



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

Pristina, 23 decembar 2015 godine
Br. Ref.:MM878/15

Suprotno mišljenje sudije Bekima Sejdiua u slučaju KO130/15

I. Opšte napomene

U slučaju KO130/15, Sud je većinom glasova odlučio:

- A) DA PROGLASI zahtev prihvatljivim;
- B) DA UTVRDI da će Asocijacija/Zajednica opština sa srpskom većinom biti uspostavljena kao što je predviđeno Prvim sporazumom, ratifikovanim od strane Skupštine Republike Kosovo i proglašenim od strane predsednice Republike Kosovo;
- C) DA UTVRDI da Principi izrađeni u „Asocijacije/Zajednice opština sa srpskom većinom na Kosovu – opšti principi/glavni elementi“ nisu u potpunosti usklađeni sa duhom Ustava, član 3. [Jednakost pred zakonom], stav 1, Poglavljem II [Prava i osnovne slobode] i Poglavljem III [Prava zajednica i njihovih pripadnika] Ustava Republike Kosovo;
- D) DA UTVRDI da zakonski akti Vlade Republike Kosovo i Statut koji sprovode Principe da bi bio u skladu sa duhom Ustava, član 3. [Jednakost pred zakonom], stav 1, Poglavlje II [Prava i osnovne slobode] i Poglavlje III [Prava zajednica i njihovih pripadnika] Ustava Republike Kosovo, treba da ispunjava ustavne standarde i posebno da bude u skladu sa članovima 3, 7, 12, Poglavlje II [Prava i osnovne slobode] članovima 21, i 44, Poglavlje III [Prava zajednica i njihovih pripadnika] članovima 57, 59, 60, 61, i 62, takođe i članovima 79, 81, 93, 101, 113, 123, 124 i 137 Ustava Republike Kosovo kao što je obrazloženo presudom;

.....

Iako delim mišljenje većine o prihvatljivosti zahteva, i veoma cenim napore da se prilagode moji stavovi o meritumu, nažalost i uz dužno poštovanje za većinu sudija, moje mišljenje se fundamentalno razlikuje u pogledu obrazloženja i nekih ključnih zaključaka Suda, koji se odnose na meritum slučaja. Shodno tome, ne slažem se sa odlukom koju je donela većina sudija u slučaju KO130/15. Moje neslaganje se zasniva na dva osnovna razloga. Prvo, mišljenja sam da Ustavni sud (u daljem tekstu: Sud) ovom odlukom ne daje razumljiv i zadovoljavajući odgovor na pitanje koje je predsednica postavila u zahtevu KO 130/15. Drugo, većina je izvela neka pogrešna tumačenja i zaključke, koji nisu bili korisni za sprečavanje svake dalje ustavne konfuzije po relevantnim pitanjima iznetim u zahtevu KO 130/15. Na ovaj način ova odluka ne pruža neophodna autoritativna uputstva za razjašnjenje ustavnih polemika u vezi sa ovim zahtevom.

II. Istorijat

Ovaj zahtev je podnela predsednica Republike Kosovo (u daljem tekstu: predsednica) u skladu sa članom 83. i članom 84. stav 9 Ustava Republike Kosovo.

Predmet ovog zahteva je tumačenje saglasnosti Opštih principa/Glavnih elemenata Asocijacije/Zajednice opština sa srpskom većinom (u daljem tekstu: Principi Asocijacije) sa duhom Ustava, član 3 (1), Poglavlja II i III Ustava Republike Kosovo.

U zahtevu koji je podnela predsednica se od Suda, konkretno, traži da odgovori na sledeće pitanje:

“Imajući u vidu da principi Zajednice regulišu stvaranje i funkcionisanje Zajednice opština sa srpskom većinom na Kosovu, da li su ovi principi i elementi u skladu sa duhom Ustava, članom 3. stavom 1 (multietnička priroda), Poglavljem II (osnovna prava i slobode) i Poglavljem III (prava zajednica i njihovih pripadnika) Ustava Republike Kosova?”

III. Pravna priroda dokumenta pod nazivom: “Asocijacija/Zajednica opština sa srpskom većinom na Kosovu – opšti principi/glavni elementi”.

Sud izbegava opis pravne prirode dokumenta pod nazivom „Asocijacija/Zajednica opština sa srpskom većinom na Kosovu – opšti principi / glavni elementi“. Ovo oklevanje inspiriše rasuđivanje većine u celoj odluci, što je dovelo do konfuznog i nejasnog tumačenja prirode obaveza koje proističu iz ovog „dokumenta“.

U zahtevu, podnosilac koristi opštu terminologiju kako bi opisao pravnu prirodu dokumenta pod nazivom „Principi Asocijacije“. Na ovo ukazuju dole navedeni stavovi citirani iz zahteva:

“Principi Zajednice, u obliku pravnog akta koji je odobren od strane premijera Republike Kosova...”

[...]

Principi Zajednice su jedan dokument potpisan od strane premijera i predstavljaju nadležnost Vlade da stvori pravni entitet koji proizvodi pravne efekte u ustavnom redu Republike Kosova...

[...]

...“Principi Zajednice” je dokument koji nije međunarodni sporazum već sprovodljivo zakonodavstvo jednog međunarodnog sporazuma...

[...]

