



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

Priština, 5. jula 2013. god.
Br.ref.:MK460/13

Slučaj br. KI52/12

Podnosilac

Adije Iliri

**Ocena ustavnosti odluke Vrhovnog suda Republike Kosovo,
Ac. br. 95/2011, od 8. decembra 2011. god.**

**Podudarno mišljenje
sudije Almira Rodriguesa**

Uvod

1. Pozdravljam presudu Ustavnog suda, kojom su proglašene nevažeće odluke Vrhovnog suda Kosova PPC.br.33/2011, od 23. avgusta 2011. god. i Ac. br. 95/2011, od 8. decembra 2011. god., i naloženo Okružnom sudu u Prizrenu da ponovi postupke od 9. i 13. jula 2009. god. i da pozove podnosioca zahteva da prisustvuje tim postupcima.

2. Međutim, uz dužno poštovanje, ja se ne slažem sa obrazloženjem koje je ovom prilikom iskoristio Sud. U nastavku, ja ću nabrojati posebne razloge zašto se ja ne slažem sa obrazloženjem po mišljenju Suda.
3. U stvari, dve isprepletane odluke Vrhovnog suda se ocenjuju ovde: odluka Mlc. br. 2/2010, od 10. juna 2010. god., kojom se potvrđuje odluka I. Agj. br. 2/2009/16 Okružnog suda u Prizrenu, od 19. januara 2010. god. i odluka Ac. ao. 95/2011 od 8. decembra 2011. god., kojom se odbija kao neosnovan zahtev podnosioca zahteva za ponavljanje postupka u slučaju I.Agj.br.2/2009/16 Okružnog suda u Prizrenu, od 19. januara 2010. god. Sve u svemu, ove dve odluke Vrhovnog suda su donete u vezi sa jednom istom odlukom I. Agj. br. 2/2009/16 Okružnog suda u Prizrenu, od 19. januara 2010. god. i jedna odluka ne može se videti bez druge, pošto su logično međusobno zavisne.
4. U stvari, nalog Ustavnog suda Okružnom sudu u Prizrenu da ponovi postupke od 9. i 13. jula 2009. god. i da pozove podnosioca zahteva da prisustvuje tim postupcima, nije u skladu sa pravnim posledicama proglašenja nevažećim odluke Vrhovnog suda Kosova PPC.br.33/2011, od 23. avgusta 2011. god. i A.c.br. 95/2011, od 8. decembra 2011. god.
5. Štaviše, pravilo 74. (1.) Poslovnika o radu Suda utvrđuje da:
U slučaju da je Podnesak predat u skladu sa članom 113.7 Ustava, ukoliko Sud zaključi da je Sud doneo odluku koja krši Ustav, on će takvu odluku poništiti i istu vratiti sudu koji je doneo na ponovno razmatranje u skladu sa presudom Suda.
6. Po mom mišljenju, Sud je prevazišao svoje nadležnosti kada je zaključio nalogom za Okružni sud "da ponovi postupke od 9. i 13. jula 2009. god. i da pozove podnosioca zahteva da prisustvuje ovim postupcima". *Ustavni sud bi trebalo da bude ograničen i da "proglasi takvu odluku nevažećom i vrati odluku sudu koji je i doneo [Vrhovnom sudu] na ponovno razmatranje u skladu sa presudom [Ustavnog] Suda".* Do Vrhovnog suda je da ponovno razmatra svoju presudu u skladu sa presudom Ustavnog suda.
7. Istina je da u skladu sa načelima pravičnog suđenja, organ koji donosi odluke kvalifikuje se kao „tribunal“ samo ukoliko, pre donošenja svoje odluke, pruža svim stranama mogućnost da predstave svoje mišljenje.
8. Međutim, u interesu proceduralne efikasnosti, posebno u tim slučajevima koji zahtevaju brze odluke, postoje pojednostavljeni postupci koji su u početku unilateralni: na primer, privremene ili zaštitne mere ili, u ovom konkretnom slučaju, hitno izvršenje zahteva.
9. U takvim slučajevima, sudija odlučuje ili samo na osnovu navoda tužioca ili organa gonjenja, ukoliko ovi navodi imaju makar jedan *fumus boni iuris* i da su dovoljno ubedljivi, ili na osnovu neposredno izvršnih sudskih odluka. U ovom slučaju odluka je samo privremena i zainteresovane strane mogu pokrenuti odgovarajuće postupke pred nadležnim sudovima kako bi je izdvojili; ali, u tom slučaju, postupci postaju kontradiktorni. To je sve radi poštovanja uslova iz člana 6.(1) EKLJP.

