



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

Priştine, 5 Temmuz 2013
Nr. Ref.: AGJ455/13

KARAR

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**

KOSOVA CUMHURİYETİ ANAYASA MAHKEMESİ

Mahkeme Heyeti:

Enver Hasani, Başkan
Ivan Čukalović, Başkanvekili
Robert Carolan, Üye
Altay Suroy, Üye
Almiro Rodrigues, Üye
Snezhana Botusharova, Üye
Kadri Kryeziu, Üye
Arta Rama-Hajrizi, Üye

Başvurucu:

1. Başvurucu, daimi ikametgahı Avusturya olan Adije Iliri olup kendisini Priştineli avukat Bay Albert Islami temsil etmektedir.

İtiraz Edilen Karar

2. Başvurucu, kendisine 14 Ocak 2012 tarihinde teslim edilmiş olan Ac. nr. 95/2011 sayı ve 8 Aralık 2011 tarihli Yüksek Mahkeme kararına itiraz etmiştir.

Başvurunun Konusu

3. Bu başvurunun konusu Yüksek Mahkeme'nin kararı hakkında Kosova Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi (bundan sonra: Mahkeme)'nin anayasal denetim talebidir. Başvurucu söz konusu kararla Kosova Cumhuriyeti Anayasası (bundan sonra: Anayasa)'nın 31. maddesi [Adil ve Tarafsız Yargılanma Hakkı] Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (bundan sonra AİHS)'nin 6. maddesi [Adil Yargılanma Hakkı] ile güvence altına alınan haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

İlgili Hukuk

4. Başvuru Anayasa'nın 113.7 fıkrası, 03/L-121 sayı ve 15 Ocak 2009 tarihli Kosova Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi Hakkında Yasa (bundan sonra: Yasa)'nın 47. maddesi ve Kosova Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü (bundan sonra: İçtüzük)'nün 56. kuralına dayandırılmıştır.

Başvuru Süreci

5. Başvurucu 11 Mayıs 2012 tarihinde Mahkeme'ye başvurmuştur.
6. Başvuru 17 Mayıs 2012 tarihinde Yüksek Mahkeme'ye bildirilmiştir.
7. Mahkeme Başkanı 4 Temmuz 2012 tarihinde çıkardığı GJR. KI52/12 sayılı kararla Üye Robert Carolan'ı Raportör Yargıç olarak belirlemiştir. Başkan'ın aynı tarih ve KSH.KI52/12 sayılı kararıyla Üyeler Almiro Rodrigues (başkan), Snezhana Botusharova ve Kadri Kryeziu'dan oluşan Ön İnceleme Heyeti'ni tayin edilmiştir.
8. Mahkeme 25 Temmuz 2012 tarihinde başvurucudan ilave evrak istemiş, başvurucu ilave evrakı 31 Temmuz 2012 tarihinde teslim etmiştir.
9. Başvuru aynı tarihte Adalet Bakanlığı'na bildirilmiştir.
10. Mahkeme bu tarihte ayrıca Prizren Bölge Mahkemesi'nden de ilave bilgi istemiş, Bölge Mahkemesi bu talebe 7 Ağustos 2012 tarihinde cevaben gönderdiği yazıda şunu belirtmiştir: *dava dosyasındaki yazışmalar incelendikten sonra 13 Temmuz 2009 tarihli duruşmaya katılmak üzere Bayan Adije Iliri'ye tebligat gönderilmediği tespit edilmiştir.*
11. Mahkeme 18 Ekim 2012 tarihinde başvurucunun davasını inceleyip bir sonraki duruşmaya ertelenmesini kararlaştırmıştır. Tartışılan temel mesele Avusturya makamlarının başvurucunun çocuklarının velayeti hakkında bir karar alıp almadıklarıydı. Ancak sunulan evrakatan böyle bir kararın bulunmadığı anlaşılmaktadır.

12. Mahkeme 5 Temmuz 2013 tarihinde başvuruyu inceleyip esas incelemesine ilişkin oylamayı yapmıştır.

Olguların Özeti

13. Başvurucu 1995 yılında Kosova Studençan'da evlenmiş ve 1998 yılında eşiyle birlikte Avusturya'ya göç etmiş ve orada üç çocuğu olmuştur. Ebeveyn ve çocukları Avusturya ve Kosova olmak üzere çift uyruklu olup daimi ikametgahları Fischerstrasse, Ried im Innkreis Avusturya adresindedir.
14. Aralarında evlilik sorunlarının ortaya çıktığı 2009 yılının Şubat ayından sonra başvuru ve eşi çocuklarıyla birlikte Kosova'daki yakınlarına ziyarete gitmişlerdi. Başvurucu kendi baba evinde kalmaya mecbur bırakılarak eşi çocuklarıyla birlikte kendi ebeveyninin yanında kalmaya başlamıştır.
15. Başvurucunun eşi 3 Mart 2009 tarihinde Fischerstrasse, Ried im Innkreis Avusturya adresine giderek aile hakkında feragat etmiştir. Öyle anlaşıyor ki 19 Mart 2009 tarihinde kendi ve çocuklarının kayıtlarını sildirmiştir.
16. Başvurucu, ebeveyn haklarından yararlanamadığından Avusturya'ya giderek çocuklarının iadesi için adli süreç başlatmıştır.
17. Avusturya Ried im Innerkreis Bölge Mahkemesi'nde 26 Mart 2009 tarihinde yapılan duruşmada başvuru olaylarla ilgili ifade verip Mahkeme'den reşit olmayan çocuklarının velayet hakkının kendine verilmesini talep etmiştir.
18. 26 Mart 2009 tarihli duruşma tutanağında şu bilgiler yer almaktadır:

“[...]

