

Kosova Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi'nin Önemli Kararlarından Bazıları Hakkında Düşünceler

*Prof. Dr. Enver Hasani**

Giriş

- I. Mahkemenin İşlevi ve Yargı Yetkisine Genel Bakış
- II. RTK Davası
- III. Prizren Logosu Davası
- IV. İki Cumhurbaşkanı'nın Hikayesi
- V. PAK Davası

Sonuç

Giriş

Göreceğimiz üzere, burada tartışılan davaların hiçbiri anayasaya uygunluğun soyut denetimi (ister önleyici denetim ister bastırıcı denetim olsun) ile ilgili değildir. Kosova vatandaşlarının belediye düzeyinde eşitliği meselesiyle ilgili bir dava olarak ileri sürülmüş olduğu halde; anayasaya uygunluk denetimi kapsamında tartışılan tek konu, Kosova'nın güneyinde Arnavutluk'a komşu Prizren Belediyesi Tüzüğü'nün anayasaya uygunluğunun denetimi ile alakalıdır. Gerçi bu davada Mahkeme Tüzük'ün anayasaya uygunluğu meselesini ele almadı. Ancak bu, Anayasa Mahkemesi'nin soyut denetimle hiç ilgilenmediği anlamına gelmemektedir. Soyut denetime örnek olarak gösterilebilecek davalardan bazıları şunlardır: *Cesku Davası*¹, *Kosova Yüksek Görevlilerinin Dokunulmazlığı*

* Kosova Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi Başkanı

¹ KO 80/10 Sayılı Davadaki hüküm. Kosova Cumhuriyeti Cumhurbaşkanı, Ekselansları Dr. Fatmir Sjediü tarafından, Rahovec Belediye Başkanı Qazim Ceska Davası hakkında açıklama yapılması için başvuruldu. Tarih: 7 Ekim 2010 (İstifadan sonra fikir değiştiren bir Belediye Başkanının istifası ve halka açık olarak yapılan istifanın yerel seçimler üzerindeki yasal etkisi hakkında).

*Davası*², *Parlamento Üyelerinin Maaşları Davası*³, *Pacolli Davası*⁴, *İstimplak Davası*⁵, *Uluslararası Antlaşmalar Davası*⁶, *Hoca e Madhe* ve *Prizren Davası* vb.⁷ Anayasa Mahkemesi'nin yerine getirdiği işlevin bu boyutları ileride başka bir bildiriye ele alınacaktır. Bu bildiriye, Mahkeme içtihadının oluşturulması açısından belirleyici öneme sahip olan kararları tartışacağız.

Birinci dava olan Kosova Radyo ve Televizyonu (RTK) davasında, bir kamu yayın kuruluşu olarak RTK'nun finansman yöntemi hakkında belirleyici etkisi olan bir ara kararının biçim ve içeriğini değerlendireceğiz. Burada inceleyeceğimiz karar, nihai bir hüküm değil; bir özel şahsın RTK tarafından radyo televizyon faaliyetlerinin finansmanı için 3,5 AVRO alınmasının yasaklanması istemiyle açtığı davada uyuşmazlık konusu kanun hükmünün yürürlüğünün durdurulmasına yönelik bir ara karardır.

² KO 98/11 Sayılı Davadaki hüküm. Başvuran: Kosova Cumhuriyeti Hükümeti. Kosova Cumhuriyeti Meclisi Üyelerinin, Kosova Cumhuriyeti Cumhurbaşkanı'nın ve Kosova Cumhuriyeti Hükümeti Üyelerinin Dokunulmazlıkları ile ilgili. Tarih: 20 Eylül 2011 (Yüksek kamu görevlilerinin dokunulmazlıklarının kapsamı hakkında).

³ KO 119/10 Sayılı Davadaki hüküm. Başvuran: Kosova Cumhuriyeti Kamu Denetçisi. 4 Haziran 2011 tarihli 03/L-111 sayılı Milletvekillerinin Hakları ve Sorumlulukları hakkındaki Kanununun 14. madde 1.6 fıkrası, 22. maddesi, 24. maddesi, 25. maddesi ve 27. maddesinin anayasaya uygunluk denetimi. Tarih: 8 Aralık 2011 (Milletvekillerinin ek ödemeleri hakkında)

⁴ KO 29/11 Sayılı Davadaki İzahat Hükümü. Başvuranlar: Sabri Hamiti ve diğer milletvekilleri. 22 Şubat 2011 tarihli Kosova Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı Seçimi hakkındaki 04-V-04 Sayılı Kosova Cumhuriyeti Meclisi Kararının Anayasaya Uygunluk Denetimi. 30 MART 2011 TARİHLİ ÇOĞUNLUK KARARI HAKKINDA AÇIKLAMA TALEBİ. Tarih: 1 Nisan 2011 (30 Mart 2011 tarihli 29/11 sayılı Hükümün kapsamına ilişkin çeşitli aktörler tarafından açıklama istemi)

⁵ KO 4/11 Sayılı Davadaki hüküm. Başvuran: Kosova Yüksek Mahkemesi. 03/L-139 sayılı Gayrimenkullerin İstimplaki hakkındaki Kanununun 35., 36., 37. ve 38. maddelerinin anayasaya uygunluk denetimi. Tarih: 1 Mart 2012. (Arnavutluk'u Kosova ve Sırbistan'a bağlayan karayolu inşaatından dolayı gerçekleştirilen istimplaklere ilişkin dava sürecindeki meseleler hakkında Kosova Yüksek Mahkemesi tarafından talep edilen somut norm denetimi)

⁶ KO 05/12 Sayılı Davada Kabul Edilemezlik hakkında Önerge. Başvuranlar: Visar Ymeri ve Kosova Cumhuriyeti Meclisi'nin diğer on iki milletvekili. 20 Ocak 2012 tarihli 04-V-279 sayılı Kosova Cumhuriyeti Meclisi Kararı'nın anayasaya uygunluğuyla ilgili. Tarih: 19 Mart 2012

⁷ KO 45/12 ve KO 46/12 Sayılı Davalardaki hüküm. Başvuran: Librun Aliu ve Kosova Cumhuriyeti Meclisi'nin diğer 11 üyesi; Hoca e Madhe / Velika Hoca Köyü hakkındaki Kanun ile Prizren Kentinin Tarihi Merkezi hakkındaki Kanunun anayasaya uygunluk denetimi. Tarih: 25 Haziran 2012 (Nüfusu büyük ölçüde Sırp'lardan ve azınlık statüsü taşımayan diğer topluluklardan oluşan iki şehrin kültürel alandaki ve diğer alanlardaki çeşitliliğinin korunmasına yönelik iki kanunun anayasaya uygunluk denetimi)

RTK Davasından daha önemlisi, Prizren Logosu adı verilen davadır. Bu dava, Prizren şehrinin ambleminin bu tarihi Kosova şehrinde yaşayan tüm vatandaşların hislerini ve kimliğini yansıtmadığını söyleyen Prizren Belediye Başkanı Yardımcısı tarafından açılan dava ile ilgiliydi. Bu davadan sonra, altı ay gibi kısa bir süre zarfında Anayasa Mahkemesi tarafından yerinden edilen iki (eski) Kosova Cumhurbaşkanı'nın öyküsüne bakacağız.

Son dava olan PAK Davası, EULEX Misyonu olarak da bilinen Kosova'daki misyondaki Avrupalı yargıçların ve savcılarının çalışmasının özel niteliği dikkate alınarak seçilmiştir. Bilindiği üzere, uluslararası bir plan olan Ahtisari Planı'na (daha sonra tartışılacaktır) göre, Kosova'da, 17 Şubat 2008 tarihindeki bağımsızlık ilanını takiben Kosova adalet sistemiyle tam bütünleşmiş ve onun bir parçası olmaları gereken belli sayıda yargıç ve savcı çalışmaktadır. Ancak Kosova Yüksek Mahkemesi bünyesinde görev alan bu yargıç ve savcılardan bazılarının ülkedeki kanunları kendi özgür seçimlerine göre keyfi bir şekilde uygulamalarından dolayı bu tam bütünleşme fiilen mümkün olmamıştı.

I. Mahkemenin İşlevi ve Yargı Yetkisine Genel Bakış

Kosova Anayasa Mahkemesi, türünün Avrupa'da kurulan son örneğidir. Fakat bu, Kosova'nın geçmişte bir Anayasa Mahkemesi'ne sahip olmadığı anlamına gelmez. Anayasa Mahkemesi 1972'de komünist rejim tarafından kurulmuş ve 1989'da Slobodan Milosevic rejimi tarafından lağvedilene kadar varlığını sürdürmüştür.⁸ Bu tarihsel bakış açısına göre, Kosova'daki anayasa yargısı, Soğuk Savaş'ın yükseldiği sırada Avrupa'da kurulan ikinci kuşağın bir parçasını teşkil eder. Mevcut Kosova Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi ise 2009'un başlarında 03/L-121 Sayılı Kosova Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi

⁸ Bkz. Miroslav Cerar, *Slovenia's Constitutional Court Within the Separation of Power*. In Wojciech Sadurski (ed.), *Constitutional Justice, East and West: Democratic Legitimacy and Constitutional Courts in Post-Communist Europe in a Comparative Perspective* (Kluwer Law International: The Hague, 2010) ss. 213-245, 213'te 2 No.lu dipnot; Ayrıca bu dönemde eski Yugoslavya'daki anayasal gelişmeler için bakınız Jovan Gjorgjeviq, *E Drejta Kushtetuese (Constitutional Law)* (Enti i Teksteve dhe Mjeteve Mesimore i KSAK: Prishtine, 1972) ss. 75-114; Dr. Dimitrije Kulic, *Ustavno Sudstvo u Svetu (Constitutional Justice in the World)* (NASA REC: Leskovac, 1972) ss. 157-190.

hakkındaki Kanun ile kuruldu.⁹ Şubat 2009'dan bu yazının kaleme alındığı tarihe (Temmuz 2012) kadar Anayasa Mahkemesi'ne 450'den fazla başvuru ulaştırmıştır. Bunlar arasından 350'den fazla başvuru çözümlenmiş ve yaklaşık 100 başvuru Mahkeme tarafından karar verilme sürecindedir. Toplamda başvuruların yaklaşık yüzde 90'ının kabul edilemez olduğu bildirilmiştir: Mahkeme davaların sadece yüzde 10'unda hüküm vermiştir. Bu durum, anayasal başvuru yollarına sahip diğer ülkelerdeki oranlarla paralellik taşımaktadır. Bunun nedeni, başvuruların ezici çoğunluğunun, yani yaklaşık yüzde 90'ının vatandaşların ve diğer tüzel kişilerin bireysel şikayetleriyle alakalı olmasıdır.¹⁰ Kosova kurumları davaların yaklaşık yüzde 14'ünde taraflara cevap vermekte olup, geri kalanı ise vatandaşların ve tüzel kişilerin bireysel başvurularıdır. Vatandaşların ve tüzel kişilerin başvuruları arasında, Arnavutların şikayetleri yüzde 80'i aşkın iken, kalan bölüm Kosova Sırpaları, Türkler ve diğer Kosova vatandaşlarından gelmiştir. Bu, Mahkemeyi ülkedeki en güvenilir kurum kılmaktadır. Yargı yetkisi bakımından, Kosova Anayasa Mahkemesi Balkanlar'daki Anayasa Mahkemeleri arasında en geniş yetki alanına sahip olanıdır. Alman sistemi model alınarak kurulmuştur, yani temel olarak yargı dahil olmak üzere ülkedeki tüm kamu mercilerinin her türlü tasarrufu üzerinde yargı yetkisi vardır. Anayasa'da öngörülmeleyen tek usul, *actio popularis* (*yurttaş başvurusu*) usulüdür. Anayasa hukuku açısından, Mahkeme, sınırlayıcı olmamakla birlikte, hukuki ve anayasal normların gerek *a priori*¹¹ gerek *a posteriori*¹² her türlü soyut denetimi yetkisine; görmekte

⁹ Bu Kanun Kosova Meclisi tarafından 16 Aralık 2008'de kabul edilmiş ve 30 Aralık 2008 tarihli DL-070-2008 Sayılı Kararname ile yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

¹⁰ Geline bu durum ile ilgili olarak, daha fazlası için bkz: genç bir bilim insanı Jean Marc Lacourciere tarafından yapılan derin bir araştırma olan Report on the Jurisprudence of the Constitutional Court of Kosovo on Human and Minority Rights (Kosovo Law center: Prishtine, 2011).

¹¹ Anayasa'nın 113. madde 9. fıkrası (Yargı Yetkisi ve Yetkili Taraflar):

"9. Kosova Meclis Başkanı, Anayasa değişikliği tekliflerini, teklif edilen değişikliğin Anayasa'nın II. Faslı ile güvence altına alınan hak ve özgürlükleri ihlal etmediğini doğrulamak üzere onay öncesinde denetime sevk eder".

¹² Anayasa'nın 113. madde 2. ve 5. fıkraları (Yargı Yetkisi ve Yetkili Taraflar):

"2. Kosova Meclisi, Kosova Cumhuriyeti Cumhurbaşkanı, Hükümet ve Kamu Denetçisi, şu konuları Anayasa Mahkemesi'ne sevk etmeye yetkilidirler:

(1) Kanunların, Cumhurbaşkanlığı veya Başbakanlık kararnamelerinin ve Hükümetçe yapılan düzenleyici işlemlerin Anayasaya uygunluğu meselesi;

(2) Belediye tüzüklerinin Anayasaya uygunluğu."

olduğu bir dava ve anlaşmazlık olması kaydıyla, Kosova'daki herhangi bir mahkeme tarafından herhangi bir zamanda başlatılabilecek somut norm denetimi yetkisine¹³; Kosova'da merkezi devlet ile diğer kamu mercileri arasında doğan yetki çatışması üzerinde yargı yetkisine¹⁴; genel olarak yerel mercilerin haklarının merkezi mercilere karşı korunması¹⁵; Anayasa'nın Cumhurbaşkanı tarafından ihlali iddiaları üzerinde yargı yetkisine¹⁶; olağanüstü hal ilanı kararlarının, teklif edilen referandumların, onaylanmış bağlayıcı anlaşmalara karşı tadilat tasarılarının anayasaya uygunluğunun ve Meclis seçimlerinin anayasaya uygunluğunun değerlendirmesi¹⁷; Kosova anayasa ve hukuk düzeni içinde tüm yasal yolların tükenmesinden sonra

5. Kosova Meclisi'nin on (10) veya daha fazla vekili, kabul tarihinden itibaren sekiz (8) gün içinde, Meclis tarafından kabul edilmiş herhangi bir kanun veya kararın esas ve usul açısından anayasaya uygunluğuna itiraz etme hakkına sahiptir".

¹³ Anayasa'nın 113. madde 8. fıkrası (Yargı Yetkisi ve Yetkili Taraflar):

"8. Mahkemelerin bir kanunun anayasaya uygunluğu meselesini, bir yargılama sürecinde kanunun anayasaya aykırı olduğunun ileri sürülmesi ve mahkemenin itiraz edilen kanunun Anayasaya uygunluğundan emin olmaması halinde ve o dava hakkındaki kararın söz konusu kanunun Anayasaya uygunluğuna bağlı olması kaydıyla, Anayasa Mahkemesi'ne sevk etme hakkı vardır".

¹⁴ Anayasa'nın 113. madde 3 (1) fıkrası (Yargı Yetkisi ve Yetkili Taraflar):

"3. Kosova Meclisi, Kosova Cumhuriyeti Cumhurbaşkanı ve Hükümet, şu konuları Anayasa Mahkemesi'ne sevk etmeye yetkilidirler:

Kosova Meclisi, Kosova Cumhuriyeti Cumhurbaşkanı ve Kosova Hükümeti'nin anayasal yetkileri arasında çatışma".

¹⁵ Anayasa'nın 113. madde 4. fıkrası (Yargı Yetkisi ve Yetkili Taraflar):

"4. Bir belediye, kendi sorumluluklarını ihlal eden veya gelirlerini azaltan Hükümet kanun ve tasarruflarının anayasaya uygunluğuna böyle bir kanun veya tasarruf kendisini mağdur ettiğinde itiraz edebilir".

¹⁶ Anayasa'nın 113. madde 6. fıkrası (Yargı Yetkisi ve Yetkili Taraflar):

"6. Meclisin otuz (30) veya daha fazla vekilinin Kosova Cumhuriyeti Cumhurbaşkanı'nun Anayasa'yı ciddi biçimde ihlal etmiş olup olmadığı meselesini sevk etmeye yetkilidir".

