



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

Priştine, 5 Temmuz 2013
Nr. Ref.: MK460/13

Başvuru No: KI52/12

Başvurucu

Adije Iliri

Kosova Cumhuriyeti Yüksek Mahkemesi'nin Ac. nr. 95/2011 sayı ve 8 Aralık 2011 tarihli kararı hakkında anayasal denetim başvurusu

Üye Almiro Rodrigues'in Mutabık Oy Yazısı

Giriş

1. Kosova Yüksek Mahkemesi'nin PPC. nr. 33/2011 sayı ve 23 Ağustos 2011 tarihli kararı ile Ac. nr. 95/2011 sayı ve 8 Aralık 2011 tarihli kararını hükümsüz ilan eden ve Prizren Bölge Mahkemesine 9 ve 13 Temmuz 2009 tarihli duruşmaların tekrarını ve tekrar edilecek duruşmalara katılması için başvurusunun çağrılmasını emreden Anayasa Mahkemesi kararını memnuniyetle karşılıyorum.
2. Ancak tüm saygıyla birlikte, Mahkeme'nin gerekçesiyle hemfikir değilim. Bunun devamında Mahkeme görüşünde belirtilen gerekçe ile neden hemfikir olmadığımı spesifik bir şekilde açıklayacağım.
3. Anayasal denetimin konusu aslında Yüksek Mahkeme birbiriyle ilintili iki karardır: Biri Prizren Bölge Mahkemesi'nin I.Agj. nr. 2/2009 sayı ve 19 Ocak 2010 tarihli kararını onayan Mlc. nr. 2/2010 sayı ve 10 Haziran 2010 tarihli kararı, diğeri ise başvurusunun Prizren bölge Mahkemesi'nden I. Agj. nr. 2/2009/16 sayılı kararın alındığı yargılama sürecinin tekrarına ilişkin talebinin reddedildiği 19 Ocak 2010 tarihli karardır. Aslında Yüksek Mahkeme'nin bu iki kararı Prizren Bölge Mahkemesi'nin I. Agj. nr. 2/2009/16 sayı ve 19 Ocak 2010 tarihli kararıyla ilgili olup aralarında mantıksal bağ bulunduğundan birbirlerinde ayrı görülemezler.

4. Anayasa Mahkemesi'nin Prizren Bölge Mahkemesi'ne yönelik 9 ve 13 Temmuz 2009 tarihli duruşmaların tekrarına ve başvurusunun tekrarlanacak duruşmalara çağrılmasına ilişkin emri KPPC. nr. 33/2011 sayı ve 23 Ağustos 2011 tarihli kararı ile A. c. nr. 95/2011 sayı ve 8 Aralık 2011 tarihli kararının hükümsüz ilanının hukuki sonuçlarıyla örtüşmemektedir.
5. Bunun yanı sıra Mahkeme İçtüzüğü'nün 74. kural 1. fıkrası şunu öngörmüştür:

Anayasanın 113.7 maddesine göre başvuruda bulunulup herhangi bir Mahkeme'nin açıkladığı kararlar Anayasa ihlali Mahkeme'ce belirlenmesi durumunda, Mahkeme, söz konusu kararı geçersiz ilan edip Mahkeme hükmüne uygun şekilde yeniden görüşülmesi için ilgili Mahkeme'ye iade eder.
6. Benim kanaatime göre Mahkeme, Bölge Mahkemesi'ne 9 ve 13 Temmuz 2009 tarihli duruşmaların tekrar edilip başvurusunun tekrarlanacak duruşmalara katılması için çağrılmasını emretmekle kendi yargılama yetkilerini aşmıştır. Anayasa Mahkemesi'nin Yüksek Mahkeme kararını hükümsüz ilan edip Mahkeme kararına uygun şekilde yeniden görüşülmesi için davanın iadesiyle yetinmesi gerekirdi. Kararını Anayasa Mahkemesi kararına uygun şekilde almak Yüksek Mahkeme'nin görevidir.
7. Adil yargılanma ilkesi uyarınca kendi kararını almadan önce bakış açılarını bildirmek üzere bütün taraflara imkan sunan her karar alıcı organın "mahkeme" olarak nitelendiği doğrudur.
8. Her halükarda özellikle süratli karar almayı gerektiren davalarda usul etkililiği bakımından başta tek taraflı olan basit usuller vardır. Örneğin, ihtiyati tedbir veya kuruyucu tedbirler ya da söz konusu davada olduğu gibi, bir talebin süratle icrası.
9. Böyle durumlarda hakim, yalnız davacı veya soruşturma organları tarafından ileri sürülen iddiaların "fumus boni iuris" veya sağduyu sahibi insanın sezinleyebileceği nitelikte olmaları veya hemen icrası gerekli bir yargı kararı üzerinden karar alır. Bu durumda karar basit anlamda geçicidir ve ilgili taraf kararı feshi için yetkili mahkeme nezdinde gerekli işlemleri başlatabilir; ancak böyle bir durumda süreç çekişmeli olur. Bu, AIHS'nin 6.1 fıkrasıyla tamamen uyumludur.
10. Şahsımın mutabık görüş yazısının amacı hukuki sonuçlarını şerh edecek şekilde Yüksek Mahkeme'nin bu iki kararı üzerinde denetim yapmaktır.
11. Anayasa Mahkemesi'nin temel yargılama yetkisi olan anayasal denetim alanına ulaşmak için bazen meşruiyet sahasına geçeceğimin bilincindeyim. Her halükarda davanın maddi anayasal yanlarına ilişkin bakış açımı daha iyi açıklamak amacıyla meydana gelecektir.
12. Bu uğurda her karara ilişkin ilgili ve gerekli olguların özetini sunup uygulanabilir mevzuatı zikredeğim ve bu olguları uygulanabilir mevzuat ışığında değerlendirip bir tespitte bulunacağım.