Principi Zajednice kao međusobni pravni akt, koji proizilazi iz Sporazuma o normalizaciji, dodaje i druge elemente u postupak stvaranja i samog pravnog

entiteta (Zajednice), i prethodi povelji (dekretu Vlade Kosova o osnivanju, prema članu 2 principa Zajednice), dakle služeći kao ograničavanje povelje.

Gore navedeni opisi pružaju tri elementa za opisivanje atipične pravne prirode dokumenta pod nazivom „Principa Asocijacije“: prvo „Principa Asocijacije“ je pravni akt; drugo, „Principa Asocijacije“ proističu iz „Prvog sporazuma“, i imaju za cilj sprovođenje obaveza sadržanih u njima; treće, „Principa Asocijacije“ dodaju novi element prvobitnih obaveza predviđenih „Prvim sporazumom“.

Ni opšta pravna terminologija, a ni pravni sistem Republike Kosovo ne predviđaju neki konceptualni prostor za razlikovanje značenja termina „posredni pravni akt“. Međutim, to ovde nije slučaj, već se radi o definiciji „pravnog akta“ jer je to veoma uobičajen doktrinarni napor u pravnoj teoriji i praksi.

Jedan od najčešće pominjanih doktrinarnih izvora za definiciju „pravnog akta“ je knjiga Hansa Kelzena „Čista teorija prava“.¹ Kelzen definiše pravni akt kao „akt kojim se stvara (figurativno rečeno „stvara“) ili sprovodi pravna norma“. Dalje, Kelzen pojašnjava „akt je akt kojim se uspostavlja ili akt za sprovođenje zakona samo ako odgovara normama kojima se reguliše uspostavljanje i sprovođenje zakona u pravnom sistemu, što znači, samo ako je predmetni akt zasnovan na pravnom sistemu“.

U ovoj fazi, Principi Asocijacije ne ispunjavaju kriterijume da budu obeleženi kao međunarodni sporazum – bez obzira na sličnosti (tj. tekst dokumenta je dogovoren u međunarodnom političkom procesu i potvrđen je inicijalima premijera dveju zemalja, odnosno Republike Kosovo i Republike Srbije). U formalnom smislu, zakonske obaveze koje proističu iz Principa Asocijacije, a koje je preuzela Republika Kosovo, proizvode ustavna dejstva. Samim tim, ovaj „dokument“ predstavlja pravni akt, u okviru domaćeg pravnog sistema Republike Kosovo, na osnovu činjenice da isti uvodi nove formalne norme u domaći pravni sistem.

Po mom mišljenju, složenost političke i pravne pozadine u kojoj su Principi Asocijacije, kao pravni akt, uspostavljena i upućena Sudu radi njihove ocene, ne bi trebalo da spreči Sud da uistinu reši pravno pitanje koje mu je uputio šef države, odnosno predsednica Republike Kosovo (u tom smislu, podsećam da je i Vlada Kosova u više navrata izjavljivala da neće preduzimati bilo kakve korake u pravcu sprovođenja Principa Asocijacije, pre ocene njihove ustavnosti od strane Suda, te da će poštovati svaku odluku Suda). Ni Sud se ne sme sprečavati u tome da na nedvosmislenom i jasnom pravnom jeziku reši pitanje (ne) usaglašenosti Principa Asocijacije, pozivajući se na argument da Kosovo ima obavezu da uspostavi Asocijaciju/Zajednice, koja proizilazi iz Prvog sporazuma, koji je propisno ratifikovan i proglašen. Važno je istaći da se i u odluci koju je donela većina (stav 104) s pravom navodi da su „...pitanja koja su pokrenuta u ovom zahtevu relevantna i od velike važnosti za ustavni poredak Kosova. Štaviše, ne postoji nijedna druga institucija u Republici Kosovo gde bi podnositeljka mogla pokrenuti ta pitanja“.

IV. Propust da se odgovori na suštinu ustavnog pitanja upućenog Sudu

¹ Hans Kelzen, *Čista teorija prava* (1960; Knight prev.), Berkeley 1967, Union (N.J.) 2002.

Odluka koju je donela većina nije odgovorila na suštinu pitanja, to jest da li su Principi Asocijacije u skladu sa duhom i članom 3 [Jednakost pred zakonom], stav 1, Poglavlje II [Prava i osnovne slobode] i Poglavlje III [Prava zajednica i njihovih pripadnika] Ustava.

Odluka s pravom identifikuje određene stavove iz Principa Asocijacije koji su u suprotnosti sa Ustavom, ali ne doseže da ih jasno i nedvosmisleno kvalifikuje kao takve. Pored toga, odluka ne pruža jasne ustavne smernice da se izbegne protivrečnost između ovih odredaba Principa Asocijacije sa Ustavom.

- ***Protivustavne odredbe Principa Zajednice su identifikovane u odluci, ali nisu adekvatno rešene***

Odluka koju je donela većina Suda govori, na prilično relativnom jeziku, da su neke odredbe Principa Asocijacije u suprotnosti sa Ustavom.

Tako, stavovi 153 i 154 odluke glase:

“153. Sud primećuje da Principi u vezi sa organizacionom strukturom Asocijacije/Zajednice pokreću zabrinutost u pogledu poštovanja različitosti zajednica stanovnika u opštinama članicama, i odražavanje ove različitosti u kadrovskoj strukturi Asocijacije/Zajednice kao što je predviđeno Ustavom Republike Kosovo.

