

UDK 342.76(497.11); 351.77:[616.98:578.834

CERIF: S 112, S 148

DOI: 10.51204/Anali_PFBU_23104A

Dr Katinka BERETKA*

FORMALNOPRAVNI ASPEKTI DEROGACIJE LJUDSKIH PRAVA ZBOG PANDEMIJE KOVIDA 19 U UPOREDNOJ USTAVNOSUDSKOJ PRAKSI

U radu se predstavljaju sličnosti i razlike u argumentaciji ustavnih sudova Republike Srbije, Republike Hrvatske, Bosne i Hercegovine i Mađarske prilikom odlučivanja o proceduralnim, odnosno formalnim aspektima derogacije ljudskih prava i drugih (restriktivnih) mera donetih povodom kovida 19, kao što su nadležnost organa i tela za donošenje restriktivnih mera, karakter, odnosno kvalitet akata kojima se te mere naređuju i kontrola od zakonodavne i/ili izvršne vlasti. Zajedničko im je da su, iako sudovi ni u jednoj odluci nisu zanemarili potrebu za restriktivnim merama zbog očuvanja javnog zdravlja, drugačije tretirali značaj formalnopravnih zahteva vladavine prava u uslovima pandemije. Cilj rada je da se analizom relevantnih ustavnosudskih odluka pronađu neki zajednički kriterijumi, merila i testovi za ocenu ustavnosti tih mera radi povećanja pravne sigurnosti u sličnim životnim situacijama u budućnosti.

Ključne reči: *Kovid 19. – Ustavni sud. – Vladavina prava. – Formalni aspekti.*

* Docentkinja, Fakultet za pravne i poslovne studije „Dr Lazar Vrkatić“, Srbija, beretka.katinka@gmail.com.

1. UVOD

Nakon izbijanja pandemije kovida 19, izazvanog virusom SARS-CoV-2, prva reakcija skoro svih država sveta je bilo uvođenje ozbiljnih restriktivnih mera u raznim oblastima društvenog života koje su nesumnjivo pogodile i pojedina ljudska prava i slobode i način njihovog efektivnog ostvarivanja. Iako postoji mnogo sličnosti između država u pogledu vrsta mera koje su primenile (a delom primenjuju i dan-danas) za suzbijanje pandemije, nezavisno od njihovog političkog uređenja, pravnog sistema, stepena ekonomske razvijenosti (Lugonić, Arsenijević 2021), postavlja se pitanje da li su i nacionalni ustavni sudovi na sličan način pristupali rešavanju pravnih pitanja koja su se pojavila povodom ograničenja ljudskih prava i sloboda.

Prema rezultatima jednog globalnog istraživanja na uzorku od sto država, potvrđeno je da je u tim postupcima uloga (ustavnih) sudova (bila) višestruka: da „obezbede proceduralni integritet vanrednih režima“ (Ginsburg, Versteeg 2020, 28), da uspostavljaju ravnotežu između restriktivnih mera i osnovnih ljudskih prava i sloboda i da od političkih aktera zahtevaju preduzimanje afirmativnih mera za borbu protiv kovida 19 radi ispunjenja njihovih ustavom predviđenih obaveza (Ginsburg, Versteeg 2020, 28).

U ovom radu proučavamo praksu ustavnih sudova Republike Srbije, Republike Hrvatske, Federacije Bosne i Hercegovine¹ i Mađarske povodom kovida 19; tačnije segment njihove ustavnosudske prakse koji se bavi spomenutim „proceduralnim integritetom“ režima (bilo vanrednog, bilo „redovnog“) i odnosi se na formalnopravna pitanja procesa odstupanja od ljudskih prava u borbi protiv pandemije. Zajedničko im je da su to ustavni sudovi mladih, „novih“ demokratija, iako su se dve države već pridružile Evropskoj uniji (Mađarska i Hrvatska). Tri države (bivše članice nekadašnje SFRJ) imale su značajne zajedničke pravnoistorijske momente u toku svog pravnog razvoja, što takođe može (ali, s obzirom na veoma različit put demokratizacije nakon devedesetih, ne mora) da bude od uticaja na sličan ishod ustavnosudskih postupaka, odnosno logiku obrazloženja odluka u sličnim predmetima (Hendriks, Loughlin, Lidström 2011, 724–726).

Radi sužavanja obima predmeta istraživanja, istaknut je uporednopravni prikaz samo onih ustavnosudskih odluka spomenutih država koje su donete u postupcima za ocenu ustavnosti i zakonitosti propisa, kako je već rečeno, fokusirajući se prvenstveno na poštovanje načela (stroge) formalne ustavnosti i zakonitosti postupajućih ustavnih sudova. Taj metodološki pristup inače

¹ U radu se ne analizira posebno praksa Ustavnog suda Republike Srpske, ali se poziva na neke njegove odluke, gde je to relevantno.

odgovora i sve više zastupljenoj doktrini da se zakonodavne, normativne aktivnosti vršene mimo formalnopravnih pravila smatraju izuzetno teškom povredom ustava (Krčinski 2011, 84), dok procesne nedostatke u ustavnim žalbama treba blaže tretirati, „osećajem za meru“, imajući u vidu osnovnu misiju ustavnih sudova da pružaju zaštitu povređenom ljudskom pravu (Manojlović Andrić 2013, 170–171).

Nakon nekoliko talasa virusa, na osnovu dosadašnjeg iskustva i na pravnom polju i na terenu, može se zaključiti da borba sveta protiv kovida 19 još nije gotova, a opravdano se može očekivati i pojava novih zdravstvenih i medicinskih izazova zbog promena u životnoj sredini. Zbog očekivanja društva da se osim najviše vrednosti čovečanstva, a to je zdrav život, istovremeno sačuvaju i najviše vrednosti samog pravnog razvoja, uključujući vladavinu prava u njenom punom kapacitetu, veliki je teret na ustavnim sudovima da pronađu odgovarajući balans između adekvatne zaštite tih vrednosti. Cilj rada je da se diferenciraju sličnosti i razlike u pojedinim argumentacijama ustavnih sudova u regionu koje su povodom kovida 19 izneli u postupcima za ocenu ustavnosti i zakonitosti propisa i da se na taj način prepoznaju sporna pitanja čije bi rešavanje doprinelo povećanju pravne sigurnosti u sličnim životnim situacijama u budućnosti.

U tu svrhu, u prvom poglavlju, radi uvođenja predmeta, daje se opšti prikaz odluka ustavnih sudova u regionu koje su se ticale kovida 19 („kovid odluke“), dok se u drugom poglavlju analiziraju pojedini aspekti formalnopravne dimenzije restriktivnih mera: pravni osnov derogacije, nadležnost organa i tela za donošenje restriktivnih mera, karakter akata kojima se te mere naređuju i (bilo preventivna, bilo naknadna) kontrola delatnosti tih organa i tela od zakonodavne vlasti, i to sve imajući u vidu različite pristupe ustavnih sudova skoro istovrsnim pitanjima.

2. „KOVID ODLUKE“ U REGIONU

Umesto dublje analize svih elemenata relevantnih odluka, kao što su detaljna sadržina, vrste i ishod ustavnosudskih postupaka, rešavanje faktičkih pitanja nasuprot originalnoj funkciji ustavnih sudova za rešavanje pravnih pitanja, način definisanja javnog interesa, primena prakse Evropskog suda za ljudska prava i testa zakonitosti, nužnosti i srazmernosti, poruka izdvojenih mišljenja itd., u ovom poglavlju praksa ustavnih sudova u regionu prikazana je samo okvirno, pre svega izvođenjem generalnog zaključka o samom modelu odlučivanja u oblasti kovida 19; naravno, pod uslovom da se može pričati o nekakvom obrascu u postupanju suda, a ne samo o izolovanim odlukama, bez zajedničkih tačaka u argumentaciji. U tom pogledu, ustavni

sudovi Mađarske i Hrvatske su se pokazali prilično doslednim, a s obzirom na manji (mali) broj predmeta u Srbiji i Bosni i Hercegovini ne bi bilo metodološki ispravno izvesti bilo kakav zaključak.

Države su pristupile rešavanju *nepravni*h problema najrazličitijim normativnim oružjima, zbog čega se razlikuje karakter, odnosno „količina“ propisa koji su se pojavili ili bi se mogli pojaviti pred ustavnim sudovima, što se ogleda i u broju ustavnosudskih predmeta u tom polju. Ustavni sud Srbije je raspravljao najmanji broj predmeta u oblasti kovida 19, a Ustavni sud Mađarske više desetina.

Inicijatori postupaka za ocenu ustavnosti i zakonitosti – nezavisno od toga kako se u pojedinim nacionalnim pravnim sistemima nazivaju (predlagatelj/predlagač, apelant, inicijator, podnosilac ustavne žalbe u izuzetnim slučajevima), rukovodili su se skoro istim, odnosno sličnim razlozima prilikom iniciranja normativne kontrole pred ustavnim sudovima u regionu; a to je bilo navodno kršenje njihovih osnovnih ličnih prava i sloboda (dostojanstvo, pravo na život, bezbednost lična sloboda, uključujući slobodu kretanja, pravo na privatnost, telesni i psihički integritet, zdrav razvoj dece, slobodu veroispovesti), političkih prava (sloboda izražavanja i primanja informacija, izborna pravo i pravo na lokalnu samoupravu, sloboda okupljanja) i ekonomskih, kulturnih, socijalnih prava (mirno uživanje imovine, prava u oblasti rada, pravo na obrazovanje, pristup zdravstvenoj zaštiti) u osporenim aktima. Prema navodima inicijatora, restriktivnim merama su diskriminisane, čak i stigmatizovane pojedine društvene grupe (stari ljudi, deca, zaposleni pojedinih profesija i preduzetnici u pojedinim privrednim oblastima, korisnici usluga socijalne zaštite, zatvorenici, osobe sa invaliditetom, migranti). Takođe se postavilo kao ustavnopravo relevantno pitanje da li je povređena dobrobit životinja u uslovima policijskog časa u Srbiji, odnosno da li je jedinicama lokalne samouprave u Mađarskoj uskraćeno pravo na samostalnu imovinu reorganizacijom budžetskih prihoda.²

Zajedničko obeležje praksi nacionalnih ustavnih sudova u istraživanju je da ni u jednoj odluci nisu zanemarili značaj restriktivnih mera za očuvanje opšteg interesa, odnosno ovlašćenje države da raznim sredstvima štiti zdravlje stanovništva u uslovima pandemije, čak i protivno ostvarivanju pojedinih ljudskih prava u punom kapacitetu. Između ostalog, razlikuju se u stepenu „tolerancije“ sudova prema državi, odnosno u tome koliko daleko njeni (glavni) organi mogu ići u davanju prednosti supstancijalnom konceptu

² Inače je odgovor bio negativan u oba slučaja. Vid. odluku Ustavnog suda Srbije, IUo-45/2020, 28. 10. 2020, *Službeni glasnik RS* 126/2020, odnosno odluku Ustavnog suda Mađarske, 3234/2020 (VII. 1.), 1. 7. 2020.

vladavine prava nad njenim formalnom konceptu. Umesto istovremenog uvažavanja oba koncepta, kako je to prihvaćeno i u predloženoj definiciji Venecijske komisije (šire u European Commission for Democracy Through Law 2010), odnosno makar pokušaja balansiranja između formalnih (način donošenja, jasnoća i predvidljivost norme) i materijalnih zahteva (stvarni sadržaj, bit norme) vladavine prava (Banić 2015, 46–47), države su najčešće pod okriljem efikasnosti i efektivnosti zaobišle neke procesne korake u odlučivanju o derogaciji ljudskih prava. Pitanje je da li je to u ustavnopravnom smislu bio prihvatljiv način na koji su se države u regionu borile protiv kovida 19.

