

eudaimonia

Revija za pravnu, političku i
socijalnu teoriju i filozofiju
Journal for Legal, Political and
Social Theory and Philosophy

Vol. 6 No. 1 • 2022.

Izdavač

IVRSRBIJA

Srpsko udruženje za pravnu
i socijalnu filozofiju

Izdavač

Srpsko udruženje za pravnu i socijalnu
filozofiju
Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu

Glavni i odgovorni urednik

Prof. dr Bojan Spaić

Izvršni urednik

Ana Zdravković

Studentska redakcija

Milica Ristić, Mila Đorđević,
Sava Vojnović, Aleksandar Cvetković
Andrej Confalonieri

Studentski nadzorni odbor

Petar Mitrović, Teodora Miljojkić,
Stefan Rakić

Naučni odbor

Miodrag Jovanović (Univerzitet u
Beogradu), Đorđe Pavićević (Univerzitet
u Beogradu), Luka Burazin (Univerzitet
u Zagrebu), Tanasije Marinković
(Univerzitet u Beogradu), Kenneth Einar
Himma (Univerzitet u Vašingtonu),
Biljana Đorđević (Univerzitet u
Beogradu), Miloš Zdravković (Univerzitet
u Beogradu), Milena Đorđević
(Univerzitet u Beogradu), Goran Dajović
(Univerzitet u Beogradu), Damir Banović
(Univerzitet u Sarajevu), David Duarte
(Univerzitet u Lisabonu), Marija Karanikić
Mirić (Univerzitet u Beogradu), Pierluigi
Chiassoni (Univerzitet u Đenovi), Andrej
Kristan (Univerzitet u Đironi), Danilo
Vuković (Univerzitet u Beogradu)

**Lektura i korektura radova na
srpskom jeziku**

Irena Popović

Priprema za štampu

Dosije studio, Beograd

ISSN 2560-3663 (Online)

Published by

Serbian Association for Legal and Social
Philosophy
Faculty of Law, University of Belgrade

Editor in chief

Bojan Spaić

Executive Editor

Ana Zdravković

Student Editorial Board

Milica Ristić, Mila Đorđević,
Sava Vojnović, Aleksandar Cvetković
Andrej Confalonieri

Student Supervisory Board

Petar Mitrović, Teodora Miljojkić,
Stefan Rakić

Scientific Committee

Miodrag Jovanović (University of
Belgrade), Đorđe Pavićević (University
of Belgrade), Luka Burazin (University
of Zagreb), Tanasije Marinković
(University of Belgrade), Kenneth Einar
Himma (University of Washington),
Biljana Đorđević (University of Belgrade),
Miloš Zdravković (University of
Belgrade), Milena Đorđević (University
of Belgrade), Goran Dajović (University
of Belgrade), Damir Banović (University
of Sarajevo), David Duarte (University
of Lisbon), Marija Karanikić Mirić
(University of Belgrade), Pierluigi
Chiassoni (University of Genova),
Andrej Kristan (University of Girona),
Danilo Vuković (University of Belgrade)

Proofreading (Serbian)

Irena Popović

Typesetting and Layout

Dosije studio, Beograd

ISSN 2560-3663 (Online)

SADRŽAJ

| | |
|--|----|
| <i>Laura Vilić</i> | |
| Odluka Ustavnog suda: pandemija, legitimitet i ljudska prava . . . | 5 |
| <i>Mina Kuzminac</i> | |
| Obavezna imunizacija zaposlenih – nužna mera u vreme pandemije ili neopravdana derogacija radnih prava? | 21 |
| <i>Fani Spalević</i> | |
| Derogacija ljudskih prava u vanrednom stanju | 47 |
| <i>Jovana Tošić</i> | |
| The Impact of Covid-19 Restrictions on Human Rights of Irregular Migrants, Refugees and Asylum Seekers in Bosnia and Herzegovina | 67 |
| <i>Andrej Confalonieri</i> | |
| The Meaning of “War or Other Public Emergency Threatening the Life of the Nation” in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights | 87 |

Laura Vilić*

ODLUKA USTAVNOG SUDA: PANDEMIJA, LEGITIMITET I LJUDSKA PRAVA

Problematika ljudskih prava kao svezremenski aktualna tema danas dolazi do izražaja više nego prethodnih desetljeća. Razlog je novonastalo stanje koje je obuhvatilo cijeli svijet, pa tako i Hrvatsku. Riječ je o globalnoj epidemiji, koja se još naziva – pandemija, koja je uzrokovana virusom SARS-CoV-2. Povodom novonastalog stanja, popraćenog širenjem tog virusa, ta problematika je došla pred naš Ustavni sud u rujnu 2020. godine i to u vidu zahtjeva za pokretanje postupka za ocjenu suglasnosti pojedinih zakona, odnosno njihovih odredaba s Ustavom Republike Hrvatske. U tekstu koji slijedi bit će izneseni argumenti predlagatelja i njihovi zahtjevi koji su obrazloženi Sudu, analizirane odredbe zakona na koje su se u svom izlaganju pozivali te će biti dan prikaz onoga što je Ustavni sud na sve rekao, odnosno kakav je pravorijek izrekao, u ovom slučaju – kakvo je rješenje donio.

Ključne reči: *Ustavni sud, ljudska prava, Covid-19, Stožer civilne zaštite, izvanredno stanje*

1. UVOD

Godina 2020. za Hrvatsku je bila godina novih izazova koja je popraćena epidemijom, odnosno zaraznim virusom koji je zahvatio cijeli svijet, pa i našu zemlju. Riječ je virusu SARS-Cov-2 ili virusu korona (koji izaziva bolest Covid-19). S obzirom na to da se ovdje radi o brzorastućoj zarazi, odnosno snažnoj transmisiji virusa u stanovništvu, nužno je bilo uspostaviti sustav u kojemu će se pokušati osigurati što manja zaraza i tako sačuvati zdravlje nacije. Upravo u tome glavnu ulogu je imao Stožer civilne zaštite Republike Hrvatske, kao tijelo izvršne vlasti koje je svojim djelovanjem putem preporuka i određenih ograničavajućih mjera virus morao staviti pod kontrolu. Nacionalni stožer je

* Studentkinja doktorskih akademskih studija, Pravni fakultet Univerziteta u Osijeku, viliclaura@gmail.com.

djelovao i putem lokalnih stožera, a njihov primarni cilj je sprječavanje širenja bolesti, smanjenje broja oboljelih i otklanjanje drugih posljedica bolesti (Učur 2021, 407).

Zbog širenja te zarazne bolesti uvedene su mjere (koje je donosio Stožer) kojima se ograničavaju ljudska prava i slobode kako bi se nepovoljni ishodi te bolesti sveli na minimum (Roksandić, Mamić 2020, 683). Djelovanje Stožera dovedeno je u pitanje u rujnu 2020. godine kada su se određeni građani (u radu adresirani kao predlagatelji) obratili Ustavnom sudu sa svojim zahtjevima da odluči o tome je li djelovanje Stožera bilo legitimno, odnosno jesu li djelovali u skladu s Ustavom. Tako je recentnim rješenjima Ustavnoga suda pandemija dobila ustavnosudski epilog koji je, u odnosu na pojedine odredbe nekoliko zakona i brojne odluke Stožera civilne zaštite, zaokružio prevenciju i zaštitu od bolesti u normativnom dijelu (Đuras 2020, 439). Predlagatelji su u svojim zahtjevima isticali kako su građanima Republike Hrvatske uskraćena neka od temeljnih ljudskih prava i sloboda (nekih ćemo se u radu posebno spomenuti), kao i pravo Hrvatskog sabora na legitimno donošenje odluka kada se takva prava ograničavaju.

Rad će biti predstavljen u tri cjeline, u kojima će se dati pregled toga što su to točno predlagatelji od Ustavnog suda zahtijevali, što je Ustavni sud odlučio i kakva su izdvojena (podupiruća ili neslagajuća) mišljenja dali suci na samom začelju odluke.

2. POSTUPAK PRED USTAVNIM SUDOM

2.1. Zahtjevi predlagatelja

Kao što se u uvodu navodi, glavnu ulogu u procesu pred Ustavnim sudom prošle godine u rujnu odigrala su dva ključna, prema predlagateljima, dva sporna zakona, a to su Zakon o sustavu civilne zaštite (u daljnjem tekstu: ZSCZ) i Zakon o zaštiti pučanstva od zaraznih bolesti (u daljnjem tekstu: ZZPZB). Stoga će se za početak dati pregled predlagateljevih zahtjeva te analiza prvog spornog zakona, odnosno spornih odredbi.

Postojanje određenih nelogičnosti u načinu na koji je Stožer civilne zaštite Republike Hrvatske donosio odluke i njihovom legitimitetu kao tijelu koje je ovlašteno donositi odluke od iznimnog značaja za građane, a posebice jer je riječ o temeljnim slobodama i pravima

– dovelo je tu problematiku pred Ustavni sud. Nekoliko predlagatelja zahtijeva potpuno ukidanje članka 22.a ZSCZ-a, koji u svom sadržaju govori kako je Stožer civilne zaštite Republike Hrvatske (u daljnjem tekstu: Stožer) tijelo koje je ovlašteno donositi odluke koje će kasnije na nižoj razini provoditi stožeri na lokalnoj (područnoj), odnosno regionalnoj razini. Ovdje govorimo o slučaju nastupanja posebnih okolnosti i stanja koja se nisu mogla predvidjeti, a koja dovode do ugroze života i zdravlja građana, imovine veće vrijednosti, stanja koja znatno narušavaju okoliš, gospodarsku aktivnost ili uzrokuju znatnu gospodarsku štetu.¹ Slijedom toga postavlja se pitanje što je sporno u tom članku i njegovom sadržaju u odnosu na Ustav. Naime, predlagatelji smatraju kako je tim člankom uskraćeno pravo naroda da ostvaruje vlast neposrednim odlučivanjem, i to putem zakonodavnog tijela, odnosno Hrvatskog sabora, jer su spornim člankom njihove ovlasti *de facto* prenesene na Stožer.²

Kako je i sam zahtjev predlagatelja usmjeren na pokretanje postupka za ocjenu suglasnosti članka 22.a ZSCZ-a s Ustavom, treba vidjeti o kojim je člancima riječ. Naime, sporan je članak 16. Ustava prema kojemu se slobode i prava mogu ograničiti da bi se zaštitili sloboda i prava drugih ljudi, pravni poredak, javni moral i zdravlje, i to zakonom, te kako ograničenje mora biti razmjerno naravi potrebe.³ Navedeni ustavni propis u svom drugom dijelu uređuje načelo razmjernosti (proporcionalnosti) (Crnić 2018, 162), a predlagatelji u svom izlaganju, između ostalog, napominju da nije postignut konsenzus jesu li mjere stožera bile u skladu s načelom razmjernosti. Neosporna je činjenica kako je Hrvatska, kao i sve druge zemlje Evropske unije, prema tom pravilu dužna postupati tako da mjera bude razumna uzimajući u obzir druge suprotstavljene društvene interese (Goldner Lang 2021, 221).

Predlagatelji u tom kontekstu ističu da se o temeljnim ljudskim pravima odlučivalo odlukama Stožera, a ne odlukama Hrvatskog sabora, zakonima, iz čega proizlazi da je takvo donošenje odluka samo po sebi protivno Ustavu. Kako je određenim odlukama Stožera došlo do svojevrzne ugroze ekonomskih prava stanovništva (misli se na odluku

¹ Zakon o sustavu civilne zaštite, *Narodne novine RH* 82/15, 118/18, 31/20, 20/21, čl. 22.a.

² Ustavni sud Republike Hrvatske, U-I-1372/2020 i dr., 14. 9. 2020, *Narodne novine RH* 105/2020–1971.

³ Ustav Republike Hrvatske, *Narodne novine RH* 56/90, 135/97, 08/98, 124/00, 18/01, 41/01, 55/01, 76/10, 85/10, 05/14, čl. 16.

o zatvaranju objekata i obustavi određenih djelatnosti), s obzirom na ograničenje prava na rad, ovdje je nužno spomenuti se prava na rad i prava na slobodu rada te na zaradu kojom građanin može sebi i svojoj obitelji osigurati dostojanstven život. Predlagatelj ističe kako su ta prava stavljena u podređeni položaj iako ona nisu sporedna prava u odnosu na pravo na zdravlje te kako osiromašenje itekako dovodi u pitanje čovjekovu opstojnost, a samim time i njegovo zdravlje.⁴

Bez obzira na namjeru Stožera, činjenica je da je takav način donošenja odluka doveo u pitanje opstojnost vladavine prava. Vladavinu prava u svom sadržaju spominje i Ustav kao jednu od temeljnih vrednota, a pretpostavka za vladavinu prava i njenu opstojnost je pravni okvir koji zahtijeva međusobno usklađene propise koji ne prelaze razumnu mjeru pravnog uređenja podobnog za postizanje pravne sigurnosti (Barbić 2002, 5). S obzirom na to da je predlagateljima sporno to što je Stožer tijelo koje donosi odluke od iznimne važnosti za milijune ljudi u Hrvatskoj, a koje bi, s obzirom na njihov značaj, trebalo, prema Ustavu, donositi drugo tijelo, odnosno Sabor – potonji opis vladavine prava možda i je doveden u pitanje.

Shodno svemu navedenom, kada je riječ o članku 16. Ustava – predlagatelji navode kako se po njemu nije moglo postupiti i tako odluke od bitnog, elementarnog značaja za ljudska prava – donositi većinom glasova zastupnika te da je nužno bilo aktivirati članak 17. Ustava i proglasiti izvanredno stanje kako bi se o takvim pravima moglo odlučivati kvalificiranom većinom svih zastupnika.⁵ Ovdje se treba osvrnuti na pitanje izvanrednog stanja, točnije na pojam „velikih prirodnih nepogoda“, jer se u Ustavu ne daje konkretna definicija tog pojma, pa je on ostavljen zakonodavcu da ga tumači po svom nahođenju (Gardašević 2021, 37). U svakom slučaju, proglašenje izvanrednog stanja, odnosno aktiviranje članka 17. Ustava, dovelo bi do najšireg društvenog konsenzusa, a ujedno se ne bi postavljalo pitanje legitimnosti donesenih odluka.⁶

⁴ Ustavni sud Republike Hrvatske, U-I-1372/2020 i dr., 14. 9. 2020, *Narodne novine RH* 105/2020–1971.

⁵ Ustavni sud Republike Hrvatske, U-I-1372/2020 i dr., 14. 9. 2020, *Narodne novine RH* 105/2020–1971.

⁶ Odredba prema kojoj se postupalo – članak 16. Ustava Republike Hrvatske: „Slobode i prava mogu se ograničiti samo zakonom da bi se zaštitila sloboda i prava drugih ljudi te pravni poredak, javni moral i zdravlje. Svako ograničenje slobode ili prava mora biti razmjerno naravi potrebe za ograničenjem u svakom pojedinom slučaju.“

Nadalje, predlagatelji iznose i nezadovoljstvo time što je Stožer, kao tijelo izvršne vlasti, podložno isključivom nadzoru izvršne vlasti te nepostojanjem parlamentarne ili sudske vlasti kao kontrolnog mehanizma. A da je tomu tako govori i činjenica da Vlada imenuje i postavlja članove Stožera. Osim toga, govore kako su određene mjere Stožera bile nerazmjerne naravi situacije u kojoj se naša država našla.⁷ Shodno svemu navedenom, može se reći da su njihove tvrdnje i svi izneseni argumenti u oprečnoj poziciji u odnosu na članak 22.a ZSCZ, čije uklanjanje traže.

Drugi sporni zakon čije odredbe predlagatelji spominju je ZZPZB. Ovdje bi bilo korektno istaknuti da predlagatelji zapravo spominju Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o zaštiti pučanstva od zaraznih bolesti (u daljnjem tekstu: ZIDZZP) i njegove novonastale odredbe. Kao sporne odredbe navode čl. 10, 13, 14. i 18. ZIDZZP-a/20. Tako ističu da su sadržaj i način donošenja pobijanog Zakona u suprotnosti s Ustavom i člankom 17. Ustava jer je neupitno da se nalazimo u izvanrednim okolnostima uzrokovanim virusom SARS-CoV-2 te da je, kao što je ranije navedeno, taj članak trebalo aktivirati i sve nužne odluke donositi dvotrećinskom većinom, a ne običnom većinom.⁸ Ističu kako je osoba ovlaštena za donošenje mjera prije nastupanja novele ZZPZB-a bila ministar zdravstva, a sada je ovlast proširena i na Stožer, čime su naknadno ozakonjene njegove odluke.⁹ Činjenica je da je zaštita ljudi u pandemiji ponajprije djelatnost zdravstva i zdravstvenih radnika (Učur 2021, 407). Osporenim člankom 10. uvedena je nova

Odredba prema kojoj se trebalo postupati prema navodima predlagatelja – članak 17. Ustava Republike Hrvatske:

„U doba ratnog stanja ili neposredne ugroženosti neovisnosti i jedinstvenosti države, te velikih prirodnih nepogoda pojedine slobode i prava zajamčena Ustavom mogu se ograničiti. O tome odlučuje Hrvatski sabor dvotrećinskom većinom svih zastupnika, a ako se Hrvatski sabor ne može sastati, na prijedlog Vlade i uz supotpis predsjednika Vlade, Predsjednik Republike. Opseg ograničenja mora biti primjeren naravi pogibelji, a za posljedicu ne može imati nejednakost osoba s obzirom na rasu, boju kože, spol, jezik, vjere, nacionalno ili socijalno podrijetlo.

Niti u slučaju neposredne opasnosti za opstanak države ne može se ograničiti primjena odredbi Ustava o pravu na život, zabrani mučenja, surovog ili ponižavajućeg postupanja ili kažnjavanja, o pravnoj određenosti kažnjivih djela i kazni, te o slobodi misli, savjesti i vjeroispovijedi.“

⁷ Ustavni sud Republike Hrvatske, U-I-1372/2020 i dr., 14. 9. 2020, *Narodne novine RH* 105/2020–1971.

⁸ *Ibid.*

⁹ *Ibid.*

odredba, a riječ je o samoizolaciji, odnosno izolaciji osoba u vlastitom domu ili drugom odgovarajućem prostoru.¹⁰ Predlagatelji smatraju kako je odredba nerazmjerna i neustavna jer prelazi okvire predviđene člankom 16. Ustava te kako ju treba ukinuti. Osim toga, sporna je i odredba novele u članku 14. koja se odnosi na uvođenje organizirane karantene osoba koje ne poštuju propisane i sigurnosne mjere čije ukinjanje također traže.

Jedan od predlagatelja posebno je osporavao mjeru samoizolacije koja se definira kao izolacija osobe u vlastitom domu ili drugom prostoru, a odnosi se na osobe koje nisu zaražene, a bile su u kontaktu s oboljelom osobom ili se iz drugih razloga sumnja da su zaražene virusom, primjerice ako dolaze iz zemalja s visokom razinom transmisije virusa (Primorac 2021, 372). Mjera samoizolacije unesena je u pravni sustav Hrvatske ZIDZZP-om/20, a predlagatelj ističe kako članak 10, 13. i 14. nisu u suglasnosti s člankom 16. Ustava jer se osobi tako određuje zabrana kretanja čak i ako je zdrava, te ističe kako takvoj osobi ne pripada nikakva naknada. Navodi kako se u tom slučaju uskraćuju prava na rad i zaradu, ali i na pristup sudu, a da nije određen rok na koje vrijeme se mjera najdulje određuje.¹¹

2.2. Očitovanje Suda

Ustavni se sud u svom pravorijeku očitovao na sve zahtjeve i prijedloge koje su predlagatelji u svojem izlaganju iznijeli pred Sud. Za početak, Sud se očitovao o „nužnosti“ aktiviranja članka 17. Ustava, za koji su predlagatelji smatrali da ga je bilo potrebno aktivirati. Kao što je navedeno ranije, predlagatelji smatraju da se nakon pojave epidemije Covid-19 trebalo proglasiti izvanredno stanje i time učiniti Sabor mjerodavnim za donošenje odluka koje ograničavaju ljudska prava i slobode. Ustavni je sud na samom početku potvrdio svoju legitimaciju o donošenju odluke kada je riječ o temeljnim ljudskim pravima i slobodama, no istakao je kako on nije nadležan ocjenjivati treba li Hrvatski sabor u posebnim okolnostima – kao što je epidemija, primijeniti članak 17. Ustava ili ne.¹²

¹⁰ Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o zaštiti pučanstva od zaraznih bolesti, *Narodne novine RH* 47/2020–954, čl. 10.

¹¹ Ustavni sud Republike Hrvatske, U-I-1372/2020 i dr., 14. 9. 2020, *Narodne novine RH* 105/2020–1971.

¹² *Ibid.*

Kada je riječ o ograničavanju pojedinih ljudskih prava i sloboda, Hrvatski sabor može u ostvarivanju svoje zakonodavne ovlasti postupiti na temelju dvije ustavne osnove, a to su članak 16. Ustava – zakonima, izmjenama i dopunama zakona, i to većinom glasova zastupnika, ili članak 17. Ustava – dvotrećinskom većinom glasova svih zastupnika. Iz toga proizlazi kako je odluka o tome na koji će način postupiti u izvanrednim okolnostima upravo na Hrvatskom saboru.

Što se tiče navoda predlagatelja da je Stožer donosio odluke čije se trajanje nije moglo utvrditi te kako se njihova razmjernost i nužnost ne može procijeniti, Ustavni sud navodi da on ne može ocjenjivati njihovu nužnost i razmjernost, ali ukazuje na to kako se prema ZZPZB-u trajanje ne mora vremenski ograničiti te kako one mogu trajati sve dok je na snazi epidemija ili opasnost od nje.¹³

U ovom kontekstu predlagatelj spominju i nemogućnost sudske i zakonodavne kontrole odlukama Stožera, na što se Ustavni sud također očitovao, rekavši: „Činjenica je da Stožer ima zakonsku ovlast da donosi navedene mjere, ali to ne znači da njegove odluke nisu podložne kontroli izvršne, zakonodavne i sudbene vlasti.“¹⁴ U tom djelu Sud ističe kako je Vlada podložna nadzoru, ali i kontroli Sabora, te ustavnosudskoj kontroli.

Sud se u bitnome očitovao o navodima kako je ovlast Hrvatskog sabora dovedena u pitanje s obzirom na to da su naknadno ozakonjene odluke Stožera, i to člankom 18. ZIDZZP-a. Ustavni sud ističe kako tomu nije tako, budući da je, dopunom ZSCZ-a, Hrvatski sabor dao Stožeru zakonsku ovlast za donošenje odluka i uputu u slučaju nastanka posebnih okolnosti iz članka 22.a ZSCZ-a, a tek je nakon toga izmijenjen i dopunjen ZZPZB te je tako dan pravni značaj sigurnosnim mjerama iz članka 18. ZIDZZP-a/20.¹⁵ Iz toga proizlazi kako Sud smatra da se ovdje ne radi o retroaktivnosti niti o naknadnom ozakonjenju mjera stožera.