154. Sud podseća da tačka 3 Prvog sporazuma određuje da će se struktura Asocijacije uspostaviti na istoj osnovi kao u postojećem statutu o Asocijaciji kosovskih opština, npr. predsednik, potpredsednik, skupština, veće.”

Sud koristi fleksibilan pojam „izaziva zabrinutost“, u vezi sa različitošću opština zajednica, umesto jasnog ustanovljavanja da je ova činjenica u suprotnosti sa duhom Ustava a, posebno, člana 3.1 (kao što će se razraditi u nastavku teksta).

U odnosu na napred navedeno, u stavu 155, većina Suda iznosi još jednu problematičnu sugestiju, kada zaključuje:

“...155. Sud nalazi da, kad se ovi Principi o organizacionoj strukturi Asocijacije/Zajednice budu izradili u zakonski akt i Statut, oni će obezbediti poštovanje različitosti zajednica stanovnika u opštine članice, shodno članovima 3, 7, 57.1, 61. i 62. Ustava.”

Ova linija razmišljanja se ponavlja i u drugim stavovima odluke koju je donela većina, gde je protivrečnost između pojedinih stavova Principa Asocijacije sa Ustavom „primećena“: Stavovi 137/138 (ciljevi Asocijacije); Stavovi 166/167 (pravo Asocijacije da promoviše interese srpske zajednice na Kosovu u svojim odnosima sa centralnim vlastima); Stav 166/1967 (zakonodavna inicijativa); Stavovi 180/181 (finansijski transfer sa centralnih vlasti na opštine i dodeljivanje prava opštinama da odlučuju o sopstvenim troškovima).

Pravni akt, koji koristi jezik odluke “će razraditi” odredbe Asocijacije, prvenstveno je dekret, koji predstavlja samo akt za sprovođenje koji proističe iz Načela Asocijacije (Sud u odluci navodi i statut).

Kao što jezgrovito ističe zahtev koji je podnela predsednica, Načela Asocijacije imaju uslovno dejstvo na osnivački akt, odnosno dekret. Takođe, treba istaći da će se statut Asocijacije integrisati u pravni sistem Kosova, isključivo putem dekreta Vlade/premijera. Dakle, samo dekret će biti prihvatljiv za direktno razmatranje od strane Suda – u skladu sa stavom 2 Načela Asocijacije. Kao takav, dekret ne može suštinski da izmeni Načela Asocijacije, kao što sugerise odluka koju je donela većina, već suprotno tome, Načela Asocijacije utvrđuju opšte pravne granice u kojima se mora usvojiti dekret. Dakle, proizilazi da dekret ne sme biti u suprotnosti sa Načelima Asocijacije. Sledstveno, dekret ne može da ima korektivnu funkciju u smislu eliminacije odredaba Načela Asocijacije koje su u suprotnosti sa Ustavom.

Odluka doneta većinom ne razrađuje uzročno pravni odnos između principa Asocijacija sa uredbom i drugim odgovarajućim zakonodavnim aktima, koji će služiti u svrhu uspostavljanja Asocijacije/Zajednice. Valja istaći da je u stavu 114 odluke predviđeno da će „zahtev o principima na kojima će se Asocijacija/Zajednica osnovati kao što je predviđeno tački 1. Prvog sporazuma“. To pokazuje jasno da principi Asocijacije razjašnjaju pravne granice za osnivanje i rad Asocijacije/Zajednice. Kao takvi, oni ne mogu biti dopunjeni uredbom ili statutom, kao što odluka Suda pogrešno sugerise.

Moje je uverenje da će se ishod ove linije obrazloženja, koju je sledila većina, biti da u svakoj važnoj fazi osnivanja i funkcionisanja Asocijacije/Zajednice pojaviti potreba da tumači i reinterpreтира nesklad između ustavnih principa sa odredbama od principima Asocijacije i odgovarajućeg zakonodavstva.

- ***Pogrešno tumačenje određenih ključnih odredbi principa Asocijacije***

Ja se ne slažem sa nekim zaključcima većine koji se ogledaju u odluci u vezi sa nekim ključnim elementima principima Asocijacije.

Dakle, u razradi pravnih osnova za uspostavljanje Asocijacije, odluka zamagljuje granicu između tri različita poglavlja/domena Ustava, naime, član 12 [Lokalna Vlast]; Poglavlje II [Prava i Osnovne Slobode] i Poglavlje X [Lokalna Samouprava i Teritorijalna Organizacija]. To dovodi do nepravilne posledice - barem na posredan način, da se pravni osnov za uspostavljanje Asocijacije/Zajednice može zaključiti iz ova tri poglavlja.

Dakle, u razradi “pravnog okvira” principa Asocijacije, odluka glasi:

“Sud dalje podseća da je Asocijacija/Zajednica predviđena Prvim sporazumom, inter alia, tačka 3. predviđa da “Strukture Asocijacije/Zajednice biće uspostavljene na istoj osnovi kao u postojećem statutu o asocijaciji kosovskih opština, tj. imaće predsednika, potpredsednika, skupštinu i veće.”

[...]

“To znači da član 12, član 21.4 i član 44, kao i član 124.4 Ustava biće uzeti u obzir.”

