

Dr Marija Draškić,
redovna profesorka Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu

PRESUDA EVROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA *ZORICA JOVANOVIĆ* v. *SERBIA*: KAKVE OBAVEZE SLEDE?*

Autorka članka detaljno prikazuje i kritički komentariše presudu Evropskog suda za ljudska prava *Zorica Jovanović protiv Srbije*, u kojoj je Sud utvrdio povredu prava na poštovanje porodičnog života podnositeljke predstavke, zbog toga što joj tužena država Srbija “u kontinuitetu nije pružala pouzdane informacije o sudbini njenog sina.” Radi se, naime, o jednom od slučajeva tzv. “nestalih beba”, a zapravo o roditeljima koji organizovano u javnosti iznose navode o tome da nisu dobili potpunu dokumentaciju o smrti njihove dece koja su umrla u bolnici ubrzo nakon rođenja. Sud je obavezao državu Srbiju da podnositeljki predstavke isplati naknadu nematerijalne štete u iznosu od 10.000 evra, ali i da “preduzme sve odgovarajuće mere, po mogućstvu putem *lex specialis*-a, kako bi se osiguralo uspostavljanje mehanizma sa ciljem obezbeđenja pojedinačnog obeštećenja svim roditeljima u situaciji kao što je ili koja je dovoljno slična situaciji podnositeljke predstavke.” To je značilo da Srbija mora da donese poseban zakon na osnovu koga će biti razmotreni svi sporni slučajevi u roku od godinu dana od pravnosnažnosti presude. Takav zakon nažalost još uvek nije donet; za sada postoji Nacrt Zakona koji se nalazi na javnoj raspravi i za koji autorka smatra da na zadovoljavajući način izlazi u susret zahtevima iz presude *Zorica Jovanović protiv Srbije*.

Ključne reči: presuda *Zorica Jovanović protiv Srbije*, pravo na poštovanje porodičnog života, „nestale bebe“

1. Evropski sistem zaštite ljudskih prava i obaveze Srbije

Najpotpuniji regionalni sistem zaštite ljudskih prava do sada uspostavljen je u Evropi, i to pod okriljem Saveta Evrope. Savet Evrope je najšira evropska organizacija u oblasti ljudskih prava, nastala posle Drugog svetskog rata (1949), kao odgovor na pretnje fundamentalnim ljudskim pravima i političkim slobodama, koje su teška ratna iskustva i posleratni totalitarni režimi učinili dramatično izvesnim, a njen nastanak je inspirisan velikom idejom o ujedinjenju Evrope i potrebom da se zaštite i unaprede sloboda i sve demokratske vrednosti. Najznačajniji neposredni rezultat nastanka Saveta Evrope bilo je pripremanje nacrtu Konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (tokom vremena popularno nazvane Evropska konvencija o ljudskim pravima) koju je u Rimu, 4. novembra 1950. godine, potpisalo prvih 13 država članica Saveta Evrope. Danas su sve evropske zemlje (sa izuzetkom

Belorusije) članice Saveta Evrope i potpisnice Evropske konvencije o ljudskim pravima (47 država članica). Vrlo brzo nakon prijema u članstvo Saveta Evrope (u aprilu 2003. godine), Evropsku konvenciju o ljudskim pravima, izmenjenu u skladu sa Protokolom broj 11, potpisala je i ratifikovala pod nazivom Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda i državna zajednica Srbija i Crna Gora.¹ Među drugim ljudskim pravima i slobodama, Evropska konvencija o ljudskim pravima posebno garantuje pravo na poštovanje privatnog i porodičnog života,² a u najneposrednijoj vezi sa zaštitom porodičnog života i pravo na sklapanje braka,³ kao i zabranu diskriminacije po bilo kom osnovu.⁴

Evropski sud za ljudska prava stvoren je kao deo sistema koji je Evropska konvencija o ljudskim pravima ustanovila za zaštitu prava i sloboda garantovanih Konvencijom. Inicijalno su bila ustanovljena dva organa međunarodnog nadzora, Evropska komisija za ljudska prava i Evropski sud za ljudska prava, kojima se obezbeđivala puna primena Evropske konvencije u slučaju kršenja nekih od zaštićenih prava i sloboda. Međutim, usvajanjem Protokola broj 11 uz Evropsku konvenciju o ljudskim pravima (1994) i njegovim stupanjem na snagu (1998) došlo je do važne izmene nadzornog mehanizma Konvencije – ukinuta je Evropska komisija za ljudska prava, a ustanovljen je novi stalni Evropski sud za ljudska prava čija je nadležnost postala obavezna za sve države ugovornice. Predstavke u kojima se građani pozivaju na kršenje Evropske konvencije o ljudskim pravima upućuju se sada neposredno Evropskom sudu za ljudska prava, što znači da je pojedinac postao

1 * Ovaj rad je rezultat istraživanja u okviru projekta *Identitetski preobražaj Srbije* Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu (2017).

Videti Službeni list Srbije i Crne Gore – Međunarodni ugovori, br. 9/2003, 5/2005, 7/2005 i Službeni glasnik Republike Srbije – Međunarodni ugovori, br. 12/2010. Istom prilikom, državna zajednica Srbija i Crna Gora ratifikovala je i nekoliko Protokola uz Evropsku konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda: Prvi Protokol od 20. marta 1952. godine, Protokol broj 4 kojim se obezbeđuju određena prava i slobode koji nisu uključeni u Konvenciju i Prvi protokol uz nju od 16. septembra 1963. godine, Protokol broj 6 o ukidanju smrtne kazne od 28. aprila 1983. godine, Protokol broj 7, Protokol broj 12 i Protokol broj 13 o ukidanju smrtne kazne u svim okolnostima, a ubrzo potom i Protokol broj 14 kojim se menja kontrolni mehanizam Konvencije. Videti Službeni list Srbije i Crne Gore-Međunarodni ugovori, br. 9/2003 i 7/2005. Srbija je ratifikovala i Protokol broj 15 (Službeni glasnik Republike Srbije – Međunarodni ugovori, br. 10/2015), ali on još nije stupio na snagu.

2 Član 8. Evropske konvencije o ljudskim pravima u celini glasi:

“1. Svako ima pravo na poštovanje svog privatnog i porodičnog života, doma i prepiske.

2. Javne vlasti neće se mešati u vršenje ovog prava sem ako to nije u skladu sa zakonom i neophodno u demokratskom društvu u interesu nacionalne bezbednosti, javne bezbednosti ili ekonomske dobrobiti zemlje, radi sprečavanja nereda ili kriminala, zaštite zdravlja ili morala, ili radi zaštite prava i sloboda drugih.”

3 Član 12. Evropske konvencije o ljudskim pravima u celini glasi:

“Muškarci i žene odgovarajućeg uzrasta imaju pravo da stupaju u brak i zasnivaju porodicu u skladu sa unutrašnjim zakonima koji uređuju vršenje ovog prava.”

4 Član 14. Evropske konvencije o ljudskim pravima u celini glasi:

”Uživanje prava i sloboda predviđenih u ovoj Konvenciji obezbeđuje se bez diskriminacije po bilo kom osnovu, kao što su pol, rasa, boja kože, jezik, veroispovest, političko ili drugo mišljenje, nacionalno ili socijalno poreklo, veza s nekom nacionalnom manjinom, imovno stanje, rođenje ili drugi status.”

parnična stranka u postupku pred jednim međunarodnim sudom i tako dobio poziciju koja je do tada uvek bila rezervisana samo za suverene države.⁵

Presude Evropskog suda za ljudska prava su obavezujuće za sve države ugovornice, što znači da su one dužne da im se povinuju, a izvršenje presuda nadgleda Komitet ministara.⁶ No, u praksi samog Suda ova odredba Konvencije tumači se i šire, u tom smislu da presuda u kojoj Sud nađe da postoji povreda nekog prava garantovanog Konvencijom obavezuje tuženu državu ne samo da plati oštećenima sumu novca koja po odluci Suda predstavlja poštenu satisfakciju za učinjenu povredu nego i da pod nadzorom Komiteta ministara izabere neku opštu i/ili pojedinačnu meru koju treba da preduzme u domaćem pravnom poretku kako bi bilo prekinuto dalje kršenje Evropske konvencije i kako bi bile, u meri u kojoj je to moguće, otklonjene posledice takve povrede.⁷ U našem pravu može se podneti i vanredni pravni lek – predlog za ponavljanje postupka – protiv pravnosnažne presude domaćeg suda ako stranka stekne mogućnost da upotrebi odluku Evropskog suda za ljudska prava kojom je utvrđena povreda ljudskog prava, a to je moglo da bude od uticaja na donošenje povoljnije odluke.⁸ Najzad, Protokol broj 14 uz Evropsku konvenciju o ljudskim pravima, koji je 2010. godine stupio na snagu nakon što su ga ratifikovale sve države članice Saveta Evrope, dodatno je pojačao obavezu država članica da poštuju presude Evropskog suda za ljudska prava. Ovim Protokolom, naime, predviđeno je da se član 46. Evropske konvencije o ljudskim pravima dopuni odredbama koje regulišu postupak protiv države koja se ne povinuje pravnosnažnoj presudi Evropskog suda za ljudska prava. Postupak se pokreće na zahtev Komiteta ministara, a sankcije nisu unapred određene, već je prepušteno Komitetu ministara da razmotri mere koje treba preduzeti.⁹