2.1. Srbija

U Srbiji je većina restriktivnih mera doneta izmenama i dopunama Uredbe Vlade o tzv. merama za vreme vanrednog stanja³ koja više nije bila na snazi za vreme njene normativne kontrole.⁴ Ustavni sud je retroaktivno utvrdio da pojedine odredbe koje su se odnosile na potencijalno dvostruko pravnosnažno odlučivanje u pogledu istog kažnjivog dela (prekršaj zbog povrede zabrane kretanja u određenom periodu, odnosno krivično delo nepostupanja po zdravstvenim propisima za vreme epidemije), nisu bile u saglasnosti sa Ustavom za vreme njihovog važenja, dok je ustavnost većine mera (npr. ograničenje slobode kretanja i slobode bavljenja profesijom, pravljenje razlike na osnovu starosti) potvrđena, takođe retroaktivno.⁵ Inicijative za normativnim kontrolom drugih pravnih propisa u oblasti borbe protiv kovida 19 Ustavni sud Srbije je odbacio zbog nepostojanja pretpostavki za pokretanjem postupka, odnosno meritornim odlučivanjem.⁶ Interesantna je činjenica da uredbe o merama za sprečavanje i suzbijanje zarazne bolesti kovid 19 kojima se takođe propisuju izvesne restrikcije, odnosno obaveze kako za građane, tako za poslovni sektor nakon ukidanja vanrednog stanja u Srbiji, nisu bile predmet normativne kontrole pred Ustavnim sudom Srbije.

³ Uredba o merama za vreme vanrednog stanja, *Službeni glasnik RS* 31/2020, 36/2020, 38/2020, 39/2020, 43/2020, 47/2020, 49/2020, 53/2020, 56/2020, 57/2020, 58/2020 i 60/2020.

⁴ Ostale uredbe Vlade donete uz supotpis predsednika države za vreme vanrednog stanja pretežno su se odnosile na tehnička i organizacijska pitanja, finansijsku podršku ili fiskalne mere.

⁵ Ustavni sud Srbije, IUo-45/2020, 28. 10. 2020, *Službeni glasnik RS* 126/2020.

⁶ Ustavni sud Srbije, IUo-63/2020, 20. 10. 2020, IUz-66/2020, 24. 12. 2020, IUo-62/2020, 30. 12. 2020, IUo-100/2020, 30. 12. 2020.

Naime, Vlada je, na osnovu neposrednog ovlašćenja iz Zakona o zaštiti stanovništva od zaraznih bolesti⁷, donela tri istoimene uredbe i nekoliko desetina izmena kojima su, između ostalog, regulisani obaveza nošenja zaštitnih maski, organizovanje rada u poslovnim jedinicama različitih kategorija, na raznim manifestacijama, na javnom prevozu, način izvođenja nastave, okolnosti ulaska i povratka u zemlju, itd.⁸ Iako važeća uredba ne sadrži ovlašćenje Vlade da posebnom odlukom izmeni opšti režim zaštite za pojedine jedinice lokalne samouprave, to je bilo predviđeno prvom i drugom verzijom uredbe, ako to nalažu posebne okolnosti.⁹ Odrredba jedne takve odluke, donete na osnovu ove autorizacije Vlade, kojom je bilo predviđeno duže radno vreme za ugostiteljske objekte i noćne klubove na teritoriji grada Beograda u odnosu na ostala mesta u Srbiji, jedino je osporena pred Ustavnim sudom zbog navodne diskriminacije na osnovu prebivališta i sedišta, što Ustavni sud nije prihvatio kao ustavnopravno relevantan razlog.¹⁰

2.2. Mađarska

Za razliku od Srbije gde se postupak za ocenu ustavnosti pokreće predlogom državnih organa, organa autonomnih pokrajina, jedinica lokalne samouprave i narodnih poslanika, odnosno prihvatanjem inicijative svakog drugog fizičkog ili pravnog lica,¹¹ u Mađarskoj se razlikuju postupci za ocenu ustavnosti opštih pravnih akata na osnovu inicijative za naknadnu normativnu kontrolu, odnosno ustavnih žalbi posebne vrste. Nakon stupanja na snagu novog Osnovnog zakona (Ustava) od 1. januara 2012. godine, naknadnu

⁷ Zakon o zaštiti stanovništva od zaraznih bolesti, *Službeni glasnik RS* 15/2016, 68/2020 i 136/2020.

⁸ Uredba o merama za sprečavanje i suzbijanje zarazne bolesti Covid-19, *Službeni glasnik RS* 66/2020, 93/2020, 94/2020, 100/2020, 109/2020, 111/2020, 120/2020, 122/2020, 126/2020, 138/2020, 141/2020, 144/2020 i 145/2020, Uredba o merama za sprečavanje i suzbijanje zarazne bolesti Covid-19, *Službeni glasnik RS* 151/2020, 152/2020, 153/2020, 156/2020, 158/2020, 1/2021, 17/2021, 19/2021, 22/2021, 29/2021, 34/2021, 48/2021, 54/2021, 59/2021, 60/2021, 64/2021, 69/2021, 86/2021, 95/2021, 99/2021, 101/2021, 105/2021, 108/2021, 117/2021, 125/2021, 7/2022 i 10/2022, Uredba o merama za sprečavanje i suzbijanje zarazne bolesti Covid-19, *Službeni glasnik RS* 33/2022, 48/2022, 53/2022 i 69/2022.

⁹ Uredba o merama za sprečavanje i suzbijanje zarazne bolesti Covid-19, *Službeni glasnik RS* 66/2020... čl. 9a st. 2, Uredba o merama za sprečavanje i suzbijanje zarazne bolesti Covid-19, *Službeni glasnik RS* 151/2020... čl. 13 st. 2.

¹⁰ Ustavni sud Srbije, IUo-100/2020, 30. 12. 2020.

¹¹ Zakon o Ustavnom sudu, *Službeni glasnik RS* 109/2007, 99/2011, 18/2013 – odluka US, 103/2015 i 40/2015, čl. 29 st. 1 tač. 1–2.

normativnu kontrolu propisa mogu da iniciraju samo Vlada, jedna četvrtina narodnih poslanika, ombudsman, predsednik Vrhovnog suda i republički javni tužilac, dok je pre 31. decembra 2011. godine bukvalno svako imao tu mogućnost.¹² Od više desetina predmeta pred Ustavnim sudom Mađarske koji se tiču kovida 19, samo četiri inicijative su podneli narodni poslanici (povodom ograničenja imovine jedinice lokalne samouprave oduzimanjem prava na porez na motorna vozila,¹³ odstupanja od odredaba Zakonika o radu za vreme vanredne situacije¹⁴ i izmenjenih pravila o preraspodeli radnog vremena¹⁵, odnosno povodom toga što je Vlada proglasila teritoriju u lokalnoj svojini posebnom privrednom zonom¹⁶), a većina postupaka je inicirana po osnovu specifične ustavne žalbe fizičkih lica ili privatnih organizacija.

U Mađarskoj se razlikuje tri tipa ustavnih žalbi, od kojih se jedan odnosi na pravo podnosioca da ospori opšti pravni akt (ili njegove pojedine odredbe) ukoliko je povreda Ustavom zajamčenog prava nastupila zbog same primene tog akta, čak i bez prethodne sudske odluke, a podnosiocu ne stoji na raspolaganju drugo pravno sredstvo.¹⁷ Imajući u vidu spomenutu strukturu inicijatora „kovid predmeta“, i logično je da je najčešći razlog za neprihvatanje zahteva za pokretanje postupka bio nedostatak neposrednog, aktuelnog pravnog interesa podnosioca.

U postupku ocenjivanja ustavnosti uredbe o vakcinaciji zaposlenih u privatnom sektoru,¹⁸ Ustavni sud je odbacio ustavne žalbe zbog nedostatka povezanosti podnosioca sa osporenom uredbom i njenim pravnim posledicama. Prema obrazloženju suda, osporena uredba se ne primenjuje *ex lege*, nego posredno, putem diskrecione ocene poslodavca koji slobodno odlučuje o tome da li će zahtevati vakcinaciju protiv kovida 19 za konkretno radno mesto ili neće. To jest, u tom slučaju zaposleni nezadovoljni odlukom poslodavca mogu da se obrate nadležnom sudu radi pravne zaštite u okviru običnog radnopravnog spora i, u krajnjem slučaju, Ustavnom sudu „redovnom“ ustavnom žalbom.¹⁹ Na osnovu ranije prakse Ustavnog suda već je utvrđeno da se ne može dokazati lična povezanost sa predmetom ako osporen propis

¹² Magyarország Alaptörvénye (2011. április 25), čl. 24 st. 2 tač. e.

¹³ Ustavni sud Mađarske, 3234/2020 (VII 1), 1. 7. 2020.

¹⁴ Ustavni sud Mađarske, 3326/2020 (VIII 5), 5. 8. 2020.

¹⁵ Ustavni sud Mađarske, 3426/2021 (X 25), 25. 10. 2021.

¹⁶ Ustavni sud Mađarske, 3388/2020 (X 22), 22. 10. 2020.

¹⁷ 2011. évi CLII. Törvény az Alkotmánybíróságról, čl. 26 st. 2.

¹⁸ A munkahelyek koronavírus elleni védelméről szóló 598/2021. (X 28) Korm. rendelet.

¹⁹ Ustavni sud Mađarske, 3088/2022 (III 10), 10. 03. 2022, tač. 22–25.

još nije proizveo pravno dejstvo direktno u odnosu na podnosioca, odnosno ako sama povreda prava još nije nastupila, nije aktuelna.²⁰ No, nisu se svi u sudu saglasili sa odlukom većine. Na primer, sutkinja dr Agneš Cine (Czine Ágnes) izrazila je drugačiji stav u izdvojenom mišljenju, smatrajući da će navodna povreda prava uskoro nastupiti jer će stupanjem na snagu uredbe podnosioci biti izloženi riziku gubitka radnog mesta ako ne budu primili vakcinu u određenom roku. Prema njenom mišljenju, postoji bliska veza između adresata norme (zaposleni), pravne pozicije podnosioca i same osporene norme, što ukazuje na neposredan pravni interes podnosioca da se osporena uredba poništi.²¹ Nažalost, ta argumentacija nije bila dovoljno ubedljiva da bi sud raspravljao o vakcinaciji protiv kovida 19 u meritumu.

Takođe, Ustavni sud Mađarske je obustavio postupke za ocenu ustavnosti specijalnih propisa koji su važili za vreme posebnog pravnog režima,²² pretežno sa obrazloženjem da sprovođenje postupaka nije osnovano niti opravdano ako osporeni akt više nije na snazi, odnosno ne primenjuje se. S obzirom na dinamičnost normativnog rada, naročito na samom početku pandemije, podnesci su ulazili u fazu odlučivanja pred Ustavnim sudom neretko nakon ukidanja ili izmene osporenih akata. Iako Ustavni sud Mađarske može takođe retroaktivno da utvrdi (ne)saglasnost osporenog akta sa Osnovnim zakonom, ako postoji takva okolnost koja opravdava nastavak postupka,²³ ni u jednom slučaju nije se opredelio za produžetak. S jedne strane, taj pristup je svakako ekonomičan i smanjuje broj predmeta, to jest rasterećuje sud, ali, s druge strane, postoji bojazan da je sud propustio da odgovori na neka važna pravna pitanja koja mogu ponovo da se pojave u praksi. U manjem broju predmeta sud je odlučio u meritumu, ali odbijajući inicijative, odnosno ustavne žalbe bez izuzetka; to jest, nije utvrdio nesaglasnost osporenih odredaba sa Osnovnim zakonom Mađarske ni u jednoj odluci.

Sadržinski gledano, ustavnim žalbama su bili pobijani najrazličitiji propisi, pretežno uredbe Vlade, počevši od propisa o preduzetim merama za očuvanje stabilnosti nacionalne privrede, preko pravila o zaštitnim merama za vreme kovida 19, do akata o potvrđivanju zaštićenosti od virusa i obaveznoj vakcinaciji. Na službenom sajtu Ustavnog suda Mađarske

²⁰ Ustavni sud Mađarske 33/2017 (XII 6), 06. 12. 2017, tač. 33–35.

²¹ Ustavni sud Mađarske, 3088/2022 (III 10), 10. 3. 2022, tač. 49.

²² Za pojam posebnog pravnog režima u Mađarskoj videti poglavlje 3.1. ovog rada.

²³ 2011. évi CLI. Törvény az Alkotmánybíróságról, čl. 64, tač. e.

redovno se ažurira spisak rešenih predmeta povodom kovida 19, uključujući i postupke u toku.²⁴ U ovom radu se analiziraju samo one konačne odluke koje su relevantne sa aspekta ovog članka.