Ustavni se sud u svojoj ocjeni spomenuo i mjere samoizolacije koja je predlagatelju sporna. Ona je određena člankom 10. ZIDZZP-a/20, ali i 47. ZZPZB. Kao takva, predstavlja izdvajanje osobe od drugih ljudi, a primjenjuje se u liječenju bolesnika koji imaju simptome bolesti. Kada je riječ o Covidu-19, za određivanje mjere samoizolacije nadležan

¹³ *Ibid.*

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ *Ibid.*

je ministar zdravstva, a primjenjuje se na osobe koje su bile izložene riziku od zarazne bolesti kontaktom s oboljelom osobom ili su u posljednjih četrnaest dana bile na područjima s raširenom transmisijom bolesti.¹⁶ U odnosu na to, Ustavni sud smatra kako je mjera samoizolacije ograničavajuća mjera te da je potrebno utvrditi je li njezino izricanje zdravim osobama razmjerno naravi stvari, ali ističe kako takva mjera sama po sebi nije sporna kao ni njeno trajanje od četrnaest dana. Kada govorimo o pravu na naknadu, koju spominje predlagatelj, Sud ističe kako su njegovi navodi neosnovani s obzirom na to da se osobi kojoj je izrečena samoizolacija otvara bolovanje.¹⁷

3. IZDVOJENA MIŠLJENJA

Izdvojena mišljenja su sastavni dio odluke koju donose sudovi u Republici Hrvatskoj. Ona kao takva predstavljaju odraz svega onoga što se prije, ali i za vrijeme rasprave događalo – ukoliko je sudac o tome voljan napisati pokoju rečenicu. Zašto se kaže voljan? Zato što ona nisu obvezna za dati. Njihovo mjesto je na začelju odluke i sudac je slobodan odlučiti hoće li ga napisati (ukoliko smatra da za to postoji potreba) ili ne. Osim toga, najvažniji dio izdvojenog mišljenja je sadržaj koji se odnosi na obrazloženje sučevog stajališta o tome kako je glasovao, odnosno njegovi argumenti zašto je glasovao u skladu s većinom sudaca ili suprotno većini. Izdvojena mišljenja, dakle, mogu biti podupiruća i neslagajuća u odnosu na donesenu odluku.

U hrvatskom pravnom sustavu izdvojena mišljenja su dopuštena, dok objava nije, što nije slučaj sa Ustavnim sudom jer su u tom slučaju izričito dopuštena, kao i njihovo objavljivanje (Antić 2016, 837). U ovom ćemo, zadnjem dijelu dati pregled podupirućih, ali i neslagajućih mišljenja s donesenim rješenjem Ustavnog suda. U ovom dijelu je posebno zanimljiva činjenica uolikoj se oprečnosti nalaze odnosno razilaze sudačka mišljenja onih koji su glasali suprotno donesenoj odluci i koji su glasali u skladu s većinom, i to u gotovo svim točkama o kojima su odlučivali. Treba reći kako je za doneseno rješenje deset sudaca glasovalo za, a protiv njega troje.

¹⁶ Zakon o zaštiti pučanstva od zaraznih bolesti, *Narodne novine RH* 79/07, 113/08, 43/09, 130/17, 114/18, 47/20, 134/20, čl. 47.

¹⁷ Ustavni sud Republike Hrvatske, U-I-1372/2020 i dr., 14. 9. 2020, *Narodne novine RH* 105/2020–1971.

Za početak, dat ćemo jedan kraći pregled izdvojenih mišljenja sudaca koji su u izdvojenim mišljenjima htjeli istaknuti i obrazložiti zašto su glasali za ovakav ishod odluke. Prvo podupiruće mišljenje referira se na to kako je u zaštiti od virusa korona Republika Hrvatska mobilizirala sva tri stupa vlasti (zakonodavnu, izvršnu i sudbenu) i tako postigla njihovu međusobnu suradnju, a da je središnje stručno tijelo za provođenje mjera – Stožer, bilo pod neposrednim nadzorom vlade. Također ističe da je to tijelo čiji sastav čine rukovodeće osobe iz središnjeg tijela državne uprave i operativnih snaga.¹⁸

Što se tiče predlagateljevih prijedloga, u pogledu zahtjeva da je nužno aktivirati članak 17. Ustava, podupiruće mišljenje jednog od sudaca navodi kako jezična metoda tumačenja istog članka isključuje njegovo aktiviranje jer epidemija bilo koje bolesti, pa tako i ove, nije ustavni razlog za njegovo aktiviranje, no ako se ustavna norma tumači teleološki (prema cilju), to je ipak moguće učiniti jer je riječ o izvanrednoj krizi koja utječe na sve građane i prijeti zdravlju i normalnom životu cjelokupnog stanovništva. Hrvatski je sabor ipak odlučio ne aktivirati taj članak već se rukovoditi odredbama u članku 16. Ustava i na taj način donošenje ograničavajućih mjera za temeljna ljudska prava povjeriti Stožeru, za koje ovaj sudac ističe da je stručno tijelo koje je sastavljeno od pretežito zdravstvenog kadra. Također, navodi kako Ustavni sud nema ovlast naložiti Saboru aktiviranje članka 17. Ustava. Kao glavni argument protiv aktiviranja članka 17. ističe da postupanje po njemu ne bi rezultiralo donošenjem hitnih mjera (koje je bilo nužno donositi) jer se zahtijeva dvotrećinska većina glasova svih zastupnika, što bi dovelo u pitanje učinkovitost zaštite od virusa.¹⁹ I drugo, također podupiruće mišljenje referira se na članak 17. Ustava i ističe kako pandemija zasigurno ulazi u okvir „izvanrednog stanja“ s obzirom na to da je riječ o stanju koje će potrajati i koje će postati redovno te kako je za ovakve situacije ZPPZB *lex specialis*. Iz članka 16. Ustava, prema tom stavu, proizlazi da on daje pravo zakonodavcu da odredi mjere i tijela zadužena za takve situacije, što je i učinjeno osporenim odredbama.²⁰

Nakon datog pregleda podupirućih mišljenja, završni osvrt ovog dijela bit će usmjeren na mišljenja sudaca koji su glasovali suprotno

¹⁸ Izdvojeno podupiruće mišljenje suca Rajka Mlinarića iz Ustavnog suda Republike Hrvatske, U-I-1372/2020 i dr., 14. 9. 2020, *Narodne novine RH* 105/2020–1971.

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ Izdvojeno podupiruće mišljenje suca Branka Brkića iz Ustavnog suda Republike Hrvatske, U-I-1372/2020 i dr., 14. 9. 2020, *Narodne novine RH* 105/2020–1971.

većini. Troje sudaca je dalo neke od nepobitnih činjenica (koje proturječe donesenom rješenju) koja su od iznimnog značaja za shvaćanje same novonastale situacije u kojoj se Republika Hrvatska našla, ali i oni sami u ovom ustavnosudskom postupku. Kada je riječ o donošenju odluka Ustavnog suda, uvijek je problematično donošenje odluka koje nisu jednoglasne, posebno jer je riječ o tijelu koje je zaštitnik Ustava – dakle, najvišeg državnog akta koji sadrži temeljna prava i slobode. Odluke koje nisu donesene jednoglasno zasigurno predstavljaju određen stupanj pravne nesigurnosti koje kasnije utiru put pojavi novih zahtjeva sličnog karaktera pred Ustavnim sudom.

Neslagajuća mišljenja zajedno potpisuju tri suca te navode kako problematika tog procesa postoji još od same njegove inicijative, referirajući se na (ne)postupanje Ustavnog suda koji je imao mogućnost sam pokrenuti takav postupak, a ne šutke i po strani promatrati događaje u društvu kojima se remete i ograničavaju ljudska prava, te kako ni sama rasprava nije bila potpuna s obzirom na to da suci nisu imali očitovanje Stožera nego samo Vlade i tako su nedostajali odgovori na brojna pitanja kako bi se kvalitetna odluka u konačnici mogla donijeti. Trojica sudaca su predložila i javnu raspravu, do koje, nažalost, nije došlo jer je taj prijedlog odbijen.²¹

U tom tonu, navodi se kako samo postojanje dvije različite norme istog ranga – antinomije, predstavlja nezamislivu situaciju za pravo kao znanstvenu disciplinu, iz čega proizlazi da Sabor može birati između ustavnih normi. To znači da svatko može odabrati normu koja mu najviše odgovara u datom trenutku, a u ovom konkretnom slučaju je to i učinjeno. To proistječe iz toga što se „odabralo“ postupati po članku 16. Ustava i što su se odluke od iznimnog značaja za građane i njihova ljudska prava donosile običnom većinom. U tom slučaju se postavlja pitanje – zašto bi vlast ikada odabrala postupati po članku 17. i sama sebi otežala donošenje odluka?²² Treba istaknuti kako se u Ustavu ne navodi tko bi izvanredno stanje trebao proglasiti i kada, međutim – samo izvanredno stanje nije odlučan trenutak za utvrđivanje njegovog postojanja, jer to može biti i faktično stanje (Bilandžić 2021, 18). Sam Stožer svoje postojanje zapravo zahvaljuje normi koja glasi: „U slučaju nastupanja posebnih okolnosti koje podrazumijevaju događaj ili odre-

²¹ Izdvojena mišljenja sudaca Lovorke Kušan, Andreja Abramovića i Gorana Selaneca iz Ustavnog suda Republike Hrvatske, U-I-1372/2020 i dr., 14. 9. 2020, *Narodne novine RH* 105/2020–1971.

²² *Ibid.*

đeno stanje koje se nije moglo predvidjeti...“, što je još jedna potvrda da je izvanredno stanje nastupilo, a nitko ga nije proglasio niti u ovom kontekstu. Treba se spomenuti i toga kako su u javnosti neki od pravnih stručnjaka zagovarali tezu da virus nije prirodna nepogoda, što bi u suštini bila netočna konstatacija jer nepogode mogu biti i prirodne i izazvane čovjekovom djelatnošću.²³

Kada govorimo o samom sastavu Stožera, kako je u odluci navedeno da je riječ o stručnom operativnom tijelu koje djeluje u vrijeme pandemije virusa korona s ciljem zaštite zdravlja, treba analizirati i taj dio pravorijeka. Naime, u neslagajućim izdvojenim mišljenjima navodi se kako zapravo izgleda sastav Stožera civilne zaštite Republike Hrvatske, a iz tog dijela teksta proizlazi da njega sačinjavaju ministar unutarnjih poslova kao načelnik Stožera, imenovani predstavnici gotovo svih ministarstava, Hrvatske vatrogasne zajednice, Državnog hidrometeorološkog zavoda, Hrvatskog crvenog križa, Hrvatske gorske službe spašavanja, Hrvatskog zavoda za javno zdravstvo i Hrvatskog zavoda za hitnu medicinu – što ne prikazuje visoku razinu stručnosti već samo to da je sastavljen po političkom kriteriju. Stožer također sam ne može učiniti ništa što već ranije Vlada i njeni ministri nisu mogli učiniti, stoga se zapravo formirao lažan dojam o potrebnosti Stožera. Problem predstavlja i to što je Stožer u razdoblju od mjesec dana, konkretno od 19. ožujka 2020. pa sve dok ovlast nije dobio izmjenama ZZPZB-a 18. travnja 2020. godine, donosio odluke bez zakonskog temelja tako da je za to vrijeme postojala dvojna nadležnost ministra zdravstva prema ZZPZB i Stožera prema ZSCZ.²⁴

Suci koji su glasali suprotno većini ne slažu se ni sa mjerom samoizolacije, odnosno njezinim provođenjem, ali i samom njezinom interpretacijom. Naime, nisu točni navodi da je riječ o dobrovoljnoj izolaciji – jer njeno nepoštivanje za sobom povlači prekršajne i/ili kaznene posljedice. Osim toga, sporno je što se ona određuje usmenim putem (usmenim rješenjem), ali i to što žalba – kao temeljno ustavno pravo, ne odgađa njeno izvršenje. Također, osoba kojoj je izdana mjera samoizolacije svoju mogućnost pristupa sudu može ostvariti tek ako je svjesno prekrši, a to za sobom povlači posljedicu prekršajnog ili kaznenog procesuiranja. Time je osobama koje su u samoizolaciji povrijeđeno pravo na žalbu, ali i pravo pristupa sudu. Shodno tome,

²³ *Ibid.*

²⁴ *Ibid.*

jasno je da mjera nije provedena na zakonit način te se ova tri suca jasno izjašnjavaju kako je prijedloge za ocjenu ustavnosti trebalo usvojiti i ukinuti članke 13. i 14. ZIDZZP-a.²⁵ Valja spomenuti kako je pravo pristupa sudskoj zaštiti i temeljno pravo zajamčeno Poveljom o temeljnim pravima Europske unije, kao i pravo na djelotvoran pravni lijek i pošteno suđenje.²⁶

4. ZAKLJUČNA RAZMATRANJA I POGLED U BUDUĆNOST

U ovom je radu dat pregled odluke Ustavnog suda, odnosno njegovog rješenja glede jednog novonastalog stanja uzrokovanog širenjem zarazne bolesti. Pandemija Covid-19, osim što je snažno utjecala na javno zdravstvo diljem svijeta, utjecala je i na ljudska prava. Stoga je učinkovita zaštita temeljnih ljudskih prava zahtijevala uređenje i osnaženje pravnog okvira (Guštin, Sudar 2021, 255). Ustavni sud se na sve zahtjeve predlagatelja očitovao svojim obrazloženjima i na kraju dao svoj zaključak glede pandemije, odnosno problema i nelogičnosti koje su posljedično nastale (kako su izložili predlagatelji), u vezi sa legitimnošću rada Stožera, ali i nekim konkretnim mjerama koje su u razdoblju koje je prethodilo odluci bile na snazi, a s ciljem sprječavanja širenja virusa SARS-CoV-2. Upravo referirajući se na donesene mjere, postavilo se pitanje ostvarivanja temeljnih ljudskih prava i sloboda, za čije je ograničenje Ustavni sud kazao kako su takva ograničenja, odnosno odluke Stožera, bile u skladu s Ustavom i zakonima.

Kao najvažnije, Ustavni sud je u svom rješenju istaknuo da je Sabor postupao u granicama svojih ovlasti propisanih Ustavom (misli se na problematiku članka 16. Ustava), da su mjere koje su donesene s ciljem sprječavanja širenja zaraze u skladu s načelom razmjernosti te da postoji legitimnost cilja donesenih mjera Stožera u svrhu zaštite građana od zarazne bolesti. Osim toga, zaključio je da je Stožer stručno tijelo i da je, kao dio izvršne vlasti, bio ovlašten donositi mjere kojima su ograničavana određena ljudska prava i slobode te da je on tijelo koje je podložno kontroli zakonodavne i sudbene vlasti.

²⁵ *Ibid.*

²⁶ Povelja Europske unije o temeljnim pravima, *Eur-Lex – Službeni list Europske unije* 2016/C 202/02, čl. 45 i 47.

Ustavni je sud odbacio prijedloge za pokretanje postupka za ocjenu suglasnosti s Ustavom članka 22.a ZSCZ²⁷ i prijedloge predlagatelja za pokretanje postupka za ocjenu suglasnosti s Ustavom članaka 10, 13, 14. i 18. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o zaštiti pučanstva od zaraznih bolesti.²⁸

S tim konstatacijama koje su sadržane u samoj odluci Ustavnog suda nisu se slagali suci koji su glasali suprotno većini te su ih nastojali pojasniti i obrazložiti u svojim izdvojenim mišljenjima u kojima su iznijeli nimalo zanemariva obrazloženja koja su poduprli argumentima i opisom situacije koja je prethodila i samim prijedlozima predlagatelja i u konačnici cjelokupnoj raspravi i odluci koju je donio Ustavni sud. Ono što su oni predstavili velikim dijelom je točno i argumentirano izneseno, a s njihovim se konstatacijama slaže i određeni dio stručne i opće javnosti. Međutim, kako je odluka ipak na samom kraju imala drugačiji ishod, ne preostaje ništa drugo nego takvu odluku ispoštovati i vidjeti kako će se razvijati daljnji tijek ove „korona krize“ i hoće li se slični zahtjevi pojaviti još nekad u budućnosti pred Ustavnim sudom.

Za kraj je važno istaknuti kako je ova odluka Ustavnog suda jedna od mjerodavnih za razumijevanje važnosti rada Stožera i kao takva je, zasigurno, postavila čvrste temelje i jasno stajalište o legitimnosti njegovog djelovanja. Osim toga, rješenje koje je donio Ustavni sud od iznimnog je značaja za djelovanje sudova i njihova pravna stajališta u izvanrednim okolnostima. Njegova je odluka prema svemu navedenom jedan svojevrsni temelj za problem ograničenja ljudskih prava i sloboda u vrijeme novonastale pandemije. Stoga se može zaključiti da je to važna odluka i za samu ustavnosudsku praksu u Republici Hrvatskoj jer je upravo ovo rješenje jedan od dva pravorijeka Ustavnog suda koji je donesen u pogledu izvanrednih stanja u Hrvatskoj, a odnosi se na članak 17. Ustava.

Iako za sada još nema mnogobrojne relevantne literature o navedenoj temi (s obzirom na to da je ovo sve još uvijek novost), zasigurno će ovakav razvoj događaja u ustavnom sudovanju i u rješavanju pitanja ograničavanja ljudskih prava u izvanrednim okolnostima u budućnosti biti predmet znanstvenih radova i znanstvenog istraživanja posebice u pravnoj znanosti.

²⁷ Zakon o sustavu civilne zaštite, *Narodne novine RH* 82/15, 118/18, 31/20.

²⁸ Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o zaštiti pučanstva od zaraznih bolesti, *Narodne novine RH* 47/20.

LITERATURA

1. Antić, Teodor. 2016. Izdvojeno mišljenje u sudskim postupcima i praksa Ustavnog suda Republike Hrvatske. *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci* 37: 837–873.
2. Barbić, Jakša. 2002. *Hrvatska i vladavina prava*. Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti. Razred za društvene znanosti 485: 5–30.
3. Bilandžić, Mirko. 2021. Sekuritizacija zdravlja i (ne)sigurnost ustavnog poretka. *Međunarodne studije* 21: 11–22.
4. Crnić, Ivica. 2018. *Ustav Republike Hrvatske u praksi*. Zagreb: Organizator.
5. Đuras, Ivana. 2020. Pandemija pred Ustavnim sudom. *Sigurnost* 62: 439–441.
6. Gardašević, Đorđe. 2021. Pandemija kao stanje „velike prirodne nepogode“ i Ustav Republike Hrvatske. Primjena prava za vrijeme pandemije Covid-19. *Modernizacija prava* 61: 23–43.
7. Goldner Lang, Iris. 2021. Obveze Republike Hrvatske na temelju europskog prava pri donošenju zaštitnih mjera protiv pandemije Covid-19. *Modernizacija prava* 61: 209–222.
8. Guštin, Matko, Veronika Sudar. 2021. Ljudska prava u Hrvatskoj pod utjecajem pandemije. *Pravnik: časopis za pravna i društvena pitanja* 55: 255–268.
9. Primorac, Damir. 2021. Samoizolacija kao posebna sigurnosno-pravna mjera zaštite pučanstva od zaraznih bolesti u kontekstu koronavirusa (Covid-19) – javnopravni aspekti. *Godišnjak Akademije pravnih znanosti Hrvatske* 12: 367–384.
10. Roksandić, Sunčana, Krešimir Mamić. 2020. Širenje zaraznih bolesti kao prijetnja ostvarivanju ljudske sigurnosti i kaznenopravni mehanizmi u sprječavanju širenja bolesti Covid-19. *Hrvatski ljetopis za kaznene znanosti i praksu*: 27: 681–713.
11. Učur, Đ. Marinko. 2021. Okvir determiniranja prava na rad za vrijeme epidemije. *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci* 42: 405–417.

RULING OF THE CONSTITUTIONAL COURT:
PANDEMIC, LEGITIMACY AND HUMAN RIGHTS

Summary

The issue of human rights as a topical issue is becoming more pronounced today than in previous decades. The reason for this is the new situation that has embraced the whole world and our country. It is a global epidemic or as it is also called – a pandemic caused by the SARS-CoV-2 virus. Regarding the new situation, accompanied by the spread of the virus, the problem came to our Constitutional Court in September 2020 in the form of a request to initiate proceedings to assess the compliance of certain laws and their provisions with the Constitution of the Republic of Croatia. The following text will present the arguments of the proponents and their requests explained to the Court, analyzed provisions of the law to which they referred in their presentation and will be given an overview of what the Constitutional Court said about everything, what kind of verdict it pronounced case – what decision was made.

Keywords: *constitutional court, human rights, Covid-19, Civil Protection Headquarters, state of emergency*

Mina Kuzminac*

OBAVEZNA IMUNIZACIJA ZAPOSLENIH – NUŽNA MERA U VREME PANDEMIJE ILI NEOPRAVDANA DEROGACIJA RADNIH PRAVA?

Pandemija izazvana virusom SARS-COV-2 dovela je u pitanje živote i zdravlje ljudi širom sveta. Pandemija je otvorila i brojna pitanja u sferi radnih odnosa. I poslodavci i zaposleni su (nespremni) stavljeni pred brojne izazove organizovanja rada u vanrednim okolnostima. Stoga ne čudi to što je, usled dostupnosti vakcina, i pitanje imunizacije zaposlenih dobilo poseban značaj. Naglašavajući da smatra da treba podsticati zaposlene da se vakcinišu, autorka postavlja hipotezu da bi, u skladu sa radnopravnim okvirom u Srbiji, otkaz dat zaposlenom usled odbijanja da se vakciniše bio nezakonit. Hipoteza je zasnovana na dva ključna argumenta koja se odnose na (ne)opravdane razloge poslodavca za otkaz ugovora o radu i mogućnost rada van prostorija poslodavca. Ipak, nova saznanja, dalji razvoj događaja i potencijalne izmene radnog zakonodavstva mogu biti snažan podsticaj za preispitivanje svake hipoteze o pitanju obavezne imunizacije i prava iz radnog odnosa.