¹⁷ Anayasa'nın 113. madde 3 (2 – 5) fıkrası (Yargı Yetkisi ve Yetkili Taraflar):

"3. Kosova Meclisi, Kosova Cumhuriyeti Cumhurbaşkanı ve Hükümet, şu konuları Anayasa Mahkemesi'ne sevk etmeye yetkilidirler:

Teklif edilen bir referandumun Anayasaya uygunluğu;

Bir Olağanüstü Hal ilanının ve Olağanüstü Hal kapsamında gerçekleştirilen eylemlerin Anayasaya uygunluğu;

Teklif edilen bir anayasa değişikliğinin bu Anayasa çerçevesinde onaylanmış bağlayıcı uluslararası anlaşmalara uygunluğu ve takip edilen usulün anayasaya uygunluğunun denetimi; Meclis seçiminde Anayasa ihlalleri olup olmadığı meseleleri".

bireysel şikayetler üzerinde yargı yetkisine¹⁸ ve son olarak, kanunla belirlenebilecek diğer yargı yetkilerine¹⁹ sahiptir.

II. RTK Davası

RTK (Radyo ve Televizyon) davasında verilen 19 Ekim 2009 tarihli karar Anayasa Mahkemesi'nce verilen ilk karardır. Esas hakkında verilen bir karar olmayıp yürütmeyi durdurma amaçlı bir ara karardır. Aslında uyuşmazlık zaman içinde kendi kendine çözüldüğünden, davanın esası hakkında karar verilmesine gerek kalmamıştır. Ancak bu ara kararı dahi Mahkeme'nin işleyişi için önemli bir karar olmuştur.

KI 11/09 (Tome Krasniqi – RTL et al) olarak bilinen başvuru, emekli bir Kosova vatandaşı Tome Krasniqi tarafından 2 Eylül 2009'da Mahkemeye sunulan, "Ön ödemeli hizmet adıyla RTK adına aylık 3,5 AVRO tahsiline karşı yapılan KI 11/09 sayılı başvuruya ilgili geçici tedbir talepli" bir bireysel başvuruya dayanmaktadır.²⁰ Uyuşmazlığa konu olan 3,5 AVRO 2003 yılından Anayasa Mahkemesi'nin yürütmeyi durdurma kararı verdiği 16 Ekim 2009'a kadar başvuru sahibinden ve Kosova'daki tüm elektrik enerjisi tüketicilerinden kesilmekteydi.

Anayasa Mahkemesi bu davada RTK adına 3,5 AVRO tahsil eden Kosova Enerji Kurumu'nun (KEK) bu tahsilat neticesinde ciddi ve kayıp ve zarara uğradığını dikkate aldı. Bu 3,5 AVRO, enerji tüketicileri tarafından elektrik faturalarıyla birlikte ödenmekteydi.²¹ Ancak Mahkeme, Tome Krasniqi'nin geçici tedbir talebinin ilk bakışta öyle görünse de, bir *actio popularis* (yurttaş başvurusu) olmadığını açıklığa kavuşturdu. Tam aksine, geçici tedbir talebinin kabulü ile birlikte davanın esası hakkında nihai karar verilinceye kadar söz konusu tahsilatın yasak olacağını ifade etti. Mahkemenin

¹⁸ Anayasa'nın 113. madde 7. fıkrası (Yargı Yetkisi ve Yetkili Taraflar):

"7. Bireyler, Anayasayla garanti edilen bireysel hak ve özgürlüklerinin kamu mercilerince ihlallerini, ancak kanunun öngördüğü tüm yasal yollar tükendikten sonra sevk etmeye yetkilidirler".

¹⁹ Anayasa'nın 113. madde 10. fıkrası (Yargı Yetkisi ve Yetkili Taraflar):

"10. Kanunla ilave yargı yetkileri belirlenebilir".

²⁰ Bkz. Kararın 5. fıkrası: Geçici Tedbir/İM/KI 11/09 Sayılı Dava, Tome Krasniqi - RTK et Al.

²¹ Bkz. Kararın 11. fıkrası.

bu kararı, Kosova vatandaşlarının ortak çıkarlarının (kamu yararının) korunmasına dayanıyordu.²² Mahkeme, böyle bir kararla 20 Ocak 2006 tarihli 02/L-47 sayılı Kosova Radyo ve Televizyonu hakkındaki Kanunun 20.1 maddesinin yürürlüğünü durdurdu ve Kosova Meclisi'ne "... Aralık 2009'a kadar RTK hakkındaki Kanunun 20.1 maddesini gözden geçirme" tavsiyesinde bulundu.²³ Bu tavsiye üzerine, Meclis 2010 yılı içinde bu hükümlerde gerekli değişikliği yaptı. Böylece uyuşmazlık konusu ortadan kalktığı için dava konusuz kaldı ve Mahkeme davanın esas incelemesini gündemden çıkarıp davayı kapattı.²⁴

III. Prizren Logosu Davası

Halk arasında "Prizren Logosu Davası" olarak da bilinen bu dava²⁵, Anayasa Mahkemesi'nin ilk zamanlarında karara bağladığı bir başka başvuruyu temsil etmektedir. Kesinlikle, Kosova'da hukukun üstünlüğünün temelinin atılmasında yoğun katkıda bulunan, en anlaşılır şekilde yazılmış ve açık hükümlerden biridir. Bu davadaki asıl mesele, eski Prizren şehrinde yaşayan, çoğunluk statüsü dışındaki bir topluluğun konumu idi.²⁶ 22 Nisan 2009'da Prizren Belediye Başkanı Yardımcısı Cemajl Kurtisi, Anayasa

²² Kararın 13. ve 17. fıkraları.

²³ Bkz. Kararın Sonuç Bölümünün II. Kısmı.

²⁴ Bu ara kararında iki üyenin karşı görüş belirtmesi belki de anayasa yargısı tarihinde bir ilk olmuştur. Ara kararı hakkında karşı görüş belirten üyeler bir anlamda davanın esası hakkında da "ihsas-rey"de bulunmuş oluyorlardı. Bilindiği gibi, ancak esas hakkındaki kararda karşı oy verilebilir. Bu nedenle, söz konusu uyuşmazlıkta esas incelemesine geçilseydi bu iki üyenin çekilmesi talep edilebilecekti. Ancak, davanın düşmesi böylesi bir sonucu engellemiş; Mahkeme'nin bu iki üyenin çekilmesi yönünde karar vermesine gerek kalmamıştır. Bakınız: Case KI 11/09, Tome Krasniqi vs RTK and KEK. Dissenting Opinion on Interim Measures. Judge Almiro Rodrigues; Case KI 11/09, Tome Krasniqi vs RTK and KEK. Dissenting Opinion on Interim Measures. Judge Gjyljeta Mushkolaj. ss. 16-36.

²⁵ 18 Mart 2010 tarihli KO 01/09 Sayılı, Cemajl Kurtishi - Prizren Belediye Meclisi Davasındaki Karar.

²⁶ Prizren, Kosova'nın Güneyinde Arnavutların Osmanlı hakimiyetine karşı siyasi ve askeri faaliyetlerin başlayıp yıllar içinde oldukça güçlü bir ulusal direnç hareketine dönüştüğü bir şehirdir. Bu olgu, "... Mahkeme, Arnavutların Prizren Belediyesinin Belediye Tüzüğü'nde tarif edilen ambleminde resimlenen '1878' ile özdeşleştiğinden haberdardır" diyen 43. fıkra Mahkeme tarafından teyit edilmiştir. 1878, Prizren Birliği'nin kuruluş yılı idi. Arnavut liderler, özerk bir Arnavut Devleti kurma gayesiyle, o yılın 10 Haziran gününde Prizren'de bir araya geldiler".

Mahkemesi'ne Prizren Belediyesi Tüzüğü'nün 7. maddesinin Kosova Cumhuriyeti Anayasası'nın 3.1²⁷, 6.1²⁸ ve 59.1²⁹ maddelerine aykırı olduğunu ileri süren bir başvuru sundu. 2008 tarihli 03/L-040 sayılı Kosova Cumhuriyeti Yerel Özerk Yönetimi hakkındaki Kanunun 55.4 maddesi uyarınca, Belediyenin, Başkan Yardımcısı tarafından kendisine sevk edilen, toplulukların anayasayla garanti edilen haklarına aykırı tasarruf ve kararlarını incelememeyi seçmesi halinde, konuyu doğrudan Anayasa Mahkemesi'ne iletebilir.³⁰ Başkan Yardımcısının bu hakkı Anayasa'nın 62. madde 3. ve 4. fıkralarıyla tasdik edilmiştir, dolayısıyla Özerk Yönetim hakkındaki Kanunun 54.1, 54.2 ve 55.4 maddeleri onunla aynıdır. Ayrıca, Anayasa'nın 113.10 maddesi "ilave yargı yetkilerinin kanunla belirleneceğini" söylemektedir. Belediye ambleminin toplulukların ve topluluk üyelerinin bir arada var olması ve çok etnisiteli, çok kültürlü, çok dinli ve çok dilli bir çevrenin varlığı mesajını simgelemesi ve iletmesi gerektiğini ileri süren maddi savlara ek olarak³¹, Cemajl Kurtisi, amblemin Özerk Yönetim hakkındaki Kanunun 7.4 maddesinin şart koştuğu üzere Meclisin üçte iki (2/3) çoğunluğu tarafından onaylanmadığını ileri süren, usulsel nitelikteki diğer savları da ortaya attı.³² Bu iddialar Belediye Meclisi tarafından reddedildi³³. Dava olgularının ve her iki tarafın savlarının uzun, oldukça ayrıntılı ve dikkatli bir incelemesi ve değerlendirmesinden sonra³⁴, Anayasa Mahkemesi, Belediye Meclisinin Tüzüğün 7. maddesinin kabul

²⁷ Madde 3.1 (Kanun önünde Eşitlik): "Kosova Cumhuriyeti, Arnavutlar ve diğer topluluklardan oluşan, yasama, yürütme ve yargı kurumları vasıtasıyla kanunun üstünlüğüne tam riayetle demokratik olarak yönetilen çok etnisiteli bir toplumdur".

²⁸ Madde 6.1 (Semboller): "Bayrak, mühür ve marş, Kosova Cumhuriyeti'nin devlet sembolleri olup, bunların hepsi çok etnisiteli toplum niteliğini yansıtmaktadır".

²⁹ Madde 59.1 (Toplulukların ve Üyelerinin Hakları): "Toplulukların üyeleri bireysel olarak ya da topluluk halinde: 1. kültürlerini ifade etme, sürdürme ve geliştirme ve kimliklerinin esas öğelerini, yani dinlerini, dillerini, geleneklerini ve kültürlerini koruma hakkına sahiptir".

³⁰ (Topluluklar Başkan Yardımcısı) Kanunun 54.1 maddesi: "Vatandaşların en az yüzde onunun (% 10) o belediyede çoğunluk olmayan topluluklara ait olduğu belediyelerde, bu toplulukların temsilcisi için, Topluluklar Belediye Meclis Başkanlığı görevi ayrılacaktır"; Kanunun 54.2 maddesi: "Topluluklar Belediye Meclisi Başkan Yardımcılığı görevi, çoğunluk olmayan topluluğun Belediye Meclisi seçimi adaylarının açık listesinde en fazla oyu alan adayı tarafından üstlenilecektir".

³¹ Hükmün 12. fıkrası.

³² Hükmün 13. fıkrası.

³³ Meclisin savları için, bkz. Hükmün 20.-25. fıkraları.

³⁴ Bkz. 26.-54. fıkra.

kararını verirken Prizren’de yaşayan herkes için ortak bir sembol sayılamayacak bir amblem belirlemiş olduğunu ve etnik Arnavut Topluluğu’nun kimliğini Prizren’deki diğer Toplulukların kimliğinden daha üstün tutmuş olduğunu tespit etti³⁵. Meclis, böyle yapmakla, Kosova Cumhuriyeti Anayasası’nı, özellikle 3., 7.1, 58. ve 59. maddeleri ihlal etmiştir.³⁶ Bu, Mahkeme’ye göre, Belediye Meclisinin Anayasa tarafından çoğunluk olmayan Topluluklara tanınan kimliklerini koruma, sürdürme ve geliştirme temel hak ve özgürlüklerini hiç veya gereğince dikkate almadığı anlamına gelmektedir. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi, hükmün karar bölümünün IV. paragrafında, “... Prizren Belediyesi Tüzüğünü ve amblemini bu Hükmün tevdiinden itibaren üç ay içinde, Anayasa’ya uygun hale getirecek ve çoğunluk olmayan Toplulukları dışlamayacak şekilde tadil edecektir” dedi. Anayasa Mahkemesi’nin bu karardan sonra Prizren Belediyesi Tüzüğünün 7. maddesi şehrin mevcut amblemi Anayasa’ya tamamen uygun olacak şekilde değiştirildi.³⁷

Bu Hükmün dipnot kısmında, Hükmünde ifade edilen çoğunluk görüşlerine herhangi bir gerçek değer katmasından değil de oldukça tartışmalı niteliğinden ötürü, Yargıç Almiro Rodrigues’in ayrı görüşünden bahsetmekte fayda vardır. Raportör üye Almiro Rodrigues, Mahkeme tarafından kararın alındığı gün bir ayrı görüş açıklayacağını duyurdu. Rodrigues’in ayrı görüşü, ağırlıklı olarak Hükmün operasyonel bölümü ile davanın olguları ve esasına odaklanmaktaydı.³⁸

³⁵ Bkz. Hükmün 55. fıkrası

³⁶ Bkz. Hükmün Amil III. Bölümü.

³⁷ 18 Haziran 2010’da, Prizren Belediye Başkanı Dr. Ramadan Muja, Anayasa Mahkemesi’ne bir mektup göndererek, KI No. 01/09 Sayılı Hükümlle belirlenen üç aylık sürenin altmış (60) gün daha uzatılmasını istedi. Mahkeme, 21 Haziran 2010 tarihli Emriyle süre uzatım talebini kabul etti. Sonunda Prizren Belediyesi, 01/011-3581 Sayılı Prizren Belediyesi Tüzüğünün Değiştirilmesi hakkındaki Kararı kabul ettiği 24 Mart 2011 tarihinde Anayasa Mahkemesi’nin Hükmüne uydu.

³⁸ Bkz. 01/09 Sayılı Davadaki Hükmü, özellikle 14. fıkrası hakkında Yargıç Almiro Rodrigues’in Ayrı Görüşü.

IV. İki Cumhurbaşkanının Hikayesi

Eylül 2010 – Mart 2011 arasında, Anayasa Mahkemesi iki Cumhurbaşkanının kaderi hakkında hüküm verdi. Biri 28 Eylül 2010³⁹ diğeri ise 30 Mart 2011⁴⁰ tarihli olan bu iki hüküm, Kosova'nın kurumsal hayatında en büyük etkiye sahip hükümler oldu. Mart 2011'den beri, siyaset sahnesinde Anayasa'nın Cumhurbaşkanının seçimi ve yetkileriyle ilgili hükümlerini değiştirmeye yönelik bir tartışma süregelmekte ve girişimlerde bulunmaktadır.

Birinci dava olan KI 47/10 sayılı davada, Kosova Meclisi'nin 32 üyesi, 25 Haziran 2010'da, Cumhurbaşkanı Fatmir Sejdiu'nun Kosova Cumhurbaşkanlığı görevi ile eş zamanlı olarak iki koalisyon ortağından biri olan Kosova Demokratik Birliği (LDK) Başkanlığı görevini üstlenmekle, Anayasa'nın 88.2 maddesini ciddi biçimde ihlal etmekte olduğunu ileri süren bir başvuru sundular. Hükümün düğüm noktası olan asıl mesele, Cumhurbaşkanı Fatmir Sejdiu'nun, partisine "Kosova Demokratik Birliği'nin Başkanlığı görevini yürütmeyi dondurma" kararını bildirdiği tarih olan 28 Aralık 2006'dan beri partisi LDK'nin liderliği görevini yürütmediğini iddia etmesinden ötürü, Mahkemenin "yürütme" ile "dondurma" arasında bir hukuki fark olup olmadığına karar vermek zorunda olmasıydı.⁴¹ Ancak Başvuru sahipleri, Anayasa'nın 88. maddesinin "dondurmaktan" bahsetmediğini, dolayısıyla o zamanki Kosova Cumhurbaşkanı tarafından iki görevin üstlenilmesinin Anayasa'nın 83. maddesiyle bağlantılı olarak 88.2 maddesinde öngörüldüğü şekilde Anayasa'nın ciddi bir ihlalini teşkil ettiğini ileri sürmekteydiler.⁴²

³⁹ KI 47/10 sayılı dava. Naim Rrustemi ve Kosova Cumhuriyeti Meclisi'nin 31 Vekili – Kosova Cumhuriyeti Cumhurbaşkanı Ekselansları Fatmir Sejdiu. 28 Eylül 2010 tarihli Hüküm.

⁴⁰ KO 29/11 sayılı dava. Sabri Hamiti ve diğer milletvekilleri: Kosova Cumhuriyeti Meclisi'nin Kosova Cumhurbaşkanı seçimine ilişkin 22 Şubat 2011 tarih ve 05-V-04 sayılı kararının anayasaya uygunluk denetimi. Karar: 30 Mart 2011.