Yüksek Mahkeme'nin Mlc. nr. 2/2010 sayılı kararı ve 10 Haziran 2010 tarihli kararı

13. Yüksek Mahkeme bu Mlc. nr. 2/2010 sayılı kararıyla kamu savcısı tarafından yapılan kanun yararına bozma talebini reddetmiş ve “*çocukların iadesini emretmeye zorunlu olmadığını* tespit eden Prizren Bölge Mahkemesi'nin I. Agj. nr. 2/2009/16 sayılı ve 19 Ocak 2010 tarihli kararını onamıştır.

İlgili ve Geçerli Olguların Özeti

14. Başvurucu Adije Iliri, Kosova'ya yapılan bir seyahate kadar eşi ve çocuklarıyla birlikte Avusturya'da Fischerstrasse 5/11, 4910 Ried im Innerkreis adresinde ikamet etmiş ve Avusturya'ya Kosova'da kalan çocukları ile eşi olmadan geri gitmiştir.
15. 2009 yılının Şubat ayından sonra kocası tarafından başvurusunun çocuklarıyla teması kesilmiş ve kocası çocukları Kosova'da tuttuğu için onlara karşı annelik görevini yerine getirememiştir.
16. Başvurucu 21 Nisan 2009 tarihinde Avusturya'daki Bölge Mahkemesi'ne başvurarak çocuklarının mutlak ikametgahlarına iadesini talep etmiştir. Bu talepten sonra Avusturya'daki Bölge Mahkemesi çocukların iadesini sağlamak amacıyla gerekli işlemleri başlatmıştır.
17. Daha sonra Avusturya Federal Adalet Bakanlığı, Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair Lahey Sözleşmesi (bundan sonra: Kaçırma Sözleşmesi) uyarınca Avusturya'nın merkezi otoritesi sıfatıyla, 25 Mayıs 2009 tarihinde Kosova Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı'na başvurarak (NBJ-C935-233/0001-I 10-2009 sayılı yazı) başvurusunun reşit olmayan üç çocuğunu mutlak ikametgahlarına iadelerini talep etmiştir.
18. Avusturya Federal Adalet Bakanlığı'nın başvurusu uyarınca Kosova Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı, 26 Haziran 2009 tarihinde Prizren Bölge Mahkemesi'ne başvurarak çocukların Avusturya'daki mutlak ikametgahlarına iadeleri için emir çıkartılmasını talep etmiştir.
19. Bölge Mahkemesi, Kosova Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı'nın talebini Bölge Savcılığına iletmış ve 2004/29 sayılı Uluslararası Çocuk Kaçırılmalarının Önlenmesine İlişkin UNMIK Yönetmeliği'nin (bundan sonra: UNMIK Yönetmeliği) 4.2 fıkrası uyarınca Savcılıktan *talebe uygun adımların atılmasını* istemiştir.
20. Bölge Mahkemesi 20 Ocak 2010 tarihinde [I. Agj. no.2/2009-16] talebi reddederek şu gerekçeyi bildirmiştir:

Mevcut davada Bölge Mahkemesi'nin değerlendirmesine göre söz konusu Sözleşme [Lahey Sözleşmesi'nin 3. maddesi] hükümlerinden bağımsız olarak çocukların iadesinin onları bedensel veya ruhsal anlamda zarar görme açık tehlikesinin bulunduğu veya çocuğu tahammül edilemez bir duruma düşürdüğü hallerde 13. madde (b) fıkrası uyarınca çocukların iadesini emretmesi gerekmezdi.