10. Cilj mog podudarnog mišljenja je da ispitam ove dve odluke Vrhovnog suda, kako bi izvukao zakonske posledice.
11. Ja sam svestan toga da, da bi došao do oblasti ustavnosti, što je i srž nadležnosti Ustavnog suda, kad tad moram proći kroz oblast zakonitosti. Ipak, to se dešava samo u cilju boljeg objašnjenja mog mišljenja o suštinskim ustavnim aspektima slučaja.
12. S tim u vezi, ja ću navesti sažetak odgovarajućih i relevantnih činjenica u vezi sa svakom odlukom, naznačiti primenjivi zakon, oceniti ove činjenice u svetlu primenjivog zakona i izvući zaključak.

Odluka Vrhovnog suda Mlc. br. 2/2010 od 10. juna 2010. god.

13. Vrhovni sud je, odlukom Mlc. br. 2/2010, odbio zahtev za zaštitu zakonitosti podnet od strane javnog tužioca i potvrdio odluku I. Agj. br. 2/2009/16, Okružnog suda u Prizrenu, od 19. januara 2010. god., kojom je zaključeno da *“sud nije obavezan da naredi povratak dece”*.

Pregled odgovarajućih i relevantnih činjenica

14. Podnosilac zahteva Adije Iliri živela je zajedno sa svojim suprugom i troje dece u Austriji, Fischerstrasse 5/11, 4910 Ried in Innkreis, sve do njihovog dolaska na Kosovo, kada se ona vratila u Austriju bez svoje dece i supruga, koji su ostali zajedno na Kosovu.
15. Posle februara 2009. god., podnosiocu zahteva je u stvari negirano pravo pristupa deci od strane njenog supruga, i nije bila u stanje da vrši svoje roditeljske obaveze jer je njen suprug zadržao decu da žive sa njim na Kosovu.
16. Dana 21. aprila 2009. god., podnosilac zahteva je podneo Okružnom sudu u Austriji zahtev za povratak dece u mesto stalnog boravka. Po tom zahtevu, Okružni sud u Austriji je pokrenuo odgovarajući postupak da bi obezbedio povratak dece.
17. Sledstveno, 25. maja 2009. god., Ministarstvo pravde Austrijske Federacije, kao centralna vlast, shodno Haškoj konvenciji od 25. oktobra 1980. god. o građansko-pravnim aspektima međunarodne otmice dece (u daljem tekstu: Konvencija o otmici), je podnelo zahtev (br. MBJ-C935-233/0001-I 10-2009) Ministarstvu pravde Republike Kosovo za povratak troje maloletne dece podnosioca zahteva u mesto njihovog stalnog boravka.
18. Dana 26. juna 2009. god., Ministarstvo pravde Republike Kosovo, na zahtev Ministarstva pravde Austrijske Federacije, uložilo je zahtev Okružnom sudu u Prizrenu zahtevajući od ovog poslednjeg da izda nalog kako bi obezbedio povratak dece u mesto njihovo stalnog boravka u Austriji.
19. Dana 2. jula 2009. god., Okružni sud je obavestio Okružnog javnog tužioca o zahtevu Ministarstva pravde Republike Kosovo i zahtevao od Okružnog javnog

tužioca *“da deluje prema zahtevu u ime podnosioca zahteva”*, u skladu sa članom 4. (2) Uredbe UNMIK–a br. 2004/29 o zaštiti od međunarodne otmice dece (u daljem tekstu: Uredba UNMIK-a).