⁴¹ Bkz. Hükümün 21. fıkrası.

⁴² Bkz. Hükümün 11.-16. fıkraları. Anayasa'nın 88.2 maddesi "... Cumhurbaşkanı, seçim sonrasında herhangi bir siyasi parti görevi yürütemez" demekle, 83. madde ise Cumhurbaşkanının statüsünü "... devletin başıdır ve Kosova Cumhuriyeti halkının birliğini temsil etmektedir." şeklinde tasdik etmektedir.

Toplam 32 milletvekili tarafından imzalanan Başvuru dilekçesi Anayasa Mahkemesi'ne sunulduktan sonra üç milletvekili imzasını geri çekti.⁴³ Cumhurbaşkanının hukuki temsilcilerinin görüşüne göre, bu durum başvuruyu fiilen kabul edilemez kılmaktaydı, çünkü ileri sürdükleri üzere, Cumhurbaşkanının eylemlerinin anayasaya aykırılığı iddiasıyla yapılacak başvuruların en az otuz (30) milletvekili imzası ile yapılması gerekiyordu.⁴⁴

Mahkeme, başvuruyu 22 Eylül 2010'da gizli görüşmede ele aldı ve hem kabul edilebilirlik sorunu hem de esas hakkında karar verdi. Mahkeme, kabul edilebilirlik sorunuyla ilgili olarak, üç milletvekilinin davadan çekilmesine bakmaksızın, konunun "kendisine yetkili tarafça hukuki bir şekilde sevk edildiğini" belirtti.⁴⁵ Mahkeme burada, başvuru sahiplerinin dava açmaya ehil olup olmadığını belirlerken dilekçenin sunulduğu tarihi esas alacağını ortaya koymaktadır. Mahkeme ayrıca, bir taraf çekilse dahi, yine de başvuru hakkında karar verebileceğini kayıtlara geçirmektedir. Anayasa'da öngörülen ihlalden itibaren 30 günlük süre ile ilgili olarak⁴⁶, Mahkeme, ihlal iddiasının (eski) Kosova Cumhurbaşkanı Fatmir Sejdiu'nun hem Parti Başkanı hem Kosova Cumhuriyeti Cumhurbaşkanı olarak bu iki görevi üstlenmesinden beri, başvuru sunulduğu sırada dahi, 28 Aralık 2006'dan 25 Haziran 2010'a kadar devam eden bir durum teşkil ettiğine kanaat getirdi.

Anayasa Mahkemesi davanın esası ile ilgili olarak, o zamanki Başkan Sejdiu'nun ileri sürdüğü üzere bir parti görevinin "dondurulmasının" mümkün olmadığı gerekçesiyle, bahsedilen iki görevin eş zamanlı olarak üstlenilmesi nedeniyle Anayasa'nın 88.2 maddesinin ihlal edildiğini tespit

⁴³ Bkz. Hükmün 7. fıkrası.

⁴⁴ Bkz. Hükmün 17.-29. fıkraları "Meclisin otuz (30) veya daha fazla üyesi, Kosova Cumhuriyeti Cumhurbaşkanı'nun Anayasa'yı ciddi biçimde ihlal edip etmediği meselesini mahkemeye sevk etmeye yetkilidir" (Anayasa'nın 11.3 maddesi); "Başvuru, Cumhurbaşkanının Anayasa'ya aykırı olduğu iddia edilen işlem ve eylemlerinden itibaren en geç otuz (30) günlük bir süre içinde yapılmalıdır" (16 Aralık 2008 tarihli 03/L-121 sayılı Kosova Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi hakkındaki Kanunun 45. maddesi).

⁴⁵ Bkz. Hükmün 30.-47. fıkraları.

⁴⁶ Anayasa'nın 113.6 maddesi (Yargı Yetkisi ve Yetkili Taraflar): "Meclis'in otuz (30) veya daha fazla üyesi Kosova Cumhuriyeti Cumhurbaşkanı'nun Anayasa'yı ciddi biçimde ihlal etmiş olup olmadığı meselesini sevk etmeye yetkilidir".

etti⁴⁷. Mahkeme ayrıca, Cumhurbaşkanı ve partisi Kosova Demokratik Birliği "birbirileri ile olan ilişkilerinden fayda sağladıkları" için,⁴⁸ pratikte bunun, Kosova Cumhuriyeti Cumhurbaşkanı iken aynı zamanda bir Parti lideri olarak da görevini yürüttüğü anlamına geldiğini karar verdi. Mahkeme, Kosova Demokratik Birliği Başkanlığı görevini üstlenmişken aynı zamanda Cumhurbaşkanlığı görevinin de üstlenilmesi olgusunun tek başına Kosova Anayasası'nın, yani 88.2 maddesinin ciddi bir ihlalini teşkil ettiğini söyledi⁴⁹.

Bu davada Yargıç Snezhana Botusharova ve Yargıç Almiro Rodrigues karşı görüş belirterek karara karşı oy kullandılar.⁵⁰ Muhalif şerhin kilit hususları şunlarla ilgiliydi: Yetkili taraf meselesi, bu tür davalarda başvurunun sunulmasını ilişkin süre sınırları, başvurunun kanıtlarla desteklenmesi ve son olarak konu hakkında karar verirken hazırlık çalışmalarının kullanılması meselesi idi.

Muhalif üyeler "yetkili taraf" konusu ile ilgili olarak, "...başvuru sahiplerinin dava sona erene dek aynı kalması gerektiği" düşüncesiyle, 32 milletvekilinden üçünün 25 Haziran 2010 tarihli Başvurudan imzalarını geri çekmiş olması nedeniyle, davanın kabul edilemez hale geldiğini savundular.⁵¹ Bunun dışında, muhalifler sadece kişilerin değil, ileri sürdükleri üzere, "iddianın ve iddia gerekçelerinin" de davanın karşı tarafa tebliğinden davanın nihai kararına dek "sabit" kalması gerektiğini savundular⁵². İki muhalif yargıç bu tutumlarıyla Mahkemenin Usul Kuralları 32. Bölümünün Mahkemeye başvuru hakkında takdir yetkisi veren hükmünü bariz biçimde ihmal ettiler ya da unuttular.⁵³ Muhalif iki üye, karşı oy açıklamasında Mahkemenin görevi

⁴⁷ Anayasa'nın 88.2 maddesi (uygunsuzluk): "Seçim sonrasında Cumhurbaşkanı herhangi bir siyasi görev yürütemez".

⁴⁸ Bkz. Hükmün 68. fıkrası

⁴⁹ Bkz. Hükmün Amil II. Bölümü.

⁵⁰ Yargıç Almiro Rodrigues ve Yargıç Snezhana Botusharova'nın ortak Muhalif Görüşü: KI 47/10 Sayılı Dava. Naim Rrustemi ve Kosova Cumhuriyeti Meclisi'nin Diğer 31 üyesi – Kosova Cumhuriyeti Cumhurbaşkanı Ekselansları Fatmir Sejdiu. 12 Ekim 2010 tarihli Hüküm.

⁵¹ Bkz. Ortak Muhalif Görüşün 10. fıkrası

⁵² Bkz. Ortak Muhalif Görüşün 10. fıkrası

⁵³ Mahkemenin Usul Kuralının 32. Bölümü (Başvurunun Geri Çekilmesi):

esnasında doğabilecek istisnai davalardaki takdir yetkisi konusuna girmekten kaçındılar.

Muhalifler üyeler, Anayasa'nın Cumhurbaşkanı tarafından ciddi biçimde ihlali hallerinde Mahkemeye başvuru süresi için öngörülen 30 günlük sınırla ilgili olarak, haklı biçimde "... kuralın amacının yetkililerin ve ilgili diğer kişilerin uzun süre şüphe içinde kalmasını önlemek" olduğuna dikkati çektiler. Ancak, o zamanki Kosova Cumhurbaşkanı Fatmir Sejdiu'nun aynı zamanda Kosova Demokratik Birliği'nin liderliği unvanından vazgeçmek yerine bu görevi "dondurmayı" seçerek devletin başı olduğundan beri Anayasa'yı ihlal ettiğini kabul eden çoğunluk görüşüne itiraz ettiklerinde bütünüyle haksızdılar. Muhalifler, 30 günlük süre sınırının çoktan bitmiş olduğunu ve 32 milletvekilinin başvuru haklarının olmadığını, çünkü çoğunluğun belirttiği gibi Anayasa'nın "devam eden ihlali" şeklinde bir durum olmadığını; "ancak ulusal bir çözüm yolu olmadığı ya da ulusal çözüm yolunun etkisiz kaldığı durumlarda 'devam eden ihlal'den söz edilebileceğini" savundular.⁵⁴ Muhalif yargıçlar, dava konusu uyuşmazlıkla ilgili olarak hangi ulusal yargı yollarının bulunduğunu ve varsa bu yargı yollarının etkili olup olmadığı hakkında bir şey söylememektedirler. Cumhurbaşkanı ile ilgili olarak, Kosova'nın anayasal düzeninde böyle bir yasa yolu bulunmamaktadır. Aslında Kosova'da Cumhurbaşkanı'na karşı bağımsız olarak, yani Anayasa Mahkemesi'nin ön kararı olmadan işletilebilecek bir yargı yolu mevcut değildir. Buna ek olarak, muhalif üyeler bir değer sebeple de haksızdırlar: Anayasa'nın Cumhurbaşkanı tarafından ciddi ihlali bir işlem ya da eylemle ortaya çıkar; fakat ihlal bu işlemin ya da eylemin ortaya çıktığı an ile sınırlı olmayabilir. İhlalin sürmesi halinde, sadece otuz (30) günlük sürenin geçmesi

"(1) Bir başvuru sunan taraf, söz konusu başvuruya ilgili duruşma başlamadan önce dilediği zaman başvuruyu geri çekebilir.

(2) (1) Fıkrası uyarınca geri çekilmeye bakılmaksızın, Mahkeme, başvuru hakkında karar vermeyi seçebilir. Böyle bir durumda Mahkeme duruşma olmadan başvuruya ve eğer var ise bir cevaba ve ilişkiindeki belgelere dayanarak karar verir.

(3) Sekreterlik, bir tarafın geri çekilmesi ve Mahkemenin başvurunun geri çekilmesine rağmen başvuru hakkında karar verme seçimini tüm taraflara yazılı olarak bildirir".

⁵⁴ Bkz. Ortak Muhalif Görüşün 21. fıkrası.

asla işlem ya da eylemi anayasaya uygun hale getirmeyecektir. Aynı durum, bir kanuna (veya hükümlerine) karşı Anayasa Mahkemesi'nde dava açılabilmesi için öngörülen altı (6) aylık süre için de geçerlidir.⁵⁵ Anayasa Mahkemesi hakkındaki Kanunun dava sürelerine ilişkin bu iki hükmü uygulamada görmezden gelinmeli ve gereksiz ya da suni sayılmalıdır; çünkü bu hüküm, iki muhalif üyenin önerdiği şekilde uygulanması halinde, Anayasa'nın Cumhurbaşkanı tarafından ciddi ihlali sonucunu doğuran işlem ya da eylemlerin 30 gün geçtikten sonra, anayasaya aykırı yasal hükümlerin de 60 gün geçtikten sonra kendiliğinden anayasaya uygun hale geldiğini kabul etmemizi gerektirirdi. Bunun Romalıların çok eski bir hukuk vecizesine aykırı olduğunu düşünüyorum: *quod ab initio vitiosum lapsu temporis conualescere nequit* (Başlangıçta geçersiz olan, zamanla geçerlilik kazanmaz.)

Karşı görüşte öne sürülen aşağıdaki konu, başvurunun iki hususta kanıtlarla desteklenmesiyle alakalıdır. Birinci olarak, muhalif üyeler başvurunun iddia edilen ihlali destekleyecek ikna edici delillerin yokluğundan ötürü bariz biçimde temelsiz olduğunu savundular. Bu, muhaliflere göre, yargıçların kendileri başvuranlar tarafından ileri sürülmesi gereken delillerin türü hakkında bir şey söylemese de, başvuranların Cumhurbaşkanı tarafından işlenen ciddi Anayasa ihlalini farklı yollarla kanıtlamaları anlamına geliyordu. Muhalif Görüşün 31. ve 32. fıkralarında söyledikleri, tartışma konusuyla bağlantılı herhangi bir somut bağlam olmaksızın Strazburg içtihadının soyut değerlendirmesinden ibarettir. İkinci olarak, aynısı davanın esasları, yani Cumhurbaşkanının adalet ve kuvvetlerin eşitliği ilkesini ihlali hakkında öne sürülen mesele için de geçerlidir; çünkü kendilerince öne sürüldüğü üzere, hiç sözlü yargılama yoktu ve Davalı Taraf olan Cumhurbaşkanının savlarının yorum için Başvuranlara bildirilmiş olması, hatta halka açık bir duruşmada tartışılması gerekiyordu. Muhalifler, görüşlerini desteklemesi için Federal

⁵⁵ Anayasa Mahkemesi hakkındaki Kanunun 30. maddesi (Termin Tarihleri):

"Bu Kanunun 29. maddesi uyarınca yapılan bir başvuru, itiraz edilen tasarrufun yürürlüğe girdiği günden itibaren altı (6) aylık bir süre içinde sunulabilir".

Anayasa Mahkemesi hakkındaki Kanunun 45. maddesi (Termin Tarihleri):

"Başvuru, Anayasa'yı ciddi biçimde ihlal ettiği öne sürülen işlem ya da eylemlerin Cumhurbaşkanı tarafından yapılmasından itibaren otuz (30) günlük bir süre içinde sunulmalıdır".

Anayasa Mahkemesi hakkındaki Alman Kanununun Federal Başkanın suçlanması usulüyle ilgili 55. maddesinden alıntı yaptılar.⁵⁶ Bu, belirtildiği üzere, tek başına mevcut olan ve Anayasa Mahkemesinin Anayasa'nın Cumhurbaşkanı tarafından ciddi ihlallerinin varlığını teyit eden önceki bir kararından ayrı olan herhangi bir itham usulünün bulunmadığı Kosova anayasal düzeni için bütünüyle yanlış bir görüştür. Buna ilaveten, kural olarak, Anayasa Mahkemesi nezdindeki yargılama yazılıdır; sözlü yargılama ise, Mahkeme bunun Mahkeme nezdinde görülen başvurunun hukuki ve maddi boyutlarını desteklemeye katkıda bulunacağını düşündüğü takdirde istisnai olarak yapılır. Bu, Avrupa ve dışındaki tüm Anayasa Mahkemelerinde bir genel kuraldır.⁵⁷

İtham savıyla ilgili bu hataya ek olarak, muhaliflerin Davalı Taraf olarak Cumhurbaşkanının bildirim ve açıklamalarının başvurulara da gönderilmiş olması gerektiği savı da kuşkulu niteliktedir. Bunun nedeni, böyle yapılmış olsaydı, Cumhurbaşkanının hukuki konumunun çok daha zora girecek olması ve muhaliflerin zayıf bir şekilde savunduğunun tam aksine, kesinlikle adalet ve kuvvetlerin eşitliği ilkelerinin hakikaten ihlal edilecek olmasıdır. İlave delil sunma mükellefiyeti, Anayasa'yı ihlal ettiği iddia edilen Davalı Tarafa geçmiş olacaktı. Hem sözlü yargılama hem de Cumhurbaşkanının cevabının bildirilmesi büyük ihtimalle sahte bir tavır olarak görülecek ve Mahkemenin gücünü gösterecekti.

Aynı şey, Anayasanın hazırlık çalışmaları ile ilgili olarak muhaliflerin Mahkemenin davanın esasları hakkında karar verirken Anayasanın hazırlık çalışmalarını kullanmamasına dair savları için de geçerlidir. Muhalifler, "Anayasanın hazırlık çalışmaları, Anayasa metnindeki bir belirsizliği çözmek,

⁵⁶ Bkz. Muhalif Görüşün 31. - 34. fıkraları.