Ključne reči: *Pandemija. – Radni odnosi. – Imunizacija zaposlenih. – Otkaz ugovora o radu od strane poslodavca. – Zdravlje i bezbednost na radu.*

„Dok god se zakoni matematike odnose na stvarnost, oni nisu konačni, a ako su konačni, onda se ne odnose na stvarnost.“

Albert Ajnštajn

1. UVOD

Franc Kafka je u svom romanu *Proces* mnogim generacijama čitalaca ostavio parabolu koja izaziva nedoumice i brojna pitanja, pa i (suprotstavljena) tumačenja. Naime, u paraboli je reč o čoveku koji do-

* Studentkinja doktorskih akademskih studija, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, minakuzminac96@gmail.com.

lazi pred vrata zakona. Vreme prolazi, a čovek se plaši da otvori vrata. Kafka kao završni deo parabole navodi sledeće:

„Kad svi teže zakonu“, reče čovek, „kako je onda moguće da sve ove godine niko nije tražio ulaz sem mene?“ Vratar uviđa da je čoveku došao kraj i, da bi ga ovaj još čuo sluhom koji već zamire, prodere se na njega: „Ovde niko drugi nije mogao dobiti pristup jer je ovaj ulaz bio određen samo za tebe. A sada idem da ga zatvorim.“

Mnogi životi širom sveta su izgubljeni (i dovedeni u pitanje) usled pandemije izazvane virusom SARS-COV-2.¹ Osim zdravstvene krize, pandemija je u celom svetu izazvala krizu i u brojnim drugim (gotovo svim) sferama života. S jedne strane, ljudi su se osetili zbunjeno, uplašeno za svoje zdravlje i zdravlje svojih najbližih. S druge strane, države su pokušale da odgovore na krizu na najbolji, odnosno najmanje loš način. Neke mere u borbi protiv pandemije su se pokazale kao dobre, a druge kao manje dobre.² Kako se navodi, države su u toku pandemije suočene sa dvostrukim pritiskom – suočavanje sa zdravstvenom krizom, s jedne strane, i nužnost pružanja podrške privredi, s druge (European Commission 2021a, 1; Copenhagen Economics 2020).³

U tom svetlu, treba imati na umu da je pandemija COVID-19 „uzdrmla do srži“ svet rada (International Labour Organization – ILO 2021a). Naime, kandidatima za zaposlenje je otežano (u nekim slučajevima čak i potpuno onemogućeno) da pronađu zaposlenje, zaposleni (i poslodavci) zbunjeni su u pogledu organizacije rada, a brojni zaposleni

¹ Za više o posledicama pandemije u različitim sferama života vid. u Impact of COVID-19 on people's livelihoods, their health and our food systems Joint statement by ILO, FAO, IFAD and WHO.

² U tom smislu, izražen je i stav da i globalno posmatrano ne postoje sveobuhvatne smernice niti doslednost u uvođenju mera koje se odnose na radno okruženje u vanrednim okolnostima izazvanim pandemijom COVID-19. Izveštaj Svetske zdravstvene organizacije i Međunarodne organizacije rada – Preventing and mitigating COVID-19 at work, Policy brief, 2021, 1. Ni Republika Srbija nije izuzetak pa se tako (2020. godine) navodi da od početka pandemije „nije sprovedena nijedna mera zaštite od otkazivanja ugovora o radu ili drugih ugovora o radnom angažovanju, odnosno zaštite postojećeg radnopravnog statusa radnika. Tako se dolazi do situacija kolektivnih otpuštanja radnika, koja su veoma upitna sa stanovišta zakonitosti [...]“ (Reljanović 2020, 5).

³ Kriza uslovljena pandemijom zaustavila je svetsku privredu, a posledično je izazvala i nezabeležen poremećaj u svetu rada (Bradaš, Reljanović, Sekulić 2020, 8–12). Više o tome kako je pandemija uticala na (međunarodnu) trgovinu, a posledično i privredu država učesnica u trgovini vid. u Liu 2021.

su dobili otkaz (i bez opravdanog razloga), te time postali kandidati za zaposlenje koji otežano pronalaze novi posao.⁴

Čak i oni koji su imali dovoljno sreće da njihov posao ne bude doveden u pitanje zbog vanrednih okolnosti izazvanih pandemijom *COVID-19*, našli su se u nezavidnoj situaciji usled specifične organizacije rada, specifičnog načina kontrole obavljanja rada i drugih promena okarakterisanih atributom „vanrednosti“ u sferi radnih odnosa. U tom smislu, rad od kuće kao „redovan“ način rada u izmenjenim okolnostima, nošenje maski i preduzimanje drugih preventivnih mera ukoliko je posao ili deo posla neophodno obaviti u prostorijama poslodavca i sve druge mere i pravila uvedeni su upravo kako bi rizik ugrožavanja zdravlja, odnosno prenošenja virusa *SARS-COV-2* (barem u prostorijama poslodavca) bio sveden na minimum.⁵

S obzirom na sve navedeno, nije iznenađenje to što je dostupnost vakcine(a) otvorila novo poglavlje u organizovanju rada, i širom sveta i u Republici Srbiji. Iako *obavezna imunizacija* zaposlenih (za sada) nije uvedena, to pitanje je podstaklo i nastavlja da podstiče veoma žustru debatu sa brojnim argumentima *pro* i *contra*.

Pažnja će u ovom radu biti posvećena pitanju obavezne imunizacije iz radnopravne perspektive. Drugim rečima, detaljnije će biti analizirano pitanje da li poslodavac ima pravo, to jest *valjan (opravdan) razlog* da zaposlenog koji odbija da se vakciniše sankcioniše otkazom ugovora o radu. Svakako, autorka naglašava da smatra da imunizacija i podsticanje imunizacije imaju ključnu važnost za oporavak u svakom smislu, te da treba apelovati na zaposlene da se imunizuju.

2. UTICAJ PANDEMIJE *COVID-19* NA RADNE ODNOSNE

Mnogi su usled pandemije *COVID-19* izgubili posao, iako nije bilo opravdanog razloga za otkaz ugovora o radu u radnopravnom

⁴ Interesantno je da je, nasuprot opštem „trendu“ gubitka poslova i smanjenja broja časova rada, stopa zaposlenosti porasla u profesijama gde su zaposleni na „prvoj liniji borbe“ protiv pandemije *COVID-19* i u poslovima koji (mogu da) se obavljaju od kuće i zahtevaju malo interakcije među kolegama (European Commission 2021b).

⁵ Štaviše, ne treba zaboraviti ni da je „specifičnost“ režima rada u toku pandemije *COVID-19* neminovno uticala i na stope produktivnosti u negativnom smislu, a posebno je u tom kontekstu porastao jaz između više i manje razvijenih zemalja (ILO 2021a).

smislu (Pak *et al.* 2020). Mnogima su zarada i/ili časovi rada smanjeni. Štaviše, globalni pad stope zaposlenosti, časova rada i zarada neminovno je učinio i one koji su uspjeli da zadrže svoj posao u izvesnoj meri uplašanim (i u ovom kontekstu). Konačno, mnogi (ako ne i svi) radnici širom sveta bili su zbunjeni u pogledu toga šta se očekuje od njih i kako da što savesnije i bolje obavljaju svoj redovni posao u ovako vanrednim okolnostima.

Prema podacima Međunarodne organizacije rada (MOR), milioni radnika širom sveta su izgubili posao usled pandemije, te stoga na svetu ima preko 200 miliona nezaposlenih, što ima dalje reperkusije na stope siromaštva (ILO 2021a). Takođe, procenjuje se da se „gubitak“ u časovima rada 2021. godine javio kod čak 100 miliona radnika koji rade na poslovima sa punim radnim vremenom (ILO 2021b). Smanjenje broja časova rada je u znatno većoj meri pogodilo manje razvijene države, dok su, regionalno posmatrano, najmanje pogođene (bile) Evropa i centralna Azija.

U kontekstu zapošljavanja i stanja privrede uopšte u vreme pandemije *COVID-19*, najmanje razvijene države sveta su naročito teško pogođene krizom usled brojnih faktora koji i inače, u „redovnim okolnostima“, onemogućavaju privredni razvoj, te se očekuje da posledice krize u tim državama budu naročito dugoročne i teške.⁶

Takođe, iako (je) pandemija ima(la) negativan uticaj na celokupnu populaciju globalno posmatrano, naročito su pogođene „osetljivije“ kategorije stanovništva, odnosno radnika (Clemente-Suárez 2021, 6–7). Naime, određene grupe radnika, kao što su žene, mladi, radnici u neformalnoj ekonomiji i turističkoj industriji, naročito su pogođene posledicama krize (ILO 2021a). U tom kontekstu, kriza se posebno negativno odrazila i na zaposlene sa porodičnim dužnostima budući da je (uspešno) usklađivanje profesionalne i porodične sfere u toku trajanja pandemije postalo gotovo potpuno nemoguće (Buonocore Porter 2021). S druge strane, negativnim posledicama pandemije naročito su (bili) izloženi radnici koji obavljaju prekarne rad (Weber, Hurley, Adăscăliței 2021). Dalje reperkusije se odnose na to što su desetine

⁶ Izveštaj MOR-a. ILO, COVID-19 – Tackling the jobs crisis in the Least Developed Countries, 2021, 1. Više o (ekonomskoj) situaciji u najmanje razvijenim državama za vreme pandemije *COVID-19* vid. u Izveštaju Ujedinjenih nacija, „The consequences of Covid-19 on well-being“. https://www.un.org/ldc5/sites/www.un.org/ldc5/files/pdf/stateLDC_2021/10_stateldc_2021_b.pdf.

miliona ljudi širom sveta (usled pandemije) izložene riziku od ekstremnog siromaštva.⁷

U vezi sa pitanjem rodne (ne)ravnopravnosti u vreme pandemije, važno je napomenuti da je rodni jaz u zaposlenju narastao u toku 2020. i 2021. godine.⁸ Negativne posledice pandemije u kontekstu radnih odnosa naročito su vidljive kada je reč o mladim ženama, koje su po više osnova pogođene problemima na tržištu rada i u radnim odnosima u toku pandemije.⁹

Osvrt na celokupan (dosadašnji) period trajanja pandemije COVID-19 u Republici Srbiji podseća nas na to da je u Srbiji 15. marta 2020. godine uvedeno vanredno stanje koje je trajalo sve do 6. maja iste godine. Za vreme trajanja vanrednog stanja, bilo je, eufemistički rečeno, naročito teško organizovati rad. S jedne strane, postavilo se pitanje da li zaposleni u određenim profesijama imaju i kakvu radnu obavezu imaju u toku vanrednog stanja. Organizacija rada je bila izuzetno teška i za one koji nisu na „prvim linijama odbrane“. Naime, i policijski čas od 20, 18 ili 17 časova uveče, to jest posle podne, uz druge razloge, *de facto* je onemogućio rad iz prostorija poslodavca. U takvim okolnostima (vanrednog stanja i uvedenog policijskog časa) postavilo se i pitanje kako zaposleni uopšte mogu da obavljaju posao koji traje osam časova dnevno te kako mogu da obave čak i osnovnu kupovinu, a kamoli druge obaveze ukoliko rade, kako je to uobičajeno „od devet do pet“. Štaviše, u tom kontekstu, mogućnost usklađivanja poslovne i privatne sfere života (p)ostaje gotovo apstraktna ideja.

Nakon što je vanredno stanje ukinuto, pandemija je nastavila da traje i da svakodnevno oduzima brojne živote. Širenje virusa i veliki broj novoobolelih svakodnevno su uticali na to da rad, i nakon prestanka vanrednog stanja, nastavi da se obavlja „vanredno“. Mnogi zaposleni su i po ukidanju vanrednog stanja dobili otkaz, iako za to nije postojao opravdan razlog, dok je potraga kandidata za novim zaposlenjem nastavila da bude izuzetno otežana.

⁷ Impact of COVID-19 on people's livelihoods, their health and our food systems. Joint statement by ILO, FAO, IFAD and WHO.

⁸ Kako se navodi, „žene su podnele najveći teret krize izazvane pandemijom“ (Vasilić, Popović, Pantić 2020). Treba naglasiti i to da je u vreme pandemije porasla stopa nasilja prema ženama (u određenim državama za čak 40%) (UN Women 2021).

⁹ Izveštaj MOR-a. ILO, An uneven and gender-unequal COVID-19 recovery: Update on gender and employment trends 2021, 2021, 1.

Takođe, rad od kuće, to jest van prostorija poslodavca, postao je neminovnost, odnosno ostao je često primenjeno rešenje za organizovanje rada (i) po prestanku vanrednog stanja. Naravno, treba imati na umu da je određene poslove nemoguće obavljati od kuće te su zaposleni na tim poslovima bili ostavljeni samo sa jednim izborom, to jest bez izbora – morali su da se vrate u prostorije poslodavca kako bi zadržali posao. Za one koji su imali, odnosno imaju mogućnost da rade van prostorija poslodavca (od kuće), jedna od velikih poteškoća je usklađivanje profesionalne i porodične sfere, a među izazovima sa kojima se zaposleni suočavaju jeste i činjenica da materijali neophodni za rad nisu dostupni u elektronskoj formi, da je komunikacija otežana kada se odvija (samo) elektronskim putem i drugo. Ne treba zaboraviti ni to da je nemoguće govoriti o integrisanosti kao indiciji postojanja radnog odnosa ukoliko zaposleni rade van prostorija poslodavca.

Svi nabrojani izazovi, uz brojne druge prepreke, značajno su otežali položaj svih zaposlenih i kandidata za zaposlenje. Sigurno je da period pandemije oduzima svaku vrstu sigurnosti u bilo kojoj sferi života, a da će „ožiljci“ koji su nastali i u oblasti zaposlenja i radnih odnosa ostati duboko urezani u predstojećim godinama (ILO 2021a).¹⁰

3. OBAVEZNA IMUNIZACIJA (I RADNI ODNOSI) – ANALIZA SUPROTSTAVLJENIH STAVOVA

Dok je dostupnost vakcine(a), odnosno mogućnost da se vakcinišu za mnoge označila na prvom mestu smanjenje zdravstvenog rizika, te u skladu sa tim i nestanak (ili bar manju „količinu“) straha od toga da se i sami zaraze, ali i da zaraze svoje bližnje virusom SARS-COV-2, drugi tu vest nisu dočekali kao (nužno) pozitivnu.¹¹

Naime, dok jedni smatraju da je imunizacija način da se celo čovečanstvo oslobodi „okova“ pandemije koja traje već duže od godinu dana i koja je odnela milione života, drugi preispituju i sumnjaju u efekte vakcine. Stoga ne iznenađuje to što pitanje pozitivnih i (po-

¹⁰ Naime, kako se navodi: „Istorija sugerise da velike recesije često ostavljaju dugovečne ožiljke, posebno kada je reč o produktivnosti“ (Philip Barret *et al.* 2021, 2).

¹¹ Naime, treba imati na umu da „uspešan razvoj velikog broja vakcina protiv COVID-19 u veoma kratkom periodu predstavlja jedan od najvećih uspeha medicine i nauke u istoriji, te da će masovna vakcinacija na globalnom nivou nesumnjivo biti presudna za kontrolu širenja virusa SARS-CoV-2“ (Marković 2021, 21).

tencijalno) negativnih efekata vakcine podstiče brojne diskusije, pa čak i žustre rasprave.

U tom kontekstu, rasprava o *obaveznoj* imunizaciji često višestruko umnožava sukobljenost stavova i oštrinu sa kojom pobornici jednog ili drugog stava predstavljaju svoje argumente. Iako je argumentacija veoma složena, ukratko bi se moglo reći da pobornici obavezne imunizacije zastupaju stav da je to jedini način da se zaustavi pandemija. Naime, načelni stav o promovisanju obavezne imunizacije upravo ima srž u shvatanju da ne postoji drugi način da se pandemija zaustavi i da se u međuvremenu gube dragoceno vreme i ljudski životi. S druge strane, protivnici obaveznosti imunizacije smatraju da bi aspekt obaveznosti podrazumevao narušavanje osnovnih ljudskih prava bez pravnog osnova, te da bi se time neopravdano zadiralo u privatnost i fizički integritet.

Zbog toga treba neizostavno spomenuti da je Evropski sud za ljudska prava (ESLJP) nedavno odlučivao o pitanju obavezne imunizacije (doduše ne o imunizaciji protiv *COVID-19*) u slučaju *Vavříčka and Others v. the Czech Republic*.¹² Naime, taj slučaj se ticao pitanja obavezne imunizacije dece od određenih (devet) zaraznih bolesti te onemogućavanja dece da idu u obdanište ukoliko nisu vakcinisana i kažnjavanja roditelja koji odbijaju da vakcinišu decu protiv tih devet zaraznih bolesti u Češkoj. ESLJP se bavio time da li je povređen član 8 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (EKLJP) koji se odnosi na zaštitu privatnog života. Iako je ESLJP našao da obavezna imunizacija u datom slučaju ograničava prava iz člana 8 EKLJP, Sud je ipak odlučio da ovaj član nije povređen jer je u pitanju mera koja je „neophodna u demokratskom društvu“.¹³ Štaviše, ESLJP se pozvao na pitanje društvene solidarnosti u datom slučaju navođenjem da je upravo obavezna imunizacija u tom slučaju odraz društvene solidarnosti.

Ipak, čini se da ni ta odluka ESLJP nije (mnogo) uticala na brojne diskusije i sukobljenost stavova o obaveznoj imunizaciji, te ova tema do danas ostaje veoma aktuelna i globalno i u Republici Srbiji.

Pitanje (obavezne) imunizacije se neminovno postavlja i u sferi zaposlenja i radnih odnosa, doduše iz malo drugačije perspektive.¹⁴

¹² Case of *Vavříčka and Others v. the Czech Republic* (Applications nos. 47621/13 and 5 others).

¹³ Osim toga, Sud je odlučio i da nije došlo do povrede člana 9 EKLJP koji se odnosi na slobodu misli, savesti i veroispovesti.

¹⁴ Iako su vakcine sada dostupne, pitanje oporavka privrede i dalje ostaje otvoreno (Jones 2021).

Analiza pitanja obavezne imunizacije, odnosno sankcionisanja onih radnika koji odbiju da se imunizuju, pretpostavlja analizu obima poslodavčevih ovlašćenja – „s pronalaskom vakcina protiv virusa koji izaziva zaraznu bolest *COVID-19* i njihovom dostupnošću otvorilo se novo delikatno pravno pitanje: da li nastojanje da se intenzivira imunizacija može biti legitiman cilj za ograničavanje pristupa zaposlenju radnika koji nisu vakcinisani protiv ove bolesti, posebno što bi propisivanje odgovarajuće smetnje za zasnivanje radnog odnosa predstavljalo tako ozbiljan ekonomski pritisak na radnike da se vakcinišu da bi moglo da dovede u pitanje njihovu autonomiju da odluče o vakcinaciji“ (Kovačević 2021, 616).

Stavovi ne samo pojedinaca i grupa ljudi već i država o obaveznoj imunizaciji (radnika) veoma se razlikuju.

Posebno je interesantno i to da su određene kompanije uvele obaveznu imunizaciju svojih zaposlenih u toku pandemije – npr. avio-kompanija *Amtrak* je od svojih zaposlenih zahtevala da se vakcinišu do 1. novembra 2021. godine ili da se svake nedelje testiraju na *COVID-19*. S druge strane, kompanija *BlackRock* koja se bavi investicionim menadžmentom je, počevši od 1. jula 2021. godine, odlučila da samo vakcinisani zaposleni mogu da se vrate u prostorije poslodavca, a donekle sličnu politiku je imala i kompanija *Cisco*, koja se bavi informacionom tehnologijom (Messenger 2021).

4. RADNI ODNOSI I DOSTUPNOST VAKCINE(A) U REPUBLICI SRBIJI – NOVO POGHLAVLJE ISPUNJENO (DODATNIM) NEDOUOMICAMA

Pandemija je uticala na živote svakog građanina Republike Srbije. Uticala je i na to kako se svakodnevno organizuje život – brojne mere su u izvesnoj meri, manje ili više, ograničile slobode građana. Kada je reč o aspektu „svakog od nas“, svako se susreo sa brojnim izazovima u organizaciji svakodnevnog života, od straha da se ne zarazi i da ne zarazi svoje bližnje, pa do straha da ne izgubi posao (i bez opravdanog razloga).

Opšti strah i zbunjenost u Srbiji (koja u tom smislu nije izuzetak u odnosu na druge države sveta) trajali su mesecima. Stoga su mnogi dočekali dostupnost vakcina kao radosnu vest koja će im omogućiti da iziđu iz stanja stalnog straha i brige. Drugi su pak dostupnost vakcina

dočekali sa malo manje entuzijazma. Bilo kako bilo, vakcine su već duže vreme dostupne i do sada je vakcinisan veliki broj stanovnika Srbije. Pitanje obavezne imunizacije je više puta razmatrano, ali obavezna imunizacija (za sada) za sve radnike nije uvedena.¹⁵

Ipak, postavilo se pitanje da li poslodavac može da sankcioniše zaposlenog koji odbija da se vakciniše otkazom ugovora o radu. Analiza ovog pitanja i odgovora na to pitanje podrazumeva analizu otkaznih razloga koje poznaje radno zakonodavstvo i alternativnih rešenja organizacije rada i preventivnih mera na radu. Međutim, mora biti uzeto u obzir i to da postoje delatnosti u kojima je rizik povećan (kao što je na prvom mestu zdravstvena delatnost) te manifestacija uvećanog stepena rizika na radne odnose u tim delatnostima zahteva zasebnu analizu i rizika koji postoje i posebnih zakona kojima se regulišu određene delatnosti.

Pre analize otkaznih razloga koje poznaje radno zakonodavstvo, neophodno je osvrnuti se na svojevrsno „prethodno pitanje“ – da li poslodavac uopšte ima osnov da zahteva od zaposlenih informaciju o tome da li su se vakcinisali i da li planiraju da se vakcinišu? Naime, da bismo dobili precizniji odgovor, trebalo bi konsultovati Zakon o zaštiti podataka o ličnosti (ZZPL).¹⁶ Osnovna ideja obrade podataka o radnom odnosu zasnovana je na principu da poslodavac načelno ima pravo *samo* na obradu podataka koji su u vezi sa poslom, odnosno radnim mestom zaposlenog (Reljanović 2020, 67). Ipak, treba imati u vidu da „Zakon o zaštiti podataka o ličnosti međutim ne sadrži eksplicitne odredbe koje se odnose na poslodavca i zaposlenog, odnosno prikupljanje podataka o ličnosti zaposlenog u oblasti rada“ (Reljanović 2020, 61).

Tim zakonom je načelno isključena mogućnost obrade podataka o zdravstvenom stanju fizičkog lica, s tim što su predviđeni *numerus*

¹⁵ U Srbiji je bila uvedena obavezna imunizacija za pripadnike vojske i policije, ali ne i drugih profesija (Radio Slobodna Evropa 2021). Ipak, mora biti uzeto u obzir i to da su određeni poslodavci u Srbiji (već) takođe zahtevali obaveznu imunizaciju kao uslov obavljanja posla (ili ostvarivanja prava iz radnog odnosa kao što je pravo na zaradu). Za više o protivljenju pravljenja razlike u tretmanu vakcinisanih i nevakcinisanih radnika vid. U RTS, „Smeju li poslodavci da prave spiskove (ne)vakcinisanih radnika ili da imunizaciju uslove otkazom“. <https://www.rts.rs/page/stories/sr/%D0%9A%D0%BE%D1%80%D0%BE%D0%BD%D0%B0%D0%B2%D0%B8%D1%80%D1%83%D1%81/story/3148/zivot-u-vreme-pandemije/4333124/poslodavci-radnici-imunizacija-spiskovi.html>; Bukvić, „Firme počele da nagrađuju radnike koji se vakcinišu“. <https://www.danas.rs/vesti/ekonomija/firme-pocеле-da-nagradjuju-radnike-koji-se-vakcinisu/>.

¹⁶ Zakon o zaštiti podataka o ličnosti, *Službeni glasnik RS* 87/2018.

clausus nabrojani izuzeci u odnosu na to pravilo.¹⁷ Drugim rečima, obrada podataka o zdravstvenom stanju dozvoljena je samo u restriktivnim slučajevima koji su predviđeni tim zakonom.