21. Yüksek Mahkeme bu Mlc. nr. 2/2010 sayılı kararıyla kamu savcısı tarafından yapılan kanun yararına bozma talebini reddetmiş ve “*çocukların iadesini emretmeye zorunlu olmadığını tespit eden Prizren Bölge Mahkemesi'nin I. Agj. nr. 2/2009/16 sayı ve 19 Ocak 2010 tarihli kararını onamıştır.*

Uygulanabilir Mevzuat

22. Anayasa'nın 22. maddesi şunu belirlemiştir:

Aşağıdaki uluslararası anlaşma ve belgelerle güvence altına alınmış olan insan hak ve özgürlükleri, bu anayasayla de güvencesi sağlanmış olup, Kosova Cumhuriyetinde doğrudan uygulanır ve yasa ya da kamu kuruluşlarına ait diğer yasal hükümlerle çelişmesi durumunda, aşağıdaki belgelerin önceliği vardır:

(...)

(2) Avrupa İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerini Koruma Sözleşmesi ve Protokolleri;

(...)

(7) Çocuk Hakları Sözleşmesi;

23. Anayasa'nın 50. maddesi şöyledir:

1. Çocuklar, onların refahı için korunma ve zorunlu bakım hakkına sahiptirler.

2. Evlilik dışı doğan çocukların hakları, evlilikten doğan çocuklarınkilerle eşittir.

3. Her çocuk şiddet, kötü muamele ve istismardan korunma hakkına sahiptir.

4. Kamu kuruluşları veya özel kurumlar tarafından olsun, çocuklarla ilgili üstlenilen tüm faaliyetler, çocukların en iyi çıkarlarından yana olacaktır.

5. Böyle bir şeyin çocuğun en iyi çıkarları ile çeliştiği yetkili kurum tarafından belirlenmedikçe, her çocuk ebeveyniyle düzenli kişisel ilişkiler geliştirme ve doğrudan temasta olma hakkına sahiptir.

24. Anayasa'nın 53. maddesi şöyledir:

Bu anayasayla güvenceye bağlanan insan hak ve temel özgürlüklerinin yorumlanması, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarıyla uyumlu şekilde yapılır.

25. UNMIK Yönetmeliği 25 Ekim 1980 tarihli Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair Sözleşme ilke ve amaçlarını dikkate almış ve

çocukların haksız uzaklaştırılma veya tutulmalarından kaynaklanacak zararlı sonuçlardan korunmaları ve velayet ile erişim haklarına etkin olarak riayet edilecek şekilde gayrikanuni yollardan götürülen veya alıkonan çocukların derhal geri dönmelerini sağlayacak usullerin oluşturulma gereğini kabul etmiştir (Giriş, 3 ve 4. maddeler).

26. Ayrıca UNMIK Yönetmeliği'nde "Sözleşme" terimi ile *25 Ekim 1980 tarihli Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair Sözleşme* düşünülmüştür. Bundan başka 1. madde a) bendi şöyledir: *Bu Yönetmelik uyarınca alınan tüm tedbirler Sözleşme'ye uygun şekilde alınır.*

27. Diğer yandan UNMIK Yönetmeliği Anayasa'nın 145. maddesine göre uygulanmaktadır. Madde şöyledir:

(...)

2. Bu Anayasanın yürürlüğe girdiği gün yürürlükte olan mevcut yasalar, bu Anayasaya göre yürürlükten kaldırıldığı, yerine başkasının getirildiği veya değiştirildiği zaman kadar, bu Anayasaya uyduğu ölçüde uygulanacaktır.

28. Bundan başka Kaçırma Sözleşmesi'nin amacı şudur:

Taraf Devletlere gayrikanuni yollardan götürülen veya alıkonan çocukların derhal geri dönmelerini sağlamak;

29. Kaçırma Sözleşmesi daha elverişli bir mevzuatta çocukların kaçırılmak için ebeveyni tarafından teşvikinin ortadan kaldırılmasını ve çocukların gayrikanuni yollarla götürülmesinin olumsuz sonuçlarının önlenmesini öngörür.