⁵⁷ Wojciech Sadurski, *Constitutional Justice, East and West: An Introduction*. in Wojciech Sadurski (ed), *Constitutional Justice, East and West: Democratic Legitimacy and Constitutional Courts in Post-Communist Europe in a Comparative Perspective*, ss. 1-18; John Ferejohn and Pasquale Pasquino, *Constitutional Courts as Deliberative Institutions: Towards an Institutional Theory of Constitutional Justice*. in Wojciech Sadurski (ed), *Constitutional Justice, East and West: Democratic Legitimacy and Constitutional Courts in Post-Communist Europe in a Comparative Perspective*, ss. 21-36.

diğer kuralların kullanılmasıyla atfedilen bir anlamı teyit etmek ya da bir anlamsızlığı ortadan kaldırmak için kullanılabilir” derken haklıdır. ⁵⁸ Ancak, bu başvuru hakkındaki usul çalışması sırasında Mahkemenin Kosova Meclisi’ne davaya ilişkin Anayasa hazırlık çalışmalarını sorduğunu ve kendisinin de bunları aradığını fakat bunun sonuç getirmediğini kaydetmek gerekir. Mahkeme Anayasa’nın 88. maddesinin hazırlık çalışmalarına ulaşmış olsaydı sonuç ne olurdu diye sorulabilir. Yine, yukarıdakilerde – bu davanın kaydedilen hususlarında – olduğu gibi, Cumhurbaşkanının Mahkeme önündeki konumu üzerinde olumsuz bir tesiri olacağını kaydetmek gerekir. Burada iki şeyi hatırlatmak uygun düşer. Birincisi, Davalı Taraf olan Cumhurbaşkanının Mahkemedeki Anayasanın 88. maddesi için hazırlık çalışmalarını kullanmasını hiç istememiş olmasıdır. ⁵⁹ Bu, Mahkemenin Anayasa’nın 88. maddesi için hazırlık çalışmalarının geçerliliğini değerlendirme amacıyla herhangi bir resmi hamlesinin Mahkemenin yetkisini aşan bir eylem olacağı anlamına gelmektedir. İkincisi, Mahkemenin kararından birkaç gün sonra Davalı Taraf Cumhurbaşkanı Fatmir Sejdiu, devletin başı olarak görevinden istifa etmesidir. Yalnız istifadan sonra kendisi ile bazı önemli aktörler arasında Anayasa’nın 84. maddesinin mevcut hükmünü eklemesine izin veren ve aynı zamanda Parti Liderliği görevini “dondurmaya” ve Kosova Cumhurbaşkanı liderliği görevini yürütmeye devam etmeye dair sağlam bir hak tanıyan bir “yazılı olmayan” anlaşma olduğunu ileri sürmeye başladı ⁶⁰.

⁵⁸ Bkz. Ortak Muhalif Görüşün 42. fıkrası.

⁵⁹ Bkz. Ortak Muhalif Görüşün 17.-29. fıkraları (Cumhurbaşkanının Cevabı).

⁶⁰ Kosova Cumhurbaşkanı Fatmir Sejdiu 27 Eylül 2010’da istifa etti. O zamandan beri kendisi ile Parti Liderliği konumunu “dondurmasını” destekleyen diğer (hem ulusal hem uluslararası) aktörler arasında bir siyasi anlaşmanın varlığı iddiasını alenen savunmaktadır. Buna ek olarak, bu iddia edilen anlaşmanın hazırlık çalışmaları için destek işlevi gördüğünü, yani iddiaya göre Anayasa’nın 84. maddesinin kaleme alınmasının ve mevcut şeklinin omurgası olarak işlev görmüş olduğunu savunmaktadır. Bkz. Enver Robelli, Doli prej zarfit , tash nuk del prej zyres! (Came Out of an Envelop, Now Does Not Go Out of the Office!). KOHA DITORE (Pristina-based daily newspaper), Marte (Tuesday), 10 korrik 2012 (10 July 2012) ss. 10. Yazar bu makalede eski Cumhurbaşkanının kendisi ile diğer uluslararası aktörler arasındaki yukarıda belirtilen “sözlü” anlaşmanın varlığına dair sağlam inancından bahsetmektedir.

İkinci dava olan 30 Mart 2011 tarihli ve 29/11 sayılı Davada, uyuşmazlık konusu dar anlamda Kosova Cumhurbaşkanı Behxhet Pacolli'nin eylemleri (veya davranışları) değildi. Dava daha ziyade Kosova Meclisi'nin ve üyelerinin 22 Şubat 2011'de gerçekleşen Cumhurbaşkanlığı seçimi süreci sırasındaki eylemleri veya davranışları ile ilgiliydi.⁶¹ Bir gün önce Kosova Meclisi Sözcüsü milletvekillerini ertesi gün yapılacak bir olağanüstü oturuma çağırıldı. Olağanüstü toplantının gündeminde Fatmir Sjediü'nun istifası ile boşalan Cumhurbaşkanlığı makamı için seçim yapılması vardı. Behxhet Pacoli seçime tek aday olarak katıldı. 22 Şubat 2011'de gerçekleşen oylama sırasında üç muhalefet partisi LDK (Kosova Demokratik Birliği), AAK (Kosova'nın Geleceği için Birlik) ve VV ("Vetvendosja") oylamaya katılmadılar, bu yüzden üye tamsayısı olan 120 üyenin sadece 67'si seçime katıldı. Tek adayla yapılan seçimin üçüncü turunda Behxhet Pacolli Cumhurbaşkanı olarak seçildi. Seçimden sekiz gün sonra, 1 Mart 2011'de, Sabri Hamiti ve diğer 33 milletvekili, Anayasa'nın Cumhurbaşkanı seçimine ilişkin 86. maddesinin ihlali iddiasıyla, 22 Şubat 2011'de yapılan olağanüstü Meclis oturumunda uygulandığı şekilde Kosova Cumhurbaşkanı seçimi sürecinin anayasaya uygunluğuna itiraz eden bir başvuru sundu. Başvuru sahipleri özellikle Anayasa'nın 86. madde 4., 5. ve 6. fıkralarının oylama sırasında gerekli nisabın olmaması, karşı aday olmaması ve seçim süreci sırasında oylamanın kesintiye uğraması bakımından ihlal edildiğini iddia ettiler.⁶² Mahkeme, başvurunun

⁶¹ Kosova Anayasası'nın 86. maddesine göre, Cumhurbaşkanı Meclis tarafından seçilir. Bu süreç yakın gelecekte Kosova Cumhurbaşkanı'nın doğrudan seçimine izin verecek şekilde değişecektir. Gelecekte meydana gelebilecek bu değişiklik, Mahkemenin bu davadaki kararının bir sonucudur; bu karar, Meclisin Behxhet Pacolli'nin Kosova Cumhurbaşkanlığına seçilmesine ilişkin kararının anayasaya aykırı olduğunu bildirmektedir. Burada, eski Komünist ülkelerde Cumhurbaşkanlarının dolaylı seçiminin istisna olduğunu kaydetmek gerekir. Bu ülkelerde devletin başının (doğrudan) seçimle belirlenmesi usulünün kabulü, diktatörlük eğilimlerini kontrol etmeye yönelik girişimlerin bir parçasıdır ve aynı zamanda devlet başkanlığı kurumuna kurumsal istikrarın ve kuvvetler ayrılığı ilkesinin garantörü rolünü oynama imkanı vermeyi amaçlar. Bir başka ifadeyle, devlet başkanına verilen "tarafsız yetkiler", Güney Doğu Avrupa'daki eski Komünist ülkelerde yeni anayasacılık hareketini desteleyici ve geliştirici yönde işlev görmüştür. Bkz. daha fazlası için bir makaleler derlemesi: Anton Bebler and Jim Seroka (eds.), *Contemporary Political Systems: Classifications and Typologies* (Lynne Rienner Publishers: Boulder and London, 1990); Arend Lijphart (ed), *Parliamentary versus Presidential Government* (Oxford University Press: Oxford, 1992).

⁶² Bkz. Hükümün 23.-38. fıkraları.

şekil yönünden kabul edilebilir olduğunu ilan ettikten sonra⁶³, her bir oylamanın doğruluğunu inceleme yoluna gitti. Mahkeme, karşılaştırmalı yöntemle, 86. maddenin nisaptan, ki bu farklı bir meseledir, dolayı değil, ilk iki turda vekillerin üçte ikisinin katılmasının gerekli olması ve birden fazla aday olması gerekmesinden dolayı ihlal edildiğini tespit etti. Anayasa Mahkemesi'ne göre, her üç oylamaya da tek adayla girilmesi ve süreç boyunca sadece 67 vekilin hazır bulunup oy kullanması sadece Anayasa'nın 86. maddesini değil aynı zamanda Cumhurbaşkanı'nın halkın birliğinin temsilcisi olarak konumunu düzenleyen hükümlerin ruhunu da ihlal etmiştir. Mahkeme, 2/3 çoğunluğun Cumhurbaşkanı'nın doğrudan seçiminin meşruiyetini telafi etme amacını taşıdığına dair bir şey söylememektedir. Bu karar, seçimin nitelikli çoğunluğun katılımı ve en az iki aday ile yapılması halinde, Cumhurbaşkanı seçilen kişinin Kosova vatandaşlarının çoğunluğunun iradesini yansıtmaya olasılığının daha fazla olduğu kanısına dayanmaktadır. Ancak iki üye çoğunluğun verdiği kararı hatalı bularak karşı oy kullandı.⁶⁴ Muhaliflerin görüşü bütünüyle profesyonellik dışı olup hukuk dışı ve anayasa dışı savlardan hareketle kaleme alınmıştır. Muhalif üyelere göre, çoğunluk kararı "Meclisin feshi ve genel seçimlere gidilmesi" anlamına gelmekteydi. Yani iki muhalif yargıç, Anayasa Mahkemesi'nin Meclisin 22 Şubat 2011 tarihinde Behxhet Pacolli'yi Cumhurbaşkanı seçmekle Anayasa'yı ihlal ettiğini bildiren kararının Meclisin üçüncü turdan sonra Cumhurbaşkanı seçememiş olduğunu ve dolayısıyla 45 gün sonra genel seçimlerin yapılması gerektiğini söylemekle aynı şey olduğuna inanıyordu.⁶⁵ Bu, Anayasa'nın nihai

⁶³ Bkz. 57.-61. fıkralar.

⁶⁴ KO 29/11 Sayılı Dava. Sabri Hamiti ve Kosova Meclisi'nin diğer üyeleri. 22 Şubat 2011 tarihli Kosova Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı Seçimi hakkındaki 04-V-04 Sayılı Kosova Cumhuriyeti Meclisi Kararının Anayasaya Uygunluk Denetimi. Yargıç Robert Carolan ve Yargıç Almiro Rodrigues'in 30 Mart 2011 tarihli karşı görüşü.

⁶⁵ Anayasa'nın 82. maddesi (Meclisin Feshi):

"1. "Meclis şu hallerde feshedilir:

- (1) Kosova Cumhurbaşkanı'nın Başbakan Adayı tayin ettiği tarihten itibaren altmış (60) gün içinde hükümetin kurulamaması halinde;
- (2) Meclis üye tam sayısının üçte ikisinin (2/3) fesih yönünde oy kullanması halinde, (Kosova Cumhurbaşkanı'nın bir kararnamesiyle);
- (3) Cumhurbaşkanlığı seçimi sürecinin başladığı tarihten itibaren altmış (60) gün içinde Kosova Cumhurbaşkanı'nın seçilmemesi halinde.

2. Meclis, Hükümet aleyhine başarılı bir güvensizlik oylamasını takiben Kosova Cumhurbaşkanı tarafından feshedilebilir."

yorumlayıcısı olarak Anayasa Mahkemesi'ne tanına işlev ve konumun hatalı biçimde değerlendirilmesi anlamına gelmekteydi. Anayasa Mahkemesi verdiği kararda Meclis'in Cumhurbaşkanı seçemediğini söylememekteydi ve söylemezdi de. Çoğunluk kararı, Kosova Meclisi'nin yeni Cumhurbaşkanı'nı 22 Şubat 2011 tarihinde anayasaya aykırı biçimde seçtiğini, yani yaklaşık otuz sekiz gün boyunca Kosova'nın (anayasaya aykırı biçimde göreve gelmiş) bir Cumhurbaşkanı olduğunu ve fakat Cumhurbaşkanı'nın bu süre zarfındaki tüm işlemlerinin geçerli olduğunu; 22 Şubat – 30 Mart 2011 (Mahkemenin kararını bildirdiği tarih) arasında herhangi bir kurumsal boşluk bulunmadığını söylemekteydi. Bu karar, daha önce Meclis Başkanlığı yapan Pacolli'nin Anayasa Mahkemesi'nin 30 Mart 2011 tarihli kararı ile "görev başındaki (fiili) Cumhurbaşkanı" sıfatını kazandığını, yani durumun Fatmir Sejdiu'nun istifasıyla meydana gelen durumla aynı olduğu anlamına da gelmektedir. Çoğunluğun bu görüşünün sadece iki muhalif yargıç tarafından değil, Kosova Cumhurbaşkanı Behxhet Pacolli'nin kendisi ve Meclis tarafından da anlaşılmasının güç olduğu görülmektedir. Hepsi Mahkemenin yukarıda belirtilen kararının izaha kavuşturulmasını istediler, bunun sonucunda Mahkeme bir Açıklayıcı hüküm vasıtasıyla ikinci bir duyuru yaptı. Mahkeme, 1 Nisan 2011'de, Hükümet, Cumhurbaşkanı Behxhet Pacolli'nin kendisi ve Meclis Başkanı tarafından ifade edilen kaygı ve belirsizlikleri ele alan Açıklayıcı Hükümünü bildirdi. Yukarıda belirtilen hususlarla paralellik arz eden Açıklayıcı hüküm ile iki Cumhurbaşkanı'nın hikayesi sonsuza dek kapandı. Böylece, 7 Nisan 2011'de Kosova Cumhuriyeti'nin yeni (mevcut) Cumhurbaşkanı Atifete Jahjaga'nın seçilmesine giden süreç başlamış oldu. Ne var ki yeni Cumhurbaşkanı'nın seçimine karşı da -bu kez farklı gerekçelerle- itiraz edildi.⁶⁶ Mahkeme bir anayasa değişikliği teklifinin zorunlu ön denetim incelemesi sonucunda, anayasa değişikliği yoluyla veya başka bir şekilde, mevcut Cumhurbaşkanı Atifete Jahjaga'ya ait olanlar da dahil olmak üzere anayasal görevlerin zamanından önce sonlandırılmasına yönelik teklifin anayasaya aykırı olduğuna hükmetti. Anayasa Mahkemesi'ne göre, anayasal görevler ancak anayasa ile önceden belirlenmiş usullere uygun olarak

⁶⁶ Anayasa'nın 113. maddesi (Yargı Yetkisi ve Yetkili Taraflar):

"9. Kosova Meclis Başkanı, teklif edilen Anayasa değişikliklerini, teklif edilen değişikliklerin Anayasa'nın II. Faslı ile garanti edilen hak ve özgürlükleri eksiltmediğini doğrulamak üzere onay öncesinde denetime sunar".

sonlandırılabilir.⁶⁷ Kosovalı siyasetçilerin Anayasa Mahkemesi'ni kendi siyasi amaçları için kullanmalarına yönelik bu hamlesi böylelikle geri çevrilmiş oldu ve mevcut Cumhurbaşkanının görev süresi güvence altına alındı. Anayasa Mahkemesi'nin bu kararı, devletin başı olan bir anayasal organı anayasa değişikliği yoluyla yerinden etmeye çalışan siyasi oyunlara karşı anayasacılığın bir zaferidir.

V. PAK Davası

“PAK” (Kosova Özelleştirme İdaresi) olarak bilinen dava, Kosova Yüksek Mahkemesi Özel Heyetinin 4 Şubat 2010 tarihli ve ASC 09-089 sayılı kararının anayasaya uygunluk denetimi ile alakalıdır.⁶⁸

Başvuru sahibi, özellikle Özel Heyetin anayasaya uygunluk denetimine konu olan yukarıdaki kararının Anayasa'nın 3.2 (Kanun Önünde Eşitlik), 3.2 ve 2 (Adil ve Tarafsız Yargılanma Hakkı), 54 (Hakların Yargısal Koruması), 10.2 ila 4 (Yargı Sisteminin Genel İlkeleri), 112.2 (Genel İlkeler), 119.3 (Kararların Hukuki Neticesi), 143 (Kosova Statüsünün Belirlenmesine ilişkin Kapsamlı Teklif), 145.2 (Uluslararası Antlaşmaların ve Geçerli Mevzuatın Devamlılığı) maddelerini ve Avrupa İnsan Hakları ve Temel Özgürlükler Sözleşmesi'nin (“AİHS”) 13. (Etkili Başvuru Hakkı) maddesini ihlal ettiğini iddia etmekteydi.

Bu başvurunun düğüm noktası, Özel Heyetin takındığı iki pozisyonun ibarettir. Özel Heyet, PAK'ın bir kanuna göre değil kendi yaptığı bir düzenleyici işleme göre faaliyette bulunduğu; dolayısıyla, PAK'ın fiili (de facto) bir kanun çerçevesinde faaliyette bulunan fiili (de facto) bir kurum olduğu görüşündedir.⁶⁹ Özel Heyet, 17 Şubat 2008'de Kosova'nın seçilmiş temsilcileri tarafından bağımsızlık ilanı kararı ile ortaya konan “Kurucu

⁶⁷ Bkz. K.O. 29/12 ve K.O. 48/12 sayılı Başvurulardaki Hüküm. Kosova Cumhuriyeti Meclis Başkanı'nun 23 Mart 2012 ve 4 Mayıs 2012'de sunduğu Anayasa Değişikliği Teklifleri. Tarih: 20 Temmuz 2012. Bkz. Hükümün 244.-286. fıkraları.