Prvenstveno, jedan od predviđenih izuzetaka je obrada uz *izričit pristanak* lica na koje se podaci odnose¹⁸ – iako se taj izuzetak načelno čini primenjivim na pitanje imunizacije, uočljivo je da je rizik od zloupotrebe u toj situaciji veoma veliki ukoliko se uzme u obzir faktička nejednakost strana u radnom odnosu. Drugim rečima, „saglasnost zaposlenog za obradu podataka o ličnosti u radnopravnom odnosu retko može predstavljati valjan pravni osnov za obradu ličnih podataka“ (Reljanović 2020, 68). Takođe, još jedan od izuzetaka koji treba uzeti u obzir u kontekstu pomenutog pitanja odnosi se na to da se podaci mogu obrađivati i u svrhu preventivne medicine.¹⁹

Ipak, čini se da najveću nedoumicu stvaraju izuzeci koji se odnose na mogućnost obrade podataka o zdravstvenom stanju u javnom interesu i u interesu javnog zdravlja. Kada je reč o javnom interesu, uslovi su i da je „takva obrada srazmerna ostvarivanju cilja, uz poštovanje suštine prava na zaštitu podataka o ličnosti i ako je obezbeđena primena odgovarajućih i posebnih mera zaštite osnovnih prava i interesa lica na koje se ovi podaci odnose“.²⁰ Kada je pak reč o javnom interesu u pogledu javnog zdravlja, u ZZPL se navodi da je „obrada neophodna u cilju ostvarivanja javnog interesa u oblasti javnog zdravlja, kao što je zaštita od ozbiljnih prekograničnih pretnji zdravlju stanovništva ili obezbeđivanje visokih standarda kvaliteta i sigurnosti zdravstvene zaštite i lekova ili medicinskih sredstava, na osnovu zakona koji obezbeđuje odgovarajuće i posebne mere zaštite prava i sloboda lica na koje se podaci odnose, posebno u pogledu čuvanja profesionalne tajne“.²¹

Konačno, kao jedan od izuzetaka od zabrane obrade takvih podataka navodi se i da je „obrada neophodna u cilju izvršenja obaveza ili primene zakonom propisanih ovlašćenja rukovaoca ili lica na koje se

¹⁷ Član 17 ZZPL. U tom kontekstu treba imati na umu da je poverenik za informacije od javnog značaja i zaštitu podataka o ličnosti upozorio medije da ne objavljuju podatke o ličnosti obolelih od SARS-COV-2. Više o tome vid. na <https://www.poverenik.rs/sr-yu/covid-19-i-za%C5%A1titi-podataka-o-li%C4%8Dnosti.html>.

¹⁸ Član 17, stav 2, tačka 1 ZZPL.

¹⁹ Član 17, stav 2, tačka 8 ZZPL.

²⁰ Član 17, stav 2, tačka 7 ZZPL.

²¹ Član 17, stav 2, tačka 9 ZZPL.

podaci odnose u oblasti rada, socijalnog osiguranja i socijalne zaštite, ako je takva obrada propisana zakonom ili kolektivnim ugovorom koji propisuje primenu odgovarajućih mera zaštite osnovnih prava, sloboda i interesa lica na koje se podaci odnose“.²²

Važno je napomenuti i da Zakon o radu posvećuje nekoliko članova tom pitanju. Naime, u Zakonu o radu se navodi: „Lični podaci koji se odnose na zaposlenog ne mogu da budu dostupni trećem licu, osim u slučajevima i pod uslovima utvrđenim zakonom ili ako je to potrebno radi dokazivanja prava i obaveza iz radnog odnosa ili u vezi sa radom.“²³ Osim toga, ove podatke može da prikuplja samo lice koje je ovlastio direktor, dok zaposleni ima pravo uvida i zahtevanja *da se obrišu podaci koji nisu od neposrednog značaja za obavljanje posla*.²⁴

Dakle, ostaje nedoumica da li bi poslodavci uopšte mogli da zahtevaju informaciju o imunizaciji od zaposlenih. Jedino se sa sigurnošću može zaključiti da analiza tog pitanja, odnosno izuzetaka od opšteg pravila zabrane ovakve vrste podataka, osim radnopravne, podrazumeva perspektive drugih grana prava, a potom donošenje suda o (ne)primeni ovih izuzetaka uz detaljnu analizu delikatnosti problema.

Ipak, važno je imati na umu da pitanje opravdanosti otkaza ugovora o radu usled odbijanja zaposlenog da se vakciniše postaje bespredmetno ukoliko poslodavac uopšte nema pravo da od zaposlenog traži informaciju o tome da li se vakcinisao ili nije.

Sve i ukoliko bi se prihvatio stav da se u slučaju koji se tiče informacija o imunizaciji zaposlenih primenjuje jedan od izuzetaka od opšteg pravila iz ZZPL, ostaje od ključne važnosti to da poslodavci moraju biti naročito oprezni i pažljivi ukoliko zahtevaju takve informacije od zaposlenih.

4.1. Otkaz od strane poslodavca u radnom zakonodavstvu

Kada je reč o mogućnosti davanja otkaza zaposlenom usled odbijanja zaposlenog da se vakciniše, važno je napomenuti da MOR ne daje izričit odgovor na pitanje da li imunizacija zaposlenih treba da bude obavezna, odnosno prepušta odgovor nacionalnom zakonodavstvu (ILO 2021c, 29). U tom kontekstu, posebna pažnja će biti posve-

²² Član 17, stav 2, tačka 2 ZZPL.

²³ Član 83, stav 2 Zakona o radu.

²⁴ Član 83, st. 1 i 3 Zakona o radu.

ćena analizi rešenja iz Konvencije MOR-a broj 158²⁵, koju je Republika Srbija ratifikovala, i rešenja koja su usvojena u Zakonu o radu.²⁶

Pre analize normativnih rešenja, trebalo bi napomenuti da je upravo mogućnost poslodavca da inicira kraj radnog odnosa sastavni deo upravljačkih ovlašćenja koja pripadaju poslodavcu, ali i deo slobode preduzetništva. Izvesna protivteža tom poslodavčevom ovlašćenju jeste upravo zaštita zaposlenih od neopravdanog otkaza (Kovačević 2016, 142–143). Naime, „premda bi poslodavci priželjkivali neograničenu slobodu otpuštanja, ona nije moguća, baš kao što ne bi bila moguća ni apsolutna zabrana otpuštanja zaposlenih, koja bi predstavljala povredu slobode ugovaranja i slobode preduzetništva“ (Kovačević 2016, 144). Ne treba zaboraviti ni da je otkaz ugovora o radu *ultima ratio* sankcija prema zaposlenom te da pitanje izricanja otkaza kao takve mere zahteva i ocenu srazmernosti i opravdanosti u svakom pojedinačnom slučaju.

4.1.1 Standardi Međunarodne organizacije rada u pogledu otkaza ugovora o radu na inicijativu poslodavca

Republika Srbija je ratifikovala Konvenciju MOR-a broj 158 koja se bavi pitanjem prestanka radnog odnosa na inicijativu poslodavca, što je čini obavezujućom.

Naime, Konvencijom je propisano da poslodavac ne može da dà otkaz zaposlenom, osim ukoliko za to postoji *valjan razlog* koji se odnosi na sposobnost ili ponašanje zaposlenog, kao i operativne potrebe poslodavca.²⁷ Štaviše, u Konvenciji se izričito navodi šta se nikako ne može smatrati valjanim razlogom, a među tim razlozima su svojstvo radničkog predstavnika, članstvo u sindikatu, izostanak sa rada usled porodijskog odsustva i lična svojstva – rasa, boja, pol, porodične dužnosti, bračno stanje, trudnoća, političko mišljenje, nacionalna pripadnost i socijalno poreklo i pokretanje ili učešće u postupku protiv poslodavca.²⁸ U Konvenciji se naglašava i to da radniku neće prestati radni odnos usled razloga koji se tiču samog rada ili ponašanja ukoliko mu/joj se prethodno ne obezbedi mogućnost da se brani od iznetih

²⁵ Konvencija broj 158 o prestanku zaposlenja na inicijativu poslodavca, *Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori* 4/84.

²⁶ Zakon o radu, *Službeni glasnik RS* 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017 – odluka US, 113/2017 i 95/2018 – autentično tumačenje.

²⁷ Član 4 Konvencije MOR-a broj 158.

²⁸ Član 5 Konvencija MOR-a broj 158.

navoda.²⁹ U tom kontekstu, u Konvenciji se jasno navodi da je teret dokazivanja da postoji valjan osnov za prestanak radnog odnosa *na poslodavcu*.³⁰ Takođe, garantuju se i pravo na odbranu i pomoć drugog lica prilikom odbrane od navoda poslodavca, ali i pravo na obraćanje nepristrasnom telu.

Osim Konvencije MOR-a broj 158, pitanju prestanka radnog odnosa posvećena je i Preporuka MOR-a broj 166³¹, u kojoj se takođe naglašava važnost mehanizama pružanja zaštite radniku kojem je prestao radni odnos *bez valjanog osnova*. U slučaju kada poslodavac uvodi velike promene u funkcionisanju preduzeća koje bi verovatno za posledicu imale prestanak radnog odnosa za veći broj radnika, poslodavac, u skladu sa Preporukom, treba da se konsultuje sa radničkim predstavnicima te da teži tome da što veći broj radnika zadrži posao.³²

S obzirom na to, čini se da standardi MOR-a u vezi sa prestankom radnog odnosa na inicijativu poslodavca ne ostavljaju prostor koji bi omogućio karakterisanje odbijanja imunizacije kao *valjanog* razloga za otkaz ugovora o radu.

4.1.2. Otkaz ugovora od poslodavca u Zakona o radu

Zakonom o radu regulisano je pitanje otkaza ugovora o radu od poslodavca i to, načelno, na osnovu razloga koji se odnose na sposobnost i ponašanje zaposlenog, radnu obavezu zaposlenog, kao i potrebe poslodavca.³³

Kada je reč o načinu na koji su *opravdani* otkazni razlozi za otkaz ugovora o radu nabrojani, u Zakonu o radu postoji „mešavina“ *numerus clausus* razloga i ostavljanja mogućnosti da se uključe i drugi razlozi za otkaz ugovora o radu, odnosno iscrpna lista, ali sa mogućnošću navođenja i drugih razloga kada je reč o povredama radne obaveze i nepoštovanju radne discipline.³⁴ Naime, u Zakonu se, s jedne strane, metodama *numerus clausus* uređuju otkazni razlozi koji se odno-

²⁹ Član 7 Konvencije MOR-a broj 158.

³⁰ Član 9, stav 2 Konvencije MOR-a broj 158.

³¹ R166 – Termination of Employment Recommendation, 1982 (No. 166).

³² Paragraf 19 Preporuke MOR-a broj 166.

³³ Član 179 Zakona o radu. Interesantno je da se u Konvenciji MOR-a broj 158 navodi šta se smatra *valjanim* otkaznim razlogom (za otkaz koji daje poslodavac), dok se u Zakonu o radu koristi termin *opravdan* otkazni razlog.

³⁴ U Zakonu o radu se takođe jasno naglašava u kojim slučajevima postoji *posebna* zaštita od otkaza ugovora o radu.

se na radnu sposobnost zaposlenog i opravdani razlozi koji se odnosi na potrebe poslodavca. S druge strane, u davanju otkaza zaposlenom koji svojom krivicom učini povredu radne obaveze zakonodavac koristi svojevrsnu kombinaciju iscrpne liste opravdanih otkaznih razloga, ali i ostavlja mogućnost karakterisanja drugih razloga kao opravdanih time što, osim navođenja konkretnih razloga za otkaz, propisuje i to da poslodavac može da otkáže ugovor o radu ako zaposleni učini „drugu povredu radne obaveze utvrđenu opštim aktom, odnosno ugovorom o radu“.³⁵ Kada je reč o kršenju radne discipline, uz jasno navedene razloge se navodi i mogućnost da poslodavac da otkaz zaposlenom „ako ne poštuje radnu disciplinu propisanu aktom poslodavca, odnosno ako je njegovo ponašanje takvo da ne može da nastavi rad kod poslodavca“.³⁶

Štaviše, interesantno je i to što Zakon o radu poznaje donošenje programa rešavanja viška zaposlenih samo u slučaju tehnoloških, ekonomskih ili organizacionih promena, te i u tom slučaju propisuje maksimalan broj zaposlenih kojima je moguće dati otkaz i proceduru koja nužno prethodi otpuštanju viška zaposlenih.³⁷

Ne treba zaboraviti ni to da su u Zakonu o radu jasno propisane i posledice nezakonitog prestanka radnog odnosa koje se odnose na vraćanje na rad i/ili naknadu štete.³⁸

Na osnovu analize zakonskih odredaba Zakona o radu može se zaključiti da iscrpna lista razloga za otkaz ugovora o radu od strane poslodavca koji se navode u Zakonu o radu ne prepoznaje mogućnost davanja otkaza ugovora o radu zaposlenom koji bi odbio da se vakciniše. S druge strane, mogućnost uključivanja dodatnih razloga za otkaz ugovora o radu primarno se odnosi na slučajeve povrede radne obaveze i nepoštovanja radne discipline, te se postavlja pitanje koliko bi opravdano, odnosno diskriminatorno bilo da poslodavac u okviru ove grupe razloga opštim aktom, odnosno ugovorom o radu odredi odbijanje zaposlenog da se vakciniše kao opravdan otkazni razlog. Ipak, kada je reč o otkazu u delatnostima koje su regulisane i posebnim zakonima, analiza posebnih zakona u određenim delatnostima potencijalno može biti osnov za dovođenje pitanja imunizacije u vezu sa disciplinskom odgovornošću zaposlenog. Naravno, bilo koja analiza te vrste zahteva

³⁵ Član 179 Zakona o radu.

³⁶ Član 179, stav 1, tačka 8 Zakona o radu.

³⁷ Članovi 153–160 Zakona o radu.

³⁸ Član 191 Zakona o radu.

uzimanje u obzir delikatnosti pitanja, te veliki rizik po zaštitu radnih prava zaposlenih.

Sa sigurnošću se može zaključiti da Zakon o radu među izričito navedenim otkaznim razlozima ne navodi osnov koji bi opravdao davanje otkaza zaposlenom usled toga što zaposleni odbije da se vakciniše.

Trebalo bi napomenuti da, ukoliko bi obavezna imunizacija, odnosno odbijanje zaposlenog da se imunizuje i bilo navedeno kao otkazni razlog za otkaz od strane poslodavca, bilo bi neophodno posvetiti naročitu pažnju zabrani zloupotrebe tog otkaznog razloga u praksi.

4.2. Zaštita bezbednosti i zdravlja na radu i koncept obavezne imunizacije

Pitanje (obavezne) imunizacije je (i) sastavni deo pitanja šta podrazumeva zaštita zdravlja i bezbednosti na radu.

Na prvom mestu bi se trebalo osvrnuti na to da je Svetska zdravstvena organizacija (SZO) prepoznala brojne izazove u organizovanju posla u toku pandemije, ali i da je dala preporuke za organizaciju rada u takvim okolnostima, upravo radi zaštite (u meri u kojoj je to moguće) zdravlja i bezbednosti na radu. U tom smislu, SZO ističe važnost rada van prostorija poslodavca u vreme pandemije, odnosno maksimalnog broja zaposlenih u prostorijama poslodavca ukoliko rad nije moguće u potpunosti obavljati na daljinu, kao i važnost preduzimanja preventivnih mera u prostorijama poslodavca. SZO naglašava da je „prerani“ i nedovoljno organizovan povratak u prostorije poslodavca veoma rizičan, te poslodavcima preporučuje da posvete naročitu pažnju pitanju „povratka u kancelariju“.³⁹

4.2.1. Standardi Međunarodne organizacije rada u pogledu zdravlja i bezbednosti na radu

Pre analize (posledica) pandemija COVID-19 u kontekstu zaštite zdravlja i bezbednosti na radu, trebalo bi se osvrnuti na važnost koja je u samom Ustavu MOR-a data pitanju zdravlja i bezbednosti. Naime, u Ustavu MOR-a se naglašava važnost, odnosno nužnost zaštite radnika

³⁹ Izveštaj Svetske zdravstvene organizacije i Međunarodne organizacije rada – Preventing and mitigating COVID-19 at work, Policy brief, 2021, 4–5. Detaljnije smernice SZO za organizovanje rada u toku pandemije vid. u WHO 2020, Coronavirus disease (COVID-19): Health and safety in the workplace.

od povreda na radu i profesionalnih bolesti.⁴⁰ Ipak, stvarnost je često „prkosila“ tom principu i pre početka pandemije *COVID-19*. Tako podaci MOR-a iz 2018. godine ukazuju na to da je smrt preko dva miliona ljudi svake godine povezana sa njihovom poslom (ILO 2018).

Standardi MOR-a u pogledu zaštite zdravlja i bezbednosti na radu uspostavljeni su Konvencijom MOR-a broj 187⁴¹, Konvencijom MOR-a broj 155⁴² i Konvencijom MOR-a broj 161.⁴³ Srbija je ratifikovala sve tri konvencije.

U Konvenciji MOR-a broj 187 navodi se da je svaka država koja je ratifikuje obavezna da kontinuirano posvećuje pažnju unapređenju pravnog okvira za zaštitu zdravlja i bezbednosti na radu, odnosno da stalno preduzima korake za postizanje većeg stepena zaštite kroz nacionalni sistem, politike i programe.⁴⁴ U Konvenciji se precizira da nacionalni sistem zaštite zdravlja i bezbednosti uključuje, ali nije ograničen na zakone, nadležna tela, mehanizme koji garantuju primenu pravila o zaštiti zdravlja i bezbednosti, kao i pregovore (i dogovore) poslodavaca i zaposlenih.⁴⁵

U Konvenciji MOR-a broj 155 takođe se naglašava da je važno da se kreira i sprovodi jedinstvena nacionalna politika, ali i da se ista periodično revidira, uz konsultacije sa reprezentativnim organizacijama poslodavaca i zaposlenih.⁴⁶ Štaviše, u jednom od narednih članova Konvencije navodi se da treba uočavati probleme u praksi, te u tom kontekstu revidirati nacionalnu politiku zaštite i zdravlja na radu.⁴⁷ U tom svetlu, upravo bi pandemija (*COVID-19*) mogla biti potencijalni razlog za revidiranje nacionalnog okvira posvećenog zaštiti zdravlja i bezbednosti na radu. Treba napomenuti i da se u Konvenciji naglašava važnost odgovarajućeg sistema inspekcije kojim se garantuje sprovođenje pravnog okvira i sistema sankcija za kršenje zakona i drugih propisa.

⁴⁰ Ustav MOR-a, preambula.

⁴¹ Konvencija broj 187 o promotivnom okviru bezbednosti i zdravlja na radu, *Službeni glasnik RS* 42/09.

⁴² Konvencija broj 155 o zaštiti na radu, zdravstvenoj zaštiti i radnoj sredini, *Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori* 7/87.

⁴³ Konvencija broj 161 o službama medicine rada, *Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori* 14/89.

⁴⁴ Član 2 Konvencije MOR-a broj 187.

⁴⁵ Član 4 Konvencije MOR-a broj 187.

⁴⁶ Član 4 Konvencije MOR-a broj 155.

⁴⁷ Član 7 Konvencije MOR-a broj 155.

Konačno, treba napomenuti i to da se u Konvenciji MOR-a broj 161, koja je posvećena službama medicine rada, navodi da su države koje ratifikuju tu konvenciju obavezne da razvijaju, ali i povremeno preispituju nacionalnu politiku u vezi sa službama medicine rada. Interesantno je i to što je tom pitanju posvećena i Preporuka MOR-a broj 171⁴⁸, u kojoj se navodi da služba medicine rada može, ukoliko bi tako nešto bilo moguće i adekvatno, sprovoditi imunizaciju zaposlenih na radu.⁴⁹

Naposletku, važno je naglasiti da se među standardima MOR-a koji se tiču zaštite zdravlja i bezbednosti na radu ne prepoznaje mogućnost da zaposleni budu sankcionisani otkazom iz razloga koji bi obuhvatali odbijanje vakcinacije protiv COVID-19.

4.2.2. Zaštita zdravlja i bezbednosti na radu u Zakonu o radu i Zakonu o bezbednosti i zdravlju na radu

Pitanje zdravlja i bezbednosti na radu je regulisano kroz nekoliko članova Zakona o radu. Tako je propisano da je „zaposleni dužan da poštuje propise o bezbednosti i zaštiti života i zdravlja na radu kako ne bi ugrozio svoju bezbednost i zdravlje, kao i bezbednost i zdravlje zaposlenih i drugih lica“⁵⁰, ali i da je dužan da „da obavesti poslodavca o svakoj vrsti potencijalne opasnosti koja bi mogla da utiče na bezbednost i zdravlje na radu“.⁵¹ Analiza stava koji se odnosi na obaveštavanje poslodavca o rizicima, u kontekstu pandemije COVID-19, znači da bi zaposleni bio u obavezi da obavesti poslodavca ukoliko ima određene simptome za koje smatra da ukazuju na COVID-19 ili ukoliko je bio u kontaktu sa zaraženom osobom. Deo koji se odnosi na poštovanje propisa o zdravlju i bezbednosti pak ostavlja nedoumice u pogledu toga da li time što odbija da se vakciniše zaposleni dovodi u pitanje zdravlje i bezbednost drugih, te ne poštuje propise o zdravlju i bezbednosti. Ipak, u Zakonu o radu nigde se ne propisuje mogućnost davanja otkaza zaposlenom usled kršenja zdravlja i bezbednosti na radu, a u kontekstu koji bi obuhvatao i odbijanje zaposlenog da se imunizuje. Svakako, kada je reč o „propisima o bezbednosti i zaštiti života i zdravlja na radu“, trebalo bi konsultovati i Zakon o bezbednosti i zdravlju na radu.⁵²

⁴⁸ R171 – Occupational Health Services Recommendation, 1985 (No. 171).

⁴⁹ Paragraf 24 Preporuke MOR-a broj 171.

⁵⁰ Član 80, stav 2 Zakona o radu.

⁵¹ Član 80, stav 3 Zakona o radu.

⁵² Zakon o bezbednosti i zdravlju na radu, *Službeni glasnik RS* 101/2005, 91/2015 i 113/2017 – dr. zakon.

