



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

Priština, 5. jula 2013. god.
Br.ref.:AGJ455/13

PRESUDE

u

slučaju br. KI 52/12

Podnosilac

Adije Iliri

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

USTAVNI SUD REPUBLIKE KOSOVO

u sastavu:

Enver Hasani, predsednik
Ivan Čukalović, zamenik predsednika
Robert Carolan, sudija
Altay Suroy, sudija
Almiro Rodrigues, sudija
Snezhana Botusharova, sudija
Kadri Kryeziu, sudija i
Arta Rama-Hajrizi, sudija

Podnosilac zahteva

1. Podnosilac zahteva je gđa. Adije Iliri, sa stalnim prebivalištem u Austriji, predstavljena od strane g. Alberta Islami, advokata iz Prištine.

Osporena odluka

2. Podnosilac zahteva osporava odluku Vrhovnog suda, Ac. br. 95/2011, od 8. decembra 2011., koja joj je uručena 14. januara 2012 god.

Predmetna stvar

3. Predmetna stvar zahteva je ocena ustavnosti, od strane Ustavnog suda Republike Kosovo (u daljem tekstu: Sud), gorenavedene odluke Vrhovnog suda, kojom su, navodno, povređena njena prava zagarrantovana članom 31. [Pravo na pravično i nepristrasno suđenje] Ustava Republike Kosovo (u daljem tekstu: Ustav) kao i članom 6. (Pravo na pravično suđenje) Evropske konvencije o ljudskim pravima (u daljem tekstu: EKLJP).

Pravni osnov

4. Zahtev se zasniva na članu 113.7. Ustava, članu 47. Zakona br. 03/L-121 o Ustavnom sudu Republike Kosovo od 15. januara 2009 god., (u daljem tekstu: Zakon), i pravilu 56. Poslovnika o radu Ustavnog suda Republike Kosovo (u daljem tekstu: Poslovnik o radu).

Postupak pred Sudom

5. Dana 11. maja 2012 god., podnosilac zahteva podneo je zahtev Sudu.
6. Dana 17. maja 2012 god., Vrhovni sud je obavešten o zahtevu.
7. Dana 4. jula 2012 god., predsednik suda je, odlukom br. GJR.KI-52/12, imenovao sudiju Ivana Čukalovića za sudiju izvestioca. Istog dana, predsednik suda je, odlukom br.KSH.KI-52/12, imenovao Veće za razmatranje sastavljeno od sudija: Almiro Rodrigues (predsedavajući), Snezhana Botusharova i Kadri Kryeziu.
8. Dana 25. jula 2012. god., Sud je zatražio dodatne informacije od podnosioca zahteva, koju je on dostavio 31. jula 2012. god.
9. Istog dana, zahtev je saopšten Ministarstvu pravde.
10. Takođe istog dana, Sud je zatražio dodatne informacije od Okružnog suda u Prizrenu, koji je odgovorio 7. avgusta 2012. god., da *“nakon pregleda spisa predmeta, zaključili smo da poziv za učestvovanje na sednici od 13.07.2009. god., nije dostavljen gđi Adiye Iliri.”*
11. Dana, 18. oktobra 2012. god., Sud je većao o slučaju i odlučio da to odloži za sledeću sednicu. Ključno pitanje o kome se diskutovalo je bilo to da li je postojala odluka austrijskih vlasti o starateljstvu podnosioca zahteva nad decom. Međutim, na osnovu dostavljenih dokumenata, očigledno takva odluka ne postoji.

12. Dana, 5. jula 2013. god. Sud je većao i glasao o meritumu slučaja.

Pregled činjenica

13. Podnosilac zahteva zaključila je brak 1995. godine u Studenčanu, Kosovo, i 1998. godine preselila se sa suprugom u Austriju, gde je rođeno njihovo troje dece. Roditelji i deca, svi poseduju austrijsko i kosovsko državljanstvo, i imaju dozvolu stalnog boravka u Fischerstrasse u Ried im Innkreis u Austriji.
14. U februaru 2009. god., nakon nastalih bračnih problema, podnosilac zahteva i njen suprug su zajedno sa decom išli u posetu porodici na Kosovo. Početkom marta 2009. godine, kako izgleda, podnosilac zahteva je primorana da ostane sa svojim roditeljima, dok su njen suprug i deca ostali u kući njegovih roditelja.
15. Dana 3. marta 2009. god., suprug podnosioca zahteva se vratio u Ried im Innkreis u Austriji, kako bi odjavio dozvole za stalni boravak. Dana 19. marta 2009. god., on je kako izgleda odjavio sebe i decu.
16. U nemogućnost da ostvari svoja roditeljska prava, podnosilac zahteva je otputovala nazad u Austriju, kako bi pokrenula postupak za povraćaj svoje dece.
17. Dana 26. marta 2009. god., na sednici Okružnog suda u Ried im Innkreis, Austrija, podnosilac zahteva je dala izjavu o dešavanjima i zahtevala od Suda da joj da starateljstvo nad njeno troje maloletne dece.
18. Kao što je i navedeno u protokolu sednice suda od 26. marta 2009. god., podnosilac zahteva je izjavila, *inter alia*:

[“...]