Bu yılın Ocak ayında kayın ebeveynim Kosova'da Ried im Innerkreis'e bizi ziyarete gelmişlerdir. Kayın ebeveynim, çocuklarımın babası olan eşimle aramızda ilişkilerimizin gerginleştiğini fark ederek kendileriyle Kosova'ya tatile gidersem sakinleşeceğimi ve ilişkimizin normalleşeceğini düşünmüşlerdir. 26.02.2009 tarihinde Kosova'ya seyahat etmemiz planlanmış, 27.02.2009 tarihinde otobüsle Kosova'ya seyahat etmişizdir. Yanıma kızlarım G. ve D.'yi aldım.

Müteakip günlerde, herhangi bir haber vermeksizin, eşim oğlumuzla birlikte geldi. Benim için sürpriz oldu, çünkü yanında çocuklarımızın eşyası ve oyuncaklarını getirmişti. Bana bundan sonra Kosova'da kalacağımı söyledi. En sonunda oğlumuz A.'nın önce Arnavutça bir okula kayıt yaptıracağı ve yaz tatilinden sonra nerede kalacağımıza karar vereceğimiz konusunda anlaşmaya vardık.

2 Mart 2009 tarihinde kayın babam ve çocuklarımla birlikte kendi baba evimi ziyarete gittim. İki saat aradan sonra kayın babam beni ve çocuklarımı almak üzere geri geldi. O, kocamın Avusturya'ya dönmek istediğini ve çocuklarla çocuklarıyla vedalaşacağını söyledi. Bu nedenle tekrar kayın ebeveynimin evine döndük. Daha sonra kocam, çocukları

alıp onlara hediye almaya gitmek istediğini söyledi. Ben bundan önce çocuklarımı kayın ebeveynimin evinde bekledim.

Ancak bir süre sonra kayın babam, kayınım ve kocamın amcaoğlu hazırlanmamı, yola çıkmak üzere olduğumuzu, kendilerinde artık ne kocam ne de çocuklarımın, hiç kimsem kalmadığını söylediler.

O andan sonra çocuklarımı görmedim.

Daha sonra ciddi psikolojik sorunlarım oldu. Bir doktor bana ilaç yazarak serumlar vermiştir. Kayın ebeveynim daha sonra tüm bu sorunları Arnavut geleneklerine uygun şekilde aşmaya çalıştılar. Ben daha sonra çocuklarımın babalarında kalmaya devam edeceklerinden ve hakkımdaki hiçbir meselenin çözülmediğinde korkuyordum. Avusturya'ya dönüp çocuklarım için mücadele etmeye karar verdim.

Bildiğim kadarıyla çocuklarım şu anda kocamın ebeveyninin evindeler.

Kocam bu süre içerisinde tekrar Avusturya'ya gitmiş ve Fischerstrasse'deki konutumuzu teslim etmiştir. O, benim ve çocuklarımın oradaki kayıtlarını sildirmiştir.

[...]

Kocam, büyük oğlumuzun Avusturya'daki okul kaydını sildirmiş G. ile A.'yı Kosova'da okula kaydını yaptırmıştır.

[...]

Çocuklarımın bir an önce benim yanıma Avusturya'ya gelmelerinin en doğrusu olacağına inanıyorum. Onlar hepsi burada, Avusturya'da doğdular ve sosyal ortama uyum sağlamışlardır.

[...]"

19. Ried im Innerkreis Bölge Mahkemesi Duruşma Tutanağında Bölge Mahkemesi'nin Avusturya Federal Adalet Bakanlığı'yla yapılan bir telefon görüşmesine dayanarak Kosova'nın üyesi olmadığı Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair Lahey Sözleşmesi (bundan sonra: Lahey Sözleşmesi)'ne göre iade talebinin bir anlamı olmadığını başvurucuya bildirdiği belirtilmektedir.

20. Tutanağın devamında Bölge Mahkemesi'nin Federal Dışişleri Bakanlığı ile yaptığı bir telefon görüşmesinden çocukların babasının çift uyruklu olması nedeniyle Dışişleri Bakanlığı'nın müdahalesi söz konusu olamayacağının başvurucuya bildirildiği belirtilmektedir. Kanun yolları kısıtlı olduğundan her halükarda geçici velayete ilişkin bir başvurunun mümkün olabileceği belirtilmiştir.