Dalje, odluka doneta od strane većine zaključuje u nedostižnom jeziku:

“... Sud smatra da pri elaborisanju poglavlja Principa o zakonskom okviru u pravni akt, Vlada mora da ispuní ustavne standarde. Imajući u vidu da ovaj pravni akt definiše prirodu Asocijacije/Zajednice koja će biti osnovana, on mora biti u skladu sa članovima 12, 21.4 i 44. Ustava, kao i sa članom 124.4 Ustava. (136).

Član 12. [Lokalna vlast] ima dva paragrafa, i određuje da su opštine osnovna teritorijalna jedinica lokalne samouprave u Republici Kosovo i da se organizovanje i nadležnosti lokalnih samouprava se regulišu zakonom.”

Ovaj član ne predviđa pravni prostor da bilo koja vrsta udruženja opština ima status posebne jedinice samouprave.

Član 21. Ustava [Opšta Načela] je suštinski deo Poglavlja II [Prava i Osnovne Slobode]. Paragraf 4. ovog člana određuje da:

“Ustavom utvrđena prava i osnovne slobode važe i za pravna lica, onoliko koliko su izvodljiva.”

Član 44. garantuje pravo na slobodu udruživanja, kao jedno od osnovnih ljudskih prava i sloboda, koje prema članu 21. će se proširiti i na pravna lica onoliko koliko su izvodljiva.

Sloboda udruživanja je vitalan komponent korpusa ljudskih prava i sloboda koje pripadaju pojedincima, bilo individualno ili putem pripadanja kolektivitetu/grupi.

Međutim, suprotno obrazloženju odluke donete od strane većine, ustavne odredbe koje se odnose na osnovna ljudska prava ne primenjuje se na javne institucije, koje obavljaju javne funkcije – kao što su opštine.

Kao dodatni argument, član 59. [Prava Zajednica i Njihovih Pripadnika], paragraf 14. Ustava, koji se poziva u odluci, predviđa pravo pripadnika zajednica, da individualno ili u zajednici:

“... osnivaju udruženja za kulturu, umetnost, nauku i obrazovanje, kao i školska i druga udruženja za izražavanje, negovanje i razvoj svog identiteta.”

Ponovo, ovo pravo pripada kategoriji ljudskih prava koja su priznata pripadnicima etničkih zajednica, individualno ili kolektivno, a ne opštinama, udruženjima formiranih od njih, ili drugim javnim organima vlade.

Obrazloženje većine Suda propusti da pravi jasnu razliku između slobode udruživanja, kao osnovno ljudsko pravo (član 44.), sa članom 124.4 [Organizovanje i Funkcionisanje Lokalne Samouprave] Ustava, koji predviđa međuopštinsku saradnju i preko-graničnu saradnju u skladu sa Zakonom.

Postoje tri pravna važna činjenica, zanemarene odlukom postignutom većinom, koja razjasni pitanje pravnog osnova za opštine da formira Asocijaciju/zajednicu.

Prvo, opštine ne mogu da se oslanjaju na član 21. i 44. Ustava, kao pravni osnov za formiranje Asocijacije/Zajednice, jer pitanje ljudskih prava u ustavnom poretku Republike Kosovo ne može biti podvrgnut *ad-hoc* teritorijalno zasnovanim pravnim režimima. Opštine predstavljaju osnovnu jedinicu lokalne samouprave, koje imaju teritorijalni identitet.

Član 4, stav 1, Zakona o lokalnoj samoupravi Kosova definiše opštine kao:

“... osnovna jedinica lokalne samouprave u Republici Kosova koju čini zajednica građana određene teritorije koja je zakonom definisana i koja je ovlašćena da se bavi svim pitanjima koja nisu izričito rezervisana centralnoj vlasti.”

Član 21 [Opšta Načela], stav 1 Ustava proglašava da: „Ljudska prava i osnovne slobode su neodvojiva, neotuđiva i neosporiva i čine osnov pravnog reda Republike Kosovo.”

Kao opšti principi „nedeljivosti“, kao osnovan odlik svakog modernog pravnog režima za zaštitu ljudskih prava, sprečava bilo kakvu vrstu „deljivosti“, uključujući teritorijalnu zasnivanu.

Drugo, član 123, stav 3 Ustava, propisuje:

“Aktivnosti organa lokalne samouprave se zasnivaju na ovaj Ustav i zakone Republike Kosovo, i poštuju Evropsku povelju lokalne samouprave“.

Evropska povelja o lokalnoj samoupravi (član 10, stav 1), utvrđuje da u ostvarivanju svoje vlasti:

“lokalne vlasti imaju pravo da u vršenju svojih ovlašćenja međusobno sarađuju i da, u skladu sa zakonom, formiraju konsorcijume sa drugim lokalnim vlastima radi obavljanja poslova od zajedničkog interesa”.

Prema ovom rasporedu Evropske povelje o lokalnoj samoupravi, udruženje opština je vezi sa ostvarivanjem svojih (javnih) funkcija. Prema tome, osnova saradnje i udruživanja može biti zajednički interes opštine - ne interes pojedinih grupa u opštinama, bilo da su etničke, verske, ideološke ili neke druge (kao što je slučaj sa Asocijacijom/Zajednicom).

Treće, član 31 [Pravo opštine na udruživanje] Zakona o lokalnoj samoupravi propisuje:

“U cilju zaštite i promovisanja zajedničkih interesa opštine mogu osnivati i pripadati udruženjima koja rade u skladu sa zakonom.”