U januaru ove godine, roditelji supruge su iz Kosova došli kod nas u posetu u Ried im Innkreis. Oni su videli da postoji napetost između mene i mog partnera, oca moje dece, i mislili su da, ako ja odem sa njima na Kosovo na odmor, kako bi se smirila, naš odnos bi se popravio. Dana 26.02.2009. godine, bilo je planirano da putujemo na Kosovo, a u stvari mi smo putovali 27.02.2009. godine, autobusom na Kosovo, gde sam ja sa sobom pvela svoje dve ćerke G. i D.

Sledećeg dana – bez ikakvog nagoveštaja – došao je moj suprug zajedno sa našim sinom. Ja sam bila iznenađena, jer je sa sobom poneo sve stvari, dečije igračke i dečiju odeću. On mi je rekao da bi od sada ja trebala da zauvek ostanem na Kosovu. Na kraju smo se dogovorili da A., naš sin, počne sa pohađanjem škole na albanskom, a da ćemo mi nakon leta videti gde ćemo ostati.

Dana 02.03.2009. godine, ja sam htela da posetim moju porodicu i otišla sam zajedno sa svoje troje dece i sa svekrom. Negde posle 2 sata ponovo se svekar vratio da me uzme zajedno sa decom. On mi je rekao da se moj

muž želi pozdraviti sa decom, jer želi da se vrati u Austriju. Zbog tog razloga smo se ponovo vratili kod suprugovih roditelja. Moj suprug je zatim uzeo decu i rekao mi je da želi da im kupi poklone. Ja sam čekala decu kod suprugovih roditelja.

Nakon nekog vremena, moj svekar, dever i jedan rođak moga supruga rekli su mi da se spremim, da polazimo, da nemam više nikog svog kod njih, ni svog supruga ni decu.

Od tog trenutka nisam više videla svoju decu.

Posle toga sam imala jake psihičke probleme; jedan mi je lekar prepisao lekove i dao mi infuziju. Nakon toga suprugovi roditelji su hteli da se celo ovo pitanje reši prema albanskoj tradiciji. Ja sam se plašila da će deca ostati sa ocem, i pošto se ništa nije promenilo nabolje tokom tih 14 dana, ja sam odlučila da se vratim u Austriju i da se borim za svoju decu.

Koliko sam ja obaveštena, deca i dalje borave u kući suprugovih roditelja.

U međuvremenu moj suprug je ponovo bio u Austriji i izdao je stan u Fischerstrase. On je nas, mene i decu, odjavio odatle.

[...]

Moj muž je ispisao našeg starijeg sina iz škole u Austriji i upisao je G. i A., u školu na Kosovu.

[...]

Ja verujem, da bi za decu bilo najbolje da se ona što pre vrate u Austriju. Ona su rođena u Austriji i ovde su društveno integrisana.

[...]

19. Protokol Okružnog suda u Ried im Innkreis je dalje naveo da je Okružni sud informisao podnosioca zahteva da bi, na osnovu telefonskog razgovora sa Ministarstvom pravde Austrijske Federacije, zahtev za povraćaj, po Haškoj konvenciji o građanskim aspektima međunarodne otmice deteta (pre i posle: Haškoj konvenciji), bio besmislen, pošto Kosovo nije stranka u toj konvenciji.
20. Prema protokolu, podnosilac zahteva je takođe obavešten od strane Okružnog suda da je telefonski razgovor sa Federalnom ministarstvom inostranih poslova razjasnio da intervencija od strane Ministarstva inostranih poslova nije moguća, kada otac ima dvojno državljanstvo. Pošto su pravna sredstva oskudna, jedino podnošenje zahteva za, u svakom slučaju, privremeni transfer starateljstva bi bio moguć.
21. Protokol dalje navodi da, kao posledica, podnosilac zahteva je podneo austrijskom okružnom sudu zahtev da joj se da starateljstvo nad njeno troje maloletne dece, A., G. i D.