30. Bu amaç doğrultusunda Kaçırma Sözleşmesi'nin 7. madde f) fıkrası şunu öngörmüştür:

Çocuğun geri dönmesi ve gerektiğinde, ziyaret hakkının tesisi ile fiilen kullanılması yolunda, adli ve idari dava açılması veya bunun teşviki;

31. Özellikle merkezi makamların tüm gerekli tedbirleri almaya ilişkin şu yükümlülükleri vardır:

"çocuğun iadesi için adli ve idari işlemleri başlatmak veya kolaylaştırmak".

Değerlendirme

32. Yukarıda belirtildiği üzere Yüksek Mahkeme şu sonuca varmıştır:

Çocukların Avusturya'da ikamet eden annelerinin reşit olmayan çocuklarının iadesi sürecini başlattığı tartışmasız olgudur.

33. Yüksek Mahkeme nezdinde görülecek davanın konusunun “*yetişkin olmayan çocukların mutata ikametgahlarına iadeleri sürecinin*” olması gerektiği de aynı şekilde tartışmalıdır.
34. Yüksek Mahkeme buna rağmen Bölge Mahkemesi’nin “*Mahkeme, çocukların iadesi halinde bedensel veya ruhsal şiddete maruz kalacakları veya çocukları tahammül edilemez hale düşüreceği durumlarda 13. madde (b) bendi çerçevesinde emretmeye yükümlü değildir*” tespitinde bulunan kararını onamıştır.
35. Bu tespit onayı ve doğrulanması çocukların mutata ikametgahlarına dönme hakkı ile çelişmekte olup Kaçırma Sözleşmesi’ni, bu temel amacın gerçekleştirilmesinde etkisiz kılmaktadır.
36. Anayasa Mahkemesi benzer tespitte bulunduğu bu bakış açısını şu şekilde teyit etmiştir: *Aslında Kosova mahkemeleri o kararın esasını değerlendirme yetkisine sahip olmayıp Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönleri Yasası 3. madde 1.1. bendi gereğince [yabancı ülke mahkemesi] kararını icra etmekle görevliler.* (bkz. KI 126/12 sayılı Kosova Yüksek Mahkemesi’nin Mlc. nr. 21/2012 sayı ve 8 Aralık 2012 tarihli kararı hakkında anayasal denetim başvurusuna ilişkin 13 Aralık 2012 tarihli karar).
37. Yüksek Mahkeme tarafından onanan Prizren Bölge Mahkemesi’nin I. Agj. nr. 2/2009/16 sayılı kararı 13. madde (b) fıkrasına atıfta bulunarak “*Prizren Bölge Mahkemesi bu çocukların iadesini emretmekle yükümlü değildir*” tespitinde bulunmakla Kaçırma Sözleşmesi’ni ihlal etmiştir.
38. Aslında Kaçırma Sözleşmesi’nin temel amacı çocukların “mutata ikametgahlarına” döndürülmelerini teşvik etmektir. Dönüş seçeneğinin dışarıda tutulmasını gerektirecek olağanüstü koşullar olursa, o zaman UNMIK Yönetmeliği ve Kaçırma Sözleşmesi hükümleriyle öngörülen usule ilişkin diğer imkanlar dikkate alınır.
39. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (bundan sonra: AİHM) şu tespitte bulunmuştur: *geçerli olgulardaki bir değişiklik istisnai geri dönmeye ilişkin kesinleşmiş kararının uygulanmayışına gerekçe olabilir; ancak bu değişikliğin devletin tüm makul tedbirleri alma başarısızlığından kaynaklandığı konusunda ikna olması gerekirdi. (...) Mahkeme (yabancı) makamların geri dönme emrinin uygulanacağı beklentisini ortaya koyacak şekilde gerekli önlemleri almakta başarısız olduklarını tespit etmiştir (...).* (bkz. Sylvester v. Avusturya, başvuru no: 36812/97 ve 40104/98, 24 Nisan 2003).
40. Ayrıca Kaçırma Sözleşmesi’nin etkin ve etkili uygulanması, çocukların geri döndürülmesi sürecinin konusu olmayan irtibat ile çocukların velayetiyle ilgili olarak mutata ikametgahın bulunduğu ülkenin ilke olarak daha iyi durumda olduğu konusunda makamların ikna edilmesini gerektirir.
41. AİHM bu doğrultuda şunu da tespit etmiştir: *Devlet, yargı dışı tedbirler de dahil olmak üzere ‘çocuğun daha fazla mağdur edilmesini ve ilgili tarafların önyargılarını’ önleyebilecek olası tüm geçici tedbirleri almalıydı veya*

alınmasını teşvik etmeliydi. Ancak ilgili makamlar böyle bir tedbir almayı talep edenin [başvurunun yapıldığı yabancı] mahkemeler nezdinde temsiliyle yetindiler. Bunun sonucunda Mahkeme, makamların Lahey Sözleşmesi'nin 7. maddesinden kaynaklanana yükümlülüklerine riayet etmeye başarısız oldukları görüşündedir. (bkz. Monory v. Macaristan & Romanya, başvuru no: 71099/01, 5 Nisan 2005)