Najzad, imajući u vidu da Ustav Srbije propisuje da su potvrđeni međunarodni ugovori i opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava deo pravnog poretka Republike Srbije sa kojima zakoni i drugi opšti akti ne smeju biti u suprotnosti,¹⁰ te da nalaže da se odredbe o ljudskim i manjinskim pravima tumače u korist unapređenja vrednosti demokratskog društva, saglasno važećim međunarodnim standardima

5 Videti opširnije Dimitrijević, V.; Paunović, M., *Ljudska prava*, Beogradski centar za ljudska prava - Dosije, Beograd, 1997, str. 116; Jacobs, F.; White, R., *The European Convention on Human Rights*, Clarendon Press, Oxford, 1996, str. 10.

6 Videti čl. 46. Evropske konvencije o ljudskim pravima.

7 Videti, na primer, *Case of Scozzari and Giunta v. Italy*, broj predstavke 39221/98 i 41963/98 od 13. jula 2000, § 249, *Case of Görgülü v. Germany*, broj predstavke 74969/01 od 26. maja 2004, § 64, *Case of L. v. Lithuania*, broj predstavke 27527/03 od 11. septembra 2007, § 56-59.

8 Videti čl. 426. st. 1. tačka 11. Zakona o parničnom postupku (Službeni glasnik Republike Srbije, br. 72/2011, 49/2013, 74/2013 i 55/2014). Time je Srbija postala jedna od država članica Konvencije koja je bez odlaganja sledila Preporuku Komiteta ministara R (2000) od 19. januara 2000. godine, kojom se državama članicama Konvencije preporučuje da se postojanje presude Evropskog suda za ljudska prava uvede u nacionalno pravo kao razlog za ponavljanje postupka u građanskim, krivičnim i upravnim stvarima. Isti pravni lek (predlog za ponavljanje postupka) može se, nakon izmena i dopuna Zakona o parničnom postupku iz 2009. godine, podneti i kada je u postupku po ustavnoj žalbi Ustavni sud utvrdio povredu ili uskraćivanje ljudskog ili manjinskog prava i slobode zajemčene Ustavom. Videti čl. 426. st. 1. tačka 12. Zakona o parničnom postupku.

9 Videti čl. 46. Evropske konvencije o ljudskim pravima.

10 Videti čl. 194. st. 4-5. Ustava Srbije (Službeni glasnik Republike Srbije, br. 98/2006).

ljudskih i manjinskih prava, kao i praksi međunarodnih institucija koje nadziru njihovo sprovođenje,¹¹ nema sumnje da Evropska konvencija o ljudskim pravima i praksa Evropskog suda za ljudska prava obavezuju sudove u Srbiji da te standarde poštuju i primenjuju u praksi.

2. Činjenično stanje u presudi *Zorica Jovanović protiv Srbije*

Zorica Jovanović, podnositeljka predstavke u ovom slučaju, rodila je 28. oktobra 1983. godine u Medicinskom centru u Čupriji zdravog dečaka. Na dan kada je trebalo da budu oboje otpušteni iz bolnice, dana 31. oktobra 1983. godine ujutru dežurni lekar je obavestio podnositeljku predstavke da je njena beba preminula.

Podnositeljka predstavke je 24. oktobra 2002. godine uputila zahtev Medicinskom centru u Čupriji, tražeći svu relevantnu dokumentaciju u vezi sa smrću njenog sina. Medicinski centar u Čupriji je 12. novembra 2002. godine obavestio podnositeljku predstavke da je njen sin preminuo 31. oktobra 1983. godine, u 7.15 časova, i da je njegova smrt svrstana kao "*exitus non sigmata*", što znači „smrt bez naznake uzroka“, a 29. aprila 2004. godine dostavio je podnositeljki i internu evidenciju koja se odnosi na smrt njenog sina. Takođe, Medicinski centar u Čupriji je naveo da nema drugih informacija pošto je njegova arhiva u međuvremenu poplavljena i mnoga dokumenta su uništena.

Opština Čuprija je 22. novembra 2002. godine obavestila podnositeljku predstavke, u odgovoru na njen zahtev, da je rođenje njenog sina registrovano u opštinskoj evidenciji, a da smrt nije.

Suprug podnositeljke predstavke, a otac deteta, je 10. januara 2003. godine podneo krivičnu prijavu Opštinskom javnom tužilaštvu u Čupriji. Prijava je podneta protiv medicinskog osoblja Medicinskog centra u Čupriji, koje je podnositeljka predstavke smatrala odgovornim za „otmicu njenog sina“. Tužilaštvo je 15. oktobra 2003. godine odbacilo krivičnu prijavu kao nepotkrepljenu dokazima, pošto „postoje dokazi da je njen sin preminuo 31. oktobra 1983. godine“.¹² Dalje obrazloženje nije dato i nije bilo naznake da li je obavljena prethodna istraga.

Opština Čuprija je u martu 2004. godine ponovo potvrdila sadržaj svog dopisa od 22. novembra 2002. godine.

Opština Čuprija je 19. septembra 2007. godine potvrdila da smrt sina podnositeljke predstavke nije nikada zvanično registrovana.

¹¹ Videti čl. 18. st. 3. Ustava Srbije.

¹² Na ovom mestu prevod presude na srpski jezik sa engleskog originala nije korektan. Naime, u originalnom tekstu presude navodi se *since "there was evidence that [the applicant's] son had died on 31 October 1983"* dok se u zvaničnom tekstu presude na srpskom jeziku kaže "pošto nije bilo dokaza (podvukla M.D.) da je njen sin preminuo 31. oktobra 1983. godine". Očigledno je da se radi o grešci u prevodu, budući da je logično da javno tužilaštvo odbacuje krivičnu prijavu za otmicu deteta upravo zbog toga što postoji dokaz da je dete umrlo u bolnici. Uporediti § 17 *presude Case of Zorica Jovanović v. Serbia*, dostupno na web adresi [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"appno":\["21794/08"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-118276"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{) i § 17 presude Zorica Jovanović protiv Srbije, dostupno na web adresi http://www.zastupnik.gov.rs/uploads/jankovic_z_pr_21794-08_ser.pdf.

Obema adresama pristupljeno je 27. februara 2017.

Opština Čuprija je 28. decembra 2007. godine dostavila podnositeljki predstavke kopije izvoda iz matične knjige rođenih za njenog sina, kao i zahtev Medicinskog centra u Čupriji za njegovu prijavu.

Telo podnositeljkinog sina nikada nije predato podnositeljki predstavke niti njenoj porodici. Oni nikada nisu dobili ni izveštaj o obdukciji niti su obavešteni kada i gde je on navodno sahranjen.¹³

3. Odluka o dopuštenosti

3.1. *Ratione temporis*

Evropski sud za ljudska prava je, kako je to i uobičajeno, na prvom mestu razmatrao da li su ispunjeni procesni uslovi za postupanje po predstavci Zorice Jovanović. Kada je reč o vremenskom važenju Evropske konvencije u odnosu na Srbiju, Sud je, najpre, ponovio svoj davno zauzet načelni stav da njegova nadležnost *ratione temporis* pokriva samo period posle ratifikacije Konvencije ili njenih protokola od strane tužene države, odnosno da navodni propusti i postupci države moraju biti u skladu sa Konvencijom i protokolima uz nju od dana ratifikacije, pa i onda kada su kasnije činjenice samo nastavak već postojeće situacije.¹⁴

