutës rigjide. Këto dispozita kushtetuese materiale, të cilat ngërthenjë këto vlera dhe parime të (pa) ndryshueshme, paraqesin një lloj “kodi gjenetik” të secilës kushtetute.<sup>45</sup> Kosova, në këtë drejtim, nuk bën përjashtim: Kapitulli II i Kushtetutës për të drejtat dhe liritë e njeriut është “kodi gjenetik” i saj, vija e kuqe, ndryshimi eventual i të cilit do ta shkatërronte formën dhe përmbajtjen e sistemit aktual politik kosovar, të formësuar këtyre viteve mbi bazën e tekstit (rigjid) origjinal (fillestar) kushtetues, të datës 15 qershor 2008.<sup>46</sup> Kjo do të thotë se amendamenti i Kushtetutës së Kosovës

43 Të tilla janë rastet e Indisë, të Gjermanisë, të Kanadasë, etj. Cf. Dr. sc. Jasna Omejec, “Kontrola ustavnosti ustavnih normi (ustavnih amandmanai ustavnih zakona)”. (Control of Constitutionality of Constitutional Norms (Constitutional Amendments and Constitutional Laws)). Godišnjak Akademije pravni znanosti Hrvatske, Vol. 1, No. 1, Prosinac 2010, fq. 1-28.

44 Arend Lijphart, *Patterns of Democracy. Government forms and Performance in Thirty-Six Countries* (Yale University Press: New Haven and London, 1999) fq. 217-230.

45 Kjo shprehje për herë të parë është përdorur nga Carlo Fusaro dhe Dawn Oliver në “Towards a Theory of Constitutional Change”, fq. 428.

46 Kosova ka shpallur Deklaratën e Pavarësisë më 17 shkurt 2008. Më pas, Kuvendi i Kosovës, bazuar në këtë deklaratë, më 9 prill 2008 ka miratuar Kushtetutën e Republikës së Kosovës, e cila ka hyrë në fuqi më 15 qershor të të njëjtit vit. Këto akte janë ndërmarrë nga përfaqësuesit e popullit të Kosovës, jo nga strukturat e pushtetit të krijuara në Kosovë pas qershorit të vitit 1999, mbi bazën e Rezolutës 1244 të Këshillit të Sigurimit të OKB-së, të datës 10 qershor 1999.

Nga Gjykata Ndërkombëtare e Drejtësisë (GJND), kjo shpallje është vlerësuar si akt i ushtrimit të pushtetit konstitutiv (“pouvoir constiuant”), jo atij legjislativ (“pouvoir constitue”), i cili

has në vështirësi, të cilat nuk lidhen vetëm me procedurën e vështirë për amendamentimin e saj<sup>47</sup>, por, mbi të gjitha dhe kryesisht, me vështirësitë që i referohen parimeve dhe vlerave substanciale kushtetuese të Kapitullit II të Kushtetutës dhe të dispozitave të tjera materiale.<sup>48</sup>

T'i kthehemi sërish çështjes së origjinës së praktikës së implementimit të

---

ka funksionuar në Kosovë mbi bazën e Rezolutës 1244 të Këshillit të Sigurimit të OKB-së, të datës 10 qershor 1999. Cf. Paragrafët 102-109, 118 dhe 121 të Vendimit Konsultativ të GJND-së, të datës 22 korrik 2008. International Court of Justice (ICJ). Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in respect of Kosovo. Advisory Opinion. 22 July 2010.

Për komentet e këtij vendimi, në literaturë, Cf. James Summers (ed.), *Kosovo: A Precedent? The Declaration of Independence, the Advisory Opinion and Implications for Statehood, Self-Determination and Minority Rights* (Martinus Nijhoff Publishers: The Hague, 2011); Michael Bothe, "Kosovo – So What? The Holding of the International Court of Justice Is Not the Last Word on Kosovo's Independence". *German Law Journal*, Vol. 11, No. (2010); Robert Howse & Ruti Teitel, "Delphic Dictum: How Has the ICJ Contributed to the Global Rule of Law by its Ruling on Kosovo?" *German Law Journal*, Vol. 11, No. 08 (2010); Björn Arp, "The ICJ Advisory Opinion on the Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo and the International Protection of Minorities". *German Law Journal*, Vol. 11, No. 08 (2010); Robert Muharremi, "A Note on the ICJ Advisory Opinion on Kosovo". *German Law Journal*, Vol. 11, No. 08 (2010); Thomas Burri, "The Kosovo Opinion and Secession: The Sounds of Silence and Missing Links". *German Law Journal*, Vol. 11, No. 08 (2010); James E. Moliterno, "What the ICJ's Decision Means for Kosovars". *German Law Journal*, Vol. 11, No. 08 (2010); Elena Cirkovic, "An Analysis of the ICJ Advisory Opinion on Kosovo's Unilateral Declaration of Independence". *German Law Journal*, Vol. 11, No. 08 (2010); Hanna Jamar & Mary Katherine Vigness, "Applying Kosovo: Looking to Russia, China, Spain and Beyond After the International Court of Justice Opinion on Unilateral Declarations of Independence". *German Law Journal*, Vol. 11, No. 08 (2010); Toma Galli, "Kratka analiza Savjetodavnog misljenja Medjunarodnog suda o proglasenju neovisnosti Kosova s medunarodnim pravom". *Zbornik Pravnog Fakulteta u Zagrebu*, Vol. 61, No. 6 (prosinac 2011).

47 Neni 144, paragrafi 2 (Amendamenti): "Çdo ndryshim do të kërkojë miratimin e dy të tretave (2/3) të të gjithë deputetëve të Kuvendit, përfshirë dy të tretat (2/3) e të gjithë deputetëve të Kuvendit që mbajnë vende të rezervuara ose të garantuara për përfaqësuesit e komuniteteve që nuk janë shumicë në Republikën e Kosovës".

48 Në Aktgjykimin për Presidenten, siç po quhet në praktikë, Gjykata ka bërë me dije shumë qartë se Kapitulli II i Kushtetutës nuk mund të shikohet në mënyrë të izoluar nga Kapitulli III në vijim, i cili mbron të drejtat dhe liritë e bashkësive joshumicë në Kosovë. Për më tepër, Gjykata ka vënë në dukje se nuk janë vetëm këta dy kapituj që merren parasysh nga ajo me rastin e vlerësimit të kushtetutshmërisë së amendamenteve kushtetuese, por edhe parimet e vlerat e tjera të sanksionuara me Kushtetutë. Cf. Paragrafët 61-68 të Aktgjykimit.

Kjo qasje e Gjykatës Kushtetuese të Kosovës është në vijë të njëjtë me teorinë dhe me praktikën e Gjykatës Gjermane, e cila e sheh Ligjin Themelor të RF të Gjermanisë si një tërësi organike, një unitet strukturor të vlerave dhe të parimeve kushtetuese. Për komentet, Cf. Donald P. Kommers, "German Constitutionalism: A Prolegomenon". *Emory Law Journal*, Vol. 40, Issue 1 (Summer, 1991); Donald P. Kommers, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. Second Edition (Duke University Press: Durham and London, 1997) fq. 3-60.

kushtetutave rigjide, si dhe vetë arsyeve për një praktikë të tillë, rolit dhe rëndësisë së drejtësisë kushtetuese në kuptim të gjerë, si dhe lindjes së drejtësisë kushtetuese në kuptim të ngushtë.

Siç e thamë më parë, praktika e kushtetutës rigjide u nis në fund të shekullit XVIII. Pas revolucioneve të mëdha të fundit të atij shekulli, në dy anët e Atlantikut, lindi një pikëpamje e re për konstitucionalizmin. Demokracia radikale ose absolute, si një prodhim i dogmës revolucionare të revolucioneve amerikane (1776) dhe franceze (1789), u zëvendësua nga demokracia kushtetuese: koncepti i një kushtetute rigjide, e cila mund të ndryshohej me një vështirësi të jashtëzakonshme, u fut në përdorim nga njerëzit e mençur të kohës. Ndërkohë që miratimi i dy teksteve kushtetuese në dy anët e Atlantikut u bë nëpërmjet shumicës së thjeshtë në konventën kushtetuese (SHBA), përkatësisht në asamblenë kushtetuese (Franca), ndryshimit të tyre në të ardhmen iu vunë pengesa të paimagjinueshme deri atëherë. Kjo rezultoi në atë që literatura me të drejtë e quajti “paradoksi i konstitucionalizmit”, në sensin që shumica e thjeshtë e një brezi ia lidh duart shumicës absolute të së ardhmes.<sup>49</sup> Për herë të parë u bë zgjedhja ndërmjet demokracisë radikale dhe asaj kushtetuese. Nga kjo kohë e tutje, asnjë kushtetutë nuk mund t’i shmangej këtij opsioni. Vlerat kushtetuese, të cilat një brez i sanksionoi më një shumicë të thjeshtë, bëhen transcendentë në kuptim të mbijetimit të brezave. Ky mbijetim bëhet nëpërmjet futjes nga “brezi i shumicës së thjeshtë” të dispozitave për “shumicën e kualifikuar në mënyrë specifike”, me të vetmin qëllim: pengimin e ndryshimeve kushtetuese që cenojnë (prekin) vlera sublime transcendentë të krijuara nga “brezi i parë i shumicës së thjeshtë”.<sup>50</sup> Në thelb, kjo qasje ka mbetur cilësia dalluese e demokracisë kushtetuese, e demokracisë

49 Për analizë të gjatë e të detajuar të këtij paradoksi dhe për praktikatat moderne në përgjigje të këtij paradoksi, Cf. Martin Loughlin and Neil Walker (eds.), *The Paradox of Constitutionalism: Constituent Power and Constitutional Form* (Oxford University Press: Oxford, 2007).

Kjo temë ka nxitur kureshtjen edhe të filozofëve dhe të studiuesve nga lëmenjtë e tjerë. Për elaborimet dhe për arsyetimet teorike-filozofike të këtij paradoksi, Cf. debatet ndërmjet filozofëve dhe studiuesve në Norman Dorsen, Michel Rosenfeld, Andras Sajo dhe Susanne Baer (eds.), *Comparative Constitutionalism. Cases and Materials* (West Group: USA, 2003) fq. 66-98.

50 Cf. Andras Sajo, *Limiting Government. An Introduction to Constitutionalism* (CEU Press: Budapest, 1999) fq. 17-24 dhe 136-40. Për kritikë të ashpër të këtij koncepti të konstitucionalizmit modern nga K. Shmit, Cf. Carl Schmitt, *Legality and Legitimacy* (Duke University Press: Durham and London, 2004) fq. 39-58. Në këtë shtjellim të gjatë, K. Shmit e quan kapitullin e dytë të Kushtetutës së Vajmarit, e cila sanksiononte të drejtat e njeriut dhe ndryshimin e tyre me shumicë të kualifikuar, si “një kushtetutë të dytë brenda kushtetutës ekzistuese vajmariane”. Ai, në fakt, kapitullin vajmarijan që përmbante dispozitat materiale për të drejtat e njeriut, e cilësonte si një antikushtetutë, sepse shumica e kualifikuar e dy të tretave kërkohej për ndryshimin e tyre. Sipas tij, kjo shumicë e kualifikuar kësisoj, në esencë paraqiste mohim të parimit themelor të demokracisë, e kuptuar sipas tij si sundim i shumicës.

jordikale dhe jopopuliste, në të cilën procedurat përkatëse sanksionojnë një përmbajtje liberale që respekton dinjitetin, të drejtat dhe liritë e secilit, pa marrë parasysh numrin dhe karakteristikat e tjera të subjektit të së drejtës.<sup>51</sup> Demokracia kushtetuese mbron shoqërinë nga ajo që John Stjuart Mill e ka cilësuar si “tiranja e shumicës”, përkatësisht nga rreziqet e “sundimit demokratik” (Ronald Dworkin).<sup>52</sup>

Demokracia radikale/populiste, ndërkaq, është ajo formë e sistemit politik ku sovraniteti qëndron në popull, i cili supozohet se flet dhe vepron nëpërmjet një asambleje të gjithëpushtetshme. Ekzekutivi dhe organet e tjera politike sillen si satelitë të këtij trupi përfaqësues. Ky trup ka monopol për tërë aktivitetin vendimmarrës. Këto praktika radikale, siç na mëson historia, kanë degjeneruar në forma kaotike të *gouvernement d' assemblée* (rasti i Francës, pas vitit 1789),<sup>53</sup> apo në hegjemoninë e një force politike, e cila ka sunduar prapa perdeve të skenës parlamentare. Rasti i dytë ishte karakteristikë e vendeve diktatoriale dhe jodemokratike, ku është ruajtur forma “parlamentare” e qeverisjes sa për sy e faqe. Çdo gjë ka filluar me Leninin dhe me doktrinën e tij për “parlamentin, si një trup punues”<sup>54</sup>. Më vonë, degjenerimet e tilla kanë qenë gati rutinë në shumicën e vendeve nga e ashtuquajtura Bota e Tretë (Amerika Latine, Azia Juglindore dhe Lindja e Mesme) gjatë kohës së Luftës së Ftohtë.<sup>55</sup>

---

51 Për demokracisë liberale, të kuptuar si procedurë që ngërthen dhe garanton vlerat substanciale njerëzore, Cf. F. A. Hayek, *The Constitution of Liberty. The Definitive Edition* (The University of Chicago Press: Chicago, 1960, 2011).

52 Jeffrie G. Murphy, “Rationality and Constraints on Democratic Rule”, in J. Ronald Pennock and John W. Chapman (eds.), *Justification. Nomos XXVIII* (New York University Press: New York, 1986) fq. 141-143.

53 M. Perry, M. Chase, J. R. Jacob, M. C. Jacob and Th. H. von Laue (eds.), *Western Civilisation: Ideas, Politics, and Society. 10th Edition* (Wadsworth, Cengage Learning, 2013, 2009) kapitulli 19 (“The French Revolution: the Affirmation of Liberty and Equality”); Louis Favoreu, *Droit constitutionnel. 12e edition* (Daloz: Paris, 2009) fq. 8-12; Lucien Jaume, “Constituent Power in France”. Në Martin Loughlin and Neil Walker (eds.), *The Paradox of Constitutionalism: Constituent Power and Constitutional Form*, fq. 67-85; R. C. van Caenegem, *An Historical Introduction to Western Constitutional Law* (Cambridge University Press: Cambridge, 1995) fq. 174-193.

54 V. I. Lenin, *The State and Revolution* (Penguin Books: London, 1992) fq. 42. Për komente dhe shtjellime teorike të evolimit të idesë dhe praktikës së parlamentarizmit, Cf. Andras Sajo, *Limiting Government. An Introduction to Constitutionalism*, fq. 103-171.

55 Për Amerikën Latine dhe parlamentet e tyre sa për sy dhe faqe ose lilipt, si dhe për kultivimin e sistemeve hiperpresidenciale, Cf. më shumë në Paul W. Darke, *Between Tyranny and Anarchy: A History of Democracy in Latin America, 1800-2006* (Stanford University Press: Sanford, 2009) fq. 34-39; Për një analizë të shkëlqyer komparative të Evropës ish-komuniste dhe të Amerikës Latine, si dhe të rëndësisë së madhe që ka sistemi presidencial në Amerikën Latine, krahasuar me Evropën ish-komuniste, Cf. Valerie Bunce, “Comparing East and South”. Në Larry Diamond and Marc F. Plattner (eds.) *Democracy After Communism* (

Drejtësia kushtetuese, në kuptim të ngushtë, pra jo si pjesë e projektit madhor dhe kompleks të demokracisë kushtetuese dhe veprimt të përditshëm të institucioneve të saj, nuk arriti të dalë në sipërfaqe në Evropë deri me krijimin e republikave demokratike. Ndërkohë që, në SHBA, më 1803, Gjykata Supreme sanksionoi rolin parësor të kontrollit gjyqësor të kushtetutshmërisë së akteve e të veprimeve të organeve të tjera të pushtetit, në Evropë, monarkia kushtetuese nuk linte hapësirë për drejtësi kushtetuese në kuptim të ngushtë: vetë sovrani kishte pushtet ekskluziv dhe kompetencë kushtetuese për moslejimin e kalimit të një akti legjislativ. Ideja e një gjykate kushtetuese nuk eci përpara, derisa monarkia kushtetuese nuk u zëvendësua me republikën. Idesë në fjalë i parapriu një elaborim teorik, i cili theksonte nevojën e ekzistimit të një institucioni të tretë që do të kujdesej për vënien në jetë të parimeve themelore të demokracisë kushtetuese, përkatësisht të drejtësisë kushtetuese në kuptim të gjerë të fjalës. Këtu e kemi fjalën, në rend të parë, për debatin shtjellues teorik Shmit – Kelsen. Siç mund të vërehet, ai debat, por edhe i tërë konteksti i drejtësisë kushtetuese në dy kuptimet e saj, të gjerë dhe të ngushtë, ka të bëjë, në pikat kyç, me themelet e Aktgjykimit të Gjykatës Kushtetuese të Republikës së Kosovës, që kontestohet sot. Jemi deri në fund të bindur se relevanca e këtij shkrimi nuk mund të kufizohet në rastin konkret kosovar. Relevanca në fjalë shtrihet më gjerë, ashtu siç ka qenë vetë debati Shmit – Kelsen, i cili ka shërbyer si udhërrëfyes permanent i formës dhe i përmbajtjes së këtij shkrimi. Ka dhe një arsye tjetër që rreshtat e këtij shkrimi i bën relevant jashtë Kosovës: dilema për rolin dhe pozitën e Presidentit të Republikës së Kosovës është aktualizuar në kuadër të kontrollit abstrakt (jo konkret) dhe preventiv të normës kushtetuese.<sup>56</sup> U mor vesh, Hans Kelsen asnjëherë nuk e ka pasur parasysh “rolin e ligjvënësit negativ” të gjykatës kushtetuese në raport me amendamentet kushtetuese. Ky segment, pra i kontrollit kushtetues të amendamenteve kushtetuese, ka lindur pas Luftës së Dytë Botërore dhe lidhet, siç do të diskutohet më vonë, me teorinë dhe me praktikën gjermane, të bazuar në interpretimet e nenit 79.3 të Ligjit Themelor të Republikës Federale të Gjermanisë.

Preokupim themelor i Hans Kelsenit ka qenë qartësimi i iluzioneve nga e kaluara, të cilat thoshin se shefi i shtetit mund të jetë gardian i kushtetutës. Kelsen u angazhua, përkundrazi, për një garanci gjyqësore dhe më efektive të dispozitave, të parimeve dhe të vetë frymës së kushtetutës. Kjo nuk

---

The John Hopkins University Press: Baltimore and London: 2002) fq. 18-32. Ky autor, në faqet 28-29 të këtij shkrimi, mendon se debati aktual, që ekziston përkitazi me atë se cili sistem i qeverisjes duhet të ketë përparësi në Evropën postkomuniste, duhet të zgjidhet në favor të sistemit presidencial, sepse, sipas tij, ai sistem ofron më shumë efektivitet dhe mundësi praktike për zgjidhjen e problemeve të ish-vendeve komuniste.

56 Ky kontroll abstrakt (jo konkret) dhe preventiv i normës kushtetuese, njihet në publik si “procesi i amendamentimit të Kushtetutës”, i cili ka filluar, siç u tha më herët, si pasojë e vënies në jetë të marrëveshjes politike të 6 prillit 2011.

nënkupton, në asnjë mënyrë, se ai nuk ka qenë për një drejtësi kushtetuese në kuptim të gjerë. Krahas veprimit të përditshëm të institucioneve dhe të organeve të tjera kushtetuese, H. Kelsen i ka dhënë rëndësi edhe formës institucionale të garantimit dhe të mbrojtjes së rendit demokratik kushtetues. Kundërshtari kryesor i kësaj qasjeje, Karl Shmit, besonte se gardiani i kushtetutës duhej kërkuar në vetë dispozitat e Kushtetutës së Vajmarit, që flisnin për presidentin e republikës, për zgjedhjen e tij nga populli dhe për kompetencat ligjvënëse nga neni 48 i Kushtetutës, përkatësisht në riinterpretimin e tyre pozitivist dhe pragmatik. Karl Shmit kishte ardhur deri te ky pozicion nëpërmjet një interpretimi tepër kritik pozitivist të këtyre dispozitave, të cilat, sipas tij, sanksiononin dhe ushqenin një sistem parlamentar jofunksional. Teorinë e tij për gardianin e kushtetutës, pas ardhjes së Hitlerit në pushtet, Shmit e bazon në interpretime të formës konkrete kushtetuese, pra jashtë dispozitave të Kushtetutës së Vajmarit.<sup>57</sup> Kjo, nga shkaku se, sipas tij, teoria në fjalë përgjithësisht nuk mund të zbulohet nga analizimi i normave juridiko-kushtetuese, por vetëm duke u bazuar në vendimin dhe në formën konkrete të një momenti.<sup>58</sup>

Duke kritikuar joefikasitetin e parlamentarizmit gjerman të kohës, Karl Shmit gjeti në shefin e shtetit të vetmin institucion që mund të garantonte unitetin sociologjiko-politik të popullit gjerman. Meqenëse i vetmi ishte presidenti që zgjidhej nga populli, si i tillë, mendonte Shmit, vetëm ai personifikonte vullnetin unik dhe homogjen të tërë popullit gjerman. Këtë nuk mund ta bënte, sipas tij, parlamenti plural, i ndarë dhe i copëzuar nga interesat partiako-politike të aktorëve të ndryshëm të shoqërisë vajmariene. Ai e shihte Kushtetutën e Vajmarit dhe formimin e Gjermanisë vajmariene si rezultat të një vendimi politik, të vetëm dhe unik, të shprehur nga i tërë kombi (populli) gjerman. Vullneti i tillë nuk mund të kishte natyrë plurale, përkatësisht nuk mund të realizohej nëpërmjet institucionit të parlamentit, të ndarë dhe të copëzuar nga interesat

---

57 K. Shmit, me një entuziazëm të pashoq, flet kundër ndarjes së pushteteve, sigurisë juridike, parashikueshmërisë së zbatimit të ligjit, si dhe prodhimeve të tjera të liberalizmit pozitivist, siç i quan ai vetë. Në vend të tyre, K. Shmit angazhohet për udhëheqësin (Fyhrerin), si mishërimi i tri gjërave në të njëjtën kohë: i shtetit, i kombit dhe i lëvizjes. Shteti, sipas këtij mishërimi, nuk është asgjë tjetër veçse një instrument në duart e udhëheqësit (Fyhrerit). Cf. Karl Smit, *Tri vrste pravnonaucnog misljenja* (Biblioteka Parerga: Beograd, 2003) fq. 34-42; 46-54. Titulli në origjinal: Carl Schmitt, *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens* (Hamburg, Hanseatische Verlagsanstalt, 1934).

K. Shmit, me të drejtë është vërejtur në literaturë, tërë diskursin dhe angazhimin e tij e ka drejtuar kundër "rreziqeve të abstraksionit liberalist, formalizmit legal, potestats indirecta dhe shumë shprishjeve të tjera të koncepteve të shkaktuara nga liberalizmi (siç janë, ta zëmë, koncepti i depolitizimit, i largimit të interpretimeve teleologjike dhe historike nga politika, etj.)". Cf. William Hooker, *Carl Schmitt's International Thought. Oder and Orientation* (Cambridge University Press: Cambridge, 2009) fq. 126.

58 Cf. Karl Smit, *Tri vrste pravnonaucnog misljenja*, fq. 16-17.



partiako-politike dhe nga interesat e tjera të aktorëve politikë. Me një parlament të tillë, sipas tij, nuk mbetet askush tjetër përveç presidentit të Rajhut që mund të përfaqësonte vendimin unik dhe të vetëm të tërë kombit (popullit) gjerman. Të shohim tani teknologjinë Shmitiane, sipas së cilës shefi i shtetit bëhet gardian i vetëm i Kushtetutës vajmariane.

Pika nisëse e tij, në këtë qasje për shefin e shtetit si gardian i vetëm i kushtetutës, bazohet në teorinë e Benjamin Konstanit për të ashtuquajturin *pouvoir neutre et intermediaire*. Në shkrimin e tij, “Gardiani i Kushtetutës” (1929), Karl Shmit kritikon ashpër teorinë e kohës që modelohej sipas sistemit amerikan, ku gjykatat e larta ishin mekanizmat primarë për mbrojtjen e kushtetutës. Në fakt, gjysma e parë e këtij shkrimi kritik, të gjatë mbi 50 faqe, i dedikohet kritikës së sistemit gjyqësor si mekanizëm për garantimin e kushtetutës.<sup>59</sup> Në pjesën tjetër, Shmit shpjegon se gardian i kushtetutës mund të jetë vetëm ai organ apo ai institucion që është i furnizuar me kompetenca të veçanta, të cilat ia bëjnë të mundur që të jetë neutral, pra jashtë sistemit të vendosur vajmariant të tri pushteteve të ndara. Këtë pushtet të tretë dhe neutral, ai e sheh te shefi i shtetit, duke u bazuar në teorinë e shekullit XIX të Benjamin Konstanit dhe në mësimet e tij për “*pouvoir neuter et intermediaire*”. Këto autorizime të veçanta dhe neutrale i japin shefit të shtetit mundësinë e ndërmjetësimit në konfliktet e brendshme kushtetuese. Këtu flitet për autorizimet dhe për mundësitë që kanë të bëjnë me pozitën e privilegjuar të shefit të shtetit dhe me pacenueshmërinë e saj, me shpalljen e ligjeve, me të drejtën e faljes, me të drejtën e emërimit të ministrave dhe të zyrtarëve të tjerë shtetëror, si dhe me shpërndarjen e dhomave të zgjedhura të parlamentit. Në “*pouvoir neuter e intermediaire*” futej edhe rrethana se shefi i shtetit shihej si përfaqësues i kontinuitetit permanent të unitetit shtetëror dhe si garantues i vetëm i funksionimit unik të shtetit. Kjo rrethanë e dytë dilte, në fakt, si pasojë e autorizimeve dhe e privilegjeve presidenciale, të cilat e bënin të mundur kontinuitetin juridiko-shtetëror dhe funksionimin e pandërprerë të institucioneve të sistemit. Këto dualizma, sipas Shmitit, mundësonin që shefi i shtetit të udhëheqë (“*regne*”) dhe jo të qeverisë (“*gouverne*”). Kjo e dyta i takonte vetëm qeverisë. Këtu konsiston sintagma që thotë se “*il regne et ne gouverne pas*”.<sup>60</sup>

59 Karl Smit, “Cuvar Ustava”. Në Slobodan Samardzic (ed.), Norma i Odluka. Karl Smit i njegovi kritičari (“Filip Visnjic”: Beograd, 2001) fq. 211-253, në fq. 211-238. Titulli i originalit: Carl Schmitt, “Der huter der verfassung”. Archiv des öffentlichen rechts. Neue Folge 16 Band J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen 1929.

Kritikën e tij për sistemin gjyqësor dhe pamundësinë totale të këtij sistemi për të qenë gardian i kushtetutës, K. Shmit e kishte shtjelluar shumë më herët në librin e tij monumental, me titull “Teoria kushtetuese”. Cf. Carl Schmitt, Constitutional Theory (Duke University Press: Durham and London, 2008) fq. 147-164. Titulli i origjinalit: Carl Schmit, Verfassungslehre (Duncker und Humblot: Munich and Leipzig, 1928).

60 Karl Smit, “Cuvar Ustava”, fq. 241-253.

Në shkrimin e tij polemizues, me titull “Kush duhet të jetë gardian i kushtetutës?” (1931), botuar si reagim ndaj shkrimit të mësipërm, Hans Kelsen sqaron se koncepti i Benjamin Konstanit për “*pouvoir neutre et intermédiaire*” i referohet monarkisë dhe asnjëherë republikës parlamentare të tipit vajmari. Sipas Benjamin Konstanit, sqaron Kelsen, monarku ishte pjesë e ekzekutivit. Në fakt, vazhdon ai më tej, kur Benjamin Konstan ka konstatuar se “monarku është bartës i një pushteti neutral, atëherë ai këtë thënie e ka mbështetur në faktin se ekzekutivi ndahet në dy pushtete të ndryshme: njëri pushteti aktiv, kurse tjetri pushteti pasiv. Vetëm ky i dyti i takon monarkut, sepse vetëm ky është pushtet neutral dhe assesi ana e tij aktive”.<sup>61</sup> Sipas Hans Kelsenit, ky nuk ka qenë dhe nuk mund të ishte rasti me shefin e shtetit në Gjermaninë e Vajmarit, sepse ai ka qenë pjesë aktive e ekzekutivit, si pasojë e kompetencave të mëdha që ka pasur sipas nenit 48 të Kushtetutës.<sup>62</sup> Këto kompetenca, në mënyrë të kulluar, i jepnin atij mundësinë dhe të drejtën për të qeverisur (“*gouverner*”), pra jo për të udhëhequr (“*regener*”) në sensin e elaboruar nga Benjamin Konstani. Kështu, thotë Kelsen, një krahasim i tillë nga Shmiti është i pavend: sikur shefi i shtetit të caktohej për gardian të kushtetutës, atëherë ai do të shndërrohej në një diktator absolut, marrë parasysh kompetencat e njohura nga neni 48 i Kushtetutës (në veçanti kompetencat për ligjvënje në vend të Rajhstagut).<sup>63</sup> Hans Kelsen e quajti manipulim, keqkuptim dhe interpretim për qëllime ditore politike, që mëton të quhet shkencë juridike, interpretimin e dispozitës së nenit 48 të Kushtetutës së Vajmari të bërë nga Karl Shmit.<sup>64</sup>

Vetëm kalimi i kohës e zgjodhi këtë mosmarrëveshje teorike me pasoja të mëdha praktike për drejtësinë dhe për gjyqësinë kushtetuese. Kjo, megjithatë,

---

61 Hans Kelsen, “Ko treba da bude cuvar Ustava”. Në Slobodan Samardzic (ed.), *Norma i Olduka*, fq. 256-297, në fq. 265. Titulli në original: Hans Kelsen, *Wer soll der huter der verfassung sein?* (Dr. Walther Rothschild, Berlin-Grunewald, 1931).

62 Vlen të theksohet këtu se, në literaturë, me të drejtë është vërejtur që, në esencë, identiteti i K. Shmitit si konstitucionalist bazohet në avokimin e tij pa rezervë në favor të përdorimit të pushteteve (autorizimeve) nga neni 48 i Kushtetutës së Vajmarit nga Fyhreri. Këtë evokim, K. Shmit e pat filluar qysh me veprën e tij monumentale, “Teoria kushtetuese” (“*Verfassungslehre*”), (1928). Cf. William Hooker, *Carl Schmitt's International Thought. Order and Orientation*, fq. 129.

63 Hans Kelsen, “Ko treba da bude cuvar Ustava”, fq. 262.

64 *Ibid.*, fq. 297. Krahasimi i shefit të shtetit të një republike parlamentare moderne me doktrinën e shekullit XIX të Benjamin Konstanit, është e pavend. Në shekullin XIX, kjo doktrinë ka pasur për qëllim kufizimin e forcës ekzekutive të monarkut dhe ndarjen e asaj force me përfaqësuesit e popullit (me parlamentin), pra jo me qëllim të ruajtjes së kushtetutës. Doktrina për monarkinë, e cila përmblihet në shprehjen “*il regne et ne gouverne pas*”, ka pasur për qëllim kontrollin kushtetues të monarkut, pasivizimin dhe neutralizimin e anës aktive të pushtetit të vjetër ekzekutiv të monarkut absolut të kohës së para Revolucionit Borgjez Francez të vitit 1789.

ndodhi vetëm pas një katastrofe të madhe njerëzore që solli Lufta e Dytë Botërore. Gjërat shkuan ashtu siç kishte parashikuar Hans Kelsen. Shefi i shtetit, në shumicën e vendeve të botës së sotme, luan një rol të çmuar në mbrojtjen e kushtetutës nëpërmjet ushtrimit të autorizimeve të anës pasive të pushtetit. Kjo nuk ndodh në të gjitha demokracitë kushtetuese, por vetëm në rastet kur ekziston një sistem parlamentar kushtetues. Kjo, megjithatë, nuk do të thotë se monopoli i ruajtjes së kushtetutës mbetet te shefi i shtetit, përkatësisht te drejtësia kushtetuese në kuptimin e gjerë të fjalës. Ai monopol i takon një institucioni tjetër, të ndarë nga pushtetet e tjera, i cili zakonisht nuk është pjesë e sistemit gjyqësor. Fjala është për gjykatën kushtetuese.

Assesi nuk do të thotë se, në terrenin politik, debati Shmit – Kelsen për natyrën dhe për funksionin e pjesës pasive të pushtetit ka humbur nga vlera e vet fillestare. Kjo vërehet në faktin se teza e Shmitit për shefin e shtetit si pushtet neutral dhe ndërmjetësues (“*pouvoir neutre et intermediaire*”) nuk është aktualisht krejt e pavlerë dhe pa një rëndësi praktike.<sup>65</sup> Në të njëjtën kohë, kjo, në asnjë mënyrë nuk nënkupton se Karl Shmit ka pasur të drejtë sa i përket substancës (përmbajtjes) së konceptit për shefin e shtetit si “*pouvoir neutre et intermediaire*”. Trajtimi i substancës (përmbajtjes) së kësaj doktrine është objekt diskutimi i pjesës në vijim të këtij punimi. Kjo substancë (përmbajtje) e bën të qartë gjendjen dhe pozitën kushtetuese të shefit të shtetit sot, në Evropë dhe më gjerë, në sistemet e demokracive parlamentare kushtetuese.

### III. Uniteti juridiko-kushtetues i popullit dhe dallimi i tij nga uniteti sociologjiko-politik

Cila, pra, është substanca (përmbajtja) e teorisë për “*pouvoir neutre et intermediaire*”, e cila e bën atë të dallueshme nga origjina e vet shmitiane? Mbi të gjitha, cila është relevanca praktike e kësaj teorie? Të kuptuarit e kësaj çështje mund të jetë komplet vetëm nëse kihen parasysh dy gjëra: e para ka të bëjë me esencën e debatit për gjyqësinë kushtetuese vajmariane, kurse, e dyta i referohet natyrës së pushtetit krijues apo konstitutiv (“*pouvoir constituant*”) në rendin kushtetues vajmarian.

Në teoritë kushtetuese angleze e franceze, për vite të tëra, u krijuan koncepte e parime për të arsyetuar dhe për të shtjelluar konceptet bazë të së drejtës

65 Në Evropë, me përjashtim të Francës, bëhet një ndarje e qartë ndërmjet shefit të shtetit dhe shefit të ekzekutivit. Këto dy role luhen nga dy individë të ndryshëm. Në Evropë, me përjashtim të Francës, shefi i shtetit është ose monark ose president i zgjedhur dhe ka në mënyrë ekskluzive vetëm funksione përfaqësuese në sensin që “il regne et ne gouverne pas”. Cf. Jurg Steiner and Markus M.L. Crepaz, *European Democracies* (Pearson Education: USA, 2007), fq. 105-110.

kushtetuese.<sup>66</sup> Për dallim nga këto, në Gjermaninë paravajmariene nuk ka pasur ndonjë debat teorik të veçantë dhe të stërholluar të tipit anglez apo francez: pushteti krijues, konstitutiv, gjendej në duart e princërve gjermanë, të cilët atë pushtet e ushtronin mbi bazën e një marrëveshjeje paraprake. Krahas kaiserit (mbretit) gjerman, mbretit të princërve, ekzistonte edhe Rajhstagu, parlamenti gjerman, i cili u krijua si përgjigje ndaj lëvizjeve populiste të fundit të shekullit XIX. Rajhstagu, megjithatë, nuk qeveriste sepse kishte një rol të kufizuar, kurse vetë qeveria nuk kishte asnjë përgjegjësi para këtij organi përfaqësues. Rajhstagu shërbente vetëm për të bërë presion publik mbi qeverinë, asgjë më shumë. Kjo zgjidhje kushtetuese paravajmariene, e cila në rendin kushtetues të kohës modelonte ndryshe pushtetin krijues (konstitutiv) monarkik nga pushteti krijues (konstitutiv) demokratik (popullor), dallonte shumë nga modeli anglez dhe francez. Kjo nuk do të thotë se ka munguar interesimi teorik gjerman për problemin e marrëdhënies ndërmjet formës kushtetuese dhe legjitimitetit politik.<sup>67</sup> Ky interesim, megjithatë, mori trajtim adekuat teorik e politik vetëm pas vitit 1919. Forma kushtetuese, e sanksionuar me Kushtetutën e Vajmarit, ka qenë ajo e një parlamentarizmi kushtetues, i cili, në të njëjtën kohë, nuk ka përjashtuar format e tjera të shprehjes së drejtpërdrejtë të vullnetit politik, si dhe formimin e organit kryesor shtetëror, presidentit të Rajhut, nëpërmjet zgjedhjeve të drejtpërdrejta. Koncepti vajmarien i demokracisë kushtetuese është bazuar në kultivimin e drejtësisë kushtetuese në kuptimin e gjerë, pra në ndarjen e pushteteve (ku gjyqësia e rregullt, me në krye Gjykatën e Rajhut, ka gëzuar një pozitë të privilegjuar) dhe në njohjen e një korpusi të të drejtave e të lirive njerëzore (Kapitulli II i Kushtetutës së Kosovës). Sipas çdo standardi, Kushtetuta e Vajmarit ka qenë një kushtetutë mjaft liberale. Debatu teorik për formën kushtetuese vajmariene, ndërkaq, ka qenë pragmatik dhe është koncentruar kryesisht në rrënimin e saj. Kjo është kështu sepse një pjesë e madhe e doktrinës dhe e popullit gjerman e ka parë Kushtetutën e Vajmarit si “një rrobë false të shtetit të ri gjerman”.<sup>68</sup> I kësaj proveniencë rrënuese të rendit

66 Për të drejtën angleze, Cf. Scott Gordon, *Controlling the State. Constitutionalism From Ancient Athens to Today* (Harvard University Press: Harvard, 1999), në veçanti kapitulli 7 (“The Development of Constitutional Government and Countervailing Theory in Seventeenth – Century England”) dhe kapitulli 9 (“Modern Britain”). Për të drejtën franceze, Cf. Lucien Jaume, “Constituent Power in France”, fq. 67-85; R. C. van Caenegem, *An Historical Introduction to Western Constitutional Law*, fq. 174-193.

67 Cf. më shumë për këtë kapitullin e parë “Prologue. The Shattering of Methods in Late Wilhelmine Germany”, botuar në Arthur J. Jacobson and Benrhard Schlink (eds.), *Weimar . A Jurisprudence of Crisis* (University of California Press: Berkley, 2000 ) fq. 41-65; Michael Stolleis, *Public Law in Germany, 1800-1914* (Berghahn Books: New York and Oxford: 2001), në veçanti kapitulli 8 (“General German Constitutional Law – The Doctrine of the Imperial State”).

68 Cf. Martin Loughlin and Neil Walker (eds.), *The Paradox of Constitutionalism: Constituent Power and Constitutional Form*, fq. 91.

kushtetues vajmari, ka qenë edhe tërë diskursi shmitian.<sup>69</sup>

Në shikim të parë, debati Shmit – Kelsen duket sikur ka të bëjë vetëm me rolin dhe me rëndësinë e krijimit të një gjyqi kushtetues sipas modelit çekoslllovak-austriak, të vitit 1920. Ai debat, megjithatë, prek vetë themelet e rendit kushtetues vajmari dhe paraqet përpjekjen më sistematike për rrënimin e rendit (K. Shmit), respektivisht për mbrojtjen e këtij rendi (H. Kelsen).

Duke dhënë kundërargumente se përse nuk duhet dhe nuk mund të këtë gjykatë kushtetuese, K. Shmit theksonte se nuk mund të këtë gjykim të normave juridike, meqë gjykimi i referohet subsumcionit të një gjendje faktike që ka ndodhur në të kaluarën ndaj një norme të përgjithshme. Sipas tij, në gjyqësinë kushtetuese flitet për gjykimin e dy normave të përgjithshme, e kjo do të thotë që, nëse themelohet kjo gjykatë, atëherë duhet të ndodhë prishja e dallimit ndërmjet krijimit të normës, e cila ndodh në parlament, dhe zbatimit të saj, e cila kryhet nga gjykatat. Kjo është kështu sepse, sipas tij, në gjyqësinë kushtetuese bëhet “gjykimi” i një norme kundrejt një tjetre e kjo domethënë politikë dhe humbje e dallimit ndërmjet pushtetit legjislativ dhe atij gjyqësor meqenëse, në fund, gjykata (kushtetuese) mban të drejtën e anulimit të normës jokushtetuese.<sup>70</sup> Ky ishte argument i parë kundër gjyqësisë kushtetuese. Në fakt, duke luftuar krijimin e një gjykate të veçantë kushtetuese, K. Shmit luftonte drejtësinë kushtetuese në kuptim të gjerë, sepse mbronte deri në fund parimin e unitetit të pushtetit me udhëheqësin (Fyhrerin) në krye të tij. Për të nuk paraqiste asnjë shqetësim nëse humbej dallimi ndërmjet krijimit dhe zbatimit të normës, si pasojë e krijimit eventual të një gjykate të veçantë kushtetuese, por sepse udhëheqësi (Fyhreri) si shef shteti më nuk do të mund t’i ushtronte këto dy pushtete vetëm (krijimin dhe zbatimin e normës juridike).<sup>71</sup>

69 Cf. David Dyzenhaus, *Legality and Legitimacy*. Carl Schmitt, Hans Kelsen and Herman Heller in Weimar (Oxford University Press: Oxford, 1997) fq. 51-58; 70-84.

70 Cf. Karl Smit, “Cuvar Ustava”, fq. 211-239.

71 Gjëja më e mirë që kishin sjellë nacional-socialistët, sipas Karl Shmitit, ishte vënia në jetë e parimit të udhëheqësit (Fyhrerit) dhe, bashkë me të, i koncepteve të tjera, siç ishin lojaliteti, ndjenja e verbër për ndjekje të udhëheqësit (Fyhrerit), si dhe disiplina e nderi. Këto koncepte mund të kuptohen vetëm nga rendi dhe nga shpirti konkret gjerman dhe jo nga ndonjë abstraksion normativ i bazuar në demokracinë kushtetuese liberale. Në këtë rend konkret, ekziston relacioni shtet-lëvizje-popull (gjerman). Në këtë relacion krijohet uniteti sociologjiko-politik i rendit, rend të cilit ligjvënësi nacional-socialist i jep formë dhe jetë konkrete gjermane. Fyhreri rri në krye të këtij rendi konkret gjerman. Me këtë, ky ligjvënës, po ashtu, i jep fund mendimit dhe praktikës pozitiviste të shtetit liberal vajmari të bazuar në ndarjen e pushteteve. Cf. Karl Smit, *Tri vrste pravnonaucnog misljenja*, fq. 51-54.

Gjatë viteve 1933-1936, Karl Shmit është marrë kryesisht me çështje dhe me probleme në lëmin kushtetues. Pas kësaj periudhe, ai intensifikoi krijimtarinë e tij në lëmin ndërkombëtar. Për kritikën e thella dhe sistematike të arsytimit të diktaturës nacional-socialiste në periudhën e viteve 1933-1936, Cf. David Dyzenhaus, “The Politics of the Question of Constituent Power”.

Argumenti i dytë, në vijim për sa më sipër, i referohet jo objektit të një gjykimi kushtetues, që ishte një normë ligjore, por vetë konceptit të gjykimit në fjalë. Sipas Karl Shmitit, ajo që quhej gjykim kushtetues në Gjermaninë vajmariane, ka pasur të bëjë vetëm me ato gjykime për kompetenca që mund të lindnin ndërmjet landeve (njësive federale), komunave dhe njësive të tjera brenda sistemit federal gjerman të kohës. Pra, vetëm gjykimet në nivel jofederal, mund të cilësoheshin si gjykime kushtetuese. Për të qenë një gjykim kushtetues në nivelin e Rajhut gjerman, sipas tij, duhet të ndryshojë natyra e kushtetutës dhe e vetë shtetit të ri gjerman. Sipas K. Shmitit, ky lloj gjyqi kushtetues mund të ekzistojë vetëm nëse kushtetuta kuptohet si një kontratë, jo si një vendim unik i krejt popullit homogjen gjerman. Kur kushtetuta është kontratë, atëherë, mendonte ai, mund të formohet një gjykatë federale kushtetuese për të zgjidhur kontestet kushtetuese ndërmjet subjekteve përbërëse. Por, në rastin e Vajmarit, kjo nuk është kështu: Kushtetuta e Vajmarit, sipas Karl Shmitit, është vendim unik i krejt popullit homogjen gjerman. Populli gjerman, sipas tij, është një tërësi homogjene organike. Për këtë arsye, ideja e Hans Kelsenit për një gjykatë kushtetuese duhet të kuptohet si një përpjekje për të ndryshuar natyrën e shtetit gjerman, ku ai më nuk do të quhej si një demokraci e bazuar në kushtetutën e popullit gjerman unik dhe homogjen, por në një kontratë me një parlament të përçarë. Ky i fundit nuk përfaqësonte, sipas K. Shmitit, asgjë tjetër pos tërësinë e shumësisë së interesave johomogjene të shtresave të ndryshme gjermane. Në fakt, K. Shmit, problemin kryesor e shihte te parlamenti gjerman dhe, si i tillë, paraqiste objektin kryesor të goditjes së tij.<sup>72</sup>

Argumenti i fundit kundër gjyqësisë kushtetuese bazohet, në vijim për sa më sipër, në mohimin e demokracisë kushtetuese parlamentare. Ky mohim bazohej në bindjen se Kushtetuta e Vajmarit paraqiste një vendim unik dhe të vetëm të krejt popullit unik dhe homogjen gjerman. Bartës i këtij vullneti, të kuptuar kështu, nuk mund të jetë parlamenti i përçarë, por organi tjetër, ai që zgjidhet nga populli me votën e drejtpërdrejtë të tij. Këtu bëhet fjalë për presidentin, jo për parlamentin gjerman. Kjo qasje paraqet zbatim të një logjike metafizike: një vendim unik i një populli unik e homogjen mund të zbatohet vetëm nga një organ i tillë – unik dhe homogjen. Uniteti dhe homogjeniteti i

---

Në Martin Loughlin & Neil Walker (eds.), *The Paradox of Constitutionalism. Constituent Power and Constitutional Form*, fq. 132-133; William Hooker, *Carl Schmitt's International Thought. Order and Orientation*, fq. 126-132.

72 Për një analizë të shkëlqyer të pozicionit të Karl Shmitit kundrejt pozicionit të Hans Kelsenit, si dhe për sulmet e tij kundër parlamentarizmit gjerman, Cf. David Dyzenhaus, *Legality and Legitimacy: Carl Schmitt, Hans Kelsen and Herman Heller in Weimar*, në veçanti kapitulli 1 ("Legality and Legitimacy: Reflections from Weimar") kapitulli 2 ("Friend and Enemy: Schmitt and the Politics of Law") dhe kapitulli 5 ("Lessons from Weimar: The Legitimacy of Legality").

kombit (popullit) gjerman prezumohej. Vetëm marrja e vendimit nga ky komb (popull) duhej të ndodhte. Pikërisht presidenti, në vijim të këtij koncepti të K. Shmitit, mund ta reflektonte dhe ta ruante kushtetutën si një vendim sublim i kombit (popullit) unik dhe homogjen gjerman, assesi një gjykatë e veçantë kushtetuese. Pse presidenti? Sepse, sipas K. Shmitit, vetëm ai përfaqësonte dhe personifikonte vullnetin e krejt kombit (popullit) unik homogjen gjerman. Sipas Kushtetutës së Vajmarit, mendonte Shmit, vetëm presidenti posedonte ato pushtete neutrale që i jepnin mundësinë për zgjidhjen e konflikteve kushtetuese dhe politike në nivel të Rajhut: vetëm presidenti është neutral, i tretë, i paanshëm dhe me pushtete kushtetuese neutrale, të cilat mundësojnë zgjidhjen e çdo konflikti shtetëror, politik dhe kushtetues brenda Rajhut.<sup>73</sup> “Integrimi funksional”, i cili ndodh nëpërmjet zgjedhjeve, votimeve, koalicioneve zgjedhore, etj., siç predikohej prej Rudolf Smendit dhe liberalëve të tjerë të kohës,<sup>74</sup> nuk i përshtatej këtij koncepti shmitian. Presidenti nuk përfaqësonte këtë integrim funksional, por vetëm kombin (popullin) organik e homogjen të integruar politikisht në një shtet të ri gjerman. Ky integrim politik po ndodh sepse, mendonte K. Shmit, gjermanët po lëviznin drejt krijimit të shtetit total, ku do të humbiste çdo dallim ndërmjet shtetit dhe pjesës tjetër të shoqërisë që ekzistonte jashtë shtetit. Kjo nënkuptonte se shteti po bëhej total në kuptimin e gllabërimit të shoqërisë tjetër gjermane në të gjitha sferat: politike, ekonomike, sociale e kulturore. Në këto rrethana e në këto kushte, vetëm presidenti mund të ishte mbrojtës i kushtetutës, sepse vetëm ai përfaqësonte unitetin organik të kombit (popullit) gjerman.<sup>75</sup> Sipas këtij interpretimi shmitian, del se kombi (populli) gjerman gjithnjë presumohet të jetë homogjen në pikëpamje sociologjiko-politike.

Duke e mbrojtur fuqishëm idenë e krijimit të një gjykate kushtetuese të veçantë dhe të ndarë nga tri pushtetet e tjera, Hans Kelsen ka dhënë argumente që i kanë qëndruar kohës. Në rend të parë, ai është mbështetur në formën parlamentare të sistemit kushtetues vajmarian. Këtë formë, assesi popullin gjerman si tërësi, ai e ka parë si personifikim të vullnetit origjinal të pushtetit konstitutiv (“*pouvoirs constituant*”). Ky vullnet origjinal, krijues, i pushtetit konstitutiv, realizohet nëpërmjet institucioneve dhe organeve përkatëse kushtetuese si pushtete derivative (“*pouvoirs constituee*”), të krijuara nga pushteti konstitutiv. Në një demokraci kushtetuese, pushtetet janë të ndara dhe vetë presidenti vajmarian konsiderohej pjesë përbërëse e atyre pushteteve, meqë kishte jo vetëm pushtete pasive, të cilat K. Shmit i cilëson-

73 Karl Smit, “Cuvar Ustava”, fq. 239-252.

74 Cf. Stefan Koriotoh, “Rudolf Smend”. Në Arthur J. Jacobson and Benrhard Schlink (eds.), Weimar . A Jurisprudence of Crisis, fq. 207-212; Rudolf Smend, “Constitution and Constitutional Law”. Në Arthur J. Jacobson and Benrhard Schlink (eds.), Weimar . A Jurisprudence of Crisis, fq. 213-248.

75 Karl Smit, “Cuvar Ustava”, fq. 244-253.

te si pushtete neutrale, por edhe aktive, të cilat e bënin të pamundur që ai të shërbente si gardian i kushtetutës. Në esencë, thotë H. Kelsen, Kushtetuta e Vajmarit e ndan pushtetin ndërmjet dy faktorëve: parlamentit dhe qeverisë. Kjo e fundit ngërthente në vete edhe shefin e shtetit dhe ministrat e qeverisë, të cilët kundërfirmosnin aktet e tij.<sup>76</sup>

H. Kelsen fuqishëm ka kundërshtuar teorinë e K. Shmitit që theksonte se kombi (populli) gjerman është homogjen dhe se Kushtetuta e Vajmarit, në preambulën e saj, i referohej pikërisht këtij homogjeniteti. Ky homogjenitet, sipas K. Shmitit, rrezikonte të prishej nga pluralizmi i Rajhstagut, në të cilin ravijëzoheshin në pafundësi dhe pa kthim dallimet thelbësore ndërmjet shtetit dhe shoqërisë gjermane. Për të penguar prishjen (copëtimin) e këtij homogjeniteti, shoqëria gjermane po lëvizte drejt një integrimi tjetër jofunksional, integrim që bazohej në shtetin total. Instrumenti kryesor dhe leva lëvizëse drejt shtetit total ishte presidenti i Rajhut: ai dhe askush tjetër kishte detyrimin dhe mundësinë kushtetuese të personifikimit të vullnetit unik dhe homogjen të kombit (popullit) gjerman të integruar në tërësi në aspektin socio-politik. H. Kelsen, me një mjeshtëri të rrallë, vërejti se K. Shmit po luftonte unitetin juridiko-kushtetues të popullit gjerman nëpërmjet ndërtimeve teorike, të nxjerra nga një interpretim momental pozitivist i Kushtetutës së Vajmarit. Në këtë ndërtim joreal, Shmit po i jepte presidentit të Rajhut rolin e përfaqësuesit dhe personifikuesit të vetëm të vullnetit momental, unik dhe homogjen të tërë kombit (popullit) gjerman. Kushtetuta e Vajmarit ishte një vendim momental i këtij kombi (populli) gjerman, i kuptuar në këtë mënyrë. Ky fakt, që është vërejtur nga H. Kelsen, ka mjaftuar që K. Shmit ta paraqiste presidentin e Rajhut si gardianin e vetëm të kushtetutës: zgjedhja e tij e drejt-përdrejtë garantonte se ai, dhe vetëm ai, mund t'i kundërvihej parlamentit, si simbol i ndarjes së shtetit nga shoqëria dhe, në të njëjtën kohë, të shërbente si garantues i "shtetit total", ku do të humbiste përgjithmonë dallimi ndërmjet shtetit dhe shoqërisë. Këtij koncepti, thuajse kuazibiologjik, H. Kelsen i kundërvihej me teorinë gjithnjë aktuale e moderne, e cila thotë se nuk ka unitet të popullit në kuptimin sociologjik dhe as fshirje të dallimit ndërmjet shtetit dhe shoqërisë: ai unitet në secilën kushtetutë është vetëm juridiko-kushtetues dhe, si i tillë, mbijeton dallimet socio-politike dhe dallimet e tjera në shtet dhe në shoqëri, duke paqësuar dallimet e tilla vetëm me rrugë institucionale dhe me organe të sistemit, të krijuara me kushtetutë e me ligje. Teorinë e Karl Shmitit për gjykatën kushtetuese si një fikcion, Hans Kelsen e rrëzon pikërisht me këtë që u tha këtu, pra me atë se uniteti i popullit në kuptimin sociologjiko-politik është fikcion metafizik që nuk mund të provohet në asnjë mënyrë dhe me asnjë mjet. Ajo që shefi i shtetit përfaqëson unitetin shtetëror, thotë Kelsen, nuk nënkupton asnjëherë dhe në asnjë mënyrë se



bëhet fjalë për unitet material, sociologjik, por për një unitet juridiko-kushtetues të shtetit. Ky unitet, thotë më tutje Kelsen, nuk nënkupton se shefi i shtetit përfaqëson solidaritetin e interesave efektive në një kohë konkrete, por të kundërtën e tyre: kuptimi i saktë dhe i vërtetë i teorisë për “*pouvoir neutre et intermediaire*” të shefit të shtetit është se ai duhet t'i fshehë (mbulojë) dhe të neutralizojë kundërthëniet radikale të interesave socio-politike, klasore dhe të interesave të tjera që përfaqësojnë partitë politike dhe aktorët e tjerë. Me një fjalë, shefi i shtetit nuk mund të jetë përfaqësues i interesave radikalisht të kundërta të aktorëve socio-politikë, socio-ekonomikë dhe socio-kulturorë në shoqëri dhe në shtet.<sup>77</sup>

Sikundër vërehet, K. Shmit e bën çdo arsyetim nga një prizëm e demokracisë radikale, e kuptuar si sundim i shumicës, pra jo në kuptimin modern të demokracisë kushtetuese që bazohet në ndarjen dhe në balansimin e pushteteve, në sundimin e ligjit dhe në respektimin e të drejtave të njeriut dhe të minoriteteve. Kjo qasje e dytë, me gjyqësinë kushtetuese si garant dhe si mbrojtës i parimeve, i vlerave e i normave të konstitucionalizmit bashkëkohor, ekziston vetëm te H. Kelsen dhe përbën një pjesë mjaft të madhe të polemikës së tij me K. Shmitin dhe me autorët e tjerë të proveniencës konservative vajmariane.<sup>78</sup> Për këtë arsye, ka rëndësi të shohim te këta dy autorë raportin ndërmjet demokracisë radikale, e kuptuar si sundim i shumicës, me demokracinë kushtetuese dhe përbërësit e saj. Kjo, në esencë, nuk është asgjë tjetër veçse një anë tjetër e debatit të tyre për pushtetin krijues, origjinal, konstitutiv (“*pouvoir constituant*”) dhe pushtetit derivativ, joorigjinal, të konstituuar (“*pouvoir constituee*”) dhe për rolin e presidentit, si personifikues dhe si përfaqësues i unitetit juridiko-kushtetues të popullit, i cili, si i tillë, është i ndarë sipas shtresëzimeve të ndryshme socio-politike, ekonomike, kulturore e të tjera.

Esenca e diskursit të K. Shmitit, jo vetëm në polemikën me H. Kelsenin, qëndron në përpjekjen e tij të qëllimshme e sistematike për të mbajtur gjallë epërsinë e demokracisë radikale, e kuptuar si sundim i shumicës, me Fyhre-rin në krye të saj.<sup>79</sup> Demokracia kushtetuese, siç u vërejt më herët në këtë

77 Ibid., fq. 285-289.

78 Cf. përveç kapitujve nga fusnota 72 e më lart, edhe kapitullin 3 (“The Pure Theory in Practice: Kelsen’s Science of Law”) nga libri David Dyzenhaus, *Legality and Legitimacy: Carl Schmitt, Hans Kelsen and Herman Heller in Weimar*. Nuk ka asnjë dyshim se vepra kryesore e Hans Kelsenit, që sublimon tërë esencën e diskursit të tij për gjyqësinë kushtetuese, është *General Theory of Law and State* (The Lawbook Exchange Ltd.: Clark, New Jersey, 2007, 2009). Kjo, në fakt, është riformulim i përmbledhur i librit të tij, *Pure Theory of Law* (The Lawbook Exchange Ltd.: Clark, New Jersey, 2002, 2009). Botimet e para të këtyre dy librave kanë parë dritën para se të zhvillohej polemika me Karl Shmitin, në gjuhë dhe me tituj pak më të ndryshëm.

79 Përveç shkrimeve të përmendura deri më tash në këtë punim, vlen të theksohen

shkrim, paraqet sinonim të drejtësisë kushtetuese në kuptimin e gjerë të fjalës. Për të ruajtur këtë vijë arsyetimi, pra të epërsisë së demokracisë radikale, e kuptuar si sundim i shumicës, kundrejt demokracisë kushtetuese në kuptim të gjerë të fjalës, Karl Shmit ka një shtjellim me një arsyetim të veçantë të kufizimeve të pushtetit shtetëror, kufizime që ai i gjen në dispozitat e Kushtetutës së Vajmarit për të drejtat e njeriut dhe për balansimin e pushteteve. Të parat, ai i sheh si kufizime, të cilat në thelb burojnë nga vendimi konkret konstitutiv i kombit (popullit) unik homogjen gjerman, i cili ka thënë se individët duhet t'i gëzojnë këto të drejta në një mënyrë të caktuar, kurse të dytat kufizime i sheh si të bazuara mbi ekzistimin e supozuar të një pushteti unik dhe të pandarë, nga i cili më pastaj burojnë kompetencat në dobi të degëve të caktuara të pushtetit.

Këto dy lloje të dispozitave, K. Shmit i quan ide të shtetit liberal, të cilat synojnë neutralizimin e çdo veprimi politik. Ky neutralizim buron në shtetin liberal, nga një interpretim i Kushtetutës së Vajmarit, i cili është qëllimisht normativ, jopolitik dhe josociologjik. Kjo nënkupton se çdo pjesë e pushtetit shtetëror rregullohet me norma juridiko-kushtetuese dhe ligjore, ashtu që nuk mund të ketë vend për aksion politik të tipit të demokracisë radikale. Thënë shkurt, jashtë normave juridiko-kushtetuese e ligjore, nuk ka veprim politik të subjektit, i kuptuar si popull shumicë, i cili ushtron pushtetin krijues (origjinal, konstitutiv).<sup>80</sup> Kjo do të thotë se K. Shmit, për dallim nga H. Kelsen, i sheh këto dy çështje (të drejtat e njeriut dhe ndarjen e balansimin e pushteteve) si neutralizim të demokracisë radikale, sepse e zëvendësojnë aksionin politik të subjektit popull, i kuptuar si shumicë, me aksionin politik në emër të subjektit të tillë.

---

edhe këto shkrime të Karl Shmitit, në të cilat ai, në mënyrë sistematike, angazhohet për demokraci radikale dhe kundër demokracisë kushtetuese: Carl Schmitt, *Political Theology: Four Chapters on the Concept of Sovereignty* (The University of Chicago Press: Chicago, 1985); Carl Schmitt, *Political Romanticism* (MIT Press: Massachusetts, 1986); Carl Schmitt, *The Crisis of Parliamentary Democracy* (The MIT Press: Massachusetts, 1988); Carl Schmitt, *Roman Catholicism and Political Form* (Greenwood Press: Westport, 1996); Carl Schmitt, *The Concept of the Political* (The University of Chicago Press: Chicago, 1996, 2007); Carl Schmitt, *Theory of the Partisan* (Telos Press Publishing: New York, 2007); Carl Schmitt, *The Leviathan in the State Theory of Thomas Hobbes* (The University of Chicago Press: Chicago, 2008); Carl Schmitt, *Political Theology II: The Myth of the Closure of Any Political Theology* (Polity Press: USA, 2008). Shumica e këtyre veprave janë botuar në kohën e Gjermanisë vajmariane, në gjuhën gjermane. Për kritikën e diskursit shmitian të kësaj kohe, Cf. David Dyzenhaus (ed.), *Law as Politics* (Duke University Press: Durham and London, 1998); Alberto Predieri, *Carl Schmitt, un NAZISTA senza CORAGGIO. Vëllimi I dhe II* (La Nuova Italia Editrice: Firenze, 1998, 1999).

80 Cf. Carl Schmitt, *Constitutional Theory*, fq. 200 e tutje; Hans Kelsen, 'On the Essence and Value of Democracy'. Në Arthur J. Jacobson and Bernhard Schlink (eds.), *Weimar: A Jurisprudence of Crisis*, fq. 154-155; 291-292.

Në teorinë dhe në praktikën kushtetuese të tipit kelsenian, megjithatë, pranohej se populli, si subjekt, vetë kurrë nuk është i pranishëm në veprimin politik konstitutiv (krijues, origjinal).<sup>81</sup> Një akt i tillë mund të identifikohet si akt i subjektit, i kuptuar si popull, vetëm duke qenë e mundur që akti në fjalë t'i atribuohet (mvishet) subjektit popull-shumicë, akt që realizohet nëpërmjet organeve apo përfaqësuesve të këtij subjekti. Në terma kushtetues, ky veprim që i atribuohet (mvishet) subjektit popull-shumicë, por që ndërmerret nga organet apo nga individët që përfaqësojnë pushtetin konstitutiv (krijues, origjinal), paraqet kushtin minimal për mbrojtjen e individit (segmenti i mbrojtjes së të drejtave të njeriut) dhe ushtrimin e pushtetit në kuptimin modern kushtetues (segmenti i ndarjes dhe i balansimit të pushteteve). Shikuar nga ky kuptim, demokracia kushtetuese nuk e neutralizon veprimin politik të subjektit popull-shumicë. Ajo, e kuptuar si tërësi e dispozitave dhe e praktikave për të drejtat e njeriut dhe për ndarjen e balansimit të pushteteve, nuk bën asgjë tjetër veçse garanton kushtet institucionale për veprim politik në emër të subjektit (i kuptuar si popull, që nuk është as shumicë e as pakicë, por thjesht subjekt-popull). Kushdo që flet në emër të popullit, duhet ta ketë parasysh se demokracia kushtetuese jep dhe garanton formën institucionale të identitetit kolektiv dhe individual, mbi të cilin mbështetet një shoqëri moderne demokratike. Thënë ndryshe, demokracia radikale, e kuptuar si sundim i shumicës, “kullohet” nëpërmjet filtrave që përbëjnë demokracinë kushtetuese, si dhe veprimeve të cilat qartë mund t'i atribuohen (mvishen) subjektit i kuptuar si popull (që nuk është as shumicë e as pakicë, por thjesht subjekt-popull). Ky atribuim (mvëshje) del si pasojë e veprimeve të organizuara të individëve që përfaqësojnë subjektin e tillë. Dispozitat kushtetuese për ndarjen dhe për balansimin e pushteteve dhe ato për të drejtat e njeriut, paraqesin “filtrat” kryesorë që zbusin parimin e demokracisë radikale, e kuptuar si sundim i shumicës, dhe janë vetë baza mbi të cilën mbështetet uniteti juridiko-kushtetues i popullit, i kuptuar si subjekt.

Dispozita të tilla përmbajnë të gjitha kushtetutat evropiane dhe ato të vendeve të tjera, të modeluara sipas modelit të konstitucionizmit perëndimor. Kosova nuk përbën përjashtim nga kjo: nenet 4.3 dhe 83 të Kushtetutës flasin për këtë lloj të unitetit juridiko-kushtetues, të cilin e përfaqëson presidenti i Kosovës, kurse çdo veprim i autorizuar nga dispozitat kushtetuese të nenit 84 të Kushtetutës nuk përbëjnë veçse veprime të cilat mund t'i atribuohen (mvishen) presidentit të Kosovës.<sup>82</sup> Presidenti, thotë Kushtetuta në nenin

81 Cf. analizën elokuyente krahasuese të kësaj çështjeje, në Hans Lindahl, “Constituent Power and Refleksive Identity: Towards and Ontology of Collective Statehood”. In Martin Loughlin and Neil Walker (eds.), *The Paradox of Constitutionalism. Constituent Power and Constitutional Form*, fq. 9-24;

82 Në nenin 84 të Kushtetutës së Kosovës janë paraparë tridhjetë (30) lloj kompetencash, të cilat i takojnë Presidentit të Republikës. Dy të parat, jo rastësisht, sërish përsërisin

83, “është kreu i shtetit dhe përfaqëson unitetin e popullit të Republikës së Kosovës”. Dispozitat kushtetuese nga neni 84 janë dispozita autorizuese në sensin që çdo veprim i ndërmarrë në vijim të zbatimit të tyre cilësohet si atributiv, pra mund t’i mvishet presidentit. Kjo cilësi buron nga neni 84 i Kushtetutës, i cili i operacionalizon dhe u jep kuptim dispozitave të neneve 4.3 dhe 83 të Kushtetutës, me të cilat definohet rëndësia dhe roli primar i kreut të shtetit kosovar. Por, dispozitat në fjalë nuk mund të shikohen të izoluara, sepse ato autorizojnë veprime që mund t’i atribuohen (mvishen) presidentit vetëm atëherë kur ushtrohen brenda kuadrit kushtetues dhe në frymën e parimeve e të normave të tjera për ndarjen e për balansimin e pushteteve, për sundimin e ligjit dhe të demokracisë, si dhe të respektit për të drejtat e njeriut dhe të minoriteteve. Këto parime e norma gjenden të sanksionuara në Kapitullin I (Dispozitat Themelore), në Kapitullin II (Të Drejtat dhe Liritë Themelore) dhe në Kapitullin III (Të Drejtat e Komuniteteve dhe Pjesëtarëve të tyre) të Kushtetutës. Çdo ushtrim i pushtetit dhe çdo veprim politik që kryhet, mund t’i mvishet (atribuohet) popullit të Kosovës vetëm atëherë kur ushtrohet në respektim të këtyre kapitujve të Kushtetutës. Kjo vlen edhe për presidentin e Kosovës, i cili përfaqëson dhe mishëron unitetin juridiko-kushtetues të popullit të Kosovës si tërësi, me kusht që autorizimet nga neni 84 i Kushtetutës kryhen brenda kuadrit kushtetues të këtyre tre kapitujve.

#### **IV. Kushtetutat mbrojnë shefin e shtetit, jo individin *ad hominem***

Ideja e kontrollit kushtetues të amendamenteve kushtetuese tingëllon paradoksale në sensin që, në këto raste, bëhet kontrolli kushtetues i një propozim-norme kushtetuese, duke e krahasuar me një normë tjetër kushtetuese, e cila gjendet në tekstin fillestar (origjinal) kushtetues. Kjo, vetvetiu, hap dilema kuptimore, sepse vetë ideja e drejtësisë kushtetuese, në kuptim të ngushtë të fjalës, e konceptuar nga H. Kelsen, konsiston në kontrollin kushtetues të normës ligjore, si normë më e ulët se norma kushtetuese, për të parë nëse norma e tillë ligjore është në pajtim (harmoni) me normën kushtetuese, si normë më e lartë për nga fuqia juridike në hierarkinë e përgjithshme të normave. Megjithatë, ky lloj kontrolli kushtetues jo vetëm që ekziston por, në disa vende (si p.sh., në SHBA), është më i vjetër sesa vetë kontrolli kushtetues i ligjeve.<sup>83</sup>

---

tekstin e dispozitave të neneve 4.3 dhe 83 të Kushtetutës. Pra, që në fillim të përcaktimit të kompetencave të Presidentit të Republikës, në dy paragrafët e parë ritheksohet se ai/ajo është përfaqësues i Republikës së Kosovës, brenda dhe jashtë, si dhe garantues i funksionimit kushtetues të institucioneve të përcaktuara me Kushtetutë.

83 Vendimi i parë i Gjykatës Supreme përkita me kushtetutshmërinë e amendamenteve kushtetuese është marrë më 1798, në rastin *Hollingsworth v. Virginia*, pesë vjet para rastit *Marbury v. Madison* (1803), me të cilin u themelua praktika e kontrollit kushtetues të

Arsyeja kryesore dhe e vetme për ekzistimin e këtij lloji të kontrollit kushtetues qëndron në faktin se, në mjaft raste, kushtetutat përmbajnë parime e dispozita që konsiderohen si të paamendmentueshme. Kjo do të thotë se, parimet e dispozitat e tilla, në asnjë rast nuk mund të jenë objekt amendamenti. Këto parime e dispozita, të cilat nuk mund të jenë objekt amendamenti në asnjë rast apo rrethanë, u cilësuan me emra të ndryshëm nga teoria kushtetuese. Kjo u tha në pjesën e parë të këtij shkrimi. Këtu mjafton të thuhet se, termi i përdorur për herë të parë, me qëllim të tregimit të parimeve dhe të dispozitave kushtetuese që nuk mund të amendamentohen, ka qenë “dispozitat e rrënjosura” (“*entrenched provisions*”) dhe është futur në përdorim nga vetë K. Shmit para Luftës së Dytë Botërore.<sup>84</sup> Në Evropë, pas Luftës së Dytë Botërore, koncepti për “dispozitat e rrënjosura” (“*entrenched provisions*”) u rikrijua nga doktrina gjermane.<sup>85</sup> Tashmë u theksua më herët se, në një mënyrë krejt paradoksale, ka qenë Karl Shmit prapa idesë së tekstit nga dispozita 79.3 e Ligjit Themelor të Republikës Federale të Gjermanisë, nen ky në të cilin u mbështet teoria dhe praktika gjermane për parimet dhe për dispozitat e paamendmentueshme kushtetuese. Nganjëherë kjo cilësohet si teoria dhe praktika për “amendamentet jokushtetuese në kushtetutë” (“*unconstitutional constitutional amendments*”).<sup>86</sup>

Kjo teori, dhe praktika e bazuar mbi të, duhet të dallohen nga pengesat pro-

ligjeve. Cituar në Kemal Gozler, *Judicial Review of Constitutional Amendments. A Comparative Study* (EKIN PRESS: Bursa, 2008), fq. 29.

84 Ai përdori këtë term, siç u tha më herët në këtë shkrim, në një analizë të tij për Kapitullin II të Kushtetutës së Vajmarit, ku sanksionoheshin të drejtat dhe liritë e gjermanëve. Këto “dispozita të rrënjosura”, sipas tij, paraqisnin kushtetutën e dytë të Gjermanisë (krahas Kushtetutës së Vajmarit). Pse? Sepse, mendonte ai, ky kapitull kufizonte ushtrimin e pushtetit shtetëror të presidentit të Rajhut dhe të qeverisë së tij, meqenëse krijonte detyrime shtesë dhe të veçanta për këto organe, e në favor të gjermanëve. Cf. Karl Smit, “Legalnost i Legitimnost”, fq. 323-336. Pwr mw shumw komente nga autorwt tjerw, Cf. Ulrich K. Preuss, “The Implications of ‘Eternity Clauses’: The German Experience”. *Nw ISRAEL LAW REVIEW* Vol. 44 No. 3 (2012).

85 Rasti i parë në praktikë ka ndodhur më 23 tetor 1952 dhe njihet me emrin “South-west Case”. Në këtë rast, Gjykata Kushtetuese Federale e Gjermanisë ka theksuar se ekzistojnë disa parime e vendime të cilave i nënshtrohen dispozitat e tjera kushtetuese dhe të cilat nuk mund dhe nuk guxojnë të cenohen në asnjë rast. Cf. Kemal Gozler, *Judicial Review of Constitutional Amendments. A Comparative Study*, fq. 55-56; 84-86; Donalds P. Kommers, “German Constitutionalism.: A Prolegomenon”, fq. 858-859, fusnota nr. 60.

86 Kushtetuta e SHBA-së, në nenin V, flet për ndalimin e çfarëdo amendamenti që cenon të drejtën e votës së barabartë të shteteve anëtare, kurse Kushtetuta e Norvegjisë, e vitit 1814, në nenin 112 të saj, flet për ndalimin e çfarëdo amendamenti që bie ndesh me parimet dhe me shpirtin e tekstit origjinal kushtetues. Cf. më shumë për këtë në Kemal Gozler, *Judicial Review of Constitutional Amendments. A comparative Perspective*, fq. 10-12; 28-34; 78-80; Lechh Garlicki and Zofia A. Garlicka, “Review of Constitutionality of Constitutional Amendments (An Imperfect Response to Imperfections). *Journal of Constitutional Law/Review De Droit Constitutionnel* Vol. 1, Issue 1 (Year 2012) fq. 205 fusnota nr. 46.

cedurale kushtetuese, të cilat vështirësojnë dukshëm, nganjëherë edhe e bëjnë të pamundshëm, amendamentimin e kushtetutës. Në këso raste, pa pasur një konsensus substancial brenda shoqërisë, nuk mund të ndodhë amendamentimi kushtetues. Këto pengesa, për herë të parë, janë sanksionuar në nenin V të Kushtetutës Amerikane të vitit 1787 dhe, më pastaj, janë bartur nëpër kushtetutat e vendeve të tjera, por janë rimodeluar në mënyra të ndryshme. Këto dispozita procedurale paraqesin kuptimin e “kushtetutës rigjide”, e cila u diskutua më herët. Në rastin e teorisë dhe të praktikës për parimet dhe për dispozitat e paamendamentueshme, megjithatë, bëhet fjalë për parime dhe për dispozita që gjenden në pjesët materiale të kushtetutës. Si të tilla, ato vetvetiu nuk mund të jenë objekt amendamentimi. Dispozitat procedurale, që paraqesin kuptimin e “kushtetutës rigjide”, përkundrazi, mund të ndryshohen nëse ndjekin procedurën e paracaktuar kushtetuese. Ky dallim, siç shihet, është mjaft i madh, sepse, derisa të parat nuk mund të ndryshohen fare, në rastin e dispozitave procedurale kushtetuese, ndryshimi nuk përjashtohet nëse ndiqet një procedurë e paracaktuar kushtetuese.

Në vijim për sa më sipër, së dyti, këto parime e dispozita të paamendamentueshme janë vetë identiteti kushtetues i një vendi, vetë “ADN”-ja e tij, pa të cilat vetë kushtetuta nuk ka asnjë kuptim. Parimet dhe dispozitat, të cilat nuk mund të ndryshohen asnjëherë dhe në asnjë rrethanë, zakonisht i referohen formës republikane të qeverisjes, raportit ndërmjet qendrës dhe periferisë shtetërore, laicitetit të shtetit, demokracisë kushtetuese, sundimit të ligjit dhe të drejtave të njeriut, etj. I tillë është rasti, ta zëmë, i Gjermanisë, i Francës, i Turqisë, i Norvegjinë, i Portugalisë, i Rumanisë, i Ukrainës, i Azerbajxhanit, i Afrikës së Jugut, dhe i mjaft shteteve të tjera. Këtu e kemi fjalën për vendet që kultivojnë demokraci kushtetuese të modeluar sipas konstitucionalizmit perëndimor, sepse ka vende të tjera, ta zëmë Maroku, në të cilin, si dispozita të paamendamentueshme, janë ato që kanë të bëjnë me ruajtjen e rolit primar të islamit në shoqëritë e këtyre vendeve.<sup>87</sup>

Së treti, vetë ekzistimi i këtyre parimeve e i dispozitave të paamendamentueshme kushtetuese, gëzon mbrojtje gjyqësore në sensin që çdo amendament kushtetues, i cili bie ndesh me to, shpallet antikushtetues nga gjykata respektive. Kjo, megjithatë, nuk do të thotë se kontrolli kushtetues i amendamenteve ekziston vetëm në ato vende ku kushtetutat përmbajnë parime dhe dispozita të paamendamentueshme dhe anasjelltas. Ka raste kur teksti origjinal ekzistues kushtetues përmban parime dhe dispozita kushtetuese që nuk mund të amendamentohen, por që në praktikë kurrë nuk ka

87 Jo vetëm Maroku, por edhe shumë vende islamike, kanë të njëjtin modelim të dispozitave kushtetuese të pandryshueshme dhe i referohen kryesisht rolit primar të fesë islame në shoqëritë e tyre. Cf. Amina El Messaoudi, “Il Modelo di Giustizia Costituzionale in Marocco”. Në Luca Mezzeti, Sistemi e Modeli di Giustizia Costituzionale. Tomo II CEDAM: Padova, 2011.

ndodhur kontrolli i amendamenteve kushtetuese. I tillë është rasti, ta zëmë, me Kushtetutën e Norvegjisë, të vitit 1814. Njëjtë me këtë, ka raste kur fare nuk ekzistojnë parime dhe dispozita kushtetuese, të cilat nuk mund të amendamentohen, por që, në praktikë, gjykatat respektive kanë zhvilluar një praktikë gjyqësore për lakmi dhe tepër të pasur. I tillë është rasti, ta zëmë, i Indisë.

Së fundi, rasti i kontrollit kushtetues të amendamenteve është kontroll abstrakt i normës juridiko-kushtetuese, pra nuk i referohet zbatimit të saj në një rast konkret, por ndaj të gjitha rasteve të kohës që vjen. Në pjesën dërmuese të shteteve, kontrolli abstrakt i normës juridiko-kushtetuese kryhet vetëm *a posteriori*, pra pasi të ketë hyrë në fuqi norma juridiko-kushtetuese e përmbajtur në amendament. Përjashtimet janë të rralla, siç u theksua më herët, kur kontrolli kushtetues i amendamenteve kryhet para se ato të hyjnë në fuqi. Në këtë përjashtim, në Evropë, bën pjesë edhe Kosova, kurse jashtë Evropës: Kili, Afrika e Jugut, Azerbajxhani, etj.

Në vijim të zbatimit të dispozitës kushtetuese të neneve 113.9 dhe 144.1 të Kushtetutës së Kosovës, të cilat parashohin si të detyrueshëm dërgimin për kontroll kushtetues të çdo amendamenti kushtetues, ka lindur edhe “çështja e presidentes Jahjaga”. Kontestimi i legjitimitetit të saj nuk është juridiko-kushtetues, por është politik, dhe bazohet në bindjen se “ajo nuk përfaqëson vullnetin politik të popullit të Kosovës”, kurse Gjykata Kushtetuese, sipas kontestuesve, ka gabuar kur ka thënë se “populli i Kosovës pret që presidentja të jetë përfaqësuese e tyre për pesë vjetët e ardhshëm”.

Ky shkrim trajton vetëm anën jopolitike të “çështjes së presidentes Jahjaga”, pra atë që ka të bëjë me sqarimin komparativ të kontrollit abstrakt dhe preventiv (paraprak) të amendamenteve, të cilin Gjykata e kryen në bazë të neneve 113.9 dhe 114.1 të Kushtetutës së Kosovës. Politikës ditore dhe aktorëve të saj, i lihet liri e plotë e gjykimit në kontestimet reciproke politike *ad hominem*. Këto kontestime, në asnjë mënyrë, nuk mund ta zbehin esencën e teorisë dhe të praktikës për “amendamentet jokushtetuese në kushtetutë” dhe për zbatimin e saj “në rastin konkret të presidentes Jahjaga”.

Në rastin e Kosovës, kjo teori dhe praktikë, mbështet vetëm te një fjali, e cila thotë se çdo amendament në Kushtetutën e Kosovës duhet të shkojë në Gjykatën Kushtetuese për kontroll gjyqësor, për të parë nëse amendamenti i propozuar zvogëlon të drejtat nga Kapitulli II i Kushtetutës. Kjo do të thotë se, në praktikë, Kapitulli II i Kushtetutës është “ADN“-ja e Kushtetutës së Kosovës, vetë identiteti i saj si shtet sovran e i pavarur. Çdo kontroll gjyqësor i amendamenteve si më sipër, bëhet *in abstracto*, duke i marrë parasysh vetëm kriteret e gjykimit profesional abstrakt, të cilat vlejné çdo herë, për këdo dhe në çdo rast apo rrethanë në të ardhmen. Kjo do të thotë se Gjykata Kushtetuese fare nuk ka mundur të marrë parasysh se çfarë ka qenë forma

dhe përmbajtja e marrëveshjes politike, e as kush dhe si është bërë president i Kosovës në vijim të zbatimit të marrëveshjes. Këto aspekte kanë qenë dhe janë objekt diskutimi i politikës kosovare, jo i Gjykatës Kushtetuese.

Të shohim, pra, në pak më shumë detaje, çfarë ka thënë Gjykata Kushtetuese e Kosovës me rastin e kontrollit abstrakt dhe preventiv (paraparak) të amendamenteve kushtetuese, të propozuara nga grupi i 30 deputetëve të Kuvendit të Kosovës, gjatë muajve mars dhe maj të vitit 2012.

Gjykata, në asnjë rast, nuk është marrë me anën politike të “çështjes Jahjaga”. Fjala ka qenë dhe është për kontroll kushtetues abstrakt dhe preventiv (paraparak) të amendamenteve kushtetuese, 11 (njëmbëdhjetë) sish, të propozuara në vitin e katërt të jetës së Kushtetutës së Kosovës. Ky Aktgjykim është i dyti i llojit të vet në praktikën e Gjykatës.<sup>88</sup> Është abstrakt dhe fare nuk lidhet me emër, me situatë konkrete apo me rrethana të rastit konkret dhe të pranishëm. Një qasje e tillë e Gjykatës del nga vetë dispozitat kushtetuese për kontrollin preventiv (paraparak) të propozim-amendamenteve kushtetuese. Këto dispozita mandatojnë Gjykatën që të ushtrojë këtë lloj kontrolli, duke pasur parasysh çdo herë vetëm Kapitullin II të Kushtetutës, u mor vesh, pa u kufizuar në mënyrë dogmatike vetëm në atë kapitull. Një kufizim i tillë është tërësisht i pamundur për shkak të, siç u tha më herët, asaj që në teorinë dhe në praktikën gjermane njihet si lidhje organizative dhe strukturore e dispozitave kushtetuese, të marra në tërësinë e tyre.<sup>89</sup> Kjo është krejt normale, nëse kihet parasysh teoria për “ADN”-në e secilës kushtetutë, pra teoria për dispozitat dhe për parimet e pandryshueshme që e përshkojnë çdo “qelizë” të tekstit kushtetues dhe vetë shpirtit (frymës) së tij.

Në vijim të ushtrimit të këtij juridiksioni, Gjykata u ndesh, *inter alia*, edhe me vlerësimin e amendamentit 10 (dhjetë), i cili propozonte që shefi aktual i shtetit kosovar të linte detyrën dhe të shkonte në shtëpi, domethënë të shkarkohej nga detyra nëpërmjet një amendamenti kushtetues të kësaj legjislature kosovare. Verdikti profesional i Gjykatës, i cili buron nga silogjizmi (subsumcioni) gjyqësor i propozim-amendamentit 10 (dhjetë) kundrejt tekstit në fuqi të Kushtetutës së Kosovës, tha se asnjë president, në asnjë rast dhe në asnjë rrethanë, nuk mund të mënjanohet nga detyra përveçse duke i ndjekur procedurat kushtetuese të parapara në nenin 91 të Kushtetutës së Kosovës.<sup>90</sup> Amendamenti në fjalë, siç u tha më herët, zvogëlonte

---

88 Rasti i parë i kontrollit abstrakt dhe preventiv (paraparak) i amendamenteve kushtetuese ka qenë pak para këtij që diskutohet këtu: më 15 maj 2012, Gjykata vendosi për kushtetutshmërinë e amendamenteve të propozuara kushtetuese me të cilat konstitucionalizohej fundi i mbikëqyrjes së pavarësisë, ashtu siç e kishte thënë Plani Ahtisari në dispozitat e tij.

89 Cf. fusnotën 48.

90 Neni 91.1 (“Shkarkimi i Presidentit”): “Presidenti i Republikës së Kosovës mund



të drejtat njerëzore nga Kapitulli II i Kushtetutës, jo të drejtat konkrete të presidentes aktuale të Kosovës.<sup>91</sup> Thënë shkurt, propozim-amendamenti 10 (dhjetë) në Kushtetutën e Kosovës cenonte (prekte) seriozisht “ADN”-në e Kushtetutës, pra jo të drejtat konkrete të shefit *ad hominem* të shtetit kosovar, domethënë të drejtat e presidentes Atifete Jahjaga. “Çështja e presidentes Jahjaga” ka ekzistuar shumë më herët para se 11 (njëmbëdhjetë) propozim-amendamentet të sillëshin në Gjykatë për vlerësim. Më konkretisht, ajo çështje ka filluar të ekzistojë që nga data e lidhjes së marrëveshjes politike, më 6 prill 2011. Gjykata nuk ka mundur të merret me implementimin *ad hominem* të dispozitave të asaj marrëveshjeje. Gjykata kushtetuese mbrojnë vetëm parimet dhe dispozitat e konstitucionalizmit bashkëkohor. Në rastin tonë, ato parime dhe dispozita, nëpërmjet Kapitullit II, përshkojnë tërë Kushtetutën e Kosovës, letrën dhe frymën e saj.

Kur Gjykata shikon nëse propozim-amendamentet cenojnë parimet dhe dispozitat e Kapitullit II të Kushtetutës, ajo e bën këtë duke pasur parasysh përmbajtjen e normës kushtetuese që propozohet, krahasuar me normën dhe me parimet kushtetuese ekzistuese që janë në fuqi. Në rastin konkret, ai propozim-amendament nr. 10 (dhjetë) synonte ndryshimin esencial të mandatit të shefit aktual të shtetit kosovar. Kjo nuk mund të ndodhte, vendosi Gjykata, për dy arsye. E para kishte të bënte me vetë natyrën e shefit të shtetit: në nenet 4.3 dhe 83 të Kushtetutës së Kosovës ai përfaqëson unitetin juridiko-kushtetues të popullit kosovar, si brenda ashtu dhe jashtë, dhe garanton funksionimin normal të institucioneve të sistemit. Kjo natyrë e shefit të shtetit nuk guxon të ndryshohet apo të ndërpritet për asnjë moment. Çdo largim i parakohshëm i shefit aktual të shtetit, jashtë procedurave dhe jashtë kushteve të parapara në nenin 91 të Kushtetutës, paraqet cenim të parimeve dhe të dispozitave për unitetin juridiko-kushtetues dhe të atyre që kanë të bëjnë me përfaqësimin e popullit të Kosovës, brenda dhe jashtë saj, si dhe me garantimin e funksionimit stabil të institucioneve të shtetit kosovar.

E dyta, në vijim sa më sipër, synimi për shkarkim nëpërmjet amendamentit, përveç që pengon qytetarët e Kosovës nga të qenit unik në pikëpamje juridiko-kushtetuese, të përfaqësimit të tyre (brenda dhe jashtë vendit), të garantimit të stabilitetit institucional shtetëror, ai, në të njëjtën kohë, cenon parimet dhe dispozitat konkrete të Kapitullit II të Kushtetutës. Ky cenim nuk ka të bëjë me të drejtat dhe me liritë njerëzore *ad hominem*. Synimi për cenim të parimeve dhe të dispozitave, sa më sipër, ka të bëjë me çdo president të

---

të shkarkohet nga Kuvendi nëse ai/ajo është dënuar për kryerjen e krimit të rëndë ose nëse ajo/ai nuk është i/e aftë për të ushtruar përgjegjësitë e këtij posti për shkak të sëmundjes së rëndë ose nëse Gjykata Kushtetuese ka përcaktuar se ajo/ai ka bërë shkelje të rëndë të Kushtetutës”.

Kosovës, sot dhe përgjithmonë. Sikundër mund të vërehet fare lehtë, Gjykata nuk ka mbrojtur *ad hominem* pozitën e presidentes aktuale, znj. Atifete Jahjaga, por formën dhe përmbajtjen e institucionit të kreut të shtetit kosovar, të paraparë me nenet 4.3 dhe 83 të Kushtetutës, kundrejt synimit antikush-tetues të propozim-amendamentit kushtetues nr. 10 (dhjetë). Ky propozim-amendament synonte që, në mënyrë krejt joprofesionale, të bënte agresion ndaj Kapitullit II të Kushtetutës në fuqi të Kosovës, i cili kapitull shërben si pikë themelore referimi me rastin e vlerësimit të kushtetutshmërisë së çdo propozim-amendamenti kushtetues.

U mor vesh, kjo nuk do të thotë se nuk ekziston një mënyrë kushtetuese për ta ndryshuar mandatin e kreut të shtetit. Në aspektin komparativ, ka pasur raste kur kjo ka ndodhur, pra kur është ndryshuar mandati i shefit të shtetit, ashtu sikundër që ka kushtetuta që e sanksionojnë një gjë të tillë. Rasti i parë ka ndodhur në Francë, në vitin 2000. Atë vit, francezët ndryshuan me amendament kushtetues mandatin e presidentit të atëhershëm francez nga 7 (shtatë) në 5 (pesë) vjet. Por, ky amendament hyri në fuqi dhe u zbatua vetëm për sa i përkiste presidentit tjetër që vinte, jo atij aktual. Kjo do të thotë se nuk u lejua apriori që amendamenti i ri, që ndryshoi mandatin e presidentit aktual francez, të kishte efekt retroaktiv si në rastin kosovar.<sup>92</sup> Nga kushtetutat që parashohin një gjë të tillë, vlen të theksohet Kushtetuta e Koresë së Jugut, e cila përcakton procedurat që duhet ndjekur në rastet kur ndryshohet mandati i kreut të shtetit, duke e bërë të qartë se ato ndryshime mund të vlejnjë vetëm për shefin e ardhëm të shtetit.<sup>93</sup> Është e qartë, pra, se gjyqësia kushtetuese, në asnjë rast, nuk mbron *ad hominem* askënd, por vetëm parimet dhe dispozitat kushtetuese që paraqesin esencën e konstitucionalizmit bashkëkohor.

---

92 Oliver Duhamel, "France's New Five – Year Presidential Term. BROOKINGS, 1 March 2001. Në internet, në këtë ueb-faqe: <http://www.brookings.edu/research/articles/2001/03/france-duhamel> (herën e fundit shikuar në nëntor të vitit 2012).

93 Kushtetuta e Koresë së Jugut, e 17 korrikut 1948, në nenin 128, iniciativa për ndryshim të saj, përcakton: "(2) Amendamentet në Kushtetutë për zgjatje të kohës së mandatit të Presidentit apo për lejimin e rizgjedhjes së tij nuk mund të hyjnë në fuqi për Presidentin në detyrë në kohën e parashtrimit të tyre". Komisioni i Venedikut këtë dispozitë e konsideron si një standard të mirë dhe si masë matëse për vlerësim të kushtetutshmërisë së amende-menteve kushtetuese që prekin mandatet e organeve kryesore të shtetit. Cf. Report on Constitutional Amendment, adopted by the Venice Commission at Its Plenary Session (Venice, 11-12 December 2009), paragrafi 145.

## Përfundim

Ky shkrim ka sqaruar në mënyrë shkencore, nga këndi komparativ kushtetues, rolin dhe pozitën e shefit të shtetit dhe mbrojtjen e tij nga shkarkimi jokushtetues nëpërmjet procesit të amendamentimit të kushtetutës në fuqi.

Në të drejtën kushtetuese komparative, shefit të shtetit i njihen dy role: roli përfaqësues dhe roli garantues. Roli përfaqësues mishërohet në shefin e shtetit si institucion personifikues i unitetit juridiko-kushtetues të popullit dhe i kontinuitetit juridiko-shtetëror. Si garantues, ndërkaq, shefi i shtetit paraqitet garant i funksionimit normal (të rregullt) të institucioneve dhe i stabilitetit të tyre. U mor vesh, këtu gjithnjë bëhet fjalë për një demokraci kushtetuese të tipit parlamentar.

Amendamentimi kushtetues paraqet një proces që ndodh në çdo shoqëri. Shpeshtësia (incidenca) e amendamentimit kushtetues varet nga shumë faktorë, prej gjatësisë së tekstit aktual kushtetues e deri te faktorët e tjerë që ndodhen jashtë tekstit në fjalë. Çështja e shpeshtësisë (incidencës) së ndryshimit të tekstit aktual kushtetues, megjithatë, nuk ka qenë objekt shqyrtimi i këtij shkrimi.<sup>94</sup> Ajo që u shqyrtua këtu ka të bëjë vetëm me një aspekt të procesit të amendamentimit kushtetues. Ai proces, që u shtjellua këtu, njihet si kontroll gjyqësor abstrakt dhe preventiv (paraprak) i propozim-amendamenteve kushtetuese. I njohur nga një numër mjaft i vogël i vendeve, përfshirë këtu Kosovën, ky kontroll nënkupton se vlerësimi i kushtetutshmërisë së amendamentit kushtetues bëhet para hyrjes së tij në fuqi.

Shumica e vendeve njohin vetëm kontrollin represiv të amendamenteve kushtetuese, pra, pasi ato të kenë hyrë në fuqi. E përbashkëta e kontrollit preventiv (paraprak) dhe atij represiv (pas hyrjes në fuqi) konsiston në atë se, në të dy rastet, vlerësimi bëhet duke kontrolluar nëse amendamentet kushtetuese cenojnë (prekin) parimet dhe dispozitat ekzistuese kushtetuese, të cilat nuk mund të amendamentohen. Në rastin e Kosovës, këto parime e dispozita, gjenden kryesisht në Kapitullin II të Kushtetutës, por edhe në parimet e në dispozitat e tjera të saj.

Në vijim të kontrollit abstrakt dhe preventiv (paraprak) të 11 (njëmbëdhjetë) amendamenteve të propozuara, Gjykata shpalli jokushtetues mbi 60 për qind të tyre. Pjesë e tyre ishte edhe amendamenti 10 (dhjetë), i cili kryesisht ishte objekt i këtij shkrimi. Më këtë rast, Gjykata ka bërë të ditur se është

94 Për një analizë komparative shkencore të shkaqeve që çojnë në amendamente të shpeshta kushtetuese Cf. Sanford Levinson (ed.), *Responding to Imperfection. The Theory and Practice of Constitutional Amendment* (Princeton University Press: Princeton, New Jersey, 1995).

jokushtetuese ndërprerja, nëpërmjet amendamentiit kushtetues, e mandatit kushtetues pesëvjeçar të shefit të shtetit kosovar, sot dhe përgjithmonë. Nuk ka rëndësi nëse ndërprerja bëhet nëpërmjet sanksionimit të zgjedhjeve të parakohshme “brenda gjashtë muajsh” apo “pas gjashtë muajsh”. Për Gjykatën Kushtetuese të Kosovës dhe për drejtësinë kushtetuese bashkëkohore, ndërprerja e mandatit të shefit të shtetit mund të ndodhë vetëm duke respektuar parimet dhe dispozitat kushtetuese në fuqi. Çdo rrugë tjetër, si kjo e synuar me propozim-amendamentin 10 (dhjetë), cenon Kapitullin II të Kushtetutës së Kosovës, vetë natyrën dhe pozitën e shefit të shtetit kosovar, si përfaqësues i unitetit juridiko-kushtetues, brenda dhe jashtë, dhe si garantues i funksionimit normal (të rregullt) të institucioneve shtetërore. Kjo është kështu për çdo shef shteti në demokracitë kushtetuese të tipit parlamentar.

Teoria dhe praktika për shefin e shtetit, si përfaqësues i unitetit juridiko-kushtetues të popullit dhe si garantues i funksionimit normal (të rregullt) të institucioneve të sistemit, ka filluar në Francë pas Revolucionit të vitit 1878, fillimisht e elaboruar nga Benjamin Konstanti. Në fakt, kjo teori u elaborua në një kontekst më të gjerë, në atë që ka të bëjë me natyrën dhe me pozitën e pushtetit konstitutiv të popullit, si sovran i ri që po dilte në skenë pas Revolucionit të vitit 1878. Tërë përpjekja e Benjamin Konstantit ka konsistuar në “juridifikimin” e këtij vullneti të pakontrolluar të popullit, si sovran i ri i sapodalë në skenë. Në kuadër të kësaj përpjekjeje, u krijua sintagma për monarkun si institucion, i cili “*regne et ne gouverne pas*”. Kështu ka besuar një pjesë fare e vogël e ithtarëve të teorisë politike dhe kushtetuese, përfshirë Karl Shmitin. Kjo, u mor vesh, nuk ka qenë e saktë, siç ka vërejtur me të drejtë Hans Kelsen në përgjigjen e tij Karl Shmitit. Pse? Sepse, siç thotë Kelsen, monarku ka qenë pjesë përbërëse e ekzekutivit (qeverisë). Përgjatë tërë shekullit XIX, e deri në Kushtetutën e Vajmarit, teoria dhe praktika provuan të kufizonin sa më shumë autorizimet ekzekutive të monarkëve të kohës. Kushtetuta e Vajmarit ishte përpjekja e fundit që synonte krijimin e një shefi të shtetit që “*regne et ne gouverne pas*”, mirëpo, pa ndonjë sukses të madh, për shkak të autorizimeve që dilnin nga dispozita e nenit 48 të saj. Ky nen nuk mundësonte që presidenti i Rajhut të ishte gardian i kushtetutës, sepse vetë ai paraqiste pushtetin ekzekutiv që rrinte mbi Rajhstagun dhe mbi të gjitha pushtetet e tjera. Shefi vajmarian i shtetit nuk mund të garantonte funksionimin normal (të rregullt) të institucioneve, sepse qëndronte mbi të gjithë. Autorizimet e ligjvënies dhe ato ekzekutive, nga neni 48 dhe nga nenet e tjera të Kushtetutës së Vajmarit, bënë që shefi i shtetit të mos përfaqësonte unitetin juridiko-kushtetues të popullit gjerman, por vetëm interesat momentale të pushtetit ekzekutivo-legjislativ, të cilat i posedonte sipas këtij neni. Me një fjalë, shefi vajmarian i shtetit nuk ka përfaqësuar as unitetin sociologjik dhe politik, siç besonte Karl Shmit, lëre më atë juridiko-kushtetues, siç e

mohonte në vazhdimësi Hans Kelsen. Kjo e fundit ka ndodhur dhe është sanksionuar vetëm me kushtetutat e demokracive kushtetuese të Evropës pas Luftës së Dytë Botërore.

Mbase, duket disi e çuditshme që, në këtë shkrim, sqarojmë se gjykatat nuk mbrojnë pozicionet apo të drejtat e liritë njerëzore *ad hominem*. Ky sqarim këtu, në fakt, bëhet si përgjigje ndaj diskursit të njëanshëm kosovar që mëtoi të kontestojë fuqinë juridike të Aktgjykimit të Gjykatës Kushtetuese të Kosovës në pjesën që i referohet shefit kosovar të shtetit. Vetë kontrolli preventiv (paraprak) i amendamenteve kushtetuese është deri në fund abstrakt. Ai i referohet çdo personi dhe çdo situatë në të ardhmen, kushdo qoftë ai dhe çfarëdo qofshin ato. Një gjykatë serioze dhe profesionale nuk guxon asnjëherë, në rastin e gjykimeve abstrakte të normës, të marrë parasysh argumentet *ad hominem*. Në gjykimet abstrakte të kushtetutshmërisë së normës, qoftë ajo normë ligjore apo kushtetuese, kjo qasje vjen më shumë në shprehje, se sa ajo me rastin e gjykimeve konkrete dhe kundërthënëse.

Prof. dr Enver Hasani

## **APSTRAKTNA I PREVENTIVNA (PRELIMINARNA) KONTROLA USTAVNIH AMANDMANA I ZAŠTITA ŠEFA DRŽAVE OD RAZREŠENJA DUŽNOSTI: SLUČAJ KOSOVA**

*Ovaj rad razjašnjava ulogu i položaj šefa države sa uporedne perspektive, kao i zaštitu ove ustavne institucije od neustavnog razrešenja preko ustavnih amandmana. Početna tačka rada je sprovođenje preventivne apstraktne kontrole jedanaest (11) predloženih ustavnih amandmana od strane Ustavnog suda. Sud je oglasio neustavnim više od šesdeset (60) posto predloga, uključujući i amandman deset (10), koji je glavni predmet izlaganja u ovom radu. Ovom prilikom Ustavni sud je razjasnio da je prevremeni prekid mandata šefa države donošenjem novih ustavnih amandmana neustavan. Ovim radom se naučno u potpunosti dokazuje da ne postoji nijedan ozbiljan sud koji bi uzeo u obzir ad hominem argumente u slučajevima koji se odnose na apstraktnu kontrolu zakona i ustavnih amandmana i koji bi i dalje mogao biti nazivan profesionalnim sudom.*

**Ključne reči:** *ustavna pravda; ustavna uloga šefa države; debata Hansa Kelsena i Karla Shmita; Ustavni sud Kosova.*

### **Uvod**

Polemika koja se je odvijala između dva svetska rata, 30-ih godina prošlog veka, između dva filozofa sa najvišim uticajem na polju prava i politike, Karla Shmita i Hansa Kelsena, bez ikakve sumnje dotiče teorijske i praktične temelje ustavne institucije koja se naziva šef države, njene forme i sadržaja. Ovo važi kako za predsednika republike tako i za monarha. Navedena debata je aktuelna i od važnosti i u današnjim danima i uvek, isto koliko je bila aktuelna i važna i u vremenu u kojem se je odvijala.

U stvari, važnost debate se na Kosovu svakim danom povećava u vreme kada se na svaki način pokušava stvoriti politička debata osporavanja poslednje odluke Ustavnog suda<sup>95</sup>.

„Shmitovci“ i „kelsianci“ kosovskog konteksta se ne ocrtavaju, a još manje se modeliraju, suprotno originalnim autorima navedene polemike, prema ideološkim, partijsko-političkim kriterijumima ili nekoj posebnoj ustavnoj doktrini. Nedostatak političko-ideološke i teorijsko-ustavne kosovske debate o „pitanju predsednika Jahjaga“ nije jedini; slična situacija, manje više, preovladava u javnom kosovskom diskursu kada se govori i o drugim pitanjima. Diskurs kojim se osporava navedena presuda Ustavnog suda se u potpunosti zasniva na neprofesionalnim kriterijumima i bez ikakvog poštovanja osnovnih profesionalnih pravila, koja važe kada se osporava određena odluka

---

95 Presuda u slučajevima KO29/12 i KO48/12, od 20. jula 2012. (ref. br.: AGJ284/12). Ova presuda, od strane onih koji je osporavaju, je neopravdano nazvana „odlukom Ustavnog suda o predsedniku Kosova, gđi Atifete Jahjaga“. Ipak moramo naglasiti da se presuda odnosi na apstraktnu i preventivnu (preliminarnu) kontrolu predloženih ustavnih amandmana na Ustav Republike Kosovo, koje je, saglasno članu 144. stav 1. a u vezi sa članom 113. stav 9. Ustava, predložila jedna četvrtina (1/4) poslanika Skupštine Republike Kosovo od 120 članova. Predsednik Skupštine, prema gore navedenim ustavnim odredbama, je jedini koji ima ustavno ovlašćenje da Ustavnom sudu uputi amandmane koje predlože ustavni subjekti iz člana 144. stava 1. Ustava, u cilju preventivne (preliminarne) kontrole njihove ustavnosti. Druga grupa, odbor za ustavne izmene, je sve vreme je težio da bude na čelu osporavanja pravno-ustavne snage ove presude. Takvo osporavanje je 25. septembra 2012. otišlo toliko daleko da su pokušana osporavanja samih odredaba članova 113. stav 9. i 144. stav 3. Ustava, koji daju mandat Ustavnom sudu da izvrši apstraktnu i preventivnu (preliminarnu) kontrolu ustavnosti svakog ustavnog amandmana predloženog na pravni način: komisija je izjavila da se o amandmanima koje je Sud oglasio neustavnim može glasati u Skupštini, bez obzira na to što je Sud više od 60 (šesdeset) odsto njih proglasio neustavnim. (Cf. Besnik Krasniqi, „Bajrami: Amandman 10 će biti stavljen na glasanje u Skupštini“, dnevni list „Koha ditore“, sreda, 26. septembar 2012., str. 2).

Preventivna (preliminarna) kontrola ustavnosti ustavnih amandmana se vrši pre nego se o njima glasa u Skupštini. Sud in abstractio ocenjuje da li predloženi amandmani umanjuju prava i slobode iz Poglavlja II Ustava. Skupština Kosova ne sme glasati o amandmanima koje je Sud oglasio neustavnim. Ovo se izričito propisuje u čl. 113. stav 9. i 144. stav 3. Ustava Kosova. O komparativnim praksama apstraktno i preventivne (preliminarne) ustavne kontrole ustavnih amandmana će biti više govoreno u daljem tekstu.

Kao što će se primetiti na samom početku, primarni cilj predlagača ovih amandmana je bila „konstitucionalizacija“ (davanje ustavne moći i legitimiteta) određenog političkog sporazuma koji je sklopljen u aprilu 2011. među glavnim akterima kosovske politike, sporazuma koji je izričito sankcionisao razrešenje šefa države Kosovo, sadašnjeg predsednika, gđe Atifete Jahjaga, putem ustavnog amandmana. Osim pomenutog, navedenim amandmanima je, u velikoj većini, pokušana konstitucionalizacija konjunktura momentalnog političkog interesa, koje su povezane sa ulogom i položajem sistema pravosuđa i sa položajem i prirodom nadležnosti vršioca dužnosti predsednika Kosova. Svi ovi napori su preduzeti imajući u vidu ponašanje prethodnog vršioca dužnosti predsednika, tokom perioda koji je prethodio izboru gđe Atifete Jahjaga za predsednika Kosova (septembar 2010. – april 2011.).

nepolitičkog i nezavisnog organa, kao što je Ustavni sud. U suštini, kao što se može primetiti, više se govori o diskursu odbijanja, koji *en generale* osporava rad Suda i koji za glavni cilj ima pokretanje debate *pro et contra* navedene odluke na opštekosovskom nivou. Međutim, ovaj cilj nije ni približno postignut zbog slabe moći argumenata na koje se oslanja. Kao glavni protagonisti ovog diskursa, sa jedne strane, su visoki zvaničnici glavne opozicione stranke na Kosovu, LDK (Demokratski savez Kosova), a sa druge, glavni članovi Odbora za ustavne promene, u kojem većinom dominiraju članovi stranke na vlasti, PDK (Demokratske partije Kosova).<sup>96</sup>

Kao što je poznato iz istorije ustavne teorije do debate Shmit – Kelsen je došlo kako bi se ustanovilo ko je, ili ko treba da bude garant Ustava. Tokom te početne debate bačeno je svetlo i na ulogu i važnost šefa države (većinom) u parlamentarnim demokratijama sa (većinom) republikanskim uređenjem. Veliki deo te debate se odnosio na šefa države, kao predstavnika jedinstva naroda, sa konceptualnim neslaganjem u odnosu na to da li je to jedinstvo socio-političko ili je samo isključive pravno-ustavne prirode. Prvi stav je izgradio i do kraja ga podržavao Karl Shmit, a drugi – Hans Kelsen. Ne postoji nikakva sumnja da je svetlost koju su ova dva autora usmerila, služila kao putokaz za teoriju i savremenu državnu praksu koja se bavi položajem i ulogom šefa države u ustavnim parlamentarnim demokratijama. U njihovim diskusijama o ulozi i ustavnom položaju šefa države, oni su, u suštini, pokrili pitanja koja predstavljaju same temelje ustavne demokratije i njene glavne činioce, kao što su: podela vlasti i vladavina prava, poštovanje ljudskih i manjinskih prava i demokratija<sup>97</sup>. Ovi aspekti navedene debate se takođe prikazuju tokom naših obrazlaganja o ovoj temi.

---

96 Ovaj odbor sam po sebi nije ustavan jer su ovlašćene strane za predlaganje izmena i amandmana samo Vlada, predsednik ili jedna četvrtina (1/4) poslanika Skupštine (član 144. stav 1. Ustava). Samo ovi subjekti, niko drugi, mogu predložiti amandmane i izmene Ustava.

Cilj ove komisije kako bi se pokazala kao stranka pred Sudom je prouzrokovao probleme proceduralne prirode i konfuziju. U odredbi člana 113. stav 9. Ustava, između ostalog, stoji: „Predsednik Skupštine Kosova mora da podnese predloženi (Ustavnom sudu – naša primedba) Ustavni amandman pre usvajanja istog na Skupštini, kako bi se osiguralo da predloženi amandman ne umanjuje prava i slobode garantovane poglavljem II ovog Ustava“. Dakle, stranka pred Sudom može biti samo predsednik Skupštine, per constitutionem, dok predlagači izmena i amandmana, prema članu 144. stav 1. mogu biti samo Vlada, predsednik ili jedna četvrtina (1/4) skupštinskih poslanika. Kao što je rečeno, ovaj odbor je osnovan ad hoc političkim sporazumom tri glavne političke snage: PDK (Demokratska partija Kosova), LDK (Demokratski savez Kosova) i AKR (Alijansa za novo Kosovo). Predsedavajući ovog odbora je iz stranke na vlasti, PDK, dok ostale stranke učestvuju prema političkoj snazi koju imaju.

97 O dubljem razmatranju glavnih tačaka ustavne debate K. Shmit – H. Kelsen, cf. Michael Stollies, *A History of Public Law in Germany: 1914-1945* (Oxford University Press: Oxford, 2004), posebno poglavlje 3 („Revolution, Weimar Constitution, and Versailles“) i poglavlje 5 („Quarrel Over Methods and the Crisis of the State“).



Koncept šefa države, kao predstavnika socio-političkog jedinstva kod Karla Shmita, je uveliko strukturiran i okončava se u osobi Firera, koji se nalazi na vrhu državne piramide kao otelotvorenje takvog jedinstva. Kod Hansa Kelsena, koncept je takođe uveliko strukturiran, međutim na drugačiji način i u drugačijem, u potpunosti suprotnom smeru, u odnosu na K. Shmita. Šef države kod H. Kelsena, predstavlja otelotvorenje pravno-ustavnog jedinstva naroda, dok se na vrhu državne piramide nalazi osnovna norma („*grund-norm*“), koju šef države treba da oživotvori zajedno sa drugim ustavnim institucijama. Dok je prva teorija u suštini diktatorska, druga predstavlja njenu suprotnost.

Protokom vremena druga teorija je postala sama srž onoga što je sada poznato kao teorija i praksa za ustavnu demokratiju. Tačnije, druga teorija, u odnosu na prvu, koja je postavila temelje iracionalnog razmišljanja nacističke diktature, je služila kao osnova za teoriju i praksu modernog konstitucionalizma koji se uveliko razvio nakon II Svetskog Rata.