20. Dana 19. januara 2010. god., Okružni sud [I.Agj.br.2/2009-16] je odbio zahtev, navodeći da

“U navedenom slučaju po oceni Okružnog suda bez obzira na odredbe člana [člana 3. Haške konvencije], sud nije dužan da naloži povratak dece u smislu člana 13. tačka (b) kada postoji ozbiljna opasnost da bi povratak izložio dete fizičkoj opasnosti ili psihičkoj traumi ili bi ga na drugi način doveo u nepovoljan položaj”.

21. Dana 10. juna 2010. god., Vrhovni sud je odbio kao neosnovan zahtev za zaštitu zakonitosti, podnet od strane javnog tužioca i potvrdio odluku Okružnog suda u Prizrenu, smatrajuću da *“Okružni sud u Prizren nije obavezan da naredi povratak dece”*.

Primenjivi zakon

22. Član 22. Ustava utvrđuje da:

Ljudska prava i slobode, koja su utvrđena sledećim međunarodnim sporazumima i instrumentima garantovana su ovim Ustavom, i direktno se primenjuju na teritoriji Republike Kosovo i imaju premoć, u slučaju konflikta, nad svim zakonskim odredbama i ostalim aktima javnih institucija:

(...)

(2) Evropska konvencija o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda i protokoli iste;

(...)

(7) Konvencija o pravima deteta.

23. Član 50. Ustava utvrđuje da:

1. Deca imaju pravo na zaštitu i brigu koja je neophodna za njihovo blagostanje.

2. Vanbračna deca imaju jednaka prava kao i deca rođena u braku.

3. Svako dete ima pravo da bude zaštićeno od nasilja, zlostavljanja i eksploatacije.

4. Sve radnje koje se tiče deteta, preduzete od strane državnih javnih ili privatnih institucija, moraju biti u najboljem interesu deteta.

5. *Svako dete uživa pravo na redovne lične i neposredne kontakte sa oba roditelja, osim ako neka nadležna institucija smatra da je to u suprotnosti sa najboljim interesima deteta.*

24. Član 53. Ustava utvrđuje da

Osnovna prava i slobode zagarantovana ovim Ustavom se tumače u saglasnosti sa sudskom odlukom Evropskog suda za ljudska prava.

25. Uredba UNMIK-a uzela u obzir *“načela i ciljeve Konvencije o civilnim aspektima međunarodne otmice dece od 25. oktobra 1980. god.”* i priznala *„potrebu da deca budu zaštićena od štetnih efekata nedela odvođenja ili zadržavanja i radi uspostavljanja postupaka u cilju obezbeđenja brzog povratka nezakonito odvedene i zadržane dece i obezbeđenja da prava starateljstva i pristupa budu delotvorno poštovana”* (Uvod, stavovi 3. i 4).

26. Štaviše, za potrebe Uredbe UNMIK-a, *“Konvencija” podrazumeva Konvenciju o civilnim aspektima međunarodne otmice dece od 25. oktobra 1980. god.* Pored toga, član 1 a) navodi da *“sve radnje shodno ovoj uredbi koje se odnose na zahtev treba da budu preduzete u skladu sa Konvencijom.”*

27. S druge strane, Uredba UNMIK-a se primenjuje u članu 145. Ustava koji utvrđuje da

(...)

2. Primenljivi zakon na dan stupanja na snagu ovog Ustava nastavlja da se sprovodi, dok god je u saglasnosti sa ovim Ustavom, i dok god se ne ukine, zameni ili izmeni u saglasnosti sa ovim Ustavom.

28. Pored toga, Konvencija o otmici ima za cilj

“da obezbedi brz povratak nezakonito odvedene i zadržane dece u bilo koju državu ugovornicu” (član 1., tačka a).

29. Konvencija o otmici takođe predviđa uklanjanje podsticaja roditelja da otmu dete u povoljnijem nadležnosti kao i sprečavanje posledica nezakonito odvedene dece iz svojih domova.

30. U tom cilju, član 7. (f) Konvencije o otmici predviđa

“Centralne vlasti će sarađivati međusobno i unapređivati saradnju među nadležnim organima u zemljama ugovornicama kako bi obezbedili brzo vraćanje dece”.