Važno je naglasiti da je Zakonom o bezbednosti i zdravlju na radu propisano i da svi zaposleni imaju pravo na bezbednost i zdravlje na radu, dok je poslodavac „dužan da obezbedi zaposlenom rad na radnom mestu i u radnoj okolini u kojima su sprovedene mere bezbednosti i zdravlja na radu“.⁵³

Štaviše, „poslodavac je dužan da, prilikom organizovanja rada i radnog procesa, obezbedi preventivne mere radi zaštite života i zdravlja zaposlenih kao i da za njihovu primenu obezbedi potrebna finansijska sredstva“.⁵⁴ Štaviše, u tom smislu treba imati u vidu to da je Vrhovni kasacioni sud svojom praksom potvrdio da „poslodavac ne može da otkáže ugovor o radu zaposlenom zbog povrede radne obaveze ako zaposleni odbije da radi na poslovima koji narušavaju njegovo zdravlje“.⁵⁵

Kao neke od preventivnih mera koje se navode u Zakonu o bezbednosti i zdravlju na radu treba navesti i „izbegavanje rizika“, ali i „procenu rizika koji se ne mogu izbeći na radnom mestu“.⁵⁶ Kako je u vreme pandemije preventivna mera izbegavanja rizika u suviše velikoj koliziji sa realnošću, čini se da samo organizovanje rada iz prostorija poslodavca (bilo da je to zaista nužnost ili prvenstveno odluka poslodavca) neminovno podrazumeva preuzimanje određenog stepena rizika. Ipak, preventivne mere za sprečavanje širenja virusa, kao što su nošenje maski, korišćenje dezinfekcionih sredstava, održavanje distance i drugo, svakako treba da budu uvedene, poštovane i podsticane.⁵⁷

Može se zaključiti da ni u Zakonu o radu ni u Zakonu o bezbednosti i zdravlju na radu nije predviđena mogućnost sankcionisanja zaposlenog otkazom ugovora o radu na osnovu toga što zaposleni odbija da se imunizuje te time (potencijalno) dovodi u pitanje zdravlje i bezbednost na radu.

⁵³ Član 9, stav 1 Zakona o bezbednosti i zdravlju na radu.

⁵⁴ Član 11, stav 1 Zakona o bezbednosti i zdravlju na radu.

⁵⁵ Sentenca iz rešenja Vrhovnog kasacionog suda Rev2 304/2017 od 22. 3. 2017. godine, utvrđena na sednici Građanskog odeljenja od 24. 4. 2018. godine.

⁵⁶ Član 12 Zakona o bezbednosti i zdravlju na radu.

⁵⁷ Naročito je interesantno, doduše ne u kontekstu imunizacije već primarno u kontekstu testova koji se plaćaju kao što su antigenski testovi u privatnim laboratorijama, da u skladu sa članom 10 Zakona o bezbednosti i zdravlju na radu poslodavac ima obavezu „da obezbedi da sprovođenje mera bezbednosti i zdravlja na radu ne prouzrokuje finansijske obaveze za zaposlenog i predstavnika zaposlenih i ne utiče na njihov materijalni i socijalni položaj stečen na radu i u vezi sa radom“.

5. RAD VAN PROSTORIJA POSLODAVCA – ANALIZA PREDNOSTI I MANA

Rad van prostorija poslodavca, te i sve prednosti, ali i mane takvog rada postali su svakodnevica za milione ljudi širom sveta u vreme pandemije COVID-19. U tom smislu, treba imati na umu da postoje profesije u kojima rad van prostorija poslodavca ni pod kojim uslovima nije moguć pa zaposleni u tim profesijama nisu imali drugog izbora nego da rade u prostorijama poslodavca sve vreme trajanja pandemije. Ipak, u brojnim profesijama postoji i mogućnost rada van prostorija poslodavca, odnosno od kuće, a čak i u profesijama u kojima je to na prvi pogled gotovo nemoguće poslodavci i zaposleni su pronalazili načine da prevaziđu prepreke i što uspešnije organizuju rad na taj način.

U Srbiji, u toku trajanja vanrednog stanja, odnosno za vreme svakodnevnih (pa i višednevnih) policijskih časova, rad od kuće je bio gotovo jedino rešenje za brojne zaposlene. Kada je vanredno stanje ukinuto, poslodavci su na različite načine organizovali rad. Više od godinu dana kasnije i dalje postoje brojni modaliteti organizovanja rada usled pandemije COVID-19 – određeni poslodavci su nastavili da organizuju rad prvenstveno kao rad od kuće, drugi su zahtevali od zaposlenih da se vrate u prostorije poslodavca, a mnogi su se opredelili i za određenu kombinaciju u kojoj zaposleni imaju mogućnost izbora ili se smenjuju tako da manji broj ljudi bude istovremeno u prostorijama poslodavca.⁵⁸

Kada je reč o načinu regulisanja rada van prostorija poslodavca, Zakon o radu s jedne strane poznaje mogućnost ugovaranja rada na daljinu i rada od kuće kao vrste *rada van prostorija poslodavca*⁵⁹, dok s druge strane, poznaje i mogućnost da se poslodavac i zaposleni sporazumeju da zaposleni jedan period radnog vremena radi od kuće⁶⁰ (u Zakonu o radu se za tu mogućnost ne precizira ni minimalan ni maksimalan period vremena, već se samo navodi da je to jedan period ugovorenog radnog vremena). Zbog toga se javlja nedoumica sa kojom

⁵⁸ Rezultati istraživanja koje je sproveo UNICEF u Srbiji pokazuju da se posledice krize i dalje u velikoj meri primećuju u Srbiji. Više o tome vid. u UNICEF, Research on effects of the COVID-19 pandemic on families with children in Serbia, 2021, <https://www.unicef.org/serbia/en/reports/research-effects-covid-19-pandemic-families-children-serbia>.

⁵⁹ Član 42 Zakona o radu.

⁶⁰ Član 50, stav 2 Zakona o radu.

su (bili) suočeni brojni poslodavci za vreme pandemije *COVID-19*. Naime, sve i ako se pretpostavi da su poslodavci upoznati sa dva navedena modaliteta, neizvesne okolnosti pandemije onemogućavaju poslodavcima (kao i zaposlenima) da za duži vremenski period isplaniraju da li će se rad u celini odvijati van prostorija poslodavca ili ne.

Osim radnopravnih nedoumica (pa i problema) u regulisanju statusa zaposlenih, rad od kuće neminovno podrazumeva i niz faktičkih izazova koje nije uvek tako jednostavno prevazići. Iako brojne elektronske platforme omogućavaju grupnu komunikaciju, nije retko da one dovode i do problema u komunikaciji.⁶¹ Štaviše, ne treba zaboraviti da je integrisanost makar indicija radnog odnosa te da je *de facto* izuzetno otežano, ako ne i nemoguće govoriti o razvoju timskog duha i kolegijalnosti ukoliko se celokupna komunikacija odigrava elektronskim putem.⁶²

Ipak, analiza situacije iz više optimistične perspektive ukazuje na to da bi upravo specifična organizacija rada u toku pandemije *COVID-19* mogla da pomogne poslodavcima (barem u određenim delatnostima) da uvide da je moguće organizovati rad i na fleksibilniji način, što bi imalo brojne pozitivne reperkusije prvenstveno na mogućnost zaposlenih da usklade profesionalni i privatni život (Buonocore Porter 2021, 29; Emmett *et al.* 2020).

Sigurno je da rad van prostorija poslodavca, odnosno rad od kuće daje makar načelno mogućnost alternativnog regulisanja rada (u određenim profesijama), što takođe treba imati u vidu kada se analizira položaj zaposlenih (i pitanje sankcionisanja zaposlenih koji se ne vakcinišu) u vreme pandemije *COVID-19*.⁶³

6. ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Franc Kafka u svojoj pripovetki „O parabolama“ navodi sledeći dijalog sa mudracem:

⁶¹ U tom svetlu, brojne anegdotske situacije, koje ponekad mogu imati i negativne posledice po zaposlene, neminovno dovode u pitanje prednosti (i mane) stalne komunikacije putem elektronskih platformi (Mamaysky 2021, 17).

⁶² Šire posmatrano, pandemija je promenila opšti način komunikacije – kako se navodi, „pandemija je dramatično promenila prirodu socijalnih interakcija“ (Calbi *et al.* 2021, 1).

⁶³ Naime, „za milione koji obično rade iz kancelarije, tehnološka rešenja usvojena tokom pandemije su potencijalno zauvek promenila način rada“ (Willige 2021).

Na to će jedan reći: „Zašto se branite? Kad biste slušali parabole i postupali kako one kažu, i sami biste postali parabole, pa se već samim tim oslobodili svakodnevnih muka.“

Drugi reče: „Kladim se da je i to parabola.“

Prvi reče: „Dobio si.“

Drugi reče: „Ali, nažalost, samo u paraboli.“

Prvi reče: „Ne, u stvarnosti; u paraboli si izgubio.“

Pandemija *COVID-19* je brojne živote odnela, a brojne izmijenila (zauvek). Svako je morao na jedan ili drugi način da se prilagodi izmjenjenim, vanrednim okolnostima, u kojima je sve teže, složenije i opterećeno strahom za sopstveno i tuđe zdravlje. Pandemija je (negativno) uticala na sve sfere života te je tako izazvala (i nastavlja da izaziva) brojne promene, nedoumice i brige u oblasti zapošljavanja i radnih odnosa.

Nesporno je i da su svi radnici, ali i poslodavci, stavljeni u nezavidnu situaciju u kojoj treba savesno i vredno da rade i organizuju posao, dok se okolnosti svakog trena menjaju. Sa svim pomenutim izazovima suočavaju se i zaposleni i poslodavci širom sveta, pa i u Srbiji. Kako se navodi, „pandemija *COVID-19* izazvala je jednu od najgorih kriza zapošljavanja od Velike depresije. Postoji realna opasnost da će kriza uticati na porast siromaštva i proširiti nejednakosti, a posledice će se osećati u godinama koje dolaze“ (OECD 2021).

Dok su se početne nedoumice u svetu rada odnosile na to kako najbolje (ili) uopšte organizovati rad u vanrednim okolnostima, dostupnost vakcine(a) je otvorila i niz drugih (radnopravnih) pitanja. Naime, pitanje (obavezne) imunizacije nije nimalo jednostavno – ono otvara brojne nedoumice. Autorka se u radu nije bavila pitanjem „ostalih“ dilema već je pažnju posvetila radnopravnim nedoumicama, odnosno prvenstveno pitanju da li poslodavac u skladu sa domaćim radnopravnim okvirom može da dà otkaz ugovora o radu zaposlenom koji odbija da se vakciniše.

U tom kontekstu, može se zaključiti da pravni okvir ne poznaje pravni osnov na koji se poslodavac oslanjao ako bi sankcionisao otkazom one zaposlene koji odbijaju da se vakcinišu.

Takođe, analiza koncepta zdravlja i bezbednosti na radu nam ukazuje na to da, iako se i Zakon o radu i Zakon o bezbednosti i zdravlju na radu bave pitanjem zdravlja i bezbednosti na radu, sankcije za

kršenje garantije bezbednosti i zdravlja na radu ne uključuju otkaz ugovora o radu kao *ultima ratio* sankciju.

Konačno, treba imati na umu to da vanredne okolnosti izazvane pandemijom *COVID-19* dovode do novih promena (i problema) na svakodnevnom nivou, te u tom pogledu autorka naglašava da upravo uticaj pandemije na radne odnose može biti podsticaj za potencijalno noveliranje trenutno postojećeg pravnog okvira.

LITERATURA

MONOGRAFIJE I ČLANCI

1. Bradaš, Sarita, Mario Reljanović, Ivan Sekulić. 2020. *Uticaj epidemije COVID-19 na položaj radnika i radnica*. Beograd: Fondacija Centar za demokratiju.
2. Buonocore Porte, Nicole. 1/2021. Working while mothering during the pandemic and beyond. *Washington and Lee Law Review* 78: 1–30.
3. Calbi, Marta, Nunzio Langiulli, Francesca Ferroni, Martina Montalti, Anna Kolesnikov, Vittorio Gallese & Maria Alessandra Umiltà. 2021. The consequences of COVID-19 on social interactions: an online study on face covering. *Nature Scientific Reports* 11.
4. Clemente-Suárez, Javier, Vicente Eduardo Navarro-Jiménez, Libertad Moreno-Luna, María Concepción Saavedra-Serrano, Manuel Jimenez, Juan Antonio Simón, Jose Francisco Tornero-Aguilera. 11/2021. The impact of the COVID-19 pandemic on social, health, and economy. 13: 1–25.
5. Imran Hossain, Mohammad. 1/2021. COVID-19 Impacts on Employment and Livelihood of Marginal People in Bangladesh: Lessons Learned and Way Forward. *South Asian Survey* 28: 57–71.
6. International Labour Organization. 2021. *World employment and social outlook trends 2021*. Geneva: International Labour Office.
7. Kovačević, Ljubinka. 2021. *Zasnivanje radnog odnosa*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
8. Kovačević, Ljubinka. 2016. *Valjani razlozi za otkaz ugovora o radu*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
9. Mamaysky, Isaac. 2021. The future of work exploring the post-pandemic workplace from an employment law and human resources perspective. *UC Davis Business Law Journal* (forthcoming): 1–17.
10. Marković, Miloš. 3/2021. Imunski odgovor na SARS-CoV-2 i pregled vakcina protiv COVID-19. *Medicinski podmladak* 72: 20–29.

11. Reljanović, Mario. 2020. *Radna prava u vanrednom stanju zbog epidemije*. Beograd: Fondacija Fridrih Ebert.
12. Reljanović, Mario. 2020. Zaštita podataka o ličnosti u radnom odnosu. 61–93. *Zaštita podataka o ličnosti u Srbiji*, ur. Stefan Andonović, Dragan Prlja, Andrej Diligenski. Beograd: Institut za uporedno pravo.
13. Vasilić, Nikola, Sanja Popović-Pantić, Dušica Semenčenko. 2020. Women entrepreneurship in the time of COVID-19 pandemic. *Journal of Women's Entrepreneurship and Education* 3–4: 23–40.

INTERNET I DRUGI IZVORI

1. Barrett, Philip, Sonali Das, Giacomo Magistretti, Evgenia Pugacheva, Philippe Wingender. 2021. After-Effects of the COVID-19 pandemic: Prospects for medium-term economic damage, IMF Working Paper. International Monetary Fund.
2. Copenhagen Economics. 2021. Economic consequences of the COVID-19 Pandemic. <https://www.copenhageneconomics.com/publications/publication/economic-consequences-of-the-covid-19-pandemic>, poslednji pristup 7. novembra 2021.
3. Emmett, Jonathan, Gunnar Schrah, Matt Schrimper, Alexandra Wood. 2020. COVID-19 and the employee experience: How leaders can seize the moment. <https://www.mckinsey.com/business-functions/people-and-organizational-performance/our-insights/covid-19-and-the-employee-experience-how-leaders-can-seize-the-moment>, poslednji pristup 8. novembra 2021.
4. European Commission. 2021a. Communication from the Commission to the Council: One year since the outbreak of COVID-19: fiscal policy response. Brussels.
5. European Commission. 2021b. Employment and social developments in Europe review shows diverse impact of COVID-19 crisis. <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?langId=en&catId=89&furtherNews=yes&newsId=10039>, poslednji pristup 9. novembra 2021.
6. European Commission. 2021c. EU Digital COVID Certificate. https://ec.europa.eu/info/live-work-travel-eu/coronavirus-response/safe-covid-19-vaccines-europeans/eu-digital-covid-certificate_en, poslednji pristup 7. novembra 2021.
7. International Labour Organization. 2021a. Slow jobs recovery and increased inequality risk long-term COVID-19 scarring. https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_794834/lang-en/index.htm, poslednji pristup 20. novembra 2021.
8. International Labour Organization. 2021b ILO: Employment impact of the pandemic worse than expected. https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_824098/lang-en/index.htm, poslednji pristup 10. novembra 2021.

9. International Labour Organizatoo. 2021c. ILO Standards and COVID-19 (coronavirus). Version 3.0.
10. International Labour Organization. 2021. ILO Monitor: COVID-19 and the world of work. Eighth edition Updated estimates and analysis.
11. International Labour Organization. 2021. COVID-19 – Tackling the jobs crisis in the Least Developed Countries.
12. International Labour Organization. 2021. An uneven and gender-unequal COVID-19 recovery: Update on gender and employment trends 2021, Policy Brief.
13. Jones, Lora, Daniele Palumbo, David Brown. 2021. Coronavirus: How the pandemic has changed the world economy. <https://www.bbc.com/news/business-51706225>, poslednji pristup 14. novembra 2021.
14. Liu, Xuepeng, Emanuel Ornelas, Huimin Shi. 2021. The 2020 trade impact of the Covid-19 pandemic. <https://voxeu.org/article/2020-trade-impact-covid-19-pandemic>, poslednji pristup 8. novembra 2021.
15. Messenger, Haley. 2021. From McDonald's to Goldman Sachs, here are the companies mandating vaccines for all or some employees. NBC News. <https://www.nbcnews.com/business/business-news/here-are-companies-mandating-vaccines-all-or-some-employees-n1275808>, poslednji pristup 5. novembra 2021.
16. OECD. The impact of COVID-19 on employment and jobs. <https://www.oecd.org/employment/covid-19.htm>, poslednji pristup 10. novembra 2021
17. Radio Slobodna Evropa. U Srbiji obavezna vakcinacija policije i vojske. <https://www.slobodnaevropa.org/a/srbija-obavezna-vakcinacija-vojska-policija/31271105.html>, poslednji pristup 9. novembra 2021.
18. Reuters. 2021. Factbox: Countries making COVID-19 vaccines mandatory. <https://www.reuters.com/business/healthcare-pharmaceuticals/countries-making-covid-19-vaccines-mandatory-2021-08-16/>, poslednji pristup 9. novembra 2021.
19. Tankosić, Tamara. 2021. Smeju li poslodavci da prave spiskove (ne) vakcinisanih radnika ili da imunizaciju uslove otkazom. <https://www.rts.rs/page/stories/sr/%D0%9A%D0%BE%D1%80%D0%BE%D0%BD%D0%B0%D0%B2%D0%B8%D1%80%D1%83%D1%81/story/3148/zivot-u-vreme-pandemije/4333124/poslodavci-radnici-imunizacija-spiskovi.html>, poslednji pristup 12. novembra 2021.
20. UN Women. 2021. Efforts intensify to confront pandemic-related spikes in violence against women across Europe and Central Asia. https://eca.unwomen.org/en/news/stories/2020/11/efforts-intensify-to-confront-pandemic-related-spikes-in-violence-against-women?gclid=Cj0KCQiA-K2MBhC-ARIsAMtLKRsfkAK3PFmS8dc7pcBvR4lzYEUTzRRHfHN-y690HEI13G0_XZmEPWtYaAlm-EALw_wcB, poslednji pristup 10. novembra 2021.

21. UNICEF Serbia. 2021. Results of UNICEF's survey on the impact of the COVID-19 pandemic on families with children in Serbia presented. <https://www.unicef.org/serbia/en/press-releases/results-unicefs-survey-impact-covid-19-pandemic-families-children-serbia-presented>, poslednji pristup 12. novembra 2021.
22. United Nations. 2021. The consequences of COVID-19 on well-being. https://www.un.org/ldc5/sites/www.un.org.ldc5/files/pdf/stateLDC_2021/10_stateldc_2021_b.pdf, poslednji pristup 12. novembra 2021.
23. Weber, Tina, John Hurley, Dragos Adăscăliței. 2021. COVID-19: Implications for employment and working life. <https://www.eurofound.europa.eu/publications/report/2021/covid-19-implications-for-employment-and-working-life>, poslednji pristup 8. novembra 2021.
24. Webster, Allan, Sangeeta Khorana, Francesco Pastore. 2021. The Effects of COVID-19 on Employment, Labour Markets and Gender Equality in Central America. Discussion Paper Series. Bonn: IZA Institute of Labour Economics.
25. Wellcome. 2021. From equality to global poverty: the Covid-19 effects on societies and economies. <https://wellcome.org/news/equality-global-poverty-how-covid-19-affecting-societies-and-economies>, poslednji pristup 7. novembra 2021.
26. Willige, Andrea. 2021. What are the long-term effects of the COVID-19 pandemic? These 5 trends give us a glimpse. <https://www.weforum.org/agenda/2021/08/covid19-long-term-effects-society-digital/>, poslednji pristup 11. novembra 2021.
27. World Health Organization, International Labour Organization. 2021. Preventing and mitigating COVID-19 at work, Policy brief.
28. World Health Organization. 2020. Impact of COVID-19 on people's livelihoods, their health and our food systems, Joint statement by ILO, FAO, IFAD and WHO. <https://www.who.int/news/item/13-10-2020-impact-of-covid-19-on-people's-livelihoods-their-health-and-our-food-systems>, poslednji pristup 13. novembra 2021.
29. Vaccinated and Unvaccinated Workers in the Labor Market Position Paper 18. 3. 2021.

MANDATORY IMMUNIZATION OF EMPLOYEES – NECESSARY MEASURE DURING THE PANDEMIC OR UNJUSTIFIED DEROGATION OF EMPLOYMENT RIGHTS?

Summary

The pandemic caused by the SARS-COV-2 virus has brought into question the lives and health of people around the world. The pandemic has caused many issues in all spheres of life, including labour relations. Both employers and employees have (unprepared) faced numerous challenges in terms of organizing work in emergency circumstances. It is therefore not surprising that due to the availability of vaccine(s), the issue of employee immunization has gained special importance.

Emphasizing the belief that it is necessary to encourage employees to vaccinated themselves, the author puts forward the hypothesis that, in accordance with the employment law framework, dismissal given to an employee due to refusal to be vaccinated would be illegal. The hypothesis is based on two crucial arguments relating to (un)justified reasons for termination of the employment contract by the employer and the possibility of working outside the employer's premises. Nevertheless, new findings, further developments, as well as potential changes in employment legislation can be a strong incentive to reconsider any hypothesis in regarding mandatory immunization and employment rights.

Key words: *pandemic, labour relations, immunization of employees, termination of the employment contract, health and safety at work*

Fani Spalević*

DEROGACIJA LJUDSKIH PRAVA U VANREDNOM STANJU

Vanredno stanje je specijalan pravni režim u doba kada izvanredna javna opasnost pretila opstanku države ili građana, zbog čega je moguće derogirati određena ljudska prava i slobode. U Republici Srbiji je vanredno stanje proglašeno 2020. godine zbog epidemije zarazne bolesti COVID-19, te je usledilo odstupanje od određenih Ustavom zajemčenih ljudskih prava i sloboda. Cilj ovog rada je da se analiziraju konkretne mere odstupanja, pre svega u svetlu njihove usaglašenosti sa Ustavom Republike Srbije i Evropskom konvencijom o ljudskim pravima. Kako vanredno stanje predstavlja jedan od najdelikatnijih pravnih instituta, nužno je sagledati i analizirati situaciju iz više uglova. Stoga je rad podeljen u pet delova – u uvodnom delu se definišu najbitniji pojmovi i pruža kratak uvid u činjenično stanje, drugi deo se bavi analizom Evropske konvencije, treći analizom Ustava, a četvrti detaljnom analizom novog pravnog režima tokom vanrednog stanja, dok završni deo rada predstavlja kratak prikaz izvedenih zaključaka.

Ključne reči: vanredno stanje, ljudska prava i slobode, Evropska konvencija o ljudskim pravima, Ustav Republike Srbije, mere odstupanja od ljudskih i manjinskih prava

1. UVOD

Ljudska prava su neotuđiva prava svakog pojedinca koja su garantovana međunarodnim aktima i ustavima odnosnih država. Predstavljaju univerzalnu, nedeljivu i međusobno povezanu celinu. Sva ljudska bića se rađaju slobodna i jednaka u dostojanstvu i pravima.¹

* Studentkinja osnovnih akademskih studija, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, fanispalevic14@gmail.com.