Kao što je navedeno, u slučaju Kosova se, u suštini, suočavamo sa nemogućnošću održavanja i pokretanja ozbiljne političke i dobro argumentovane debate u naučnim i intelektualnim pojmovima. Umesto toga, nakon navedene odluke Suda je došlo do osporavajućeg diskursa, na prvi pogled sporadičnog, u kojem se kao glavni protagonisti prikazuju visoki zvaničnici LDK-a, kao najveće opozicione stranke, kao i članovi ustavnog odbora. Sa druge strane, na ojačan i na svaki način je pokušavano da se Ustavni sud prikaže kao deo ovog diskursa. Sud, razume se, ne može da prihvati takav „poziv“ i zbog činjenice da je u presudi od više od četrdeset stranica istrošio svoj celokupni teorijsko-ustavni stručni i praktični arsenal, u cilju zaštite vrednosti i načela zapadnog konstitucionalizma, koja su izražena u svakoj odredbi Ustava Kosova.

Pitanje o kojem se diskutuje u ovom radu, pokrenuto je nakon apstraktne i preventivne (preliminarne) kontrole ustavnosti 11 (jedanaest) amandmana koje je predložila grupa poslanika Skupštine Kosova. Sud vrši ovu nadležnost *per constitutionem*, svaki put kada postoje predlozi za izmenu Ustava, shodno članu 144. Ustava. Ovaj proces izmene je bio deo ranijeg političkog sporazuma glavnih političkih snaga. Potreba za izmenom se međutim primetila kada je u veoma kratkom vremenskom periodu (septembar 2010. – april 2011.) sud „oborio“ dva kosovska predsednika, prateći zaštitu načela, vrednosti i ustavnih normi koje se odnose na ulogu, položaj i prirodu institucije predsednika Republike<sup>98</sup>. Ovo znači da se, ne razumevajući osnovu događaja i dešavanja koja se nadovezuju na dve presude o dva bivša predsednika Kosova, ne može se razumeti suština odluke o kojoj se diskutuje ovde i koja se odnosi na apstraktnu i preventivnu (preliminarnu) kontrolu 11 (jedanaest)

predloženih ustavnih amandmana na Ustav Republike Kosovo. Jedan deo ovih predloženih amandmana se odnosio na način i vreme izbora budućeg predsednika Kosova. Upravo ovaj deo, odnosno predlog amandmana 10 (deset), koji se odnosio na proglašavanje prvih predsedničkih izbora na Kosovu, dramatisovan je u javnosti, ostavljajući u senci druge, veoma važne aspekte presude. Stvoren je diskurs, na prvi pogled u potpunosti spontan, ali u suštini u potpunosti planiran i maliciozan, koji se otvoreno oslanja na legitimnost ustavne teorije i prakse o socio-političkom jedinstvu naroda i dominaciji većine nad drugima. Kao takav, ovaj sporni diskurs se prožima kroz sve aspekte ustavne demokratije i ne ograničava se samo na važnost, ulogu i položaj šefa države Kosovo.

Presuda Ustavnog suda, kojom se proglašava neustavnim 60 (šesdeset) odsto 11 (jedanaest) predloženih amandmana, je predmet razmatranja u prvom delu ovog rada. Ovaj deo prati drugi deo, čiji je naslov na francuskom jeziku, jer je kao takav korišćen prvi put od strane Benjamina Konstana i drugih autora iz XIX v. Dakle, ovim konceptom „*il regne et ne gouverne pas*“ („Šef države je poglavar, ali ne upravlja“) je želeo razjasniti da takozvana *pouvoir neutre et intermediaires* („Neutralna i posrednička ovlašćenja“) šefa države u ustavnim parlamentarnim demokratijama, istorijski, ne postoje kako bi se stvorila druga vlast u odnosu na izvršnu, zakonodavnu i sudsku. Nasuprot tome, ta ovlašćenja služe kako bi se omogućilo trećoj strani, šefu države, da uravnoteži druge vlasti, garantujući mirno i normalno funkcionisanje ustavnih institucija<sup>99</sup>. Ova ovlašćenja određuju sadržaj sintagme na francuskom jeziku „*il regne et ne gouverne pas*“. Ona, u suštini, predstavljaju samu srž položaja, uloge i važnosti koju šef države ima u sistemu upravljanja koji se naziva ustavna demokratija.

Treći deo se prirodno nadovezuje i dotiče se srži aktuelnog diskursa kojim se osporava presuda Suda o 11 (jedanaest) predloženih ustavnih amandmana. U našem obrazlaganju ovde, kao što je i Sud učinio, ne bavimo se i ne govorimo *ad hominem* o sadašnjem šefu države Kosovo. Naš rad u potpunosti teži da bude akademski i stručan i kao primarni cilj ima odbranu institucije šefa države, u današnjem kosovskom kontekstu i u svetlu uvek aktuelne i

99 Ova uloga šefa države postoji i sankcionisana je u svim evropskim zemljama, izuzev Francuske, koja ima polupredsednički sistem, u kojoj šef države ima veliko učešće u izvršnoj vlasti zemlje. Kosovo nije izuzetak u ovom smislu. Odredbe čl. 4. (stav 3.) i 83. veoma jasno iznose navedeno:

Član 4. stav 3. (Oblik vladanja i podela vlasti): „Predsednik Republike Kosovo predstavlja jedinstvo naroda. Predsednik Republike Kosovo je legitimni predstavnik unutar i van zemlje, koji garantuje demokratsko funkcionisanje institucija Republike Kosovo, u saglasnosti sa ovim Ustavom“.

Član 83. (Položaj predsednika): „Predsednik predstavlja vrhovnu vlast države i jedinstvo građana Republike Kosovo“.

naučne debate Shmit – Kelsen. Ova izneta odbrana važi za sve situacije i sva vremena u kojima se može naći određeni šef države, pod rizikom neustavnog razrešenja putem izmene teksta postojećeg Ustava.

Zajednička misija ustavne pravde i teorije se sastoji od zaštite načela i vrednosti ideologije modernog zapadnog konstitucionalizma. Svaka argumentacija *ad hominem* određene ustavne institucije je strana za moderni konstitucionalizam i ustavnu teoriju, kao što se može primetiti u četvrtom, poslednjem delu ovog rada.

Naši zaključci poštuju duh obrazlaganja tokom ovog teksta i tečno odražavaju zaključke svakog od četiri dela ovog rada.

## I. Istorijat jedne odluke, njena forma i sadržaj

Gore navedena odluka, koja je predmet analize u ovom delu, ima formu presude. Njoj je prethodio određeni politički proces, do kojeg je došlo nakon odluke Ustavnog suda od 30. marta 2011. kojom je izbor g. Behgjeta Pacollija za predsednika Kosova u Skupštini Republike oglašen neustavnim<sup>100</sup>. Sud nije dao retroaktivnu snagu odluci u „slučaju Pacolli“ priznajući time sva dela i radnje koje je g. Pacolli obavio u svojstvu bivšeg predsednika Kosova. Ovim pristupom Sud je potvrdio dominantnu savremenu ustavnu teoriju i praksu, koja šefu države priznaje pravo pravno-ustavnog identifikovanja sa državom, kako unutar tako i van zemlje. Nema nikakve važnosti ko vrši tu funkciju *ad hominem*: ozbiljna država si ne sme dozvoliti da ni na jedan momenat prekine svoj institucionalni život, život koji se, između ostalog, oživotvorava i personifikuje u ličnosti šefa države<sup>101</sup>. Ovo znači da šef države

100 Slučaj KO29/11. Sabri Hamiti i drugi poslanici: Ocena ustavnosti odluke Skupštine Republike Kosovo, br. 04-V-04, u vezi sa izborom predsednika Republike Kosovo, presuda od 22. februara 2011. god.

101 Kod Hansa Kelsena ovo personifikovanje se nadovezuje sa kategorijom atribucije (pripisivanja). Prema njemu, svaki akt koji se može atribuisati (pripisati) šefu države je državni akt. Isto važi i za akte nosilaca drugih javnih ustavnih ovlašćenja. Ova teorija je razrada koju je pokrenuo poznati nemački pravnik Georg Jelinek, što potvrđuje i sam Hans Kelsen. Georg Jelinek je prvi govorio o pravnom kontinuitetu države, koji se realizuje delovanjem drugih organa. Pre vremena Napoleona, odnosno u vreme od Vestfalskog mira (1648.) do Francuske revolucije 1878, debate o državnom subjektivitetu su bile usredsređene na pravno-međunarodni subjektivitet države. Tek nakon Francuske revolucije i kasnije, je pokrenuta debata o pravno-ustavnom subjektivitetu države i njegovim posledicama na unutrašnji ustavni poredak. Cf. Clemens Jabloner, Hans Kelsen: Introduction. U: Arthur J. Jacobson I Bernhard Schlink (eds.), Wiemar. A Jurisprudence of Crisis (University of California Press: Berkeley I Los Angeles, 2000) str. 67-76; Hans Kelsen, „Legal Formalism and the Pure Theory of Law“. u Arthur J. Jacobson I Bernhard Schlink (eds.), Wiemar. A Jurisprudence of Crisis, str. 77-84; Hans Kelsen, General Theory of Law and State (The Lawbook Exchange, LTD.: Clark, New Jersey, 2009), str. 181-207; Janne Elisabeth Nijman, The Concept of International Legal Per-

preživljava socio-političke promene koje se dešavaju u državi jer predstavlja otelotvorenje same suštine državno-pravnog kontinuiteta.

Teorija preživljavanja promena od strane šefa države je poznata i razrađena od strane Benjamina Konstana, u njegovim razmatranjima i razmatranjima drugih autora u XIX v. u kontekstu ustavnih monarhija tog vremena. Ta razrađivanja su se odnosila na razjašnjavanje uloge i važnosti monarha, kao šefa države u evropskim monarhijama tokom i nakon Napoleonovog vremena<sup>102</sup>. Ovaj aspekt prikazivanja šefa države u državnom i pravnom kontinuitetu je sankcionisao i obradio Sud u presudi u slučaju bivšeg predsednika Behgjeta Pacollija, priznajući kao važeći i sa ustavnom snagom i nadležnošću svaki akt i svako delo koje je on preduzeo. Istom presudom Sud je vratio predsednika Skupštine na mesto vršioca dužnosti šefa kosovske države, ne ostavljajući time ni na jedan momenat ikakav pravno-ustavni vakuum u funkcionisanju institucije predsednika Kosova<sup>103</sup>. Nakon navedene presude u „slučaju Pacolli“ otvoren je put za izbor novog šefa države, imajući uvek u vidu potpuno poštovanje ustavnih odredaba o izboru nosioca navedene institucije.

Konstatacija Suda, kojom je oglašena neustavnom odluka Skupštine o izboru g. Pacollija za predsednika Kosova, je imala u vidu tri vrste ustavnih posledica: prvo, on je bio predsednik, dok se njegova dela i akti, koje je vršio tokom duže od jednog meseca, atribuišu (pripisuju) njemu i samo njemu; drugo, njegov izbor je bio neustavan i, sledstveno tome, prilikom izbora drugog šefa kosovske države treba poštovati Ustav do kraja; i treće, vraćanjem predsednika Skupštine na položaj vršioca dužnosti šefa kosovske države je jasno pokazano da Kosovo niti jednog momenta nije živelo bez svog poglavara države.

Nekoliko dana nakon presude Ustavnog suda, kojom se porekla ustavnost odluke Skupštine o izboru g. Behgjeta Pacollija za predsednika Kosova, glavne političke snage u zemlji su postigle politički sporazum, čiji je primarni cilj bilo prevazilaženje stvorene političke krize. Ovaj sporazum je postignut 6. aprila 2011. i potpisan od strane premijera Kosova, g. Hashima Tačija, u ime PDK, prof. Ise Mustafe, u ime LDK, najveće opozicione partije, i bivšeg

---

sonality: An Inquiry Into the History and Theory of International Law (T.M.C. Asser Press: The Hague, 2004), posebno poglavlje 2 („Historical Introduction: Leibniz and the Emergence of the Concept of ILP“) i poglavlje 3 („Demystifying the ILP: Brierly, Kelsen and Scelle“).

102 Cf. Biancamaria Fontana (ed), Benjamin Constant: Political Writings (Cambridge University Press: Cambridge, 2010) str. 171-328.

103 Behgjet Pacolli je izabran za predsednika Kosova 22. februara 2011. i obavljao je tu funkciju do 30. marta 2011, kada je Ustavni sud ustanovio da je došlo do kršenja Ustava prilikom njegovog izbora i sledstveno tome je poništio, bez retroaktivnog dejstva, odluku Skupštine, br. 04-V-04, od 22. februara 2011, u vezi sa izborom predsednika Republike Kosovo.

predsednika Kosova, g. Behgjeta Pacollija, u ime AKR, kao partije koalicije na vlasti. Ovim sporazumom, strane potpisnice, u ime obaveznosti postavljanja interesa zemlje iznad svojih interesa, su se dogovorile kao što sledi:

- da predlože gđu Atifete Jahjaga kao zajedničkog kandidata za predsednika Republike Kosovo;
- da se počne sa izmenama Ustava i Zakona o opštim izborima, kako bi one odražavale novi koncept direktnih izbora za predsednika Republike, uz sve izmene u položaju i ulozi predsednika Republike, koje mogu proisteći iz primene načina izbora šefa države;
- da prvi izbori za predsednika Republike budu organizovani ne kasnije od šest meseci od dana kada stupe na snagu neophodne ustavne i zakonske izmene; i konačno,
- da opšti izbori, prema izmenjenom Zakonu o opštim izborima i odgovarajućim amandmanima, budu organizovani ne kasnije od 18 meseci od stupanja na snagu ovih ustavnih i zakonskih amandmana.

Sutradan, 7. aprila 2011, Skupština Kosova je usvojila rezoluciju kojom je potvrđen postignuti sporazum<sup>104</sup>. Tom rezolucijom Skupštine politički sporazum je u potpunosti potvrđen. Štaviše, to je učinjeno parafrazirajući u potpunosti celokupni tekst sporazuma. Ipak, moramo reći da postoji suštinska razlika među njima. Ta razlika se sadrži u činjenici da u poslednjem pasusu rezolucije stoji da se podrška političkog sporazuma vrši u potpunosti na osnovu Ustava Republike Kosovo.

Ovo je bio razvoj događaja i sam politički kontekst kada je Skupština izglasala gđu Atifete Jahjaga za predsednika Kosova 7. aprila 2011. Ona je izabrana u prvom krugu<sup>105</sup>. Nedugo nakon ovoga, Skupština je osnovala dva odbora koji su bili predviđeni političkim sporazumom, i to: Odbor za ustavne izmene i Odbor za odgovarajuću izmenu Zakona o opštim izborima na Kosovu<sup>106</sup>. Predsednik Skupštine, dr Jakup Krasniqi, je istog dana skrenuo pažnju na neustavnost odbora, ukazujući da su oni bili isključivo političke prirode. Dr Jakup Krasniqi je otišao i korak dalje, kada je rekao da se njihovim osnivanjem u stvari krši Ustav Kosova. Međutim, ovu njegovu reakciju nisu prihvatili

---

104 Rezolucija Skupštine Kosova br. 04-R-02 od 7. aprila 2011, kojom je potvrđen politički sporazum postignut 6. aprila 2011. Rezolucija je usvojena sa 75 glasova za, 2 uzdržana i 1 glasom protiv.

105 Odluka Skupštine Republike Kosovo, br. 04-V-11, od 7. aprila 2011, o izboru predsednika Republike Kosovo.

106 Odluka Skupštine Republike Kosovo br. 04-V-12, od 22. aprila 2011, o osnivanju Odbora za izmenu Ustava Republike Kosovo, i odluka Skupštine Republike Kosovo. 04-V-13, od 22. aprila 2011. o osnivanju Odbora za izmenu Zakona o opštim izborima u Republici Kosovo.

kosovski poslanici koji su glasali za osnivanje oba navedena odbora<sup>107</sup>.

Odbor za izbornu reformu nije imao konkretnih rezultata do pisanja ovog rada (novembar 2012.): on je prekinuo rad usled političkih nesuglasica između stranaka na vlasti i onih u opoziciji<sup>108</sup>. Drugi odbor, Odbor za ustavne amandmane, uspeo je da u martu ove godine podnese svoj nacrt predsedniku Skupštine Kosova. Kao što je navedeno i iznad, prema članu 113. stav 9. Ustava, predsednik Skupštine ima ustavnu obavezu da svaki amandman Ustava podnese Sudu na apstraktnu i preventivnu (preliminarnu) ustavnu kontrolu. Podrazumeva se, predsednik Skupštine, kao ovlašćena strana pred Sudom, podnosi amandmane samo u slučajevima kada su oni predloženi u saglasnosti sa članom 144. stav 1. Ustava. U konkretnom slučaju ovo podrazumeva da za te predložene amandmane treba da postoje potpisi najmanje 30 poslanika Skupštine Kosova.

Kontrola koju sprovodi Sud je apstraktna i preventivna (preliminarna) kontrola. Ona se sastoji od ocene da li neki od predloženih amandmana umanjuje prava i slobode zagarantovane Poglavljem II Ustava Kosova. Odredba člana 113. stava 9. Ustava predstavlja kosovsku verziju onoga što se u uporednoj ustavnoj praksi identifikuje različitim imenima, kao što su: „klauzula večnosti“ (eternity clause), „ustavna odredba koja se ne može menjati („unamendable constitutional provisions“), „neustavni amandmani ustava“ („unconstitutional constitutional amendments“), „apsolutno ukorenjene odredbe“ („absolutely entrenched provisions“) itd. Ova pitanja će kasnije još jednom biti razmatrana, u poslednjem delu ovog rada. Ovde je dovoljno reći da se kao takve ove ustavne odredbe i načela mogu naći u mnogim ustavima u svetu, dok je njihovo poreklo u nemačkoj teoriji i praksi. Sam njihov koncept je proizašao iz misli Karla Shmita, u njegovoj analizi o legalnosti i legitimitetu Vajmarskog Ustava. Nemačka teorija i praksa, nakon II Svetskog Rata, ponovo je, na njegov predlog, prihvatila uvođenje ovog koncepta u Osnovni zakon Nemačke (1949.)<sup>109</sup>.

107 Dr Jakup Krasniqi, „O mandatu predsednika neka govore Thaçi, Mustafa i Pacolli“, dnevni list „Epoka e re“, ponedeljak, 6. jul 2012, str. 4-5 (intervju).

108 Odborom za izbornu reformu, kako je bio poznat u javnosti, predsedavao je dr Haki Demolli iz LDK-a. Rad je prekinut krajem avgusta 2012. jer „nije postojala volja od strane potpisnika političkog sporazuma za primenu istog i rezolucije Skupštine, kojom je potvrđen politički sporazum o održavanju prevremenih predsedničkih izbora, kao što je bilo predviđeno u ova dva dokumenta“. Izjava dr Hakije Demollija, predsednika Odbora, data autoru ovih rediva 24. novembra 2012.

109 Ovde govorimo o članu 79. stavu 3. Osnovnog zakona Federalne republike Nemačke. Ova odredba Osnovnog zakona Nemačke propisuje sledeće: „(Izmena Osnovnog zakona): (1) Ovaj Osnovni zakon može biti izmenjen samo određenim zakonom koji izričito menja ili dopunjuje tekst istog. U slučaju međunarodnih traktata o miru, pripremi mira, postepenom okončanju okupatorskog režima ili kada se planira promovisanje zaštite Federalne Republike Nemačke, biće dovoljno ukoliko se navede da odredbe ovog Osnovnog zakona

Ukoliko ne bi postojala ova odredba člana 113. stava 9. u Ustavu Kosova, kojom se omogućava apstraktna i preventivna (preliminarna) kontrola svakog ustavnog amandmana pre podnošenja istog na usvajanje u Skupštini, nešto što ne postoji u mnogim zemljama u svetu<sup>110</sup>, sigurno da ne bi postojao ni aktuelni kosovski diskurs kojim se teži poreći pravno-ustavna vrednost i snaga gore navedene odluke Ustavnog suda. Ova odluka, kao što je navedeno, se pogrešno smatra kao „odluka Ustavnog suda o predsedniku“, ili „odluka koja je predsedniku Atifete Jahjaga dala pun petogodišnji mandat“<sup>111</sup>. U poslednjem delu teksta ćemo izvršiti punu analizu ovog zatvorenog i nestručnog diskursa u odnosu na sadašnje stanje ustavne teorije i prakse u naprednim zemljama zapadnog sveta. Za sada je dovoljno da uopšteno iznesemo formu i sadržaj odluke.

Navedena odluka je meritorna odluka i, posledično tome, ima formu presude. Kao takva, presuda predstavlja meritorni odgovor Suda, u okviru ovlašćenja zasnovanih na članu 113. stav 9. i članu 114. stav 3. Ustava. Ova ovlašćenja, koja se u konkretnom slučaju razrađuju u ovom radu i koja su bila predmet presude, odnose se na apstraktnu i preventivnu (preliminarnu) ustavnu kontrolu 11 (jedanaest) predloženih amandmana na Ustav Kosova. Oni nose autorski potpis jedne četvrtine (1/4) poslanika Skupštine, ali istovremeno reflektuju pojačanu težnju Odbora za izmenu ustava za autorskim pravima<sup>112</sup>.

---

ne onemogućuju sklapanje i stupanje na snagu takvog međunarodnog traktata i ukoliko se ovakvo objašnjenje unese u tekst novog zakona kojim se menja ovaj Osnovni zakon; (2) Svi ovakvi zakoni se usvajaju dvotrećinskom većinom članova Bundestaga i dve trećine glasova Bundesrata; (3) Nije dozvoljeno menjanje Osnovnog zakona kojim se dotiče podela Federacije na landove-države, učešće landova u zakonodavnom procesu, kao i one koje se odnose na načela navedena u čl. 1. i 20.“

Osim Nemačke, slične odredbe postoje širom Evrope (Norveška, Italija, Francuska, Turska), u Africi (Južna Afrika, Maroko), Aziji (Indija), Južnoj Americi (Čile) itd.

110 Preventivna kontrola, kao u slučaju Kosova, je retka i postoji samo u nekoliko zemalja, kao što su Azerbejdžan, Kirgizija, Moldavija, Turska i Ukrajina. Cf. Komparativnu analizu Venecijske komisije: Report on Constitutional Amendment, Adopted by The Venice Commission at Its Plenary Session (Venecija, 11.-12. decembar 2009.). Na internetu ga možete naći na adresi: [www.venice.coe.int](http://www.venice.coe.int), pod sledećim oznakama: CDL-AD (2010) 001 Study No. 469/2008, Strasbourg, 19 January 2010. O teorijskim aspektima preventivne kontrole ustavnih amandmana, Cf. Kemal Gozler, Judicial review of Constitutional Amendments. A Comparative Study (EKIN PRESS: Bursa, 2008); Gary Jeffrey Jacobsohn, "An unconstitutional constitution? A comparative perspective". Int'l J Con Law, Vol. 4 no. 3 (Jul 2006.).

111 „Prevremeni predsednički izbori zavise od Jahjage“, dnevni list „Koha ditore“, 7. jul 2012, subota, str. 1 i 3; „Jahjaga: Vidimo se na predsedničkim izborima 2016.“, dnevni list „Bota sot“, 7. jul 2012, subota, str. 1 i 4-5; „Ustavni sud se oglasio: Predsednik ima petogodišnji mandat“, dnevni list „Epoka e re“, 7. jul 2012, subota, str. 1 i 4-5; „Pun predsednik“, dnevni list „Express“, 7. jul 2012, subota, str. 1 i 4-5; „Jahjaga još četiri godine predsednik“, dnevni list „Žeri“, 7. jul 2012, subota, str. 1-2.

112 Član 144. stav 3. Ustava (Amandmani): „Izmene ovog Ustava se mogu usvojiti

Kao što je izneto ranije, prema članu 144. stav 1. Ustava, za izmenu Ustava je potrebna najmanje jedna četvrtina (1/4) od ukupnog broja poslanika, najmanje 30. Odbor za izmenu ustava ne predstavlja ovlašćenu ustavnu stranu za predlaganje amandmana na Ustav Kosova<sup>113</sup>.

Presuda ima više od četrdeset strana sa 276 pasusa, ne računajući ovde operativni deo (izreku). Izreka ima 5 suštinskih pasusa. Uprkos ovom obimu, u javnom diskursu koji jednostrano sprovodi LDK, kao opoziciona stranka, kao i članovi ustavnog odbora, napadana je i uopšteno je govoreno samo o tekstu u pasusu 255 presude<sup>114</sup>. Sud je u ovom pasusu podvukao da očekivanja kosovskih građana nisu ona koja proizilaze iz političkog sporazuma kojim su se, između ostalog, tražili prevremeni izbori, nego su ona koja proizilaze iz odluke Skupštine o izboru predsednika Jahjaga (na sledećih pet godina). Sud je dao apsolutnu prednost očekivanjima građana, koja proizilaze iz jednog ustavnog tela, Skupštine Kosova, koje je izabralo gđu Atifete Jahjaga za predsednika Kosova<sup>115</sup>. Takva očekivanja građana su transcendentna i prevazilaze momentalne političke konjunktore, koje su uzete u obzir u političkom sporazumu. Očekivanja, koja presuda priznaje, se odnose na ulogu i položaj predsednika Kosova kao legitimnog predstavnika zemlje, u i izvan nje, i garanta demokratskog funkcionisanja ustavnih institucija Kosova. Ovo je duh i slovo Ustava. Oспорavanje snage presude, u ovom delu, je učinjeno na veoma uprošćen način, rečima i argumentima koji se uopšte ne odnose na ustavnu teoriju i praksu zapadnih zemalja, zemalja kojima bez ikakve sumnje teži Kosovo i njen Ustav.

Pasusi 247 – 271 presude, koji se odnose na predsednika Republike, kao i ostali delovi, iznose opširno i stručno obrazloženje. U njima se objašnjava

---

od strane Skupštine samo ukoliko je Predsednik Skupštine Kosova predložio amandman Ustavnom sudu, kako bi se osiguralo da predloženi amandman ne umanjuje prava i slobode garantovane poglavljem II ovog Ustava“.

113 Član 144. Stav 1. Ustava (Amandmani): „Vlada, Predsednik i jedna četvrtina (1/4) poslanika Skupštine Kosova, mogu predložiti izmenu i amandmane Ustava na osnovu uredbe o radu Skupštine.“.

114 Paus 255: „U slučaju sadašnjeg predsednika Republike ovo znači da je celokupno stanovništvo Kosova imalo očekivanja da će im ona biti predsednik sledećih pet (5) godina. Dakle, skraćivanje ovog mandata, kao što je predloženo amandmanom br. 10, lišilo bi narod Kosova njihovog legitimnog predstavnika i garanta, u ranije vreme nego što su oni verovali“.

115 U emisiji KTV-a, „Rubikon“, 2. oktobra 2012, šef LDK-a, g. Isa Mustafa je izjavio: „kada smo sklopili politički sporazum svi smo znali da su njegove odredbe neustavne, jer je mandat predsednika pet (5) godina“. G. Mustafa je rekao da ne vidi ništa loše u presudi Suda u tom smislu. Ono što je g. Mustafa osporio, u ovom javnom izlaganju, se je odnosilo na činjenicu da „Sud treba da zna da je celom Kosovu bilo jasno da smo se političkim sporazumom dogovorili da gđa Jahjaga ima privremeni a ne petogodišnji mandat“, emisija „Rubikon“ sa Adriatikom Keljendijem, na televizijskom programu KTV-a (Koha Vizion), 2. oktobra 2012. (20.00 časova).



uloga, položaj i važnost šefa države, kao garanta i personifikacije pravno-ustavnog i državnog jedinstva celog kosovskog društva (podrazumeva se kao suverene i nezavisne države). Suštinom osporavajućeg, u potpunosti političkog, diskursa se kosovskoj javnosti, između ostalog, težilo predstaviti da „Atifete Jahjaga ne predstavlja kosovski narod i, sledstveno, Sud nije mogao znati ko je politički predstavnik kosovskog naroda“<sup>116</sup>. Osim u odnosu na ovaj pasus, nikada nisu postojale kritike prema drugim delovima presude. Sud, ni u jednom pasusu, a još manje u pasusu 255, nije rekao da predsednik Jahjaga predstavlja političko jedinstvo naroda. Ovo nije nikakav izum, pošto je opštepoznato da gospođa predsednica Atifete Jahjaga nikada nije predstavljala bilo koju političku snagu. Čak i da ona predstavlja određenu političku snagu, nije na Sudu da se bavi aspektima zastupanja sociološkog i političkog jedinstva naroda od strane šefa države. Ovo bi predstavljalo apsurd *par excellence* za predsednički sistem kao što je u SAD-u, gde šef države ima izvršnu moć i maksimalno predstavlja prosek američkih građana, a kamoli za ustavnu parlamentarnu demokratiju kao što je Kosovo.

Debata Shmit – Kelsen se usredsređuje upravo na to ko zastupa jedinstvo naroda, socio-političko ili pravno-ustavno jedinstvo. Ova debata je bila od velike važnosti u vreme kada se je odvijala, isto koliko je i danas na Kosovu i gde god do nje može doći. Dok je Karl Shmit u šefu države video otelotvorenje socio-političkog jedinstva naroda, Hans Kelsen i drugi izvorni autori, koje se smatra ustavnom demokratijom, nisu imali nimalo sumnje da ne može postojati nikakva institucija koja može personifikovati takvo socio-političko jedinstvo. Ovo važi kako za praksu najsurovijih diktatura staljinističkog ili hitlerskog tipa, tako i za najnaprednije demokratije ustavnog predsedničkog

116 Debata je u početku pokrenuta prostim besadržajnim rečima da „odluka Suda nije stručna“. Ovakva vrsta „diskusije“ se nastavila veoma jakim intenzitetom od objavljivana odluke i dalje se na nekim mestima pokušava održati „u životu“ od strane ustavnog odbora.

U javnosti, kao i u akademskim krugovima, nije postojala nikakva debata ovakvog uprošćenog pristupa navedenoj odluci. Delimična i periodična podrška je dolazila od laika i kosovske publicistike, bez ikakve naučne vrednosti. Cf. „Predsednik ustavnog odbora, Arsim Bajrami osporava odluku Ustavnog suda u vezi amandmana o izboru predsednika“, dnevni list „Koha ditore“, 7. jul 2012, subota, str. 1 i 3; „Skupština sa protivustavnom rezolucijom“, dnevni list, 8. jul 2012, nedelja, str. 1 i 3; Riza Smaka, „Odluka je bila korektna“, dnevni list „Epoka e re“, 9. jul 2012, ponedeljak, str. 7; „LDK se oseća izdatom od strane Thačija, AKR polaže nade u volju predsednika“, dnevni list „Koha ditore“, 10. jul 2012, utorak, str. 2; „Ustavni sud: Ceo narod se nada da Jahjaga bude 5 godina na čelu“, dnevni list „Koha ditore“, 21. jul 2012, subota, str. 3; Halil Matoshi, „Ustavni populizam i Zarifa [p.p.: Koverta]“, dnevni list „Koha ditore“, 25. jul 2012, sreda, str. 10; Sokol Bylykbashi, „Politički Ustavni sud“, dnevni list „Tribuna shqiptare“, 19. avgust 2012, sreda, str. 13; „Ustavni sud i odbor za promenu Ustava u sukobu u vezi sa amandmanima koji se odnose na predsednika“, dnevni list „Koha ditore“, 29. avgust 2012, sreda, str. 1 i 3; „Napadaju sud“, dnevni list „Express“, 29. avgust 2012, sreda, str. 6; „Skupština u nevolji sa neustavnim amandmanima“, dnevni list „Koha ditore“, 11. avgust 2012, utorak, str. 1 i 3.

sistema, tipa SAD-a.

Sada se postavlja pitanje: zašto je došlo do ovog osporavajućeg diskursa prema odluci Suda, ograničenog na dvoje-troje osoba, toliko političkog i toliko brutalnog, bez ikakve stručne argumentacije?

Kao što se može primetiti iz ranijeg izlaganja, geneza ovog zatvorenog diskursa proizilazi iz unutrašnjih političkih dinamika na Kosovu, koje su stvorene i razvijale se nakon postizanja političkog sporazuma od 6. aprila 2011, kao i od samih uslova propisanih u njemu. Na osnovu tih uslova, ne postoji nikakva sumnja, predloženo je 11 (jedanaest) amandmana na Ustav Kosova. Ti amandmani su bili predmet apstraktne i preventivne (preliminarne) ocene Ustavnog suda. Da predloženi ustavni amandmani otelotvoruju duh i slovo političkog sporazuma može se primeniti ne samo iz načina formulisanja amandmana, čime je pokušano skraćivanje petogodišnjeg mandata sadašnjeg šefa kosovske države<sup>117</sup>, nego i iz formulacije drugog amandmana, kojim je pokušano drastično i neracionalno ograničenje nadležnosti vršioca dužnosti predsednika, u slučajevima kada bi ovu funkciju obavljao predsednik Skupštine. I ove amandmane je Sud s pravom ocenio neustavnim jer su umanjivali prava i slobode propisane Poglavljem II Ustava<sup>118</sup>.

U članu 90. stav 5. (2, 3, 6) je predložen amandman 7 (sedam) u kojem je stajalo da se vršiocu dužnosti predsednika treba ograničiti vršenje svih predsedničkih nadležnosti i funkcija, posebno onih koje se odnose na proglašavanje vanrednog stanja, imenovanje sudija i tužilaca kao i individualnih pomilovanja. Razlog za ovakva čudna ograničenja, koja se uopšte ne mogu postaviti u okvir teorije i prakse zapadnog konstitucionalizma, kao što je i ranije navedeno, treba tražiti u političkim dinamikama koje su prethod-

---

117 Postojale su dve verzije predloženih amandmana: verzija A i verzija B. Ovakav zaključak je doneo sam Sud u cilju olakšanja svog rada. Međutim, u cilju postizanja ustavne pravde ova dva predloga nemaju nikakvu važnost. Ovo iz razloga što Prilog A govori „u roku od šest meseci“, dok verzija B „nakon šest meseci“, rok u kojem amandman koji skraćuje mandat sadašnjeg predsednika treba da stupi na snagu, i sledstveno tome, da se organizuju novi izbori. Prva verzija ponavlja ad literam politički nalog gore navedenog političkog sporazuma. Ovim sporazumom je predviđeno održavanje izbora „ne kasnije od šest meseci od dana stupanja na snagu neophodnih ustavnih i zakonskih promena“. Verzija B takođe prenosi jasan politički nalog, koji je u međuvremenu iskristalisan od strane lidera kosovske politike, potpisnika gore navedenog političkog sporazuma. Sada, ovom verzijom, kao da se ukazuje određena „milost“ ustavnom (petogodišnjem) mandatu kosovskog predsednika, jer su direktni izbori planirani nakon „šest meseci“ od stupanja na snagu ustavnih amandmana.

Suština presude leži u tome da je ona razjasnila dileme onih koji su verovali da mogu da iskoriste Ustavni sud Kosova za „konstitucionalizaciju“ političkog sporazuma koji je sklopljen na neustavan način. Sud je, da budemo jasniji, izneo da sadašnji predsednik ustavnim amandmanima ni na koji način ne može biti razrešen dužnosti pre isteka 4 (četiri) godine i 365 (trista šesdeset pet) dana. Nema veze da li je u pitanju izraz „u roku od“ ili „nakon šest meseci“.

118 III pasus izreke (tačke od 3 do 5) presude.

ile sklapanju političkog sporazuma. Predlagači ovog amandmana su imali u vidu *ad hominem* faktore, odnosno ocenu koju su glavni politički akteri dali radu i ponašanju vršiocu dužnosti (dva puta uzastopno) predsednika Kosova, dr Jakupa Krasniqija. Ova ocena se odnosi na vreme od septembra 2010. do aprila 2011, kada je g. Krasniqi vršio dužnost predsednika Kosova. U to vreme, g. Krasniqi je odbio imenovanje određenog broja sudija i tužilaca, proglasio veliki broj individualnih pomilovanja, dodelio veliki broj medalja, zahvalnica i nagrada, koje su oštro u javnosti kritikovali određeni segmenti kosovskog društva<sup>119</sup>. Ipak, vredno je naglasiti da su ove kritike bilo jasno političke, jer nije postojala procedura ili na odgovarajući način obavljena zakonska ocena, kojom bi se osporila zakonitost ili ustavnost rada i ponašanja bivšeg vršioca dužnosti predsednika Kosova u tom periodu. Ustavni sud nije smeo da uzme za osnovu *ad hominem* argumente u postupku apstraktne i preventivne (preliminarne) kontrole ustavne norme koja je sadržana u predloženom amandmanu 7 (sedam). U stvari, Sud ne sme učiniti nešto slično ni u jednom postupku pred istim.

Osnovni kvalitet apstraktne kontrole pravno-ustavne norme se sastoji u tome da se u njoj vrši ocena opšteg i hipotetičkog efekta norme u odnosu na svaku situaciju ili okolnost u kojoj se neko može naći u budućnosti. Dakle, sud, nasuprot politici, ostavlja po strani ko je bio, ko jeste ili ko će u budućnosti biti vršilac dužnosti predsednika Republike, juče, danas i u budućnosti. To ponovo može biti g. Jakup Krasniqi. To ne menja ništa. U slučajevima apstraktne i preventivne (preliminarne) kontrole ustavne norme, to je još više upadljivo. Ova kontrola, kao što je navedeno, vrši se u odnosu na Poglavlje II Ustava, odnosno za cilj ima ocenu da li predloženi amandman umanjuje prava i slobode iz Poglavlja II Ustava. Takođe i Poglavlje II Ustava, koje služi kao osnovna referentna tačka u slučaju ocene ustavnosti predloženih amandmana, se ocenjuje na apstraktan način. Ovo znači da je sud *in abstracto* ocenio da svako današnje ograničenje nadležnosti vršioca dužnosti predsednika, kao što su težili predlagači navedenog predloga amandmana, u svako vreme i svima ugrožava prava i slobode iz Poglavlja II Ustava, i zbog toga:

- u slučaju vanrednog stanja, potencijalno parališe državu i dovodi do ustavne krize, znači stvara se ambijent u kojem se rizikuju ljudska prava i slobode<sup>120</sup>;

119 Cf. Skupština Republike Kosovo. Poslednje vesti: Reakcija kabineta predsednika Skupštine, 20. februar 2012. ponedeljak, internet stranica Skupštine Kosova: <http://www.kuvendikosoves.org/?cid=1.128.4462> (provereno 24. novembra 2012.); „Uklonili sa liste Dritona Muharremija“, dnevni list „Kosova sot“, 27. januar 2012, petak, samo elektronska verzija (<http://www.kosova-sot.info/politike/kosove/eliminuan-nga-lista-driton-muharremin>). Ovde se, u ovom tekstu, analizira kritički izveštaj Misije OEBS-a na Kosovu, koji govori o nepravilnostima u imenovanju sudija i tužilaca Kosova od strane v. d. predsednika, g. Jakupa Krasniqija).

120 Cf. Pasusi 158-161 presude.

- kada govorimo o imenovanju i razrešenju sudija, ovakvo ograničenje ometa upravljanje pravdom i, posledično tome, umanjuje ljudska prava i slobode iz Poglavlja II Ustava u smislu da građani i drugi pravni subjekti nisu u stanju da svoja prava i slobode realizuju sudskim putem<sup>121</sup>;
- što se tiče individualnih pomilovanja, onemogućavanje vršiocu dužnosti predsednika da dodeljuje individualna pomilovanja onima koji su lišeni slobode predstavlja apsolutno kršenje ljudskih prava i sloboda jer se građanima koji imaju pravo na takvo pomilovanje sprečava korišćenje i uživanje plodova pomilovanja dok zemlja ne izabere novog predsednika.

Kao što se može primetiti iz ovog kratkog izlaganja, Sud nije uzeo u obzir ništa drugo osim analize *in abstracto* amandmanom predložene ustavne norme u odnosu na Poglavlje II Ustava. U ovakvoj vrsti ustavne kontrole u potpunosti se zanemaruju događaji i osobe koje se nadovezuju *in concreto* sa vršiocem dužnosti predsednika. Ko je bio, ko je sada i ko može biti vršilac dužnosti predsednika, kao i ko može imati koristi ili biti oštećen delima ili aktima vršioca dužnosti predsednika, nije ni od kakve važnosti i ne uzima se u obzir prilikom obavljanja ovakve vrste ustavne nadležnosti od strane Suda. Takođe, jasno se mora izraziti činjenica da prilikom apstraktne i preventivne (preliminarne) kontrole ustavne norme Sud ne sme uzimati u obzir *travaux preparatoires* (pripreme radove), koji su doveli do izrade predloga amandmana koji su predmet apstraktne i preventivne (preliminarne) kontrole. U slučaju o kojem diskutujemo, pripremi radovi su bili politički pregovori, većinom diskretni, između političkih lidera, koji su rezultovali postizanjem političkog sporazuma 6. aprila 2011. Ne postoji nikakva sumnja da, iz analize tekstova predloženih amandmana i njihovog upoređivanja sa tekstom sporazuma, proizilazi da su predlagači amandmana želeli „da konstitucionalizuju“, odnosno prokrijumčare, trenutnu političku volju potpisnika sporazuma i pretoče tu volju u tekst novog Ustava Kosova. Ovaj oblik sprovođenja konstitutivne vlasti, znači volje naroda kao suverena, ne može se prihvatiti od strane Suda, jer je u potpunosti u suprotnosti sa osnovnim načelima modernog konstitucionalizma. U okviru ovih osnovnih načela, karta ustavnih prava i sloboda pravnih subjekata, Poglavlje II Ustava, predstavlja veoma važan stub, koji podržava i legitimizuje sprovođenje ove konstitutivne volje naroda, podrazumeva se kao suverena<sup>122</sup>. Predstavljalo bi ozbiljan propust i profe-

121 Cf. Pasusi 162-167 presude.

122 U nekim Ustavima, vršenje konstitutivne vlasti ima oblik u potpunosti strukturirane procedure i odvojeno je od procedure uobičajenih izmena. U nekim slučajevima se traži sazivanje posebne ustavotvorne Skupštine za ovu svrhu (Bugarska), u nekim drugim zemljama je potrebno da se sastave predlozi i raspusti predstavnički organ i osnuje drugi organ, koji nakon dodatnog razmatranja odlučuje o njihovom usvajanju ili neusvajanju (skandinavske zemlje), ostavljajući dovoljno prostora za javnu debatu o predloženim amandmanima. Osim

sionalni skandal svoje vrste da je Sud uzeo u obzir *travaux preparatoires*, koji su rezultirali postizanjem političkog dogovora, dakle ukoliko bi „konstitucionalizovao“ odredbe iste *post festum*. Ovo je posebno tačno ukoliko se uzme u obzir činjenica da na Kosovu, drugačije u odnosu na mnoge druge zemlje, ne postoji razlika između Skupštine, kao zakonodavnog organa, i Skupštine, kao ustavotvornog organa<sup>123</sup>. Prostije rečeno, promene sprovodi ista skupština, dvotrećinskom većinom svojih članova. U ovakvoj situaciji, prvobitni kosovski ustavotvorci su odlučili da Poglavlju II daju referentnu ulogu za merenje stepena i forme kosovskog konstitucionalizma u slučajevima kada neko želi da promeni originalni tekst Ustava. U slučaju aktuelnog globalizma, s pravom je u doktrini primećeno da međunarodno pravo, posebno deo koji se odnosi na ljudska prava, igra značajnu ulogu u ustavnom ocenjivanju ustavnih amandmana<sup>124</sup>. Ovo je posebno istinito za Evropu, čiji je Kosovo takođe deo, i koje u članu 53. Ustava, dakle u okviru Poglavlja II, daje posebnu snagu i mesto Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima<sup>125</sup>.

Ustavni amandmani, dok nisu izglasani, podležu ustavnoj oceni kako bi se proverilo da li su u suprotnosti sa originalnim tekstom Ustava. U momentu njihovog usvajanja amandmani postaju jednaki sa originalnim (prvobit-

---

navedenih, u praksi postoje i slučajevi kada se predviđaju dugi vremenski intervali između predlaganja amandmana i njihovog usvajanja u predstavničkom organu (Estonija, Litvanija, Crna Gora itd). Cf. Report on Constitutional Amendment, Adopted by the Venice Commission at Its Plenary Session (Venice, 11-12 December 2009); za teorijske aspekte svih modaliteta promene ustava, Cf. Carlo Fusaro, "Changing Constitutions", u Dawn Oliver and Carlo Fusaro (eds), *How Constitutions Change. A Comparative Study* (HART PUBLISHING LTD: Oxford and Portland, 2011) str. 3-6; Dawn Oliver and Carlo Fusaro, "Changing Constitutions: Comparative Analysis". U Dawn Oliver and Carlo Fusaro (eds), *How Constitutions Change. A Comparative Study*, str. 381-403; Carlo Fusaro and Dawn Oliver, "Towards a Theory of Constitutional Change" u Dawn Oliver and Carlo Fusaro (eds), *How Constitutions Change. A Comparative Study*, str. 404-433.

123 Izrael je još jedna od zemalja gde se ne pravi razlika između konstitutivne i zakonodavne skupštine. Međutim, postoji razlika između Kosova i Izraela u smislu da se u Izraelu, Knesetu (izraelski parlament) priznaje uloga zaštitnika prvobitne volje jevrejskog naroda, posebno kada se govori o zaštiti jevrejske demokratije. Ipak, i tamo, Kneset ima ograničenu moć što se tiče sprovođenju konstitutivne vlasti u ime svih Jevreja i promeni same prirode jevrejske demokratije. Cf. više vezano sa tim u: Ahron Barak, "Unconstitutional Constitutional Amendments". U ISRAEL LAW REVIEW Vol. 44 No. 3 (2012); Sharon Weintal, "The Challenge of Reconciling Constitutional Eternity Clauses With Popular Sovereignty: Toward Three-Track Democracy in Israel as a Universal Holistic Constitutional System and Theory". U ISRAEL LAW REVIEW Vol. 44 No. 3 (2012).

124 Cf. Lech Garlicki and Zofia A. Garlicki, "External Review of Constitutional Amendments? International Law as a Norm of Reference". U *Israel Law Review*, Vol. 44, No. 3 (2012).

125 Član 53. (Tumačenje odredbi ljudskih prava): „Osnovna prava i slobode zagarantovana ovim Ustavom se tumače u saglasnosti sa sudskom odlukom Evropskog suda za ljudska prava“.

nim) delovima ustavnog teksta. Iz tih razloga, u ustavnoj teoriji i praksi su predviđena značajna proceduralna i materijalna (supstaktivna) ograničenja u sprovođenju konstitutivne (osnivačke) moći (vlasti) naroda, podrazumeva se kao suverena. Menjanje predstavlja jednu od ovih osnivačkih moći (vlasti). Ovo pitanje će biti još jednom razmatrano na kraju ovog rada. Ovde je dovoljno reći da je sud, prilikom ocenjivanja ustavnosti amandmana 10 (deset), do kraja imao u vidu profesionalne kriterijume ustavne pravde i modernog zapadnog konstitucionalizma. Isto važi i za predloženi amandman 7 (sedam). Ovo znači da se sud, ni u jednom slučaju, nije zamario kriterijumima i uslovima određenim u tekstu političkog sporazuma. U pasusima 247-271 presude, na veoma apstraktan način se govori o svakoj situaciji ili stanju u kojem se može naći bilo koja osoba u svojstvu predsednika Kosova, danas i ubuduće, odnosno da on/ona može biti uklonjen sa dužnosti jedino na ustavom propisan način. Sud je naveo, isto kao i Vrhovni sud Indije da: „pravo menjanja ne podrazumeva pravo rušenja“<sup>126</sup>. Ovo je merljivi standard svake ustavne demokratije. Svaki drugi put, kao onaj koji je pokušao preko amandmana 10 (deset) (novi predloženi član je bio 162. stav 1.) ugrožava samu suštinu, ulogu i položaj šefa države u demokratskoj parlamentarnoj republici, znači institucije koja personifikuje pravno-ustavno jedinstvo naroda i garanta demokratskog funkcionisanja ustavnih državnih institucija<sup>127</sup>. Dok, gledajući iz ugla Poglavlja II, ponovo *in abstracto*, dakle bez obzira na to ko i zašto je danas šef kosovske države, ovaj način kojim je pokušano odstranjivanje šefa države ugrožava izborna prava (aktivna i pasivna)<sup>128</sup>, podelu vlasti<sup>129</sup>, pravo na sudsku zaštitu prava<sup>130</sup>, jednakost pred zakonom<sup>131</sup> i tako dalje.

---

126 Minerva Mills Ltd. V. Union of India (A.I.R. 1980, S.C. 1789) str. 1798. Za komentare ovog stava Cf. Gary Jeffrey Jacobson, “An unconstitutional constitution. A comparative perspective?” Intl J Const Law, Vol. 4, No 3 (Jul 2006) str. 472-476; Lech Garlicki and Zofia A. Gralicka, “Review of Constitutionality of Constitutional Amendments (An Imperfect Response to Imperfections)”. U Journal of Constitutional Law/Revue De Droit Constitutionnel, Vo. I, Issue 1 (Istanbul, Turkey: Year 2012) str. 216-219; Dr. J. N. Pandey, The Constitutional Law of India. 47th Edition (CLA: ALLAHABAD, India, 2010) str. 366-367; 420-421; 770-772.

127 Pasus 259 presude: „Nakon izbora predsednik drži mandat do pet godina. Sadašnji predsednik drži legitiman mandat i ona, na osnovu njenog izbora za predsednika, predstavlja garant demokratskog funkcionisanja državnih institucija. Mandat predsednika Kosova je skup legitimnosti njegovog/njenog izbora, dužine mandata (pet godina) i nadležnosti koje su Ustavom dodeljene predsedniku, i to ne samo ovlašćenja dodeljenih članom 84. (Nadležnosti predsednika).“.

128 Pasusi 260-261.

129 Pasusi 267-268.

130 Pasusi 262-264.

131 Pasusi 265.

Sud, ni u kom slučaju, nije uzeo u obzir neustavne kriterijume, kao što je isto postupano i u slučaju bivšeg kosovskog predsednika, g. Fatmira Sejdiua<sup>132</sup>.

## II. „*Il regne et ne gouverne pas*“

Ustavna pravda, u širem smislu reči, se ne vrši samo putem mehanizma Ustavnog suda, nego i uz pomoć svakodnevnog rada drugih ustavnih institucija. Međutim, u užem smislu, identifikuje se sa profesionalnim radom i delovanjem Ustavnog suda, koji ima monopol na zaštitu i tumačenje Ustava<sup>133</sup>. Koji će segment ustavne pravde izaći na površinu zavisi od niza činilaca, kao što su ustavna i politička kultura, ali i od drugih objektivnih socio-ekonomskih i političkih okolnosti. Ono što je poznato kao konstitucionalizam, moderna ustavna ideologija, odnosi se u suštini na širi koncept ustavne pravde i predstavlja osnovno svojstvo ustavnih demokratija s dugom i stabilnom tradicijom<sup>134</sup>. I druge zemlje, većinom zemlje u tranziciji, u koje spada i Kosovo i ostale bivše komunističke zemlje, teže ovoj identifikaciji ustavne pravde u širokom smislu, uz celu široku gamu institucionalne formalno-pravne infrastrukture, koja podržava rad Ustavnog suda kao institucije specijalizovane za deljenje ustavne pravde u užem smislu.

132 Predsednik Kosova, g. Fatmir Sejdiu, je podneo ostavku 27. septembra 2010. god. Od tada on javno govori o postojanju političkog dogovora između njega i međunarodnog faktora u podršci „zamrzavanja“ njegovog položaja predsednika stranke. On tvrdi, osim navedenog, da je navedeni dogovor služio kao osnov za travaux preparatoires, znači stub za pripremanje i sadašnji oblik člana 84. Ustava. Cf. Enver Robelli, „Izašla iz koverta, sada ne napušta kancelariju!“, dnevni list „Koha ditore“, 10. jul 2012, utorak, str. 10. U ovom članku, autor spominje čvrsto uverenje bivšeg predsednika Fatmira Sejdiua o postojanju gore navedenog „usmenog“ dogovora između njega i glavnog međunarodnog faktora.

133 U teoriji se ponekad pravi razlika između zaštite i tumačenja Ustava. Cf. Luis Lopez Guerra, „The Role and Competences of the Constitutional Court“. U The European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission), The role of the constitutional court in the consolidation of the rule of law. UniDem Seminar, Bucharest on 8-10 June 1994 (Council of Europe Press: Strasbourg, 1994) str. 20-23.

I Ustav Kosova pravi razliku između zaštite i tumačenja Ustava. O zaštiti se govori u kontekstu oblika kosovskog režima, dok se o tumačenju u okviru odredaba o Ustavnom sudu i njegovoj primarnoj nadležnosti. Tako, u članu 4. stav 6. (Oblik vladanja i podele vlasti) stoji: „Ustavni Sud je nezavisan organ za zaštitu ustavnosti i vrši konačno tumačenje Ustava“, dok u članu 112. stav 1. (Ustavni sud – Osnovna načela) stoji: „Ustavni sud je konačna vlast u Republici Kosovo za tumačenje Ustava i saglasnosti zakona sa Ustavom“.

134 Cf. Carlo Fusaro and Dawn Oliver, „Changing Constitutions“. U Dawn Oliver and Carlo Fusaro (eds), How Constitutions Changes. A Comparative Study, str. 3-5; Dawn Oliver and Carlo Fusaro, „Changing Constitutions: Comparative Analysis“. U How Constitutions Changes. A Comparative Study, str. 381-403; Carlo Fusaro and Dawn Oliver, „Towards a Theory of Constitutional Change“. U How Constitutions Changes. A Comparative Study, str. 405-433.

Ovakvo sveobuhvatno identifikovanje nije uvek bilo moguće: bivše komunističke zemlje, uključujući i Kosovo, su se dugo vremena morale oslanjati ekskluzivno na čuvara i jedinog tumača Ustava – Ustavni sud. Ostala infrastruktura i druge ustavne državne kosovske strukture, kao i u bivšem komunističkom svetu, ostale su previše slabe da bi se oslonili samo na njih<sup>135</sup>.

Kosovska ustavna pravda, shvaćena na ovaj način, ne samo da utiče na aktuelni rad Ustavnog suda, kao kadra za upravljanje i karte ljudskih prava i sloboda, nego je takođe i inspiriše. Iz ove prizme se jasno primećuje interakcija između ustavne pravde i institucionalnog, kulturološkog i političkog konteksta u kojem treba da se oživi ustavna pravda. Kosovska ustavna pravda, isto kao i u bivšim komunističkim zemljama u tranziciji, nesumnjivo da je osmišljena kao garant ustavne demokratije, vrednosti, načela i njenih normi. Priznavanje i prihvatanje jasne prevlasti ustavne demokratije u odnosu na ostale forme, predstavlja *condictio sine qua non* ustavne pravde. Ova demokratija se legitimizuje i opravdava samo putem izražavanja i koncepata onoga što se poznaje kao institucionalizacija modernog zapadnog konstitucionalizma (protivteža većine, ravnoteža i podela vlasti, ljudska prava i vladavina prava i slično). Samo u ovom širokom konceptualnom smislu se može razumeti i objasniti ustavna pravda, kao jedna od specifičnih tehnika za deljenje pravde. Njena primarna misija se sastoji od unapređenja vladavine prava na viši stepen, kao i stalnog usavršavanja i razvoja stavova i praksi XIX v. o vladavini prava i njihovoj saglasnosti sa modernim zapadnim konstitucionalizmom. U ovom smislu, Kosovo se uopšte ne razlikuje od bivših komunističkih zemalja: Ustav Kosova, njegove odredbe i duh, u potpunosti su modelirani prema lekcijama i iskustvu najnaprednijih zemalja zapadnog sveta.

---

135 O odličnoj analizi iskustava svih bivših komunističkih zemalja, kao i o ulozi i položaju ustavnih sudova tokom tranzicije, uključujući i njihovo upoređivanje sa naprednim zapadnim zemljama, vidi: Herman Schwartz, *The Struggle for Constitutional Justice in Post-Communist Europe* (The University of Chicago Press: Chicago, 2000) str. 1-21 i 226-248; Levent Gonenc, *Prospects for Constitutionalism in Post-Communist Countries* (Kluwer Law International: The Hague, 2002), posebno poglavlje 1 ("Conceptual Framework") i poglavlje 3 ("Constitution-Making"), str. 3-25 i 103-208; Jean – Pierre Massias, *Droit constitutionnel des Etats d'Europe de l'Est* (2e edtion) (Presses Universitaire de France: Paris, 2008), str. 13-63.

Međutim, postoje autori koji su bili protiv ovog isključivog oslanjanja samo na Ustavni sud. Prema njima, takvo ekskluzivno oslanjanje samo na Ustavni sud parališe ostale organe, delegitimiše i defaktorizuje ih i značajno otežava rad i funkcionisanje celokupnog ustavnog sistema. Cf. Wojciech Sadurski, "Postcommunist Constitutional Courts in Search of Political Legitimacy". U *WORKING PAPER OF THE LAW DEPARTMENT OF THE EUROPEAN UNIVERSITY INSTITUTE* (Series/Report No. 11/2001, EUI LAW); Wojciech Sadurski, "Constitutional Review After Communism: Legitimacy and Reasons". U Wojciech Sadurski (ed), *Constitutional Justice, East and West: Democratic Legitimacy and Constitutional Courts in Post-Communist Europe I a Comparative Perspective* (Kluwer Law International: The Hague, 2012).



U vreme nakon pada apsolutnih monarhija, prouzrokovanog Francuskom buržoaskom revolucijom 1789, konstitucionalizam i ustavna pravda, kao njen deo, do današnjeg dana, sastojali su se od upravljanja institucionalnim i formalno-ustavnim putem oblika sprovođenja nekontrolisane volje naroda, kao novog suverena na političkoj sceni Evrope tog vremena. Veoma je dobro poznato da je ceo XIX v. prošao u znaku institucionalne i ustavne kontrole evropskih monarhija i težnji ka garantovanju njihove političke i institucionalne stabilnosti. Teorija takozvanih rigidnih ustava je služila ovoj svrsi i težnjama ka institucionalnoj političkoj stabilnosti. Kako bi služila ovoj svrsi i težnjama, po prvi put ju je formulisao *Lord Bryce*<sup>136</sup>. Međutim, kao praksa, još je starija i datira iz XVIII v; koncept rigidnih ustava nije samo pitanje *ex cathedra* demagoških i ispraznih diskursa. Ovaj diskurs nije samo proceduralno pitanje u smislu postojanja određenih prepreka, koje onemogućavaju lako i brzo menjanje ustavnog teksta. Disciplina poznata kao menjanje ustava, koliko god ima veliku važnost, ipak ne može otkriti celokupnu srž dešavanja i način formiranja početnog političkog sistema prema ustavu na snazi, koji se smatra rigidnim. Kako bi se razumela suština ovih dešavanja i srž načina formiranja originalnog (početnog) političkog sistema u prošlosti, nikada ne treba smetnuti sa uma suštinske (materijalne) vrednosti, dakle ne proceduralne vrednosti, koje garantuju rigidnost određenog ustava. Ovo važi za Kosovo, isto koliko važi za većinu savremenih ustavnih demokratija. Ove suštinske vrednosti se nalaze u materijalnim ustavnim odredbama i poznate su, kao što smo приметili ranije, pod raznim imenima i izrazima. Ne mora da znači da ove vrednosti budu izričito navedene u postojećem ustavnom tekstu. Postoje slučajevi kada su one stvorene iz dugog delovanja ustavne pravde<sup>137</sup>. U naučnim istraživanjima ove oblasti je rezultiralo da sama prevlast ustava naspram svake druge norme podrazumeva postojanje sudske kontrole, kao što i sama rigidnost određenog ustava jača iznad svake mere ustavnu kontrolu. Dakle, postoji pozitivna korelacija između poštovanja pisanog teksta ustava i naglašene rigidnosti istog sa jakom sudskom kontrolom ustavnosti<sup>138</sup>.

U ustavnim tekstovima, ili onima koji su sastavljeni prema ustavnoj sudskoj praksi, suština goreopisanih supstantivnih vrednosti se sastoji ne samo u tome

---

136 James Bryce, *Studies in History and Jurisprudence*. (The Clarendon Press: Oxford, 1901), posebno "Essay III: Flexible and Rigid Constitutions", str. 145-254.

137 Takvi su slučajevi Indije, Nemačke, Kanade itd. Cf. Dr. sc. Jasna Omejec, "Kontrola ustavnosti ustavnih normi (ustavnih amandmana ustavnih zakona)". (**Control of Constitutionality of Constitutional Norms (Constitutional Amendments and Constitutional Laws)**). Godišnjak Akademije pravnih znanosti Hrvatske, Vol. 1, No. 1, Prosinac 2010, str. 1-28.

138 Arend Lijphart, *Patterns of Democracy. Government forms and Performance in Thirty-Six Countries* (Yale University Press: New Haven and London, 1999) str. 217-230.

da se preko njihove analize i studiranja može konačno razumeti istorijat i razvoj originalnog (početnog) političkog sistema, koji je izgrađen prema rigidnim ustavnim procedurama. Ove materijalne ustavne odredbe, koje prožimaju ove (ne)promenljive vrednosti i načela, predstavljaju određenu vrstu „genetskog koda“ svakog ustava<sup>139</sup>. Kosovo, u ovom smislu, nije izuzetak: Počevši od Ustava o ljudskim pravima i slobodama je njegov „genetski kod“, crvena linija, čija bi eventualna promena uništila formu i sadržaj aktuelnog kosovskog političkog sistema, koji je oformljen ovih godina na osnovu (rigidnog) originalnog (početnog) ustavnog teksta od 15. juna 2008.<sup>140</sup> Ovo znači da izmena Ustava Kosova nailazi na poteškoće, koje se ne odnose samo na tešku proceduru izmene<sup>141</sup>, nego pre svega i većinom sa poteškoćama

---

139 Ovaj izraz su prvi počeli da koriste Carlo Fusaro i Dawn Oliver u: „Towards a Theory of Constitutional Change“, str. 428.

140 Kosovo je proglasilo Deklaraciju nezavisnosti 17. februara 2008. Kasnije je, Skupština Kosova, na osnovu ove izjave 9. aprila 2008. usvojila Ustav Republike Kosovo, koji je stupio na snagu 15. juna iste godine. Ovi akti su preduzeti od strane predstavnika naroda Kosova, a ne struktura vlasti koje su stvorene na Kosovu nakon juna 1999, na osnovu Rezolucije 1244 Saveta Bezbednosti UN od 10. juna 1999.

Međunarodni sud pravde (MSP) je ovo proglašavanje ocenio kao akt sprovođenja konstitutivne vlasti („pouvoir constiuant“), a ne zakonodavne („pouvoir constitue“), koja je funkcionisala na Kosovu na osnovu Rezolucije 1244 Saveta Bezbednosti UN od 10. juna 1999. Cf. Pasusi 102-109, 118 i 121 konsultativne odluke MSP-a, od 22. jula 2010. International Court of Justice (ICJ). Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in respect of Kosovo. Advisory Opinion. 22 July 2010.

O komentarima ove odluke u literaturi. James Summers (ed.), Kosovo: A Precedent? The Declaration of Independence, the Advisory Opinion and Implications for Statehood, Self-Determination and Minority Rights (Martinus Nijhoff Publishers: The Hague, 2011); Michael Bothe, “Kosovo – So What? The Holding of the International Court of Justice Is Not the Last Word on Kosovo’s Independence”. German Law Journal, Vol. 11, No. (2010); Robert Howse & Ruti Teitel, “Delphic Dictum: How Has the ICJ Contributed to the Global Rule of Law by its Ruling on Kosovo?” German Law Journal, Vol. 11, No. 08 (2010); Björn Arp, “The ICJ Advisory Opinion on the Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo and the International Protection of Minorities”. German Law Journal, Vol. 11, No. 08 (2010); Robert Muharremi, “A Note on the ICJ Advisory Opinion on Kosovo”. German Law Journal, Vol. 11, No. 08 (2010); Thomas Burri, “The Kosovo Opinion and Secession: The Sounds of Silence and Missing Links”. German Law Journal, Vol. 11, No. 08 (2010); James E. Moliterno, “What the ICJ’s Decision Means for Kosovars”. German Law Journal, Vol. 11, No. 08 (2010); Elena Cirkovic, “An Analysis of the ICJ Advisory Opinion on Kosovo’s Unilateral Declaration of Independence”. German Law Journal, Vol. 11, No. 08 (2010); Hanna Jamar & Mary Katherine Vigness, “Applying Kosovo: Looking to Russia, China, Spain and Beyond After the International Court of Justice Opinion on Unilateral Declarations of Independence”. German Law Journal, Vol. 11, No. 08 (2010); Toma Galli, “Kratka analiza Savjetodavnog mišljenja Međunarodnog suda o proglašenju neovisnosti Kosova s međunarodnim pravom”. Zbornik Pravnog Fakulteta u Zagrebu, Vol. 61, No. 6 (prosinac 2011).

141 Član 144. stav 2. (Amandmani): „Svaka izmena zahteva odobrenje dve trećine (2/3) svih poslanika Skupštine, uključujući dve trećine (2/3) svih poslanika Skupštine koji zauzimaju

koje se odnose na suštinska ustavna načela i vrednosti Poglavlja II Ustava i drugih materijalnih odredbi<sup>142</sup>.

Vratimo se još jednom pitanju porekla prakse primenjivanja rigidnih ustava, kao i samih razloga za takvu praksu, ulogu i važnost ustavne pravde u širokom smislu, kao i rađanja ustavne pravde u užem smislu.

Kao što smo rekli i ranije, praksa rigidnog ustava je pokrenuta na kraju XVIII v. Nakon velikih revolucija na kraju tog veka, na obe strane Atlantika, je rođen novi stav o konstitucionalizmu. Radikalna ili apsolutna demokratija, kao proizvod revolucionarne dogme američke (1776) i francuske (1789) revolucije, zamjenjena je ustavnom demokratijom: koncept rigidnog ustava, koji se može promeniti s velikim poteškoćama, je počeo da se koristi od strane pametnih ljudi tog vremena. Dok je usvajanje dva ustavna teksta na obe strane Atlantika učinjeno putem proste većine na ustavotvornoj konvenciji (SAD), odnosno ustavotvornoj Skupštini (Francuska), za njihovu promenu u budućnosti su postavljene do tada nezamislive prepreke. Ovo je rezultiralo time da je literatura s pravom nazvana „paradoks konstitucionalizma“, u smislu da je prosta većina jedne generacije vezala ruke apsolutnoj većini budućnosti<sup>143</sup>. Prvi put je napravljen izbor između radikalne i ustavne demokratije. Od ovog vremena nadalje, ni za jedan ustav nije bilo moguće izbegavanje ove opcije. Ustavne vrednosti, koje je jedna generacija sankcionisala prostom većinom, postaju transcendentale u smislu preživljavanja generacija. Ovo preživljavanje se vrši putem unošenja od strane „generacije proste većine“ odredbi za „kvali-

---

rezervisana ili zagarantovana mesta za predstavnike zajednica koje ne čine većinu u Republici Kosovo“.

142 U presudi o predsedniku, kako se u praksi naziva, Sud je veoma jasno stavio do znanja da se Poglavlje II Ustava ne može posmatrati na izolovani način u odnosu na sledeće Poglavlje III, koje štiti prava i slobode nevećinskih zajednica na Kosovu. Štaviše, sud je stavio do znanja da nisu samo ova dva poglavlja uzeta u obzir prilikom ocenjivanja ustavnosti ustavnih amandmana, nego i drugih vrednosti sankcionisanih Ustavom. Cf. Pasusi 61-68 presude.

Ovaj pristup Ustavnog suda Kosova je u istoj liniji sa teorijom i praksom Nemačkog suda, koji na Osnovni zakon Nemačke gleda kao jednu organsku celinu, strukturisano jedinstvo ustavnih vrednosti i načela. Za komentare, Cf. Donald P. Kommers, „German Constitutionalism: A Prolegomenon“. *Emory Law Journal*, Vol. 40, Issue 1 (Summer, 1991); Donald P. Kommers, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. Second Edition (Duke University Press: Durham and London, 1997) str. 3-60.

143 Za opširnu i detaljnu analizu ovog paradoksa i modernih praksi kao odgovora na ovaj paradoks, Cf. Martin Loughlin and Neil Walker (eds.), *The Paradox of Constitutionalism: Constituent Power and Constitutional Form* (Oxford University Press: Oxford, 2007).

Ova tema je izazvala radoznalost filozofa i naučnika iz drugih oblasti. Za elaboraciju i teorijsko-filozofska obrazloženja ovog paradoksa, Cf. debate između filozofa i naučnika u Norman Dorsen, Michel Rosenfeld, Andras Sajó i Susanne Baer (eds.), *Comparative Constitutionalism. Cases and Materials* (West Group: USA, 2003) str. 66-98.

fikovanu većinu na specifičan način“, sa jednim ciljem: sprečavanja ustavnih promena koje štete (dotiču) uzvišene transcendentalne vrednosti stvorene od strane „prve generacije proste većine“<sup>144</sup>. U suštini, ovaj pristup je i dalje odlikujuće svojstvo ustavne, neradikalne i nepopulističke demokratije, u kojoj odgovarajuće procedure sankcionišu liberalni sadržaj koji poštuje dostojanstvo, prava i slobode svakog, bez obzira na broj i druge osobenosti pravnog subjekta<sup>145</sup>. Ustavna demokratija štiti društvo od onoga što je John Stjuart Mill ocenio kao „tiranija većine“, odnosno rizike „demokratske vladavine“ (Ronald Dworkin)<sup>146</sup>.

Radikalna/populistička demokratija je međutim onaj oblik političkog sistema u kojem suverenost leži u narodu, za koji se pretpostavlja da govori i deluje preko svenarodne skupštine. Izvršni i drugi politički organi se kreću kao sateliti ovog predstavničkog tela. Ovo telo ima monopol nad svim aktivnostima donošenja odluka. Ove radikalne prakse, kao što nas uči istorija, su se degenerisale u haotičnim oblicima *gouvernement d' assemblée* (slučaj Francuske, nakon 1789.)<sup>147</sup>, ili hegemonije jedne političke snage, koja je vladala iza kulisa parlamentarne scene. Drugi slučaj je karakterističan za diktatorske i nedemokratske zemlje, u kojima je očuvan „parlamentarni“ oblik vladanja samo radi reda. Sve je počelo sa Lenjinom i njegovom doktrinom o

---

144 Cf. Andras Sajó, *Limiting Government. An Introduction to Constitutionalism* (CEU Press: Budapest, 1999) str. 17-24 i 136-40. Za oštru kritiku koncepta modernog konstitucionalizma od K. Shmit, Cf. Carl Schmitt, *Legality and Legitimacy* (Duke University Press: Durham and London, 2004) str. 39-58. U ovom dugom obrazloženju, K. Shmit naziva drugo poglavlje Vajmarskog Ustava, kojim su ljudska prava i njihova promena sankcionisana kvalifikovanom većinom, „drugim ustavom u okviru postojećeg Vajmarskog Ustava“. On je, u stvari, vajmarsko poglavlje koje sadrži materijalne odredbe o ljudskim pravima, smatrao antiustavom jer je tražena kvalifikovana većina od dve trećine za njihovu promenu. Prema njemu, ova kvalifikovana većina je na ovaj način, u suštini predstavljala odbijanje osnovnog načela demokratije, koje se prema njemu podrazumeva kao vladavina većine.

145 Za liberalnu demokratiju, shvaćenu kao proceduru koja prožima i garantuje suštinske ljudske vrednosti, Cf. F. A. Hayek, *The Constitution of Liberty. The Definitive Edition* (The University of Chicago Press: Chicago, 1960, 2011).

146 Jeffrie G. Murphy, „Rationality and Constraints on Democratic Rule“, in J. Ronald Pennock and John W. Chapman (eds.), *Justification. Nomos XXVIII* (New York University Press: New York, 1986) str. 141-143.

147 M. Perry, M. Chase, J. R. Jacob, M. C. Jacob and Th. H. von Laue (eds.), *Western Civilisation: Ideas, Politics, and Society. 10th Edition* (Wadsworth, Cengage Learning, 2013, 2009) poglavlje 19 (‘‘The French Revolution: the Affirmation of Liberty and Equality’’); Louis Favoreu, *Droit constitutionnel. 12e edition* (Daloz: Paris, 2009) str. 8-12; Lucien Jaume, ‘‘Constituent Power in France’’. U Martin Loughlin and Neil Walker (eds.), *The Paradox of Constitutionalism: Constituent Power and Constitutional Form*, str. 67-85; R. C. van Caenegem, *An Historical Introduction to Western Constitutional Law* (Cambridge University Press: Cambridge, 1995) str. 174-193.

„parlamentu, kao radnom organu“<sup>148</sup>. Kasnije su slična degenerisanja postala skoro rutinska u većini zemalja takozvanog trećeg sveta (Latinska Amerika, Jugoistočna Azija i Bliski Istok) tokom hladnog rata<sup>149</sup>.

Ustavna pravda, u užem smislu, dakle ne kao deo velikog i složenog projekta ustavne demokratije i svakodnevnog delovanja njenih institucija, u Evropi se nije mogao pojaviti do stvaranja demokratskih republika. U međuvremenu, u SAD-u, 1803., Vrhovni sud je sankcionisao osnovnu ulogu sudske kontrole ustavnosti akata i dela drugih organa vlasti, u Evropi ustavna monarhija nije ostavljala prostor za ustavnu pravdu u uskom smislu: sam suveren je imao ekskluzivnu vlast i ustavnu nadležnost nedozvoljavanja usvajanja određenog zakonodavnog akta. Ideja ustavnog suda nije mogla da zaživi sve dok ustavna monarhija nije zamenjena republikom. Navedenoj ideji je prethodila teorijska elaboracija, kojom je naglašena potreba za postojanjem treće institucije koja će se baviti oživljavanjem osnovnih načela ustavne demokratije, odnosno ustavne pravde u širokom smislu reči. Ovde, u prvom redu, govorimo o razvojnoj teorijskoj debati Shmit – Kelsen. Kao što se može primetiti, ta debata, kao i celokupni kontekst ustavne pravde u oba smisla, širem i užem, se odnosi u ključnim tačkama na temelje presude Ustavnog suda Republike Kosovo, koja se danas osporava. U potpunosti smo ubeđeni da se relevantnost ovog rada ne može ograničiti samo na kosovski kontekst. Navedena relevantnost se prostire mnogo šire, kao što je bila i sama debata Shmit – Kelsen, koja je služila kao stalni putokaz za formu i sadržaj ovog rada. Postoji još jedan razlog koji redove ovog rada čini relevantnim i izvan Kosova: dilema o ulozi i položaju predsednika Republike Kosovo je aktuelizovana u okviru apstraktne (ne konkretne) i preventivne kontrole ustavne norme<sup>150</sup>. Razume se, Hans Kelsen nikada nije imao u vidu „ulogu

---

148 V. I. Lenin, *The State and Revolution* (Penguin Books: London, 1992) str. 42. Za komentare i teorijska izlaganja evolucije ideje i prakse parlamentarizma, Cf. Andras Sajó, *Limiting Government. An Introduction to Constitutionalism*, str. 103-171.

149 U Latinskoj Americi i njihovim parlamentima koji postoje radi reda ili liliputanskim parlamentima i o kultivisanju hiprepresedničkih sistema. Cf. više kod Paul W. Darke, *Between Tyranny and Anarchy: A History of Democracy in Latin America, 1800-2006* (Stanford University Press: Sanford, 2009) str. 34-39; Za odličnu komparativnu analizu bivše komunističke Evrope i Latinske Amerike, kao i velike važnosti koju ima predsednički sistem u Latinskoj Americi, u poređenju sa bivšom komunističkom Evropom, Cf. Valerie Bunce, “Comparing East and South”. Kod Larry Diamon and Marc F. Plattner (eds.) *Democracy After Communism* (The John Hopkins University Press: Baltimore and London: 2002) str. 18-32. Ovaj autor, na stranici 28-29 ovog rada, smatra da aktuelna debata, koja postoji u vezi sa tim koji bi sistem upravljanja trebalo da postoji u postkomunističkoj Evropi, treba da bude okončana u korist predsedničkog sistema, jer, prema njemu, taj sistem omogućava veću efektivnost i praktične mogućnosti za rešavanje problema bivših komunističkih zemalja.

150 Ova apstraktna (ne konkretna) i preventivna kontrola ustavne norme je u javnosti poznata kao „proces izmene Ustava“, koji je počeo, kao što je ranije rečeno, kao posledica oživljavanja političkog sporazuma od 6. aprila 2011.

negativnog zakonodavca“ ustavnog suda u odnosu na ustavne amandmane. Znači, ovaj segment ustavne kontrole ustavnih amandmana je nastao nakon II svetskog rata i nadovezuje se, kao što će kasnije biti obrazloženo, sa nemačkom teorijom i praksom, zasnovanoj na tumačenjima člana 79. stav 3. Osnovnog zakona Federalne Republike Nemačke.

Glavna preokupacija Hansa Kelsena je bilo razjašnjavanje iluzija iz prošlosti, koje govore da šef države može biti garant ustava. Naprotiv, Kelsen se angažovao za sudsko i efektivnije garantovanje odredbi, načela i samog duha ustava. Ovo ni na koji način ne podrazumeva da on nije bio za ustavnu pravdu u širokom smislu. Pored svakodnevnog delovanja institucija i drugih ustavnih organa, H. Kelsen je dao važnost i institucionalnoj formi garantovanja i zaštite demokratskog ustavnog poretka. Glavni protivnik ovog pristupa, Karl Shmit, je verovao da garanta ustava treba tražiti u samim odredbama Vajmarskog ustava, koje su govorile o predsedniku republike, znači njegovom izboru od strane naroda i zakonodavnim nadležnostima iz člana 48. Ustava, odnosno u njihovom pozitivnom i pragmatičnom ponovnom tumačenju. Karl Shmit je došao do ove pozicije putem previše kritičkog pozitivnog tumačenja ovih odredbi koje prema njemu sankcionišu i hrane nefunkcionalan parlamentarni sistem. Njegovu teoriju čuvara ustava, nakon Hitlerovog dolaska na vlast, Shmit zasniva na tumačenjima konkretne ustavne forme, znači izvan odredaba Vajmarskog ustava<sup>151</sup>. Ovo iz razloga što prema njemu navedena teorija uopšteno ne može biti otkrivena iz analize pravno-ustavnih normi, nego samo na osnovu odluke i konkretne forme određenog momenta<sup>152</sup>.

Kritikujući neefikasnost nemačkog parlamentarizma tog vremena, Karl Shmit je u šefu države video jedinu instituciju koja može garantovati socio-političko jedinstvo nemačkog naroda. Pošto je jedino predsednik bio onaj kojeg je narod birao, prema Shmitovom mišljenju, samo predsednik kao takav personifikuje jedinstvenu i homogenu volju celog nemačkog naroda. Ovo, pre-

---

151 K. Shmit, neuporedivim entuzijazmom, govori o podeli vlasti, pravnoj sigurnosti, predvidljivosti sprovođenja zakona, kao i drugim proizvodima pozitivnog liberalizma, kako ih on sam naziva. Umesto njih, K. Shmit se angažuje za rukovodioca (Firera), kao oživotvorenja tri stvari u isto vreme: države, naroda i pokreta. Država, prema ovom oživotvorenju, nije ništa drugo do instrument u rukama rukovodioca (Firera). Cf. Karl Smit, *Tri vrste pravnonaučnog mišljenja* (Biblioteka Parerga: Beograd, 2003) str. 34-42; 46-54. Naslov originala: *Carl Schmitt, Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens* (Hamburg, Hanseatische Verlaganstalt, 1934.).

K. Shmit, s pravom se primećuje u literaturi, je celokupni diskurs i angažovanje usmerio protiv „rizika liberalnog apstraksionizma, legalne formalizacije, potestats indirecta i mnogih drugih mešanja koncepata prouzrokovanih liberalizmom (kao što su na primer koncept depolitizacije, odstranjivanja teleoloških i istorijskih tumačenja iz politike itd.)“. Cf. William Hooker, *Carl Schmitt's International Thought. Oder and Orientation* (Cambridge University Press: Cambridge, 2009) str. 126.

152 Cf. Karl Smit, *Tri vrste pravnonaučnog mišljenja*, str. 16-17.

ma njemu, nije mogao učiniti pluralni parlament, podeljen i fragmentisan partijsko-političkim interesima različitih aktera vajmarskog društva. On je Vajmarski Ustav i formiranje vajmarske Nemačke video kao rezultat političke odluke, jedine i jedinstvene, koju je izrazio celokupni nemački narod (nacija). Takva volja nije mogla biti pluralne prirode, odnosno nije mogla biti realizovana preko institucije parlamenta, podeljenog i fragmentisanog partijsko-političkim i drugim interesima političkih aktera. U ovakvom parlamentu, prema njemu, ne ostaje niko drugi ko može da predstavlja jedinstvenu i jedinu odluku nemačkog naroda (nacije) osim predsednika Rajha. Da vidimo sada Shmitovsku tehnologiju, prema kojoj šef države postaje jedini čuvar vajmarskog Ustava.

Njegova početna tačka u ovom pristupu o šefu države kao jedinom čuvaru Ustava se zasniva na teoriji Benjamina Konstana o takozvanim *pouvoir neutre et intermediaire*. U njegovom radu, „Čuvar Ustava“ (1929.), Karl Shmit veoma oštro kritikuje teoriju tog vremena koja se modelira prema američkom sistemu, gde su viši sudovi primarni mehanizmi za zaštitu ustavnosti. U stvari, polovina ovog kritičkog rada, od otprilike 50 stranica, se odnosi na kritiku sudskog sistema kao mehanizma za garantovanje ustava<sup>153</sup>. U drugom delu Shmit objašnjava da čuvar ustava može biti samo onaj organ ili institucija kojoj su dodeljene posebne nadležnosti, koje joj omogućavaju da bude neutralna, znači izvan uspostavljenog vajmarskog sistema tri odvojene grane vlasti. Ovu treću i neutralnu vlast on vidi u predsedniku države, zasnivajući se na teoriji Benjamina Konstana iz XIX v. i njegovih učenja o „*pouvoir neuter et intermediaire*“. Ova posebna i neutralna ovlašćenja daju šefu države mogućnost posredovanja u unutrašnjim ustavnim sukobima. Ovde se govori o ovlašćenjima i mogućnostima koje se odnose na privilegovani položaj šefa države i neugrožavanju istog, proglašavanje zakona, pravo reči, pravo imenovanja ministara i drugih državnih službenika, kao i raspuštanjem izabranih domova parlamenta. U okolnosti „*pouvoir neuter e intermendiare*“ se unosi i okolnost da se šef države smatra i predstavnikom neprekidnog državnog kontinuiteta i jedinog garanta jedinstvenog delovanja države. Ova druga okolnost je u stvari proizilazila kao posledica predsedničkih ovlašćenja i privilegija, koje su omogućavale pravno-državni kontinuitet i neprekidno funk-

153 Karl Smit, „Čuvar Ustava“. U Slobodan Samardžić (ed.), *Norma i Odluka*. Karl Smit i njegovi kritičari („Filip Višnjić“: Beograd, 2001) str. 211-253, i str. 211-238. Naslov originala: Carl Schmitt, „Der huter der verfassung“. *Archiv des öffentlichen rechts*. Neue Folge 16 Band J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen 1929.

Njegova kritika sudskog sistema i totalne bespomoći ovog sistema kako bi bio čuvar ustava, K Shmit je mnogo ranije obrazložio u njegovoj monumentalnoj knjizi sa naslovom „Ustavna teorija“. Cf. Carl Schmitt, *Constitutional Theory* (Duke University Press: Durham and London, 2008) str. 147-164. Naslov originala: Carl Schmit, *Varfassungsslehre* (Duncker und Humblot: Munich and Leipzig, 1928).

cionisanje institucija sistema. Ovi dualizmi su, prema Shmitu, omogućavali da šef države rukovodi („*regne*”) ali ne da vlada („*gouverne*”). Ovo drugo pripada samo vladi. Ovo sadrži sintagmu koja znači „*il regne et ne gouverne pas*”.<sup>154</sup>

U njegovom polemičkom spisu sa naslovom „Ko treba da bude čuvar Ustava?” (1931.), koji je objavljen kao reakcija na gore navedeni rad, Hans Kelsen je objasnio da se koncept Benjamina Konstana o „*pouvoir neutre et intermediaire*” odnosi na monarhiju, a nikako na parlamentarnu republiku vajmarskog tipa. Prema Benjaminu Konstanu, objašnjava Kelsen, monarh je bio deo izvršne grane. U stvari, on nastavlja, kada je Benjamin Konstan zaključio da je „monarh nosilac neutralne vlasti”, onda je on ovu izreku zasnovao na činjenici da se izvršna grana deli na dve različite vlasti: jednu, aktivnu, i drugu, pasivnu vlast. Samo ova druga pripada monarhu jer je samo ovo neutralna vlast i nikako njena aktivna strana<sup>155</sup>. Prema Hansu Kelsenu, ovo nije bio i ne može biti slučaj šefa države u vajmarskoj Nemačkoj, jer je on bio aktivni deo izvršne grane zbog velikih nadležnosti koje je imao prema članu 48. ustava<sup>156</sup>. Ove nadležnosti su mu na čist način pružale mogućnost i pravo da vlada („*gouverner*”), dakle ne da rukovodi („*regener*”) u smislu koji je elaborirao Benjamin Konstan. Dakle, prema Kelsenu, ovakvo upoređivanje od strane Shmita je neumesno: ukoliko bi šef države bio određen za čuvara ustava, onda bi se on transformisao u apsolutnog diktatora, uzimajući u obzir nadležnosti poznate iz člana 48. Ustava (posebno zakonodavne nadležnosti umesto Rajhstaga)<sup>157</sup>. Hans Kelsen je tumačenje člana 48. Vajmarskog Ustava od strane Karla Shmita nazvao manipulacijom, nesporazumom i tumačenjem za dnevne političke ciljeve, koji se pokušavaju nazvati pravnom naukom<sup>158</sup>.

154 Karl Smit, „Čuvar Ustava”, str. 241-253.

155 Hans Kelsen, „Ko treba da bude čuvar Ustava”. U Slobodan Samardžić (ed.), Norma i Odluka, str. 256-297, na str. 265. Naslov originala: Hans Kelsen, Wer soll der huter der verfassung sein? (Dr. Walther Rothschild, Berlin-Grunewald, 1931).

156 Ovde je vredno naglasiti da je u literaturi s pravom primećeno da se u suštini identitet K. Shmita, kao konstitucionaliste zasniva na njegovom bezrezervnom zagovaranju u korist korišćenja vlasti (ovlašćenja) iz člana 48. Vajmarskog Ustava od strane Firera. Ovo zagovaranje, K. Shmit je počeo od njegovog monumentalnog rada „Ustavna teorija” („*Verfassungslehre*”), (1928.). Cf. William Hooker, Carl Schmitt's International Thought. Order and Orientation, str. 129.

157 Hans Kelsen, „Ko treba da bude čuvar Ustava”, str. 262.

158 Ibid., str. 297. Upoređivanje šefa države moderne parlamentarne republike sa doktrinom XIX v. Benjamina Konstana je neumesno. U XIX v. cilj ove doktrine je bilo ograničenje izvršne moći monarha i podele te moći sa predstavnicima naroda (parlamentom), dakle ne u cilju zaštite ustava. Doktrina o monarhiji, koja se obuhvata izrazom „*il regne et ne gouverne pas*”, je imala za cilj ustavnu kontrolu monarha, pasivizaciju i neutralizaciju aktivne strane stare izvršne vlasti apsolutnih monarha u vreme pre Francuske buržoaske Revolucije 1789.



Jedino je vreme rešilo ovaj teorijski nesporazum velikih praktičnih posledica za ustavnu pravdu i pravosuđe. Ovo se, međutim, desilo tek nakon velike ljudske katastrofe koju je doneo II svetski rat. Stvari su išle onim tokom kako ih je predvideo Hans Kelsen. Šef države, u većini zemalja današnjeg sveta, igra značajnu ulogu u zaštiti ustava putem sprovođenja ovlašćenja pasivne strane vlasti. Ovo se ne dešava u svim ustavnim demokratijama, nego samo u slučajevima kada postoji parlamentarni ustavni sistem. Navedeno ipak ne podrazumeva da monopol zaštite ustava ostaje na šefu države, odnosno na ustavnoj pravdi u širokom smislu reči. Taj monopol pripada jednoj drugoj instituciji, odvojenoj od drugih grana vlasti, koja obično nije deo sudskog sistema. Reč je o ustavnom sudu.

Nikako ne znači da je na političkom terenu debata Shmit – Kelsen o prirodi i o funkcionisanju pasivnog dela izgubila vrednost u odnosu na svoju početnu vrednost. Ovo se primećuje iz činjenice da Shmitova teza o šefu države kao neutralnoj grani vlasti i posredniku („*pouvoir neutre et intermediaire*”) u stvarnosti nije u potpunosti bezvredna i bez praktične važnosti<sup>159</sup>. Istovremeno, ovo, ni na koji način ne podrazumeva da je Karl Shmit bio u pravu što se tiče suštine (sadržaja) koncepta šefa države kao suverena „*pouvoir neutre et intermediaire*”. Tretiranje suštine (sadržaja) ove doktrine je predmet razmatranja sledećeg dela ovog rada. Ova suština (sadržaj) čini jasnim ustavno stanje i položaj šefa države danas, u Evropi i šire, u sistemima parlamentarnih ustavnih demokratija.

### III. Pravno-ustavno jedinstvo naroda i razlikovanje od socio-političkog jedinstva

Koja je onda suština (sadržaj) teorije za „*pouvoir neutre et intermediaire*”, koja je čini različitom od svojeg shmitovskog originala? Iznad svega, koja je praktična važnost ove teorije? Razumevanje ovog pristupa može biti složeno samo ukoliko se budu imala u vidu dva pitanja: prvo se odnosi na suštinu debate o vajmarskom sudskom pravosuđu, dok se drugo upućuje na prirodu osnivačke ili konstitutivne vlasti („*pouvoir constituant*”) i vajmarski ustavni poredak.

U engleskim i francuskim ustavnim teorijama dugo godina su stvarani koncepti i načela u cilju opravdavanja i obrazlaganja osnovnih koncepta ustavnog prava<sup>160</sup>. U odnosu na njih, u pred-vajmarskoj Nemačkoj nije

159 U Evropi se, izuzev Francuske, pravi jasna razlika između šefa države i šefa izvršne grane. Ove dve uloge imaju različiti pojedinci. U Evropi, izuzev u Francuskoj, šef države ili je monarh ili je predsednik kojeg su izabrali i koji ima ekskluzivno samo predstavničke funkcije u smislu „il regne et ne gouverne pas”. Cf. Jurg Steiner and Markus M.L. Crepez, *European Democracies* (Pearson Education: USA, 2007), str. 105-110.

160 Za englesko pravo, Cf. Scott Gordon, *Controlling the State. Constitutionalism From*

postojala posebna i rafinirana teorijska debata engleskog ili francuskog tipa: osnivačka, konstitutivna vlast je bila u rukama nemačkih prinčeva, koji su tu vlast sproveli na osnovu prethodnog dogovora. Osim nemačkog Kajzera (kralja), kralja prinčeva, postojao je i Rajhstag, nemački parlament, koji je osnovan kao odgovor na populistički pokret iz kraja XIX v. Međutim, Rajhstag nije upravljao, jer je imao ograničenu ulogu, dok sama vlada nije snosila nikakve odgovornosti prema ovom predstavničkom organu. Rajhstag je služio samo za javni pritisak nad vladom, ništa više. Ovo pred-vajmarsko ustavno rešenje, kojim je u ustavnom poretku tog vremena drugačije modelirana osnivačka (konstitutivna) monarhistička vlast od osnivačke (konstitutivne) demokratske (narodne) vlasti, se u velikoj meri razlikovalo od engleskog i francuskog modela. Ovo ne znači da je nedostajalo nemačko teorijsko interesovanje za probleme odnosa između ustavne forme i političkog legitimiteta<sup>161</sup>. Međutim, navedeno interesovanje je dobilo adekvatnu teorijsku i političku formu tek nakon 1919. Ustavna forma, koja je sankcionisana vajmarskim Ustavom, je bila ona ustavnog parlamentarizma, koji u isto vreme nije sprečavao druge oblike izražavanja direktne političke volje, kao i oblikovanja glavnog državnog organa, predsednika Rajha, putem direktnih izbora. Vajmarski koncept ustavne demokratije je zasnovan na negovanju ustavne demokratije u širokom smislu, znači u podeli vlasti (u kojoj redovno sudstvo, sa Rajhskim sudom, uživa privilegovan položaj) i u priznavanju korpusa ljudskih prava i sloboda (Poglavlje II Ustava Kosova). Prema svakom standardu, Vajmarski Ustav je bio veoma liberalan ustav. Teorijska debata o formi Vajmarskog ustava je međutim bila pragmatična i većinom se je usredsređivala na rušenje iste. Ovo je zato što je velika većina nemačke doktrine i naroda gledala na Vajmarski Ustav kao na „falsifikovanu odoru nove nemačke države“<sup>162</sup>. Ovom rušilačkom izvornom stavu je pripadao celokupni shmitski diskurs<sup>163</sup>.

---

Ancient Athens to Today (Harvard University Press: Harvard, 1999.), posebno poglavlje 7 ("The Development of Constitutional Government and Countervailing Theory in Seventeenth – Century England") i poglavlje 9 ("Modern Britain"). Za francusko pravo, Cf. Lucien Jaume, "Constituent Power in France", str. 67-85; R. C. van Caenegem, An Historical Introduction to Western Constitutional Law, str. 174-193.

161 Cf. više o ovome u prvom poglavlju. "Prologue. The Shattering of Methods in Late Wilhelmine Germany", objavljeno u Arthur J. Jacobson and Bernhard Schlink (eds.), Weimar. A Jurisprudence of Crisis (University of California Press: Berkeley, 2000 ) str. 41-65; Michael Stolleis, Public Law in Germany, 1800-1914 (Berghahn Books: New York and Oxford: 2001), posebno poglavlje 8 ("General German Constitutional Law – The Doctrine of the Imperial State").

162 Cf. Martin Loughlin and Neil Walker (eds.), The Paradox of Constitutionalism: Constituent Power and Constitutional Form, str. 91.

163 Cf. David Dyzenhaus, Legality and Legitimacy. Carl Schmitt, Hans Kelsen and Herman Heller in Weimar (Oxford University Press: Oxford, 1997) str. 51-58; 70-84.

Na prvi pogled izgleda kao da se debata Shmit – Kelsen odnosi samo na ulogu i važnost stvaranja ustavnog suda prema čehoslovačko-austrijskom modelu iz 1920. Ta debata se međutim dotiče samih temelja vajmarskog ustavnog poretka i predstavlja sistematsku podršku rušenju poretka (K. Shmit), odnosno zaštitu ovog poretka (H. Kelsen).

Iznoseći protivargumente zašto ne treba i ne može da postoji ustavni sud, K. Shmit naglašava da ne može postojati suđenje pravnih normi pošto se suđenje odnosi na potčinjavanje činjeničnog stanja koje se desilo u prošlosti naspram opšte norme. Prema njemu, u ustavnom sudstvu se govori o suđenju dve opšte norme, što znači da, ukoliko se osnuje ovaj sud, onda treba da dođe do uništenja razlike između stvaranja norme, koja se dešava u parlamentu, i njene primene, što se čini u sudovima. Ovo je ovako, prema njemu, zato što se u ustavnom sudstvu „sudi“ određena norma u odnosu na drugu i to označava politiku i gubitak razlike između zakonodavne i sudske vlasti jer, na kraju krajeva, (ustavni) sud ima pravo poništenja neustavne norme<sup>164</sup>. Ovo je bio prvi argument protiv ustavnog sudstva. U stvari, boreći se protiv osnivanja posebnog ustavnog suda, K. Shmit se je borio protiv ustavnog sudstva u širokom smislu, jer je do kraja branio načelo jedinstva vlasti u rukovodiocu (Fireru) na vrhu vlasti. Za njega nije predstavljalo nikakvu zabrinutost ukoliko se izgubi razlika između stvaranja i primene norme, kao posledice eventualnog osnivanja posebnog ustavnog suda, nego zato što rukovodilac (Firer), kao šef države, više ne bi bio u stanju da sam sprovodi ove dve vlasti (stvaranje i sprovođenje pravne norme)<sup>165</sup>.

Drugi argument, kao što sledi i kao što je navedeno, ne odnosi se na predmet određenog ustavnog suđenja, što bi bila pravna norma, nego na sam koncept navedenog suđenja. Prema Karlu Shmitu, ono što se naziva

---

164 Cf. Karl Smit, "Čuvar Ustava", str. 211-239.

165 Najbolju stvar koju su doneli nacional-socijalisti, prema Karl Shmitu, je oživotvorenje načela rukovodioca (Firera) i disciplina časti. Ovi koncepti se mogu shvatiti samo iz konkretnog nemačkog uređenja i duše a ne iz normativne apstrakcije zasnovane na liberalnoj ustavnoj demokratiji. U ovom konkretnom uređenju, postoji odnos država-pokret-narod (nemački). U ovom odnosu se stvara socio-političko jedinstvo uređenja, uređenje kojem nacional-socijalistički zakonodavac daje konkretnu nemačku formu i život. Firer stoji na čelu ovog konkretnog nemačkog uređenja. Ovim zakonodavac takođe okončava mišljenje o pozitivističkoj praksi vajmarske države na osnovu podele vlasti. Cf. Karl Smit, Tri vrste pravnonaučnog mišljenja, str. 51-54.

Tokom 1933-1936 Karl Shmit se je većinom bavio pitanjem i problemima ustavne oblasti. Nakon ovog perioda on je intenzivirao svoje stvaralaštvo u međunarodnoj oblasti. Za dublju i sistemsku kritiku obrazlaganja nacional-socijalističke diktature u razdoblju 1933-1936, Cf. David Dyzenhaus, "The Politics of the Question of Constituent Power". U Martin Loughlin & Neil Walker (eds.), *The Paradox of Constitutionalism. Constituent Power and Constitutional Form*, str. 132-133; William Hooker, *Carl Schmitt's International Thought. Order and Orientation*, str. 126-132.

ustavnim suđenjem u vajmarskoj Nemačkoj, odnosi se samo na ona suđenja o nadležnostima do kojih može doći između landova (federalnih jedinica), opština i drugih jedinica u okviru nemačkog federalnog sistema tog vremena. Dakle, samo suđenja na ne-federalnom nivou se mogu smatrati ustavnim suđenjima. Kako bi određeno suđenje bilo ustavno na nivou nemačkog Rajha, prema njemu, treba da se promeni priroda ustava i same nove nemačke države. Prema K. Shmitu, ova vrsta ustavnog suđenja može postojati samo ukoliko se ustav razume kao ugovor, a ne kao jedinstvena odluka celog homogenog nemačkog naroda. Ukoliko je ustav ugovor, onda se, prema njegovom mišljenju, može osnovati federalni ustavni sud kako bi se rešili ustavni sporovi između sastavnih subjekata. Međutim, u slučaju Vajmara to nije tako: Vajmarski Ustav, prema Karlu Shmitu je jedinstvena odluka celog homogenog nemačkog naroda. Nemački narod, prema njemu, je homogena organska celina. Iz tih razloga, ideju Hansa Kelsena o ustavnom sudu treba razumeti kao pokušaj promene prirode nemačke države, gde se ona više ne bi nazivala demokratijom zasnovanom na ustavu jedinstvenog i homogenog nemačkog naroda, nego na ugovoru i zavađenom parlamentu. Ovo poslednje, prema K. Shmitu, ne predstavlja ništa drugo do celinu mnogobrojnih nehomogenih interesa raznih nemačkih slojeva. U stvari, K. Shmit je glavni problem video u nemačkom parlamentu koji je, kao takav, predstavljao glavnu metu njegovih napada<sup>166</sup>.

Poslednji argument protiv ustavnog sudstva, kao što sledi i kao što je navedeno, zasniva se na odbijanju ustavne parlamentarne demokratije. Ovo odbijanje je zasnovano na ubeđenju da vajmarski Ustav predstavlja jedinstvenu i jedinu odluku celokupnog jedinstvenog homogenog nemačkog naroda. Nosioc ove volje, shvaćene na ovaj način, ne može biti zavađeni parlament, nego drugi organ, onaj koji nemački narod bira svojim direktnim glasovima. Ovde je reč o predsedniku, a ne o nemačkom parlamentu. Ovaj pristup predstavlja primenu metafizičke logike: jedinstvenu odluku jedinstvenog i homogenog naroda može primeniti samo jedan takav organ – jedinstveni i homogen. Jedinstvo i hegemonija nemačkog naroda (nacije) se pretpostavljaju. Treba da se desi samo donošenje odluke od strane ovog naroda (nacije). Upravo predsednik, prateći ovaj koncept K. Shmita, može da reflektuje i predstavlja ustav kao sublimnu odluku jedinstvenog i homogenog nemačkog naroda (nacije), a nikako poseban ustavni sud. Zašto predsednik? Zato što, prema K. Shmitu, samo on predstavlja i personifikuje volju celog jedinstvenog homogenog nemačkog naroda (nacije). Prema Vajmarskom Ustavu, smatra

---

166 Za odličnu analizu stava Karla Shmita u odnosu na Hansa Kelsena, kao i njegovim napadima usmerenim ka nemačkom parlamentarizmu, Cf. David Dyzenhaus, *Legality and Legitimacy*: Carl Schmitt, Hans Kelsen and Herman Heller in Weimar, posebno poglavlje 1 ("Legality and Legitimacy: Reflections from Weimar") poglavlje 2 ("Friend and Enemy: Schmitt and the Politics of Law") i poglavlje 5 ("Lessons from Weimar: The Legitimacy of Legality").

Shmit, samo predsednik raspolaže onim neutralnim ovlašćenjima koja mu daju mogućnost rešavanja ustavnih i političkih sukoba na nivou Rajha: samo predsednik je neutralan, treći, nepristrasan i sa neutralnim ustavnim ovlastima koje omogućavaju rešavanje svakog državnog, političkog ili ustavnog sukoba u okviru Rajha<sup>167</sup>. „Funkcionalna integracija“, do koje se dolazi izborima, glasanjem, izbornim koalicijama itd, kao što je propovedao Rudolf Shmend i drugi liberali tog vremena<sup>168</sup>, nije bila prilagodljiva ovom shmitovskom konceptu. Predsednik ne predstavlja ovu funkcionalnu integraciju, nego samo organski i homogeni narod (naciju) politički integrisan u novu nemačku državu. Prema mišljenju Shmita, ova politička integracija se dešava zato što Nemci idu u smeru stvaranja totalne države, gde bi se izgubila svaka razlika između države i drugog dela društva koje postoji izvan države. Ovo znači da je država postajala totalna u smislu gutanja ostalog nemačkog društva u svim sferama: političkoj, privrednoj, socijalnoj i kulturnoj. U ovim okolnostima i ovim uslovima, samo predsednik je mogao biti zaštitnik ustava, jer je samo on predstavljao organsko jedinstvo nemačkog naroda (nacije)<sup>169</sup>. Prema ovom shmitovskom tumačenju proizilazi da se pretpostavlja da je nemački narod (nacija) homogen u socio-političkim stavovima.

Snažno braneći ideju stvaranja posebnog ustavnog suda i odvojenog od tri ostale vlasti, Hans Kelsen je dao argumente koji su preživeli vreme. U prvom redu, on se oslonio na parlamentarnu formu vajmarskog ustavnog sistema. On je ovu formu, a nikako nemački narod u celini, smatrao personifikacijom prvobitne volje konstitutivne vlasti („*pouvoirs constituant*“). Ova prvobitna, osnivačka volja konstitutivne vlasti se realizuje odgovarajućim ustavnim institucijama i organima kao derivativnih vlasti („*pouvoirs constituee*“), stvorenih iz konstitutivne vlasti. U ustavnoj demokratiji vlasti su podeljene i sam vajmarski predsednik se smatrao sastavnim delom tih vlasti, pošto nije imao samo pasivne vlasti, koje je K. Shmit smatrao neutralnim vlastima, nego i aktivne, koje su onemogućavale da on bude čuvar ustava. U suštini, H. Kelsen kaže da Vajmarski Ustav deli vlast između dva faktora: parlamenta i vlade. Ovaj poslednji je u sebi obuhvatao i predsednika države i ministre vlade, koji su parafirali njegove akte<sup>170</sup>.

H. Kelsen se je snažno protivio teoriji K. Shmita kojom se je naglašavalo da je nemački narod (nacija) homogen i da se vajmarski Ustav, u samom uvodu, poziva upravo na tu homogenost. Ta homogenost, prema K. Shm-

---

167 Karl Smit, „Čuvar Ustava“, str. 239-252.

168 Cf. Stefan Koriotoh, „Rudolf Smend“. U Arthur J. Jacobson and Benrhard Schlink (eds.), Weimar . A Jurisprudence of Crisis, str. 207-212; Rudolf Smend, „Constitution and Constitutional Law“. U Arthur J. Jacobson and Benrhard Schlink (eds.), Weimar . A Jurisprudence of Crisis, str. 213-248.

169 Karl Smit, „Čuvar Ustava“, str. 244-253.

170 Cf. Hans Kelsen, „Ko treba da bude čuvar Ustava?“, str. 282.

itu je bila pod rizikom uništenja sa strane pluralizma Rajhstaga, u kojem su se do beskonačnosti i bespovratno iskazivale suštinske razlike između nemačke države i društva. Kako bi se sprečilo uništenje (deljenje) te homogenije, nemačko društvo je išlo u smeru druge nefunkcionalne integracije, integracije koja se je zasnivala na totalnoj državi. Glavni instrument i pokretna moć u smeru totalne države je predsednik Rajha: on i samo on je imao ustavnu dužnost i mogućnost personifikacije jedinstvene i homogene volje nemačkog naroda (nacije) u potpunosti integrisanog u socio-političkom aspektu. H. Kelsen, retkim majstorstvom, je primetio da se K. Shmit bori protiv pravno-ustavnog jedinstva nemačkog naroda izgrađenim teorijama, izvedenim iz momentalnog pozitivističkog tumačenja vajmarskog Ustava. U tim nerealnim izgrađenim teorijama, Shmit je predsedniku Rajha dao ulogu jedinog predstavnika i otelotvorenja momentalne, jedinstvene i homogene volje celog nemačkog naroda (nacije). Vajmarski Ustav je bio momentalna odluka tog nemačkog naroda (nacije), shvaćena na taj način. Ova činjenica, što je primetio i H. Kelsen, je bila dovoljna da K. Shmit predstavi predsednika Rajha jedinim čuvarem ustava: njegov direktan izbor je garantovao da se on, i samo on, može suprotstaviti parlamentu, kao simbolu odvajanja države od društva i istovremeno, služio kao garant „totalne države“, gde se je zauvek gubila razlika između države i društva. Ovom, skoro kvazi-biološkom konceptu, H. Kelsen se suprotstavljao svakim danom aktuelnijom i modernijom teorijom, prema kojoj ne postoji ni jedinstvo naroda u sociološkom smislu niti brisanje razlika između države i društva: to jedinstvo je u svakom ustavu samo pravno-ustavno jedinstvo, i kao takvo preživljava socio-političke i druge razlike u državi i društvu, mireći takve razlike samo institucionalnim putem i organima sistema, osnovanih ustavom i zakonima.

Teoriju Karla Shmita o ustavnom sudu kao fikciji Hans Kelsen obara upravo ovim što je navedeno ovde, znači time da je jedinstvo naroda u socio-političkom smislu metafizička fikcija koja se ne može dokazati ni na jedan način niti ikakvim sredstvom. Činjenica da šef države predstavlja jedinstvo države, prema Kelsenu, nikada ni na koji način ne podrazumeva materijalno, socijalno jedinstvo nego pravno-ustavno jedinstvo države. Ovo jedinstvo, prema Kelsenu, ne podrazumeva da šef države predstavlja solidarnost efektivnih interesa u konkretno vreme, nego upravo suprotno: tačno i istinito značenje teorije o „*pouvoir neutre et intermediaire*“ šefu države gde on treba da sakrije (pokrije) i neutralizuje radikalne protivrečnosti socio-političkih, klasnih i drugih interesa koje zastupaju političke stranke i ostali akteri. Jednom rečju, šef države ne može biti predstavnik radikalno suprotnih interesa socio-političkih, socio-ekonomskih i socio-kulturnih aktera u društvu i državi<sup>171</sup>.

---

171 Ibid., str. 285-289.

Kao što se može primetiti, K. Shmit svako obrazloženje daje iz prizme radikalne demokratije, koja se razume kao vladavina većine, znači ne u modernom smislu ustavne demokratije koja je zasnovana na podeli i ravnoteži vlasti, vladavini prava i poštovanju ljudskih prava i prava manjina. Ovaj drugi pristup, sa ustavnim sudstvom kao čuvarem i zaštitnikom načela, vrednosti i normi modernog konstitucionalizma postoji samo kod H. Kelsena i predstavlja veoma značajan deo polemike sa K. Shmitom i drugim izvornim konzervativnim vajmarskim autorima<sup>172</sup>. Iz tih razloga je kod ova dva autora veoma važno primetiti odnos između radikalne demokratije, shvaćene kao vladavine većine, sa ustavnom demokratijom i njenim sastojcima. Ovo u suštini ne predstavlja ništa drugo do drugu stranu njihove debate o osnivačkoj, originalnoj, konstitutivnoj vlasti („*pouvoir constituant*”) i derivativnoj, neoriginalnoj, konstituisanoj vlasti („*pouvoir constituee*”) i ulozi predsednika, kao otelotvorenja i predstavnika pravno-ustavnog jedinstva naroda, koji je, kao takav, podeljen prema raznim socio-političkim, ekonomskim, kulturnim i drugim slojevima.

Suština diskursa K. Shmita, ne samo u polemici sa H. Kelsenom, leži u njegovom namernom i sistematskom pokušaju održavanja prevlasti radikalne demokratije živom, shvaćenoj kao vladavina većine, sa Firerom na vrhu iste<sup>173</sup>. Ustavna demokratija, kao što je primećeno ranije u ovom radu, predstavlja sinonim ustavne pravde u širokom smislu reči. Kako bi se održao ovaj način obrazlaganja, znači prevlasti radikalne demokratije shvaćene kao vladavine

172 Cf. osim poglavlja iz fusnote 72 i iznad i poglavlje 3 (“The Pure Theory in Practice: Kelsen’s Science of Law”) iz knjige David Dyzenhaus, *Legality and Legitimacy: Carl Schmitt, Hans Kelsen and Herman Heller in Weimar*. Ne postoji nikakva sumnja da je glavno delo Hansa Kelsena, koje veliča celu suštinu njegovog diskursa o ustavnom sudstvu *General Theory of Law and State* (The Lawbook Exchange Ltd.: Clark, New Jersey, 2007, 2009). Ovo je u stvari preformulisana zbirka njegove knjige *Pure Theory of Law* (The Lawbook Exchange Ltd.: Clark, New Jersey, 2002, 2009). Prva izdanja njegove knjige su objavljena pre polemike sa Karlom Shmitom, na različitim jezicima i pod različitim naslovima.