42. Ayrıca çocuğun mutata ikametgahına derhal döndürülmesine ilişkin usul hukuku, Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin belirlediği çocukların şiddetten korumak, çocukların ebeveyniyle tanışıp onların velayetinde olmak, iradeleri dışında ebeveyninden ayrılmamak ve ebeveynin ikisiyle dolaysız irtibat ile kişisel ilişkisini sürekli halde sağlamak gibi çocuk haklarını etkili bir şekilde sağlama amacı gütmektedir.

43. UNMIK Yönetmeliği ile Kaçırma Sözleşmesi çocuklarını derhal iadesi emrini icra edecek yetkili mahkemeyi belirlerler. UNMIK Yönetmeliği'nin 4.1 fıkrası şöyledir:

Çocuğun bulunduğu bölgede yargılama yetkisi olan Bölge Mahkemesi, dilekçeyi inceleme, dilekçeye ilişkin emirnameler çıkartıp uygulama yetkisine sahiptir.

44. Böylece, çocukların mutata ikametgahlarına derhal döndürülmesini emredecek ve *hukuken kurulmuş olan Prizren Bölge Mahkemesi'dir*. "Hukuken kurulmuş" ifadesi "yasaya uygun şekilde kurulmuş" anlamını da içermektedir. Bu nedenle AIHS'nin 6. maddesinde belirlenmiş gereklilik, bir mahkemenin kurallara uygu şekilde faaliyetini gerçekleştirmemesi halinde ihlal edilmiş olur. (Bkz. *Zand v. Avusturya*, No: 7360/76, 15 DR 70, 80 (1978) Com Rep.)

Tespit

45. Bu koşullarda Prizren Bölge Mahkemesi'nin I. Agj. nr. 2/2009/16 sayı ve 19 Ocak 2010 tarihli kararı onayan Mlc. nr. 2/2010 sayı ve 10 Haziran 2010 tarihli Yüksek Mahkeme kararı derhal iadeyi emretmeyerek, çocukların mutata ikametgahlarına derhal döndürülmelerine ilişkin Kosova Anayasası, UNMIK Yönetmeliği, Kaçırma Sözleşmesi ve yasaya uyarınca mutata ikametgahlarına derhal iadesini emreden hukuken kurulmuş yetkili mahkemeler hukuku ile güvence altına alınmış haklarını ihlal etmiştir.

Başvurucunun yargılama tekrarına ilişkin talebinin temelden yoksun olarak reddedildiği Ac. nr. 95/2011 sayı ve 8 Aralık 2011 tarihli karar

46. Yüksek Mahkeme çıkardığı Ac. nr. 95/2011 sayılı kararla "çocukların yasal temsilcisi ve Avusturya'da mukim olan Adije Iliri'nin PPC. nr. 33/11 sayı ve 23 Ağustos 2011 tarihli karara karşı yapılan itiraz temelden yoksun olarak reddedilmiştir. Diğer yandan Yüksek Mahkeme tarafından çıkartılan PPC. nr. 33/11 sayılı karar çocukların yasal temsilcisi ve Avusturya'da mukim olan Adije Iliri'nin Prizren Bölge Mahkemesi'nin I. Agj. nr. 2/009-16 sayı ve 19 Ocak 2010 tarihli kesinleşmiş kararıyla sonuçlanan davanın yeniden görüşülmesi teklifi temelden yoksun olarak reddedilmiştir". Prizren Bölge

Mahkemesi'nin bu kararında “mahkeme, çocukların döndürülmesini emretmeye yetkili değildir” tespit edilmiştir.

47. Yüksek Mahkeme'nin kesinleşmiş olan Mlc. nr. 2/2010 sayı ve 10 Haziran 2010 tarihli kararı ile Ac. nr. 95/2011 sayı ve 8 Aralık 2011 tarihli kararı, çocukların döndürülmesi emri konusuyla alakalı olan Prizren Bölge Mahkemesi'nin I. Agj. nr. 2/2009 sayı ve 19 Ocak 2010 tarihli kararıyla ilgili olarak çıkartılmıştır.
48. Ayrıca Yüksek Mahkeme'nin her iki kararında “Avusturya'da mukim anne Adije Iliri'nin” kendi adına değil de “çocuklarının yasal temsilcisi” sıfatıyla hareket ettiği göz önünde bulundurulmalıdır.