21. Tutanağın devamında bunun akabinde başvurusunun A. G. ve D. adlı çocuklarının velayetinin kendisine verilmesi için Avusturya'da Bölge Mahkemesi'ne başvurduğu belirtilmiştir.
22. Avusturya'daki Bölge Mahkemesi 21 Nisan 2009 tarihine bir duruşma günü belirleyerek konu hakkında Federal Avrupa ve Uluslararası İşler Bakanlığı'na bilgi vermiş olup, mevcut davada Lahey Sözleşmesi'ne dayanarak 15 Nisan 2009 tarihinde çocuk velayeti için dilekçe verilebilecekti.
23. Tutanakta belirtildiği şekilde Bölge Mahkemesi daha sonra Lahey Konferansı (Sözleşmesi) tarafından önerilen çocukların iadesi dilekçe formunu doldurmak için başvurucuya yardımcı olmuştur. Tutanak dava hakimi ve Avusturya Federal Adalet Bakanlığı Temsilcisi tarafından imzalanmıştır.
24. Lahey Sözleşmesi uyarınca Avusturya'nın merkezi otoritesi sıfatıyla Avusturya Federal Adalet Bakanlığı'nın başvurusunun reşit olmayan ve babalarıyla yaşadıklarına inanılan üç çocuğuyla ilgili olarak Kosova Adalet Bakanlığına 25 Mayıs 2009 tarihli (BMJ-C935-233/0001-I 10/2009) bir yazı göndermiştir. Avusturya Federal Adalet Bakanlığı her iki ebeveynin Avusturya vatandaşı oldukları ve 144 sayılı Avusturya Medeni Kanunu'na göre halen evli olduklarından çocukları üzerinde ortak velayetlerinin bulunduğunu tespit etmiştir.
25. Kosova Adalet Bakanlığı 2004/29 sayı ve 5 Ağustos 2004 tarihli Uluslararası Çocuk Kaçırmalarının Önlenmesine İlişkin UNMIK Yönetmeliği (bundan sonra: 2004/29 UNMIK Yönetmeliği)'nin 3. madde [Genel Esaslar] (c) fıkrası uyarınca 5 Haziran 2009 tarihinde başvurusunun kocasına gönderdiği yazıda çocukları kendi iradesiyle başvurusuna iadesini talep etmiştir.
26. Avusturya Adalet Bakanlığı'nın MBJ-C935-233/0001I 10-2009 sayılı yazısı uyarınca Kosova Adalet Bakanlığı 26 Haziran 2009 tarihinde Prizren Bölge Mahkemesi'ne gönderdiği yazıda 2004/29 sayılı UNMIK Yönetmeliği 4.1 fıkrası ve 3.3 (c) bendi uyarınca çocukların Avusturya'ya dönüşünü sağlayacak emri çıkartmasını talep etmiştir.
27. Kosova Adalet Bakanlığı devamında Bölge Mahkemesi'nden Anayasa'nın 145. maddesine göre Kosova'da uygulanabilir olan Lahey Sözleşmesi'nin 4.4.1 bendi uyarınca adli süreç başlatmasını istemiştir.
28. Prizren Bölge Mahkemesi Başkanı 2 Temmuz 2009 tarihinde Bölge Kamu Savcısına gönderdiği yazıda Avusturya Adalet Bakanlığı'nın talebi üzerine Adalet Bakanlığı'nın reşit olmayan A. G. ve D. adlı çocukların uluslararası kaçırılması ve babaları A. I.'ye iadesine ilişkin önlem alınmasını gerektiğini bildirmiştir.
29. Bölge Kamu Savcısının 2004/29 sayılı UNMIK Yönetmeliği'nden kaynaklanan yetkileri çerçevesinde gerekli tedbirleri alması, bununla ilgili olarak Mahkeme'yi bilgilendirmesi amacıyla ve Yönetmeliğin ilgili maddesi uyarınca Mahkemenin gerekli kararları çıkarması için Bölge Mahkemesi Başkanı 2004/29 sayılı UNMIK Yönetmeliği'nin 4.2 fıkrası uyarınca Kosova

Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı'nın talebinin bir nüshasını tüm diğer dosyalarla birlikte Bölge Kamu Savcılığına sunmuştur.

30. Prizren Bölge Mahkemesi Başkanı aynı tarihte Prizren polis Merkezi Komutanı'na Kosova Adalet Bakanlığı'nın talebiyle kaçırma davasıyla ilgili 9 Temmuz 2009 tarihinde bir duruşma tayin edildiğini bildirmiş ve başvurunun eşine duruşma tebligatının teslim edilmesini talep etmiştir.
31. Prizren Bölge Mahkemesi başvurunun eşinin kaçırma davasıyla ilgili olarak 9 Temmuz 2009 tarihinde duruşmayı yapmıştır. Başvurunun eşi, kendisini temsil etmek üzere Suharekalı bir avukat vekil tayin etmiştir. Duruşma tutanağından başvurunun davalı eşinin de kaçırma davasıyla ilgili olarak dinlendiği anlaşılmaktadır.
32. Prizren Bölge Mahkemesi'nin 13 Temmuz 2009 tarihli duruşması başvurunun iştirakiyle devam etmiş ve tutanaktan delil olarak Avusturya Ried im Innerkreis Bölge Mahkemesi tutanağını sunduğu ve bu tutanakta başvurunun söz konusu mahkemede verdiği ifadenin yer aldığı anlaşılmaktadır.
33. Prizren Bölge Mahkemesi aynı tarihte I. Agj. nr. 2/2009-16 sayılı kararı çıkararak Kosova Adalet Bakanlığı'nın talebini şu gerekçe ile reddetmiştir: Kosova Adalet Bakanlığı'nın talebini şu gerekçe ile reddetmiştir: [...] *1991 yılına ait Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair Lahey Sözleşmesi ve söz konusu sözleşme ilkelerinin kapsandığı 2004/29 sayılı UNMIK Yönetmeliği çerçevesinde bir çocuk kaçırılması yoktur[...] zira adı geçen kişi çocukları Avusturya'dan Kosova'ya meşru yollarla getirmiş ve Kosova makamlarından gizlenmeyip mahkeme çağrısına hemen cevap vermiş ve Avusturya Cumhuriyeti'ndeki Ried im Innerkreis Bölge Mahkemesi'ne yönelik yazısından anlaşıldığı üzere Avusturya Cumhuriyeti'nin ilgili organlarıyla irtibata geçmiştir.*
34. Öyle anlaşıyor ki Kosova Adalet Bakanlığı Prizren bölge Mahkemesi'nin kararına itiraz etmemiş, ancak onun yerine Kosova Kamu Savcısı Yüksek Mahkeme nezdinde kanun yararına bozma dilekçesi sunarak bunu yapmıştır.
35. Yüksek Mahkeme 10 Kasım 2009 tarihinde çıkardığı Mlc. nr. 19/2009 sayılı kararla kanun yararına bozma dilekçesinin temellendirilmiş olduğunu tespit edip Prizren Bölge Mahkemesi'nin kararını bozmuş ve davanın yeniden görüşülmesi için ilk derece mahkemesine iade etmiştir. Yüksek Mahkeme şu tespitte bulunmuştur: [...] *itiraz konusu karar çelişkilidir, [...] kanun yararına bozma dilekçesinde itiraz edilen kararın Çekişmeli Usul Yasası'nın 182.2.n bendi esas hükümlerinin kararı belirleyen gerekçelerin eksikliğiyle ilgili ihlal içerdiği yerinde tespit edilmiş olup belirtilen gerekçeler de kendi aralarında ve dava dosyasındaki yazışmalarla çelişmektedir. İkinci derece mahkemesi yeniden yargılama sürecinde yukarıda mezkur kararda belirtilen ihlalleri ve kanun yararına bozma dilekçesinde belirtilen hususları bertaraf etmeye mecbur kalmıştır.*
36. Prizren Bölge Mahkemesi 19 Ocak 2010 tarihinde çıkardığı I. Agj. nr. 2/2009-16 sayılı kararda Avusturya Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı'nın reşit olamayan