173 Osim do sada navedenih radova, treba naglasiti i sledeće radove Karla Shmita, u kojima se on, na sistematski način angažuje za radikalnu demokratiju i protiv ustavne demokratije: Carl Schmitt, *Political Theology: Four Chapters on the Concept of Sovereignty* (The University of Chicago Press: Chicago, 1985); Carl Schmitt, *Political Romanticism* (MIT Press: Massachusetts, 1986); Carl Schmitt, *The Crisis of Parliamentary Democracy* (The MIT Press: Massachusetts, 1988); Carl Schmitt, *Roman Catholicism and Political Form* (Greenwood Press: Westport, 1996); Carl Schmitt, *The Concept of the Political* (The University of Chicago Press: Chicago, 1996, 2007); Carl Schmitt, *Theory of the Partisan* (Telos Press Publishing: New York, 2007); Carl Schmitt, *The Leviathan in the State Theory of Thomas Hobbes* (The University of Chicago Press: Chicago, 2008); Carl Schmitt, *Political Theology II: The Myth of the Closure of Any Political Theology* (Polity Press: USA, 2008). Većina ovih radova je objavljena u vreme vajmarske Nemačke na nemačkom jeziku. Za kritičare Shmitovog diskursa u to vreme, Cf. David Dyzenhaus (ed.), *Law as Politics* (Duke University Press: Durham and London, 1998); Alberto Predieri, Carl Schmitt, un NAZISTA senza CORAGGIO. I i II Tom (La Nuova Italia Editrice: Firenze, 1998, 1999).

većine u odnosu na ustavne u demokratiju u širokom smislu reči, Karl Shmit obrazlaže uz posebno opravdanje ograničenja državne vlasti, ograničenja koja on nalazi u odredbama Vajmarskog Ustava o ljudskim pravima i ravnoteži vlasti. Prve smatra ograničenjima koja u suštini proizilaze iz konkretne konstitutivne odluke nemačkog jedinstvenog homogenog naroda (nacije) koji je rekao da pojedinci treba da uživaju ta prava na određeni način, dok druga ograničenja smatra osnovanim za pretpostavljeno postojanje jedinstvene i neodvojive vlasti, iz koje nakon toga proističu nadležnosti u korist određenih grana vlasti.

Ove dve vrste odredbi je K. Shmit nazivao idejama liberalne države, koje teže da neutrališu svako političko dejstvo. Ta neutralizacija proizilazi u liberalnu državu iz jednog tumačenja Vajmarskog Ustava, koje je namerno normativno, nepolitičko i nesocijalno. Ovo podrazumeva da se svaki deo državne vlasti reguliše pravno-ustavnim i zakonskim normama, kako ne bi postojala mogućnost za političko delovanje tipa radikalne demokratije. Kratko rečeno, izvan pravno-ustavnih i zakonskih normi nema političkog delovanja subjekta shvaćenog kao većinskog naroda koji sprovodi osnivačku (originalnu, konstitutivnu) vlast<sup>174</sup>. Ovo znači da K. Shmit, drugačije u odnosu na H. Kelsena vidi ova dva pitanja (ljudska prava i ravnotežu vlasti) kao neutralizaciju radikalne politike jer zamenjuju političko delovanje narodnog subjekta, shvaćenog kao većine, političkim delovanjem u ime takvog subjekta.

Međutim, u kelsijanskoj ustavnoj teoriji i praksi se priznaje da narod, kao subjekat, sam nikada nije prisutan u konstitutivnom (osnivačkom, originalnom) političkom delovanju<sup>175</sup>. Takav akt se može identifikovati kao akt subjekta, shvaćenog kao narod, samo ukoliko je moguće da se navedeni akt atribuiraju (pripisuju) subjektu narodu-većini, akt koji se realizuje preko organa ili predstavnika tog subjekta. U ustavnim pojmovima, ovo delovanje koje se atribuiraju (pripisuju) subjektu narodu-većini, ali koji preduzimaju organi ili pojedinci koji predstavljaju konstitutivnu (osnivačku, originalnu) vlast, predstavlja minimalni uslov za zaštitu pojedinca (segment zaštite ljudskih prava) i sprovođenja vlasti u modernom ustavnom smislu (segment podele i ravnoteže vlasti). Gledajući u ovom smislu, ustavna demokratija ne neutrališe političko delovanje subjekta naroda-većine. Ona, gledajući je kao skup odredbi i praksi o ljudskim pravima i podeli i ravnoteži vlasti, ne čini ništa drugo osim garantovanja institucionalnih uslova za političko de-

174 Cf. Carl Schmitt, *Constitutional Theory*, str. 200 i dalje; Hans Kelsen, 'On the Essence and Value of Democracy'. U Arthur J. Jacobson and Bernhard Schlink (eds.), *Weimar: A Jurisprudence of Crisis*, str. 154-155; 291-292.

175 Cf. elokventnu komparativnu analizu ovog pitanja u Hans Lindahl, "Constituent Power and Refleksive Identity: Towards and Ontology of Collective Statehood". In Martin Loughlin and Neil Walker (eds.), *The Paradox of Constitutionalism. Constituent Power and Constitutional Form*, str. 9-24;



lovanje u ime subjekta (shvaćenog kao narod koji nije ni većina ni manjina nego prosto subjekt-narod). Ko god govori u ime naroda treba da ima u vidu da ustavna demokratija daje i garantuje ustavnu formu kolektivnog i pojedinačnog identiteta, na koje se oslanja moderno demokratsko društvo. Drugim rečima, radikalna demokratija, shvaćena kao vladavina većine, se „pročišćava“ preko filtera koji čine ustavnu demokratiju, kao i delima koja se jasno mogu atribuisati (pripisati) subjektu shvaćenom kao narod (koji nije ni većina ni manjina nego prosto subjekt-narod). Ovo atribuiranje (pripisivanje) je prouzrokovano organizovanim delovanjem pojedinaca koji predstavljaju takav subjekt. Ustavne odredbe o podeli i ravnoteži vlasti i o ljudskim pravima predstavljaju glavne „filtere“ koji olakšavaju načelo radikalne demokratije, shvaćene kao vladavine većine, i predstavljaju samu osnovu na koju se oslanja pravno-ustavno jedinstvo naroda, shvaćenog kao subjekt.

Takve odredbe sadrže svi evropski ustavi, kao i ustavi drugih zemalja, modelirani prema modelu zapadnog konstitucionalizma. Kosovo nije izuzetak od navedenog: član 4. stav 3. i član 83. Ustava govore o ovoj vrsti pravno-ustavnog jedinstva, koje predstavlja predsednik Kosova, dok svako delovanje ovlašćeno ustavnim odredbama člana 84. Ustava ne predstavlja ništa više nego delovanje koje se može atribuirati (pripisati) predsedniku Kosova<sup>176</sup>. Predsednik, prema članu 83. Ustava: „...predstavlja vrhovnu vlast države i jedinstvo građana Republike Kosovo“. Ustavne odredbe iz člana 84. su ovlašćujuće odredbe u smislu da se svako delovanje preduzeto u cilju njihove primene smatra atributivnim, znači može se pripisati predsedniku. Ovo svojstvo proizilazi iz člana 84. Ustava, koji operacionalizuje i daje smisao članu 4. stav 3. i članu 83. Ustava, kojima se definiše važnost i primarna uloga poglavara kosovske države. Međutim, navedene odredbe se ne mogu posmatrati izolovano, jer one ovlašćuju dela koja se mogu atribuirati (pripisati) predsedniku jedino kada su preduzeta u ustavnom okviru i u duhu drugih načela i normi podele i ravnoteže vlasti, vladavine prava i demokratije, kao i poštovanja ljudskih prava i prava manjina. Ova načela i norme se nalaze sankcionisane u Poglavlju I (Osnovne odredbe), Poglavlju II (Prava i osnovne slobode) i u Poglavlju III (Prava zajednica i njihovih pripadnika) Ustava. Svako sprovođenje vlasti i svaka obavljena politička delatnost se može pripisati (atribuirati) narodu Kosova samo kada se sprovodi poštujući ova Ustavna poglavlja. Ovo važi i za predsednika Kosova, koji predstavlja i otelotvoruje pravno-ustavno jedinstvo kosovskog naroda kao celine, sa uslovom da se ovlašćenja iz člana 84. Ustava obavljaju u ustavnom okviru ova tri poglavlja.

---

176 U članu 84. Ustava Kosova je propisano trideset (30) nadležnosti koje pripadaju predsedniku Republike. Prve dve, ne slučajno, još jednom ponavljaju tekst odredaba člana 4. stav 3. i člana 83. Ustava. Dakle, od samog početka određivanja nadležnosti predsednika Republike, u prva dva stava se ponovo naglašava da je on/ona predstavnik Republike Kosovo, unutar i van nje, i garant ustavnog funkcionisanja ustavom određenih institucije.

#### IV. Ustavi štite šefa države, ne pojedinca *ad hominem*

Ideja ustavne kontrole ustavnih amandmana zvuči donekle paradoksalna u smislu da se, u ovim slučajevima, vrši ustavna kontrola predloga ustavne norme, poredeći je sa drugom ustavnim normom, koja se nalazi u osnovnom (originalnom) ustavnim tekstu. Ovo, samo po sebi otvara dileme značenja, jer sama ideja ustavne pravde, u užem smislu reči, koju je konceptirao H. Kelsen, sastoji se od ustavne kontrole zakonske norme, kao norme koja je niža od ustavne norme, kako bi se ustanovilo da li je takva zakonska norma u saglasnosti (harmoniji) sa ustavnim normom, kao višom normom prema zakonskoj moći u opštoj hijerarhiji normi. Ipak, ovakva vrsta ustavne kontrole ne samo da postoji nego je u nekim zemljama (npr. SAD-u) starija od same ustavne kontrole zakona<sup>177</sup>.

Glavni i jedini razlog postojanja ove vrste ustavne kontrole leži u činjenici da, u mnogo slučajeva, ustavi sadrže načela i odredbe koje se smatraju nepromenljivim. Ovo znači da takva načela i odredbe, ni u jednom slučaju ne mogu biti predmet promene. Ova načela i odredbe, koja ne mogu biti predmet amandmana ni u jednom slučaju i ni u kakvim okolnostima, imenovane su raznim imenima u ustavnoj teoriji. Ovo je izneto u prvom delu teksta. Ovde je dovoljno reći da je prvi izraz koji je korišćen u cilju označavanja ustavnih načela i odredaba koje se ne mogu promeniti bio „ukorenjene odredbe“ („*entrenched provisions*“) i uneo ga je u upotrebu sam K. Shmit pre II svetskog rata<sup>178</sup>. U Evropi, nakon II svetskog rata, koncept „ukorenjenih odredbi“ („*entrenched provisions*“) je nemačka doktrina ponovo stvorila<sup>179</sup>. Već je ranije naglašeno da na potpuno paradoksalan način sam Karl Shmit

---

177 Prva odluka Vrhovnog suda u vezi sa ustavnošću ustavnih amandmana je doneta 1798, u slučaju *Hollingsworth v. Virginia*, pet godina pre slučaja *Marbury v. Madison* (1803), kojim je uspostavljena praksa ustavne kontrole zakona. Citirano u Kemal Gozler, *Judicial Review of Constitutional Amendments. A Comparative Study* (EKIN PRESS: Bursa, 2008), str. 29.

178 Kao što je ranije navedeno u ovom radu, on je koristio ovaj izraz u analizi Poglavlja II vajmarskog Ustava, u kojem su sankcionisana prava i slobode Nemaca. Ove „ukorenjene odredbe“, prema njemu predstavljaju drugi nemački ustav (pored Vajmarskog Ustava). Zašto? Zato što, prema njegovom mišljenju, ovo poglavlje ograničava sprovođenje državne vlasti predsednika Rajha i njegove vlade jer se stvaraju dodatne i posebne obaveze za ove organe, a u korist Nemaca. Cf. Karl Smit, „Legalnost i Legitimnost“, str. 323-336. Za više komentara drugih autora, Cf. Ulrich K. Preuss, „The Implications of ‘Eternity Clauses’: The German Experience“. U *ISRAEL LAW REVIEW* Vol. 44 No. 3 (2012).

179 Prvi slučaj u praksi se desio 23. oktobra 1952. i poznat je po imenu „Jugoistočni slučaj“. U ovom slučaju, Federalni Ustavni sud Nemačke je naglasio da postoji nekoliko načela odluka kojima se povinuju ostale ustavne odredbe i koje ne mogu i ne smeju biti ugrožene ni u jednom slučaju. Cf. Kemal Gozler, *Judicial Review of Constitutional Amendments. A Comparative Study*, str. 55-56; 84-86; Donalds P. Kommers, „German Constitutionalism.: A Prolegomenon“, str. 858-859, fusnota br. 60.

stoji iza ideje teksta u odredbi člana 76. stav 3. Osnovnog zakona Federalne Republike Nemačke, član na koji se je oslonila nemačka praksa i teorija u vezi sa nepromenljivim ustavnim načelima i odredbama. Ponekad se navedeno smatra teorijom i praksom za „neustavne amandmane ustava“ („*unconstitutional constitutional amendments*”)<sup>180</sup>.

Ova teorija i praksa zasnovana na njoj treba da se razlikuju od proceduralnih ustavnih prepreka, koje vidno otežavaju, ponekad i čine nemogućim, promenu ustava. U ovakvim slučajevima, bez suštinskog konsenzusa u društvu, ne može doći do promene ustava. Ove prepreke po prvi put su sankcionisane u članu V američkog Ustava iz 1887. i kasnije su prenete u ustave drugih zemalja, iako su remodelirane na različite načine. Ove proceduralne odredbe predstavljaju značenje „rigidnog ustava“, o kojem smo diskutovali iznad. U slučaju teorije i prakse o nepromenljivim načelima se ipak govori o načelima i odredbama koje se nalaze u materijalnim delovima ustava. Kao takve, one same po sebi, ne mogu biti predmet amandmana. Naprotiv, proceduralne odredbe, koje predstavljaju značenje „rigidnog ustava“ se mogu promeniti ukoliko se poštuje predodređena ustavna procedura. Ova razlika, kao što se može videti, je veoma velika jer dok se prve ne mogu promeniti uopšte, u slučaju proceduralnih ustavnih odredbi, promena nije isključena ukoliko se poštuje predodređena ustavna procedura.

Kao što sledi i kao što je navedeno, drugo, ova nepromenljiva načela i odredbe su sam ustavni identitet određene zemlje, sama „DNK“ zemlje, bez kojih ni sam ustav nema nikakvo značenje. Načela i odredbe, koja se nikada i ni u kakvim okolnostima ne mogu promeniti, obično se odnose na republikanski oblik vladavine, odnos između državnog centra i periferije, državnog laicizma, ustavne demokratije, vladavine prava i ljudskih prava itd. Isti je slučaj, na primer, i kod Nemačke, Francuske, Turske, Norveške, Portugalije, Rumunije, Ukrajine, Azerbejdžana, Južne Afrike i velikog broja drugih zemalja. Ovde govorimo o zemljama koje neguju ustavnu demokratiju modeliranu prema zapadnom konstitucionalizmu, jer postoje i druge zemlje, uzмимо kao primer Maroko, u kojima su nepromenljive odredbe one koje se odnose na očuvanje primarne uloge islama u društvima ovih zemalja<sup>181</sup>.

---

180 Ustav SAD-a u članu V govori o zabrani bilo kojeg amandmana koji ugrožava prava jednakosti glasa država članica, dok Ustav Norveške, iz 1814, u članu 112. istog, govori o zabrani svakog amandmana koji je u suprotnosti sa načelima i duhom originalnog ustavnog teksta. Cf. za više detalja o navedenom u Kemal Gözler, *Judicial Review of Constitutional Amendments. A comparative Perspective*, str. 10-12; 28-34; 78-80; Lechh Garlicki and Zofia A. Garlicka, “Review of Constitutionality of Constitutional Amendments (An Imperfect Response to Imperfections). *Journal of Constitutional Law/Review De Droit Constitutionnel* Vol. 1, Issue 1 (Year 2012) str. 205 fusnota br. 46.

181 Ne samo Maroko nego i mnogo drugih islamskih zemalja ima isti model nepromenljivih ustavnih odredbi koje se većinom upućuju na primarnu ulogu islamske vere u njihovim

Treće, samo postojanje ovih nepromenljivih ustavnih načela i odredaba uživa sudsku zaštitu u smislu da se svaki ustavni amandman, koji je u suprotnosti sa njima, oglašava protivustavnim od strane odgovarajućeg suda. Navedeno ipak ne znači da ustavna kontrola amandmana postoji samo u onim zemljama u kojima ustavi sadrže nepromenljiva načela i odredbe i suprotno. Postoje slučajevi kada postojeći originalni tekst sadrži ustavna načela i odredbe koje se ne mogu promeniti, ali u praksi nikada nije došlo do kontrole ustavnih amandmana. Takav je na primer slučaj Ustava Norveške iz 1814. Isto kao i navedeno, postoje slučajevi kada uopšte ne postoje ustavna načela i odredbe, koje se ne mogu menjati, ali su u praksi odgovarajući sudovi razvili veoma zavidnu i bogatu sudsku praksu. Takav je primer Indije.

Konačno, stvar ustavne kontrole amandmana je apstraktna kontrola pravno-ustavne norme, znači ne upućuje se na njenu primenu u konkretnom slučaju, nego na sve slučajeve u vremenu koje dolazi. U velikoj većini zemalja, apstraktna kontrola pravno-ustavne norme se vrši samo *a posteriori*, dakle nakon što stupi na snagu pravno-ustavna norma koja je sadržana u amandmanima. Retki su izuzeci, kao što je navedeno i iznad, kada se ustavna kontrola amandmana vrši pre njihovog stupanja na snagu. Deo ovog izuzetka u Evropi je i Kosovo, dok su van Evrope Čile, Južna Afrika, Azerbejdžan itd.

Nakon primene ustavne odredbe člana 113. stav 9. i člana 144. stav 1. Ustava Kosova, koje propisuju obavezu prosleđivanja na kontrolu svakog ustavnog amandmana, došlo je do „predmeta predsednika Jahjaga“. Osporavanje legitimnosti istog nije pravno-ustavno nego je političko i zasniva se na ubeđenju da „ona ne predstavlja političko jedinstvo naroda Kosova“, dok je Ustavni sud, prema onima koji osporavaju, pogrešio kada je odlučio da „narod Kosova očekuje da ona bude njihov predsednik sledećih pet godina“.

Ovaj rad obrađuje samo nepolitičku stranu „pitanja predsednika Jahjaga“, znači onog što se odnosi na komparativno objašnjenje apstraktne i preventivne (preliminarne) kontrole amandmana, koju Sud vrši na osnovu člana 113. stav 9. i člana 144. stav 1. Ustava Kosova. Dnevnoj politici i njenim akterima se ostavlja puna sloboda osuđivanja u recipročnim političkim osporavanjima *ad hominem*. Ta osporavanja ni na koji način ne mogu izbledeti suštinu teorije i prakse o „neustavnim amandmanima ustava“ i njenu primenu u „slučaju predsednika Jahjaga“.

Ova teorija i praksa, u slučaju Kosova, podržava samo jednu rečenicu, koja navodi da svaki amandmana Ustava Kosova treba da bude prosleđen Ustavnom sudu na sudsku kontrolu, kako bi se zaključilo da li predloženi amandman umanjuje prava iz Poglavlja II Ustava. Ovo u praksi znači da je

---

društvima. Cf. Amina El Messaoudi, “Il Modello di Giustizia Costituzionale in Marocco”. U Luca Mezzeti, Sistemi e Modelli di Giustizia Costituzionale. Tom II CEDAM: Padova, 2011.

Poglavlje II Ustava „DNK“ Ustava Kosova, sam njen identitet kao suverene i nezavisne države. Svaka sudska kontrola amandmana, kao što je navedeno iznad, se vrši *in abstracto*, uzimajući u obzir samo kriterijume stručnog apstraktnog suđenja, koji važe uvek, za svakog i u svakom slučaju ili okolnosti u budućnosti. Ovo znači da Ustavni sud uopšte nije mogao uzeti u obzir koji je bio oblik i sadržaj političkog sporazuma, niti ko i kako je postao predsednik Kosova nakon primene sporazuma. Ovi aspekti su bili i nastavljaju da budu predmet kosovske politike, a ne Ustavnog suda.

Da vidimo, dakle, u više detalja, šta je izneo Ustavni sud Kosova prilikom apstraktne i preventivne (preliminarne) kontrole ustavnih amandmana, koje je predložilo 30 poslanika Skupštine Kosova tokom marta i maja 2012.

Sud se, ni u kom slučaju nije bavio političkom stranom „slučaja Jahjaga“. Reč je bila i jeste o ustavnoj apstraktnoj i preventivnoj (preliminarnoj) kontroli ustavnih amandmana, tačnije 11 (jedanaest), koji su predloženi u četvrtoj godini postojanja Ustavnog suda. Ova presuda je druga ovakve vrste u praksi ovog suda<sup>182</sup>. Presuda je apstraktna i uopšte se ne vezuje za konkretno ime, situaciju ili okolnost konkretnog i prisutnog slučaja. Takav pristup suda proizilazi iz samih ustavnih odredaba o preventivnoj (preliminarnoj) kontroli predloga ustavnih amandmana. Ove odredbe obavezuju sud da sprovede ovakvu vrstu kontrole, imajući u vidu uvek samo Poglavlje II Ustava, podrazumeva se, ne ograničavajući se na dogmatski način samo na to poglavlje. Ovakvo ograničenje je u potpunosti nemoguće zbog, kao što je rečeno ranije, onoga što je u nemačkoj praksi i teoriji poznato kao organizaciona i strukturna veza ustavnih odredaba gledanih u njihovoj celosti<sup>183</sup>. Navedeno je potpuno normalno, ukoliko se ima u vidu teorija o „DNK“ svakog ustava, dakle teorija o nepromenljivim odredbama i načelima koja prožimaju svaku „čeliju“ ustavnog teksta, kao i samog njegovog duha.

Prilikom obavljanja ove nadležnosti Sud se između ostalog suočio i sa ocenjivanjem amandmana 10 (deset), kojim je predloženo da sadašnji šef kosovske države napusti dužnost i ode kući, znači da bude razrešen ustavnim amandmanom ovog kosovskog zakonodavstva. Stručna presuda suda, koja proizilazi iz sudske sinologije (potčinjavanja) predloga amandmana 10 (deset) u odnosu na sadašnji tekst Ustava Kosova na snazi, navodi da niti jedan predsednik, ni u jednom slučaju kao i ni u kakvim okolnostima, ne može biti odstranjen sa dužnosti osim poštujući ustavne procedure propisane u članu

---

182 Prvi slučaj apstraktne i preventivne (preliminarne) kontrole ustavnih amandmana je bio malo pre ovih koje se diskutuju ovde: 15. maja 2012. Sud je doneo odluku o ustavnosti predloženih amandmana kojima se konstitucionalizuje okončanje nadgledane nezavisnosti, kao što je propisano u odredbama Ahtisarijevog plana.

183 Cf. fusnota 48.

91. Ustava Kosova<sup>184</sup>. Ukratko, predloženi amandman 10 (deset) Ustava Kosova je ozbiljno ugrozio (dotakao) „DNK“ Ustava, znači ne konkretna prava *ad hominem* šefa države, dakle predsednika Atifete Jahjaga. „Pitanje predsednika Jahjaga“ je postojalo mnogo pre nego što je 11 (jedanaest) predloženih amandmana prosleđeno Sudu na ocenjivanje. Konkretnije, to pitanje je počelo da postoji od dana sklapanja političkog sporazuma, 6. aprila 2011. Sud se nije mogao baviti primenom *ad hominem* odredaba ovog sporazuma. Ustavni sudovi štite samo načela i odredbe savremenog konstitucionalizma. U našem slučaju, ta načela i odredbe, preko Poglavlja II, prožimaju se širom celog Ustava Kosova, njegovim slovom i duhom.

Kada Sud razmatra da li predloženi amandmani ugrožavaju načela i odredbe Poglavlja II Ustava, on to čini imajući u vidu sadržaj ustavne norme koja se predlaže, poredeći je sa postojećom ustavnom normom i načelima koja su na snazi. U konkretnom slučaju, tim predloženim amandmanom br. 10 (deset) je težena suštinska promena mandata sadašnjeg šefa kosovske države. Sud je odlučio da se to ne može desiti zbog dva razloga. Prvi se odnosio na samu prirodu šefa države: u članu 4. stav 3. i članu 83. Ustava Kosova, on predstavlja pravno-ustavno jedinstvo kosovskog naroda, kako unutar tako i van zemlje i garantuje normalno funkcionisanje institucija sistema. Ova priroda šefa države se ne sme promeniti ili prekinuti ni u kom momentu. Svaki prevremeni odlazak šefa države, izvan procedura i izvan uslova predviđenih članom 91. Ustava, predstavlja ugrožavanje načela i odredaba o pravno-ustavnom jedinstvu i onih koje se odnose na predstavljanje naroda Kosova, unutar i van zemlje, kao i na garantovanje stabilnog funkcionisanja institucija kosovske države.

Drugo, kao što sledi i kao što je navedeno, težnja za razrešenjem preko amandmana, osim što smeta građanima Kosova da budu jedinstveni u pravno-ustavnom pogledu njihovog predstavljanja (unutar i van zemlje), garantovanja institucionalne stabilnosti države, istovremeno ugrožava konkretna načela i odredbe Poglavlja II Ustava. Navedeno ugrožavanje se ne odnosi na ljudska prava i slobode *ad hominem*. Težnja ugrožavanja načela i odredaba, kao što je rečeno iznad, odnosi se na svakog predsednika Kosova, danas i zauvek. Kao što se veoma lako može primetiti, Sud nije štitiio *ad hominem* položaj sadašnjeg predsednika, gđe Atifete Jahjaga, nego formu i sadržaj institucije šefa kosovske države, koja je propisana članom 4. stav 3. i članom 83. Ustava, od neustavnih težnji predloženog amandmana br. 10 (deset). Ovim predloženim amandmanom je teženo da se na krajnje nestručan način sprovede agresija nad Poglavljem II Ustava Kosova koji je na snazi, poglavljem koje služi kao osnovna tačka uputnica prilikom ocenjivanja ustavnosti svakog predloženog ustavnog amandmana.

Podrazumeva se, ovo ne znači da ne postoji ustavni način za promenu mandata šefa države. U komparativnom aspektu, postojali su slučajevi kada je do ovoga dolazilo, znači kada je promenjen mandat šefa države, kao što postoje i ustavi koji to sankcionišu. Prvi slučaj se desio u Francuskoj 2000. Te godine Francuzi su ustavnim amandmanom promenili mandat tadašnjeg francuskog predsednika sa 7 (sedam) na 5 (pet) godina. Međutim, taj amandman je stupio na snagu i primenjen je jedino u odnosu na sledećeg, a ne aktuelnog predsednika. Ovo znači da a priori nije dozvoljeno da novi amandman, kojim je promenjen mandat tadašnjeg francuskog predsednika, ima retroaktivni efekat kao u kosovskom slučaju<sup>185</sup>. Od ustava koji propisuju nešto slično vredi spomenuti Ustav Južne Koreje, koji određuje proceduru koju treba poštovati prilikom promene mandata šefa države, čineći veoma jasnim da te promene mogu važiti samo za sledećeg šefa države<sup>186</sup>. Znači, veoma je jasno da ustavno sudstvo, ni u kom slučaju, ne štiti nikog *ad hominem*, nego jedino ustavna načela i odredbe koje predstavljaju suštinu savremenog konstitucionalizma.

---

185 Oliver Duhamel, "France's New Five – Year Presidential Term. BROOKINGS, 1 March 2001. Na internetu na sledećoj internet stranici: <http://www.brookings.edu/research/articles/2001/03/france-duhamel> (poslednji put provereno u novembru 2012.).

186 Ustav Južne Koreje, od 17. jula 1948, u članu 128., inicijativa za promenu Ustava propisuje: „(2) Ustavni amandmani za produženje mandata predsednika ili dozvoljavanje reizbora ne mogu stupiti na snagu za predsednika na dužnosti u vreme njihovog donošenja“. Venecijska komisija ovu odredbu smatra najboljim standardom i masom merenja za ocenu ustavnosti ustavnih amandmana koji se odnose na mandate glavnih državnih organa. Cf. Report on Constitutional Amendment, adopted by the Venice Commission at Its Plenary Session (Venice, 11-12 December 2009), pasus 145.

## Zaključak

Ovaj rad je na naučni način, iz uporednog ustavnog ugla, objasnio ulogu i položaj šefa države i njegovu zaštitu od neustavnog razrešenja putem procesa izmene ustava na snazi.

U uporednom ustavnom pravu, šefu države se priznaju dve uloge: uloga predstavnika i uloga garanta. Predstavnička uloga se ogleda u šefu države kao personifikujućoj instituciji pravno-ustavnog jedinstva naroda i pravno-državnog kontinuiteta. Dok, kao garant, šef države predstavlja garanta normalnog (regularnog) funkcionisanja institucija i njihovu stabilnost. Podrazumeva se, ovde se uvek govori o ustavnoj parlamentarnoj demokratiji.

Promena ustava predstavlja proces koji se odigrava u svakom društvu. Učestalost (incidentnost) promene ustava zavisi od mnogo činilaca, od dužine aktuelnog ustavnog teksta od drugih činilaca koji se nalaze izvan navedenog teksta. Ipak, pitanje učestalosti (incidentnosti) promene tekućeg ustavnog teksta nije bilo predmet ovog rada<sup>187</sup>. Ono što je obrađeno u ovom radu odnosi se samo na aspekt procesa promene ustava. Proces, koji je razrađen ovde, poznat je kao apstraktna i preventivna (preliminarna) sudska kontrola predloženih ustavnih amandmana. Poznata za veoma mali broj zemalja, uključujući tu i Kosovo, ova kontrola podrazumeva da se ocena ustavnosti ustavnog amandmana vrši pre njegovog stupanja na snagu.

Većina zemalja poznaje represivnu kontrolu ustavnih amandmana, dakle, nakon što oni stupe na snagu. Zajedničko za preventivnu (preliminarnu) i represivnu (nakon stupanja na snagu) kontrolu je u tome da se u oba slučaja ocenjivanje vrši proveravanjem da li ustavni amandmani ugrožavaju (dotiču) postojeća ustavna načela i odredbe, koje se ne mogu promeniti. U slučaju Kosova, ta načela i odredbe se većinom nalaze u Poglavlju II, ali takođe i u drugim načelima i odredbama Ustava. Nakon apstraktno i preventivne (preliminarno) kontrole 11 (jedanaest) predloženih amandmana Sud je proglasio neustavnim više od 60 odsto njih. Deo njih je bio i amandman 10 (deset), koji je većinom bio predmet ovog rada. Tom prilikom, sud je stavio do znanja da je prekid petogodišnjeg ustavnog mandata šefa države, putem ustavnog amandmana, neustavan, danas i zauvek. Nije važno da li se mandat prekida sankcionisanjem prevremenim izborima „u roku od šest meseci“ ili „nakon šest meseci“. Za Ustavni sud Kosova i savremenu ustavnu pravdu, prekid mandata šefa države se može desiti poštujući ustavna načela i odredbe na snazi. Svaki drugi način, kao i ovaj kojem se težilo predloženim amandmanom 10 (deset) ugrožava Poglavlje II Ustava Kosova, samu prirodu i položaj šefa kosovske države kao predstavnika pravno-ustavnog jedinstva unutar i izan zemlje kao garanta normalnog (regularnog) funkcionisanja državnih

---

187 Za uporednu naučnu analizu razloga koji dovode do čestih ustavnih promena Cf. Sanford Levinson (ed.), *Responding to Imperfection. The Theory and Practice of Constitutional Amendment* (Princeton University Press: Princeton, New Jersey, 1995).



institucija. Ovo važi za svakog šefa države u ustavnim parlamentarnim demokratijama.

Teorija i praksa šefa države, kao predstavnika pravno-ustavnog jedinstva naroda i garanta normalnog (regularnog) funkcionisanja institucija sistema, je pokrenuta u Francuskoj nakon Revolucije 1878, koju je prvo elaborirao Benjamin Konstan. U stvari, ova teorija je elaborirana u širem smislu, na ono što se odnosi na prirodu i konstitutivni položaj naroda, kao novog suverena koji se pojavljuje na sceni nakon revolucije 1878. Svi naponi Benjamina Konstana su se sastojali u „pravosnaženju“ ove nekontrolisane volje naroda, kao novog suverena koji se pojavio na sceni. U okviru ovih napora je stvorena sintagma o monarhu kao instituciji koja „*regne et ne gouverne pas*“. Isto je verovala i veoma mala grupa sledbenika političke i ustavne teorije, uključujući tu i Karla Shmita. Zaključeno je da ovo nije tačno, kao što je s pravom primetio Hans Kelsen u svom odgovoru za Karla Shmita. Zašto? Zato što je, prema Kelsenu, monarh sastavni deo izvršne grane (vlade). Tokom celog XIX v. pa sve do Vajmarskog Ustava, teorija i praksa su pokušale da ograniče što je više moguće izvršne nadležnosti monarha tog vremena. Vajmarski Ustav je bio poslednji pokušaj kojim je teženo stvaranje šefa države koji „*regne et ne gouverne pas*“, međutim bez većeg uspeha zbog ovlašćenja koja su proizilazila iz odredbe njegovog člana 48.. Ovaj član nije dozvoljavao da predsednik Rajha bude čuvar ustava jer je i on sam predstavljao izvršnu vlast koja je stajala iznad Rajhstaga i nad svim drugim vlastima. Vajmarski šef države nije mogao garantovati normalno (redovno) funkcionisanje institucija jer je stajao nad svima. Zakonodavna i izvršna ovlašćenja iz člana 48. i drugih članova Vajmarskog Ustava, činila su da šef države ne predstavlja pravno-ustavno jedinstvo nemačkog naroda, nego samo momentalne interese izvršno-zakonodavne vlasti, kojima je raspolagao na osnovu ovog člana. Jednom reči, vajmarski šef države nije predstavljao ni socijalno niti političko jedinstvo, kao što je verovao Karl Shmit, a kamoli pravno-ustavno, kao što je neprekidno negirao Hans Kelsen. Ovo poslednje se desilo i sankcionisano je samo u ustavima evropskih ustavnih demokratija nakon II svetskog rata.

Možda zvuči donekle čudno da u ovom radu objašnjavamo da sudovi ne štite pozicije ili ljudska prava i slobode *ad hominem*. Ovo obrazloženje se u stvari iznosi kao odgovor na jednostrani kosovski diskurs koji je imao za cilj osporavanje pravne snage presude Ustavnog suda Kosova u delu koji se odnosi na kosovskog šefa države. Sama preventivna (preliminarna) kontrola ustavnih amandmana je do samog kraja apstraktna. Ona se odnosi na svaku osobu i svaku situaciju u budućnosti, ko god to bude ili kakva god situacija bude. Ozbiljan i profesionalan sud nikada ne sme, u slučajevima apstraktnog suđenja o normi, uzimati u obzir *ad hominem* argumente. U apstraktnim suđenjima o ustavnosti norme, bez obzira da li je zakonska ili ustavna norma, ovaj pristup se jače odražava nego prilikom konkretnih i protivrečnih suđenja.

Prof. Dr. Enver Hasani

## PREVENTIVE ABSTRACT CONTROL OF CONSTITUTIONAL AMENDMENTS AND PROTECTION OF THE HEAD OF STATE FROM UNCONSTITUTIONAL DISMISSAL: THE CASE OF KOSOVO

### Abstract

*This paper clarifies the role and position of the head of state from a comparative perspective, as well as the protection of that institution from extra-constitutional dismissal via constitutional amendments. Its starting point is the exercise by the Constitutional Court of Kosovo of abstract preventive control of eleven (11) proposed constitutional amendments. The Court declared unconstitutional over sixty (60) per cent of them, including amendment ten (10), which is a major object of this paper. In this case, the Court made it clear that the early termination of the mandate of the head of state in cases undertaken through the enactment of a new constitutional amendment is unconstitutional. Ultimately, the paper demonstrates that no serious and professional court would ever take into account arguments ad hominem in cases dealing with an abstract review of the constitutionality of laws and constitutional amendments.*

**Keywords:** *Constitutional justice; constitutional role of head of state; Hans Kelsen - Carl Schmitt debate; Kosovo Constitutional Court*

### Introduction

A polemical debate that developed in thirties of the last century among some of the best lawyers of their time, Carl Schmitt and Hans Kelsey, without any doubt had to do, *inter alia*, with the very basis of a theory and practice of the constitutional institution known as the head of state, its nature and content. The debate covered not only the republican head of state, e.g. the president, but also the monarchical one, e.g. the monarch. As such, it is as vivid and interesting today as it was in its time. In the case of Kosovo, the importance of this debate became apparent when a group of politicians began to contest

one of the decisions of the Constitutional Court of Kosovo by trying to give to it a different content from that which it actually had<sup>188</sup>.

Schmittians and Kelsenians of Kosovo are not ramified nor modeled after ideological, political, or specific constitutional criteria of the authors of the original debate. Ideological, political, and constitutional poverty of the Kosovo debate in “the case of the President Jahjaga” is not the only segment in Kosovo discourse: the same situation exists more or less in other fields of Kosovar intellectual life.

The current discourse contesting the judgment of the Constitutional Court suffers from professionalism showing no respect for the basic principles of constitutionalism. In essence, as it will be seen, the one here has to do with a negation *en generale* of the work done by the Constitutional Court of Kosovo. It tries to produce a Kosovo-wide debate *pro et contra* the Judgment of the Court. This has not been achieved, however, mainly due to the weak structure of the arguments put forward by its authors. Although chaired and dominated by the ruling party, PDK, the commission involves members of the

---

188 Cf. Judgment in Cases K.O. 29/12 and K.O. 48/12 of 20 July 2012 (Nr. Ref. AGJ 284/12). By its contesters the Judgment was labeled as “the decision of the Court on the President Mrs. Atifete Jahjaga of Kosovo”. We have to note, however, that it has to do with the abstract preventive control of constitutionality of 11 (eleven) constitutional amendments to the Constitution of Kosovo proposed in compliance with Arts. 144 (1) and 113 (9) of the Constitution by one fourth (1/4) of the 120-members of the Assembly of Kosovo. Speaker of the Assembly is the only authorized party to submit to the Court proposed-amendments in harmony with above-mentioned articles for the purposed abstract preventive review of their constitutionality. A group, the constitutional commission, tried since the very beginning to deny the constitutional force and validity of the Judgment. This denial on 25 September 2012 went as far as to question the provisions of arts. 113 (9) and 144 (3) of the Constitution authorizing the Court to exercise preventive abstract control of constitutionality of each and every amendment proposed in a legal manner: the commission said that proposed-amendments declared unconstitutional by the Court can nevertheless be approved by the Assembly despite this fact. The Court declared unconstitutional more than sixty (60) per cent of the proposed-amendments. Cf. Besnik Krasniqi, “Bajrami: Amendamenti 10 do tw hidhet pwr votim nw Kuvend”. Pristina-based daily newspaper *KOHA DITORE*, Wednesday, 26 September 2012, p. 2. Preventive control of constitutionality of the proposed amendments is undertaken before voting on them takes place in the Assembly. The Court evaluates *in abstracto* whether proposed amendment diminish the rights and freedoms guaranteed by Chapter II of the Constitution. The Assembly cannot vote any amendment declared unconstitutional by the Court. This is expressly stated in Arts. 113 (9) and 144 (3) of the Constitution of Kosovo. Comparative perspective on abstract preventive control of the constitutionality of the constitutional amendments shall be given later. As it will be seen from the rest of this paper, primary aim of the drafters of the amendments has been to “constitutionalize”, that is, to give force and legitimacy to the political agreement concluded among key political actors of Kosovo in April 2011. This Agreement provided for a dismissal of the current head of state of the Republic of Kosovo, Mrs. Atifete Jahjaga, via constitutional amendments. In addition to this, these amendments as drafted for most of their part tried to constitutionalize the current balance of political interests and the *status quo* within the justice system of Kosovo based on the previous behavior of the acting head of state, Dr. Jakup Krasniqi, in the period between September 2010 - April 2011 when he served in that position.

main opposition party, LDK<sup>189</sup>.

As it is known from the history of theory of constitutional law, the Schmitt-Kelsen debate developed as an effort of its authors to answer the question about whom should be the guardian of the constitution. During the debate a light was shed on role and position of the head of state in (mainly) parliamentary democracies possessing a republican form of government. Its major part within this context deals with the head of state as a personification of the unity of the people and a conceptual misunderstanding among the authors of the debate as to whether this unity is sociological or it has an exclusive constitutional-legal nature. The first view was built and developed to the extremes by Carl Schmitt while the second one was created by Hans Kelsen. No doubt, the light shed by these authors has served as a reference point for constitutional theory and practice in matters dealing with the contemporary role and the position of the head of state in constitutional democracies. In their debate on the role and position of the head of state they discussed as well other issues representing the very essence of constitutional democracy, such as separation of powers and the rule of law, respect for human and minority rights and democracy<sup>190</sup>. These aspects are also treated in this paper. The concept of the head of state with C. Schmitt is very structured, ending in the person of the *Fuhrer*, who embodies the sociological and political unity of the people standing on the top of the pyramid of power. With Hans Kelsen as

---

189 This commission, by default, is not constitutional since an authorized party to propose constitutional amendments is clearly defined in the Constitution. Such a party can be only: the Government, President of the Republic and one fourth (1/4) of the deputies of the Assembly of Kosovo (Article 144.1 of the Constitution). No one else has the right to propose constitutional amendments.

In trying to be a party before the Constitutional Court, the commission caused some procedural difficulties and a confusion despite the clarity of Article 113 (9) of the Constitution, which says that: "The President of the Assembly of Kosovo refers proposed constitutional amendments before approval by the Assembly to confirm that the proposed amendment does not diminish the rights and freedoms guaranteed by Chapter II of the Constitution". From the wording of this provision, it is obvious that the President of the Assembly is a party per constitutionem in all proceedings of this kind that develop before the Court. A proposal of the amendment, on the other side, can come only from those parties mentioned *expressis verbis* in Article 144 (1) of the Constitution. As noted, the commission was formed based on a political agreement, not on the Constitution of Kosovo, and has an *ad hoc* nature. The agreement had as its parties the main political forces of Kosovo: PDK (Democratic Party of Kosovo), LDK (Democratic League of Kosovo) and AKR (The New Alliance Party of Kosovo). The commission itself is chaired by the ruling Party, PDK, while other parties have their share in it (both from a ruling coalition as well as from the opposition party, LDK).

190 For a serious and deep analysis of the key points of the K. Schmit – H. Kelsend debate, Cf. Michael Stollies, *A History of Public Law in Germany: 1914-1945* (Oxford University Press: Oxford, 2004), in particular Chapters 3 ("Revolution, Weimar Constitution, and Versailles") and 5 ("Quarrel Over Methods and the Crisis of the State").

well the concept is very much structured but in a different sense and direction from that of Carl Schmitt. In Hans Kelsen, the head of state embodies the constitutional – legal unity of the people whereas on its top is the basic norm (“grundnorm”), which the head of state is supposed to implement along side with other constitutional bodies. The first theory is dictatorial while the second one represents its opposite. The latter, with the passing of time became what is known today a theory and the practice of constitutional democracy. In other words, second theory, as opposed to the first one which represents the irrational justification of the Nazi dictatorship, served as a ground for theory and the practice of modern constitutionalism that developed heavily following the end of World War Two.

As noted, in the case of Kosovo, one has in essence to do with the lack of a serious scholarly debate. In its stead, a unilateral contestation of the Judgment of the Court emerged. The contestation was triggered by the LDK but heavily followed and supported by the so-called constitutional communion chaired by the ruling party, the PDK. The contestants tried by all means to get the Court involved in this discourse. The Court, it goes without saying, did not accept that due to, among others, the fact that the Judgment has almost fifty pages wherein it made extensive use of the scholarly arguments from comparative constitutional justice as they are mostly enshrined in the letter and spirit of the Constitution of Kosovo.

The issue discussed in this paper started during the process of abstract and preventive review of the constitutionality of eleven (11) constitutional amendments proposed by one fourth of the members of the assembly of Kosovo. This jurisdiction is exercised by the Court *per constitutionem* any time when there is a proposal submitted according to Article 144 of the Constitution. The amending process was part of the April 2011 political agreement among key political actors, which was reached only after the Court “toppled” two presidents within six months. The reaction of the Court in both cases furthered principles, values and norms of the Constitution dealing with the role and position of the institution of the President of Republic<sup>191</sup>. This is why the contested Judgment of the Court cannot be understood without some knowledge about the history of two previous presidents of Kosovo “toppled” by the Court during September 2010 – April 2011. A part of the proposed amendments had to do with the manner and timing for election of the new president of Kosovo following their eventual entry into force. It is this part, e.g., amendment ten (10), which foresaw for new presidential elections to take place while the incumbent president serves her office. This aspect of the Judgment invalidating, among others, amendment ten (10) as proposed by Kosovar deputies overshadowed those parts that were equally important for the con-

---

191 Cf footnotes 6 and 9 and the text accompanying both of them.

stitutional history of Kosovo and beyond. In first sight, the contestation looks spontaneous but it is not since it is well planned and malicious supporting the majority rule and the sociological – political unity of the people with the head of state as its embodiment. As such, this discourse permeates all aspects of constitutional democracy, and is not confined only to the importance, role, and position of the head of state in Kosovo.

The Judgment of the Constitutional Court declaring unconstitutional over sixty (60) per cent of the eleven (11) draft-amendments is an object of discussion in the first part of this paper. It is followed by the second part bearing a French name as a sign of respect for its author, Benjamin Constant, who used it for the first time during the 19<sup>th</sup> century. The concept “*il regne et ne gouverne pas*” (head of state reigns, it does not govern) tries to convey a message that the so-called *pouvoir neutre et intermediaires*, “neutral and intermediate powers”, of the head of state in parliamentary constitutional democracies do not exist, historically looking, for the purpose of creating yet another power alongside executive, legislative and judicial. These powers, instead, enable a third party, known as the head of state, to balance other powers through guaranteeing a quiet and normal functioning of the constitutional bodies and institutions<sup>192</sup>. These powers determine the content of the French expression of the concept “*il regne et ne gouverne pas*”. They in fact reflect the essence of the role, position, and importance of the head of state in governing systems known as constitutional democracies.

The third part is devoted to the essence of the current discourse that contests the Judgment of the Court invalidating a major part of the eleven (11) constitutional amendments. In our elaborations here we do not deal with the current head of state *ad hominem*, much in the same way the Court has done. The elaborations purport to be scholarly and academic having as a main goal to protect not the current head of state but the institution of the head of state as such. This is done throughout the text in light of the debate Schmitt-Kelsen. The position we defend here applies and is valid for all people under all situations provided that they hold the title of the head of state.

---

192 This role of the head of state exists and is sanctioned in all European constitutions, with the exception of France, which has a semi-presidential system where the head of state has a large share in the executive of the country. Kosovo is not an exception this: provisions of Article 4 (3) and 83 of the Constitution make this very clear:

Article 4 (3) (Form of Government and Separation of Powers): “The President of the Republic of Kosovo represents the unity of the people. The President of the Republic of Kosovo is the legitimate representative of the country, internally and externally, and is the guarantor of the democratic functioning of the institutions of the Republic of Kosovo, as provided in this Constitution”.

Article 83: (Status of the President): “The President is the head of state and represents the unity of the people of the Republic of Kosovo”.

And is threatened by being dismissed through the application of extra-constitutional arguments and means, such are the constitutional amendments.

A common mission of constitutional justice and its theory should serve as protection of the principles and values of the modern Western constitutionalism. Any argumentation that is *ad hominem* of a constitutional organ is foreign to modern constitutionalism and its theory. This will be proved in the fourth part of this paper.

Our conclusions at the end of the paper naturally flow from the previous text reflecting the basics of each of the four parts.

## I. History of a Decision, its Form and Content

The decision of the Court under discussion has the form of a Judgment. Before its issuance there was a political process that started as a result of a Judgment of the Court dated 30 March 2011 declaring unconstitutional a decision of the Assembly of Kosovo electing Mr. Behxhet Pacolli as the president of Kosovo<sup>193</sup>. In that case, the Court gave no retroactive effect to its decision, meaning that it recognized as valid all acts and the work done by Mr. B. Pacolli as the former president of Kosovo. With this approach the Court confirmed a dominant contemporary constitutional theory and practice which says that head of state always personifies a state in constitutional-legal sense, both internally as well as externally. It has no importance who is *ad hominem* exercising that duty: a serious state dares not for a moment to interrupt its institutional life, a life which is embedded, *inter alia*, in the person of the head of state.<sup>194</sup> This further means that the head of state sur-

193 Judgment of 30 March 2011 in Case KO 29/11: Sabri Hamiti and Other Deputies. Constitutional Review of the Decision of the Assembly of the Republic of Kosovo No. 04-V-04 Regarding the Election of the President of the Republic of Kosovo of 22 February 2001.

194 For H. Kelsen this personification I connected with the category of imputation. According to him, every act that can be attributed to the head of state is an act of state. The same applies for the acts of other bearers of public duties. This theory is elaborated first by a famous German lawyer Georg Jellinek, a fact admitted by Kelsen himself. Georg Jellinek was first to discuss about the juridical continuity of the state that is realized through the action its own organs. Before the time of Napoleon, that is, from the Peace of Westphalia (1648) to the French Revolution (1789) debates on state subjectivity had been focused on the international subjectivity of the state. Only after the French Revolution there emerged a discussion on the subjectivity of the state within the constitutional order of states. Cf. Clemens Jabloner, Hans Kelsen: Introduction. In Arthur J. Jacobson and Bernhard Schlink (eds.), Weimar. A Jurisprudence of Crisis (University of California Press: Berkeley and Los Angeles, 2000) pp. 67-76; Hans Kelsen, "Legal Formalism and the Pure Theory of Law". In Arthur J. Jacobson and Bernhard Schlink (eds.), Weimar. A Jurisprudence of Crisis, pp. 77-84; Hans Kelsen, General Theory of Law and State (The Lawbook Exchange, LTD.: Clark, New Jersey, 2009), pp. 181-207; Janne Elisabeth Nijman, The Concept of International Legal Personality: An In-

vives any sociological and political changes happening in a given state since it represents the embodiment of the very essence of the state constitutional-legal continuity.

The theory of survival of changes by the head of state is created and developed by Benjamin Constant and other authors during the 19<sup>th</sup> century in the context of the discussions about the constitutional monarchies of the time. The elaborations had to do with explaining the role and the position of the head of state in European monarchies during and after the time of Napoleon<sup>195</sup>. This aspect of constitutional-legal continuity of the state and its personification by the head of state has been tackled by the Judgment of the Court in the case of former president, Mr. B. Pacolli, recognizing as valid every act and the work done by him in that capacity. With the same Judgment the Court reinstated the speaker of the Assembly of Kosovo as the acting head of state, not leaving any constitutional-legal vacuum in the functioning of the institution of the President of Kosovo.<sup>196</sup> Following this Judgment, the way was opened for election of the new head of state, always with an understanding that there should at all times exist a respect for the constitutional procedures regarding the election of the institution in question.

The verdict of the Court declaring unconstitutional the decision of the Assembly for the election of Mr. B. Pacolli as president of Kosovo has had three kinds of consequences. First, he was a head of state and his actions and the work undertaken over a month were valid and are attributed to him alone. Second, his election by the Assembly was not constitutional and, by consequence, in the new elections for the president constitutional procedures should be respected in their entirety. And, third, with reinstatement of the speaker of the Assembly into the position of the acting head of state it was made clear to all that Kosovo at all times has had in place its head of state.

A few days following the Judgment of the Court in the case of Mr. B. Pacolli, main political forces of the country achieved a political agreement in order to overcome the political stalemate existing at the time. This agreement was reached on 6 April 2011 between current Prime Minister Mr. Hashim Thaci of Kosovo, on behalf of the PDK, Mr. Isa Mustafa (LDK) and Mr. B. Pacolli,

---

quiry Into the History and Theory of International Law (T.M.C. Asser Press: The Hague, 2004), in particular Chapters 2 ("Historical Introduction: Leibniz and the Emergence of the Concept of ILP") and 3 ("Demystifying the ILP: Brierly, Kelsen and Scelle").

195 Cf. Biancamaria Fontana (ed), Benjamin Constant: Political Writings (Cambridge University Press: Cambridge, 2010) pp. 171-328.

196 Mr. Behxhet Pacolli was elected President of Kosovo on 22 February 2001 and exercised this function until 30 March 2001 when the Constitutional Court declared that it was done in violation of the Constitution. The Court invalidated Decision No. 04-V-04 Regarding the Election of the President of Kosovo of 22 February 2001 with effects for the future only (ec nunc).



former president of Kosovo on behalf of the AKR. According to the Agreement, the parties, in the name of their devotion to leave behind their personal interests and put instead foreword those of the country, agreed as follows:

- to nominate Mrs. Atifete Jahjaga as a joint candidate for the president of the Republic of Kosovo;
- to start amending the Constitution and the Law on General Elections so that they reflect a new concept of direct elections for the president of the Republic, including the necessary changes in the position and the role of the institution of the President which derive from the changes in the manner of election of the president of the Republic;
- that the first direct elections for the president of Republic shall take place no latter than six (6) months from the date in which new changes in the Constitution and the Law on General Election enter into force; and, finally
- that general elections would occur no later than eighteen (18) months from entry into force of these changes in the Constitution and the Law on General Elections.

The next day, 7 April 2011, the Assembly of Kosovo adopted a resolution endorsing the agreement.<sup>197</sup> It did so by quoting *ad litteram* the text of the agreement. Yet, there is a difference among the two. It consists in the fact that in the last paragraph the Resolution says that its support for the agreement is done entirely in accordance with the Constitution of the Republic of Kosovo.

It is against this background that a context developed leading to the election by the Assembly of Mrs. Atifete Jahjaga as president of Kosovo on 7 April 2010. Mrs. A. Jahjaga was elected in first round.<sup>198</sup> Not long after this, the Assembly formed two commissions as foreseen by the agreement. One was the commission for constitutional amendments while the other one was a commission for amending the Law on General Elections.<sup>199</sup> The Speaker of the Assembly, Dr. Jakup Krasniqi, warned his colleagues from the Assembly that both of these commissions were unconstitutional and that they had an

<sup>197</sup> Resolution No. 04-R-01 of 7 April 2001 of the Assembly of Kosovo Supporting the Political Agreement of 6 April 2001. This Resolution was adopted with 75 votes for, 2 against and 1 abstention.

<sup>198</sup> Decision of the Assembly of the Republic of Kosovo No. 04-V-11 of 7 April 2001 on the Election of the President of Kosovo.

<sup>199</sup> Decision of the Assembly of the Republic of Kosovo No. 04-V-12 of 22 April 2011 on the Establishment of the Commission for Constitutional Amendments of the Republic of Kosovo and the Decision of the Assembly of the Republic of Kosovo No. 04-V-13 of 22 April 2001 on the Establishment of the Commission n for Amendments of the Law on General Election in the Republic of Kosovo

exclusively political character. Dr. J. Krasniqi went further than this by saying that by forming them the Assembly was violating the Constitution. This reaction, however, fell in deaf ears and no one paid serious attention to it: the Assembly of Kosovo voted for the establishment of the above-noted commission<sup>200</sup>.

The commission on electoral reform achieved no concrete result until the time of this writing (September 2012): it stopped working as a result of political disagreements between the position and the opposition<sup>201</sup>. The other commission, the so-called commission on constitutional amendments, in March 2012 managed to produce a draft of constitutional amendments and hand them over to the speaker of the Assembly. As noted, according to Article 113 (9) of the Constitution, the speaker of the Assembly has a constitutional duty to refer them to the Court for preventive judicial determinations that have an abstract character. It goes without saying that it is the speaker who is the authorized party in proceedings before the Court. The speaker refers to the Court only those amendments that are undertaken in harmony with Art. 144 (1) of the Constitution. In the concrete case, this meant that they had to have been drafted by at least thirty (30) deputies of the Assembly, not by any informal commission such as the one created in the fulfillment of a political agreement.

The review that is exercised by the Court is preventive and abstract in its character. It consists of an assessment as to whether any draft-amendment or parts of it diminish, as Article 113(9) provides for, the rights and freedoms guaranteed by Chapter II of the Constitution of Kosovo. Article 113(9) of the Constitution represents a Kosovar version of a concept that in comparative constitutional theory and practice is known with different names, such as: "eternity clause", "unamendable constitutional provisions", "unconstitutional constitutional amendments", "absolutely entrenched provisions", etc. These categories shall be discussed later again. It suffices here to note that as such the provisions and principles containing this concept are to be found in most of the constitutions of the world. The origins of the concept itself stems from the German theory and practice. It was coined by Carl Schmitt himself in his

---

200 Dr. Jakup Krasniqi, "Pwr mandatin e presidentes tw flasin Thaci, Mustafa e Pacolli" (Dr. Jakup Krasniqi, "For the mandate of Mrs. A. Jahjaga should speak Thaci, Mustafa and Pacolli"). Pristina-based daily newspaper EPOKA E RE, 9 July 2012, Tuesday, p.p. 4-5 (interview).

201 The Commission for Electoral Reform, as it was known in public, was chaired by Dr. Haki Demolli from the LDK (an opposition party). It stopped working abruptly at the end of August 2012 because "there had been no will on the side of the signatories to the April 2011 political agreement from the ruling coalition, that is, there had been no support for early presidential and general elections as agreed on 6 April 2001". Interview with Dr. H. Demolli given with the author on 24 November 20012.

analysis about the legality and legitimacy of the Weimar Constitution while German theory and practice after World War Two, again upon his suggestion, adopted insertion of this concept into the Basic Law of Germany of 1949<sup>202</sup>.

Had not this provision of Article 113.9 of the Constitution existed there would not have been the current discourse contesting the validity of the Judgment of the Court. The provision exists and it enables the Court to conduct preventive and abstract review of every constitutional amendment. As such, preventive review of constitutional amendments is a rarity<sup>203</sup>. The Judgment is wrongly here and there labeled as “the decision of the Court about the President”, or “the Court’s decision giving president A. Jahjaga a full mandate of five years”<sup>204</sup>. In the last part of this paper we shall in detail analyze the current discourse. It suffices here to say few general comments about the form and the contents of this Judgment.

The decision, as noted, is on the merits of the case and by default has the form of a Judgment. It represents an answer of the Court as to the merits of the case undertaken within the Court’s jurisdiction foreseen in Articles 113.9 and 114.3 of the Constitution. This jurisdiction in the concrete case has to do

---

202 Here one has to do with Article 79.3 of the Basic Law of the Federal republic of Germany, which again shall be mentioned in this paper later. This provision reads as follows: Article 79.3 (Amendment of the Basic Law): “(3) Amendments to this Basic Law affecting the division of the Federation into Länder, their participation on principle in the legislative process, or the principles laid down in Articles 1 and 20 shall be inadmissible.

In addition to Germany, such provisions exist throughout Europe (Norway, Italy, France, etc.), Africa (South Africa, maok, etc), Asia (India, etc.), Latin America (Chile, etc).

203 Preventive controls such as the one existing in Kosovo are pretty rare. It exists only in few places, such as Azerbaijan, Kyrgyzstan, Moldova, Turkey and Ukraine. For a comparative analysis of this matter, Cf. Report on Constitutional Amendment, Adopted by The Venice Commission at Its Plenary Session (Venice , 11-12 December 2009). Nw internet mund tw gjendet nw: [www.venice.coe.int](http://www.venice.coe.int), me kwtw shenjw: CDL-AD (2010) 001 Study No. 469/2008, Strasbourg, 19 January 2010. Pwr aspektet teorike tw kontrollit preventive tw amandamenteve kushtetuese, Cf. Kemal Gozler, Judicial review of Constitutional Amendments. A Comparative Study (EKIN PRESS: Bursa, 2008); Gary Jeffrey Jacobsohn, “An unconstitutional constitution? A comparative perspective” . Int’l J Con Law, Vol. 4 no. 3 (Jul 2006).

204 “Zgjedhjet e parakohshme presidenciale varen nga Jahjaga” (“Presidential elections in Kosovo to be decided by Mrs. A. Jahjaga”). Pristina-based daily newspaper KOHA DITORE, 7 July 2012, Saturday, pp. 1 and 3; “Jahjaga: Mirupafshim nw zgjedhjet presidenciale tw vitit 2016” (Jahjaga: Good By Until Presidential Elections of 2016). Pristina-based daily newspaper BOTA SOT, 7 July 2012, Saturday, pp 1 and 4-5; “Foli Kushtetuesja: Presidentja ka mandate peswvjecar”. (“The Constitutional Court Spoke: Mrs. A. Jahjaga has a Five Year Mandate”). Pristina-based daily newspaper EPOKA E RE, 7 July 20012, Saturday, pp. 1 and 4-5; “Presidente e plotw”. (“ A Full President”). Pristina-based daily newspaper EXPRESS, 7 July 2012, Saturday, pp. 1 and 4-5; “Jahjaga edhe katwr vjet presidente”. (“Jahjaga Five Years as a President”). Pristina – based daily newspaper ZERI DITOR, 7 July 2012, Saturday, pp. 1-2.

with the preventive and abstract review of the constitutionality of eleven (11) draft constitutional amendments. The draft-amendments were proposed by one fourth (1/4) of the deputies of the Assembly of Kosovo, although at the same time they reflect the open intention of the so-called constitutional commission to identify with them.<sup>205</sup> As noted, according to Article 144 (1) of the Constitution, for an amendment of the Constitution it is required the signature of at least one fourth (1/4) of the total number of deputies, that is, a number of thirty deputies. The so-called constitutional commission does not represent a party authorized to propose constitutional amendments and be a party in proceedings before the Court.<sup>206</sup>

The Judgment under discussion has almost fifty (50) pages with 276 paragraphs, without counting here its operative part. The latter has five paragraphs reflecting the core of the Court's answer. Despite this volume, the commission challenged and discussed its paragraph 255 only.<sup>207</sup> In this paragraph, the Court singled out the fact that the expectations of the citizens of Kosovo are not those that derive from the political agreement of the Kosovo leaders but those deriving from the decision of the Assembly electing Mrs. A. Jahjaga for a five-year term of office as the president of Kosovo<sup>208</sup>. Such expectations transcend and go beyond the political balance of forces that was sanctioned by the political agreement. What the Judgment recognized are the expectations regarding the role and position of the president of Kosovo as a legitimate representative of the country both inside and outside the country, and a guarantor of the democratic functioning of the constitutional

---

205 Article 144.3 of the Constitution (Amendments): "Amendments to this Constitution may be adopted by the Assembly only after the President of the Assembly has referred the proposed amendments to the Constitutional Court for a prior assessment that the proposed amendment does not diminish any of the rights and freedoms set forth in Chapter II of this Constitution".

206 Article 144.1 of the Constitution (Amendments): "The Government, the President or one fourth (1/4) of the deputies of the Assembly as set forth in the Rules of Procedure of the Assembly may propose changes and amendments to this Constitution".

207 Paragraph 255 of the Judgment: "In the case of the President of the Republic, this means that the entire people of Kosovo had an expectation that she would be their President for the next five (5) years. Thus, to shorten that mandate, as proposed by Amendment ten (10), would deprive the people of Kosovo of their legitimate representative and guarantor at an earlier date than they were made to believe and expect".

208 On 2 October 2012, in a TV show, leader Isa Mustafa of the LDK, Mr. Isa Mustafa, stated that "we all knew when concluding the political agreement that its provisions were unconstitutional because the mandate of the President was for five (5) years". Mr. I. Mustafa saw nothing bad in the Judgment of the Court in this regard. What Mr. I. Mustafa contested on that occasion had to do with the fact that "the Court should have known that the whole of Kosovo knew that by that agreement we agreed to temporarily nominate Mrs. A. Jahjaga, although formally she was elected for five (5) years to satisfy the Constitution". TV Show RUBICON with Adriatik Kelemendi in KTV (KOHA VISION), 2 October 2012 (20:00h).

institutions of Kosovo. This is the letter and the spirit of the Constitution. The challenge leveled against this paragraph of the Judgment is very oversimplified using no arguments from the field of contemporary constitutionalism of the Western type, part of which Kosovo and its Constitution purport to become.

Paragraphs 247 through 271 of the Judgment dealing with the President of the Republic have an extensive reasoning, as do have other parts of it. There it is elaborated the position, role and importance of the head of state as a guarantor and the personification of the constitutional – legal and state unity of the Kosovar society understood as a sovereign and independent state. The very essence of the discourse contesting the Judgment consisted in that it tried forcefully to convince the Kosovo public, inter alia, “president Atifete Jahjaga of the Republic of Kosovo does not represent the people of Kosovo and, by default, the Court could not have known who represents the Kosovo people.”<sup>209</sup> In addition to this paragraph, no other critique has been leveled against the Judgment.

---

209 The debate started initially with very parsimonious terms, like “the Judgment of the Court was not professional”. This “discussion” tried to develop with an increased intensity after the publication of the Judgment by the Court. Its main protagonists, some of the members of the so-called Constitutional Commission, lead these efforts. In public and academic circles no support was given to these efforts. Some negligible support came from marginal strata and non-scholars of Kosovo society. Cf. “Kryetari i Komisionit Kushtetues, Arsim Bajrami, konteston vendimin e Gjykatës Kushtetuese lidhur me amendamentet për zgjedhjen e presidentit”. (“Head of the Constitutional Commission, Arsim Bajrami, Challenges the Decision of the Constitutional Court Regarding Amendments on the Election of the President”. Pristina-based daily newspaper KOHA DITORE, 7 July 2012, Saturday, pp. 1 and 3; “Kuvendi me Rezolutiv antikushtetuese”. “The Assembly With an Unconstitutional Resolution”. Pristina – based daily newspaper KOHA DITORE, 8 July 2012, Sunday, pp. 1 and 3; Riza Smaka, “Vendimi ka qenë korrekt”. (“Riza Smaka, “The Decision Was a Correct One”. Pristina-based daily newspaper EPOKA E RE, 9 July 2012, Monday, p.7; “LDK nidhet e tradhtuar nga Thaci, AKR shpreson në vullnetin e presidentes”. (“LDK Feels Betrayed by Thaci, AKR is Hoping On the Will of the President”. Pristina-based daily newspaper KOHA DITORE, 10 July 2012, p. 2; “The Constitutional Court: The People Hopes to Have A. Jahjaga As Their President For Five Years to Come”. Pristina-based daily newspaper KOHA DITORE, 21 July 2012, Saturday, p. 3; Halil Matoshi, “Popullizmi kushtetues dhe Zarija”. (Halil Matoshi, “Constitutional Populism and Zarija”). Pristina – based daily newspaper KOHA DITORE, 25 July 2012, Wednesday, p. 10; Sokol Bylykbashi, “Kushtetuesja politike”. Sokol Bylykbashi, “The Court is Political”) . Pristina-based daily newspaper TRIBUNA, 19 August 2012, Wednesday, p. 13; “Gjykata Kushtetuese dhe Komisioni për Ndryshime Kushtetuese përplasen për amendamentet që i referohen presidentit”. “The Court and the Constitutional Commission Clash Over the Amendment regarding the President”). Pristina-based daily newspaper KOHA DITORE, 29 August 2012, Wednesday, pp. 1 and 3; “E godasin Gjykatën”. “The Court Under Fire”. Pristina-based daily newspaper EXPRESS, 29 August 2012, Wednesday, p. 6; “Kuvendi në hall me amendamentet jokushtetuese”. (“The Assembly Gets In Trouble Over Unconstitutional Amendments”. Pristina-based daily newspaper KOHA DITORE, 11 August 2012, Saturday, pp. 1 and 3.)

The Court never said or implied, in paragraphs 255 or elsewhere, that Meme President A. Jahjaga represents the political and sociological unity of the people of Kosovo. This is nothing new because everybody in Kosovo knows that she never represented any political force and, above all, it is not the duty of the Court to detect who represents the political and sociological unity within the country. This would represent an absurd conclusion even in the presidential system of the type of the USA where the head of state has pure executive powers because even there not all go to the polls and those who go vote for one candidate only.

The debate Schmitt-Kelsen concentrates on who represents the unity of the people. It has been as important for the time and places when it happened as it is today for Kosovo and the rest of the world. Whereas Schmitt saw the head of state as a personification of the political and sociological unity of the people, Kelsen and others representing the views of contemporary constitutional democracies considered that there can be no single institution personifying the political and sociological unity of the people. This is valid both for advanced constitutional democracies as it is for the fiercest dictatorships of the type of Hitler or Stalin.

As noted above, the very genesis of the discourse contesting the Judgment of the Court goes back to the April 2011 political agreement and its terms. Based on its terms were drafted all eleven (11) proposed amendments to the Constitution of Kosovo. That this is so can be seen not only from the fact that they foresaw the same terms for termination of the office of the current president as did the April 2011 political agreement<sup>210</sup>, but also from the formulation of the substantial limitations imposed on the powers of the acting president

---

210 There are two versions of the proposed amendments, "A" and "B". This labeling has been done by the Court for the sake of easy handling of the case. For the purposes of the delivery of the constitutional justice, however, these versions are equal and have no validity. This is so because version "A" speaks of presidential elections to be held "within six months" after entry into force of the proposed amendments while version "B" speaks of them to be held "after six months" following the adoption of the proposed amendments. In both cases, in view of the Court, constitutional mandate of the current president would have been shortened. This is unconstitutional in both versions because that is not part of the Constitution but of a political agreement. This agreement tried to sanction the balance of forces in the political scene of Kosovo as it stands at present.

The essence of the Judgment is in that it made it clear to those who believed that they could make use of the Court for daily political purposes that that cannot be the case. "The Court basically denied the efforts to "constitutionalize" a political agreement which had been reached in April 2011 in an unconstitutional manner. To be more clearer, the Court said that the incumbent president of Kosovo cannot be dismissed via constitutional amendments at no time before its mandate of four (4) years and 365 is complete. It does not matter whether it is "within" or "before" six (6) months following the entry into force of the proposed amendments, now declared unconstitutional by the Court.

in cases when that post is exercised by the speaker of the Assembly. Both of them were considered as unconstitutional by the Court because they diminish the rights and freedoms from Chapter II of the Constitution<sup>211</sup>.

To the Article 90.5 (2,3,6) of the Constitution amendment seven (7) was added claiming that the acting president should be limited in the exercise of its powers, especially those powers dealing with declaration of the state of emergency, appointment of the judges and prosecutors and the granting of individual pardoning. The reason for this strange limitation of the powers of the acting president lies in political dynamics leading to the conclusion of the political agreement in April of 2011. The drafters of the invalidated amendments had in mind *ad hominem* arguments, that is, the behavior of the speaker of the Assembly, Dr. Jakup Krasniqi, who twice exercised this function from September 2010 to April 2011. While acting president, Dr. Krasniqi had refused to nominate some judges and prosecutors, and granted individual pardons, which was heavily criticized in the Kosovar public.<sup>212</sup> It is worth noting that these criticisms never triggered any legal proceedings to evaluate their content. For this reason one cannot legally and from a constitutional point of view contest the validity of the acts and the work of the former acting president of Kosovo during this period. The Court, due to this fact, did not take into account arguments *ad hominem* leveled against Dr. Krasniqi that entirely became part and parcel of draft-amendment seven (7).

The main feature of the abstract review of constitutionality consists in that it does include a general and abstract assessment of the effects of legal or constitutional norms when and if applied in practice in the future. In this type of constitutional review no situation or persons are taken into account. Everything is hypothetical. The Court, thus, as opposed to politics, does not look at who is acting president of the country or who can be one in the future. He can again be Dr. Krasniqi and this changes nothing in the work of the Court. For the Court it is important that any constitutional change should accommodate the letter and spirit of Chapter II of the Constitution and beyond. Chapter II is a reference point in assessing the constitutionality of every draft-amend-

---

211 Operative Paragraph III (Points 3 to 5).

212 Cf. Assembly of the Republic of Kosovo. Latest News: Reaction of the Speaker of the Assembly, date 20 February 2012, Monday. Web site of the Assembly of Kosovo: <http://www.kuvendikosoves.org/?cid=1,128,4462> (last time visited on 24 November 2012); "Eliminuan nga lista Driton Muharremin". ("From the list is eliminated Mr. Driton Muharremi"). Pristina-based daily newspaper KOSOVA SOT, 27 January 2012, Friday (electronic version only: (<http://www.kosova-sot.info/politike/kosove/eliminuan-nga-lista-driton-muharremin>)). In this paper the author it is reported about the critical report of the OSCE Mission in Kosovo making public the irregularities on the occasion of the appointment of the judges and prosecutors of Kosovo by the acting President Jakup Krasniqi of Kosovo (last time visited on 24 November 2012).

ment, which is itself looked at in an abstract and general manner referring to all cases and persons at present and as well as in the future. This practically means that the Court has said in *abstracto* that any limits put on the exercise of the duties of the acting president violate now and always the rights and freedoms from Chapter II. The violations of Chapter II of the Constitution that the Court found in the content of the proposed draft-amendment seven (7) are as follows:

- in cases of the state of emergency, curtailment of the competencies and the powers of the acting president potentially lead to the paralysis of the functioning of the state creating a constitutional crisis in which human rights and freedoms are put in danger; <sup>213</sup>
- in cases of appointments of judges, such a curtailment of the powers and competences of the acting president potentially prevents the administration of justice which, by default, diminishes the human rights and freedoms of Chapter II because subject of law cannot enjoy the benefits of a judicial enforcement of their rights and freedoms; <sup>214</sup>
- in cases of individual pardons, prevention of the acting president to grant them on behalf of those who legally fulfill criteria for pardoning presents an absolute violation of their rights and freedoms because they would have to wait until politics elects the new head of state who would then grant a pardon to those who deserve it.

As seen from this brief overview, the Court did not take into account anything apart from an *in abstracto* analysis of the proposed amendments vis-à-vis the Chapter II of the Constitution. In this type of constitutional review, all things and persons are abstracted: it does not matter who is acting president or who will be one in the future, who benefits or is damaged by the (non) exercise of the powers and competences of the acting president, and the like. It should be stressed in very strong terms that the Court in abstract preventive reviews of constitutionality does not have a right to make use of any *travaux préparatoires* leading to the draft-amendments proposed. As preparatory works in the case under discussion have been the political negotiations among leaders of the Kosovar political parties that led to the political agreement of April 2011. There is no doubt at all that a comparison of the text of agreement and the draft-amendments as proposed by the so-called constitutional commission show that the aim of their drafters was to “constitutionalize” a political will of the moment as sanctioned in the political agreement. This form used in exercising the constituent power could not have been accepted by the Court because it is entirely against the basics of contemporary constitutionalism.

---

213 Cf Paragraphs 158-161 of the Judgment.

214 Cf. Paragraphs 162-167 of the Judgment.



Among the basic principles of this constitutionalism is the bill of rights and fundamental freedoms, which in the case of Kosovo is enshrined in Chapter II mainly. This chapter is a pillar that supports and legitimizes any exercise of constituent power, now and in the future<sup>215</sup>. It would have represented a serious professional error had the Court taken into account the *travaux préparatoires* leading to both drafting of the proposed amendments and the political agreements that preceded them. That would have been a “constitutionalization” *post festum* by the Court of the political currents in Kosovo. In addition to this, it should be noted that in Kosovo, as opposed to some countries, no difference exists between the legislative and constitutional assembly. The changes to the Constitution, in other words, take place in the same Assembly that uses three third majority instead of simple one<sup>216</sup>. It seems that the original constitution-makers of Kosovo have inserted the Chapter II as a reference point in order to measure and frame Kosovar constitutionalism in case when someone tries to change the original intent of the drafters of the Constitution of Kosovo. In times of globalism such as current ones, it has rightly been noticed in doctrine that international law, in particular part dealing with human rights, plays an important role in the process of constitutional review

---

215 In some constitutions the exercise of the constituent powers has a very structured form and procedure and is separate from the ordinary amendment process. In others, it is required call of a constituent assembly especially for this purpose (Bulgaria). Yet in others, it is required that the after the amendments are proposed the representative body be disbanded and new one be established which shall decide on proposed amendments after another reading (Scandinavian countries). This solution leaves enough room for a political debate on proposed amendments. In addition to these solutions regarding the mode for exercising the constituent powers there are cases in which it is foreseen a lengthy time limits between proposing the amendments and their adoption by a representative body (Estonia, Lithuania, Montenegro, etc.). Cf. Report on Constitutional Amendment, Adopted by the Venice Commission at Its Plenary Session (Venice, 11-12 December 2009); For scholarly aspects of all modalities of constitutional amendments, Cf. Carlo Fusaro, “Changing Constitutions”. In Dawn Oliver and Carlo Fusaro (eds), *How Constitutions Change. A Comparative Study* (HART PUBLISHING LTD: Oxford and Portland, 2011) pp. 3-6; Dawn Oliver and Carlo Fusaro, “Changing Constitutions: Comparative Analysis”. In Dawn Oliver and Carlo Fusaro (eds), *How Constitutions Change. A Comparative Study*, pp. 381-403; Carlo Fusaro and Dawn Oliver, “Towards a Theory of Constitutional Change”. In Dawn Oliver and Carlo Fusaro (eds), *How Constitutions Change. A Comparative Study*, . pp. 404-433.

216 Israel is another country that makes no difference between constituent and legislative assembly. However, there is a difference between the case of Kosovo and Israel in this regard. In Israel the Knesset is considered as a custodian of the original intent of the Jewish nation, but again it has a limited powers when it comes to the exercise of constituent powers of the Jews, in particular as regards the Jewishness of Israel and its democratic character. Cf. more on this in : Ahron Barak, “Unconstitutional Constitutional Amendments”. In *ISRAEL LAW REVIEW* Vol. 44 No. 3 (2012); Sharon Weintal, “The Challenge of Reconciling Constitutional Eternity Clauses With Popular Sovereignty: Toward Three-Track Democracy in Israel as a Universal Holistic Constitutional System and Theory”. In *ISRAEL LAW REVIEW* Vol. 44 No. 3 (2012).

of constitutional amendments<sup>217</sup>. This is so in particular in Europe, part of which is Kosovo, whose Constitution in its Article 53, that is, its Chapter II, gives a special place, strength and a role to the European Convention of Human Rights<sup>218</sup>.

Constitutional amendments until they are voted are subject to judicial review in order to see whether they contradict the original text of the constitution. Once approved, they form an equal part of the original text of the constitution. For this reason, in constitutional theory and practice there are certain procedural and material limitations to the exercise of the constituent power of the people. Amendments are one of such constituent powers. This is an issue discussed further at the end of this paper. Here it suffices to state that the Court on the occasion of the review of amendment ten (10) took into account professional criteria on constitutional justice and Western constitutionalism in general. The same applies to draft-amendment seven (7). This means that the Court at no time cared about criteria and the terms foreseen in the political agreement. In paragraphs 247 through 271 of the Judgment in a very abstract manner it is discussed every situation or condition in which any person may find himself or herself in the capacity of the president of Kosovo, now and in the future. It is further noted there that he or she cannot be dismissed but through constitutional methods and procedures foreseen in the Constitution. Constitutional Court of Kosovo, much in the same way the Supreme Court of India did, has confirmed that "the right to amendment does not mean the right to destroy."<sup>219</sup> This is the standard against which a democracy should be measured. Any other path like the one chosen with the amendment ten (10) violates the essence, position and the role of the head of state in a parliamentary constitutional democracy, that is to say, this violation touches the constitutional-legal unity of the people as well as the upon the guaranties given for a democratic functioning of the constitutional institutions of the state.<sup>220</sup> Seen from the perspective of Chapter II, again in

---

217 Cf. Lech Garlicki and Zofia A. Garlicki, "External Review of Constitutional Amendments? International Law as a Norm of Reference". *Nw ISRAEL LAW REVIEW* Vol. 44 No. 3 (2012).

218 Article 53 (Interpretation of the Human Rights Provisions): "Human rights and fundamental freedoms guaranteed by this Constitution shall be interpreted consistent with the court decisions of the European Court of Human Rights".

219 *Minerva Mills Ltd. V. Union of India* (A.I.R. 1980, S.C. 1789) fq.1798. For comments of this position, Cf. Gary Jeffrey Jacobson, "An unconstitutional constitution. A comparative perspective?" *Int'l J Const Law*, Vol. 4 No 3 (Jul 2006) pp. 472-476; Lech Garlicki and Zofia A. Gralicka, "Review of Constitutionality of Constitutional Amendments (An Imperfect Response to Imperfections)". *Journal of Constitutional Law/Revue De Droit Constitutionnel* Vol. I Issue 1 (Istanbul, Turkey: Year 2012) pp. 216-219; Dr. J.N. Pandey, *The Constitutional Law of India*. 47th Edition (CLA: ALLAHABAD, India, 2010) pp.. 366-367; 420-421; 770-772.

220 Paragraph 259 of the Judgment: "When elected the President holds the office for up

*abstracto*, the path chosen represents an attempt to eliminate the head of state. As such, it violates election rights (active and passive),<sup>221</sup> separation of powers,<sup>222</sup> the right to judicial protection of rights<sup>223</sup>, equality before law<sup>224</sup> and so on. The Court did not take into account extra constitutional criteria and other political terms, in much the same way as it did in the case of former president Mr. Fatmir Sejdiu of Kosovo<sup>225</sup>.

## II. “*Il regne et ne gouverne pas*”

Constitutional justice in a wider sense is not done only through the mechanism of a constitutional court but as well through the daily hard work of other constitutional organs and other bodies. In a narrower sense, though, it is identified with the work and operation of the constitutional courts which have a monopoly to protect and interpret the constitution.<sup>226</sup> Which segment of

---

to five years. The current President holds office legitimately and she is , by virtue of her election as President, the guarantor of the democratic functioning of the institutions of the State. The office of the President of Kosovo is a composite of the legitimacy of his/her election, the term of the mandate (five years) and the competences bestowed on the Presidency by the Constitution, not least, those powers given by Article 84 (Competencies of the President).”

221 Paragraphs 260-261 of the Judgment.

222 Paragraphs 267-268 of the Judgment.

223 Paragraphs 262-264 of the Judgment.

224 Paragraph 265 of the Judgment.

225 Former President Fatmir Sejdiu of Kosovo resigned in 27 September 2010 as a result of the Judgment of the Court of 28 September 2010 finding him in violation of the Constitution by holding at the same time position of the head of state and the leader of the LDK. Cf. Case KI 47/10. Naim Rrustemi and 31 Deputies of the Assembly of Republic of Kosovo vs His Excellency Fatmir Sejdiu, President of the Republic of Kosovo. Judgment of 28 September 2010.

Ever since he resigned he has been talking about the existence of a political agreement between him and certain international factors supporting him in “freezing” his position as a head of state. He alleged that, in addition to this, this political agreement had served as a *travaux preparatoires*, that is, as a basis for the drafting of Article 84 of the current Constitution. Cf. Enver Robelli, “Doli prej zarfit , tash nuk del prej zyres!” (“Came Out Of An Envelop, Now She Does Not Want To Resign”). Pristina – based daily newspaper KOHA DITORE, 10 July 2012, Tuesday, p. 10. The author of this article mentioned the believe of former President Sejdiu on the existence of an oral agreement between him and internationals in his favor for the purposes stated above.

226 Scholars make a distinction between protection of the constitution and its interpretation. Cf. Luis LOPEZ GUERRA, “The Role and Competences of the Constitutional Court”. In The European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission) , The role of the constitutional court in the consolidation of the rule of law. UniDem Seminar, Bucharest on 8-10 June 1994 (Council of Europe Press: Strasbourg, 1994) pp. 20-23.

Constitution of Kosovo, too makes this difference. Protection of the Constitution is mentioned

the constitutional justice will prevail is a matter of contextual factors, such as constitutional and political culture, but also social and political conditions of a society. What is referred to as constitutionalism, a modern ideology of the constitution, refers to constitutional justice in its wider sense. As such, it represents a basic feature of constitutional democracies with a long and durable tradition.<sup>227</sup> Former Communist countries, a group to which Kosovo belongs to, as societies in transition, work hard to identify constitutional justice in wider sense with the wide spectrum of institutions and other legal infrastructure backing the work of constitutional courts as specialized institutions in charge of delivering constitutional justice in its narrower sense. Such an overarching identification has not always been possible. Former Communist countries, including Kosovo, had to rely for a long time exclusively on the constitutional courts as the single guardians and interpreters of the constitution. Other constitutional structures and the formal infrastructure of Kosovo, like in other countries, were very weak to really rely on them<sup>228</sup>.

---

in the context of the Kosovo regime, while its interpretation is located within the provisions dealing with the Constitutional Court and its primary jurisdiction. Thus, in Article 4.6 (Form of Government and Separation of Powers), it is stated as follows: "The Constitutional Court is an independent organ in protecting the constitutionality and is the final interpreter of the Constitution". On the other side, in Article 112.1 (Constitutional Court – General Principles) it is confirmed that "The Constitutional Court is the final authority for the interpretation of the Constitution and the compliance of laws with the Constitution".

227 Cf. Carlo Fusaro and Dawn Oliver, "Changing Constitutions". In Dawn Oliver and Carlo Fusaro (eds), *How Constitutions Change. A Comparative Study* (Oxford and Portland, Oregon: 2011) pp. 3-5; Dawn Oliver and Carlo Fusaro, "Changing Constitutions: Comparative Analysis". In *How Constitutions Change. A Comparative Study*, pp. 381-403; Carlo Fusaro and Dawn Oliver, "Towards a Theory of Constitutional Change". In *How Constitutions Change. A Comparative Study*, pp. 405-433.

228 For an excellent analysis of the experiences of all former Communist countries, as well as for the role of the constitutional courts during their transition, including their comparison with the most advanced countries of the West, Cf. Herman Schwartz, *The Struggle for Constitutional Justice in Post-Communist Europe* (The University of Chicago Press: Chicago, 2000) pp. 1 – 21 and 226-248; Levent Gonenc, *Prospects for Constitutionalism in Post-Communist Countries* (Kluwer Law International: The Hague, 2002), in particular Chapters 1 ("Conceptual Framework") and 3 ("Constitution-Making"), pp. 3-25 and 103-208 respectively; Jean – Pierre Massias, *Droit constitutionnel des Etats d'Europe de l'Est* (2e edition) (Presses Universitaires de France: Paris, 2008); pp. 13- 63.

There were authors, nevertheless, that have been against this reliance on constitutional court exclusively. According to them, this heavy reliance on constitutional court paralyzes other organs, delegitimizes them and makes harder the normal functioning of and the work of the entire constitutional system and order. Cf. Wojciech Sadurski, "Postcommunist Constitutional Courts in Search of Political Legitimacy". In *WORKING PAPER OF THE LAW DEPARTMENT OF THE EUROPEAN UNIVERSITY INSTITUTE* (Series/Report No. 11/2001, EUI LAW) ; Wojciech Sadurski, 'Constitutional Review After Communism: Legitimacy and Reasons'. In Wojciech Sadurski (ed), *Constitutional Justice, East and West: Democratic Legitimacy and Constitutional Courts in Post-Communist Europe In a Comparative Perspective* (Kluwer Law

Understood in this way, Kosovar constitutional justice not only has an impact on the Constitution, which serves as a framework for governance and as a bill of rights, but inspires it. From this angle it is obvious the interrelationship between constitutional justice and the institutional, cultural and political context in which it is administered. Kosovar constitutional justice, like that of the former Communist world, is in transition and serves as a guarantor of the principles and values of constitutional democracy. Recognition of the primacy of the constitutional democracy over other forms of governance represents a *condictio sine qua non* of constitutional justice. This democracy is legitimized and justified only through the terms and concepts known under the label of modern Western constitutionalism (anti-majoritarianism, balance and the separation of powers, human rights and the rule of law, and the like). Only within this conceptual framework can constitutional justice be understood, as one of the specific techniques for the administration of justice. Its primary mission consists in raising the level of the rule of law into a higher stage, as well as in the further development of views of the 19<sup>th</sup> century on the rule of law and constitutionalism. In this sense Kosovo is not any different from other former Communist countries. The Constitution of Kosovo, its letter and spirit, are modeled entirely upon the teachings and experiences of the most advanced countries of the West.

Since the time of the destruction of the absolute monarchies that followed after the French Revolution of 1789 until today constitutionalism and constitutional justice have characteristically consisted of an institutional and formal management of the uncontrolled exercised of the free will of the people. It is well known that throughout the 19<sup>th</sup> century a continuous effort was made to guarantee the political and institutional stability of the European monarchies. A theory on so-called rigid constitutions has served these efforts. As such, it was first framed by *Lord Bryce*.<sup>229</sup> As a practice, however, it dates back to the 18<sup>th</sup> century. The concept of a rigid constitution is not an *ex catedra* issue monopolized by a closed and empty discourses of all sorts of demagogues. This concept is not an issue of procedure in a sense of some obstacles preventing easy changes to the constitutional texts either. Constitutional amendments, no matter how large and deep they might have been in a given society, cannot discover the entire essence of the events and happenings behind them. In order to understand the essence and the nature of the constitution, rigid or flexible, one has to look after the material (substantial) values standing behind a constitutional text, not after the procedural rules. This applies to Kosovo as much as it does to other constitutional democracies in modern world. These material values are to be found in constitutional provisions of

---

International: The Hague, 2012).

229 James Bryce, *Studies in History and Jurisprudence*. (The Clarendon Press: Oxford, 1901). Essay III: Flexible and Rigid Constitutions, pp. 145-254.

a material nature. They are known, as noted earlier, with different names and labels. It is not necessary that these values be expressly mentioned in the constitutional texts already in force. There are cases where they are created through a long standing practice in the administration of constitutional justice.<sup>230</sup> In scholarly research on this matter it has resulted that the primacy of the constitution *vis-à-vis* other legal texts implies the existence of the mechanism of a judicial review of constitutionality. At the same time, this means that the rigid constitutions empower beyond any limits the constitutional review. So, there is a correlation between the written constitutional text and its rigidity in one side and the strong judicial review of constitutionality on the other<sup>231</sup>.

In constitutional texts or in a practice created afterwards, the essence of these substantial values consists in that if analyzed or studies in depth they reveal the history and development of the original constitutional system built upon the first (usually rigid) constitution. These material provisions containing these substantive values which cannot be changed represent a “genetic code” of every constitution.<sup>232</sup> Kosovo is not different in this regard: Chapter II of the Constitution on human rights and fundamental freedoms is its “genetic code”, a red line whose eventual change would destroy the form and content of the Kosovar political and constitutional system formed over these years based on the original constitutional text of 15 June 2008.<sup>233</sup> This means that

---

230 Such were the cases of India, Germany, Canada, etc. Cf. Dr. sc. Jasna Omejec, “Kontrola ustavnosti ustavnih normi (ustavnih amandmanai ustavnih zakona)”. (**Control Of Constitutionality Of Constitutional Norms (Constitutional Amendments And Constitutional Laws)**) Godisnjak Akademije pravnih znanosti Hrvatske, Vol. 1, No. 1, Prosinac (Zagreb, Croatia) 2010, pp. 1-28.

231 Arend Lijphart, *Patterns of Democracy. Government forms and Performance in Thirty-Six Countries* (Yale University Press: New Haven and London, 1999) pp. 217-230.

232 This expression was first used by Carlo Fusaro and Dawn Oliver, “Towards a Theory of Constitutional Change”, p. 428.

233 Kosovo declared its independence on 17 February 2008. After this, the Assembly of Kosovo approved the Constitution of the Republic on 9 April 2008, which entered into force on 15th of June of the same year. These acts have been undertaken by the popularly elected representative of the Kosovo citizens, not by constituted powers of Kosovo created after 1999 based on the Resolution 1244 of the UN Security Council Resolution of 10 June 1999.

International Court of Justice (ICJ) treated these actions of Kosovo as being undertaken by the constituent powers (“pouvoir constiuant”), not legislative ones (“pouvoir constitue”) which functioned in Kosovo based on the above Resolution of the UN Security Council. Cf. Paragraphs 102-109, 118 and 121 of the Advisory Opinion of the ICJ of 22 July 2008. INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE (ICJ). ACCORDANCE WITH INTERNATIONAL LAW OF THE UNILATERAL DECLARATION OF INDEPENDENCE IN RESPECT OF KOSOVO. ADVISORY OPINION. 22 JULY 2010.

For comments of this Opinion in literature, Cf. James Summers (ed.), *Kosovo: A Precedent? The Declaration of Independence, the Advisory Opinion and Implications for Statehood, Self-*

every amendment to the Constitution of Kosovo faces obstacles that are rigid not only in procedural terms<sup>234</sup>, but above all in terms of the substantive constitutional principles and values enshrined in Chapter II and other material provisions of the Constitution<sup>235</sup>.

Let us now turn again to the origins and the practice of implementation of the rigid constitutions and the reasons for it. Here it is included the discussion on the role and importance of the constitutional justice in its wider sense, as well as the birth of constitutional justice in its narrower sense.

---

Determination and Minority Rights (Martinus Nijhoff Publishers: The Hague, 2011); Michael Bothe, "Kosovo – So What? The Holding of the International Court of Justice Is Not the Last Word on Kosovo's Independence". *German Law Journal* Vol. 11 No. (2010); Robert Howse & Ruti Teitel, "Delphic Dictum: How Has the ICJ Contributed to the Global Rule of Law by its Ruling on Kosovo?" *German Law Journal* Vol. 11 No. 08 (2010); Björn Arp, "The ICJ Advisory Opinion on the Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo and the International Protection of Minorities". *German Law Journal* Vol. 11 No. 08 (2010); Robert Muharremi, "A Note on the ICJ Advisory Opinion on Kosovo". *German Law Journal* Vol. 11 No. 08 (2010); Thomas Burri, "The Kosovo Opinion and Secession: The Sounds of Silence and Missing Links". *German Law Journal* Vol. 11 No. 08 (2010); James E. Moliterno, "What the ICJ's Decision Means for Kosovars". *German Law Journal* Vol. 11 No. 08 (2010); Elena Cirkovic, "An Analysis of the ICJ Advisory Opinion on Kosovo's Unilateral Declaration of Independence". *German Law Journal* Vol. 11 No. 08 (2010); Hanna Jamar & Mary Katherine Vigness, "Applying Kosovo: Looking to Russia, China, Spain and Beyond After the International Court of Justice Opinion on Unilateral Declarations of Independence". *German Law Journal*, Vol. 11 No. 08 (2010); Toma Galli, "Kratka analiza Savjetodavnog misljenja Medjunarodnog suda o proglasenju neovisnosti Kosova s medunarodnim pravom". Toma Galli, "Brief Analysis of the Advisory Opinion of the International Court on the Unilateral Declaration of Independence by Kosovo and Its Conformity With International Law". Zagreb (Croatia) – based academic journal ZBORNIK PRAVNOG FAKULTETA U ZAGREBU Vol. 61 No. 6 (prosinac 2011).

234 Article 144. 2 (Amendments): "Any amendment shall require or its adoption the approval of two thirds (2/3) of all deputies of the Assembly including two thirds (2/3) of all deputies of the Assembly holding reserved or guaranteed seats for representatives of communities that are not in the majority in the Republic of Kosovo".

235 In the Judgment on the President, as it is sometimes labeled in a wrong manner, the Court made it very clear that Chapter II of the Constitution cannot be seen in isolation from Chapter III that deals with the rights and freedoms of non-majority communities living in Kosovo. Further to this, The Court has stated that it is not only these two Chapters that prevail in any review of constitutional amendments but also other principles and values sanctioned by the Constitution. Cf. Paragraphs 61-68 of the Judgment.

This approach of the Court is in line with a theory and practice of the German Constitutional Court, which sees the Basic Law of the Federal Republic of Germany as an organic and structural unity of constitutional principles and values and as such should be looked at in its entirety. Cf. for comments in Donald P. Kommers, "German Constitutionalism: A Prolegomenon". *Emory Law Journal* Vol. 40 Issue 1 (Summer, 1991); Donald P. Kommers, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. Second Edition (Duke University Press: Durham and London, 1997) pp. 3-60.

As noted, the practice of the rigid constitutions started at the end of the 18<sup>th</sup> century. After two big revolutions, in both sides of the Atlantic arose a new concept of constitutionalism. Radical or absolute democracy, a product of the revolutionary dogma of the American (1776) and French (1789) revolutions respectively, began to gradually be replaced by constitutional democracy. This new concept of constitutional democracy meant first and foremost that the change in the existing constitutions should be extraordinary difficult thing to do. While the approval of the first constitutions was done in a constitutional convention (USA) or through a constitutional assembly (France), the way to their change was made unimaginably difficult. The obstacles put to the amendment process in these two countries resulted in what the doctrine called as “the paradox of constitutionalism” meaning that a simple majority of one generation tight hands of the absolute majority of the future generations.<sup>236</sup> These two constitutions for the first time made a choice between radical and constitutional democracy. From this time onwards no constitution could escape this option. This meant that constitutional values that a generation sanctioned through a simple majority became transcendent in a sense that they survive generations. This transcendence is done through insertion by simple-majority generation of the majorities qualified in a specific manner with the sole aim to preventing future constitutional changes that violate the sublime transcendent values of the “first simple-majority generation”.<sup>237</sup> This approach in essence remains a feature of a democracy that is nor radical and populist – a constitutional democracy. Its procedures sanction a liberal content respecting human dignity, human rights and fundamental freedoms of everyone notwithstanding their number and differences.<sup>238</sup> Constitutional

---

236 For a detailed analysis of this paradox and the modern practices in response to it, Cf. Martin Loughlin and Neil Walker (eds.), *The Paradox of Constitutionalism: Constituent Power and Constitutional Form* (Oxford University Press: Oxford, 2007).

This topic has been an issue of interest of philosophers and other scholars from fields other than law. For theoretical and philosophical elaborations, see, debates between philosophers and other scholars in Norman Dorsen, Michel Rosenfeld, Andras Sajó and Susanne Baer (eds.), *Comparative Constitutionalism. Cases and Materials* (West Group: USA, 2003) fq. 66-98.

237 Cf. Andras Sajó, *Limiting Government. An Introduction to Constitutionalism* (CEU Press: Budapest, 1999) fq. 17-24 dhe 136-40. For a sharp critique of this concept of modern constitutionalism by C. Schmitt, Cf. Carl Schmitt, *Legality and Legitimacy* (Duke University Press: Durham and London, 2004) pp. 39-58. In this long critique, C. Schmitt called Chapter II of the Weimar Constitution sanctioning that the change of the provisions on human rights and fundamental freedoms of the Germans can happen only by two third (2/3) majority vote as “a second constitution living alongside the Constitution of Weimar”. Schmitt in fact considered this Chapter to be an anti-constitution because two third (2/3) was required for its change. This qualified majority, according to him, represented negation of the principle of democracy understood as the rule by majority.

238 On democracy understood as a procedure comprising and guaranteeing basic sub-



democracy protects society from what John Stuart Mill has labeled as “tyranny of majority”, that is, from the “dangers of majority dominance” (Ronald Dworkin).<sup>239</sup> Radical or populist democracy, on the other side, is that form of political system in which sovereignty resides in the people who is supposed to act and speak through an all too powerful assembly. The executive and other constitutional organs are seen as satellites of this powerful assembly. Such a body used to have a monopoly for all decisionmaking. These radical practices, as shown from their history, have denigrated into chaotic forms of *gouvernement d’assemblee* (the case of France after 1789)<sup>240</sup> or into a hegemony of one political force which has after that established a dominance behind the parliamentary scene. The second case was characteristic of dictatorships and non-democratic societies whereby a “parliamentary form” was preserved for the sake of appearances. All this started with Lenin and his doctrine about “parliament as a working body”<sup>241</sup>. Later on, this became almost a routine in many societies of the so-called Third World during the Cold War (Latin America, South East Asia and Middle East)<sup>242</sup>.

---

stantial human values, Cf. F. A. Hayek, *The Constitution of Liberty. The Definitive Edition* (The University of Chicago Press: Chicago, 1960, 2011).

239 Jeffrie G. Murphy, “Rationality and Constraints on Democratic Rule”, in J. Ronald Pennock and John W. Chapman (eds.), *Justification. Nomos XXVIII* (New York University Press: New York, 1986) pp. 141-143.

240 M. Perry, M. Chase, J. R. Jacob, M. C. Jacob and Th. H. von Laue (eds.), *Western Civilization: Ideas, Politics, and Society. 10th Edition* (Wadsworth, Cengage Learning, 2013, 2009) Chapter i 19 (“The French Revolution: the Affirmation of Liberty and Equality”); Louis Favoreu, *Droit constitutionnel. 12e edition* (Daloz: Paris, 2009) pp. 8-12; Lucien Jaume, “Constituent Power in France”. Nw Martin Loughlin and Neil Walker (eds.), *The Paradox of Constitutionalism: Constituent Power and Constitutional Form*, pp. 67-85; R. C. van Caenegem, *An Historical Introduction to Western Constitutional Law* (Cambridge University Press: Cambridge, 1995) pp. 174-193.

241 V. I. Lenin, *The State and Revolution* (Penguin Books: London, 1992) fq. 42. Pwr komente dhe shtjellime teorike tw evoluimit tw idesw dhe praktikws sw parlamentarizmit, Cf. Andras Sajó, *Limiting Government. An Introduction to Constitutionalism*, fq. 103-171.

242 For Latin America and their parliaments there existing for the sake of appearance, or Lilliputians, as well as for the cultivation of hyper-presidential systems in these countries, Cf. more in Paul W. Darke, *Between Tyranny and Anarchy: A History of Democracy in Latin America, 1800-2006* (Stanford University Press: Sanford, 2009) pp. 34-39; For an excellent comparative analysis of the former Communist European countries and their comparison with the huge importance that presidentialism has had in Latin America compared to Europe, Cf. Valerie Bunce, “Comparing East and South”. Nw Larry Diamon and Marc F. Plattner (eds.) *Democracy After Communism* (The John Hopkins University Press: Baltimore and London: 2002) pp. 18-32. This author in pages 28-29 of this paper believes that the current debate existing as to which system of governance has more advantages in post-Communist Europe should be solved in favor of presidential system because, according to him, it offers more effective and practical possibilities for solving the problems of former Communist societies.

Constitutional justice in narrower sense of the term did not come out in surface in Europe until the emergence of the first republics at the turn of the 20<sup>th</sup> century. While in the USA in 1803 the Supreme Court sanctioned the primary role of the judiciary in matters of review of constitutionality of the actions of state bodies, in Europe constitutional monarchies left no room for a constitutional justice in its narrower sense because the sovereign monarchs had an exclusive power and competence over final destiny of the legislative enactments. The idea of a constitutional court did not advance until constitutional monarchies were replaced by republics. Such an idea was preceded by theoretical elaborations stressing the need for a third institution to put into life basic principles of constitutional democracy in its wider sense. Here we have in mind first and foremost the Schmitt-Kelsen debate, which tackled the basic points elaborated by the Court in its Judgment reviewing the constitutionality of eleven (11) draft-amendments to the Constitution of Kosovo. The relevance of this paper as well as the relevance of the Schmitt-Kelsen debate extend beyond the contexts in which they have emerged and developed. Both have a universal scholarly value. The debate served for the Court as a reference point for the form and the outline of this paper. There is one reason that makes relevant beyond Kosovo contexts the lines of this paper: dilemmas over the role and position of the president of the Republic have been triggered within the context of preventive abstract review of constitutionality of constitutional amendments<sup>243</sup>. It goes without saying that Kelsen had in mind the role of the Court as “negative legislator” only as far as the judicial review of legislation is concerned. He did not see this role for the Court in the field of constitutional amendments. The latter emerged after the World War Two. It is related to the German theory and practice that developed based on the interpretation of Article 79.3 of the Basic Law.

A main preoccupation of Kelsen was to clarify some allegations from the past saying that the head of state can serve as the guardian of the Constitution. Kelsen strove instead for a more effective judicial way for the protection of constitutional provisions and principles. This by no means implies that Kelsen was not a supporter of constitutional justice in its wider sense. He put a heavy stress on the work and actions of other constitutional bodies. He nevertheless gave priority to the existence of a separate institution for the protection of the constitution and its order. His main opponent, Carl Schmitt, believed that the guardian of the Constitution should be found in the provisions of Article 48 of the Weimar Constitution itself, which dealt with the president of the Republic, his election by a direct popular vote as well as those having to do with his legislative competences. Schmitt saw the positivist and

---

243 This abstract and preventive control of constitutionality in public is known as “amending process of the Constitution” and has started, as noted earlier, as a result of the Political Agreement of 6 April 2001.

pragmatic reinterpretation of these provisions as a shelter of the guardian of the Constitution. He believed that these provisions unless reinterpreted pragmatically and from a positivist perspective shall stand behind and help a dysfunctional Weimar parliament to continue its existence. His theory on the guardian of the constitution after the coming of Hitler to the power he based in the interpretation of the concrete forms of the Weimar Constitution<sup>244</sup>. This is done, as he said, owing to the fact that his theory could not be discovered and recognized from a general analysis and interpretation of constitutional norms but only by relying on a decision and concrete forms of its manifestation in a given time.<sup>245</sup>

Schmitt heavily criticized the Weimar parliament as not being functional at all, not representing the will of the German people and its unity. Following this he turned to the head of state. He found therein the only institution that could guarantee a sociological and political unity of the Germans. Direct election of the president served as a basis for this conclusion. He believed that the mode of direct election of the president enabled him to represent the entire will of the entire German nation. This personification with the German nation cannot be done, according to him, by a divided parliament who represented nothing but partial interests of the various German strata, political parties and interest groups. The Weimar Constitution, according to him, was a result of a single decision of the German people. So it was the formation of the Weimar Germany. Both of them, on the other hand, were expressions of a unified political will of the entire German nation. Such a will cannot have a plural nature, meaning that the institution of a divided parliament would not be able to express it. The Weimar parliament served the partial interests of political parties and various social strata of German society. With such a parliament, no one else but the president of the German Reich should serve as the single institution personifying the entire will of the entire German nation.

---

244 C. Schmitt with a rare enthusiasm speaks against the separation of powers, legal security and the predictability in the application of laws as well as about other products of liberal positivism. In their stead, C. Schmitt proposes the leader (Führer), as an embodiment of three things at the same time: the state, nation, and the movement. The State, according to him, is nothing but an instrument at the hands of the leader (Führer). Cf. Carl Schmitt, *Tri Vrste Pravnonaucnog Misljenja* (Biblioteka Parerga: Beograd, 2003) pp. 34-42; 46-54. Title in original is Carl Schmitt, *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens* (Hamburg, Hanseatische Verlagsanstalt, 1934).

C. Schmitt has, as rightly noted in literature, directed all of his efforts and energy against the dangers of abstract and formal liberal concepts and categories, that is, against what he termed *potestats indirecta* of liberal positivism and many others caused by it (such as the concept of depoliticalization, avoidance of teleologic and historic interpretations from law, etc.). Cf. William Hooker, *Carl Schmitt's International Thought. Oder and Orientation* (Cambridge University Press: Cambridge, 2009) pp. 126.

245 Cf. Karl Smit, *Tri Vrste Pravnonaucnog Misljenja*, fq. 16-17.

The technology through which the head of state is leveled to the position of the guardian of the constitution does not stop here.

The starting point of Schmitt's theory about the head of state as guardian of the constitution is based on the teachings of Benjamin Constant about so-called *pouvoir neutre et intermediaire*. In his article "the Guardian of the Constitution" (1929), Carl Schmitt heavily criticizes a theory of the time that was modeled after American model whereby the courts play a primary role in protection of the constitution. In fact, half of the first part of this fifty-page long article is devoted to criticizing the judicial system as a guardian of the constitution.<sup>246</sup> In the second part he holds that proper guardian of the constitution can serve only that institution which is furnished with special competences and powers enabling him to remain neutral and outside the influence of three other powers. That institution was the head of state. He did not see, therefore, the Weimar president as a part of three powers. This elaboration was based on the 19<sup>th</sup> century teaching of Benjamin Constant on the so-called "*pouvoir neuter et intermediare*". These special and neutral powers enable the head of state to serve as mediator in internal conflicts within the constitutional bodies of the state. These powers and competences, further to this, give the head of state a privileged position *vis-a-vis* other organs of the state making it a central and inviolable institution. The powers and competences of the head of state had to do with the promulgation of laws, declaration of war and the states of emergency, the right to appoint ministers and other high officials, the right to individual pardon and amnesty, as well as the right to dismiss the elected chambers of the Weimar parliament. In these "*pouvoir neuter e intermendiare*" is included also the fact hat the head of state was seen as the only representative of the permanent continuity of the state unity and the sole guardian of the unified functioning of the state. These dualisms according to Schmitt enable the head of state to reign ("regne") not govern ("gouverne"). The second belonged to the government only. This is the essence of the phrase about the head of state "*il regne et ne gouverne pas*"<sup>247</sup>.

In his article entitled "Who Should Be The Guardian of the Constitution?" (1931), published as a reaction to the above noted article, Hans Kelsen clari-

---

246 Karl Smit, "Cuvar Ustava". Nw Slobodan Samardzic (ed.), Norma i Odluka. Karl Smit i Njegovi Kriticari ("Filip Visnjic": Beograd, 2001) pp. 211-253, at pp. 211-238. Title in original is Carl Schmitt, "DER HUTER DER VERFASUNG". ARCHIV DES OFFENTLICHEN RECHTS. Neue Folge 16 Band J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen 1929.

His critique of the judicial system and its total impossibility to serve as guardian of the constitution, C. Schmitt has elaborated much earlier than this, in his monumental work entitled "Constitutional Theory". Cf. Carl Schmitt, Constitutional Theory (Duke University Press: Durham and London, 2008) pp. 147-164. Title in original is Carl Schmitt, Verfassungslehre (Duncker und Humblot: Munich and Leipzig, 1928).

247 Karl Smit, "Cuvar Ustava", fq. 241-253.

fies that Benjamin Constant's teachings about "*pouvoir neutre et intermédiaire*" refers to the monarchy, never to a republic of a Weimar type. According to Constant, says Hans Kelsen, a monarch had been always part of the executive power. In fact, Kelsen clarifies further, when Benjamin Constant concluded that into two powers: one active and the other passive. Only the second powers belonged to the monarch because only they were neutral, not their active part.<sup>248</sup> According to Kelsen this could not have been the case with the head of state in the Weimar since he was part of the inactive executive as a result of Article 48 powers and legislative competences.<sup>249</sup> These powers and competences clearly gave the president the possibility and a right to govern ("gouverner") not only to reign ("regener") as elaborated by Benjamin Constant himself. Thus, says Kelsen, such a comparison is not appropriate because is the head of state is designated as a guardian of the constitution then that would mean that the head of state would become an absolute dictator, taking into account powers and competences from Article 48 (in particular legislative powers and competences in stead of Reichstag).<sup>250</sup> According to Kelsen, Schmitt's elaborations granting the head of state the role of a guardian of the Weimar Constitution were nothing but a political manipulation serving the needs of daily politics<sup>251</sup>.

Only the passing of time solved the disagreement between the two. It happened, nevertheless, following the tragic events of World War Two. Things went exactly the way Kelsen had predicted. The head of state today plays an important role in protection of the constitution through the exercise of passive powers. This is so without exception in those countries having a system of parliamentary constitutional democracy. This does not mean, however, that the monopoly of guardianship of the constitution rests with the head of state.

248 Hans Kelsen, "Ko treba da bude cuvar Ustava". Nw Slobodan Samardzic (ed.), Norma i Olduka, pp. 256-297, at p. 265. Title in original is Hans Kelsen, WER SOLL DER HUTER DER VERFASSUNG SEIN? (Dr. Walther Rothschild, Berlin-Grunewald, 1931).

249 It is worth noting here that in literature has rightly been noted that in essence C. Schmitt's identity as a constitutional theorist is based on his unconditional support for the use by Fuhrer of the powers and competences deriving from Article 48 of the Constitution of Weimar. This support C. Schmitt has started in his seminal work mentioned above ("Constitutional Theory"/"Verfassungslehre": 1928). Cf. William Hooker, Carl Schmitt's International Thought. Order and Orientation, p. 129.