31. Posebno, centralne vlasti se obavezuju da preduzmu sve potrebne mere za

“pokretanje ili olakšanje institucijama pokretanje sudskog ili upravnog postupka radi obezbeđenja povratka deteta.”

Ocena

32. Kao što je i gore navedeno, Vrhovni sud je zaključio da

“neosporiva je činjenica da majka dece [...] sa prebivalištem u Austriji[...] pokrenula postupak za povratak maloletne dece [...].

33. Prema tome, neosporivo je da predmetna stvar pred Vrhovnim sudom bi trebalo da bude “postupak za povratak maloletne dece” u mesto njihovog stalnog boravka.

34. Međutim, Vrhovni sud je potvrdio odluku Okružnog suda kojom je utvrđeno da *“sud nije obavezan da naredi povratak dece, u skladu sa članom 13. (b) Haške konvencije, jer postojala je ozbiljna opasnost da ih povratak izloži fizičkim i psihičkim povredama ili bi stavio decu u nepodnošljivu situaciju.”*

35. Odobrenje i potvrđenje tog zaključka je protiv prava dece da se vrate u mesto njihovog stalnog boravka i onemogućava Konvenciju o otmici da ostvari svoj glavni cilj.

36. Ustavni sud je već potvrdio to razmatranje kada je slično utvrdio da *“redovni sudovi na Kosovu nisu nadležni da ocene meritum te odluke [inostranog suda]; oni su nadležni samo da izvrše odluku [inostranog suda], u skladu sa članom 3. (1.1) Konvencije o građansko-pravnim aspektima međunarodne otmice dece”*. (Vidi odluku od 10. decembra 2012. god., u slučaju br. KI 126/12, ocena ustavnosti presude Vrhovnog suda, Mlc. br. 21/2012, od 8. Novembra 2012.)

37. Odluka I. Agj. br. 2/2009/16 Okružnog suda u Prizrenu, koja je potvrđena od strane Vrhovnog suda, povredila je Konvenciju o otmici kada je, pozivajući se na član 13. tačka (b) iste Konvencije, jednostavno zaključila da *“Okružni sud u Prizrenu nije bio obavezan da naloži povratak dece”*.

38. U stvari, osnovna namera Konvencije o otmici je da ostvari povratak dece u mesto njihovog „stalnog boravka”. Ako postoje vanredne okolnosti, koje ukazuju da je povratak izrazito nepovoljan, onda treba uzeti u obzir druge proceduralne uslove, kao što je i predviđeno zakonskim odredbama UNMIK-ove Uredbe i Konvencije o otmici.

39. Evropski sud za ljudska prava (u daljem tekstu: ESLJP) je zaključio da *“promena relevantnih činjenica može izuzetno opravdati neizvršenje konačnog naloga za povratak, ali mora se uveriti da ova promena nije bila izazvana propustom države da preduzme sve opravdane mere. (...) Sud je našao da [inostrane] vlasti nisu uspele da brzo preduzmu sve potrebne mere koje bi mogle biti očekivane od njih kako bi izvršile nalog za povratak (...)*. (Vidi slučaj Sylvester protiv Austrije, podnesci br. 36812/97 i 40104/98, 24. aprila 2003. god.).

40. Štaviše, efikasno i efektivna primena Konvencije o otmici zahteva uverenost državnih vlasti da je država stalnog boravka deteta u principu u najboljem

položaju da odlučuje o pitanju starateljstva i pristupa, koji nisu predmetna stvar postupka o nalogu za povratak dece.