2.3. Hrvatska

Praksa prilično plodnog Ustavnog suda Hrvatske u ovoj oblasti obožavana je i detaljnim izdvojenim mišljenjima manje-više istih sudija čija se argumentacija delom zasniva i na formalnopravnim razlozima, što će biti analizirano kasnije.

Kao što je već rečeno, Ustavni sud Hrvatske se pokazao doslednim u pogledu ishoda postupaka u „kovid predmetima„: ili je odbacio ili nije prihvatio predloge za pokretanje postupaka za ocenu ustavnosti i zakonitosti restriktivnih mera, ali je, za razliku od Mađarske, proglasio neustavnim napadnute akte u tri izuzetna slučaja. Sud je utvrdio (postupajući *ex officio*) da zabrana rada trgovinskih objekata nedeljom nije u saglasnosti sa Ustavom jer prilikom određivanja neradnog dana u toku nedelje Stožer civilne zaštite (ovlašćeni donosilac restriktivnih mera) nije postupio u skladu sa načelom srazmernosti.²⁵ Zatim nije našao razumno i objektivno opravdanje za tehnička ograničenja kojima je aktivno učešće poslanika na raspravi na sednicama Sabora, u uslovima pandemije bilo značajno ograničeno.²⁶ I na kraju, nije prihvatio obrazloženje Vlade Hrvatske da autonomija univerziteta obuhvata ovlašćenje rukovodstva visokoškolskih ustanova da odluči o izuzimanju studenata od primene Odluke o uvođenju posebne sigurnosne mere obaveznog testiranja na virus SARS-CoV-2 te posebne sigurnosne mere obaveznog predočenja dokaza o testiranju, cepljenju ili preboljenju zarazne bolesti kovid 19 radi ulaska u prostore javnopravnih tela.²⁷

Ustavni sud je pokrenuo postupak po službenoj dužnosti jedino u prvom spomenutom slučaju (zabrana rada nedeljom), nakon prestanka važenja sporne odredbe, čija normativna kontrola inače nije bila inicirana od drugih lica niti je bila povod za masovno podnošenje ustavnih žalbi. Zato

²⁴ Ustavni sud Mađarske https://alkotmanybirosag.hu/uploads/2022/05/inditva_nyok_vezelyhelyzet_szignalt_2022_05_20.pdf, poslednji pristup 26. septembar 2022.

²⁵ Ustavni sud Republike Hrvatske, U-II-2379/2020, 14. 9. 2020, *Narodne novine* 105/20.

²⁶ Ustavni sud Republike Hrvatske, U-I-4208/2020, 20. 10. 2020, *Narodne novine* 119/20.

²⁷ Ustavni sud Republike Hrvatske, U-II-7149/2021, 15. 2. 2022, *Narodne novine* 25/22.

se postavilo pitanje uzaludnog „trošenja energije“ suda za jedan takav slučaj koji nije prouzročivao značajne štete u pravnom poretku, odnosno nije proizveo takve posledice koje je Ustavni sud morao da otkloni na ovaj retroaktivan način.²⁸ Postupanje Ustavnog suda je inače bilo povezano sa pitanjem ustavnosti rada nedeljom u redovnim okolnostima koje je bilo predmet više ustavnosudskih postupaka pre nekoliko godina, intenzivno praćenih od javnosti. Tada je sud utvrdio da „zakonsko propisivanje zabrane rada prodavnica nedeljom nametnulo prekomeran teret trgovcima na koje se ta zabrana odnosi, posebno u svetlu okolnosti da su tom zabranom pogođeni i oni trgovci koji u celosti poštuju prava svojih zaposlenika“.²⁹ Na kraju su sporne odredbe Zakona o trgovini bile ukinute zbog poremećaja ravnoteže između zaštite prava radnika u prodavnicama i zaštite slobode preduzetništva trgovaca. O osetljivošću ove teme svedoči i činjenica da je za „vreme kovida“ Ustavni sud inače odbacio većinu predloga za ocenu ustavnosti onih akata koji su međuvremeno stavljeni van snage ili značajno izmenjeni (iako bi po ustavnom zakonu imao ovlašćenje za ocenu ustavnosti propisa ako nije proteklo više od godinu dana od dana prestanka važenja do podnošenja zahteva, odnosno predloga za pokretanje postupka³⁰). Prema jednom izdvojenom mišljenju sudije Gorana Selaneca, sutkinje Lovorke Kušan i sudije Andreja Abramovića, nisu inicijatori postupka krivi što je Ustavni sud toliko dugo čekao da donese odluku da je napadnut propis na kraju ukinut.³¹ S druge strane, prema obrazloženju suda, retroaktivno postupanje može biti opravdano jedino u svetlu težine argumenata u inicijativama, postojanja javnog interesa i ocene pojedinačnih interesa inicijatora koji se pojave u većem broju.³²

2.4. Bosna i Hercegovina

Praksa Ustavnog suda Bosne i Hercegovine ima na neki način najšarolikije ishode postupaka u vezi sa kovidom 19: potvrdio je da je obaveza nošenja zaštitnih maski legitimna naspram formalne nelegalnosti postupka donošenja

²⁸ Izdvojeno mišljenje sudije Miroslava Šumanovića, Ustavni sud Republike Hrvatske, U-II-2379/2020, 14. 9. 2020, *Narodne novine* 105/20.

²⁹ Ustavni sud Republike Hrvatske, U-I-642/2009, 19. 6. 2009, *Narodne novine* 76/09.

³⁰ Ustavni zakon o Ustavnom sudu Republike Hrvatske, *Narodne novine* 99/99, 29/02, 49/02 – prečišćen tekst, čl. 56 st. 1.

³¹ Ustavni sud Republike Hrvatske U-II-1373/2020, 14. 9. 2020.

³² Ustavni sud Republike Hrvatske, U-II-6267/2021, 12. 4. 2022.

relevantne mere,³³ izjavio je da nastavom na daljinu nije povređena sam bit prava na obrazovanje,³⁴ odbacio je kao nedopuštenu apelaciju u vezi sa obavezom nošenja lične zaštitne opreme i distanciranja zbog toga što je *ratio materiae* inkompatibilna sa Ustavom Bosne i Hercegovine³⁵ i odbacio je apelaciju zbog zabrane kretanja van mesta prebivališta jer su se pravne okolnosti promenile – predmetna naredba je u međuvremenu stavljena van snage.³⁶

Ustavni sud Bosne i Hercegovine može da odluči da li je bilo koja odredba ustava ili zakona jednog entiteta u skladu sa Ustavom Bosne i Hercegovine, što obuhvata i normativnu kontrolu zakona same federacije (znači ne samo entiteta). Takve postupke može da inicira samo ograničen krug lica: članovi Predsedništva, predsedavajući ili njegov zamenik ili jedna četvrtina bilo kojeg veća Parlamentarne skupštine ili jedna četvrtina članova bilo kojeg zakonodavnog veća nekog entiteta.³⁷ Interesantno je da nijedan „kovid postupak“ nije bio pokrenut po toj osnovi, nego od privatno pravnih lica podnošenjem tzv. apelacije.

Slično rešenju primenljivom u Mađarskoj, Ustavni sud Bosne i Hercegovine može izuzetno da razmatra apelaciju i kada nema prethodne (pojedinačne) odluke nadležnog suda, ukoliko apelacija ukazuje na ozbiljna kršenja prava koja štiti Ustav ili neki međunarodni akt koji se primenjuje u Bosni i Hercegovini.³⁸ Da bi takva apelacija bila dopustiva, apelant mora da navodi razloge zbog kojih se smatra žrtvom povrede prava. Neke apelacije su odbačene baš zbog nedostatka neposrednog pravnog interesa, dok su druge usvojene ali bez istovremenog ukidanja osporenog akta. Na primer, u jednoj odluci sud je potvrdio da je apelantova sloboda na kretanje bila povređena zbog nepostojanja proporcionalnosti između zaštite javnog zdravlja i naložene mere, ali, s obzirom na nesumnjiv javni interes da se

³³ Ustavni sud Bosne i Hercegovine, AP-3683/20, 22. 12. 2020.

³⁴ Ustavni sud Bosne i Hercegovine, AP-3667/20, 10. 12. 2020.

³⁵ Ustavni sud je smatrao da osporene naredbe kojima se nalaže obavezno nošenje zaštitnih maski i održavanje socijalne distance na javnim površinama i zatvorenim javnim mestima nikako ne mogu dovesti u vezu sa onim odredbama Ustava Bosne i Hercegovine, odnosno Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava na koje se apelant pozivao; to jest, „iz činjeničnog stanja predmeta ne proizlazi da se apelant drži u ropskom ili potčinjenom položaju, niti da je lišen slobode, niti se obveza održavanja socijalne distance može smatrati ograničenjem slobode kretanja“ (stav 14 odluke Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, AP-1844/20, 2. 7. 2020).

³⁶ Ustavni sud Bosne i Hercegovine, AP-1580/20, 20. 5. 2020.

³⁷ Ustavni sud Bosne i Hercegovine, Aneks IV Opšteg okvirnog sporazuma za mir u Bosni i Hercegovini i *Službeni glasnik BiH* 25/2009 – Amandman I, VI, 3, a.

³⁸ Pravila Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, čl. 18 st. 2.

uvedu određena ograničenja, odnosno zbog mogućih negativnih posledica za celokupno društvo, Ustavni sud nije ukinuo predmetnu naredbu Federalnog štaba civilne zaštite.³⁹

Za razliku od Federacije, u Republici Srpskoj svako može dati inicijativu za pokretanje postupka za ocenjivanje ustavnosti i zakonitosti, kao u Srbiji,⁴⁰ što je rezultiralo time da su pred Ustavnim sudom Republike Srpske napadnuti skoro svi propisi doneti povodom kovida 19: uredbe sa zakonskom snagom predsednika RS, zaključci Republičkog štaba za vanredne situacije i sama odluka o proglašenju vanrednog stanja.

3. FORMALNOPRAVNA DIMENZIJA RESTRIKTIVNIH MERA

U svojoj dugogodišnjoj praksi, Evropski sud za ljudska prava je izradio poseban test na osnovu kojeg se u svakom pojedinačnom slučaju utvrđuje da li je ograničenje ljudskog prava sprovedeno u skladu sa principima Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava. Iako se elementi tog testa mogu različito tumačiti (šire u Greer 2000, 23–26), ustavni sudovi se kontinuirano pozivaju na njih kada odlučuju o tome da li je postojala povreda ljudskih prava, a to su: 1) da li je mešanje države u vršenje konkretnog individualnog ljudskog prava bilo nužno u demokratskom društvu, 2) da li je mešanje, odnosno ograničenje bilo propisano zakonom i sprovedeno u skladu sa zakonom i 3) da li je mešanje bilo proporcionalno legitimnom cilju koji se želi postići. U vezi sa praksom ustavnih sudova u istraživanju, jednoglasno se može zaključiti da ni u jednom slučaju nije bilo sporno da su restriktivne mere bile nužne, odnosno da je cilj (tj. očuvanje javnog zdravlja) bio legitiman. Međutim, razlikuju se po tome da li bi se taj cilj mogao postići blažim merama (pitanje proporcionalnosti), odnosno da li su prilikom usvajanja mera bili ispoštovani zahtevi (formalne) legalnosti. U ovom radu se bavimo samo ovim drugim pitanjem.

Na početku izgradnje doktrine, kriterijum da svaka derogacija mora imati validan pravni osnov bio je fokusiran isključivo na obavezu organa državne vlasti da deluju u okviru zakona i drugih pravnih propisa (legalitet u smislu supremacije prava) (European Commission for Democracy Through Law 2010, 9). Vremenom su se razvili i neki drugi atributi u vezi sa kvalitetom akata, kao da ti propisi moraju biti dostupni, razumljivi i predvidljivi

³⁹ Ustavni sud Bosne i Hercegovine, AP-1217/20, 22. 4. 2020, tač. 72–73.

⁴⁰ Zakon o Ustavnom sudu Republike Srpske, *Službeni glasnik Republike Srpske* 104/01 i 92/12, čl. 4. st. 1.

adresatima, odnosno predvidljivi i samim organima izvršne vlasti u smislu da znaju granice svojih ovlašćenja, to jest kako, kada i prema kojim subjektima mogu da izriču (restriktivne) mere (legalitet u smislu pravne sigurnosti) (Sloot 2020, 163).