22. Dana 21. aprila 2009. god., austrijski Okružni sud je sazvaio sednicu, gde je informisao podnosioca zahteva da, prema informacijama koje su obezbeđene od strane ministarstva za evropske i inostrane poslove, 15. aprila 2009., god., u konkretnom slučaju starateljstva dece, bilo bi moguće podneti zahtev po Haškoj konvenciji.
23. Kao što je i navedeno u Protokolu, Okružni sud je onda asistirao podnosiocu zahteva, u vezi sa njenim zahtevom za povraćaj dece, da kompletira formular preporučen od strane Haške konferencije [Konvencija]. Protokol je potpisan od sudije i predstavnika austrijsko ministarstvo pravde.
24. Dopisom od 25. maja 2009. austrijsko ministarstvo pravde, postupajući u svojstvu austrijske centralne vlasti, po Haškoj konvenciji, podneo zahtev (br. BMJ-C935.233/0001-I 10/2009) Ministarstvu Pravde Kosova za vraćanje dece koja, veruje se, borave sa ocem. Austrijsko ministarstvo pravde utvrdilo je da "roditelji, koji su oboje građani Austrije, još venčani i po članu 144. austrijskog građanskog zakonika, imaju zajedničko starateljstvo nad decom."
25. Dana 5. juna 2009. god., Ministarstvo pravde Kosova je napisalo suprugu podnosioca zahteva da dobrovoljno vrati decu podnosiocu zahteva, shodno stavu (c) člana 3. [Opšti postupci] UNMIK-ove Uredbe br. 2004/29 o zaštiti od međunarodne otmice dece, od 5. avgusta 2004. god. (u daljem tekstu: UNMIK-ova Uredba br. 2004/29). Međutim, nije bilo nikakvog odgovora.
26. Dana 26. juna 2009. god., Ministarstvo pravde Kosova je po zahtevu (br. MBJ-C935-233/0001-I 10-2009) Ministarstva pravde Austrije podnelo zahtev Okružnom sudu u Prizrenu zahtevajući od ovog poslednjeg da izda nalog kojim bi se obezbedio povraćaj dece u Austriju, u skladu sa čl. 4.1. i čl. 3.3(c) UNMIK-ove Uredbe br. 2004/29.
27. Ministarstvo pravde Kosova je meseca januara zahtevalo od Okružnog suda da pokrene sudski postupak na osnovu člana 4.4.1. Haške konvencije koja je primenjiva i na Kosovu, shodno članu 145. Ustava.
28. Dana 2. jula 2009. god., predsedavajući sudija Okružnog suda u Prizrenu je obavestio glavnog okružnog javnog tužilaca o zahtevu Ministarstva pravde Republike Kosovo, na osnovu zahteva Ministarstva pravde Republike Austrije, da preduzmu mere o međunarodnoj otmici maloletne dece A., G. i D., otete od njihovog oca A.I.
29. U skladu sa članom 4.2. UNMIK Uredbe 2004/29, predsedavajući sudija Okružnog suda je takođe dostavio glavnom okružnom javnom tužiocu kopiju zahteva Ministarstva pravde Republike Kosovo, zajedno sa svim drugim spisima, kako bi tužilac preduzeo sve potrebne mere u okviru svojih nadležnosti predviđene Uredbom, i obavestio Sud o tome, kako bi se omogućilo ovom poslednjem donošenje odluka i naloga u smislu ovog člana.
30. Istog dana, predsedavajući sudija Okružnog suda u Prizrenu je obavestio komandira policijske stanice u Prizrenu da je na zahtev Ministarstva pravde Kosova u slučaju otmice dece zakazana rasprava, za 9. juli 2009. god., i zahtevao od njega da dostavi suprugu podnosioca zahteva poziv za tu raspravu.

31. Dana 9. jula 2009. god., Okružni sud u Prizrenu održao je raspravu, u vezi sa zahtevom za pravnu pomoć u slučaju otmice, u prisustvu muža podnosioca zahteva koji je imao ovlašćenog zastupnika iz Suve Reke, kao predstavnika u ovom slučaju. Iz zapisnika sa rasprave se vidi da je muž podnosioca zahteva, kao tuženi, saslušan u vezi sa predmetom ovog slučaja otmice.
32. Dana 13. jula 2009. god., rasprava Okružnog suda u Prizrenu se nastavila u prisustvu supruga podnosioca zahteva, koji je, prema zapisniku sa rasprave, dostavio kao dokaz, *inter alia*, Protokol Okružnog suda u Ried im Innkreis, Austrija, u kome se nalazila i izjava podnosioca zahteva data tom Sudu.
33. Istog dana, Okružni sud u Prizrenu, doneo je odluku br. I. Agj. br.2/2009-16, kojom se odija zahtev Ministarstva pravde Kosova, smatrajući da *"[...] Na osnovu ovih dokaza koji su podneti, sud je ocenio da u ovom slučaju u smislu Haške konvencije o građanskim aspektima međunarodne otmice deteta, 1991. godine i Uredbe UNMIK- a 2004/29 u koju su ugrađena načela navedene Konvencije, ne radi se o otmici deteta [...], pošto je otac doveo decu iz Austrije na Kosovo na zakonit način i nije se sakrivao od državnih vlasti, budući da se odmah odazvao nakon formalnog poziva suda i komunicirao je sa relevantnim organom Republike Austrije, što se vidi i prema pismu koje je uputio Okružnom sudu u Reid imm Innkreis u Republici Austriji."*
34. Po svemu sudeći, protiv odluke Okružnog suda u Prizrenu nije se žalilo Ministarstvo pravde, nego je javni tužilac Kosova uložio zahtev za zaštitu zakonitosti Vrhovnom sudu protiv te odluke.
35. Dana 10. novembra 2009. god., Vrhovni sud je, odlukom Mlc. br. 19/2009, utvrdio da je zahtev za zaštitu zakonitosti bio osnovan i stoga poništio odluku Okružnog suda u Prizrenu, vraćajući slučaj sudu prve instance na ponovno suđenje. Vrhovni sud je smatrao da *"[...] pobijena odluka je kontradiktorna [...]* i to *[...] zahtev za zaštitu zakonitosti s pravom navodi da osporena odluka sadrži suštinske povrede odredba parničnog postupka iz člana 182.1. n Zakona o parničnom postupku, koje se sastoje u nedostatku razloga za presudne činjenice, ali i dati razlozi su u suprotnosti između sebe, kao i sa dokazima spisa predmeta. Prilikom ponovnog suđenja slučaja, sud druge instance je obavezan da izbegava gorenavedene povrede i da razmatra druge tvrdnje iz zahteva za zaštitu zakonitosti."*
36. Dana 19. januara 2010. god., Okružni sud u Prizrenu je, odlukom I. Agj. br. 2/2009-16, ponovno presudio po zahtevu Ministarstva pravde Kosova od 26. juna 2009. god., na osnovu zahteva Ministarstva pravde Republike Austrije za povraćaj maloletne dece, ali je odbio taj zahtev još jednom. Kao deo dokaza, sud je, *inter alia*, pročitao Protokol Okružnog suda Ried im Innkreis koji sadrži i izjavu podnosioca zahteva kao i izveštaje koje je dostavio Centar za socijalni rad u Suvoj Reci.
37. Okružni sud u Prizrenu je obrazložio da *"bez obzira na odredbe navedenog člana [člana 3. Haške konvencije], sud nije dužan da naloži povraćaj dece u smislu člana 13. tačka (b) kada postoji ozbiljna opasnost da bi povraćaj izložio dete fizičkoj opasnosti ili psihičkoj traumi ili ga na drugi način doveo u*