⁶⁸ KI 25/10 Sayılı Davadaki hüküm. Başvuran: Kosova Özelleştirme İdaresi. Kosova Yüksek Mahkemesi Özel Heyetinin 4 Şubat 2010 tarihli ASC 09-89 sayılı kararının anayasaya uygunluk denetimi.

⁶⁹ Law No. 03/L-067 on the Privatization Agency of Kosovo of 21 May 2008

iktidar” ile bu tarihten sonra usulüne uygun biçimde “kurulmuş organlar” arasındaki ilişki söz konusu olduğunda hep aynı pozisyonu benimsemektedir. Bu genel pozisyonun okuyucular için şu bakımlardan biraz daha izah edilmesi gerekir: Özel Heyet nedir? Yetkisi nedir? “PAK” ve tabii olduğu kanunun Kosova’nın hukuki ve anayasal düzeni içindeki statüsü nedir?

Haziran 1999’da UNMIK olarak bilinen, Birleşmiş Milletler himayesindeki uluslararası idarenin (Kosova’daki Birleşmiş Milletler Misyonu) kuruluşunu takiben Kosova’daki özelleştirme sürecinin kendine özgü yönleri bulunmaktaydı. Aslında 1989’da komünizmin yıkılmasından sonra her özelleştirme süreci özgün olmuştu ve her ülkenin ulusal özelliklerine bağlı idi.⁷⁰ Bu kapsamda Kosova bir istisna değildir. Kosova’nın özgünlüğü, özelleştirme sürecinin ulusal otoritelerden bağımsız olarak UNMIK tarafından yürütülmesinden kaynaklanmaktadır. Ulusal otoriteler göstermelik olarak süreçte yer alsa da esas belirleyici rol UNMIK’e aitti.⁷¹ Haziran 1999’dan sonra Kosova’da gerçekleşen özelleştirmelerin hukuki dayanağı, Kosova Tröst İdaresi hakkındaki 13 Haziran 2002 tarihli 2002/12 sayılı UNMIK Yönetmeliği idi. Bu Yönetmeliğe göre, Kosova Tröst Acentesi (“KTA”), Kosova’da 10 Haziran 1999 sonrasında tüm özelleştirme sürecini yürüten bir kuruluş olarak işlev gördü, Kosova Yüksek Mahkemesi’nin Özel Heyeti ise özelleştirmeyle alakalı uyuşmazlıklarda karar veren bir organ idi.⁷²

17 Şubat 2008’de bağımsızlık ilanını takiben, egemen ve bağımsız bir ülkenin parlamentosu olarak Kosova Meclisi, 21 Mayıs 2008 tarihli ve 03/L-067 sayılı Kosova Özelleştirme İdaresi hakkında Kanun’u kabul etti. Bu Kanuna göre, Tadil Edilmiş 2002/13 sayılı UNMIK Yönetmeliğinin yürürlüğü bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte sona erecektir. Kosova Meclisi daha önce, Kosova’daki EULEX yargıçlarının ve savcılarının entegrasyonu ve yargı

⁷⁰ Bkz. daha fazlası için, Csongor Kutı’nın anlamlı bir çalışması: *Post-Communist Restitution and the Rule of Law* (Central European University Press: Budapest/New York: 2009).

⁷¹ Daha fazlası için, İngilizce özetiyle birlikte Arnavutça bir makale: Haxhi Gashi, *Konflikti Lidhur me Privatizimin e Ndermarrjeve Shoqerore : Ndryshimi i Ligjit per Dhumen e Vecante te Gjykates Supreme, i Ligjit per AKP-ne dhe Ligjet Relevante (The Conflict of Laws Concerning the Socially Owned Enterprises)*. E DREJTA/LAW (Kosovo) No. 2/2011, ss. 47-63.

⁷² Bkz. Tröst İdaresiyle ilgili Konular için Kosova Yüksek Mahkemesi Özel Heyeti hakkındaki 13 Haziran 2002 tarihli 2002/13 sayılı Tadil Edilmiş UNMIK Yönetmeliği.

yetkisini düzenlemek için tasarlanan 13 Mart 2008 tarihli ve 03/L-053 sayılı, Kosova'da EULEX Yargıçlarının ve Savcılarının Yargı Yetkisi, Dava Seçimi ve Dava Tahsisi hakkındaki Kanunu yürürlüğe koymuştu. Fakat bu Kanunun Kosova Yüksek Mahkemesi Özel Heyetinin onu yorumlama şekli nedeniyle bir yanlış anlama kaynağı olduğu görülmektedir. Heyet, Kanunu Kosovalı yargıç ve savcılar ile EULEX meslektaşları arasındaki farkları dengelemek için dayanak olarak kullanmak yerine PAK'ın özelleştirme konularına ilişkin hukuki statüsünü reddetti ve PAK olarak bilinen bir fiili kurum tarafından riayet edilmesi ve uygulanması gereken bir iç yönetmelik olarak 03/L-067 sayılı Kanun olduğu halde KTA'ya Heyet nezdindeki tek temsilci olarak davranmaya devam etti.

Özel Heyetin itiraz edilen 4 Şubat 2010 tarihli ASC – 09- 089 sayılı Kararında ifade edilen bu pozisyonu Anayasa Mahkemesi'nin 31 Mart 2011 tarihli KI 25/10 sayılı Hükmünde denetime konu oldu. Mahkeme, yukarıda belirtilen ASC-09-089 sayılı Kararın Kosova Anayasası'nın pek çok norm ve değerine aykırı olduğunu tespit etti. Ancak bizim tartışmamız bakımından, Hükmün esas kısmı Mahkemenin Anayasa'nın münferit hükümlerinin ve temel değerlerinin ihlallerinin analizi değil⁷³, Mahkemenin "kurucu iktidar" ile ilgili analizine konu olan kısımdır. Bu analiz, Mahkemenin Hükmünün 54. fıkrasında yer almaktadır. Mahkeme, Kosova Cumhuriyeti'nin 17 Şubat 2008'de Kosova'nın bağımsızlığının ilan edildiği kararda beyan edilen, Carl Schmitt'in ileri sürdüğü gibi,⁷⁴ daha önceki bir hukuk düzeni normuna dayanmayan "kurucu iktidarının", diğer tüm yetkilerin yerini alacağını ve onları bastıracağını oldukça profesyonel bir açıdan Özel Heyete izah etti. 17 Şubat 2008'de Kosova tarafından kullanılan bu yetkiler orijinaldir ve 10 Haziran 1999 tarihli 1244 sayılı BM Güvenlik Konseyine dayanarak UNMIK tarafından oluşturulan önceki hukuk düzeninden kaynaklanmamaktadırlar. Bu itibarla, uluslararası hukukun genel veya özel normlarını ihlal etmemektedirler. Anayasa Mahkemesi'nin bu pozisyonu Uluslararası Adalet Mahkemesi'nin 22 Temmuz 2010 tarihli Kosova hakkında Tavsiye Görüşünün

⁷³ Bkz. Hükmün 45.-53. ve 55.-62. fıkraları.

⁷⁴ Bu konuda daha fazla bilgi için bakınız: Carl Schmitt, *Political Theology; Four Chapters on the Concept of Sovereignty* (The University of Chicago Press: Chicago, 2005) ss. 16-35; Slobodan Samardzic (ed), *Norma i Olduka: Karl Smit i Njegovi Kriticari ("Filip Visnjic": Beograd, 2001) ss. 85-124.*

mantığı ve ruhu ile uyumludur⁷⁵. Anayasa Mahkemesi, bu Hükümle, Özel Heyete Kosova anayasal ve hukuki düzeninin bir parçası olduğunu, bu düzen içinde özel bir duruşu olduğunu, yani en azından uygulamak zorunda olduğu kanunları ayıklama ve seçme hakkının olmadığını açıkça anlattı. Heyet ise, ana görevi tüm Kosova topraklarında kanunun yeknesak bir biçimde uygulanmasıyla ilgilenmek olan Kosova Yüksek Mahkemesinin ayrılmaz bir parçası şeklinde işlev görmelidir. Bu esasen, dünyanın her hukuk sisteminde her yüksek mahkemenin ya da belli bir ülkede en yüksek yargı mertebesine sahip muadilinin yeri ve görevidir.

Sonuç

Bu bildiride Anayasa Mahkemesi'nin kanımızca Mahkemenin gelecekteki istikrarlı içtihat hukukunun yolunu açan ve Anayasa'nın bekçisi olarak ana görevinin zeminini döşeyen kilit kararlarını ele aldık. Fakat bu, Mahkemenin diğer kararlarının önemli veya oldukça benzer bir etkiye sahip olmadığı anlamına gelmemektedir. Bizi burada bu davaları seçip derinlemesine tartışmaya sadece yer ve zaman kısıtları zorladı. Umarız ki bu, Kosova ve onun Anayasa Mahkemesi'yle ilgilenen bilimsel çevrede gelecekteki araştırmalar ve yorumlar için bir çıkış noktası işlevi görecektir.

Mahkemenin Eylül 2009'da faaliyete girmesinden sonra ele aldığı ilk dava olan RTK Davası bir geçici tedbir ve Mahkemenin geçici tedbir koyan bu kararına karşı sunulan iki muhalif görüş ile alakalıydı. Davanın önemi sadece iki mahkeme üyesinin ilginç bir şekilde bir ara kararında karşı görüş belirtmesinden değil, aynı zamanda Kosova Meclisi'ne Kosova Radyo ve Televizyonu hakkındaki Kanunun kusurlarına ve o zamanki uygulanma şekline ilişkin mesaj vermesinden kaynaklanmaktadır. Geçici tedbir kararı hakkında iki hakim tarafından sunulan, burada tartıştığımız davanın esasına ilişkin tutumlarını ortaya koyan karşı görüş meselesi, Mahkemenin ilk kuruluş yıllarındaki sıkıntuları ve Mahkeme bünyesindeki bilgi ve tecrübe eksikliğini ortaya koyması bakımından da önemlidir.

⁷⁵ "Accordance With International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo". INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Advisory Opinion. Date: 22 July 2010. Özellikle 52-56; 74-84; 96-109; 114-121. Paragraflar.

Siyasi açıdan oldukça hassas olan Prizren Logosu davası Mahkemenin eşitlik, çeşitlilik, demokrasi ve hukukun üstünlüğü gibi temel anayasal değerlerinin korunmasında öne çıkması bakımından önemlidir. Anayasa Mahkemesi bu kararda Kosova toplumu içindeki farklı kimliklere ve anayasal değerlere karşı sağlam bir tutum takınarak çoğunluk statüsü dışında kalan toplulukları korudu. Mahkeme, bir bütün olarak Balkanlar'daki Arnavut ulusu için Prizren şehrinin tarihi önemini tanıdı. Hatta bunu Kosova Anayasası'nın temel değerleriyle ve hukuk üstünlüğüne ve demokrasiye dayalı bir topluma doğru derin yönelimiyle uzlaştırdı.

Mahkeme, iki Cumhurbaşkanı'nın davalarında, hiç kimsenin hukuktan üstün olmadığını açıklığa kavuşturdu. Bu iki kararı takiben siyasi söylemin anayasallaşması sağlam bir dayanak kazandı. Bu kararlardan önce siyasilerin yok denecek kadar az bir kısmı Anayasa hakkında gerekli itinaı göstermekteydi. Bu davada sunulan muhalif görüş, burada tartışılan ilk davaya (RTK Davası) göre daha fazla esasa ilişkindir. Ancak iki muhalifin savları anayasa dışı mülahazalarla kaleme alınmıştır ve Meclisin Behxhet Pacoli'yi ülkenin yeni Cumhurbaşkanı seçme kararının anayasaya aykırılığı yönündeki kararın ülkede istikrarı bozma olasılığına karşı duyulan meşru korkudan etkilenmiştir. Muhalif üyelerin anlamadığı şey, Mahkemenin kararında asla boşluğa dair şüphe bırakmadığı, yani Cumhurbaşkanı seçimi anayasaya aykırı olmakla birlikte bu aykırılığın tespitine ilişkin kararın geçmişe etkili olmadığıdır. Bir başka ifadeyle, Behxhet Pacolli Anayasa Mahkemesi Meclis kararının Anayasa'ya uygun olmadığını söyleyene dek -yaklaşık 38 gün boyunca- ülkenin meşru Cumhurbaşkanı olmuştur ve bu arada yaptığı tüm işlemler anayasal olarak geçerlidir.

Son dava olan PAK davası, halkın ilgi ve dikkatini çeken davalar arasındadır, hatta hukukun üstünlüğü ve vatandaşlarla diğer hukuki öznelerin hukuki güvenliği bakımından büyük önem taşımaktadır. Belirtildiği üzere, mesele bir bireysel anayasa şikayeti ile ilgiliydi. Ancak Mahkemenin bu davada verdiği karar bunu aşmakta ve hukukun üstünlüğü ilkesinin hayati unsurlarına, yani kanunların en yüksek yargı mercii (Yüksek Mahkeme'nin Özel Heyeti) tarafından yeknesak olmayan bir biçimde uygulanmasının yol açtığı hukuki öngörülebilirlik ve belirlilik sorununa temas etmektedir.

Mahkeme bu davada, Uluslararası Adalet Divanı'nın Kosova Davasındaki Tavsiye Görüşüne atıfta bulunmak suretiyle, anayasa hukukunda ve söyleminde var olan "kurucu iktidar" ve "kurulu iktidar" ayırımına dikkat çekmiştir.

On the Margins of Some of the Key Decisions of the Constitutional Court of the Republic of Kosovo

*Prof. Dr. Enver Hasani**

Introduction

- I. General Overview of the Work of the Court and Its Jurisdiction
 - II. The RTK Case
 - III. The Case of the Prizren Logo
 - IV. Tale of Two Presidents
 - V. PAK Case
- Conclusion

Introduction

As we shall see, none of these cases discussed here deal with the abstract control of constitutionality (both preventive and repressive). The only one discussed has to do with the review of the constitutionality of the Statute of Municipality of Prizren, a city in the South of Kosovo bordering Albania, although a case was raised as an issue of equality of the citizens of Kosovo at the municipal level. In this case the Court did not tackle the issue of the constitutionality of the Statute itself. This does not mean, however, that the Court did not deal with issues of the abstract norm control of constitutionality. Such cases are, among others, the following: *Cesku Case*¹, *Immunities of the High*

* President of the Constitutional Court of the Republic of Kosovo

¹ Judgment in Case No. KO 80/10. The Referral of the President of the Republic of Kosovo, His Excellency, Dr. Fatmir Sjedi, for Explanations regarding Jurisdiction over the Case of Rahovec Mayor, Mr. Qazim Ceska. Dated: 7 October 2010 (having to do with the resignation of a Mayor who latter changed his mind and the legal effect on local elections of a resignation once made public).

*Officials of Kosovo Case*², the *Case on the Salaries of the Members of the Parliament*³, *Pacolli Case*⁴, *Expropriation Case*⁵, the *Case of International Agreements*⁶, *Hoca e Madhe* and *Prizren Case*⁷, etc. These aspects of the work of the Court shall be dealt with in the future in another paper. Here we discuss few decisions that have been a landmark ones for the establishment of the jurisprudence of the Court for the future to come.

In the first case, the Radio and Television of Kosovo Case, RTK, we will elaborate the form and the very content of a first decision of the Court which had an impact in shaping the behavior of the RTK management vis-à-vis the methodology for financing the RTK as a public broadcasting. As we shall see, the decision of the Court was not a judgment but a resolution imposing interim

² Judgment in Case No. KO. 98/11. Applicant: The Government of the Republic of Kosovo Concerning the Immunities of Deputies of the Assembly of the Republic of Kosovo, the President of the Republic of Kosovo and Members of the Government of the Republic of Kosovo. Dated: 20 September 2011 (having to do with the scope of immunities of the high officials of Kosovo).