Ispitujući dopuštenost predstavke u konkretnom slučaju, Sud se pozvao na sopstvene stavove iz presude Velikog veća u predmetu *Varnava i drugi protiv Turske* i konstatovao da postoji važno razlikovanje u praksi Suda između obaveze da se istraži sumnjiva smrt i obaveze da se istraži sumnjivi nestanak: „Nestanak je veoma specifična pojava, koju karakteritiše neprekidno stanje neizvesnosti i neodgovaranja, u kojoj postoji nedostatak informacija ili čak namerno skrivanje i zataškavanje onoga što se dogodilo. Ova situacija se veoma često proteže, produžavajući patnju roditelja ili rođaka žrtve. Prema tome, ne može se reći da je nestanak, jednostavno, 'trenutan' akt ili događaj. Dodatni element razlikovanja kasnijeg propusta da se odgovara za postojanje i sudbinu nestalih lica dovodi do trajne situacije. Stoga, pozitivna obaveza će potencijalno postojati sve dok se ne utvrdi sudbina tog lica. To je tako čak i kada se na kraju može pretpostaviti smrt“.¹⁵ Budući da je sin podnositeljke predstavke navodno umro/nestao 31. oktobra 1983. godine, dok je Evropska konvencija stupila na snagu u odnosu na Srbiju 3. marta 2004. godine. Sud je ocenio da se navodni propust države da podnositeljki predstavke pruži bilo kakve konačne i/ili pouzdane informacije o sudbini njenog sina nastavio do danas, te da se u takvim okolnostima pritužba podnositeljke odnosi na trajnu situaciju. Tako je Sud našao da je nadležan da razmatra pritužbu podnositeljke u onoj meri u kojoj se ona odnosi na navodni propust države da ispuni proceduralne obaveze prema Konvenciji počev od 3. marta 2004. godine, ali da može uzeti u obzir činjenice pre ratifikacije u onoj meri u kojoj

¹³ Videti presudu *Zorica Jovanović protiv Srbije*, broj predstavke 21794/08 od 26. marta 2013, §§ 7-22, Službeni glasnik Republike Srbije, br. 33/2013.

¹⁴ *Ibid*, § 46.

¹⁵ Videti *Case of Varnava and Others v. Turkey*, broj predstavke 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90 i 16073/90 od 18. septembra 2009, § 148. U istom smislu i presuda *Zorica Jovanović protiv Srbije, op. cit.* (fusnota br. 13), § 47.

se može smatrati da su stvorile neprekidnu situaciju koja traje i posle tog datuma ili mogu biti relevantne za razumevanje činjenica nastalih posle toga.¹⁶

3.2. Blagovremenost

Ispitujući prigovor blagovremenosti, Evropski sud je pošao od odredbe člana 35. stav 1. Konvencije o šestomesečnom roku za podnošenje predstavke i načelnog stava o početku računanja tog roka za situacije koje traju. Pozivajući se ponovo na stavove iz presude u predmetu *Varnava i drugi protiv Turske*, Sud je konstatovao da sve trajne situacije nisu iste, te da u vezi sa nestancima, podnosioci predstavki ne mogu neprekidno čekati pre podnošenja predstavke.¹⁷ Štaviše, Sud je ukazao i na to da kada postoje inicijative da se situacije nestanka reše, podnosioci predstavki mogu opravdano očekivati razvoj događaja koji bi mogao rešiti presudna činjenična ili pravna pitanja, ali da kada protekne značajno vreme, i kada postoje značajna zakašnjenja i zatišja u istrazi, doći će trenutak kada rođaci moraju da shvate da nema, niti će biti delotvorne istrage. Budući da je Narodna skupština 14. jula 2006. godine usvojila izveštaj koji je pripremio njen Anketni odbor, te da je predsednik Narodne skupštine izjavio da se sprema formiranje skupštinske radne grupe za pripremu novog zakonodavstva sa ciljem pružanja obeštećenja roditeljima „nestalih beba“, Sud je zaključio da se bar do predstavljanja izveštaja Radne grupe dana 28. decembra 2010. godine – kada je postalo očigledno da neće dobiti obeštećenja – ne može reći da je podnositeljka neopravdano očekivala ishod događaja koji bi mogao „rešiti presudna činjenična ili pravna pitanja“ u vezi sa njenom pritužbom. Kako je predstavka podneta 22. aprila 2008. godine Sud je odbacio prigovor Vlade da je predstavka podnositeljke podneta van roka.¹⁸

3.3. Iscrpljivanje domaćih pravnih sredstava

Ispitujući prigovor o neiscrpljivanju domaćih pravnih sredstava, Evropski sud je pošao od svojih stavova i pravila o teretu dokazivanja u vezi sa ovim pravilom. Naime, u vezi krivične prijave i krivičnog postupka, Sud je konstatovao da je krivična prijava odbačena, bez naznake da li je sprovedena istraga, ali da bi krivični postupak svakako zastareo do oktobra 2003. godine i stoga ne bi bio u stanju da pruži naknadu podnositeljki nakon tog datuma. U vezi sa mogućnošću podnošenja tužbe parničnom sudu, Sud je ocenio da ovaj put naknade ne bi mogao da ispravi sporno stanje stvari, budući da su parnični sudovi u najboljem slučaju mogli priznati povredu „prava ličnosti“ podnositeljke i pružiti naknadu za pretrpljenu nematerijalnu štetu ili naložiti druge oblike naknade koji bi mogli pružiti nematerijalno zadovoljenje, ali da ništa od ovoga ne bi moglo delotvorno pružiti naknadu za pritužbu podnositeljke koja se podrazumeva, a to je njena potreba za informacijama o „stvarnoj sudbini njenog sina“. Sud je konstatovao da ni Narodna skupština ni Zaštitnik građana, u svojim izveštajima, nisu razmatrali ovo pitanje, te da su preporukom da se usvoji *lex specialis* ukazali da nikakvo postojeće domaće pravno sredstvo, uključujući i

¹⁶ *Ibid*, §§ 48-49.

¹⁷ Videti *Case of Varnava and Others v. Turkey*, *op. cit.* (fusnota br. 15), §§ 162. i 165.

¹⁸ Videti presudu *Zorica Jovanović protiv Srbije*, *op. cit.* (fusnota br. 13), §§ 55-57.

navedenu parničnu tužbu, nije moglo biti delotvorno. Zbog toga je i ovaj prigovor Vlade morao biti odbačen.¹⁹

4. Odluka o meritumu

Ocenjujući osnovanost predstavke o povredi prava na poštovanje porodičnog života iz člana 8. Evropske konvencije, Evropski sud je, najpre, konstatovao da obostrano uživanje roditelja i deteta u međusobnom odnosu predstavlja osnovni element „porodičnog života” u smislu člana 8. Evropske konvencije, te da je suštinski cilj člana 8. da pojedinca zaštiti od proizvoljnog mešanja javnih vlasti. Međutim, ovoj odredbi mogu biti svojstvene i dodatne pozitivne obaveze koje se protežu, između ostalog, na delotvornost istražnih postupaka u vezi sa poštovanjem privatnog i porodičnog života. Sud se pritom pozvao *mutatis mutandis* – iako je tamo bila reč samo o kontekstu privatnog života – na sopstvenu praksu iz presude u predmetu *M.C. protiv Bugarske* i konstatovao da Sud ne može isključiti mogućnost da se pozitivne obaveze države da osiguraju fizički integritet svakog pojedinca, u okviru člana 8. Evropske konvencije, protežu, između ostalog, i na delotvornost istražnih postupaka u vezi sa privatnim životom.²⁰

Sa druge strane, Evropski sud je u presudi *Zorica Jovanović protiv Srbije* opet *mutatis mutandis* i ponovo vrlo široko primenio stavove i iz presude u predmetu *Varnava i drugi protiv Turske*, a koji se odnose na povredu zabrane mučenja, ili nečovečnog ili ponižavajućeg postupanja ili kažnjavanja, koju garantuje član 3. Evropske konvencije. Naime, u ovom slučaju radilo se o predstavkama srodnika devet vojnika rezervista koji su nestali tokom turskih vojnih operacija u severnom delu Kipra tokom jula i avgusta 1974. godine. Za svakoga od njih devetoro svedoci su tvrdili da su bili turski ratni zarobljenici smešteni u nekom od zatvora u Turskoj, ali im se potom gubio svaki trag, a njihova tela nisu nikada predata rodbini. Evropski sud je u pomenutoj presudi ovako ocenio fenomen nestalosti: „Pojava nestanaka nameće poseban teret rođacima nestalih lica koji ne znaju za sudbinu njihovih voljenih i trpe patnju neizvesnosti. Praksa Suda odavno je priznala da situacija u kojoj se nalaze rođaci može otkriti nečovečno i ponižavajuće postupanje koje je u suprotnosti sa članom 3. Konvencije. Suština povrede nije u tome da je došlo do ozbiljne povrede ljudskih prava u vezi sa nestalim licima; ona je u reakcijama i stavovima državnih organa na ovu situaciju kada im se na to skrene pažnja. ... Ostali relevantni faktori uključuju bliskost porodičnih veza, posebne okolnosti porodičnog odnosa, obim u kome je član porodice bio svedok događaja u pitanju i uključenost člana porodice u pokušaje da dobije informacije o nestalom licu. ... Utvrđivanje takve povrede nije ograničeno samo na slučajeve gde je utvrđeno da je tužena država odgovorna za nestanak ... već može da nastane i kada državni organi ne odgovore na zahtev rođaka za informacijama, ili se na njihovom putu ispreče prepreke, ostavljajući im da snose najveći teret napora da se otkriju bilo kakve činjenice, što se može smatrati

¹⁹ *Ibid*, §§ 60-64.