çocukların iadesine ilişkin talebi doğrultusunda çıkarılan Kosova Adalet Bakanlığı'nın 26 Haziran 2009 tarihli kararını görüşmüş ve bunu tekrar reddetmiştir. Mahkeme delillerin bir parçası olarak başvurusunun Ried im Innerkreis Bölge Mahkemesi tutanaklarındaki ifadesi ve Suhareka Sosyal İşler Merkezi tarafından sunulan raporları ele almıştır.

37. Prizren Bölge Mahkemesi şu gerekçeyi bildirmiştir: *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. Kesilen bir evlilik ilişkisinden olan çocukların babalarının velayetinde bulundukları [...] 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.*
38. Bölge Mahkemesi, Suhareka Sosyal İşler Merkezince başvuru ile eşi arasındaki sorunlu evliliği ve kocası tarafından başlatılan boşanma sürecine ilişkin düzenlenmiş olan bir belgedeki tespitlere başvurmuştur. Belgenin devamında çocukların kendi ebeveyniyle yaşamakta olan babalarının velayetinde oldukları ve annelerinin uzakta, Avusturya'da olduğu belirtilmiştir.
39. Kosova Adalet Bakanı Devlet Savcısına 3 Şubat 2010 tarihinde yazı göndererek şu talepte bulunmuştur: *[...] Kosova'da uygulanmakta olan yasalar uyarınca gerekli işlemler yapıp Prizren Bölge Mahkemesi aracılığıyla Prizren Bölge Mahkemesi'nin I. Agj. nr. 2/2009 sayı ve 19 Ocak 2010 tarihli kararın değiştirilmesi için Yüksek Mahkeme'ye şikayet başvurusunda bulunulsun*".
40. Adalet Bakanı diğerlerin yanı sıra Prizren Bölge Mahkemesi'nin Avusturya makamlarının reşit olmayan çocukların iadesine ilişkin talebini şu gerekçelerle reddettiğini belirtmiştir:

Prizren Bölge Mahkemesi'nin değerlendirmesine göre Mahkeme, Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair Lahey Sözleşmesi 3. maddesinden bağımsız olarak Mahkeme, çocukların iadesi halinde bedensel veya ruhsal şiddete maruz kalacakları veya çocukları tahammül edilemez hale düşüreceği durumlarda 13. madde (h) bendi çerçevesinde emretmeye yükümlü değildir. Evlilik ilişkisinin kopmasından sonra çocukların babaları A. I.'nin velayetinde kaldıkları ve onunla güçlü bir duygusal bağ kurdukları ve de Kosova'da okula devam ettikleri olgusundan hareketle, mevcut davada çocukların iadesinin onların psişik ve psikolojik sağlıklarının olumsuz etkilenme ihtimali bulunmaktadır.

Çocukların bulundukları Avusturya'dan tahliyelerinin haksız olduğunu belirleyen Prizren Bölge Mahkemesi'nin kararı bulundukları ülkeden acil ve güvenli bir şekilde tahliyesini amaçlayan Sözleşme'ye aykırı şekilde alınmıştır. Dahası Sözleşme'nin amacı taraf ülke yasalarına göre çocukların velayet irtibat haklarını güvence altına almak ve Sözleşme'nin

uygulanabilir olduğu diğer ülkelerde bu haklara etkili bir şekilde riayet edilmesini sağlamaktır.

Ayrıca Prizren Bölge Mahkemesi karar alırken Sözleşme'nin çocukların haksız yere kaçırılıp tutulmalarının koşullarının hangi durumda olgunlaştığını açık bir şekilde belirleyen 3. maddesini doğru şekilde değerlendirmemiştir. Bay A. I. Sözleşme'nin bir kişiye verilen velayet haklarıyla ilgili olan 3. maddesine aykırı davranmış, bu davada Bayan Adiye Iliri çocukların daimi mukim oldukları ülkeden uzaklaştırılmak üzere olup Bay A. I. ile aynı yerde ikamet ettikleri tartışmasızdır. Adiye Iliri Avusturya ülkesinde eşiyle birlikte reşit olmayan çocuklarının velayetini yapmaktaydı.

Bununla ilgili olarak Sözleşme'nin 12. maddesi şöyledir: Bir çocuğun, 3. maddede belirtildiği şekilde, kanuna aykırı olarak yeri değiştirilmiş veya çocuk alıkonulmuş ve çocuğun bulunduğu Taraf Devletin adli veya idari makamına müracaat anında, yer değiştirme veya alıkonulmadan itibaren bir yıldan az zaman geçmişse, müracaatta bulunulan makam, çocuğun derhal geri dönmesini emreder.

Adalet Bakanı, Başsavcının dikkatini Lahey Sözleşmesi'nin 13. madde 3. fıkrasına yönlendirmiştir: Bu maddede yer alan şartların değerlendirilmesinde, adli veya idari makamların, çocuğun sosyal durumuna ilişkin bilgileri, merkezi makam veya çocuğun mutlak ikametgâhı devletin diğer herhangi bir yetkili makamı tarafından sağlanan bilgileri göz önünde bulundurması gereklidir. Bakan'ın görüşüne göre Prizren Bölge Mahkemesi, 15 Aralık 2009 tarihli Suhareka Sosyal İşler Merkezi raporunun içerdiği olgulara göre çocukların babalarının velayetinde olduklarını tespit etmiş, bu davada ise böyle bir raporun Suhareka Sosyal İşler Merkezi tarafından değil çocuğun mutlak ikametgâhının olduğu ülke Avusturya tarafından sağlanması gerektiğini belirtmiştir.