41. S tim u vezi, ESLJP takođe našao da je država “trebalo da preduzme ili da se postarala da preduzme sve privremene mere, uključujući i vanskudske mere, koje bi pomogle sprečavanju *“dalje povrede dece ili predrasude prema interesovanim stranama”*. Međutim, vlasti nisu preduzele takve mere nego su se ograničile na zastupanje podnosioca zahteva pred sudovima [inostranim sudovima kojima se šalje zahtev]. Prema tome, Sud smatra da vlasti nisu uspele da ispune sve obaveze sa člana 7. Haške konvencije”. (Vidi slučaj Monory protiv Mađarske i Rumunije, podnesak br. 71099/01, 5. aprila 2005. god.)
42. Štaviše, proceduralno pravo deteta na brz povratak u mesto njegovog stalnog boravka, ima za cilj obezbeđenje prava deteta na efektivan način, kao što je i uspostavljeno Konvencijom o pravima deteta, da budu zaštićena od nasilja u porodici, da znaju i budu zbrinuta od svojih roditelja, da ne budu izdvojena od svojih roditelja protiv njihove volje i da održavaju lične veze i direktan kontakt sa oba roditelja na stalnoj osnovi.
43. Uredba UNMIK-a i Konvencija o otmici uspostavljaju nadležni sud koji će da izvrši nalog za obezbeđivanje brzog povratka dece. Član 4.1. UNMIK-ove Uredbe predviđa da
“Okružni sud koji ima jurisdikciju na teritoriji gde je otkriveno da se dete nalazi je nadležan da razmotri zahtev, da donosi odluke i naređenja koja se odnose na ovaj zahtev i da izvrši ovakve odluke i naređenja.”
44. Prema tome, Okružni sud u Prizrenu je zakonom uspostavljen *tribunal koji naređuje brz povratak dece u mesto njihovog stalnog boravka*. “Zakonom osnovan” takođe znači “osnovan saglasno zakonu”. Prema tome, uslov utvrđen članom 6. EKLJP je povređen ako tribunal ne funkcioniše u skladu sa određenim pravilima koja to regulišu. (vidi *Zand protiv Austrije*, br. 7360/76, 15 DR 70 at 80 (1978) Com Rep).

Zaključak

45. U ovakvim okolnostima, Vrhovni sud je odlukom Mlc. br. 2/2010 od 10. juna 2010. god., potvrdio odluku I. Agj. br. 2/2009/16 Okružnog suda u Prizrenu, od 19. januara 2010. god., ali nije naložio neposredan povratak dece u mesto njihovog stalnog boravka, povredio je prava dece na brz povratak u mesto njihovog stalnog boravka, kao što je i garantovano Ustavom Kosova, Uredbom UNMIK-a i Konvencijom o otmici, i pravo nadležnog suda uspostavljenim zakonom, i saglasno zakonu, da bi naložio povratak dece u mesto njihovog stalnog boravka.

Odluka Ac. br. 95/2011 od 8. decembra 2011. god., kojom je odbijen kao neosnovan zahtev podnosioca zahteva za ponavljanje postupka

46. Vrhovni sud je odlukom Ac. br. 95/2011, “odbio kao neosnovanu žalbu pravnog zastupnika dece – majke Adije Iliri, sa prebivalištem u Austriji –

uloženu protiv odluke Vrhovnog suda Kosova PPC.br.33/11 od 23.08.2011". S druge strane, odlukom PPC.br.33/11 donetom od strane Vrhovnog suda odbijen je kao neosnovan predlog pravnog zastupnika majke dece – *Adije Iliri, sa prebivalištem u Austriji – za ponavljanje postupka okončanog odlukom Okružnog suda u Prizrenu I.Agj.br.2/2009 -16 od 19.01.2010.* Tom odlukom Okružnog suda u Prizrenu zaključeno je da “ *sud nije bio obavezan da naloži povratak dece* ”.

47. Obe konačne odluke Vrhovnog suda Mlc. br. 2/2010 od 10. juna 2010. god. i Ac. br. 95/2011 od 8. decembra 2011. god. donete su u vezi sa istom odlukom Okružnog suda u Prizrenu I.Agj.br.2/2009/16, od 19.01.2010, i u istoj predmetnoj stvari naložio povratak dece.
48. Dalje, treba navesti da je Vrhovni sud u obema odlukama potvrdio da podnosilac zahteva “*majka Adije Iliri, sa prebivalištem u Austriji*”, nije delovala u svoje ime nego kao “*pravni zastupnik svoje dece*”.