U logičnom tumačenju ove odredbe ovog Zakona, koja ima karakter *Lex Specialis* za ovu pravnu oblast, asocijacija opština treba da se formira od samih opština, a ne od strane centralnih vlasti. To nije slučaj sa Asocijacijom/Zajednicom, koja će u skladu sa principima Asocijacije biti osnovana Uredbom Vlade/premijera (po toj logici, ništa ne bi sprečilo Vladu Republike Kosova da koristi ovaj presedan u budućnosti da se

stvari, dekretima, drugih etnički zasnovanih asocijacija opština, koje imaju javne funkcije).

U svetlu gore navedenog, obrazloženje većine Suda po pitanju pravnog okvira za osnivanje Asocijacije/Zajednice, kao što je predviđeno principima Asocijacije, se zasniva na netačnim čitanjem članova 12, 21, 44 i 124 Ustava. Ja sam mišljenja da ni član 12 (kojim se uspostavljaju opštine kao osnovne teritorijalne jedinice lokalne samouprave); ni članovi 21 i 44 (koji se odnose na osnovna ljudska prava i slobode), niti član 124 (u vezi sa lokalnom samoupravom), ne pružaju pravnu osnovu za uspostavljanje Asocijacije/Zajednice, u pravnom formatu predviđenim principima Asocijacije.

To ne znači, međutim, da opštine nemaju pravo da formiraju asocijacije. Ustav i odgovarajući zakoni Republike Kosovo obezbeđuju uživanje tog prava od strane opština i to pravo pripada i opštinama koji bi trebalo da se pridruže Asocijaciji/Zajednici srpskih opština na Kosovu. Ali, to mora da se uradi u okviru ustavnih i zakonskih ograničenja na snazi u vreme njihovog nastanka.

Većina je napravila još jedno slabo tumačenje prava Asocijacije/Zajednice za pokretanje postupka pred Ustavnim sudom (stav 11 principima Asocijacije). Odlukom donetom od strane većine Suda je utvrđeno:

“Sud nalazi da Asocijacija/Zajednica može pokrenuti postupak pred Ustavnim sudom, gde Asocijacija/Zajednica kao entitet koji ima pravni subjektivitet, može tvrditi da je žrtva kršenja Ustavom zagarantovanih osnovnih prava i sloboda, u smislu člana 113.7 Ustava.”

Ovaj zaključak većine se zasniva na pogrešnoj pravnoj korelaciji između članova 21.4 i 113.7 Ustava.

Ovo tumačenje je kontradiktorno samo po sebi, jer stav 11 principa Asocijacije predviđa da:

“Asocijacija/Zajednica će imati pravo da pokreće ili učestvuje u postupcima pred nadležnim sudovima, uključujući i Ustavni sud, protiv svih dela i odluka bilo koje institucije koje pogađaju ostvarivanje prava Asocijacije/Zajednice u skladu sa njenim Statutom.”

Član 113.7 Ustav, pomenut u odluci većine, predviđa da:

“Pojedinci mogu da pokrenu postupak ako su njihova prava i slobode koje im garantuje ovaj Ustav...”

Čak i ako Asocijacija/Zajednica bude kvalifikovana kao pravno lice, u smislu člana 21.4, što ja smatram netačnom interpretacijom, član 113.7 neće odobriti Asocijaciji/Zajednici pravo da se podnese Ustavnom sudu akte ili odluke javnih institucija, koje će uticati na vršenje Asocijacije/Zajednice svojih ovlašćenja u skladu sa Statutom.

Vlast javnih institucija ne može biti u vezi sa ljudskim pravima pojedinaca ili kolektiviteta, u smislu njihovog obraćanja pred Ustavnim sudom - kao gore navedeno

obrazloženje dato od strane većine. Pored toga, pravo Asocijacije/Zajednice da pokrene postupak pred Sudom ne spada u okvir člana 113.4, koji ovlašćuje opštine, ali ne i udruženja opštine, da ospore ustavnost zakona ili akata Vlade koji krše njihove odgovornosti ili umanjuju njihove prihode, kada su opštine pogođene nekim zakonom ili aktom.

V. Nekompitabilnost principa Asocijacije sa duhom Ustava, člana 3. stav 1 (Multietnička priroda), Poglavlje II [Prava i Osnovne Slobode] i Poglavlje III [Prava Zajednica i Njihovih Pripadnika] Ustava Republike Kosovo

Principi Asocijacije krše duh Ustava, član 3 [Jednakost pred Zakonom], stav 1, Poglavlje II [Prava i Osnovne Slobode] i Poglavlje III [Prava Zajednica i Njihovih Pripadnika] Ustava.

Duh Ustava se brani integrisanim i istinskim tumačenjem osnovnih odredbi (koje uključuju osnovna načela ustavnog poretka), kao i sistematskim i doslednim čitanjem operativnih odredbi (putem kojih se osnovne ustavne principe materijalizuju). Moje je verovanje da su principi Asocijacije u suprotnosti sa nekim od najosnovnijih načela ustavnog poretka Republike Kosova.

• Ustavna tenzija između stava 8 principa Asocijacije sa načelnima suvereniteta.