41. Bundan sonra Başsavcı, Bölge Mahkemesi'nin Lahey sözleşmesini yanlış uygulandığını belirterek Yüksek Mahkeme nezdinde kanun yararına bozma başvurusunda bulunmuştur. O, Yüksek Mahkeme'den kararı feshedip davanın yeniden görüşülmesi için dosyanın iadesini teklif etmiştir.
42. Yüksek Mahkeme 10 Haziran 2010 tarihinde çıkardığı Mlc. 2/2010 sayılı kararla Kanun Yararına Bozma talebini reddetmiş ve Prizren bölge Mahkemesi'nin kararını onamıştır. Yüksek Mahkeme'ye göre dava dosyasından başvurusunun eşinin boşanma davası açmış ve annelerinin onayıyla Kosova'ya getirilen çocuklarının Suhareka Belediyesi Studençan'da mukim babasının yanında olduklarının ortaya çıktığını belirtmiştir.
43. Yüksek Mahkeme, Avusturya Adalet Bakanlığı'nın çocukların Avusturya'daki annelerinin yanına gönderilmek üzere iadesine ilişkin talebi doğrultusunda Kosova Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı'nın 26 Haziran 2009 tarihli talebini reddeden Bölge Mahkemesi kararını hakkaniyetli ve meşru kabul ederek Bölge Mahkemesi'nin gerekçe ve tespitlerini tamamen kabul etmiştir. Yüksek Mahkeme'nin görüşüne göre çocukların Kosova'da bir yıldan uzun süredir

ikamet ettikleri ve devam ettikleri okul ortamına uyum sağladıkları için Avusturya'daki annelerine gönderilmelerinin tahammül edilemez bir duruma düşürerek onlara psikolojik zarar vereceği yönde bir tehlike oluşturacağı belirtilen gerekçeye göre Bölge Mahkemesi'nin hukuki tutumunun hakkaniyetli olarak kabul edilmesi gerekliydi. Ayrıca Yüksek Mahkeme'ye göre on yaşını yeni doldurmuş büyük çocuğun annesine dönmeme kararlılığı ile Avusturya'da kalma istemeyişinin dikkate alınması gerekliydi.

44. Yüksek Mahkeme, yukarıda belirtilen nedenlerden ve Lahey Sözleşmesi'nin 1.3 fıkrasından dolayı Bölge Mahkemesi'nin çocukların iadesini emretmediği sonucuna varmıştır. Bundan başka çocukların Kosova'ya getirildikten sonraki dönemde boşanma sürecinin başlatıldığı ve ebeveynlerden hangisine çocukların velayetinin verileceği ile diğerinin çocuklarla temasının nasıl olacağı karara bağlanacaktı.
45. Bundan sonra annenin avukatı Yüksek Mahkeme'ye başvurarak sürecin yenilenmesini talep etmiş ve bu talebi 23 Ağustos 2011 tarihinde tek hakim tarafından görüşülmüştür. Avukat, çocukların iadesine ilişkin Adalet Bakanlığı talebinin yeniden görüşüldüğü duruşmaya ne anne ne de Savcılığın katılmasına imkân verilmediği için bu (Bölge Mahkemesi) kararın çekışmeli yargı usulü ihlali içerdiğini vurgulamıştır.
46. Ancak Yüksek Mahkeme PPC. nr. 33/2011 sayılı kararla başvurunun Prizren Bölge Mahkemesi'nde görülen davanın (I. Agj. nr 2/2009-16 sayı ve 19 Ocak 2010) yeniden görüşülmesine ilişkin talebi temelden yoksun sayarak reddetmiştir. Yüksek Mahkeme, dava tekrarına izin verecek yeni delil ve olguların bulunmadığı görüşündedir. Yüksek Mahkeme şu görüşü ortaya koymuştur: *“çocukların annesinin Avusturya'da ikamet ettiği orada reşit olmayın çocukların iadesi için dava açtığı, yukarıda mezkur çocukların annelerine iadesi sürecinde Adalet Bakanlığı'nın taraf olduğu, [...] davaya Adalet Bakanlı ve davada yer alan davalı [başvurucunun eşi] müdahil olduğunun tartışmasız olduğunu tespit eden Yüksek Mahkeme, ilk derece mahkemesinin onun aleyhinde olan duruşmaya çağırmaışıyla gayrihukuki davranış sergilememiştir. Sürecin tekrar edilmesine ilişkin teklifte il derece mahkemesinin yetkili kamu savcısını duruşmaya çağırmadığı yönündeki iddiayla ilgili olarak Yüksek Mahkeme, 2004/29 Uluslararası Çocuk Kaçırmalarının Önlenmesine İlişkin UNMIK Yönetmeliğinin hiçbir hükmünde inceleme duruşmasına savcının zorunlu katılımının öngörülmediğini tespit etmiştir. Bu nedenle Yüksek Mahkeme, itiraz edilen kararın kapsanacağı sürece savcının duruşmaya katılmayışının esasa ilişkin bir ihlal teşkil etmediğini tespit etmiştir.*
47. Yüksek Mahkeme şu sonuca varmıştır: *Yargılama tekrarına ilişkin teklifte müdahil tarafın lehine alınacak başka bir nihai kararı gerektiren yeni delil ve olgular önerilmediği göz önünde bulundurulduğunda, bir önceki süreçte değerlendirilmiş olsalar da [...] bu mahkeme yargılama tekrarı nedenlerinin geçerli olmadıklarını değerlendirmiş, bu nedenle sürecin [Bölge Mahkemesi davasının] tekrarlanması önerisinin temelden yoksun olduğu sonucuna varmıştır.*

48. Bunun akabinde başvuru bu karara Yüksek Mahkeme nezdinde itiraz etmiştir.
49. Yüksek Mahkeme 8 Aralık 2011 tarihinde çıkardığı Ac. nr. 95/2011 sayılı kararla 23 Ağustos 2011 tarihli kararındaki [...]müdahil tarafın lehine alınacak başka bir nihai kararı gerektiren yeni delil ve olgular önerilmediği için sürecin tekrar edilmesi teklifini haklı olarak reddetmiştir” sonucuna varmıştır.