nepovoljan položaj. Na osnovu činjenice da su deca od prekida bračne zajednice pod staranjem oca [...] i da su isti stvorili emotivnu vezu sa ocem i da isti pohađaju škole na Kosovu u ovom slučaju postoji ozbiljna opasnost da će povraćaj dece uticati negativno na njihov psihički i emotivni razvoj.“

38. Okružni sud se pozvao na nalaze potvrde izdate od Centra za socijalni rad u Suvoj Reci, pozivajući se na problematični bračni odnos između podnosioca zahteva i njenog supruga i brakorazvodni postupak pokrenut od strane supruga. U potvrdi je navedeno da su deca pod negom i obrazovanjem oca koji živi sa svojim roditeljima i da je majka dece daleko u Austriji.
39. Dana 3. februara 2010. god., Ministarstvo pravde Kosova je napisalo državnom tužiocu tražeći od njega *“[...] da preduzme neophodne mere u skladu sa primenljivim zakonima Kosova, i uloži žalbu Vrhovnom sudu Kosova, preko Okružnog suda u Prizrenu, kako bi preinačio odluku br. I. Agj. br. 2/2009 donetu od strane Okružnog suda u Prizrenu, 19. januara 2010. god.”*
40. Ministarstvo pravde je, *inter alia*, navelo da Okružni sud u Prizrenu [...] je odbio zahtev austrijskih vlasti za vraćanje *maloletne* dece [...] iz sledećih razloga:

“Prema oceni Okružnog suda u Prizrenu nezavisno od odredaba člana 3. Konvencije o građanskim aspektima međunarodne otmice deteta, Sud nije obavezan da naredi vraćanje dece na osnovu člana 13. tačka (r) jer postoji ozbiljna opasnost da povraćaj dece izloži decu psihičkim ili fizičkim povredama ili da dovede decu u nepodnošljivu situaciju. Polazeći od činjenice da su deca od prekida bračne zajednice pod negom svog oca A.I., i da su ostvarila jednu jaku emocionalnu vezu sa ocem i da ista pohađaju školu na Kosovu, postoji ozbiljan rizik da će povraćaj dece negativno uticati na dečiji psihički i emotivni razvoj.

Odluka doneta od strane Okružnog suda u Prizrenu je u suprotnosti sa svrhom i ciljem Konvencije koja jasno određuje da je cilj Konvencije da obezbedi brz i siguran povraćaj bespravno udaljene dece u državu iz koje su deca udaljena, u ovom slučaju u državu Austriju. Štaviše, svrha i cilj Konvencije je da obezbedi da se starateljska prava i kontakti u saglasnosti sa zakonima država ugovornica, efikasno poštuju u državama u kojima je ova Konvencija primenjiva.

Štaviše, odluka Okružnog suda u Prizrenu, tokom odlučivanja, nije ispravno ocenila član 3. Konvencije koja jasno određuje kriterijume po kojima se razmatra odvođenje ili zadržavanje dece. G. A.I. je delovao u suprotnosti sa članom 3. Konvencije, kada je kršio starateljska prava data jednoj osobi, u ovom slučaju gđi. Adije Iliri, prema zakonu države u kojoj su deca bila stalno naseljena pre udaljavanja ili držanja. Neosporivo je da stalno prebivalište oboje, g. A.I. kao i gđe. Adije Iliri, bila država Austrija i da su oboje zajedno imali starateljstvo nad njihovom maloletnom decom.

Takođe, u skladu sa ovim, član 12. Konvencije kaže da “ako je dete nezakonito odvedeno ili zadržano u smislu člana 3, a na dan početka postupka pred sudskim ili upravnim organom države ugovornice u kojoj se dete nalazi

proteklo je manje od godinu dana od dana nezakonitog odvođenja ili zadržavanja, odnosno nadležni organ će naložiti hitan povraćaj deteta”.