250 Hans Kelsen, "Ko treba da bude cuvar Ustava", p.262.

251 Ibid, p. 297. Comparing the head of state in a Republic with a doctrine of 19th century is not proper at all. In 19th century, this doctrine has had as its aim the limitation of the executive powers of the monarch and the sharing of this power with parliament. So, the aim was not to protect the constitutions of the time. The doctrine of 19th century which is expressed via the syntagm "il regne et ne gouverne pas" has had as its aim the constitutional control of the monarch, passivation and neutralization of the active side of the powers of the absolute monarchs existing before the French Revolution of 1789 but that were restored to power following the defeat of Napoleon.

That monopoly of constitutional guardianship is vested with a separate and very specialized institution, known as the constitutional court, which usually does not form part of the judiciaries.

This nevertheless does not mean that in political terrain the Schmitt-Kelsen debate regarding the nature and importance of the passive powers has lost from its initial value. Not at all! This is seen from the fact that Schmitt's thesis about the head of state as a neutral and an intermediate power ("*pouvoir neutre et intermediaire* ") is not quite without a practical relevance.<sup>252</sup> At the same time, this does not mean that Schmitt was right as far as the substance (content) of the concept of the head of state as "*pouvoir neutre et intermediaire*" is concerned. The treatment of the substance (content) of this doctrine is subject matter of the following section of this paper. The substance (content) of the concept as it stands makes clear the constitutional position and importance of the head of state in contemporary constitutional parliamentary democracies in Europe and beyond.

### **III. Constitutional – Legal Unity of the People and Its Difference From Sociological – Political Unity**

What is then the substance (content) of the doctrine on "*pouvoir neutre et intermediaire*" that renders it different from the one originating and developed by Schmitt? Above all, what is its practical relevance? Understanding these questions can be complete only if we have into account two things. One has to do with the essence of the debate over constitutional justice in the Weimar Germany while the second refers to the nature of the constituent (original) powers ("*pouvoir constituant*") within the Weimar constitutional order.

In English and French doctrines during the past there were developed concepts and principles justifying and elaborating the basic of constitutional law<sup>253</sup>. As opposed to them, in a pre-Weimar Germany did not exist any meaningful or a deep theoretical debate of the English or French type: con-

---

252 In Europe, with the exception of France, it is made a clear distinction between the head of state and the head of executive. These two roles are played by two different persons. In Europe, again with the exception of France, the head of state is either a monarch or president of a republic elected exclusively to serve as a representative in the sense "il regne et ne gouverne pas". Cf. Jurg Steiner and Markus M.L. Crepaz, *European Democracies* (Pearson Education: USA, 2007) pp. 105-110.

253 For English law, Cf. Scott Gordon, *Controlling the State. Constitutionalism From Ancient Athens to Today* (Harvard University Press: Harvard, 1999), in particular Chapters 7 ("The Development of Constitutional Government and Countervailance Theory in Seventeenth – Century England") and 9 ("Modern Britain"); For French law, Cf. Lucien Jaume, "Constituent Power in France", pp. 67-85; R. C. van Caenegem, *An Historical Introduction to Western Constitutional Law*, pp. 174-193.

stituent (original) power as a matter of practice was at the hands of German princes who exercised it based on a previous agreement with their king. Along side the king of the king, the Kaiser, there existed the Reichstag, German Parliament, which was formed as a reaction to the populist movements and other social upheavals of the 19<sup>th</sup> century. The Reichstag, nevertheless, did not govern as its role was very much limited and the government itself did not have any responsibility towards it. The Reichstag served just as an instrument of public pressure against the government and nothing more. This constitutional solution during the pre-Weimar era modeled in different ways Monarchic constituent (original) power from democratic (popular) constituent (original) one. As such, it differed a lot from solutions of the same issue in England and France of that time. This does not mean that there was a lack of theoretical interest among Germans as to the problem of the relationship between the constitutional form and political legitimacy in the sense it did exist in England and France.<sup>254</sup> This interest, however, took a concrete form and content in German theory only after 1919. The constitutional form sanctioned by the Weimar Constitution was that of a constitutional parliamentary democracy which, at the same time, did not exclude other forms of concrete expression of popular will, there including the direct election of the head of state. The Weimar concept of a constitutional democracy was based in the cultivation of the constitutional justice in its wider sense, that is, in the division of powers (wherein regular courts with the Court of Reich at its top enjoyed a very privileged position) and the recognition of a special Bill of Right (Chapter II of the Weimar Constitution). By any standard, the Weimar Constitution was a very liberal one. Theoretical debate on Weimar constitutional form, however, has been pragmatic and focused mainly on its destruction. This is so due to the fact that a large part of the doctrine and the German nation saw the Weimar Constitution as “its false garment”.<sup>255</sup> Of such a destructive view vis-à-vis the Weimar constitutional order has been the discourse produced and developed by Schmitt<sup>256</sup>.

At first sight, the Schmitt-Kelsen debate seems as if having to do only with the creation of a constitutional court modeled after the Czechoslovak example of 1920. The debate, nevertheless, is more complex for it touches

---

254 Cf. more on this in the “Prologue. The Shattering of Methods in Late Wilhelmine Germany”, published Arthur J. Jacobson and Benhard Schlink (eds.), Weimar. A Jurisprudence of Crisis (University of California Press: Berkley, 2000) pp. 41-65; Michael Stolleis, Public Law in Germany, 1800-1914 (Berghahn Books: New York and Oxford: 2001), in particular vecanti Chapter 8 (“General German Constitutional Law – The Doctrine of the Imperial State”).

255 Cf. Martin Loughlin and Neil Walker (eds.), The Paradox of Constitutionalism: Constituent Power and Constitutional Form, p. 91.

256 Cf. David Dyzenhaus, Legality and Legitimacy. Carl Schmitt, Hans Kelsen and Herman Heller in Weimar (Oxford University Press: Oxford, 1997) pp. 51-58; 70-84.

upon the very foundations of the Weimar-based constitutional order and as such represents the most elaborate and systemic effort for its destruction (by Schmitt) and protection (by Kelsen) respectively.

In arguing why there should not exist a separate constitutional court, Schmitt stressed that there cannot exist courting of legal since the subsuming as a part of judicial syllogism is done only as far as the facts are concerned. According to him, in the case of the constitutional justice one has to do with the “judging” of two general norms, matching one against the other, which practically means the loss of distinction between the creation of norms and their application (the latter being the province of the judiciary). This is even worse than this, say Schmitt, if one taken into consideration that in constitutional justice the constitutional courts would have the right to annul the unconstitutional norms.<sup>257</sup> This was the first group of arguments leveled against the constitutional justice by Schmitt. In fact, it should be noted that by arguing against the establishment of a separate constitutional court Schmitt was fighting against constitutional justice in its wider sense because he argued to the extremeness in favor of the unity of power with Fuhrer at its top. He was not seriously concerned about the loss of distinction between norm-creation and norm-application as a result of the eventual establishment of a constitutional court but because in that case the Fuhrer as the head of state would not be able to exercise both of these powers as planned<sup>258</sup>.

A second group of arguments, in line with the above ones, refers not to the subject matter of a constitutional review, which was a legal norm, but to the concept itself. According to him, the concept of constitutional review in Wei-

---

257 Cf. Karl Smit, “Cuvar Ustava”, pp. 211-239.

258 The best that came with Nation-Socialism, according to C. Schmitt, was outing into life the principle of the leader (Fuhrer) and with it some other key concepts such as loyalty, a blind feeling to follow the Fuhrer, as well as the honor and discipline. These concepts can be understood only within the context of the concrete German spirit and order at present, not within other abstract and normative context based on constitutional values of liberal democracy. In this concreteness there develops a relationship between state and the movement of the Germans. It is as well within this concreteness that a sociological-political unity of the nation is established, a unity which is sanctioned in a separate constitutional form by National-Socialist legislator. Fuhrer stands on the top of this concrete German order and spirit. With this, Nazi legislator as well puts an end to the thought and practice of liberal state and its positivist discourse as developed in Weimar Germany with the separation of powers as a key concept. Cf. Karl Smit, *Tri Vrste Pravnonaucnog Misljenja*, fq. 51-54.

During the years 1933 – 1936, C. Schmitt dealt mainly with the issues and problems of constitutional law. After this period, he intensified his work and research in the field of international law and relations. Cf for deep and elaborate criticisms of C. Schmitt’s justification of National-Socialist dictatorship in the period between 1933-1936 in David Dyzenhaus, “The Politics of the Question of Constituent Power”. In Martin Loughlin & Neil Walker (eds.), *The Paradox of Constitutionalism. Constituent Power and Constitutional Form*, pp. 132-133; William Hooker, *Carl Schmitt’s International Thought. Order and Orientation*, pp. 126-132.



mar Germany had to do only with the contests over competencies between the lands (federal units), municipalities and other units within the German system of the Weimar times. This means that only non-federal disputes can be qualified as constitutional ones. For a case to be considered as a constitutional one at the level of Reich, according to him, the nature of the Constitution and the new German State should have to change. This means, says Schmitt, that the constitutional justice at the federal level can exist only if the Weimar Constitution is considered as a contract, not as a single decision of all Germans. Only if a constitution is treated as a contract can there be formed a court that would settle conflicts over constitutional matters among its constitutional parties. But, according to Schmitt, this is not the case: The Weimar Constitution is a single decision of all Germans, which represents as such a homogenous and organic entity. Kelsen's theory, according to Schmitt, favoring the establishment of a separate constitutional court is nothing but an effort that aims to change the nature of the German state whereby it would not be considered as a democracy based on the constitution of the entire and homogenous German people but in a contract concluded with a disunited parliament. The latter, according to Schmitt, represented nothing but the plurality of non-homogeneous interests of the various social strata of German people. In fact, the main problem for him was the German Parliament and as such it represented the main object of his attack<sup>259</sup>.

The last group of arguments against constitutional justice leveled by Schmitt is based on the negation of the constitutional; parliamentary democracy. It was argued, in this context, that the Weimar Constitution represented a single decision of the entire German people, which is seen as a homogeneous entity. Bearer of the will of the German people understood in this manner cannot be a disunited Parliament but some other organ that is elected directly by the people. By this Schmitt means the head of the German state. This approach is nothing but the application of a logical metaphysics meaning that a single decision of a homogenous people can be implemented only by a likewise organ that is single, homogeneous and elected directly by the entire people. Unity and homogeneity of the Germans was presumed. All needed was a decision to be taken by this people. And, according to Schmitt, that decision could be taken by the President since it was it the only organ representing the whole and homogeneous German nation and never a disunited Parliament. Why President? Because Schmitt believed that only that organ represented the will of the entire and homogenous German people

---

259 For an excellent analysis of the position of C. Schmitt as opposed to H. Kelsen as well as his attacks against German parliamentarianism, Cf. David Dyzenhaus, *Legality and Legitimacy: Carl Schmitt, Hans Kelsen and Herman Heller in Weimar*, in particular Chapters 1 ("Legality and Legitimacy: Reflections from Weimar"), 2 ("Friend and Enemy: Schmitt and the Politics of Law") and 5 ("Lessons from Weimar: The Legitimacy of Legality").

owing to the competences he enjoyed according to the Weimar Constitution. Those competences were neutral, enabling it to interpose between other constitutional bodies in order to settle their differences and eventual constitutional and political conflicts among them at the level of the Reich. Schmitt further to this believed that only the President was neutral third, unbiased and vested with constitutional powers that enable it to solve any state, political and constitutional dispute within the Reich.<sup>260</sup> The “functional integration”, which happens through elections, voting, coalitions, etc., as professed by Rudolf Smend and other liberals of the time<sup>261</sup>, did not fit Schmitt’s concept. The President did not represent this functional integration but only the single organic and homogeneous German people, which was in turn integrated into the new German state. This political integration was being undertaken, according to Schmitt, because Germans were moving towards the creation of a total state in which the difference between the state and other part of German society would wither away. The state would, in the final phase of this movement, absorb all segments of German society (political, economic, social and cultural). Under these circumstances only President can be the defendant of the Constitution because it is him only that represents the organic unity of the entire and homogeneous German people<sup>262</sup>. According to this interpretation, it emerges that German people are always presumed to be homogeneous in a sociological – political sense.

By firmly defending the idea of creating a constitutional court, separate from three other powers, Kelsen put foreword arguments that stood the test of time. In the first place, he relied on the parliamentary constitutional form of the Weimar system. This form, not Germans as a whole, personify the will of the constituent (original) power (“pouvoirs constituant”). This will, which creates the constituent power, is realized through institutions and organs that represent the constituted (derivative) powers (“pouvoirs constituant”). In the Weimar (constitutional) democracy the powers were decided whereby the President formed part of one of them due to the fact that it possessed only passive but as well as active powers which as such disqualified it from becoming the guardian of the Constitution. In essence, says Kelsen, the Constitution of Weimar divided the power between two factors: the Parliament and the Government. The latter, alleged Kelsen, included in its ranks the head of state and government ministers who countersigned its acts<sup>263</sup>.

---

260 Karl Smit, “Cuvar Ustava”, pp. 239-252.

261 Cf. Stefan Koriath, “Rudolf Smend”. Nw Arthur J. Jacobson and Benrhard Schlink (eds.), Weimar. A Jurisprudence of Crisis, fq. 207-212; Rudolf Smend, “Constitution and Constitutional Law”. Nw Arthur J. Jacobson and Benrhard Schlink (eds.), Weimar. A Jurisprudence of Crisis, fq. 213-248.

262 Karl Smit, “Cuvar Ustava”, fq. 244-253.

263 Hans Kelsen, “Ko treba da bude cuvar Ustava”, pp. 282.

Kelsen has in strongest terms opposed the theory of Schmitt, which said the German people is a homogeneous organic unity and that the Weimar Constitution in its preamble refers to this. As mentioned, Schmitt argued that this unity was in danger of being disrupted by the plurality of the Reichstag who was serving as a forum for unlimited ramifications of the differences of the German society and its state. In order to prevent the disruption of this homogeneity, Germans were heading towards an entirely new non-functional integration that is based on a total state. The main instrument and the key leverage to serve this purpose was the Reich's President: only it, no one else, had the duty and constitutional powers to personify the single and a unified will of the entire German people integrated in sociological – political sense of this term. Kelsen in a very sophisticated manner noticed that Schmitt was opposing a constitutional-legal unity of the German people through theoretical elaborations drawn from a positivist interpretation of the current constitutional text of the Weimar Constitution. In this unreal theoretical construction Schmitt was assigning to the Reich's President a role of the single representative who personifies the current will of the single and homogenous German people taken in its entirety. The Weimar Constitution was a single and momentous decision of the German people. The fact that the President was directly elected by the entire German people was for Schmitt evidence to present the President of the Reich as the only guardian of the constitution. It and no one else can preserve the sociological-political unity of the German people, personify it and serve as its true representative as opposed the divisive Reichstag. President of the Reich, no one else, can guarantee the new total state of Germany in which the difference between state and society will disappear. Kelsen opposed this almost biological concept of state and society by arguing that in modern times the unity of the people in sociological – political sense does not and cannot exist ever. In its stead, argued Kelsen, there is a constitutional-legal unity of the people which transcends sociological and political differences existing in the state and society through glossing over differences by institutional routes created by constitution and the laws. Schmitt's theory of the constitutional court as a mere fiction Kelsen opposes by arguing that sociological and political unity of the people is a construct of metaphysics that can by no means ever be proved. The fact that the head of state represents the state unity, argues Kelsen, does not mean that that unity is sociological, material and political. That is simply a constitutional and legal unity of the people. This unity also does not mean that the head of state represents the solidarity of the concrete and effective interests of the people. It is quite the contrary: proper understanding of the theory about "*pouvoir neutre et intermediaire*" of the head of state is that it neutralize and gloss over the radical socio-ors. The head of state, in short, cannot serve as a representative of the partial and radically opposed interests of the political

parties and other socio-political, socio-economic and socio-cultural actors of a given state and society<sup>264</sup>.

As seen for the above, Schmitt reasons everything through the majority views of a radical democracy, understood as a rule by majority, not as a contemporary rule through the constitutional democracy based on the division and the balance of powers, rule of law and the respect for human and minority rights. This approach incorporates the constitutional court as a guarantor and defender of the principles, values and norms of constitutionalism. As such, it exists only in the work of Kelsen and comprises a large part of his polemic with Schmitt and other conservative authors of the Weimar times.<sup>265</sup> It is for this reason that it appears very important to see the relationship between radical democracy, understood as a rule by majority, and constitutional democracy and its ingredients. This in essence is nothing but the other side of the Schmitt-Kelsen debate about the constituent (original) power (“pouvoir constituant”) and constituted (derivative) power and the role of the head of state as a representative that personifies the constitutional-legal unity of the people who is, at the same time, divided according to socio-political, economic, class, cultural and other differences.

The essence of Schmitt’s polemical discourse with Kelsen consists in his purposive and systematic efforts to keep alive the superiority of the radical democracy with Fuhrer in his top, as opposed to the constitutional version of democracy.<sup>266</sup> Constitutional democracy, as noted earlier, is a synonym for

264 Ibid. pp. 285-289.

265 In addition to the Chapters from footnote no. 72, see also Chapter 3 (“The Pure Theory in Practice: Kelsen’s Science of Law”) nga libri David Dyzenhaus, *Legality and Legitimacy: Carl Schmitt, Hans Kelsen and Herman Heller in Weimar*. There is no doubt that the main work of Hans Kelsen that contains the very essence of his discourse on constitutional justice is his *General Theory of Law and State* (The Lawbook Exchange Ltd.: Clark, New Jersey, 2007, 2009). This work is in fact the redefinition of H. Kelsen’s *Pure Theory of Law* (The Lawbook Exchange Ltd.: Clark, New Jersey, 2002, 2009). First editions of these books were published before the debate with C. Schmitt took place, in various languages and under different titles.

266 In addition to the works mentioned so far, it is worth noting herewith the following works by C. Schmitt in which he systematically developed his arguments in favor of a radical democracy and opposed everything having to do with constitutional democracy of liberalism. Carl Schmitt, *Political Theology: Four Chapters on the Concept of Sovereignty* (The University of Chicago Press: Chicago, 1985); Carl Schmitt, *Political Romanticism* (MIT Press: Massachusetts, 1986); Carl Schmitt, *The Crisis of Parliamentary Democracy* (The MIT Press: Massachusetts, 1988); Carl Schmitt, *Roman Catholicism and Political Form* (Greenwood Press: Westport, 1996); Carl Schmitt, *The Concept of the Political* (The University of Chicago Press: Chicago, 1996, 2007); Carl Schmitt, *Theory of the Partisan* (Telos Press Publishing: New York, 2007); Carl Schmitt, *The Leviathan in the State Theory of Thomas Hobbes* (The University of Chicago Press: Chicago, 2008); Carl Schmitt, *Political Theology II: The Myth of the Closure of Any Political Theology* (Polity Press: USA, 2008). Most of these books were published during the Weimar Germany, in German. For further critics of C. Schmitt and his works,

constitutional justice in its wider sense. In order to preserve his line of argumentation, Schmitt has a specific reasoning for the limitations of the state powers. He finds these limitations in the provisions of the Weimar Constitution dealing with human rights and the balance of powers the way he understands this balance. The first group of limitations is derivative of a single decision of a concrete and homogenous German people who has said that individuals should enjoy these rights in a specific manner. The second group of limitations are based, according to Schmitt, on an assumption that power is unified and undivided wherefrom spring all competences in favor of given branches of the government.

These two groups of provisions Schmitt qualifies as being the ideas of the liberal state whose aim is to neutralize every political action. This neutralization stems from a teleological interpretation of the Weimar that is normative, non-political and non-sociological. This further means that every part of the state power is regulated through constitutional - legal norms so that there can be no room for political action of the type of a radical democracy. Briefly stated, outside constitutional-legal norms there exists no political action of the subject understood as majority which exercises its constituent (original) powers<sup>267</sup>. As opposed to Kelsen, he sees these two groups of provisions (human rights and the balance of powers) as neutralization of the radical democracy because they replace the political action of the subject (people) with the apolitical action in the name of the subject (people).

In constitutional theory and practice of the Kelsen type it is nevertheless admitted that the subject (people) never is present in the political action of a constituent (original) nature<sup>268</sup>. Such an act can be identified with the subject (people) only by that fact that it can be attributed to itself. This act is realized in practice by organs representing the subject (people). In constitutional terms this action attributed to the subject (people) is undertaken by organs or individuals representing the constituent (original) power. This feature of political action of being able to be attributed to other organs and individuals represents a minimal condition for protection of individuals, their rights and freedoms (human rights) as well as for the exercise of state power in mod-

---

Cf. David Dyzenhaus (ed.) , *Law as Politics* (Duke University Press: Durham and London, 1998); Alberto Predieri , *Carl Schmitt, un NAZISTA senza CORAGGIO*. Vol. I & II (La Nuova Italia Editrice: Firenze, 1998, 1999).

267 Cf. Carl Schmitt, *Constitutional Theory*, p. 200 and beyond; Hans Kelsen, 'On the Essence and Value of Democracy'. In Arthur J. Jacobson and Bernhard Schlink (eds.), *Weimar: A Jurisprudence of Crisis*, pp. 154-155; 291-292.

268 Cf. an eloquent analysis on this issue in Hans Lindahl, "Constituent Power and Reflexive Identity: Towards an Ontology of Collective Statehood". In Martin Loughlin and Neil Walker (eds.), *The Paradox of Constitutionalism. Constituent Power and Constitutional Form*, pp. 9-24.

ern constitutional sense (balance of powers). Seen from this angle, constitutional democracy does not neutralize political action of the subject (people). Understood in its entirety as a totality of provisions and practices on human rights and the balance and separation of powers it, constitutional democracy does nothing but guarantees institutional conditions for political action in the name of the subject (people) which is neither in majority nor in minority but just that – the subject (the people). Whoever speaks in the name of a subject (people) in a constitutional democracy should taken into account the fact that it provides for and guarantees an institutional form of collective and individual identity on which the modern democratic society is based. In other terms, radical democracy is “filtered” through the institutions and mechanisms of constitutional democracy so that the political action of the subject can be attributed to itself. This attribution emerges as a consequence of the organized actions of individuals and organs representing the subject (people). Constitutional provisions on the division and balance of powers and the ones on human rights represent the key “filters” that mitigate the principle of radical democracy and serve as the very basis on which rests the constitutional – legal unity of the subject (people). Such provisions are contained in every European constitution and in the constitutions of other democracies modeled upon Western constitutionalism. Kosovo is not an exception to this: Articles 4.3 and 83 of the Constitution speak about this type constitutional – legal unity that is personified by the President of the Republic. At the same time, the provisions of Article 84 of the Constitution guarantee that every action undertaken within their limits is automatically attributed to the President of the Republic alone<sup>269</sup>. These provisions of Article 84 are enabling provisions in a sense that anything done by the President within their limits is attributed to him alone, not to any one else. The feature of attribution that derives from Article 84 gives full meaning to the provisions 4.3 and 83 of the Constitution which define the primary role and the position of the head of state as representing the embodiment of the constitutional – legal unity of the Kosovars. These provisions, nevertheless, cannot be seen in isolation from the rest of the constitutional provisions dealing with the head of state because the attribution can happen only when the powers of the head of state are exercised within the constitutional framework and in the spirit of the principles, norms and values on the balance and separation of powers, the rule of law and the respect for human and minority rights. These principles, norms and values are sanctioned in Chapter I (General Provisions), Chapter II (human rights

---

269 In Article 84 of the Constitution there are specified thirty (30) competencies that belong to the President of the Republic. First two of them, intentionally, repeat the text of the provisions of Articles 4.3. and 83 of the Constitution. So, at the outset of the description of these thirty (30) competencies of the head of state, in first two it is clearly stated that it represents Kosovo internally and externally and guaranties the normal functioning of the constitutional organs provided for by the Constitution.

and fundamental freedoms) and Chapter III (the rights of communities and their members). Any exercise of power, that is, any political action, has to be done with due respect for these chapters in order for that to be *per constitutionem* attributed to the subject (people) in the name of the head of state. This applies equally to the President of Kosovo which also embodies the constitutional-legal unity of the people of Kosovo as a whole, provided that the powers from Article 84 of the Constitution of Kosovo are exercised within the framework of these three chapters.

#### **IV. The Constitution Protects Head of State, Not An Individual Ad Hominem**

The idea of a judicial review of constitutional amendments sounds paradoxical in the sense that in this case there takes place a judicial review of the constitutionality of constitutional norms that are not as yet in force by comparing them with the other ones found in the existing (original) constitutional text that is being applied already. In a sense this raises big conceptual dilemmas and misunderstandings because the original meaning of the constitutional justice, as understood by Kelsen, consists in a review of legal norms in order to established as to whether they contradict constitutional norms as the norms with a higher value within the constitutional order. This type of review not only exists as such but in some countries, the USA, it is older than the judicial review of laws<sup>270</sup>.

A main reason for the existence of this type of review consists in the fact that on many occasions constitutions contain principles and provisions that can under any circumstance be amended. These principles and provisions that cannot be amended under any circumstance are named with different names by constitutional theory. It is sufficient to note here that the term itself was coined for the first time by Schmitt himself before World War Two under the title “entrenched provisions”<sup>271</sup>. The concept “entrenched provisions” in

---

270 The first decision of the Supreme Court of the USA regarding the constitutional amendments was rendered in 1789 in the case known as *Hollingsworth v. Virginia*, five years before *Marbury v. Madison* (1803) through which had been founded the practice of judicial review of laws. As quoted in Kemal Gozler, *Judicial Review of Constitutional Amendments. A Comparative Study* (EKIN PRESS: Bursa, 2008) p. 29.

271 He used this term, as noted earlier, in his analysis of Chapter II of the Weimar Constitution. These “entrenched provisions”, according to him, represented a second German constitution of Germany alongside the Weimar Constitution. This was so because, he thought, this Chapter limited the power of the president and the government of the Reich since it created additional and special duties for these bodies in favor of ordinary German citizens. Cf. Karl Smit, “Legalnost i Legitimnost”, pp. 323-336. For more comments on this Cf. Ulrich K. Preuss, “The Implications of ‘Eternity Clauses’: The German Experience”. In *ISRAEL LAW*

Europe following the end of the World War Two was recreated by German doctrine, not by the legislature.<sup>272</sup> As noted earlier, in a paradoxical manner it was Schmitt himself who invented the idea of the text of Article 79.3 of the Basic Law of Germany. German theory and practice on unamendable constitutional provisions is based on this article. Sometimes this doctrine is known also as the doctrine of “unconstitutional constitutional amendments”.

This theory and practice should be distinguished from constitutional obstacles of a procedural nature that make very difficult, if not impossible, any constitutional change in the existing text. In these situation there needs to be a substantial consensus within society and the state in order to effectuate a constitutional change. These obstacles for the first time were inserted in Article V of the American Constitution of 1878 and afterwards were transmitted onto other constitutions of the countries of the world (albeit modeled differently)<sup>273</sup>. These procedural provisions stand for the “rigid constitution” discussed earlier in this paper. In the case of a theory and practice regarding unamendable principles, norms and values, however, we are faced with material provisions of the constitution. As such they by itself cannot be subjected to a constitutional amendment. On the other side, procedural obstacles representing the concept of a “rigid constitution” can be amended provided that they follow certain predetermined procedural ways. This difference, as it can be noticed, is very big because in the first case we have the situation of material provisions that never can be subject to change while in the case of procedural obstacles it is obvious that changes can be made provided that certain predetermined procedures are followed.

In line with the above, second, these principles, norms and values that can-

---

REVIEW Vol. 44 No. 3 (2012).

272 First case in practice was decided on 23 October 1952 and is known as “Southwest Case”. In this case, the Federal Constitutional Court of Germany stressed the there are some principles and values which cannot be and shall not be violated and amended under any situation to which all other provisions of the Constitution are subordinated. Cf. Kemal Gozler, *Judicial Review of Constitutional Amendments. A Comparative Study*, fq. 55-56; 84-86; Donald P. Kommers, “German Constitutionalism: A Prolegomenon”, pp. 858-859, footnote No. 60.

273 Article Five of the United States Constitution describes the process whereby the Constitution may be altered. Altering the Constitution consists of proposing an amendment or amendments and subsequent ratification. Once ratified, amendment or amendments become a valid part of the Constitution, provided that no state “shall be deprived of its equal suffrage in the senate,” without its consent. In a similar fashion, the Constitution of Norway of 184 speaks of the ban on any amendment that runs against the principles and the very spirit of the original text of the Constitution. Cf. more on these issues in Kemal Gozler, *Judicial Review of Constitutional Amendments. A comparative Perspective*, pp. 10-12; 28-34; 78-80; Lechh Garlicki and Zofia A. Garlicka, “Review of Constitutionality of Constitutional Amendments ( An Imperfect Response to Imperfections). *Journal of Constitutional Law/Review De Droit Constitutionnel* Vol. 1 Issue 1 (Year 2012) pp. 205 footnote No. fusn. 46.



not be amended represent the crux of the constitutional identity of a given country, a kind of “DNA” of a given country. Principles, norms and values that can under no circumstances be changed usually refer to republican form of government, relationship among central and local authorities, constitutional democracy, rule of law and human rights, etc. Such is the case, for example, with Germany, France, Turkey, Norway, Portugal, Rumania, Ukraine, Azerbaijan, South Africa and many other countries. Here we have in mind countries that cultivate a constitutional democracy modeled after Western-type constitutionalism because there are countries, such as Maroko for example, in constitutional provisions that cannot be amended have to do with the preservation of the primary role of Islam in these societies<sup>274</sup>.

Third, the fact that there exist these kinds of constitutional principles and provisions means that they enjoy judicial protection and enforcement so that every future amendment that runs counter to them is to be considered by the courts as unconstitutional. This does not mean, however, that constitutional review of constitutional amendments exists only in those countries that have these kinds of principles and provisions that cannot be subject to constitutional amendment. The opposite is true as well. There are cases in when the original constitutional text contained principles and provisions that could not be amended but in practice this fact did not play in role and no review of constitutional amendments ever took place. Such is the case, for example, with the Constitution of Norway of 1814. In a similar fashion, there are cases where no principle or provision exists that cannot be amended but still in practice the courts in these countries have developed an impressive case law, such is the case with India.

Lastly, the review of constitutional amendments is an abstract-type of control of the constitutionality, meaning that it does not refer to a concrete case and controversy but to all cases, situations and persons in the future to come. In a majority of the states of today abstract review of constitutional norms is *a posteriori*, meaning that it takes lace only after the norm contained in the constitutional amendment has entered into force. Cases in which review of constitutional norms takes place *a priori* are rare indeed. Among them in Europe belongs Kosovo as well, while outside Europe there are Chile, South Africa, Azerbaijan, etc.

The above elaboration has found its sublime expression in the case of Kosovo within the context of the application of Articles 113.9 and 144.1 of the Constitution. They require from the speaker of the Assembly of Kosovo, as

---

274 Not only Maroco but many other Islamic states follow the same model of the unamendable constitutional provisions referring mainly to the primary role of Islam in their societies. Cf. Amina El Messaoudi, “Il Modello di Giustizia Costituzionale in Marocco”. In Luca Mezzeti, Sistemi e Modeli di Giustizia Costituzionale. Tomo II CEDAM: Padova, 2011).

noted, to refer to the Court for a review every constitutional amendments to the Constitution that might be put foreword. This is a mandatory requirement which cannot be evaded. The contestation of the legitimacy of the current President Mrs. Jahjaga of Kosovo is not based on the constitutional – legal criteria but others. It is based on a belief “that she does not represent the political will of the Kosovo people”. For this reason, those contesting her legitimacy as the head of state believe that the Constitutional Court has made a grave mistake when it said that “people of Kosovo expect that their President represents them for five coming years”.

This article and its author elaborate on only the non-political side of the “issue of President Jahjaga”, meaning the elaboration of those aspects of a comparative discourse having to do with abstract preventive review of the constitutionality of constitutional amendments. This review is exercised by the Court based on Articles 113.9 and 114.1 of the Constitution. Other segments of the controversy having to do with the daily politics in Kosovo challenging the legitimacy of the head of state based on the arguments *ad hominem* are outside the scope of this paper. Daily political contestation in no way can harm the essence of the theory and practice on “unconstitutional constitutional amendments” and their application in the concrete case of the current President Atifete Jahjaga of Kosovo.

In the case of Kosovo this theory and practice rely on one sentence that says that the amendments to the Constitution should be sent to the Court for review in order to see whether they diminish rights and freedoms from Chapter II of the Constitution. This practically means that Chapter II in the case of Kosovo represents a “DNA” of Its Constitution. The review that takes place in these cases is abstract and preventive one taking into account professional criteria only without any regard for other aspects of the referral. This means that the Court in the concrete case under discussion could not have taken into account the form and content of the political agreement providing for the election of the president of Kosovo and the change in the position and the role of future head of state in Kosovo and its manner of election. These aspects were subject of discussion among the politicians of Kosovo, not of the Constitutional Court. The Court ruled on different mannered and by different means and procedures. This is very obvious from the content of the abstract and preventive control of eleven (11) amendments proposed by a group of 30 deputies of the Assembly of Kosovo during March – May 2012.

The Court has never dealt with the political aspects of the “issue of President Jahjaga”. At stake was an abstract preventive review of the eleven (11) amendments proposed in the fourth year of the life of the Constitution of Kosovo. The Judgment rendered on that occasion is the second of its

kind.<sup>275</sup> It is abstract and has nothing to do with any concrete case and controversy. Such an approach of the Court derives from the provisions of the Constitution regulating the abstract and preventive review of constitutional amendments to the Constitution. These provisions give a mandate to the Court to review the constitutionality of any proposed amendment in order to see whether they diminish the rights and freedoms from Chapter II of the constitution. However, the Court does not confine itself dogmatically to this chapter only. Such a confinement is impossible due to, as elaborated in the German doctrine supporting the “entrenchment provisions”, organic and structural connection of the constitutional provisions taken in their entirety<sup>276</sup>.

While exercising this type of jurisdiction, the Court met with the review of amendment ten (10) which proposed that the head of state of Kosovo should leave its office and go home once the amendments entered into force. This was a dismissal through constitutional amendment, outside the procedure foreseen in Article 91 of the Constitution of Kosovo. The Court ruled that the dismissal of the head of state could be done only through following the form and procedure of article 91, meaning that constitutional amendment cannot serve that function<sup>277</sup>. Amendment ten (10) as drafted, according to the Court, violated rights and freedoms from Chapter II of the Constitution of Kosovo, not concrete rights and freedoms of the current President of Kosovo<sup>278</sup>. Put differently, this proposed amendment violated the “DNA” of the Constitution, not concrete individual rights of the concrete head of state of Kosovo, that is, rights and freedoms *ad hominem* of the current President Jahjaga of Kosovo. The “issue of President Jahjaga” existed long before the eleven (11) proposed amendments came for review before the Court, that is, it had been there since the conclusion of the agreement of 6 April 2011. The Court could not have dealt with the implementation of the *ad hominem* provisions of that agreement. The constitutional courts protect principles and provisions of contemporary constitutionalism only. In our case they are found in Chapter II of the Constitution of Kosovo.

When the Court evaluates whether proposed amendments diminish the

---

275 First case of abstract and preventive review of the constitutionality of amendments in Kosovo happened on 15 May 2012. In that day the Court decided on the constitutionality of the proposed amendments constitutionalizing the end of supervised independence of Kosovo based on the Ahtisari Plan and its provisions.

276 Cf. footnotes 18 and 47 in connection with footnote no. 85 and the comments accompanying them.

277 Article 91.1. (Dismissal of the President): “ The President of the Republic of Kosovo may be dismissed by the Assembly if he/she has been convicted of a serious crime or if she/he is unable to exercise the responsibilities of office due tot serious illness or if the Constitutional Court has determined that he/she has committed a serious violation of the Constitution”.

278 Cf. Footnotes 33 – 36.

rights and freedoms from Chapter II of the Constitution, it does so having in mind the material substance of the proposed constitutional norms compared to the principles and norms existing already in the text of the Constitution in force. In the concrete case, amendment ten (10) as proposed aimed at a substantial change in the mandate of the current Kosovar head of state. This, according to the Court could not happen for two reasons. The first reason had to do with the very nature of the head of state because Articles 4.3 and 83 of the Constitution clearly foresee that president of Kosovo represents the constitutional-legal unity of the Kosovars, inside and outside Kosovo, and guarantees the normal functioning of the institutions of the system. This nature of the state cannot be changed or terminated at no time. Any removal of the head of state outside the procedures and terms foreseen in Article 91 of the Constitution is a violation of the principles and provisions having to do with the constitutional-legal unity of the Kosovar people, its representation outside and within the country, as well as with the provisions and norms guaranteeing the normal functioning of the institutions of the state of Kosovo.

Second, in line with the above, the dismissal of the Kosovar head of state through constitutional amendments would without any doubt violate principles and norms of Chapter II of the Constitution. This violation has nothing to do with human rights and freedoms *ad hominem*. It has to do with violations of the rights and freedoms of all presidents at any times. It is so obvious that the Court did not protect the position *ad hominem* of the incumbent president Atifete Jahjaga of Kosovo but the form and content of the institution of the head of state as sanctioned in articles 4.3 and 83 of the Constitution against the attack coming from the proposed amendment ten (10). This amendment tried to transgress the prohibitions of Chapter II of the Constitution, which serve as a reference point in the process of evaluation of the constitutionality of draft-amendments to the Constitution of Kosovo.

It goes without saying that this in no way implies that there is no constitutional path for a dismissal of the head of state in Kosovo. In comparative constitutional law there have been cases in which the mandate of the head of state was changed but that change did not enter into force for the incumbent head of state, as well as cases of constitutions that foresee the same solution. This case happened in France in 2000. Then French citizens enacted an amendment changing the Constitution to the effect that the mandate of the head of state was to be from seven (7) to five (5) years. This amendment, nevertheless, would enter into force only for the next terms of office of the French president. This means that it was not allowed for the new amendment to change the mandate of the then incumbent president of France.<sup>279</sup>

---

279 Oliver Duhamel, "France's New Five – Year Presidential Term. BROOKINGS 1 March 2001. Nw internet nw kwtw veb faqe: <http://www.brookings.edu/research/articles/2001/03/>

As for constitutions, it is worth noting the case of South Korea, which foresees that every change in the mandate of the head of state shall take effect only for a future head of state not for the incumbent<sup>280</sup>. It is clear, therefore, that constitutional justice never protects *ad hominem* anyone. All it does is the protection of the principles and norms personifying the essence of the contemporary constitutionalism.

## Conclusion

This paper has clarified through scholarly terms the role and position of the head of state from a comparative perspective, as well as the protection of that institution from extraconstitutional dismissal via constitutional amendments.

In comparative constitutional law, the head of state is vested with two roles. One is representing the state both within and outside, while the other is to guarantee normal functioning of key state organs. The role of representation is enshrined in the head of state being seen as embodiment of the constitutional-legal unity of the people and of the state continuity as such. The other role, that is, the role of the guarantor, is seen in that it guarantees the normal function and stability of the key state organs. In both situations, one has in mind the cases of parliamentary constitutional democracies.

A constitutional amendment represents a process that happens in every society. The incidence of constitutional amendment is a matter depending on several factors starting from the longevity of the original constitutional text to other factors existing outside the text itself. The incidence of constitutional change, nevertheless, has not been object of discussion in this paper<sup>281</sup>. What is discussed here has to do with one aspect of the amending process only. That aspect is known as abstract and preventive judicial review of the constitutionality of the constitutional amendments. Known by a very limited

---

[france-duhamel](#) (herwn e fundit shikuar nw nwntor 2012).

280 The Constitution of South Korea of 17 July 1948, in its Article 128.2 of the Chapter X (Amendments to the Constitution – Initiative), provides as follows: "(2) Amendments to the Constitution for the extension of the term of office of the President or for a change allowing for the re-election of the President are not effective for the President in office at the time of the proposal for such amendments to the Constitution. Venice Commission treats this provision as a good standard to recon with and as a reference point for others when reviewing the constitutionality of the amendments touching upon the mandates of key constitutional organs of a state. Cf. Report on Constitutional Amendment, Adopted by The Venice Commission at Its Plenary Session (Venice, 11-12 December 2009), Para. 145.

281 For an excellent analysis of the causes leading to frequent constitutional amendments, Cf. Sanford Levinson (ed.), *Responding to Imperfection. The Theory and Practice of Constitutional Amendment* (Princeton University Press: Princeton, New Jersey, 1995).

number of the countries of the world, including Kosovo, this review consists in the evaluation of the constitutionality of constitutional amendments before they enter into force.

In most countries of the world there is known only the repressive review of constitutionality, meaning that the evaluation of the constitutionality of amendments is undertaken after they enter into force. A common feature of both situations is that the review tries to see whether constitutional amendments violate unamendable principles and norms as enshrined in the existing text of the constitution in force. In the case of Kosovo these principles and norms are contained in Chapter II of the Constitution but also in its other parts.

In line with the abstract preventive control of the eleven (11) proposed constitutional amendments, the Court declared unconstitutional over sixty (60) per cent of them, including amendment ten (10). The analysis of this amendment has been a major object of this paper. In this case the Court made it clear that it is unconstitutional to cause the early termination of the mandate of the head of state in cases undertaken through the enactment of a new constitutional amendment. This was the intent of the drafter of the constitutional amendment ten (10). It makes no difference whether the aim of the drafter was for the elections to be held within or after six months following the enactment of the amendment ten (10). For the Court, the important thing was to stress to the drafter and the public at large that the five (5) year mandate of the president of the Republic can be terminated prematurely only through the terms and procedure foreseen in Article 91 of the Constitution. Any other path chosen, such as this via proposed amendment ten (10), violates Chapter II of the Constitution. In fact, amendment ten (10) as proposed violates the very nature and position of the head of state as a representative of the constitutional-legal unity of the people and state continuity, both within and outside Kosovo, and as a guarantor of the normal functioning of key state organs. This applies equally to every head of state in a constitutional democracy of the parliamentary type.

The theory and practice on the head of state personifying the constitutional-legal unity of the people as well as the guarantor of the normal (regular) functioning of the key organs of the state first appeared in France following the 1878 Revolution. Benjamin Constant was the first to elaborate it in a wider context dealing with the nature and the position of the constituent powers of the people emerging in the scene as a new sovereign unknown until then. All his efforts were directed towards justifying the uncontrolled manifestation of the will of this new sovereign. Within these efforts appeared the expression depicting the monarch as an institution that reigns but does not govern ("*il regne et ne gouverne pas*"). As such, it was endorsed by a few political and

constitutional theorists, including here Carl Schmitt. The expression, it should be noted, did not reflect realities on the ground. This was first noted by Hans Kelsen in his reply to Carl Schmitt. As Kelsen noted, this was so because monarchs of the time were part and parcel of the executive (the government) and that since the 19<sup>th</sup> century there were constant efforts to curtail these executive powers of the monarchs. The Weimar Constitution was the last effort in practice to establish an institution that “*regne et ne gouverne pas*”, but not with a big success owing to the powers given to the head of state in Article 48 of the Constitution. This article did not enable the President of the Reich to be guardian of the constitution since it was itself part of the executive staying above Reichstag and other powers. The Weimar head of state, for this reason, also could not serve as a guarantor of the normal (regular) functioning of key state organs as it stayed above all of them. Legislative and executive powers recognized in Article 48 and others in the Constitution of Weimar stood for the fact that the head of state could not serve as a representative of the constitutional-legal unity of the people but only of the interests of the moment of legislative and executive powers of the time. This means that the head of state in Weimar could not represent the sociological-political unity of the people either. Only after World War Two the head of state as representative of the constitutional-legal unity of the people appeared in Europe in the constitutions of constitutional democracies.

It may seem strange that in this paper we had to clarify that courts do not protect positions and human rights *ad hominem* when deciding cases in proceedings of abstract review of constitutionality. This paper emerged as a reply to a unilateral discourse in Kosovo contesting the legal force of the Judgment of the Court in the part dealing with the head of state. We demonstrated in this paper that no serious and professional court would ever take into account arguments *ad hominem* in cases dealing with abstract review of constitutionality of laws and constitutional amendments.

Gjyqtari Michael J. Davis

Kryetar, Gjykata e Rrethit të Shteteve të Bashkuara, Rrethi i Minnesotes

## **RUAJTJA E TË DREJTAVE TË NJERIUT NË GJYKATAT E SHTETEVE TË BASHKUARA – ROLI I AVOKATIT MBROJTËS DHE GJYQTARIT**

Qershor 29, 2012, 11:30 – 12:15  
Prishtinë, Kosovë

### **I. Hyrje**

Profesor Dr. Hasani, Gjyqtar Robert Carolan dhe gjyqtarë tjerë të gjykatës kushtetuese, gjyqtar Stephen Swanson dhe gjyqtar John Tunheim:

Mirëmengjesi. Kam nderin të jem këtu këtë mëngjes. Gjyqtarët, prokurorët, dhe avokatët penal janë kyç në ruajtjen e të drejtave të njeriut në SHBA dhe në të gjitha demokracitë. Pavarësia e gjyqësorit dhe ndihma juridike efektive janë parimet bazë të sistemeve juridike, të cilat synojnë sigurimin e të drejtave të njeriut për të gjithë pjesëtarët e shoqërisë.

Konventa Evropiane për të Drejtat e Njeriut thotë se “secili ka të drejtë në shqyrtim të drejtë dhe publik brenda një afati të arsyeshëm nga një tribunal i pavarur dhe paanshëm të themeluar me ligj: dhe secili i akuzuar për veprë penale duhet patjetër të gëzojë të drejtën “të mbrojtë vetën personalisht ose përmes ndihmës ligjore të cilën ai vetë e zgjedh, ose nëse nuk ka të holla të mjaftueshme për të paguar për këtë ndihmë ligjore, ajo do t’i jipet falas kur një gjë e tillë kërkohet në interes të drejtësisë.”<sup>1</sup>

Theksoj se kushtetuta e Kosovës ruan të njëjtat të drejta. “Secili ka të drejtë në shqyrtim publik të drejtë dhe të paanshëm përkitazi të drejtave dhe detyrimeve të tij, apo përkitazi veprave penale, brenda një afati të arsyeshëm nga ana e një gjykate të pavarur dhe të paanshëm të themeluar me ligj.”<sup>2</sup> Kushtetuta e Kosovës, neni 31. “Secili i akuzuar penalisht gëzon të drejtat minimale në vijim...të ketë ndihmën e një mbrojtësi që e zgjedh...dhe, nëse ai/ajo nuk ka mjete të mjaftueshme, ka të drejtë në mbrojtje falas.”<sup>3</sup> Kushtetuta e Kosovës, neni 30.

---

1 Konventa për Mbrojtjen e të Drejtave të Njeriut dhe Lirive Themelore [Konventa evropiane mbi të drejtat e njeriut], neni 6.

2 Kushtetuta e Kosovës, neni 31 (2).

3 Kushtetuta e Kosovës, Neni. 30 (5).



Unë luftoj t'i përmbush këto ideale. Kushtetuta e SHBA-së thotë: “në të gjitha rastet penale, i akuzuari gëzon të drejtën e gjykimit të shpejtë dhe publik, nga një juri e pavarur...dhe...të ketë ndihmën e mbrojtësit në mbrojtjen e tij.”<sup>4</sup> Kodi i sjelljes i cili qeveris veprimet e mija si gjyqtar federativ amerikan thotë: “një gjyqësor i pavarur dhe i ndershëm është i pazëvendësueshëm për drejtësinë në shoqërinë tonë.”<sup>5</sup>

Ne duhet të kuptojmë qartë vlerën e gjyqtarëve dhe avokatëve në sistemin e drejtësisë. Dëshiroj të flas tani për raste konkrete, dhe të ilustruj se si avokatët mbrojtës dhe gjyqtarët kanë korrur sukses – dhe dështuar – në përmbushjen e detyrave të tyre profesionale dhe përligjjen e të drejtave të njeriut. Unë do të filloj diskutimin tim duke vënë në pah rolin kyç të avokatëve mbrojtës në sistemin ligjor e SHBA-së, dhe pastaj do të diskutoj në rolin e gjyqtarëve në sigurimin e sistemit të drejtë juridik.

## II. Sistemi kundërshtues

Sistemi i drejtësisë amerikane karakterizohet me natyrën e tij kundërshtuese, ku palët kontrollojnë prezantimin e rastit.<sup>6</sup> “Një sistem kundërshtues rëndom përkufizohet si sistem ku palët paraqesin fakte dhe argumente ligjor pranë një vendim-marrësi pasiv dhe të paanshëm, i cili pastaj vendos për rastin.”<sup>7</sup> Për dallim nga sistemi inkuizitiv, kur gjyqtarët udhëheqin hetimin dhe prezantimin e rastit, sistem kundërshtues në përgjithësi çmon autonominë e palëve më shumë se qëllimet tjera.<sup>8</sup>

Në përgjithësi, një gjyqtar në sistemin kundërshtues duket të jetë më pasiv se sa në sistemin inkuizitiv, duke shmangur krijimin apo përmirësimin e gabimeve evidente të palëve. Mirëpo, në sistemin kundërshtues gjyqtar është më shumë se sa një arbitër i cili referon goditjet dhe huqet në një lojë bejsbolli. Diskutimi im sot do të tregojë se si një gjyqtar respekton autonominë e pjesëmarrësve në një sistem kundërshtues duke e ruajtur akoma të drejtën në gjykim të drejtë.

Gjykata Supreme e SHBA-së në vitin 1895 shpjegoi se “parimi i prezumimit të pafajësisë së të akuzuarit është ligj përtej dyshimi, ligj aksiomatik dhe elementar, dhe zbatimi i tij shtrihet në themelin e administrimit të ligjit tonë penal.”<sup>9</sup> Kjo e drejtë është gjetur edhe në kodet ligjore të Greqisë antike dhe

4 Kushtetuta e Shteteve të Bashkuara, Amand. 6.

5 Kodi i Sjelljes për Gjyqtarët e Shteteve të Bashkuara, Kriteri 1.

6 Amanda Frost, *The Limits of Advocacy*, 59 *Duke L.J.* 447, 449 (2009).

7 *Id.*

8 *Id.*

9 *Coffin v. United States*, 156 U.S. 432, 453 (1895).

në Romë.<sup>10</sup> E drejta e secilit të akuzuar të konsiderohet i pafajshëm është gur-themel i sistemit tonë dhe të juaj ligjor; është e cekur si në konventën evropiane për të drejtat e njeriut (“Secili i akuzuar penalisht konsiderohet i pafajshëm derisa të gjendet fajtor sipas ligjit.”<sup>11</sup>) ashtu dhe në kushtetutën e Kosovës (“Secili i akuzuar penalisht konsiderohet i pafajshëm deri sa fajësia e tij/saj të dëshmohet në pajtim me ligjin.”<sup>12</sup>). Kjo e drejtë bazike e secilit të pandehur, e kombinuar me standardin e lartë të dëshmisë – dëshmia në sistemin amerikan është përtej çdo dyshimi të bazuar – është e rëndësishme për të siguruar mbrojtjen e të drejtave të njeriut të të pandehurit, pasi një vendim fajësues mund ta privojë atë nga liritë e tij/saj themelore njerëzore).

Është me rëndësi t’ia përkujtojmë vetvetes se pse operojmë sipas rregullave nën të cilat operojmë – për të krijuar sistem drejtësie të drejtë dhe të respektuar. Qëllimi ynë i ofrimit të drejtësisë së barabartë sipas ligjit duhet të jetë çdo herë në mendjet tona. Ky ideal duhet të zmbrops tundimin e marrjes së rrugës së shkurtër për të kaluar nëpër një kalendar të ngjeshur në kurriz të respektimit të të drejtave të të pandehurit.<sup>13</sup> Gjykata poashtu duhet të jetë e vetëdijshme për tendencën njerëzore të mbrojtjes së karrierës duke iu shmangur marrjes së vendimeve jo të popullarizuara. Ne, si gjyqtarë, jemi pararoje e sistemit të drejtë juridik. Ne çdo herë duhet të jemi vigjilent për këtë përgjegjësi.

Mirëpo, gjyqtarët vetë nuk mund të sigurojnë një sistem drejtësie të pavarur, të drejtë dhe të respektuar. Avokatët mbrojtës janë mbrojtës vital të të drejtave të njeriut, dhe sistemi ynë juridik nuk mund të funksionojë pa ta. Një temë e afërt dhe e dashur për mua është roli i avokatëve mbrojtës në sistemin e drejtësisë pasi edhe vet isha avokat mbrojtës për shumë vite.

### III. Detyra e avokatëve mbrojtës penal

#### A. Burimet

Sistemi ynë kundërshtues vë një ngarkesë të madhe në supet e avokatëve mbrojtës. Si rezultat, ata i nënshtrohen standardeve profesionale, etike dhe kushtetuese, me të cilat kërkohet mbrojtja e të akuzuarve penalisht.

Neni 31 (6) të kushtetutës së Kosovës, “mbrojtja falas ligjore do t’ju ofrohet atyre që nuk kanë mjete të mjaftueshme financiare nëse mbrojtja e tillë

10 Id. Fq. 454-55.

11 Konventa Evropiane mbi të Drejtat e Njeriut, neni 6(2).

12 Kushtetuta e Kosovës, neni 31(5).

13 Keith Swisher, The Judicial Ethics of Criminal Law Adjudication, 41 Ariz. St. L.J. 755, 778 (2009).

është e domosdoshme për të siguruar qasje efektive në drejtësi.” E drejta në mbrojtje falas dhe efektive ligjore është bërë gur-themel i sistemit amerikan juridik. Përmes një varg rasteve të rëndësishëm, të cilat përfunduan me rastin Gideon kundër Wainwright në 1963, gjykata supreme e SHBA e interpretoj të drejtën e amendamentit të gjashtë “për të pasur ndihmë juridike për...mbrojtje,” të kushtetutës së SHBA-së për dhënien e ndihmës juridike atyre të cilat nuk kanë mjete të mjaftueshme për ta paguar. Krahas kësaj, gjykata supreme ka qartësuar se nuk mjafton vetëm emërimi i mbrojtësit për t’i përfaqësuar të akuzuarit, por avokati mbrojtës duhet të jetë kompetent. Siç edhe u shpjegua nga gjykata supreme, “e drejta në ndihmë juridike (në amendamentin e gjashtë) është e drejtë në ndihmë juridike efektive nga mbrojtësi.”<sup>14</sup>

Detyrat e avokatëve mbrojtës ndaj klientëve të tyre dhe gjykatësve kanë rrënjët e tyre edhe në obligimet e tyre profesionale dhe etike. Për qëllim të këtij prezantimi, unë do të përqendrohem në detyrat e përgjithshme të cekura në Rregullat e Sjelljes Profesionale të hartuara nga Asociacioni Amerikan i Jurisprudencës, të cilat janë, plotësisht apo pjesërisht, të adoptuara nga shumë shtete.

## **B. Një vështrim i detyrave themelore**

### **1. Avokimi i zellshëm**

Thënë në përgjithësi, obligimi i parë i avokatit mbrojtës është të ketë parasysh para se gjithash, interesat më të mirë të klientit. Përgjatë gjykimit të mbretëreshës Caroline në Angli në vitin 1820, Lordi Henry Brougham famshëm deklaroi se “detyra e parë dhe e vetme e avokatit është të mbrojë klientin (e tij/saj) me çdo çmim...duke mos marrë parasysh rreziqet dhe kostot për personat tjerë.”<sup>15</sup> Në kohët moderne, obligimi i avokimit të zellshëm ne emër të klientit ngel detyra primare e avokatit mbrojtës.

Duke krahasuar detyrat e prokurorëve dhe të avokatëve mbrojtës, gjyqtari Byron White qartësoi se gjersa prokurorët “janë të obliguar të dënojnë fajtorin dhe të sigurohen se nuk dënojnë të pafajshmin...avokati mbrojtës nuk ka obligime krahasuese për të gjetur apo prezantuar të vërtetën.”<sup>16</sup>

14 Missouri v. Frye, 132 S. Ct. 1399, 1404 (2012).

15 Monroe H. Freedman, Henry Lord Brougham and Zeal, 34 Hofstra L. Rev. 1319, 1322 (2006); shih poashtu Robert K. Flowers, The Role of the Defense Attorney: Not Just an Advocate, 7 Ohio St. J. Crim. L. 647, 648 (2010).

16 United States v. Wade, 388 U.S. 218, 256 (1967) (White, J., pjesërisht pajtohet, pjesërisht nuk pajtohet).

Ngase sistemi ynë (amerikan) i jep atij mision tjetër. Ai duhet të jetë dhe është i interesuar në parandalimin e dënimit të pafajshëm, mirëpo, përveç në rastet kur i akuzuari vetë deklarohej fajtor, ne duhet të insistojmë që avokati mbrojtës të mbrojë klientin e tij pavarësisht se a është ai fajtor apo i pafajshëm. Prokuroria është e obliguar të paraqes dëshmi. Avokati mbrojtës nuk ka nevojë të prezantojë asgjë, edhe nëse e di të vërtetën. Ai nuk ka nevojë të thërret asnjë dëshmitar, apo të zbulojë sekretet e klientit të tij, apo t'i jap prokurorisë ndonjë informatë për ta ndihmuar rastin e tyre. Puna e tij e rëndomtë është të hutojë dëshmitarin, edhe nëse ky i fundit e thotë të vërtetën, apo ta bëjë të duket i pasigurt, i metë apo i pavendosur. Interesi ynë në mos dënimin e të pafajshmit e lejon avokatin mbrojtës të bëjë prokurorinë të ofrojë dëshmi, të tregojë rastin e prokurorisë në dritën e tij më të keqe, pavarësisht se çfarë mendon apo e di të vërtetën.<sup>17</sup>

Edhe pse evokimi i zellshëm mund të jetë detyra më e rëndësishme e avokatit mbrojtës ndaj klientit të tij/saj, kjo detyrë ka kufizimet e saj. Dëshiroj tani të shtjelloj disa raste nga gjykata ime për të ilustruar evokimin e zellshëm në praktikë:

#### **a. Avokimi i zellshëm para gjykimit**

Vlera e një avokati të palodhur i cili nuk dorëzohet, edhe kur gjasat janë kundër tij, është e paçmueshme. Tash vonë kam pasur një rast i cili ilustron këtë parim.<sup>18</sup>

Policia ndaloi një Afro-Amerikan. Policia dëshmoi në gjykatë se vetura e këtij të fundit nuk kishte tabelat e dhura të regjistrimit dhe kur iu afruan veturës, ata menduan se vetura është e vjedhur. Ata bastisën të pandehurin dhe gjetën disa substanca kundërligjore në xhepin e tij dhe një armë zjarri dore nën ulësen e ngasësit – këtë e tha policia në shqyrtimin gjyqësor. Avokati mbrojtës kishte siguruar video-kaseten nga vetura e policisë dhe e paraqiti për të dëshmuar se policia gënjente dhe se ata tashmë e kishin verifikuar veturën se nuk ishte veturë e vjedhur. Sipas kushtetutës, policia nuk kishte dyshim të artikuleshëm për të bastisur veturën. Andaj, avokati mbrojtës mblodhi prova të mjaftueshme për të siguruar rrëzuar rastin kundër klientit të saj.

Puna hetimore e palodhur e avokatit mbrojtës rezultoi në pushimin e rastit kundër klientit të saj para gjykimit, dhe e drejta e të pandehurit që të jetë i lirë nga bastisjet e paarsyeshme u mbrojt.

17 Id. fq. 256-57.

18 United States v. Ollie, Criminal File No. 10-239 (MJD/JJG) (D. Minn. Mar. 8, 2011).

## b. Avokimi i zellshëm përgjatë gjyqimit

Siç thashë në fillim të fjalimit tim, e drejta për t'u konsideruar i pafajshëm është gur-themel i përbashkët i sistemeve tona penalo-ligjore. Të drejtat nuk dmth shumë, përveç nëse avokatët mbrojtës dhe gjyqtarët punojnë për t'i përligjur ato në çdo rast. Ata duhet të jenë roje e të sigurojnë se të pafajshmit nuk vendosen prapa grilave përveç nëse fajësia e tyre është pothuajse e sigurt.

Një shembull tjetër nga gjykata ime: tash vonë isha gjyqtar në një gjykim të një çuni të akuzuar për sulm seksual ndaj një vajze pesë vjeçare.<sup>19</sup> Qartë, ishte një rast plot emocione. I pandehuri ishte një i ri nga një prej rezervateve të amerikanëve autokton në shtetin tim. Pasi nuk ishte në gjendje të paguaj avokatin, ai u përfaqësua nga një prej avokatëve publik mbrojtës të qarkut tonë. Përgjatë gjyqimit, avokati i të pandehurit ushtroi detyrat e tij të parapara me kushtetutë – me zell mbrojtë klientin e tij, duke argumentuar pafajësinë e tij, dhe duke shikuar me kujdes dhe duke sfiduar çdo dëshmi të paraqitur nga prokuroria.

Avokimi i zellshëm i avokatit të të pandehurit në emër të klientit të tij vuri në pah disa probleme serioze me këtë rast. Sa për fillim, një prej dëshmitarëve kyç të prokurorisë, një motër medicinave ekzaminuese e sulmeve seksuale, dëshmoi se ajo kishte testuar viktimën për prova të ADN-së pas sulmit të pretenduar. Ajo ishte e sigurt se prova të ADN-së do të gjindeshin nga testet e saja po të kishte ndodhur sulmi në realitet. Avokati mbrojtës nxitoi dhe spikati se nuk kishte prova të ADN-së, të cilat do të lidhnin të pandehurin me këtë sulm të pretenduar.

Kjo nuk ishte e vetmja çarje në rastin e prokurorisë e cila u vu në pah nga ana e avokatit mbrojtës. Dëshmitë treguan se i akuzuari ishte skajshmërisht i dehur në kohën e sulmit të pretenduar. Dy prej dëshmitarëve kyç të prokurorisë – të afërmit e të akuzuarit – pohuan se nuk ishin në dijeni se kishte alkool aty dhe se ata nuk kishin pirë fare. Avokati mbrojtës hodhi dyshime mbi këto pohime, duke thënë se si dëshmitarët dështuan të vërejnë se i akuzuari ishte i dehur kur ata e kishin kaluar tërë ditën së bashku me të akuzuarin. Ishte e vështirë t'ju besohej përgjigjeve bishtnuese të dëshmitarëve për alkoolin. Përgjigjet e tyre bishtnuese hodhen dyshim mbi vërtetësinë e deklaratave të tyre përkitazi rasti.

Në fund, mbase edhe në pikën më të vështirë të gjyqimit, viktimja e pretenduar u thirr të dëshmonte. Deponimi i saj mbështeti versionin e prokurorisë mbi ngjarjet në ditën e sulmit të pretenduar. Mirëpo, kur u kërkua të identifikonte njeriun i cili pretendonte se e kishte sulmuar (njeriun të cilin ajo e njohte mjaft mirë) në radhën e dhjetë apo më shumë njerëzve në sallën e gjykatës, ajo nuk mund të bënte një gjë të tillë.

19 United States v. Wind, Crim. No. 11-175 (D. Minn. 2011).

Në fund të gjykit, në fjalën e tij përmbyllëse, avokati i të akuzuarit përkujtoi jurinë se prokuroria ishte e obliguar të paraqiste prova dhe vazhdoi duke vënë në pah pranë jurisë shpërputhjet dhe zbrazëtirat në provat e prokurorisë. Siç rëndom bëjë në fund të çdo gjykimi, unë i tregoj jurisë për detyrën e tyre kushtetuese që të konsiderojnë të akuzuarit të pafajshëm dhe t'ia vendosin prokurorisë obligimin e të dëshmuarit, përtej çdo dyshimi, se i akuzuari ka kryer krimin me të cilin ngarkohet. Juria shqyrtojë rasti për disa orë dhe u kthye prapa me vendimin se i akuzuari nuk ishte fajtor.

Shfajësimi është dukuri e rrallë në gjykatën time për shkak të faktit se në shumicën e rasteve të paraqitura i akuzuari deklarohet fajtor. Mirëpo, edhe për shkak se prokurorët e marrin detyrën tyre seriozisht për të hetuar fajësinë dhe pafajësinë e të akuzuarve potencial, dhe mundohen të akuzojnë të pandehurit vetëm atëherë kur fajësia e tyre mund të dëshmohet përtej çdo dyshimi. Kur prokurorët gabohet në këtë konstatim, avokatët mbrojtës duhet të ruajnë lirinë e të pandehurit duke e mbrojtur prezumimin e pafajësisë dhe të provës, e cila gjë vendos një ngarkesë të rëndë mbi prokurorinë.

### **c. Avokimi i zellshëm përgjatë shpalljes së dënimit**

Avokimi i zellshëm i të akuzuarit nuk angazhohet thjesht për të kërkuar vendim lirues. Shpesh herë, avokati mbrojtës mund të jetë aktiv në përligjjen e të drejtave të njeriut edhe pasi i akuzuari të vetë deklarohet fajtor. Në sistemin amerikan federativ, në vitin 2010 mbi 90% e përndjekjeve federale rezultuan në vetë deklarime të fajshme.<sup>20</sup> Roli i mbrojtësit si avokat rëndom nuk është në gjykim. Mbrojtësi i të akuzuarit luan një rol të rëndësishëm në avokim për një dënim të drejtë të të akuzuarit fajtor.

Ky rol vital më përkujton një rast të paharrueshëm ku i akuzuari u vetë deklarua fajtor për posedimin e pornografisë me fëmijë.<sup>21</sup> I akuzuari kishte në posedim më shumë se 1000 imazhe të pornografisë me fëmijë. Në shikim të parë, i akuzuari dukej i rrezikshëm i cili meritonte shumë vite burgim. Mirëpo, rastisi të kishte një avokate mbrojtëse të jashtëzakonshme.

Kjo e fundit insistonte se i akuzuari nuk kishte kërkuar pornografi fëmijësh, mirëpo kishte kërkuar pornografi ligjore me të rritur, dhe aksidentalisht, kishte shkarkuar pornografi me fëmijë. Edhe pse një argument i tillë dukej absurd duke pasur parasysh se i akuzuari kishte më shumë se 1000 imazhe ilegale të pornografisë me fëmijë, avokatja dëshmoi se i akuzuari kishte miliona imazhe të pornografisë me të rritur. Avokatja argumentoi se prokuroria nuk

20 Byroja e Statistikave Juridike, Departamenti Amerikan i Drejtësisë, Libri i Statistikave Juridiko-penale, Tabela online 5.22.2010, <http://www.albany.edu/sourcebook/pdf/t5222010.pdf> (së fundi e vizituar më 25 Qershor, 2012).

21 United States v. Matthew Charles Stuart, dosja penale Nr. 09-381 (MJD/JJK).

mund të dëshmonte se i akuzuari kishte kërkuar imazhe pornografike me fëmijë, dhe prokuroria dhe avokatja mbrojtëse bënë një seancë për gjykatën duke shpjeguar se si funksionon Limewire, programi on-line kompjuterik përmes së cilit i akuzuari kishte shkarkuar pornografi me fëmijë.

Avokatja argumentonte se testimet psikologjike do të tregojnë se klienti i saj nuk kishte kërkuar pornografi me fëmijë dhe se kishte të ngjarë se nuk do të përsëriste veprën. Ajo luftoi që klienti i saj të ketë testimet të thella psikologjike dhe këshillime, duke argumentuar se ai nuk ishte kryes tipik i posedimit të pornografisë me fëmijë. Çuditërisht, pas testeve të bëra (përfshirë edhe testin e poligrafit) dhe trajtimit, i akuzuari arriti t'i sjell ekspertët e çmuar, të fushës së trajtimit të kryesve të veprave penale seksuale, të dëshmojnë se ai vërtetë ka të ngjarë se nuk do të përsëris veprën.

Pasi e shtyri gjykatën të merr parasysh çështjet të cilat nuk u vëren në fillim të rastit, gjykata pati katër shqyrtime dhe kërkoj prezantime të thella përkitazi funksionimit të Limewire dhe të testeve psikologjike të të akuzuarit. Dënimi i paraparë me Udhëzimet mbi Dënimet të SHBA-së për të akuzuarit të cilët gjenden në posedim të llojit dhe sasisë së ngjashme të pornografisë me fëmijë ishte prej 78 deri në 97 muaj. Mbrojtja e mrekullueshme e të akuzuarit nga avokatja rezultoi në dënim prej kohës së shërbyer, 90 ditë në burgun e qarkut me leje për të punuar jashtë burgut dhe 15 vite në liri të mbikëqyrur. Avokatja ishte e përgatitur dhe e këmbëngulëse. Ajo çdo herë respektoi klientin e saj, gjykatën dhe kolegun nga prokuroria. Ajo parashtrij argumente kreative dhe të reja të cilat çdo herë u dëshmuar dhe u prezantuan. Ajo përfaqësoi një të akuzuar i cili ishte fajtor i një krimi të neveritshëm, dhe përmes vendosmërisë së saj, ajo arriti ta bind gjykatën se klienti i saj nuk ishte siç dukej fillimisht dhe në fakt, ishte ndryshe nga autorët tjerë seksual të cilët gjykata i kishte dënuar.

## 2. Konfidencialiteti

Krahas avokimit të zellshëm, një gur-themel tjetër i marrëdhënies në mes të avokatëve mbrojtës dhe klientëve të tyre është konfidencialiteti. Modelet e rregullave të sjelljes profesionale të asociacionit amerikan të jurisprudencës, thonë: “Një jurist nuk duhet të zbulojë informata që kanë të bëjnë me përfaqësimin e klientit përveç nëse klienti e jep pëlqimin, apo nëse autorizohet me nënkuptim për të kryer mbrojtjen, apo nëse lejohet (nga ana e disa përjashtimeve)”. Zbulimi lejohet në rrethana të caktuar, si atëherë për të parandaluar vdekjen apo lëndimin e rëndë trupor dhe për të parandaluar të akuzuarin nga shfrytëzimi i shërbimeve të avokatit për të kryer krim apo mashtrim i cili qenësisht do të dëmtonte tjetrin financiarisht.

Konfidencialiteti është esencjal për marrëdhënien në mes të klientit dhe avokatit mbrojtës ngase mundëson këtë të fundit të kuptoj plotësisht nevojat e klientit dhe ta ndihmojë në formulimin e mbrojtjes. Për shkak të rëndësisë së tillë të konfidencialitetit, zbulimi i informatave të klientit për arsye tjera nga ato cekura në këto përjashtime të pakta, rezulton në dënim strikt.

#### **d. Financimi i shërbimeve mbrojtëse për të akuzuarit e varfër**

Mund të pritët mbrojtje e pakët e të drejtave të njeriut të të akuzuarve pa ndihmën e avokatëve mbrojtës të trajnuar, kompetent dhe të përkushtuar. Siç e ka shpjeguar gjyqtari i gjykatës supreme të SHBA-së, Hugo Black, në rastin e madh të Gideon kundër Wainwright:

Në sistemin tonë kundërshtues të sistemit penalo-ligjor, çdo person i nxjerrë me forcë para gjykatës i cili nuk ka para për të angazhuar avokat - nuk mund të sigurohet gjykim i drejtë nëse atij nuk i ofrohet ndihma juridike. Kjo na duket si e vërtetë e evidente. Qeveritë federale dhe shtetërore harxhojnë shuma marramendëse për të krijuar një makineri për të gjykuar të akuzuarit për krime. Juristët e prokurorisë çdo kund konsiderohet esencjal në mbrojtjen e interesave publik të një rend shoqëror. Ngjashëm, ekzistojnë vetëm disa të akuzuar për krime, me të vërtetë vetëm disa syresh, të cilët dështojnë të angazhojnë avokatët më të mirë që mund të marrin për të përgatitur dhe paraqitur mbrojtjen e tyre. Qeveria angazhon juristë për të përndjekur dhe të akuzuarit që kanë të holla angazhojnë juristet për t'i mbrojtur, dhe këta janë treguesit më të fuqishëm të besimit të gjerë se juristët në gjykata penale janë domosdoshmëri, jo luks.<sup>22</sup>

Pa ndihmën e një mbrojtësi të aftë të gatshëm për të avokuar me zell në emër të tyre, të akuzuarit ngelin vetëm me të drejtat e tyre të cilat mund të duken bukur në letër, mirëpo ato nuk kanë ndonjë ndikim real në jetët dhe liritë e tyre.

Gjersa gjykata supreme e SHBA-së mbajti qëndrimin se kushtetuta e SHBA-së u garanton të akuzuarve penalisht të varfër të drejtën në avokat, në rastin Gideon kundër Wainwright, e drejta e garantuar me kushtetutë dhe e konstatuar nga gjykata më e lartë e vendit nuk është e përligjur përveç nëse kombi ofron fondin e nevojshëm për të garantuar atë të drejtë.

Jemi duke iu afruar 15 vjetorit të vendimit Gideon dhe shumë të akuzuar të varfër në vendin tonë akoma nuk kanë qasje në ndihmë juridike efektive.

Sistemi shtetëror i mbrojtjes publike në SHBA është në krizë. Kriza e fundit ekonomike ka përkeqësuar çështjen e mungesës së fondeve të



cilat ekzistonin më herë. Mungesa e fondeve adekuate për mbrojtje të akuzuarve të varfër shpie në mungesë të përfaqësimit të tyre cilësor. Nëse juristët paguhen pak për shërbimet e tyre, ata nuk kanë stimul për të ndarë kohën dhe bërë përpjekjet e duhura që në mënyrë kompetente të mbrojnë një rast, madje shumë juristë nuk dëshirojnë të pranojnë emërimin fare.<sup>23</sup>

Përfaqësimi joefektiv nga avokati shpie në dënimin e të pafajshmëve. Në SHBA, më shumë se 340 të burgosur janë shfajësuar që nga 1983, dhe 1/3 e tyre kishte pranuar mbrojtje joefektive.<sup>24</sup> Jo vetëm që të burgosurit e pafajshëm janë dënuar, mirëpo publiku është poashtu në rrezik, ngase kur dënohet i pafajshmi, kriminelin i vërtetë ngel i lirë për të kryer edhe më shumë krime.<sup>25</sup>

#### IV. Roli i gjyqtarëve

Tani dua të zhvendos diskutimin në rolin e gjyqtarit në rastet penale duke u fokusuar në detyrën etike të gjyqtarit për pavarësi.

##### A. Gjyqtarët duhet patjetër të jenë të pavarur

###### 1. Kriteri një dhe rëndësia e një gjyqësori të pavarur

Kriteri një i kodit të sjelljes për gjyqtarët amerikan thotë se “një gjyqtar duhet të ruaj integritetin dhe pavarësinë e gjyqësorit”. Konkretisht: “gjyqësori i pavarur dhe i ndershëm është i pazëvendësueshm për drejtësinë në shoqërinë tonë. Një gjyqtar duhet të mirëmbajë dhe zbatojë standardet më të larta të sjelljes dhe personalisht duhet t’ju përmbahet atyre standardeve, në mënyrë që të ruhet integriteti dhe pavarësia e gjyqësorit.”

“Thënë shkurt, gjykatat duhet të jenë dhe duhet të perceptohen si barrierë në mes të qeverisë dhe të qeverisurve, jo si instrument kontrolli i qeverisë për të qeverisurit.”<sup>26</sup>

23 Asociacioni i Jurisprudencës Amerikane, Gideon’s Broken Promise: America’s Continuing Quest for Equal Justice 7 (2004).

24 Representation of Indigent Defendants in Criminal Cases: A Constitutional Crisis in Michigan and Other States?: Seanca dëgjimore para Nënkomitetit për Krime, Terrorizëm dhe Siguri Kombëtare të Komitetit mbi Gjyqësorin, 111th Cong. 90 (2009) (deklarata e Robin L. Dahlberg, Avokat i lartë, Programi i Drejtësisë Racore, Unioni Amerikan i Lirive Civile).

25 Id. Fq. 91.

26 John M. Burman, Judges’ and Lawyers’ Ethical Duty of Independence, 33 Wyo. Law. 34, 34 (Dec. 2010).

Pavarësia e gjyqësorit është një kusht sine qua non e sundimit të ligjit. Gjyqtarët duhet të jenë të pavarur, të paanshëm dhe të izoluar nga ndikimi nga jashtë përveç atij të rastit. Në një sistem të pavarur gjyqësor, gjyqtarët japin llogari për veprimet e tyre mirëpo nuk i nënshtrohen faktorëve politik apo ekonomik në marrjen e vendimeve në rastet e paraqitura pranë tyre.

Duke qenë të pavarur, gjyqtarët ndjellin sundim të ligjit, me fjalë tjera, ata e bëjnë ligjin superior dhe të obligueshëm për secilin pa përjashtim. Mirëpo, që të ekzistoj pavarësia e gjyqësorit, ligji duhet të garantojë këtë parim dhe gjyqtarët duhet të jenë profesionist serioz dhe të respektuar, t'ju ofrohet stabilitet dhe të jenë të liruar nga ndikimet politike apo ekonomike në vendimet e tyre.<sup>27</sup>

Siç e kishte vërejtur edhe Thomas Jeffersoni, nëse gjyqtarët janë në mëshirë të ndonjë dege të qeverisë për mandatin apo rrogën e tyre, atëherë vendimet e tyre do të ndikohen. Pyetjet nuk do të jenë “çfarë thotë kushtetuta?”, “çfarë thotë ligji?” dhe “çfarë kërkojnë rastet precedente?” por do të jenë “A mos do të shkarkohem vallë?”, “A do të më hiqet apo zvogëlohet rroga?” apo “A mos vallë ky vendim nuk do jetë i popullarizuar?”<sup>28</sup>

Sistemi federativ i SHBA-së është themeluar ashtu që të sigurojë pavarësinë e gjyqësorit. Sipas kushtetutës, procesi i përzgjedhjes së gjyqtarëve është me mandat të përjetshëm. Mirëpo, akoma ka kurthe për gjyqtarët që të mos jenë pavarur.

## B. Gjyqtarët duhet të duken të pavarur

Po aq e rëndësishme sa detyra e gjyqtarit që njëmend të jetë i pavarur është edhe detyra e gjyqtarit të **duket** i pavarur. Kriteri dy thotë se “gjyqtari duhet të evitojë sjellje të pahijshme dhe dukje të pahijëshmërisë në të gjitha aktivitetet.” Konkretisht, kriteri kërkon respektimin e ligjit, evitim të ndikimit nga jashtë dhe nuk lejon anëtarësinë në organizata diskriminuese.

Nëse një gjyqtar nuk duket të jetë i pavarur nga ndikimet, atëherë respekti i shoqërisë për atë gjyqtar, vendimet e tij, dhe edhe respekti i vetë gjykatës do të bie. Siç e ka vërejtur edhe një shkollar:

Gjykatat nuk komandojnë forca ushtarake për të kërkuar nga palët të paraqitën para saj për të përmbushur urdhërat e tyre, edhe pse gjykatat shpesh kanë aftësinë që të urdhërojnë efektivet policore të ndihmojnë në

27 Omar E. García-Bolívar, Lack of Judicial Independence and Its Impact on Transnational and International Litigation, 18 L. & Bus. Rev. Am. 29, 30-31 (2012).

28 Gjyqtari Dale A. Kimball, The Importance of Lawyers and Judges in American Life, 25 Utah B.J. 20, 25 (Prill 2012).

zbatimin e urdhrave të saj. Në vend të kësaj, bindja ndaj urdhrave të gjykatës varet nga respekti për ato urdhra. Respekti në anën tjetër varet nga besimi i përgjithshëm se gjykatat kanë të pavarura nga ndikimi përveç ndikimit të ligjit...”<sup>29</sup>

**Gjyqtari është roje e reputacionit të gjykatës. Nuk mjafton që i akuzuari të pranojë një gjykim të drejtë. I akuzuari dhe publiku duhet patjetër të besojnë në drejtësinë e sistemit.** Andaj, nëse një gjyqtar vepron në mënyrë të tillë që hedh dyshim në drejtësinë e gjykimit të të akuzuarit, atëherë i akuzuari duhet ta ketë një gjykim të ri për të ruajtur reputacionin e sistemit penalo-juridik dhe të ruhet besimi i publikut në rezultatin e gjykimeve të rasteve penale.

## V. Përfundimi

Vlera e një gjyqësori të pavarur si një mur mbrojtës drejtësie është pothuajse universale. Neni 10 i Deklaratës Universale për të Drejtat e Njeriut thotë: “Secili ka të drejtë të barazisë së plotë në shqyrtim të drejtë dhe publik nga një gjykatë e pavarur dhe e paanshëm në konstatimin e të drejtave dhe të obligimeve të tij dhe në akuzat penale kundër tij.”<sup>30</sup> Dhe shqyrtimi i drejtë para një trupi gjykues të pavarur nuk mund të arrihet pa të drejtën në mbrojtje të zellshme dhe kompetente.

Nga gjykatat e Kosovës e deri në Gjykatën Evropiane për të Drejtat e Njeriut e deri në gjykatat e SHBA-së, çmohet garantimi i një gjyqësori të pavarur dhe e drejta në avokat kompetent mbrojtës. Nga kriminelet e luftës deri te kriminelet e vegjël, secili ka të drejtë të gjykohet nga trupi gjykues i paanshëm dhe ka të drejtë të mbrohet nga një mbrojtës i aftë. Të ecim para si roje të drejtësisë!

29 John M. Burman, Judges’ and Lawyers’ Ethical Duty of Independence, 33 Wyo. Law. 34, 34 (Dhje. 2010).

30 Neni 10 i Deklaratës Universale për të Drejtat e Njeriut.

Sudija Michael J. Davis, Predsednik Okružnog Suda,  
Minnesota, SAD

## **ODBRANA LJUDSKIH PRAVA U SUDOVIMA U SJEDINJENIM AMERIČKIM DRŽAVAMA – ULOGA KRIVIČNOG BRANIOCA I SUDIJE**

29. jun 2012, 11:30 – 12:15 časova  
Priština, Kosovo

### **1. Uvod**

Profesor dr Hasani, sudija Robert Carolan, kao i druge sudije Ustavnog suda, sudija Stephen Swanson i sudija John Tunheim:

Dobro jutro. Čast mi je što sam sa vama ovog jutra. Sudije, tužioci i branioci su ključni za odbranu ljudskih prava u Sjedinjenim Američkim Državama i u svim demokratijama. Nezavisnost pravosuđa i dostupnost efikasnih zastupnika predstavljaju temeljne principe pravosudnih sistema koji žele da obezbede ljudska prava za sve pripadnike društva.

Evropska konvencija o ljudskim pravima predviđa da „svako ima pravo na pravično suđenje i javnu raspravu u razumnom roku pred nezavisnim i nepristrasnim, zakonom ustanovljenim sudom“ i da svako ko je optužen za krivično delo mora da ima pravo „da se brani sam ili uz pomoć branioca koga sam izabere ili da, ukoliko ne raspolaže sredstvima da plati branioca, da ga dobije besplatno, kada to nalažu interesi pravde.“<sup>31</sup> Napominjem da Ustav Kosova podržava ista prava:

Napominjem da Ustav Kosova podržava ova navedena prava. “Svako ima pravo na javno, nepristrasno i pravično razmatranje odluka o pravima i obavezama ili za bilo koje krivično gonjenje koje je pokrenuto protiv njega/nje, u razumnom roku, od strane nezavisnog i nepristrasnog, zakonom ustanovljenog, suda.”<sup>32</sup> Ustav Kosova, član 31. “Svako ko je optužen za krivično delo uživa sledeća minimalna prava . . . da ima pravo na branioca kojeg odabere, . . . i, ako nema dovoljno sredstava, da ovu pomoć dobije besplatno.”<sup>33</sup> Ustav Kosova, član 30.

---

31 Konvencija o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda [Evropska konvencija o ljudskim pravima], član 6 (naglasak dodat).

32 Ustav Kosova, član 31(2).

33 Ustav Kosova, član 30(5).

Težim tome da doznam i ispunim te iste ideale. Ustav Sjedinjenih Država predviđa: “U svim krivičnim gonjenjima, okrivljeni ima pravo na blagovremeno i javno suđenje pred nepristrasnom porotom . . . i . . . na zastupnika za svoju odbranu.”<sup>34</sup> Kodeks ponašanja koji uređuje moje radnje kao američkog federalnog sudije kaže: “nezavisno i časno sudstvo nezamenjivo je za pravdu u našem društvu.”<sup>35</sup>

Moramo jasno da shvatimo važnost sudija i branilaca u pravosudnom sistemu. Želim da govorim o konkretnim slučajevima kako bih ilustrirao kako su branioци i sudije uspevali – i kako nisu uspevali – da ispune svoje profesionalne dužnosti i odbrane ljudska prava. Počecu svoje izlaganje ispitivanjem ključne uloge branilaca u pravnom sistemu SAD, a potom ću govoriti o ulozi sudija u obezbeđivanju pravičnosti pravosudnog sistema.

## II. Sistem suprotstavljenih strana

Američki pravosudni sistem definisan je svojom prirodom suprotstavljenih strana, gde strane imaju kontrolu nad izlaganjem predmeta.<sup>36</sup> “Sistem suprotstavljenih strana tipično se definiše kao onaj gde stranke predstavljaju činjenice i pravne argumente pred nepristrasnim i pasivnim donosiocem odluka, koji potom odlučuje o slučaju po svom nahođenju.”<sup>37</sup> Nasuprot tzv. *inkvizitorskom* sistemu, gde sudije vode proces istrage i predstavljanja predmeta, sistem suprotstavljenih strana generalno stavlja vrednost autonomije stranaka ispred drugih ciljeva.<sup>38</sup>

Generalni govoreći, sudija u sistemu suprotstavljenih strana izgleda više pasivan nego u inkvizitorskom sistemu, izbegavajući stvaranje ili korekciju očiglednih grešaka stranaka. Međutim, sudija u sistemu suprotstavljenih strana je nešto više nego sudija sa bejzbol utakmice koji govori kada je lopta u autu ili slično. Moja današnja priča razmotriće kako sudija poštuje autonomiju učesnika u sistemu suprotstavljenih strana dok istovremeno čuva i pravo na pravično suđenje.

Godine 1895, Vrhovni sud Sjedinjenih Država objasnio je da “princip pretpostavke nevinosti u korist okrivljenog predstavlja zakon koji se ne može dovesti u sumnju, koji je samoočigledan i osnovan, i njegova primena leži u temelju primene našeg krivičnog prava.”<sup>39</sup> Ovo pravo se može propratiti

34 Ustav SAD, Amandman 6.

35 Kodeks ponašanja za sudije u SAD, Kanon 1.

36 Amanda Frost, *The Limits of Advocacy*, 59 *Duke L.J.* 447, 449 (2009).

37 *Id.*

38 *Id.*

39 *Coffin protiv Sjedinjenih Država*, 156 U.S. 432, 453 (1895).

unazad do vremena antičke Grčke i Rima.<sup>40</sup> Pravo svakog okrivljenog da bude smatran nevinim predstavlja kamen temeljac našeg i vašeg pravosudnog sistema; predviđen je kako Evropskom konvencijom o ljudskim pravima ("Svako ko je optužen za krivično delo smatra se nevinim dok se njegova krivica po zakonu ne dokaže."<sup>41</sup>) tako i Ustavom Kosova ("Svako ko je optužen za krivično delo će se smatrati nevinim, sve dok se ne dokaže njegova/njena krivica, u saglasnosti sa zakonom."<sup>42</sup>). Ovo osnovno pravo svakog okrivljenog, u kombinaciji sa visokim standardom dokazivanja – u američkom sistemu to je dokazivanje izvan svake razumne sumnje – od presudne je važnosti da bi se obezbedila zaštita ljudskih prava okrivljenog, jer sudska presuda kojom se lice proglašava krivim može lišiti dotičnog pojedinca njegovih najosnovnijih ljudskih sloboda.

Važno je da se podsetimo zašto radimo po pravilima po kojim radimo – da bismo stvorili pravosudni sistem koji je pravičan i koji se poštuje. Naš cilj da pružimo jednaku pravdu po zakonu mora biti na prvom mestu u našem umu. Ovaj ideal mora da nadvlada iskušenje da pođemo prečicom kroz prenatrpan raspored na užtrb poštovanja prava okrivljenih.<sup>43</sup> Sud takođe mora biti svestan humane tendencije da se zaštiti karijera pojedinca izbegavanjem donošenja nepopularnih odluka. Mi, kao sudije, predstavljamo čuvare poštenog i saosećajnog sudskog sistema. Uvek moramo biti obazrivi prema ovoj odgovornosti.

Ali, ne mogu sudije same obezbediti nezavisan, pravičan i ispoštovan pravosudni sistem. Branioци su vitalno važni čuvari i branioци ljudskih prava, i naš pravosudni sistem ne može da funkcioniše bez njih. Tema koja je bliska mom srcu je uloga branioца u pravosudnom sistemu jer sam i ja radio kao branilac dugi niz godina.

### III. Dužnosti krivičnih branilaca

#### A. Izvori

Naš sistem suprotstavljenih strana stavlja težak teret na pleća branilaca. Kao rezultat toga, oni podležu profesionalnim, etičkim i ustavnim standardima odbrane okrivljenih za krivična dela. Napomenuo bih da po članu 31(6) Ustava Kosova, "Besplatna pravna pomoć će se omogućiti svim licima

40 Id. na 454-55.

41 Evropska konvencija o ljudskim pravima, član 6(2).

42 Ustav Kosova, član 31(5).

43 Keith Swisher, *The Judicial Ethics of Criminal Law Adjudication*, 41 *Ariz. St. L.J.* 755, 778 (2009).

koja za to nemaju dovoljno sredstava, ako je takva pomoć neophodna za obezbeđivanje efikasnog pristupa pravdi.” Pravo na besplatnu i delotvornu pravnu pomoć postalo je kamen temeljac američkog pravosudnog sistema. Kroz niz značajnih slučajeva, zaključno sa slučajem *Gideon protiv Wainwright* 1963. godine, Vrhovni sud Sjedinjenih Država protumačio je pravo iz VI Amandmana “da se ima pomoć zastupnika za . . . odbranu,” u Ustavu SAD kako bi se pružilo pravo na besplatnu pravnu pomoć onima koji je ne mogu priuštiti. Vrhovni sud je takođe jasno rekao da nije dovoljno da se okrivljenom licu samo dodeli advokat koji će ga zastupati; taj advokat mora da bude kompetentan. Kako je Vrhovni sud objasnio, “pravo na zastupnika [zagarantovano šestim (VI) amandmanom] je pravo na delotvornu pomoć pravnog zastupnika.”<sup>44</sup>

Dužnosti branilaca prema njihovim klijentima i prema sudu takođe su ukorenjene u profesionalnim i etičkim obavezama. U svrhu ove prezentacije, usredsrediću se na opšte dužnosti utvrđene Modelom pravila profesionalnog ponašanja koji je izradilo Američko udruženje pravnika i koji je u celini ili delimično usvojen u mnogim državama.

## **B. Pregled osnovnih dužnosti**

### **1. Predano zastupanje**

Generalno govoreći, prva obaveza branioca je da stavi interese svog klijenta iznad svega drugog. Tokom suđenja kraljici Karolini od Engleske 1820. godine, lord Henry Brougham dao je slavnu izjavu da je „prva i jedina dužnost“ ... advokata „da spasi svog klijenta svim sredstvima ... po svaku cenu i rizik po ostala lica.“<sup>45</sup> U moderno vreme, obaveza strasnog obavljanja advokatske dužnosti u ime klijenta ostaje primarna dužnost branilaca.

Upoređujući dužnosti tužilaca i branilaca, sudija Byron White objasnio je da, iako tužioci „imaju obavezu da optuže krivca i da obezbede da nevinna osoba ne bude osuđena“ . . . „branioci nemaju paralelnu obavezu da potvrde ili iznesu istinu.“<sup>46</sup>

Naš, američki sistem, radije daje drugu misiju. Oni moraju biti i zainteresovani su da spreče osudu nevinog lica, ali, osim u slučaju dobrovoljnog priznanja krivice, takođe insistiramo da branilac brani svog klijenta bez obzira da li

---

44 Missouri protiv Frye, 132 S. Ct. 1399, 1404 (2012) (naglasak dodat).

45 Monroe H. Freedman, Henry Lord Brougham and Zeal, 34 Hofstra L. Rev. 1319, 1322 (2006); videti takođe Robert K. Flauers (Flowers), The Role of the Defense Attorney: Not Just an Advocate, 7 Ohio St. J. Crim. L. 647, 648 (2010).

46 Sjedinjene Države protiv Wade, 388 U.S. 218, 256 (1967) (White, J., delimično neslaganje i delimično podudaranje).

je nevin ili kriv. Država ima obavezu da iznese dokaze. Branilac ne mora da iznese ništa, čak i ako zna šta je istina. On ne mora da uputi svedoka policiji, niti da otkrije ništa poverljivo o svom klijentu, niti pak da oda bilo koju informaciju koja bi bila od koristi za tužilačku stanu. Ukoliko može da zbuni svedoka, čak i onog koji govori istinu, ili da ga dovede u situaciju gde sebe dovodi u nepovoljan, nesiguran ili neodlučan položaj, to bi bio normalan sled ponašanja advokata. Naš interes da ne osudimo nevinog omogućava advokatu da dovede u pitanje predmet države, da predstavi dokaze države u najgorem mogućem svetlu, bez obzira na to što misli ili zna da je istinito.<sup>47</sup>

Mada predano zastupanje može biti najvažnija dužnost koju branilac ima prema svom klijentu, ta dužnost nije neograničena. Želeo bih da se usredsredim na nekoliko slučajeva iz mog suda koji ilustruju takvo predano zastupanje u praksi:

#### **a. Predano zastupanje pre suđenja**

Vrednost neumornog advokata, koji neće posustati, čak i kada su šanse skoro nikakve, od ogromne je, neprocenjive, važnosti. Nedavno sam imao slučaj koji baš oslikava ovaj princip.<sup>48</sup>

Policija je zaustavila jednog afričkog Amerikanca. Policajac je posvedočio pred sudom da njegov automobil nije imao odgovarajuće registarske tablice i da su prišli automobilu za koji su mislili da je ukraden. Pretresli su okrivljenog i u njegovom džepu su pronašli izvestan broj ilegalnih supstanci, kao i pištolj ispod vozačevog sedišta. Policajci su na suđenju dali svoje iskaze o ovome. Branilac je pronašla video kasetu iz policijskog vozila i prikazala je kako bi se videlo da su policajci lagali i da su prethodno već obavili proveru automobila koja je pokazala da automobil nije ukraden. Po Ustavu, policija nije imala opravdan i jasan razlog i sumnju da pretrese vozilo. Tako je odbrana prikupila dovoljno dokaza da slučaj protiv okrivljenog klijenta bude odbačen.

Neumorni istraživački rad branioca doveo je do odbacivanja slučaja protiv njenog klijenta pre nego što je došlo do suđenja, i podržano je pravo okrivljenog da bude zaštićen i slobodan od neosnovanog pretresa i zaplene

#### **b. Predano zastupanje na suđenju**

Kao što sam rekao na početku svog izlaganja, pravo na pretpostavku nevinosti je zajednički kamen temeljac u našim sistemima krivičnog pravosuđa.

47 Id. na 256-57 (preskočena fusnota).

48 Sjedinjene Države protiv Ollie, Criminal File No. 10-239 (MJD/JJG) (D. Minn. Mar. 8, 2011).



Prava, međutim, malo znače, osim ako branioci i sudije ne rade na tome da ih odbrane u svakom predmetu. Oni moraju uvek biti budni i spremni da obezbede da nevini ljudi ne završe u zatvoru osim ako je njihova krivica u najvećoj mogućoj meri izvesna.

Evo još jednog primera iz mog suda: nedavno sam vodio suđenje mladiću koji je bio optužen za seksualni napad na petogodišnju devojčicu.<sup>49</sup> Ovo je očigledno bio slučaj pun emotivnog naboja. Okrivljeni je bio siromašan mladić iz jednog od indijanskih rezervata u mojoj državi. Pošto nije bio u mogućnosti da plati advokata, država mu je dodelila jednog od javnih branilaca iz distrikta. Tokom suđenja, branilac je obavljao svoje ustavom utvrđene dužnosti – vatreno je branio svog klijenta, tvrdeći da je nevin i proveravajući i osporavajući svaki delić dokaza koji su izneli predstavnici države – tužioci.

Veoma predano i vatreno zalaganje branioca u ime njegovog klijenta iznelo je na svetlo neke ozbiljne probleme sa slučajem u rukama tužilaštva. Za početak, jedan od ključnih svedoka optužbe, medicinska sestra koja je izvršila pregled u vezi sa seksualnim napadom, svedočila je da je pregledala žrtvu za znake DNK nakon navodnog napada. Ona je bila uverena da bi DNK dokaz bio otkriven njenim testovima da se napad zaista odigrao. Branilac okrivljenog je brzo odreagovao na to da nema DNK dokaza koji povezuju okrivljenog sa navodnim napadom.

Ovo nije bila jedina slaba tačka u predmetu optužbe koju je razotkrio branilac. Dokazi su pokazivali da je okrivljeni bio u teškom alkoholisanom stanju u vreme navodnog napada. Dvoje od ključnih svedoka optužbe – rođaci okrivljenog – tvrdili su da nisu znali da ima bilo kakvog alkohola u objektu i da oni nisu uopšte pili. Branilac okrivljenog doveo je u pitanje ove tvrdnje, pitajući kako je moguće da svedoci nisu primetili da je okrivljeni bio pijan ako su proveli čitav dan zajedno. Bilo je jednostavno teško poverovati u nedosledne odgovore svedoka u vezi sa alkoholom. Njihovo „vrđanje“ svedočenja bacilo je sumnju i na ostale njihove tvrdnje u vezi sa ovim slučajem.

Na kraju, u verovatno najtežem momentu tokom suđenja, svedočila je navodna žrtva. Njen iskaz poklapao se sa verzijom tužilaštva o događajima na dan navodnog napada. Ali, kada je od nje zatraženo da identifikuje čoveka koji ju je navodno napao (čoveka kojeg je poznavala prilično dobro) između nekih desetak ljudi u sudnici, ona nije bila u stanju da to učini.

Na kraju suđenja, u svojoj završnoj reči, branilac je podsetio porotu da je teret dokaza na plećima tužilaca, i nastavio je da poroti iznosi razne nedoslednosti i propuste u predmetu tužilaca. Kao što činim na svakom suđenju, dao sam instrukcije poroti rekavši im da je njihova ustavna dužnost da okrivljenog

najpre smatraju nevinim i da teret i ulogu dokaza stave pred tužioce koji treba da dokažu, van svake razumne sumnje, da je okrivljeni počinio zločin koji mu se stavlja na teret.

Porota je odlučivala nekoliko sati i vratili su se sa presudom – nije kriv.

Oslobađanja se retko događaju u mom sudu. Ovo je tako uglavnom zbog činjenice da se veliki broj podnetih krivičnih predmeta završava izjavom priznanja krivice od strane okrivljenog lica. Ali, isto tako, razlog za to je što tužioci veoma ozbiljno shvataju svoje obaveze i dužnost da istraže i krivicu i nevinost potencijalnih okrivljenih, i trude se da okrive okrivljene samo kada krivica može biti dokazana van svake razumne sumnje. Kada tužioci pogreše u ovoj oceni, na scenu stupaju branioci kako bi očuvali slobodu okrivljenog time što će zaštititi njegovu pretpostavljenu nevinost i standarde dokaza, koji na odgovarajući način potpadaju pod obaveze tužilaštva.

### c. Predano zastupanje u fazi izricanja presude

Vrlo predano zastupanje branioca ne svodi se samo na traženje presude o nevinosti. Često branilac može biti delotvoran u odbrani ljudskih prava nakon što se okrivljeni izjasni krivim. U američkom federalnom sistemu, 2010. godine, preko 90% federalnih optužbi završeno je priznanjem krivice.<sup>50</sup> Uloga branilaca obično nije važna na samom suđenju. Branilac ima važnu, presudnu ulogu u advokatskom zalaganju za pravičnu kaznu za okrivljenog koji se izjasni krivim.

Ova važna uloga podseća me na slučaj koji nisam zaboravio koji sam imao u svojoj sudnici gde se okrivljeni izjasnio krivim za držanje dečje pornografije.<sup>51</sup> Okrivljeni je posedovao preko hiljadu fotografija dečje pornografije. Na prvi pogled, izgledao je kao opasan i uporan prestupnik koji zaslužuje dugogodišnju zatvorsku kaznu. Ali, ovaj okrivljeni je imao sreću da ima izvanrednog branioca.

Branilac je insistirala na tome da okrivljeni nije ni od koga tražio dečju pornografiju. Umesto toga, tragao je za uobičajenom pornografijom sa odraslim ljudima i slučajno je skinuo sa interneta dečju pornografiju. Iako ovakva argumentacija izgleda apsurdno na prvi pogled kada okrivljeni poseduje preko hiljadu nelegalnih slika dečje pornografije, branilac je pokazala da je okrivljeni imao milione pornografskih slika sa odraslim

50 Bureau of Justice Statistics, U.S. Dept. of Justice, Sourcebook of Criminal Justice Statistics Online table 5.22.2010, <http://www.albany.edu/sourcebook/pdf/t5222010.pdf> (last visited June 25, 2012).

51 Sjedinjene Države protiv Matthew Charles Stuart, Criminal File No. 09-381 (MJD/JJK).

akterima. Njegov advokat je rekao da tužilaštvo ne može da dokaže da je okrivljeni tragao za slikama sa dečjom pornografijom i onda su i tužioci i odbrana organizovali ročište da bi se pred sudom objasnilo kako funkcioniše kompjuterski program „Limewire“ kojim je okrivljeni sa interneta skidao slike sa dečjom pornografijom.

Branilac je rekla da bi psihološko testiranje pokazalo da njen klijent nije tragao za dečjom pornografijom i da nije verovatno da bi on ponovio ovo delo. Advokat se borio da njen klijent prođe kroz obimno psihološko testiranje i savetovanje, tvrdeći da on nije tipičan prestupnik koji poseduje dečju pornografiju. Začudo, nakon obimnih testiranja (uključujući i detektor laži), kao i seansi, okrivljeni je bio u stanju da dovede najcenjenije eksperte iz oblasti postupanja prema seksualnim prestupnicima koji su posvedočili da zaista nije verovatno da će on ponoviti ovaj prestup.

Zbog toga što je advokat naterao sud da razmotri stvari koje nisu bile očigledne na samom početku slučaja, sud je održao četiri rasprave i zahtevao detaljne prezentacije o funkcionisanju programa „Limewire“, kao i o psihološkom testiranju okrivljenog. Kazna koja je preporučena Smernicama SAD za izricanje kazni okrivljenom koji poseduje sličnu količinu i vrstu dečje pornografije iznosi 78 do 97 meseci. Izvanredno zastupanje branioca u ime okrivljenog imalo je za rezultat kaznu koja je iznosila onoliko koliko je okrivljeni već proveo u zatvoru, 90 dana u okružnom zatvoru uz radni otpust, sa 15-godišnjim nadzorom nakon otpuštanja iz zatvora. Advokat je bio čvrsto rešen i odlično pripremljen. Uvek je poštovala svog klijenta, sud, kao i protivničku stranu. Iznela je kreativne i nove argumente koji su uvek bili koncizno potkrepljeni i predstavljeni. Branilac je predstavljala okrivljenog koji je bio kriv za gnusno delo, a zahvaljujući nepokolebljivoj odlučnosti advokata, uspeli su da dokažu sudu da klijent nije onakav kakav je izgledao na prvi pogled, i u stvari, ne liči ni na jednog seksualnog prestupnika kojeg je sud ikada osudio.

## 2. Poverljivost

Pored veoma predanog advokatskog zastupanja, još jedan kamen temeljac odnosa između branilaca i njihovih klijenata jeste poverljivost. Model Pravila profesionalnog ponašanja Američkog udruženja pravnika kaže: „Advokat ne obelodanjuje informacije koje se odnose na zastupanje klijenta osim kada klijent, pravilno informisan o tome, da svoju saglasnost, kada se obelodanjivanje implicitno odobrava radi zastupanja, ili je obelodanjivanje dozvoljeno kod [malog broja specijalnih izuzetaka].” Obelodanjivanje je dozvoljeno u određenim okolnostima, kao na primer sprečavanje izvesne smrti ili teške telesne povrede, ili da se klijent spreči da korišćenjem usluga

advokata počini zločin ili prevaru koji mogu značajno finansijski oštetiti treće lice.

Poverljivost je od ključne važnosti za odnos između klijenta i branioca zato što omogućava advokatu da u potpunosti razume potrebe svog klijenta i da mu pomogne u uobličavanju odbrane. Zbog toga što je poverljivost toliko važna, obelodanjivanje poverljivih stvari klijenta (osim striktno navedenog malog broja razloga) dovodi do strogih kazni za advokata.

#### **d. Finansiranje usluga odbrane za siromašne okrivljene**

Slaba zaštita ljudskih prava može se očekivati ukoliko se okrivljenima za krivična dela ne obezbede obučeni, kompetentni i posvećeni branioci. Kao što je sudija Vrhovnog suda SAD Hugo Black objasnio u predmetu *Gideon protiv Wainwright* koji je obeležio prekretnicu:

U sistemu suprotstavljenih strana našeg krivičnog pravosuđa, niti jednoj osobi izvedenoj pred sud koja je previše siromašna da bi platila advokata, ne može se garantovati pravično suđenje osim ako joj se branilac ne obezbedi besplatno. Ovo nam izgleda kao očigledna istina. Vlade, i državne i federalna, redovno troše velike sume novca na uspostavljanje mašinerije koja će braniti okrivljene za krivična dela. Advokati optužbe se svuda smatraju suštinski važnim za zaštitu javnog interesa i poretka u društvu. Slično tome, ima mali broj okrivljenih, zaista mali broj, koji ne uspevaju da angažuju najbolje advokate sa kojima bi pripremali i izneli svoju odbranu. Činjenica da Vlada angažuje advokate za krivično gonjenje, a okrivljeni koji imaju novca angažuju advokate za odbranu najjači je pokazatelj široko rasprostranjenog shvatanja da su branioci nužnost, a ne luksuz.<sup>52</sup>

Bez pomoći sposobnog zastupnika koji je voljan da se jako zauzme za njih, okrivljeni su ostavljeni sa pravima koja mogu izgledati lepo na papiru, ali nemaju nikakav stvaran uticaj na njihov život ili slobode.

Iako je Vrhovni sud SAD mišljenja da Ustav SAD garantuje pravo na zastupnika za siromašna lica koja su okrivljena za krivična dela, u predmetu *Gideon protiv Wainwright*, to pravo garantovano Ustavom i potvrđeno na najvišem sudu u zemlji nije zaštićeno ukoliko država ne obezbedi finansijska sredstva u tu svrhu. Približavamo se pedesetoj godišnjici presude u predmetu *Gideon*, a mnogi siromašni okrivljeni u našoj zemlji još uvek nemaju pristup delotvornom pravnom zastupniku.

Trenutno u Sjedinjenim Državama prolazimo kroz krizu u državnom sistemu javnog pravobranilaštva. Nedavni ekonomski pad pogoršao je dalje problem

---

52 *Gideon protiv Wainwright*, 372 U.S. 335, 345 (1963).

nedostatka finansijskih sredstava, koji je već od ranije bio prisutan. Nedostatak odgovarajućih finansijskih sredstava za odbranu siromašnih okrivljenih vodi ka odsustvu smislenog zastupanja. Ako su advokati premalo plaćeni za svoj rad, malo su podstaknuti da posvete svoje vreme i trud koji su potrebni da se u potpunosti odbrani slučaj, a mnogi advokati ne žele uopšte da prihvate ovakva imenovanja.<sup>53</sup>

Nedelotvorno zastupanje od strane branioca dovodi do osuda nevinih. U SAD, preko 340 zatvorenika oslobođeno je od 1983, a jedna trećina njih imala je nedelotvorne branioca.<sup>54</sup> Ne samo da su nepravično kažnjeni i zatvoreni nevini ljudi, već je i sama javnost u opasnosti, jer kada je pogrešna osoba osuđena, pravi kriminalci ostaju na slobodi i mogu dalje da čine zločine.<sup>55</sup>

#### IV. Uloga sudija

Sada bih želeo da govorim o ulozi sudije u krivičnim slučajevima fokusirajući se na moralnu dužnost sudije da bude nezavisan.

##### A. Sudije moraju biti nezavisne

###### 1. Kanon Jedan i važnost nezavisnog sudstva

Kanon Jedan Kodeksa ponašanja sudija SAD kaže da "sudija treba da podržava integritet i nezavisnost pravosuđa." Konkretno: "Nezavisno i časno sudstvo je nezamenjivo za pravdu u našem društvu. Sudija treba da održava i primenjuje visoke standarde ponašanja i treba lično da poštuje i primenjuje te standarde, tako da integritet i nezavisnost pravosuđa budu očuvani."

"Sudovi, ukratko, jesu, i treba da budu tako i doživljeni u javnosti, kao barijera između vlade i podanika, a ne kao instrument za kontrolu podanika od strane vlade."<sup>56</sup>

Sudska nezavisnost je „nužna pretpostavka“ (*sine qua non*) za vladavinu zakona. Sudije treba da budu nezavisne, nepristrasne i izolovane od uticaja

---

53 Američko udruženje pravnika, Gideon's Broken Promise: America's Continuing Quest for Equal Justice 7 (2004).

54 Representation of Indigent Defendants in Criminal Cases: A Constitutional Crisis in Michigan and Other States?: Hearing Before the House Subcommittee on Crime, Terrorism and Homeland Security of the Committee on the Judiciary, 111th Cong. 90 (2009) (izjava Robin L. Dahlberg, višeg zastupnika osoblja, Program za rasnu pravdu, Američki savez za građanske slobode).

55 Id. na 91.

56 John M. Burman, Judges' and Lawyers' Ethical Duty of Independence, 33 Wyo. Law. 34, 34 (Dec. 2010).

izvan materije slučaja na kojem rade. U nezavisnom pravosudnom sistemu sudije su odgovorne za svoj rad, ali nisu podložni političkim ili ekonomskim faktorima prilikom odlučivanja o slučajevima kojima se bave.

Time što su nezavisne, sudije podržavaju vladavinu zakona, tj. stavljaju zakon iznad svega i zakon je obavezan za sve bez izuzetaka. Ali, da bi postojala sudska nezavisnost, potrebno je da zakon garantuje ovaj princip i potrebno je da sudije budu ozbiljni i poštovani profesionalci kojima je pružena stabilnost i koji su oslobođeni od političkih ili ekonomskih uticaja kada se radi o njihovim odlukama.<sup>57</sup>

Kao što je Tomas Jefferson rekao, ako sudije potpadnu pod kompletnu volju nekog drugog ogranka vlasti za svoj mandat i platu, na njihove odluke izvršiće se neprikladan uticaj. Pitanje neće biti "Kakav mandat daje Ustav?," "Šta znače statuti?," i "Šta zahtevaju slučajevi presedana?," već će biti, možda umesto toga, "Da li ću biti otpušten sa ovog posla?," "Da li će moja plata biti ukinuta ili smanjena?," ili "Da li će ova odluka biti nepopularna?"<sup>58</sup>

Federalni sistem SAD je uređen tako da obezbedi nezavisnost sudstva. Po našem ustavu, proces selekcije sudija pruža mogućnost doživotnog obavljanja tog posla. Međutim, i dalje postoje zamke da sudije postanu manje nezavisne.

## B. Sudija mora da se prikaže kao nezavisan

Koliko je važno da sudija bude nezavisan pri obavljanju svoje dužnosti, toliko je bitna i njegova dužnost da **izgleda** nezavisan. Kanon Dva kaže da "sudija treba da izbegava neprikladnosti i ostavljanje utiska neprikladnosti u bilo kojoj aktivnosti." Kanon naročito zahteva poštovanje zakona, izbegavanje spoljnih uticaja i ne dozvoljava članstvo u diskriminatorским organizacijama.