³ Judgment in Case No. KO 119/10. Applicant: Ombudsperson of the Republic of Kosovo. Constitutional Review of Article 14, paragraph 1.6, Article 22, Article 24, Article 25 and Article 27 of the Law on Rights and Responsibilities of the Deputy, No. 03/L-111 of 4 June 2010. Dated: 8 December 2011 (having to do with the so called supplementary pension of the deputies)

⁴ Clarification Judgment in Case No. KO 29/11. Applicants: Sabri Hamiti and Other Deputies. Constitutional Review of the Decision of the Assembly of the Republic of Kosovo No. 04-V-04, Concerning the Election of the President of the Republic of Kosovo of 22 February 2001. REQUESTED CLARIFICATION OF THE MAJORITY'S DECISION OF 30 MARCH 2011. Dated: 1 April 2011 (having to do with a clarification requested by several actors as to the scope of the judgment in Case 29/11 of 30 March 2011)

⁵ Judgment in Case No. KO 4/11. Applicant: Supreme Court of Kosovo. Constitutional review of Articles 35, 36, 37 and 38 of the Law on Expropriation of Immovable Property No. 03/L-139. Dated: 1 March 2012. (having to do with the incidental norms control initiated by the Supreme Court of Kosovo on pending issues of expropriations undertaken as a result of the construction of the highway connecting Albania with Kosovo and Serbia)

⁶ Resolution on Inadmissibility in Case No. KO 05/12. Applicants: Visar Ymeri and Twelve Other Deputies of the Assembly of the Republic of Kosovo Concerning the Constitutionality of the Decision of the Assembly of the Republic of Kosovo No. 04-V-279 of 20 January 2012. Dated: 19 March 2012

⁷ Judgment in Cases KO 45/12 and KO 46/12. Applicant: Librun Aliu and 11 Other Members of the Assembly of the Republic of Kosovo for Constitutional Assessment of the Law on the Village of Hoca e Madhe / Velika Hoca and the Law on Historic Center of Prizren. Dated: 25 June 2012 (having to do with the constitutionality of two laws designed to protect cultural and other diversity in two cities of Kosovo having large Serb and other non-minority communities)

relief sought by a private person to the effect of banning further extraction of 3.5 EURO by the RTK to finance its activities.

Of a greater importance than the RTK Case was the so-called Prizren Logo. It had to do with the complaint brought before the Court by the Vice-Chairman of the Municipality of Prizren saying that the emblem of the city did not reflect the feelings and identity of all citizens living in this very old city of Kosovo. The treatment of important case is followed by the story of two (former) Presidents of Kosovo who were ousted by the decisions of the Court in a time span of six months.

Selection of the last case, PAK Case, is done having in mind the specific nature of the work of European judges and prosecutors in the mission in Kosovo, also known as EULEX Mission. As it is known, based on an international plan, Ahtisari Plan (to be discussed later), in Kosovo operate a certain number of judges and prosecutors who are supposed to be fully integrated and part of the justice system of Kosovo following its declaration of independence on 17 February 2008. This was not the case, however, because some of these judges and prosecutors acting within the Supreme Court of Kosovo were applying laws of the land in an arbitrary manner based on their free choice.

I. General Overview of the Work of the Court and Its Jurisdiction

Constitutional Court of Kosovo is the last of its kind established in Europe. This does not mean, however, that Kosovo did not have a Constitutional Court in the past. It was found by a Communist regime in 1972 and existed until its abolition by the regime of Slobodan Milosevic in 1989⁸.

⁸ Cf. Miroslav Cerar, *Slovenia's Constitutional Court Within the Separation of Power*. In Wojciech Sadurski (ed.), *Constitutional Justice, East and West: Democratic Legitimacy and Constitutional Courts in Post-Communist Europe in a Comparative Perspective* (Kluwer Law International: The Hague, 2010) pp. 213-245, at 213 footnote No. 2.; Cf. also constitutional developments in former Yugoslavia in this period in Jovan Gjorgjeviq, *E Drejta Kushtetuese (Constitutional Law)* (Enti i

Form this historical perspective, constitutional justice in Kosovo forms part of the second generation established in Europe during the height of the Cold War.

Current Constitutional Court, the Constitutional Court of the Republic of Kosovo, was established in early 2009 by the Law No. 03/L-121 on Constitutional Court of the Republic of Kosovo⁹. Since February 2009 until the time of this writing (July 2012), the Court has received well beyond 450 referrals. Out of them, beyond 350 referrals have been solved and around 100 are in the process of being decided by the Court. In total, almost 90 per cent of the referral have been declared inadmissible: the Court has issued judgments only in 10 per cent of the case. This situation is similar to other countries that have (full) constitutional complaint proceedings. This is so due to the fact that overwhelming majority of the referrals, around 90 per cent, deals with individual complaints of the citizens and other legal entities.¹⁰ Institutions of Kosovo are responding parties in almost 14 per cent of the cases, while the rest is individuals petitions by citizens and legal entities. Among the latter, Albanian complainants are beyond 80 percent while Kosovo Serbs, Turks and others Kosovo citizens fill in the rest of this percentage. This makes the Court as the most reliable institution in the country.

In terms of jurisdiction, the Constitutionals Court of Kosovo has the widest jurisdiction ever among its peers in the Balkans. It is modeled after German system which means that it basically has jurisdiction over any action of all public authorities in the country, including judiciary. The only procedure that is not foreseen in the Constitution is that initiated by *actio popularis*. In terms of constitutional law, the Court has jurisdiction, *inter alia*, over all kinds

Teksteve dhe Mjeteve Mesimore i KSAK: Prishtine, 1972) pp. 75-114; Dr. Dimitrije Kulic, Ustavno Sudstvo u Svetu (Constitutional Justice in the World) (NASA REC: Leskovac, 1972) pp. 157-190.

⁹ This Law was adopted by the Assembly of Kosovo on 16 December 2008. It was promulgated by the Decree No. DL-070-2008 of 30 December 2008.

¹⁰ For this state of affairs, see, more an in depth research undertaken by a young scholar Jean Marc Lacourciere, Report on the Jurisprudence of the Constitutional Court of Kosovo on Human and Minority Rights (Kosovo Law center: Prishtine, 2011).

of abstract control of legal and constitutional norms, both *ex ante*¹¹ and *ex post*¹²; jurisdiction over incidental norm control that can be initiated by any court in Kosovo at any time provided that there is a case and controversy pending before them¹³; jurisdiction over conflict for competence arising between central state and other public authorities in Kosovo¹⁴; protection in general of the rights of local authorities vis-à-vis central authorities¹⁵; jurisdiction over alleged violations of the Constitution by the President of the Republic¹⁶; assessment of the constitutionality of the decision declaring the state of emergency, proposed referenda, draft amendments vis-à-vis binding

¹¹ Article 113 , Paragraph 9 of the Constitution (Jurisdiction and Authorized Parties):

“9. 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”

¹² Article 113, Paragraphs 2 and 5 of the Constitution (Jurisdiction and Authorized Parties):

“2. The Assembly of Kosovo, The President of the Republic of Kosovo, the Government, and the Ombudsperson are authorized to refer the following matters to the Constitutional Court:

(1) the question of the compatibility of laws, of decrees of the President or Prime Minister, and of regulations of the Government;

(2) the compatibility with the Constitution of municipal statues.”

5. Ten (10) or more deputies of the Assembly of Kosovo , within eight (8) days from the date of adoption, have the right to contest the constitutionality of any law or decision adopted by the Assembly as regards its substance and the procedure followed”.

¹³ Article 113, Paragraph 8 of the Constitution (Jurisdiction and Authorized Parties):

“8. The courts have the right to refer questions of constitutional compatibility of a law to the Constitutional Court when it is raised in a judicial proceeding and the referring court is uncertain as to the compatibility of the contested law with the Constitution and provided that the referring court’s decision on that case depends on the compatibility of the law at issue”.

¹⁴ Article 113, Paragraph 3 (1) of the Constitution (Jurisdiction and Authorized Parties):

“3. The Assembly of Kosovo, The President of the Republic of Kosovo, and the Government are authorized to refer the following matters to the Constitutional Court:

(1) conflict among constitutional competencies of the Assembly of Kosovo, the President of the Republic of Kosovo and the Government of Kosovo”.

¹⁵ Article 113, Paragraph 4 of the Constitution (Jurisdiction and Authorized Parties):

“4. A municipality may 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”.

¹⁶ Article 113, Paragraph 6 of the Constitution (Jurisdiction and Authorized Parties):

“6. Thirty (30) or more deputies of the Assembly are authorized to refer the question of whether the President of the Republic of Kosovo has committed a serious violation of the Constitution”.

international agreements duly ratified, as well as the constitutionality of the elections for the Assembly¹⁷; jurisdiction over individual complaints after exhaustion of all legal remedies within the constitutional and legal order of Kosovo¹⁸; and, finally, other jurisdiction that can be assigned by law¹⁹.

II. The RTK Case

The case of Radio and Television, the RTK, is the very first decision rendered by the Court on 16 October 2009. It had to do with an interim measure, not with the merits of the case. Its merits, in fact, were never decided for the case sorted itself out as a result of the passing of time. This decision on interim measure, nevertheless, proved to have had an effect of the division on the merits of the case.

The referral, known as KI 11/09 (Tome Krasniqi vs the RTK et Al), is based on an individual complaint failed with the Court by Mr. Tome Krasniqi, a citizen of Kosovo in pension, on 2 September 2009, "... requesting the Court to impose an interim measure for the Referral KI 11/09, which has to deal with the payment of 3.5 EURO per month on behalf of the RTK in the name of the

¹⁷ Article 113, Paragraph 3 (2 to 5) of the Constitution (Jurisdiction and Authorized Parties):

"3. The Assembly of Kosovo, The President of the Republic of Kosovo, and the Government are authorized to refer the following matters to the Constitutional Court:

(2) compatibility with the Constitution of a proposed referendum;
 (3) compatibility with the Constitution of the declaration of a State of Emergency and 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) questions whether violations of the Constitution occurred during the election of the Assembly".

¹⁸ Article 113, Paragraph 7 of the Constitution (Jurisdiction and the Authorized Parties):

"7. Individuals are authorized to refer violations by public authorities of their individual rights and freedoms guaranteed by the Constitution by the Constitution, but only after exhaustion of all legal remedies provided by law".

¹⁹ Article 113, Paragraph 10 of the Constitution (Jurisdiction and Authorized Parties):

"10. Additional jurisdiction may be determined by law".

prepaid service.²⁰ This amount of 3.5 EURO was extracted from him and all consumers of the electricity energy in Kosovo since 2003 up to 16 October 2009, the date the above-noted interim measure had been imposed by the Court.

The Court in this case took note of the fact that the Kosovo Energy Corporation (KEK), which was collecting 3.5 EURO on behalf of the RTK, suffered a material loss and damage as a result of this collection. These 3.5 EURO were being paid by consumers of the energy along side with their electricity bills.²¹ The Court, however, made it clear that the request for an interim measure by Mr. Tome Krasniqi was not an *actio popularis*, as it might seem in first sight, arguing instead that granting the request for an interim measure practically meant that there shall be a ban on further payment of 3.5 EURO pending the final decision on the merits of the case. This action of the Court relied on the protection of public interest of the citizens of Kosovo.²² With such a decision, the Court effectively suspended further application of Article 20.1 of the Law No.02/L-47 on the Radio and Television of Kosovo of 20 January 2006, recommending the Assembly of Kosovo that "... it reviews until December 2009 the nature of Article 20.1 of the Law on RTK".²³ The Assembly, following this recommendation, reviewed these provisions throughout the year 2010 so that by the end of that year the issue became moot and the Court stroke the merits of the case out of the agenda and closed the case.²⁴

²⁰ Cf. Paragraph 5 of the Decision: Interim Measure/IM/Case KI 11/09, Tome Krasniqi vs RTK et Al.

²¹ Cf. Paragraph 11 of the Decision.

²² Paragraphs 13 and 17 of the Decision.

²³ Cf. Operative Part II of the Decision

²⁴ Two so-called dissenting opinions occurred by two judges, most likely without a precedent in the history of constitutional justice, "attacking" a decision on interim measures. As it is well known, it is the final decision on the merits (which never existed in this case) against which there can be filed a dissent and the concurring opinions. What these two judges did by filing a dissent against an order granting an interim relief represents, in essence, their view on the merits of the case. Under normal procedure of every court, this action of these two judges would represent an absolute ground for their self-exclusion from further deliberations of the case. As the merits were never decided for the reasons stated above, a face-saving solution for them occurred so that the Court did not have to find itself in a position to force both judges to walk out during the deliberations phase. Cf. Case KI 11/09, Tome Krasniqi vs RTK and KEK. Dissenting Opinion on

III. The Case of the Prizren Logo

This case²⁵, also known in public as “Prizren Logo Case”, represents yet another referral that the Court dealt with in its early days. It is for sure one of the most eloquently written and a clear Judgment which contributed immensely in laying the foundation for the rule of law in Kosovo. The issue at stake in this case was the position of the non-majority community living in the old city of Prizren.²⁶ On 22 April 2009, Cemajl Kurtisi, Vice Chairperson of the Municipality of Prizren, filed a referral to the Court claiming that Article 7 of the Statute of the Municipality of Prizren was in violation of Articles 3.1²⁷; 6.1²⁸; and 59.1²⁹ of the Constitution of the Republic of Kosovo. Pursuant to Article 55.4 of the Law on Local Self-Government of the Republic of Kosovo, Law Nr. 03/L-040, dated 20 February 2008, in the event that the Municipality chooses not to review acts or decisions that violate the constitutionality guaranteed rights of communities that have been referred to it by the Deputy Chairperson he or she may then submit the matter directly to the Constitutional Court.³⁰

Interim Measures. Judge Almiro Rodrigues; and Case KI 11/09, Tome Krasniqi vs RTK and KEK. Dissenting Opinion on Interim Measures. Judge Gjyljeta Mushkolaj. pp. 16-36.

²⁵ Judgment in Case No. KO 01/09. Cemajl Kurtishi vs Municipal Assembly of Prizren, dated 18 March 2010

²⁶ Prizren is a city in the South of Kosovo where a beginnings of the political and military activities of the Albanians against Ottoman rule started, to culminate over the years into a very consolidated national resistance movement. This fact is also recognized by the Court in paragraph 43 which, *inter alia*, stated that the “... Court is aware that Albanians identify with the ‘1878’ portrayed in the emblem of the Municipality of Prizren, as described in the Statute of the Municipality. 1878 was the year of the founding of the League of Prizren. Albanian leaders gathered in Prizren on 10 June of that year seeking to achieve an autonomous Albanian State”.

²⁷ Art. 3.1 (Equality Before Law): “The Republic of Kosovo is a multiethnic society consisting of Albanians and other communities, governed democratically with full respect for the rule of law through its legislative, executive and judicial institutions”.

²⁸ Art. 6.1 (Symbols): “The flag, the seal and the anthem are the state symbols of the Republic of Kosovo all of which reflect its multiethnic character”.

²⁹ Art. 59.1 (Right of Communities and Their Members): “Members of communities shall have the right, individually or in community, to: 1. express, maintain and develop their culture and preserve the essential elements of their identity, namely their religion, language, traditions and culture”.

³⁰ (Deputy Chairperson for Communities) Art 54.1 of the Law: “In municipalities where at least ten per cent (10 %) of the citizens belong to the communities not in majority in those municipalities, a post of the Chairperson of the Municipal Assembly for Communities shall be

This right of the Deputy Chairperson is sanctioned by Art. 62 paragraphs 3 and 4 of the Constitution, so that Articles 54.1 and 54.2 and 55.4 of the above Law on Self-Government are identical with it. Furthermore, Article 113.10 of the Constitution says that “ additional jurisdiction shall be determined by law”.

In addition to substantive arguments, maintaining that municipal emblem should symbolize and transmit the message of co-existence of communities and community members and the presence of multiethnic, multicultural, multi-religious and multilingual environment³¹, Mr. Cemajl Kurtisi also raised other arguments of procedural nature, maintaining that emblem was not approved by a two third (2/3) majority of the Assembly as required by Article 7.4 of the Law on Self-Government.³² These claims were denied by the Municipal Assembly³³.

After a long, very detailed, careful examination and evaluation of the facts of the case and arguments of both parties³⁴, the Court found that Municipal Assembly, when making decision adopting Article 7 of the Statute had imposed an emblem which cannot be considered as a common symbol of all Prizren living therein, and outweighed the identity of the ethnic Albanian Community over the identity of other Communities in Prizren³⁵. By doing so the Assembly has violated the Constitution of the Republic of Kosovo, in particular Articles 3; 7.1; 58 and 59.³⁶ This means that, according to the Court, the Municipal Assembly did not have any or proper regard for the fundamental rights and freedoms granted by the Constitution of the non-majority Communities to preserve, maintain and promote their identity. For this reason, the Court in its operative part IV ordered “... the Municipality of Prizren to amend its Statute and its emblem within a period of three months from the delivery of this Judgment in order to bring into conformity with the

reserved for representative of these communities”; Art. 54.2 of the Law: “The post of the Deputy Chairperson of the Municipal Assembly for Communities shall be held by non-majority community’s candidate who received the most votes on the open list of candidates for election to the Municipal Assembly”.

³¹ Paragraph 12 of the Judgment.

³² Paragraph 13 of the Judgment.

³³ For the arguments of the Assembly, cf. Paragraphs 20-25 of the Judgment.

³⁴ Cf. Paragraphs 26-54.