Stav 8 opštih principa uspostavlja horizontalnu liniju institucionalne interakcije između Asocijacije/Zajednice sa centralnom vladom. Pored toga što je u suprotnosti sa članom 93.6 Ustava, koji daje mandat Vladi Kosova „... da usmerava i nadzire rad administrativnih organa“, ovaj stav dodaje veliku zabunu u pogledu vertikalne linije distribucije i dostave javne vlasti u Republici Kosovo. Shodno tome, načela Asocijacije zamagljuju liniju hijerarhijskog reda između centralnih vlasti Republike Kosovo sa Asocijacijom/Zajednicom. Postojanje institucionalne vertikalne linije prema kome je javni organ u određenoj zemlji dostavljen, čini stub načela suvereniteta.

Suverenitet predstavlja jedan od najbitnijih principa garantovanim Ustavom. U najčešćoj i pojednostavljenijoj definiciji, suverenitet znači da je država najviši politički autoritet u okviru svojih granica i samostalna je i ravnopravna u formalnom smislu sa ostalim državama u međunarodnom domenu. Unutrašnja dimenzija suvereniteta je materijalizovana kroz integrisane i hijerarhijske institucionalne strukture.

Bilo bi pogrešno da se zaključi da načela Asocijacije direktno krše načela suvereniteta. Ali, one ne krše. Principi Asocijacije predviđaju da je Asocijacija/Zajednica obavezna prema zakonu Kosova. Međutim, u najosnovnijoj ilustraciji, suverenitet se manifestuje kroz dvostruk proces kreiranja i sprovođenja normi i politika. Činjenica da stav 8 principa Asocijacije utvrđuje horizontalnu liniju komunikacije i saradnje može stvoriti ustavne konfuzije u pogledu vršenja javnih ovlašćenja. Treba napomenuti, kao dodatni subjektivni faktor, da politički stavovi dve aktera u procesu stvaranja Asocijacije/Zajednice, odnosno Republika Srbija i predstavnici opština koji bi trebalo da sastave Asocijaciju/Zajednica, pogoršavaju

tenziju između principa Asocijacije sa načelom suvereniteta. Podsećam da obe stranke/akteri otvoreno izražavaju svoje protivljenje državnosti Kosova i odbacuju njegov suverenitet.

- ***Principi Asocijacije predviđaju novu jedinicu samouprave – Asocijacije/Zajednice***

Principi Asocijacije predviđaju osnivanje Asocijacije/Zajednice sa mnogim elementima i funkcijama zasebne jedinice samouprave sa, *inter alia*, izvršnim tipom nadležnosti. Principi Asocijacije definišu Asocijacije kao „pravno lice“ sa „posebnim karakterom“ (stav 2). Za razliku od Asocijacije/Zajednice, Statut Asocijacije kosovskih opština, na primer, definiše Asocijacije kao „neprofitabilnu organizaciju koja je pravni subjekat, koja predstavlja opšte interese svojih članova - lokalne vlasti (član 2.1, Statuta Asocijacije kosovskih opština).

U definisanju ciljeva Asocijacije, član 4 principa Asocijacije propisuje:

“U skladu sa Prvim sporazumom, Asocijacija/Zajednica će kao glavne ciljeve obavljanja svojih javnih funkcija i usluga ...”

Pružanje „javnih funkcija“ je atribut državnih organa, koji, po pravilu, ne pripada nevladinom sektoru ili privatnim organizacijama. U skladu sa tim, pažljivo tumačenje „Ciljeva“ Asocijacije kosovskih opština vodi do istog zaključka, pri čemu se ciljevi ove Asocijacije svode uglavnom na pružanju usluga svojim članovima (tj. opštinama).

Postoje i drugi elementi principa Asocijacije koji daju Asocijaciji/Zajednici osobine zasebne jedinice samouprave koja vrši izvršnu vlast, pored nadzornih i reprezentativnih funkcija. Neke od ovih elemenata su sledeći:

- Opštine nemaju pravo/zakonsku mogućnost da napuste Asocijaciju (stav 17 principa Asocijacije) - za razliku od Asocijacije kosovskih opština, gde, u skladu sa članom 5.1.4 Statuta „*Skupština Opštine može doneti odluku o povlačenju iz članstva u Asocijaciji*“.
- Zaposleni u administraciji Asocijacije će „imati koristi“ od Zakona o državnoj službi (ovaj Zakon se primenjuje na zaposlene u javnom sektoru).
- Principi Asocijacije uspostavljaju da će Asocijacija/Zajednica imati pravo bude suglasnik kompanije koje pružaju lokalne usluge u okviru Asocijacija/Zajednice i da imaju svoj budžet, koji će se rukovođen u skladu sa zakonom o javnoj nabavci i da će biti predmet revizije od strane generalnog revizora.

Svi ovi elementi, pruženi principima Asocijacije, daju Asocijaciji/Zajednici atribute zasebne jedinice samouprave, koje su date određenim izvršnim vlastima. Ovo nije u smislu člana 12. i člana 124. Ustava [Organizovanje i Funkcionisanje Lokalne Samouprave].

- ***Principi Asocijacije su nekompatibilna sa načelom multietniciteta i nediskriminacije***

Odluka većine ne uspostavlja jasnu kontradiktornosti između principa Asocijacije i dva osnovna načela Ustava, odnosno načelo multietničnosti i nediskriminacije.

Član 3.1., Ustava propisuje:

“Republika Kosovo je multietničko društvo, koje se sastoji od Albanaca i ostalih zajednica, kojom se upravlja na demokratski način, poštujući vladavinu zakona, preko zakonodavnih, izvršnih i pravosudnih institucija”.