²⁰ Videti *Case of M.C. v. Bulgaria*, broj predstavke 39272/98 od 4. decembra 2003, §§ 152-153.

iskazivanjem flagrantnog, trajnog i grubog zanemarivanja obaveze da se utvrdi gde je i kakva je sudbina nestalog lica.”²¹

Vraćajući se na činjenično stanje u konkretnom slučaju, Evropski sud je dalje konstatovao da telo sina podnositeljke predstavke nikada nije predato njoj, niti njenoj porodici i da uzrok smrti nije nikada utvrđen, da podnositeljka predstavke uopšte nije dobila izveštaj o obdukciji, niti je obavestena kada je i gde je njen sin navodno sahranjen, kao i da njegova smrt nije nikada zvanično prijavljena, te da izgleda da je krivična prijava koju je podneo suprug podnositeljke predstavke takođe odbačena bez odgovarajućeg razmatranja, a podnositeljka predstavke i dalje nema pouzdane informacije o tome šta se desilo njenom sinu. Štaviše, Sud je primetio, pozivajući se i na Izveštaj Zaštitnika građana od 29. jula 2010. godine, da su „i sami organi Tužene države potvrdili, u raznim prilikama pošto je Srbija ratifikovala Konvenciju, da: (a) je osamdesetih godina prošlog veka bilo ozbiljnih manjkavosti u važećem zakonodavstvu, kao i u postupcima pred raznim državnim telima i zdravstvenim organima; (b) nije bilo doslednih zakonskih propisa o tome kako bi trebalo da se postupa u situacijama kada novorođenče umre u bolnici; (v) preovlađujuće lekarsko mišljenje je bilo da bi roditelje trebalo poštediti duševnog bola sahranjivanja svog novorođenčeta, zbog čega je bilo sasvim moguće da su neki parovi bili namerno lišeni te mogućnosti; (g) ova situacija je opravdala sumnje/brige roditelja zbog toga šta se stvarno desilo sa njihovom decom, pa se prema tome ne bi moglo isključiti da su bebe u pitanju zaista nezakonito oduzete od njihovih porodica; (d) reakcija Tužene države u periodu između 2006. godine i 2010. godine i sama je bila neadekvatna; (đ) a roditeljima prema tome ostaje pravo da saznaju istinu o tome kakva je stvarna sudbina njihove dece“. Konačno, Evropski sud je konstatovao da „uprkos nekoliko naizgled obećavajućih zvaničnih inicijativa između 2003. godine i 2010. godine, izveštaj radne grupe dostavljen Skupštini Srbije 28. decembra 2010. godine zaključio je da postojećem, već izmenjenom zakonodavstvu, nisu potrebne nikakve izmene, izuzev u vezi sa prikupljanjem i upotrebom medicinskih podataka. U tim okolnostima, jasno je da je to samo poboljšalo situaciju *pro futuro*, ali roditeljima u sličnoj situaciji nije ništa delotvorno ponuđeno, uključujući i podnositeljku predstavke, koja je u prošlosti pretrpela opisanu patnju“. Konačno, Sud je saopštio da su navedena razmatranja dovoljna da mu omoguće da zaključi da je podnositeljka predstavke pretrpela trajnu povredu prava na poštovanje njenog porodičnog života usled toga što joj Tužena država u kontinuitetu nije pružala pouzdane informacije o sudbini njenog sina, te da je došlo do povrede člana 8. Evropske konvencije.”²²

Sud je obavezao Republiku Srbiju da isplati podnositeljki predstavke iznos od 10.000 evra na ime naknade nematerijalne štete ali je, u smislu člana 46. Konvencije, i obavezao Republiku Srbiju – imajući u vidu i značajan broj potencijalnih podnosilaca predstavki – „da sprovede i određene mere opšte prirode, odnosno da u roku od jedne

21 Videti *Case of Varnava and Others v. Turkey*, *op. cit.* (fusnota br. 15), § 200.

22 Videti presudu *Zorica Jovanović protiv Srbije*, *op. cit.* (fusnota br. 13), §§ 71-75. U odnosu na istaknutu povredu prava na delotvorno pravno sredstvo iz člana 13. Evropske konvencije, Evropski sud je ocenio da je pritužba podnositeljke predstavke prema članu 13. suštinski ista kao njena pritužba prema članu 8. Evropske konvencije, te da je pritužba prema članu 13. dopuštena, ali da se njena osnovanost ne mora posebno razmatrati. *Ibid*, § 80.

godine od nastupanja pravnosnažnosti presude, po mogućstvu putem *lex specialis*-a, osigura uspostavljanje mehanizma sa ciljem obezbeđenja pojedinačnog obeštećenja svim roditeljima u situaciji kao što je ili koja je dovoljno slična situaciji podnositeljke predstvake. Ovaj mehanizam bi trebalo da nadzire nezavisno telo sa odgovarajućim ovlašćenjima, koje će moći da pruži pouzdane odgovore u vezi sa sudbinom svakog deteta i pruži odgovarajuću naknadu, prema slučaju.²³

5. Kakvi su krajnji dometi presude *Zorica Jovanović protiv Srbije*?

Ima nekoliko aspekata presude *Zorica Jovanović protiv Srbije* koji zaslužuju da budu dodatno komentarisani.

5.1. Procesni aspekt prava na poštovanje porodičnog života

Najpre, ovo je prva presuda – koliko je meni poznato – u kojoj je Evropski sud za ljudska prava primenio procesni aspekt obaveza država članica Evropske konvencije u kontekstu prava na poštovanje porodičnog života. Naime, ono što nedvosmisleno proizilazi iz dosadašnje jurisprudencije Evropskog suda za ljudska prava, jeste to da je procesni aspekt do sada bio vezivan isključivo za povredu prava na život (član 2. Evropske konvencije) i povredu zabrane mučenja, ili nečovečnog ili ponižavajućeg postupanja ili kažnjavanja (član 3. Evropske konvencije). Zaštita prava na život, naime, sastoji od tri glavna aspekta: prvi je dužnost države da se njeni službenici uzdrže od nezakonitog oduzimanja života (tzv. negativna obaveza države), što znači da lica u nadležnosti države ne mogu da budu samovoljno ili nezakonito lišena života od strane države i njenih organa; drugi je dužnost države da istražuje sumnjive smrtno slučajeve (tzv. procesna obaveza države); najzad, dužnost je države da preduzima korake za zaštitu života, a posebno da sprečava gubitak života koji se mogao izbeći (tzv. pozitivna obaveza države).²⁴ Kada je, dakle, reč o tzv. procesnoj obavezi, ona zahteva da država preuzme obavezu da istraži sve navode o svakom slučaju nezakonitog oduzimanja života. Drugim rečima, objektivni nadzor nad svakim nasilnim lišenjem života važan je kako za rodbinu, tako i za poverenje opšte javnosti u sprovođenje pravde i u privrženost države vladavini prava, odnosno radi sprečavanja postojanja privida o bilo kakvom dosluhu između države i onog ko vrši nezakonita dela.²⁵ To znači da obaveza države da štiti pravo na život, pročitana zajedno sa opštom obavezom iz člana 1. Evropske konvencije prema kojoj države ugovornice „svakome u svojoj nadležnosti jemče prava i slobode određene Konvencijom“, podrazumeva da se traži sprovođenje nekog oblika delotvorne službene istrage kada pojedinci izgube život usled upotrebe sile; štaviše, takva delotvorna istraga bezuslovno mora biti sprovedena kada je ubistvo posledica upotrebe sile, bez obzira da li su navodni učinoci službena lica ili

²³ *Ibid*, §§ 92-93.

²⁴ Videti Ovey, C.; White R., *The European Convention on Human Rights*, Oxford, 2006, str. 56; Žarevac, R., *Pravo na život*, Priručnik Evropska konvencija o ljudskim pravima, Beograd, 2007, str. 143.