İlgili ve Geçerli Olguların Özeti

49. Bölge Mahkemesi, 19 Ocak 2010 tarihinde çıkardığı (I. Agj. nr. 2/2009/16) kararla şu gerekçe ile Adalet Bakanlığı'nın talebini reddetmiştir: *Kesilen bir evlilik ilişkisinden olan çocukların babalarının velayetinde buldukları [...] ve babalarıyla güçlü duygusal bağ kurup okula Kosova'da devam ettikleri olgusundan hareketle, mevcut durumda çocukların iadesinin onların psikolojik gelişimine olumsuz etki edebilme tehlikesi bulunmaktadır.*
50. Yüksek Mahkeme 10 Haziran 2010 tarihinde (Mlc. nr. 2/2010 sayılı kararla) kanun yararına bozma talebini reddedip Prizren Bölge Mahkemesi'nin kararı ve gerekçesini onamıştır.
51. Yüksek Mahkeme 23 Ağustos 2011 tarihinde çıkardığı (PPC. Nr. 33/2011 sayılı) kararda şunu belirtmiştir:
- İlk derece mahkemesi tarafından yetkili kamu savcısı duruşmaya katılmak üzere çağrılmamıştır.*
- İlk derece mahkemesi başvuruçuyu duruşmaya çağırmayarak gayrihukuki işlem yapmıştır.*
52. Yüksek Mahkeme 8 Aralık 2011 tarihinde çıkardığı Ac. nr. 95/2011 sayılı kararla başvuruçunun şikayetini temelsiz bularak reddetmiş ve 23 Ağustos 2011 tarihli 33/2011 kararında [...] *önceki yargılamada böyle delil ve olgular kullanılmış olup taraf için lehte bir nihai karar alınmasını mümkün kılacak yeni deliller teklif edilmediğinden yargılama tekrarı teklifine ilişkin red kararı yerindedir* tespitini ortaya koymuştur.
53. Prizren Bölge Mahkemesi 7 Ağustos 2012 tarihinde Anayasa Mahkemesi'ne gönderdiği cevabında *13 Temmuz 2009 tarihli duruşmaya katılmak üzere Bayan Adije Iliri'ye tebligat gönderilmemiştir* bilgisine yer vermiştir.
54. Sonuç olarak Bölge Mahkemesi'nin I. Agj. nr. 2/2009/16 sayılı kararı çıkardığı 19 Ocak 2010 tarihli duruşmada başvuruçusu ve kamu savcısının yer almadıkları su götürmez bir gerçektir. Bu karar 8 Aralık 2011 tarihinde Yüksek Mahkeme'nin çıkardığı ve itiraz konusu Ac. nr. 95/2011 sayılı kararla onanmıştır.

Uygulanabilir Mevzuat

55. Anayasa'nın 31. maddesi şöyledir:

1. Herkesin mahkeme, diğer devlet organları ve kamusal yetkiye sahip kurumların nezdinde eşit muamele haklarının korunması güvenceye bağlıdır.

2. Herkes, yasalara göre kurulmuş bağımsız ve tarafsız mahkemenin makul bir süre içerisinde kendisi hakkında kararlaştırdığı hak ve sorumlulukları veya işlediği herhangi bir suç duyurusu duruşmasının kamuya açık yapılması hakkına sahiptir.

56. Anayasa'nın 54. maddesi şöyledir:

Herkesin, bu anayasa ve yasayla güvenceye bağlanmış hakların ihlali veya yok sayılması durumunda yargı yoluyla koruma ve böyle bir hakkın ihlali tespit edildiği durumda etkin yasal araçlara başvurma hakkı vardır.

57. Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 9. maddesi şöyledir:

1. Yetkili makamlar uygulanabilir yasa ve usullere göre ve temyiz yolu açık olarak, ayrılığın çocuğun yüksek yararına olduğu yolunda karar vermedikçe, Taraf Devletler, çocuğun; ana-babasından, onların rızası dışında ayrılmamasını güvence altına alırlar. Ancak, ana-babası tarafından çocuğun kötü muameleye maruz bırakılması ya da ihmal edilmesi durumlarında ya da ana-babanın birbirinden ayrı yaşaması nedeniyle çocuğun ikametgâhının belirlenmesi amacıyla karara varılması gerektiğinde, bu tür bir ayrılık kararı verilebilir.

2. Bu maddenin birinci fıkrası uyarınca girilen her işlemde, ilgili bütün taraflara işleme katılma ve görüşlerini bildirme olanağı tanınır.