Član 24 [Jednakost pred Zakonom] propisuje:

“1. Pred zakonom su svi jednaki. Svako ima pravo na jednaku zakonsku zaštitu, bez diskriminacije.

2. Niko se ne sme diskriminisati na osnovu rase, boje, pola, jezika, veroispovesti, političkog ili nekog drugog uverenja, nacionalnog ili društvenog porekla, veze sa nekom zajednicom, imovine, ekonomskog ili socijalnog stanja, seksualnog opredeljenja, rođenja, ograničene sposobnosti ili nekog drugog ličnog statusa.

3. Načelo jednakosti pred zakonom ne sprečava sprovođenje i usvajanje privremenih mera, neophodnih za zaštitu i napredak prava pojedinaca i grupa koje nisu jednake. Takve mere se mogu sprovoditi samo do ostvarenja cilja radi kojeg su uspostavljene.”

Član 57 [Opšta Načela], stav 1, Poglavlje III [Prava Zajednica i Njihovih Pripadnika] propisuje:

“Stanovnici koji pripadaju istoj nacionalnoj ili etničkoj, jezičkoj ili verskoj grupi koja je tradicionalno prisutna na teritoriji Kosova (zajednice), uživaju posebna prava koja su određena ovim Ustavom, pored ljudskih prava i osnovnih sloboda, određenih Poglavljem II ovog Ustava.”

Član 58 [Odgovornosti Države] glasi:

“1. Republika Kosovo će osigurati odgovarajuće uslove koji će omogućiti zajednicama i njihovim pripadnicima da čuvaju, štite i razvijaju svoj identitet.

[...]

4. Republika Kosovo će po potrebi usvojiti adekvatne mere koje mogu da budu neophodne za unapređenje potpune i stvarne jednakosti između pripadnika zajednica u svim oblastima privrednog, socijalnog, političkog i kulturnog života.”

U opštoj pravnoj doktrini i praksi, diskriminacija se definiše kao praksa nepravednog tretiranja lica ili grupe lica u odnosu na druga lica ili grupe ljudi. U tom smislu, član 1 Međunarodne konvencije o ukidanju svih oblika rasne diskriminacije definiše „rasnu diskriminaciju“ kao:

“...odnosi se na svako razlikovanje, isključivanje, ograničavanje ili davanje prvenstva koji se zasnivaju na rasi, boji, precima, nacionalnom ili etničkom porijeklu koji imaju za svrhu ili za rezultat da naruše ili da kompromitiraju

priznavanje, uživanje ili vršenje, pod jednakim uvjetima, prava čovjeka i osnovnih sloboda na političkom, ekonomskom, socijalnom i kulturnom polju ili u svakoj drugoj oblasti javnog života..”

Član 4 ove Konvencije propisuje:

“Specijalne mjere koje su donesene jedino u svrhu da se osigura odgovarajući napredak izvjesnih rasnih ili etničkih grupa ili osoba kojima je nužna zaštita koja može biti potrebna radi jamčenja, uživanja i ostvarenja prava čovjeka i osnovnih sloboda pod jednakim uvjetima ne smatraju se kao mjere rasne diskriminacije, pod uvjetom da nemaju za rezultat održanje različitih prava za razne rasne grupe i da se ne održavaju na snazi kada se postignu ciljevi zbog kojih su ove mjere bile poduzete.”

Principi Asocijacije obuhvata teritorijalni pristup zasnovan na pravima određene etničke zajednice u Republici Kosovo, odnosno kosovskih Srba. U vezi s tim, dve osnovne komponente principa Asocijacije, naime etnička i geografska, proizvode novu pravnu realnost u Republici Kosovo, pri čemu određeni deo etničke srpske zajednice koja živi u Republici Kosova dobija kolektivno drugačiji, što znači napredniji, politički i pravni status u zemlji. Ovo razlikovanje stvara „povoljnije“ i „manje povoljnije“ društveno-političke kolektivitete - koji su definisani objektivnim elementima etničke pripadnosti i geografije. Shodno tome, nova pravna realnost koja će se kreirati principima Asocijacije i pravnim aktima koji ih njih proizilaze će biti u suprotnosti sa načelom multietničnosti i nediskriminacije, koji su sastavni elementi duha Ustava i stoga predstavljaju jedan od osnovnih načela ustavnog poretka Republike Kosova.

Postoje dva sloja diferencijacije predstavljena Načelima Asocijacije.

Prvi sloj diferencijacije između kosovskih Srba koji žive u opštinama koje su uključene u Asocijaciji/Zajednici i kosovskih Srba koji žive u drugim opštinama Republike Kosovo koji nisu uključeni u Asocijaciji/Zajednici. Očigledno, samo kosovski Srbi koji žive u opštinama u kojima su Srbi u većini - u demografskom smislu „imaju koristi“ od naprednog političkog položaja koji je dat od strane Asocijacije/Zajednice. Druga kategorija kosovskih Srba, na primer, neće imati pravo prilikom izbora Skupštine, kao glavni organ Asocijacije/Zajednice, i, samim tim, u drugim organima Asocijacije (stav 6 Načela).

Drugi sloj diferencijacije je između kosovskih Srba koji žive u opštinama uključenim u Asocijaciji/Zajednici sa građanima drugih nacionalnosti, koji žive u ovim opštinama.