²⁵ Videti Korljan, E., *Evropska konvencija o ljudskim pravima i pravo na život*, doktorska disertacija, neobjavljeno, Beograd, 2012, str. 270-275.

treća lica.²⁶ Istraga takođe mora biti temeljna (*thorough*), nezavisna (*independent*) u hijerarhijskom, institucionalnom i praktičnom smislu, nepristrasna (*impartial*) i pažljiva (*careful*),²⁷ odnosno revnosna (*diligent*), sveobuhvatna (*comprehensive*) i smislena (*meaningful*).²⁸ Najzad, veoma je važan i zahtev promptnosti i razumne brzine (*reasonable expedition*) istrage. Naime, Evropski sud prihvata da mogu postojati prepreke ili poteškoće koje sprečavaju napredak istrage u nekoj konkretnoj situaciji; međutim, brz odgovor vlasti koje istražuju upotrebu smrtonosne sile može se uopšteno smatrati bitnim za očuvanje poverenja javnosti u održavanje vladavine prava.²⁹ Jednom reči, istraga mora biti prava – u tom smislu da je ključna obaveza države da postupa, i to da postupa stvarno, a ne fingirano. Iako je Evropski sud u više navrata ponovio da je ta procesna obaveza države obligacija sredstva, a ne obligacija cilja³⁰ – što znači da država ne može unapred garantovati da će istraga dovesti do zadovoljavajućeg rezultata i otkrivanja svih okolnosti nasilne smrti – država mora da postupa po sopstvenoj inicijativi, obavezna je da preduzme sve razložne korake kako bi bili obezbeđeni dokazi koji mogu da dovedu do identifikacije i kažnjavanja odgovornih i mora da se trudi da to čini brzo, odnosno u razumnim rokovima. Otuda ovaj aspekt prava na život koji je označen kao procesna obaveza država, u svojoj suštini predstavlja i jedan *sui generis* slučaj povrede prava na suđenje u razumnom roku koji je vezan za specifične okolnosti u kojima je ubistvo posledica upotrebe nedozvoljene sile.

Sličnu argumentaciju koristio je Evropski sud i ocenjujući povredu zabrane mučenja koju garantuje član 3. Evropske konvencije, pa je citirajući i u konkretnom slučaju presudu *Varnava i drugi protiv Turske*, primenio sasvim široko svoj stav o tome da država ne mora biti odgovorna za sam nestanak neke osobe, ali da njena odgovornost nastaje kada državni organi ne odgovore na zahtev rođaka za informacijama, odnosno kada različite prepreke na putu saznanja tih važnih činjenica ne budu otklonjene zadovoljavajućom brzinom. Procesni aspekt, dakle, ovde je bio primenjen u sasvim drugom kontekstu – nezadovoljavajuće efikasne istrage o tome šta se dogodilo sa ratnim zarobljenicima u Turskoj – što je samo po sebi bilo kvalifikovano kao mučenje, odnosno ponižavajuće postupanje prema podnosiocima predstavlja.

Najzad, Evropski sud je procesni aspekt člana 8. Evropske konvencije primenio i u odnosu na povredu prava na poštovanje privatnog života u presudi *M.C. protiv Bugarske*, smatrajući da se dodatne pozitivne obaveze država protežu i na

26 Videti *Case of McCann and Others v. The United Kingdom*, broj predstavke 18984/91, 27. septembar 1995, § 161, Isti stav Sud je zauzeo i u nedavno donetoj presudi *Mučibabić protiv Srbije*, broj predstavke 34661/07 od 12. jula 2016, § 93.

27 Videti *Case of Velikova v. Bulgaria*, broj predstavke 41488/98 od 18. maja 2000, § 80.

28 Videti *Case of Ipek v. Turkey*, broj predstavke 25760/94 od 17. februara 2004, § 145. Videti opširnije Grdinić, E., *Evropski sud za ljudska prava i zaštita prava na život*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, br. 2/2006, str. 119. Navedeno prema Omejec, J., *Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda u praksi Evropskog suda za ljudska prava – Strasbourški Acquis*, Zagreb, 2013, str. 900.

29 Videti *Case of Jularić v. Croatia*, broj predstavke 26611/08 od 20. januara 2011, § 43.

30 Videti, umesto svih ostalih, *Case of Kelly and Others v. The United Kingdom*, broj predstavke 30054/96 od 4. maja 2001, § 96.

delotvornost istražnog postupka u vezi sa privatnim životom u kontekstu krivičnog postupka koji je u tom slučaju vođen u Bugarskoj u vezi sa prijavom za navodno silovanje.

Dakle, iako se podnositeljka predstavke nije pozivala ni na povredu prava na život, niti na zabranu mučenja, odnosno povredu prava na poštovanje privatnog života, Evropski sud je zaključio da postoji povreda prava na poštovanje porodičnog života zbog toga što podnositeljki predstavke „tužena država nije u kontinuitetu pružala pouzdane informacije o sudbini njenog sina.“³¹ Sa druge strane, za razliku od nestalosti o kojoj govori Evropski sud u vezi sa nestalošću ratnih zarobljenika, o kojima Turska nije mogla ponuditi nikakav dokaz u vezi njihove sudbine, u predmetu Zorice Jovanović postojao je izvod iz zvanične evidencije Medicinskog centra u Čupriji o mestu, danu, satu i nepoznatom uzroku smrti novorođenog deteta podnositeljke predstavke.

5.2. Pravilo o šest meseci

Kako je gore već rečeno, Evropski sud je u ovom slučaju stao na stanovište da je predstavka Zorice Jovanović blagovremena, uzimajući da je ona u trenutku podnošenja predstavke 22. aprila 2008. godine još uvek osnovano mogla očekivati ishod događaja koji bi mogao „rešiti presudna činjenična ili pravna pitanja“ u vezi sa njenom pritužbom, te da je takvo stanje trajalo bar do predstavljanja izveštaja Radne grupe Narodne skupštine 28. decembra 2010. godine, kada je postalo očigledno da neće dobiti obeštećenje. Međutim, zanimljivo je da sud pravilo o šest meseci od iscrpljivanja poslednjeg pravnog sredstva za podnošenje predstavke nije vezao za bilo koji akt koji je bio u dispoziciji podnositeljke predstavke. Drugim rečima, Sud je potpuno izostavio iz svog fokusa činjenicu da je krivičnu prijavu protiv medicinskih radnika Medicinskog centra u Čupriji podneo suprug podnositeljke predstavke tek 10. januara 2003. godine, svega nekoliko meseci pre nego što će kvalifikovani oblik mogućeg krivičnog dela „oduzimanje maloletnog lica iz koristoljublja ili drugih niskih pobuda“ pogoditi zastarelost. Pozivajući se na svoje načelne stavove o početku računanja tog roka za situacije koje traju, te na konstataciju da sve trajne situacije nisu iste, a da u vezi sa nestancima podnosioci predstavki ne mogu neprekidno čekati pre podnošenja predstavke, Sud je sasvim bez komentara prešao preko činjenice da podnositeljka predstavke apsolutno ništa nije preduzela u ovoj stvari čitavih 20 godina; tačnije, sve dok tokom 2001. godine mediji nisu počeli masovno da izveštavaju o roditeljima koji traže svoju navodno nestalu decu. Ostalo je, naime, nejasno kako je moguće da patnja podnositeljke predstavke za sve to vreme ostane skrivena, a da ona nikada ne pokuša da se obrati bilo kom državnom organu i zainteresuje se za sudbinu svog sina?³² Pritom, nikada i ni u

31 Videti presudu *Zorica Jovanović protiv Srbije*, op. cit. (fusnota br. 13), § 74.

32 U dvema presudama koje su najbližije presudi *Zorica Jovanović protiv Srbije*, Evropski sud je utvrdio povredu prava na poštovanje porodičnog života zbog toga što mrtvorodena deca podnositeljki predstavki nisu bila sahranjena sa odgovarajućom pažnjom, ali ni u jednom ni u drugom slučaju roditelji nisu propustili da odmah pokrenu postupke u vezi sa propustima nadležnih državnih organa. Videti *Case of Hadri-Vionnet v. Switzerland*, broj predstavke 55525/2000 od 14. maja 2008, § 56-57 i *Case of Marić v. Croatia*, broj predstavke 50132/12, od 12. septembra 2014, § 70-71.

jednoj prilici nije prezentovala nijedan osnov sumnje koji je mogao imati makar minimalni krivičnopravni značaj da se zaista radi o nekom krivičnom delu u vezi sa oduzimanjem dece ili promenom porodičnog stanja.