Ukoliko sudija ne izgleda nezavisan od drugih uticaja, poštovanje društva prema sudiji, sudskim odlukama i samom sudu, opada. Kao što je jedan profesor rekao,

Sudovi ne komanduju vojnim snagama koje bi od stranaka zahtevale da se pred njim pojave i da slede njegova naređenja, mada sudovi često imaju sposobnost da naređuju organima reda i poretka da sprovedu njihova naređenja. Umesto toga, u najvećoj meri, poštovanje i poslušnost prema sudskim odlukama zavisi od poštovanja prema tim odlukama. Sa druge

---

57 Omar E. García-Bolívar, Lack of Judicial Independence and Its Impact on Transnational and International Litigation, 18 L. & Bus. Rev. Am. 29, 30-31 (2012) (preskočene fusnote).

58 Judge Dale A. Kimball, The Importance of Lawyers and Judges in American Life, 25 Utah B.J. 20, 25 (Apr. 2012).

strane, poštovanje zavisi od opšteg verovanja da je sud nezavisan od uticaja koji su izvan zakona. . . .”<sup>59</sup>

**Sudija je čuvar ugleda suda. Nije dovoljno samo da okrivljeni dobije pravično suđenje. I okrivljeni i javnost moraju takođe verovati u pravičnost sistema.** Tako da, ako se sudija ponaša na način koji baca tešku sumnju na poštenje suđenja okrivljenom, onda okrivljeni mora imati novo suđenje kako bi se podržao ugled sistema krivičnog pravosuđa i očuvalo poverenje javnosti u pošten ishod krivičnih sudskih postupaka.

## V. Zaključak

Vrednost nezavisnog sudstva je u celini praktično univerzalna. Član 10 Univerzalne deklaracije o ljudskim pravima kaže: “ Svako ima potpuno jednako pravo na pravično javno suđenje pred nezavisnim i nepristrasnim sudom koji će odlučiti o njegovim pravima i obavezama, i o osnovanosti svake krivične optužbe protiv njega.”<sup>60</sup> A pravična rasprava pred tim nezavisnim organom ne može se održati bez prava na posvećenog i kompetentnog pravnog zastupnika.

Od sudova na Kosovu, do Evropskog suda za ljudska prava, pa do sudova u SAD, garancija nezavisnog sudstva i prava na kvalitetne advokate se uvek poštuje. Od ratnih zločinaca do sitnih prestupnika, svaki okrivljeni ima pravo na suđenje pred nepristrasnim sudom i na pomoć branioca. Hajde da krenemo napred kao čuvari pravde!

---

59 John M. Burman, Judges’ and Lawyers’ Ethical Duty of Independence, 33 Wyo. Law. 34, 34 (Dec. 2010).

60 Univerzalna deklaracija o ljudskim pravima, član 10.

Chief United States District Judge Michael J. Davis,  
District of Minnesota

## **VINDICATION OF HUMAN RIGHTS IN THE COURTS OF THE UNITED STATES – THE ROLES OF THE CRIMINAL DEFENSE ATTORNEY AND JUDGE**

June 29, 2012, 11:30 a.m. – 12:15 p.m.

Pristina, Kosovo

### **I. Introduction**

Professor Dr. Hasani, Judge Robert Carolan, and other Judges of the Constitutional Court, Judge Stephen Swanson, and Judge John Tunheim:

Good morning. I am honored to be here this morning. Judges, prosecutors, and criminal defense lawyers are key to safeguarding human rights in the United States and in all democracies. The independence of the judiciary and availability of effective counsel are bedrock principles of judicial systems wishing to secure human rights for all members of society.

The European Convention on Human Rights states that “everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law” and that everyone charged with a criminal offense must have the right “to defend himself in person or through legal assistance of his own choosing or, if he has not sufficient means to pay for legal assistance, to be given it free when the interests of justice so require.”<sup>61</sup>

I note that Kosovo’s Constitution preserves those same rights. “Everyone is entitled to a fair and impartial public hearing as to the determination of one’s rights and obligations or as to any criminal charges within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law.”<sup>62</sup> Kosovo Constitution, Article 31. “Everyone charged with a criminal offense shall enjoy the following minimum rights . . . to have assistance of legal counsel of his/her choosing . . . and, if she/he does not have sufficient means, to be

---

61 Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms [European Convention on Human Rights], Art. 6 (emphasis added).

62 Kosovo Constitution, Art. 31(2).



provided free counsel.”<sup>63</sup> Kosovo Constitution, Article 30.

I strive to fulfill those same ideals. The United States Constitution provides: “In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury . . . and . . . to have the assistance of counsel for his defense.”<sup>64</sup> The Code of Conduct that governs my actions as an American federal judge provides: “An independent and honorable judiciary is indispensable to justice in our society.”<sup>65</sup>

We must clearly understand the value of judges and defense attorneys in the justice system. I want to talk about concrete cases to illustrate how defense attorneys and judges have succeeded – and failed – in satisfying their professional duties and vindicating human rights. I will start my discussion with an examination of the key role of the defense attorney in the U.S. legal system, and then discuss the role of judges in ensuring that the judicial system is fair.

## II. The Adversarial System

The American justice system is defined by its adversarial nature, in which parties have control over presentation of the case.<sup>66</sup> “An adversarial system is typically defined as one in which the parties present the facts and legal arguments to an impartial and passive decisionmaker, who then decides cases on their terms.”<sup>67</sup> In contrast to the inquisitorial system, where judges lead the investigation and presentation of the case, the adversarial system generally values the autonomy of the parties over other goals.<sup>68</sup>

Generally, a judge in an adversarial system appears to be more passive than in an inquisitorial system, avoiding issue creation or correction of parties’ apparent mistakes. However, the judge in an adversarial court system is more than simply the umpire calling balls and strikes in a baseball game. My discussion today will explore how a judge respects the autonomy of the participants in the adversarial system while still guarding the right to a fair trial.

In 1895, the United States Supreme Court explained that “[t]he principle that there is a presumption of innocence in favor of the accused is the undoubted

---

63 Kosovo Constitution, Art. 30(5).

64 U.S. Constitution, Amend. 6.

65 Code of Conduct for United States Judges, Canon 1.

66 Amanda Frost, *The Limits of Advocacy*, 59 *Duke L.J.* 447, 449 (2009).

67 *Id.*

68 *Id.*

law, axiomatic and elementary, and its enforcement lies at the foundation of the administration of our criminal law.”<sup>69</sup> This right has been traced back at least as far as the legal codes of ancient Greece and to Rome.<sup>70</sup> The right of every defendant to be presumed innocent is a cornerstone of our legal system and yours; it is enshrined in both the European Convention on Human rights (“Everyone charged with a criminal offence shall be presumed innocent until proved guilty according to law.”<sup>71</sup>) and the Kosovo Constitution (“Everyone charged with a criminal offense is presumed innocent until proven guilty according to law.”<sup>72</sup>). This basic right of every defendant, combined with a high standard of proof—proof beyond a reasonable doubt in the American system—is crucial to ensuring the protection of defendants’ human rights, as a guilty verdict can deprive an individual of his or her most basic human liberties.

It is important to remind ourselves why we operate under the rules we do – to create a justice system that is fair and respected. Our goal of providing equal justice under law must remain foremost in our minds. This ideal must override the temptation to take shortcuts to move along a busy calendar at the expense of respecting defendants’ rights.<sup>73</sup> The Court also must be aware of the human tendency to protect one’s career by avoiding making unpopular decisions. We, as judges, are the guardians of a fair and compassionate justice system. We must always be vigilant of this responsibility.

But, judges alone cannot ensure an independent, fair, and respected justice system. Defense attorneys are vital defenders of human rights, and our justice system cannot function without them. A topic near and dear to my heart is that of the role of the defense attorney in the justice system because I served as a defense attorney for many years.

### **III. Duties of Criminal Defense Attorneys**

#### **A. Sources**

Our adversarial system places a heavy burden on defense attorneys. As a result, they are subject to professional, ethical and constitutional standards which seek to protect criminal defendants.

---

69 Coffin v. United States, 156 U.S. 432, 453 (1895).

70 Id. at 454-55.

71 European Convention on Human Rights, Art. 6(2).

72 Kosovo Constitution, Art. 31(5).

73 Keith Swisher, *The Judicial Ethics of Criminal Law Adjudication*, 41 Ariz. St. L.J. 755, 778 (2009).

I note that the under Article 31(6) of the Kosovo Constitution, “[f]ree legal assistance shall be provided to those without sufficient financial means if such assistance is necessary to ensure effective access to justice.” The right to free and effective legal counsel has become a cornerstone of the American justice system. Through a series of important cases ending with *Gideon v. Wainwright* in 1963, the United States Supreme Court interpreted the Sixth Amendment right “to have the assistance of counsel for . . . defence,” in the United States Constitution to provide a right to free assistance of counsel for those who cannot afford it. The Supreme Court has also made clear that it is not enough that a defendant merely be appointed an attorney to represent them; the attorney must be competent. As the Supreme Court has explained, “the right to counsel [in the Sixth Amendment] is the right to effective assistance of counsel.”<sup>74</sup>

The duties of defense attorneys to their clients and the court are also rooted in professional and ethical obligations. For the purposes of this presentation, I will focus on the general duties set out in the Model Rules of Professional Conduct developed by the American Bar Association and which have been adopted in whole or in part in many states.

## **B. Overview of Basic Duties**

### **1. Zealous Advocacy**

Generally speaking, a defense attorney’s first obligation is to put the best interests of their clients above all others. During the trial of Queen Caroline of England in 1820, Lord Henry Brougham famously declared that a lawyer’s “first and only duty” is “to save [his or her] client by all means . . . at all hazards and costs to other persons.”<sup>75</sup> In modern times, the obligation to zealously advocate on the behalf of one’s client remains the defense attorney’s primary duty.

Comparing the duties of prosecutors and defense counsel, Justice Byron White explained that, while prosecutors “have the obligation to convict the guilty and to make sure they do not convict the innocent . . . defense counsel has no comparable obligation to ascertain or present the truth.”<sup>76</sup> Rather,

Our [American] system assigns him a different mission. He must be and

---

74 *Missouri v. Frye*, 132 S. Ct. 1399, 1404 (2012) (emphasis added).

75 Monroe H. Freedman, *Henry Lord Brougham and Zeal*, 34 Hofstra L. Rev. 1319, 1322 (2006); see also Robert K. Flowers, *The Role of the Defense Attorney: Not Just an Advocate*, 7 Ohio St. J. Crim. L. 647, 648 (2010).

76 *United States v. Wade*, 388 U.S. 218, 256 (1967) (White, J., dissenting in part and concurring in part).

is interested in preventing the conviction of the innocent, but, absent a voluntary plea of guilty, we also insist that he defend his client whether he is innocent or guilty. The State has the obligation to present the evidence. Defense counsel need present nothing, even if he knows what the truth is. He need not furnish any witnesses to the police, or reveal any confidences of his client, or furnish any other information to help the prosecution's case. If he can confuse a witness, even a truthful one, or make him appear at a disadvantage, unsure or indecisive, that will be his normal course. Our interest in not convicting the innocent permits counsel to put the State to its proof, to put the State's case in the worst possible light, regardless of what he thinks or knows to be the truth.<sup>77</sup>

While zealous advocacy may be the most important duty owed by a defense attorney to his or her client, that duty is not without its limits. I would like to focus on a few cases from my own Court to illustrate zealous advocacy in practice:

**a. Zealous Advocacy before Trial**

The value of a tireless advocate, who will not cave, even when the odds are stacked against her, is invaluable. I had a recent case before me that illustrates this principle.<sup>78</sup>

The police pulled over an African-American man. The police testified in court that his car did not have the appropriate license plates and that as they approached the car they thought it was stolen. They searched the defendant and found a number of illegal substances in his pocket and a gun under the driver's seat. The police testified to this at a hearing. The defense attorney located the videotape from the police vehicle and introduced that to show that the police were lying and that they had already done a vehicle check showing that the car was not stolen. Under the Constitution the police did not have reasonable articulable suspicion to search the car. Therefore, defense counsel gathered enough evidence to achieve dismissal of the case against her client.

Defense counsel's tireless investigatory work resulted in a dismissal of the case against her client before any trial, and the defendant's right to be free from unreasonable search and seizure was upheld.

---

77 Id. at 256-57 (footnote omitted).

78 United States v. Ollie, Criminal File No. 10-239 (MJD/JJG) (D. Minn. Mar. 8, 2011).

## **b. Zealous Advocacy at Trial**

As I discussed at the beginning of my speech, the right to be presumed innocent is a shared cornerstone of our criminal legal systems. Rights mean little, however, unless defense lawyers and judges work to vindicate them in every case. They must stand guard to ensure that the innocent are not imprisoned unless their guilt is as near to certain as possible.

Here is another example from my own court: I recently presided over a trial of young man accused of sexually assaulting a five year old girl.<sup>79</sup> This was obviously an emotionally charged case. The Defendant was a poor young man from one of the Native American reservations in my state. Unable to pay for counsel, he was represented by one of our district's able public defense attorneys. Over the course of the trial, the defendant's attorney performed his constitutionally-mandated duties—zealously defending his client, arguing for his innocence, and scrutinizing and challenging every bit of evidence presented by the government.

The defendant's attorney's zealous advocacy on behalf of his client revealed some serious problems with the government's case. To begin, one of the government's key witnesses, a sexual assault nurse examiner, testified that she tested the alleged victim for DNA evidence after the alleged assault. She was quite confident that DNA evidence would be detected by her tests if the assault had in fact occurred. The defendant's counsel was quick to point out that there was no DNA evidence linking the defendant to the alleged assault.

This was not the only flaw in the government's case exposed by the defendant's attorney. The evidence showed that the accused was extremely intoxicated at the time of the alleged assault. Two of the government's key witnesses—relatives of the defendant—claimed that they were not aware of any alcohol on the premise and that they had not been drinking at all. The defendant's attorney casted doubt on those assertions, questioning how the witnesses could have failed to notice the defendant's drunken state when he had spent the entire day with them. It was simply hard to believe the witnesses' evasive answers about the alcohol. Their evasiveness cast doubt on the truth of their other statements in the case.

Finally, at perhaps the most difficult point in the trial, the alleged victim testified. Her testimony corroborated the government's version of the events on the day of the alleged assault. But when she was asked to identify the man who had allegedly assaulted her (a man she had known quite well) among the ten or so people in the courtroom, she could not do so.

At the end of the trial, in his closing argument, the defendant's attorney

---

79 United States v. Wind, Crim. No. 11-175 (D. Minn. 2011).

reminded the jury that the burden was on the government and proceeded to recount to the jury the various inconsistencies and gaps in the government's case. As I do at the end of every trial, I instructed the jury on their constitutional duty to presume the defendant not guilty and to place the burden on the government to prove, beyond a reasonable doubt, that the defendant committed the crime charged.

The jury deliberated for several hours and returned a verdict of not guilty.

Acquittals are a rare occurrence in my court. This is due in large part to the fact the vast majority of criminal cases filed result in a guilty plea by the defendant. But it is also because government prosecutors take seriously their duty to investigate both the guilt and the innocence of potential defendants, and they strive to charge defendants only when guilt can be proven beyond a reasonable doubt. When prosecutors err in that determination, defense attorneys must step in to preserve a defendant's liberty by protecting the presumption of innocence and a standard of proof, which appropriately place a heavy burden on the prosecution.

### **c. Zealous Advocacy at Sentencing**

A defender's zealous advocacy is not simply employed to seek a verdict of innocence. Often, a defense attorney can be effective in vindicating human rights after a defendant has pled guilty. In the American federal system, in 2010, over 90% of federal prosecutions result in guilty pleas.<sup>80</sup> The defense attorney's role as an advocate is usually not in trial. Rather, the defense attorney plays a vital role in advocating for a just sentence for a guilty defendant.

This vital role brings to mind a memorable case before me in which the defendant had pled guilty to possession of child pornography.<sup>81</sup> The defendant had possessed more than one thousand images of child pornography. At first glance, he appeared to be a dangerous and persistent offender, deserving of many years in prison. But this defendant was lucky to have an outstanding defense attorney.

The defense attorney insisted that the defendant had not sought out child pornography. Instead, he sought legal, adult pornography and, accidentally, downloaded child pornography. Although such an argument, on its face, seems absurd when a defendant possesses more than one thousand illegal

---

80 Bureau of Justice Statistics, U.S. Dept. of Justice, Sourcebook of Criminal Justice Statistics Online table 5.22.2010, <http://www.albany.edu/sourcebook/pdf/t5222010.pdf> (last visited June 25, 2012).

81 United States v. Matthew Charles Stuart, Criminal File No. 09-381 (MJD/JJK).

images of child pornography, the defense attorney showed that the defendant had millions of images of adult pornography. She argued that the government could not prove that the defendant had sought the child pornography images and the government and defense attorney put on a hearing for the Court explaining how Limewire, the online computer program through which the defendant had downloaded child pornography, functioned.

The defense attorney argued that psychological testing would show that her client did not seek out child pornography and was unlikely to reoffend. She fought for her client to have extensive psychological testing and counseling, arguing that he was not a typical offender who possessed child pornography. Amazingly, after undergoing extensive testing (including polygraph tests) and treatment, the defendant was able to bring in the foremost experts in the field of sex offender treatment to testify that, indeed, he was not likely to reoffend.

Because she pushed the Court to consider issues that were not apparent at the outset of the case, the Court held four hearings and demanded in depth presentations regarding the functioning of Limewire and Defendant's psychological testing. The sentence suggested by the U.S. Sentencing Guidelines for a defendant who possesses a similar amount and type of child pornography was 78 to 97 months. The defense attorney's stellar representation of the defendant resulted in a sentence of time served, 90 days in the County Jail with work release, and 15 years supervised release. She was tenacious and prepared. She was always respectful of her client, the Court, and opposing counsel. She made creative and novel arguments that were always impeccably supported and presented. The defense attorney represented a defendant who was guilty of a hideous crime and, through her dogged determination, managed to prove to the Court that her client was not what he first appeared and, in fact, was unlike any other sex offender the Court had ever sentenced.

## **2. Confidentiality**

In addition to zealous advocacy, another cornerstone of the relationship between defense attorneys and their clients is confidentiality. The American Bar Association's Model Rules of Professional Conduct state: "A lawyer shall not reveal information relating to the representation of a client unless the client gives informed consent, the disclosure is impliedly authorized in order to carry out the representation or the disclosure is permitted by [several narrow exceptions]." Disclosure is permitted in certain circumstances, such as to prevent reasonably certain death or substantial bodily harm, and to prevent the client from using the lawyer's services to commit a crime or fraud that would substantially injure another financially.

Confidentiality is crucial to the relationship between client and defense attorney because it enables the attorney to fully understand his client's needs and assists in the formulation of a defense. Because confidentiality is so important, disclosure of client confidences for reasons other than the narrow exceptions set out in the rules leads to strict punishment.

#### **d. Funding of Defense Services for Indigent Defendants**

Little protection of human rights can be expected without the provision of trained, competent, and committed defense attorneys to those accused of crimes. As United States Supreme Court Justice Hugo Black explained in the landmark case of *Gideon v. Wainwright*:

[I]n our adversary system of criminal justice, any person haled into court, who is too poor to hire a lawyer, cannot be assured a fair trial unless counsel is provided for him. This seems to us to be an obvious truth. Governments, both state and federal, quite properly spend vast sums of money to establish machinery to try defendants accused of crime. Lawyers to prosecute are everywhere deemed essential to protect the public's interest in an orderly society. Similarly, there are few defendants charged with crime, few indeed, who fail to hire the best lawyers they can get to prepare and present their defenses. That government hires lawyers to prosecute and defendants who have the money hire lawyers to defend are the strongest indications of the widespread belief that lawyers in criminal courts are necessities, not luxuries.<sup>82</sup>

Without the assistance of able counsel willing to zealously advocate on their behalf, defendants are left with rights that may look nice on paper but which have no real impact on their lives or their liberties.

While the U.S. Supreme Court held that the U.S. Constitution guarantees the right to counsel for poor defendants accused of felony crimes in *Gideon v. Wainwright*, a right guaranteed in a constitution and found by the highest court in the land is not vindicated unless the nation provides the funding necessary to secure that right. We are approaching the fiftieth anniversary of the *Gideon* decision, and many indigent defendants in our country still lack access to effective counsel.

We are in a crisis in the United States state public defender system. The recent economic downturn has further exacerbated the underfunding issue that existed before. Lack of adequate funding for defense of indigent defendants leads to a lack of meaningful representation. If lawyers are paid too little for their work, there is little incentive to devote the time and effort



necessary to competently defend a case, and many lawyers will not want to accept appointment at all.<sup>83</sup>

Ineffective representation by defense attorneys leads to convictions of the innocent. In the United States, more than 340 prisoners have been exonerated since 1983, and one-third of those received ineffective counsel.<sup>84</sup> Not only are the wrongly incarcerated innocents punished, but the public is also in danger because, when the wrong person is convicted, the actual criminal remains at large to commit more crimes.<sup>85</sup>

#### **IV. The Role of Judges**

I want to now discuss the judge's role in criminal cases by focusing on judges' ethical duty of independence.

##### **A. Judges Must Be Independent**

###### **1. Canon One and the Importance of an Independent Judiciary**

Canon One of the Code of Conduct for United States Judges provides that "a judge should uphold the integrity and independence of the judiciary." Specifically: "An independent and honorable judiciary is indispensable to justice in our society. A judge should maintain and enforce high standards of conduct and should personally observe those standards, so that the integrity and independence of the judiciary may be preserved."

"Courts, in short, should be, and should be perceived to be, a barrier between the government and the governed, not an instrument for control of the governed by the government."<sup>86</sup>

Judicial independence is a sine qua non requisite of the rule of law. Judges are meant to be independent, impartial, and insulated from influence outside of the merits of the case. In an independent judicial system judges are accountable for their actions but are not subject to political or economical

---

83 American Bar Association, *Gideon's Broken Promise: America's Continuing Quest for Equal Justice* 7 (2004).

84 Representation of Indigent Defendants in Criminal Cases: A Constitutional Crisis in Michigan and Other States?: Hearing Before the House Subcommittee on Crime, Terrorism and Homeland Security of the Committee on the Judiciary, 111th Cong. 90 (2009) (statement of Robin L. Dahlberg, Senior Staff Attorney, Racial Justice Program, American Civil Liberties Union).

85 *Id.* at 91.

86 John M. Burman, *Judges' and Lawyers' Ethical Duty of Independence*, 33 *Wyo. Law.* 34, 34 (Dec. 2010).

factors in deciding the cases before them.

By being independent, judges foster the rule of law, i.e., they make the law superior and binding to everyone without distinction. But for judicial independence to exist, the law needs to guarantee this principle and judges need to be serious and respected professionals who are granted stability and are freed from political or economic influences with respect to their decisions.<sup>87</sup>

As Thomas Jefferson recognized, if judges are at the complete will of another branch of government for tenure and pay, their decisions will be improperly influenced. Questions will not be “What does the Constitution mandate?,” “What do the statutes mean?,” and “What do the case precedents require?,” but rather, perhaps instead, “Will I be fired?,” “Will my pay be abolished or diminished?,” or “Will this decision be unpopular?”<sup>88</sup>

The U.S. federal system is set up to ensure the independence of the judiciary. Under our constitution, the judicial selection process provides for lifetime tenure. However, there are still pitfalls for judges to become less than independent.

## **B. Judges Must Appear Independent**

Just as important as a judge’s duty to actually be independent is the judge’s duty to **appear** independent. Canon Two provides that “a judge should avoid impropriety and the appearance of impropriety in all activities.” Specifically, the Canon requires respect for the law, avoidance of outside influence, and no membership in discriminatory organizations.

If a judge does not appear to be independent from other influences, society’s respect for the judge, the judge’s orders, and the court itself will diminish. As one scholar has noted,

Courts do not command military forces adequate to require the parties that appear before them to follow their orders, though courts often have the ability to order law enforcement officers to assist in enforcing their orders. Instead, for the most part, obedience to courts’ orders depends on respect for those orders. Respect, in turn, depends on a general belief that courts are independent from influences other than the law. . . .”<sup>89</sup>

---

87 Omar E. García-Bolívar, Lack of Judicial Independence and Its Impact on Transnational and International Litigation, 18 L. & Bus. Rev. Am. 29, 30-31 (2012) (footnotes omitted).

88 Judge Dale A. Kimball, The Importance of Lawyers and Judges in American Life, 25 Utah B.J. 20, 25 (Apr. 2012).

89 John M. Burman, Judges’ and Lawyers’ Ethical Duty of Independence, 33 Wyo. Law. 34, 34 (Dec. 2010).

**The judge is the guardian of the court's reputation. It is not enough that a defendant receive a fair trial. The defendant and the public must also believe in the fairness of the system.** So, if a judge acts in a manner that brings grave doubt to the fairness of the defendant's trial, the defendant must have a new trial in order to uphold the reputation of the criminal justice system and guard public confidence in the outcome of criminal trials.

## V. Conclusion

The value of an independent judiciary as a bulwark of justice is nearly universal. Article 10 of The Universal Declaration of Human Rights provides: "Everyone is entitled in full equality to a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal, in the determination of his rights and obligations and of any criminal charge against him."<sup>90</sup> And a fair hearing before that independent body cannot be had without right to a zealous and competent defense attorney.

From the courts of Kosovo, to the European Court of Human Rights, to the courts of the United States, the guarantee of an independent judiciary and the right to proficient defense advocates are prized. From war criminals to petty criminals, each defendant is entitled to be tried in an impartial court and be assisted by an able defender. Let us go forth as guardians of justice!

---

90 Universal Declaration of Human Rights, Article 10.

Gjyqtari John R Tunheim<sup>1</sup>

## PËRDORIMI I PRECEDENTIT PËR TË NDËRTUAR LIGJIN

I nderuari Kryetar Hasani dhe anëtarët e Gjykatës Kushtetuese, Kryetar Davis, gjyqtarë, prokurorë, dhe avokatë.

Është qëllimi im për të diskutuar me ju sot përdorimin e rasteve precedentë në ndërtimin e ligjit. Kjo është një kohë kritike në Kosovë pasi që institucionet tuaja themelore, si Gjykata Kushtetuese, janë duke u rritur dhe duke u zhvilluar.

Ndërtimi i ligjit përmes përdorimit të kujdesshëm të rasteve precedentë është i rëndësishëm për shumë arsye – kjo mund të konsiderohet si një themel për ndërtimin e një katedrale ose tempulli të madh ose një xhamie të madhe. Struktura mund të rrëzohet nga një stuhi në qoftë se themeli nuk është i fortë. Dhe në një linje të rasteve, çdo ndërtim mbi atë që erdhi i pari, është një grup thelbësor i tullave në themel.

Sot, ne do të shikojmë me kujdes përdorimin e rasteve precedentë për të ndërtuar ligjin, dhe do të pyetemi se çka me të vërtetë do të thotë kjo? Nga ku ka ardhur kjo? A është e njëjtë si shprehja latine “stare decisis?” Si janë shfrytëzuar precedentët në Shtetet e Bashkuara? Cilat dispozita të Kushtetutës së Kosovës mbulojnë përdorimin e tyre?

Më pastaj, ne do të shqyrtojmë një numër të rasteve nga Gjykata Evropiane për të Drejtat e Njeriut për të treguar se si ajo gjykatë po përdor precedentët për të ndërtuar jurisprudencën e saj, dhe pastaj do të shqyrtojmë disa fusha të ligjit të Gjykatës Supreme të SHBA të cilat qartazi tregojnë se si të përdorim precedentët që gradualisht të ndërtojmë ligjin gjatë një periudhe më të gjatë kohore.

Së fundi, unë do të diskutojë arsyet pse është me rëndësi jetike për të përdorur rastet precedentë për të ndërtuar ligjin në Kosovë - për të siguruar një bazë të fortë juridike për vendin e ri që po ndërtoni, tullë për tullë.

Do të fillojmë me një referencë të doktrinës së lashtë nga e cila lindi përdorimi i rasteve precedentë.

---

<sup>1</sup> Gjyqtar i Gjykatës së Rrethit në Minesota të Shteteve të Bashkuara. Autori dëshiron të falënderojë Cali Cope-Kasten, bashkëpunëtore e jashtme dhe studente e Fakultetit Juridik të Universitetit të Miçiganit, për ndihmën hulumtuese.

*“stare decisis et non quieta movere.”*

## QË DO TË THOTË

*“lëni vendimin të qëndrojnë dhe mos i çrregulloni gjërat që janë vendosur.”*

Sipas mendimit tim, përdorimi i rasteve precedentë për të ndërtuar ligjin është një doktrinë shumë më e gjerë dhe më fleksibile se *stare decisis*, por ne kemi prirje të përdorim të dyja shprehjet në mënyrë të këmbyeshme.

Pasi që Kosova është e re dhe në zhvillim, një vështrim i shkurtër prapa në vitet e para të Republikës Amerikan është i dobishëm.

*Stare decisis* daton prapa në të drejtën zakonore angleze e cila është baza për sistemin tonë juridik Amerikan. Edhe pse ne kemi praktikë të mirë të së drejtës zakonore, pjesa më e madhe e të drejtës sonë sot është zhvilluar fillimisht nëpërmjet ligjeve - për të cilat ne zbatojmë të njëjtat teknika të analizës dhe ndërtimit të rastit sikurse bëjmë me pyetjet e të drejtës zakonore. E drejta zakonore dhe ligjet ekzistojnë dhe zhvillohen krah për krah, dhe shpesh informojnë njëra-tjetrën.

Sistemi kontinental, sipas mendimit tim, nuk është shumë i ndryshëm – edhe pse përqendrohet në zbatimin e ligjit në raste të individualizuara, shumë vendime janë racionale dhe të arsyeshme dhe kanë tendencë që të ndiqen edhe në rastet e tjera. Dhe zhvillimi, duke filluar nëntëdhjetë vjet më parë, i Gjykatave Kushtetuese Evropiane, vendimet e të cilave shpesh janë detyruese për gjykatat më të ulëta, i afroi edhe më tepër të dyja sistemet.

Pra në Amerikë, ne kemi trashëguar një sistem të së drejtës zakonore në periudhën tonë koloniale, por interpretimi kushtetues në vitet e para të Republikës sonë ishte një koncept shumë i ri. Gjykata ynë Supreme ishte kryesisht e parëndësishme në fillim, dhe vetëm në kohën e udhëheqjes 30-vjeçare të Kryetarit të Gjykatës Supreme John Marshall, përpjekjet fillestare për të krijuar gjyqësorin tonë si një degë të pavarur, efektive dhe të respektuar të qeverisë, filluan të marrin formë.

Dy ishin doktrinat kryesore:

1. E drejta e pretenduar e Gjykatës Supreme për të shqyrtuar kushtetutshmërinë e akteve të Kongresit – Marbury kundër Madison, dhe
2. Zhvillimi i versionit Amerikan të stare decisis që solli stabilitet dhe fleksibilitet për interpretimet e rasteve.

Nocionet angleze të stare decisis ishin të ngurta në atë kohë - edhe një vendim i gabuar duhej ndjekur. Udhëheqësit e hershëm të vendit tonë kanë reaguar keq ndaj këtij nocioni, dhe në këtë mënyrë u zhvilluat versioni ynë më fleksibil i stare decisis, por sigurisht që ngadalë dhe jo pa gabime apo hapa të gabuar.

Por këto dy doktrina, dhe burrat e mençur, ndihmuan transformimin e jashtëzakonshëm në vitet tona formuese që e bënë gjyqësorin një degë të pavarur, të respektuar dhe të qëndrueshme të qeverisë, ashtu si është sot. Në shumë mënyra, kjo është historia e zhvillimit të vendit tonë - ndërtimi i kujdesshëm i ligjit, rast pas rasti, dhe kjo mund të jetë edhe historia e zhvillimit të Kosovës.

Teknikisht, stare decisis fuqimisht inkurajon gjykatat e ulëta për të ndjekur vendimet e gjykatave më të larta, duke e ngritur të njëjtën çështje në rrethana të ngjashme. Një gjykatë nuk është e detyruar të ndjekë vendimet e tjera të së njëjtës gjykatë, por këtyre vendimeve i jepet një peshë e madhe, dhe shpeshherë rregullat e gjykatës i obligojnë gjyqtarët që rastet e mëvonshme të ndjekin rastet paraprake.

Por si gjyqtarë ne kemi një shkallë të fleksibilitetit: ne mund të dallojmë vendimin e mëhershëm nëse faktet na lejojnë për të bërë këtë, dhe ne mund të shkruajmë qëndrime duke shpresuar për të bindur një gjykatë më të lartë se vendimi paraprak ishte i pasaktë.

Gjykata Supreme, edhe pse përpiqet fuqishëm për të treguar se gjithmonë thjesht ndërton mbi precedentët e Gjykatës, nganjëherë ndryshon mendjen e saj, dhe mund ta bëjë këtë, por është kufizuar kryesisht në korrigjimin e gabimeve të gjykatave të mëparshme.

Ndonjëherë vendimet e mëparshme thjesht bëhen jofunksionale nga ndryshimet në shoqëri dhe nganjëherë një vijë e gjatë e precedentëve të mëvonshme gradualisht ka dëmtuar themelet e një parimi juridik. Ne mendojmë se është më mirë që të jemi të saktë se sa në përputhje të përkryer. Por ne do të përpiqemi të shmangim kthesat e mprehta në rrugë që sjellin kaos në stabilitetin tonë.

Edhe pse rrjedh nga doktrina stare decisis, përdorimi i rasteve precedentë për të ndërtuar ligjin është një koncept më i gjerë dhe më pak kufizues. Kjo

është ana pozitive e stare decisis, nëse ju pajtoheni me mua për këtë.

Kjo traditë apo praktikë është ngulitur thellë në kulturën e profesionit tonë juridik dhe në gjyqësor, dhe kjo ndodh pa shumë reflektim nga ana e gjyqësorit.

Pra, si e përdorim ne precedentin? Unë do t'ju jap shembuj të rasteve pas pak, por së pari më lejoni të përshkruaj procesin. Avokatët në paraqitjet e tyre para një gjykate e gjejnë rastin precedentë që ata besojnë se e mbështet rezultatin që ata e avokojnë për klientin e tyre, qoftë qeverinë, një individ, një biznes privat ose një të pandehur penal.

Gjyqtari i studion këto raste dhe ndoshta të tjerat që janë të rëndësishme për vendimin në një rast apo një çështje në një rast. Pastaj fillon një proces shumë të kujdesshëm të arsytimit të vendimit duke iu referuar ligjit dhe vendimeve të mëparshme. Mund të ketë një rast paraprak të një gjykate të lartë me të njëjtën çështje dhe fakte të njëjta ose të ngjashme - në qoftë se është kështu, studimi është kryesisht i kryer dhe vendimi është i arsytuar.

Pjesën më të madhe të kohës kjo nuk është edhe aq e lehtë. Çështjet mund të jenë pak më të ndryshme, faktet kyçe mund të jenë të ndryshme. Rezultati mund të jetë një vendim me shkrim që është i bazuar në analogji me rastet e ngjashme, rastet që dallohen për shkak të fakteve apo çështjeve të ndryshme, dhe në disa raste, një vështrim mbrapa në zhvillimin e ligjit për të parë nëse kjo jep të dhëna për të zgjidhur një rast.

Ashtu si gjyqtari Cardozo ka thënë: "precedentët. . . fiksojnë pikën e nisjes nga e cila fillon puna e gjyqtarit."<sup>2</sup>

Shpesh çështja është të përcaktohet shtrirja e një parimi juridik. Kuptimi i parimit mund të varet nga një përcaktim i asaj se cilat fakte do të konsiderohen të ngjashme me ato që kanë ekzistuar gjatë formimit të parimit. Sa të ngjashme dhe sa ndryshme janë faktet? A duhet përdorur analogjinë apo dallimin? Kjo është puna e gjyqtarit në Amerikë.

Shpesh, ka raste në të cilat parimet e mëdha kushtetuese përplasen dhe puna e gjyqtarit është për të përcaktuar se cili nga këto vlen. Amendamenti i parë ose të drejtat e komunitetit? Bastisja dhe sekuestrimi apo privatësia?

Në një nga rastet që kam përfaqësuar para Gjykatës Supreme të Shteteve të Bashkuara<sup>3</sup>, në vitin 1989, e drejta e privatësisë e një gruaje për abort u përplas me të drejtat ligjore tradicionale prindërore në një rast që shqyrtoi kushtetutshmërinë e një ligji shtetëror i cili kërkonte që prindërit të njoftohen para se një femër e mitur mund të abortojë. Si zëvendës prokuror i përgjith-

2 Benjamin N. Cardozo, Natyra e procesit gjyqësor 20 (1921)

3 Hodgson kundër Minnesota, 497 U.S. 417 (1990).

shëm, unë e mbrojta ligjin, dhe e kam përqendruar argumentin tim mbi atë se pse e drejta prindërore duhej të respektohet. Të dyja doktrinat juridike janë themeltare dhe bindëse, dhe ato drejtpërsëdrejti garuan në këtë rast.

Ndonjëherë faktet e rasti bërtasin për ndihmë, por një gjyqtar mund të jetë i shqetësuar në lidhje me efektin që vendimi mund ta ketë si precedent. Kjo do të shkaktojë që një mendim të hartohet ngushtë, në mënyrë që të bëhet precedent vetëm për një grup të ngushtë të rrethanave. Kjo është ajo që ndodh kur themi “faktet e këqija e bëjnë ligjin e keq.” Në situata të tjera, nuk ka nevojë për të hartuar një mendim të ngushtë, mendimi i gjerë është i kënaqshëm, sepse parimi është i themeluar mirë dhe mendimi nuk është duke e zgjeruar atë.

Ne mendojmë për paralajmërimin e gjyqtarit Powell se: “respektimi i vendimeve të marra është çelësi për ruajtjen e një gjyqësori të pavarur dhe respektit publik për rolin e gjyqësorit si një kujdestar i të drejtave.”

Ne nuk i shohim precedentët si rregulla dhe kjo është një dallim i rëndësishëm. Rregullat janë lehtë të zbatueshme dhe ato janë shumë të parashikueshme. Zbatimi i tyre është më objektiv dhe perspektiva e një vendimarrësi ka më pak të ngjarë të ndikojë në rezultat. Por rregullat kanë defektet e virtyeteve të tyre. Ato mund të jenë të padrejta për rastet kufitare. Kjo është ngurtësia që nuk përshtatet gjithmonë brenda një sistemi të drejtë juridik.

Precedentët në fakt janë udhëzime dhe parime. Ato, së bashku me fjalët e një kushtetute, sigurojnë një kornizë të qëndrueshme për një sistem juridik. Stabiliteti dhe koherenca dhe parashikueshmëria janë të rëndësishme, por po ashtu edhe fleksibiliteti për të lejuar shkujdesjen dhe rritjen, së bashku me një shoqëri të pjekur dhe të modernizuar.

Dhe është gatishmëria e gjyqtarëve të nënshtrohen urtësisë të paraardhësve të tyre ajo që transformon një gjykatë nga një koleksion i gjyqtarëve individual në një institucion që është i aftë për të ndërtuar një trup të vazhdueshëm të ligjit, në vend se lexime të njëhershme që shpejt humben në histori.

Një nga gjyqtarët më të famshëm tanë, Oliver Wendell Holmes, e tha shumë mirë para më se një shekulli: jeta e ligjit nuk ka qenë logjika, por përvoja.<sup>4</sup>

Rastet që kanë ndodhur përpara na japin arsyen tonë për të zgjidhur mosmarrëveshjet e sotme. Dhe kjo është historia e zhvillimit të një shteti.

Le të shikojmë disa raste nga Gjykata Evropiane e të Drejtave të Njeriut dhe të shohim se si gjykata është duke e përdorur precedentin për të ndërtuar një trup të ligjit të zbatueshëm në të gjithë kontinentin.

4 Holmes, E drejta Zakonore 1 (Little, Brown & Co. ed. 1949) (1881).



## 1. *Maslov kundër Austrisë*<sup>5</sup>

Ankuesi pretendoi shkelje të Nenit 8 të Konventës për Mbrojtjen e të Drejtave të Njeriut dhe Lirive Themelore (“Konventa”) të bazuar në një urdhër të përjashtimit kundër tij dhe dëbimit të tij nga Austria në Bullgari. Ankuesi ishte 19 vjeçar në kohën e urdhrin për përjashtim dhe dëbimi; familja e tij kishte ardhur në Austri nga Bullgaria, kur ankuesi ishte gjashtë vjeç, dhe familja ka vazhduar të jetojë në Austri, kur ankuesi u dëbua në vendin e tij të origjinës, Bullgari.

Para GJEDNJ, ankuesi argumentoi se neni 8 i Konventës ndalon dëbimin e tij, por Neni 8 flet vetëm në terma të përgjithshme rreth një “të drejtë për respektimin e jetës private dhe familjare të dikujt”. Ankuesi tërhoqi vëmendjen e Gjykatës në një vendim të fundit të GJEDNJ<sup>6</sup> në të cilin Gjykata ka përshkruar kriteret përkatëse që duhet të merren parasysh gjatë përcaktimit nëse dëbimi shkel nenin 8 të Konventës. Në vendimin e saj në *Maslov*, Gjykata ka numëruar kriteret nga Üner dhe i ka zbatuar ato për situatën e *Maslov-it*, duke gjetur se neni 8 i Konventës është shkelur në rastin *Maslov*, pasi që shumica e kritereve nga Üner peshonte kundër dëbimit.

Üner nuk ishte hera e parë që GJEDNJ kishte zhvilluar kritere për ti marrë në konsideratë për shkelje të nenit 8, megjithatë, në Üner, GJEDNJ u bazua në disa raste të mëparshme në të cilat Gjykata kishte gjetur kritere të ndryshme përkatëse në përcaktimin e shkeljes së nenit 8.<sup>7</sup> Nëpërmjet përdorimit të precedent brenda përafërsisht 15 viteve, GJEDNJ kishte zhvilluar një sërë kriteresh për shkelje të nenit 8 të Konventës për Mbrojtjen e të Drejtave të Njeriut dhe Lirive Themelore. Edhe pse kriteret nuk paraqiten në tekstin e Konventës, kriteret e ndërtuara përmes precedentëve ishin të dobishme për Gjykatën për të zbatuar Nenin 8 në një mënyrë të qëndrueshme për çdo rast të një ankuesi të ri.

## 2. *Ramirez Sanchez kundër Francës*<sup>8</sup>

Ankuesi ishte hetuar në lidhje me një seri të sulmeve terroriste në Francë në fillim të viteve 1990, dhe iu dha një dënim me vdekje në vitin 1997 për vrasjen e dy oficerëve të policisë. Ai ishte vendosur në qeli vetmie për shkak të shqetësimeve se ai ishte duke e “minuar. . . rendin dhe disiplinën në burg” dhe se ekzistonte “nevoja për të parandaluar komunikimin me një ose më

5 Maslov kundër Austrisë ([GC]no. 1638/03, ECHR 2008-...).

6 Üner kundër Holandës ([GC], no. 46410/99, ECHR 2006-...).

7 Shih Üner, § 57.

8 Ramirez Sanchez kundër Francës, ([GC], no. 59450/00, ECHR 2006-...).

shumë të burgosur tjerë.” Vetmia ku ai mbahej ishte një qeli prej 6,84 metër katror, ku ai kalonte 22 orë në ditë, me vizita vetëm nga avokatët dhe një prift, dhe gazetat dhe televizioni ishin të vetmet aktivitete rekreative të ankuesit, përveç shëtitjes së përditshme prej dy orë në një zonë të mbyllur. Ankuesi pretendoi se qeveria nuk kishte dhënë prova konkrete për të treguar se ai ishte mjaft i rrezikshëm për të merituar izolim në vetmi. Ankuesi gjithashtu pretendonte se ka pasur kufizime të palejueshme në vizitat nga avokatët e tij dhe se ai ka vuajtur nga alergjitë e organeve të frymëmarrjes dhe të lëkurës, si dhe nga diabeti dhe cikle të ndërprera të gjumit, për shkak të trajtimit që kishte marrë në vetmi.

Në GJEDNJ, ankuesi argumentoi se kushtet e izolimit të tij në vetmi shkelin nenin 3 të Konventës për Mbrojtjen e të Drejtave të Njeriut dhe Lirive Themelore (“Konventa”), i cili thotë: “Askush nuk mund t’i nënshtrohet torturës ose trajtimit apo dënimit çnjerëzor ose degradues.” Vlerësimi i GJEDNJ-së për trajtimin “çnjerëzor” dhe “degradues” në *Ramirez Sanchez* u mbështet në një numër të precedentëve. Gjykata ka përkufizuar trajtimin “çnjerëzor” dhe “degradues,” duke cituar raste ku ato përkufizime janë përmbushur nga trajtimi i një të burgosuri.<sup>9</sup> GJEDNJ gjithashtu vuri në dukje në vendimin e saj në *Ramirez Sanchez* që disa kushte të tjera duhet të plotësohen për të gjetur një shkelje të nenit 3, për shembull, Gjykata shpjegoi se “[v] uajtja apo degradimi i përfshirë në çdo rast duhet të shkojnë përtej atij elementi të pashmangshëm të vuajtjes apo poshtëritimit lidhur me një formë të caktuar të trajtimit ose ndëshkimit legjitim.”<sup>10</sup> Gjykata pastaj përmendi katër raste që ilustrojnë këtë propozim.

Duke shqyrtuar secilën nga arsyet të cilat ankuesi i dha për trajtimin e tij si shkelje e nenit 3 të Konventës, Gjykata ka identifikuar raste paraprake nga KEDNJ që kanë përfshirë rrethana të ngjashme. Pas krahasimit të secilit prej argumenteve të ankuesit me rastet paraprake të KEDNJ, Gjykata ka konstatuar se ankuesi nuk kishte qenë objekt i trajtimit “çnjerëzor” ose “poshtëruës”. Për shkak se gjuha e Konventës (“çnjerëzor” dhe “poshtëruës”) ishte e paqartë dhe e hapur për interpretime të ndryshme, përdorimi i precedentit nga GJEDNJ për të forcuar vendosmërinë e saj në lidhje me rastin *Ramirez Sanchez* i dha kredibilitet përcaktimit përfundimtar të Gjykatës se neni 3 nuk ishte shkelur.

9 Shih *Ramirez Sanchez*, § 118.

10 See id., § 119.

### 3. *Mangouras kundër Spanjës* <sup>11</sup>

Ankuesi ishte kapiteni i një tankeri të naftës i cili u dëmtua dhe derdhi 70,000 ton naftë në oqean, duke ndotur rëndë bregdetin Atlantik të Kantabrias dhe Galicias. Ankuesi u arrestua nga një udhëheqës porti spanjoll, i cili e vendosi dorëzaninë për lirim të ankuesit në shumë prej tre milion euro për shkak të seriozitetit të veprës dhe faktit që ankuesi ishte shtetas i huaj (ai ishte shtetas grek), që e rriste rrezikun e arratisjes. Dorëzania u pagua 83 ditë me vonë nga kompania e cila e ka siguruar pronarin e anijes.

Në GJEDNJ, ankuesi argumentoi se dorëzania e tij ishte e tepruar dhe se rrethanat e tij personale nuk ishin marrë në konsideratë siç duhet, që sipas pretendimeve të tij ishte një shkelje e nenit 5 § 3 të Konventës për Mbrojtjen e të Drejtave të Njeriut dhe Lirive Themelore (“Konventa”). Neni 5 § 3 i garanton individëve të arrestuar të drejtën për “të çohet menjëherë përpara një gjyqtari ose një zyrtari tjetër të autorizuar me ligj për të ushtruar funksione gjyqësore dhe ka të drejtë të gjykohet brenda një afati të arsyeshëm ose të lirohet në gjykim e sipër. Lirimi mund të kushtëzohet me dhënien e garancive për t’u paraqitur në procesin gjyqësor.” Ankuesi ishte 67 vjeç në atë kohë, shtëpia dhe fëmijët e tij ishin në Greqi, dhe gjendja e tij financiare nuk i ka lejtonte atij të paguaj dorëzaninë prej 3 milion euro.<sup>12</sup>

Vendimi i GJEDNJ-së në *Mangouras* shpjegoi se gjykatat vendore janë të pozicionuara më mirë se sa gjykatësit ndërkombëtarë për të vlerësuar nivelin e duhur të dorëzansisë, por Gjykata ka numëruar disa faktorë që duhet të merren parasysh gjatë caktimit të dorëzansisë, duke përfshirë edhe gjendjen financiare të akuzuarit. Gjykata citoi katër vendime paraprahe të KEDNJ mbi këtë pikë. GJEDNJ gjithashtu vuri në dukje, megjithatë, se Gjykata e konsideroi më parë rrezikun e arratisjes të jetë një nga faktorët kryesorë që duhet të merret parasysh gjatë përcaktimit të dorëzansisë, duke cituar një rast të mëparshëm të KEDNJ-së.

Edhe pse GJEDNJ ka gjetur se dorëzania në rastin *Mangouras* ishte e lartë dhe vuri në dukje se ankuesi nuk kanë kapacitet personal për të paguar atë, Gjykata gjithashtu vuri në dukje se interpretimi i nenit 5 § 3 të Konventës ka ndryshuar në fushën e krimeve mjedisore. Gjykata tërhoqi vëmendjen për nevojën për të marrë parasysh “realitetin e ri” rreth shqetësimeve në rritje në lidhje me krimet mjedisore.<sup>13</sup>

Përfundimisht, GJEDNJ përcaktoi se në *Mangouras* nuk pati shkelje të nenit 5 § 3, pasi që gjykata vendore, e cila e përcaktoi fillimisht dorëzaninë, në

11 *Mangouras v. Spain* ([GC], no. 12050/04, 2010-...)

12 *Shih Mangouras*, § 58.

13 *Shih id.*, § 87.

mënyrë të përshtatshme kishte peshuar natyrën e jashtëzakonshme të krimit mjedisor dhe revoltën publike në lidhje me këtë kundrejt gjendjes së kufizuar financiare të ankuesit. KEDNJ kishte zhvilluar më parë një trup të precedentit që lidhet me nenin 5 § 3, por rrethanat e reja kanë shkaktuar që Gjykata të zgjerojë atë në një drejtim të ri për një lloj të veçantë të rasteve. *Mangouras* tregon rrugën që gjykatat mund të mbështeten në dhe të shtojnë mbi precedentin për të ndërtuar një trup të ligjit i cili merr në konsideratë rrethanat që duhet të trajtohen ndryshe mirëpo në mënyrë parimore sipas ligjit të njëjtë.

#### 4. Guja kundër Moldavisë <sup>14</sup>

Në vitin 2002, katër oficerë policie në Moldavi kanë arrestuar dhjetë persona për vepra penale që lidhen me zgjedhjet parlamentare; Zyra e Prokurorit të Përgjithshëm më pas liroi të dyshuarit, pasi ata u ankuan për keqtrajtim në duart e oficerëve të policisë. Oficerët i shkruan letër Presidentit, Kryeministrit dhe Zëvendës Kryetarit të Parlamentit duke kërkuar mbrojtje nga ndjekja penale për veprimet e tyre. Në përgjigje, Zëvendës Kryetari i Parlamentit dhe Zëvendësministri në Ministrinë e Punëve të Brendshme i dërguan shënim Zyrës së Prokurorit të Përgjithshëm duke sfiduar integritetin e Zyrës. Shënimet ishin bërë në letër zyrtare, por nuk u shënuan si konfidenciale.

Në atë kohë, ankuesi ishte Shef i Departamentit për shtyp të Zyrës së Prokurorit të Përgjithshëm në Chişinău, Moldavi. Kur procedura penale kundër policëve u stopua pas deklaratave të mbështetjes nga ana e Presidentit, ankuesi i dërgoi shënimet e marra nga zëvendës kryetari dhe zëvendës ministri në një gazetë. Ankuesi u shkarkua pasi që i pranoi Prokurorit të Përgjithshëm që ai i kishte dërguar shënimet për gazetën.

Në GJEDNJ, ankuesi argumentoi se shkarkimi i tij nga Zyra e Prokurorit të Përgjithshëm për shkak të publikimit të shënimeve ishte një shkelje e të drejtës së tij për lirinë e shprehjes sipas nenit 10 të Konventës për Mbrojtjen e të Drejtave të Njeriut dhe Lirive Themelore ("Konventa"). Gjykata vërejtë në fillim të analizës ligjore në *Guja* se kjo ishte një pyetje e re, pasi që Gjykata më herët "nuk ishte marrë me rastet ku një nëpunës civil publikisht ka zbuluar një informacion të brendshëm."<sup>15</sup>

Megjithatë, Gjykata vuri në dukje se disa raste të mëparshme para GJEDNJ-së kishin përfshirë zbulimin e informacionit në rrethana të ndryshme. Gjykata gjithashtu përmendi disa raste duke përcaktuar faktorët që duhet marrë në konsideratë gjatë balancimit të lirisë së shprehjes dhe interesit publik në informacion të veçantë kundrejt detyrës së besnikërisë dhe konfidencialitetit

14 *Guja v. Moldova* ([GC], no. 14277/04, 2008-...).

15 See *Guja*, § 72.

që lidh nëpunësit civilë. Pas aplikimit të faktorëve të ndryshëm balancues (për shembull, nëse individi ka pasur një mundësi tjetër, më diskrete për të adresuar shqetësimet e tij ose të saj se sa bërja publike e informacionit privat) dhe duke shpjeguar se si faktorët përshtaten së bashku, Gjykata arriti në përfundimin se veprimet e ankuesit ishin të arsyeshme dhe se shkarkimi i tij ishte një shkelje e nenit 10 të Konventës.

Përkundër situatës unike të paraqitur nga ky rast, Gjykata ishte në gjendje të përdor precedentët nga fushat e ndërlidhura për të aplikuar nenin 10 ndaj këtyre rrethanave të reja. Duke bërë kështu, Gjykata e përdori precedentin për të ndërtuar ligjin rreth nenit 10 dhe zbulimit të informacionit.

\* \* \* \* \*

Tani dëshiroj të theksoj qasjen e kujdesshme, afat-gjatë, hap-pas-hapi për ndërtimin e ligjit nëpërmjet precedentëve që është karakteristikë e Gjykatës Supreme të Shteteve të Bashkuara:

## 1. Veprimet afirmative

Ka pasur katër raste të mëdha të veprimit afirmativ në kontekstin e arsimit gjatë 35 viteve të fundit.<sup>16</sup> Çdo rast ka shtuar në trupin e precedentit në lidhje jo vetëm për racën dhe arsimin, por edhe për racën dhe punësimin,<sup>17</sup> si dhe qeverisjen e shkollës më gjerësisht. Kushtetuta është tejet e paqartë për çështjen e racës, dhe Gjykata Supreme është dashur të mbështetet në këtë trup në rritje të precedentit për të marrë vendimet në lidhje me sfidat e reja në fushën e racës dhe të arsimit.

Pluralizmi i thyer i prodhuar nga gjyqtarët në *Regjentët e Universitetit të Kalifornisë kundër Bakke* tregon kompleksitetin e kësaj fushe të ligjit. Duke shpallur vendimin e Gjykatës, gjyqtari Powell shpjegoi se Gjykata e interpretoi Amendamentin e Katërmëdhjetë, por shumica e qëndrimit të Powell ishte e dedikuar analizës së gjerë të trupit të precedentit që tashmë ekzistonte në lidhje me racën dhe Amendamentin e Katërmëdhjetë.<sup>18</sup> Edhe pse

16 Shih *Regjentët e Univ. të Kal. kundër Bakke*, 438 U.S. 265 (1978); *Grutter kundër Bollinger*, 539 U.S. 306 (2003); *Gratz kundër Bollinger*, 539 U.S. 244 (2003); *Parents Involved in Cmty. Schs. kundër Seattle Sch. Dist. No. 1*, 551 U.S. 701 (2007).

17 Në mes të rasteve të veprimit afirmativ të *Bakke* dhe *City of Richmond kundër J.A. Croson Co.*, 488 U.S. 469 (1989), Gjykata Supreme ka vendosur tetë raste të veprimit afirmativ, shtatë nga të cilat u mbështetën në një element të *Bakke* në qëndrimin e Gjykatës. Shih Eric A. Tilles, *Mësimet nga Bakke: Efekti i Grutter në veprimin afirmativ në punësim*, 6 U. Pa. J. Lab. & Emp. L. 451, 453-54 (2004).

18 Powell citon një numër të rasteve historike të Gjykatës Supreme, të cilat janë shqyr-

gjyqtarët nuk mund të tregojnë për ndonjë tekst në Kushtetutë i cili thotë që përdorimi i kuotave racore në pranimet në shkollë mjekësore ishte përdorimi i palejueshëm i klasifikimeve racore, Gjykata mund të mbështetej në precedent për të aplikuar tekstin e Kushtetutës në këtë situatë të re.

*Bakke* gjithashtu ka shtuar mbi atë trup të precedentit, kështu që kur Gjykata vendosi dy raste të Universitetit të Miçiganit 25 vjet më vonë në vitin 2003, Gjykata kishte një kuadër për vlerësimin e përdorimit të ndryshëm të racës në regjistrime në arsim të mesëm. Duke konsideruar politikat e Universitetit të Miçigan në nivelin para-universitar dhe ato të Fakultetit Juridik në dritën e *Bakke*, Gjykata Supreme ka konstatuar se politika e Fakultetit Juridik për ta bërë racën “një faktor në mesin e shumëve” ishte kushtetutshmërisht lejueshme,<sup>19</sup> por sistemi bazuar në pikë i institucionit para-universitar që i cili e bën racën faktor “vendimtar” nuk ishte.<sup>20</sup>

Katër vjet pas *Grutter dhe Gratz*, Gjykata dëgjoi një tjetër rast të veprimit afirmativ, kësaj radhe duke përfshirë një politikë të shkollës fillore.<sup>21</sup> Gjykata citoi *Bakke, Grutter, dhe Gratz*, duke zgjeruar vendimet në këto raste për të adresuar si një politikë të re ashtu dhe një nivel të ndryshëm të arsimimit. Duke përdorur precedentin për të ndërtuar këtë fushë të ligjit, Gjykata i ka dhënë udhëzime jo vetëm gjykatave në të ardhmen, por edhe për aktorët jashtë-gjyqësore (si drejtorët e pranimit të universitetit apo mbikëqyrësit e shkollës), të cilët janë duke u përpjekur të kuptojnë se si të jenë në përputhje me një ligj në dukje të paqartë.

Edhe pse Gjykata Supreme ka shpenzuar 35 vjet duke punuar në pyetjen nëse dhe si raca duhet të merret parasysh kur është fjala për pranimet në arsim, ato 35 vjet përfaqësojnë vetëm një pjesë të kohës që Gjykata Supreme ka kaluar duke u ndeshur me rolin e racës në arsim në përgjithësi. Pas vendimit në rastin *Prindërit e përfshirë* në vitin 2007, ekziston një mendim i përhapur se akoma nuk e kemi dëgjuar fjalën përfundimtare të Gjykatës mbi parametrat e përdorimit të duhur dhe kushtetues të veprimit afirmativ. Megjithatë, herën tjetër që Gjykata Supreme dëgjon një rast të veprimit

---

tuar në periudhën gati 100 vjeçare nga vendimi i Gjykatës në vitin 1880 në rastin *Strauder kundër West Virginia*, 100 U.S. 303 (1880), deri në vendimin e Gjykatës në rastin e ndarjes në shkollat e Detroitit në *Milliken kundër Bradley*, 418 U.S. 717 (1974). Powell po ashtu citon raste të rëndësishme si *Plessy kundër Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896); *United States kundër Carolene Prods. Co.*, 304 U.S. 144 (1938); *Korematsu kundër United States*, 323 U.S. 214 (1944); *Shelley kundër Kraemer*, 334 U.S. 1 (1948); dhe *Brown kundër Bd. of Educ.*, 347 U.S. 483 (1954).

19 Shih *Grutter kundër Bollinger*, 539 U.S. 306, 340 (2003).

20 Shih *Gratz kundër Bollinger*, 539 U.S. 244, 272 (2003).

21 Shih *Parents Involved in Cmty. Schs. kundër Seattle Sch. Dist. No. 1*, 551 U.S. 701 (2007).

afirmativ, gjyqtarët, për dalim nga hera e kaluar, do të kenë si mbështetje një trup më të madh të precedentit, dhe ata do të vazhdojnë të ndërtojnë këtë fushë juridike për të ardhmen.

## 2. Dënimi me vdekje dhe dënimi mizor dhe i pazakonshëm

Gjykata Supreme ka punuar për një shekull e gjysmë për të artikuluar rrethanat në të cilat dënimi me vdekje përputhet me Amendamentin e Tetë. Teksti i Amendamentit të Tetë, i cili ndalon shkaktimin e “dënimeve mizore dhe të pazakonta,” i ka ofruar Gjykatës pak udhëzime në këtë përpjekje. Gjuha e Amendamentit “nuk është e ndjeshme ndaj përcaktimit të saktë”<sup>22</sup> dhe nuk përcakton konkretisht se cilat ndëshkime janë të lejueshme. Në vend të kësaj, e fton Gjykatën për rivlerësimin e kushtetutshmërisë së dënimeve në dritën e zhvillimeve historike.

Gjykata Supreme në periudha të caktuara e ka ri-vizituar çështjen nëse dënimi me vdekje është mizor dhe i pazakontë, duke ndërtuar një trup të precedentit që reflekton ndryshimet në normat dhe opinionin publik në të gjithë historinë e kombit tonë. Një metaforë që mund të jetë e dobishme për të përshkruar jurisprudencën e Gjykatës Supreme për dënimin me vdekje është ngasja e një automjeti në autostradë. Kursi i autostradës është vendosur nga historia. Gjykata Supreme është vozitësi, vazhdimisht duke bërë ndryshime të vogla sipas kushteve të rrugës dhe herë pas here duke u detyruar të reagojë në një kthesë të mprehtë.

Gjatë shekullit të nëntëmbëdhjetë dhe gjysmës së parë të shekullit të njëzetë, Gjykata nuk kishte dyshime në lidhje me shpalljen e dënimit me vdekje si një mjet i përshtatshëm i ndëshkimit për “vepra penale kapitale.”<sup>23</sup> Duke filluar me Gjykatën Warren, Gjykata Supreme ngadalë filloi të ndryshojë qëndrimin e saj mbi dënimin mizor dhe të pazakontë përmes precedentit. Gjykata shpjegoi, “[F]jalët e Amendamentit [të Tetë] nuk janë të sakta, dhe. . . shtrirja e tyre nuk është statike. Amendamenti duhet të nxjerrë kuptimin e tij nga standardet e mirësjelljes në zhvillim që shënojnë përparimin e një shoqërie të pjekur.”<sup>24</sup>

22 Furman v. Georgia, 408 U.S. 238 (1972) (Brennan, J., concurring).

23 Edhe pse Gjykata shprehu rezervime rreth metodave të ekzekutimit si janë djegia për së gjalli e të burgosurve për tradhti, Gjykata çiltërsisht aprovoi pushkatimin si mjet i ekzekutimit të burgosurve të dënuar për vrasje dhe dezertim nga ushtria. Shih Wilkerson kundër Utah, 99 U.S. 130, 133-36 (1878). Gjykata po ashtu e ka vërtetuar përdorimin e dënimit me vdekje në rastet e kidnapimit (shih Robinson kundër United States, 324 U.S. 282 (1945)), krimet e luftës (shih Ex parte Quirin, 317 U.S. 1 (1942)), dhe nxitjes së rebelimit (shih Herndon kundër Lowry, 301 U.S. 242 (1937)).

24 Trop kundër Dulles, 356 U.S. 86, 100-101 (1958).

Gjatë dyzet viteve të fundit, Gjykata Supreme ka bërë shumë shtesa në trupin e precedentit përreth dënimit me vdekje. Në kundërshtim me vendimet e shekullit nëntëmbëdhjetë dhe në fillim të shekullit të njëzetë, rastet gjatë dyzet viteve të fundit kanë rezultuar shpesh në identifikimin nga Gjykata Supreme të rrethanave në të cilat dënimi me vdekje përbën ndëshkim mizor dhe të pazakontë.<sup>25</sup> Edhe kur Gjykata Supreme ka marrë një vendim gjithëpërfshirës në *Furman kundër Gjorgjisë* që liroi më shumë se 600 dënime me vdekje, Gjykata nuk e përfundoi hetimin e saj për kushtetutshmërinë e dënimit me vdekje.<sup>26</sup> Gjykata dëgjoi një seri të rasteve të dënimit me vdekje gjatë pesë viteve pas *Furman* që sqaroi dhe ngushtoi ndalesën e Gjykatës mbi ligjet diskrecionale të dënimit me vdekje.<sup>27</sup> Duke bërë kështu, gjykata ka vazhduar për të bërë ndryshime të vogla në këtë fushë juridike, përmes precedentit.

Me kalimin e kohës, Gjykata Supreme ka zhvilluar një metodë mjaft standarde për vlerësimin e rasteve të dënimit me vdekje, dhe Gjykata në çdo mandat vazhdon të shqyrtojë disa raste që përfshijnë çështjet e dënimit me vdekje.<sup>28</sup> Gatishmëria e Gjykatës për të bërë ndryshime në këtë fushë përmes precedentit sugjeron që Gjykata do të vazhdojë të ndërtojë ligjin në këtë fushë edhe në të ardhmen.

\*\*\*\*\*

Siç e kemi diskutuar këto dy ditë, Kosova po ashtu ndërton edhe në konceptin e ndjekjes së rasteve precedentë në dokumentin e saj themelor, Kushtetutën.

Duke ju falënderuar Ahtisaarit, fushëveprimi i gjerë i nenit 22 i bën tetë marrëveshje ndërkombëtare të zbatueshme drejtpërdrejt në Kosovë, duke i dhënë përparësi mbi ligjet vendore.

25 Shih, p.sh., Ford kundër Wainwright, 477 U.S. 399 (1986) (që ndalon ekzekutimin e të çmendurit); Atkins kundër Virginia, 536 U.S. 304 (2002) (që gjeti se përdorimi i dënimit me vdekje kundër personit me të meta mendore shkel Amendamentin e Tetë); Roper kundër Simmons, 543 U.S. 551 (2005) (që ndalon dënimin me vdekje për kryesit që në momentin e kryerjes nuk i kanë mbushur tetëmbëdhjetë vjet); Coker kundër Georgia, 433 U.S. 584 (1977) (që mban dënimin me vdekje si mizor dhe të pazakontë për rastet e dhunimit).

26 Shih Rachel E. Barkow, Gjykatë e Jetës dhe e Vdekjes: Dy rrugët e dënimeve kushtetuese dhe rasti për uniformitet, 107 Mich. L. Rev. 1145, 1151 n.18, 1152-53 (2009).

27 Shih, p.sh., Woodson kundër North Carolina, 428 U.S. 280 (1976) (mendim pluralist); Roberts kundër Louisiana, 428 U.S. 325 (1976); Jurek kundër Texas, 428 U.S. 262 (1976); Proffitt kundër Florida, 428 U.S. 242 (1976); Gregg kundër Georgia, 428 U.S. 153 (1976).

28 Shih Douglas A. Berman, Humbje kapitale e kohës?, 34 Ohio N.U. L. Rev. 861, 868-69 (2008).



Dhe neni 53 kërkon që të drejtat dhe liritë themelore në Kushtetutë duhet të interpretohen në përputhje me vendimet e Gjykatës Evropiane për të Drejtat e Njeriut.

Dhe si më e rëndësishme, neni 116 i bën vendimet e Gjykatës Kushtetuese të detyrueshme për gjyqësorin dhe të gjithë personat dhe institucionet në Kosovë.

Tani unë pranoj se e kam hartuar atë dispozitë të Kushtetutës dhe unë besoj se kjo jo vetëm që e bën vendimin e Gjykatës Kushtetuese përfundimtar, por ajo gjithashtu e bën parimin e artikuluar në vendim një precedent për vendimet e ardhshme. Nuk ka kuptim që çështjet të ri-gjykohen pa pushim. Dhe gjyqësori do të ketë detyrë të analizojë vendimin, dhe të aplikojë analogjinë apo dallimin, ashtu si gjyqtarët Amerikanë bëjnë çdo ditë me precedentët.

\* \* \* \* \*

Në përfundim të vërejtjeve të mia sot, në qoftë se nuk ju kam bindur, nëpërmjet shembujve, se përdorimi i rasteve precedentë për të ndërtuar ligjin është një ide e shëndoshë, më lejoni të ju jap një listë të arsyeve pse shfrytëzimi i precedentëve është i rëndësishëm për të ardhmen e Kosovës.

Së pari, arsyeja më praktike është **efikasiteti**.<sup>29</sup> Shumë kohë dhe probleme mund të kursehen duke u mbështetur në vendimet e mëparshme të gjykatave në rrethana të ngjashme.

E dyta, është **parashikueshmëria**. Sistemit juridik dhe komunitetit të biznesit që mbështetet në gjyqësorin për mbrojtjen e interesave të tyre i duhet parashikueshmëria. Pa rezultate të parashikueshme ligjore, ju lehtë mund të bieni në kaos - me një efekt të dëmshëm për investime. Çfarë ju mbetet nga kjo është thjesht një seri e rezultateve të palidhura.

Së treti, dhe lidhur me këtë, është premisa se mbështetja në precedent luan një rol të madh në **shmangien e kontesteve dhe lehtësimin e zgjidhjes së kontesteve**. Rezultatet e procesit gjyqësor mund të parashikohen paraprakisht dhe më lehtë arrihet te zgjidhja.

Së katërti, si gjyqtarë, ne përfitojmë nga mbështetja në precedentë, të cilat i obligojnë gjykatësit e ardhshëm të respektojnë vendimet tona, duke **zgjerruar ndikimin tonë në ligj**.<sup>30</sup> Kur si gjyqtarë ne ndjekim arsyetimin e rasteve të mëparshme, secili prej nesh merr udhëzime nga e kaluara dhe jep udhëzime

29 Shih Daniel A. Farber, Sundimi i së drejtës dhe e drejta e precedentëve, 90 Minn. L. Rev. 1173, 1177 (2006).

30 Shih Oona A. Hathaway, Varshmëria në ligj: Rruga dhe modeli i ndryshimit në sistemin e të drejtës zakonore, 86 Iowa L. Rev. 601, 625 (2001).

për të ardhmen në vendimet tona.<sup>31</sup>

Së pesti, dhe lidhur me këtë, është fakti se mbështetja në precedent zvogëlon **ngarkesën e punës tonë**. Ne nuk duhet të fillojmë nga fillimi në çdo rast të ri, ekziston një trup i ligjit i cili i jep kornizë punës tonë, dhe avokatët e dinë se si të artikulojnë argumentet e tyre. Ata nuk kanë nevojë për ri-shqyrtuar pyetjet themelore. Ne mund të arrijmë zgjidhje shumë më të shpejtë të rasteve.

Së gjashti, në Amerikë, ne mund të injorojmë precedentin - nuk ka asnjë rregull kundër kësaj - por ne bëjmë kështu në rrezikun tonë, pasi që me gjasë vendimi ynë do të priset, duke e privuar vendimin tonë nga çdo efekt juridik dhe duke e **zvogëluar ndikimin tonë**. Është shumë më e sigurt për çdo gjyqtar të mbështetet në një trup të jurisprudencës.<sup>32</sup>

Së shtati, pa doktrina të themeluara juridike, mendoj se është e pamundur që të ketë një **diskutim koherent** në lidhje me një rast. Avokatët atëherë kufizohen për të bërë argumente politike morale, të cilat janë interesante, por argumentet e tilla rrallë ndihmojnë në zgjidhjen e një rasti. Një sistem që respekton precedentin i sjell koherencë ligjit.

Së teti, **përrulësia** është një fjalë e mirë për të përdorur këtu. Si gjyqtarë, është arrogante të supozojmë se vetëm ne kemi qasje në urtësi. Urtësia dhe vendimet e mençura vijnë nga vendimmarrja kolektive në të gjithë spektrin e rasteve. Respekti për vendimmarrësit e mëparshëm është shumë i rëndësishëm.<sup>33</sup>

Së nënti, dhe e lidhur shumë për temën tonë të përgjithshme të të drejtave të njeriut, është që nga respektimi i një trupi të arsyetuar të jurisprudencës, në arrijmë një **trajtim shumë më të barabartë** të atyre që vijnë para nesh. Përndryshe, rezultatet mund të jenë arbitrare dhe me të vërtetë, të pamoralshme.

Së dhjeti, një sistem që respekton precedentin imponon një **disiplinë dhe përgjegjësi** të mirë mbi gjyqtarët në vendimmarrje. Ne e dimë se vendimet tona do të funksionojnë si precedent për raste të tjera. Ne jemi të shtyrë në një formë më të mirë të neutralitetit pasi që hartojmë vendime për të ardhmen dhe ne duhet të jetojmë me arsyetimin tonë.

Së njëmbëdhjeti, dhe në fund, unë do të doja të sugjeroj që përdorimi i rasteve precedentë për të ndërtuar një trup koherent të jurisprudencës mund të sjellë **legjitimitet dhe respekt** të madh për gjyqësorin, ky Kryetari i Gjykatës Supreme Marshall e arriti këtë qëllim 200 vjet më parë në Amerikë. Përpjekja e tij e përbashkët për zhvillimin e jurisprudencës të Gjykatës Supreme për

31 Shih Farber, supra note 29, në 1179.

32 Shih Hathaway, supra note 30.

33 Shih Farber, supra note 29, në 1178.

një periudhë tridhjetë vjeçare ka ndikuar fuqishëm në pushtetin e Gjykatës Supreme për shumë gjenerata.

Janë dy nocione të lidhura këtu. Njëra është se duke përdorur vendimet gjyqësore si autoritet, në vend se ligjit apo produkteve tjera të degëve ekzekutive dhe legjislativë, ju vendosni **pavarësinë e gjyqësorit** dhe ndërtoni mbështetje për gjyqësorin. Dhe së dyti, mbështetja në vendimet e mëparshme mund të ndihmojë për të adresuar zërat e njerëzve që thjesht pretendojnë se vendimet gjyqësore janë rezultat i **korrupsionit**. Legjitimiteti dhe respekti janë të rëndësishme në ndërtimin e një demokracie. Shembulli i Kryetarit Marshall është një shembull i mirë.

Në mbyllje, unë do të kthehem në fjalët e gjyqtarit të Gjykatës Supreme, gjyqtarit Harlan i cili tha:

Duke respektuar precedentët, ne i japim publikut një udhëzues të qartë, i ndihmojmë individët të planifikojnë punët e tyre, ne arrijmë gjykim të shpejtë, dhe adresojmë domosdoshmërinë e ruajtjes së besimit publik në sistemin gjyqësor, si një burim i vendimit të arsyetuar dhe jo personal.

Qëllimet e denja në një demokraci moderne. Blloqet e ndërtimit të një themeli të shëndoshë dhe të qëndrueshëm për të ardhmen.

Sudija John R Tunheim<sup>34</sup>

## KORIŠĆENJE PRESEDANA U STVARANJU PRAVA

Predsedniče Hasani i članovi Ustavnog suda, glavni sudijo Dejvis, sudije, tužioci i advokati.

Danas nameravam da sa vama pričam o korišćenju slučajeva presedana u izgradnji prava. Ovo je prelomno vreme na Kosovu, pošto vaše temeljne institucije, kao što je Ustavi sud, sada rastu i razvijaju se.

Izgradnja i stvaranje zakona kroz pažljivo korišćenje slučajeva presedana važni su iz mnogo razloga – razmišljajte o tome kao o izgradnji temelja za veliku crkvu ili hram ili veliku džamiju. Građevina bi se mogla srušiti tokom oluje ako temelj nije čvrst. A niz predmeta i slučajeva gde se svaki gradi na onome šta je prethodilo, u suštini predstavlja komplet cigala u temelju.

Danas ćemo se pažljivo pozabaviti korišćenjem slučajeva presedana u izgradnji zakona, i zapitaćemo se šta to zaista znači? Odakle ovo dolazi? Da li je to isto kao latinska fraza „stare decisis“? Kako se slučajevi presedana koriste u Sjedinjenim Državama? Koja odredba Kosovskog Ustava nalaže njihovu upotrebu?

Potom ćemo ispitati jedan broj slučajeva iz Evropskog Suda za ljudska prava da bismo lepo prikazali kako taj sud koristi presedane u gradnji svoje jurisprudencije, a onda ćemo se osvrnuti na nekoliko oblasti prava u Vrhovnom sudu SAD koji jasno pokazuju kako koristiti slučajeve presedana da bi se postepeno stvaralo pravo tokom dugog perioda vremena.

Najzad, pričaću i o razlozima zašto je od životne važnosti da se koriste slučajevi presedana u izgradnji prava na Kosovu – da se obezbedi snažan temelj u pravu za novu državu koju gradite, ciglu po ciglu.

Počaćemo sa osvrtom na staru doktrinu iz koje je poteklo korišćenje slučajeva presedana.

---

34 Sudija Okružnog suda Sjedinjenih Država, okrug Minesota, SAD. Autor želi da zahvali Cali Cope-Kasten, saradnici i studentkinji, za pomoć i istraživanja.

*“stare decisis et non quieta movere.”*

## ZNAČENJE

*“Neka odluke stoje i nemojte komešati stvari koje su već sređene.”*

Po mom mišljenju, korišćenje slučajeva presedana u izgradnji prava jeste mnogo šira i fleksibilnija doktrina nego stare decisis, ali mi imamo nameru da ove pojmove koristimo naizmenično.

Pošto je Kosovo novo i tek se razvija, bilo bi od pomoći da bacimo jedan kratak pogled unazad na prve godine Američke Republike.

*Stare decisis* potiče još iz engleskog običajnog prava koja je osnova za naš američki pravni sistem. Iako mi imamo dobro praktikovano običajno pravo, većina naših zakona danas razvijena je najpre kroz statute – na koje mi primenjujemo iste tehnike analize i gradnju slučajeva kao što to činimo i sa pitanjima običajnog prava. Običajno i statutarno pravo postoje i razvijaju se jedno uz drugo, i često služe da jedno drugo dodatno informišu.

Kontinentalni sistem, po mom gledanju, nije preterano različit – mada je usredsređen na statutaru primenu na bazi pojedinačnih slučajeva, mnoge odluke su racionalne i razumne i teži se tome da budu adekvatno propraćene i u drugim slučajevima. A sam razvoj i početak evropskih ustavnih sudova, pre nekih devedeset godina, čije su odluke često obavezujuće za niže sudove, još je više približio ova dva pomenuta sistema.

Tako smo mi u Americi nasledili sistem običajnog prava u našem kolonijalnom periodu, ali ustavno tumačenje u ranim godinama naše republike bilo je veoma nov koncept. Naš Vrhovni sud bio je na početku u velikoj meri nebitan, i ostao je takav sve do 30-godišnjeg vođstva glavnog sudije Džona Maršala, kada je počela da poprima svoj oblik početna borba za uspostavljanje našeg pravosuđa kao nezavisne, delotvorne i poštovane grane vlasti.

Dve doktrine su bile ključne:

1. Polaganje prava od strane Vrhovnog suda da razmatra ustavnost akta Kongresa – *Marbury v. Madison*, i
2. Razvijanje američke verzije stare decisis, što je donelo i stabilnost i fleksibilnost u tumačenju slučajeva.

Engleska poimanja stare *decisis* bila su u to vreme vrlo kruta – čak je i nekorektna odluka morala da se sledi. Prvi lideri naše zemlje su negativno reagovali na takvo poimanje, i otuda dolazi naša fleksibilnija verzija razvijenog stare *decisis*, sporo, naravno, i ne bez grešaka ili pogrešnih koraka.

Ali ove dve doktrine, uz mudre ljude, doprinele su da se izvede jedna izvanredna transformacija u našim početnim godinama, koja je naše pravosuđe učinila nezavisnom, poštovanom i stabilnom granom vlasti, kakva je i danas. Na mnogo načina, to je priča o razvoju naše nacije – pažljivo građenje prava, slučaj po slučaj, a ovo može biti takođe i priča o razvoju Kosova.

Tehnički, stare *decisis* snažno podstiče i ohrabruje niže sudove da slede odluke viših sudova kada se radi o istim pitanjima pod sličnim okolnostima. Sud nije obavezan da sledi druge odluke istog suda, ali ovim odlukama je data velika težina, i često sudska pravila obavezuju sudije koje se bave novim slučajevima da to učine sledeći i poštujući one prethodne.

Ali, kao sudije, mi posedujemo izvesnu fleksibilnost: mi možemo praviti razliku u odnosu na ranije odluke ukoliko nam činjenice dozvoljavaju da to činimo, i mi možemo pisati mišljenja u nadi da ćemo uveriti viši sud da prethodna odluka nije bila korektna.

Vrhovni sud, mada se snažno trudi da pokaže da uvek nastavlja gradnju na presedanima suda, ponekad se predomisli, i to sme da čini, ali je ovo u velikoj meri ograničeno na ispravljanje grešaka prethodnih sudova.

Ponekad ranije odluke jednostavno postanu neizvodljive zbog promena u društvu i ponekad dugačak niz uzastopnih presedana postepeno potkopa temelje pravnog principa. Mi mislimo da je bolje biti korektan nego savršeno dosledan. Ali, mi ipak pokušavamo da izbegnemo nagla skretanja na putu, jer to unosi haos u našu stabilnost.

Mada dolazi iz doktrine stare *decisis*, korišćenje slučajeva presedana za izgradnju prava je koncept koji je širi i koji manje ograničava. To je pozitivna strana doktrine stare *decisis*, ako se slažete sa mnom.

Ova tradicija ili praksa je duboko usađena u kulturu naše pravničke profesije i u pravosuđe, i ona se odvija i bez da pravosuđe preterano razmišlja o tome.

Dakle, kako koristimo presedane? Ja ću vam ubrzo dati primere slučajeva, ali molim vas, dozvolite mi da prvo opišem proces. Advokati u svom nastupanju pred sudom nalaze slučajeve presedana za koje veruju da podržavaju ishod za koji se oni zalažu u ime svog klijenta, bilo da je klijent Vlada, pojedinac, privatni biznis ili neko ko je krivično optužen.

Sudija istražuje ove slučajeve i možda neke druge koji su relevantni za odlučivanje o predmetu ili o određenom pitanju u okviru predmeta. Potom

počinje veoma pažljiv proces obrazlaganja odluke pozivanjem na zakon kako je iskazano u pisanim statutima i u ranijim odlukama. Može postojati i prethodni slučaj višeg suda sa istom temom i sa istim ili sličnim činjenicama – ukoliko je tako, istraživanje je u velikoj meri već obavljeno i odluka obrazložena.

Ovo najčešće ne ide tako lako. Pitanja mogu biti pomalo različita, ključne činjenice mogu biti različite. Rezultat može biti pisana odluka koja je zasnovana na analogiji sa sličnim slučajevima, slučajevima koji se ističu i razlikuju zbog različitih činjenica ili pitanja, a u nekim slučajevima se i pogleda unazad u razvoj prava da se vidi da li to može da izrodi neki ključ za razrešenje slučaja.

Sudija Kardoza je rekao: “presedani... utvrđuju polaznu tačku od koje započinje rad sudije.”<sup>35</sup>

Često je pitanje u tome da se definiše opseg pravnog principa. Značenje principa može da zavisi od utvrđivanja koje činjenice će biti smatrane sličnim onima koje su postojale kada je princip prvi put proglašen. Koliko su činjenice slične, a koliko se razlikuju? Analogija ili razlikovanje? To je posao američkog sudije.

Postoje često slučajevi u kojima se veliki ustavni principi sudaraju i posao sudije je da utvrdi koji od njih će se primenjivati. Prvi amandman ili prava zajednica? Pretres i zaplena ili privatnost?

U jednom od slučajeva koje sam raspravljao pred Vrhovnim sudom Sjedinjenih Američkih Država<sup>36</sup>, 1989. godine, privatno pravo jedne žene na abortus sukobilo se sa tradicionalnim roditeljskim zakonskim pravima u slučaju koji je preispitivao ustavnost državnog zakona koji je zahtevao da roditelji budu obavešteni pre nego što maloletnoj ženi može da se izvrši abortus. Kao zamenik glavnog tužioca, ja sam branio zakon, i usredsredio sam svoju argumentaciju na to zašto je potrebno poštovati roditeljska prava. Ove pravne doktrine predstavljaju osnovu i obavezujuće su, i one su se direktno nadmetale u ovom slučaju.

Ponekad činjenice slučaja prosto izvikuju rešenje, ali sudija mora uvek da se zapita o uticaju koji će njegova odluka imati u smislu presedana. Ovo će biti razlog da mišljenje bude vrlo precizno sačinjeno, tako da postaje presedan samo za veoma uzak splet okolnosti. To je ono što se dešava kada kažemo „loše činjenice čine loš zakon“. U drugim situacijama nema potrebe da se posebno kroji neko usko određeno mišljenje, širi stav je zadovoljavajući, jer je princip dobro postavljen i ovo mišljenje ga ne proširuje dalje.

Mi razmišljamo o upozorenju sudije Pauela: „Poštovanje jednom donetih

35 Benjamin N. Cardozo, *The Nature of the Judicial Process* 20 (1921)

36 *Hodgson v. Minnesota*, 497 U.S. 417 (1990).

odluka jeste ključ za očuvanje nezavisnog pravosuđa i poštovanje građana prema ulozi pravosuđa kao čuvara prava.“

Mi ne vidimo presedane kao pravila i to je vrlo važna distinkcija. Pravila je lako primenjivati i ona su veoma predvidiva. Njihova primena je objektivnija i perspektiva onoga koji donosi odluke će teže da utiče na ishod. Ali, prava imaju i nedostatke u svojim vrlinama. Ona mogu biti nepravična u slučajevima koji su „na ivici“. Ovo je krutost koja se ne uklapa uvek u pravičan pravni sistem.

Presedani su, sa druge strane, smernice i principi. Oni, uz reč ustava, pružaju stabilan okvir za pravni sistem. Stabilnost, doslednost i prevedljivost jesu ključni, ali takođe i fleksibilnost da se omogući poboljšanje i rast, zajedno sa društvom koje sazreva i modernizuje se.

A dobra volja sudija da se upute na mudrost svojih prethodnika jeste ono što transformiše sud iz zbira pojedinačnih sudija u instituciju koja je sposobna da izgradi trajnu pravnu građu, radije nego jednokratno štivo koje brzo nestaje u istoriji.

Jedan od naših najslavnijih sudija, Oliver Wendel Holmes, vrlo je lepo rekao pre oko sto godina: život prava nije logika, to je iskustvo.<sup>37</sup>

Slučajevi koji su prethodno postojali daju nam osnove da razrešavamo današnje sporove. A u tome je i priča o razvoju nacije.

Hajde da pogledamo nekoliko predmeta iz Evropskog Suda za ljudska prava i da vidimo kako taj sud koristi presedane da izgradi zakonsku građu koja je primenjiva širom kontinenta.

## 1. *Maslov v. Austria*<sup>38</sup>

Aplikant je naveo kršenje člana 8 Konvencije o zaštiti ljudskih prava i fundamentalnih sloboda („Konvencija“) po osnovu naredbe o isključenju protiv njega i njegovog proterivanja iz Austrije u Bugarsku. Aplikant je u vreme naredbe o njegovom isključivanju i deportaciji imao 19 godina; njegova porodica se doselila u Austriju iz Bugarske kada je on imao 6 godina, i porodica je nastavila da živi u Austriji i kada je aplikant bio deportovan u svoju zemlju porekla, Bugarsku.

Pred ECLJP (Evropski Sud za ljudska prava), aplikant je naveo da član 8 Konvencije zabranjuje njegovu deportaciju, ali član 8 govori samo u širem smislu o „pravu da se poštuje (nečiji) privatni i porodični život.“ Aplikant je

37 Holmes, Običajno pravo 1 (Little, Brown & Co. ed. 1949) (1881).

38 Maslov v. Austria ([GC]br. 1638/03, ECLJP 2008-...).



skrenuo pažnju sudu na nedavnu odluku ECLJP<sup>39</sup> u kojoj je sud ocrtao relevantne kriterijume koji treba da budu uzeti u obzir kada se odlučuje o tome da li je isključivanje prekršilo član 8 Konvencije. U svojoj odluci u slučaju *Maslov*, sud je naveo kriterijume iz slučaja *Üner* i primenio ih na situaciju Maslova, nalazeći da je član 8 Konvencije bio prekršen u slučaju Maslova zbog mnoštva kriterijuma iz slučaja *Üner* koji su pretezali na stranu protiv isključivanja.

*Üner*, međutim, nije bio prvi slučaj kada je ECLJP izradio kriterijume za razmatranje kršenja člana 8. U predmetu *Üner*, ECLJP se poslužio prethodnim slučajevima ECLJP-a u kojima je sud nalazio različite kriterijume koji su relevantni za utvrđivanje kršenja člana 8.<sup>40</sup> Kroz upotrebu presedana koja se proteže kroz otprilike 15 godina, ECLJP je izradio niz kriterijuma za kršenje člana 8 Konvencije o zaštiti ljudskih prava i fundamentalnih sloboda. Iako se nijedan kriterijum ne pojavljuje u tekstu Konvencije, kriterijumi izgrađeni kroz presedane bili su korisni za sud da primenjuje član 8 na slučaj svakog novog aplikanta na jedan dosledan način.

## 2. *Ramirez Sanchez v. Francuska*<sup>41</sup>

Aplikant je ispitivan u vezi sa nizom terorističkih napada u Francuskoj u ranim devedesetim godinama 20. veka i dobio je 1997. kaznu doživotnog zatvora zbog ubistva dva policajca. Smešten je u samicu zbog zabrinutosti da on „podriva... poredak i disciplinu u zatvoru“ i da postoji „potreba da se spreči komunikacija sa jednim ili više drugih zatvorenika.“ Boravak u samici podrazumevao je boravak u 6.84 kvadratna metra tokom 22 sata dnevno, gde su posete dozvoljene samo advokatima i svešteniku, uz štampu i televiziju koji su bili jedina rekreaciona aktivnost aplikanta pored dvosatne dnevne šetnje u zatvorenom prostoru. Aplikant je tvrdio da Vlada nije iznela konkretan dokaz koji pokazuje da je on dovoljno opasan da bi zaslužio smeštaj u samici. Aplikant je takođe tvrdio da je bilo nedopustivih ograničenja poseta za njegove advokate i da je patio od disajnih i kožnih alergija, kao i od dijabetesa i poremećaja ciklusa spavanja, sve zbog tretmana koji je imao u samici.

Pred ECLJP, aplikant je izneo da su uslovi njegovog boravka u samici prekršili član 3 Konvencije o zaštiti ljudskih prava i fundamentalnih sloboda („Konvencija“), gde se kaže: „Niko ne sme biti podvrgnut torturi ili nehumanom ili degradirajućem tretmanu ili kažnjavanju“. Ocena ECLJP-a o „nehumanom“ i „degradirajućem“ tretmanu u slučaju *Ramirez Sanchez* oslanjala se na mnoštvo presedana. Sud je definisao „nehumano“ i „degradirajuće“,

39 *Üner v. the Netherlands* ([GC], br. 46410/99, ECLJP 2006-...).

40 Vidi *Üner*, § 57.

41 *Ramirez Sanchez v France*, ([GC], br. 59450/00, ECLJP 2006-...).

navodeći slučajeve gde su ove definicije bile zadovoljene tretmanom zatvorenika.<sup>42</sup> ECLJP je takođe u svojoj odluci u predmetu *Ramirez Sanchez* istakao da nekoliko drugih uslova treba da bude ispunjeno da bi se utvrdilo kršenje člana 3; na primer, sud je rekao da „patnja ili ponižavanje moraju u svakom slučaju da idu dalje od neizbežnog elementa patnje ili ponižavanja koji je povezan sa datom formom zakonskog tretmana ili kazne.”<sup>43</sup> Sud je potom naveo četiri slučaja koji ilustruju takav stav.

Prolazeći kroz svaki od razloga koje je aplikant naveo kao razloge zašto je njegov tretman prekršio član 3 Konvencije, sud je identifikovao prethodne slučajeve ECLJP-a koji sadrže slične okolnosti. Nakon poređenja svakog od aplikantovih argumenata sa prethodnim slučajevima ECLJP-a, sud je utvrdio da aplikant nije bio podvrgnut „nehumanom“ ili „degradirajućem“ tretmanu. Zbog jezika Konvencije („nehuman“ i „degradirajući“) koji je maglovit i otvoren za različita tumačenja, korišćenje presedana od strane ECLJP-a da bi ojačao svoj stav u vezi sa slučajem *Ramirez Sanchez* daje kredibilitet konačnoj odluci suda da član 3 nije bio prekršen.

### 3. *Mangouras v. Španija*<sup>44</sup>

Aplikant je bio kapetan naftnog tankera koji je doživeo oštećenje i izlio 70.000 tona nafte u okean, teško zagađujući Atlansku obalu Kantabrije i Galicije. Aplikanta je uhapsila španska lučka uprava, koja je utvrdila kauciju za njega u iznosu od 3 miliona evra zbog ozbiljnosti počinjenog dela i zbog činjenice da je on bio strani državljanin (bio je građanin Grčke), što je povećavalo rizik od bekstva. Kauciju je 83 dana kasnije položila kompanija koja osigurava vlasnika broda.

Pred ECLJP-om, aplikant je naveo da je njegova kaucija bila preterano visoka i njegove lične okolnosti nisu bile prikladno uzete u razmatranje, što je on smatrao za kršenje člana 5 § 3 Konvencije o zaštiti ljudskih prava i fundamentalnih sloboda („Konvencija“). Član 5 § 3 garantuje uhapšenim licima pravo „da budu blagovremeno izvedeni pred sudiju ili drugog ovlašćenog predstavnika zakona koji izvršava sudsku vlast i da imaju pravo na suđenje u razumnom roku ili na puštanje na slobodu do suđenja. Puštanje na slobodu može biti uslovljeno garancijom pojavljivanja na sudu“. Aplikant je u to vreme imao 67 godina, njegov dom i deca bili su u Grčkoj, i njegova finansijska situacija nije mu omogućavala da može da plati kauciju u iznosu od 3 miliona evra.<sup>45</sup>

42 Vidi *Ramirez Sanchez*, § 118.

43 Vidi id., § 119.

44 *Mangouras v. Spain* ([GC], no. 12050/04, 2010-...)

45 Vidi *Mangouras*, § 58.

Odluka ECLJP-a u slučaju *Mangouras* objasnila je da se domaći sudovi nalaze u boljoj poziciji od međunarodnih sudija prilikom ocenjivanja prikladnog nivoa iznosa kaucije, ali je sud naveo nekoliko faktora koji moraju biti uzeti u razmatranje kada se utvrđuje iznos kaucije, ubrajajući tu i finansijska sredstva optuženog. Sud je naveo četiri prethodne odluke ECLJP-a u ovom smislu. ECLJP je takođe, međutim, naveo da je rizik od bekstva bio jedan od glavnih faktora koji je trebalo da budu uzeti u obzir kada se utvrđuje kaucija, pozivajući se na još jedan raniji predmet ECLJP-a.

Mada je ECLJP zaključio da je kaucija previsoka u *Mangourasovom* slučaju i naveo je da aplikant nije imao lični kapacitet da plati tu kauciju, sud je takođe istakao da se tumačenje člana 5 § 3 Konvencije menjalo u oblasti krivičnih dela u vezi sa životnom sredinom. Sud je skrenuo pažnju na potrebu da se u obzir uzmu „nove realnosti“ koje okružuju rastuću zabrinutost koja se povezuje sa prekršajima u odnosu na životnu sredinu.<sup>46</sup>

Na kraju, ECLJP je u slučaju *Mangouras* odlučio da član 5 § 3 nije bio prekršen, zato što je domaći sud prvobitno utvrdio kauciju tako što je prikladno odmerio izuzetnu prirodu ekološkog prekršaja i snažnu reakciju javnosti u odnosu na to delo, a sve to u odnosu na ograničena finansijska sredstva aplikanta. ECLJP je prethodno izradio jedan broj presedana koji se odnose na član 5 § 3, ali nove okolnosti su bile razlog da sud proširi taj materijal presedana u novom pravcu zbog specifične vrste predmeta. *Mangouras* pokazuje način na koji se sudovi mogu i oslanjati i dodavati presedane da bi izgradili pravnu materiju koja uzima u obzir okolnosti koje treba tretirati različito, ali ipak na principijelan način po istom zakonu.

#### 4. *Guja v. Moldavija*<sup>47</sup>

Godine 2002, četiri policajca u Moldaviji uhapsili su deset lica zbog krivičnih dela u vezi sa parlamentarnim izborima; Kancelarija glavnog tužioca je potom oslobodila osumnjičene nakon što su se oni žalili na loš tretman od strane policajaca. Policajci su pisali pisma predsedniku, premijeru i zameniku predsednika skupštine, tražeći zaštitu od optužnice za njihova dela. U odgovoru, zamenik predsednika skupštine i zamenik ministra iz Ministarstva unutrašnjih poslova poslali su pismene napomene Kancelariji generalnog tužioca kojima se dovodi u pitanje integritet te kancelarije. Te beleške bile su na papiru koji je imao službeno zaglavlje i nisu bile označene kao poverljive.

U to vreme, aplikant je bio šef odeljenja za štampu u Kancelariji generalnog tužioca u Kišinjevu, u Moldaviji. Kada je krivični postupak protiv policijskih

46 Vidi id., § 87.

47 *Guja v. Moldova* ([GC], br. 14277/04, 2008-...).

službenika obustavljen nakon iskaza podrške od strane predsednika države, aplikant je poslao medijima i štampi beleške koje je dobio od zamenika predsednika skupštine i zamenika ministra. Nakon što je priznao generalnom tužiocu da je on poslao te beleške novinama, aplikant je bio otpušten.

Pred ECRH, aplikant je tvrdio da je njegovo otpuštanje iz Kancelarije generalnog tužioca zbog toga što je beleške učinio dostupnim javnosti predstavljalo kršenje njegovog prava na slobodu izražavanja po članu 10 Konvencije o zaštiti ljudskih prava i fundamentalnih sloboda („Konvencija“). Sud je naveo na početku svoje pravne analize u predmetu *Guja* da je ovo novo pitanje, pošto sud nikada ranije nije „morao da se bavi slučajevima gde je javni službenik obelodanio internu informaciju pred javnošću“. <sup>48</sup>

Međutim, sud je naveo da je nekoliko prethodnih slučajeva pred ECLJP obuhvatalo obelodanjivanje informacija pod različitim okolnostima. Sud je takođe naveo nekoliko slučajeva koji ocrtavaju faktore koje treba razmatrati u odmeravanju ravnoteže između slobode izražavanja i javnog interesa u odnosu na konkretnu informaciju, i sa druge strane dužnosti, lojalnosti i poverljivosti koje obavezuju javne službenike. Nakon primene različitih faktora balansa (na primer, da li je pojedinac imao druga, diskretnija sredstva da iskaže svoju zabrinutost osim da privatne informacije preda javnosti) i objašnjavajući kako se svi ti faktori međusobno uklapaju, sud je doneo zaključak da su dela aplikanta bila opravdana i da njegovo otpuštanje predstavlja kršenje člana 10 Konvencije.

Uprkos jedinstvenoj situaciji koju je izneo ovaj slučaj, sud je bio u stanju da koristi presedane iz sličnih oblasti kako bi primenio član 10 na ove nove okolnosti. Čineći ovako, sud se angažovao u korišćenju presedana da bi izgradio materiju zakona koja se bavi članom 10 i obelodanjivanjem informacija.

\*\*\*\*\*

Sada bih želeo da istaknem pažljiv, dugoročan, korak-po-korak pristup stvaranju i izgradnji prava kroz presedane koji je karakterističan za Vrhovni sud Sjedinjenih Američkih Država:

## 1. Afirmativna akcija

Postojala su četiri veća slučaja afirmativne akcije u kontekstu obrazovanja tokom prethodnih 35 godina.<sup>49</sup> Svaki slučaj je nešto dodao materiji prese-

48 Vidi *Guja*, § 72.

49 Vidi *Regents of the Univ. of Cal. v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978); *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306 (2003); *Gratz v. Bollinger*, 539 U.S. 244 (2003); *Parents Involved in Cmty. Schs.*

dana koja se odnosi ne samo na rasu i obrazovanje, već takođe i na rasu i zapošljavanje,<sup>50</sup> kao i šire gledano na upravljanje školama. Ustav je zloglasno maglovit po pitanjima rase, i Vrhovni sud je morao u velikoj meri da se oslanja na svoju rastuću količinu materije presedana da bi doneo odluke u vezi sa novim izazovima u oblasti rase i obrazovanja.

Razdeljena pluralnost koju su napravile sudije u predmetu *Regents of University of California v. Bakke* pokazuje složenost ove oblasti prava. Objavljujući presudu suda, sudija Pauele objasnio je da je sud tumačio 14. amandman, ali većina Paueleovog mišljenja bila je posvećena analizi opširne materije i količine presedana koji su već postojali u vezi sa rasom i 14. amandmanom.<sup>51</sup> Iako sudije nisu mogle da upere prst ni u kakav tekst u Ustavu koji govori o rasnim kvotama prilikom prijema u medicinske škole i o tome da je nedozvoljena upotreba rasnih klasifikacija, sud je ipak mogao da se poziva na presedane kako bi primenio tekst Ustava na ovu novu situaciju.

*Bakke* je takođe uvećao tu materiju presedana, tako da kada je sud odlučivao o paru slučajeva na Univerzitetu Mičigen 25 godina kasnije, 2003. godine, sud je imao okvir za vrednovanje različitih načina korišćenja kriterijuma rase prilikom upisa u sekundarno obrazovanje. Uzimajući u obzir politiku pravnog fakulteta i Univerziteta u Mičigenu u svetlu slučaja *Bakke*, Vrhovni sud je utvrdio da politika pravnog fakulteta koja rasu čini „jednim od mnogih faktora“, je ustavno dopustiva,<sup>52</sup> ali sistem obrazovne institucije koji je baziran na poenima i koji je rasu učinio „odlučujućim“ faktorom nije dopustiv.<sup>53</sup>

Četiri godine nakon *Grutter* i *Gratz*, sud je saslušao još jedan slučaj afirmativne akcije; ovog puta se radilo o politici osnovne škole.<sup>54</sup> Sud je naveo *Bakke*, *Grutter*, i *Gratz*, proširujući odluke u ovim slučajevima kako bi se bavile i novom politikom i drugačijim nivoom obrazovanja. Korišćenjem

---

v. Seattle Sch. Dist. No. 1, 551 U.S. 701 (2007).

50 Između prekretnica u slučajevima afirmativne akcije kao što su *Bakke* and *City of Richmond v. J.A. Croson Co.*, 488 U.S. 469 (1989), Vrhovni sud je odlučio o 8 slučajeva afirmativne akcije, od kojih se sedam oslanjalo na element mišljenja suda iz predmeta *Bakke*. Vidi Eric A. Tilles, *Lessons from Bakke: The Effect of Grutter on Affirmative Action in Employment*, 6 U. Pa. J. Lab. & Emp. L. 451, 453-54 (2004).

51 Powell navodi jedan broj najbitnih slučajeva Vrhovnog suda, koji se protežu skoro 100 godina od odluke suda iz 1880. od predmeta *Strauder v. West Virginia*, 100 U.S. 303 (1880), do njegovog predmeta odluke o školskoj segregaciji u *Milliken v. Bradley*, 418 U.S. 717 (1974). Powell takođe navodi veće slučajeve kao *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896); *United States v. Carolene Prods. Co.*, 304 U.S. 144 (1938); *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214 (1944); *Shelley v. Kraemer*, 334 U.S. 1 (1948); i *Brown v. Bd. of Educ.*, 347 U.S. 483 (1954).

52 Vidi *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306, 340 (2003).

53 Vidi *Gratz v. Bollinger*, 539 U.S. 244, 272 (2003).

54 Vidi *Parents Involved in Cmty. Schs. v. Seattle Sch. Dist. No. 1*, 551 U.S. 701 (2007).

presedana za gradnju ove oblasti prava, sud je pružio smernice ne samo za buduće sudove, već i za vansudske aktere (kao što su direktori za upis na univerzitete ili školski nadzornici) koji pokušavaju da razreše pitanje kako se uskladiti sa zakonom koji nije dovoljno jasan.

Iako je Vrhovni sud proveo 35 godina radeći na pitanju da li i kako rasa treba da bude uzimana u obzir kada se radi o upisu u obrazovne institucije, ovih 35 godina predstavlja samo deo vremena koje je Vrhovni sud posvetio bavljenju ulogom rase u obrazovanju u opštijem smislu. Nakon sudske odluke *Parents Involved* iz 2007. godine, postoji široka saglasnost da još nismo čuli zadnju reč suda o parametrima za prikladnu i ustavnu upotrebu afirmativne akcije. Međutim, kada sledeći put Vrhovni sud bude saslušavao neki slučaj afirmativne akcije, sudije će imati veću količinu materije presedana iz koje će moći da crpe argumente nego što je to bio slučaj poslednji put, i oni će nastaviti da dograđuju ovu oblast prava za budućnost.

## 2. Smrtna kazna i surovo i neuobičajeno kažnjavanje

Vrhovni sud je proveo jedan i po vek rada da bi artikulisao okolnosti pod kojima je smrtna kazna u skladu sa 8. amandmanom. Tekst 8. amandmana koji zabranjuje izvršenje „surovog i neuobičajenog kažnjavanja“ ponudio je sudu vrlo malo smernica u ovom poduhvatu. Jezik amandmana „nije podoban za preciznu definiciju“<sup>55</sup> i ne definiše konkretno koje vrste kažnjavanja su dopustive. Umesto toga, on poziva sud da ponovo proceni ustavnost kazni u svetlu istorijskog razvoja događaja.

Vrhovni sud je svakih nekoliko godina razmatrao pitanje da li je smrtna kazna surova i neuobičajena, gradeći tako materiju presedana koja oslikava promene u normama i javnom mnenju tokom istorije naše nacije. Metafora koja bi mogla biti korišćena za opisivanje jurisprudencije Vrhovnog suda u vezi sa smrtnom kaznom jeste automobil koji se vozi na autoputu. Tok autoputa je utvrđen istorijom. Vrhovni sud je vozač, koji konstantno čini male korekcije u vezi sa uslovima na putu, a povremeno je prinuđen i da reaguje na oštre krivine.

Tokom 19. veka i prve polovine 20. veka, sud nije imao problema da proglasi smrtnu kaznu prikladnim sredstvom kažnjavanja za „najteže zločine.“<sup>56</sup>

55 *Furman v. Georgia*, 408 U.S. 238 (1972) (Brennan, J., izdvojeno).

56 Iako je sud izrazio rezervisanost o metodama egzekucije kao što je spaljivanje živih osuđenika zbog izdaje, sud je iskreno odobrio streljanje kao način egzekucije za ubistvo sa predumišljajem ili ratno dezerterstvo. Vidi *Wilkerson v. Utah*, 99 U.S. 130, 133-36 (1878). Sud je takođe podržao primenu smrtno kazne u slučajevima sa kidnapovanjem (vidi *Robinson v. United States*, 324 U.S. 282 (1945)), ratnim zločinima (vidi *Ex parte Quirin*, 317 U.S. 1 (1942)), i podsticanjem pobune (vidi *Herndon v. Lowry*, 301 U.S. 242 (1937)).

Počev od Vorenovog suda, Vrhovni sud je polako krenuo da menja svoj stav o surovom i neuobičajenom kažnjavanju preko presedana. Sud je objasnio: „Tekst (osmog) amandmana nije precizan, i... njegov opseg nije statičan. Amandman mora da crpi svoje značenje iz evoluirajućih standarda pristojnosti koji označavaju napredak sazrevajućeg društva.”<sup>57</sup>

Tokom poslednjih 40 godina, Vrhovni Sud je načinio mnoge dodatke koji sačinjavaju materiju presedana koja se tiče smrtne kazne. Nasuprot odlukama iz 19. i ranog 20. veka, slučajevi tokom poslednjih 40 godina često su za rezultat imali to da Vrhovni sud identifikuje okolnosti u kojima smrtna kazna predstavlja surovo i neuobičajeno kažnjavanje.<sup>58</sup> Čak i kada je Vrhovni sud donosio odluke u slučaju *Furman v. Georgia* gde je obuhvaćeno više od 600 smrtnih kazni, sud nije završio svoje ispitivanje ustavnosti smrtnih kazni.<sup>59</sup> Sud je saslušao niz slučajeva smrtnih kazni tokom pet godina nakon slučaja *Furman* koji su pojasnili i suzili prostor suda za diskreciona pravila u vezi sa smrtnom kaznom.<sup>60</sup> Čineći ovako, sud je nastavio da čini male promene u ovoj oblasti zakona putem presedana.

Vremenom, Vrhovni sud je razvio prilično standardan metod ocenjivanja slučajeva smrtnih kazni, i sud nastavlja da razmatra više slučajeva koji obuhvataju pitanja smrtne kazne tokom svakog mandata.<sup>61</sup> Volja suda da pravi promene kroz presedane u ovoj oblasti govori da će sud verovatno nastaviti da izgrađuje pravo u ovoj oblasti i u vremenu koje dolazi.

\*\*\*\*\*

Kao što smo pričali ova dva dana, Kosovo takođe stvara i gradi na konceptu poštovanja slučajeva presedana u svom fundamentalnom dokumentu, Ustavu.

57 Trop v. Dulles, 356 U.S. 86, 100-101 (1958).

58 Vidi, e.g., Ford v. Wainwright, 477 U.S. 399 (1986) (zabrana egzekucije mentalno neuračunljivih); Atkins v. Virginia, 536 U.S. 304 (2002) (nalaz da primena smrtne kazne na mentalno retardiranim licima predstavlja kršenje 8. amandmana); Roper v. Simmons, 543 U.S. 551 (2005) (zabrana smrtne kazne za počiniocce koji su u vreme kada su izvršili delo bili mlađi od trinaest godina); Coker v. Georgia, 433 U.S. 584 (1977) (smatranje smrtne kazne surovom i neuobičajenom za silovanje).

59 Vidi Rachel E. Barkow, The Court of Life and Death: The Two Tracks of Constitutional Sentencing and the Case for Uniformity, 107 Mich. L. Rev. 1145, 1151 n.18, 1152-53 (2009).

60 Vidi, e.g., Woodson v. North Carolina, 428 U.S. 280 (1976) (mišljenje o pluralnosti); Roberts v. Louisiana, 428 U.S. 325 (1976); Jurek v. Texas, 428 U.S. 262 (1976); Proffitt v. Florida, 428 U.S. 242 (1976); Gregg v. Georgia, 428 U.S. 153 (1976).

61 Vidi Douglas A. Berman, A Capital Waste of Time?, 34 Ohio N.U. L. Rev. 861, 868-69 (2008).

Zahvaljujući Ahtisariju, široki zahvat člana 22 čini osam međunarodnih sporazuma direktno važećim na Kosovu, i oni time imaju prednost nad eventualno sukobljenim lokalnim zakonima.

I član 53 zahteva da fundamentalna prava i slobode u Ustavu budu tumačeni dosledno odlukama Evropskog suda za ljudska prava.

Takođe je važno, član 116 čini da odluke Ustavnog suda budu obavezujuće za pravosuđe i sva lica i institucije na Kosovu.

Sada priznajem da sam pisao tu odredbu Ustava i ja verujem da ona ne samo da čini odluku Ustavnog suda konačnom, već takođe čini ovaj princip artikulisanim prilikom odlučivanja o presedanu za buduće odluke. Nema smisla u ponovnom raspravljanju istih pitanja opet i opet. A na pravosuđu će biti da analizira odluke, da vrši analogije ili razlikovanja, kao što se američke sudije bave presedanima svakodnevno.

\* \* \* \* \*

Sada, dok zaokružujem svoje današnje izlaganje, ukoliko vas još nisam ubedio, preko primera, da korišćenje slučajeva presedana u izgradnji prava jeste vrlo zdrava ideja, dozvolite mi da vam dam jedan spisak razloga zašto korišćenje slučajeva presedana jeste važno za budućnost Kosova.