Pregled odgovarajućih i relevantnih činjenica

49. Dana 19. januara 2010. god., Okružni sud (odlukom I. Agj. br. 2/2009/16) odbio zahtev Ministarstva pravde Kosova, uz obrazloženje da “*činjenica da su deca od razvoda pod staranjem oca [...] i da su ista stvorila emotivnu vezu sa ocem, i da isti pohađaju škole na Kosovu, u ovom slučaju postoji ozbiljna opasnost da će povratak dece uticati negativno na njihov psihički i emotivni razvoj.*”
50. Dana 10. juna 2010. god., Vrhovni sud je (odlukom Mlc. br. 2/2010), odbio zahtev za zaštitu zakonitosti i potvrdio obrazloženje i odluku Okružnog suda u Prizrenu.
51. Dana 23. avgusta 2011. god., Vrhovni sud (odlukom PPC. br. 33/2011), odlučio da

“*nadležni javni tužilac nije pozvan da prisustvuje od strane suda prve instance*” i

“*na štetu [podnosioca zahteva], ne pozivajući je da učestvuje na sednici, sud prve instance nije napravio nikakvu nezakonitu radnju*”.
52. Dana 8. decembra 2011. god., Vrhovni sud (odlukom Ac. br. 95/2011) odbijanjem žalbe podnosioca zahteva kao neosnovane, utvrdio je da njegova odluka PPC. br. 33/2011, od 23. avgusta 2011. god., “*[...] ispravno odbio zahtev za ponavljanje postupka, jer nije bilo novih dokaza niti činjenica na osnovu kojih bi se donela drugačija i povoljnija odluka od one u prvom postupku.*”
53. Dana 7. avgusta 2012, Okružni sud u Prizrenu je obavestio Ustavni sud da “*poziv da prisustvuje sednici od 13.07.2009, nije poslat gđi Adije Iliri*”.
54. U zaključku, neosporivo je da javni tužilac i podnosilac zahteva nisu bili prisutni u postupcima u kojima je Okružni sud doneo odluku I. Agj. br. 2/2009/16, od

19. januara 2010. god., odluka koja je potvrđena osporenim odlukom Ac. br. 95/2011, od 8. decembra 2011. god., Vrhovnog suda.

Primenjivi zakon

55. Član 31. Ustava utvrđuje da:

1. Svakom se garantuje jednaka zaštita prava pred sudom, ostalim državnim organima i nosiocima javnih ovlašćenja.

2. Svako ima pravo na javno, nepristrasno i pravično razmatranje odluka o pravima i obavezama ili za bilo koje krivično gonjenje koje je pokrenuto protiv njega/nje, u razumnom roku, od strane nezavisnog i nepristrasnog, zakonom ustanovljenog, suda.

56. Član 54. Ustava takođe predviđa da:

Svako ima pravo na sudsku zaštitu u slučaju kršenja ili uskraćivanja nekog prava koje je garantovano ovim Ustavom, kao i pravo na efikasne pravne mere ukoliko se utvrdi da je pravo prekršeno.

57. Član 9. Konvencije o pravima deteta utvrđuje da:

1. Strane ugovornice će obezbediti da dete ne bude odvojeno od svojih roditelja protiv njihove volje, osim kada nadležne vlasti, uz sudski nadzor, odrede (...) da je takvo odvajanje neophodno u najboljem interesu deteta. Takva odluka može biti neophodna u određenom slučaju, kao (...)roditelji žive odvojeno pa se mora doneti odluka o mestu stanovanja deteta.

2. U svakom postupku koji proizilazi iz stava 1 ovog člana, sve zainteresovane strane imaju mogućnost da učestvuju u postupku i da iznesu svoje mišljenje.

58. Član 13. (3) Konvencije o otmici, predviđa da:

“pri razmatranju okolnosti spomenutih u ovom članu, sudski i upravni organ uzet će u obzir podatke koji se odnose na socijalno poreklo deteta dobijene od centralne izvršne vlasti ili nekog drugog nadležnog organa države u kojoj je mesto stalnog boravka deteta”.

59. Član 1. (b) UNMIK-ove Uredbe definiše da:

“zahtev” znači zahtev ukoliko shodno Konvenciji za pomoć u obezbeđivanju povratka deteta koje je navodno bilo nezakonito uklonjeno ili zadržano u okviru značenja člana 3. Konvencije ili da se naprave aranžmani za organizovanje ili obezbeđivanje delotvornog uživanja prava prisutna shodno Konvenciji.