Iako su ti zahtevi utvrđeni kao pretpostavke za ograničenje ljudskih prava u tzv. redovnim prilikama, smatra se da se moraju primeniti i u slučaju odstupanja od ljudskih prava u vanrednim okolnostima.⁴¹ Takav je i stav Interameričke komisije za ljudska prava koja je u posebnoj rezoluciji izjavila da međunarodno pravo postavlja brojne kriterijume, kao što su legalitet, nužnost, srazmernost i pravovremenost, koje države moraju da poštuju čak i u ekstremnim slučajevima (Inter-American Commission on Human Rights 2020, 8).

3.1. Pravna kvalifikacija kovida 19 kao razloga za odstupanje od ljudskih prava i povezana pitanja

Države su suverene da odluče da li bi potencijalna opasnost za život i zdravlje ljudi opravdavala privremeno ili trajno odstupanje od uobičajenih modela delovanja u nacionalnom pravnom sistemu. Nezavisno od toga što kovid 19 nesumnjivo predstavlja stvarnu i neposrednu pretnju za pravo svih pojedinaca na zdravlje i život (šire u Lebrecht 2020), prema nekim mišljenjima njegove eventualne posledice ne zahtevaju uvođenje vanrednog režima.

Primeri Hrvatske, Mađarske i Srbije, a delimično i Republike Srpske, potvrđuju da jedan isti događaj može da se tretira veoma različito u pravnom smislu u raznim pravnim sistemima, i da su ustavni sudovi u praksi zauzeli prilično oprezan stav naspram teorijskog koncepta da bi kao čuvari ustava trebalo da prihvataju aktivistički pristup u oceni vanrednog stanja (Miljojković 2021, 140).

U kontekstu ovog istraživanja pravna kvalifikacija kovida 19, i u propisima, i od ustavnih sudova, relevantna je da bi se utvrdilo da li je izricanje restriktivnih mera imalo svoj validan pravni osnov u pojedinim pravnim sistemima; to jest, da li su organi vlasti delovali u skladu sa svojim ustavnim ovlašćenjima i imali pravi povod za uvođenje režima koji se bitno razlikovao od režima „u stanju normalnosti“.

⁴¹ Prema članu 15 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, vanredne okolnosti su ratno stanje ili druge javne opasnosti koje prete opstanku nacije, uključujući pretnju organizovanom životu zajednice i države (*Lawless v. Ireland* (no. 3), 1961, § 28).

3.1.1. Diskrecija zakonodavne vlasti u primeni ustavnih odredaba – slučaj Hrvatske

U ostvarivanju svoje zakonodavne vlasti, kada ograničava pojedina ljudska prava i slobode, Hrvatski sabor može da postupa na temelju dve ustavne osnove: član 16 i član 17 Ustava Republike Hrvatske.⁴² Dok se u prvom slučaju ograničavaju ljudska prava u tzv. redovnim prilikama, na osnovu zakona donetih u standardnim zakonodavnim postupcima, u drugom slučaju Hrvatski sabor dvotrećinskom većinom odlučuje o ograničenju pojedinih prava „u doba ratnog stanja ili neposredne ugroženosti nezavisnosti i jedinstvenosti države, te velikih prirodnih nepogoda“.

U konkretnom slučaju, umesto dvotrećinske, kvalifikovane većine predviđene za ograničenje prava za vreme vanrednog stanja, Hrvatski sabor je „običnim“ zakonom – donetim običnom većinom, u hitnom postupku – utemeljio nadležnost organa izvršne vlasti (kriznog štaba) za ograničenje ljudskih prava zbog okolnosti koje su nastupile zbog kovida 19.

Imajući u vidu da se u Ustavu Republike Hrvatske epidemija ne spominje izričito među razlozima za uvođenje vanrednog stanja u državi, postavilo se kao sporno pitanje da li kovid 19 može da se kvalifikuje kao „velika prirodna nepogoda“ koja može da opravda postupanje Sabora na osnovu člana 17 Ustava. Prema Ustavnom sudu, odgovor na to pitanje uopšte nije bitan jer niko nije ovlašćen da naloži Hrvatskom saboru kako da postupi u takvim situacijama. Drugim rečima, pitanje da li će se aktivirati član 17 (proglašenje vanrednog stanja zbog kovida 19) ili neće, u isključivoj je nadležnosti Hrvatskog sabora. Interpretacija Ustavnog suda nam ukazuje na pretpostavku ustavnosti svih zakona (odnosno mera donetih na osnovu tih zakona) koji su usvojeni na temelju člana 16, makar u pogledu postojanja validnog pravnog osnova: „[...] činjenica da osporeni zakoni (i mere) nisu doneseni na temelju članka 17 Ustava, po oceni Ustavnog suda, ne čini sama po sebi te zakone neustavnima“.⁴³

Radi otklanjanja svake nedoumice, Građanska inicijativa „Odlučujemo zajedno!“ podnela je predlog za raspisivanje referendumu za dopunu relevantne ustavne odredbe rečima „epidemije, odnosno pandemije“ jer se „jedino ustavnom dopunom članka 17 može zajamčiti da će ubuduće u stanju epidemije, odnosno pandemije, o ograničenju sloboda i prava Hrvatski sabor morati odlučivati najvišom kvalifikovanom većinom koju poznaje Ustav

⁴² Ustav Republike Hrvatske, *Narodne novine* 56/90, 135/97, 113/00, 28/01, 76/10 i 5/14.

⁴³ Ustavni sud Republike Hrvatske, U-I-1372/2020, 14. 9. 2020.

Republike Hrvatske“⁴⁴ Iako je, formalnopravno gledano, referendumsko pitanje odgovaralo zahtevima ustavnosti, Ustavni sud Hrvatske je utvrdio da, posmatrajući ustav kao celinu, to nije u skladu sa Ustavom jer „ne udovoljava zahtevu razumne svrhovitosti i delotvornosti referenduma koje su po naravi stvari inherentne vladavini prava kao jednoj od najviših ustavnih vrednosti“⁴⁵ Sud je dao obrazloženje da svaka epidemija jeste i prirodna nepogoda, ali u konkretnom slučaju Hrvatski sabor nije našao da kovid 19 predstavlja takvu pretnju koja bi se mogla izjednačiti sa prirodnom katastrofom državnih razmera – i koja je „dovoljno jak razlog“ za aktiviranje člana 17 Ustava.

Odluka većine je burno kritikovana, između ostalog, zbog ograničenja neposredne demokratije i suviše fleksibilne interpretacije nadležnosti Hrvatskog sabora u smislu članova 16 i 17, smatrajući da Ustavni sud na taj način želi da spreči da u slučaju uspešnog referenduma Sabor izgubio luksuz izbora između spomenutih ustavnih ovlašćenja, odnosno ustavnog osnova za derogaciju ljudskih prava.

3.1.2. Dopuna ustavnih odredaba zakonom – slučaj Mađarske

Problem u pogledu kvalifikacije kovida 19 kao elementarne nepogode pojavio se i u Mađarskoj, ali samo na nivou naučnih rasprava. Naime, Vlada Mađarske je proglasila (prvu) vanrednu situaciju Uredbom od 11. marta 2020. godine,⁴⁶ na osnovu neposrednog ovlašćenja iz Osnovnog zakona Mađarske koje glasi: „Vlada proglašava vanrednu situaciju u slučaju oružanog sukoba, ratne situacije ili humanitarne katastrofe u susednoj državi, kao i elementarne nepogode ili industrijskog udesa koji ugrožava bezbednost života i imovine, kao i radi sprečavanja njihove posledice.“⁴⁷ Iako kovid 19 nesumnjivo ugrožava bezbednost života i imovine, prema vladajućem naučnom shvatanju, ne spada u pojmovni krug elementarnih nepogoda u mađarskom pozitivnom pravu (Szente 2020, 132). Ipak, to nije sprečilo Vladu Mađarske da proglasi vanrednu situaciju baš zbog epidemije izazvane humanim virusom, pa se postavlja pitanje ustavnosti dotične uredbe i svih drugih propisa koji su doneti na osnovu nepostojećeg ili spornog ustavno pravnog osnova. „Ukoliko ovi propisi materijalno pravno nisu u suprotnosti sa Osnovnim zakonom, to jest sadrže odredbe koje je Vlada ionako mogla da

⁴⁴ Obrazloženje zahteva Organizacijskog odbora, citira Ustavni sud Republike Hrvatske, U-VIIR-2180/2022, 16. 5. 2022, tač. 15.

⁴⁵ Ustavni sud Republike Hrvatske, U-VIIR-2180/2022, 16. 5. 2022.

⁴⁶ 40/2020. (III 11) Korm. rendelet a veszélyhelyzet kihirdetéséről.

⁴⁷ Magyarország Alaptörvény, čl. 53.

donese u skladu sa svojim normativnim ovlašćenjima, i tada su delimično formalnopravno manjkavi, jer se pozivaju na pogrešan pravni osnov“ (Szente 2020, 133).

Naime, Vlada Mađarske je proglasila vanrednu situaciju polazeći od zakonske definicije da epidemija izazvana životinjskim ili/i humanim virusima predstavlja *opasnost drugog porekla*, osim „klasičnih“ prirodnih opasnosti i opasnosti civilizacijskog porekla, povodom kojih, takođe, može da se proglasi vanredna situacija, odnosno da se uvede poseban pravni režim u zemlji.⁴⁸ Međutim, sporno je da li je sam zakon u skladu sa Ustavom. Ali u Mađarskoj niko nije pokrenuo ustavnosudski postupak za ocenu ustavnosti spornog zakona kojim je Parlament Mađarske bez neposrednog ovlašćenja iz Ustava proširio obim koncepta opasnosti na opisani način.

U posebnom pravnom režimu proširuju se ovlašćenja izvršne vlasti koja čak može privremeno da suspenduje primenu pojedinih zakonskih odredaba, odnosno da od njih privremeno odstupa (Országgyűlés Hivatala 2000). To rešenje je „inovacija Osnovnog zakona“ Mađarske koja nema svoj jasan ekvivalent u međunarodnom pravu, iako pojedini elementi mogu da se nađu u međunarodnoj literaturi (Till 2018, 4). Tako je Vlada Mađarske uspela da u skladu sa samim Ustavom propisuje mere u skoro svim granama prava koje su odstupile od redovnog pravnog režima (npr. u oblasti izvršenja krivičnih sankcija, prava azilanata, prava privrednih društava, urbanističkog planiranja, rudarstva, autorskih prava, stranih predstavništava, osnovnih ličnih i političkih prava) bez intervencije zakonodavne vlasti (Rácz 2021). To ne znači da su Parlamentu Mađarske oduzeta sva ovlašćenja za uvođenje posebnog pravnog režima jer je i dalje jedino ovlašćen da odluči o ratnom stanju, odnosno o vanrednom stanju zbog neposredne ratne opasnosti ili neposredne pretnje pravnom poretku u zemlji – osim ako je sprečen da donosi te odluke. U tom slučaju predsednik države preuzima tu odgovornost.⁴⁹

Imajući u vidu da prilično široka ovlašćenja Vlade Mađarske za vreme vanrednih okolnosti predstavljaju ustavnu materiju, pitanje nadležnosti za uvođenje vanredne situacije *per se* nije se ni pojavilo pred Ustavnim sudom Mađarske, ali je i dalje diskutabilno postojanje validnog pravnog osnova u samom Ustavu s obzirom na spornu kvalifikaciju kovida 19 kao elementarne nepogode.

⁴⁸ 2011. évi CXXVIII. Törvény a katasztrófavédelemről és a hozzá kapcsolódó egyes törvények módosításáról, čl. 44.

⁴⁹ Magyarország Alaptörvénye, čl. 43 st. 1 tač. 3.