Poređenja radi, Evropski sud je nedavno doneo odluku kojom je predstavku protiv Srbije proglasio nedopuštenom u slučaju *Ahmet Kamenica i drugi protiv Srbije* upravo zbog primene pravila o roku od šest meseci. Radilo se, naime, o predstavi 67 Bošnjaka koji se se žalili na povredu člana 3. Konvencije i izostanak delotvorne istrage o navodnom mučenju kome su bili podvrgnuti u dva logora (Šljivovica i Mitrovo Polje) na teritoriji Srbije u periodu od jula 1995. do aprila 1996. godine. Sud je smatrao da je to što su podnosioci predstavke podneli krivičnu prijavu Tužilaštvu za ratne zločine tek 6. septembra 2011. godine, posle više od šesnaest godina nakon spornih događaja, sprečilo krivično gonjenje bilo kog krivičnog dela, uz izuzetak ratnih zločina, zbog zastarelosti. Budući da je Tužilaštvo za ratne zločine u Srbiji dosledno odbijalo da klasifikuje zločine koji su se navodno dogodili na srpskoj teritoriji za vreme rata u Bosni i Hercegovini kao ratne zločine, Sud je zaključio da su podnosioci predstavke 2011. godine, u vreme kada su podneli krivičnu prijavu, trebalo da znaju da neće biti krivičnog gonjenja te je, shodno tome, njihova predstavka podneta van roka od šest meseci.³³ Na stav Suda ni najmanje nije uticalo ni to što je Apelacioni sud u Beogradu još 13. juna 2014. godine, postupajući po parničnoj tužbi za naknadu štete koju su podnela dva podnosioca predstavke, Enes Bogilović i Mušan Džebo, doneo pravosnažnu presudu u parničnom postupku, kojom je utvrdio da su podnosioci predstavke u pitanju pretrpeli „intenzivno mučenje i nečovečno postupanje“ te da su „podnosioci predstavke pretrpeli bez svake sumnje najtežu patnju koju pojedinac može da doživi“. Apelacioni sud je opisao postupke čuvara prema dvojici podnosilaca predstavke i drugim licima u centru kao „ponašanje ... teško dostojno ljudskog bića“.³⁴

5.3. Obavezna obdukcija – da ili ne?

Evropski sud za ljudska prava je u presudi *Zorica Jovanović protiv Srbije* u popis relevantnog domaćeg prava uvrstio i Zakon o zdravstvenoj zaštiti iz 2005. godine,³⁵ iako se sporno rođenje deteta dogodilo 1983. godine, kada je važio Zakon o zdravstvenoj zaštiti iz 1992. godine. Razlika u odredbama ova dva zakona u pogledu obaveznog vršenja obdukcije je očigledna. Naime, prema Zakonu o zdravstvenoj zaštiti iz 1992. godine bilo je propisano da se obdukcija vrši obavezno na lešu: 1) lica umrlog u zdravstvenoj ustanovi ako nije utvrđen tačan uzrok smrti; 2) lica umrlog pre isteka 48 časova od početka lečenja; 3) na zahtev doktora medicine koji je lečio lice koje je umrlo; 4) na zahtev doktora medicine određenog od strane nadležnog organa skupštine opštine za utvrđivanje uzroka smrti; 5) kada je to od posebnog značaja za zaštitu zdravlja građana ili kada to nalažu epidemiološki i sanitarni razlozi; 6)

³³ Videti odluku *Ahmet Kamenica i ostali protiv Srbije*, broj predstavke 4159/15 od 4. oktobra 2016, § 50-51.

³⁴ *Ibid*, § 16. Svakom tužiocu je dosuđeno po 300.000 dinara na ime naknade nematerijalne štete.

³⁵ Videti presudu *Zorica Jovanović protiv Srbije*, op. cit. (fusnota br. 13), § 41.

na zahtev člana uže porodice umrlog lica.³⁶ Naprotiv, prema važećem Zakonu o zdravstvenoj zaštiti obdukcija se obavezno vrši: 1) na licu umrlom u zdravstvenoj ustanovi ako nije utvrđen uzrok smrti; 2) na licu umrlom pre isteka 24 sata od početka lečenja u stacionarnoj zdravstvenoj ustanovi; 3) na novorođenčetu koje je umrlo u zdravstvenoj ustanovi odmah nakon rođenja ili tokom lečenja (podvukla M.D.); 4) na zahtev doktora medicine koji je lečio umrlo lice; 5) na zahtev doktora medicine određenog za utvrđivanje uzroka smrti od strane nadležnog organa opštine, odnosno grada; 6) kada je to od posebnog značaja za zaštitu zdravlja građana ili kada to nalažu epidemiološki ili sanitarni razlozi; 7) na zahtev nadležnog suda; 8) na zahtev člana uže porodice umrlog lica; 9) ako smrt nastupi u toku dijagnostičkog ili terapijskog postupka.³⁷ Drugim rečima, budući da ranije važećim zakonom koji je uređivao sistem zdravstvene zaštite nije bila izričito predviđena ovakva vrsta obaveze kada je reč o novorođenoj deci, već se obdukcija obavezno vršila, pored ostalog, na lešu lica umrlog pre isteka 48 časova od početka lečenja ili na zahtev člana uže porodice umrlog lica, u ovom konkretnom predmetu podnositeljka predstavke, kao član uže porodice, nije tražila obdukciju, što je po zakonu mogla da učini, niti je njen sin preminuo pre isteka 48 sati od početka lečenja, a što je bila druga zakonom propisana situacija kada se vršila obavezna obdukcija. Dakle, Evropski sud je u presudi *Zorica Jovanović protiv Srbije*, interpretirajući odredbe važećeg Zakona o zdravstvenoj zaštiti iz 2005. godine, došao do zaključka da je država po tom zakonu bila u obavezi da podnositeljki predstavke dostavi izveštaj o obdukciji. To, međutim, nije bilo tačno; tek donošenjem Zakona o zdravstvenoj zaštiti iz 2005. godine predviđena je obavezna obdukcija na svakom novorođenčetu koje je umrlo u zdravstvenoj ustanovi odmah nakon rođenja ili tokom lečenja. Evropski sud je, međutim, i na trenutak kada je umrlo dete Zorice Jovanović 1983. godine primenio Zakon o zdravstvenoj zaštiti od 2005. godine, iz čega je proizašao zaključak Suda da je država po tom zakonu bila u obavezi da podnositeljki predstavke dostavi izveštaj o obdukciji, zasnivajući svoju presudu delimično i na toj konstataciji. Kao što je već ranije rečeno, Zakon o zdravstvenoj zaštiti upravo je u tom segmentu značajno izmenjen 2005. godine u odnosu na zakon koji mu je prethodio, i to tako da je obdukcija svakog deteta koje je umrlo odmah nakon rođenja ili tokom lečenja postala obavezna. Ono što je svakako neprihvatljivo, to je da se odgovornost države mogla temeljiti, između ostalog, i na retroaktivnoj primeni zakona na događaj koji se odigrao 22 godine ranije!

5.4. „Situacija koja je ista ili dovoljno slična situaciji podnositeljke predstavke“

Veoma je važno da je Evropski sud za ljudska prava primenu člana 46. Konvencije ograničio na situacije koje su iste ili dovoljno slične situaciji podnositeljke predstavke. Ovo zbog toga što je uprkos velikoj javnoj i medijskoj vidljivosti Beogradske grupe roditelja, udruženja građana koje, zajedno sa nekoliko

³⁶ Videti čl. 86. st. 1. i 2. Zakona o zdravstvenoj zaštiti (*Službeni glasnik Republike Srbije*, br. 17/92, 26/92, 50/92, 52/93, 53/93, 67/93, 48/94, 25/96, 18/02 i 101/05).