³⁵ Cf. Paragraph 55 of the Judgment

³⁶ Cf. Operative Part No. III of the Judgment.

Constitution and to not exclude the non-majority Communities". This is what in fact happened later on: the Municipality of Prizren did amend Article 7 of its Statute so that the current emblem of the city entirely confirms to the Constitution.³⁷

On the footnote side of this Judgment it is worth mentioning a concurring opinion of Judge Almiro Rodrigues, not that it adds any real value to the majority views as expressed in the Judgment but because of its highly controversial nature. Himself a judge rapporteur, Almiro Rodrigues announced that he would make a concurring opinion on the day the decision was being taken by the Court. In fact, once he produced that, it turned out to be a discussion focusing mainly on the operative part of the Judgment and the very facts and merits of the case itself.³⁸

IV. Tale of Two Presidents

Between September 2010-March 2011, the Constitutional Court ruled on the fate of two Presidents of Kosovo. These two Judgments, one of 28 September 2010³⁹ and the other on 30 March 2011⁴⁰, proved to be the ones having the greatest impact in the institutional life of Kosovo. Since March 2011 there have been going a debate and action was taken in the political scene aimed at changing the provisions of the Constitution regarding the election and competencies of the President of Kosovo.

In the first case, Case KI 47/10, Applicants, 32 Deputies of the Assembly of Kosovo, filed a referral to the Court on 25 June 2010, alleging that the

³⁷ On 18 June 2010, Mayor of Prizren, Dr. Ramadan Muja, sent a letter to the Court asking for an extension of a deadline of three month set by the Judgment KI No. 01/09 be extended for further sixty (60) days. By its Order of 21 June 2010, the Court decided to grant this extension. The Municipality of Prizren finally complied with the Court's Judgment on 24 March 2011, when it adopted Decision Nr. 01/011-3581 Amending the Statute of the Municipality of Prizren.

³⁸ Cf. Concurring Opinion of Judge Almiro Rodrigues to the Judgment in Case No. 01/09, in particular its Paragraph 14.

³⁹ 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.

⁴⁰ 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, Concerning the Election of the President of the Republic of Kosovo of 22 February 2011. Judgment of 30 March 2011.

President Fatmir Sejdiu was committing a serious violation of Article 88.2 of the Constitution by holding the Office of the President of Kosovo and, according to them, the Office of Chairperson / President of the Democratic League of Kosovo (LDK) , then one of the two ruling coalition partners. The key issue, the crux of the Judgment, that the Court had to decide was as to whether there was a legal difference between “exercise” and “freeze” of the public function since President Fatmir Sejdiu was claiming that he had not been exercising his function as a leader of his party, the LDK, since 28 December 2006, a date when he had notified the Party of his decision to “freeze his exercising of the function of Chairman of the Democratic League of Kosovo”.⁴¹ The Applicants, however, were alleging that Article 88 of the Constitution does not speak about “freezing”, that is, that the mere fact of holding two positions by the then President Fatmir Sejdiu of Kosovo represents a serious violation of the Constitution as foreseen in Article 88.2 in connection with Article 83 of the Constitution.⁴²

After submission of their Application, signed by 31 Deputies, three of them withdrew⁴³. In the opinion of legal representatives of the President, this withdrawal rendered the referral inadmissible *ipso facto* because, as they put it, there should be at least 30 deputies who can, within thirty (30) days, challenge the constitutionality of the actions of the President of the Republic.⁴⁴

The Court deliberated in private the referral on 22 September 2010, and decided both its admissibility and the merits. As to admissibility, the Court

⁴¹ Cf. Paragraph 21 of the Judgment.

⁴² Cf. Paragraphs 11-16 of the Judgment. Article 88. 2 of the Constitution states that “... After the election, the President cannot exercise any political party functions”, while Article 83 sanctions the status of the President to the effect that he/she “.. is the head of state and represents the unity of the people of the Republic of Kosovo”.

⁴³ Cf. Paragraph 7 of the Judgment.

⁴⁴ Cf. Paragraphs 17-29 of the Judgment. “Thirty (30) or more deputies of the Assembly are authorized to refer the question of whether the President of the Republic of Kosovo has committed a serious violation of the Constitution” (article 113. 6 of the Constitution); “The 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” (Article 45 of the Law No. 03/L-121 on the Constitutional Court of the Republic of Kosovo of 16 December 2008).

stated that the matter is “referred to it in a legal manner by the authorized party”, notwithstanding the withdrawal of three deputies from the case.⁴⁵ This means that the Court took the stance that the moment of referring the matter to it is the moment that determines the fact if an applicant is an authorized party. Furthermore, the Court noted that even after a party withdraws it still can take action on the referral. As for the deadline of 30 days from the violation as foreseen under the Constitution,⁴⁶ the Court considered that the alleged violation presents a continuing situation since (former) President Fatmir Sejdiu of Kosovo was holding these two offices, both as President of the Party and the Republic of Kosovo, even at a time when the referral had been submitted, that is from 28 December 2006 to 25 June 2010.

On the merits of the case, the Court found that there was a violation of Art. 88.2 of the Constitution⁴⁷ in holding of the two mentioned functions, with reasoning that it is not possible to “freeze” a party function as alleged by the then President Fatmir Sejdiu. Furthermore, the Court decided that since the President and his Party, the Democratic League of Kosovo, “benefit their association with one another”,⁴⁸ it practically means that he exercised his function as a Party leader at the same time while being President of the Republic of Kosovo. This fact alone constitutes a serious violation of the Constitution of Kosovo, said the Court, namely its Article 88.2, by holding the office of the President of the Republic and at the same time holding the office of the Chairman/President of the Democratic League of Kosovo⁴⁹.

Two dissents were filed in this case, by Judges Snezhana Botusharova and Almiro Rodrigues respectively⁵⁰ The key points of the dissent dealt with

⁴⁵ Cf. Paragraphs 30-47 of the Judgment.

⁴⁶ Art. 113. 6 of the Constitution (Jurisdiction and the Authorized Parties): “Thirty (30) or more deputies of the Assembly are authorized to refer the question whether the President of the Republic of Kosovo has committed a serious violation of the Constitution”.

⁴⁷ Art. 88.2 of the Constitution (incompatibility): “After election, the President cannot exercise any political party function”.

⁴⁸ Cf. Paragraph 68 of the Judgment.

⁴⁹ Cf. Operative Part II of the Judgment.

⁵⁰ Joint Dissenting Opinion of Judge Almiro Rodrigues and Judge Snezhana Botusharova: Case No. KI 47/10 Naim Rrustemi and 31 Other Deputies of the Assembly of the Republic of Kosovo vs His Excellency, Fatmir Sejdiu, President of the Republic of Kosovo, Dated 12 October 2010.

the following: the issue of the authorized party, time limits for submission of application in such cases, substantiation of the referral and, finally, the issue of the use of *travaux préparatoires* (preparatory works) when deciding the matter.

As for the “authorized party”, the dissenters argued that once three out of 31 MPs withdrew their consent from the Referral of 25 June 2010, the case became inadmissible since “... it requires the same applicants to stay until the end of the proceedings”.⁵¹ Further than this, the dissenters argued that not only persons, but as well as “*petitum* and reasons for the *petitum*” must remain, as they put it, “stable” from the notification of the case to the opposing party until the final decision of the case.⁵² With this position, two dissenting judges effectively ignored, or forgot, the provision of the Section 32 of the Rules of Procedure of the Court giving a discretion to the Court to decide on the referral.⁵³ In fact, nowhere did the dissenters even bother themselves to engage in a discussion of this kind dealing with the exceptional cases that may arise in the work of the Court.

Regarding the time limit of 30 days for failing a referral with the Court in cases of serious violations of the Constitution by the President of the republic, the dissenters rightly noticed that “...the aim of the rule is to prevent authorities and other persons concerned from being kept in a state of uncertainty for a long period of time”. They utterly wrong, however, when they contest majority opinion that recognized that the then President Fatmir Sejdiu of Kosovo had violated the Constitution ever since he became head of the state without relinquishing at the same time his position as the leader of the Democratic League of Kosovo, but, instead, choose to “freeze” it. Dissenters argued that 30 days time limit has lapsed long time ago and that 32 MPs had no right to file that referral because there was no “continuous violation” of the

⁵¹ Cf. Paragraph 10 of the Joint Dissenting Opinion

⁵² Cf. Paragraph 10 of the Joint Dissenting Opinion

⁵³ Section 32 of the Rule of Procedure of the Court (Withdrawal of Referral):

“(1) A party which has filed a referral may withdraw the referral any time before the beginning of a hearing on such referral.

(2) Irrespective of a withdrawal pursuant to paragraph (1), the Court may determine to decide on the referral. In such event, the Court shall decide without a hearing on the basis of the referral and a reply, if any, and any documents attached thereto.

(3) The Secretariat shall inform all parties in writing of a withdrawal by a party and of a determination by the Court to decide on the referral despite withdrawal of the referral”.

Constitution as stated by majority because “this concept considers situations as continuing because of the absence of a domestic remedy, which put an end to them or because the existing remedies are ineffective”.⁵⁴ Dissenting judges say nothing about which domestic remedy has ever there been available and to whom, as well as to whether that remedy, if any, has been effective at all. No such remedy exists in the constitutional order of Kosovo as far as the President of the Republic is concerned. In fact, no pure impeachment procedure exists in Kosovo that can be triggered against the President independently, that is, without a previous decision taken by the Constitutional Court. In addition to this, dissenters are wrong on this for yet another reason: serious violations of the Constitution by the President may represent an act only but the violation itself cannot ever be self-remedied (fixed by itself) within a period of thirty (30) days. The same applies with the period of six (6) months within which a law (or provisions of it) can be challenged by an authorized party before the Constitutional Court⁵⁵. Both of these provisions of the Law on Constitutional Court must be ignored in practice and should be considered as redundant or a sham because if applied as suggested by two dissenters it would mean that after 30 days (in case of serious violations of the Constitution by the President) or 60 days (in case of challenges of the legal provisions) actions of the head of state and unconstitutional legal provisions shall be recovered with the passing of time. I consider that this goes against a very old Roman legal maxim: *quod ab initio vitiosum lapsu temporis conualescere nequit*.

The following subject raised in the dissent has to do with the substantiation of the referral wherein two issues single out. First, dissenters argued that the referral was manifestly ill-founded due to the lack of convincing evidence in support of alleged violation. This meant, according to the dissenters, that applicants should have proved the serious violation of the Constitution being committed by the President through different means, although judges themselves say nothing as to the type of evidence that should

⁵⁴ Cf. Paragraph 21 of the Joint Dissenting Opinion.

⁵⁵ Article 30 (Deadlines) of the Law on Constitutional Court:

“ A referral made pursuant to Article 29 of this Law shall be filed within a period of six(6) months from the day upon which the contested act enters into force”.

Article 45 (Deadlines) of the Law on Constitutional Court:

“The 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”.

have been put forward by the applicants. All they say in paragraphs 31 and 32 of the Dissenting Opinion is an *in abstracto* elaboration of the Strasbourg case law without any concrete context relative to the one under discussion. The same applies, second, to the next issue raised on the merits of the case, that is, the violation of the principle of justice and equality of arms of the President of the Republic because, as they put that, there were no oral proceeding at all and that arguments of the Responding Party, the President of the Republic, should have been communicated to the Applicants for comments or, even more, should have been discussed in a public hearing. In support of their views, dissenters quoted Article 55 of the German Law on the Federal Constitutional Court dealing with the procedure for impeachment of the Federal President.⁵⁶ This is, as noted, an utterly wrong view for in the constitutional order of Kosovo there is no impeachment procedure that exist alone and separate from a prior decision of the Constitutional Court confirming the existence of serious violation of the Constitution by the President of the Republic. In addition to this, as a rule, the proceeding before the Constitutional Court are written while oral hearings are an exception in case the Court considers that it would contribute to further the legal and factual aspects of the referral being dealt before the Court. This is a general rule in all Constitutional Courts of Europe and beyond.⁵⁷

In addition to this flaw regarding the impeachment argument, the dissenters' argument that the communications and briefs of the President as a Responding Party should have been sent to the applicants is as well of a dubious nature. This is so due to the fact that if done so that would have rendered much harder the legal position of the President and, for sure, it would have indeed violated the principle of justice and the equality of arms, quite the opposite of what the dissenters argue feebly. The burden of further proof would have been shifted onto the Respondent Party, an alleged violator

⁵⁶ Cf. Paragraphs 31-34 of the Dissenting Opinion.

⁵⁷ Wojciech Sadurski, *Constitutional Justice, East and West: An Introduction*. In Wojciech Sadurski (ed), *Constitutional Justice, East and West: Democratic Legitimacy and Constitutional Courts in Post-Communist Europe in a Comparative Perspective*, pp. 1-18; John Ferejohn and Pasquale Pasquino, *Constitutional Courts as Deliberative Institutions: Towards an Institutional Theory of Constitutional Justice*. In Wojciech Sadurski (ed), *Constitutional Justice, East and West: Democratic Legitimacy and Constitutional Courts in Post-Communist Europe in a Comparative Perspective*, pp. 21-36.

of the Constitution. Both oral hearing and further communication of the President's response would have been seen, in all likelihood, as a masquerade and the show of force by the Court.

The same as above applies *travaux preparatoires* to the arguments of the dissenters regarding the non-use of the *travaux preparatoires* by the Court while deciding the merits of this case. Dissenters are right when they say that the "may be used to help to resolve an ambiguity in the text, to confirm a meaning attributed by the use of other rules or to avoid an absurdity".⁵⁸ It should be noted, however, that the Court during the procedural work on this referral has asked the Assembly of Kosovo and itself searched for the *travaux preparatoires* of the case, but to no avail. What would be the result, one may ask, had the there been available to the Court the *travaux preparatoires* of Article 88 of the Constitution? It should be noted, again like in the above – noted issues of this case, it would have had a negative impact on the President's position before the Court. Two caveats are proper here. First, the Responding Party, The President, never asked the Court to make use of the *travaux preparatoires* for Article 88 of the Constitution.⁵⁹ This means that any official move by the Court for the purpose of evaluating the validity of the *travaux preparatoires* for Article 88 of the Constitution would have been an action *ultra vires* of the Court. Second, few days following the decision of the Court, The Responding Party, the President Fatmir Sejdiu of the Republic, resigned from his office as the head of state. Only following the resignation he started arguing that there had been an "unwritten" agreement between him and some important international actors allowing him to insert the current provision of Article 84 of the Constitution and, at the same time, granting him a firm right to "freeze" his position as a Party Leader and to continue to exercise his position as the President of the Republic of Kosovo⁶⁰.

⁵⁸ Cf. Paragraph 42 of the Joint Dissenting Opinion.

⁵⁹ Cf. Paragraphs 17-29 (Response of the President) of the Joint Dissenting Opinion.

⁶⁰ President Fatmir Sejdiu of Kosovo resigned on 27 September 2010. Since then he has been arguing publically for an alleged existence of a political agreement between him and other (both national and international) actors supporting his "freeze" of the position as a Party Leader. He has been arguing that, in addition to this, that this alleged agreement served as a back up for *travaux preparatoires*, that is, it allegedly has served as a back bone to the drafting and current shape of Article 84 of the Constitution. Cf. Enver Robelli, Doli prej zarfit, tash nuk del prej zyres!

In the second case, Case No. 29/11 of 30 March 2011, in a strict sense of the terms, the Court did not review the actions (or behavior) of the President Behxhet Pacolli of Kosovo. It rather had to do with the actions or behavior of the Assembly of Kosovo and its members during the procedure for election of the President of the Republic which took place on 22 February 2011.⁶¹ A day earlier, the Speaker of the Assembly of Kosovo summoned the deputies for an extraordinary session to be held next day. The agenda for this extraordinary session had to do with the election of the new President following the resignation of the previous one, Mr. Fatmir Sjediü. The only candidate proposed for this office was Mr. Behxhet Pacoli. During the voting that took place on 22 February 2011 three opposition parties LDK (Democratic League of Kosovo), AAK (Alliance for the Future of Kosovo) and VV (“Vetvendosja”) did not participate so that the number of those participating in the process was 67 out of 120 deputies and with one single candidate, the Assembly of Kosovo after a third round of voting elected Mr. Behxhet Pacolli as a President of the Republic. Within eight days, that is, on 1 March 2011, Sabri Hamiti and 33 other deputies filed a referral with the Court contesting the constitutionality of the procedure for election of the President of the Republic of Kosovo as applied in the extraordinary session of the Assembly held on 22 February 2011,

(Came Out of an Enverlop, Now Does Not Go Out of the Office!). KOHA DITORE (Pristina-based daily newspaper), Marte (Tuesday), 10 korrik 2012 (10 July 2012) pp. 10. In this article, the author mentions former President’s firm belief as to the existence of the above-noted “oral” agreement between him and other international actors.