58. Kaçırma Sözleşmesi'nin 13. madde 3. fıkrası şöyledir:

Adli veya idarî makam keza çocuğun, geri dönmek istemediğini ve görüşünün göz önünde bulundurulmasının uygun olacağı bir yaşa ve olgunluğa erişmiş bulunduğunu gözlerse, geri dönmesini emretmeyi reddedebilir.

59. UNMIK Yönetmeliği'nin 1. madde b fıkrası şöyledir:

Başvuru, Sözleşme'nin 3. maddesi çerçevesinde haksız yere uzaklaştırıldığı veya tutulduğu iddia edilen herhangi bir çocuğun dönüşünü sağlam üzere Sözleşme'ye uygun şekilde yapılan yardım başvurusu veya Sözleşme'ye uygun şekilde erişim hakkından etkin bir şekilde yararlanmak için yapılan başvurudur.

60. UNMIK Yönetmeliği'nin 4. madde 1ve 2. fıkraları da şunu öngörmüşlerdir:

Çocuğun bulunduğu bölge sathında yargılama yetkisi olan Bölge Mahkemesi başvuruyu görüşme ve başvuruya ilişkin emirler çıkartıp uygulama yetkisine sahiptir.

Bölge Mahkemesi, çocuğun bulunduğu bölge sathında yargılama yetkisi olan Bölge Kamu Savcılığı'na başvuruyu iletir. Bölge Kamu Savcılığı, başvuru sahibi adına gerekli tedbirleri alma yetkisine sahiptir.

61. Bundan başka UNMIK Yönetmeliği'nin 5. madde 2. fıkrası şunu öngörmüştür:

Mahkeme süreci, bu yönetmelik veya Sözleşme ile başka türlü öngörülmedikçe yürürlükteki çekişmesiz yargılama usul yasasına uygun şekilde yürütülür.

62. UNMIK Sözleşmesi'nin 8. maddesi son olarak şunu öngörmüştür:

Bu Yönetmelik, kendisiyle çelişkide olan tüm yasal hükümleri ilga eder.

63. Avrupa Sözleşmesi'nin 6. madde 1. fıkrası şöyledir:

Herkes, gerek medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili anlaşmazlıkların çözümlenmesi, gerek kendisine yöneltilen herhangi bir suçlamanın karara bağlanması konusunda, kanunla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde adil ve açık olarak görülmesini istemek hakkına sahiptir.

Değerlendirme

64. Yargılama sürecinde dava konusunun Avusturya makamlarının talebinin icrasıyla ilgili "reşit olmayan çocukların dönüşü" olduğu hatırlanmalıdır. Her halükarda dava konusu gayrihukuki bir şekilde çocukların velayeti ve onlarla irtibat konusunda esas incelemesine dönüştü.

65. Aslında Bölge Mahkemesi çocukların mutat ikametgahlarına döndürülmesi emrini "çocukların iadesinin onların psişik ve psikolojik sağlıklarının olumsuz etkilenme ihtimali" bulunduğu gerekçesiyle reddetmiştir. Yüksek Mahkeme, bu gerekçe ve kararı onamıştır. Yüksek Mahkeme ayrıca yetkili kamu savcısının duruşmaya katılmak üzere çağrılmadığını ve ilk derece mahkemesinin başvuruycuyu duruşmaya katılmak üzere çağırılmamakla hukuka aykırı eylemde bulunmadığını tespit etmiştir.

66. Bu davada çocukların yasal temsilcisi olarak başvuruycunun adil yargılanmaya ilişkin usul hakkı, Avusturya makamlarının tespit ettikleri şekilde çocukların mutat ikametgahlarına döndürülme haklarının sağlanmasını hedeflemiştir. Başvuruycu, ebeveyn sorumlulukları çerçevesinde çocukları adına hareket etmektedir.

67. Başvuruycu, yargılama tekrarına ilişkin başvurusunun reddedildiği Ac. nr. 95/2011 sayı ve 8 Aralık 2011 tarihli Yüksek Mahkeme kararının Anayasa'nın 31. maddesi ile AİHS'nin 6. maddesine aykırı şekilde alındığını ileri sürmüştür.