³⁷ Videti čl. 222. st. 1. i 2. Zakona o zdravstvenoj zaštiti (*Službeni glasnik Republike Srbije*, br. 107/05, 72/09, 88/10, 99/10, 57/11, 119/12, 45/13 i 93/14).

drugih organizacija, već više od 10 godina okuplja roditelje koji žive sa sumnjom da su im iz srpskih porodilišta na neki nepoznat način ukradena deca i istovremeno vode kampanju da od države dobiju odgovore na pitanja o tome šta se tačno dogodilo sa njihovim umrlim novorođenim bebama, Ustavni sud Srbije odbio je ustavnu žalbu G.R., koji je bio jedan od najagilnijih predstavnika te organizacije.³⁸ Ustavni sud je, naime, zaključio da su navodi i tvrdnje podnosioca ove ustavne žalbe bili bitno slični sa ocenama i stavovima Evropskog suda iz presude *Zorica Jovanović protiv Srbije*, ali da se činjenice i okolnosti koje je utvrdio Ustavni sud u ovom predmetu povodom ustavne žalbe G.R. bitno razlikuju od činjeničnog stanja koje je utvrdio Evropski sud u presudi *Zorica Jovanović protiv Srbije*. Naime, supruga podnosioca ustavne žalbe je prevremeno rodila dva dečaka koji su neposredno nakon porođaja – a zbog ozbiljnih poremećaja osnovnih životnih funkcija koje su dijagnostikovane na rođenju i pružanja adekvatne medicinske nege – upućeni u ustanovu specijalizovanu za novorođenčad, koja se upravo bavi lečenjem beba u neonatalnom periodu kod kojih postoje zdravstveni rizici opasni po život. Ustavni sud je ukazao da su nadležni organi, po zahtevu podnosioca ustavne žalbe, prilikom inspekcijskog nadzora utvrdili da su kako o porođaju, tako i o istoriji bolesti, kliničkoj dijagnozi, otpusnoj listi, premeštaju i prijemu novorođenčadi, izvodima iz matičnih knjiga rođenih i umrlih, kao i sprovodnicama leševa evidentirani svi relevantni podaci u odgovarajućim registrima, te da nije bilo nikakvih nepravilnosti u vođenju dokumentacije. Drugim rečima, iz dokumentacije koja je bila prezentirana Ustavnom sudu proizilazi da podnosilac ustavne žalbe nije mogao imati bilo kakve nedoumice povodom izveštaja o smrti svoje dece, niti neizvesnosti u pogledu „presudnih činjeničnih i pravnih pitanja“ o tome šta se stvarno dogodilo sa njegovom decom. Nasuprot tvrdnjama podnosioca ustavne žalbe da je povreda prava iz člana 8. Evropske konvencije izvršena time „što tela dece nikada nisu bila predata porodici, što uzrok smrti nije bio utvrđen, što verodostojan obdukcioni zapisnik nikad nije bio predat porodici, što porodica nije nikada bila obavешtena kada i gde su deca bila navodno sahranjena, što je krivična prijava bila odbačena bez adekvatne istrage i što podnosilac ustavne žalbe nema nikakvu verodostojnu informaciju o tome šta se desilo njegovoj deci“, Ustavni sud je utvrdio je da su podnosiocu ustavne žalbe dostavljeni svi uredno vođeni medicinski protokoli sa podacima o zdravstvenom statusu prevremeno rođenih blizanaca, preduzetim dijagnostičkim i terapijskim procedurama, istorijama bolesti i otpusnim listama. Nažalost, i pored svih napora lekara da spasu dvoje prevremeno rođene dece, koja su rođena sa ozbiljnim deficitima osnovnih životnih funkcija, nastupila je njihova smrt. Ustavni sud je takođe utvrdio da su činjenice rođenja i smrti oboje dece uredno zabeležene u odgovarajućim registrima kao i u Matičnoj knjizi rođenih i Matičnoj knjizi umrlih, da roditelji nisu odgovorili na poziv zdravstvene ustanove da sahrane svoju decu, te da postoje verodostojni dokazi da je sahrana obavljena u organizaciji i na trošak Instituta za neonatologiju, gde su deca lečena i gde je nastupio letalni ishod.³⁹

38 Videti odluku Ustavnog suda Už – 7936/2013 od 29. oktobra 2015, *Službeni glasnik Republike Srbije*, br. 96/15.

39 Opširnije o ovoj odluci Ustavnog suda videti Draškić, M., *Slučajevi „nestalih beba“: Ustavni sud vs. Evropski sud za ljudska prava*, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, br. 1/2017 (u štampi).

Zbog toga je od presudne važnosti da, u sklopu obaveza Srbije koje proizilaze iz člana 46. Evropske konvencije, a koje je Evropski sud naturio Srbiji u presudi *Zorica Jovanović*, svaki pojedinačni slučaj bude detaljno ispitan i činjenice utvrđene od strane nezavisnog tela. Najvažniji aspekt odluke Ustavnog suda o kojoj je bilo reči u ovom tekstu, jeste upravo saznanje da svi slučajevi pritužbi roditelja – kako pred domaćim organima, tako i pred Evropskim sudom – navodno „nestalih beba“ nisu isti.

5.5. Nacrt Zakona o postupku utvrđivanja činjenica o položaju novorođene dece za koju se sumnja da su nestala u porodilištima u Republici Srbiji

Ministarstvo pravde Republike Srbije objavilo je još 5. avgusta 2015. godine na svojoj web stranici Nacrt Zakona o postupku utvrđivanja činjenica o položaju novorođene dece za koju se sumnja da su nestala u porodilištima u Republici Srbiji (u daljem tekstu: Zakon).⁴⁰ Cilj Zakona jeste, sa jedne strane, utvrđivanje činjenica i okolnosti na osnovu kojih se može utvrditi istina o položaju novorođene dece za koju se sumnja da su nestala u porodilištima u Republici Srbiji nakon 1. januara 1970. godine, a za čije eventualno procesuiranje je nastupila zastarelost krivičnog gonjenja, a sa druge strane, izvršenje obaveze Republike Srbije iz presude Evropskog suda za ljudska prava u predmetu *Zorica Jovanović protiv Srbije*.⁴¹

Predviđeno je da se postupak vodi pred sudijom pojedincem prema pravilima vanparničnog postupka (u prvom stepenu stvarno nadležni su Viši sudovi u sedištim Apelacionih sudova u Beogradu, Novom Sadu, Nišu i Kragjevцу), a mesna nadležnost određena je prema mestu u kome se nalazilo porodilište, odnosno prema prebivalištu ili boravištu podnosioca predloga kojim se pokreće postupak.⁴² Po žalbi protiv prvostepenog rešenja odlučuje jedan od četiri apelaciona suda, tako što može odbiti žalbu i potvrditi prvostepeno rešenje ili uvažiti žalbu i preinačiti prvostepeno rešenje. Protiv pravnosnažnog rešenja donetog po žalbi revizija nije dozvoljena.⁴³ Postupak je hitan; pravilo je da važi načelo poverljivosti, osim ako sud ne odluči da na zahtev predlagača postupak otvori za javnost; najzad, sud se rukovodi istražnim načelom, što znači da sud pribavlja po službenoj dužnosti dokaze i podatke od nadležnih državnih i drugih organa te fizičkih i pravnih lica, a može i samostalno utvrđivati činjenice koje predlagač nije izneo.⁴⁴

Predlog kojim se pokreće postupak mogu podneti roditelji novorođenog deteta za koje postoji razumna sumnja da je nestalo iz porodilišta, a ako nijedan od roditelja nije živ ili nije poslovno sposoban, ovlašćeni predlagači su i brat, sestra, deda ili baba deteta. Dodatni uslov za podnošenje predloga jeste i to da su se roditelji deteta obraćali državnim organima u vezi sa položajem deteta za koje sumnjaju da je nestalo iz porodilišta u Republici Srbiji u periodu od 1. januara 1970. godine do 9. septembra 2013. godine, kada je nastupila pravnosnažnost presude Evropskog suda za ljudska prava u predmetu *Zorica Jovanović protiv Srbije*. Zakon navodi i koje

40 Videti <http://www.mpravde.gov.rs/sekcija/53/radne-verzije-propisa.php> Pristupljeno 13. marta 2017.

41 Videti čl. 2-3. Zakona.

42 Videti čl. 4, 5. i 14. Zakona.

43 Videti čl. 24-25. Zakona.

44 Videti čl. 8-10. Zakona.

činjenice i dokaze predlog za pokretanje postupka treba da sadrži, kao i da se mora podneti u roku od 6 meseci od dana stupanja na snagu Zakona.⁴⁵

Postupak se okončava donošenjem rešenja kojim se utvrđuju činjenice o smrti deteta za koje se vodi postupak ili činjenice koje ukazuju na položaj nestalog deteta, a ako to nije moguće, rešenjem se konstatuje da nije bilo moguće utvrditi položaj nestalog deteta. Rešenjem se, takođe, može utvrditi da je zbog činjenja ili nečinjenja nadležnog organa predlagачu povređeno pravo na porodični život.⁴⁶ Ako nije bilo moguće utvrditi činjenice o smrti deteta niti o položaju nestalog deteta, kao i kada je utvrđena povreda prava na porodični život (odnosno na poštovanje porodičnog života), sud može predlagачu dosuditi pravičnu naknadu nematerijalne štete, pod uslovom da je takav zahtev bio istaknut u predlogu za pokretanje postupka. Visinu pravične naknade određuje sud po slobodnoj oceni, ceneći sve okolnosti slučaja, ali ona ne može biti veća od 10.000 evra u dinarskoj protivvrednosti na dan donošenja rešenja.⁴⁷