Başvurucunun İddiaları

50. Başvurucu, ne kendisi ne de Kamu Savcısı’nın duruşmaya çağrılmadıkları için Prizren Bölge Mahkemesi’nin (I. Agj. nr. 2/2009 sayı ve 19 Ocak 2010 tarihli) kararı, Yüksek Mahkeme’nin (PPC. nr 33/2001 sayı ve 23 Ağustos 2011 tarihli) kararı ve Yüksek Mahkeme’nin (Ac. nr. 95/2011 sayı ve 8 Aralık 2011 tarihli kararı) ile Anayasa’nın 31. maddesi [Adil ve Tarafsız Yargılanma Hakkı] ve AİHS’nin 6. maddesi [Adil Yargılanma Hakkı] ile güvence altına alınan haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Başvuru özellikle şu iddiayı ileri sürmüştür: *Prizren Bölge Mahkemesi’nin I. A. Gj. nr. 2/2009-16 sayı ve 19.01.2010 tarihli kararı ve 2004/29 sayı ve 5 Ağustos 2004 tarihli Uluslararası Çocuk Kaçırma ve Ölenmesine İlişkin UNMIK Yönetmeliği’nin 4.2 fıkra hükmü gereğince zorunlu olduğu halde davanın aynı sayı ve tarihli karar duruşması tutanağından başvuru ile Kamu Savcısının çağrılmadıkları ve duruşmaya katılmadıkları ortaya çıkmaktadır. Bu Yönetmelik özellikle 25 Ekim 1980 tarihli Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair Sözleşme’ye dayanmaktadır.*
51. Başvurucu devamında Yönetmelik 4.2 fıkrası hükmünün Kamu Savcısının başvuru adına hukuki işlem yaptırmaya yetkili olduğunu tespit etmiştir. Ancak ne (Yönetmeliğin 1. madde 1. fıkra c. bendine göre çocuğunun velisi ve ebeveyni olarak) kendisine ne de Bölge Kamu Savcısına (Yönetmeliğin 4. madde 1. fıkra 2. bendi) karar duruşmasına katılma imkanı sunulmadığı ve bunun sonucunda Kosova Cumhuriyeti Anayasası’nın 31. maddesi ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6. madde 1. fıkrasının...
52. Başvurucu devamında 2004/29 sayılı UNMIK Yönetmeliği’nin 4.2 fıkrası uyarınca *Bölge Mahkemesi, çocuğun bulunduğu bölgede yetkili olan Kamu Savcılığına başvuruyu iletir. Bölge Kamu Savcısı başvuru talebi doğrultusunda ilgili tedbirleri almakla yükümlüdür.*

Başvurunun Kabul Edilirliği

53. Başvurunun esas incelemesine geçmeden önce Mahkeme, başvuru Anayasa’da belirtilen Yasa ve İçtüzük’te açıklanan kabul edilebilirlik koşullarını yerine getirip getirmediğini değerlendirmek durumundadır.
54. Mahkeme Anayasa’nın 113.7 fıkrasına atıfta bulunur. Fıkra şöyledir: *Yasalarla belirlenen tüm yasal yollar tükendikten sonra bireyler, kamu otoriteleri tarafından kendi bireysel hak ve özgürlükler ihlal edildiğinde dava açma haklarına sahiptirler. Öyle ki başvuru bir birey tarafından yapılmış olduğu*

için Anayasa'nın 113.7 fıkrası uyarınca başvuru Mahkeme'ye başvuruda bulunmaya yetkili taraftır.

55. Bunun dışında başvuru davası hakkında yargılama yapacak nihai merciin Yüksek Mahkeme olduğu kabul edilir. Bunun sonucunda Mahkeme, başvuru Kosova mevzuatına göre tüm kanun yollarını tükettiğini tespit etmiştir.
56. Bundan başka başvuru Yasa'nın 49. maddesi uyarınca son yargı kararını teslim aldığı andan itibaren 4 aylık süre içerisinde başvurusunu yapmış olması gerekmektedir. Yüksek Mahkeme Ac. nr. 95/2011 sayılı kararını 8 Aralık 2011 tarihinde çıkarmış, karar 14 Ocak 2012 tarihinde başvuruya teslim edilmiştir. Başvuru Mahkeme başvurusunu 11 Mayıs 2012 tarihinde yaparak Anayasa Mahkemesi'ne başvuruda bulunması için uyulması gereken yasal süreye riayet etmiştir.
57. Son olarak Yasa'nın 48. maddesi şunu belirlemiştir: *İstem müracaatında bulunan kişi, isteminde hangi hak ve özgürlüğünün ihlal edildiğini tahmin ettiğini ve müracaatta bulunan kişinin itirazda bulunmak istediği kamu otoritenin somut işleminin hangisi olduğu konusunda doğru bir açıklama yapmakla görevlidir.* Bu doğrultuda Mahkeme, başvuru Ac. nr. 95/2011 sayılı Yüksek Mahkeme kararına itiraz ettiğini, bu kararlar Anayasa'nın 31. maddesi [Adil ve Tarafsız Yargılanma Hakkı] ve AİHS'nin 6 maddesi [Adil Yargılanma Hakkı] ile güvence altına alınan haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Bu şekilde başvuru bu koşulu da yerine getirmiş bulunmaktadır.
58. Başvuru yetkili taraf olup Mahkeme'ye başvurmak için gerekli süreleri riayet etmiş olduğundan tüm kanun yollarını tüketmiş ve ihlal itiraz ettiği kararı da sunarak edildiğini iddia ettiği haklarını açıklıkla belirtmiş olduğundan Mahkeme, başvuru tüm kabul edilirlilik koşullarını yerine getirmiş olduğunu tespit etmiştir.
59. Başvuru kabul edilirliliğe ilişkin tüm usul koşullarını yerine getirmiş olduğundan Mahkeme'nin başvuru esastan incelemesi gerekmektedir.