Prvo, najpraktičniji razlog jeste **efikasnost**.<sup>62</sup> Ovo štedi mnogo vremena i muke ako se oslanjamo na ranije sudske odluke u sličnim okolnostima.

Drugo, **predvidivost**. Pravni sistem i poslovni svet koji mogu da se oslanjaju na zaštitu pravosuđa u odnosu na njihove interese zahtevaju predvidljivost. Bez predvidljivih zakonskih rezultata, vi lako možete upasti u kaos, što ima vrlo negativan efekat na investiranje. Ono što vam tada preostaje jeste prosto niz nepovezanih ishoda.

Treće, i u vezi sa ovim, jeste premisa da oslanjanje da presedane igra veliku ulogu u **izbegavanju sukoba i olakšavanju dogovora prilikom sporova**. Rezultati tužbi mogu biti unapred predviđeni i razrešenja se lakše mogu postići.

Četvrto, kao sudije, mi imamo koristi od oslanjanja na presedane koji obavezuju buduće sudije da poštuju naše odluke, time **proširujući naš uticaj na pravo**.<sup>63</sup>

---

62 Vidi Daniel A. Farber, The Rule of Law and the Law of Precedents, 90 Minn. L. Rev. 1173, 1177 (2006).

63 Vidi Oona A. Hathaway, Path Dependence in the Law: The Course and Pattern of Change in a Common Law Legal System, 86 Iowa L. Rev. 601, 625 (2001).



Kada kao sudije mi sledimo obrazloženja prethodnih slučajeva, svako od nas preuzima smernice iz prošlosti i pruža smernice za budućnost kroz svoje odluke.<sup>64</sup>

Peto, i u vezi sa tim, jeste činjenica da oslanjanje na presedane  **smanjuje količinu našeg posla**. Ne moramo da započinjemo od samog početka svaki novi slučaj, postoji količina materije sudske prakse koja uokviruje naš rad, i pravnici znaju kako da slože svoje argumente. Oni nemaju potrebu da ponovno raspravljaju o osnovnim pitanjima. Možemo na ovaj način postići mnogo ekspeditivnije razrešavanje slučajeva.

Šesto, u Americi, mi možemo ignorisati presedan – ne postoji pravilo protiv toga – ali mi to činimo na sopstveni rizik, pošto ćemo verovatno biti opovrgnuti, lišavajući svoju odluku bilo kakvog pravnog efekta i  **smanjujući naš uticaj**. Mnogo je bezbednije za svakog sudiju da se oslanja na količinu materije sudske prakse.<sup>65</sup>

Sedmo, bez postavljenih pravnih doktrina, ja mislim da je nemoguće da se dođe do  **koherentne diskusije** o slučaju. Advokati su svedeni na to da daju argumentaciju o moralnoj politici, što jeste interesantno, ali ovakva argumentacija retko kada pomogne da se slučaj razreši. Sistem koji poštuje presedane donosi koherentnost i doslednost u pravo.

Osmo,  **poniznost** je dobra reč da se ovde iskoristi. Kao sudije, arogantno bi bilo da pretpostavljamo da jedino mi imamo pristup mudrosti. Mudrost i mudre odluke dolaze iz kolektivnog donošenja odluka širom čitave lepeze slučajeva. Poštovanje prethodnih donosilaca odluka je vrlo važno.<sup>66</sup>

Deveto, i u velikoj meri povezano sa našom generalnom temom ljudskih prava, jeste to što pridržavajući se obrazložene količine materije sudske prakse, mi postizemo mnogo više  **ravnopravan tretman** u odnosu na one koji su bili pre nas. Inače, rezultati bi bili arbitralni i realno nemoralni.

Deseto, sistem koji poštuje presedane nameće dobru  **disciplinu i odgovornost** na sudije prilikom donošenja odluka. Mi znamo da će naše odluke funkcionisati kao presedani za druge slučajeve. Mi smo gurnuti u bolju formu neutralnosti dok pišemo za budućnost, a moramo i živeti sa našim obrazloženjima.

Jedanaesto, i najzad, želeo bih da kažem da korišćenje slučajeva presedana u izgradnji koherentne materije sudske prakse može doneti veliki  **legitimitet i poštovanje** za pravosuđe, sudija Vrhovnog suda Maršal postigao je ovaj cilj u Americi pre 200 godina. Njegovi usklađeni naponi na razvoju sudske

64 Vidi Farber, supra note 29, at 1179.

65 Vidi Hathaway, supra note 30.

66 Vidi Farber, supra note 29, na 1178.

prakse Vrhovnog suda tokom 30-godišnjeg perioda imali su snažan uticaj na moć Vrhovnog suda tokom mnogih generacija.

Postoje još dve stvari ovde u vezi sa tim. Jedno je da korišćenjem sudskih odluka kao autoriteta, pre nego zakonskih akata ili drugih proizvoda izvršnog ili zakonodavnog ogranka vlasti, vi potvrđujete **pravosudnu nezavisnost** i izgrađujete podršku za pravosuđe. A drugo, oslanjanje na prethodne odluke može da ode daleko u rešavanju pritužbi ljudi koji jednostavno tvrde da su sudske odluke rezultat **korupcije**. Legitimitet i poštovanje važni su u izgradnji demokratije. Primer sudije Maršala je dobar primer.

Za kraj, vratiću se na reči sudije Vrhovnog suda Harlana koji je rekao:

Poštujući presedane, mi dajemo građanima jasnu smernicu, mi pomažemo pojedincima da planiraju svoje poslove, postizemo ekspeditivno odlučivanje, i bavimo se neophodnošću da održimo poverenje javnosti u pravosuđe koje predstavlja izvor nepristrasnih i racionalnih odluka.

Ovo su vredni ciljevi u modernoj demokratiji. Ovo su gradivne cigle zdravog i stabilnog temelja za budućnost.

Judge John R Tunheim<sup>67</sup>

## USING PRECEDENT TO BUILD THE LAW

President Hasani and members of the Constitutional Court, Chief Judge Davis, judges, prosecutors, and advocates.

I intend to discuss with you today the use of case precedents in building the law. This is a critical time in Kosovo as your fundamental institutions, like the Constitutional Court, are growing and developing.

Building of the law through careful use of case precedents is important for many reasons – think of it as building a foundation for large cathedral or temple or a grand mosque. The structure may crumble in a storm if the foundation is not strong. And a line of cases, each building upon what came first, is an essential set of bricks in the foundation.

Today, we are going to look carefully at the use of case precedents to build the law, and ask really what does it mean? Where did it come from? Is it the same as the Latin phrase “stare decisis?” How are case precedents utilized in the United States? What provisions of the Kosovo Constitution command its use?

Then we will examine a number of cases from the European Court on Human Rights to show well how that court is using precedents to build its jurisprudence, and then we will look at several areas of US Supreme Court law which clearly demonstrate how to use case precedents to gradually build the law over a long period of time.

Finally, I am going to discuss the reasons why it is vitally important to use case precedents to build the law in Kosovo – to provide a strong foundation in law for the new country you are building, brick by brick.

We start with reference to the ancient doctrine from which the use of case precedents sprang.

---

<sup>67</sup> United States District Judge, District of Minnesota, U.S.A. The author wishes to thank Cali Cope-Kasten, Extern and University of Michigan Law Student, for research assistance.

*“stare decisis et non quieta movere.”*

## MEANING

*“let the decision stand and do not disturb things which have been settled.”*

In my view, using case precedents to build the law is a much broader and more flexible doctrine than stare decisis, but we do tend to use the terms interchangeably.

Since Kosovo is new and developing, a short look back at the early years of the American Republic is helpful.

*Stare decisis* dates back to the English Common Law which is the basis for our American legal system. Although we have a well-practiced common law, much of our law today is developed initially through statutes – to which we apply the same techniques of analysis and case building as we do with common law questions. Common law and statutory law exist and develop side by side, and often inform each other.

The continental system, in my view, is not overly different – although focused on statutory application on an individualized case basis, many decisions are rational and reasonable and tend to be followed in other cases. And the development, beginning ninety years ago, of European Constitutional Courts, whose decisions are often binding on lower courts, brought the two systems even closer.

So in America, we inherited the common law system in our colonial period, but constitutional interpretation in the early years of our Republic was a very new concept. Our Supreme Court was largely irrelevant at first, and it was not until the 30-year stewardship of Chief Justice John Marshall, that the early struggles to establish our judiciary as an independent, effective and respected branch of government, began to take shape.

Two doctrines were key:

1. The claimed right by the Supreme Court to review the constitutionality of acts of Congress – *Marbury v. Madison*, and
2. The development of the American version of stare decisis which brought both a stability and a flexibility to case interpretations.

English notions of stare decisis were rigid at the time – even an incorrect decision had to be followed. The early leaders of our country reacted badly to that notion, and hence our more flexible version of stare decisis developed, slowly of course, and not without mistake or missteps.

But these two doctrines, and wise men, helped produce an extraordinary transformation in our formative years which made our judiciary the independent, respected stable branch of government that it is today. In many ways, it is the story of our nation's development – the careful building of the law, case by case, and it can be the story of Kosovo's development as well.

Technically, stare decisis strongly encourages inferior courts to follow decisions of superior courts raising the same issue under similar circumstances. A court is not obligated to follow other decisions of the same court, but those decisions are given great weight, and often court rules bind judges handling later cases to follow the earlier one.

But as judges we have some flexibility: we can distinguish the earlier decision if the facts permit us to do so, and we can write opinions hoping to convince a superior court that a prior decision was incorrect.

The Supreme Court, although it tries mightily to show that is always merely building on precedents of the Court, sometimes changes its mind and it can do so, but it is largely limited to correcting errors of earlier Courts.

Sometimes earlier decisions simply become unworkable by changes in society and sometimes a long line of subsequent precedents has gradually undermined the foundations of a legal principle. We think it is better to be correct than perfectly consistent. But we do try to avoid sharp turns in the road that bring chaos to our stability.

Although drawn from the stare decisis doctrine, the use of case precedents to build the law is a broader and less limiting concept. It is the positive side of stare decisis, if you are with me on that.

This tradition or practice is deeply embedded in the culture of our legal profession and the judiciary, and it takes place without much reflection by the judiciary.

So how do we use precedent? I will give you case examples in a moment, but first let me describe the process. Lawyers in their advocacy before a court find the case precedents that they believe support the result they advocate for their client, whether the government, an individual, a private business or a criminal defendant.

The judge researches these cases and perhaps others that are relevant in deciding a case or an issue in a case. Then begins a very careful process of

justifying the decision by reference to the law as expressed in statutes and in earlier decisions. There may be a prior case of a superior court with the same issue and the same or similar facts – if so, the research is largely over and the decision is justified.

Most of the time, it is not that easy. Issues may be slightly different, key facts might be different. The result may be a written decision that is based on analogies to similar cases, cases that are distinguished because of different facts or issues, and in some cases, a look back in the development of the law to see whether it yields clues to resolving a case.

As Justice Cardozo said: “precedents . . . fix the point of departure from which the labor of the judge begins.”<sup>68</sup>

Often the issue is to define the scope of a legal principle. The meaning of the principle may depend on a determination of what facts will be considered similar to those present when the principle was first announced. How similar and how different are the facts? Analogizing or distinguishing? This is the work of the American judge.

Often, there are cases in which great constitutional principles clash and the job of the judge is to determine which one applies. First amendment or community rights? Search and seizure or privacy?

In one of the cases that I argued before the United States Supreme Court<sup>69</sup>, in 1989, a woman’s privacy right to an abortion clashed with traditional parental legal rights in a case that examined the constitutionality of a state law requiring parents to be notified before a minor woman could obtain an abortion. As deputy attorney general, I defended the law, and focused my argument on why parental rights needed to be respected. Both legal doctrines are bedrock and compelling, and they competed directly in this case.

Sometimes the facts of the case cry out for relief, but a judge may be concerned about the precedential effect of the ruling. This will cause an opinion to be narrowly drafted, so that it becomes a precedent only for a very narrow set of circumstances. This is what happens when we say “bad facts make bad law.” In other situations, there is no need to tailor a narrow holding, a broader holding is satisfactory because the principle is well established and the opinion is not expanding it.

We think of Justice Powell’s warning that: “respect for decisions once made is a key to preservation of an independent judiciary and public respect to the judiciary’s role as a guardian of rights.”

---

68 Benjamin N. Cardozo, *The Nature of the Judicial Process* 20 (1921)

69 *Hodgson v. Minnesota*, 497 U.S. 417 (1990).

We do not see precedents as rules and that is an important distinction. Rules are easy to apply and they are highly predictable. Their application is more objective and the perspective of a decisionmaker is less likely to affect the outcome. But rules have the defects of their virtues. They may be unfair in borderline cases. This is rigidity that does not always fit within a fair legal system.

Precedents are instead, guidelines and principles. They, along with the words of a constitution, provide a stable framework for a legal system. Stability, coherence and predictability are key, but also the flexibility to allow improvisation and growth, along with a maturing and modernizing society.

And it is the willingness of judges to defer to their predecessors' wisdom that transforms a court from a collection of individual judges to an institution that is capable of building a continuing body of law, rather than one-time readings that are quickly lost to history.

One of our most famous Justices, Oliver Wendell Holmes, said it very well over a century ago: the life of the law has not been logic, it has been experience.<sup>70</sup>

The cases that have come before give us our rationale to resolve today's disputes. And it is the story of a nation's development.

Let's look at several cases from the European Court of Human Rights and see how that court is using precedent to building a body of law applicable throughout the continent.

### 1. ***Maslov v. Austria***<sup>71</sup>

The applicant alleged a violation of Article 8 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms ("the Convention") based on an exclusion order against him and his expulsion from Austria to Bulgaria. The applicant was 19 at the time of his expulsion order and deportation; his family had moved to Austria from Bulgaria when the applicant was six years old, and the family continued to live in Austria when the applicant was deported to his country of origin of Bulgaria.

Before the ECHR, the applicant argued that Article 8 of the Convention barred his deportation, but Article 8 only talks in broad terms about a "right to respect for [one's] private and family life." The applicant drew the Court's attention to a recent ECHR decision<sup>72</sup> in which the Court outlined relevant

---

70 Holmes, *The Common Law* 1 (Little, Brown & Co. ed. 1949) (1881).

71 *Maslov v. Austria* ([GC]no. 1638/03, ECHR 2008-...).

72 *Üner v. the Netherlands* ([GC], no. 46410/99, ECHR 2006-...).

criteria to be taken into account when determining whether an expulsion violated Article 8 of the Convention. In its decision in *Maslov*, the Court listed the criteria from *Üner* and applied them to Maslov's situation, finding that Article 8 of the Convention had been violated in Maslov's case because many of the criteria from *Üner* weighed against expulsion.

*Üner* was not the first time the ECHR had developed criteria to consider for an Article 8 violation, however. In *Üner*, the ECHR drew on several previous ECHR cases in which the Court had found various criteria relevant to an Article 8 violation determination.<sup>73</sup> Through the use of precedent spanning roughly 15 years, the ECHR had developed a set of criteria for an Article 8 violation of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. Although no criteria appear in the text of the Convention, the criteria built through precedent were useful for the Court to apply Article 8 to each new applicant's case in a consistent manner.

## 2. *Ramirez Sanchez v. France*<sup>74</sup>

The applicant was investigated in connection with a series of terrorist attacks in France in the early 1990s, and was given a life sentence in 1997 for killing two police officers. He was placed in solitary confinement due to concerns that he was "undermining . . . order and discipline in the prison" and there was a "need to prevent communication with one or more other prisoners." The solitary confinement entailed being held in a 6.84 square meter cell for 22 hours a day, with visits only from lawyers and a priest, and newspapers and television were the applicant's only recreational activity aside from a two-hour daily walk in an enclosed area. The applicant claimed the government had not produced concrete evidence to show that he was sufficiently dangerous to warrant solitary confinement. The applicant also claimed there had been impermissible restrictions on visits from his lawyers and that he suffered from respiratory and skin allergies, as well as diabetes and broken sleep cycles, due to the treatment he received in solitary confinement.

At the ECHR, the applicant argued that the conditions of his solitary confinement violated Article 3 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms ("the Convention"), which states: "No one shall be subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment." The ECHR's evaluation of "inhuman" and "degrading" treatment in *Ramirez Sanchez* relied on a multitude of precedents. The Court defined "inhuman" and "degrading," citing cases where those definitions had been satisfied by

---

73 See *Üner*, § 57.

74 *Ramirez Sanchez v France*, ([GC], no. 59450/00, ECHR 2006-...).



the treatment of a prisoner.<sup>75</sup> The ECHR also pointed out in its decision in *Ramirez Sanchez* that several other conditions must be met to find a violation of Article 3; for example, the Court explained that “[t]he suffering or humiliation involved must in any event go beyond that inevitable element of suffering or humiliation connected with a given form of legitimate treatment or punishment.”<sup>76</sup> The Court then cited four cases illustrating that proposition.

Walking through each of the reasons the applicant gave for why his treatment violated Article 3 of the Convention, the Court identified prior cases from the ECHR involving similar circumstances. After comparing each of the applicant’s arguments to prior ECHR cases, the Court determined that the applicant had not been subjected to “inhuman” or “degrading” treatment. Because the language of the Convention (“inhuman” and “degrading”) was vague and open to many interpretations, the ECHR’s use of precedent to bolster its determination about Ramirez Sanchez’s case gave credibility to the Court’s final determination that Article 3 had not been violated.

### 3. *Mangouras v. Spain*<sup>77</sup>

The applicant was the Master of an oil tanker that sustained damage and spilled 70,000 tons of oil into the ocean, severely polluting the Atlantic coast of Cantabria and Galicia. The applicant was arrested by a Spanish harbor-master, who set the applicant’s bail at three million euros due to the seriousness of the offense and the fact that the applicant was a foreign national (he was a Greek citizen), which increased the risk of flight. The bail was posted 83 days later by the company that insured the ship’s owner.

At the ECHR, the applicant argued that his bail was excessive and his personal circumstances had not been appropriately taken into consideration, which he claimed was a violation of Article 5 § 3 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (“the Convention”). Article 5 § 3 guarantees arrested individuals the right to “be brought promptly before a judge or other officer authorised by law to exercise judicial power and shall be entitled to trial within a reasonable time or to release pending trial. Release may be conditioned by guarantees to appear for trial.” The applicant was 67 years old at the time, his home and children were in Greece, and his financial situation did not allow him to post the €3 million bail.<sup>78</sup>

---

75 See Ramirez Sanchez, § 118.

76 See id., § 119.

77 *Mangouras v. Spain* ([GC], no. 12050/04, 2010-...)

78 See *Mangouras*, § 58.

The ECHR's decision in *Mangouras* explained that domestic courts are better positioned than international judges to assess the appropriate level of bail, but the Court listed several factors that must be considered when bail is being set, including the accused's financial means. The Court cited four prior ECHR decisions on this point. The ECHR also noted, however, that the Court had previously held the risk of absconding to be one of the main factors that should be taken into account when setting bail, citing to another earlier ECHR case.

Although the ECHR found the bail to be high in *Mangouras's* case and noted that the applicant did not have the personal capacity to pay the bail, the Court also pointed out that the interpretation of Article 5 § 3 of the Convention was changing in the area of environmental crimes. The Court drew attention to the need to take into account "new realities" surrounding the growing concerns relating to environmental offenses.<sup>79</sup>

Ultimately, the ECHR determined in *Mangouras* that Article 5 § 3 had not been violated, because the domestic court that had originally set the bail appropriately weighed the exceptional nature of the environmental offense and the public outcry in relation to the offense against the applicant's limited financial means. The ECHR had previously developed a body of precedent relating to Article 5 § 3, but new circumstances caused the Court to expand that body of precedent in a new direction for a particular type of case. *Mangouras* shows the way courts can both rely on and add to precedent to build a body of law that accounts for circumstances that should be treated differently yet in a principled manner under the same law.

#### 4. *Guja v. Moldova*<sup>80</sup>

In 2002, four police officers in Moldova arrested ten individuals for offenses related to the Parliamentary elections; the Prosecutor General's Office subsequently released the suspects after they complained of ill treatment at the hands of the police officers. The officers wrote letters to the President, Prime Minister, and the Deputy Speaker of Parliament seeking protection from prosecution for their actions. In response, the Deputy Speaker of Parliament and a deputy minister in the Ministry of Internal Affairs sent notes to the Prosecutor General's Office challenging the Office's integrity. The notes were on official headed notepaper but were not marked confidential.

At the time, the applicant was the Head of the Press Department of the Prosecutor General's Office in Chişinău, Moldova. When the criminal proceed-

---

79 See *id.*, § 87.

80 *Guja v. Moldova* ([GC], no. 14277/04, 2008-...).

ings against the police officers were dropped following declarations of support by the President, the applicant sent the notes received from the deputy speaker and deputy minister to a newspaper. The applicant was dismissed after admitting to the Prosecutor General that he had sent the notes to the newspaper.

At the ECHR, the applicant argued that his termination from the Prosecutor General's Office for making the notes public was a violation of his right to freedom of expression under Article 10 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms ("the Convention"). The Court noted at the outset of its legal analysis in *Guja* that this was a new question, as the Court had never previously "had to deal with cases where a civil servant publicly disclosed internal information."<sup>81</sup>

However, the Court pointed out that several previous cases before the ECHR had involved disclosure of information under different circumstances. The Court also cited several cases outlining factors to consider in balancing freedom of expression and public interest in particular information against the duty of loyalty and confidence that binds civil servants. After applying the various balancing factors (for example, whether the individual had another, more discreet means of addressing his or her concerns than making private information public) and explaining how the factors fit together, the Court reached the conclusion that the applicant's actions were justified and his termination was a violation of Article 10 of the Convention.

Despite the unique situation presented by this case, the Court was able to use precedent from related areas to apply Article 10 to these new circumstances. By doing so, the Court engaged in the use of precedent to build the law surrounding Article 10 and information disclosure.

\* \* \* \* \*

Now I want to point out the careful, long-term, step-by-step approach to building the law through precedents that is characteristic of the United States Supreme Court:

## 1. Affirmative Action

There have been four major affirmative action cases in the context of education over the past 35 years.<sup>82</sup> Each case has added to a body of precedent

81 See *Guja*, § 72.

82 See *Regents of the Univ. of Cal. v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978); *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306 (2003); *Gratz v. Bollinger*, 539 U.S. 244 (2003); *Parents Involved in Cmty. Schs.*

relating not only to race and education but also to race and employment,<sup>83</sup> as well as school governance more broadly. The Constitution is notoriously vague on the issue of race, and the Supreme Court has had to rely heavily on this growing body of precedent to make determinations about new challenges in the area of race and education.

The fractured plurality produced by the justices in *Regents of University of California v. Bakke* indicates the complexity of this area of law. Announcing the judgment of the Court, Justice Powell explained that the Court was interpreting the Fourteenth Amendment, but most of Powell's opinion was dedicated to an analysis of the extensive body of precedent that already existed regarding race and the Fourteenth Amendment.<sup>84</sup> Although the justices could not point to any text in the Constitution that said the use of race quotas in medical school admissions was an impermissible use of race classifications, the Court could draw on precedent to apply the Constitution's text to this new situation.

*Bakke* also added to that body of precedent, so when the Court decided a pair of University of Michigan cases 25 years later in 2003, the Court had a framework for evaluating different uses of race in secondary education admissions. Considering the University of Michigan undergraduate and law school policies in light of *Bakke*, the Supreme Court determined that the law school's policy of making race "one factor among many" was constitutionally permissible,<sup>85</sup> but the undergraduate institution's points-based system that made race a "decisive" factor was not.<sup>86</sup>

Four years after *Grutter* and *Gratz*, the Court heard another affirmative action case, this time involving an elementary school policy.<sup>87</sup> The Court cited *Bakke*, *Grutter*, and *Gratz*, expanding the rulings in those cases to address both a new policy and a different level of education. By using precedent to

---

v. Seattle Sch. Dist. No. 1, 551 U.S. 701 (2007).

83 Between the landmark affirmative action cases of *Bakke* and *City of Richmond v. J.A. Croson Co.*, 488 U.S. 469 (1989), the Supreme Court decided eight affirmative action cases, seven of which relied on an element of *Bakke* in the Court's opinion. See Eric A. Tilles, *Lessons from Bakke: The Effect of Grutter on Affirmative Action in Employment*, 6 U. Pa. J. Lab. & Emp. L. 451, 453-54 (2004).

84 Powell cites a number of landmark Supreme Court cases, spanning nearly 100 years from the Court's 1880 decision in *Strauder v. West Virginia*, 100 U.S. 303 (1880), to the Court's Detroit school segregation decision in *Milliken v. Bradley*, 418 U.S. 717 (1974). Powell also cites major cases like *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896); *United States v. Carolene Prods. Co.*, 304 U.S. 144 (1938); *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214 (1944); *Shelley v. Kraemer*, 334 U.S. 1 (1948); and *Brown v. Bd. of Educ.*, 347 U.S. 483 (1954).

85 See *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306, 340 (2003).

86 See *Gratz v. Bollinger*, 539 U.S. 244, 272 (2003).

87 See *Parents Involved in Cmty. Schs. v. Seattle Sch. Dist. No. 1*, 551 U.S. 701 (2007).

build this area of law, the Court has provided guidance not only for future Courts but also for extra-judicial actors (like university admissions directors or school superintendents) who are trying to figure out how to comply with a facially unclear law.

Although the Supreme Court has spent 35 years working on the question of whether and how race should be taken into account when it comes to education admissions, those 35 years represent only a fraction of the time the Supreme Court has been grappling with the role of race in education more generally. Following the Court's *Parents Involved* decision in 2007, there is widespread agreement that we have not heard the Court's final word on the parameters of the appropriate and constitutional use of affirmative action. However, the next time the Supreme Court hears an affirmative action case, the justices will have a larger body of precedent to draw on than they did the last time, and they will be continuing to build this area of law for the future.

## 2. The Death Penalty and Cruel and Unusual Punishment

The Supreme Court has worked for a century and a half to articulate the circumstances under which the death penalty comports with the Eighth Amendment. The text of the Eighth Amendment, prohibiting the infliction of "cruel and unusual punishments," has offered the Court little guidance in this endeavor. The language of the Amendment "is not susceptible of precise definition"<sup>88</sup> and does not concretely define which punishments are permissible. Instead, it invites the Court to reevaluate the constitutionality of punishments in light of historical developments.

The Supreme Court has revisited the question of whether the death penalty is cruel and unusual every few years, building a body of precedent that reflects changes in norms and public opinion throughout our nation's history. A metaphor that might be useful for describing the Supreme Court's death penalty jurisprudence is a car driving on a highway. The course of the highway is set by history. The Supreme Court is the driver, constantly making small adjustments to the road conditions and occasionally being forced to react to a sharp curve.

Throughout the nineteenth century and the first half of the twentieth century, the Court had no qualms about declaring the death penalty to be an appropriate means of punishment for "capital offenses."<sup>89</sup> Beginning with the Warren

---

88 *Furman v. Georgia*, 408 U.S. 238 (1972) (Brennan, J., concurring).

89 Although the Court expressed reservations about execution methods such as burning prisoners alive for treason, the Court candidly approved shooting as a means of executing prisoners convicted of first-degree murder or military desertion. See *Wilkerson v. Utah*, 99

Court, the Supreme Court slowly began to modify its stance on cruel and unusual punishment through precedent. The Court explained, “[T]he words of the [Eighth] Amendment are not precise, and . . . their scope is not static. The Amendment must draw its meaning from the evolving standards of decency that mark the progress of a maturing society.”<sup>90</sup>

Over the last forty years, the Supreme Court has made many additions to the body of precedent surrounding the death penalty. Contrary to the nineteenth and early twentieth century decisions, the cases over the last forty years have often resulted in the Supreme Court identifying circumstances in which the death penalty constitutes cruel and unusual punishment.<sup>91</sup> Even when the Supreme Court made a sweeping ruling in *Furman v. Georgia* that vacated more than 600 death sentences, the Court did not end its inquiry into the constitutionality of the death penalty.<sup>92</sup> The Court heard a series of death penalty cases over the five years following *Furman* that clarified and narrowed the Court’s blanket ban on discretionary death penalty statutes.<sup>93</sup> In doing so, the Court continued to make small changes to this area of law through precedent.

Over time, the Supreme Court has developed a fairly standard method of evaluating death penalty cases, and the Court continues to review several cases involving death penalty issues each term.<sup>94</sup> The Court’s willingness to make changes through precedent in this area suggests the Court will likely keep building the law in this area for some time to come.

---

U.S. 130, 133-36 (1878). The Court also upheld the use of the death penalty in cases involving kidnapping (see *Robinson v. United States*, 324 U.S. 282 (1945)), war crimes (see *Ex parte Quirin*, 317 U.S. 1 (1942)), and inciting insurrection (see *Herndon v. Lowry*, 301 U.S. 242 (1937)).

90 *Trop v. Dulles*, 356 U.S. 86, 100-101 (1958).

91 See, e.g., *Ford v. Wainwright*, 477 U.S. 399 (1986) (barring execution of the insane); *Atkins v. Virginia*, 536 U.S. 304 (2002) (finding the use of the death penalty on the mentally retarded violates the Eighth Amendment); *Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551 (2005) (forbidding the death penalty for offenders under the age of eighteen at the time of the crime); *Coker v. Georgia*, 433 U.S. 584 (1977) (holding the death penalty cruel and unusual for rape).

92 See Rachel E. Barkow, *The Court of Life and Death: The Two Tracks of Constitutional Sentencing and the Case for Uniformity*, 107 Mich. L. Rev. 1145, 1151 n.18, 1152-53 (2009).

93 See, e.g., *Woodson v. North Carolina*, 428 U.S. 280 (1976) (plurality opinion); *Roberts v. Louisiana*, 428 U.S. 325 (1976); *Jurek v. Texas*, 428 U.S. 262 (1976); *Proffitt v. Florida*, 428 U.S. 242 (1976); *Gregg v. Georgia*, 428 U.S. 153 (1976).

94 See Douglas A. Berman, *A Capital Waste of Time?*, 34 Ohio N.U. L. Rev. 861, 868-69 (2008).

\*\*\*\*\*

As we have discussed these two days, Kosovo also builds in the concept of following case precedents in its fundamental document, the Constitution.

Courtesy of Ahtisaari, Article 22's broad sweep makes eight international agreements directly applicable to Kosovo, taking precedence over contrary local laws.

And Article 53 requires fundamental rights and freedoms in the Constitution to be interpreted consistent with the decisions of the European Court on Human Rights.

And importantly, Article 116 makes the decisions of the Constitutional Court binding on the judiciary and all persons and institutions in Kosovo.

Now I admit to drafting that provision of the Constitution and I believe that it not only makes the Constitutional Court decision final, but it also makes the principle articulated in the decision a precedent for future decisions. It makes no sense to re-litigate issues over and over again. And it will be up to the judiciary to analyze the decision, and analogize or distinguish, just as American judges do with precedent every day.

\*\*\*\*\*

Now, as I wrap up my remarks today, if I have not convinced you, through example, that using case precedents to build the law is a sound idea, let me give you a list of reasons why utilizing case precedents is important for Kosovo's future.

First, the most practical reason is **efficiency**.<sup>95</sup> It saves much time and trouble to rely on earlier court decisions in similar circumstances.

Second, is **predictability**. The legal system and the business community that should rely on the judiciary's protection of their interests need predictability. Without predictable legal results, you can easily fall into chaos – with a harmful effect on investment. What you are left with is simply a series of unconnected outcomes.

Third, and related, is the premise that reliance on precedent plays a major role in **avoiding disputes and facilitating settlement of disputes**. The results of litigation can be foreseen in advance and resolutions are more easily reached.

---

95 See Daniel A. Farber, The Rule of Law and the Law of Precedents, 90 Minn. L. Rev. 1173, 1177 (2006).

Fourth, as judges, we benefit from relying on precedents, which bind future judges to respect our decisions, thus **expanding our influence** in law.<sup>96</sup> When as judges we follow the reasoning of prior cases, each of us takes guidance from the past and provides guidance to the future in our decisions.<sup>97</sup>

Fifth, and related, is the fact that reliance on precedent **reduces our workload**. We don't need to start over in every new case, there is a body of case law that frames our work, and lawyers know how to frame their arguments. They do not need to reargue basic questions. We can achieve much more expeditious resolution of cases.

Sixth, in America, we can ignore precedent – there is no rule against that – but we do so at our own peril since we will likely be overruled, depriving our decision of any legal effect and **reducing our influence**. It is much safer for any judge to rely on a body of case law.<sup>98</sup>

Seventh, without settled doctrines of law, I think that it is impossible to have a **coherent discussion** about a case. Lawyers are reduced to making moral policy arguments, which are interesting, but such arguments rarely help resolve a case. A system that respects precedent brings coherence to the law.

Eighth, **humility** is a good word to use here. As judges, it is arrogant to assume that we alone have access to wisdom. Wisdom and wise decisions comes from collective decision making across the spectrum of cases. Respect for earlier decision makers is important.<sup>99</sup>

Ninth, and much related to our general topic of human rights, is that by adhering to a reasoned body of case law, we achieve much more **equal treatment** of those who come before us. Otherwise, results can be arbitrary and really, immoral.

Tenth, a system that respects precedents imposes a good **discipline and responsibility** on judges in decision making. We know that our decisions will function as precedent for other cases. We are pushed to a better form of neutrality as we are writing for the future and we must live with our rationale.

Eleventh, and finally, I would like to suggest that utilizing case precedents to build a coherent body of case law can bring great **legitimacy and respect** to the judiciary, Chief Justice Marshall achieved this goal 200 years ago in America.

---

96 See Oona A. Hathaway, Path Dependence in the Law: The Course and Pattern of Change in a Common Law Legal System, 86 Iowa L. Rev. 601, 625 (2001).

97 See Farber, supra note 29, at 1179.

98 See Hathaway, supra note 30.

99 See Farber, supra note 29, at 1178.



His concerted effort to develop the Supreme Court's case law over a thirty-year period has strongly impacted the power of the Supreme Court over many generations.

There are two related notions here. One is that by using judicial decisions as authority, rather than statutes or other products of the executive and legislative branches, you assert **judicial independence** and build support for the judiciary. And second, reliance on prior decisions can go a long way to address the voices of people who simply claim that judicial decisions are the result of **corruption**. Legitimacy and respect are important in building a democracy. Chief Justice Marshall's example is a good one.

In closing, I will return to the voice of a Supreme Court Justice, Justice Harlan who said:

By respecting precedents, we give the public a clear guide, we help individuals plan their affairs, we achieve expeditious adjudication, and we address the necessity of maintaining public faith in the judiciary as a source of impersonal and reasoned judgment.

Worthy goals in a modern democracy. The building blocks of a sound and stable foundation for the future.

Kushtrim Istrefi\*

## **Përvetësimi Kushtetues i të Drejtave Ndërkombëtare të Njeriut në Rendin Juridik të Kosovës**

### **Abstrakt**

Duke analizuar fushëveprimin dhe aplikimin e neneve 22 dhe 53 të Kushtetutës së Republikës së Kosovës ('Kushtetuta e Kosovës' ose 'Kushtetuta'), ky kontribut shtjellon procesin e veçantë të përfshirjes së konventave, instrumenteve dhe jurisprudencës së caktuar ndërkombëtare për të drejtat e njeriut në rendin juridik të Kosovës. Nenet 22 dhe 53 të Kushtetutës mundësojnë një nivel të lartë të mbrojtjes së të drejtave individuale civile dhe politike dhe të drejtave të pakicave. Përveç kësaj, disa të drejta ekonomike dhe sociale burojnë nga zbatimi i obligueshëm i Deklaratës Universale për të Drejtat e Njeriut (DUDNJ) në sistemin juridik të Kosovës. Prej tetë konventave dhe instrumenteve të përmendura në nenin 22 të Kushtetutës së Kosovës, Gjykata Kushtetuese e Republikës së Kosovës ('Gjykata Kushtetuese') dhe panelet e përziera të gjyqtarëve të EULEX-it<sup>1</sup> në masë të madhe zbatojnë Konventën Evropiane për të Drejtat e Njeriut (KEDNJ) dhe jurisprudencën e Gjykatës Evropiane për të Drejtat e Njeriut ('GJEDNJ' ose 'Gjykata e Strasburgut'). Aplikimi tejte i rrallë i neneve 22 dhe 53 të Kushtetutës së Kosovës në jurisprudencën e gjyqtarëve vendorë të gjykatave të rregullta të Kosovës alarmon se këta të fundit nuk janë në gjendje të zbatojnë të drejtat ndërkombëtare të njeriut në gjykatat vendore..

---

1 \* PhD kand., LLM, Hulumtues në Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law (Heidelberg) dhe Asistent Ligjërues në Departamentin e të Drejtës Ndërkombëtare në Fakultetin Juridik të Universitetit të Prishtinës. Ky punim është prezantuar në konferencën e Gjykatës Kushtetuese të Republikës së Kosovës 'Zbatimi i Drejtpërdrejtë në Kosovë i të Drejtave të Njeriut të Pranuara Ndërkombëtarisht: Imperativ i ri në Praktikën Ligjore', të mbajtur në Prishtinë më 29 qershor 2012. Dua të shpreh mirënjohjen e thellë për Zane Ratniece dhe Michael Cunniff për komentet e tyre konstruktive. Gjithashtu, i jam mirënjohës Gjyqtarit Bashkim Hyseni, i cili ka ndarë me mua kopjet e vendimeve të tij gjyqesore, të cilat ishin me peshë të madhe për këtë punim. Ky kontribut është shkruar në gjuhën angleze dhe nuk është përkthyer nga autori në gjuhën shqipe dhe serbe. Ky kontribut është shkruar à titre personnel dhe qëndrimet e autorit nuk paraqesin domosdoshmërisht qëndrimin e ndonjë prej institucioneve në të cilat autori është i angazhuar.

Shkurtesa EULEX nënkupton Misionin e Bashkimit Evropian për Sundimin e Ligjit në Kosovë.

## I. Hyrje

Sa i përket mënyrës se si është inkorporuar e drejta ndërkombëtare në rendin juridik të Kosovës, në Kushtetutën e Kosovës mund të identifikohen dy modele të ndryshme.

Modeli i parë është i përcaktuar në nenet 17, 18 dhe 19 të Kushtetutës së Kosovës, të cilat rregullojnë ratifikimin e traktateve ndërkombëtare nga Republika e Kosovës si dhe sigurojnë zbatueshmërinë e drejtpërdrejt dhe përparësinë e traktateve ndërkombëtare të ratifikuara.<sup>2</sup> Në procesin e ratifikimit, zbatimi i normave dhe parimeve të Konventës së Vjenës për të Drejtën e Traktateve të vitit 1969 (KVDT) bëhet relevant. Duke u bazuar në KVDT-në, Republika e Kosovës mund të shpreh rezerva për disa obligime të caktuara ndërkombëtare dhe në rrethana të kufizuara, të tërhiqet nga obligimet e traktatit ndërkombëtar të ratifikuar.<sup>3</sup>

Modeli i dytë përmes të cilit e drejta ndërkombëtare bëhet drejtpërdrejtë e zbatueshme në rendin juridik të Kosovës, përcaktohet në nenet 22 dhe 53 të Kushtetutës. Këto dy dispozita kërkojnë që konventa, instrumente dhe jurisprudenca të caktuara ndërkombëtare për të drejtat e njeriut duhet të zbatohen dhe respektohen nga institucionet e Kosovës. Prandaj, mund të thuhet se të drejtat e përcaktuara në këto burime të lartcekura nuk burojnë nga e drejta ndërkombëtare e përvetësuar nga Kosova përmes procesit të ratifikimit, por përbëjnë të drejta vendore të mishëruara në kushtetutën e vendit.<sup>4</sup>

Të dy këto modele përcaktojnë modelin kushtetues në të cilin janë integruar e drejta vendore dhe ajo ndërkombëtare. Megjithatë, modeli i dytë është relativisht i veçantë për përfshirjen dhe riprodhimin e tetë instrumenteve ndërkombëtare dhe praktikës gjyqësore të Gjykatës së Strasburgut në rendin juridik të Kosovës. Ky model duket se është rezultat i 'ndikimeve ndërkombëtare' gjatë procesit të hartimit të Kushtetutës së Kosovës. Gjyqtari Lech Garlicki i GJEDNJ-së, duke treguar përvojën e tij në hartimin e kushtetutave në vendet post-komuniste në Evropë, thotë:

---

2 Shih veçanërisht nenin 19 të Kushtetutës së Kosovës. Neni 19 thekson si vijon: '1. Marrëveshjet ndërkombëtare të ratifikuara nga Republika e Kosovës, bëhen pjesë e sistemit të brendshëm juridik pasi të botohen në Gazetën Zyrtare të Republikës së Kosovës. Ato zbatohen në mënyrë të drejtpërdrejtë, me përjashtim të rasteve kur nuk janë të vetë zbatueshme dhe zbatimi i tyre kërkon nxjerrjen e një ligji. 2. Marrëveshjet ndërkombëtare të ratifikuara dhe normat juridikisht të detyrueshme të së drejtës ndërkombëtare kanë epërsi ndaj ligjeve të Republikës së Kosovës'.

3 Për dispozitat e traktatit, shih veçanërisht nenin 19 të KVDT-së. Për tërheqjen e traktatit, shih nenet 54 dhe 62 të KVDT-së.

4 Gjithashtu, normat e së drejtës zakonore ndërkombëtare aplikohen në rendin juridik të Kosovës përmes nenit 19.2 të Kushtetutës.

‘duke mos pasur mundësi për intervenim ushtarak dhe/ose trysni ekonomike, mënyra më e civilizuar për të imponuar standarde të caktuara në proceset vendore të hartimit të kushtetutave është “universalizimi” i këtyre standardeve duke i shprehur ato në norma të së drejtës ndërkombëtare. Norma të tilla, nëse u jepet autoritet i mjaftueshëm detyruës, mund të para-përcaktojnë përmbajtjen e kushtetutave vendore duke mos u lënë hartuesve të një kushtetute të caktuar alternativë tjetër përveç riprodhimit të tyre në tekstin e kushtetutës.’<sup>5</sup>

Megjithatë, ‘ndikimet e tilla ndërkombëtare’, siç shtjellohen hollësisht më vonë, kufizohen kryesisht në zbatimin e instrumenteve për të drejtat e njeriut, dhe më saktësisht, për mbrojtjen e të drejtave të pakicave dhe të drejtave individuale.

Duke pasur parasysh këtë sfond, në këtë kontribut diskutohet për specifikat e modelit të dytë që kanë të bëjnë me përfshirjen dhe zbatimin gjyqësor të instrumenteve ndërkombëtare për të drejtat e njeriut dhe praktikës gjyqësore në rendin juridik të Kosovës.

Së *pari*, hulumtimi adreson fushëveprimin dhe zbatimin e nenit 22 të Kushtetutës. Kjo pjesë trajton hollësisht konventat dhe instrumentet ndërkombëtare për të drejtat e njeriut të cilat janë bërë drejtpërdrejtë të zbatueshme dhe kanë epërsi në rendin juridik të Kosovës, me fokus të veçantë në karakteristikat e DUDNJ-së.

Përderisa neni 22 i Kushtetutës i numëron konventat dhe instrumentet ndërkombëtare për të drejtat e njeriut, neni 53 i Kushtetutës kërkon që të drejtat dhe liritë kushtetuese të interpretohen në përputhje me jurisprudencën e GJEDNJ-së. Prandaj, së *dyti*, diskutohet fushëveprimi i nenit 53 të Kushtetutës.

Së *treti*, ky punim vazhdon duke analizuar aplikimin gjyqësor të këtyre dy dispozitave kushtetuese nga Gjykata Kushtetuese e Kosovës dhe panelet e përziera të gjyqtarëve të EULEX-it, dhe identifikon sfidat me të cilat ballafaqohen gjyqtarët vendorë të gjykatave të rregullta në zbatimin e neneve 22 dhe 53 të Kushtetutës.

Në *fund*, diskutimi përmbillet me një vështrim të shkurtër për relevancën dhe veçantitë e neneve 22 dhe 53 të Kushtetutës. Konkluzioni thekson shqetësimet dhe rekomandon se kompetenca dhe profesionalizmi i gjyqësorit vendorë janë kryesore për jetësimin e neneve 22 dhe 53 të Kushtetutës dhe të drejtës ndërkombëtare në përgjithësi.

---

5 Garlicki, ‘Democracy and International Influences’, në G. Nolte (ed), *European and US Constitutionalism*, (2005), në 263.

## II. Fushëveprimi i Nenit 22 të Kushtetutës së Kosovës

Në të drejtën ndërkombëtare është praktikë e zakonshme që një shtet të bëhet anëtar i një traktati pasi të jetë anëtarësuar në organizatën ndërkombëtare përkatëse e cila e ka sponsorizuar atë marrëveshje ndërkombëtare. Kjo praktikë është zhvilluar jo pse një shtet jo-anëtar i një organizate ndërkombëtare nuk ka të drejtë që në mënyrë të njëanshme të miratojë dhe zbatojë marrëveshjet ndërkombëtare të asaj organizate ndërkombëtare, por sepse anëtarësimi në organizatën ndërkombëtare përcakton edhe mekanizmat gjyqësor dhe diplomatik që mbikëqyrin zbatimin e atyre marrëveshjeve ndërkombëtare. Në këtë mënyrë, duke qenë anëtare e organizatës ndërkombëtare, zbatimi i marrëveshjes ndërkombëtare bëhet i domosdoshëm si rezultat i zbatimit të së drejtës së huaj e cila zakonisht mbikëqyret nga organizata ndërkombëtare.

Për ilustrim, shtetit që nuk është anëtar i Këshillit të Evropës nuk i ndalohej që në mënyrë të njëanshme të miratojë dhe zbatojë KEDNJ-në. Megjithatë, një zbatim i tillë i njëanshëm i KEDNJ-së nuk e bën shtetin jo-anëtar subjekt të mjeteve juridike të parapara nga KEDNJ-ja. Rrjedhimisht, nëse shkelet ndonjë obligim i KEDNJ-së nga shteti jo-anëtar, kundër asaj shkelje nuk mund të paraqitet kurrfarë ankese në GJEDNJ.

Në këtë kontekst, Kosova, që aktualisht nuk është anëtare e Organizatës së Kombeve të Bashkuara (OKB) dhe as e Këshillit të Evropës, në nenin 22 të Kushtetutës së saj në mënyrë vullnetare dhe si rezultat i zgjedhjes vendore ka vendosur që:

“marrëveshjet dhe instrumentet ndërkombëtare në vijim, garantohen me këtë Kushtetutë, zbatohen drejtpërdrejtë në Republikën e Kosovës dhe kanë prioritet, në rast konflikti, ndaj dispozitave e ligjeve dhe akteve të tjera të institucioneve publike:

- (1) Deklarata Universale për të Drejtat e Njeriut;
- (2) Konventa Evropiane për Mbrojtjen e të Drejtave dhe Lirive Themelore të Njeriut dhe Protokollet e saj;
- (3) Konventa Ndërkombëtare për të Drejtat Civile e Politike dhe Protokollet e saj;
- (4) Konventa Kornizë e Këshillit të Evropës për Mbrojtjen e Pakicave Kombëtare;
- (5) Konventa për Eliminimin e të gjitha Formave të Diskriminimit Racor;
- (6) Konventa për Eliminimin e të gjitha Formave të Diskriminimit ndaj Gruas;

- (7) Konventa për të Drejtat e Fëmijës;
- (8) Konventa kundër Torturës dhe Trajtimeve e Ndëshkimeve të tjera Mizore, Jonjerëzore dhe Poshtëruese...<sup>6</sup>

la vlen të theksohet se neni 22 i Kushtetutës përfshin instrumente ndërkombëtare me fokus në të drejtat civile, politike dhe të drejtat e minoriteteve ndërsa len jashtë fushëveprimit Konventën Ndërkombëtare për të Drejtat Ekonomike, Sociale dhe Kulturore (KNDESK). Si i tillë, neni 22 nuk përmban asnjë *instrument* ndërkombëtar që ka të bëjë vetëm me të drejtat ekonomike, sociale dhe kulturore. Mund të argumentohet se një vendim i tillë i hartuesve të Kushtetutës së Kosovës kishte të bënte me konsideratat financiare duke pasur parasysh se ekonomia e Kosovës<sup>7</sup> është në fazën e vet fillestare të zhvillimit. Një sqarim i mëtejshëm mund të lidhet edhe me ndikimet perëndimore në hartimin e Kushtetutës së Kosovës. Sqarimet që derivojnë nga puna përgatitore (travaux préparatoires) e hartimit të KNDP dhe KNDESK përcaktojnë që 'përderisa shtetet perëndimore në mënyrë të qartë shfaqin preferencë për të drejtat civile dhe politike, shtetet socialiste, për dallim prej tyre, u bënë sponsorizues të të drejtave ekonomike, sociale dhe kulturore'.<sup>8</sup> Në fund, arsytet për këtë mund të kërkohen në rrethanat e veçanta në të cilat është krijuar shteti i Kosovës. Sipas mendimit të autorit është më e drejtë të thuhet se është konteksti i krijimit të shtetit të Kosovës ai që e ka bërë të domosdoshme që institucionet e Kosovës të zotohen për mbrojtjen e pakicave dhe të drejtave themelore civile dhe politike. Për të arritur këtë, instrumentet ndërkombëtare që trajtojnë të drejtat civile dhe politike janë inkorporuar në Kushtetutë, ndërsa instrumentet për të drejtat ekonomike,

6 Neni 22 i Kushtetutës së Kosovës është inkorporim fjalë për fjalë i nenit 2, Aneksi I i Propozimit gjithëpërfshirës për zgjidhjen e statusit të Kosovës të 26 Marsit të vitit 2007. Propozimi gjithëpërfshirës për zgjidhjen e statusit të Kosovës është një Raport i të Dërguarit Special të Sekretarit të Përgjithshëm të Kombeve të Bashkuara, mbi statusin e ardhshëm të Kosovës.

7 Edhe pse të drejtat civile dhe politike kërkojnë nga shtetet që të përmbahen nga veprimet që kufizojnë ose shkelin të drejtat themelore individuale, neni 2(1) i KNDESK përcakton se 'secili shtet anëtar i kësaj Konvente ndërmerr hapa, qoftë individualisht apo përmes ndihmës dhe bashkëpunimit ndërkombëtar, veçanërisht ekonomik dhe teknik, me maksimumin e resurseve të tij që ka në dispozicion, me qëllim që vazhdimisht të arrijë realizimin e plotë të të drejtave të njohura në këtë Konventë me të gjitha mjetet e nevojshme, përfshirë në mënyrë të veçantë miratimin e masave legjislative.

8 Craven, 'The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights', në R. Hanski dhe M. Suksi (eds), *An Introduction to the International Protection of Human Rights*, (1999), në 101. Shih po ashtu Z. Gruda, *Mbrojtja Ndërkombëtare e të Drejtave të Njeriut*, (2007), fq. 37.

sociale dhe kulturore duket të kenë qenë më pak përcaktuese.<sup>9</sup>

Prej tetë instrumenteve të përmendura në Kushtetutën e Kosovës, DUDNJ është ajo që kërkon një analizë më të shkoqitur, duke pasur parasysh statusin e ndryshëm ligjor që e posedon.<sup>10</sup> Veçanërisht për shkak se DUDNJ paraqet një deklaratë, për dallim nga instrumentet tjera të cilat janë traktate ndërkombëtare.<sup>11</sup> Po ashtu, të drejtat socio-ekonomike që janë të përfshira në DUDNJ kërkojnë një vëmendje të veçantë.

Ndonëse DUDNJ ka një rëndësi tejet të çmueshme në universalizimin e të drejtave të njeriut, ajo në vetvete është një burim juridik jo-detyrues.<sup>12</sup> Ndonëse nuk ka dyshim se DUDNJ-ja ka qenë burim i frymëzimit për hartimin dhe miratimin e KNDCP, KNDESK, KEDNJ dhe instrumenteve të tjera për të drejtat e njeriut, DUDNJ nuk përbën ndonjë obligim të detyrueshëm ligjor për shtetet që ta zbatojnë atë. Prapëseprapë, sipas nenit 22(1) të Kushtetutës së Kosovës, DUDNJ paraqet një instrument juridik detyrues i cili është drejtpërdrejtë i zbatueshëm në rendin juridik të Kosovës, dhe, për më tepër, ka epërsi ndaj ligjeve të Kosovës dhe akteve të tjera të institucioneve publike.<sup>13</sup>

Kur shikohet korpusi i të drejtave të garantuara me DUDNJ, vërehet se shumica e dispozitave të saj janë identike me KNDCP ose KEDNJ. Prandaj, duket se përmbajtja e dispozitave të DUDNJ-së është e zbatueshme në rendin juridik të Kosovës përmes dokumenteve të tjera ndërkombëtare të përfshira. Megjithatë, disa të drejta të mishëruara në DUDNJ janë të drejta të pastërta ekonomike, sociale dhe kulturore që nuk mund të gjenden askund tjetër në Kushtetutën e Kosovës. Për të cekur vetëm disa prej tyre, neni 22 i DUDNJ-së përcakton se '[s]ecili, si anëtar i shoqërisë, ka të drejtë në sigurimin social'. Për më tepër, neni 25 i DUDNJ-së përcakton një listë të konsiderueshme të të drejtave sociale dhe ekonomike:

'1. Secili ka të drejtë për një nivel të jetesës i cili siguron shëndetin dhe mirëqenien e tij dhe të familjes, duke përfshirë ushqimin, veshmbathjen, strehimin, kujdesin mjekësor dhe shërbimet e nevojshme sociale, si

9 Për më shumë argumente shih p.sh., Garlicki, shënimin më lart 5, në 264-265.

10 Shih nenet 22 dhe 25 të DUDNJ-së.

11 Për zbatimin e UDHR dhe Konventës Kuadër për mbrojtjen e pakicave kombëtare në Kushtetutën e Kosovës, shih M. Weller, 'Shtetësia e kontestuar: Administrimi Ndërkombëtar i Luftës së Kosovës për Pavarësi' (2009), në 245 dhe 257.

12 DUDNJ është miratuar me Rezolutën 217 A (III) të Asamblesë së Përgjithshme të datës 10 dhjetor 1948.

13 Për një zbatim të ngjashëm të DUDNJ-së në rendin juridik vendor, shih nenin 2 të pjesës II të Aneksit të Kushtetutës së Federatës së Bosnjë dhe Hercegovinës.

dhe të drejtën për të qenë i siguruar në rast papunësie, sëmundjeje, invaliditeti, vejërie, pleqërie ose në raste të tjera të mungesës së mjeteve të jetesës për shkak të rrethanave që nuk varen nga vullneti i tij.

2. Nënata dhe fëmijët kanë të drejtën për kujdes dhe ndihmë të posaçme. Të gjithë fëmijët, të lindur në marrëdhënie martesore apo jashtëmartesore, gëzojnë mbrojtje të njëjtë sociale...<sup>1</sup>

Ndonëse mund të shtrohet pyetja se a janë sa a janë dispozitat për të drejtat ekonomike dhe sociale të DUDNJ-së sa duhet të sakta sa i përket zbatimit të tyre, në të njëjtën kohë legjislatori e ka obligim kushtetues që të krijojë mekanizmat e nevojshëm për jetësimin e të drejtave ekonomike dhe sociale të cekura në nenin 22 dhe 25 të DUDNJ-së.

Përveç DUDNJ-së, ka edhe dispozita të instrumenteve të tjera që burojnë nga neni 22 i Kushtetutës së Kosovës që paraqesin të drejta dhe liri të reja të cilat nuk janë në mënyrë shprehimore të përcaktuara në Kushtetutën e Kosovës. Edhe pse e drejta e vetëvendosjes së popujve nuk është artikuluar në Kushtetutën e Kosovës, ajo megjithatë është drejtpërdrejtë e zbatueshme në rendin juridik të Kosovës sipas nenit 1(1) të KNDCP,<sup>14</sup> të cekur në nenin 22(3) të Kushtetutës.

Në përgjithësi, përfshirja e konventave ndërkombëtare dhe instrumenteve të tjera në rendin juridik vendor mund të konsiderohet si indikacion i vullnetit pozitiv të institucioneve të Kosovës për të ofruar një nivel të lartë të mbrojtjes së të drejtave dhe lirive themelore. Në të njëjtën kohë, ajo krijon edhe disa pritje të caktuara, të cilat mund të vërehen kur palët në procedura gjyqësore fillojnë të thirren më shumë në tetë instrumentet e cekura në nenin 22 të Kushtetutës. Në atë fazë të zhvillimit, gjyqësori, e me siguri edhe institucionet e tjera shtetërore, mund të përballen me vështirësi në përkufizimin e fushëveprimit, e që është më me rëndësi, në materializimin e dispozitave ndërkombëtare që burojnë nga neni 22 në kontekstin e Kosovës. Kjo mund të jetë detyrë e vështirë veçanërisht kur është fjala për dispozitat e caktuara abstrakte të tetë instrumenteve ndërkombëtare. Sipas mendimit të autorit, kjo do të jetë pjesë e procesit të natyrshëm për arritjen e nivelit të dëshiruar të demokracisë bazuar në mbrojtjen e të drejtave themelore, siç udhëzohet, e deri në një masë edhe diktohet nga dispozitat ndërkombëtare që burojnë nga neni 22 i Kushtetutës.

<sup>14</sup> Neni 1(1) i KNDCP përcakton se 'të gjithë njerëzit kanë të drejtë në vetëvendosje. Sipas kësaj të drejte ata mund të vendosin lirisht për statusin e tyre politik dhe të ndjekin lirisht zhvillimin e tyre ekonomik, social dhe kulturor.'



### III. Fushëveprimi i Nenit 53 të Kushtetutës së Kosovës

Neni 53 i Kushtetutës së Kosovës përcakton se '[t]ë drejtat njeriut dhe liritë themelore të garantuara me këtë Kushtetutë, interpretohen në harmoni me vendimet gjyqësore të Gjykatës Evropiane për të Drejtat e Njeriut'. Rrjedhimisht, të drejtat dhe liritë themelore të njeriut të mishëruara në Kushtetutën e Kosovës duhet të interpretohen në harmoni me jurisprudencën e krijuar për një kohë të gjatë nga Gjykata e Strasburgut. Më tej, kjo po ashtu nënkupton se të drejtat dhe liritë themelore të garantuara me dokumentet ndërkombëtare të cekura në nenin 22 të Kushtetutës së Kosovës duhet të interpretohen në përputhje me jurisprudencën e GJEDNJ-së. Me fjalë tjera, në rast se ekzistojnë standarde të ndryshme për mbrojtjen e të drejtave të njeriut sipas instrumenteve ndërkombëtare të zbatueshme në rendin juridik të Kosovës, neni 53 i Kushtetutës kërkon që të mbizotërojë interpretimi i GJEDNJ-së.

Mund të theksohet se Kushtetuta e Kosovës nuk përcakton një interpretim konsistent me gjykatat dhe tribunalet e tjera ndërkombëtare, përfshirë edhe Tribunalin Ndërkombëtar Penal për Ish-Jugosllavinë (TNPJ), e cila ka rëndësi të veçantë për Kosovën. Megjithatë, TNPJ nuk është krijuar si trupë e përhershme gjyqësore por është krijuar për një detyrë konkrete. Duke qenë kështu, mund të kuptohet edhe arsyeja pse praktika gjyqësore e TNPJ-së nuk është përfshirë në Kushtetutë.

### IV. Zbatimi Gjyqësor i Neneve 22 dhe 53 të Kushtetutës së Kosovës

Prej tetë instrumenteve të cekura në nenin 22 të Kushtetutës, është kryesisht KEDNJ-ja ajo që zbatohet në gjykatat e Kosovës. Në raste të izoluar, në jurisprudencën e Kosovës mund të vërehet edhe zbatimi i KNDCP-ja.<sup>15</sup>

Sa i përket zbatimit të KEDNJ-së dhe praktikës gjyqësore të GJEDNJ-së, Gjykata Kushtetuese e Kosovës dhe panelet e përziera të gjyqtarëve të EULEX-it shpesh angazhohen në diskutime të hollësishtme të këtyre burimeve të së drejtës. Në të njëjtën kohë, zbatimi i neneve 22 dhe 53 të Kushtetutës nga gjyqtarët vendorë të gjykatave të rregullta të Kosovës është tejet i rrallë.

---

15 Rasti PKL-KZZ-137/2011, Aktgjykimi i panelit të përzier të gjyqtarëve të EULEX-it, Gjykata Supreme e Kosovës, 13 prill 2012, fq 3.

## A. Gjykata Kushtetuese

Gjatë pothuaj katër viteve të funksionimit të Gjykatës Kushtetuese të Kosovës, duhet vlerësuar guximin dhe profesionalizmin e saj në zbatimin e të drejtave ndërkombëtare të njeriut. Praktika gjyqësore e Gjykatës Kushtetuese tregon se referenca në të drejtat dhe liritë e përcaktuara nga KEDNJ dhe në praktikën gjyqësore të Gjykatës së Strasburgut nuk kufizohet vetëm në çështjet që paraqiten para Gjykatës por shërbejnë edhe si burim frymëzimi i cili i bën aktgjykimet e Gjykatës Kushtetuese bindëse për komunitetin.

Në të njëjtën kohë, një vështrim më nga afër i jurisprudencës së Gjykatës Kushtetuese i vë në pah disa çështje të caktuara metodologjike të cilat mund të përpunohen në punën e mëtejshme të Gjykatës. Së pari, KEDNJ-ja dhe jurisprudenca e Gjykatës së Strasburgut duhet të merren parasysh jo vetëm për të arritur te konstatimet e Gjykatës Kushtetuese që do të jenë në kuadër të fushëveprimit të të drejtave themelore të garantuara me Kushtetutën e Kosovës, por edhe për të studiuar parimet dhe doktrinat e zhvilluara nga GJEDNJ-ja. Së dyti, për arsye të konsistencës Gjykata Kushtetuese duhet të zhvillojë një sistem uniform të citimit dhe referencës në praktikën gjyqësore dhe në të drejtat e përcaktuara në sistemet e traktateve të tjera ndërkombëtare.

Për çështjen e parë, një shembull i asaj se si parimet dhe doktrinat e jurisprudencës së GJEDNJ-së mund të jenë të dobishme për Gjykatën Kushtetuese mund të gjendet në rastin e njohur si *Fatmir Sejdiu*. Tridhjetë e dy deputetë të Kuvendit të Kosovës me anë të një kërkesë në Gjykatën Kushtetuese pretenduan se Z. Fatmir Sejdiu, Presidenti i Republikës së Kosovës kishte shkelur nenin 88 të Kushtetutës së Kosovës në mbajtjen në të njëjtën kohë të pozitës së Presidentit të Republikës së Kosovës dhe atë të Presidentit të partisë së tij politike, Lidhjes Demokratike të Kosovës (LDK).<sup>16</sup>

Ishte konsideruar se Z. Sejdiu kishte mbajtur postin e kryetarit të LDK-së për më shumë se tri vjet para parashtrimit të kërkesës në Gjykatën Kushtetuese. Prandaj, Gjykata Kushtetuese, mes tjerash, duhej të vlerësonte se a ishte paraqitur rasti brenda afatit kohor të përcaktuar me ligjin Nr. 03/L-121 për Gjykatën Kushtetuese të Republikës së Kosovës (Ligji për Gjykatën Kushtetuese). Neni 45 i ligjit për Gjykatën Kushtetuese thekson se “[k]ërkesa duhet të parashtrohet brenda afatit prej tridhjetë (30) ditësh nga dita kur shkelja e pretenduar kushtetuese nga ana e Presidentit është bërë publike’.

Në adresimin e afatit kohor për parashtrimin e kërkesës në Gjykatën Kushtetuese, shumica e gjyqtarëve konstatuan se:

<sup>16</sup> Neni 88 i Kushtetutës së Kosovës përcakton: ‘1. Presidenti nuk mund të ushtrojë asnjë funksion tjetër publik.

2. Pas zgjedhjes, Presidenti nuk mund të ushtrojë asnjë funksion në parti politike.’

'32. Në rastin e Presidentit Sejdiu, është e nevojshme që të shohim situatën faktike për të parë nëse mbajtja e funksionit të Kryetarit të LDK-se, por "ngrirja e atij pozicioni", ishte një rast i vetëm, i cili ndodhi një herë të vetme ose nëse përbën një situatë që vazhdon çdo ditë. Nëse është kjo e fundit atëherë nuk ekziston afat kohor me të cilin deputetët duhet të parashtrorjnë një kërkesë pranë Gjykatës në lidhje me shkeljen e supozuar. Për më tepër, fakti i "mbajtjes dhe ngrirjes" së pozicionit, duket se implikon se ngrirja e këtij pozicioni mbetet në fuqi gjatë gjithë kohës. Presidenti pranon se ai ka vazhduar të jetë Kryetari i LDK-se dhe Presidenti i Republikës çdo ditë që nga zgjedhja e tij në 2006.

33. Nëse rasti është ky, pasojat e ngrirjes së pozicionit vazhdojnë dhe kështu ekziston një situatë e vazhdueshme, e cila vazhdon çdo ditë. Nëse arrijmë në një përfundim tjetër, mund të rezultojë në një situatë ku Presidenti i Kosovës mund të ndalohej nga kryerja e mbajtjes së funksionit të Zyrës së Presidentit për shkak të një shkeljeje kushtetuese por të lejohet të qëndrojë në postin e tij vetëm pse kërkesa e parashtruar në Gjykatën Kushtetuese nuk është dorëzuar në kohën e duhur. Nuk ekziston asnjë autoritet në Kushtetutë për një rezultat kaq irracional. Edhe Neni 45 i Ligjit mbi Gjykatën Kushtetuese nuk parasheh një rezultat të tillë kaq irracional.

34. Gjykata konsideron se afati kohor prej tridhjetë ditëve i përcaktuar nga Neni 45 i Ligjit mbi Gjykatën Kushtetuese lidhur me kërkesat për shkelje serioze pranë Gjykatës Kushtetuese, të cilat kanë ndodhur vetëm një herë ose që kanë qenë shkelje të vazhdueshme që kanë përfunduar dhe nuk ndodhin më. Afati kohor nuk mund të aplikohet në një shkelje serioze që vazhdon. Megjithatë, nëse shkelja vazhdon, afati kohor prej 30 ditësh nuk mund të fillojë pasi shkelja ende nuk ka përfunduar. Nëse Presidenti kishte dhënë dorëheqjen gjate presidencës së tij nga posti si Kryetar/President i LDK-se, atëherë afati kohor për të parashtruar kërkesën në Gjykatën Kushtetuese, çfarë do të ishte në atë kohë, shkelje e kaluar, do të skadonte pas kalimit të afatit prej 30 ditësh duke filluar nga data e asaj dorëheqjeje. Në të kundërtën, akti i thjeshtë i deklarimit publik se ai e kishte ngrirë pozicionin e tij si Kryetar i LDK-së në një moment të caktuar, dhe si rrjedhojë, në të ardhmen nuk mund të kuronte natyrën e vazhdueshme të kësaj shkeljeje."<sup>17</sup>

17 Rasti Nr. KI 47/10, Naim Rrustemi dhe 31 Deputetët e Tjerë të Kuvendit të Republikës së Kosovës kundër Shkëlqesisë së Tij, Fatmir Sejdiu, President i Republikës së Kosovës, Aktgjykimi i Gjykatës Kushtetuese të Republikës së Kosovës, 28 shtator 2010, paragrafët 32-34 [theksi i autorit].

Për qëllime të këtij punimi, Gjykata Kushtetuese konstatoi se shkelja në fjalë ishte e vazhdueshme. Duke pasur parasysh natyrën e tillë të shkeljes, Gjykata Kushtetuese konstatoi se kërkesa nuk mund të refuzohej sipas nenit 45 të Ligjit për Gjykatën Kushtetuese.

Lidhur me arsyetimin e lartpërmendur të Gjykatës Kushtetuese për shkeljen e vazhdueshme dhe ndikimin e saj në pranueshmërinë e kërkesës, mund të vërehet se ajo është në përputhje me praktikën gjyqësore të GJEDNJ-së dhe me mendimet e akademikëve të së drejtës.<sup>18</sup> Megjithatë, referenca në parimin e *shkeljes së vazhdueshme* të zhvilluar nga GJEDNJ<sup>19</sup> do ta bënte arsyetimin në rastin *Fatmir Sejdiu* jo vetëm logjik por edhe ligjërisht bindës kur merren parasysh kushtet e nenit 53 të Kushtetutës për interpretim në përputhje me GJEDNJ-në.

Rrjedhimisht, kjo analizë thekson se ndonëse vlen të vlerësohet fakti se Gjykata Kushtetuese rregullisht i referohet GJEDNJ-së, ajo referencë duhet të përfshijë edhe parimet e zhvilluara nga Gjykata e Strasburgut.

Çështja e dytë lidhur me Gjykatën Kushtetuese të Kosovës ka të bëjë me teknikat se si ajo i referohet dhe citon praktikën gjyqësore të GJEDNJ-së dhe burimet e tjera në vendimet e saj, që bëhet në mënyrë jo konsistente dhe nganjëherë edhe të mangët.<sup>20</sup> Ky vështrim vë në pah nevojën që Gjykata Kushtetuese të zhvillojë një sistem uniform të citimit. Për të siguruar që palët, praktikuesit, akademikët dhe opinionit i gjerë të mund të kuptojnë konsideratat që qëndrojnë pas argumentimit të Gjykatës, është e arsyeshme të pritët që Gjykata Kushtetuese të paraqes emrin e plotë të rastit në të cilin bazohet, të tregojë paragrafët e atij rasti në të cilët thirret, dhe kur është e

---

18 Shih p.sh., Zwaak 'The Procedure before the European Court of Human Rights', në P. Van Dijk, F. Van Hoof, A. Van Rijn et al. (eds), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, (2006), në 170. Zwaak konsideron se "data e veçantë e fillimit të afatit kohor aplikohet për rastet që përfshijnë të ashtuquajturën 'gjendje të vazhdueshme', ku shkelja nuk shkaktohet (vetëm) nga një veprim i bërë apo vendim i marrë në një moment të caktuar, por (po ashtu) edhe nga pasojat e tij, të cilat vazhdojnë duke e përsëritur kështu shkeljen çdo ditë".

19 Shih, p.sh., Rastin Papamichalopoulos dhe të tjerët kundër Greqisë, GJEDNJ, Aktgjykimi i Gjykatës (Dhomës) i datës 24 qershor 1993, paragrafët 40 dhe 46; Rasti Agrotexim dhe të tjerët kundër Greqisë, GJEDNJ, Aktgjykimi i Gjykatës (Dhomës) i datës 26 shtator 1995, paragrafët 56-58; Rasti Loizidou kundër Turqisë, GJEDNJ, Aktgjykimi i Gjykatës (Dhomës) i datës 18 dhjetor 1996, paragrafët 26-64.

20 Krahasoni citimet dhe referencat në rastet në vijim të përfunduara nga Gjykata Kushtetuese e Republikës së Kosovës në të njëjtën ditë: Rasti nr. KI-08/11, Malush Sopa dhe të tjerët kundër Autoritetit të Panjohur Publik, Rezolutë për papranueshmëri e Gjykatës Kushtetuese të Republikës së Kosovës, 24 prill 2012, paragrafi 56; Rasti nr. KI 56/11, NP Media Print: Shqyrtimi Kushtetuese i Aktgjykimit të Gjykatës Supreme të Kosovës Ae.Nr.104/2009, të datës 21 shtator 2010, Rezoluta për papranueshmëri e Gjykatës Kushtetuese të Republikës së Kosovës, 24 prill 2012, paragrafët 32-33.

nevojshme, të jap një arsyetim për rëndësinë e autoritetit. Kjo veçanërisht mund të konsiderohet si e pashmangshme duke pasur parasysh nenin 53 të Kushtetutës së Kosovës dhe procesin e zhvillimit të jurisprudencës cilësore të Gjykatës Kushtetuese.

Në përgjithësi, duhet theksuar së Gjykata Kushtetuese e Kosovës me gjyqtarët e saj vendorë dhe ndërkombëtarë ka qenë në gjendje që me kohë të zhvillojë një jurisprudencë të besueshme dhe bindëse e cila duhet shikuar si një praktikë e mirë që duhet pasuar nga gjykatat e rregullta. Sidoqoftë, duke pasur parasysh fushëveprimin e gjerë të neneve 22 dhe 53 të Kushtetutës, Gjykata Kushtetuese nuk duhet të kufizohet veten në aplikimin e KEDNJ-së, por duhet të përfshihet në diskutimin edhe të instrumenteve të tjera të cekura në nenin 22 të Kushtetutës.

### **B. Panelet e përziera të gjyqtarëve të EULEX-it**

Në vendimet e marra nga panelet e përziera të gjyqtarëve të EULEX-it shpesh janë marrë parasysh nenet 22 dhe 53 të Kushtetutës së Kosovës në interpretimin e të drejtave dhe lirive themelore të njeriut të garantuara me kornizën ligjore të Kosovës.

Në një rast penal kundër *Arben Krasniqit dhe të tjerëve*,<sup>21</sup> paneli i përzier i gjyqtarëve të EULEX-it i Gjykatës së Qarkut të Prishtinës e trajtoj të drejtën e mbrojtjes për të kontestuar dëshmitë e të ashtuquajturit 'dëshmitari X' duke marrë parasysh kushtet e nenit 156(2) të Kodit të Procedurës Penale të Kosovës (KPPK).<sup>22</sup> Paneli i përzier i gjyqtarëve të EULEX-it konstatoi se interpretimi i nenit 156(2) të KPPK-së duhet të jetë në përputhje me dispozitat e KEDNJ-së dhe me standardet e jurisprudencës së GJEDNJ-së, duke konstatuar se:

“Neni 22 i Kushtetutës e bën KEDNJ-në drejtpërdrejtë të zbatueshme në sistemin e brendshëm ligjor të Kosovës. Madje, neni 53 i Kushtetutës së Kosovës kërkon që 'të drejtat dhe liritë themelore të njeriut të garantuara me këtë Kushtetutë, interpretohen në harmoni me vendimet gjyqësore të Gjykatës Evropiane për të Drejtat e Njeriut' ... Prandaj, Trupi Gjykses duhet të interpretojë nenin 156(2) të KPPK-së

21 Rasti P Nr. 425/11, rasti kundër Arben Krasniqit dhe të tjerëve, Vendimi mbi pranueshmërinë e deklaratave të Agim Zogajt (i njohur edhe si dëshmitari X), Gjykata e Qarkut e Prishtinës, 21 mars 2012.

22 Neni 156 (2) i KPPK përcakton që 'Deklarata e dëshmitarit e dhënë në polici ose para prokurorit publik mund të jetë provë e pranueshme në gjykatë vetëm kur të pandehurit ose mbrojtësit i është dhënë mundësia ta kundërshtojë atë nëpërmjet marrjes në pyetje të dëshmitarit gjatë ndonjë faze të procedurës penale'.

“mundësitë për kontestim’ në përputhje me konstatimet e GJEDNJ-së.”<sup>23</sup>

Paneli i përzier i gjyqtarëve të EULEX-it, duke ju referuar praktikës gjyqësore të GJEDNJ-së konstaton se mundësia për të kontestuar një dëshmitar duhet të jetë ‘adekuate dhe e duhur’.<sup>24</sup> Në këtë mënyrë, trupi gjykues i kushtoi vëmendje të duhur natyrës së neneve 22 dhe 53 të Kushtetutës së Kosovës dhe përdori jurisprudencën e GJEDNJ-së për të sqaruar më tej dispozitat e KPPK-së në frymën e të drejtës kushtetuese për gjykim të drejtë.<sup>25</sup> Një referencë në dispozitat e KEDNJ-së dhe në jurisprudencën e GJEDNJ-së mund të gjendet në vendimet e tjera të paneleve të përziera të gjyqtarëve të EULEX-it.<sup>26</sup>

Diskutime për KEDNJ-në dhe praktikën gjyqësore lidhur me të mund të gjenden edhe në Doracakun e gjyqtarëve të EULEX-it për çështjet e procedurës penale.<sup>27</sup> Edhe pse Doracaku ka mund të rriste vlerën dhe kontributin e vet po t’i referohej vendimeve konkrete, Doracaku shërben si udhëzim i çmueshëm për gjyqësorin vendor dhe praktikuesit e së drejtës.

### **C. Gjyqtarët Vendorë të Gjykatave të Rregullta dhe Sfidat në Zbatimin e të Drejtave Ndërkombëtare të Njeriut**

Janë bërë përpjekje të konsiderueshme për identifikimin e vendimeve të marra nga gjyqësori vendor të cilat përmbajnë referenca në nenet 22 dhe 53 të Kushtetutës. Në përgjithësi, nuk ka qenë e mundur të identifikohet një jurisprudencë e tillë,<sup>28</sup> dhe vetëm në tri vendime të një gjyqtari vendorë janë

23 Rasti Arben Krasniqi dhe të tjerët, shënimi më lartë 21, paragrafi 27.

24 Ibid., paragrafi 28.

25 Neni 31(4) i Kushtetutës së Kosovës për të drejtën e gjykimit të drejtë dhe të paanshëm thekson: ‘Çdokush i akuzuar për vepër penale ka të drejtë t’u bëjë pyetje dëshmitarëve dhe të kërkojë paraqitjen e detyrueshme të dëshmitarëve, të ekspertëve dhe të personave të tjerë, të cilët mund të sqarojnë faktet’.

26 Shih, p.sh., shënimin më lartë 15, në 3; Rastin KA Nr. 417/11, Blerim Devolli dhe të tjerët, Vendimi për ankesën kundër vendimit për konfirmimin e akuzës dhe pranueshmërinë e dëshmimeve, paneli i përzier i gjyqtarëve të EULEX-it të Gjykatës së Qarkut të Prishtinës, 22 mars 2012, në paragrafët 9-10.

27 Gjyqtarët e EULEX-it Peeck dhe të tjerët në C. Rojek (ed), Doracaku: Tema të Zgjedhura për Procedurën Penale, (2012).

28 Kjo deklaratë është konfirmuar nga korrespondenca e autorit me Institutin Gjyqësor të Kosovës, Gjykatën Supreme të Kosovës dhe pas shqyrtimit të hollësishëm të jurisprudencës në dispozicion të Gjykatës Supreme të Kosovës.

identifikuar raster gjyqësore ku është zbatuar praktika gjyqësore e GJEDNJ.<sup>29</sup> Edhe pse vendimet e gjyqtarëve të UNMIK-ut<sup>30</sup> që nga viti 2002 kanë konstatuar se KEDNJ-ja “është pjesë integrale e sistemit ligjor të Kosovës”,<sup>31</sup> gjyqtarët vendorë të gjykatave të rregullta të Kosovës para dhe pas hyrjes në fuqi të Kushtetutës së Kosovës në raste të caktuara kanë dështuar që të përmbushin kriteret e KEDNJ-së ose të konventave të tjera ndërkombëtare. Kjo veçanërisht është vërejtur në disa raporte të organizatave ndërkombëtare që kanë monitoruar gjyqësorin në Kosovë.<sup>32</sup>

Megjithatë, një hezitim i tillë për zbatimin e konventave ndërkombëtare për mbrojtjen e të drejtave të njeriut nuk derivon si rezultat i konsideratave të caktuara doktrinare apo ligjore. Arsyet e saj qëndrojnë në nivelin e pjekurisë së gjyqësorit, përfshirë edhe rëndësinë që gjyqtarët ua japin të drejtave të njeriut gjatë procesit gjyqësor, në ekspertizën në punën me instrumentet ndërkombëtare për të drejtat e njeriut dhe praktikën gjyqësore, si dhe në qasjen në burimet në gjuhët e huaja. Këto sfida nuk janë unike vetëm për Kosovën por në shkallë të ndryshme kanë ekzistuar edhe në rendet e tjera juridike kur ato kanë filluar të zbatojnë të drejtën ndërkombëtare në sistemet e tyre të brendshme juridike.

29 Gjyqtari Bashkim Hyseni, Kryetari i Gjykatës Themelore të Ferizajit (ish gjykata Komunale e Ferizajit) në vendimet e veta i referohet praktikës gjyqësore të GJEDNJ. Në rastet KP nr. 33/11 dhe KP nr. 100/12, Gjyqtari Hyseni jep shpjegim mbi interpretimin e konceptit „ dyshim i bazuar” duke ju referuar rastit Fox, Campbell dhe Heartly kunder Mbretërisë së Bashkuar, KEDNJ, Aktgjykimi i Gjykatës së 30 Gushtit 1990, parag.32. Në rastin e tretë P nr. 355/12 lidhur me masat për të siguruar praninë e të pandehurit, Gjyqtari Hyseni i referohet rastit I.A. kunder Francës, GJEDNJ, Aktgjykimi i Gjykatës të 23 Shtatorit 1998.

30 Shkurtesa UNMIK qëndron për Misionin e Administratës së Përkohshme të Kombeve të Bashkuara në Kosovë.

31 Rasti AP – KZ Nr. 76/2002 kundër Ruzhdi Saramati, Vendimi i panelit të përzier të Gjyqtarëve të UNMIK-ut të Gjykatës Supreme të Kosovës, 9 tetor 2002, paragrafi 39. Për zbatimin e KEDNJ-së dhe praktikës gjyqësore të GJEDNJ-së, po ashtu shih rastin AP Nr. 209/2002 kundër Xhavit Hasanit, Vendimi i panelit të përzier të gjyqtarëve të UNMIK-ut të Gjykatës Supreme të Kosovës, 13 gusht 2002, në 7; Rasti AP – KZ Nr. 263/2002 kundër Milorad Blagojeviçit, Vendimi i panelit të përzier të gjyqtarëve të UNMIK-ut të Gjykatës Supreme të Kosovës, 2 prill 2003, fq 6.

32 Sa i përket mos-respektimit të KEDNJ-së nga gjykatat e rregullta të Kosovës, shih p.sh., Misionin në Kosovë i Organizatës për Siguri dhe Bashkëpunim në Evropë – Departamenti për të Drejtat të Njeriut dhe Komunitete: Seksioni i Monitorimit të Sistemit Ligjor (OSBE), Raporti për ekzekutimin e vendimeve, Janar 2012, fq 11-18 (mund të gjendet në: <http://www.osce.org/kosovo/87004>, vizituar për herë të fundit: 19 shtator 2012); OSBE Raporti për procedurën e dëshmimeve në lëndët civile në Kosovë, Botimi 2, tetor 2011, fq 10-16 (mund të gjendet në: <http://www.osce.org/kosovo/83301>, vizituar për herë të fundit: 19 shtator 2012); OSBE Raporti mbi shqetësimet për konfirmimin e aktakuzës, Botimi 8, tetor 2010, fq 1-4 (mund të gjendet në: <http://www.osce.org/kosovo/73711>, vizituar për herë të fundit: 19 shtator 2012).

Prof. Stefan Oeter gjatë hulumtimit të moszbatimit të konventave për të drejtat e njeriut në gjykatat gjermane vërejtë se 'nëse autoritetet shtetërore, legjislatori ose organet gjyqësore shkelin të drejtat ndërkombëtare të njeriut, ato zakonisht nuk e bëjnë këtë me vetëdije për të shpërfillur të drejtat ndërkombëtare të njeriut. Ato thjeshtë nuk janë mësuar që të kenë gjithmonë parasysh të drejtat ndërkombëtare të njeriut.'<sup>33</sup>

Në analizën e hollësishme të arsyeve pse të drejtat ndërkombëtare të njeriut zbatohen rrallë në gjykatat gjermane, gjyqtari Bruno Simma në vitin 1997 theksoi se arsyet praktike në vijim e sqarojnë hezitimin e gjyqtarëve gjerman:

- “1. Normat e të drejtave ndërkombëtare të njeriut nuk janë pjesë e kurrikulës thelbësore në arsimin e së drejtës dhe në trajnimin praktik të juristëve dhe gjyqtarëve.
2. Disa gjykata mund të kenë vështirësi që të sigurojnë ... përkthimet ....
3. Qasja në tekstet e normave ndërkombëtare nganjëherë është dëshmuar të jetë e vështirë ...”<sup>34</sup>

Vështrimet më lartë tregojnë se çështja e moszbatimit të neneve 22 dhe 53 të Kushtetutës së Kosovës nga gjyqtarët vendorë të gjykatave të rregullta i ka rrënjët e veta në arsimimin dhe trajnimin e gjyqtarëve, përfshirë edhe njohjen e gjuhëve të huaja, në njohjen e instrumenteve ndërkombëtare për të drejtat e njeriut dhe në të kuptuarit e jurisprudencës së GJEDNJ-së dhe rendeve të tjera juridike.

Duke ju përgjigjur sfidave të ngjashme në zbatimin e normave dhe standardeve ndërkombëtare disa shtete kanë krijuar mekanizma për të përmirësuar përmbushjen e kushteve ndërkombëtare dhe evropiane. Menjëherë pas anëtarësimit të Republikës Çeke në Bashkimin Evropian (BE), Gjykata Supreme Administrative e Republikës Çeke krijoi një njësi kërkimore të përbërë nga hulumtues të rinj të sferës së drejtësisë për të ndihmuar gjyqtarët rreth çështjeve që kishin të bënin me të drejtën e BE-së, të drejtën ndërkombëtare dhe të drejtën krahasuese.<sup>35</sup> Duke marrë parasysh kapacitetet e kufizuara të gjyqtarëve çek për të gjykuar në harmoni me të

33 Oeter, 'International Human Rights and National Sovereignty in Federal Systems: The German Experience', 47 WLR 871 (2001), fq 880.

34 Simma et al., 'The Role of German Courts in the Enforcement of International Human Rights', në B. Conforti dhe F. Francioni (eds), *Enforcing International Human Rights in Domestic Courts*, (1997), fq 107 [theksi i autorit].

35 Shih <http://www.nssoud.cz/Research-and-Documentation-Service/art/46?menu=287>, (vizituar për herë të fundit: 17 shtator 2012).



drejtën e BE-së dhe normat e tjera ndërkombëtare, ndihma që u është ofruar gjyqtarëve përmes ekspertizës se hulumtuesve të rinj duket si një masë adekuate dhe e duhur.<sup>36</sup>

Duke marrë parasysh mungesën e instrumenteve ndërkombëtare që zbatohen drejtpërdrejtë në jurisprudencën e gjyqësorit vendor të Kosovës, do të mund të mendohej se a do të ndihmonte një departament i ngjashëm kërkimor (hulumtues), të paktën për Gjykatën e Apelit dhe Gjykatën Supreme, në përmirësimin e zbatimit të neneve 22 dhe 53 të Kushtetutës së Kosovës.<sup>37</sup> Përveç kësaj, arsimimi dhe trajnimi i gjyqtarëve duhet të përfshijë në planprogramet e tyre instrumentet mbi të drejtat e njeriut dhe praktikën gjyqësore të Gjykatës së Strasburgut që janë të zbatueshme përmes neneve 22 dhe 53 të Kushtetutës së Kosovës.

## V. Përfundimet

Me përfshirjen e instrumenteve të caktuara ndërkombëtare për të drejtat e njeriut dhe të jurisprudencës së GJEDNJ-së përmes neneve 22 dhe 53 të Kushtetutës së Kosovës, rendi juridik i Kosovës përmban një korpus tejet të çmueshëm të burimeve të së drejtës në sferën e mbrojtjes së të drejtave të njeriut dhe lirive themelore. Profesori Marc Weller nga Universiteti i Kembrijit thekson se Kushtetuta e Kosovës “posedon tërësinë e dispozitave më të avancuara në Evropë ose kudo tjetër sa i përket të drejtës së minoriteteve”.<sup>38</sup>

Përmes zbatimit të drejtpërdrejtë dhe epërsisë së tetë instrumenteve ndërkombëtare të cekura në nenin 22 të Kushtetutës, palët në procedurë gjyqësore në Kosovës mund të bazohen në masë të madhe në garancitë kushtetuese civile dhe politike (përfshirë të drejtat e minoriteteve) si dhe në të drejtat socio-ekonomike të DUDNJ-së. Megjithatë, referimi në KEDNJ, në KNDCP dhe në praktikën gjyqësore të Gjykatës së Strasburgut deri më tani mund të gjendet pothuajse vetëm në jurisprudencën e Gjykatës Kushtetuese të Kosovës dhe në panelet e përziera të gjyqtarëve të EULEX-it. Duke marrë parasysh natyrën e përkohshme të pranisë së gjyqtarëve ndërkombëtarë të EULEX-it dhe atyre të Gjykatës Kushtetuese, fati i zbatimit gjyqësor të neneve 22 dhe 53 të Kushtetutës dhe të drejtës ndërkombëtare, në

36 Prezantimi i Zdeněk Kühn, Gjyqtar i Gjykatës Supreme Administrative të Republikës Çeke mbi “Zbatimin e ligjeve të BE-së në Republikën Çeke dhe Sllovaki: dy rrëfime të ndryshme”. Seminari Jean Monnet – Çështje të avancuara të së Drejtës Evropiane – Viti i parë i Traktatit të Lisbonës – Konsolidimi dhe Zgjerimi, mbajtur në Dubrovnik me 14 prill 2011.

37 Me Ligjin e ri për Gjykatat (Nr. 03/L-199), themelohet Gjykata e Apelit në Prishtinë si gjykata e shkallës së dytë (nenet 2, 17 dhe 18), ndërsa Gjykata Supreme kryesisht do të merret me mjetet e jashtëzakonshme juridike (neni 22).

38 Weller, supra note 11, në 257.

përgjithësi, qëndron në aftësinë dhe profesionalizimin e gjyqtarëve vendorë për të shfrytëzuar fushëveprimin e jashtëzakonshëm të këtyre dy dispozitave kushtetuese.

Për më tepër, gjuha e përdorur në nenet 22 dhe 53 të Kushtetutës së Kosovës e bën të obligueshme zbatimin dhe respektimin e instrumenteve të caktuara dhe praktikës gjyqësore ndërkombëtare. Si i tillë, zbatimi i tyre nuk është thjeshtë një alternativë, por obligim kushtetues i institucioneve të Kosovës, përfshirë këtu edhe gjyqësorin. Për të përmbushur këto obligime kushtetuese, autoritetet e Kosovës duhet të mendojnë që të ndërmarrin veprime të menjëhershme afatshkurtra dhe të angazhohen në planifikimin e një gjyqësori të qëndrueshëm që do të jetë në gjendje të përmbush kërkesat që derivojnë nga nenet 22 dhe 53 të Kushtetutës. Një plan i tillë afatshkurtër mund të përfshijë edhe themelimin e departamenteve për hulumtime juridike në gjykatat e larta të Kosovës, organizimin e trajnimeve të rregullta dhe ofrimin e materialeve për gjyqtarët lidhur me çështjet që kanë të bëjnë me të drejtat e njeriut. Departamentet për hulumtime juridike duhet të tërheqin juristët e rinj me ekspertizë në të drejtën ndërkombëtare për të drejtat e njeriut të cilët kanë interesim për praktikën gjyqësore të GJEDNJ-së. Përveç kësaj, Instituti Gjyqësor i Kosovës duhet tu ofrojë gjyqtarëve ekzistues kurse të obligueshme rreth zbatimit të instrumenteve ndërkombëtare për të drejtat e njeriut. Këshilli Gjyqësor i Kosovës duhet të sigurohet që gjykatat e Kosovës kanë në dispozicion përkthimet në gjuhët zyrtare të tetë instrumenteve ndërkombëtare të cekura në nenin 22 të Kushtetutës dhe rastet më të rëndësishme gjyqësore të GJEDNJ-së. Ndonëse këto veprime mund të bëjnë të mundur që gjyqtarët të familjarizohen me të drejtat ndërkombëtare të njeriut, një plan i qëndrueshëm dhe afatgjatë duhet të pasqyrohet në arsimin e gjeneratave të ardhshme të juristëve. Instrumentet ndërkombëtare për të drejtat e njeriut dhe praktikat gjyqësore duhet të jenë pjesë e pandashme e programeve të dizajnuara për avokatët e ardhshëm, gjyqtarët, prokurorët dhe përgjithësisht për të gjithë ata që planifikojnë ta praktikojnë të drejtën.

Përvoja e vendeve të tjera në Evropën Qendrore dhe Lindore mund të shërbejë si pikë referimi për identifikimin e mjeteve që do të mund të përdoren për kalimin prej fazës së izolimit dhe shkëputjes nga e drejta ndërkombëtare në fazën e subordinimit (nënshtrim) ndaj të drejtës ndërkombëtare. Përveç kësaj, praktika e Gjykatës Kushtetuese të Kosovës dhe e gjyqtarëve të EULEX-it mund të ndihmojë që të kuptohet ndërveprimi dinamik në mes të drejtës vendore dhe të drejtës ndërkombëtare për të drejtat e njeriut.

Duke marrë parasysh aspiratat e Kosovës për tu bërë pjesë e sistemeve juridike të OKB-së, BE-së, Këshillit të Evropës dhe traktateve të tjera, gjyqësori i Kosovës duhet të jetë në gjendje të aderoj në marrëveshjet ndërkombëtare jo vetëm sa për të respektuar atë që përcakton kushtetuta e vendit në

nenet 22 dhe 53, por edhe për të respektuar obligimet ndërkombëtare që ka marrë Kosova, disa prej të cilave në nivel të traktateve ndërkombëtare duhet të zbatohen në mënyrë të drejtpërdrejtë në rendin e brendshëm juridik. Pavarësisht neneve 22 dhe 53 të Kushtetutës së Kosovës apo anëtarësimi të Kosovës në organizatat ndërkombëtare, gjyqtarët e Kosovës duhet të përgatiten për të punuar në çështjet komplekse të traktateve dhe të praktikës gjyqësore ndërkombëtare në kontekstin e rendit të brendshëm juridik.

Të kuptuarit e sistemeve konvencionale dhe jurisprudencës ndërkombëtare (p.sh., të GJEDNJ-së) është vetëm pikënisja për një gjyqësor vendor kompetent. Veçoritë e marrëdhënieve në mes të së drejtës kombëtare dhe ndërkombëtare kërkojnë që gjyqtarët në *funksinin e tyre të dyfishtë (dédoublement fonctionnel)* të angazhohen jo vetëm në zbatimin mekanik të marrëveshjeve ndërkombëtare, por edhe të kërkojnë teknika të interpretimit dhe arsyetimit ligjor, që do të çonin drejt respektimit të ndërsjellë gjyqësor në adresimin e obligimeve të ndryshme ligjore, të cilat nganjëherë janë edhe kontradiktore.

Kushtrim Istrefi \*

## Ustavno odomaćivanje međunarodnih ljudskih prava u pravnom poretku Kosova

### Izvod

U proučavanju primene članova 22 i 53 Ustava Republike Kosovo ('Ustav Kosova' ili „Ustav”) ovaj dokument se usredsređuje na osoben proces odomaćivanja određenih konvencija, instrumenata i jurisprudencija u vezi sa ljudskim pravima u pravnom poretku Kosova. Članovi 22 i 53 Ustava daju visok stepen zaštite individualnih, građanskih i političkih prava i prava manjina. Pored toga, izvesna ekonomska i socijalna prava proizilaze iz obavezne primene Univerzalne deklaracije o ljudskim pravima (UDLJP) u pravnom sistemu Kosova. Pored osam međunarodnih konvencija i instrumenata za ljudska prava navedenih u članu 22 Ustava Kosova, Ustavni sud Republike Kosovo (Ustavni sud) i mešovita veća EULEX-ovih<sup>39</sup> sudija u velikoj meri primenjuju Evropsku konvenciju o ljudskim pravima ('EKLJP') i jurisprudenciju Evropskog suda za ljudska prava (ESLJP ili „Sud u Strazburu”). Nedovoljna primena članova 22 i 53 Ustava Kosova u jurisprudenciji domaćih sudija iz redovnih sudova na Kosovu daje signal da još uvek nisu u stanju da se izbore sa primenom međunarodnih ljudskih prava u pravosuđu.

### I. Uvod

Što se tiče načina na koji je međunarodno pravo uvršćeno u pravni poredak Kosova mogu se ustanoviti dva različita modela u Ustavu Kosova.

Prvi model se nalazi u članovima 17, 18 i 19 Ustava Kosova koji uređuju

---

39 \* PhD kand., LLM, gostujući predavač na Max Planck institutu za komparativno pravo i međunarodno pravo i asistent profesor na katedri za međunarodno pravo, Pravni fakultet Univerziteta u Prištini. Dokument je predstavljen na konferenciji u organizaciji Ustavnog suda 'Direktna primenljivost univerzalno prihvaćenih ljudskih prava na Kosovu: Novi imperativ u zakonskoj praksi', održanoj 29. juna 2012. godine. Želim da se direktno zahvalim Zani Ratnece i Majklu Kanifu na konstruktivnim komentarima. Takođe, zahvalan sam sudiji Bashkimu Hyseniju, koji je podelio sa mnom kopije njegovih sudskih odluka, koje su bile veoma korisne u izradi ovog priloga. Ovaj članak je napisan na engleskom jeziku i nije preveden na albanski i srpski jezik od strane autora. Dokument je napisan à titre personnel i mišljenja ne odražavaju mišljenja bilo koje institucije sa kojom je autor povezan.

Skraćenica EULEX predstavlja Misiju Evropske unije za vladavinu prava na Kosovu.

ratifikaciju međunarodnih ugovora od strane Republike Kosovo i dodeljuju direktnu primenljivost i nadmoć ratifikovanih međunarodnih ugovora.<sup>40</sup> U procesu ratifikacije relevantna postaje Bečka konvencija o zakonima o ugovorima iz 1969. godine (BKZU). Shodno BKZU, Republika Kosovo se može ograditi od određenih međunarodnih obaveza i, u ograničenim okolnostima, može se povući iz obaveza preuzetih ratifikacijom međunarodnih ugovora.<sup>41</sup>

Drugi model, preko kojeg je međunarodno pravo važeće u pravnom poretku Kosova se nalazi u članovima 22 i 53 Ustava. Ove dve odredbe zahtevaju da kosovske institucije primene i da se pridržavaju određenih konvencija, instrumenata i jurisprudencija u vezi sa ljudskim pravima. Samim tim, može se s pravom reći da prava predviđena navedenim izvorima ne potiču iz međunarodnog prava na koje se Kosovo obavezalo procesom ratifikacije, već više predstavljaju usađena domaća ustavna prava.<sup>42</sup>

Oba modela predviđaju ustavni model koji integriše domaće i međunarodno pravo. Ipak, drugi model je osoben zbog odomaćivanja i reprodukcije osam međunarodnih instrumenata iz sudske prakse Suda u Strazburu u pravni poredak Kosova. Deluje da je ovaj model rezultat 'međunarodnog uticaja' tokom procesa izrade Ustava Kosova. Sudija ESLJP-a Leh Garlicki govoreći o svom iskustvu izrade ustava u post-komunističkoj Evropi zaključuje:

'u odsustvu vojne intervencije i/ili ekonomskog pritiska, najcivilizovaniji način za nametanje određenih standarda u nacionalni proces izrade ustava jeste da se ti standardi učine 'univerzalnim' tako što su izraženi u normama međunarodnog prava. Te norme, kada se opunomoće dovoljnim obavezujućim ovlašćenjima, mogu unapred definisati sadržaj nacionalnih ustava, ne ostavljajući kreatorima drugu alternativu već da ih reprodukuju u tekstu ustava.'<sup>43</sup>

---

40 Videti posebno član 19 Ustava Kosova koji glasi kao što sledi: '1. Svaki međunarodni sporazum ratifikovan od strane Republike Kosovo, nakon što se objavi u Službenom listu Republike Kosovo, postaje deo unutrašnjeg pravnog sistema. Sporazum se sprovodi na direktan način, osim u onim slučajevima kada je to nemoguće i

kada sprovođenje istog zahteva donošenje novog zakona. 2. Ratifikovani međunarodni ugovori i pravno obavezujuće norme međunarodnog prava imaju premoć nad zakonima Republike Kosovo'.

41 Za ograđivanje u ugovorima, videti posebno član 19 BKZU. Za povlačenje iz ugovora pogledajte naročito članove 54 i 62 BKZU.

42 Takođe, norme međunarodnog običajnog prava primenljivog u kosovskom pravnom poretku kroz član 19.2. Ustava.

43 Garlicki, 'Demokratija i međunarodni uticaji', u G. Nolte (ed), *Ustavnost Evrope i SAD*, (2005), str 263.

Ovakvi 'međunarodni uticaji', ispitani kasnije, ipak su ograničeni na primenu međunarodnih instrumenata za ljudska prava i, preciznije, na zaštitu manjina i individualnih elementarnih prava.

Ovaj dokument razmatra osobenosti drugog modela koji se odnosi na odomaćivanje i pravosudnu primenu međunarodnih instrumenata i sudske prakse u vezi sa ljudskim pravima u pravnom poretku Kosova.

*Kao prvo*, ispitivanje se bavi delokrugom i primenom člana 22 Ustava. Ovaj deo ispituje međunarodne konvencije i instrumente za ljudska prava koji su direktno primenljivi u pravnom poretku Kosova kao više norme, sa posebnim akcentom na osobenosti UDLJP.

Dok član 22 Ustava imenuje konkretne međunarodne konvencije i instrumente za ljudska prava, član 53 Ustava zahteva da se ustavna prava i slobode tumače u skladu sa jurisprudencijom ESLJP-a. Samim tim se, *kao drugo*, raspravlja o delokrugu člana 53 Ustava.

*Kao treće*, doprinos se razvija ispitivanjem pravosudne primene dve ustavne odredbe od strane Ustavnog suda Kosova i mešovitih veća EULEX-ovih sudija, i utvrđuje izazove sa kojima se susreću domaće sudije u redovnim sudovima u vezi sa poštovanjem zahteva članova 22 i 53 Ustava.

*Kao poslednje*, diskusija se zaokružuje kratkim pregledom primerenosti članova 22 i 53 Ustava. Zaključci ističu zabrinutosti i navode da su kompetentnost i profesionalizam pravosuđa presudni da članovi 22 i 53 Ustava i međunarodno pravo generalno zažive u praksi.

## II. Delokrug člana 22 Ustava Kosova

Uobičajena je praksa u međunarodnom pravu da država postaje strana u sporazumu nakon što postane članica odgovarajuće međunarodne organizacije koja je sponzorovala dotični ugovor. Ova praksa je razvijena ne zato što država koja nije članica međunarodne organizacije nije kvalifikovana da unilateralno usvoji i primeni međunarodne ugovore međunarodne organizacije, već zato što članstvo u dotičnoj međunarodnoj organizaciji predviđa pravosudne i diplomatske mehanizme kojima se nadgleda realizacija tih međunarodnih ugovora. Na taj način, kada je država članica jedne međunarodne organizacije, primena međunarodnih ugovora postaje nužna delovanjem stranog zakona koji obično nadgleda međunarodna organizacija.

Na primer, državi koja nije članica Saveta Evrope sigurno nije zabranjeno da jednostrano usvoji i primeni EKLJP. Međutim, takva jednostrana primena EKLJP-a znači da država koja nije članica nije podložna pravnim lekovima

predviđenim u EKLJP-u. Ukoliko se bilo koja obaveza iz EKLJP-a prekrši od strane države koja nije članica, nije moguće podneti žalbu ESLJP-u za kršenje te obaveze.

Uprkos tome što Kosovo nije članica Ujedinjenih nacija (UN) i Saveta Evrope, u članu 22 svog Ustava je dobrovoljno i sredstvima domaćeg izbora odlučilo:

‘sledeći međunarodni ugovori i instrumenti koji se garantuju ovim Ustavom, direktno se primenjuju na teritoriji Republike Kosovo i imaju premoć, u slučaju konflikta, nad svim zakonskim odredbama i ostalim aktima javnih institucija:

- (1) Univerzalna deklaracija o ljudskim pravima;
- (2) Evropska konvencija o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda i protokoli iste;
- (3) Međunarodna konvencija o građanskim i političkim pravima i protokoli iste;
- (4) Okvirna konvencija Saveta Evrope o zaštiti nacionalnih manjina;
- (5) Konvencija o eliminisanju svih oblika rasne diskriminacije;
- (6) Konvencija o eliminisanju svih oblika diskriminacije žena;
- (7) Konvencija o pravima deteta;
- (8) Konvencija protiv mučenja i drugih okrutnih, nečovečnih i ponižavajućih postupaka

ili kazni. ...<sup>44</sup>

Vredno je uočiti da član 22 Ustava ugrađuje međunarodne instrumente sa težištem na građanska i politička prava, a izostavlja neke kao što su Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima (ICESCR). Kao takav, član 22 ne sadrži međunarodni instrument konkretno posvećen ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima. Neko bi mogao da tvrdi da je takva odluka tvoraca Ustava Kosova povezana sa razmatranjem finansijske perspektive imajući u vidu da je kosovska privreda u fazi nastajanja.<sup>45</sup> Drugo

44 Član 22 Ustava Kosova bukvalno je citat iz člana 2, Aneksa sveobuhvatnog predloga za rešenje statusa Kosova od 26. marta 2007. Sveobuhvatni predlog za rešenje statusa Kosova je izveštaj specijalnog izaslanika generalnog sekretara Ujedinjenih nacija, o budućem statusu Kosova.

45 Dok građanska i politička prava zahtevaju od država da se suzdrže od radnji koje bi mogle da ograniče ili prekrše individualna elementarna prava, član 2(1) ICESCR-a predviđa ‘svaka država strana u ovom ugovoru se obavezuje da će preduzeti korake, individualno i kroz

objašnjenje bi moglo da se poveže sa uticajem zapadnih zemalja u kreiranju Ustava Kosova. Pripremni rad u procesu izrade ICCPR-a i ICESCR-a predviđa da 'iako su zapadne zemlje jasno pokazale da daju prednost građanskim i političkim pravima, socijalističke zemlje su, suprotno od toga, postale sponzori ekonomskih, socijalnih i kulturnih prava'.<sup>46</sup> Na kraju, razlozi bi mogli da se traže u posebnim okolnostima stvaranja države Kosova. Po mišljenju autora, izvodljivije je da je kontekst uvođenja u život države Kosovo stvorio neophodnost da se institucije Kosova obavežu da će štititi manjinska i osnovna prava. Kako bi se to postiglo, međunarodni instrumenti sa naglaskom na građanskim i političkim pravima, su ugrađeni u Ustav, dok su instrumenti posvećeni konkretno ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima manje podesni za rešavanje ovih zabrinutosti.<sup>47</sup>

Pored osam instrumenata navedenih u Ustavu Kosova, UDLJP zahteva dodatno ispitivanje, u svetlu svoje različite pravne prirode.<sup>48</sup> Posebno zato što UDLJP sadrži deklaraciju, za razliku od drugih instrumenata koji se odnose na međunarodne ugovore. Takođe, socio-ekonomska prava koja su uključena u UDLJP-u zahtevaju naročitu pažnju.<sup>49</sup>

Iako je UDLJP neprocenjivo povezan sa univerzalizacijom ljudskih prava, sam UDLJP nije obavezujući pravni izvor.<sup>50</sup> Iako nema sumnje da je UDLJP služio kao izvor nadahnuća za izradu i usvajanje ICCPR, ICESCR, EKLJP i drugih instrumenata o ljudskim pravima, UDLJP ne stvara obavezujuće pravne obaveze za države u vezi sa njenom primenom. Ipak, dejstvom člana 22(1) Ustava Kosova, UDLJP predstavlja obavezujući dokument koji je neposredno primenjiv u pravnom poretku Kosova, i, pored toga, superioran u odnosu na druge kosovske zakone i akte javnih institucija.<sup>51</sup>

Kada se pogleda korpus prava zagantovanih u UDLJP-u, većina njegovih odredaba su identične ICCPR-u ili EKLJP-u. Samim tim, deluje da su odredbe

---

međunarodnu pomoć i saradnju, naročito ekonomsku i tehničku, u skladu sa svim dostupnim resursima, sa ciljem progresivnog postizanja pune realizacije prava prepoznatih Paktom svim odgovarajućim merama, uključujući naročito usvajanje zakonodavnih mera.

46 Kraven, 'Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima', u R. Hanski i M. Suksi (eds), *Uvod u međunarodnu zaštitu ljudskih prava*, (1999), str. 101. Videti takođe Z. Gruda, *Međunarodna zaštita ljudskih prava*, (2007), str. 37.

47 Za dodatne argumente videti npr., Garlicki, *supra* note 5, str 264-265.

48 Za realizaciju UDLJP u okviru Konvencije za zaštitu nacionalnih manjina u Ustavu Kosova, videti M.Weller, *Sporno Državljanstvo: Kosovska borba za nezavisnost* (2009), u 245 i 257.

49 Videti naročito članove 22 i 25 UDLJP-a.

50 UDLJP je usvojen Rezolucijom Generalne skupštine 217 A (III) 10. decembra 1948.

51 Za sličnu primenu UDLJP-a u domaćem pravnom poretku, videti član 2 deo II Aneksa Ustava Federacije Bosne i Hercegovine.



UDLJP-a, njihovom sadržinom, primenljive u pravnom poretku Kosova putem drugih ugrađenih međunarodnih instrumenata. Međutim, neka prava uneta u UDLJP-u su čisto ekonomska, socijalna i kulturna prava koja ne mogu da se nađu drugde u Ustavu Kosova. Pomenuću neka, član 22 UDLJP-a predviđa da 'svako, kao član društva, ima pravo na socijalno osiguranje'. Pored toga, član 25 UDLJP -a definiše značajnu listu socijalnih i ekonomskih prava:

„1. Svako ima pravo na standard života koji obezbeđuje zdravlje i blagostanje, njegovo i njegove porodice, uključujući hranu, odeću, stan i lekarsku negu i potrebne socijalne službe, kao i pravo na osiguranje u slučaju nezaposlenosti, bolesti, onesposobljenja, udovištva, starosti ili drugih slučajeva gubljenja sredstava za održavanje usled okolnosti nezavisnih od njegove volje.

2. Majke i deca imaju pravo na naročito staranje i pomoć. Sva deca, rođena u braku ili van njega, uživaju jednaku socijalnu zaštitu

Iako neko može upitati da li su odredbe UDLJP-a, naročito one koje se odnose na ekonomska i socijalna prava, dovoljno precizne da nalože svoju primenu, istovremeno, zakonodavac ima ustavnu obavezu da obezbedi neophodne mehanizme kojima će zaživeti ekonomska i socijalna prava nabrojana u članovima 22 i 25 UDLJP-a.

Pored UDLJP-a, i druge odredbe instrumenata koji proizilaze iz člana 22 Ustava Kosova uvode nova prava i slobode koje nisu eksplicitno date u Ustavu Kosova. Iako pravo na samoopredeljenje građana nije artikulirano u Ustavu Kosova, svakako je direktno primenjivo u pravnom poretku Kosova putem člana 1(1) ICCPR-a,<sup>52</sup> navedenom u članu 22(3) Ustava.

Sveukupno, uvrščivanje međunarodnih konvencija i drugih instrumenata u pravni poredak Kosova može biti smatrano kao pozitivna spremnost kosovskih institucija da ponude visok nivo zaštite elementarnih prava. Istovremeno, ona donosi i određena očekivanja, koja mogu postati vidljivija kada strane u sudskim postupcima počnu naširoko da se pozivaju na osam instrumenata člana 22 Ustava. U toj fazi razvoja, sudstvo i, moguće, druge državne institucije mogu se suočiti sa izazovima u definisanju delokruga i, najvažnije, popunjavanja sadržine u kosovskom kontekstu međunarodnih odredaba koje proizilaze iz člana 22 Ustava. Ovo može biti naročito težak zadatak u pogledu apstraktnijih odredaba iz osam međunarodnih instrumenata. Po mišljenju

52 Član 1(1) ICCPR-a predviđa da 'svi ljudi imaju pravo na samoopredeljenje. Dejstvom tog prava oni utvrđuju svoj politički status i teže svom ekonomskom, socijalnom i kulturnom razvoju.'

autora, ovo će biti deo prirodnog procesa ka željenom nivou demokratije na osnovu zaštite elementarnih prava, na način usmeren i do određene mere diktiran međunarodnim odredbama koje proizilaze iz člana 22 Ustava.