6. Umesto zaključka: jedini mogući ishod

Tekst Nacrta Zakona o postupku utvrđivanja činjenica o položaju novorođene dece za koju se sumnja da su nestala u porodilištima u Republici Srbiji dočekan je sa velikim nezadovoljstvom tokom javne rasprave koja još uvek traje, kako od roditelja koji tragaju za svojom navodno nestalom decom,⁴⁸ tako i od strane nekih nevladinih organizacija koje ih podržavaju. Osnovni prigovor je u tome da Nacrtom Zakona nije predviđen neki posebni istražni krivični postupak, a ne vanparnični postupak, koji bi bio pogodan da se dođe do saznanja o svim relevantnim činjenicama u vezi sa podacima o bebama koje su umrle u porodilištima odmah nakon rođenja, a njihova smrt nije dokumentovana na zadovoljavajući način.⁴⁹

45 Videti čl. 15-17. Zakona.

46 Videti čl. 21. Zakona. Bolje bi bilo da je upotrebljena sintagma "pravo na poštovanje porodičnog života" kako je to učinjeno u čl. 8. Evropske konvencije i čl. 2. st. 2. Porodičnog zakona Srbije (Službeni glasnik Republike Srbije, br. 18/2005 i 6/2015), budući da pojam "poštovanje" u očima Evropskog suda podrazumeva postojanje takvih pravnih mehanizama u domaćem pravu koji će obezbediti da se izvrše kako negativne, tako i pozitivne obaveze država članica Konvencije. Negativne obaveze odnose se na dužnost države da se uzdrži od mešanja u pravo na poštovanje porodičnog života, osim ukoliko je to u skladu sa standardima koje propisuje član 8. stav 2. Konvencije, dok pozitivne obaveze znače da država mora aktivno da deluje kako bi omogućila poštovanje nekog od prava koja ulaze u domen prava na privatnost i zaštićena su članom 8. Konvencije.

47 Videti čl. 22-23. Zakona. Predlagач Zakona se u pogledu maksimalne visine naknade očigledno rukovodio standardom iz presude *Zorica Jovanović protiv Srbije*, u kojoj je podnositeljki priznato pravo upravo na toliki iznos naknade. Videti presudu *Zorica Jovanović protiv Srbije*, *op. cit.* (fusnota br. 13), § 93.

48 Evo, na primer, izjave Mirjane Novokmet, jedne od majki koje tragaju za svojom decom: „Pa ključ cele naše priče, je dobra istraga, veštačenja, DNK - da li je dete živo ili mrtvo, nama je potreban dokaz, a dokaz su upravo ili leš deteta da se uradi DNK ili živo dete i da država naravno mora da saopšti tom detetu ko su mu biološki roditelji i da on konačno sazna istinu.” Dostupno na web adresi <http://rs.n1info.com/a207592/Vesti/Vesti/Sta-su-nedostaci-predlozenog-zakona-o-nestelim-bebama.html> Pristupljeno 15. marta 2017.

49 Videti, umesto svih drugih, saopštenje Jukoma od 21. septembra 2016. godine. Dostupno na web adresi <http://rs.n1info.com/a195305/Vesti/Vesti/Jukom-Nacrt-zakona-o-nestelim-bebama-nije-dobar.html> Pristupljeno 15. marta 2017.

Takav novi krivični postupak, međutim, nije moguće sprovesti, zbog toga što ne postoji ustavna mogućnost da se naknadnim donošenjem kasnijeg zakona omogućí procesuiranje ranije nastalih slučajeva navodnog nestanka novorođene dece iz porodilišta, niti bi bilo opravdano vršiti izmene odredaba Krivičnog zakonika i Zakonika o krivičnom postupku. Ustav Srbije, naime, izričitom odredbom zabranjuje da zakoni i svi drugi opšti akti imaju povratno dejstvo, a da odredba krivičnog zakonika može imati povratno dejstvo samo ako je blaža za učinioa krivičnog dela.⁵⁰ To znači da činjenicu da je za sva eventualna krivična dela za koja je nastupila apsolutna zastarelost – što je upravo i bio smisao donošenja ovakvog *lex specialis*-a – ne bi bilo moguće zakonskom intervencijom promeniti tako što bi se produžili rokovi zastarelosti, jer bi takva izmena svakako bila strožija, a ne blaža za mogućeg učinioa krivičnog dela. Sa druge strane, propisivanje novih krivičnih dela izmenama krivičnog zakonodavstva takođe bi bilo u suprotnosti sa drevnim pravilom krivičnog prava i ustavnog prava, da se niko ne može oglasiti krivim za delo koje, pre nego što je učinjeno, zakonom nije bilo predviđeno kao kažnjivo, niti mu se može izreći kazna koja za to delo nije bila predviđena.⁵¹

Stoga je ovakav tekst Nacrta Zakona, po mom mišljenju, jedini prihvatljiv put da se u svakom pojedinom slučaju uvrđi da li postoji relevantna dokumentacija koja potvrđuje eventualno lečenje, smrt, obdukciju i sahranjivanje deteta ili takvi dokazi ne postoje i ni na koji drugi način nije moguće utvrditi pouzdano šta se dogodilo sa telom umrlog novorođenčeta. U tom slučaju, država je dužna da podnosiocu predloga u ovom postupku isplati pravičnu naknadu nematerijalne štete zbog toga što nije bila u prilici da ponudi urednu dokumentaciju koja bi roditelje lišila daljih sumnji i neizvesnosti o tome šta se stvarno dogodilo sa njihovom decom. Najzad, ni iz teksta presude *Zorica Jovanović protiv Srbije* ne proizilazi da je odgovornost države Srbije u tome što nije sankcionisala eventualno učinjeno krivično delo, već u tome što podnositeljki predstavke „u kontinuitetu nije pružala pouzdane informacije o sudbini njenog sina.“⁵² Otuda i obaveza koja je izrečena Srbiji, u skladu sa članom 46. Evropske konvencije, ne glasi na ponovno vođenje krivičnih postupaka ili izmenu krivičnog zakonodavstva i produžavanje rokova zastarelosti, kao što je to tražila podnositeljka predstavke, već samo na preduzimanje svih odgovarajućih mera, po mogućstvu putem *lex specialis*-a, kako bi se osiguralo „uspostavljanje mehanizma sa ciljem obezbeđenja pojedinačnog obeštećenja svim roditeljima u situaciji kao što je ili koja je dovoljno slična situaciji podnositeljke predstavke. Ovaj mehanizam bi trebalo da nadzire nezavisno telo, sa odgovarajućim ovlašćenjima, koje će moći da pruži pouzdane odgovore u vezi sa sudbinom svakog deteta i pruži odgovarajuću naknadu, prema slučaju.“⁵³

50 Videti čl. 197. Ustava Srbije.

51 Videti čl. 34. st. 1. Ustava Srbije.

52 Videti presudu *Zorica Jovanović protiv Srbije*, op. cit. (fusnota br. 13), § 74.

53 *Ibid*, § 92.

JUDGMENT OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS *Zorica Jovanovic v. SERBIA*: WHAT LEGAL OBLIGATIONS FOLLOW?

Summary

The author of the article reviews and comments with criticism on the judgment of the European Court of Human Rights *Zorica Jovanovic v. Serbia*. The Court concludes that there has been a violation of Article 8 of the European Convention on Human Rights because „the applicant has suffered a continuing violation of the right to respect for her family life on account of the respondent State’s continuing failure to provide her with credible information as to the fate of her son”. It is one of the so-called ”missing babies” cases, what is in fact the public alleging by the parents who deem that they did not receive complete documentation on the death of their children who died in the hospital shortly after birth. The Court ordered the Serbian state to pay the applicant non-pecuniary damage of 10 000 euros, but also „to take all appropriate measures, preferably by means of a *lex specialis* to secure the establishment of a mechanism aimed at providing individual redress to all parents in a situation such as, or sufficiently similar to, the applicant’s. This mechanism should be supervised by an independent body, with adequate powers, which would be capable of providing credible answers regarding the fate of each child and awarding adequate compensation as appropriate.” This meant that Serbia needed to adopt a special law on the basis of which will be resolved all the controversial cases within one year from the date on which this judgment became final. Such a law unfortunately has not been adopted for the time being; for now there is a draft law and the public hearing is going on for which the author believes that satisfactorily meets the requirements of the judgment *Zorica Jovanović v. Serbia*.

Key words: the judgment *Zorica Jovanović v. Serbia*, the right to respect for family life, ”missing babies”