⁶¹ According to Article 86 of the Constitution of Kosovo, the President of the Republic is elected by the Assembly. This procedure will change in the near future allowing for a direct election of the President of Kosovo. This change that might occur in the future is a result of the decision of the Court in this very case declaring unconstitutional the decision of the Assembly on the election of the President Behxhet Pacolli as President of Kosovo. It should be noted here that the indirect for the Presidents in former Communist countries is an exception. The change (or the adoption of) the mode of (direct) election of the head of state in these countries has been part of their efforts to control (or a result of an increase in) the dictatorship tendencies within them and, at the same time, to enable this institution to play its role as a guarantor of institutional stability and separation of powers, that is, to enable the head of state to exercise its “neutral powers” in a way that promotes and develops the new identity of constitutionalism in the former Communist countries of South East Europe. Cf. more on this in a collection of essays: Anton Bebler and Jim Seroka (eds.), *Contemporary Political Systems: Classifications and Typologies* (Lynne Rienner Publishers: Boulder and London, 1990); Arend Lijphart (ed), *Parliamentary versus Presidential Government* (Oxford University Press: Oxford, 1992).

alleging a violation of Article 86 (Election of the President) of the Constitution. The Applicants in particular claimed that Article 86, paragraphs 4, 5 and 6 of the Constitution had been violated in view of the lack of necessary quorum during the vote, lack of any opposing candidate and the interruption of voting during the election procedure.⁶² The Court, after having declared the referral admissible on formal grounds⁶³, went on to analyze the merits of each count. Via comparative methodology, the Court rightly found that Art. 86 was violated not because of the quorum, which is a different issue, but because of the fact that in first two rounds it is required that two third of the deputies participate and that there should be more than one candidate. By going with only one candidate in all three phases of the process and with only 67 deputies present and voting throughout, the Assembly violated not only Article 86 of the Constitution but also the spirit very nature of the provisions regulating the position and the role of the President as a representative of the unity of the people. The Court did not say something which is, that is, that the 2/3 majority is meant to compensate for the legitimacy the direct election of a President creates. This means that in such a qualified majority and with at least two candidates, the winner would potentially reflect the will of the majority of the citizens of Kosovo. This was not, however, the view of the two judges who filed their dissent in this case, finding the decision of the majority as erroneous⁶⁴. Their arguments, however, appear to say the contrary. The view of the dissenters is utterly non-professional and is based on extra legal and extra constitutional arguments. Their main concern that they turn into an argument has to do with the consequences of the decision of the Court. They believed that the decision of the majority “forces the dissolution of the Assembly and new national elections”. That is, the two dissenting judges believed that the decision of the Court declaring that the Assembly violated the Constitution on 22 February 2011 by electing Mr. Behxhet Pacolli as a President of the Republic is equal to saying that the Assembly has failed to elect a President after third round of the voting and, by default, there should be

⁶² Cf. Paragraphs 23-38 of the Judgment.

⁶³ Cf. Paragraphs 57-61.

⁶⁴ Case No. KO 29/11. Sabri Hamiti and Other Deputies of the Assembly of Kosovo. Constitutional Review of the Decision of the Assembly of the Republic of Kosovo No. 04-V-04 Concerning the Election of the President of the Republic of Kosovo, Dated 22 February 2011. DISSENTING OPINION OF JUDGES ROBERT CAROLAN AND ALMIRO RODRIGUES, DATED 30 MARCH 2011.

national elections after 45 days⁶⁵. This is a very basic mistake and a lack of understanding of the role and the position of the Court as a final interpreter of the Constitution. Decision of the majority did not say, and it could not have said, that the Assembly had failed to elect President of the Republic. What did it say, however, is that the Assembly of Kosovo elected a new President on 22 February 2011 in an unconstitutional manner, meaning that those thirty eight or so days Kosovo has had an (unconstitutional) President and that all of his actions were valid: no institutional vacuum existed between February 22 - March 30, 2011 (the last being the date the Court issued its decision). This further means that the Speaker of the Assembly became acting Head of State from the very moment the Court issued its decision on 30 March 2011, that is, the situation was as same as that created with the resignation of the President Fatmir Sejdiu of the Republic of Kosovo.

This view of the majority seems to have been difficult to be understood by not only two dissenting judges but as well as by the Government of Kosovo, Mr. Behxhet Pacolli himself and the Assembly. All of them asked for further clarification of the above noted decision of the Court, leading to a second pronouncement by the Court through a clarification judgment. The Court issued its Clarification Judgment on 1 April 2011 addressing the concerns and ambiguities expressed by the Government, President Behxhet Pacolli himself and the Speaker of Assembly. The Clarification went along all the lines as noted above and closed forever the tale of two Presidents thus paving the way for the election of the new (current) President Mrs. Atifete Jahjaga of the Republic of Kosovo on 7 April 2011. Her position, nevertheless, was contested again before the Court but on different grounds, that is, on the ground of preventive control of the constitutional amendments to the Constitution of

⁶⁵ Article 82 of the Constitution (Dissolution of the Assembly):

“1. The Assembly shall be dissolved in the following cases:

- (1) If the government cannot be established within sixty (60) days from the date when the President of the Republic of Kosovo appoints the candidate for Prime Minister;
- (2) If two thirds (2/3) of all deputies vote in favor of dissolution, the Assembly shall be dissolved by a decree of the President of the Republic of Kosovo;
- (3) If the President of the Republic of Kosovo is not elected within sixty (60) days from the date of the beginning of the president's election procedure.

2. The Assembly may be dissolved by the President of the Republic of Kosovo following a successful vote of no confidence against the Government.”

Kosovo⁶⁶. In responding to this challenge, the Court found that there is unconstitutional every move, through amendment or else, aimed at terminating the constitutional mandates prematurely including that of the current President Mrs. Atifete Jahjaga of the Republic of Kosovo: the termination of constitutional mandates may and should occur only through constitutionally predetermined ways⁶⁷. This aim of Kosovar politics to use the Constitutional Court for its daily political purposes was defeated and the continuation of the mandate of the current President of the Republic secured. It was a triumph of constitutionalism against political currents that tried to oust a constitutional body, the head of state, through the use of a legal technique for constitutional change, e.g. the constitutional amendment.

V. PAK Case

The case known as “PAK” (Privatization Agency of Kosovo) has do with the constitutional review of the Decision of the Special Chamber of the Supreme Court of Kosovo, ASC – 09 – 089, dated 4 February 2010.⁶⁸

The Applicant claimed, in particular, that the above-noted decision of the Special Chamber, which was subject of constitutional review, violated: Article 3.2. (Equality Before Law); 31.2 and 2 (Right to Fair and Impartial Trial); 54 (Judicial Protection of Rights); 102.2 to 4 (General Principles of the Judicial System); 112.2 (General Principles); 116.3 (Legal Effect of Decisions); 143 (Comprehensive Proposal for the Kosovo Status Settlement); 145.2 (Continuity of International Agreements and Applicable Legislation) of the Constitution as well as Article 13 (Right to Effective Remedy) of the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms (“ECHR”).

⁶⁶ Article 113 of the Constitution (Jurisdiction and Authorized Parties):

“9. 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”.

⁶⁷ Cf. _ Judgment in Referrals K.O. 29/12 and K.O. 48/12. Proposed Amendments of the Constitution submitted by the President of the Assembly of the Republic of Kosovo on 23 March 2012 and 4 May 2012. Dated: 20 July 2012. Cf. Paragraphs 244-286 of the Judgment.

⁶⁸ Judgment in Case No. KI 25/10. Applicant: Kosovo Privatization Agency. Constitutional review of the Decision of the Special Chamber of the Supreme Court of Kosovo, ASC 09–89, Dated 4 February 2010.

The crux of the issue of this Referral boils down to two positions taken by the Special Chamber, namely, that the PAK was a de facto agency operating under a de facto law having a quality of an internal regulation, not a proper law on PAK⁶⁹. This general position of the Special Chamber, which it pursued since its establishment after the war of Kosovo (June 10, 1999), touched the very essence of the “pouvoir constitutif” of Kosovo as expressed clearly on 17 February 2008 (declaration of independence by Kosovo elected representatives) as well as the exercise of public authority by duly established authorities of Kosovo after that date (“pouvoir constitue”). This general position needs some further clarification for readers as to the following: what is the Special Chamber? What is its authority? What is “PAK” and the status of the Law under which it operates within the legal and constitutional order of Kosovo?

Process of privatization in Kosovo following the installation of the June 1999 international administration under the auspices of the United Nation, known as UNMIK (United Nations Mission in Kosovo), has had its specificities. In fact, every process of privatization following the collapse of Communism in 1989 has been specific and was dependent on internal characteristics of each and every country⁷⁰. In this regard, Kosovo is not an exception. Specificities of Kosovo consist, inter alia, in that the whole process of privatization has been conducted by UNMIK while domestic organs and bodies served as non-decision making authorities. In essence their representation there was just for the sake of appearances⁷¹. The legal basis for this kind of privatization that took place after June 1999 in Kosovo was UNMIK Regulation 2002/12 on Kosovo Trust Agency of 13 June 2002. According to this Regulation, Kosovo Trust Agency (the “KTA”) served as an institution that has conducted the entire privatization process in Kosovo after

⁶⁹ Law No. 03/L-067 on the Privatization Agency of Kosovo of 21 May 2008

⁷⁰ Cf. more on this in an eloquent study by Csongor Kuti, *Post-Communist Restitution and the Rule of Law* (Central European University Press: Budapest/New York: 2009)

⁷¹ Cf. more on this in an article in Albanian, with a summary in English, written by Haxhi Gashi, *Konflikti Lidhur me Privatizimin e Ndermarrjeve Shoqerore: Ndryshimi i Ligjit per Dhumen e Vecante te Gjykates Supreme, i Ligjit per AKP-ne dhe Ligjet Relevante* (The Conflict of Laws Concerning the Socially Owned Enterprises). *E DREJTA/LAW* (Kosovo) No. 2/2011, pp. 47-63.

June 10, 1999, while the Special Chamber of the Supreme Court of Kosovo was a body to decide on privatization-related matters.⁷²

Following the declaration of independence of Kosovo on 17 February 2008, the Assembly of Kosovo enacted a Law on the Establishment of the Privatization of the Privatization Agency of Kosovo, Law No. 03/L-067 on the Privatization Agency of Kosovo of 21 May 2008, based on its “*pouvoir constitue*” as a sovereign and independent country. According to this Law, the UNMIK Regulation 2002/13, as Amended, will cease to have legal effect on the date this Law enters into force. The Assembly of Kosovo had earlier enacted a Law No. 03/L-053 on the Jurisdiction, Case Selection and Case Allocation of EULEX Judges and Prosecutors in Kosovo of 13 March 2008, which was designed to regulate the integration and jurisdiction of the EULEX judges and prosecutors in Kosovo. This Law, however, seems to have been a source of misunderstanding because of the interpretation given to it by the Special Chamber of the Supreme Court of Kosovo. The Chamber instead of using this Law as a basis for bridging the differences between kosovar judges and prosecutors and their EULEX colleagues, it denied the legal status to PAK on privatization matters and continued to treat the KTA as the only representative before the Chamber while the Law No. 03/L-067 as an internal regulation that has to be respected and applied by a *de facto* agency known as PAK.

This position of the Special Chamber, expressed in its challenged Decision ASC – 09- 089 of 4 February 2010, was a subject of review by the Constitutional Court in its Judgment No. KI 25/10 of 31 March 2011. The Court found that Decision ASC-09-089 noted above was in violation of many norms and values of the Constitution of Kosovo. For our discussion, however, the main part of the Judgment is not the Court’s analysis of violations of individual provisions of the Constitution and its core values⁷³, but the part contained in the analysis of the Court regarding the “*pouvoir constitutif*”. That analysis is contained in paragraph 54 of the Judgment of the Court. The Court made it clear in highly professional terms to the Special Chamber that the constituent powers of the Republic of Kosovo as expressed in a decision declaring the independence of Kosovo on 17 February 2008, not based in the

⁷² Cf. UNMIK Regulation No. 2002/13 on the Special Chamber of the Supreme Court of Kosovo on Trust Agency Related Matters, as Amended. Dated: 13 June 2002.

⁷³ Cf. Paragraphs 45-53 and 55-62 of the Judgment.

norm of an earlier legal order as Carl Schmitt would put it⁷⁴, supersede and suppress powers of all other authorities. These powers, exercised by Kosovo on 17 February 2008 are original ones and do not stem from the previous legal order created by UNMIK based on the UN Security Council No. 1244 of 10 June 1999. As such, they do not violate neither general nor particular norms of international law. This position of the Constitutional Court is entirely in line with the reasoning and spirit of the Advisory Opinion on Kosovo of the International Court of Justice of 22 July 2010⁷⁵. With this Judgment the Constitutional Court clearly told the Special Chamber that it is part and parcel of the constitutional and legal order of Kosovo, with a special standing within this order, which means that it had no right to pick and choose at its will the laws it had to apply. The Chamber should, instead, serve as an integral part of the Supreme Court of Kosovo whose main function is to take care for a uniform application of law throughout the territory of Kosovo. This is in essence the very role and a duty of every supreme court, or of a similar equivalent having the highest judicial rank in a given country in every legal system of the earth.

Conclusion

In this paper, we dealt with key decision of the Court which, in our opinion, paved the way for the future stable case law of the Court and laid the basis for its main function as a guardian of the Constitution. This does not mean, however, that other decisions of the Court did not have an important or quite similar effect. It is just the space and time that forced us to select these cases here and discuss them in depth, hoping that it will serve as a starting point for future research and comment in the scholarly milieu interested in Kosovo and its Constitutional Court.

In the RTK Case, first case that the Court handled upon its becoming effective in September of 2009, had to do with an interim measure and two

⁷⁴ Cf. more on this in Carl Schmitt, *Political Theology; Four Chapters on the Concept of Sovereignty* (The University of Chicago Press: Chicago, 2005) pp. 16-35; Slobodan Samardzic (ed), *Norma i Olduka: Karl Smit i Njegovi Kriticari ("Filip Visnjic": Beograd, 2001) pp. 85-124.*

⁷⁵ "Accordance With International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo". INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Advisory Opinion. Date: 22 July 2010. Cf. in particular paragraphs 52-56; 74-84; 96-109; 114-121.

dissenting opinions filed against this decision of the Court imposing interim measures. Its uniqueness rests not only in the strange fact of the dissent filed in a decision on non-merits, but as well in that it sent a clear message to the Assembly of Kosovo as to the defects of its Law on Radio and Television of Kosovo and the manner it was being implemented then. The issue of dissent filed by two judges on a decision on interim measures revealing their stance on the merits of the case that we discussed herewith is also important for it reveals the difficulties of the first days of the establishment of the Court and the lack of knowledge and expertise within the Court.

The case of Prizren Logo, a highly sensitive politically, is of importance for the fact that the Court rose in protection of the core constitutional values of equality, diversity, democracy and the rule of law. It protected non-majority communities through a firm stance as to the role of their diverse identity within Kosovo society and its constitutional values. The Court recognized the historical importance of the city of Prizren for Albanian nation in the Balkans as a whole. Yet it did reconcile it with the core values of the Constitution of Kosovo and its deep orientation towards a society based on the rule of law and democracy.

In the cases of two Presidents of the Republic, the Court made it clear that no one is above the law. Following these two decisions, the constitutionalization of the political discourse took firm stand. Before they were taken few, if any, of the politicians took note of the existence of a document called Constitution of the Land that needs to be applied and respected with due care. The dissent filed in this case is more to the point compared with the first ever case discussed herewith (the RTK Case). However, the arguments of the two dissenters are more of non-constitutional nature and are driven by their legitimate fear as to the stability of the country following the decision of the Court declaring unconstitutional the decision of the Assembly electing Mr. Behxhet Pacoli as a new President of the Country. What dissenters did not grasp was the fact that the Court never in its decision left any doubt as to the vacuum, namely it made it clear that the elected President was unconstitutional but with no retroactive force: Mr. Behxhet Pacolli had been a legitimate President of the Country for around 38 days and that all his actions have been constitutionally valid until the Court's decision was taken saying that the decision of the Assembly was not in line with the Constitution.

Last case, the PAK Case, is among those case that do not catch the public eye and attention, yet it is of a great importance for the rule of law and legal security of citizens and other legal subjects. As noted, the issue had to do with a complaint of individual constitutional rights. However, the Court's reasoning in this case goes beyond that and touches upon the vital segments of the rule of law in a country: legal predictability and security caused by the non-uniform application of laws by the highest judicial authority, e.g. the Special Chamber of the Supreme Court. In this case the Court in a very professional manner, via referring to the Advisory Opinion of the International Court of Justice in the Kosovo Case, made a perennial distinction existing in constitutional law and discourse, that is, between the constituent powers (*pouvoir constitutif*) and constituted powers (*pouvoir constitue*).