Asocijacija/Zajednica je etnocentrična i to je, takođe izraženo u njenom nazivu: „Opštine sa većinskim srpskim stanovništvom“, umesto da se koristi druga terminologija koja nije isključiva duž linije društvenog identiteta (npr, navodeći opštine sa njihovim zvaničnim imenima).

Kao što je razrađeno gore, pravni okvir, kao i važeći međunarodni standardi, ne predviđaju da je saradnja opština motivisana ciljem unapređenja interesa pojedinih, etničkih ili drugih grupa, koje žive ili borave u tim opštinama. Jedini legitimni i pravni osnov saradnje između opština, uključujući i u obliku udruživanja, je

unapređenje interesa opština, kao celine, što znači svih građana koji žive ili borave u tim opštinama, bez obzira na etničku pripadnost.

To nije slučaj sa Asocijacijom/Zajednicom, a to se odražava u principima Asocijacije. Bošnjak koji živi u Leposaviću ili Rom u Gračanici, na primer, iako mogu da plate porez i glasaju u svojim opštinama, oni neće imati pravo da budu predstavljeni od strane Asocijacije/Zajednice, koja je sastavljena, *inter alia*, od njihova opština, samo zbog njihove etničke pripadnosti. Štaviše, njima će biti uskraćeno pravo da budu birani ili zaposleni u određenim pozicijama i funkcijama stvorenim od strane Asocijacije/Zajednice. Podsećam da će prema stavu 9 principa „Asocijacija/Zajednica promovisati interese srpske zajednice na Kosovu u svojim odnosima sa centralnim vlastima“.

Institucionalno razlikovanje grupa, uključujući etničke grupe, nije samo dozvoljeno, već je ponekad potrebno da se prilagodi specifičnim potrebama i društveno - političkoj aspiraciji. Ipak, diferencijacija nikada neće uneti ili proizvesti nejednakost. Odvojeno, ali jednako nije formula primenjiva principima Asocijacije. Shodno tome, razlika u tretmanu između različitih grupa zasnovana isključivo na rasnim elementima, kao što je nacionalnost, predstavlja diskriminaciju.

Važno je naglasiti da Ustav i relevantni međunarodni pravni instrumenti predviđaju tretiranje određenih grupa odvojeno, u pozitivnom smislu. Ali, to može samo poslužiti u dva legitimna cilja: očuvanje određenih specifičnih prava i sloboda koje proističu iz različitih društvenih identiteta određenih grupa, ili postizanje cilja jednakosti među različitim grupama. U slučaju *SEJDIĆ I FINCI protiv BOSNE I HERCEGOVINE*, Evropski sud za ljudska prava (u daljem tekstu „ESLJP“), je potvrdio:

“... diskriminacija znači različito tretiranje lica koja se nalaze u sličnoj situaciji bez objektivnog i razumnog opravdanja. „Nepostojanje objektivnog i razumnog opravdanja“ znači da sporna razlika ne slijedi „legitiman cilj“ ili da nema „razumnog odnosa proporcionalnosti između sredstava koja se koriste i cilja koji se želi postići.“

Dalje, nakon naglašavanja da „etničko porijeklo i rasa predstavljaju srodne pojmove“, ESLJP je utvrdio:

“... gdje se razlika u tretmanu zasniva na rasi i etničkom porijeklu, pojam objektivnog i razumnog opravdanja mora se tumačiti što je moguće preciznije.”

ESLJP je naglasio da član 14 Evropske konvencije o ljudskim pravima:

“... ne zabranjuje stranama ugovornicama da različito tretiraju grupe kako bi ispravile „činjenične nejednakosti“ između njih. I zaista, u određenim situacijama, ne pokušati ispraviti nejednakosti kroz različit tretman, bez objektivnog i razumnog opravdanja, može dovesti do kršenja tog člana.”

Dokument pod nazivom Načela Asocijacije ne obezbeđuju cilj, niti bilo koje razumno opravdanje za dvostruku razliku u tretmanu koje proizvodi. Prema tome, smatram da dvo-slojevit diferencijacija ustanovljena Načelima Asocijacije krši principe multietničnosti i nediskriminacije Ustava.

U sažetku, uz dužno poštovanje, ne slažem se sa donetom odlukom većine sudija u slučaju KO130/15 i izražavam suprotno mišljenje o odluci, jer sam mišljenja da princip Asocijacije, kao pravni akt, proizvode značajne efekte za ustavni poredak Republike Kosovo. Ovaj efekat se manifestuje kroz ustavnu nekompatibilnost, koja proističe iz suprotnosti mnogih odredaba Načela Asocijacije sa nekim od osnovnih načela Ustava. Puna implementacija Načela Asocijacije u okviru postojećeg ustavnog poretka Republike Kosovo će biti ustavna anomalija. Stoga, da bi se ovo izbeglo, ili Ustav treba izmeniti, da bi se stvorio popustljiv ustavni okvir za implementaciju Načela Asocijacije, ili principi Asocijacije (zajedno sa implemntacijom zakonodavstva) treba smisleno izmeniti i iznova formulisati kako bi bila u skladu sa Ustavom. U pokušaju da se postavi srednji put, većina Suda je donela odluku, koja, po mom mišljenju, ne sprečava nastavljanje ustavnog neslaganja između principa Asocijacije sa Ustavom.

S poštovanjem podnosi,



Bekim Sejdiu
Sudija