Başvurunun Anayasal Denetim İncelemesi

60. Mahkeme başvuru, Avusturya Adalet Bakanlığı üzerinden Kosova Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı vasıtasıyla çocuklarının mutlak ikametgahı olan Avusturya'ya iadesine ilişkin talebi reddeden I. Agj. nr. 2/2009-16 sayılı karara yaptığı itirazın görüşüldüğü Prizren Bölge Mahkemesi'ndeki 19 Ocak 2010 tarihli duruşmaya kendisi ve kamu savcısının çağrılmayışıyla Anayasa'nın 31. maddesi [Adil ve Tarafsız Yargılanma Hakkı] ve AİHS'nin 6 maddesi [Adil Yargılanma Hakkı] ile güvence altına alınan haklarının ihlal edildiği yönünde şikayetçi olduğunu tespit etmiştir.
61. Başvuru ayrıca ilk yargılamadan sonra avukatının teklifiyle Prizren Bölge Mahkemesi'ndeki yargılamanın tekrar edilmesi ve yapılacak duruşmaya kendisi ve Kamu Savcısının katılmasına ilişkin talebinin 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 kararının Yüksek Mahkeme tarafından reddedildiğinden şikayetçidir.

62. Başvurucunun şikayetiyle ilgili olarak Mahkeme, Prizren Bölge Mahkemesi'nin 2004/29 sayılı UNMIK Yönetmeliği hükümleri ile Lahey Sözleşmesi hükümlerini uygulayarak başvurucuya Anayasa'nın 31. maddesi ile AİHS'nin 6. sağlanan güvenceleri sağladığını tespit etmiştir.
63. Bununla ilgili olarak Mahkeme, başvurucunun Bölge Mahkemesi'ndeki yargılama tekrarına ilişkin teklifi reddedildiğinde Yüksek Mahkeme'nin 23 Ağustos 2011 tarihli kararda çocukların annelerine iadesine ilişkin Adalet Bakanlığı'nın talebinin görüşüldüğü süreçte dava taraflarının başvuru, Adalet Bakanlığı ve davalı (başvurucunun kocası) olduğunu tartışılmazdır. Yüksek Mahkeme'nin görüşüne göre başvurucuyu duruşmaya davet etmeyerek Bölge Mahkemesi'nin kanuna aykırı hareket etmemiştir.
64. Ayrıca Yüksek Mahkeme, 2004/29 sayılı UNMIK Yönetmeliği veya Lahey Sözleşmesi'nin hiçbir hükmü öngörmediği için davalının (başvurucunun kocası) dinlendiği duruşmaya Kamu Savcısı'nın katılımının zorunlu olmadığı görüşündedir.
65. Mahkeme, Bölge Mahkemesi'ndeki davada müdahil tarafların kimlerin olduğu belirlendiğinde Yüksek Mahkeme haklı olup olmadığı veya bu mahkemede yapılan duruşmaya Kamu Savcısı'nın çağrılması gerekip gerekmediği konusunda Yüksek Mahkeme bulguları meselesine girmeye niyetli değildir. Yukarıda belirtildiği şekilde Mahkeme, bu dava koşullarında çocukların iadesiyle ilgili süreçte bulunma imkanı olmadığından başvurucunun Anayasa'nın 31. maddesi ve AİHS'nin 6. maddesiyle güvence altına alınan haklarının ihlal edilip edilmediğini inceleyecektir.
66. Mahkeme, 2004/29 sayılı UNMIK Yönetmeliği'nin 3. madde [Genel Esaslar] d. fıkrasına dayanarak Lahey Sözleşmesi uyarınca Kosova Adalet Bakanlığı'na yapılmış "yabancı (ülke) başvurusu" akabinde [...] çocuğun iadesini sağlamak için adli süreç de dahil olmak üzere acil tedbirler almasını gerekli olduğunu tespit etmiştir. "Yabancı (ülke) başvurusu" başvurucunun çocuklarının iade talebinin Lahey Sözleşmesi'nin 8. maddesine dayanarak sağlanması amacıyla çocukların mutlak ikametgahında Merkezi Otorite sıfatıyla Avusturya Adalet Bakanlığı'ndan başlatılmıştır.
67. Mahkeme bu anlamda ne 2004/29 sayılı UNMIK Yönetmeliği ne de Lahey Sözleşmesi'nin çocukların kaçırılmasına ilişkin adli süreçte her iki ebeveynin de zorunlu katılım hakkına sahip olduklarını açıkça öngörmediğini tespit etmiştir. Yalnız 2009/24 sayılı UNMIK Yönetmeliği'nin 4. madde 2. fıkrası dilekçe sahibinin talebiyle ilgili olarak tedbir almaya Bölge Kamu Savcısı'nın yetkili olduğunu belirlemiştir.
68. Her halükarda sunulan evrak ve özellikle Yüksek Mahkeme'nin 23 Ağustos 2011 tarihli kararından görüleceği üzere başvurucunun kocasının dinlendiği duruşmada Kamu Savcısı'nın yer almadığı görülmektedir. Ayrıca Yüksek Mahkeme, itiraz edilen kararın alındığı duruşmaya Kamu Savcısının katılmayışının usul esasına ilişkin bir ihlal oluşturmadığını da tespit etmiştir.