### III. Delokrug člana 53 Ustava Kosova

Član 53 Ustava Kosova predviđa 'ljudska prava i osnovne slobode zagarantovane ovim Ustavom se tumače dosledno sa sudskim rešenjima Evropskog suda za ljudska prava'. Otuda, ljudska prava i osnovne slobode uvršćene u Ustav Kosova moraju biti tumačene u skladu sa davno uspostavljenom jurisprudencijom Suda u Strazburu. To dalje podrazumeva da i prava i slobode zagarantovane međunarodnim instrumentima datim u spisku u članu 22 Ustava Kosova moraju biti tumačene u skladu sa jurisprudencijom ESLJP-a. Drugim rečima, u slučaju različitih standarda zaštite ljudskih prava prema međunarodnim instrumentima važećim u pravnom poretku Kosova, član 53 Ustava zahteva da prednost u tumačenju ima ESLJP.

Može se uočiti da Ustav Kosova ne pruža dosledno tumačenje drugih međunarodnih sudova i tribunala, uključujući i Međunarodni krivični tribunal za bivšu Jugoslaviju (ICTY), koji je od posebnog značaja za Kosovo. Međutim, ICTY nije osmišljen da bude stalni sudski organ već je formiran sa konkretnim zadatkom. S tim u vezi, može se videti obrazloženje zašto sudska praksa ICTY-a nije ugrađena u Ustav.

### IV. Sudska primena članova 22 i 53 Ustava Kosova

Među osam instrumenata pobrojanih u članu 22 Ustava, prvenstveno se EKLJP primenjuje u kosovskim sudovima. U izolovanim slučajevima, na Kosovu se takođe može primetiti jurisprudencija ICCPR-a.<sup>53</sup>

Što se tiče primene EKLJP-a i sudske prakse ESLJP-a, Ustavni sud Kosova i mešovita veća EULEX-ovih sudija se često uključuju u detaljne diskusije u vezi sa ovim izvorima prava. Istovremeno, domaće sudije redovnih sudova na Kosovu nemaju praksu da pribegavaju članovima 22 i 53 Ustava.

---

53 Predmet PKL-KZZ-137/2011, Presuda mešovitog veća EULEX-ovih sudija, Vrhovni sud Kosova, 13. april 2012, str. 3.

## A. Ustavni sud

Tokom skoro četiri godine funkcionisanja Ustavnog suda Kosova, trebalo bi da se oda poštovanje njegovoj hrabrosti i profesionalizmu u primeni međunarodnih ljudskih prava. Sudska praksa Ustavnog suda otkriva da upućivanje na prava i slobode iz EKLJP-a i sudske prakse Suda u Strazburu nije ograničeno na pitanja pred Sudom već služi i kao izvor inspiracije koji presude Ustavnog suda čini uverljivim pred njegovom zajednicom.

Istovremeno, bliže posmatranje jurisprudencije Ustavnog suda skreće pažnju na određena metodološka pitanja koja će biti poboljšana u daljem radu Suda. Prvo, jurisprudencija EKLJP-a i Suda u Strazburu trebalo bi da se posmatra ne samo u postizanju nalaza Ustavnog suda o delokrugu elementarnih prava zagarantovanih Ustavom Kosova, već i da se takođe ispita radi principa i doktrina razvijenih od strane ESLJP-a. Drugo, radi doslednosti Ustavni sud treba da razvije jedinstven sistem citiranja i upućivanja na sudsku praksu i prava iz drugih sistema međunarodnih ugovora.

Što se tiče prvog pitanja, primer kako bi principi i doktrine jurisprudencije ESLJP-a mogli biti korisni za Ustavni sud može da se nađe u tzv. predmetu *Fatmir Sejdiu*. Trideset dvoje poslanika Skupštine Kosova je podneskom Ustavnom sudu tražilo da se ispita da li je g. Fatmir Sejdiu, predsednik Republike Kosovo, prekršio član 88 Ustava Kosova istovremenim obavljanjem dve funkcije, predsednika Republike Kosovo i predsednika svoje političke partije, Demokratskog saveza Kosova (LDK).<sup>54</sup>

Smatralo se da g. Sejdiu obavlja funkciju predsednika LDK duže od tri godine od podnošenja podneska Ustavnom sudu. Stoga, Ustavni sud je između ostalog morao da oceni da li je predmet podnet u vremenskom roku definisanom Zakonom br. 03/L-121 o Ustavnom sudu Republike Kosovo (Zakon o Ustavnom sudu). Član 45 Zakona o Ustavnom sudu predviđa da 'podnesak treba da bude podnesen u roku od trideset (30) dana koji se obračunava od datuma kada je navodno kršenje Ustava Republike od strane predsednika postalo javno.'

U bavljenju vremenskim rokom za podnošenje pritužbe Ustavnom sudu, većina sudija je tvrdilo da:

"32. U slučaju predsednika Sejdiua je neophodno da se sagleda činjenično stanje kako bi se videlo da li je obavljanje funkcija predsednika zemlje/predsednika stranke LDK, 'zamrzavanjem te

---

54 Član 88 Ustava Kosova predviđa: '1. Predsednik ne može vršiti nijednu drugu javnu funkciju.

2. Nakon izbora, predsednik ne može da obavlja nijednu političku funkciju.'

funkcije', jedinstveno dešavanje koje se desilo samo jednom ili je to svakodnevna situacija... Predsednik priznaje da je nastavio da obavlja funkciju predsednika LDK i predsednika Kosova i nakon izbora na mesto predsednika 2006. godine.

33. Ukoliko je to slučaj, posledice zamrzavanja funkcije i dalje se nastavljaju i postoji svakodnevna tekuća situacija. Drukčije zaključivanje bi moglo dovesti do situacije u kojoj bi predsedniku Kosova moglo biti zabranjeno da obavlja funkciju predsednika zbog kršenja Ustava, ali bi mu bilo dozvoljeno da radi na funkciji jer podnesak Ustavnom sudu nije podnet blagovremeno. Nigde u Ustavu ne postoji nijedno ovlašćenje za ovakav neracionalan rezultat. Takođe ni član 45 Zakona o Ustavnom sudu ne predviđa ovako neracionalan rezultat.

34. Ovaj Sud smatra da vremensko ograničenje od 30 dana definisano članom 45 Zakona o Ustavnom sudu, za podneske za teške povrede podnete Ustavnom sudu, važi za teške povrede koje su neponovljiva u to vreme ili podrazumevaju kontinuirano kršenje koje je prestalo. Vremenski rok ne može da se primeni za teške povrede koje traju. Međutim, kada prekršaj ima kontinuitet, onda rok od trideset dana ne može da počne jer kršenje nije prestalo. Da je predsednik u nekoj fazi svog predsednikovanja dao ostavku na mesto predsednika LDK onda bi vremenski rok za podnošenje podneska Ustavnom sudu, za prekršaj koji se desio u prošlosti, istekao 30 dana od ostavke. Jednostavan čin izjavljivanja da je 'zamrzao' svoju funkciju predsednika LDK u definitivnom vremenskom trenutku, a onda u budućnosti, ne može da izleči kontinuiranu prirodu kršenja.<sup>55</sup>

Za ovaj dokument, Ustavni sud je našao da je dotično kršenje bilo kontinuirano. U svetlu ovakve prirode prekršaja, Ustavni sud je utvrdio da podnesak ne može da se isključi dejstvom člana 45 Zakona o Ustavnom sudu.

Što se tiče gore pomenutog obrazloženja Ustavnog suda o kontinuiranom kršenju i njegovom dejstvu na prihvatljivost podneska može se primetiti da je kompatibilan sa sudskom praksom ESLJP-a i mišljenjem pravnih stručnjaka.<sup>56</sup>

55 Predmet br. KI 47/10, Naim Rustemi i još 31 poslanik Skupštine Republike Kosovo protiv njegove ekselencije Fatmira Sejdiua, predsednika Republike Kosovo, presuda Ustavnog suda Republike Kosovo, 28. septembar 2010, u paragrafima 32-34 [naglasak dodat].

56 Videti npr. Cvak 'Postupak pred Evropskim sudom za ljudska prava', Pol Van Dijk, F, Van Hof, A. Van Rijn et. al (autori), Teorija i praksa Evropske konvencije o ljudskim pravima, (2006), str. 170. Cvak smatra da „ [a] specijalan početni datum za vremenski rok važi u slučajevima koji uključuju takozvanu 'kontinuiranu situaciju', gde kršenje nije (samo) izazvano učinjenom radnjom ili odlukom donetom u datom trenutku, već (takođe) njihovim posledicama, koje nastavljaju da traju i kršenje se ponavlja dan za danom”.

Međutim, upućivanje na princip *kontinuiranog kršenja* razvijeno od strane ESLJP-a<sup>57</sup> učinilo bi obrazloženje u slučaju *Fatmira Sejdiua* ne samo logičnim već i pravno uverljivim u svetlu zahteva člana 53 Ustava za doslednim tumačenjem sa ESLJP-om.

Shodno tome, ova analiza predviđa da iako bi trebalo da se pohvali to što se Ustavni sud redovno poziva na ESLJP, to upućivanje treba da uključi i principe koje je razvio Sud u Strazburu.

Drugo pitanje u vezi sa Ustavnim sudom se odnosi na tehnike upućivanja i citiranja na sudsku praksu ESLJP-a i druge izvore prilikom donošenja odluka od strane Suda, koja su učinjena na različit i ponekad nedovoljan način.<sup>58</sup> Ovo zapažanje naglašava nužnost da Ustavni sud razvije jedinstven sistem citiranja. Kako bi se postiglo da stranke, stručnjaci, akademici i šira javnost budu u stanju da shvate rezon i argument Suda, razumno je očekivati da Ustavni sud da pun naziv predmeta na koji se oslanjao, navođenjem paragrafa na koje se poziva u tom predmetu, i, kada je odgovarajuće, obrazloženje u vezi sa ovlašćenjima. Ovo može biti smatrano neophodnim u svetlu člana 53 Ustava Kosova i u procesu razvoja kvalitetne jurisprudencije Ustavnog suda.

Sveukupno, mora da se naglasi da je Ustavni sud Kosova sa svojim domaćim i međunarodnim sudijama bio u stanju da brzo razvije verodostojnu i uverljivu jurisprudenciju koja mora da se smatra dobrim šablonom koji bi redovni sudovi trebalo da slede. U svakom slučaju, u svetlu izvanredne dubine članova 22 i 53 Ustava, Ustavni sud ne bi trebalo da se ograniči na primenu EKLJP-a i, kada je primenljivo, treba da razmotri i druge instrumente navedene u članu 22 Ustava.

## B. Mešovita veća EULEX-ovih sudija

U rešenjima koja su donela mešovita veća EULEX-ovih sudija često se slede članovi 22 i 53 Ustava Kosova u tumačenju osnovnih sloboda i ljudskih prava zagarantovanih u zakonskom okviru Kosova.

---

57 Videti npr. Papamikalopoulos i ostali protiv Grčke, EKLJP, presuda Suda (veća) od 24. juna 1993, u paragrafima 40 i 46; Agrotexim i ostali protiv Grčke, EKLJP, presuda Suda (veća) od 26. septembra 1995, u paragrafima 56-58; Loizidou protiv Turske, EKLJP, presuda Suda (veća) od 18. decembra 1996, u paragrafima 25-64.

58 Uporediti citate i upućivanja u sledećim predmetima za koje je Ustavni sud Republike Kosovo doneo odluku istog dana: predmet br. KI-08/11, Maluš Sopa et al. protiv nepoznatog javnog organa, rešenje Ustavnog suda Republike Kosovo o neprihvatljivosti, 24. april 2012, u paragrafu 56; Predmet br. KI 56/11, NP Media Print: Ustavna revizija presude Vrhovnog suda Kosova Ae.Nr.104/2009, od 21. septembra 2010, Rešenje Ustavnog suda Republike Kosovo o neprihvatljivosti, 24. april 2012, u paragrafima 32-33.

U jednom krivičnom predmetu protiv *Arbena Krasnićija et al.*<sup>59</sup> mešovito veće EULEX-ovih sudija Okružnog suda u Prištini ispitalo je pravo odbrane da ospori dokaze takozvanog svedoka X u svetlu zahteva člana 156(2) Zakonika o krivičnom postupku Kosova (ZKPK).<sup>60</sup> Mešovito veće EULEX-ovih sudija je napomenulo da tumačenje člana 156(2) ZKPK-a treba da bude u skladu sa odredbama EKLJP i standardima jurisprudencije ESLJP-a, smatrajući da:

„Član 22 Ustava čini EKLJP direktno primenljivom u domaćem pravnom sistemu Kosova. Pored toga, član 53 Ustava Kosova zahteva da 'ljudska prava i osnovne slobode zagarantovane Ustavom budu tumačeni dosledno sa sudskim odlukama Evropskog suda za ljudska prava'... Stoga, sudsko veće mora da tumači član 156(2) ZKPK-a 'mogućnost osporavanja' u skladu sa nalazima ESLJP-a.“<sup>61</sup>

Mešovito veće EULEX-ovih sudija je upućivanjem na sudsku praksu ESLJP-a našlo da prilika za osporavanje svedoka treba da bude 'adekvatna i odgovarajuća'.<sup>62</sup> Na taj način, sudsko veće je posvetilo značajnu pažnju na prirodu članova 22 i 53 Ustava Kosova i iskoristilo je jurisprudenciju ESLJP-a da dalje razjasni odredbe ZKPK u svetlu ustavnog prava na pravično i nepristrasno suđenje.<sup>63</sup> Slično upućivanje na odredbe EKLJP-a i jurisprudenciju ESLJP-a može se naći u drugim odlukama mešovitih veća EULEX-ovih sudija.<sup>64</sup>

Diskusija o EKLJP-u i njegovoj sudskoj praksi može se takođe naći u nedavnom Priručniku EULEX-ovih sudija o pitanjima u vezi sa krivičnim postupkom.<sup>65</sup> Iako je Priručnik mogao da poveća svoju vrednosti i doprinos

59 Predmet P br. 425/11, slučaj protiv *Arbena Krasnićija et al.*, Presuda o prihvatljivosti izjava i dnevnika Agima Zogaja (takođe poznatog kao svedok X), Okružni sud u Prištini, 21. mart 2012.

60 Član 156 (2) ZKPK-a predviđa da '[a] izjava koju je svedok dao policiji ili javnom tužiocu može biti prihvatljiv dokaz na sudu samo kada su okrivljeni ili branilac imali priliku da je ospore ispitivanjem svedoka tokom neke faze krivičnog postupka.

61 Predmet *Arben Krasnići et al.*, supra note 21, u paragrafu 27.

62 Ibid., u paragrafu 28.

63 Član 31(4) Ustava Kosova o pravu na pravično i nepristrasno suđenje glasi: '[s] vako optužen za krivični prekršaj ima pravo da ispita svedoka i da dobije obavezno prisustvo svedoka, veštaka i drugih osoba koje mogu razjasniti dokaze'.

64 Videti npr. supra note 15, na 3; Predmet KA No. 417/11, *Bljerim Devoli et al.*, Presuda u vezi sa žalbama protiv presude o potvrđivanju optužnice i prihvatljivosti dokaza, mešovito veće EULEX-ovih sudija Okružnog suda u Prištini, 22. mart 2012, u paragrafima 9-12.

65 EULEX-ov sudija *Pek, et al.*, u *C. Rojek (ed), Priručnik: Odabrane teme o krivičnom postupku*, (2012).

kada bi sadržao upućivanja na konkretne odluke, Priručnik služi kao vredna smernica, kako za domaće pravosuđe tako i za pravne eksperte.

### **C. Domaće sudije redovnih sudova i izazovi u primeni međunarodnih ljudskih prava**

Uloženi su značajni naponi da se utvrde odluke donete u domaćem pravosuđu koje sadrže upućivanje na članove 22 i 53 Ustava. U principu, takva jurisprudencija nije mogla biti pronađena<sup>66</sup> i samo su u tri sudske odluke identifikovani slučajevi gde se primenjuje sudska praksa ESLJP.<sup>67</sup> Iako su odluke UNMIK-ovih<sup>68</sup> sudija iz 2002. godine utvrdile da EKLJP 'čini sastavni deo pravnog sistema Kosova',<sup>69</sup> domaće sudije u redovnim sudovima na Kosovu, pre i nakon stupanja na snagu Ustava Kosova, povremeno nisu uspevali da postupe u skladu sa zahtevima EKLJP-a ili drugim međunarodnim konvencijama. Ovo je posebno uočeno u nekoliko izveštaja međunarodnih organizacija koje rade na praćenju pravosuđa na Kosovu.<sup>70</sup>

---

66 Ova izjava je potvrđena korespondencijom autora sa Kosovskim institutom za pravosuđe, Vrhovnim sudom Kosova i nakon temeljnog pregleda dostupne jurisprudencije Vrhovnog suda Kosova.

67 Sudija Bashkim Hyseni, predsednik Osnovnog suda u Uroševcu (bivši opštinski sud u Uroševcu) u svojoj odluci poziva se na sudske prakse ESLJP. U predmetima KP br. 33/11 i KP br. 100/12, sudija Hyseni daje objašnjenje o tumačenju koncepta „osnovane sumnje” pozivajući se na predmete Fox, Campbell and Hartley protiv Ujedinjenog Kraljevstva, ESLJP, presuda suda od 30. avgusta 1990, parag. 32. U trećem slučaju P br. 355/12 o merama da se obezbedi prisustvo okrivljenog, sudija Hyseni poziva se na predmet I.A. protiv Francuske, ESLJP, presuda Suda od 23. septembra 1998.

68 Skraćena UNMIK predstavlja Misiju privremene administracije Ujedinjenih nacija na Kosovu.

69 Predmet AP – KZ br. 76/2002 protiv Ruždija Saramatija, Rešenje mešovito veća UNMIK-ovih sudija Vrhovnog suda Kosova, 9. oktobar 2002, u paragrafu 39. O primeni EKLJP-a i sudske prakse ESLJP-a takođe videti predmet AP br. 209/2002 protiv Džavita Hasanija, Presuda mešovito veća UNMIK-ovih sudija Vrhovnog suda Kosova, 2. april 2003, str. 6.

70 Što se tiče nepoštovanja EKLJP-a od strane redovnih sudova na Kosovu videti npr. Organizacija za evropsku bezbednost i saradnju, Misija na Kosovu – Odeljenje za ljudska prava i zajednice: Odsek za praćenje pravnog sistema (OEBS), Izveštaj o izvršenju presuda, 21. januar 2012, str. 11-18 (dostupno na: <http://www.osce.org/kosovo/87004>, poslednja poseta: 19. septembra 2012); OEBS Izveštaj o dokaznom postupku u građanskim parnicama na Kosovu, Izdanje 2, oktobar 2011, na str. 11-16 (dostupan na: <http://www.osce.org/kosovo/83301>, poslednja poseta: 19. septembra 2012); OEBS Izveštaj o problemima u potvrđivanju optužnica, Izdanje 8, oktobar 2010, na str. 1-4 (dostupno na: <http://www.osce.org/kosovo/73711>, poslednja poseta: 19. septembar 2012).

Međutim, malo je verovatno da ovakva nevoljnost da se primene međunarodne konvencije za zaštitu ljudskih prava proizilazi iz bilo kakvih doktrinskih ili pravnih obzira. Razlozi vrlo verovatno leže u zrelosti pravosuđa, uključujući i mesto koje ljudska prava imaju u mislima sudija u procesu presuda, ekspertizu u radu sa međunarodnim instrumentima i sudskom praksom u domenu ljudskih prava, kao i dostupnost izvora na službenim jezicima. Ovi izazovi nisu ništa jedinstveno i posebno za Kosovo već su do varirajućeg stepena bili prisutni u drugim pravnim porecima na početku primene međunarodnog prava u nacionalnom pravnom poretku.

Prof Stefan Oeter u ispitivanju neprimenjivanja međunarodnih konvencija o ljudskim pravima u nemačkim sudovima je uočio da 'kada državni organi, zakonodavac ili pravosudni organi krše međunarodna ljudska prava, oni obično to ne čine sa namerom da zanemare međunarodna ljudska prava. Oni jednostavno nisu naviknuti da prvo imaju na umu međunarodna ljudska prava.'<sup>71</sup>

U ispitivanju razloga za slabu primenu međunarodnih ljudskih prava u nemačkim sudovima, sudija Bruno Sima je 1997. godine naveo da sledeći praktični razlozi objašnjavaju nevoljnost nemačkih sudija:

- “1. Norme međunarodnih ljudskih prava nisu deo ključnog dela nastavnog plana i programa za pravno obrazovanje i praktičnu obuku advokata i sudija.
2. Neki sudovi mogu imati poteškoće u dobijanju... prevoda...
3. Pristup tekstovima međunarodnih normi se ponekad pokazuje otežanim ...”<sup>72</sup>

Prethodna zapažanja predviđaju da pitanje neprimenjivanja članova 22 i 53 Ustava Kosova od strane domaćih sudija u redovnim sudovima ima korene u obrazovanju i obuci sudija, uključujući i znanje stranih jezika, međunarodnih instrumenata za ljudska prava i razumevanje jurisprudencije ESLJP-a i drugih pravnih poredaka.

---

71 Oeter, 'Međunarodna ljudska prava i nacionalni suverenitet u saveznim sistemima: Iskustvo Nemačke', 47 WLR 871 (2001), str. 880.

72 Sima et al., 'Uloga nemačkih sudova u primeni međunarodnih ljudskih prava', u B. Konforti i F. Francioni (eds), *Primena međunarodnih ljudskih prava u domaćim sudovima*, (1997), str. 107 [naglasak dodat].



U odgovoru na slične izazove u primeni međunarodnih normi i standarda neke države su uspostavile mehanizme da unaprede usklađenost sa međunarodnim i evropskim zahtevima. Neposredno po prijemu Republike Češke u Evropsku uniju (EU), Vrhovni upravni sud Republike Češke je formirao istražnu jedinicu sastavljenu od mladih pravnih istraživača kako bi pomogli sudijama na pitanjima u vezi sa evropskim pravom, međunarodnim pravom i komparativnim pravom.<sup>73</sup> Imajući u vidu ograničene kapacitete čeških sudija da sude u skladu sa evropskim pravom i ostalim međunarodnim normama, delovalo je da je adekvatna i brza mera bilo pomaganje sudijama ekspertizom pruženom od strane mladih stručnjaka.<sup>74</sup>

U svetlu odsustva direktno primenljivih međunarodnih instrumenata u jurisprudenciji lokalnog pravosuđa na Kosovu, moglo bi se uzeti u obzir da li bi slično istraživačko odeljenje, bar u Apelacionom ili Vrhovnom sudu, moglo da poveća primenu člana 22 i 53 Ustava Kosova.<sup>75</sup> Pored toga, obrazovanje i obuka sudija treba da uključe nastavni plan i program o instrumentima za ljudska prava i sudskoj praksi Suda u Strazburu koji važe putem člana 22 i 53 Ustava Kosova.

## V. Zaključci

Odomaćivanjem određenih međunarodnih instrumenata za ljudska prava i jurisprudencije ESLJP-a kroz članove 22 i 53 Ustava Kosova, pravni poredak Kosova sadrži korpus neprocenjivih pravnih izvora za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda. U pogledu zaštite manjina, profesor Weller sa Univerziteta u Kembridžu, tvrdi da Ustav Kosova „predstavlja najnapredniji set odredbi o manjinskim pravima u Evropi ili bilo gde drugde“<sup>76</sup>

Direktnom primenom i prvenstvom osam međunarodnih instrumenata datih u članu 22 Ustava, stranke u postupcima pred sudovima na Kosovu mogu se u velikoj meri oslanjati na građanske i političke (i manjinske) ustavne garancije, kao i na socio-ekonomska prava UDLJP-a. Međutim, upućivanje na EKLJP, ICCPR i sudsku praksu Suda u Strazburu je dosad viđeno samo

---

73 Videti <http://www.nssoud.cz/Research-and-Documentation-Service/art/46?menu=287>, (pristupljeno poslednji put: 17. septembra 2012).

74 Prezentacija Zdeneka Kina, sudije Vrhovnog upravnog suda Češke Republike o 'Primeni evropskog prava u Češkoj i Slovačkoj: dve različite priče'. Seminar Žana Moneja – Napredna pitanja evropskog prava – prva godina Lisabonskog sporazuma – konsolidacija i proširenje, 14. april 2011. održana u Dubrovniku.

75 Novi Zakon o sudovima (br. 03/L-199), uspostavlja Apelacioni sud u Prištini kao drugostepeni sud (članovi 2, 17 i 18), dok će se Vrhovni sud prvenstveno baviti vanrednim pravnim lekovima (član 22).

76 Pogledajte Weller supra note 11, u 257

u jurisprudenciji Ustavnog suda Kosova i mešovitim veća EULEX-ovih sudija. Imajući u vidu privremenu prirodu prisustva međunarodnih EULEX-ovih sudija i međunarodnih sudija u Ustavnom sudu, sudbina primene članova 22 i 53 Ustava i međunarodnog prava u pravosuđu uveliko zavisi od sposobnosti i profesionalizma domaćih sudija da iskoriste izuzetan delokrug ovih dveju ustavnih odredaba.

Pored toga, formulacija članova 22 i 53 Ustava Kosova čini da je obavezna primena i pridržavanje sa navedenim međunarodnim instrumentima i sudskom praksom. Kao takva, njihova primena nije samo alternativa, već ustavna obaveza kosovskih institucija, uključujući i pravosuđe. Kako bi postupale u skladu sa ovim ustavnim zahtevima, kosovske vlasti treba da uzmu u obzir preduzimanje neposrednih kratkoročnih radnji i da se angažuju u planiraju održivog pravosuđa koje je kompetentno da se izbori sa zahtevima članova 22 i 53 Ustava. Kratkoročni plan bi mogao da uključi formiranje odeljenja za pravno istraživanje u višim sudovima na Kosovu i organizovanje redovnih obuka i obezbeđivanje materijala sudijama o dotičnim pitanjima u vezi sa ljudskim pravima. Odeljenja za pravna istraživanja bi trebalo da privuku mlade pravnike sa ekspertizom u međunarodnom pravu za ljudska prava i zainteresovane za rad sa sudskom praksom ESLJP-a. Pored toga, Kosovski institut za pravosuđe treba da ponudi obavezne kurseve za aktuelne sudije o primeni međunarodnih instrumenata o ljudskim pravima. Sudski savet Kosova treba da obezbedi prevod osam međunarodnih instrumenata iz člana 22 Ustava i najvažnijih praksi ESLJP-a za kosovske sudove na službene jezike. Iako bi ove radnje mogle pomoći da se sudije upoznaju sa međunarodnim ljudskim pravima, održiv plan mora da se odrazi na obrazovanje budućih generacija pravnika. Međunarodni instrumenti o ljudskim pravima trebalo bi da budu nezamenjiva komponenta programa osmišljenih za buduće advokate, sudije, tužioce i generalno za one koji primenjuju zakon.

Iskustva ostalih zemalja centralne i istočne Evrope bi mogla da služe kao polazna tačka u utvrđivanju sredstava koja bi mogla da se iskoriste u tranziciji iz izolacije i odvojenosti od međunarodnog prava do potčinjenosti međunarodnom pravu. Pored toga, praksa Ustavnog suda Kosova i EULEX-ovih sudija bi mogla da pomogne u razumevanju živopisne veze između domaćih i međunarodnih ljudskih prava.

Imajući u vidu težnje Kosova da postane članica UN, EU, Saveta Evrope i drugih ugovornih režima, kosovsko pravosuđe mora da bude u stanju da se pridržava međunarodnih sporazuma, ne samo radi pridržavanja sa domaćim ustavnim rešenjima iz članova 22 i 53 Ustava, već i da poštuje međunarodne obaveze koje je Kosovo preuzelo, od kojih one na nivou međunarodnih ugovora zahtevaju direktnu primenu i prvenstvo u domaćem pravnom poretku. Kosovske sudije bi trebalo da budu opremljene da se angažuju u

složenim međunarodnim ugovorima i sudskoj praksi u kontekstu nacionalnog pravnog poretka. Razumevanje konvencionalnih sistema i međunarodne jurisprudencije (npr. ESLJP) je samo početna tačka za kompetentno lokalno pravosuđe. Osobnosti odnosa između nacionalnog i međunarodnog prava zahtevaju da se sudije u svojem *dédoublement fonctionnel* angažuju ne samo u mehaničkoj primeni međunarodnih sporazuma, već i da traže tehnike pravnog tumačenja i pravnog obrazlaganja koje vode do sudske učtivosti u bavljenju različitim i ponekad oprečnim pravnim obavezama.

Kushtrim Istrefi\*

## Constitutional Domestication of International Human Rights in the Kosovo Legal Order

### Abstract

In scrutinizing the scope and application of Articles 22 and 53 of the Constitution of the Republic of Kosovo (the 'Kosovo Constitution' or the 'Constitution'), this contribution focuses on the peculiar process of domestication of certain international human rights conventions, instruments and jurisprudence in the Kosovo legal order. Articles 22 and 53 of the Constitution allow for a high level of protection of individual civil and political rights, and the rights of minorities. In addition, certain economic and social rights emanate from the obligatory application of the Universal Declaration of Human Rights (UDHR) in the Kosovo legal system. Among the eight international human rights conventions and instruments listed in Article 22 of the Kosovo Constitution, the Constitutional Court of the Republic of Kosovo (Constitutional Court) and mixed panels of EULEX<sup>77</sup> judges apply extensively the European Convention on Human Rights (ECHR) and the jurisprudence of the European Court of Human Rights ('ECtHR' or the 'Strasbourg Court'). A very scarce application of Articles 22 and 53 of the Kosovo Constitution in the jurisprudence of the local judges of Kosovo regular courts signals that they are not yet capable of coping with the judicial application of international human rights.

---

77 \* PhD cand., LL.M., Visiting Scholar at Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law and Assistant Professor at the International Law Department, Law Faculty of the University of Pristina. This paper was presented at the Conference of the Constitutional Court of the Republic of Kosovo 'Direct Applicability of Universally Accepted Human Rights in Kosovo: The New Imperative in the Practice of Law', held in Pristina, 29 June 2012. I would like to express my profound gratitude to Zane Ratniece and Michael Cuniff for their constructive comments. I am also thankful to Judge Bashkim Hyseni for providing me with the copies of his court decisions that have been of high pertinence to this contribution. This article has been written in the English language and it has not been translated by the author in the Albanian and Serbian languages. This contribution has been written à titre personnel and the views do not necessarily reflect the opinion of any of the institutions to which the author is affiliated.

EULEX abbreviation stands for the European Union Rule of Law Mission in Kosovo.

## I. Introduction

As to the manner in which international law is brought in the Kosovo legal order, two distinct models could be identified in the Kosovo Constitution.

The first is laid down in Articles 17, 18 and 19 of the Kosovo Constitution, which governs ratification of international treaties by the Republic of Kosovo, and accords direct applicability and supremacy to such ratified international treaties.<sup>78</sup> In the ratification process, the Vienna Convention on the Law of Treaties 1969 (VCLT) becomes relevant. Pursuant to the VCLT, the Republic of Kosovo may make reservations to certain international obligations and, in limited circumstances, to withdraw from obligations of a ratified international treaty.<sup>79</sup>

The second model, through which international law is made applicable in the Kosovo legal order, is found in Articles 22 and 53 of the Constitution. These two provisions require that certain international human rights conventions, instruments and jurisprudence are applied and complied with by Kosovo institutions. Therefore, one may put forward that rights laid down in these listed sources do not originate from international law undertaken by Kosovo *via* ratification process, but rather constitute implanted domestic constitutional rights.<sup>80</sup>

Both models provide for a constitutional model where domestic and international law are integrated. Yet, the second model is relatively peculiar for domesticating and reproducing eight international instruments and case law of the Strasbourg Court in the Kosovo legal order. This model seems to be a result of the 'international influences' during the drafting process of the Kosovo Constitution. The ECtHR Judge Lech Garlicki while sharing his experience in constitution-drafting in post-Communist Europe asserts:

[s]hort of military intervention and/or economic pressure, the most civilised way of imposing certain standards upon national processes of constitution drafting is to 'universalise' these standards by expressing

---

78 See particularly Article 19 of the Kosovo Constitution. Article 19 reads as follows: '1. International agreements ratified by the Republic of Kosovo become part of the internal legal system after their publication in the Official Gazette of the Republic of Kosovo. They are directly applied except for cases when they are not self-applicable and the application requires the promulgation of a law. 2. Ratified international agreements ... have superiority over the laws of the Republic of Kosovo'.

79 For treaty reservations, see particularly Article 19 of the VCLT. For treaty withdrawal, see particularly Articles 54 and 62 of the VCLT.

80 Also the norms of customary international law are applied in the Kosovo legal order through Article 19.2 of the Constitution.

them in the norms of international law. Such norms, if vested with sufficient binding authority, can pre-define the content of national constitutions leaving to the framers of a particular constitution no alternative but to reproduce them in the text of the constitution.<sup>81</sup>

Such 'international influences,' as scrutinized later, are nevertheless restricted primarily to the application of international human rights instruments, and more precisely to the protection of minorities and individual fundamental rights.

Against this background, this contribution discusses peculiarities of the second model related to domestication and judicial application of international human rights instruments and case law in the Kosovo legal order.

*Firstly*, the survey addresses the scope and application of Article 22 of the Constitution. This section scrutinizes international human rights conventions and instruments that are made directly applicable in the Kosovo legal order as higher norms, with particular focus on the peculiarities of the UDHR.

While Article 22 of the Constitution names concrete international human rights conventions and instruments, Article 53 of the Constitution requires that constitutional rights and freedoms are interpreted in line with the ECtHR jurisprudence. Therefore, *secondly*, the scope of Article 53 of the Constitution is discussed.

*Thirdly*, the contribution develops by surveying the judicial application of the two Constitutional provisions by the Constitutional Court of Kosovo and mixed panels of EULEX judges, and identifies challenges faced by domestic judges of regular courts in following the requirements of Articles 22 and 53 of the Constitution.

*Lastly*, the discussion is wrapped up with a short outlook on the pertinence of Articles 22 and 53 of the Constitution. The conclusions echo concerns and outline that competence and professionalism of judiciary are essential in bringing to life of Articles 22 and 53 of the Constitution and international law in general.

## II. The Scope of Article 22 of the Kosovo Constitution

In international law it is an ordinary practice that a State becomes a party to a treaty after having joined the respective international organization that has

---

81 Garlicki, 'Democracy and International Influences', in G. Nolte (ed), *European and US Constitutionalism*, (2005), at 263.

sponsored the international agreement in question. This practice has been developed not because a non-member State of an international organization is not eligible to unilaterally adopt and implement the international agreements of the international organization, but rather because the membership in the respective international organization provides also for the judicial and diplomatic mechanisms that supervise the implementation of those international agreements. In this manner, by being a member of the international organization, the application of the international agreement becomes necessary by operation of a foreign law that is ordinarily being supervised by an international organization.

By way of example, a State that is not a member of the Council of Europe is not prohibited to unilaterally adopt and implement the ECHR. However, such unilateral application of the ECHR does not make the non-member State subject to legal remedies foreseen in the ECHR. If any obligation under the ECHR is violated by the non-member State, no claim originating from that violation can be brought to the ECtHR.

Against this background, Kosovo, neither a member of the United Nations (UN) nor the Council of Europe, in Article 22 of its Constitution has voluntarily and by means of domestic choices decided that:

‘the following international agreements and instruments are guaranteed by this Constitution, are directly applicable in the Republic of Kosovo and, in the case of conflict, have priority over provisions of laws and other acts of public institutions:

- (1) Universal Declaration of Human Rights;
- (2) European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and its Protocols;
- (3) International Covenant on Civil and Political Rights and its Protocols;
- (4) Council of Europe Framework Convention for the Protection of National Minorities;
- (5) Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination;
- (6) Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women;
- (7) Convention on the Rights of the Child;
- (8) Convention against Torture and Other Cruel, Inhumane or Degrading Treatment or Punishment...<sup>182</sup>

It is worthwhile to observe that Article 22 of the Constitution incorporates international instruments with a focus on civil, political and minority rights, and leaves out such as the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR). As such, Article 22 contains no international *instrument* devoted particularly to economic, social and cultural rights. One might argue that such a decision of the drafters of the Kosovo Constitution was related to financial considerations in view of the nascent stage of Kosovo's economy.<sup>83</sup> A further explanation could be linked to Western influences on the Constitution-making in Kosovo. The preparatory work of the drafting process of the ICCPR and ICESCR provide that '[w]hilst Western States clearly showed a preference for civil and political rights, the Socialist States, by contrast, became the sponsors of economic, social and cultural rights'.<sup>84</sup> Finally, the reasons could be sought from the particular circumstances of the creation of the State of Kosovo. In the author's view it is more feasible that the context of the coming into existence of the State of Kosovo rendered it necessary that Kosovo institutions are committed to the protection of minorities and fundamental rights. To achieve this, the international instruments with emphasis on civil and political rights were incorporated in the Constitution, while instruments devoted specifically to economic, social and cultural rights were less pertinent to address these concerns.<sup>85</sup>

Among the eight instruments listed in the Kosovo Constitution, the UDHR requires additional scrutiny, in view of its different legal nature. Particularly, because the UDHR constitutes a declaration, as opposed to the other instruments which amount to international treaties.<sup>86</sup> Also, the socio-economic

---

Comprehensive Proposal for the Kosovo Status Settlement of 26 March 2007. The Comprehensive Proposal for the Kosovo Status Settlement is a Report of the Special Envoy of the UN Secretary-General on Kosovo's future status.

83 While the civil and political rights require from the States to refrain from actions that limit or violate individual fundamental rights, Article 2(1) of the ICESCR stipulate that '[e]ach State Party to the present Covenant undertakes to take steps, individually and through international assistance and co-operation, especially economic and technical, to the maximum of its available resources, with a view to achieving progressively the full realization of the rights recognized in the present Covenant by all appropriate means, including particularly the adoption of legislative measures.

84 Craven, 'The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights', in R. Hanski and M. Suksi (eds), *An Introduction to the International Protection of Human Rights*, (1999), at 101. See also Z. Gruda, *Mbrojtja Ndërkombëtare e të Drejtave të Njeriut*, (2007), at 37.

85 For additional arguments see e.g., Garlicki, *supra* note 5, at 264-265.

86 For the application of the UDHR and the Framework Convention for the Protection of National Minorities in the Kosovo Constitution, see M. Weller *Contested Statehood: Kosovo's Struggle for Independence* (2009), at 245 and 257.



rights which are included in the UDHR require a particular attention.<sup>87</sup>

Although the UDHR is of invaluable pertinence to universalization of human rights, the UDHR itself is a non-binding legal source.<sup>88</sup> While there is no doubt that the UDHR served as an inspirational source for development and adoption of the ICCPR, ICESCR, ECHR and other human rights instruments, the UDHR creates no mandatory legal obligation upon the States as to its application. Yet, by virtue of Article 22(1) of the Kosovo Constitution, the UDHR presents a binding document that is directly applicable in the Kosovo legal order, and, furthermore, is superior to other Kosovo laws and acts of public institutions.<sup>89</sup>

When looking at the corpus of the rights guaranteed under the UDHR, the majority of its provisions are identical to the ICCPR or the ECHR. Therefore, it appears that the provisions of the UDHR, by their substance, are applicable in the Kosovo legal order through other incorporated international instruments. However, some of the rights enshrined in the UDHR are pure economic and social rights that cannot be found elsewhere in the Kosovo Constitution. To name just a few, Article 22 of the UDHR provides that '[e]veryone, as member of society, has the right to social security'. Furthermore, Article 25 of the UDHR lays down a considerable list of social and economic rights:

‘1. '[e]veryone has the right to a standard of living adequate for the health and well-being of himself and of his family, including food, clothing, housing and medical care and necessary social services, and the right to security in the event of unemployment, sickness, disability, widowhood, old age or other lack of livelihood in circumstances beyond his control.

2. Motherhood and childhood are entitled to special care and assistance. All children, whether born in or out of wedlock, shall enjoy the same social protection...’

While one may question if the UDHR provisions particularly on the economic and social rights are sufficiently precise to mandate their enforcement, at the same time, the legislator is under a constitutional obligation to provide for the necessary mechanisms to bring to life the economic and social rights

---

87 See particularly Articles 22 and 25 of the UDHR.

88 The UDHR is adopted by the General Assembly Resolution 217 A (III) of 10 December 1948.

89 For a similar application of the UDHR in the domestic legal order, see Article 2 of Part II and the Annex of the Constitution of the Federation of Bosnia and Herzegovina.

enumerated in Articles 22 and 25 of the UDHR.

In addition to the UDHR, also other provisions of the instruments emanating from Article 22 of the Kosovo Constitution introduce new rights and freedoms that are not explicitly provided in the Kosovo Constitution. While the right to self-determination of people is not articulated in the Kosovo Constitution, it is nevertheless directly applicable in the Kosovo legal order by means of Article 1(1) of the ICCPR,<sup>90</sup> listed in Article 22(3) of the Constitution.

Overall, the incorporation of the international conventions and other instruments in the Kosovo domestic order may be seen as an indication of a positive willingness on part of the Kosovo institutions to offer a high level of protection of fundamental rights. At the same time, it places also certain expectations, which may become more visible once the parties to the judicial proceedings start extensively to invoke the eight instruments in Article 22 of the Constitution. In that stage of development the judiciary and, possibly, other state institutions may face challenges in defining the scope and, most importantly, filling with substance in the Kosovo context the international provisions emanating from Article 22. This may be a difficult task particularly with respect to more abstract provisions of the eight international instruments. In the author's view, this will be a part of natural process towards the desired level of democracy based on the protection of fundamental rights, as guided and to a certain degree dictated by the international provisions stemming from Article 22 of the Constitution.

### **III. The Scope of Article 53 of the Kosovo Constitution**

Article 53 of the Kosovo Constitution stipulates that the '[h]uman rights and fundamental freedoms guaranteed by this Constitution shall be interpreted consistent with the court decisions of the European Court of Human Rights'. Hence, the human rights and fundamental freedoms enshrined in the Kosovo Constitution must be interpreted in harmony with the long established jurisprudence of the Strasbourg Court. This further implies that also the rights and freedoms guaranteed under the international instruments listed in Article 22 of the Kosovo Constitution must be interpreted in line with the jurisprudence of the ECtHR. In other words, in case of different standards of human rights protection under the international instruments applicable in the Kosovo legal order, Article 53 of the Constitution requires that the ECtHR interpretation prevails.

---

90 Article 1(1) of the ICCPR provides that '[a]ll peoples have the right of self-determination. By virtue of that right they freely determine their political status and freely pursue their economic, social and cultural development.'

One may note that the Kosovo Constitution does not provide for a consistent interpretation with other international courts and tribunals, including the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (ICTY), which is of particular relevance for Kosovo. However, the ICTY was not designed to be a permanent judicial body, and was created with a concrete task. As such, one may see a rationale of not having the ICTY case law incorporated in the Constitution.

#### **IV. Judicial Application of Articles 22 and 53 of the Kosovo Constitution**

Among the eight instruments enumerated in Article 22 of the Constitution, it is primarily the ECHR that is being implemented in the Kosovo courts. In isolated cases also the ICCPR may be observed in the Kosovo jurisprudence.<sup>91</sup>

As to application of the ECHR and the ECtHR's case law, the Kosovo Constitutional Court and mixed panels of EULEX judges frequently engage in detailed discussion on these sources of law. At the same time, recourse to Articles 22 and 53 of the Constitution in the practice of domestic judges of Kosovo regular courts is very rare.

##### **A. Constitutional Court**

In the course of almost four years of functioning of the Kosovo Constitutional Court, its courage and professionalism in application of the international human rights is to be appreciated. The case law of the Constitutional Court reveals that reference to the ECHR rights and freedoms and the Strasbourg Court case law is not limited to the issues before the Court but also serves as an inspirational source that makes the Constitutional Court judgments persuasive to its community.

At the same time, a closer observation of the Constitutional Court's jurisprudence brings to attention certain methodological matters which could be refined in the Court's further operation. First, the ECHR and the Strasbourg Court jurisprudence should be regarded not only in reaching the Constitutional Court's findings on the scope of the fundamental rights guaranteed under the Kosovo Constitution, but examined also for the principles and doctrines developed by the ECtHR. Second, for the reasons of consistency the Constitutional Court should develop a uniform system of citation and reference to the case law and rights under other international

---

91 Case PKL-KZZ-137/2011, Judgment of mixed panel of EULEX judges, Supreme Court of Kosovo, 13 April 2012, at 3.

treaty systems.

On the first issue, an example of how the principles and doctrines of the ECtHR jurisprudence could be useful for the Constitutional Court may be found in the so-called *Fatmir Sejdiu* case. Thirty-two Deputies of the Kosovo Assembly, by means of the referral to the Constitutional Court contended that Mr. Fatmir Sejdiu, the President of the Republic of Kosovo violated Article 88 of the Kosovo Constitution in holding simultaneously the position of President of the Republic of Kosovo and that of President of his political party, the Kosovo Democratic League (LDK).<sup>92</sup>

It was considered that Mr. Sejdiu held the position of President of the LDK for more than three years from filing of the referral with the Constitutional Court. Therefore, the Constitutional Court had *inter alia* to assess whether the case was lodged within the time limit as required by the Law No. 03/L-121 on the Constitutional Court of the Republic of Kosovo (Law on the Constitutional Court). Article 45 of the Law on the Constitutional Court provides that '[t]he referral should be filed within a period of thirty (30) days starting from the day the alleged violation of the Constitution by the President has been made public'. In addressing the time limit for filing of a claim before the Constitutional Court, the majority of the judges asserted:

“32. [i]n the case of President Sejdiu it is necessary to look at the factual situation to see whether the holding of the office of President/Chairman of the LDK, ‘but freezing that position’, was a single event that occurred at one time or whether it amounts to a continuing day by day situation .... The President admits that he has continued to be the Chairman of LDK and President of Kosovo at all times since his election to the office of President in 2006.

33. If this is the case, the consequences of the freezing of the position continue and therefore there is a day by day ongoing situation. To conclude otherwise could result in a situation whereby the President of Kosovo could be barred from holding the Office of the President because of a constitutional violation, but be allowed to continue in office simply because a referral was not made to the Constitutional Court in a timely manner. Nowhere in the Constitution is there any authority for such an irrational result. Nor does Article 45 of the Law on the Constitutional Court envision such an irrational result.

---

92 Article 88 of the Kosovo Constitution provides: ‘1. The President shall not exercise any other public function.

2. After election, the President cannot exercise any political party functions.’

34. This Court considers that the time limit of 30 days set by Article 45 of the Law on the Constitutional Court, for referral of serious violations to the Constitutional Court, applies to serious violations that were one off events in time or were continuing violations that ceased. The time cannot apply to serious violations that continue. However where a violation is continuing the thirty days cannot commence to run because the violation has not ceased. If the President had at some stage in his Presidency resigned from the position of Chairman/President of the LDK then the time limit for making the Referral to the Constitutional Court, into what was then a past violation, would expire after the passing of 30 days from the date of that resignation. In contrast, the simple act of publicly stating that he was 'freezing' his position as President of LDK at a definite point of time and then into the future cannot cure the continuing nature of the violation."<sup>93</sup>

For the purposes of this contribution, the Constitutional Court found that the violation in question was continuous. In light of such a nature of the violation, the Constitutional Court regarded that the referral could not be precluded by operation of Article 45 of the Law on the Constitutional Court.

With regard to the aforementioned reasoning of the Constitutional Court as to continuous violation and its effects on admissibility of the referral it can be observed that it is compatible with the case law of the ECtHR and opinions of legal scholars.<sup>94</sup> However, the reference to the principle of *continuing violation* developed by the ECtHR<sup>95</sup> would have made the reasoning in *Fatmir Sejdiu* case not only logical but also legally persuasive in light of the requirements of Article 53 of the Constitution for consistent interpretation with the ECtHR.

Consequently, this analysis provides that while it is to be appreciated that the Constitutional Court makes regular reference to the ECtHR, that reference

93 Case No. KI 47/10, Naim Rrustemi and 31 other Deputies of the Assembly of the Republic of Kosovo v. His Excellency, Fatmir Sejdiu, President of the Republic of Kosovo, Judgment of the Constitutional Court of the Republic of Kosovo, 28 September 2010, at paras. 32-34 [emphasis added].

94 See e.g., Zwaak 'The Procedure before the European Court of Human Rights', in P. Van Dijk, F. Van Hoof, A. Van Rijn et al. (eds), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, (2006), at 170. Zwaak considers that "[a] special starting date for the time-limit applies to cases involving a so-called 'continuing situation', where the violation is not (only) caused by an act performed or a decision taken at a given moment, but (also) by its consequences, which continue and thus repeat the violation day by day".

95 See e.g., *Papamichalopoulos and Others v. Greece*, ECHR, Judgment of the Court (Chamber) of 24 June 1993, at paras. 40 and 46; *Agrotexim and Others v. Greece*, ECHR, Judgment of the Court (Chamber) of 26 September 1995, at paras. 56-58; *Loizidou v. Turkey*, ECHR, Judgment of the Court (Chamber) of 18 December 1996, at paras. 26-64.

should include also the principles developed by the Strasbourg Court.

The second issue regarding the Kosovo Constitutional Court is related to reference and citation techniques for the ECtHR case law and other sources in the Court's decisions, which is done in different and at times insufficient manner.<sup>96</sup> This observation echoes the necessity for the Constitutional Court to develop a uniform system of citation. To achieve that, parties, practitioners, academics, and a wider public are able to grasp the considerations underlying the Court's argument, it is a reasonable expectation that the Constitutional Court provides a full name of the case relied upon, indication of the paragraphs invoked in that case, and, where appropriate, a justification as to relevance of the authority. This particularly may be regarded as indispensable in light of Article 53 of the Kosovo Constitution, and in the process of developing a quality jurisprudence of the Constitutional Court.

Overall, it must be emphasized that the Constitutional Court of Kosovo with its domestic and international judges has been able to promptly develop a credible and persuasive jurisprudence that must be seen as a good pattern to follow for the regular courts. Nevertheless, in view of the magnificent breadth of Articles 22 and 53 of the Constitution, the Constitutional Court should not confine itself to application of the ECHR, and, where applicable, should engage in discussion on other instruments listed in Article 22 of the Constitution.

## **B. Mixed Panels of EULEX Judges**

In the decisions rendered by mixed panels of EULEX judges it is frequently that Articles 22 and 53 of the Kosovo Constitution are followed in interpretation of the fundamental freedoms and human rights guaranteed under the Kosovo legal framework.

In a criminal case against *Arben Krasniqi et al.*,<sup>97</sup> the mixed panel of EULEX judges of Pristina District Court examined the right of the defence to challenge evidence of the so called witness X in light of requirements of Article 156(2)

---

96 Compare the citations and references in the following cases rendered by the Constitutional Court of the Republic of Kosovo on the same day: Case No. KI-08/11, *Malush Sopa et al. v. Unknown Public Authority*, Resolution on Inadmissibility of the Constitutional Court of the Republic of Kosovo, 24 April 2012, at para. 56; Case No. KI 56/11, NP Media Print: Constitutional Review of the Judgment of the Supreme Court of Kosovo Ae.Nr.104/2009, dated 21 September 2010, Resolution on Inadmissibility of the Constitutional Court of the Republic of Kosovo, 24 April 2012, at paras. 32-33.

97 Case P No. 425/11, case against *Arben Krasniqi et al.*, Ruling on admissibility of Agim Zogaj's statements and diaries (also known as witness X), District Court of Pristina, 21 March 2012.

of the Kosovo Code of Criminal Procedure (KCCP).<sup>98</sup> The mixed panel of EULEX judges observed that the interpretation of Article 156(2) of the KCCP should be in compliance with the provisions of the ECHR and the standards of the ECtHR jurisprudence, by holding:

“Art.22 of the Constitution makes the ECHR directly applicable to the Kosovo domestic legal system. Furthermore, Art.53 of the Kosovo Constitution requires that ‘human rights and fundamental freedoms guaranteed by the Constitution are interpreted consistent with the court decisions of the European Court of Human Rights’... Therefore, the Trial Panel must interpret the KCCP Art.156 (2) ‘opportunity to challenge’ in line with the ECtHR’s findings.”<sup>99</sup>

The mixed panel of EULEX judges by referring to the case law of the ECtHR found that the opportunity to challenge a witness should be ‘adequate and proper’.<sup>100</sup> In this manner, the trial panel paid due regard to the nature of Articles 22 and 53 of the Kosovo Constitution and utilized the ECtHR’s jurisprudence to further clarify the provisions of the KCCP in light of the constitutional right to fair trial.<sup>101</sup> A similar reference to provisions of the ECHR and jurisprudence of the ECtHR may be found in other decisions of mixed panels of EULEX judges.<sup>102</sup>

Discussion on the ECHR and its case law can also be found in the Manual of EULEX judges on the issues of criminal procedure.<sup>103</sup> While the Manual could have increased its value and contribution by having reference to concrete decisions, the Manual serves as a valuable guideline also for domestic judiciary and legal practitioners.

98 Article 156 (2) of the KCCP provides that ‘[a] statement of a witness given to the police or the public prosecutor may be admissible evidence in court only when the defendant or defence counsel has been given the opportunity to challenge it by questioning that witness during some stage of the criminal proceedings.

99 Case Arben Krasniqi et al., supra note 21, at para. 27.

100 Ibid., at para. 28.

101 Article 31(4) of the Kosovo Constitution on the right to fair and impartial trial reads: ‘[e]veryone charged with a criminal offense has the right to examine witnesses and to obtain the obligatory attendance of witnesses, experts and other persons who may clarify the evidence’.

102 See e.g., supra note 15, at 3; Case KA No. 417/11, Blerim Devolli et al., Ruling upon appeals against ruling on confirmation of indictment and admissibility of evidence, mixed panel of EULEX judges of the District Court Pristina, 22 March 2012, at paras. 9-10.

103 EULEX Judges Peeck, et al., in C. Rojek (ed), Manual: Selected Topics on Criminal Procedure, (2012).

## Domestic Judges of the Regular Courts and Challenges in Application of International Human Rights

Significant efforts were put in place to identify decisions rendered by local judiciary which would contain reference to Articles 22 and 53 of the Constitution. Such reference generally was absent,<sup>104</sup> and only in three decisions of a local judge application of the ECtHR case law could be identified.<sup>105</sup> Even though decisions of UNMIK<sup>106</sup> judges as of 2002 have asserted that the ECHR 'constitute[s] an integral part of Kosovo legal system',<sup>107</sup> the domestic judges of Kosovo regular courts before and after entry into force of the Kosovo Constitution have occasionally failed to comply with requirements of the ECHR or other international conventions. Particularly this has been observed in several reports of international organizations engaged in monitoring of judiciary in Kosovo.<sup>108</sup>

However, it is not likely that such a reluctance to apply international conventions on the protection of human rights results from any doctrinal or legal considerations. The reasons rather lie behind maturity of the judiciary,

---

104 This statement is confirmed by correspondence of the author with the Kosovo Judicial Institute, Kosovo Supreme Court and after having thoroughly reviewed the available and accessible jurisprudence of the Kosovo Supreme Court.

105 Judge Bashkim Hyseni, President of Ferizaj Basic Court (former Ferizaj Municipal Court) has made references to the ECtHR case law in his court decisions. In cases KP no.33/11 and KP no. 100/12, Judge Hyseni explains the ECtHR's interpretation of the concept of a 'reasonable suspicion' by making a reference to the case *Fox, Campbell and Hartley v. The United Kingdom*, ECHR, Judgment of the Court of 30 August 1990, at para 32. In the third case P no.355/12 related to measures to ensure a defendant's presence, Judge Hyseni has made a reference to the case *I.A v. France*, ECHR, Judgment of the Court of 23 September 1998.

106 UNMIK abbreviation stands for the United Nations Interim Administration Mission in Kosovo.

107 Case AP – KZ No. 76/2002 against Ruzhdi Saramati, Decision of mixed panel of UNMIK judges of the Supreme Court of Kosovo, 9 October 2002, at para. 39. On the application of the ECHR and the ECtHR case law see also Case AP No. 209/2002 against Xhavit Hasani, Verdict of mixed panel of UNMIK judges of the Supreme Court of Kosovo, 13 August 2002, at 7; Case AP – KZ No. 263/2002 against Milorad Blagojevic, Decision of mixed panel of UNMIK judges of the Supreme Court of Kosovo, 2 April 2003, at 6.

108 With regard to non-compliance of Kosovo regular courts with the ECHR, see e.g., the Organization for Security and Co-operation in Europe Mission in Kosovo – Department of Human Rights and Communities: Legal System Monitoring Section (OSCE), Report on Execution of Judgments, January 2012, at 11-18 (available at: <http://www.osce.org/kosovo/87004>, last visited: 19 September 2012); OSCE Report on Evidentiary Procedure in Civil Cases in Kosovo, Issue 2, October 2011, at 10-16 (available at: <http://www.osce.org/kosovo/83301>, last visited: 19 September 2012); OSCE Report on Confirmation of Indictment Concerns, Issue 8, October 2010, at 1-4 (available at: <http://www.osce.org/kosovo/73711>, last visited: 19 September 2012).



including, the place which human rights play in minds of judges in the process of adjudication, expertise in work with international human rights instruments and case law, as well as accessibility of the sources in the official languages. Such challenges are not anything unique particularly for Kosovo but to varying degrees have been present in other legal orders in the beginnings of application of international law in national legal orders.

Professor Stefan Oeter in surveying the period of non-application of international human rights conventions in German courts observed that '[i]f state authorities, the legislator or judicial organs violate international human rights, they usually do not do so with the conscience of disregarding international human rights. They are simply not accustomed to keeping international human rights foremost in mind.'<sup>109</sup>

In scrutinizing the reasons for the rare application of international human rights in German courts, Judge Bruno Simma in 1997 wrote that the following practical reasons explained the reluctance of German judges:

- “1. International human rights norms are not part of the core curricula in the legal education and practical training of lawyers and judges.
2. Some courts may have difficulties in obtaining ... translations ....
3. Access to the texts of international norms sometimes proves to be difficult ...”<sup>110</sup>

From the foregoing observations, one can draw that the non-application of Articles 22 and 53 of the Kosovo Constitution by domestic judges of the regular courts likely have its roots in the education and training of judges, including knowledge of foreign languages, international human rights instruments and understanding of jurisprudence of the ECtHR and other legal orders.

In response to similar challenges in application of international norms and standards some States established mechanisms to enhance compliance with international and European requirements. Immediately after accession of Czech Republic to the European Union (EU), the Supreme Administrative Court in Czech Republic established a research unit composed of young legal researchers to assist judges on the issues related to the EU law, international law and comparative law.<sup>111</sup> Considering the limited capacities of Czech judges

109 Oeter, 'International Human Rights and National Sovereignty in Federal Systems: The German Experience', 47 WLR 871 (2001), at 880.

110 Simma et al., 'The Role of German Courts in the Enforcement of International Human Rights', in B. Conforti and F. Francioni (eds), *Enforcing International Human Rights in Domestic Courts*, (1997), at 107 [emphasis added].

111 See <http://www.nssoud.cz/Research-and-Documentation-Service/art/46?menu=287>,

to adjudicate in harmony with the EU law and other international norms, it seemed that an adequate and prompt measure was to assist judges with the expertise provided by young scholars.<sup>112</sup>

In view of absence of the directly applicable international instruments in jurisprudence of Kosovo local judiciary, it could be considered if a similar research department, at least at the Court of Appeals and the Supreme Court would enhance the implementation of Articles 22 and 53 of the Kosovo Constitution.<sup>113</sup> In addition, education and training of judges should include curriculum on the human rights instruments and the Strasbourg Court case law applicable through Articles 22 and 53 of the Kosovo Constitution.

## V. Conclusions

With the domestication of certain international human rights instruments and the ECtHR jurisprudence through Articles 22 and 53 of the Kosovo Constitution, Kosovo legal order contains a corpus of invaluable legal sources on protection of human rights and fundamental freedoms. With regard to protection for minorities, Professor Weller from Cambridge University asserts that the Kosovo Constitution 'represents the most advanced set of minority rights provisions in Europe or anywhere else'.<sup>114</sup>

By virtue of direct applicability and supremacy of the eight international instruments laid down in Article 22 of the Constitution, parties to proceedings in Kosovo courts can extensively rely on civil and political (including minority) constitutional guarantees as well as socio-economic rights of the UDHR. However, reference to the ECHR, ICCPR and the Strasbourg Court case law until now can be found primarily in jurisprudence of the Kosovo Constitutional Court and mixed panels of EULEX judges. Considering the temporary nature of presence of international EULEX and Constitutional Court judges in Kosovo, the fate of judicial application of Articles 22 and 53 of the Constitution, and international law, more generally, rests on capability and professionalism of local judges to utilize the magnificent scope of these two constitutional provisions. Furthermore, the language of Articles 22 and 53 of the Kosovo Constitution makes it mandatory to implement and comply with

---

(last visited: 17 September 2012).

112 Presentation of Zdeněk Kühn, Judge of the Supreme Administrative Court of the Czech Republic on 'The application of EU law in the Czech Republic and Slovakia: two different narratives'. Jean Monnet Seminar – Advanced Issues of European Law – The First Year of the Treaty of Lisbon – Consolidation and Enlargement, 14 April 2011 held in Dubrovnik.

113 The new Law on Courts (No.03/L-199), establishes the Court of Appeals in Pristina as the second instance court (Articles 2, 17 and 18), while the Supreme Court will be primarily dealing with extraordinary legal remedies (Article 22).

114 See Weller at supra note 11, at 257.

the specified international instruments and case law. As such, their application is not merely an alternative, but a constitutional obligation on part of Kosovo institutions, including judiciary. In order to comply with those constitutional demands, Kosovo authorities should consider immediate short-term actions and engage in planning a sustainable judiciary that is competent to cope with the requirements of Articles 22 and 53 of the Constitution. A short-term plan could include the establishment of legal research departments at higher courts of Kosovo, and organizing regular trainings and providing materials to judges on the pertinent human rights issues. The legal research departments should attract young lawyers with expertise in international human rights law and an interest in the ECtHR case law. In addition, the Kosovo Judicial Institute should offer mandatory courses for current judges on the application of international human rights instruments. The Kosovo Judicial Council should ensure that translations into official languages of the eight international instruments in Article 22 of the Constitution, and the most important practice of the ECtHR are provided to Kosovo courts. While these actions could facilitate that judges become accustomed to international human rights, a sustainable plan must reflect on the education of future generations of lawyers. International human rights instruments and case law should be an indispensable component of the programmes designed for future attorneys, judges, prosecutors, and law appliers generally.

The experience of other countries in Central and Eastern Europe could serve as a reference in identifying the tools, which could be utilized in the transition from isolation and detachment from international law to subordination to international law. In addition, practice of the Kosovo Constitutional Court and EULEX judges could assist in understanding the vivid interaction between domestic and international human rights.

In view of Kosovo's aspirations to join the UN, EU, Council of Europe and other treaty regimes, Kosovo judiciary must be able to adhere to international agreements not only for the purpose of compliance with domestic constitutional choices under Articles 22 and 53 of the Constitution, but also to honour international obligations undertaken by Kosovo, some of which at the international treaty level would require direct application and supremacy in the domestic legal order. Hence, Kosovo judges should be equipped to engage in complexities of international treaties and case law in the context of national legal order. Understanding of the conventional systems and international jurisprudence (e.g. ECtHR) is only a starting point of a competent local judiciary. Peculiarities of the relationship between national and international law require that judges in their *dédoublement fonctionnel* engage not only in mechanical application of international agreements, but also quest for techniques of legal interpretation and legal reasoning that lead to judicial comity when addressing different and sometimes conflicting legal obligations.

Visar Morina 1\*

## **Aktgjykimet dhe vendimet e Gjykatës Kushtetuese të Kosovës – roli i precedentit dhe fushëveprimi i nenit 116.1 të Kushtetutës së Kosovës**

### **I. Hyrje**

Ky punim do të shqyrtoj natyrën juridike të vendimeve të Gjykatës Kushtetuese të Kosovës dhe do të vlerësoj përmasat e detyrimeve juridike të vendimeve kushtetuese në të ardhmen, në veçanti për sa i takon organeve gjyqësore dhe autoriteteve publike. Me fjalë të tjera, punimi do të hedh shikim lidhur me çështjen nëse, dhe në ç'masë vendimet e Gjykatës Kushtetuese të Kosovës prodhojnë efekte detyrimore juridike në të ardhmen dhe a kanë vendimet e tilla efekte të së drejtës së precedentit për gjyqësorin dhe autoritetet publike në përgjithësi. Fillimisht do të analizoj mandatin e Gjykatës Kushtetuese të Kosovës, dhe më pas do të shqyrtoj natyrën e vendimeve të Gjykatës Kushtetuese. Duke u mbështetur në kategorizimin e Steinbergerit lidhur me efektet juridike të vendimeve të gjykatave kushtetuese, do të analizoj natyrën e efekteve juridike të vendimeve të Gjykatës Kushtetuese të Kosovës dhe do të shqyrtoj nëse këto vendime prodhojnë efekte të precedentit në sistemin juridik të Republikës së Kosovës, i cili esencialisht nuk mbështetet në të drejtën e precedentit si burim i së drejtës.

### **II. Kompetencat e Gjykatës Kushtetuese të Republikës së Kosovës**

Kushtetuta e Kosovës e vitit 2008 solli risi në kontekst të organizimit institucional dhe kushtetues.<sup>2</sup> Ndërtimi i një sistemi të centralizuar të kontrollit

1 \* Prof. Dr. Visar Morina është ligjërues në Fakultetin Juridik të Universitetit të Prishtinës në lëndën e drejta kushtetuese dhe gjyqësia kushtetuese dhe këshilltar ligjor në Programin për Sundimin Efektiv të Ligjit në Kosovë (USAID/EROL). Ky punim është prezantuar në Konferencën e Gjykatës Kushtetuese të Kosovës lidhur me aplikueshmërinë direkte të të drejtave universalisht të pranuar ndërkombëtare: Imperativ i ri në praktikën e së drejtës mbajtur në Prishtinë më 29 qershor 2012. Mendimet e shprehura janë qëndrime personale të autorit dhe nuk reflektojnë mendime institucionale.

2 Kushtetuta e Kosovës ka hyrë në fuqi më 15 qershor 2008 pak muaj pas shpalljes së pavarësisë së Kosovës më 17 shkurt 2008. Kushtetuta është e arritshme në faqen zyrtare të Gazetës Zyrtare të Republikës së Kosovës në <http://gazetazyrtare.rks-gov.net/>.

kushtetues në Kosovë u shëndërrua në mekanizëm të pazëvendësueshëm për mbrojtjen e kushtetutës dhe interpretimin e saj, pas dy dekada shkëputjeje nga një traditë e kontrollit kushtetues që sa kishte filluar të zë vend në Kosovë. Themelimi i Gjykatës Kushtetuese plotësoi një vakum institucional, duke krijuar mundësinë për qytetarët që të kërkojnë drejtësi kushtetuese në rastet kur liritë dhe të drejtat e tyre kushtetuese çënohen nga autoritetet publike. Neni 112 i Kushtetutës së Kosovës nënvizon se “gjykata kushtetuese është autoriteti përfundimtar për të vendosur lidhur me përputhshmërinë e ligjeve me Kushtetutën si dhe për interpretimin e Kushtetutës”. Një lexim i kujdesshëm i kësaj dispozite kushtetuese lë të kuptoj se të drejtën për interpretim kushtetues e gëzon çdo individ apo institucion në mënyrë që të mund të akordoj veprimet dhe praktikën e tyre në përputhje me normën kushtetuese. Megjithatë, e drejta për të dhënë vendime përfundimtare lidhur me interpretimin e Kushtetutës në Kosovë është i është atribuar vetëm Gjykatës Kushtetuese, e cila vepron si autoritet i centralizuar për të dhënë interpretime kushtetushmërisht të detyrueshme si dhe për të përcaktuar caqet e lejuara kushtetuese të veprimeve ose lëshimeve të autoriteteve publike. Vëllimi i kompetencave të Gjykatës Kushtetuese është i gjerë dhe përfshin procedura të kontrollit abstrakt dhe konkret të kushtetushmërisë. Sipas nenit 113 të Kushtetutës së Kosovës, Kuvendi i Kosovës, Presidenti i Republikës, Qeveria dhe Avokati i Popullit janë të autorizuar të vejnë në lëvizje procedurën e kontrollit kushtetues lidhur me:

- (1) çështjen e përputhshmërisë së ligjeve, të dekretëve të Presidentit e të Kryeministrit dhe të rregulloreve të Qeverisë, me Kushtetutën;
- (2) përputhshmëria e Statutit të Komunës me Kushtetutën.

Për më tepër, Kuvendi, Presidenti i Republikës së Kosovës dhe Qeveria janë të autorizuar të vejnë në lëvizje edhe procedurat e kontrollit kushtetues para Gjykatës Kushtetuese në lidhje me

- (1) konflikti në mes të kompetencave kushtetuese të Kuvendit të Kosovës, Presidentit të Republikës së Kosovës dhe Qeverisë së Kosovës;
- (2) përputhshmëria e referendimit të propozuar me Kushtetutën;
- (3) përputhshmëria e shpalljes së Gjendjes së Jashtëzakonshme dhe veprimeve të ndërmarra gjatë Gjendjes së Jashtëzakonshme me Kushtetutën;

- (4) përputhshmëria e një amendamenti të propozuar kushtetues me marrëveshjet e detyrueshme ndërkombëtare, të ratifikuara sipas kësaj Kushtetute dhe rishikimi i kushtetutshmërisë së procedurës së ndjekur;
- (5) nëse është shkelur Kushtetuta gjatë zgjedhjes së Kuvendit.

Komunat autorizohen të kontestojnë kushtetutshmërinë e ligjeve ose të akteve të Qeverisë nëse përmes tyre çënohen përgjegjësitë komunale ose zvogëlojnë të hyrat e komunës si dhe në rast se komuna përkatëse janë afektuar nga ai ligj ose akt.<sup>3</sup> Individët janë poashtu të autorizuar të referojnë shkeljet nga autoritetet publike të të drejtave dhe lirive të tyre individuale, të garantuara me Kushtetutë, mirëpo vetëm pasi të kenë shterrur të gjitha mjetet juridike të përcaktuara me ligj.<sup>4</sup> Për më tepër, gjykatat kanë të drejtë t'i referojnë Gjykatës Kushtetuese çështje përkitazi me përputhshmërinë kushtetuese të një ligji, nëse ajo përputhshmëri është ngritur gjatë procedurës gjyqësore dhe gjykata referuese nuk është e sigurt për përputhshmërinë e ligjit të kontestuar me Kushtetutën dhe nëse vendimi i gjykatës referuese për rastin e caktuar, varet nga përputhshmëria e ligjit në fjalë. Gjykata referuese duhet të shpjegoj në detaje pse konsideron dispozitat përkatëse ligjore të jenë në kundërshtim me Kushtetutën dhe pse të vendosurit e rastit konkret varet nga vendimi i Gjykatës Kushtetuese lidhur me vlefshmërinë kushtetuese të ligjit.

### III. Një hap para drejt një sistemi “miks” të së drejtës?

Përcaktimi i asaj se çfarë përbën burim të së drejtës (ang. “source of law”) varet mjaft nga ajo se çfarë është natyra e sistemit juridik. Në disa raste, përcaktimi i burimit juridik përcaktohet me ligj, si për shembull neni 1.1 i Kodit Civil të Spanjës i cili përcakton se burime të së drejtës në Spanjë janë ligjet, zakonet dhe parimet e përgjithshme të së drejtës.<sup>5</sup> Një përmbledhje të ngjashme e gjejmë edhe në Kodin Civil të Italisë ku neni 1 përcakton një lloj hierarkie të akteve juridike.<sup>6</sup> Disa nene kushtetuese nuk saktësojnë në mënyrë të qartë llojet e burimeve të së drejtës apo tipin e tyre por vetëm nënvizojnë disa burime të cila konsiderohen si mjaft relevante.<sup>7</sup> Për shembull neni 55 i Kushtetutës së Francës përcakton në mes tjerash se në parim traktatet

3 Kushtetuta e Kosovës, neni 113.4.

4 Kushtetuta e Kosovës, neni 113.7.

5 Stefan Vogenhauer, “Sources of Law and Legal Method in Comparative Law” në Oxford Handbook of Comparative Law (Oxford, Oxford University Press, 2006) f. 880.

6 Ibid. f. 880.

7 Ibid, f. 880.

ndërkombëtare mbizotërojnë ndaj ligjeve të miratuara nga parlamenti. Disa shtete, megjithatë nuk përcaktojnë tipet e burimeve të së drejtës, por përjashtojnë në kuptim negativ disa forma të cilat nuk konsiderohen burime të së drejtës. Për shembull, neni 5 i Kodit Civil të Francës të vitit 1804 ndalon gjyqtarët që të japin vendime në bazë të vendimeve gjyqësore të dhëna më herët duke konsideruar zbatimin e precedenteve si të jashtëligjshme.<sup>8</sup> Një qasje të ngjashme e ndjek edhe Kodi Civil Austriak i vitit 1811 ku në nenin 12 ndalon që zakonet të jenë burime të së drejtës për aq kohë sa nuk janë të përcaktuara me legjislacion.<sup>9</sup>

Në kontekst të ndarjes klasike të familjeve juridike në botë “jo nga pikëpamja ideologjike por nga pikëpamja teknike”, sistemi juridik i Republikës së Kosovës graviton në mënyrë të konsideruar kah sistemi kontinental-evropian, sistem ky i cili konceptualisht nisët nga abstraksionet, parimet e përgjithshme, dhe dallon rregullat përmbajtësore (materiale) nga rregullat procedurale, si dhe nga përparësia e teksteve të shkruara legjislative.<sup>10</sup> Ky sistem mbështetet në konceptin se ligji (e drejta e shkruar) paraqet referencë primare për zgjidhjen e kontesteve juridike duke zhvendosur së këndejmi rëndësinë e precedentit si burim i së drejtës në procesin e zgjedhjes së kontesteve juridike. Epërsia e ligjit në raport me precedentin reflektohet edhe në Kushtetutën e Kosovës ku në nenin 102 para. 3 përcaktohet në mënyrë decisive se “gjyqtarët gjykojnë në bazë të Kushtetutës dhe ligjit”. Por kjo nuk nënkupton domosdomërisht se përdorimi i precedentit si burim plotësues i së drejtës në sistemin tonë juridik është i përjashtuar. Siç do të analizojmë në vijim, një vendim i Gjykatës Kushtetues në një çështje konkrete fiton epitetin e precedentit përmes gjeneralizimit të normës individuale mbështetur në një vendim gjyqësor. Ky koncept i krijimit të normave të përgjithshme përmes vendimit gjyqësor (e drejta e precedentit) është analizuar nga Hans Kelsen, i cili duke komentuar aspektin e hierarkisë së normave juridike argumenton se në bazë të kësaj norme të përgjithshme (të krijuar nga vendimi gjyqësor) është e mundshme që të vendoset se rastet e tjera janë të ngjashme në rradhë të parë me vendimin e parë, vendimi i së cilës konsiderohet precedent dhe rastet e tjera do të vendosen në mënyrë të ngjashme.<sup>11</sup> Refuzimi i krijimit gjyqësor të së drejtës (judge made law) erdhi si pasojë e abuzimeve gjyqësore gjatë mesjetës, si dhe me materializimin e parimit të ndarjes së pushteteve ku ligjet zbatoheshin si kanune matematikore në raste konkrete duke evituar mundësin e zbatimit të diskrecionit dhe të precedentit në

8 Shih Kodin Civil të Francës në version anglisht në [http://www.legifrance.gouv.fr/content/download/1950/13681/version/3/file/Code\\_22.pdf](http://www.legifrance.gouv.fr/content/download/1950/13681/version/3/file/Code_22.pdf) (12 Korrik 2012).

9 Vogenhauer, vep. cit. 4, f. 880.

10 Ibid. f. 880

11 Hans Kelsen, “General Theory of Law and State” (New Jersey, Law Book Exchange, 2009) f.149.

funksion të zgjedhjes së kontesteve gjyqësore. Megjithatë, kohëve të fundit në forume shkencore ka filluar të dominoj mendimi se familjet juridike nuk duhet parë të izoluar nga njëra tjetra për faktin se ato ndajnë veçori të përbashkëta në mes tyre. Duke patur parasysh këtë diversitet të burimeve juridike sot më tepër mund të flasim për një sistem të përzier të së drejtës duke marrë parasysh shumëllojshmërinë e burimeve juridike dhe tipet (llojet) e këtyre burimeve juridike sesa për një sistem të pastër i cili mbështetet në vetëm një burim të së drejtës duke përjashtuar forma të tjera të së drejtës. Për shembull, ndonëse Anglia njihet si djep i sistemit “common law”, ligjet e miratuara nga parlamenti Britanik së bashku me të drejtën në krijim të Bashkimit Evropian tanimë konsiderohen burime relevante juridike atje.<sup>12</sup> Një sistem të përzier të burimeve të së drejtës e gjejmë edhe në Kosovë. Pavarësisht faktit se në Kosovë ligji konsiderohen burim relevant juridik për zgjedhjen e kontesteve juridike, që në masë të konsideruar është refleksion i së kaluarës juridike të Kosovës, Kushtetuta e Kosovës ka bërë hapin e parë drejt njohjes së praktikës gjyqësore si instrument për zgjedhjen e çështjeve juridike të cilat objekt shqyrtimi kanë kufizimet në liritë dhe të drejtat e njeriut. Neni 53 i Kushtetutës së Kosovës është indikator më i qartë në këtë drejtim, i cili vë detyrim kushtetues për autoritetet publike, përfshirë gjykatat, që interpretimin e lirive dhe të drejtave të njeriut të përcaktuara me Kushtetutë ta bëjnë në përqsje me jurisprudencën e Gjykatës Evropiane për të Drejtat e Njeriut (këndeje e tutje “GJEDNJ”). Detyrimi kushtetues për të respektuar përvojën e Strasburgut në interpretimin e lirive dhe të drejtave të njeriut përbën një situatë të pastërt të legjitimitit të precedentit në fushën e lirive dhe të drejtave të njeriut në sistemin juridik, praktikë kjo tërësisht e re në fushën e jurisprudencës kosovare. Përdorimi i precedentit jo vetëm që plotëson sfondin e vendimmarrjes gjyqësore në Kosovë por është imperativ për gjyqësorin dhe autoritetet publike saherë që konfrontohen me çështje që objekt shqyrtimi kanë liritë dhe të drejtat e njeriut duke kërkuar marrjen në konsideratë të përvojës së Strasburgut në zgjidhjen e çështjes.

## A. Hierarkia juridike

Pasi burimet juridike janë kryesisht të fragmentuara, në disa shtete radhitja e akteve normative sipas epërsisë së tyre juridike përcaktohet me akte kushtetuese. Sipas Kushtetutës së Shqipërisë aktet normative që kanë fuqi në të gjithë territorin e Republikës së Shqipërisë përfshijnë a) Kushtetutën b) marrëveshjet ndërkombëtare të ratifikuara; c) ligjet; ç) aktet normative të Këshillit të Ministrave” duke ofruar në këtë mënyrë një panoramë të qartë

12 Martin Dixon, “International Law” (Oxford, Oxford University Press, 2007) p. 25. Shih poashtu Gary Slapper, David Kelly, “The English Legal System” (Taylor & Francis, 2011).



të rangimit të akteve normative sipas epërsisë së tyre në sistemin juridik.<sup>13</sup> Kushtetuta e Kosovës nuk adreson rangimin e akteve juridike në një nen të veçantë. Megjithatë, Kushtetuta ofron një orientim lidhur me hierarkinë e akteve juridike në Kosovë në disa nene të veçanta të cilat do ti trajtojmë në vijim. Neni 16 trajton epërsinë e Kushtetutës duke përcaktuar se “Kushtetuta është akti më i lartë juridik i Republikës së Kosovës.”<sup>14</sup> Ligjet dhe aktet e tjera juridike duhet të jenë në pajtim me këtë Kushtetutë.” Për më tepër, neni 19 para. 2 i Kushtetutës së Kosovës trajton zbatimin e së drejtës ndërkombëtare në Kosovë duke përcaktuar në mes tjerash se “marrëveshjet ndërkombëtare të ratifikuara dhe normat juridikisht të detyrueshme të së drejtës ndërkombëtare kanë epërsi ndaj ligjeve të Republikës së Kosovës”. Për më tepër, neni 53 i Kushtetutës përcakton se “të drejtat njeriut dhe liritë themelore të garantuara me këtë Kushtetutë, interpretohen në harmoni me vendimet gjyqësore të Gjykatës Evropiane për të Drejtat e Njeriut”. Rrjedhimisht, piramida e akteve juridike në Kosovë sipas fuqisë juridike do të përfshinte Kushtetutën, marrëveshjet e ratifikuara ndërkombëtare dhe aktet ndërkombëtare për të drejtat e njeriut të përcaktuara me nenin 22 të Kushtetutës, ligjet e miratuara nga Kuvendi, dekretet e Presidentit dhe Rregulloret e Qeverisë. Megjithatë, nëse i referohemi anës përmbajtësore të nenit 53 të Kushtetutës së Kosovës dhe implikimeve që prodhon në kuptimin juridiko-kushtetues, atëherë lista e burimeve juridike në Kosovë plotësohet edhe me institucionin e precedentit, të cilin do ta shtjellojmë në vijim.

## B. Definimi i precedentit

Përkufizimi më i zakonshëm i precedentit nënkupton vendimin e gjykatës që është përmendur si një shembull apo analogji për të zgjidhur çështje të ngjashme në rastet e mëvonshme.<sup>15</sup> Si një instrument për të siguruar

13 Kushtetuta e Shqipërisë, neni 116.

14 Në shtator 2012 Kuvendi i Kosovës ka miratuar 22 amendamente kushtetuese miratimi i të cilave shënon fundin e mbikqyrjes ndërkombëtare në Kosovë. Në mesin e këtyre amendamenteve të shfuqizuara që ka patur ndikim të drejtpërdrejtë në hierarkinë juridike ka qenë neni 143 i Kushtetutës së Kosovës i cili kishte përcaktuar: “Të gjitha autoritetet në Republikën e Kosovës veprojnë në pajtim me të gjitha detyrimet e Republikës së Kosovës sipas Propozimit Gjithpërfshirës për Zgjidhjen e Statusit të Kosovës të datës 26 mars 2007. Ato do të ndërmarrin të gjitha veprimet e nevojshme për zbatimin e tyre. Dispozitat e Propozimit Gjithpërfshirës për Zgjidhjen e Statusit të Kosovës të datës 26 mars 2007 kanë epërsi ndaj të gjitha dispozitave të tjera ligjore në Kosovë. Kushtetuta, ligjet dhe aktet tjera ligjore të Republikës së Kosovës interpretohen në pajtueshmëri me Propozimin Gjithpërfshirës për Zgjidhjen e Statusit të Kosovës të datës 26 mars 2007. Në rast se ka papajtueshmëri midis dispozitave të kësaj Kushtetute, ligjeve dhe akteve të tjera ligjore të Republikës së Kosovës dhe dispozitave të marrëveshjes, kjo e fundit do të mbizotërojë.” Për më tepër shih Gazetën Zyrtare të Kosovës Nr. 25/07, të shtatorit 2012.

15 Lidhur me natyrën e precedentit dhe efektet juridike të tij shih Evan H. Caminker,

uniformitet në procesin e vendimarrjes gjyqësore, e drejta e precedentit gjen formën e saj më të pastërt në modelin “*common law*” të së drejtës kur përmes parimit “*stare decisis*” (që nënkupton të qëndrosh pranë gjërave të gjykuara më herët), gjykatat mbështeten në vendimet e dhëna më herët në zgjedhjen e kontesteve juridike. Në komentet e tij mbi të drejtën angleze, juristi i njohur anglez William Blackstone ka qenë një nga autorët e hershëm që ka trajtuar rëndësinë e precedentit për zhvillimin e së drejtës. Blackstone kishte definuar precedentin si një detyrim të përgjithshëm për gjyqësorin duke theksuar se precedenti ruan integritetin e gjykatës dhe në të njëjtën kohë shërben për të mbajtur sistemin e drejtësisë në një shkallë të qëndrueshme si dhe për të siguruar një lloj stabiliteti juridik.<sup>16</sup> Detyrimi për të respektuar precedentin nga gjykatat federale ishte evident edhe në argumentet juridike të Aleksandër Hamiltonin në kuadër të Letrave të Federalistit Nr.78. Hamiltoni kishte avokuar konceptin për natyrën detyruese të precedentit duke sugjeruar respektimin e precedentit në të gjitha rrethanat. Hamilton kishte potencuar se zbatimi i precedentit është i nevojshëm për të shmangur një liri arbitrare në gjykata duke përfaqëuar idealin për një zbatim uniform të drejtave të Kushtetutës.<sup>17</sup> Por institucioni i precedentit dhe implikimeve juridike që prodhon kishte tërhequr edhe vëmendjen e juristit të njohur amerikan James Kent, i cili në komentarin e tij për të drejtën amerikane kishte theksuar se “gjyqtarët janë të detyruar të ndjekin atë vendim për aq kohë sa ai qëndron i pandryshuar, përveç nëse mund të tregohet se ligji është keqkuptuar ose keqzbatuar në këtë rast të veçantë. Nëse një vendim gjyqësor është bërë me një gjuhë mirë të argumentuar dhe shqyrtime të pjekura kushtetuese, supozimi është në favor të korrektësisë së zbatimit të precedentit; dhe komuniteti juridik jo vetëm që mund, por duhet ta konsiderojë atë si një burim juridik të drejtës apo forcë të ligjit për të rregulluar veprimet e tyre dhe kontrastet që burojnë në bazë të atij vendimi”.<sup>18</sup>

---

Why Must Inferior Courts Obey Superior Court Precedents? *Standard Law Review* Vol. 46, No. 4 (Apr., 1994), 817-87; Thomas Lee, “Stare decisis in historical perspective: from the founding era to the Rehnquist court”. *52 Vanderbilt Law Review* 647 (1999); Polly J. Price, “A Constitutional Significance for Precedent: Originalism, Stare Decisis, And Property Rights”. *Ava Maria Law Review* (2007). Charles Cooper, “Stare decisis: precedent and principle in constitutional adjudication”, *73 Cornell Law Review* 401, 1987-1988; Michael J. Gerhardt, “The Role of Precedent in Constitutional Decisionmaking and Theory”. *60 Geo. Wash. L. Rev.* 68, 1991-1992.

16 Shih për më tepër William Blackstone, “*Commentaries of the Laws of England*”. (Chicago. Chicago University Press) 1979.

17 Letrat e Federalistit Nr. 78. Teskti është i arritshëm në <http://www.constitution.org/fed/federa78.htm>.

18 James Kent, “*Commentaries on American Law*” 475 (O.W. Holmes, Jr. ed., 14th ed., Boston, Little, Brown, & Co. 1896) cituar në Thomas Lee, “Stare decisis in historical perspective: from the founding era to the Rehnquist court”. *52 Vanderbilt Law Review* 647 (1999).

#### IV. Natyra e vendimeve të Gjykatës Kushtetuese të Kosovës

Dilema kryesore e cila natyrshëm shtrohet në këtë kontekst është se a konsiderohen vendimet e Gjykatës Kushtetuese të Kosovës precedent nga gjykatat e rregullta dhe autoritetet publike në Kosovë, dhe nëse po, në cilat situata dhe nën çfarë rrethanash juridike këto vendime kushtetuese mund të fitonin epitelin e precedentit? Fillimisht duhet theksuar se sipas nenit 116 të Kushtetutës së Kosovës, “vendimet e Gjykatës Kushtetuese janë të detyrueshme për gjyqësorin dhe të gjithë personat dhe institucionet e Republikës së Kosovës.” Sipas Rregullit 56 të Rregullores së Punës së Gjykatës Kushtetuese të Kosovës, Gjykata nxjerr aktgjykime (kur vendos në bazë meritore për një kërkese); aktvendime (kur vendos për pranueshmërinë e një kërkese), vendimet (kur vendos në lidhje me kërkesat për masa të përkohshme). Gjykata mund të nxjerr edhe vendimet administrative sa herë që Gjykata vendos në seanca administrative për çështje administrative dhe urdhra të tjerë të atillë që kohë pas kohe konsideron si të duhur.<sup>19</sup> Duhet theksuar se efektet juridike të vendimeve të Gjykatës Kushtetuese varen në mënyrë të konsideruar nga disa faktorë siç janë tipi ose llojet e procedurave kushtetuese, natyra e kontestit kushtetues, i cili është objekt shqyrtimi para Gjykatës Kushtetuese, llojet e subjekteve që marrin pjesë në procesin e kontrollit kushtetues, natyra e normave juridike të cilat kundërshtohen në pikëpamje kushtetuese si dhe vetë përmbajtja e vendimit të Gjykatës Kushtetuese.<sup>20</sup> Duke iu referuar raportit të Komisionit të Venecias (Këshilli i Evropës) lidhur me efektet juridike të vendimeve të gjykatës kushtetuese hartuar nga konstitucionalisti gjerman Helmut Steinberger do të mund të dallonim tre lloje të vendimeve kushtetuese: vendimet kushtetuese që prodhojnë efektin e gjëse se gjykuar (*res iudicata*), vendimet me efekt juridik *erga omnes*, si dhe vendimet kushtetuese të cilat kane fuqin e burimit të ligjit.

##### A. Vendimet me efekt të gjësë së gjykuar (*res iudicata*)

Në kuptimin përmbajtësor “*res iudicata*” do të thotë fuqia e detyrueshme juridike e një vendimi. Natyrisht se kjo forcë përfundimtare juridike e vendimit është e detyrueshme për palët së cilave ju referohet vendimi në çështjen që

<sup>19</sup> Rregullorja e Punës së Gjykatës Kushtetuese të Kosovës është miratuar në dhjetor 2012 dhe është e arritshme në faqen zyrtare të Gjykatës Kushtetuese <http://www.gjk-ks.org/?cid=1,37>.

<sup>20</sup> Shih Helmut Steinberger, “Decisions of the constitutional court and their effects” në “Role of the constitutional court in the consolidation of the rule of law”, publikim i Komisionit të Venecias (1994). Science and technique of democracy No.10. Punimi është i arritshëm në [http://www.venice.coe.int/docs/1994/CDL-STD\(1994\)010-e.asp](http://www.venice.coe.int/docs/1994/CDL-STD(1994)010-e.asp).

ka qenë objekt shqyrtimi kushtetues. Me fjalë të tjera, efekti *res judicata* i vendimeve të Gjykatës Kushtetuese prodhon efekte juridike *inter-partes* dhe vendimet janë *res judicata* vetëm për individin i cili është palë në procedurën kushtetuese. Rrjedhimisht, siç thekson Steinberger, efekti i gjësë së gjykuar i vendimeve të gjykatës kushtetuese përmban edhe elementin ndalues në kuptimin e ndalimit të gjykatave kushtetuese që të trajtojnë për të dytën herë çështje të cilat janë shqyrtuar dhe vendosur me vendim të gjykatës kushtetuese.<sup>21</sup> Ndonëse Ligji për Gjykatën Kushtetuese të Kosovës nuk përcakton fushëveprimin e parimit *res judicata*, respektimi i këtij parimi është një institucion i nënkuptuar për parimin e shtetit të së drejtës për të siguruar një shkallë adekuate të sigurisë dhe stabilitetit juridik në zgjedhjen e kontesteve juridike.

## B. Vendimet me efekt juridik erga omnes

Në disa sisteme juridike, vendimet e gjykatës kushtetuese prodhojnë efekte juridike ndaj të gjithëve (*erga omnes*), që nënkupton shtrirjen e pasojave juridike mbi të gjitha autoritetet publike, personat apo subjektet e së drejtës. Sipas Ligjit për Gjykatën Kushtetuese të Gjermanisë, vendimet e Gjykatës Kushtetuese Federale janë të detyrueshme për organet federale, organet kushtetuese në nivel të lendeve dhe për të gjitha gjykatat dhe autoritetet publike.<sup>22</sup> Një formulim përafërsisht të ngjashëm përmban neni 116 para. 1 i Kushtetutës së Kosovës, i cili në mes tjerash përcakton se vendimet e gjykatës kushtetuese të Kosovës janë obligative për gjyqësorin dhe të gjithë personat dhe institucionet në Kosovë. Për dallim prej natyrës së vendimeve të gjykatës kushtetuese *res judicata*, vendimet kushtetuese me efekt *erga omnes* nuk i nënshtrohen kufizimeve kohore, personale dhe substanciale.<sup>23</sup> Siç thekson Steinberger, një interpretim i veçantë nga gjykata kushtetuese i një dispozite kushtetuese ose ligjore në qoftë se ajo përbën një *ratio decidendi* mund të rezultoj me efekt *erga omnes* që i detyron të gjitha gjykatat për të vendosur në atë mënyrë kur interpretimi i dispozitave konkrete ka lidhje me çështjen kryesore.<sup>24</sup> Efektet juridike ndaj të gjithëve (*erga omnes*) të vendimeve të gjykatës kushtetuese manifestohen kryesisht në procedurat e kontrollit abstrakt të kushtetushmërisë, kur gjykata kushtetuese deklaroi një ligj plotësisht ose pjesërisht në papajtim me kushtetutën. Në raste të tilla, efektet juridike të shfuqizimit të ligjit nga gjykata kushtetuese shtrihen përtej

21 Steinberger, vep.cit.19.

22 Neni 31 i Ligjit për Gjykatën Kushtetuese Federale të Gjermanisë. <http://www.ius-comp.org/gla/statutes/BVerfGG.htm>.

23 Steinberger, vep.cit.19.

24 Ibid.

kontekstit individual dhe fitojnë një dimension gjithëpërfshirës të ndikimit kushtetues. Nëse këto vendime të gjykatës kushtetuese konsiderohet se prodhojnë efekte juridike *erga omnes*, a do të thotë se këto vendime do të vazhdojnë të prodhojnë efekte juridike të detyrueshme edhe për të ardhmen (efekti i precedentit)? Në procedurat e kontrollit abstrakt të kushtetushmërisë dhe me qëllim të ruajtjes së sigurisë dhe parashikueshmërisë juridike, këto vendime të Gjykatës Kushtetuese prodhojnë ose duhet të prodhojnë efekte juridike për të ardhmen për aq kohë sa nuk anashkalohen dhe/ose rishikohen me ndonjë vendim të radhës nga Gjykata Kushtetuese. Nëse gjykata kushtetuese vendos një standard interpretimi kushtetues të një çështje e cila ka qenë objekt shqyrtimi kushtetues në procedura abstrakte të kontrollit kushtetues, vendimi i gjykatës kushtetuese në këtë çështje konsiderohet se prodhon efekte juridike edhe në të ardhmen. Ky efekt juridik i vendimeve të gjykatës kushtetuese është në funksion të ruajtjes së stabilitetit dhe të parashikueshmërisë juridike të qytetarëve dhe të institucioneve në mënyrë që praktikat dhe veprimet institucionale të mund të mbështeten në sjellje të qëndrueshme kushtetuese. Ndërkaq në procedurat e kontrollit kushtetues të tipit konkret, efektet juridike të vendimeve të gjykatës kushtetuese veprojnë kryesisht në mes subjekteve të cilat janë palë në procedurën kushtetuese. Parë nga ky këndvështrim, duhet bërë një dallim të rëndësishëm në mes të precedentit si burim të së drejtës për gjykatat e rëndomta në zgjedhjen e çështjes dhe në mes standarteve dhe praktikave gjyqësore për të siguruar uniformitet dhe konsistencë juridike në zgjedhjen e çështjeve gjyqësore. Siç u theksua më lartë, në rastet e kontrollit konkret të kushtetushmërisë, efektet juridike të vendimeve në shumicën e rasteve shtrihen në mes palëve procedurale dhe juridikisht nuk prodhojnë efekte *erga omnes*. Ky aspekt e bën të vështirë zbatimin e precedentit si instrument për zgjedhjen e kontesteve juridike nga gjykatat e rregullta. Megjithatë, gjykatat e rregullta, sikurse edhe çdo autoritet tjetër publik në Kosovë, janë të detyruara që të mbështeten tek përvoja jurisprudenciale e Gjykatës Kushtetuese të Kosovës për të siguruar në këtë mënyrë se vendimi i dhënë është në përqasje me praktikën e Gjykatës Kushtetuese duke përdorur praktikën gjyqësore (precedentin) jo vetëm si instrument për të fuqizuar gjuhën e argumentimit juridik (dhe në të njëjtën kohë për të parandaluar referimin e çështjeve kushtetuese të cilat më herët janë vendosur nga Gjykata Kushtetuese sipas parimit të ekonomizimit të procedurës), por si udhërrëfyes për zbatimin e neneve kushtetuese dhe përputhshmërinë e ligjeve dhe akteve të tjera normative me Kushtetutën. Andaj në këto raste, referimi nga gjykatat e rregullta në praktikën e Gjykatës Kushtetuese në çështjet kushtetuese të natyrës *inter partes* mundëson sigurimin e uniformitetit dhe konsistencës në procesin e vendimarrjes gjyqësore në çështjet kushtetuese konkrete, individuale dhe efekti i të cilave shtrihet vetëm *inter partes*. Kjo praktikë e referimit në vendimet e Gjykatës

Kushtetuese do të mundësoj zhvillimin uniform të praktikës gjyqësore. Sa më i lartë të jetë niveli i referimit nga gjykatat e rregullta në praktikën e Gjykatës Kushtetuese, veçanërisht në fushën e lirive dhe të drejtave të njeriut, aq më koherent dhe konsistent do të bëhet sistemi i drejtësisë posaqërisht në fushën e vënies së kufizimeve të lirive dhe të drejtave të njeriut. Legjitimiteti i së drejtës së precedentit në sistemin tonë juridik konsolidohet në bazë të respektimit të vendimeve të Gjykatës Kushtetuese të Kosovës dhe të jurisprudencës së GJEDNJ-së.

### C. Vendimet me efekt të forcës së ligjit

Një kategori tjetër e vendimeve të gjykatës kushtetuese sipas konstitucionalistit Steinberger janë vendimet kushtetuese që kanë efekt të forcës së ligjit. Pra vendimet e Gjykatës Kushtetuese të kësaj natyre, sidomos tek format e kontrollit abstrakt të kushtetushmërisë, zbatohen nga autoritetet publike, përfshirë gjykatat, në po të njëjtën mënyrë sikurse bëhet zbatimi i ligjeve të miratuara nga parlamenti. Efekte të tilla juridike shtrihen edhe kur mirren vendime në rrugë incidentale (pra kur gjykata kushtetuese vepron në bazë të referimit të gjykatave të rregullta) kur një normë juridike deklarohet në papajtueshmëri me Kushtetutën.<sup>25</sup> Për shembull, Ligji për Gjykatën Kushtetuese të Gjermanisë, në nenin 31 përcakton se “vendimet e Gjykatës Federale Kushtetuese do të kenë forcën e ligjit dhe do të jenë detyruese mbi Federatën dhe organet kushtetuese të landeve, si dhe për të gjitha gjykatat dhe autoritetet publike nëse Gjykata Kushtetuese Federale deklaron një ligj të jetë në përputhje ose në kundërshtim me Ligjin Themelor”. Steinberger ngrit dilemën nëse efekti i forcës së ligjit ka të bëjë vetëm me norma konkrete që janë objekt shqyrtimi nga gjykata kushtetuese apo e bën atë të shtrihet edhe për normat të ardhshme, të cilat kanë në thelb të njëjtën përmbajtje sikundër normat e shqyrtuara? Me fjalë të tjera, çështja që shtrohet këtu është nëse vendimi i gjykatës kushtetuese, i cili deklaron një ligj tërësisht ose pjesërisht si jokushtetues, do të krijoj efekte të detyrueshme juridike në të ardhmen të cilat do të detyrojnë autoritetet publike të veprojnë në pajtim me vendimin që Gjykata Kushtetuese ka dhënë në atë çështje. Për shembull, miratimi i përsëritur i ligjit, atëherë kur përmbajtja e ligjit të miratuar është identike me përmbajtjen e ligjit që më parë është shpallur antikushtetues. Kjo situatë kushtetuese ka tërhequr vëmendjen e Gjykatës Kushtetuese Federale në Gjermani pas deklarimit të pavlefshmërinë së një ligji për shkak të papajtueshmërisë me Ligjin Themelor (*Grundgesetz*). Gjykata Kushtetuese Federale Gjermane ka trajtuar këtë çështje në tre vendime. Në vitin 1951 ajo vendosi në mes tjerash se Gjykata Kushtetuese ka për të

detyrë të deklaroj pavlefshmërinë e një dispozite ligjore nëse dispozitat ligjor janë në kundërshtim me Ligjin Themelor.<sup>26</sup> Ky vendim është i detyrueshëm për të gjitha organet federale kushtetuese në pajtim me nenin 31 para. 1 të Ligjit Federal të Gjykatës Kushtetuese të Gjermanisë, në mënyrë të tillë që një vendim i Gjykatës Kushtetuese që shpall një ligj të pavlefshëm, jo vetëm që ka fuqinë e ligjit, por në bazë të nenit Ligjit 31.1 të Ligjit Federal të Gjykatës Kushtetuese të Gjermanisë, i detyron të gjitha organet kushtetuese federale, që bazuar në pjesën arsyetuese të vendimit, të mos miratohet përsëri një ligj federal me të njëjtën përmbajtje.<sup>27</sup> Por më 1953, Dhoma e Parë (First Chamber) e Gjykatës Federale Kushtetuese të Gjermanisë kishte ndryshuar qëndrimin e saj në lidhje me ndalimin e miratimit të përsëritur të ligjit (të shpallur me parë si ligj jokushtetues). Gjykata Kushtetuese Gjermane u shpreh se vendimet kushtetuese që deklarojnë pavlefshmërinë e ligjeve janë *res judicata* por ato nuk pengojnë legjislaturën në miratimin e ligjeve të reja përmbajtja e të cilave është e njëjtë ose e ngjashme me ligjet që janë deklaruar të pavlefshme.<sup>28</sup> Në mbështetje të vendimit të saj, Gjykata Kushtetuese Federale shpjegoi në mes tjerash se “neni 20.3 i Ligjit Themelor (parimi i sundimit të ligjit) është i detyrueshëm mbi pushtetin legjislativ vetëm për sa i përket rendit kushtetues, por jo sa i përket të ligjit të zakonshëm”.<sup>29</sup> Sipas Gjykatës Kushtetuese të Gjermanisë, efekti detyrues që parashtrohet në nenin 31.1 të Ligjit Federal të Gjykatës Kushtetuese nuk mund të privoj legjislaturën nga përdorimi i diskrecionit të saj legjislativ, duke marrë përgjegjësinë e vet legjislative në miratimin e një ligj të ri me të njëjtën përmbajtje nëse parlamenti e konsideron këtë të nevojshme. Duke argumentuar më tej, Gjykata u shpreh se kjo është detyrë e legjislaturës për t’ia përshtatur ligjin ndryshimeve të kërkesave sociale dhe koncepteve të rendit shoqëror. Meqë Gjykata Kushtetuese Federale nuk ka mundësi për të korrigjuar veten sipas iniciativës së saj, një kodifikim i jurisprudencës së Gjykatës Federale Kushtetuese do të çonte në paralizimin e evolucionit të ligjit që do të ishte në kundërshtim me një shtet demokratik nën sundimin e ligjit dhe me një shtet të mirëqenies sociale.<sup>30</sup>

26 Rasti Südweststaat-Streit (1951).

27 Jürgen Schwabe, “Vendime të përzgjedhura të Gjykatës Kushtetuese Federale”. Botim i Fondacionit Konrad Adenauer Stiftung, 2010.

28 Shih Anke Eilers, “The binding effect of the Federal Constitutional Court Decisions upon Political Institutions”, analizë e përgatitur për Këshillin e Evropës (Komisioni i Venecias) në kuadër të seminarit organizuar në Shqipëri lidhur me efektet e vendimeve të gjykatave kushtetuese. Raporti është i arritshëm në [http://www.venice.coe.int/docs/2003/CDL-JU\(2003\)018-e.asp](http://www.venice.coe.int/docs/2003/CDL-JU(2003)018-e.asp).

29 Ibid.

30 Ibid.

## V. Përfundim

Cili është efekti juridik i vendimeve të Gjykatës Kushtetuese në të ardhmen? A mund të konsiderohen vendimet e Gjykatës Kushtetuese të Kosovës precedent nga këndvështrimi i detyrueshmërisë juridike në të ardhmen në sistemin juridik të Kosovës? Në lidhje me këto çështje mund të ngrihen disa konstatime të cilat më tepër vihen në funksion të vazhdimit të debatit lidhur me efektin juridik prospektiv të vendimeve të Gjykatës Kushtetuese dhe zbatimit të precedentit si stabilizator në një shtet që funksion kryesisht në bazë të sistemit kontinental të së drejtës. Së pari, duhet theksuar se përmbajtja e nenit 116 të Kushtetutës së Kosovës është e qartë në lidhje me detyrimin kushtetues për të respektuar vendimet e Gjykatës Kushtetuese. Zbatimi i vendimeve të Gjykatës Kushtetuese nënkupton se palët, së cilave i drejtohet një vendim i tillë, detyrohen të zbatojnë këtë vendim dhe të mbështesin ose përshtasin praktikën e tyre në kahun dhe fushëveprimin e përcaktuar në vendimin e Gjykatës Kushtetuese. Dështimi për të zbatuar vendimin e Gjykatës Kushtetuese do të përbënte shkelje të pastërt kushtetuese sipas nenit 116 para.1 të Kushtetutës së Kosovës. E dyta, se në ç'masë vendimet e Gjykatës Kushtetuese krijojnë detyrime juridike në të ardhmen varet mjaft nga natyra e çështjes, e cila ka qenë objekt trajtimi në Gjykatën Kushtetuese. Në procedurat e kontrollit abstrakt të kushtetutshmërisë së ligjeve dhe të akteve të tjera normative, vendimet e Gjykatës Kushtetuese prodhojnë efekte juridike në të ardhmen nëse objekti ose çështja e caktuar është identike më çështjen e cila është vendosur përfundimisht me vendimin e Gjykatës Kushtetuese dhe për atë kohë sa Gjykata Kushtetuese nuk ka devijuar nga qëndrimi fillestar dhënë në vendimin paraprak. Te format e kontrollit abstrakt të kushtetutshmërisë, çështja objekt shqyrtimi kushtetues tejkalon përmasat e një kontrollit konkret, individual dhe të prekshëm. Nëse Gjykata Kushtetuese ka vendosur një standard kushtetues në një procedure abstrakte të kontrollit të kushtetutshmërisë, autoritetet publike janë të detyruara të gravitojnë konform drejtimit të përcaktuar me vendimin e Gjykatës Kushtetuese edhe në të ardhmen. Meqë kushtetutat janë me gjenerale dhe më pak specifike se sa ligji, roli i gjyqtarit kushtetues në procesin e demarkimit të fushëveprimit të normës kushtetuese është jashtëzakonisht i rëndësishëm, funksion ky i cili duke cituar fjalët e Kelsenit e shëndërron gjykatën kushtetuese në një legjislator negativ. E treta, vendimet e Gjykatës Kushtetuese të Kosovës përafrohen me institutin e precedentit në proceset konkrete të kontrollit të kushtetutshmërisë (të referuara sipas ankesës individuale kushtetuese) kur gjykatat e rregullta vendosin çështjet e lirive dhe të drejtave të njeriut në harmoni me vendimet e GJEDNJ-së. Siç theksuam më sipër, nenit 53 i Kushtetutës së Kosovës obligon gjyqtarët që të reflektojnë frymën interpretative të Strasburgut në vendimet e tyre gjyqësore. Ndonëse kjo praktikë e referimit në praktikën gjyqësore të GJEDNJ-së nga



gjkata e rregullta është akoma në fazën fillestare, Gjykata Kushtetuese e Kosovës në mënyrë konsistente i është referuar kësaj praktikës gjyqësore kur është konfrontuar me çështje objekt shqyrtimi i të cilave ka qenë kufizimi i lirive dhe të drejtave kushtetuese. Ndonëse ky qëndrim nuk kontestohet në shtetet me regjim juridik të së drejtës së precedentit, një qasje e këtillë është pjesërisht e vlefshme edhe për sistemin juridik të Kosovës në format abstrakte të kontrollit të kushtetushmërisë, si dhe në kontekst të zbatimit të përvojës jurisprudenciale të Strasburgut sipas nenit 53 të Kushtetutës së Kosovës. Andaj, zbatimi i vendimeve të Gjykatës Kushtetuese në të ardhmen në formë të precedentit vetëm se do të mundësoj parashikueshmërinë dhe stabilitetin juridik si dhe efikasitetin në ligj. Por kjo formë e precedentit do të mundësoj edhe rritjen e efikasiteti gjyqësor pasi nëse gjyqtarët duhet të trajtojnë çdo rast nga fillimi pa referenca në praktikën gjyqësore të Gjykatës Kushtetuese kjo nënkupton më tepër kohë për procese gjyqësore dhe nënkupton dyfishim të përpjekjeve të tyre. Efekti i detyrueshëm juridik i vendimeve të Gjykatës Kushtetuese për gjykatat të tjera nuk është vetëm një faktor i stabilitetit, por edhe i zhvillimit të Kushtetutës që nëpërmjet interpretimit dinamik të saj bën të mundur ripërtëritjen e vazhdueshme të saj në të ardhmen duke e shëndërruar atë në një kushtetutë që frymon.

Visar Morina<sup>31</sup>

## **Presude i odluke Ustavnog suda Kosova – Uloga presedana i delokrug člana 116. stava 1. Ustava Kosova**

Ovaj dokument govori o pravnom karakteru odluka Ustavnog suda Kosova i ocenjuje stepen pravnog dejstva ustavnih odluka za ubuduće, posebno za sudska tela i javne organe. Drugim rečima, ovaj dokument se bavi pitanjem da li, i u kojoj meri, odluke Ustavnog suda proizvode zakonski obavezujuća dejstva za ubuduće, i da li takve odluke imaju dejstvo zakonskog presedana za sudstvo i javne organe uopšte. Na početku ćemo analizirati mandat Ustavnog suda Kosova, a zatim ćemo se usredsrediti na karakter odluka Ustavnog suda. Na osnovu Štajnbergerove kategorizacije pravnog dejstva odluka ustavnih sudova, usredsrediću se na karakter takvog pravnog dejstva odluka Ustavnog suda i analiziraću da li takve odluke imaju dejstvo presedana u pravnom sistemu Republike Kosovo, koji se u principu ne oslanja na presedan kao izvor prava.

### **I. Nadležnosti Ustavnog suda Republike Kosovo**

Ustav Kosova iz 2008. god. uveo je niz novina u kontekstu institucionalne i ustavne organizacije. Izgradnjom centralizovanog sistema ustavne kontrole Kosovo se pretvorilo u nezamenjiv mehanizam za zaštitu i tumačenje Ustava, skoro dve decenije posle odvajanja od tradicije ustavne kontrole koja je počela da se uspostavlja na Kosovu. Uspostavljanjem Ustavnog suda popunjen je institucionalni vakuum, čime je građanima obezbeđena prilika da traže ustavnu pravdu u slučajevima kada su javni organi povredili njihova ustavna prava i slobode. Član 112. Ustava Kosova podvlači da je „Ustavni sud vrhovni organ za tumačenje Ustava i usklađenosti zakona sa Ustavom“. Pažljivijim čitanjem ove ustavne odredbe vidimo da svaki pojedinac ili institucija imaju pravo da tumače Ustav kako bi svoje postupke i dela prilagodili ustavnim

---

31 Prof. Dr. Visar Morina je predavac na Pravnom Fakultetu Univerziteta Pristine, na temu “Ustavnog Prava” i “Ustavno sudstvo” i Pravni Savetnik u Programu Efikasne Vladavine Prava USAID-a. Ovaj rad je predstavljen na konferenciji o direktnoj primeni univerzalno priznatih ljudskih prava na Kosovu: novi Zasticenih prava o Ustavnom Sudu Kosova: Novi imperativ u praksi zakona”, organizovana u Pristini 29 Juna, 2012. Stavovi izneseni u ovom clanku su stavovi autora i ne predstavljaju nuzno stavove Programa Efikasne Vladavine Prava USAID-a.