3.1.3. Sporna granica između vanrednog stanja i vanredne situacije – slučaj Srbije

U Srbiji je odluka o proglašenju vanrednog stanja doneta uz supotpis predsednika Narodne skupštine, Vlade i države na samom početku izbijanja pandemije,⁵⁰ što je osporeno pred Ustavnim sudom i zbog same procedure i zbog postojanja razloga za proglašenje vanrednog stanja. Prema inicijativama, uspešno upravljanje situacijom izazvanom kovidom 19 bilo bi moguće i u uslovima tzv. vanredne situacije. Za razliku od vanrednog stanja, koje se uvodi neposredno na osnovu Ustava „kada javna opasnost ugrožava opstanak države ili građana“⁵¹, vanredna situacija je stanje koje nastaje „kada su rizici i pretnje ili nastale posledice po stanovništvo, životnu sredinu i materijalna i kulturna dobra takvog obima i intenziteta da njihov nastanak ili posledice nije moguće sprečiti ili otkloniti redovnim delovanjem nadležnih organa i službi“.⁵² Prema oceni Ustavnog suda, skoro je nemoguće tačno definisati granicu između ovih pravnih instituta, ali je bio mišljenja da „pravni ‘kapacitet’ vanredne situacije ni približno ne garantuje takvu delotvornost reagovanja,“⁵³ kao vanredno stanje.

Ustavni sud Srbije nije sebe smatrao nadležnim da oceni jesu li konkretne okolnosti slučaja opravdavale uvođenje vanrednog pravnog režima ili nisu, ali je isticao „da se ne može zaključiti da nije bio ispunjen ustavni osnov za proglašenje vanrednog stanja“. Na osnovu premise da dva negativna čine pozitivno dobili bismo konstataciju da je bio ispunjen ustavni osnov za proglašenje vanrednog stanja u Srbiji zbog kovida 19. Ali ako je tako, postavlja se pitanje zašto je sud zauzeo tako „taktičan“ stav.

Ne ulazeći u naučnu raspravu o odnosu pomenutih pravnih kategorija, sasvim je prihvatljiva životna realnost da se razlozi za uvođenje vanredne situacije intenziviraju i vremenom prerastu u vanredno stanje (vid. primer Republike Srpske). Iako to nije bio slučaj u Srbiji, i sam ustavnosudski postupak je pokazao da je „ostavljen suviše veliki normativni prostor koji bi se morao bolje popuniti, kako bi bio sprečen visok stepen voluntarizma prilikom procenjivanja“ (Avramović, Mlađan 2014, 779) da li je jedan događaj dovoljan razlog za jednu ili drugu vrstu postupanja. Da se podsetimo, za uvođenje vanredne situacije za čitavu državu nadležna je Vlada na osnovu

⁵⁰ Odluka o proglašenju vanrednog stanja, *Službeni glasnik RS* 29/20.

⁵¹ Ustav Republike Srbije, *Službeni glasnik RS* 98/2006 i 115/2021, čl. 200 st. 1.

⁵² Zakon o smanjenju rizika od katastrofa i upravljanju vanrednim situacijama, *Službeni glasnik RS* 87/2018, čl. 2 st. 1 tač. 7.

⁵³ Ustavni sud Srbije, IUo-42/2020, 22. 5. 2020, *Službeni glasnik RS* 77/2020.

predloga Republičkog štaba za vanredne situacije,⁵⁴ a za proglašenje vanrednog stanja primarno je nadležna Narodna skupština. A kako je i Karl Šmit (Carl Schmitt) potencirao, onaj ko odlučuje o stanju nužde istinski je suveren.

Da li je Narodna skupština stvarno bila ograničena da se sastane i samostalno odluči o uvođenju vanrednog stanja, prema oceni Ustavnog suda, faktičko je, a ne pravno pitanje. „Imajući u vidu da Ustav, a ni drugi pravni akti nisu odredili koje su to situacije kad Narodna skupština nije u mogućnosti da se sastane, a naročito imajući u vidu i činjenicu da Ustavni sud ne može da ocenjuje organizacione mogućnosti Narodne skupštine da se sastane bez odlaganja u uslovima postojanja opasnosti po život i zdravlje ljudi.“⁵⁵

Ustavni sud Srbije, slično Ustavnom sudu Hrvatske, prihvatio je da je diskreciona odluka narodnih poslanika kako, odnosno po kojoj ustavnoj odredbi će postupiti. „Dakle, na delu je samomarginalizovanje Narodne skupštine i prepuštanje dominantne uloge izvršnoj vlasti. To je uostalom trajno obeležje srpskog parlamentarizma, pa se i nije moglo očekivati da će u periodu vanrednog stanja biti drugačije“ (Simović 2020, 13). Takođe, zbog očigledno nepostojećih materijalnih uslova za proglašenje vanrednog stanja, a i zbog poštovanja oskudnih a postojećih proceduralnih koraka iz Ustava, „odluka o proglašenju vanrednog stanja može biti kritikovana sa stanovišta konstitucionalizma, ali ne i sa stanovišta ustavnosti, shvaćene u pozitivnopravnom smislu“ (Simović 2020, 15). Taj stav je inače potvrđen odlukom Ustavnog suda Srbije, koji je odbacio predmet zbog nenadležnosti.

3.1.4. Epidemija kao poseban razlog za proglašenje vanrednog stanja – slučaj Republike Srpske

Ustav Bosne i Hercegovine ne sadrži odredbe o proglašenju vanrednog stanja na državnom nivou nego je proglašeno „samo“ stanje nesreće uzrokovano pojavom virusa korona na osnovu Zakona o zaštiti i spašavanju ljudi i materijalnih dobara od prirodnih i drugih nesreća.⁵⁶ Za razliku od Federacije, u Republici Srpskoj (RS) uvedena je vanredna situacija dan pre proglašenja stanja nesreće na federalnom nivou, a nepune dve nedelje kasnije proglašeno je i vanredno stanje na nivou entiteta (Banjalučki centar

⁵⁴ Zakon o smanjenju rizika od katastrofa i upravljanju vanrednim situacijama, čl. 39 st. 1 tač. 1.

⁵⁵ Ustavni sud Srbije, IUo-42/2020, 22. 5. 2020, *Službeni glasnik RS* 77/2020.

⁵⁶ Zakon o zaštiti i spašavanju ljudi i materijalnih dobara od prirodnih i drugih nesreća, *Službene novine FBiH* 39/03, 22/06 i 43/10.

za ljudska prava 2020, 8) „zbog epidemiološke situacije u Republici Srpskoj usled korona virusa 2019-nCoV“.⁵⁷ Taj propis je inače bio napadnut pred Ustavnim sudom RS jer, prema navodima inicijatora, Ustav RS ne poznaje termin „epidemiološka situacija“, s jedne strane, odnosno zbog toga što je, radi upravljanja potencijalnim pretnjama u zemlji, na snazi već bila vanredna situacija sa izvesnim restriktivnim merama, s druge strane. Ustavni sud RS nije se posebno bavio pitanjem prelaska iz vanredne situacije u vanredno stanje, kao što je učinio, na primer, Ustavni sud Srbije, odnosno zanemario je terminološku primedbu u vezi sa navodnom razlikom između izraza epidemija i epidemiološka situacija.

Narodna skupština RS proglašava vanredno stanje u slučaju ugrožavanja bezbednosti, usled elementarnih nepogoda (poplava, zemljotresa i požara), prirodnih katastrofa, *epidemija*, povreda ljudskih prava i sloboda i normalnog funkcionisanja ustavnih organa republike.⁵⁸ Znači, za razliku od ostalih država u regionu, nije bilo sporno da epidemija (koja je *expressis verbis* navedena u samom Ustavu) predstavlja drugačiju opasnost od elementarnih nepogoda i prirodnih katastrofa⁵⁹ nego se postavilo pitanje da je li nastala epidemiološka situacija stvarno ugrozila bezbednost, odnosno onemogućila normalno funkcionisanje zakonodavnog tela zbog povećanog zdravstvenog rizika. Prema oceni Ustavnog suda, i jedan i drugi uslov je bio ispunjen jer je kovid 19 izazvao visok stepen ugroženosti zdravlja i života građana, što samo po sebi predstavlja ugrožavanje bezbednosti.⁶⁰ Iako utvrđivanje stepena ugroženosti bezbednosti u zemlji zbog zabrinjavajuće epidemiološke situacije jeste faktičko pitanje, Ustavni sud RS nije odbacio predmet nego je analizom okolnosti slučaja odlučio u meritumu.

⁵⁷ Odluka o proglašenju vanrednog stanja za teritoriju Republike Srpske, *Službeni glasnik Republike Srpske* 31/2020, tač. 1.

⁵⁸ Ustav Republike Srpske, *Službeni glasnik Republike Srpske* 21/1992 – prečišćen tekst, 28/1994 – amandmani XXVI–XLIII, 8/1996 – amandmani XLIV–LI, 13/1996 – Amandman LII, 15/1996 – ispr. 16/1996 – Amandman LIII, 21/1996 – amandmani LIV–LXV, 21/2002 – amandmani LXVI–XCII, 26/2002 – ispr. 30/2002 – ispr. 31/2002 – amandmani XCIII–XCVIII, 69/2002 – amandmani XCIX–CIII, 31/2003 – amandmani CIV i CV, 98/2003 – amandmani CVI–CXII, 115/2005 – Amandman CXIV, 117/2005 – amandmani CXV–CXXI i 48/2011 – Amandman CXXII i *Službeni glasnik BiH* 73/2019 – odluka US BiH, čl. 70 st. 3.

⁵⁹ Interesantna je činjenica da se u Federaciji BiH masovne pojave ljudskih, životinjskih i biljnih bolesti smatraju prirodnom nepogodom. Zakon o zaštiti i spašavanju ljudi i materijalnih dobara od prirodnih i drugih nesreća, čl. 3 tač. 1.

⁶⁰ Ustavni sud Republike Srpske, U-24/20, 29. 4. 2021.

Što se tiče Bosne i Hercegovine, uvođenje stanja nesreća se nije pojavilo kao ustavnopravno sporno pitanje pred Ustavnim sudom Bosne i Hercegovine, ali je sam sud „izuzetnom zabrinutošću“ konstatovao „da je u ovoj naročitoj situaciji, u kojoj se zbog pandemije kovida 19 nalazi i Bosna i Hercegovina, izostala pravovremena reakcija nadležnog zakonodavca,⁶¹; umesto Parlamenta FBiH, Vlada FBiH je preduzela konkretne i blagovremene korake da bi se sprečilo nekontrolisano širenje bolesti.

3.1.5. Rezimiranje i zaključci

Sasvim je razumljivo i prihvatljivo da ustavni aranžmani predviđaju situacije koje mogu da utiču na opstanak države i njenih građana, kada država nije u stanju da reaguje dovoljno brzo. S druge strane, ne bi bilo racionalno očekivati da ustavne odredbe sadrže sve potencijalne opasnosti. Tako se desilo da se u ustavima zemalja koje su obuhvaćene istraživanjem epidemija ne spominje izričito kao razlog za uvođenje drugačijeg, vanrednog režima, osim Ustava RS. No, čak ni u slučaju RS nisu sve epidemije dovoljan uzrok za proglašenje vanrednog stanja, samo epidemije velikih razmera koje ugrožavaju bezbednost celokupne zemlje. Zato, kada se u pomenutim predmetima osporavala ustavnost samog pravnog osnova za odstupanje od „stanja normalnosti“ (bilo da je reč o vanrednom stanju, vanrednoj situaciji ili proširenju ovlašćenja izvršne vlasti u redovnim okolnostima), ustavni sudovi su morali da daju odgovor ne samo na pravna nego i na faktička pitanja. Ustavni sud Srbije nije se smatrao nadležnim, dok je Ustavni sud RS odlučio u meritumu. Ustavni sud Hrvatske nije se upuštao u detalje jer sam zakonodavac treba da oceni po kom ustavnom osnovu će postupiti, imajući u vidu okolnosti konkretnog slučaja. Ustavni sud po pravilu ne može da preispituje tu odluku. Iako pred Ustavnim sudom Mađarske niko nije osporavao povod i pravni osnov za uvođenje posebnog pravnog režima, stručna javnost je izrazila svoju zabrinutost.

Sumirajući iskustva iz ustavnosudskih postupaka, može se zaključiti da su ustavi u regionu nepotpuni i/ili problematični u pogledu razloga za uvođenje vanrednog režima u kojima se može odstupiti od ljudskih prava; pa, ustavni sudovi su se našli u situaciji da se praznine mogu popuniti davanjem odgovora na neka faktička pitanja – što je svakako van njihove nadležnosti.