Ministarstvo pravde je takođe skrenulo pažnju glavnom tužiocu na činjenicu da član 13.(3) Haške Konvencije, predviđa da: *“Prilikom razmatranja okolnosti pomenutih u ovom članu, sudski i upravni organ će uzeti u obzir podatke koji se odnose na socijalno poreklo deteta dobijene od centralnog izvršnog organa ili nekog drugog nadležnog organa države u kojoj se nalazi mesto stalnog boravka deteta”.* Po mišljenju Ministarstva, Okružni sud u Prizrenu je na osnovu činjenica koje sadrži izveštaj Centra za socijalni rad u Suvoj Reci, od 15. decembra 2009. god., zaključio da su deca pod negom oca, dok, u ovom slučaju, takav izveštaj bi trebalo da pruži država u kojoj deca imaju stalno prebivalište, i.e. Austrija, a ne Centar za socijalni rad u Suvoj Reci.

41. Prema tome, glavni tužilac je uložio zahtev za zaštitu zakonitosti pri Vrhovnom sudu, navodeći da je Okružni sud pogrešno primenio Konvenciju o građanskim aspektima međunarodne otmice dece. On je predložio Vrhovnom sudu poništenje osporene odluke i vraćanje slučaja na ponovno suđenje.
42. Dana 10. juna 2010. god., Vrhovni sud je, odlukom Mlc. 2/2010, odbio zahtev za zaštitu zakonitosti i potvrdio odluku Okružnog suda u Prizrenu. Prema Vrhovnom sudu, iz spisa predmeta proizilazi da je otac pokrenuo brakorazvodnu parnicu i da su deca, dovedena na Kosovo uz saglasnost majke, sada zbrinuta od strane oca u Studenčanu, opština Suva Reka.
43. Vrhovni sud je prihvatio kao pravičnu i zakonitu odluku Okružnog suda, kojom je odbio zahtev Ministarstva pravde Republike Kosovo, od 26. juna 2009. god., na osnovu zahteva Ministarstva pravde Republike Austrije za povraćaj dece njihovoj majci u Austriji, i priznao, u celini, obrazloženje i činjenične zaključke Okružnog suda. Po mišljenju Vrhovnog suda, pravni stav Okružnog suda je smatran pravičnim, iz razloga da je prethodno bilo potvrđeno da bi povraćaj dece pod starateljstvo njihove majke u Austriji predstavljao realnu opasnost da će deca pretrpeti psihičko oštećenje njihovim dovođenjem u nepovoljnu situaciju, pošto su oni sada već više od godinu dana na Kosovu i bolje su se upoznali sa sredinom u kojoj žive i pohađaju školu. Štaviše, prema Vrhovnom sudu, odlučnost najstarijeg deteta, koje je sada napunilo deset godina, da se ne vrate majci i ostanu sa njom u Austriji, bi trebalo uzeti u obzir.
44. Vrhovni sud je zaključio da, iz gorenavedenih razloga, takođe je razmatrano da, u skladu sa članom 1.3. Haške Konvencije, Okružni sud u Prizrenu nije bio obavezan da naloži povraćaj dece. Štaviše, pošto se u međuvremenu, nakon vraćanja dece na Kosovo, pokrenuta je brakorazvodna parnica, i na kraju bi se odlučilo kome od roditelja će biti poverena deca i kakav bi bio kontakt sa roditeljem kome nisu poverena deca.
45. Nakon toga, advokat majke je uložio predlog za ponavljanje postupka pred Vrhovnim sudom, koji je rešen od jednog sudije, 23. avgusta 2011. god. Advokat je izjavio da na sednici za razmatranje zahteva Ministarstva pravde za povraćaj dece, ni majci ni tužiocu nisu pružene mogućnosti da učestvuju i da odluka [Okružnog suda] predstavlja povredu parničnog postupka.

46. Međutim, Vrhovni sud je, odlukom (PPC.br. 33/2011) odbio kao neosnovan zahtev podnosioca zahteva za ponavljanje postupka pred Okružnim sudom u Prizrenu (I. Agj. br. 2/2009-16 od 19. januara 2010. god.). Vrhovni sud je utvrdio da nije bilo novih činjenica niti dokaza da bi se dozvolilo ponavljanje postupka. Štaviše, Vrhovni sud je utvrdio da *“neosporiva je činjenica da majka dece [...] sa prebivalištem u Austriji, gde je i pokrenula postupak za povraćaj maloletne dece, i u postupku rešavanja zahteva Ministarstva pravde za povraćaj dece njihove majke [...], strane u postupku su Ministarstvo pravde i tuženi [suprug podnosioca zahteva] koji su prisustvovali u postupku, prema tome ovaj sud nalazi da ne pozivajući je da prisustvuje sednici, sud prve instance nije delovao nezakonito. Što se tiče tvrdnje pomenute u predlogu za ponavljanje postupka, da Sud prve instance nije pozvao nadležnog javnog tužioca da prisustvuje, Vrhovni sud nalazi da nije obavezno prisustvovanje tužioca sednici gde se saslušava tuženi, pošto nijedna odredba UNMIK-ove Uredbe 2004/29 o zaštiti od međunarodne otmice dece, ili Haške konvencije o građanskim aspektima međunarodne otmice dece [predviđa ovo]. [Prema tome Vrhovni sud nalazi da neprisustvovanje tužioca ovoj sednici ne predstavlja suštinsku povredu postupka u kome je doneta osporena odluka.”*
47. Vrhovni sud je zaključio da *“s obzirom da u predlogu za ponavljanje postupka nema novih činjenica niti dokaza koji bi mogli dovesti do povoljnije konačne odluke, ako su te činjenice i dokazi bili korišćeni u prethodnom postupku, bili predstavljeni [...], ovaj sud smatra da nema valjanih razloga za ponavljanje tog postupka i da, prema tome, predlog za ponavljanje postupka [pred Okružnim sudom] je neosnovan.”*
48. Prema tome, podnosilac zahteva je uložio žalbu protiv ove odluke Vrhovnog suda.
49. Dana 8. decembra 2011. god., Vrhovni sud je, odlukom Ac. br. 95/2011, odbio žalbu podnosioca zahteva kao neosnovanu, smatrajući da je Vrhovni sud u svojoj odluci 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”.*