60. Član 4. (1. i 2) UNMIK-ove Uredbe takođe predviđa da:

Okružni sud koji ima jurisdikciju na teritoriji gde je otkriveno da se dete nalazi je nadležan da razmotri zahtev, da donosi odluke i naređenja koja se odnose na ovaj zahtev i da izvrši ovakve odluke i naređenja.

Okružni sud koji ima jurisdikciju na teritoriji gde je otkriveno da se dete nalazi prosleđuje zahtev do okružnog javnog tužioca. Okružni javni tužilac je nadležan da deluje prema zahtevu u ime podnosioca zahteva.

61. Pored toga, član 5. (2) UNMIK-ove Uredbe takođe predviđa da:

Sudski postupak se sprovodi u skladu sa važećim Zakonom o postupku bez prava na osporavanje osim ukoliko nije drugačije predviđeno ovom odredbom ili Konvencijom.

62. Konačno, član 8. UNMIK-ove Uredbe predviđa da:

Ova Uredba ima prvenstvo nad svakom odredbom važećeg zakona koja nije u skladu s njom.

63. Član 6. (1) Evropske Konvencije navodi da

Svako, tokom odlučivanja o njegovim građanskim pravima i obavezama [...] ima pravo na pravičnu i javnu raspravu u razumnom roku pred nezavisnim i nepristrasnim sudom, obrazovanim na osnovu zakona.

Ocena

64. Treba podsetiti da predmetna stvar o kojoj se sudi u postupku je “*postupak povratka maloletne dece*”, što znači izvršenje zahteva austrijskih vlasti. Međutim, predmetna stvar se neprimereno pretvorila u odlučivanje o meritumu starateljstva i pristupa deci.
65. U stvari, Okružni sud je odbio nalog za povratak dece u mesto njihovog stalnog boravka, jer “*u konkretnom slučaju postoji ozbiljna opasnost da bi povratak dece imao negativan uticaj na psihički i fizički razvoj dece*”. Vrhovni sud je potvrdio to obrazloženje i odluku. Štaviše, Vrhovni sud je utvrdio da nadležni javni tužilac nije bio pozvan da prisustvuje i da sud prve instance nije napravio nezakonitu radnju ne pozivajući podnosioca zahteva da prisustvuje sednici.
66. U tom slučaju, proceduralno pravo na pravično suđenje podnosioca zahteva, kao “*pravnog zastupnika dece*”, ima za cilj da obezbedi prava dece da se vrate u mesto njihovog stalnog boravka, kao što je ustanovljeno od strane austrijskih vlasti. Podnosilac zahteva deluje u ime dece, u skladu sa njenim roditeljskim obavezama.
67. Podnosilac zahteva tvrdi da je odluka Vrhovnog suda Ac. br. 95/2011, od 8. decembra 2011. god., kojom je odbijen kao neosnovan zahtev podnosioca za ponavljanje postupka, doneta u suprotnosti sa članom 31. Ustava i članom 6. EKLJP.

68. Štaviše, podnosilac zahteva tvrdi da niti podnosilac zahteva (kao čuvar i staratelj dece) a ni javni tužilac (kao nadležan da deluje u ime podnosioca zahteva) nisu bili pozvani da prisustvuju, i da ona u stvari nije prisustvovala postupku.
69. Podnosilac zahteva zaključuje da nije dobila “pravičnu raspravu”, u smislu člana 31. Ustava i člana 6. (1) Evropske konvencije.
70. Vrhovni sud je potvrdio sve gorenavedene činjenice.
71. S druge strane, u skladu sa članom 4. (2) UNMIK-ove Uredbe:

“javni tužilac je nadležan da deluje po zahtevu u ime podnosioca zahteva”.