⁶¹ Ustavni sud Bosne i Hercegovine, AP-1217/20, 22. 4. 2020, tač. 54.

3.2. Nadležnost za donošenje restriktivnih mera i povezana pitanja

„Nadležnost državnog organa je po svojoj prirodi *par excellence* sistemsko pitanje. U najmanju ruku, nadležnost je uslov formalne valjanosti svakog pravnog akta“ (Slavnić 2013, 225). Zato je izuzetno važno, naročito u tako osetljivim okolnostima kao što su one koje su nastupile zbog kovida 19, da se unapred zna ko, kojim aktima i na osnovu čega može da derogira ljudska prava. U Hrvatskoj i Bosni i Hercegovini većinu restriktivnih mera je doneo direktno krizni štab, a u Mađarskoj i Srbiji vlada, u obliku uredbi (naravno sa izuzecima, vid. kasnije slučaj Srbije). U Srbiji je povremeno radno telo Vlade, Krizni štab za suzbijanje zarazne bolesti COVID-19, na čelu sa premijerom, učestvovalo u donošenju restriktivnih mera samo posredno: na samom početku je bio zadužen za obaveštenje javnosti,⁶² a kasnije se, razvojem situacije, njegova uloga proširila te je davao predloge, mišljenja i stručna obrazloženja.⁶³ Što se tiče Mađarske, profesionalnu potporu su pružala posebna odeljenja pojedinih ministarstava, naročito Ministarstva za ljudske resurse, ali konačnu reč u svakom slučaju je imala Vlada.

Iako organi izvršne vlasti i uprave podležu manjem broju ograničenja u vanrednim, odnosno neuobičajenim okolnostima, prepreka njihovom brzom delovanju je demokratija kao takva, koja zahteva konsenzus većine i postojanje raznih modela međusobne kontrole između organa vlasti. „Dakle, da bi se zaštitio opstanak demokratije kao takve, zakonodavna procedura je morala da stvori paradoks: smanjenjem demokratske kontrole kako bi se povećala efikasnost izvršne vlasti“ (Zwitter 2012, 100). U ovom poglavlju prvenstveno analiziramo kako su ustavni sudovi u regionu pristupali pitanjima osnovanosti nadležnosti i demokratske kontrole organa izvršne vlasti koji su umesto zakonodavca propisali restriktivne mere i neretko regulisali odstupanje od ljudskih prava povodom kovida 19 van ustavnih okvira.

⁶² Zaključak Vlade (05 broj 53-2928/2020), *Službeni glasnik RS* 48/2020.

⁶³ Odluka o obrazovanju Kriznog štaba za suzbijanje zarazne bolesti Covid-19, *Službeni glasnik RS* 132/2020.

3.2.1. *Nepostojeća direktna parlamentarna kontrola – slučaj Hrvatske*

Kao što je već u uvodnom delu istaknuto, u radu smo se koncentrisali „samo“ na one ustavnosudske postupke koji su inicirani povodom potvrđivanja (ne)saglasnosti nekog propisa sa ustavom, odnosno zakonima. Šta se smatra *propisom*, osim zakona i klasičnih opštih pravnih akata čiju ustavnost i zakonitost može da ispituje ustavni sud, zavisi od ustavnog poretka konkretne države i tumačenja koje je usvojio sam ustavni sud. To pitanje se postavilo kao relevantno povodom normativne kontrole odluka kriznog štaba u Hrvatskoj (Stožer civilne zaštite), koje, kao „stručno, operativno i koordinativno telo za provođenje mera i aktivnosti civilne zaštite u velikim nesrećama i katastrofama“ pod direktnim nadzorom Vlade Republike Hrvatske, može neposredno da naredi sigurnosne mere za sprečavanje širenja virusa, uz ministra zdravlja.⁶⁴ Imajući u vidu da je većina restriktivnih mera bila propisana odlukama Stožera civilne zaštite, prvobitni zadatak Ustavnog suda Hrvatske bio je da potvrdi (ili odbije) da li Stožer uopšte može biti ovlašćen (zahvaljujući izmeni zakona, a ne neposredno na osnovu ustava) da ograničava ljudska prava.

Analizirajući zakonodavni okvir, odgovor suda je bio pozitivan: odgovarajućim izmenama zakona Stožer je dobio ovlašćenje da normira pitanja iz nadležnosti Hrvatskog sabora, uključujući i ograničenje ljudskih prava, u skladu sa Ustavom. U svom izdvojenom mišljenju pojedine sudije Ustavnog suda smatrale su da takav stav, između ostalog, podržava delatnost jednog „paralelnog zakonodavca, na čelu s ministrom policije, koji se ne mora opterećivati ustavnim ograničenjima niti zakonodavnim procedurama“.⁶⁵ Naime, Hrvatski sabor može jedino posredstvom Vlade da kontroliše njena tela, uključujući i Stožer, da traži posebne izveštaje o njihovom radu i u krajnjem slučaju nezadovoljstva da pokrene postupak glasanja o nepoverenju Vladi (Gardašević 2021, 115). S druge strane, većina sudija Ustavnog suda smatra da nedostatak direktne kontrole zakonodavne vlasti nad Stožerom nije problematičan dok se obezbeđuje ustavnosudska zaštita protiv odluka Stožera, odnosno eventualne zloupotrebe nadležnosti kriznog štaba.

⁶⁴ Ustavni sud Republike Hrvatske, U-I-1372/2020, 14. 9. 2020.

⁶⁵ Izdvojeno mišljenje sudije Anreja Abramovića, Lovorke Kušan, Gorana Selaneca, Ustavni sud Republike Hrvatske, U-I-1372/2020, 14. 9. 2020.

Iako se njegove odluke smatraju interventnim merama koje u normalnim okolnostima nemaju karakter „drugih propisa“ u smislu dopuštenog predmeta ocene ustavnosti i zakonitosti, prema Ustavnom sudu, one mogu biti predmet normativne kontrole ukoliko se njima nesporno ograničavaju neka ljudska prava, odnosno kada ugrožavaju samu bit tih prava.⁶⁶

3.2.2. *Neustavne mere u formalnopravnom smislu – slučaj Bosne i Hercegovine*

Ustavni sud Bosne i Hercegovine je zauzeo drugačije stajalište od kolega u Hrvatskoj, iako je model donošenja restriktivnih mera u zemlji bio sličan. U Bosni i Hercegovini, kada je Vlada Federacije BiH proglasila stanje nesreće, Federalni štab civilne zaštite je dobio ovlašćenje „da u skladu s Federalnim planom i važećim zakonskim propisima preuzme sve aktivnosti oko koordinacije i rukovođenja akcijama zaštite i spašavanja ljudi na ugroženom području“, uključujući i naganje brojnih mera donošenjem naredbi i drugih opštih akata.⁶⁷ Pred Ustavnim sudom Bosne i Hercegovine postavilo se kao sporno pitanje da li je zakonodavna vlast stvarno odobrila, dodelila izvršnoj vlasti, to jest Federalnom štabu, toliko široka ovlašćenja za upravljanje krizom zbog kovida 19 kojima su ozbiljno ograničena ljudska prava. Ustavni sud se pokazao kao izuzetno detaljan, a i kritički u analizi proceduralnih garancija vladavine prava. U prvom krugu, ispitivao je da li je pravni osnov (u konkretnom slučaju zakon) za delovanje Federalnog štaba ispunio sve uslove legaliteta u smislu pravne sigurnosti jer faktički svaka nepreciznost zakonskih odredaba može voditi proizvoljnosti u određivanju restriktivnih mera; zatim je analizirao da li je postojala kontrola tih mera, tačnije da li je zakonodavac kontrolisao donosioca tih mera. Čak i u uslovima poremećenog sistema podele vlasti, do kojeg je nesumnjivo došlo u skoro svim državama zbog kovida 19, „nadzor zakonodavne vlasti mora da postoji [...], neophodno [je] da postoji takav pravni okvir na osnovu kojeg izvršna vlast preduzima mere [...], koji suštinski uspostavlja ograničenja izvršnoj vlasti s ciljem da se onemoguću zloupotrebljavanje svojih ovlašćenja“.⁶⁸

Prema Ustavnom sudu Bosne i Hercegovine, pasivnost Parlamenta Federacije BiH „da na jasan i blagovremen način u okviru svojih ovlašćenja uspostavi okvir delovanja izvršne vlasti“⁶⁹ u suprotnosti je sa ustavnim

⁶⁶ Ustavni sud Republike Hrvatske, U-I-1372/2020, 14. 9. 2020, tač. 33.1.

⁶⁷ Ustavni sud Bosne i Hercegovine, AP-1217/20, 22. 4. 2020, tač. 55.

⁶⁸ Ustavni sud Bosne i Hercegovine, AP-3683/20, 22. 12. 2020, tač. 69.

⁶⁹ Ustavni sud Bosne i Hercegovine, AP-3683/20, 22. 12. 2020, tač. 72.

garancijama pojedinih ljudskih prava i, na primer, na osnovu tog obrazloženja proglasio je obavezu nošenja zaštitnih maski u državi neustavnom. Nadalje, sloboda kretanja za razne kategorije stanovništva bila je ograničena, odnosno pravo koje iz te slobode proizlazi bilo je prekršeno činjenicom da Federalni štab nije dobio jasne smernice od viših tela, odnosno da nije utvrđena njegova obaveza da restriktivne mere „redovno preispituje i produži samo ako je to ‘neophodno u demokratskom društvu’“.⁷⁰ Ustavni sud je usvojio taj stav nezavisno od opštepoznate ustavne obaveze svakog organa i organizacije da svoje aktivnosti uskladi sa ustavnim garancijama ljudskih prava i sloboda – što znači da moraju „voditi računa o tome da se njima ne narušavaju ljudska i ustavna prava u meri većoj nego što je to neophodno, a naročito da mere budu ograničenog trajanja, da se u razumnim vremenskim rokovima preispituju i prilagođavaju trenutnoj situaciji, te da ne stavljaju prekomeran teret na one na koje se odnose“.⁷¹

S druge strane, Ustavni sud nije osporio sam značaj ograničenja, zaključivši da bi ukidanje osporenih i prvenstveno u formalnopravnom smislu neustavnih mera bilo neosnovano s obzirom na nesumnjiv javni interes za njihovo uvođenje, odnosno potencijalne negativne posledice koje bi mogle nastupati ukidanjem tih mera.⁷²

3.2.3. *Pitanje zloupotrebe zakonodavne vlasti – slučaj Mađarske*

U Mađarskoj su originalno sve mere koje su usvojene od izvršne vlasti za vreme vanredne situacije neposredno na osnovu Osnovnog zakona bile ograničenog trajanja; važile bi najduže 15 dana, osim ako je Parlament posebno ovlastio Vladu na produženje tog roka.⁷³ Ali umesto pojedinačne autorizacije svake mere posebno, Parlament Mađarske je usvojio jedno specifično rešenje radi obezbeđivanja parlamentarne kontrole nad delovanjem Vlade i u specijalnom zakonu o zaštiti protiv kovida 19 omogućavao da sama Vlada odluči o produženju dejstva pojedinih mera i propisa do kraja vanredne situacije.⁷⁴ Iako se na prvi pogled čini da je izvršna vlast potpuno slobodna da radi bukvalno sve što hoće, Parlament Mađarske je zadržao pravo da bilo kad povuče tu autorizaciju, odnosno na osnovu samog zakona je i dalje ostao u obavezi na naknadnu potvrdu svake mere

⁷⁰ Ustavni sud Bosne i Hercegovine, AP-1217/20, 22. 4. 2020, tač. 72.

⁷¹ Ustavni sud Bosne i Hercegovine, AP-1217/20, 22. 4. 2020, tač. 56.

⁷² Ustavni sud Bosne i Hercegovine, AP-1217/20, 22. 4. 2020, tač. 73.

⁷³ Magyarország Alaptörvénye, čl. 53 st. 3.

⁷⁴ 2020. évi XII. Törvény a koronavírus elleni védekezésről, čl. 3.