Tvrdnje podnosioca zahteva

50. Podnosilac zahteva tvrdi da odluke Okružnog suda u Prizrenu (I. Agj. br. 2/2009 od 19. januara 2010. god.), Vrhovnog suda (PPC. br. 33/2011 od 23. avgusta 2011. god.) i Vrhovnog suda (Ac. br. 95/2011 od 8. decembra 2011. god.) su donete u suprotnosti sa članom 31. [Pravično i nepristrasno suđenje] Ustava i člana 6. (Pravično suđenje) EKLJP, jer niti podnosilac zahteva niti javni tužilac nisu pozvani da prisustvuju u postupku. Podnosilac zahteva posebno tvrdi da *“odlukom Okružnog suda u Prizrenu I.A.Gj. br. 2/2009 -16 od 19.01.2010 i iz zapisnika glavnog saslušanja nesumnjivo rezultira da podnosilac zahteva i okružni javni tužilac u Prizrenu nisu ni pozvani niti su prisustvovali suđenju, iako je njihovo prisustvo bilo obavezno, u skladu sa članom 4.2. Uredbe UNMIK-a br. 2004/29 o zaštiti od međunarodne otmice dece. Ova Uredba se izričito zasniva na Konvenciji o građanskim aspektima međunarodne otmice dece od 25.10.1980.”*

51. Podnosilac zahteva dalje tvrdi da *“odredbom člana 4.2. Uredbe je predviđeno da okružni javni tužilac, gde se nalazi dete, je nadležan da preduzme pravne mere u ime podnosioca zahteva. Ali, ni njoj (u svojstvu nadzornika ili staratelja svoje dece u skladu sa članom 1, § 1, tačka c) Uredbe) ni Okružnom javnom tužiocu (član 4, § 1, stav 2. Uredbe) nije omogućeno prisustvovanje glavnom saslušanju u skladu sa ovom Uredbom i članom 31. Ustava Republike Kosovo i članom 6. stavom 1. Evropske konvencije o ljudskim pravima i slobodama.”*
52. Dalje, podnosilac zahteva tvrdi da, u skladu sa članom 4.2. Uredbe UNMIK-a 2004/29, *“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.”*

Prihvatljivost zahteva

53. Kako bi bio u mogućnosti da presudi po zahtevu podnosioca, Sud mora unapred da oceni da li podnosilac ispunjava sve uslove za prihvatljivost, koji su predviđeni Ustavom, Zakonom i Poslovníkom o radu.
54. Sud prvo treba da utvrdi da li je podnosilac ovlašćena stranka u smislu člana 113.7. Ustava, navodeći da *“pojedinci mogu da pokrenu postupak ako su njihova prava i slobode koje im garantuje ovaj Ustav prekršene od strane javnih organa, ali samo kada su iscrpljena sva zakonska pravna sredstva.”* U tom smislu, zahtev je podnet sudu od strane pojedinca. Stoga je podnosilac ovlašćena stranka, i ima pravo da podnese ovaj slučaj sudu u skladu sa članom 113.7. Ustava.
55. Pored toga, Vrhovni sud se smatra kao sud poslednje instance koji treba da presudi slučaj podnosioca. Kao rezultat toga, Sud takođe utvrđuje da je podnosilac iscrpeo sva pravna sredstva na raspolaganju po zakonima Kosova.
56. Štaviše, podnosilac, u skladu sa članom 49. Zakona, mora podneti zahtev u roku od 4 meseca nakon donošenja konačne sudske odluke. Dana 8. decembra 2011. god., Vrhovni sud je doneo odluku Ac. br. 95/2011, dok je podnosilac primio odluku dana 14. januara 2012. god. Podnosilac je podneo zahtev sudu dana 11. maja 2012. god., stoga je podnosilac ispoštovao potrebne rokove za podnošenje zahteva Ustavnom sudu.
57. Konačno, član 48. Zakona utvrđuje: *“Podnosilac podneska je dužan da jasno naglasi koja to prava i slobode su mu povređena i koji je konkretan akt javnog organa koji podnosioca želi da ospori.”* U ovom slučaju, Sud navodi da podnosilac osporava odluku Vrhovnog suda, Ac. br. 95/2011, kojom su, navodno, povređena njena prava zagarantovana članom 31. [Pravo na pravično i nepristrasno suđenje] Ustava i članom 6. (Pravo na pravično suđenje) EKLJP. Stoga, podnosilac je ispunila i taj uslov.
58. Pošto je podnosilac ovlašćena stranka, ona je ispoštovala sve potrebne rokove za podnošenje zahteva sudu, iscrpela je sva pravna sredstva i precizno pojasnila navodno prekršena prava i slobode, uključujući i odluku koja je predmet

osporavanja. Sud je utvrdio da je podnosilac ispunio sve potrebne uslove za prihvatljivost.