¹ Univerzalna deklaracija o ljudskim pravima, član 1. <https://www.ohchr.org/en/human-rights/universal-declaration/translations/english>, poslednji pristup 5. juna 2022.

Jasno je, dakle, da su ljudska prava zajednička za sve pojedince nezavisno od njihovih inherentnih karakteristika te da kao takva obezbeđuju minimum zaštite koju države moraju omogućiti svojim građanima. Države su dužne da ljudska prava štite i promovišu, ali ih u izuzetnim situacijama, pod tačno određenim uslovima, mogu ograničiti.

Majkl Mejer-Resende i Hana-Džil Prilvic (Meyer-Resende, Prillwitz 2020, 4) navode da je vanredno stanje specijalan pravni režim u izvanrednim okolnostima, koji omogućava državi da dela brzo i efikasno sa ciljem otklanjanja neposredne opasnosti koja ugrožava opstanak države ili građana. Derogacija ljudskih prava u vanrednom stanju pravda se isticanjem prednosti kolektivnih u odnosu na individualne interese (Schreuer 1982, 113) te kao takva predstavlja jedan od najdelikatnijih pravnih instituta. Suverena državna vlast je ovlašćena da proceni da li postoji javna opasnost koja ugrožava opstanak nacije, odnosno neki drugi razlog koji opravdava ograničenje ljudskih prava, i da proceni širinu mera koje treba preduzeti da bi se te više vrednosti zaštitile (Krstić, Marinković 2016, 17). Samo relativna ljudska prava mogu biti ograničena. Apsolutna ljudska prava nisu derogabilna jer bi, smatra Dragana Bogdanović (2011, 296), svako njihovo ograničavanje ili opozivanje predstavljalo napad na sistem vrednosti na kojem se temelji celokupan korpus ljudskih prava.

U Republici Srbiji je 15. marta 2020. godine, radi sprečavanja širenja zaraze i posledica izazvanih epidemijom zarazne bolesti COVID-19, proglašeno vanredno stanje. Odluku o proglašenju vanrednog stanja doneli su predsednik Republike, predsednica Narodne skupštine i predsednica Vlade. Tokom trajanja samog vanrednog stanja, centralnu ulogu u upravljanju državom imala je izvršna vlast, koja je propisivala sve mere kojima se odstupa od Ustavom zajemčenih ljudskih i manjinskih prava i sloboda. Vanredno stanje je 6. maja 2020. godine ukinula Narodna skupština i tim činom su prestale da važe pomenute mere. U ovom radu ćemo analizirati mere odstupanja od ljudskih i manjinskih prava tokom vanrednog stanja, tako što ćemo razmotriti sledeća pitanja: od kojih se ljudskih prava odstupilo i na koji način, da li su odstupanja bila celishodna, opravdana i nužna i da li su ta odstupanja bila u skladu sa Ustavom Republike Srbije, Evropskom konvencijom o ljudskim pravima i drugim relevantnim međunarodnim aktima.

2. EVROPSKA KONVENCIJA O LJUDSKIM PRAVIMA

2.1. Derogacija ljudskih prava

Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (Konvencija) međunarodni je regionalni instrument zaštite ljudskih prava. Usvojena je 1950. godine i, uz Protokole koji su sukcesivno donošeni, čini supstancijalni deo sistema Saveta Evrope (Kreća 2020, 621). Države koje su ratifikovale Konvenciju, među kojima je i Srbija, međusobno su se jedna drugoj obavezale da će poštovati i primenjivati odredbe Konvencije. Zakon o ratifikaciji Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda Narodna skupština Republike Srbije usvojila je 2003. godine.²

U Konvenciji se, nakon navođenja ljudskih prava i sloboda, uređuje mogućnost odstupanja u vanrednim okolnostima. U doba rata ili druge javne opasnosti koja prethodi opstanku nacije svaka strana ugovornica može preduzeti mere koje odstupaju od njenih obaveza po Konvenciji, i to u najnužnijoj meri koju iziskuje takva situacija, s tim da te mere ne budu u neskladu s njenim drugim obavezama prema međunarodnom pravu.³ Odstupanja od prava na život (član 2), zabrane mučenja (član 3), zabrane ropstva (član 4, stav 1) i kažnjavanja samo na osnovu zakona (član 7) nisu dozvoljena, osim smrti prouzrokovane zakonitim ratnim postupcima. Dalje, odredbe Protokola 6 i Protokola 13 o ukidanju smrtne kazne i pravo da čovek ne bude suđen ili kažnjen dvaput u istoj stvari iz Protokola 7 takođe su nederogabilne. Ostala prava i slobode, dakle, podležu potencijalnoj derogaciji. Svaka država ugovornica dužna je da o odstupanjima, tačnije o merama koje preduzima i razlozima za njih, obavesti generalnog sekretara Saveta Evrope.

² Zakon o ratifikaciji Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, izmenjene u skladu sa Protokolom broj 11, Protokol uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, Protokol broj 4 uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda kojim se obezbeđuju izvesna prava i slobode koji nisu uključeni u Konvenciju i Prvi protokol uz nju, Protokol broj 6 uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda o ukidanju smrtne kazne, Protokol broj 7 uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, Protokol broj 12 uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda i Protokol broj 13 uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda o ukidanju smrtne kazne u svim okolnostima, *Sl. list SCG – Međunarodni ugovori* 9/2003, 5/2005 i 7/2005 – ispr. i *Sl. glasnik RS – Međunarodni ugovori* 12/2010 i 10/2015.

³ Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, član 15. https://www.echr.coe.int/documents/convention_eng.pdf, poslednji pristup 5. juna 2022.

Osim derogacione klauzule formulisane u članu 15 Konvencije, primećujemo još jednu klauzulu kojom se uspostavlja legitiman osnov za odstupanje od propisanih prava i sloboda. Naime, u članovima 8–11 Konvencije (pravo na poštovanje privatnog i porodičnog života; sloboda misli, savesti i veroispovesti; sloboda izražavanja; sloboda okupljanja i udruživanja) navedeni su određeni opšti interesi kojima se daje prednost u odnosu na konkretna individualna prava i slobode. Na primer, sloboda okupljanja i udruživanja može zakonom biti ograničena ukoliko je to neophodno „u interesu nacionalne bezbednosti ili javne bezbednosti, radi sprečavanja nereda ili kriminala, zaštite zdravlja ili morala, ili radi zaštite prava i sloboda drugih“. Dakle, zaštita javnog zdravlja se može pojaviti kao osnov za ograničavanje ljudskih prava i sloboda na dva načina: prvo, kao opšti interes proglašen superiornim u odnosu na određena ljudska prava i slobode; drugo, kao kolektivan interes koji se štiti uvođenjem vanrednog stanja kada postoji javna opasnost koja pretila opstanku nacije.

2.2. Vanredne okolnosti

U Konvenciji se ne definišu vanredne okolnosti niti se taksativno navode već se samo, osim „doba rata“, propisuje generalna klauzula „ili druge javne opasnosti koje prete opstanku nacije“. Zadatak tumačenja i primene Konvencije poveren je Evropskom sudu za ljudska prava (ESLJP).⁴ U presudi *Irska protiv Ujedinjenog Kraljevstva* ESLJP je istakao: „Na državi ugovornici je prevashodno da, u okviru svoje obaveze da obezbedi opstanak nacije, utvrdi da li je opstanak nacije ugrožen vanrednom situacijom i, ukoliko jeste, koliko daleko je potrebno ići da bi se prevazišla ta situacija. Zbog činjenice da su u direktnom i konstantnom kontaktu sa trenutnim potrebama, državne vlasti su u principu u boljoj poziciji nego međunarodne sudije da odluče o postojanju vanrednog stanja i o prirodi i obimu derogacija neophodnih da se ono spreči.“⁵ Shodno tome, ESLJP je u svojoj praksi Evropskog suda ustanovio da se na procenu okolnosti zbog kojih se proglašava vanredno stanje odnosi doktrina o polju slobodne procene, budući da je država najpozvanija da proceni da li postoji javna opasnost koja pretila opstan-

⁴ Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, član 32.

⁵ ECtHR, *Ireland v. United Kingdom*, application no. 5310/71, judgement of 18 January 1978, par. 207.

ku nacije – dakle, državama članicama u tom slučaju pripada diskreciona vlast (Krstić, Marinković 2016, 17). Iako državna vlast nema neograničenu moć u tom smislu, odnosno ESLJP može presuditi da li je obim derogacija bio neophodan i u skladu sa međunarodnopravnim obavezama, tako apstraktno formulisana derogaciona klauzula može postati predmet brojnih zloupotreba te je stoga, smatra Šrojer (Schreuer 1982, 116), neophodno odrediti principe koji bi umanjili diskrecionu vlast država.

3. USTAV REPUBLIKE SRBIJE

3.1. Vanredno stanje

Ustav Republike Srbije⁶ (Ustav) hijerarhijski je najviši pravni akt i, shodno tome, uživa najveću pravnu snagu te svi drugi pravni akti moraju biti u skladu sa Ustavom. Ustav jemči ljudska i manjinska prava i slobode te proklamuje da se ona neposredno primenjuju. Dalje, Ustav propisuje i kriterijume za njihovo eventualno ograničenje na osnovu zakona. U članu 202 Ustava uređuju se odstupanja od ljudskih i manjinskih prava u vanrednom i ratnom stanju, kojem prethode članovi o vanrednom stanju (čl. 200) i ratnom stanju (čl. 201). Vanredno stanje je definisano kao javna opasnost koja pretili opstanku države ili građana.⁷ Iako intuitivno deluje kao da je to svojevrsan pravni standard, bolje je smatrati da je reč o jednoj apstraktnoj formulaciji koja nužno zahteva donošenje izvesnog vrednosnog suda (Jovanović 2020, 156) na polju slobodne procene suverene državne vlasti što, kao što je već pomenuto, bez određenih dopunskih uslova i principa, ostavlja široke mogućnosti zloupotrebe.

Vanredno stanje⁸ proglašava Narodna skupština ili predsednik Republike, predsednik Vlade i predsednik Narodne skupštine, kada Narodna skupština nije u mogućnosti da se sastane. Narodna skupština može propisati i mere kojima se odstupa od Ustavom zajemčenih

⁶ Ustav Republike Srbije (Ustav RS), *Sl. glasnik RS* 98/2006 i 115/2021.

⁷ *Ibid.*, član 200.

⁸ Odluka o vanrednom stanju važi najduže 90 dana. Po isteku tog roka, Narodna skupština odluku o vanrednom stanju može produžiti za još 90 dana, većinom od ukupnog broja narodnih poslanika. Za vreme vanrednog stanja, Narodna skupština se sastaje bez posebnog poziva i ne može biti raspuštena.

ljudskih i manjinskih prava⁹, a ukoliko nije u mogućnosti da se sastane, mere može propisati Vlada, uredbom, uz supotpis predsednika Republike. Dakle, u oba slučaja Ustavom je propisano, kao pravilo, da glavnu reč ima Narodna skupština, dok se izuzetno predviđa i „rezervna“ procedura. I Odluka o proglašenju vanrednog stanja i mere odstupanja od ljudskih i manjinskih prava koje nije donela Narodna skupština prestaju da važe ukoliko ih Narodna skupština ne odobri u roku od 48 sati, odnosno čim bude u mogućnosti da se sastane.¹⁰ Dalje, Ustavom je propisano da su dozvoljena odstupanja od ljudskih i manjinskih prava samo u obimu u kojem je to neophodno, te se zabranjuju odstupanja od ljudskih prava koja izazivaju diskriminaciju („ne smeju da dovedu do razlikovanja na osnovu rase, pola, jezika, verispovesti, nacionalne pripadnosti ili društvenog porekla“) i navode se prava i slobode od kojih odstupanja nisu dozvoljena ni u slučaju vanrednog ili ratnog stanja.¹¹ U svakom slučaju, mere odstupanja prestaju da važe prestankom vanrednog ili ratnog stanja.

Ustavom je utvrđeno da je osnovna uloga Ustavnog suda vršenje kontrole ustavnosti i zakonitosti, odnosno usklađenosti nižih pravnih akata sa Ustavom i zakonima.¹² Kako bi Ustavni sud mogao da obavlja tu funkciju, neophodno je da najpre pristupi tumačenju relevantnih pravnih normi u konkretnom slučaju. Tako je Ustavni sud u rešenju kojim odbacuje inicijativu za pokretanje postupka za ocenu ustavnosti i zakonitosti Odluke o proglašenju vanrednog stanja formulisao četiri konstitutivna elementa pravnog režima vanrednog stanja¹³:

- 1) ustavni uslov – „javna opasnost koja ugrožava opstanak države ili građana“;
- 2) zaštitni objekat – „država ili građani“;
- 3) sredstva ili mehanizmi zaštite – „mere kojima se odstupa od Ustavom zajemčenih ljudskih i manjinskih prava“;
- 4) cilj – „delotvornost u prevazilaženju javne opasnosti i hitnost povratka u redovno ustavno stanje“.

⁹ Mere odstupanja od ljudskih i manjinskih prava koje propiše Narodna skupština ili Vlada važe najduže 90 dana, a po isteku tog roka mogu se obnoviti pod istim uslovima.

¹⁰ U suprotnom, odluka, odnosno mere, prestaju da važe 24 sata od početka prve sednice Narodne skupštine održane po proglašenju vanrednog stanja.

¹¹ Ustav RS, član 202.

¹² *Ibid.*, član 166, 167 i 168.

¹³ Ustavni sud Srbije, IYo-42/2020, 22. 5. 2020.

3.2. Vanredna situacija

U Ustavu se navodi da ljudska i manjinska prava zajemčena Ustavom mogu biti ograničena zakonom ako ograničenja dopušta Ustav, u svrhe radi kojih ih Ustav dopušta, u obimu neophodnom da se ustavna svrha ograničenja zadovolji u demokratskom društvu i bez zadiranja u suštinu zajemčenog prava.¹⁴ Zakon o zaštiti stanovništva od zaraznih bolesti (ZZSZB) uspostavlja mogućnost sprovođenja određenih mera u vanrednim situacijama koje se tiču ograničenja ljudskih i manjinskih prava.¹⁵ Vanredna situacija, između ostalog, podrazumeva i „pojavu epidemije zarazne bolesti“ i „pojavu nove ili nedovoljno poznate zarazne bolesti“. Dakle, na osnovu Ustava možemo zaključiti da u pravnom sistemu Srbije paralelno postoje dva moguća pravna režima za delovanje u slučaju ugroženog javnog zdravlja izazvanog epidemijom – prvi je proglašavanje vanrednog stanja i uređivanje mera odstupanja od Ustavom zajemčenih ljudskih i manjinskih prava i sloboda, a drugi je pozivanje na vanrednu situaciju i ograničavanje ljudskih i manjinskih prava u meri u kojoj to dozvoljava ZZSZB.

Kriterijumi prema kojima bi trebalo da se državna vlast opredeli za jednu od dve ponuđene mogućnosti su „intenzitet konkretne opasnosti“ i „pravni kapacitet režima“ (Jovanović 2020, 157). Intenzitet opasnosti prilikom definisanja vanrednog stanja zakonodavac ocenjuje kao „pretnju opstanku države ili građana“, a prilikom definisanja vanredne situacije kao „ugrožavanje zdravlja i života ljudi“ i „opasnost masovnog prenošenja zaraznih bolesti“. Što se pravnog kapaciteta tih pravnih režima tiče, čini se da je režim vanrednog stanja delotvorniji utoliko što daje šire mogućnosti odstupanja od ljudskih i manjinskih prava jer se taksativno navode samo apsolutna prava od kojih se ne sme odstupiti, dok režim vanredne situacije predstavlja zakonska ograničenja ljudskih i manjinskih prava te se, obrnuto, taksativno navode konkretna ljudska i manjinska prava koja podležu ograničenjima. Ustavni sud je, pozivajući se na praksu Evropskog suda, utvrdio da „javna opasnost“ koja opravdava uvođenje vanrednog stanja postoji ukoliko je ta opasnost stvarna ili neminovna, ako dejstvo opasnosti oseti celo stanovništvo (ili deo, ali se onda mere derogacije ljudskih prava odnose isključivo na taj deo stanovništva), ako je ugrožen

¹⁴ Ustav RS, član 20.

¹⁵ Zakon o zaštiti stanovništva od zaraznih bolesti (ZZSZB), *Sl. glasnik RS* 15/2016, 68/2020 i 136/2020, član 51.

nastavak organizovanog života zajednice (fizički integritet stanovništva, teritorijalni integritet države ili funkcionisanje državnih organa) i ukoliko su kriza ili opasnost vanrednog karaktera te primena redovnih mera ili ograničenja nije dovoljna za uspostavljanje narušenog javnog poretka – međutim, bez obzira na tako postavljene kriterijume, pojam „javne opasnosti“ ostaje apstraktan.¹⁶ Dakle, pitanje izbora zapravo se svodi na pitanja neophodnosti, proporcionalnosti i opravdanosti, a odgovor se ne može pronaći u navedenim odredbama Ustava i zakona već tek u analizi konkretnog činjeničnog stanja na koje su se odredbe primenjivale.

4. VANREDNO STANJE I LJUDSKA PRAVA U REPUBLICI SRBIJI – ANALIZA PRAKSE U 2020. GODINI

4.1. Odluka o proglašenju vanrednog stanja

Neposredno nakon pojave prvog slučaja zaraze virusom korona (SARS-CoV-2) u Srbiji, Vlada je 10. marta 2020. godine, na osnovu ZZSZB (član 6, stav 1)¹⁷, donela Odluku o proglašenju bolesti COVID-19 izazvane virusom SARS-CoV-2 zaraznom bolešću.¹⁸ Zatim je, na osnovu te odluke, ministar zdravlja 12. marta 2020. godine doneo Naredbu o zabrani okupljanja u Republici Srbiji na javnim mestima u zatvorenom prostoru¹⁹ (Naredba o zabrani okupljanja), na osnovu ZZSZB (član 52).²⁰ Nakon toga je vanredno stanje proglašeno

¹⁶ Ustavni sud Srbije, IYo-42/2020.

¹⁷ Ministar, na predlog Republičke stručne komisije za zaštitu stanovništva od zaraznih bolesti i Zavoda za javno zdravlje osnovanog za teritoriju Republike Srbije, naredbom proglašava epidemiju zarazne bolesti od većeg epidemiološkog značaja ili opasnost od epidemije zarazne bolesti i određuje zaraženo, odnosno ugroženo područje.

¹⁸ Odluka o proglašenju bolesti COVID-19 izazvane virusom SARS-CoV-2 zaraznom bolešću, *Sl. glasnik RS* 23/2020, 24/2020, 27/2020, 28/2020, 30/2020, 32/2020, 35/2020, 37/2020, 38/2020, 39/2020, 43/2020, 45/2020, 48/2020, 49/2020, 59/2020, 60/2020, 66/2020, 67/2020, 72/2020, 73/2020, 75/2020, 76/2020, 84/2020, 98/2020, 100/2020, 106/2020, 107/2020, 108/2020 i 116/2020.

¹⁹ Naredba o zabrani okupljanja u Republici Srbiji na javnim mestima u zatvorenom prostoru, *Sl. glasnik RS* 25/2020.

²⁰ Ministar na osnovu predloga Komisije i Zavoda može doneti: a) zabranu okupljanja na javnim mestima; b) ograničenje kretanja stanovništva u području zahvaćenom vanrednom situacijom; v) zabranu ili ograničenje putovanja; g) zabranu

Odlukom predsednika Republike, predsednice Narodne skupštine i predsednice Vlade, a mere odstupanja od Ustavom zajemčenih ljudskih i manjinskih prava propisivala je izvršna vlast.

Odluka o proglašenju vanrednog stanja²¹ i mere odstupanja donete na taj način pravdane su nemogućnošću Narodne skupštine da se sastane, zbog čega se pristupilo „rezervnoj proceduri“. Ustavni sud je zauzeo stav da Ustav nije povređen u pogledu nadležnosti za donošenje Odluke, pošto su „hitnost i ozbiljnost situacije“ nametali potrebu da je ne donese izvorni nosilac te nadležnosti, to jest Narodna skupština.²² Međutim, samim jezičkim tumačenjem Ustava dolazimo do zaključka da je zakonodavac predvideo isključivo nemogućnost sastajanja Narodne skupštine, a ne hitnost i ozbiljnost situacije. Dakle, *ratio legis* te odredbe nisu glomazna struktura i potencijalna sporost Narodne skupštine već faktička nemogućnost da se poslanici okupe na jednom mestu usled vanrednih okolnosti. Shodno tome, Ustavni sud u svom obrazloženju odluke nije uspeo da pruži adekvatne protivargumente samoj nadležnosti za proglašenje vanrednog stanja te izgleda nesumnjivo da ju je u konkretnom slučaju morala doneti Narodna skupština. S obzirom na to da se Naredba o zabrani okupljanja nikako ne može odnositi na vrhovno zakonodavno telo, a da ne postoje nikakvi drugi argumenti i okolnosti koji bi opravdali „nemogućnost sastajanja“ tog tela, zaključujemo da je u konkretnom slučaju neposredno povređena odredba Ustava kojom se uređuje nadležnost za proglašenje vanrednog stanja.

Neophodno je postaviti i pitanje svrsishodnosti proglašenja vanrednog stanja koje je predstavljalo osnov za donošenje brojnih mera kojima se odstupa od Ustavom zajemčenih ljudskih i manjinskih prava – da li je uvođenje vanrednog stanja zaista bilo neophodno ili je, pak, bilo dovoljno uvesti vanrednu situaciju? Novi pravni okvir u vreme vanrednog stanja omogućio je odstupanje od svih prava koja podležu derogaciji. Stoga je nužno, pre svega, utvrditi od kojih se konkretnih prava odstupilo kako bismo stekli uvid u pitanje neophodnosti uvođenja vanrednog pravnog režima nasuprot delanja u redovnom pravnom

ili ograničenje prometa pojedinih vrsta robe i proizvoda; d) vanrednu vakcinaciju; đ) mere lične zaštite od infekcije. Mere iz stava 1 ovog člana traju do prestanka opasnosti.

²¹ Odluka o proglašenju vanrednog stanja, *Sl. glasnik RS* 29/2020.

²² Ustavni sud Srbije, IYo-42/2020.

okviru. Na osnovu Uredbe o merama za vreme vanrednog stanja²³, Naredbe o ograničenju i zabrani kretanja lica na teritoriji Republike Srbije²⁴ (Naredba o ograničenju i zabrani kretanja) i Uredbe o prekršaju za kršenje Naredbe ministra unutrašnjih poslova o ograničenju i zabrani kretanja lica na teritoriji Republike Srbije²⁵ (Uredba o prekršaju) možemo zaključiti da se tim aktima odstupilo od sledećih ustavom zajemčenih ljudskih prava: prava na slobodu kretanja (član 39), prava na slobodu i bezbednost ličnosti (član 27), prava na žalbu ili drugo pravno sredstvo (član 36, stav 2) i prava pojedinca da mu ne bude dva puta suđeno u istoj stvari (član 34, stav 4).