Vlade. Takođe, prema Ustavnom sudu Mađarske, ni ustavotvorac nije dao neograničena ovlašćenja Vladi jer je „načelo neograničene ili nekontrolisane vlasti suprotno duhu Osnovnog zakona, čak i za vreme posebnog pravnog režima“.⁷⁵ Osim toga, činjenica da se funkcionisanje Ustavnog suda ne može suspendovati ni u vanrednim okolnostima takođe obezbeđuje mogućnost naknadne (normativne) kontrole.⁷⁶

Stručna javnost se malo kritičnije ophodi prema ustanovi specijalnog pravnog režima, smatrajući da poštovanje ustavnih zahteva kao što su utvrđivanje realne opasnosti, jasno razlikovanje pravila „normalnog“ i specijalnog pravnog režima i privremeni karakter vanrednih mera načelno predstavlja odgovarajuće sredstvo protiv koncentracije vlasti, ali ne može da pruža nikakvu zaštitu od zloupotrebe normativne vlasti samog zakonodavca (Vörös 2020, 41). U sličnom kontekstu se može analizirati i slučaj Hrvatske.

3.2.4. Delegiranje ovlašćenja za derogaciju ljudskih prava – slučaj Srbije i Republike Srpske

U Srbiji „kad Narodna skupština nije u mogućnosti da se sastane, mere kojima se odstupa od ljudskih i manjinskih prava može propisati Vlada, uredbom, uz supotpis predsednika Republike“.⁷⁷ S obzirom na to da je i sama odluka o proglašenju vanrednog stanja bila doneta mimo Narodne skupštine, bilo je očekivano da neće učestvovati ni u donošenju restriktivnih mera (samo naknadno, njihovim potvrđivanjem). Ali da li u Srbiji postoji mogućnost da se ovlašćenje za derogaciju ljudskih prava delegira dalje? Drugim rečima, da li organ državne uprave (konkretno Ministarstvo unutrašnjih poslova, uz saglasnost ministra zdravlja) može da donese restriktivne mere umesto izvršne vlasti, na osnovu uredbе Vlade, i tako ograniči, čak i zabrani kretanje za vreme vanrednog stanja? Prema izdvojenom mišljenju sudije prof. dr Tamaša Korheca (Korhecz Tamás), imajući u vidu važeće ustavne odredbe u Srbiji, odgovor je negativan. Citirano ustavno ovlašćenje znači da, osim propisivanja ljudskih prava od kojih se može odstupiti, Vlada je u obavezi da odredi i mere kojima se odstupa od tih prava, a organe države uprave može jedino da ovlasti da konkretizuju te mere radi lakšeg i efikasnijeg sprovođenja. Prvobitna uredba Vlade je glasila da „Ministarstvo unutrašnjih poslova, u saglasnosti sa Ministarstvom zdravlja, može privremeno da ograniči ili zabrani kretanje

⁷⁵ Ustavni sud Mađarske, 15/2021. (V 13), 13. 5. 2021, tač. 33.

⁷⁶ Ustavni sud Mađarske, 23/2021 (VII 13), 13. 7. 2021, tač. 25.

⁷⁷ Ustav Republike Srbije, čl. 200 st. 6.

licima na javnim mestima,⁷⁸ a naredbom su konkretizovani subjekti, vremenski okvir, mesta itd.⁷⁹ Naredba ministra je upravni propis kojim se ne mogu stvarati ili ukidati prava i obaveze čak ni za vreme vanrednog stanja, iako je tačno to učinjeno.

Ustavni sud, odnosno većina sudija, nije se posebno bavio pravnom sadržinom osporene naredbe, odnosno uredbe kojom je dato ovlašćenje za sprovođenja mera, nego se rukovodio praktičnim potrebama, a to je „što konkretizacija mera u takvim situacijama i po prirodi stvari pripada organu koji ih efikasno i efektivno može primeniti na terenu, u okvirima razvoja faktičke situacije koja se vremenski može veoma brzo menjati, a od čega će u velikoj meri zavisiti i intenzitet primene propisane mere“.⁸⁰ Nasuprot izdvojenom mišljenju, stav većine je bio „da osporena Naredba ministra unutrašnjih poslova suštinski predstavlja odgovarajući sprovedbeni akt, koji sam po sebi ne predstavlja vid izvornog i samostalnog odlučivanja samog ministra unutrašnjih poslova, već je na taj način samo realizovana i konkretizovana uredba Vlade“.⁸¹ Ako je tako, postavlja se pitanje zašto je Vlada stavila van snage osporenu naredbu i smatrala potrebnim da implementira sve relevantne odredbe u svoju uredbu.⁸²

Nakon ukidanja vanrednog stanja u skladu sa Ustavom, Narodna skupština je potvrdila Uredbu Vlade o merama za vreme vanrednog stanja zajedno sa svim drugim izmenama i dopunama,⁸³ uključujući prvobitnu verziju kojom je data autorizacija za regulisanje uslova za ograničenje i zabranu kretanja, odnosno izmenu kojom je osporena naredba stavljena van snage. Na taj način je zakonodavna vlast i u ovom slučaju, makar posredno, ostvarila naknadnu kontrolu restriktivnih mera, ali treba imati u vidu da osporena naredba nije po naslovu spomenuta.

Pred Ustavnim sudom Republike Srpske pojavila se slična dilema (samo sa drugačijim ishodom), to jest da li je Republički štab za vanredne situacije bio ovlašćen da ograniči kretanje u zaraženom i ugroženom području, imajući u vidu ustavnu odredbu da se „samo zakonom mogu uvesti ograničenja

⁷⁸ Uredba o merama za vreme vanrednog stanja, *Službeni glasnik RS* 21/2020, čl. 2.

⁷⁹ Naredba o ograničenju i zabrani kretanja lica na teritoriji Republike Srbije, *Službeni glasnik RS* 34/20, 39/20, 40/20, 46/20 i 50/20.

⁸⁰ Ustavni sud Srbije, IUo-45/2020, 28. 10. 2020.

⁸¹ *Ibid.*

⁸² Uredba o izmenama i dopunama uredbe o merama za vreme vanrednog stanja, *Službeni glasnik RS* 53/2020.

⁸³ Zakon o potvrđivanju uredaba koje je Vlada uz supotpis Predsednika republike donela za vreme vanrednog stanja, *Službeni glasnik RS* 62/2020.

kretanja, ukoliko je to, između ostalog, neophodno radi zaštite bezbednosti i zdravlja ljudi“.⁸⁴ Prema shvatanju Ustavnog suda, „osporeni zaključci nisu doneseni s ciljem izvršavanja zakona, već je njima izvršeno neposredno uređivanje odnosa... koji predstavljaju zakonsku materiju“.⁸⁵ Zato je sud utvrdio da predmetni zaključci nisu bili u skladu sa Ustavom za vreme njihovog važenja. Nažalost, nakon utvrđivanja tih razloga neustavnosti, odnosno nezakonitosti, sud se nije upustio u raspravu o drugim navodima inicijatora, kao što je objavljivanje zaključaka Republičkog štaba u Službenom glasniku Republike Srpske, i na taj način je propustio da se pozabavi još jednim segmentom pravne sigurnosti, a to je obaveza obaveštenja građana o njihovim obavezama, naročito u vanrednim prilikama.

3.2.5. Rezimiranje i zaključci

Nezavisno od ishoda postupaka, odnosno načina odlučivanja ustavnih sudova o pravnoj kvalifikaciji kovida 19 kao razloga za uvođenje posebnih režima, može se zaključiti da su se zemlje (a i nacionalni ustavni sudovi) u regionu manje-više saglasile da je to relativno velika opasnost koja opravdava različito postupanje u odnosu na uobičajeno – čak i kad nije uvedeno vanredno stanje u konkretnoj zemlji. Takođe, slični aspekti su uzeti u obzir skoro u svakoj državi prilikom uspostavljanja vanredne upravljačke strukture za rukovanje konstantno promenljivom situacijom zbog kovida 19. Kako obrazloženje predloga relevantne odredbe Osnovnog zakona Mađarske glasi, „nakon proglašenja posebnog pravnog režima, potrebno je obezbediti brzo, operativno i odgovorno odlučivanje kako u političkom, tako u pravnom smislu, na koje se Vlada pokazuje jedino sposobnim u pravnom poretku Mađarske“.⁸⁶ Taj pristup je u skladu sa koncepcijom Karla Šmita i Đorđa Agambena (Giorgio Agamben) koji tvrde da je najverovatnije „izvršna vlast najbolji i možda jedini institucionalni akter koji može da upravlja hitnim situacijama bezbednosnog karaktera“ (Diaz Crego, Kotanidis 2020, 4). Ostale države u istraživanju došle su do sličnog zaključka.

S druge strane, ne smemo zaboraviti da „ustavna uređenja koja definišu politički poredak države za vreme normalnosti važe i za vreme vanrednog stanja. ... norme vanrednog stanja se i dalje rukovode principima demokratije i vladavine prava“ (Zwitter 2012, 101). Zato je izuzetno važno da postupajući

⁸⁴ Ustavni sud Republike Srpske, U-40/20, 29. 4. 2021.

⁸⁵ *Ibid.*

⁸⁶ Az Alaptörvényhez és annak módosításaihoz indokolások, *Indokolások tára, Magyar Közlöny* 2020/161.

organi imaju ovlašćenje za derogaciju ljudskih prava neposredno na osnovu ustava i da se analiza restriktivnih mera koju vrše ustavni sudovi dovede „u vezu sa mehanizmima zaštite kojima se uspostavlja kontrola nad takvim delovanjem organa izvršne vlasti“⁸⁷, osim ispitivanja zakonitosti, srazmernosti, nužnosti, odnosno legitimnosti svakog mešanja izvršne vlasti u vršenje ljudskih prava. Taj koncept odgovara tzv. Medisonovom pristupu prema vanrednom stanju, koji kaže da se sistem kočnica i ravnoteže mora sačuvati čak i u ekstremnim okolnostima, odnosno da se akti izvršne vlasti uvek moraju podvrgnuti sudskoj proverbi i kontroli zakonodavca (Diaz, Kotanidis 2020, 5). Taj model „ne zahteva od sudova da poništavaju akte vanredne upravljačke strukture ili da se angažuju sudskom aktivizmom, već da postavljaju ustavne standarde prema kojima će se ti akti ocenjivati“ (Miljojković 2021, 142). Ustavni sud Hrvatske, na primer, nije uspeo da ispuni standarde tog modela (Miljojković 2021, 142) i pratio je više zastupljenu, iako kontroverznu teoriju Karla Šmita o tome da su vanredna ovlašćenja suverena neograničena i nevezana jer jedino on može delovati izvan pravne normalnosti (Diaz, Kotanidis 2020, 4). Takav pritup se može primetiti i u Mađarskoj i Srbiji, dok su se Ustavni sud BiH i Ustavni sud RS kritičnije ophodili prema zakonodavnim rešenjima u vezi sa borbom protiv kovida 19.

Generalno gledano, ustavni sudovi u regionu nisu previše insistirali na striktnoj ispunjenosti proceduralnih zahteva vladavine prava u smislu pravne sigurnosti – da li je nadležnost organa koji je stekao ovlašćenje za donošenje restriktivnih mera uspostavljena tačno na ustavom predviđen način, da li postoji direktna parlamentarna kontrola delovanja tih organa i da li su zakonodavac i/ili vlada prekršili granice svojih ovlašćenja iz ustava prilikom regulisanja pojedinih elemenata vanredne upravljačke strukture – nego su više naglasili važnost materijalne strane vladavine prava (njenu širu sadržajnu perspektivu).