Ustav Kosova je stupio na snagu 15 Juna 2008, nekoliko meseci nakon donosenja Deklaracije o nezavisnosti Kosova, 17 Februara 2008. Ustav je dostupan na Sluzbenom Glasniku Republike Kosova <http://gazetazyrtare.rks-gov.net>.

pravilima. Međutim, pravo donošenja konačne odluke u vezi sa tumačenjem Ustava jeste nadležnost koja je centralizovana u Ustavnom sudu, koji deluje kao centralizovana vlast koja određuje dozvoljene granice za postupke i greške javnih organa. Delokrug nadležnosti Ustavnog suda je obiman i obuhvata postupke i apstraktne i konkretne kontrole ustavnosti.

Prema članu 113. Ustava Kosova, Skupština Kosova, predsednik Republike, Vlada i zaštitnik građana imaju ovlašćenja da pokrenu postupak ustavne kontrole u pogledu:

- (1) pitanja usaglašenosti zakona, ukaza predsednika ili premijera i uredbi Vlade sa Ustavom;
- (2) usaglašenosti opštinskih statuta sa Ustavom.

Osim toga, Skupština, predsednik Republike Kosovo i Vlada imaju ovlašćenja da pokrenu postupak ustavne kontrole pred Ustavnim sudom u pogledu:

- (1) sukoba među ustavnim nadležnostima Skupštine Kosova, predsednika Republike Kosovo i Vlade Kosova;
- (2) usaglašenosti predloženog referenduma sa Ustavom;
- (3) usaglašenosti proglašenja vanrednog stanja u državi i radnji preduzetih u toku vanrednog stanja u državi sa Ustavom;
- (4) usaglašenosti predloženih ustavnih amandmana sa obavezujućim međunarodnim sporazumima, ratifikovanim pod ovim Ustavom, kao i i ispitivanja ustavnosti pratećeg postupka;
- (5) toga da li je došlo do povrede Ustava u toku izbora za Skupštinu.

Opština je takodje ovlašćena da osporava ustavnost zakona ili akta Vlade koji narušavaju njene odgovornosti ili umanjuju njene prihode kada takav zakon ili akt utiče na istu.<sup>32</sup> Pojedinci mogu da pokrenu postupak zbog povrede individualnih prava i sloboda zajemčenih Ustavom, koju počinje javni organi, ali samo ako su prethodno iscrpeli sve pravne lekove predviđene zakonom.<sup>33</sup> Osim toga, sudovi se mogu obratiti Ustavnom sudu sa stvarima koje se odnose na usklađenost zakona sa Ustavom, ako je takva usklađenost razmatrana u toku sudskog postupka i ako sud koji se obraća nije siguran da

32 Član 113. stav 4. Ustava Kosova

33 Član 113. stav 7. Ustava Kosova

li je predmetni zakon u skladu sa Ustavom i da li odluka suda koji se obraća u određenom postupku zavisi od usklađenosti konkretno tog zakona. Sud koji se obraća detaljno objašnjava zašto smatra da je relevantna zakonska odredba u suprotnosti sa Ustavom i zašto odluka u tom postupku konkretno zavisi od presude Ustavnog suda u vezi sa ustavnošću zakona.

## II. Korak u pravcu „mešovitog“ sistema prava?

Određivanje šta „izvor prava“ predstavlja, u velikoj meri zavisi od prirode pravnog sistema. U nekim slučajevima, izvor prava je predodređen zakonom, npr: član 1. stav 1. španskog građanskog zakonika određuje da izvor prava u Španiji čine zakoni, običaji i opšta načela prava.<sup>34</sup> Sličan opis se može naći u italijanskom građanskom zakoniku, u kojem je članom 1. određena hijerarhija zakonskih akta.<sup>35</sup> Neki članovi u ustavima ne navode jasno izvore prava niti njihovu vrstu, već samo podvlače neke od izvora koji se smatraju bitnim.<sup>36</sup> Na primer, član 55. Ustava Francuske, između ostalog, definiše da, u načelu, međunarodni ugovori imaju prednost nad zakonima koje usvoji Parlament. Međutim, neke države ne određuju vrste izvora prava, već isključuju (u negativnom aspektu) neke oblike koji se ne smatraju izvorom prava. Na primer, član 5. Građanskog zakonika Francuske iz 1804. god. zabranjuje sudijama da donose odluke na osnovu ranijih sudskih odluka, smatrajući da je primena presedana nezakonita.<sup>37</sup> Sličan pristup se može naći i u austrijskom građanskom zakoniku iz 1811. godine, u kojem član 12 ne dozvoljava običajnom pravu da postane izvor zakona ako to nije definisano zakonima.<sup>38</sup>

U kontekstu klasične podele porodica zakona u svetu „ne prema ideološkom već prema tehničkom aspektu“, pravni sistem Republike Kosovo gravitira ka evropskom kontinentalnom sistemu, koji je konceptualno zasnovan na apstrakcijama, opštim načelima i pravi razliku između materijalnih (supstantivnih) i proceduralnih pravila, i presedana iz zapisanih zakonskih sadržaja<sup>39</sup>. Ovakav sistem se oslanja na koncept koji kaže da zakon (zapisani zakon) predstavlja glavnu polaznu tačku za utvrđivanje pravne stvari, isključujući, ili bolje reći prebacujući značaj presedana kao supsidijarnog

34 Stefan Vogenhauer, „Sources of Law and Legal Method in Comparative Law“ u oksfordskom priručniku komparativnog prava (Oxford, Oxford University Press, 2006) str. 880.

35 Isto, str. 880.

36 Isto, str. 880.

37 Vidi englesku verziju francuskog građanskog zakonika na [http://www.legifrance.gouv.fr/content/download/1950/13681/version/3/file/Code\\_22.pdf](http://www.legifrance.gouv.fr/content/download/1950/13681/version/3/file/Code_22.pdf) (12. jul 2012).

38 Vogenhauer, vep. cit. 3, str. 880.

39 Isto, str. 880.

izvora prava u postupku rešavanja pravnih sporova. Prevlast zakona nad presedanom ogleda se u Ustavu Kosova, član 102. stav 3, koji jasno predviđa da „sudije sude na osnovu Ustava i zakona“. Ali to ne mora nužno da isključuje presedan kao dopunski izvor prava u našem pravnom svetu, jer kao što će se reći ispod odluke Ustavnog suda, odluke u konkretnom slučaju dobijaju status presedana kroz uopstavanje pojedinačne norme zasnovane na sudskoj odluci. Koncept stvaranja opštih normi kroz sudske odluke (presedan zakon) je analizirao Hans Kelsen, koji, je razmišljajući o aspektima pravne hijerarhije, tvrdi da je na osnovu opšte norme (kreirane od strane sudske odluke) moguće je da odluči da su drugi slučajevi slični prvoj odluci, koja se smatra za presedan, i drugi slučajevi će biti odlučeni na sličan način.<sup>40</sup> Takav je isključiv pristup zakonima kao izvoru prava. Treba napomenuti da je odbijanje mišljenja da „sudija pravi zakon“ rezultat sudskih zloupotreba u srednjevekovnom dobu i materijalizacije načela podele i ravnoteže vlasti, gde su se zakoni primenjivali kao matematički pravilnici u konkretnim slučajevima, izbegavajući mogućnost da se primenjuju diskrecija i presedani za rešavanje pravnih sporova. Međutim, u poslednje vreme, u nekim krugovima prave doktrine, konstatuje se da porodice zakona ne treba da se posmatraju odvojeno jedna od druge zbog činjenice da dele iste osobine. Uzimajući u obzir ovakvu raznovrsnost pravnih izvora, možemo više govoriti o mešovitim sistemima prava koji uzimju u obzir različite izvore prava i vrste izvora, umesto čistog sistema koji se zasniva na samo jednom izvoru, isključujući druge oblike prava. Na primer, iako je Engleska poznata kao kolevka sistema „precedentnog prava“, zakoni koje je usvojio britanski parlament i novi zakoni Evropske unije sada se smatraju bitnim izvorima zakona u tim sredinama.<sup>41</sup> Isto se dešava i na Kosovu. Uprkos činjenici da se na Kosovu pravo smatra kao tačka fundamentalnog normativnog instrumenta za rešavanje pravnih sporova, što je u velikoj meri odraz pravne istorije Kosova, Ustav Kosova je preduzeo prvi značajan korak u pravcu priznavanja precedentnog prava kao sredstva za rešavanje pravnih sporova u slučajevima u kojima se radi o povredama ljudskih prava i sloboda. Član 53. Ustava Kosova najjači je pokazatelj u tom pogledu, jer od javnih organa, uključujući sudove, zahteva da ljudska prava i slobode tumače prema Ustavu, u skladu sa sudskom praksom Evropskog suda za ljudska prava (ESLP). Ustavna obaveza da se poštuje iskustvo suda u Strazburu prilikom tumačenja ljudskih prava i sloboda predstavlja jasno davanje legitimiteta presedanu u oblasti ljudskih prava i sloboda u pravnom sistemu, što je sasvim

---

40 Hans Kelsen, „Opšta teorija prava i Države (New Jersey, Zakon knjiga razmena, 2009) strana 149

41 Martin, Dixon, „Međunarodno pravo“ (Oxford, Oxford University Press, 2007) strana 25. Pogledajte takođe Gary Slapper, David Kelly, „Engleski pravni sistem“ (Taylor & Francis, 2011).

nova praksa u sudovima na Kosovu. Korišćenje presedana ne samo da ispunjava pozadinu donošenja sudskih odluka na Kosovu, već je i imperativ za sudstvo i javne organe, svaki put kada rešavaju stvar u kojoj su ljudska prava i slobode predmet ispitivanja, tako što se od njih zahteva da uzmu u obzir praksu suda u Strazburu prilikom rešavanja stvari.

## A. Pravna hijerarhija

Pošto su izvori prava uglavnom fragmentisani, rangiranje normativnih akata u nekim državama prema njihovoj zakonskoj prevlasti definisano je ustavnim aktima. Prema Ustavu Albanije, normativni akti koji su primenjivi na celoj teritoriji Republike Albanije obuhvataju: a) Ustav, b) ratifikovane međunarodne sporazume, c) zakone i d) normativne akte Saveta ministara, čime se jasno upućuje na normativne akte prema njihovoj prevlasti u pravnom sistemu.<sup>42</sup> Ustav Kosova ne sadrži način za rangiranje normativnih akata na osnovu njihove zakonske prevlasti. Međutim, u nekoliko članova postoji orijentacija u pogledu hijerarhije pravnih akata na Kosovu, kako je objašnjeno u daljem tekstu. Član 16. govori o prevlasti Ustava, predviđajući da je „Ustav najviši pravni akt Republike Kosovo. Zakoni i drugi pravni akti moraju biti u skladu sa ovim Ustavom.“<sup>43</sup> Osim toga, član 19. stav 2. Ustava Kosova predviđa neposrednu primenu međunarodnih zakona na Kosovu, između ostalog predviđajući sledeće:

„Ratifikovani međunarodni sporazumi i zakonski obavezujuće norme međunarodnog prava imaju prevlast nad drugim zakonima Republike Kosovo.“.

Osim toga, član 53. Ustava predviđa da se „ljudska prava i osnovne slobode zajemčene ovim Ustavom tumače u skladu sa sudskim odlukama Evropskog suda za ljudska prava“. Stoga, piramida pravnih akata na Kosovu, u skladu sa njihovim zakonskom snagom, uključuje: Ustav, ratifikovane međunarodne

---

42 Član 116. Ustava Albanije.

43 U Septembru 2012 Skupština Kosova usvojila je 22 ustavna amandmana, što je obeležilo kraj međunarodnog nadzora nad Kosovom. Među ovim ukinutim amandmanima koji su imali direktan uticaj na pravnu hijerarhiju je bio i član 143 Ustava Kosova, koji je glasio: “ Svi organi na Kosovu postupaju u skladu sa obavezama Republike Kosovo u skladu sa Sveobuhvatnim predlogom za rešenje statusa Kosova, koji datira od 26. marta 2007. Oni ce preduzeti sve mere neophodne za njihovo sprovođenje. Odredbe Sveobuhvatnog predloga za rešenje statusa Kosova od 26. marta 2007. imaju primat had svim ostalim zakonskim odredbama Kosova. Ustav, zakoni i drugi pravni akti Republike Kosovo ce se tumačiti u skladu sa Sveobuhvatnim predlogom za rešenje statusa Kosova od 26. marta 2007. Ako postoje nedodslednosti između odredaba ovog Ustava, zakona i ostalih pravnih akata Republike Kosovo, i odredbe sporazuma, \_ce prevladati. “Za više – pogledajte Službeni Glasnik br. 25/07, septembar 2012.

sporazume, statute koji su doneti od Parlamenta, predsedničke dekrete i propise Vlade. Međutim, ako ćemo govoriti o materijalnom delu člana 53. Ustava Kosova i pravnim i ustavnim implikacijama koje on proizvodi, pravni izvori na Kosovu dopunjeni su presedanom, o čemu će biti više reči u daljem tekstu. Sledstveno tome, piramida normativnih akata na Kosovu, prema pravnom presedanu, obuhvata Ustav, ratifikovane međunarodne sporazume, zakone koje usvoji Skupština, ukaze predsednika i uredbe Vlade.

## B. Definicija presedana

Najuobičajena definicija presedana jeste da on podrazumeva da se „sudska odluka pominje kao primer ili analogija za rešavanje sličnih stvari u postupcima u buduće“. <sup>44</sup> Kao sredstvo kojim se obezbeđuje sklad u procesu donošenja sudskih odluka, najjasniji oblik presedana može se naći u modelu „precedentnog prava“ gde se kroz načelo „stare decisis“ (koji znači pridržavanje stvarima u kojima je ranije suđeno), sudovi oslanjaju na odluke koje su ranije donesene za rešavanje pravnih sporova. Svojim komentarima o engleskom pravu, čuveni engleski pravnik Vilijam Blekstoun bio je jedan od prvih autora koji su se bavili značajem presedana za razvoj zakona. Blekstoun je definisao presedan kao opštu obavezu sudstva, izjavljujući da presedan održava integritet suda i služi tome da se sudski sistem održava na odgovarajućem održivom nivou i da se obezbeđuju izvesna pravna stabilnost. <sup>45</sup> Obaveza saveznih sudova da poštuju presedan postala je očigledna u pravnim argumentima Aleksandra Hamiltona u novinama *Federalist Papers* No. 78. Hamilton je zagovarao koncept obavezujućeg karaktera presedana sugerišući da se presedan mora poštovati u svim okolnostima. Hamilton je izjavio da je za primenu presedana potrebno da se izbegne svaka samovoljna diskrecija u sudovima, čime je prihvaćena ideja jedinstvene primene ustavnih prava. <sup>46</sup> Institucijua presedana i pravne implikacije koje on proizvodi prokomentarisao je dobro poznati američki

44 U pogledu prirode presedana i njegovih pravnih dejstava, vidi dela Evana H. Kaminkera, *Why Must Inferior Courts Obey Superior Court Precedents?* *Standard Law Review* Vol. 46, No. 4 (april 1994), 817-87; Tomasa Lija, „Stare decisis in historical perspective: from the founding era to the Rehnquist court“. 52 *Vanderbilt Law Review* 647 (1999); Polija Dž. Prajsa, „A Constitutional Significance for Precedent: Originalism, Stare Decisis, And Property Rights“. *Ava Maria Law Review* (2007). Čarlsa Kupera, „Stare decisis: precedent and principle in constitutional adjudication“, 73 *Cornell Law Review* 401, 1987-1988; Majkla Dž. Gerharta, „The Role of Precedent in Constitutional Decision making and Theory“. 60 *Geo. Wash. L. Rev.* 68, 1991-1992.

45 Za više informacija, vidi delo Vilijama Blekstouna, „*Commentaries of the Laws of England*“. (Chicago, Chicago University Press) 1979.

46 *Novine Federalist Papers* No. 78. Sadržaj se može naći na <http://www.constitution.org/fed/federa78.htm>.

pravnik Džejms Kent, koji je u svojim komentarima o američkom pravu izjavio da su „sudije u obavezi da poštuju tu odluku sve dok ista nije preinačena, izuzev ako se dokaže da je zakon pogrešno shvaćen ili pogrešno primenjen konkretno u tom predmetu. Ako se odluka donese na osnovu ozbiljnog argumenta i zrelog većanja, pretpostavka ide u korist njene korektnosti; a zajednica ima pravo da to smatra pravičnim objavljivanjem ili izlaganjem prava i da svoje postupke i ugovore reguliše istim“.<sup>47</sup>

### III. Priroda odluka Ustavnog suda Kosova

Glavna dilema koja se normalno rešava u ovom kontekstu jeste da li redovni sudovi i javni organi koji donose odluke smatraju da su odluke Ustavnog suda presedan, i, ako je to slučaj, u kojim situacijama i pod kojim zakonskim okolnostima odluke Ustavnog suda dobijaju takav status? Treba pomenuti na početku da su prema članu 116. Ustava Kosova „odluke Ustavnog suda obavezujuće za sudstvo i sva lica i institucije Republike Kosovo“. Prema članu 56. Poslovnika o radu Ustavnog suda Kosova, Sud donosi presude (kada odlučuje o osnovi predmeta); rešenja (kada odlučuje o prihvatljivosti zahteva za razmatranje); odluke (kada odlučuje o zahtevu za uvođenje privremenih mera). Sud može da donese i upravnu odluku kada odlučuje na upravnoj sednici o upravnim stvarima, kao i druge naloge koje smatra prikladnim.<sup>48</sup> Vredi naglasiti da pravno dejstvo odluka Ustavnog suda u velikoj meri zavisi od drugih činilaca, poput vrste postupka koji se vodi, prirode ustavnog konteksta koji je predmet razmatranja pred Ustavnim sudom, vrste subjekata koji su deo procesa ustavne kontrole, prirode pravnih normi koje se osporavaju sa ustavne tačke gledišta, kao i od sadržaja odluke Ustavnog suda.<sup>49</sup> Kada govorimo o izveštaju Venecijanske komisije (Savet Evrope) o pravnim dejstvima odluka ustavnih sudova, koji je sastavio nemački ustavobranitelj Helmut Štajnberger, možemo napraviti razliku između tri vrste odluka ustavnog suda: ustavne odluke koje proizvode dejstvo konačne odluke (*res judicata*) odluke sa pravnim dejstvom *erga omnes*, i ustavne odluke sa dejstvom jednakim formalnom pravu.

47 Džejms Kent, „Commentaries on American Law“ 475 (O.W. Holmes, Jr. ed., 14th ed., Boston, Little, Brown, & Co. 1896) citirano u delu Tomasa Lija, „Stare decisis in historical perspective: from the founding era to the Rehnquist court“; 52 Vanderbilt Law Review 647 (1999).

48 Poslovnik o radu Ustavnog Suda Kosova, koji je usvojen u Decembru 2012, dostupan u <http://www.gjk-ks.org/?cid=1,37>.

49 Vidi delo Helmuta Štajnbergera, „Decisions of the constitutional court and their effects“ u „Role of the constitutional court in the consolidation of the rule of law“, publikacija Venecijanske komisije (1994). Science and technique of democracy No.10. Dokument se može naći na [http://www.venice.coe.int/docs/1994/CDL-STD\(1994\)010-e.asp](http://www.venice.coe.int/docs/1994/CDL-STD(1994)010-e.asp).



## A. Odluke koje imaju dejstvo konačne odluke (*res judicata*)

„*Res judicata*“ u materijalnom smislu znači obavezujuća sila zakona. Naravno, ovakva konkluzivna pravna sila odluke obavezujuća je za strane koje su predmet odluke u stvari koja je bila predmet ustavnog razmatranja. Drugim rečima, *res judicata* dejstvo odluke ustavnog suda proizvodi pravno dejstvo *inter-partes*, što znači da su odluke *res judicata* samo za lice koje je stranka u postupku. Sledstveno tome, Štajneberger izjavljuje da dejstvo obavezujuće sile odluke ustavnog suda sadrži isključujući element u smislu da sprečava ustavni sud da po drugi put rešava stvari koje su već razmatrane i o kojima je isti već odlučio.<sup>50</sup> Iako Zakon o Ustavnom sudu Kosova ne predviđa delokrug načela *res judicata*, primena takvog načela podrazumeva se za vladavinu prava da bi se obezbedila nekakva vrsta pravne sigurnosti i stabilnosti kod rešavanja pravnih sporova.

## B. Odluke sa pravnim dejstvom *Erga omnes*

U nekim pravnim sistemima, odluke ustavnog suda proizvode pravno dejstvo za sve (*erga omnes*), što znači da su pravna dejstva obavezujuća za sve javne organe, sva fizička ili pravna lica. Prema Zakonu o Ustavnom sudu Nemačke, odluke Saveznog ustavnog suda obavezujuće su za savezne organe, ustavna tela na nivou republika (Länder) i za sve sudove i javne organe.<sup>51</sup> Slična formulacija se može naći u članu 116. stavu 1. Ustava Kosova, koji, između ostalog, predviđa da su odluke Ustavnog suda Kosova obavezujuće za sudstvo i sva lica i institucije na Kosovu. Za razliku od *res judicata* odluka Ustavnog suda, odluke sa *erga omnes* dejstvom nisu predmet vremenskih, ličnih i materijalnih ograničenja.<sup>52</sup> Kako Štajnberger navodi, posebno tumačenje zakonske ili ustavne odredbe od strane ustavnog suda, ako ista predstavlja *ratio decidendi*, može dovesti do *erga omnes* dejstva koje obavezuje sve sudove da odlučuju na takav način kada tumače konkretne odredbe u vezi sa glavnom stvari.<sup>53</sup> *Erga omnes* dejstvo odluke ustavnog suda uglavnom se ogleda u postupku apstraktne kontrole ustavnosti, kada ustavni sud objavljuje da je zakon u celosti ili delimično neustavan. U takvom slučaju, pravno dejstvo zakona koji ustavni sud opozove veće je od svakog individualnog konteksta i preuzima obuhvatnu dimenziju ustavnog dejstva. Ako se za takvu odluku ustavnog suda smatra da proizvodi *erga omnes*

50 Štajneberger, dokument 14.

51 Član 31. Zakona o Saveznom ustavnom sudu Nemačke. <http://www.iuscomp.org/gla/statutes/BVerfGG.htm>.

52 Štajnberger, dokument 14.

53 Isto.

dejstvo, da li to znači da će takva odluka imati obavezujuće prvo dejstvo i ubuduće (dejstvo presedana)? U postupku apstraktne kontrole ustavnosti, a i da bi se održala pravna sigurnost i predvidljivost, ovakva odluka ustavnog suda nastavlja da proizvodi pravno dejstvo i ubuduće sve dok ista ne bude zamenjena i/ili preispitana drugom odlukom ustavnog suda. Ako ustavni sud postavi standard ustavnog tumačenja za stvar koja je već bila predmet razmatranja u postupku apstraktne ustavne kontrole, smatraće se da odluka ustavnog suda o ovoj stvari proizvodi pravno dejstvo za ubuduće. Ovakvo pravno dejstvo odluke ustavnog suda u funkciji je očuvanja pravne stabilnosti i predvidljivosti građana i institucija kako bi institucionalne prakse i postupci mogli da se oslanjaju na održive ustavne prakse. Sa druge strane, u konkretnom postupku ustavne kontrole, pravno dejstvo odluke ustavnog suda uglavnom se primenjuje na predmet koji je deo ustavnog postupka. U tom pogledu moramo napraviti razliku između presedana kao izvora prava za redovne sudove kada se rešava stvar i za sudske standarde i prakse da bi se obezbedili pravni sklad i doslednost u rešavanju sudskih stvari. Kao što je gore pomenuto, u slučaju konkretne kontrole ustavnosti, pravno dejstvo odluke se u većini slučajeva primenjuje samo na stranke u postupku i zakonski ne proizvodi *erga omnes* dejstvo. Ovaj aspekt otežava korišćenje presedana kao sredstva za rešavanje pravnih sporova u redovnim sudovima. Redovni sudovi na Kosovu se oslanjaju na sudske iskustvo Ustavnog suda Kosova kada rešavaju pravne sporove, da bi se obezbedilo da se odluke donose u skladu sa precedentnim pravom Ustavnog suda, korišćenjem presedana kao sredstva za jačanje izraza pravnih argumenata i za sprečavanje pokretanja ustavnih postupaka u stvarima o kojima je Ustavni sud već odlučivao (načelo racionalizacije postupka). Stoga, redovni sudovi se u takvim slučajevima pozivaju na praksu ustavnog suda za ustavne stvari *inter partes* da bi se obezbedio sklad u procesu donošenja sudskih odluka i da bi se obezbedila koherentnost i doslednost u domaćoj sudskoj praksi, umesto, kako se ustavom upućuje na ustavne odluke, na konkretne i individualne stvari koje imaju samo *inter partes* dejstvo. Ovakva praksa upućivanja na odluke Ustavnog suda obezbeđuje jedinstveni razvoj precedentnog prava. Što je veći nivo po kojem se redovni sudovi upućuju na praksu Ustavnog suda, posebno kada se radi o ljudskim pravima i slobodama, to je koherentniji i dosledniji sistem pravde, posebno u oblasti ograničenja za ljudska prava i slobode. Legitimnost presedana u našem pravnom sistemu konsolidovana je poštovanjem odluka Ustavnog suda Kosova i sudske prakse Evropskog suda za ljudska prava.

### C. Dejstvo sa silom zakona

Još jedna kategorizacija odluka ustavnog suda prema Štajnbergu jesu odluke ustavnog suda koje imaju dejstvo sile zakona. Stoga, odluke ustavnog suda ovakve prirode, posebno u obliku apstraktne ustavne kontrole, primenjuju javni organi, uključujući sudove, na isti način kao i zakone koje usvoji Skupština. Takvo pravno dejstvo obuhvata i odluke koje su donesene posredstvom slučajnog razmatranja (kada ustavni sud postupa na osnovu postupka koji pokrene redovni sud), kada se pravna norma proglašuje suprotnom Ustavu.<sup>54</sup> Na primer, član 31. Zakona o Ustavnom sudu Nemačke predviđa da „odluke Saveznog ustavnog suda imaju dejstvo zakona i obavezujuće su za celu federaciju, ustavne organe republika (Länder), i sve sudove i javne organe, ako Savezni ustavni sud zakon proglašuje da je u saglasnosti ili suprotnosti sa osnovnim pravom. Štajnberger podstiče dilemu u ovom pogledu oko toga da li se dejstvo sile zakona odnosi samo na konkretnu normu koju razmatra ustavni sud ili se odnosi i na buduće norme koje imaju identičan ili u suštini isti sadržaj kao i norma koja se razmatra. Drugim rečima, pitanje o kojem se ovde radi jeste da li će odluka ustavnog suda (kojom se opoziva određeni član) stvoriti takvo pravno dejstvo da izgleda kao ustavno ograničenje za parlament ako on pokuša da usvoji zakon sa istim sadržajem drugog zakona koji je već proglašen neustavnim. Ovaj problem ustavne nesigurnosti je nastao kada je Savezni sud u Nemačkoj proglasio određeni zakon nevaljanim jer je bio protivan ustavu. Savezni ustavni sud Nemačke je ovu stvar rešio kroz tri odluke. On je 1951. godine odlučio, između ostalog, da je Savezni ustavni sud u obavezi da određenu zakonsku odredbu proglašuje nevaljanom ako je ta odredba suprotna osnovnom pravu.<sup>55</sup> Ova odluka je obavezujuća za sve savezne ustavne organe saglasno članu 31. stavu 1. Saveznog zakona o Ustavnom sudu Nemačke, jer odluka ustavnog suda kojom se opoziva zakon nema samo silu zakona već prema članu 31. stavu 1. Saveznog zakona o Ustavnom sudu Nemačke, obavezuje sve savezne ustavne organe na osnovu obrazloženja odluke, da više ne usvajaju nijedan savezni zakon istog sadržaja.<sup>56</sup> Ali, Prva komora Saveznog ustavnog suda Nemačke je 1953. god. promenila svoj stav u vezi sa zabranom ponovnog usvajanja zakona (koji je prethodno proglašen neustavnim). Ustavni sud Nemačke je izjavio da su ustavne odluke kojima se proglašuje nevaljanost zakona *res judicata* ali da ne sprečavaju zakonodavca da usvoji novi zakon sa istim ili sličnim sadržajem kao i zakon koji je proglašen nevaljanim.<sup>57</sup> U obrazloženju

54 Isto.

55 Predmet *Südweststaat-Streit* (1951).

56 Jirgen Švabe, „Selected decisions of Federal Constitutional Court“; Publikacija Konrada Adenauara Stiftung, 2010.

57 Vidi delo Ankea Ejlersa, „The binding effect of the Federal Constitutional

svoje odluke, Savezni ustavni sud je objasnio, između ostalog, da je „član 20. Osnovnog prava (načelo vladavine prava) obavezujući za zakonodavni ogranak samo u pogledu ustavnog naloga, a ne i u pogledu običnog prava“.<sup>58</sup> Prema nemačkom ustavnom sudu, obavezujuće dejstvo predviđeno članom 31. stav 1. Saveznog zakona o Ustavnom sudu, ne može da uskrati pravo zakonodavcu da koristi svoju zakonodavnu diskreciju prilikom preuzimanja svoje zakonodavne odgovornosti da usvoja nov zakon istog sadržaja, ako parlament smatra da je to prikladno. Iznoseći dodatne argumente, Sud je naveo da je dužnost zakonodavca da zakone prilagođava potrebama društva i konceptu društvenog reda. Pošto Savezni ustavni sud ne sme da se ispravlja po sopstvenoj inicijativi, kodifikacija sudske prakse Saveznog ustavnog suda bi paralizovala evoluciju zakona, što bi bilo u suprotnosti sa demokratskom državom vladavine prava i društvenog blagostanja.<sup>59</sup>

#### IV. Zaključak

Koje je pravno dejstvo odluka Ustavnog suda ubuduće? Do koje mere će te odluke predstavljati presedan i biti zakonski obavezujuće ubuduće? U pogledu ovih pitanja moguće je izvući nekoliko zaključaka koji su više u funkciji nastavka teorijske rasprave o mogućem pravnom dejstvu odluka Ustavnog suda i primene presedana kao stabilizatora u sistemu kontinentalnog prava.

Kao prvo, moramo pomenuti da Ustav Kosova predviđa ustavnu obavezu državnih organa i pojedinaca da poštuju odluke Ustavnog suda. Primena odluka Ustavnog suda znači da stranke na koje se takva odluka odnosi imaju obavezu da je primenjuju i da svoju praksu zasnivaju ili prilagode duhu i delokrugu koji definiše Ustavni sud. Neprimenjivanje odluke Ustavnog suda predstavlja oblik ustavne povrede, kojom se krši član 116. stav 1. Ustava Kosova.

Drugo, mera do koje će odluke Ustavnog suda proizvoditi zakonske obaveze ubuduće u velikoj meri zavisi od prirode ustavne stvari koja je predmet razmatranja pred Ustavnim sudom. U postupku apstraktne kontrole ustavnosti zakona i drugih normativnih akta koji su predmet ustavnog razmatranja, odluke Ustavnog suda proizvode pravno dejstvo za ubuduće ako je predmet ili stvar koja je razmatrana identična stvari koja je na kraju rešena odlukom

---

Court Decisions upon Political Institutions”, analiza pripremljena za Savet Evrope (Venecijansku komisiju) na seminaru organizovanom u Albaniji, o dejstvu odluka ustavnih sudova. Izveštaj se može naći na [http://www.venice.coe.int/docs/2003/CDL-JU\(2003\)018-e.asp](http://www.venice.coe.int/docs/2003/CDL-JU(2003)018-e.asp).

58 Isto.

59 Isto.

Ustavnog suda i sve dok Ustavni sud ne promeni svoj prvobitni stav zauzet prilikom donošenja prethodne odluke. U slučaju apstraktne kontrole ustavnosti, predmetna stvar razmatranja prevazilazi stepen konkretne, individualne i opipljive kontrole. Ako Ustavni sud stvori ustavni standard u postupku apstraktne kontrole ustavnosti, javni organi i pojedinci imaju obavezu, u ustavnom smislu, da postupaju u skladu sa takvom ustavnom odlukom i ubuduće. Pošto su ustavi opšti i ne toliko određeni kao zakoni, uloga ustavnog sudije u procesu demarkacije delokruga ustavne norme od najvećeg je značaja, a to je, prema rečima Kelsena, funkcija koja „ustavni sud pretvara u negativnog zakonodavca“.

Treće, odluke Ustavnog suda na Kosovu približavaju se instituciji presedana u procesima konkretne kontrole ustavnosti (koji su pokrenuti na osnovu individualne ustavne žalbe) kada redovni sudovi odlučuju o stvarima ljudskih prava i sloboda u skladu sa odlukama ECtHR-a. Kao što je već pomenuto, član 53. Ustava Kosova obavezuje sudije da svoje odluke tumače u skladu sa odlukama suda u Strazburu. Iako je praksa pozivanja na precedentno pravo ECtHR-a i dalje u početnoj fazi, Ustavni sud Kosova se stalno poziva na ovo precedentno pravo kada rešava stvari u postupcima u vezi sa ograničavanjem ustavnih prava i sloboda. Iako presedan predstavlja jedan od pravaca od izvora prava u anglosaksonskom sistemu, korišćenje odluka Ustavnog Suda od strane suda, kao presedan, jeste pristup koji se primenjuje i na pravni sistem Kosova u obliku apstraktne kontrole ustavnosti i u kontekstu primene sudskog iskustva iz Strazbura, kako se predviđa u članu 53 Ustava Kosova. U ovom svetlu, primena odluka Ustavnog suda, kao presedana je opravdana da bi se obezbedile predvidljivost, stabilnost i efikasnost zakona. Oslanjanje na presedan doprinosi predvidljivosti zakona, jer daje informacije o pravima i obavezama lica u određenim pravnim situacijama. Može se reći da presedan povećava i sudsku efikasnost, jer ako bi sudije morale da svaki predmet razmatraju od samog početka bez pozivanja na precedentno pravo, to bi značilo da bi sudski proces trajao duže i da bi se rad udvostručio. Zakonski obavezujuće dejstvo odluka Ustavnog suda za druge sudove nije samo činilac stabilnosti već i činilac ustavnog razvoja, koji kroz dinamičko tumačenje omogućava njegovo neprekidno obnavljanje u budućnosti, čime se pretvara u živi ustav.

Visar Morina<sup>60</sup>

## **Judgments and Decisions of Constitutional Court of Kosovo – Role of precedent and the Scope of Article 116.1 of the Constitution of Kosovo**

### **I. Introduction**

This paper addresses the legal nature of decisions of the Constitutional Court of Kosovo and assesses the scope of the legal effect of constitutional decisions in the future, in particular as regards judicial bodies and public authorities. In other words, the paper will shed light on the issue as to whether, and to what extent, decisions of the Constitutional Court produce legally binding effects in the future, and whether such decisions have the effect of being legal precedents for the judiciary and public authorities in general. Initially, I will analyze the mandate of the Kosovo Constitutional Court, and then I will focus on the nature of Constitutional Court decisions. Based on Steinberger's categorization of legal effects of constitutional courts, I will focus on the nature of such legal effects of Constitutional Court Decisions, and will analyze if such decisions may have the effect of precedent in legal system of Republic of Kosovo, which in principle does not rely on precedent as a source of law.

### **II. Competences of the Constitutional Court of Republic of Kosovo**

The Constitution of Kosovo of 2008 brought a number of novelties in the context of institutional and constitutional organization.<sup>61</sup> The creation of a centralized system of constitutional control in Kosovo became an indispensable mechanism for the protection and interpretation of the Constitution, almost two decades after the detachment from a tradition of

---

60 Prof. Dr. Visar Morina is a lecturer at the Faculty of Law of the University of Prishtina on the subject "Constitutional Law" and "Constitutional Judiciary" and is Legal Advisor with USAID/EROL Effective Rule of Law Program in Kosovo. This paper was presented at the Conference of the Kosovo Constitutional Court regarding the applicability of the universally protected rights: A new imperative in the practice of law", organized in Prishtina on 29 June 2012. The views expressed in this article are those of the author and do not represent the views of, and should not be attributed to, the USAID/EROL.

61 The Kosovo Constitution has entered into force on 15 June 2008 a few months after the enactment of the Kosovo Declaration of independence on 17 February 2008. The Constitution is available at the Official Gazette of the Republic of Kosovo at <http://gazetazyrtare.rks-gov.net>.

constitutional control that started to develop in Kosovo. The establishment of the Constitutional Court filled in the institutional vacuum, thus providing an opportunity to citizens to seek constitutional justice in cases in which their constitutional rights and freedoms are violated by public authorities. Article 112 of the Constitution of Kosovo underlines that, “the Constitutional Court is the final authority for the interpretation of the Constitution and the compliance of laws with the Constitution”. A more careful reading of this constitutional provision underlines the fact that every individual or institution has the right to interpret the Constitution in order to be able to adjust his/her actions and practices in conformity with constitutional norms. However, the right of rendering final decisions regarding interpretation of the Constitution is centralized to the Constitutional Court, which acts as a centralized authority to determine permissible constitutional boundaries for the actions or omissions of public authorities. The scope of Constitutional Court competences is broad, and includes proceedings involving abstract and concrete control of constitutionality. According to Article 113 of the Constitution of Kosovo, the Assembly of Kosovo, the President of the Republic, the Government, and the Ombudsperson are authorized to initiate procedures of constitutional control regarding:

- (1) the question of the compatibility with the Constitution of laws, of decrees of the President or Prime Minister, and of regulations of the Government;
- (2) the compatibility with the Constitution of municipal statutes.

Furthermore, the Assembly, the President of the Republic of Kosovo and the Government are authorized initiate procedures of constitutional control at the Constitutional Court regarding:

- (1) conflict among constitutional competencies of the Assembly of Kosovo, the President of the Republic of Kosovo and the Government of Kosovo;
- (2) compatibility with the Constitution of a proposed referendum;
- (3) compatibility with the Constitution of the declaration of a State of Emergency and the actions undertaken during the State of Emergency;
- (4) compatibility of a proposed constitutional amendment with binding international agreements ratified under this Constitution and the review of the constitutionality of the procedure followed;
- (5) whether violations of the Constitution occurred during the election of the Assembly.

A municipality is also authorized to contest the constitutionality of laws or acts of the Government infringing upon their responsibilities or diminishing their revenues when municipalities are affected by such law or act.<sup>62</sup> Individuals are authorized to refer violations by public authorities of their individual rights and freedoms guaranteed by the Constitution, but only after exhaustion of all legal remedies provided by law.<sup>63</sup> Furthermore, courts may refer to the Constitutional Court matters related to the compliance of a law with the Constitution, if such compliance has been addressed in the course of court procedures and if the referring court is not sure whether contested law is in compliance with the Constitution and whether the decision of the referring court in a specific case depends on the compliance of that specific law. The referring court should explain in detail why it considers that relevant legal provision is in contradiction with the Constitution and why the decision on that concrete case depends from the judgment of the Constitutional Court regarding the constitutional validity of the law.

### III. A step towards a “mixed” system of law?

Determining what a “source of law” constitutes depends largely on the nature of the legal system. In some cases, the source of law is determined by the law, for example, Article 1.1 of the Spanish Civil Code determines that sources of law in Spain are laws, customs and general principles of the law.<sup>64</sup> A similar summary is found in the Italian Civil Code, where Article 1 determines the hierarchy of legal acts.<sup>65</sup> Some constitution articles do not specify clearly the sources of law or their type, but only underline some of the sources that are considered to be relevant.<sup>66</sup> For example, Article 55 of the Constitution of France provides, *inter alia*, that in principle international treaties have precedence over laws adopted by the Parliament. Some states, however, do not determine types of sources of law, but rather exclude (in the negative aspect) some forms that are not considered sources of law. For example, Article 5 of the Civil Code of France of 1804 forbids judges to issue decisions based on earlier court decisions, considering the application of precedent as unlawful.<sup>67</sup> A similar approach is found in the Austrian Criminal Code of 1811,

---

62 Constitution of Kosovo, Article 113.4.

63 Constitution of Kosovo, Article 113.7.

64 Stefan Vogenhauer, “Sources of Law and Legal Method in Comparative Law” in Oxford Handbook of Comparative Law (Oxford, Oxford University Press, 2006) f. 880.

65 Ibid.p. 880.

66 Ibid, p. 880.

67 See English version of the French Civil Code at [http://www.legifrance.gouv.fr/content/download/1950/13681/version/3/file/Code\\_22.pdf](http://www.legifrance.gouv.fr/content/download/1950/13681/version/3/file/Code_22.pdf) (12 July 2012).



which in Article 12 does not allow customary laws to become source of law for as long as they are not defined in the legislation.<sup>68</sup>

In the context of classical division of families of laws in the world “not according to ideology but from the technical aspect”, the legal system of Republic of Kosovo gravitates significantly towards the European continental system, which conceptually is based on abstractions, general principles and makes a differentiation from material (substantive) and procedural rules, and from the precedence of written legislative texts.<sup>69</sup> This system relies on the concept that the statute (written law) constitutes a primary reference in the course of the resolution of legal disputes, loosening the importance of precedence as a subsidiary source of law in the process of resolving legal contests. The supremacy of the law over a precedent is reflected in the Constitution of Kosovo, where Article 102, paragraph 3 clearly contemplates that “judges shall adjudicate based on the Constitution and the law”. But this does not necessarily mean that the application of a precedent as supplementary source of law in our legal system is excluded. As will be argued below, the decision of the Constitutional Court in a concrete case assumes the status of a precedent through the generalization of an individual norm based on a court decision. The concept of the creation of general norms through court decisions (precedent law) was analysed by Hans Kelsen, who while reflecting on aspects of legal hierarchy argues that on the basis of the general norm (created by a court decision) it is possible to decide that other cases are similar with the first decision, which is considered a precedent and other cases will be decided in a similar manner.<sup>70</sup> It should be noted that refusal of ‘judge made law’ came as result of judicial abuses in the medieval times and as result of materialization of principle of checks and balances, where laws were implemented as mathematical canons in concrete cases, avoiding the possibility to apply discretion and precedent in resolution of legal contests. However, in recent times in the legal doctrine circles, it is asserted that legal families should not be viewed in isolation from each other due to the fact that they share some common features among them. Recognizing this diversity of legal sources, today we could speak more for a mixture of legal systems, taking into account a variety of sources of law and types of sources, rather for a pure legal system that relies entirely on one single law source, and being exclusory to other sources of law. For example, although England is known as the cradle of the “common law” system, laws adopted by the British Parliament and the emerging laws of European Union are now considered

---

68 Vogenhauer, op. cit. 4, f. 880.

69 Ibid. p.880

70 Hans Kelsen, “General Theory of Law and State” (New Jersey, Law Book Exchange, 2009) p.149.

relevant sources of legislation there.<sup>71</sup> Such mixed system of legal sources is distinguishable also in Kosovo. Despite the fact that, in Kosovo, law is considered a fundamental normative instrument point for resolving legal contests, which to a significant extent is a reflection of Kosovo's legal history, Constitution of Kosovo has made the first significant step towards recognizing the case-law as an instrument in the resolution of legal disputes on matters addressing the violation of human rights and freedoms. Article 53 of the Constitution of Kosovo is the sharpest indicator in this regard requesting from public authorities, including courts, to interpret human rights and freedoms provided under the constitution in compliance with the jurisprudence of European Court of Human Rights (ECtHR). The Constitutional obligation to respect the Strasbourg experience in the interpretation of human rights and freedoms constitutes a clear situation of a legitimization of precedent in the field of human rights and freedoms in the legal system, a practice that is entirely new in the jurisprudence of Kosovo. The use of precedent not only fulfils the background of judicial decision making in Kosovo, but it is an imperative for the judiciary and public authorities every time they address a matter where human rights and freedoms are subject of review, requesting them to consider the Strasbourg practice in resolving the matter.

### A. Legal hierarchy

Since sources of law are mainly fragmented, in some states the ranking of normative acts according to their legal primacy is defined with constitutional acts. According to the Constitution of Albania, normative acts applicable in the entire territory of the Republic of Albania include: a) the Constitution, b) international ratified agreements, c) laws and d) normative acts of Council of Ministers, thus providing a relatively clear landscape of reference to normative acts according to their primacy in the legal system.<sup>72</sup> The Constitution of Kosovo does not address the ranking of legal acts based on their importance in a single norm. However, in several articles the Constitution offers some direction regarding the hierarchy of legal acts in Kosovo, which will be elaborated below. Article 16 addresses the primacy of Constitution, providing that "The Constitution is the highest legal act of the Republic of Kosovo. Laws and other legal acts shall be in accordance with this Constitution".<sup>73</sup>

71 Martin Dixon, "International Law" (Oxford, Oxford University Press, 2007) p. 25. See also Gary Slapper, David Kelly, "The English Legal System" (Taylor & Francis, 2011).

72 Constitution of Albania, Article 116.

73 In September 2012 the Assembly of Kosovo approved 22 constitutional amendments, which marked the end of international supervision of Kosovo. Among these repealed amendments that had a direct impact on the legal hierarchy was Article 143 of the Constitution of Kosovo, which was read: "all authorities in Kosovo comply with all the obligations of

Furthermore, Article 19, paragraph 2 of the Constitution of Kosovo provides for the direct application of international laws in Kosovo providing, *inter alia*, as follows:

“Ratified international agreements and legally binding norms of international law have superiority over the laws of the Republic of Kosovo”.

Furthermore, Article 53 of the Constitution provides that “human rights and fundamental freedoms guaranteed by this Constitution shall be interpreted consistent with the court decisions of the European Court of Human Rights”. Therefore, the pyramid of the legal acts in Kosovo according to their legal force would imply the following hierarchical categorization: the Constitution, the ratified international agreements and the directly applicable international human rights acts provided by article 22 of the Constitution, statutes enacted by the parliament, presidential decrees and regulations of the Government. Nonetheless, if we refer to the substantive part of Article 53 of Constitution of Kosovo and the legal and constitutional implications it produces, legal sources in Kosovo are also supplemented with the precedent, which will be elaborated as follows.

## B. Definition of precedent

The most common definition of precedent is that it means ‘a court decision that is mentioned as example or analogy to resolve similar issues in future cases’.<sup>74</sup> As an instrument to ensure uniformity in judicial decision making process, the clearest form of the law of precedent may be found in “common law” model where through the principle of “*stare decisis*” (to stand by matters

---

the Republic of Kosovo in accordance with Comprehensive Proposal for the Kosovo Status Settlement dated 26 March 2007. They will take all actions necessary to implement them. Provisions of the Comprehensive Proposal for the Kosovo Status Settlement dated 26 March 2007 shall take precedence over all other legal provisions in Kosovo. Constitution, laws and other legal acts of the Republic of Kosovo shall be interpreted in accordance with the Comprehensive Proposal for the Kosovo Status Settlement dated 26 March 2007. If there are inconsistencies between the provisions of this Constitution, laws and other legal acts of the Republic of Kosovo and the provisions of the agreement, the latter shall prevail. “For more details see the Official Gazette no. 25/07, of September 2012.

74 Regarding the nature of precedent and its legal effects, see Evan H. Caminker, Why Must Inferior Courts Obey Superior Court Precedents? *Standard Law Review* Vol. 46, No. 4 (Apr., 1994), 817-87; Thomas Lee, “Stare decisis in historical perspective: from the founding era to the Rehnquist court”. *52 Vanderbilt Law Review* 647 (1999); Polly J. Price, “A Constitutional Significance for Precedent: Originalism, Stare Decisis, And Property Rights”. *Ava Maria Law Review* (2007). Charles Cooper, “Stare decisis: precedent and principle in constitutional adjudication”, *73 Cornell Law Review* 401, 1987-1988; Michael J. Gerhardt, “The Role of Precedent in Constitutional Decision making and Theory”. *60 Geo. Wash. L. Rev.* 68, 1991-1992.

adjudicated earlier), courts rely on decisions that were taken earlier in resolving legal contests. In his comments regarding the English law, the famous English lawyer William Blackstone was one of the early authors who addressed the importance of precedent in developing a law. Blackstone defined precedent as a general obligation for the judiciary, stating that precedent maintains the integrity of the court and also serves to maintain the justice system in an appropriate sustainable level and to ensure certain legal stability.<sup>75</sup> The obligation of federal courts to respect precedent became evident in the legal arguments of Alexander Hamilton in Federalist Papers No. 78. Hamilton advocated the concept of the binding nature of precedent suggesting that precedent should be respected in all circumstances. Hamilton stated that the application of precedent is required to avoid any arbitrary discretion in courts, thus embracing the idea of a uniform application of constitutional rights.<sup>76</sup> The institution of precedent and legal implications it produces were commented on by well known American lawyer James Kent, who in his commentaries on American law stated that “the judges are bound to follow that decision so long as it stands unreversed, unless it can be shown that the law was misunderstood or misapplied in that particular case. If a decision has been made upon solemn argument and mature deliberation, the presumption is in favor of its correctness; and the community has a right to regard it as a just declaration or exposition of the law and to regulate their actions and contracts by it”.<sup>77</sup>

#### **IV. The nature of the decisions of the Kosovo Constitutional Court**

The main dilemma that is addressed naturally in this context is whether decisions of the Constitutional Court must be considered as precedent by regular courts and public decision making authorities in Kosovo, and if that is the case, in what situations or legal circumstances could decisions of Constitutional Court receive such prominence? It should be initially stated that according to Article 116 of the Constitution of Kosovo, “decisions of the Constitutional Court are binding on the judiciary and all persons and institutions of the Republic of Kosovo.” According to Article 56 of the Rules of Procedure of the Constitutional Court of Kosovo, the Court adopts judgments (where it decides on the merits of a case); resolutions (where it decided about

---

75 For more information see William Blackstone, “Commentaries of the Laws of England”. (Chicago, Chicago University Press) 1979.

76 Federalist Papers No. 78. Text is accessible at <http://www.constitution.org/fed/federa78.htm>.

77 James Kent, “Commentaries on American Law” 475 (O.W. Holmes, Jr. ed., 14th ed., Boston, Little, Brown, & Co. 1896) quoted at Thomas Lee, “Stare decisis in historical perspective: from the founding era to the Rehnquist court”; 52 Vanderbilt Law Review 647 (1999).

the admissibility of a referral); and, decisions (where it decides on requests for interim measures). The Court may also issue administrative rulings any time the Court decides in administrative sessions on administrative matters and other such orders that it deems appropriate.<sup>78</sup> It should be stressed that the legal effects of Constitutional Court decisions to a large extent depend on other factors such as the type of proceedings that are carried out, the nature of constitutional context that is subject of review at the Constitutional Court, the type of entities that are part of constitutional control process, the nature of legal norms that are challenged from a constitutional point of view as well as the content of the decision of Constitutional Court.<sup>79</sup> Referring to the report of the Venice Commission (Council of Europe) regarding the legal effects of Constitutional Court decisions drafted by German constitutionalist Helmut Steinberger, one can distinguish three types of constitutional court decisions: constitutional decisions producing effects of a final judgment on the merits (*res judicata*), decisions with legal effects (*erga omnes*), and constitutional decisions with effects equal to the force of law.

### **A. Decisions having the effect of a final judgment on the merits**

#### **(res judicata)**

'*Res judicata*' in a substantive sense means the obligatory legal force of the decision. Of course, this conclusive legal force of the decision is binding upon parties referred to in the decision on the matter that was subject of constitutional review. In other words, *res judicata* effects of constitutional court decisions produce legal effects *inter-partes*, which means that decisions are *res judicata* only for the individual that is party to the proceedings. Subsequently, as Steinberger states, the effect of the binding force of Constitutional Court decisions contains a preclusive element in the sense of preventing constitutional courts to address for the second time matters that have already been reviewed and decided by the Constitutional Court.<sup>80</sup> Though the Law on the Constitutional Court of Kosovo does not specify the scope of *res judicata* principle, upholding this principle is obvious for the rule of law in order to ensure an adequate degree of legal security and stability in the resolution of legal contests.

---

78 The Rules of Procedure of the Constitutional Court of Kosovo were adopted in December 2012 and are available at <http://www.gjk-ks.org/?cid=1,37>.

79 See Helmut Steinberger, "Decisions of the constitutional court and their effects" in the "Role of the constitutional court in the consolidation of the rule of law", publication of Venice Commission (1994). Science and technique of democracy No.10. Paper accessible at [http://www.venice.coe.int/docs/1994/CDL-STD\(1994\)010-e.asp](http://www.venice.coe.int/docs/1994/CDL-STD(1994)010-e.asp).

80 Steinberger, paper 19.

## B. Decisions with *erga omnes* legal effects

In some legal systems, constitutional court decisions produce legal effects for all (*erga omnes*), which means legal effects are binding for all public authorities, persons or law entities. According to the Law on Constitutional Court of Germany, decisions of the Federal Constitutional Court are binding on federal authorities, constitutional bodies at the level of republics (Länder) and for all courts and public authorities.<sup>81</sup> A similar formulation may be found in Article 116, paragraph 1 of the Constitution of Kosovo, which, *inter alia*, provides that decisions of the Constitutional Court in Kosovo are binding on the judiciary and all persons and institutions in Kosovo. Different from *res judicata* decisions of the Constitutional Court, decisions with *erga omnes* effect are not subject to temporal, personal and substantial limits.<sup>82</sup> As Steinberger states, a particular interpretation by the constitutional court of a legal or constitutional provision, if it presents a *ratio decidendi*, may result with *erga omnes* effect which obliges all courts to decide in that way when interpretation of concrete provisions is related to the main issue.<sup>83</sup> *Erga omnes* effects of constitutional court decisions are mainly manifested in procedures of abstract control of constitutionality, when a constitutional court declares a law to be fully or partially unconstitutional. In such cases, the legal effects of repealing a law by the constitutional court go beyond any individual context and take a comprehensive dimension of constitutional effect. If these constitutional court decisions are considered to produce *erga omnes* effects, does it mean that such decisions will continue to have legally binding effects also in the future (the effect of precedent)? In procedures of abstract control of constitutionality, and in order to maintain legal security and predictability, these decisions of a constitutional court shall continue to produce legal effects for the future for as long as they are not superseded and/or reviewed by another decision of the constitutional court. If the constitutional court sets a standard of constitutional interpretation for a matter that has already been a subject of review in abstract constitutional control procedures, it will be considered that decision of the constitutional court on this matter will produce legal effects for the future. This legal effect of constitutional court decisions is in the function of preserving legal stability and predictability for citizens and institutions so that institutional practices and actions may rely on sustainable constitutional practices. Whereas in concrete constitutional control procedures, the legal effects of constitutional court decisions mainly apply for subjects that are part to constitutional procedure. In this regard,

---

81 Article 31 of the Law on German Federal Constitutional Court. <http://www.iuscomp.org/gla/statutes/BVerfGG.htm>.

82 Steinberger, paper, 19.

83 Ibid.

one should make a clear distinction between precedent as source of law for ordinary courts in resolving a matter and judicial standards and practices to ensure legal uniformity and consistency in resolving judicial matters. As stated above, in cases of concrete control of constitutionality, legal effects of decisions in most cases are applicable only for the parties to the procedure and legally do not produce *erga omnes* effect. This aspect makes it difficult to use precedent as an instrument to resolve legal contests in regular courts. Regular courts in Kosovo shall rely on the jurisprudential experience of the Constitutional Court of Kosovo when resolving legal contests to ensure that decisions are made in compliance with the case law of the Constitutional Court using precedent as an instrument to strengthen the language of legal arguments and to prevent referring constitutional matters that have been decided earlier by the Constitutional Court (the principle of rationalisation of procedure). Therefore, in such cases, regular courts refer to the practice of the Constitutional Court for constitutional matters *inter partes* in order to ensure uniformity in judicial decision making process and to ensure coherence and consistency in national jurisprudence rather than as mandatory constitutional reference to constitutional decisions on concrete and individual matters which have only *inter partes* effect. This practice of reference to Constitutional Court decisions will provide for uniform development of case law. The higher the level of reference by regular courts to the practice of the Constitutional Court, particularly in human rights and freedoms, the more coherent and consistent the system of justice will be, particularly in the field of limitations for human rights and freedoms. The legitimacy of the use of precedent in our legal system is consolidated by upholding decisions of the Constitutional Court of Kosovo and the jurisprudence of European Court of Human Rights.

### **C. Decisions with effects of the force of law**

Another categorization of Constitutional Court decisions according to constitutionalist Steinberger are decisions of a constitutional court that have the effect of the force of law. Therefore, constitutional court decisions of this nature, particularly in the form of abstract constitutional control, are applied by public authorities, including courts, in the very same way as the application of laws adopted by the Assembly. Such legal effects extend also when decisions are taken by the way of incidental review (when the Constitutional Court acts based on a referral by regular courts) when a legal norm is declared incompatible with the Constitution.<sup>84</sup> For example, Article 31 of the Law on Constitutional Court of Germany determines that “decisions of Federal Constitutional Court will have the effect of law and will be binding

---

84 Ibid.

for entire federation, constitutional authorities of republics (Länder), and all courts and public authorities, if Federal Constitutional Court declares a law to be compatible or incompatible with the Basic Law". Steinberger raises a question of whether the force of law effect relates only to the concrete norm reviewed by the Constitutional Court or whether it extends to future norms that have an identical or essentially the same content as the reviewed norm. In other words, the issue addressed here is whether a Constitutional Court decision (repealing a certain article) will create such legal effects that will appear as a constitutional limitation on Parliament if it tries to adopt a law with the same content as another law that was already declared unconstitutional. This constitutional situation drew the attention of the Federal Constitutional Court in Germany after having declared a certain law invalid because of its noncompliance with the Basic Law (Grundgesetz). The German Federal Constitutional Court addressed this matter in three decisions. In 1951, it decided, *inter alia*, that the Federal Constitutional Court is obliged to declare a legal provision as invalid if such provision is in contradiction with the Basic Law.<sup>85</sup> This decision is binding for all federal constitutional authorities pursuant to article 31.1 of the Federal Law on German Constitutional Court, because a decision of Constitutional Court repealing a law, not only has the force of law, but according to Article 31.1 of the Federal Law of German Constitutional Court, it obliges all federal constitutional authorities based on the reasoning of the decision, not to adopt any federal law with the same content again.<sup>86</sup> But in 1953, First Chamber of Federal Constitutional Court of Germany changed its position regarding the prohibition of repeated adoption of a law (declared previously as unconstitutional). The German Constitutional Court stated that constitutional decisions declaring invalidity of laws are *res judicata*, but they do not prevent the legislature from adopting new laws with the same or similar content with the laws declared invalid.<sup>87</sup> In the reasoning of its decisions, the Federal Constitutional Court explained, *inter alia*, that "Article 20 of the Basic Law (principle of the rule of law) is binding for the legislative branch only in regard to the constitutional order, but not in regard to the ordinary law".<sup>88</sup> According to the German Constitutional Court, the binding effect set forth in Article 31.1 of the Federal Law of Constitutional Court cannot deprive the legislature from using its legislative discretion in

---

85 Case Südweststaat-Streit (1951).

86 Jürgen Schwabe, "Selected decisions of Federal Constitutional Court"; Publication of Konrad Adenauer Stiftung, 2010.

87 See Anke Eilers, "The binding effect of the Federal Constitutional Court Decisions upon Political Institutions", analysis prepared for the Council of Europe (Venice Commission) in the seminar organized in Albania on the effect of constitutional courts decisions. Report is accessible at [http://www.venice.coe.int/docs/2003/CDL-JU\(2003\)018-e.asp](http://www.venice.coe.int/docs/2003/CDL-JU(2003)018-e.asp).

88 Ibid.



taking its legislative responsibility to adopt a new law with the same content, if the parliament considers it appropriate. Arguing further, the Court stated that it is the duty of the legislature to adjust laws to social demands and to the concept of social order. Since Federal Constitutional Court may not correct itself on its own initiative, a codification of the jurisprudence of Federal Constitutional Court would paralyze the evolution of the law, what would be in contradiction with the democratic state of rule of law and social welfare.<sup>89</sup>

## V. Conclusion

What is the legal effect of constitutional court decisions in the future? To what extent will these decisions be considered precedent and legally binding in the future? A few conclusions can be drawn regarding these issues, which are more in the function of continuing the theoretical debate on the prospective legal effects of Constitutional Court decisions and the application of precedent as a stabilizer in a continental law system. First, it must be stated that the Constitution of Kosovo provides a constitutional obligation to state authorities and individuals to respect the decisions of the Constitutional Court. Implementation of Constitutional Court decisions means that parties to whom such a decision is addressed are obliged to implement it, and base or adjust their practices to the spirit and scope defined by the Constitutional Court. Failure to implement a decision of the Constitutional Court would establish a clear constitutional violation as provided by Article 116, paragraph 1 of Constitution of Kosovo. Second, to what extent decisions of the Constitutional Court produce legal obligations in the future depends largely on the nature of constitutional matter that is the subject of review by the Constitutional Court. In proceedings of abstract control of constitutionality of laws and other normative acts that are subject to constitutional review, decisions of the Constitutional Court produce legal effects in the future if the subject or matter reviewed is identical with a matter that was eventually resolved by a decision of the Constitutional Court, and for as long as the Constitutional Court has not deviated from its initial position taken in the previous decision. In cases of abstract control of constitutionality, the subject matter of review exceeds the extent of a concrete, individual and tangible control. If the Constitutional Court has created a constitutional standard in an abstract control procedure of constitutionality, public authorities and individuals are obliged, in the constitutional sense, to act in compliance with such constitutional decision also in the future. Since constitutions are general and less specific than laws, the role of a constitutional judge in the process of demarcation of the scope of constitutional norm is extremely important, a function that, as

---

89 Ibid.

Kelsen put it, “turns the constitutional court into a negative legislator”. Third, the decisions of the Constitutional Court of Kosovo are approximating the institution of precedent in concrete control processes of constitutionality that are referred based on individual constitutional complaint when regular courts decide on matters of human rights and freedoms in compliance with decisions of ECtHR. As stated above, Article 53 of Constitution of Kosovo obliges judges to interpret their decisions in compatibility with decisions of the court in Strasbourg. Although the practice of referring to ECtHR case law by regular courts is still at the initial stage, the Constitutional Court of Kosovo has consistently referred to this case law when dealing with matters of review related to restriction of constitutional rights and freedoms. Although precedent constitutes one of the avenues of the sources of law in common law systems, the use by courts of a Constitutional Court decision as a precedent is also applied in the Kosovo legal system in proceedings involving abstract norm control and in the context of the application of Strasbourg jurisprudence as provided by Article 53 of Kosovo Constitution. In light of this fact, application of Constitutional Court decisions as precedent is justified in order to ensure predictability, stability and efficiency of the law. Relying on precedent contributes to the predictability of law because it provides information on rights and obligations of a person in particular legal circumstances. It may be said that precedent also increases judicial efficiency because if judges have to review every case from the beginning without referring to any case law, it would mean that judicial processes would take more time and efforts would be doubled. The legal binding effect of Constitutional Court decisions on other courts is not merely a factor of stability, but it is also a factor of constitutional development, which through dynamic interpretation enables its constant renewal in the future thus turning it into a living constitution.



## **MBROJTJA LIGJORE E TË DREJTAVE TË NJERIUT NË IRLANDË**

*Kjo është një përmbledhje e prezantimit të Michael P Bourke të bërë më 29 qershor 2012.*

Michael P Bourke

*I diplomuar në të Drejtën Civile në Kolegjin Universitar të Korkut, në Universitetin Shtetëror të Irlandës*

*Këshilltar Ligjor (Avokat), Shoqata e Avokatëve të Irlandës*

*Magjistër i Administrimit të Biznesit, Universiteti i Hapur, Mbretëria e Bashkuar*

Janë dy burime kryesore të origjinës së të drejtave të njeriut në Republikën e Irlandës. Ato janë:-

Kushtetuta e Irlandës (1937), dhe Akti për Konventën Evropiane për të Drejtat e Njeriut 2003.

Kushtetuta e Irlandës është miratuar me plebishit të popullit më 1 korrik 1937 dhe ka hyrë në fuqi më 29 dhjetor 1937. Ajo zëvendësoi Kushtetutën e Shtetit të Lirë Irlandez (1922) e cila kishte dal nga negociatat e paqes ndërmjet përfaqësuesve të qeverisë së Britanisë dhe përfaqësuesve të Dáil-it të parë (Parlamentit) të përbërë nga anëtarët e Parlamentit për Irlandë të cilët nuk dëshironin të uleshin në Uestminster pas zgjedhjeve të përgjithshme të vitit 1919. Në ditën kur u takua ky Dáil i parë në Dublin, u shkrepën edhe krismat e para në atë që u quajt Lufta e Irlandës për Pavarësi.

Prandaj miratimi i Kushtetutës së Shtetit të Lirë Irlandez në vitin 1922 erdhi pas një kohe të gjatë të konfliktit të madh civil. Prioritetet e negociatave në marrëveshjen e paqes ishin që të zgjidhnin statusin kushtetues të Irlandës e jo të paraqiteshin ide përparimtare, në atë kohë, për mbrojtjen ligjore të të drejtave të njeriut. Statusi kushtetues përfshinte ndarjen e Irlandës në pjesën jugore të njohur si Shteti i Lirë Irlandez dhe në Irlandën Veriore, e cila mbeti pjesë e Mbretërisë së Bashkuar.

Në periudhën prej vitit 1922 deri më 1936 pjesa jugore e Irlandës u zhvillua si shtet demokratik ku qeveria ndryshohej pas zgjedhjeve të lira dhe të drejta. Kjo ishte një ndër vendet e pakta demokratike në Evropë, për dallim nga shtetet totalitare, të cilat u krijuan në rrethana të vështira ekonomike dhe politike në Evropën e pas Luftës së Parë Botërore.

Z. Eamon DeValera, Kryeministër<sup>1</sup> i atëhershëm i Irlandës Jugore, e vërejti nevojën për krijimin e një kushtetute më moderne në atë kohë si pasuese të kushtetutës së Shtetit të Lirë, e cila do të eliminonte sa më shumë elemente që i referoheshin lidhjes së Irlandës me Mbretërinë e Bashkuar. Kjo po ashtu ishte një mundësi për të miratuar një kushtetutë që do të fokusojë më shumë në të drejtat e njeriut.

Kushtetuta e re mezi ishte miratuar nga populli dhe vazhdon të mbetet në fuqi edhe sot por e ndryshuar me referendum nga populli rreth 20 herë që nga miratimi. Ndryshimi i saj kërkon pëlqimin e popullit me referendum.

Dispozitat për të drejtat e njeriut gjenden në nenet prej 40 deri në 44 të Kushtetutës së Irlandës. Në atë kohë ato janë konsideruar moderne dhe deklarim mjaft përparimtar për mbrojtjen e të drejtave themelore të njeriut. Por, pas pothuaj 75 vitesh sa kanë kaluar që nga viti 1936, bota e të drejtave të njeriut është zgjeruar dukshëm.

Neni i parë prej këtyre, neni 40, përcakton barazinë, të drejtën për liri, pacenueshmërinë e banesës, lirinë e grumbullimit dhe lirinë e shprehjes. Këto të drejta ishin të kufizuara për shkak të përdorimit të shprehjeve të tilla si “për aq sa janë të zbatueshme”, “vetëm në pajtim me ligjin” e kështu me radhë. Ky nen po ashtu përcakton se shteti, veçanërisht përmes ligjeve të tij, do të mbrojë sa më shumë që të mundet nga sulmet e padrejta dhe, në rast të ndonjë padrejtësie, do të mbrojë jetën, personin, emrin e mirë dhe të drejtat pronësore të çdo qytetari.

Nenet 41 deri në 44 përcaktojnë mbrojtjen e familjes, edukimit, pronës private dhe fesë, respektivisht. Të njëjtat kufizime janë vënë edhe në ushtrimin e këtyre të drejtave dhe ato nuk janë absolute. Prona private mund të merret në mënyrë të detyrueshme në interes të drejtësisë shoqërore dhe të mirës publike, me kusht që të ofrohet kompensim për të.

Neni 45 përmban një varg të drejtash të tjera të cilat rregullojnë:

- 1 të drejtën për mjete adekuate të jetesës
- 2 shpërndarjen e burimeve materiale të komunitetit në mes të individëve privatë
- 3 kundër-konkurrencën
- 4 kontrollin e kredisë, qëllim konstant dhe dominues i të cilës do të jetë mirëqenia e popullit si tërësi

---

1 Titulli zyrtar që kishte Z. DeValera në atë kohë ishte “Kryetar i Këshillit Ekzekutiv të Shtetit të Lirë Irlandez”.

5 vendosjen në tokë, sigurinë ekonomike të sa më shumë familjeve që është e zbatueshme sipas rrethanave

Megjithatë, çka është më me rëndësi, asnjëra prej këtyre të drejtave nuk mund të mbroheshin në gjyq. Parimet e politikës sociale në këtë nen kishin për qëllim të shërbejnë si udhëzime të përgjithshme për ligjbërësit. Zbatimi i këtyre parimeve në bërjen e ligjeve kishte të bënte ekskluzivisht me ligjbërësit. Parimet nuk duhet të njiheshin nga asnjë gjykatë. Prandaj, askush nuk mund të bazohej në shumë të drejta që ishin cekur në Kushtetutë, veçanërisht në ato në nenin 45, kur donin që të siguronin mbrojtjen ligjore të të drejtave të tyre para autoriteteve të shtetit ose në gjykata.

Me kalimin e kohës e veçanërisht me zhvillimin botës së re dhe rendit evropian pas Luftës së Dytë Botërore, të drejtat fillestare të përcaktuara në Kushtetutë u konsideruan se nuk u përgjigjen realiteteve të reja shoqërore dhe politike të jetës në pjesën e dytë të shekullit njëzet. Prandaj gjykatat morën qëndrim për të pranuar se kishte të drejta për të cilat mund të pranohej se kërkonin mbrojtje sipas Kushtetutës, edhe pse ato nuk përmendshin në mënyrë specifike në Kushtetutë.

Kjo doktrinë e të drejtave të pa-numëruara u paraqit për herë të parë në rastin *Ryan kundër Prokurorit të Përgjithshëm*<sup>2</sup>. Në atë rast, juristi eminent irlandez Gjyqtari Kenny deklaroi një propozim fillestar, si vijon: *“Mendoj së të drejtat personale që mund të përmenden për të shpallur të pavlefshëm një legjislacion nuk kufizohen me ato të specifikuara në nenin 40 por përfshijnë të gjitha ato të drejta që rezultojnë nga natyra e krishtere dhe demokratike e shtetit.”*

Ky ishte një hap i ri dhe i guximshëm sepse shumë njerëz menduan se tani gjyqtarët do të vendosnin se si dhe deri në ç’masë do të shtrihet Kushtetuta. Ata tani po bëheshin hartuesit ose interpretuesit e Kushtetutës sikur të ishin “ligjbërës”. Ky qëndrim mund të ngushtohej dukshëm me dispozitat e nenit 15.2.1 i cili ia garantonte fuqinë ligjbërëse Oireachtas<sup>3</sup>. Neni 15.2.1 përcakton se: “Autoriteti i vetëm dhe ekskluziv për bërjen e ligjeve për shtetin sipas kushtetutët i takon Oireachtas”.

Prandaj, kush e kishte për detyrë të vendos se cilat ishin ato të drejta? A po bëheshin gjykatat dhoma e tretë e Oireachtas? Çka ndodh në këtë rast me doktrinën e ndarjes së pushteteve të mishëruar në Kushtetutë? A po e shkëlqenin gjykatat këtë doktrinë duke u deklaruar, siç edhe bënë, se ata

2 [1965] I.R. 295

3 Oireachtas, autoriteti ligjvënës sipas Kushtetutës, përfshinë Dáil, ose dhomën e ulët, Seanad/Senatin ose dhomën e lartë dhe Kryetarin. Ligjet duhet të miratohen nga të dy dhomat dhe të nënshkruhen nga Kryetari para se të mund të zbatohen.

mund të gjejnë të drejta që nuk janë të cekura në kushtetutë dhe që mund të përligjin këto të drejta duke nxjerr urdhra kundër organet qeveritare?

Prej vendimit të parë në rastin *Ryan kundër Prokurorit të Përgjithshëm* është pranuar se ekziston një numër i të drejtave të tjera, përfshirë edhe të drejtën në jetën private, të drejtën për të fituar për jetesë, të drejtën për të krijuar familje, të drejtën për qasje në gjykata, të drejtën e qytetarëve për të paditur shtetin në gjykatë, të drejtën në drejtësi dhe në procedura të drejta, të drejtën për të udhëtuar brenda dhe jashtë shtetit, të drejtën për tu martuar, të drejtat e nënës së pamartuar lidhur me fëmijët e saj dhe të tjera.

Kushtetuta është miratuar para Luftës së Dytë Botërore. Që nga atëherë, shteti pas anëtarësimit në Kombet e Bashkuara në vitin 1955 u bë nënshkrues i Deklaratës Universale për të Drejtat e Njeriut. Në mesin e konventave dhe traktateve të tjera ndërkombëtare që janë ratifikuar që nga atëherë, janë:

1. Konventa Evropiane për të Drejtat dhe Liritë Themelore të Njeriut (Ratifikuar – 1953)
2. Konventa Ndërkombëtare për të Drejtat Civile dhe Politike (Ratifikuar – 1989)
3. Konventa Ndërkombëtare për të Drejtat Ekonomike, Shoqërore dhe Kulturore (Ratifikuar – 1989)

Nuk është befasuese që gjykatat në vitet 1960ta kërkuar mënyra të tjera për të zgjeruar numrin e kufizuar të të drejtave të përcaktuara në Kushtetutë. A mos gjyqtarët po bënin përpjekje të sjellin interpretimin e Kushtetutës në një perspektivë më moderne duke pasur në mendje zhvillimin e të drejtave në nivel botëror dhe të kontinentit?

Ne po ashtu duhet të kemi parasysh dispozitën e nenit 46 të Kushtetutës lidhur me ndryshimin e Kushtetutës. Ndryshimi i Kushtetutës duhet të bëhet me referendum popullor. Shumica e elektoratit duhet të votojë për ndryshimin e Kushtetutës. Prandaj metoda e ndryshimit të saj është shumë e vështirë. Gjyqtarët mund të kenë menduar se ata duhej të pranonin se ekzistonin edhe të drejta të tjera pasi që kishte vështirësi të mëdha që të përfshihen ato për shkak të vështirësisë për ndryshimin e Kushtetutës.

Siç e pamë më herët, neni 15.2.1, përcakton se ‘Autoriteti i vetëm dhe ekskluziv për bërjen e ligjeve për shtetin sipas kushtetutës i takon Oireachtas: asnjë autoritet tjetër legjislativ nuk ka kompetenca që të bëj ligje për shtetin’. Për më tepër, neni 29.6 i Kushtetutës përcakton se “Asnjë marrëveshje ndërkombëtare nuk do të jetë pjesë e të drejtës vendore të shtetit përveç

nëse kështu e përcakton Oireachtas.” Kombinimi i këtyre dy neneve e bën Irlandën shtet dualist. Traktatet ndërkombëtare nuk kanë përparësi ndaj ligjeve të vendit, përveç nëse në mënyrë specifike vendoset kështu nga legjislatura.

Kjo ka bërë që konventat dhe traktatet e përmendura më lartë të kenë statusin më të ulët sesa Kushtetuta. Gjykatat ishin të kujdesshme që të siguroheshin se Konventat, si KEDNJ, të mos zbatoheshin në mënyrë të drejtpërdrejtë në vend.

Në Re Ó Laighléis<sup>4</sup> Kryetari i Gjykatës Supreme të Irlandës, Maguire C J, mori qëndrimin e hapur si vijon:

*“Kur ligji i vendit i ka dispozitat e veta, ai nuk mund të kontrollohet nga asnjë dispozitë e të drejtës ndërkombëtare që nuk është në përputhje me të ...Megjithatë, dispozitat e Kushtetutës së Irlandës janë pengesë e patejkalueshme për importimin e dispozitave të Konventës për Mbrojtjen e të Drejtave dhe Lirive të Njeriut në legjislacionin vendor të Irlandës – nëse ato ndryshojnë nga ky ligj vendor. Neni 15.2.1 i Kushtetutës përcakton se ‘Autoriteti i vetëm dhe ekskluziv për bërjen e ligjeve për shtetin sipas kushtetutës i takon Oireachtas: asnjë autoritet tjetër legjislativ nuk ka kompetenca që të bëj ligje për shtetin’. Për më tepër, neni 29, i cili ka të bëjë me marrëdhëniet ndërkombëtare, në paragrafin 6 përcakton se ‘asnjë marrëveshje ndërkombëtare nuk do të jetë pjesë e legjislacionit vendor të shtetit, përveç nëse kështu vendos Oireachtas’.*

*Oireachtas nuk ka vendosur që Konventa për të Drejtat dhe Liritë Themelore të Njeriut të jetë pjesë e legjislacionit vendor të shtetit dhe rrjedhimisht kjo Gjykatë nuk mund të aplikojë Konventën nëse ajo është në kundërshtim më të drejtën vendore ose nëse ka për qëllim të garantojë të drejta ose të vë obligime të tjera përveç atyre të legjislacionit vendor.*

*Asnjë argument nuk mund të jetë mbi urdhrin e qartë të paragrafit 6 të nenit 29 të Kushtetutës para gjyqtarëve, detyra e të cilëve është që të respektojnë Kushtetutën dhe ligjet.”*

Siç u theksua më herët, shteti ka ratifikuar KEDNJ-në por ishte problem zbatimi i dispozitave në vend. Qytetarët kishin iniciuar shumë raste në Strasburg dhe me kalimin e kohës GJEDNJ konstatoi se Irlanda ishte duke shkelur



Konventën. Kjo ndodhi në rastin Airey që kishte të bënte me të drejtën për ndihmën juridike civile dhe në rastet të tjera. Shumë shpesh shteti përgjigjej ndaj aktgjykimeve të pafavorshme nga Strasburgu duke miratuar legjislacionin për korrigjimin e shkëljes së të drejtës së konventës e cila identifikohet në Aktgjykim.

Një element tjetër për tu marrë parasysh kur kemi të bëjmë me mbrojtjen ligjore të të drejtave të njeriut u ngrit sipas dispozitave të asaj që u bë e njohur si Marrëveshja e Belfastit e vitit 1998. Ko marrëveshje në mes të Irlandës, Mbretërisë së Bashkuar të Britanisë së Madhe dhe Irlandës Veriore dhe partive politike në Irlandën Veriore çoi në themelimin (eventual) të një ekzekutivi me kompetenca të ndara në Irlandën Veriore. Një prej obligimeve që mori përsipër Irlanda, paralelisht me autoritetet në Irlandën Veriore, ishte që të krijojë një Komision për të Drejtat e Njeriut dhe të krijojë legjislacionin që do t'i jepte një shkallë më të madhe të autoritetit Konventës sesa që i ishte dhënë deri atëherë në Irlandë.

Në vitin 2000 u themelua Komisioni për të Drejtat e Njeriut dhe kjo u pasua me miratimin në vitin 2003 të Aktit për Konventën Evropiane për të Drejtat e Njeriut.

Ky ligj përcaktonte bazën statutore për interpretimin dhe zbatimin e ligjeve ose rregullave në përputhje me obligimet e shtetit sipas dispozitave të Konventës.

Neni 2 (1) i Aktit thekson:- Në interpretimin dhe zbatimin e ndonjë dispozite statutore ose ndonjë rregulle të ligjit, gjykata, për aq sa është e mundur sipas rregullave të ligjit që ka të bëjë me një interpretim dhe zbatim të tillë, do ta bëjë këtë në pajtim me obligimet e shtetit sipas dispozitave të Konventës.

Neni 3 i aktit shkante më tej duke obliguar të gjitha organet e shtetit, në radhë të parë gjykatat por edhe departamentet e qeverisë, autoritete lokale dhe të gjitha organet e tjera shtetërore që të ushtrjnë funksionet e tyre në pajtim me obligimet e shtetit sipas dispozitave të Konventës.

Një dispozitë ishte bërë për personat që kishin shteruar të gjitha mjetet juridike dhe prapë nuk kishin mundur të realizonin mbrojtjen e Konventës për të sjell procedurën në Gjykatën e Lartë duke kërkuar zhdëmtim për shkeljen e bërë. Një dispozitë ishte bërë po ashtu që Gjykata e Lartë të mund të deklarojë se dispozita statutore ose rregulla e ligjit nuk ishte në pajtim me të drejtat njeriut të mbrojtura me Konventë. U miratua edhe një sistem për vlerësimin e dëmeve financiare që krijoheshin nga kjo papajtueshmëri për t'i zhdëmtuar ata në favor të të cilëve ishte bërë deklarata e papajtueshmërisë.

Deri më sot Gjykata e Lartë ka bërë tri deklarime të tilla. Njëri kishte të bënte me të drejtat që një gruajë trans-gjinore t'i njihej statusi i saj nga autoritetet

e regjistrimit civil të shtetit. Ky aktgjykim i Gjykatës së Lartë në rastin Foy (Numër 2) pasqyronte jurisprudencën që ishte në evoluim e sipër në GJEDNJ për këtë çështje.

Dy rastet e tjera kishin të bënin me deklaratimet se një formë e caktuar e procedurave të gjykatave më të ulëta që mundësonin dhënien e urdhrave për posedim të shtëpive familjare, cenonte të drejtat e Konventës për mbrojtjen e shtëpisë familjare.

Mbetet të shihet se deri ku dhe në çfarë mase organet e shtetit do të ndryshojnë performancën e tyre që në mendjen e tyre të kenë parasysh obligimet e shtetit sipas Konventës dhe se si një performancë e tillë do të ndihmojë në mbrojtjen ligjore të të drejtave të njeriut në Irlandë.

Në aspektin praktik, procedura e mbrojtjes ligjore të të drejtave të njeriut bëhet përmes gjykatave. Gjykatat në Irlandë në të gjitha nivelet kanë një histori të gjatë të pavarësisë dhe administrimit të drejtë të drejtësisë. Irlanda është vend ku aplikohet e drejta zakonore (Common Laë) e cila e ka trashëguar sistemin e saj ligjor nga Mbretëria e Bashkuar. Ndryshimi në administratën lokale pas arritjes së pavarësisë ishte bërë në mënyrë të butë sa i përket funksionimit të Gjykatës së Lartë dhe gjykatave të ulëta. Procedurat për realizimin e të drejtave iniciohen në gjykata. Nëse çështja ka të bëjë me diçka që prek interpretimin e ligjit që mund të shkel të drejtën kushtetuese atëherë Prokurori i përgjithshëm, i cili përfaqëson shtetin, duhet të jetë palë në procedurë. Procedurat e tilla duhet të jenë në formë të Veprimeve Deklarative ose Shqyrtimit Gjyqësor të vendimeve të gjykatave më të ulëta ose të organeve administrative. Një palë duhet të ketë *locus standi* për të ngritur një çështje. Në sistemin ligjor irlandez nuk lejohen veprimet kolektive. Ligjet kanë një supozim të kushtetutshmërisë. Gjykata e Lartë mund të hedh poshtë një Rregull të së Drejtës Zakonore ose ndonjë dispozitë përkatëse të Statutit/Ligjit/Aktit nëse konstatohet se nuk është në pajtim me Kushtetutën. Ka mundësi të ankesës në Gjykatën Supreme nga Gjykata e Lartë.

## ODBRANA LJUDSKIH PRAVA U IRSKOJ

*Ovo je sinopsis prezentacije koju je Michael P Bourke održao 29. juna 2012.*

Michael P Bourke

*Diplomirani pravnik građanskog prava, University College Cork, Narodni univerzitet Irske*

*Advokat, Pravno društvo Irske*

*Master poslovne administracije, Otvoreni univerzitet, Ujedinjeno Kraljevstvo*

Postoje dva glavna izvora kada govorimo o poreklu ljudskih prava u Republici Irskoj. Isti obuhvataju:-

Ustav Irske (1937), i

Zakon o Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima iz 2003.

Ustav Irske donet je od strane narodnog plebiscita 1. jula 1937. godine i stupio je na snagu 29. decembra 1937. Isti je zamenio Ustav Irske slobodne države (1922) koji je proizašao iz mirovnih pregovora vođenih između predstavnika britanske vlade i predstavnika prvog Dáila (parlamenta) sačinjenog od poslanika Irske koji su se uzdržali da stupe na svoje poslaničke funkcije u Vestminsteru nakon opštih izbora održanih 1919. Na dan sastajanja ovog prvog uzdržanog Dáila u Dablinu ispaljeni su prvi hici u onome što je nakon toga postalo poznato kao irski Rat za nezavisnost.

Ustav Irske slobodne države proizašao je nakon dužeg i većeg civilnog konflikta 1922. godine. Prioriteti pregovarača u mirovnom sporazumu bili su da se reši ustavni status Irske a ne da se da pregled najnovijih ideja, u to vreme, o odbrani ljudskih prava. Ustavni status podrazumevao je odvajanje Irske u južni deo koji je nakon toga postao poznat kao Irska slobodna država i severnu Irsku, koja je ostala u sastavu Ujedinjenog Kraljevstva.

U periodu od 1922. do 1936. godine jug Irske istupio je kao demokratska država sa promenama u vladi nakon slobodnih i pravičnih izbora. Ona je jedna od malog broja demokratskih zemalja u Evropi u ugovornim odnosima sa totalitarnim državama koje su proizašle iz ekonomski i politički problematičnih okruženja Evrope nakon I svetskog rata.

G. Eamon DeValera, premijer<sup>5</sup>, južne Irske, u to vreme sagledao je potrebu da se uspostavi moderniji ustav nakon Ustava Irske slobodne države koji bi eliminisao što je moguće veći broj elemenata kojim bi Irska bila dovođena u vezu sa Ujedinjenim Kraljevstvom. Ovo je takođe bila prilika da se donese ustav koji bi više bio usredsređen na ljudska prava.

Novi ustav usko je donet od strane naroda i još uvek je na snazi i dan danas nakon što je referendumom menjan otprilike 20 puta od njegovog usvajanja. Amandmani na ustav zahtevaju saglasnost naroda dobijenu referendumom.

Odredbe o ljudskim pravima sadržane su u članovima 40 do 44 Ustava Irske. U to vreme smatrane su modernim i savremenim izjavama o zaštiti osnovnih ljudskih prava. Međutim, u periodu od više od 75 godina koje su prošle od 1936. godine svet ljudskih prava proširio se u značajnoj meri.

Prvi od ovih, član 40, predviđa; jednakost, pravo na slobodu, nepovredivost imovine, slobodu udruživanja i slobodu izražavanja. Postojala su ograničenja na ova prava korišćenjem fraza tipa “u meri u kojoj je primenjivo”, “osim u skladu sa zakonom ” i tako dalje. Ovaj član takođe predviđa da država, posebno, svojim zakonima, štiti, najbolje što može od nepravednog napada, i u slučaju nepravde brani život, lice, ugled i imovinska prava svakog građanina.

Članovi 41 do 44 predviđaju zaštitu porodice, obrazovanja, privatne imovine, odnosno veroispovesti. Ista ograničenja stavljena su na vršenje ovih prava i nisu bila apsolutna. Privatna imovina mogla bi se prinudno steći u interesima društvene pravde i kao javno dobro, pod uslovom da se pruži nadoknada.

Dodatni skup prava sadržan je u članu 45 koji se bavi sledećim:

1. Pravo na adekvatna sredstva za život
2. Materijalni resursi zajednice mogu se takođe raspodeliti među privatnim licima
3. Borba protiv konkurencije
4. Kontrola kreditiranja, konstantan i prevashodan cilj biće blagostanje ljudi kao celine
5. Nastanjivanje što je moguće više porodica na zemljištu, u bezbednim ekonomskim uslovima, u skladu sa preovlađujućim okolnostima

---

5 Zvanično zvanje g. DeValera u to vreme glasilo je “predsednik Izvršnog odbora Irske slobodne države”.

Ono što je najvažnije, međutim, nijedno od ovih prava nije bilo opravdano. Načela socijalne politike u ovom članu osmišljena su sa namerom da posluže kao opšte smernice namenjene zakonodavcima. Primena ovih načela tokom donošenja zakona trebalo je isključivo da bude na raspolaganju samo zakonodavcima. Načela nisu priznavana ni od jednog suda. Shodno tome, niko se nije mogao uzdati u mnoga prava pomenuta u Ustavu, posebno ona sadržana u članu 45, u pokušaju da odbrane svoja prava pred državnim organima ili sudovima.

Tokom vremena i posebno razvojem novog svetskog i evropskog poretka nakon Drugog svetskog rata, ocenjeno je da prvobitna prava predviđena Ustavom ne ispunjavaju novu društvenu i političku stvarnost krajem dvadesetog veka. Sudovi su shodno tome razvili stav u kome su priznali da postoje prava koja se mogu priznati kao ona koja treba da budu zaštićena Ustavom, iako nisu definitivno pomenuta Ustavom.

Ova doktrina taksativnog ne navođenja prava prvo je primenjena u slučaju Ryan protiv Državnog tužioca<sup>6</sup>. U ovom slučaju, eminentan irski pravnik sudija Kenny izneo je originalan predlog koji sledi: *“Mislim da lična prava koja mogu biti upotrebljena da se neko zakonodavstvo stavi van snage ne bi trebalo da se ograniče samo na ona predviđena članom 40 već da obuhvataju sva ona prava koja proizilaze iz hrišćanske i demokratske prirode države.”*

Ovo je bio smeo novi iskorak pošto se mnogima činilo da će sudije sada odlučivati i o tome kako i u kom obimu bi se Ustav mogao proširiti. Oni su polako zalazili u sferu u kojoj su sami formulisali ili tumačili Ustav na način koji ih je zapravo činio “zakonodavcima”. Ovaj stav može se suziti odredbama člana 15.2.1 koji daje zakonodavna ovlašćenja Oireachtas-u<sup>7</sup>. Član 15.2.1 predviđa: “Jedinstvena i isključiva moć donošenja zakona u ime države ovime se daje Oireachtas-u”.

Čiji je onda posao odlučivanja o tome šta su ova prava? Da li su sudovi postali treći dom Oireachtas-a? A šta sa doktrinom podele vlasti predviđene Ustavom? Da li su ovime sudovi kršili ovu doktrinu navodeći da su mogli da pronađu prava koja nisu bila taksativno navedena i da brane upravo ova prava donošenjem naredbi u suprotnosti sa vladinim telima?

Od prve odluke u predmetu Ryan protiv državnog tužioca, veliki broj prava priznat je uključujući pravo na privatnost, pravo na zarađivanje sredstava za život, pravo na obrazovanje porodice, pravo na pristup sudovima, pravo građana da tuže državu na sudu, pravo na pravdu i pravedan postupak,

6 [1965] I.R. 295

7 Oireachtas, zakonodavni organ u skladu sa Ustavom, sačinjen je od Dáil-a, ili donjeg doma, Seanad/Senata ili gornjeg doma i predsednika. Zakoni se moraju donositi od strane oba doma i moraju da budu potpisani od strane predsednika pre nego što stupe na snagu.

pravo na putovanje unutar i van države, pravo stupanja u brak, pravo majke koja nije u braku na njenu decu i ostalo.

Ustav je donet pre II svetskog rata. Od tada, država je nakon što je postala članica Ujedinjenih nacija 1955. godine potpisala Univerzalnu deklaraciju o ljudskim pravima. Među ostalim međunarodnim konvencijama i paktovima ratifikovanim od tada nalaze se:

1. Evropska konvencija o ljudskim pravima i osnovnim slobodama (ratifikovana – 1953)
2. Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima (ratifikovan – 1989)
3. Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima (ratifikovan – 1989)

Nije iznenađujuće da su sudovi 1960-ih tragali za drugim načinima da prošire određeni broj prava navedenih u Ustavu. Da li su sudije pokušavale da tumačenju Ustava daju moderniju perspektivu imajući u vidu razvoj prava u svetu i na kontinentu?

Takođe bi trebalo da imamo u vidu odredbu člana 46 Ustava koja govori o amandmanima. Amandman na Ustav mora se uraditi referendumom. Većina birača moraju glasati da promene Ustav. Stoga, ona predstavlja veoma komplikovan metod izmene. Sudije su možda bile ovakvog mišljenja, upravo zbog toga što je bilo veoma teško načiniti ove promene zbog složenosti samog procesa promene Ustava.

Kao što smo videli ranije, član 15.2.1, predviđa sledeće: ‘Jedinstvena i isključiva moć donošenja zakona u ime države ovime se daje Oireachtas-u: nijedan drugi zakonodavni organ nema nadležnost da donosi zakone u ime države’. Štaviše, član 29.6 Ustava, predviđa sledeće “Nijedan međunarodni ugovor neće biti deo domaćeg prava države osim onih koje utvrdi Oireachtas.” Kombinacija ovih članova čini Irsku dvojnomo državom. Međunarodni ugovori nemaju prednost ni nad kojim domaćim zakonom osim ako zakonodavno telo to ne predviđa definitivno.

‘Ovo je dovelo do toga da gore pomenute konvencije i paktovi imaju status akata nižih od ustava. Sudovi su bili pažljivi da obezbede da konvencije, kao što je EKLJP nemaju direktnu primenu u državi.

U *Re Ó Laighléis*<sup>8</sup> predsednik Vrhovnog suda Irske, Maguire C J, istakao je ovaj stav neposredno na sledeći način:

---

8 [1960] I.R. 93

*“Kada domaći zakon sadrži svoje odredbe, on se ne može kontrolisati nedoslednim odredbama međunarodnog prava. ...Nepremostiva prepreka da se odredbe Konvencije za zaštitu ljudskih prava i sloboda uvrste u domaće pravo Irske – ukoliko su u suprotnosti sa tim zakonom, jesu odredbe Ustava Irske. Član 15.2.1, Ustava predviđa da se ‘Jedinstvena i isključiva nadležnost za donošenje zakona u ime države ovime daje Oireachtas-u: nijedan drugi zakonodavni organ nema nadležnost da donosi zakone u ime države’. Štaviše, član 29, član koji se bavi međunarodnim odnosima, predviđa u stavu 6 da ‘nijedan međunarodni ugovor nije deo domaćeg prava Države, osim onih koje utvrdi Oireachtas’.*

*Oireachtas nije utvrdio da će Konvencija o ljudskim pravima i osnovnim slobodama biti deo domaćeg prava Države i shodno tome ovaj Sud ne može staviti na snagu Konvenciju ukoliko je ona u suprotnosti sa domaćim pravom ili da predvidi pružanje dodatnih prava ili nametanje dodatnih obaveza sem onih predviđenih domaćim pravom.*

*Ne može prevladati nijedan argumenat protiv izričite naredbe predviđene stavom 6 člana 29 Ustava pred sudijama čija je proglašena dužnost poštovanje Ustava i zakona.”*

Kao što je ranije istaknuto, države su ratifikovale EKLJP ali je primena ovih odredbi u državi bila problematična. Građani su pokrenuli veliki broj predmeta u Strazburu i u kratkom vremenskom periodu ESLJP je utvrdio da Irska krši Konvenciju. Ovo se desilo u predmetu Airey koji se odnosio na pravo dobijanja građanske pravne pomoći i u ostalima. Vrlo često država je odgovorila na štetne presude iz Strazbura uvođenjem zakonodavstva koje bi popravilo prekršaj prava iz konvencije identifikovan u Presudi.

Dodatan element koji treba razmotriti kada se bavimo odbranom ljudskih prava proizašao je iz odredbi onoga što je postalo poznato kao Sporazum iz Belfasta iz 1998. Ovaj Sporazum između Irske, Ujedinjenog Kraljevstva Velike Britanije i Severne Irske i političkih stranaka u Severnoj Irskoj vodio je do (eventualnog) uspostavljanja podeljene izvršne vlasti u Severnoj Irskoj. Jedna od obaveza koju je preduzela Irska, paralelno sa vlastima u Severnoj Irskoj, bila je da uspostavi Komisiju za ljudska prava i da predvidi zakonodavstvo koje bi dalo veći stepen nadležnosti Konvenciji nego što je to ranije bio slučaj u Irskoj.

U 2000. godini je uspostavljena Komisija za ljudska prava i ovo je praćeno donošenjem Zakona o Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima u 2003.

Ovaj zakon predvideo je statutarnu osnovu za tumačenje i primenu zakona

ili pravila suda na način koji je u skladu sa obavezama države predviđenim odredbama ove Konvencije.

Član 2 (1) Zakona predviđa:- Pri tumačenju i primeni bilo koje statutarne ili zakonske odredbe, sud će, koliko god je moguće, u skladu sa zakonskim propisima koji se odnose na tumačenje i primenu, učiniti isto na način koji je u skladu sa obavezama države predviđene Konvencijom.

Član 3 Zakona otišao je korak dalje i obavezao je sve organe države, prvenstveno sudove, ali i odeljenja vlade, lokalne vlasti i druga državna tela da obavljaju svoje funkcije na način koji je u skladu sa obavezama države predviđenim odredbama Konvencije.

Predviđena je odredba za lica koja su iscrpela druge pravne lekove i koja još uvek nisu bila u stanju da se uspešno pozovu na Konvenciju kako bi pokrenuli postupke pred višim sudom u potrazi za odštetom za dati prekršaj. Takođe, predviđena je odredba da Viši sud treba da se izjasni u slučajevima kada statutarne ili zakonske odredbe nisu u skladu sa ljudskim pravima zaštićenim Konvencijom. Sistem merenja finansijske štete proizašle iz ovakve nedoslednosti donet je kako bi se pružio pravni lek onima u čiju korist je doneta izjava o neusklađenosti.

Do danas, samo tri ovakve izjave donete su od strane Višeg suda. Jedna se odnosila na prava transrodnih žena da njihov transrodni status bude priznat od strane organa za civilnu registraciju države. Ova presuda Višeg suda u predmetu Foy (broj 2) odražavala je razvoj jurisprudencije ESLJP-a po ovom pitanju.

Druga dva predmeta odnosila su se na izjave da poseban oblik skraćenog sudskog postupka koji je dozvoljavao izdavanje naloga o posedovanju porodičnih domova premašuje prava Konvencije za zaštitu porodičnog doma.

Ostaje da se vidi koliko daleko i u kom obimu državni organi menjaju svoj rad kako bi u prvom planu imali obaveze države u skladu sa Konvencijom i u kojoj meri će ovakav način rada pomoći da se odbrane ljudska prava u Irskoj.

Na praktičnom nivou, postupak odbrane ljudskih prava sprovodi se putem sudova. Sudovi u Irskoj na svim nivoima imaju dugu istoriju nezavisnosti i pravičnog upravljanja svojim sistemom pravde. Irska je zemlja sa običajnim pravom koja je nasledila svoj pravni sistem iz Ujedinjenog Kraljevstva. Prelazak na lokalnu upravu nakon dobijanja nezavisnosti bio je neometan u smislu rada Višeg suda i nižih sudova. Postupci se pokreću u sudovima za primenu prava. Ukoliko se pitanje odnosi na tumačenje zakona koje može biti u suprotnosti sa ustavnim pravom, onda državni tužilac, koji predstavlja državu, mora biti stranka u postupku. Ovi postupci mogu se povesti u vidu deklarativnih radnji ili sudske revizije odluka nižih sudova ili organa



uprave. Stranka mora imati locus standi da bi pokrenula proces. U irskom pravnom sistemu nisu dozvoljene grupne tužbe. Zakoni sadrže pretpostavku ustavnosti. Viši sud može da opovrgne pravilo običajnog prava ili relevantne odredbe Statuta/zakona/akta ukoliko se utvrdi da nije u skladu sa ustavom. Takođe, postoji mogućnost da se na nivou Višeg suda uloži žalbu Vrhovnom.

## VINDICATION OF HUMAN RIGHTS IN IRELAND

*This is a synopsis of the presentation of Michael P Bourke given on 29 June 2012*

Michael P Bourke

*Bachelor of Civil Law, University College Cork, National University of Ireland  
Solicitor, The Law Society of Ireland*

*Masters of Business Administration, The Open University, United Kingdom*

*There are two main sources for the origins of human rights in the Republic of Ireland. They are:-*

*The Constitution of Ireland (1937), and*

*The European Convention on Human Rights Act 2003*

The Constitution of Ireland was passed by plebiscite of the people on 1 July 1937 and came into effect from 29 December 1937. It replaced the Constitution of the Irish Free State (1922) which evolved from the peace negotiations between representatives of the government Britain and representatives of the first Dáil (Parliament) made up of Members of Parliament for Ireland who abstained from taking their seats in Westminster following the General Election in 1919. The day this first abstentionist Dáil met in Dublin the first shots in what became known as Ireland's War of Independence were fired.

The emergence of the Constitution of the Irish Free State therefore in 1922 was after a protracted time of great civil conflict. The priorities of the negotiators at the peace settlement was to settle the constitutional status of Ireland rather than to set out the most up to date ideas, at that time, about the vindication of human rights. The constitutional status included the separation of Ireland into a southern part known as the Irish Free State and Northern Ireland, which remained a part of the United Kingdom.

The years from 1922 to 1936 saw the south of Ireland emerge as a democratic state with changes of government following free and fair elections. It was one of the handful of democratic countries in Europe in contrast to the totalitarian states that emerged in the economically and politically challenged environment of post World War I Europe.

Mr Eamon DeValera, the Prime Minister<sup>9</sup>, of southern Ireland at that time saw the need to establish a more modern constitution in succession to the Free State constitution which would eliminate as many elements as possible that referred to Ireland's association with the United Kingdom. This was also an opportunity to enact a constitution with a greater focus on human rights.

The new constitution was narrowly passed by the people and remains in force today having been amended by referendum of the people approximately 20 times since enactment. Amendment requires the consent of the people in a referendum.

The human rights provisions are contained in Articles 40 to 44 of the Constitution of Ireland. At the time they were considered a modern and up to date statement for the protection of fundamental human rights. But in the over 75 years that have passed since 1936 the world of human rights has expanded considerably.

The first of these, Article 40, provides for; equality, the right to liberty, inviolability of dwellings, freedom of assembly and freedom of expression. There were restrictions placed on these rights by the use of such phrases as "as far as practicable", "save in accordance with law" and so forth. The Article also provides that the State shall, in particular, by its laws protect as best it may from unjust attack and, in the case of injustice done, vindicate the life, person, good name, and property rights of every citizen.

Articles 41 to 44 provide for protection of the family, education, private property and religion, respectively. The same restrictions were put on the exercise of these rights and they were not absolute. Private property could be compulsorily acquired in the interests of social justice and the public good, provided that compensation was offered.

A further set of rights were contained in Article 45 dealing with:

1. the right to an adequate means of livelihood
2. material resources of the community may be so distributed amongst private individuals
3. Anti competition
4. control of credit the constant and predominant aim shall be the welfare of the people as a whole

---

<sup>9</sup> The official title held by Mr DeValera at that time was "President of the Executive Council of the Irish Free State".

5. establishment on the land, in economic security, as many families as in the circumstances shall be practicable

Most importantly, however, none of these rights were justiciable. The principles of social policy in this Article were intended for the general guidance of the law makers. The application of those principles in the making of laws was to belong to the law makers exclusively. The principles were not to be cognisable by any Court. Thus, many rights mentioned in the Constitution, especially those in Article 45, could not be directly relied on by anyone in attempting to vindicate their rights before Authorities in the State or in the Courts.

Over time, and especially with the development of the new world and European order following the second World War, the original rights enumerated in the Constitution were seen as not meeting the new social and political realities of late twentieth century life. The Courts therefore developed a position of recognising that there were rights that could be recognised as requiring protection under the Constitution, even though they were not specifically mentioned in the Constitution.

This doctrine of un-enumerated rights was first enunciated in the case of *Ryan v. The Attorney General*<sup>10</sup>. In that case the eminent Irish Jurist Judge Kenny stated an original proposition, as follows: *“I think that the personal rights which may be involved to invalidate legislation are not confined to those specified in Article 40 but include all those rights which result from the Christian and democratic nature of the State.”*

This was a bold new leap as it appeared to many that the Judges were now going to decide how and to what extent the Constitution could be stretched. They were straying into making or interpreting the Constitution in a manner that made them “law makers”. This position can be contrasted, markedly, with the provisions of Article 15.2.1 which granted law making power to the Oireachtas<sup>11</sup>. Article 15.2.1 provides: “The sole and exclusive power of making laws for the State is hereby invested in the Oireachtas”.

Whose job was it, therefore, to decide what those rights were? Did the Courts become a third house of the Oireachtas? What about the doctrine of the separation of powers enshrined in the Constitution? Were the Courts infringing that doctrine by stating as they did that they could find rights that were un-enumerated and that they would vindicate those rights by making orders against government bodies?

---

10 [1965] I.R. 295

11 The Oireachtas, the law making authority under the Constitution, comprises the Dáil, or lower house, the Seanad/Senate or upper house and the President. Laws must be passed by both houses and signed by the President before they are enacted.

Since the first decision in *Ryan v. The Attorney General* a great number of rights were acknowledged to exist including the right to privacy, the right to earn a livelihood, the right to found a family, the right of access to the courts, the right of the citizen to sue the State in court, the right to justice and fair procedures, the right to travel within and without the State, the right to marry, the rights of the unmarried mother in regard to her child and others.

The Constitution was enacted prior to World War II. Since then the State on becoming a member of the United Nations in 1955 subscribed to the Universal Declaration of Human Rights. Among other international conventions and covenants ratified since then are:

1. European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms (Ratified – 1953)
2. International Covenant on Civil and Political Rights (Ratified – 1989)
3. The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (Ratified – 1989)

It is not surprising that the Courts in the 1960s sought other ways of stretching the finite number of enumerated rights in the Constitution. Were the Judges trying to bring the interpretation of the Constitution into a more modern perspective bearing in mind the development of rights on a world and continental scale?

We should also bear in mind the provision of Article 46 of the Constitution in relation to amendment. Amendment of the Constitution must be done by referendum of the people. A majority of the electorate must vote to change the Constitution. It is therefore a very cumbersome method of amendment. The Judges may have felt that they had to acknowledge the existence of other rights since there was great difficulty in inserting them due to the difficulty in amending the Constitution.

As we saw earlier Article 15.2.1, provides that ‘The sole and exclusive power of making laws for the State is hereby vested in the Oireachtas: no other legislative authority has power to make laws for the State’. Furthermore, Article 29.6 of the Constitution provides “No international agreement shall be part of the domestic law of the State save as may be determined by the Oireachtas.” The combination of these Articles makes Ireland a dualist state. International treaties do not have precedence over national law unless specifically provided for by the legislature.

This resulted in the Conventions and Covenants mentioned above having a status that was below that of the Constitution. The Courts were careful to ensure that Conventions, such as the ECHR did not have direct effect in the State. In the of this was that

In *Re Ó Laighléis*<sup>12</sup> the Chief Justice of the Supreme Court of Ireland, Maguire C J, set out the position bluntly as follows:

*“When the domestic law makes its own provisions it cannot be controlled by any inconsistent provisions in international law. ...The insuperable obstacle to importing the provisions of the Convention for the Protection of Human Rights and Freedoms into the domestic law of Ireland – if they be at variance with that law is, however, the terms of the Constitution of Ireland. By Article 15.2.1, of the Constitution it is provided that ‘The sole and exclusive power of making laws for the State is hereby vested in the Oireachtas: no other legislative authority has power to make laws for the State’. Moreover, Article 29, the Article dealing with international relations, provides at s. 6 that ‘no international agreement shall be part of the domestic law of the State save as may be determined by the Oireachtas’.*

*The Oireachtas has not determined that the Convention of Human Rights and Fundamental Freedoms is to be part of the domestic law of the State, and accordingly this Court cannot give effect to the Convention if it be contrary to domestic law or purports to grant rights or impose obligations additional to those of domestic law.*

*No argument can prevail against the express command of s. 6 of Article 29 of the Constitution before Judges whose declared duty is to uphold the Constitution and the laws.”*

As stated earlier, the State ratified the ECHR but enforcing the provisions in the State was problematic. Many cases were initiated by citizens in Strasbourg and over time Ireland was found to be in breach of the Convention by the ECtHR. This happened in the *Airey* case involving the right to civil legal aid and in others. Very often the State responded to adverse Judgments from Strasbourg by introducing legislation to remedy the breach of the convention right identified in the Judgment.

A further element to consider when dealing with the vindication of human rights arose under the provisions of what became known as the Belfast

---

12 [1960] I.R. 93

Agreement of 1998. This Agreement between Ireland, the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the political parties in Northern Ireland led to the (eventual) establishment of a power-sharing executive in Northern Ireland. One of the obligations which Ireland undertook, in parallel with the authorities in Northern Ireland was to establish a Human Rights Commission and also to provide for legislation giving a greater degree of authority to the Convention than had been theretofore in Ireland.

In the year 2000 the Human Rights Commission was established and this was followed by the passing, in 2003 of the European Convention on Human Rights Act.

This law provided for a statutory basis for the interpreting and application of laws or rules of court in a manner compatible with the obligations of the State under the provisions of the Convention.

Section 2 (1) of the Act stated:- In interpreting and applying any statutory provision or rule of law, a court shall, in so far as is possible, subject to the rules of law relating to such interpretation and application, do so in a manner compatible with the State's obligations under the Convention provisions.

Section 3 of the Act went further and obliged all organs of the State, primarily the courts but also, Government Departments, Local Authorities and all other state bodies to perform their functions in a manner compatible with the State's obligations under the Convention provisions.

Provision was made for persons who had exhausted other remedies and still had not successfully been able to invoke a Convention protection to bring proceedings in the High Court seeking damages for that breach. Also provision was made that the High Court could make a declaration that a statutory provision or rule of law was incompatible with the human rights protected by the Convention. A system of measuring financial damages arising from such incompatibility was enacted to give a remedy to those in whose favour a declaration of incompatibility was granted.

To date only three such declarations have been made by the High Court. One involved the rights of a transgender woman to have her transgender status recognized by the civil registration authorities of the State. This Judgment of the High Court in the Foy (Number 2) case reflected the evolving jurisprudence of the ECtHR on the issue.

The two other cases involved declarations that a particular form of summary court proceedings allowing orders for possession of family homes transgressed the Convention rights to the protection of the family home.

It remains to be seen how far and to what extent the organs of the State alter their performance to have to the forefront of their minds the obligations

of the State under the Convention and how such performance will assist in vindicating human rights in Ireland.

On a practical level the procedure for vindicating human rights is through the Courts. The courts in Ireland at all levels have a long history of independence and fair administration of justice. Ireland is a Common Law country having inherited its legal system from the United Kingdom. The changeover to local administration after achieving independence was smooth in relation to the operation of the High Court and the lower courts. Proceedings are initiated in the courts to enforce rights. If the issue is one that affects the interpretation of a law that might infringe a constitutional right then the Attorney General, representing the State, must be a party to the proceedings. Such proceedings can be in the form of Declaratory Actions or Judicial Review of the decisions of lower courts or administrative bodies. A party must have locus standi to bring an action. There are no class actions allowed in the Irish legal system. Laws have a presumption of constitutionality. The High Court may strike down a Common Law Rule or the relevant provisions of a Statute/Law/Act if it is found not to be in conformity with the Constitution. There is an appeal to the Supreme Court from the High Court.