72. Međutim, pošto je postupak o povratku postao postupak o meritumu starateljstva nad decom, podnosilac zahteva je postala strana sopstvenih prava, i njeno prisustvovanje je postalo obavezujuće tokom celog postupka.
73. Ipak, Vrhovni sud je potvrdio nalaze Okružnog suda i zaključio da *“ne pozivajući je da prisustvuje sednici, sud prve instance nije napravio nezakonitu radnju”*.
74. Prema tome, osporena odluka je povredila prava podnosioca zahteva zagantovana članom 31. Ustava i članom 6. (1) Evropske konvencije.
75. Pravo na pravično suđenje je opšte upućivanje na kompleks prava i načela, uključujući i jednakost oružja. Pojam “jednakost oružja”, kako je navedeno u presudi, podrazumeva da svi koji su strana u postupku dobiće razumnu mogućnost da predstave svoj slučaj Sudu pod uslovima koji ih neće staviti u nepovoljan položaj *vis-à-vis* svog protivnika.
76. Ovaj zaključak je potvrđen od strane ESLJP koji je u sličnim slučajevima smatrao da član 6. ne zahteva uvek pravo na javnu raspravu i prisustvovanje bez obzira na prirodu pitanja o kome se odlučuje. (Vidi, *između ostalog*, Fejde protiv Švedske, podnesak 12631/87, presuda od 29. oktobra 1991. god.). predmetna stvar postupka pred Okružnim sudom u Prizrenu je izvršenje naloga za povratak dece u mesto njihovog stalnog boravka, zahtevano od austrijskih vlasti. Samo izvršenje naloga za povratak dece ne zahteva prisustvo podnosioca zahteva .
77. Međutim, treba uzeti u obzir celinu postupka u domaćem pravnom poretku i način na koji su zapravo predstavljeni i zaštićeni interesi podnosioca zahteva pred Okružnim sudom u Prizrenu i Vrhovnim sudom, posebno u svetlu prirode pitanja o kome je odlučeno. (Vidi, *između ostalog*, Helmers protiv Švedske, podnesak br. 11826/85, presuda od 29. oktobra 1991. god.). Pitanje o kome je, u stvari, odlučeno od strane Okružnog suda u Prizrenu bilo je starateljstvo nad decom. Tada su roditeljska prava podnosioca zahteva postala centralna. Prema tome, podnosilac zahteva ima pravo da prisustvuje i da dobije mogućnost da predstavi svoj slučaj Sudu, pod uslovima koji ga ne stavljaju u nepovoljan položaj.

78. Prema tome, značaj ovog prava je taj da načela sudske rasprave o njenom slučaju ne samo da služe za svrhe objašnjenja činjenične osnove odluke nego i obezbeđuju poštovanje ljudskih prava u takvim situacijama, u kojima podnosiocu zahteva treba pružiti mogućnost da sam iznese činjenične i pravne argumente.
79. ESLJP je smatrao da "strana treba biti pozvana na sudsku raspravu na takav način da ne samo da bude upoznata sa datumom i mestom rasprave nego i da ima dovoljno vremena da pripremi svoj slučaj i prisustvuje sudskoj raspravi." (*Vidi mutatis mutandis* Gusak protiv Rusije, 7. juni 2011. god., podnesak br. 28956/05, stav 27).

Zaključak

80. U ovim okolnostima, podnosiocu zahteva nije pružena mogućnost da predstavi svoje argumente, da dostavi zahteve pred redovnim sudovima i da predstavi svoje stavove o činjenicama pre no što je doneta odluka.
81. Sledstveno, njeno pravo na pravično i nepristrasno suđenje pred zakonom osnovanim sudom, kao što je i zagarantovano članom 31. [Pravo na pravično i nepristrasno suđenje] Ustava i članom 6. [Pravo na pravično suđenje] EKLJP, je povređeno.

Opšti zaključak

82. Ukratko, povreda načela jednakosti oružja je posledica prve originalne povrede prava na zakonom osnovanim sudom, napravljeno do strane sudova koji nisu naložili povratak dece.
83. Iz svih ovih razloga, Ustavni sud, uz gorenavedenu rezervu, trebalo je da naloži Okružnom sudu u Prizrenu da izvrši zahtev austrijskih vlasti o povratku dece u mesto njihovog stalnog boravka.
84. Sve u svemu, na Vrhovnom sudu je da razmotri svoje presude u saglasnosti sa presudom Ustavnog suda.

Almiro Rodrigues
Sudija