Bitno je napomenuti da se u navedenim pravnim aktima ne predviđa eksplicitno koja su tačno ljudska i manjinska prava ograničena, te se do odgovora na to pitanje može doći jedino tumačenjem njihovih odredaba. U slučaju vanrednih situacija koje mogu da ugroze zdravlje i živote ljudi i u kojima postoji neposredna opasnost za masovno prenošenje zaraznih bolesti, prema ZZSZB, državne vlasti su ovlašćene da organizuju, planiraju i sprovode mere sprečavanja i suzbijanja zaraznih bolesti.²⁶ Mere koje se mogu uvesti na osnovu ZZSZB, između ostalog, uključuju i: zabranu okupljanja na javnim mestima, ograničenje kretanja stanovništva u području zahvaćenom vanrednom situacijom i zabranu ili ograničenje putovanja.²⁷ S obzirom na činjenicu da je jedan od ciljeva koje je zakonodavac pri propisivanju normi ZZSZB imao na umu upravo savladavanje epidemije (koja se i definiše u članu 2, stav 7 ZZSZB)²⁸, izgleda nesporno da je redovan pravni režim koji ZZSZB pruža bio i više nego dovoljan da nadležni državni organi preduzmu

²³ Uredba o merama za vreme vanrednog stanja, *Sl. glasnik RS* 31/2020, 36/2020, 38/2020, 39/2020, 43/2020, 47/2020, 49/2020, 53/2020, 56/2020, 57/2020, 58/2020, 60/2020 i 126/2020.

²⁴ Naredba o ograničenju i zabrani kretanja lica na teritoriji Republike Srbije, *Sl. glasnik RS* 34/2020, 39/2020, 40/2020, 46/2020 i 50/2020.

²⁵ Uredba o prekršaju za kršenje Naredbe ministra unutrašnjih poslova o ograničenju i zabrani kretanja lica na teritoriji Republike Srbije, *Sl. glasnik RS* 39/2020 i 126/2020.

²⁶ ZZSZB, član 51.

²⁷ *Ibid.*, član 52.

²⁸ „Epidemija zarazne bolesti je obolevanje od zarazne bolesti neuobičajeno po broju slučajeva, vremenu, mestu i zahvaćenoj populaciji ili neuobičajeno povećanje broja obolelih sa komplikacijama ili smrtnim ishodom, kao i pojava dva ili više međusobno povezanih slučajeva zarazne bolesti koja se nikada ili više godina nije pojavljivala na jednom području ili pojava većeg broja oboljenja čiji je uzročnik nepoznat, a prati ih febrilno stanje.“

mere neophodne za očuvanje javnog zdravlja i suzbijanje epidemije zarazne bolesti COVID-19.

4.2. Mere odstupanja od ljudskih i manjinskih prava

4.2.1. Pravo na slobodu kretanja

Ustavom je proklamovano pravo na slobodu kretanja i predviđeno da „svako ima pravo da se slobodno kreće i nastanjuje u Republici Srbiji, da je napusti i da se u nju vrati“, kao i da se ta prava mogu ograničiti zakonom „ako je to neophodno radi vođenja krivičnog postupka, zaštite javnog reda i mira, sprečavanja širenja zaraznih bolesti ili odbrane Republike Srbije“. ²⁹ Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima (Pakt) proklamuje da je pravo na slobodu kretanja jedan od najvažnijih uslova za slobodan razvoj čoveka. ³⁰ Komitet za ljudska prava (Komitet) pri Paktu zauzeo je stav da ograničenja prava na slobodu kretanja moraju ispuniti određene uslove. Države ne smeju propisivati ograničenja kojima se narušava suština samog prava. ³¹ Takođe, sama ograničenja moraju ispuniti uslov neophodnosti, odnosno biti nužna kako bi se navedene vrednosti zaštitile. Shodno tome, Komitet utvrđuje da mere ograničenja moraju biti u skladu sa:

- 1) principom proporcionalnosti – odnos između prava i ograničenja mora biti proporcionalan;
- 2) principom svrsishodnosti – ograničenja moraju biti odgovarajuća za ostvarenje svoje zaštitne funkcije;
- 3) principom minimalnosti – moraju biti najmanje nametljiva sredstva od svih koja služe toj svrsi;
- 4) principom srazmernosti – odnos između interesa i ograničenja mora biti srazmeran. ³²

Naredbom o ograničenju i zabrani kretanja predviđena je zabrana izlaska van stanova, prostorija i objekata za stanovanje u stambenim zgradama i izvan domaćinstava (okućnica) u vremenu od 17 do

²⁹ Ustav RS, član 39.

³⁰ Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima, član 12. <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights>, poslednji pristup 5. juna 2022.

³¹ *Ibid.*, član 5.

³² Human Rights Committee, General Comment No. 27: Article 12 (Freedom of Movement), par. 14.

5 časova, osim subotom kada se zabrana odnosi na period od 15 do 3 časa i nedeljom kada se ona odnosi na period od 15 do 5 časova.³³ Naknadno je dozvoljeno izvođenje kućnih ljubimaca od 20 do 21 časa, u trajanju od maksimalno 20 minuta i ne dalje od 200 metara od mesta prebivališta ili boravišta. Pritom je zabranjeno i kretanje u parkovima i na javnim površinama namenjenim za rekreaciju i sport od 20 časova. Te zabrane se ne odnose na određene kategorije lica s obzirom na njihove funkcije ili nužne potrebe.³⁴

Kako se uslov neophodnosti pojavljuje kao ključan i po Konvenciji i po Paktu i po samom Ustavu, nužno je utvrditi da li je zaista bilo neophodno derogirati pravo na slobodu kretanja u predstavljenom obimu. Zaštitna funkcija koju mera zabrane kretanja teži da ostvari jeste suzbijanje širenja virusa smanjivanjem međuljudskih kontakata. Međutim, kako „policijski čas“ traje samo određeni vremenski period tokom dana, jasno je da se time obezbeđuje samo povremeno smanjivanje međuljudskih kontakata. S obzirom na to da je stanovništvo tokom ostatka dana slobodno da se nesmetano kreće, neminovno će dolaziti do međuljudskih kontakata u periodu koji nije obuhvaćen trajanjem „policijskog časa“. Stoga dolazimo do zaključka da ta mera ograničenja nije odgovarajuća za ostvarenje zaštitne funkcije kojoj je namenjena. Dalje, postoje brojne mere koje takođe vode smanjivanju kontakata i sprečavanju širenja virusa (zatvaranje ili ograničenje rada određenih objekata, zabrana okupljanja, uvođenje nastave i rada od kuće itd.) te je neopravdano tvrditi da je mera zabrane kretanja najmanje nametljivo sredstvo od svih koja služe istoj svrsi. Dakle, iako je načelno moguće ograničiti pravo na slobodu kretanja tokom vanrednog stanja, zaključujemo da to ograničenje u datom slučaju nije bilo opravdano, svrsishodno i neophodno.

4.2.2. *Pravo na slobodu i bezbednost ličnosti*

Pravo na slobodu i bezbednost ličnosti predviđeno je Ustavom kao univerzalno pravo koje pripada svima, a shodno tome je i „lišenje

³³ Naredba o ograničenju i zabrani kretanja, tačka 2.

³⁴ Prema Naredbi o ograničenju i zabrani kretanja, tačka 2a, stav 2, pobrojane zabrane se ne odnose na: 1) zdravstvene radnike – sa licencom, 2) pripadnike Ministarstva unutrašnjih poslova, Ministarstva odbrane, službi bezbednosti i Vojske Srbije koji su na zadatku; 3) lica kojima Ministarstvo unutrašnjih poslova izda dozvolu za kretanje; 4) fizička lica kojima je neodložno potrebna zdravstvena pomoć i najviše dva lica u pratnji tog lica; 5) domaće i strane državljane koji su članovi posade teretnih motornih vozila, teretnih brodova, vozopratno osoblje železničkih vozila, posade i kabinsko osoblje vazduhoplova, kojima se obavlja međunarodni prevoz u drumskom, železničkom, vodnom i vazdušnom saobraćaju.

slobode dopušteno samo iz razloga i u postupku koji su predviđeni zakonom“, te „svako ko je lišen slobode ima pravo žalbe sudu, koji je dužan da hitno odluči o zakonitosti lišenja slobode i da naredi puštanje na slobodu ako je lišenje slobode bilo nezakonito“. ³⁵ Kako je to pravo garantovano i Paktom, Komitet je analizirao praksu država ugovornica i zaključio da se ono u izveštajima država neopravdano usko tumači te je naglasio kako ono obuhvata ne samo krivične postupke već i druge slučajeve. ³⁶ Dakle, treba analizirati suštinu samog prava i na taj način ga razgraničiti od prava na slobodu kretanja. Nikola Kovačević (2020, 19) zaključuje da je suština prava na slobodu zapravo pravo na fizičku slobodu, to jest pravo pojedinca da slobodno odlučuje kada, kuda i kako će se kretati u prostoru te i da te svoje odluke sprovede. Suština prava na slobodu kretanja, pak, jeste zakonit boravak na teritoriji odnosne države, slobodno kretanje na njenoj teritoriji i između teritorija različitih država (uz poštovanje obaveza koje te države postavljaju u skladu sa međunarodnim pravom) i slobodan odabir mesta boravka. Pritom, u praksi Evropskog suda za ljudska prava lišenjem slobode se smatra i obavezna izolacija zarad sprečavanja širenja zarazne bolesti. ³⁷

Naredbom o ograničenju i zabrani kretanja građanima starijim od 65 godina u većim, odnosno starijim od 70 godina u manjim mestima, zabranjen je izlazak iz stanova osim nedeljom od 3 do 8 časova, radi kupovine namirnica i obezbeđivanja osnovnih životnih potreba. ³⁸ Ustavni sud Bosne i Hercegovine, države koja je takođe implementirala takve mere, osudio je tu praksu istakavši da „ne postoji proporcionalnost, odnosno pravična ravnoteža između naloženih mera i javnog interesa zaštite javnog zdravlja“. ³⁹ Vesna Petrović i Dušan Pokuševski (2020, 81) smatraju da je to jedna od najdrastičnijih, ako ne i ponižavajućih mera, da za takvu meru nije bilo logičnog objašnjenja jer ona nije mogla biti opravdana zdravstvenim razlozima na koje se državna vlast pozivala – stariji građani nisu bili jedina takozvana „rizična grupa“, s obzirom na to da je dokazano da najugroženiju grupu čine lica sa komorbiditetima. Dakle, nesporno je da pomenutim kategorijama lica nije bilo derogirano pravo na slobodu kretanja već pravo na slobodu

³⁵ Ustav RS, član 27.

³⁶ Human Rights Committee, General Comment No. 8: Article 9 (Right to Liberty and Security of Persons), par. 1.

³⁷ ECtHR, *Enhorn v. Sweden*, application no. 56529/00, judgement of 1 January 2005.

³⁸ Naredba o ograničenju i zabrani kretanja, tačka 1, stav 1 i 2.

³⁹ Ustavni sud BiH, AP 1217/20, 22. 4. 2020, par. 72.

kao takvu – lica starija od 65 godina, odnosno 70 godina, lišena su slobode u smislu člana 27 Ustava, člana 5 Konvencije i člana 9 Pakta, te je termin „zabrana kretanja“ pogrešan budući da su efekti mere nazvane tim imenom jednaki efektima lišenja slobode (Kovačević 2020, 25). Shodno tome, ne samo da je reč o ograničenju koje narušava suštinu samog prava već i o meri derogacije kojom je osobama lišenim slobode uskraćeno pravo da im bude uručena individualna odluka o lišenju slobode sa jasno navedenim razlozima za lišenje slobode i onemogućeno pravo da podnesu zahtev za ispitivanje zakonitosti i opravdanosti lišenja slobode, što je u suprotnosti sa međunarodnim obavezama koje je Srbija preuzela kao potpisnica Pakta.

4.2.3. Pravo na žalbu ili drugo pravno sredstvo

Shodno prirodi mere koja je građane starije od 65, odnosno 70 godina praktično lišila slobode, kao što je već napomenuto, neprihvatljivo je da ona bude propisana opštim pravnim aktom. Štaviše, nije ni propisano da je pravo na pravni lek derogirano već se do tog zaključka dolazi tek posredno, tumačenjem. Ustavom je propisano da „svako ima pravo na žalbu ili drugo pravno sredstvo protiv odluke kojom se odlučuje o njegovom pravu, obavezi ili na zakonu zasnovanom interesu“⁴⁰ te je stoga, smatra Kovačević (2020, 25), bilo neophodno da toj kategoriji lica bude uručen pojedinačni pravni akt koji bi sadržao odluku o lišenju slobode u prostorijama stanovanja i precizno navedene razloge za donošenje takve odluke, kao i da im bude omogućeno pravo na žalbu ili drugo pravno sredstvo pred sudom.

U Priručniku za sudije, tužioce i advokate Ujedinjenih nacija (International Bar Association, Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights 2003, 813) ističe se da derogacija prava na pravne lekove (*habeas corpus* – osporavanje zakonitosti i opravdanosti pojedinačne odluke pred sudskim telom) tokom vanrednog stanja može voditi devastirajućim rezultatima i stanju opšte pravne nezaštićenosti. Naime, država je dužna da dokaže da propisana ograničenja ni na koji način ne ugrožavaju demokratsko funkcionisanje društva.⁴¹ Pošto mera derogacije prava u vidu lišenja slobode kretanja nije ni bila adekvatno iskazana, a kamoli sadržala precizne i jasne kriterijume za

⁴⁰ Ustav RS, član 36.

⁴¹ United Nations, Economic and Social Council, Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights, U.N. Doc. E/CN.4/1985/4, Annex (1985), par. 20.

donošenje mere, a pritom je došlo i do zadiranja u suštinu samog prava, dolazimo do zaključka da su tom merom narušene vrednosti jednog demokratskog društva, a samim tim i njegovo funkcionisanje. Pravo na žalbu ili drugo pravno sredstvo ne sme se uskratiti u slučaju nederogabilnih prava (International Bar Association, Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights 2003, 850), ali, s obzirom na prirodu konkretne situacije, smatramo da je, iako pravo na slobodu spada u kategoriju relativnih prava, bilo nužno pružiti pravo na delotvoran pravni lek licima lišenim slobode. Isto to je zaključio i Komitet, koji je utvrdio da pravo na žalbu ili drugo pravno sredstvo (u vidu preispitivanja zakonitosti i opravdanosti lišenja slobode pred sudom) ne može biti derogirano čak ni tokom vanrednog stanja.⁴² Stoga je, smatra Šrojer, i u nacionalnom i u međunarodnom pravu, celishodnije urediti listu derogabilnih prava, tako da zabrana derogacije ljudskih prava za vreme vanrednog stanja postane pravilo, a izuzetak od pravila postane lista prava koja se mogu derogirati u izuzetnim okolnostima pod tačno propisanim uslovima (Schreuer 1982, 132).

4.2.4. Pravo pojedinca da mu ne bude dva puta suđeno u istoj stvari

Načelo *ne bis in idem*, odnosno pravo pojedinca da mu ne bude dva puta suđeno u istoj stvari, Ustavom je predviđeno tako da „niko ne može biti gonjen ni kažnjen za krivično delo za koje je pravnosnažnom presudom oslobođen ili osuđen ili za koje je optužba pravnosnažno odbijena ili postupak pravnosnažno obustavljen“ te da „istim zabranama podleže vođenje postupka za neko drugo kažnjivo delo“.⁴³ To načelo ima dvojaku funkciju: štiti ljudska prava okrivljenog i štiti interese pravne sigurnosti (Ilić, Milić 2017, 54). Uredbom o prekršaju je predviđeno da će lice koje prekrši zabrane iz Naredbe o ograničenju i zabrani kretanja biti kažnjeno novčanom kaznom od 50.000 do 150.000 dinara, na osnovu prekršajne odgovornosti. Dalje je predviđeno da se prekršajni postupak može pokrenuti i dovršiti čak i ukoliko je protiv učinioca pokrenut ili je u toku krivični postupak za isto delo.⁴⁴ Kova-

⁴² Human Rights Committee, General Comment No. 27: Article 12 (Freedom of Movement), par. 6 i 14.

⁴³ Ustav RS, član 34.

⁴⁴ Član 1 Uredbe o prekršaju za kršenje Naredbe ministra unutrašnjih poslova o ograničenju i zabrani kretanja lica na teritoriji Republike Srbije, *Sl. glasnik RS* 39/2020 i 126/2020.

čević (2020, 9) smatra da su krivična dela koja dolaze u obzir u smislu krivične odgovornosti za kršenje Naredbe o ograničenju i zabrani kretanja: nepostupanje po zdravstvenim propisima za vreme epidemije (član 248 KZ), prenošenje zarazne bolesti (član 249 KZ) i teška dela protiv zdravlja ljudi (član 259 KZ).

Dakle, bez obzira na načelo *ne bis in idem*, omogućeno je da se pojedincu sudi dva puta u istoj stvari, odnosno da za jedno te isto delo i suštinski identično činjenično stanje odgovara i po osnovu krivične i po osnovu prekršajne odgovornosti. U praksi ESLJP je utvrđeno da se postupanjem na takav način direktno krši načelo *ne bis in idem*.⁴⁵ Naime, ESLJP, kada ocenjuje da li je „krivična optužba“ postojala, koristi takozvane Englove kriterijume, te je, u svojoj praksi, utvrdio da novčana kazna izrečena u prekršajnom postupku predstavlja vid kazne čiji su ciljevi orijentisani ka specijalnoj prevenciji zbog čega se ne razlikuje od kazni koje se izriču u krivičnom postupku.⁴⁶ ESLJP je, takođe, naglasio da se prekršajni postupak može uporediti sa krivičnim postupkom u autonomnom značenju tog izraza po Konvenciji. Pravo pojedinca da mu ne bude dva puta suđeno u istoj stvari jeste nedergabilno pravo, na šta nam nesporno ukazuju norme nacionalnog⁴⁷ i međunarodnog⁴⁸ prava. Zbog toga je Uredba o prekršaju, kojom su neposredno povređeni i Ustav i Konvencija, najsporniji pravni akt donet za vreme vanrednog stanja i krunski dokaz vladavine (ne)prava u Republici Srbiji u doba „izvanredne opasnosti koja ugrožava opstanak države ili građana“.

4. ZAKLJUČAK

Na osnovu sprovedene analize možemo prvenstveno zaključiti da proglašenje vanrednog stanja nije bilo nužno, s obzirom na to da je redovan pravni okvir pružao mogućnost delanja na gotovo istovetan način. Čak i da je uvođenje vanrednog stanja bilo opravdano i celishodno, odluku je morala doneti Narodna skupština zbog toga što nije bio ispunjen zakonski uslov koji omogućava da bude doneta

⁴⁵ ECtHR, *Tomasović v. Croatia*, application no. 53785/09, judgement of 10 October 2011.

⁴⁶ ECtHR, *Milenković v. Serbia*, application no. 50124/13, judgement of 1 March 2016.

⁴⁷ Ustav RS, član 202.

⁴⁸ Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, član 15.

putem „rezervne procedure“. Pravni akti koji su bili doneti na osnovu Odluke, kojima su uređene mere odstupanja od Ustavom zajemčenih prava i sloboda, stvorili su stanje opšte pravne nesigurnosti. Naime, u tim aktima nije bio definisan cilj kojem se teži niti su bila navedena konkretna prava koja se derogiraju, a ostavljena je nejasnom i sama priroda i sadržina mera kojima se derogacije uvode (Kovačević 2020, 12). Pritom je pojedincima koji su lično pogođeni tim merama bilo onemogućeno da ulože pravni lek nadležnom sudskom telu. Takođe, derogirano je apsolutno pravo, odnosno načelo *ne bis in idem*, koje je jedno od fundamentalnih pretpostavki za ostvarivanje pravne sigurnosti, pa i same vladavine prava. Kako ističe Radbruch u „Četvrtom minutu“, svaki zakon, pa „čak i rđav zakon, još uvek ima neku vrednost – vrednost da obezbedi pravo nasuprot neizvesnosti“ (Radbruch 2016, 254). Međutim, pravni akti koji su bili deo novog pravnog režima tokom vanrednog stanja nisu uspeli da ostvare čak ni vrednost pravne sigurnosti.

Sve što je napomenuto govori u prilog tome da je za vreme vanrednog stanja neophodno da glavnu reč ima Narodna skupština, kao najviše predstavničko telo i oličenje demokratije u vidu posredne vladavine naroda, nasuprot izvršnoj vlasti, koja se pokazala neadekvatnom utoliko što je delovala na način koji nije u skladu sa Ustavom, Konvencijom i drugim relevantnim normama međunarodnog prava. Takođe, na osnovu analize rezonovanja koju je pružio Ustavni sud u odlučivanju o brojnim inicijativama za ocenu ustavnosti i zakonitosti Odluke o proglašenju vanrednog stanja, možemo zaključiti, kako Jovanović (2020, 164) navodi, da se „srpski ustavotvorni organ na sve načine dovijao ne bi li našao ustavnopravno utemeljenje za postupke vladajuće većine u okolnostima proglašenja vanrednog stanja“. Takvo ponašanje državnog organa koji bi, prema Ustavnoj definiciji, trebalo da štiti ustavnost i zakonitost i ljudska i manjinska prava dovodi u pitanje ostvarivanje vladavine prava i Republike Srbije kao pravne države, a čini se i da je, smatraju Petrović i Pokuševski (2020, 16), time „uloga parlamenta obezvređena, a suverenost građana koja se ostvaruje posredstvom njihovih slobodno izabраних predstavnika dovedena u pitanje“. Konačni zaključak koji možemo izvesti jeste da je, u doba vanrednog stanja u Republici Srbiji, Ajnštajnova misao „Država je stvorena za čoveka, a ne čovek za državu“ transformisana u Matoševu „Država ima svoja prava, a čovek ih nema, umesto da bude obratno“.

LITERATURA

1. Meyer-Resende, Michael, Prillwitz, Hannah-Jill. 2020. States of emergency and the rule of law: A primer. https://www.reconstitution.eu/fileadmin/bilder/re_constitution/Analyse/Primer_SoE_FINAL_web.pdf, poslednji pristup 5. juna 2022.
2. Human Rights in the Administration of Justice: A Manual on Human Rights for Judges, Prosecutors and Lawyers. 2003. Professional Training Series No. 9. Office of the High Commissioner for Human Rights in Cooperation with the International Bar Association, Geneva.
3. Schreuer, Christoph. 1982. Derogation of Human Rights in Situations of Public Emergency: The Experience of the European Convention on Human Rights. *The Yale Journal of World Public Order*: 113–132.
4. Bogdanović, Dragana. 2011. Derogacija i ograničavanje ljudskih prava. *Strani pravni život* 55 (2): 296–302.
5. Ilić, Ivan; Milić, Ivan. 2018. Načelo ne bis in idem u kaznenom pravu Republike Srbije. *Žurnal za kriminalistiku i pravo* 1: 51–69.
6. Jovanović, Miodrag. 2021. Ustavni sud u raljama karlšmitovskih pitanja. *Novi Arhiv za pravne i društvene nauke* 1 (1): 155–165.
7. Kovačević, Nikola. 2020. Analiza mera odstupanja od ljudskih i manjinskih prava tokom vanrednog stanja u Republici Srbiji izazvanog epidemijom zarazne bolesti COVID-19. Beograd: A11 – Inicijativa za ekonomska i socijalna pitanja.
8. Kreća, Milenko. 2020. *Međunarodno javno pravo*. Beograd: Univerzitet u Beogradu – Pravni fakultet.
9. Krstić, Ivana; Marinković, Tanasije. 2016. *Evropsko pravo ljudskih prava*. Beograd: Savet Evrope.
10. Petrović, Vesna, Pokuševski, Dušan. 2020. *Ljudska prava u Srbiji (januar–jun 2020) – Poseban osvrt na poštovanje ljudskih prava u vreme vanrednog stanja*. Beograd: Beogradski centar za ljudska prava.
11. Radbruch, Gustav. 2016. Pet minuta filozofije prava. 253–255. *Filozofija prava*, ur. Dušica Guteša. Univerzitet u Beogradu – Pravni fakultet.