59. Pošto je podnosilac ispunio proceduralne uslove za prihvatljivost, Sud treba da ispita meritum žalbe podnosioca.

Ustavna ocena zahteva

60. Sud primećuje da se podnosilac zahteva izričito žali da su njena prava zagarantovana članom 31. [Pravo na pravično suđenje] Ustava i članom 6. [Pravo na pravično suđenje] EKLJP povređena od strane Okružnog suda u Prizrenu, pošto isti nije pozvao javnog tužioca u Prizren i nju na sudsku pravdu od 19. januara 2010. god., gde je odlukom I.Agi.br. 2/2009-16 odbijen zahtev Ministarstva pravde Republike Kosovo, na osnovu zahteva Ministarstva pravde Republike Austrije, za povraćaj maloletne dece u mesto njihovog boravka u Austriji.
61. Podnosilac zahteva isto tako se žali na odluke PPC.br. 33/2011, od 23. avgusta 2011. god., i A.c.br. 95/2011, od 8. decembra 2011. god., Vrhovnog suda Kosova, kojima je predlog njenog advokata za ponavljanje postupka pred Okružnim sudom u Prizrenu, kako bi ona i javni tužilac prisustvovali tom postupku, a kasnije i žalba, odbijeni prvi put od strane Vrhovnog suda.
62. U pogledu žalbi podnosioca zahteva, Sud će, prema toma, utvrditi da li su Okružni sud u Prizren i Vrhovni sud, primenjivanjem odredaba Uredbe UNMIK-a 2004/29 i Haške konvencije, pružile podnosiocu zahteva garancije predviđene članom 31. Ustava i članom 6. EKLJP.
63. U tom pogledu, Sud primećuje da, kada je odbio predlog podnosioca zahteva za ponavljanje postupka pred Okružnim sudom, Vrhovni sud je utvrdio u svojoj odluci od 23. avgusta 2011. god., da nije sporno da u postupku rešavanja o zahtevu Ministarstva pravde za povraćaj dece podnosiocu zahteva, strane u postupku su Ministarstvo pravde i tuženi [suprug podnosioca zahteva], koji su učestvovali u postupku. Po mišljenju Vrhovnog suda, nepozivanjem podnosioca zahteva da prisustvuje sednici, Okružni sud nije delovao nezakonito.
64. Štaviše, Vrhovni sud je takođe utvrdio da nije obavezno prisustvo javnog tužioca na sednici gde je saslušan tuženi (suprug podnosioca zahteva), pošto nijedna odredba Uredbe UNMIK-a 2004/29 niti Haške konvencije to ne predviđaju.
65. Što se tiče nalaza Vrhovnog suda, Sud se neće baviti pitanjem da li je Okružni sud bio u pravu kada je utvrdio ko su bile strane u postupku pred Okružnim sudom niti da li bi trebalo pozvati javnog tužioca u postupku pred tim sudom. Kao što je i gore navedeno, Sud neće razmatrati da li su, u okolnostima ovog slučaja, povređena prava podnosioca zahteva pod članom 31. Ustava i članom 6. EKLJP, pošto joj nije bilo omogućeno prisustvovanje u ponovljenom postupku.
66. Sud primećuje da je ponovljeni postupak pred Okružnim sudom u Prizrenu bio pokrenut zahtevom Ministarstva pravde Kosova, u skladu sa stavom 3.(d) člana 3. [Opšti postupci] Uredbe UNMIK-a 2004/29, prema kome Ministarstvo

pravde, na osnovu primljene "inostrane prijave" u skladu sa Haške Konvencije, preduzeće sve potrebne mere da bi obezbedio brzi povraćaj deteta [...], *inter alia*, pokretanjem institucije sudskih postupaka s ciljem da se ostvari povraćaj deteta [...]. "Inostrana prijava" poslata od strane Ministarstva pravde Austrije, kao centralna vlast prebivališta dece, nakon zahteva podnosioca za pomoć u obezbeđivanju povratka dece na osnovu člana 8. Haške konvencije.