4. KONKLUZIJA

Prilikom osporavanja akata donetih „za vreme kovida“ ili zbog kovida 19 inicijatori normativne kontrole rukovodili su se najrazličitijim razlozima: nepostojanje pravnog osnova za derogaciju ljudskih prava i donošenje restriktivnih mera, pozivanje na pogrešan pravni osnov prilikom odstupanja od ljudskih prava, odnosno regulisanja vanrednih upravljačkih struktura, što je povezano i sa spornom kvalifikacijom pandemije, to jest epidemije

⁸⁷ Ustavni sud Bosne i Hercegovine, AP-3683/20, 22. 12. 2020, tač. 69.

kao povoda za uvođenje vanrednog stanja, nenadležnost za donošenje restriktivnih mera, nedostatak kontrole tih mera od zakonodavne vlasti, defekti u samom kvalitetu akata, kao što su nerazumljivost, neobjavlivanje itd.; kao da inicijatori „koji sagledavaju situaciju isključivo sa formalnog stanovišta“ zapravo ne uviđaju da se država nalazi u koliko teškoj situaciji kada se suočava sa širenjem do sada nepoznate zarazne bolesti.⁸⁸

Preveliko insistiranje na formi može isprazniti suštinu same pravne norme⁸⁹ i promovisati vladavinu razuma i dominaciju racionalnosti nad pozitivnim pravom i pravnim mišljenjem, a to je suviše širok i nejasan cilj da bi mu se težilo (Chiassoni 2021, 787). S druge strane, prema formalnom shvatanju vladavine prava, pravila po kojima se oblikuje državno delovanje, naročito podela vlasti, uključujući i „instrumentalna ograničenja ponašanja državne vlasti“ (Lauc 2015, 51), podjednako su bitna. Iako je „evolucija ustavne prakse dovela do znatne tolerancije sitnih grešaka“ u načinu donošenja propisa (Mijanović 1963, 217) totalnim odbacivanjem proceduralne perspektive vladavine prava kao „manje bitne“, ignorišu se viševjekovne tekovine samog pravnog razvoja. To samo potvrđuje potrebu da se pronade odgovarajuća ravnoteža između forme i sadržine, što je u suštini osnovni zadatak ustavnih sudova u čuvanju i održavanju ustavnog poretka.

Analizom relevantnih ustavnosudskih predmeta, nezavisno od različitih normativnih rešenja primenljivih u regionu, potvrđeno je da su se, u nedostatku odgovarajućih, jasnih ustavnih i/ili zakonskih definicija i regulativa u svakoj državi koja je obuhvaćena istraživanjem, ustavni sudovi kao institucionalne garancije vladavine prava našli u teškoj situaciji. S jedne strane, morali su da paze da bez iskorišćavanja širokog polja ocene „sami ne donose arbitrarne odluke, da ne stvaraju samo svoja vrednosna merila, da ne odlučuju aktivističko ili da ne traže formalne razloge u cilju da izbegnu donošenje meritorne odluke“ (Korpič, Horvat 2018, 84). S druge strane, od njih se očekivalo da nađu makar načelna rešenja za najurgentnija pitanja koja su se postavila povodom kovida 19 da bi se izbegli budući ustavnosudski sporovi zbog eventualne pojave novih bolesti.

Ustavni sudovi u regionu generalno su birali liniju manjeg otpora i umesto da sačuvaju osnove sistema kočnica i balansa za vreme jedne ekstremne situacije kakva je bila pandemija kovida 19, prihvatili su samomarginalizovanje parlamenta i skoro neograničeno proširenje ovlašćenja izvršne vlasti u širem smislu (počevši od vlade preko organa države uprave do povremenih

⁸⁸ *Ibid.*

⁸⁹ Izdvojeno saglasno mišljenje Jovana Ćirića, sudije Ustavnog suda Srbije, Ustavni sud Srbije, IUo-45/2020, 28. 10. 2020, *Službeni glasnik RS* 126/2020.

radnih tela, na primer, kriznih štabova) prilikom odlučivanja o restriktivnim merama. Čitajući obrazloženja ustavnosudskih odluka možemo zaključiti da su sudovi pretežno dali prednost materijalnim aspektima vladavine prava, to jest vladavini standarda umesto *pravila*, sistemskom zaključivanju umesto doslovnog značenja, argumentaciji umesto neposredne primene pravila i mukotrpnim tumačenjima umesto *ex ante* jasnoće (Waldron 2011, 21). Takođe, iskristalizovali su se neki ne manje važni formalni zahtevi kao što su jasan povod za odstupanje od „normalnog“ pravnog režima, ustavna regulativa nadležnosti vanredne upravljačke strukture, zadržavanje neposredne kontrole zakonodavne vlasti nad delovanjem vanrednih struktura izvršne vlasti. Regulisanjem tih pitanja izbegli bi se potencijalni ustavnosudski sporovi ili bi se bar olakšalo rad sudija prilikom odlučivanja u budućnosti.

LITERATURA

- [1] Avramović, Dragutin, Dragan Mlađan. 2/2014. Vanredno stanje i vanredna situacija – Komparativni terminološki i sadržinski aspekti. *Teme* 38: 767–781.
- [2] Banić, Slavica. 2015. Uloga Ustavnog suda u izgradnji vladavine prava. 45–58. *Uloga Ustavnog suda u izgradnji vladavine prava. Zbornik radova*, ur. Lutz Kober, Miločer: Ustavni sud Crne Gore – Fondacija „Hanns Seidel“.
- [3] Banjalučki centar za ljudska prava. 2020. *Ljudska prava u periodu COVID-19. Utvrđeni propusti u ostvarivanju ljudskih prava u Bosni i Hercegovini*. Banja Luka – Sarajevo: Misija OEBS-a u Bosni i Hercegovini.
- [4] Chiassoni, Pierluigi. 4/2021. Promoting the Rule of Rationality Over Positive Law and Legal Thinking. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 69: 785–792.
- [5] Diaz Crego, Maria, Silvia Kotanidis. 2020. *States of Emergency in Response to the Coronavirus Crisis. Normative Response and Parliamentary Oversight in EU Member States During The First Wave Of The Pandemic – Study*. Brussels: European Parliamentary Research Service.
- [6] European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission). 2010. *Draft Report on the Rule of Law*. Study No. 512/2009. Strasbourg.
- [7] Gardašević, Đorđe. 1/2021. „Business as Unusual“. Pandemic Concentration of Executive Powers in Croatia. *Pravni zapisi* XII: 91–122.

- [8] Ginsburg, Tom, Mila Versteeg. 2020. The Bound Executive: Emergency Powers During the Pandemic. Virginia Public Law and Legal Theory Research Paper No. 2020–52. University of Virginia School of Law, Charlottesville; Public Law Working Paper No. 747. University of Chicago, Chicago.
- [9] Greer, Steven. 2020. *The Margin of Appreciation: Interpretation and Discretion Under the European Convention on Human Rights*. Human rights files No. 17. Strasbourg: Council of Europe.
- [10] Hendriks, Frank, John Loughlin, Anders Lidström. 2011. European Subnational Democracy: Comparative Reflections and Conclusions. 715–748. *Oxford Handbook of Local and Regional Democracy in Europe*, eds. Frank Hendriks, John Loughlin, Anders Lidström. Oxford [England] – New York: Oxford University Press.
- [11] Inter-American Commission on Human Rights. 2020. Pandemic and Human Rights in the Americas. Resolution 1/2020, April 10.
- [12] Korpič-Horvat, Etelka. 2015. Značaj Ustavnog suda Republike Slovenije pri ostvarivanju vladavine prava. 73–88. *Uloga Ustavnog suda u izgradnji vladavine prava. Zbornik radova*. ur. Lutz Kober, Miločer: Ustavni sud Crne Gore – Fondacija „Hanns Seidel“.
- [13] Krčinski, Blaže. 2/2011. Normativna kontrola ustavnosti i zakonitosti pravnih akata u Republici Makedoniji. *Strani pravni život* 55: 83–97.
- [14] Lauc, Zvonimir. 3–4/2015. Načelo vladavine prava u teoriji i praksi. *Pravni vjesnik* 32: 45–67.
- [15] Lebet, Audrey. 1/2020. COVID-19 Pandemic and Derogation to Human Rights. *Journal of Law and the Biosciences* 7: 1–15.
- [16] Lugonić, Marija, Olja Arsenijević. 2021. Covid 19 i ljudska prava. 4–16. *Tematski zbornik radova XXVII naučnog skupa međunarodnog značaja „Tehnologija, kultura i razvoj“*, ur. Đuro Kutlača, Dušica Semenčenko. Beograd: Udruženje „Tehnologija i društvo“ – Institut „Mihajlo Pupin“, Centar za istraživanje razvoja nauke i tehnologije.
- [17] Manojlović Andrić, Katarina. 2013. Postupak i obim ispitivanja ustavne žalbe. 161–180. *Uloga i značaj Ustavnog suda u očuvanju vladavine prava*, ur. Bosa M. Nenadić. Beograd: Ustavni sud Republike Srbije.
- [18] Mijanović, Gašo. 1963. *Kontrola ustavnosti zakona*. Doktorska disertacija. Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu.

- [19] Miljojković, Teodora. 1/2021. Emergency Governance (Un)bound: A Brief Reflection on Southeast Europe's Response on the Covid-19 Pandemic. *Pravni zapisi* 12: 123–145.
- [20] Országgyűlési, Hivatal. 6/2020. A különleges jogrend és a veszélyhelyzet. *Infojegyzet*: 1–4.
- [21] Rácz, Lilla. 2021. A veszélyhelyzet első kihirdetésének évfordulójára: 365 nap rövid veszélyhelyzeti kronológiája. *Jogtudományi Intézet blogoldala*. Március 11. <https://jog.tk.hu/blog/2021/03/a-veszelyhelyzet-első-kihirdetesenek-evfordulojara>, poslednji pristup 17. septembar 2022.
- [22] Simović, Darko. 2020. Vanredno stanje u Srbiji: ustavni okvir i praksa povodom Covid-19. Radni dokument. Beograd: Fondacija Centar za javno pravo.
- [23] Slavnić, Ljiljana. 2013. Rešavanje sukoba nadležnosti – tradicionalni domen Ustavnog suda Srbije. 224–241. *Uloga i značaj Ustavnog suda u očuvanju vladavine prava*, ur. Bosa M. Nenadić. Beograd: Ustavni sud Srbije.
- [24] Szente, Zoltán. 2020. A 2020. március 11-én kihirdetett veszélyhelyzet alkotmányossági problémái. MTA Law Working Papers 2020/9. Budapest: Hungarian Academy of Sciences.
- [25] Till, Szabolcs. 2018. Különleges jogrend. *Internetes Jogtudományi Enciklopédia*, ed. Jakab András, Fekete Balázs. <https://ijoten.hu/szocikk/kulonleges-jogrend>, poslednji pristup 17. septembar 2022.
- [26] Van der Sloot, Bart. 2020. The Quality of Law: How the European Court of Human Rights gradually became a European Constitutional Court for Privacy Cases. *JIPITEC* 11: 160–185.
- [27] Vörös, Imre. 2020. A felhatalmazási törvénytől az egészségügyi válsághelyzetig és tovább. 17–73. *Jogi diagnózisok I. – A Covid-19-világjárvány hatásai a jogrendszerre*, ed. Gárdos Orosz Fruzsina, Lőrinc Viktor Olivér. Budapest: Társadalomtudományi Kutatóközpont Jogtudományi Intézet, l'Harmattan.
- [28] Waldron, Jeremy. 2011. The Rule of Law and the Importance of Procedure. *Nomos* 50: 3–31.
- [29] Zwitter, Andrej. 1/2012. The Rule of Law in Times of Crisis: A Legal Theory on the State of Emergency in the Liberal Democracy. *ARSP* 98: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie / Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy*: 95–111.

Katinka BERETKA, PhD

Associate professor, Faculty of Law and Business Studies
"Dr Lazar Vrkatić", Serbia

FORMAL ASPECTS OF DEROGATION OF HUMAN RIGHTS DUE TO THE PANDEMIC OF COVID 19 IN COMPARATIVE PRACTICE OF CONSTITUTIONAL COURTS

Summary

The paper presents the similarities and differences in the argumentation of the constitutional courts of the Republic of Serbia, the Republic of Croatia, Bosnia and Herzegovina, and Hungary when deciding on procedural/formal aspects of human rights derogation and other (restrictive) measures adopted due to COVID-19, such as the competence of bodies ordering restrictive measures, character/quality of their acts, control by the legislature and/or the executive. The commonality is that, despite the courts not neglecting the need for restrictive measures and the general interest in preserving public health, they treated the importance of formal requirements of the rule of law differently in pandemic conditions. The aim of this paper is to identify relevant common criteria and tests for assessing the constitutionality of these measures, in order to increase legal certainty in similar situations in the future, caused by new epidemics.

Key words: *COVID-19. – Constitutional court. – Rule of law. – Formal requirements.*

Article history:
Received: 3. 10. 2022.
Accepted: 3. 3. 2023.