69. Bunun sonucu olarak Mahkeme, mevcut davada Bölge Mahkemesi'nin 19 Ocak 2010 tarihli bulgularında, başvurucuyu duruşmaya çağırmaksızın, çocukların bedensel veya ruhsal zarara maruz bırakma veya herhangi bir şekilde onları tahammül edilemez bir durumda bırakma tehlikesi ciddi anlamda bulunduğundan Lahey Sözleşmesi'nin 13.b fıkrası uyarınca çocukların iadesini emretmeye yükümlü olmadığı sonucuna varmasının hayal edilemez olduğu görüşündedir.
70. Prizren Bölge Mahkemesi'nin duruşma tutanağında başvurunun Ried im Innerkreis Bölge Mahkemesi'ne çocuklarının iadesi için yaptığı başvurunun okunduğu anlaşılmakta olup bu tutanakta başvurunun kocası ve onun avukatının duruşmada bulundukları, kocasının çocukların kaçırılmasının söz konusu olmadığını ve çocukların okula gitmekte olup iyi öğrenci olduklarından Avusturya'ya iadelerinin onlarda ağır sonuçlar doğuracağını belirtmiştir. Başvurunun kocası ayrıca çocukların kendisiyle güçlü duygusal bağ kurduklarını ve Bölge Mahkemesi'nin kararının çocukların psikolojik ve duygusal gelişimine etki edeceğini belirtmiştir.
71. Mahkeme, bu koşullarda başvurunun yukarıda belirtilen yargılama süreçlerine katılmayıp eşi ve diğer müdahil tarafların beyanlarına itiraz etme imkanının bulunmadığı ve Lahey Sözleşmesi uyarınca çocuklarının Avusturya'daki mutlak ikametgahlarına iadesinin gerekli olduğu konusunda Bölge Mahkemesini ikna etme imkanından mahrum edildiğini tespit etmiştir. Başvurunun görüşüne göre bu durumun kendisinin adil yargılanma hakkına yönelik ihlal oluşturmaktadır.
72. Mahkeme, AİHM içtihadına göre adil yargılanma hakkının yönlerinden birisi silahların eşitliği ilkesidir; bu da her tarafa –karşı tarafın önünde onu önemli ölçüde elverişsiz duruma düşürmeyecek şekilde- kendi davasını anlatma fırsatı verilmesi gerektiği anlamına gelir (bkz. *inter alia*, Dombo Beher N. V. v. Hollanda, Başvuru no: 14448/88, AİHM Karar tarihi: 27 Ekim 1993).
73. Mevcut başvuruyla ilgili olarak Mahkeme, başvurunun kocası ile onun avukatının Prizren Bölge Mahkemesi'nde görülen davada bulunup, başvurunun yargılama esnasında kocasının sunduklarına itiraz edip kendi olgu ve delillerini sunma imkanı olmadığından başvurucuyu kocası karşısında önemli ölçüde elverişsiz durumda bıraktığı görüşündedir (bkz. *inter alia*, Başvuru no: KI103/10, Shaban Mustafa – Yüksek Mahkeme'nin Rev. nr. 406/2008 sayı ve 3 Eylül 2010 tarihli kararı hakkında anayasal denetim başvurusu, 20 Mart 2012 tarihli karar ve Başvuru no: KI108/10, Fadil Selmanaj – Yüksek Mahkeme'nin A. nr. 170/2009 sayı ve 25 Eylül 2009 tarihli kararı hakkında anayasal denetim başvurusu).
74. Bunun sonucunda Yüksek Mahkeme'nin 8 Aralık 2011 tarihli kararıyla başvurunun 23 Ağustos 2011 tarihli karara itirazını reddetmek yerine, onun avukatının Prizren Bölge Mahkemesi'nde yargılamanın tekrar edilmesine izin vermesi gerekirdi.

75. Bu koşullarda Mahkeme, başvurucunun Anayasa'nın 31. maddesi ile AİHS'nin 6.1 fıkrası ile güvence altına alınan adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini tespit etmiştir.

BU SEBEPLERDEN DOLAYI

Anayasa'nın 113.1 fıkrası, Anayasa Mahkemesi Hakkında Yasa'nın 20. maddesi ve İÇTüzüğü'nün 56. kuralı uyarınca Anayasa Mahkemesi'nin 5 Temmuz 2013 tarihinde yapılan duruşmasında oybirliğiyle:

- I. Başvurunun kabul edilir olduğunun ilanına
- II. AİHS'nin 6. maddesi [Adil Yargılanma Hakkı] ile bağlantılı Anayasa'nın 31. madde [Adil ve Tarafsız Yargılanma Hakkı] ihlali bulunduğunun tespitine,
- III. Kosova Yüksek Mahkemesi'nin PPC. nr. 33/2011 sayı ve 23 Ağustos 2011 tarihli ile Ac. nr. 95/2011 sayı ve 8 Aralık 2011 tarihli kararlarının hükümsüz ilanına,
- IV. Prizren Bölge Mahkemesi'ne 9 ve 13 Temmuz 2009 tarihlerinde yapılan duruşmaların tekrar edilip duruşmaya katılmak üzere başvurucunun çağrılmasının emredilmesine,
- V. Bu emrin yerine getirildiğinin takipçisi olmaya,
- VI. Kararın taraflara bildirilmesine, Yasa'nın 20.4 fıkrası uyarınca Resmi Gazete'de yayımlanmasının emredilmesine,
- VII. İşbu kararın derhal yürürlüğe girdiğinin ilanına karar verilmiştir.

Raportör Yargıç

Ivan Čukalović, imza

Anayasa Mahkemesi Başkanı

Prof. Dr. Enver Hasani, imza