67. S tim u vezi, Sud primećuje da ni Uredba UNMIK-a 2004/29 niti Haška konvencija izričito ne predviđaju da bi u sudskom postupku u vezi sa otmicom dece oba roditelja trebalo da imaju pravo prisustvovanja. Jedino član 4.(2) Uredbe UNMIK-a 2004/29 naglašava da "*okružni javni tužilac je nadležan da deluje prema zahtevu u ime podnosioca zahteva.*"
68. U svakom slučaju, kako izgleda zahtev podneska, posebno, iz odluke Vrhovnog suda od 23. avgusta 2011. god., javni tužilac nije bio prisutan u postupku kada je saslušan suprug podnosioca zahteva. Štaviše, Vrhovni sud je takođe našao da odsustvo tužioca ne čini suštinsku povredu postupka u kome je doneta osporena odluka.
69. Prema tome, Sud smatra da je nezamislivo da je, u konkretnom slučaju, Okružni sud u svojim nalazima od 19. januara 2010. god., zaključio, a da nije pozvao podnosioca zahteva da prisustvuje u postupku, i da nije bio obavezan da naredi povraćaj dece, u skladu sa članom 13. (b) Haške konvencije, jer je postojala ozbiljna opasnost da ih povraćaj izloži fizičkim i psihičkim povredama ili bi stavio decu u nepodnošljivu situaciju.
70. Iako se po zapisniku Okružnog suda u Prizrenu vidi da Protokol Okružnog suda u Ried im Innkreis, koji sadrži i zahtev podnosioca zahteva za povraćaj dece, je pročitao, u zapisniku je takođe pomenuto da su suprug podnosioca zahteva, kao i njegov advokat bili prisutni na saslušanju, gde je bivši izjavio da nije bilo u pitanju otmica dece i da bi njihov povraćaj podnosiocu u Austriji imao ozbiljnih posledica po decu, pošto su oni pohađali školu i da su dobri đaci, dok podnosilac zahteva živi u Austriji. Suprug je takođe izjavio da su deca stvorila jake emotivne veze sa njim i da bi odluka Okružnog suda uticala na njihov fizički i emotivni razvoj.
71. U ovakvim okolnostima, Sud primećuje da, odsustvovanjem u gorenavedenom sudskom postupku, podnosilac zahteva nije imala mogućnost da opovrgne izjave njenog supruga i drugih zainteresovanih strana i da je bila lišena mogućnosti da ubedi Okružni sud da bi trebalo vratiti decu u njihovo mesto boravka u Austriji, shodno Haškoj konvenciji. Po mišljenju podnosioca zahteva, ova situacija je predstavljala kršenje njenih prava na pravično suđenje.
72. Sud naglašava da, prema sudskoj praksi Strazbura, jedan od aspekta prava na pravično suđenje je načelo jednakosti oružja, što podrazumeva da svaka strana treba imati razumnu mogućnost da predstavi svoj slučaj pod uslovima koji je ne stavljaju u značajno nepovoljan položaj vis-à-vis svog protivnika (vidi, *inter alia*, *Dombo Beheer N.V. protiv Holandije*, zahtev br. 14448/88, presuda ESLJP, od 27. oktobra 1993).

73. Što se tiče ovog konkretnog slučaja, Sud je mišljenja da prisustvo supruge i njegovog advokata u postupku pred Okružnim sudom u Prizrenu stavlja podnosioca zahteva u značajno nepovoljan položaj vis-à-vis svog supruge, jer ona nije bila u mogućnosti da predstavi svoje argumente i dokaze i ospori podneske svog supruge tokom postupka (vidi, *inter alia*, slučaj KI 103/10, Shaban Mustafa – ocena ustavnosti presude Vrhovnog suda, rev. br. 406/2008 od 3. septembra 2010. god., presuda od 20. marta 2012. god. i slučaj KI 108/10, Fadil Selmanaj – ocena ustavnosti presude Vrhovnog suda, A. br. 170/2009 od 25. septembra 2009. god.).
74. Kao posledicu, Vrhovni sud bi trebalo da dozvoli zahtev advokata podnosioca zahteva za ponavljanje postupka pred Okružnim sudom u Prizrenu, umesto da odbije taj zahtev odlukom od 23. avgusta 2011. god., i žalbu podnosioca protiv te odluke 8. decembra 2011. god.
75. U ovim okolnostima, Sud nalazi da su povređena prava podnosioca zahteva na pravično suđenje, zagarantovana članom 31. Ustava i članom 6. (1) EKLJP.

IZ TIH RAZLOGA

Ustavni sud je, u skladu sa članom 113. (1) Ustava, članom 20. Zakona o Ustavnom sudu i pravilom 56. Poslovnika o radu, dana 5. jula 2013. god. jednoglasno

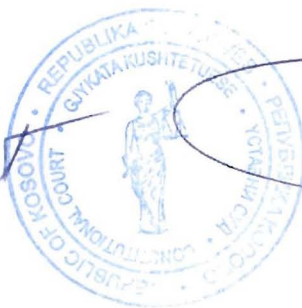
ODLUČIO

- I. Da PROGLASI zahtev prihvatljivim;
- II. Da UTVRDI da je bilo povrede člana 31. [Pravo na pravično i nepristrasno suđenje] Ustava, u vezi sa članom 6. [Pravo na pravično suđenje] EKLJP;
- III. Da PROGLASI nevažećim odluke Vrhovnog suda Kosova PPC. br. 33/2011, od 23. avgusta 2011. god., i Ac.br. 95/2011, od 8. decembra 2011. god.;
- IV. Da NALOŽI Okružnom sudu u Prizrenu da ponovi postupke od 9. i 13. jula 2009. god. i da pozove podnosioca zahteva da prisustvuje u ovim postupcima;
- V. Da OSTANE posvećen ovom pitanju u očekivanju sprovođenja tog naloga;
- VI. Da NALOŽI da se ova presuda dostavi strankama i, u skladu sa članom 20.4. Zakona, da se objavi u Službenom listu;
- VII. Da PROGLASI da ova presuda stupa na snagu odmah.

Sudija izvestilac



Ivan Čukalović



Predsednik Ustavnog suda



Prof. dr Enver Hasani