68. Ayrıca başvuru, ne çocuklarının velisi olarak kendisi ne de başvuruya ilgili tedbirler almaya yetkili olarak kamu savcısının duruşmaya çağrılmadıklarını ve kendisinin gerçekten yargılama sürecine katılmadığını ileri sürmüştür.
69. Başvuru kendisine Anayasa'nın 31. maddesi ve Avrupa Sözleşmesi'nin 6. madde 1. fıkrası anlamında "adil inceleme" sunulmadığı sonucuna varmıştır.
70. Yüksek Mahkeme, yukarıda özetlenen tüm bu olguları kabul etmiştir.
71. Diğer yandan UNMIK Yönetmeliği'nin 4. madde 2. fıkrası uyarınca:
- Kamu savcısı, başvuru dilekçesiyle ilgili olarak tedbirler almaya yetkilidir.*
72. Her halükarda döndürme usulü çocukların velayeti sürecine dönüştürüldüğü için başvuru kendi hakkıyla ilgili olarak müdahil taraf oldu ve tüm süreç boyunca onun katılımı zorunlu hale gelmiştir.
73. Yüksek Mahkeme yine de Bölge Mahkemesi'nin tespitini onayıp ilk derece mahkemesinin başvuru duruşmaya katılmak üzere çağırılmamakla hukuka aykırı eylemde bulunmadığını tespit etmiştir.
74. Bu şekilde itiraz konusu kararlar başvuru Anayasa'nın 31. maddesi ve Avrupa Sözleşmesi'nin 6. madde 1. fıkrasıyla güvence altına alınan hakkı ihlal edilmiştir.
75. Adil yargılanma hakkı, silahların eşitliği ilkesi dahil diğer hak ve ilkeler kompleksine ilişkin genel bir dayanaktır. "Silahların eşitliği" kavramı kararda zikredildiği şekilde, davada müdahil her tarafın kendi vakasını karşı taraflar önünde esas itibarıyla elverişsiz durumda bırakmayacak şekilde sunmaya ilişkin makul imkana sahip olma anlamını içerir.
76. Böyle bir tespit benzer davalarda 6. maddenin açık duruşma hakkı ve hakkında karar alınan davanın türünden bağımsız olarak duruşmaya katılmayı zorunlu kılmadığı AİHM tarafından doğrulanmıştır (bkz. *diğer makamlar arasında*, Fejde v. İsveç, başvuru no: 12631/87, 29 Ekim 1991 tarihli karar). Prizren Bölge Mahkemesi'nde görülen davanın konusu Avusturya makamlarının talep ettiği çocukların mutlak ikametgahlarına döndürülmesi emrinin icrasıdır. Çocukların döndürülmesi emrinin icrası başvuru katılımını gerektirmez.
77. Her halükarda yerli hukuk düzenindeki süreçleri bütün olarak ve Prizren Bölge Mahkemesi ile Yüksek Mahkeme nezdinde başvuru çıkarlarının sunulmuş ve korunma şeklinin özellikle kararın alınmasının gerektiği meseleler ışığında ele alınması gerekirdi. (Bkz. *diğer makamlar arasında*, Helters v. İsveç, başvuru no: 11826/85, 29 Ekim 1991 tarihli karar). Aslında Prizren Bölge Mahkemesi'nin karara bağladığı mesele çocukların velayetiydi. Sonuç olarak başvuru duruşmaya katılıp kendisini özde elverişsiz duruma düşürmeyecek şekilde davasını takdim etme imkanının olması hakkına sahiptir.

78. Öyle ki bu hakkın önemi, mahkemenin davayı görüşerek olgusal durumun açıklanma amacına hizmet etmekle kalmayıp başvurucuya olgusal ve hukuki argümanlarla kendini ifade etme imkanının yaratılacağı bir durumda insan haklarına riayeti sağlama ilkesinden ileri gelmektedir.

79. AİHM “müdahil bir tarafın sadece duruşma yeri ve zamanını bilmesi için değil, duruşmaya katılmak üzere kendi davasına ilişkin hazırlıkları yapacak yeterli vakti bulabilmesi için çağrılır” görüşündedir. (bkz. *mutatis mutandis*, Gusak v. Rusya, başvuru no 28956, 7 Haziran 2011, 27. paragraf).

Tespit

80. Başvurucuya bu koşullarda argümanlarını sunma, derece mahkemelerine başvurma ve karar alınmadan önce olgulara ilişkin bakış açısını bildirme imkanı verilmemiştir.

81. Sonuç olarak yasa ile kurulmuş bir mahkeme tarafından başvurucunun Anayasa'nın 31. maddesi [Adil ve Tarafsız Yargılanma Hakkı] ve AİHS'nin 6. maddesiyle [Adil Yargılanma Hakkı] ihlal edilmiştir.

Genel Tespit

82. Anayasa Mahkemesi kararları uyarınca kendi kararlarını gözden geçirmek genelde Yüksek Mahkeme'ye ait bir sorumluluktur.

Almiro Rodrigues

Üye