DEROGATION FROM HUMAN RIGHTS
IN THE STATE OF EMERGENCY

Summary

The state of emergency represents a specific legal regime, which can be activated at times of danger that threatens the existence of the nation or its citizens and can make possible for the government to derogate from certain human rights and freedoms guaranteed by the Constitution. In the Republic of Serbia, the state of emergency was declared in 2020. due to the COVID-19 epidemic. Consequently, some rights and freedoms were derogated. The aim of this paper is to analyse the measures at hand, which limit the aforementioned human rights, and in particular to assess whether or not they were in compliance with the Constitution and the European Convention. As the topic of emergency states is multifaceted, it is imperative to look at the situation from different perspectives – however, the main part of this paper is the evaluation of the regime during the state of emergency in the Republic of Serbia.

Key words: *state of emergency, human rights and freedoms, European Convention on Human Rights, Constitution of the Republic of Serbia, measures derogating from human and minority rights*

Jovana Tošić*

THE IMPACT OF COVID-19 RESTRICTIONS ON HUMAN RIGHTS OF IRREGULAR MIGRANTS, REFUGEES AND ASYLUM SEEKERS IN BOSNIA AND HERZEGOVINA

This paper aims to investigate possible human rights violations against irregular migrants, refugees and asylum seekers in Bosnia and Herzegovina as a result of national COVID-19 related measures introduced on the grounds of public health and safety. At the early onset of COVID-19 pandemic, Bosnia and Herzegovina disproportionately interfered with the enjoyment of human rights by imposing series of strict movement restrictions and prohibitions particularly affecting those already in situations of vulnerability. Consequently, people on the move were stranded in the country with limited reception capacities, thus facing severe health and safety risks associated with pandemic. The State's asylum system turned out to be largely ineffective due to persisting institutional gaps as well as reluctance in internal political discourse towards migration issues. Meanwhile, host communities had been turning to xenophobic narratives as a result of political instability and poor migration management during pandemic, which contributed to reinforcement of discriminatory practices.

Keywords: *irregular migration, asylum seeker, refugees, COVID-19, Bosnia and Herzegovina.*

1. OVERVIEW OF MIGRANT SITUATION IN BOSNIA AND HERZEGOVINA

As a part of the so-called Balkan route, Bosnia and Herzegovina (hereinafter: BiH) has been faced with increased migrant arrivals since late 2017.¹ Located at a migration crossroad between Eastern and

* PhD Candidate, University of Belgrade Faculty of Law, tosicjovana92@gmail.com.

¹ BiH authorities detected more than 81.155 registered arrivals to the country between January 2018 and August 2021. Available at: <https://drc.ngo/our-work/where-we-work/europe/bosnia-and-herzegovina/>.

Western Europe, the country easily turned into a perfect hotspot for mixed migration including both people fleeing war and persecution in countries such as Syria and Afghanistan, but also so-called economic migrants or people in search for better living conditions. (Institution of the Human Rights' Ombudsman of Bosnia and Herzegovina 2018, 58). The Una-Sana Canton, located in north-west of BiH, was heavily hit by the increased influx of migrants due to its close proximity to the Croatian border. At the same time, implementation of violent pushback policies as well as stricter border controls by the Croatian authorities have made it more difficult to enter the territory of the European Union (hereinafter: the EU) which resulted in progressive growth of immigrant arrivals to the Canton of Una-Sana (Deidda 2020, 38).

The challenges posed by illegal migration in BiH are two-fold, thus having both external and internal dimensions. Firstly, the country has shown the overall inability to put in place legal and effective return policies due to absence of readmission agreements with countries of origin as well as adequate mechanism for determining one's identity (Mijović 2018, 544). Besides, border closures and COVID-19 contingency measures introduced by many European countries could be understood as an additional external factor affecting the course of BiH's irregular migratory movements. As for the internal perspective, asymmetric burden sharing and unharmonized migration policy, resulting from domestic political disagreements and divisive, nationalistic agendas put forward by incumbent leaders, led to further deterioration of migrant situation in the country. Thus far the EU has provided a significant financial support to BiH in improving their capacities to address the needs of irregular migrants, refugees and asylum seekers.² As correctly remarked by the State Watch (2021) and Mijović (2018, 542), the Union however seems to lack a profound political interest and solidarity in preventing humanitarian emergencies in neighboring countries, including BiH, despite bearing partial responsibility for the situation due to its strict external border controls.

For the time being, BiH is placed in the driving seat with neither multi-level and multi-sectoral approach in place, nor systemic cooperation and solidarity from the neighboring states, including the EU Member States. Consequently, human rights of people on the move

² Since early 2018, the EU has provided EUR 89 million directly to Bosnia and Herzegovina and through implementing partners. Available at: https://ec.europa.eu/echo/where/europe/bosnia-and-herzegovina_en.

are systematically endangered, thus leaving them in situations of permanent uncertainty where they depend solely on assistance of international organizations such as International Organization for Migration (IOM), the UN Refugee Agency (UNHCR), local Red Cross organizations and other relevant partners. With international border closures and halted migratory movements amidst the ongoing COVID-19 pandemic, health and wellbeing of migrants stranded in BiH are put at more risk than ever before.

2. STATE'S RESPONSE TO MIGRATION CHALLENGES DURING THE PANDEMIC

The State's failures in establishing effective asylum system and providing support to the people on the move during the pandemic were reaffirmed by the Amnesty International Report on Bosnia and Herzegovina (2020). Accordingly, political inaction from the competent authorities, including BiH's Council of Ministers and Ministry of Security, has resulted in significant backlog of pending asylum cases and people awaiting registration in the country.

Nevertheless, some state-level awareness of the imminent threats presented by unprecedented influx of refugees and migrants to Europe did exist back in 2016 which resulted in adoption of the Strategy in the field of Asylum and Migration along with the Action Plan for the period 2016–2020 by the BiH Council of Ministers (2016). The said documents encompass some far-fetched details on how the progress of each strategic objective should be achieved in practice, including improvements in the field of border controls, irregular migrations, fight against human trafficking, strengthening of institutional and asylum capacities as well as establishing a permanent system of coordination in line with the EU standards and international refugee law.³

Having in mind the situation on the ground which was further complicated by the outbreak of COVID-19 pandemic, majority of the goals set out in the documents remain unaccomplished to date. As suggested by Mijović (2018, 546), one of the main reasons for such a

³ The EU standards refer to the number of legal acts adopted within the Common European Asylum System which establishes common procedures for international protection and a uniform status to those granted refugee status or subsidiary protection. For further reference *see* Krstić, Davinić 2013, 212; Islam, Bhuiyan 2013.

failure could be found in quite complex decentralization of the power structure between the state and entities (Republika Srpska and Federation of Bosnia and Herzegovina) as set out in the BiH Constitution⁴ which can place disproportionate burden on local governments in the event of a stalemate at the state level as it was the case. Besides, the lack of cooperation among key ministries and bodies at various levels contributes to creating a “buffer zone” with blurred responsibilities and accountabilities for (in)action, which eventually result in violation of some crucial constitutional provisions.⁵ Already hobbled by numerous divisions, the country was caught unprepared by the early outset of COVID-19 pandemic.

A series of countermeasures were adopted against the pandemic which directly targeted the rights of migrants, refugees and asylum seekers. The measures refer to restrictions and prohibitions of movement, public gatherings, use of public transport, as well as ban on allowing unofficial transportation and accommodation to migrants.⁶ What is more, reception conditions further deteriorated during the pandemic with the opening of “Lipa” improvised migrant camp in Una-Sana Canton which was strongly condemned by the representatives of international community in BiH for strikingly poor reception conditions.⁷ As reported by OSCE and Banja Luka Center for Human Rights (2020, 30) the improvised reception facility gradually turned into *de facto* detention center as migrants and refugees were forcibly kept in an overcrowded and unsanitary space in order to limit physical contact with the general public and curb the spread of the virus.

Additionally, the summer of 2020 saw new round of arbitrary prohibitions of migrants’ movement. The Government of Una-Sana Canton, overwhelmed by the migratory pressure and unequal burden sharing, imposed new rules allowing the local police to capture any migrants and refugees residing outside official reception centers and relocate them to the demarcation line between the two Bosnian entities, which some described as a legacy of the country’s 1990s war

⁴ Constitution of Bosnia and Herzegovina (as Amended in 2009), available at: <http://www.ohr.int/ohr-dept/legal/laws-of-bih/pdf/001%20-%20Constitutions/BH/BH%20CONSTITUTION%20.pf>.

⁵ *Ibid.*, Article 2(8).

⁶ Crisis Headquarters of the Ministry of Health, Labor and Social Policy of Una Sana Canton, Order No. 09–33–3099–2/20, 13.03.2020.

⁷ More information available at: <https://www.infomigrants.net/en/post/29469/migrants-in-bosnia-eu-un-officials-condemn-situation-in-lipa-camp>.

(Kovačević 2020). Likewise, relevant authorities of the Serb-dominated entity of Republika Srpska remained persistent in refusing any migrant presence at its territory which rapidly increased the number of people stranded in Bosnia's internal "no man's land" amid rough living conditions and growing COVID-19 pandemic. The situation was worsened by forced closure of some reception centers and additional overcrowding of the ill-equipped "Lipa" camp. The peak of the crisis was reached when the latter was physically destroyed following the withdrawal of IOM and other aid organizations in protest to degrading reception conditions. Since rehousing solutions had been blocked by Bosnian politicians for weeks, hundreds of migrants were forced to reside outdoors in squalid living conditions awaiting humanitarian aid by relevant international partners.

3. HUMAN RIGHTS AND COVID-19: ANALYSIS OF THE ISSUES AT STAKE

Even though restrictions on human mobility were justified from the perspective of COVID-19 pandemic, the virus threats cannot be used as a pretext to strip migrants of their basic human rights. At the early onset of the pandemic, some human rights advocates warned about unintended consequences of COVID-19 containment policies on people seeking asylum or third country resettlement as refugees (Libal *et al.* 2021, 149). In Bosnia and Herzegovina, violation of migrants' human rights only spilled over from the usual situation with the outbreak of global health crisis. Legally speaking, reckless restrictions on fundamental rights and freedoms without ensuring humane treatment for the vulnerable population group can amount to serious breaches of the country's obligations towards international human rights law.

3.1. Series of Movement Restrictions: Deprivation of Liberty or Limitation of Movement?

As illustrated previously, repressive anti-migration measures imposed by the State on the grounds of health protection against the pandemic largely revolved around arbitrary prohibitions and restrictions on migrants' mobility, including bans on movement outside official reception centers, public gatherings as well as use of public and private

transportation means. Prior to any legal assessment of the situation at hand, it is necessary to shed some light on concepts of “deprivation of liberty” and “limitation on freedom of movement” under the European human rights system in order to investigate which one of these categories can be attributed to aforementioned national provisions.

Hence, Article 5 of the European Convention on Human Rights (hereinafter: ECHR or the Convention) is conceptually silent on the notion of “deprivation of liberty” which creates blurred lines between the two legal terms and also complicates its relationship with the Article 2 of Protocol 4 guaranteeing freedom of movement. Nevertheless, in *Austin and Others v the United Kingdom* the European Court of Human Rights (hereinafter: ECtHR or the Court) emphasized that the difference between deprivation of liberty and restriction upon liberty of movement was one of degree or intensity, not of nature or substance.⁸ Therefore, the point of departure has to depend upon a whole range of criteria such as type, duration, effects and manner of implementation of the measure in question. As for the Article 2 Protocol 4 of the Convention, restrictions on freedom of movement in certain areas are permitted if justified by the public interest in a democratic society.⁹

Considering the practical outcome of the BiH Council of Ministers’ decision on prohibition of migrants’ movement in the course of COVID-19 pandemic¹⁰, one might say that there was a disproportional interference with the rights under Article 5 rather than Article 2 Protocol 4 of the Convention, mainly due to existence of coercion and prolonged confinement measures seriously affecting migrants’ physical and psychological wellbeing. Particularly worrying is the fact that there no effective alternatives to immigration detention were identified, even in the case of unaccompanied minors. According to judgments in *Rahimi v Greece* and *H.A. and Others v Greece*¹¹ confinement of unaccompanied children can only serve as a measure of last resort imposed for the shortest period of time, provided that appropriate facilities are ensured. Otherwise, the State is in violation of Article 3 on prohibition of torture, inhuman or degrading treatment, Article 5 on right to

⁸ ECHR, application no. 9692/09, 40713/09 and 41008/09, *Austin and Others v the United Kingdom*, 2012, para. 57.

⁹ Article 2(4) of Protocol 4 to the European Convention on Human Rights.

¹⁰ BiH Council of Ministers, Decision 26/30 on restriction of movement and residence of foreigners in BiH, Official Journal of BiH 26/20, 16.04.2020.

¹¹ ECHR, application no. 8687/08, *Rahimi v Greece*, 2011; ECHR, application no. H.A. and Others v Greece, 16.

liberty and security, but also Article 13 of the Convention in case duration of protective custody measure is undefined. As reported by US Department of State (2020) and Human Rights Watch Report on BiH (2021), prohibitions and restrictions on movement impacted not only undocumented migrants, but also to some extent migrants with a valid proof of asylum intention and naturally wider legal rights with respect to intra-state movements.

Even though imminent threats to public health can justify implementation of certain restrictive policies in accordance with Article 15 of the Convention providing for lawful derogations in time of emergency¹², it is important to consider the availability of less-stringent measures prior to undertaking any discriminatory action of this kind (Parliamentary Assembly Recommendation 1900 of Council of Europe, 2010).¹³ When it comes to migration management amidst the global health crisis, less-restrictive approach would entail special care for groups at risk such as unaccompanied minors, but also milder restrictions on migrants' movement as well as adaptation of housing facilities in line with migrants' humanitarian needs and other State's obligations under the international law.¹⁴

Not only did the State fail to adopt more adequate movement policies, but it also failed to restore the state of normalcy by reviewing disputed restrictions on a periodic basis as to ensure that they last only as long as necessary within the meaning of Article 5 and Article 15 of the Convention, as well as Article 4 of the International Covenant on Civil and Political Rights (hereinafter: ICCPR). Therefore, it is clear that disputed movement restrictions were merely based on discriminatory grounds, rather than legitimate aim, since no such measures had been imposed on the rest of the population in BiH during the pandemic.

Other movement restrictions turned out to be either unfeasible or arbitrary in real-life, thus violating the State's responsibility to protect vulnerable categories from ill-treatment. More specifically, the

¹² Article 15(1) sets out three conditions for a valid derogation: i) it must be in time of war or other public emergency threatening the life of the nation, ii) the measures taken in response to that war or public emergency must not go beyond the extent strictly required by the exigencies of the situation, and iii) the measures must not be inconsistent with the State's other obligations under international law.

¹³ ECHR, application no. 34082/02, *Rusu v Austria*, 2008; ECHR application no. 56529/00, *Enhorn v Sweden*, 2005, para. 4.

¹⁴ For instance, *see* Article 4 of the ICCPR on states of emergency.

ban on gatherings in public places had no practical effect as a result of overcrowding in reception centers and lack of alternative accommodation capacities which forced many migrants to reside and gather outdoors regardless of the prohibitions in place. Before impulsively restricting their rights to freedom of movement and assembly, the State should have provided suitable housing solutions to unaccommodated migrants in accordance with their needs and exigency of the situation.

Furthermore, the ban on transporting migrants, refugees and asylum seekers only served as a motivation for self-organized vigilante groups whose actions were aimed at preventing additional migrant arrivals via buses and other transportation means which only increased the number of people stuck in the “no-man’s land”. As reported by some non-governmental organizations, significant concerns were raised due to non-exclusion of families with children from the scope of these activities in spite of their vulnerable status (Amnesty International, 2020). The fact that Bosnian authorities have failed to prevent vigilante actions and meet specific needs of endangered migrant groups such as unaccompanied children and women makes the country directly responsible for non-compliance with the principle of best interest of the child within the meaning of Article 8 of the ECHR¹⁵, but also state’s positive obligation under Article 3 of the ECHR as well as Articles 7, 17 and 24 of the ICCPR.¹⁶ As noted by some authors, vulnerability as such should serve as a limiting factor when introducing restrictive measures on the ground of public health, which requires rather higher standards of protection during the pandemic, especially considering the specificity of the situation of those in need of international protection (Čučković 2021, 17).

3.2. Lengthy Procedures, Poor Reception Conditions and Associated Health Risks

In the course of recent events, many have expressed their concern over the lengthy administrative procedures as well as growing number of migrants living rough in public places or overcrowded of-

¹⁵ Even though the principle of best interest of the child is not explicitly stated in the European Convention on Human Rights, it has been well-recognized in the case law of the European Court of Human Rights. *See* ECHR, application no. 31679/96, *IgnaccoloZenide v Romania*, 2000.

¹⁶ Also see ECHR, application no. 15297/09, *Kanagaratnam and others v Belgium*, 2011.

ficial reception centers in BiH. As for prolonged procedures, the latest judgment of the ECtHR in the case of *Muqishta v. Bosnia and Herzegovina*¹⁷ is worth recalling. In particular, the Court identified a violation of the right to fair trial embedded in Article 6(1) of the Convention due to failure of BiH's authorities to meet the "reasonable time" requirement within the meaning of the aforementioned article and relevant case law. Although there are neither resolved nor pending cases of this kind before the ECtHR with a reference to the latest migration crisis in BiH, such scenario is also easily imaginable when it comes to asylum procedures, which have been criticized for being lengthy and inaccessible. According to the UNHCR's official report from 2018, out of 70 percent of people who expressed their intention to seek asylum in BiH, only 30 percent submitted formal applications, which perfectly reflects the poor migration management and limited access to asylum procedure in the country. (UNHCR, 2018). Besides, these procedures are particularly inconvenient and almost out of reach for those not accommodated at one of the official reception centers.

Speaking of the reception conditions and associated health risks of migrants and refugees, the available data leaves no room for optimistic predictions. According to Special Representative of the Secretary General on Migration and Refugees to BiH, some 4,000 – 5,300 migrants, out of 9,000 – 10,000 were present in the country and estimated to be living rough, including women and children (2021). Health risks stemming from COVID-19 pandemic were aggravated by reduction of official accommodation capacities after the closure of "Bira" and "Lipa" reception centers, which contributed to additional overcrowding in remaining reception centers even amid harsh weather conditions. From legal point of view, migrants' confinement in reception centers is allowed provided that minimum procedural safeguards are met such as protection from arbitrariness, discrimination and ill-treatment in order to ensure full protection of non-derogable rights at all times.¹⁸

More precisely, Article 5(1) of the Convention states that migrants may be deprived of liberty only in accordance with a procedure prescribed by law while detention measure can be justified on

¹⁷ ECHR, application no. 27994/19, *Muqishta v. Bosnia and Herzegovina*, 2021.

¹⁸ See Article 5(1) of the European Convention on Human Rights, Article 26 of the 1951 Refugee Convention and Article 9 of the ICCPR.

two grounds: to prevent unauthorized entries or for the purpose of expulsion. In *Saadi v Italy*, the Court enlisted several prerequisites for lawful migrants' detention.¹⁹ Thus, in order to avoid arbitrariness and violation of the Convention, the Court stated that this type of detention needs to be driven by the principle of good faith as well as legitimate aim, while the place and duration of detention measure must be appropriate and reasonable. On the other hand, definition of reception conditions is unfortunately contained in very few international human rights instruments. Neither the ECHR nor 1951 Refugee Convention set out exact material standards for migrants' reception, but some of the existing provisions do cover certain rights and freedoms attributable to the subject in question.²⁰ However, the Article 25 of Universal Declaration of Human Rights seems to be more specific in the light of migrants' right to "an adequate standard of living which guarantees their subsistence and protects their physical and mental health", as well as the EU's Reception Conditions Directive²¹ which lays down standards for reception of applicants seeking international protection in terms of accommodation, healthcare, employment as well as special care for vulnerable migrant groups such as women and children. The impressive body of the ECtHR case law, notably in the field of reception conditions of refugees and asylum seekers, significantly helped with clarification of the relevant legal questions and ambiguities.

In light of the Article 3 of the Convention and principle of *non-refoulement*²² thereof, systemic flaws in the asylum system and reception conditions of a state can result in inhuman or degrading treatment. In the infamous case of *M.S.S. v Belgium and Greece* the Court considered that "the feeling of arbitrariness and the feeling of inferiority and anxiety often associated with it constituted degrading treatment contrary to Article 3 of the Convention" while the applicant's distress was

¹⁹ ECHR, application no. 37201/06, *Saadi v Italy*, 2008.

²⁰ See Articles 21 and of the 1951 Refugee Convention. Also see Articles 2, 3, 5 and 14 of the European Convention on Human Rights.

²¹ Directive 2013/33/EU of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 laying down standards for the reception of applicants for international protection (recast), OJ L 180/96 of 29/06/2013.

²² Non-refoulement prohibits states from transferring or removing individuals from their jurisdiction or effective control when there are substantial grounds for believing that the person would be at risk of irreparable harm upon return, including persecution, torture, ill-treatment or other serious human rights violations. See General Principles of the UN Convention against Torture, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, C/50/R.2.

“accentuated by the vulnerability inherent in his situation as an asylum seeker”.²³ In other words, the Court underlined that inappropriate detention conditions can amount to violation of the Article 3 ECHR. Needless to say, not every ill-treatment can fall under the scope of this article which means that a minimum level of severity must exist.²⁴

While any torture accusations against BiH under Article 3 of the Convention would seem rather weak and unfounded, there is a solid ground for claiming inhuman and degrading treatment which involves a lesser degree of suffering inflicted (Moya and Millios 2021, 49). Taking into consideration largely inadequate living conditions of migrants and lack of necessities such as food, shelter, water, electricity, which can cause intense physical or mental suffering, it seems that there is enough evidence to put into question the country’s international obligations under Article 3 ECHR with respect to inhuman treatment of migrants and refugees. (European Commission: Bosnia and Herzegovina Factsheet, 2021). As stated in *Ireland v. the United Kingdom*, mental suffering is equally important element in terms of violation of Article 3 ECHR.²⁵ Even in the absence of actual physical or psychological harm, degrading treatment can be claimed as long as it debases or humiliates the individual, which was specifically emphasized in the case of *Idalov v. Russia*.²⁶

From the perspective of Article 5, taken in conjunction with Article 3 of the Convention, detention measure imposed upon migrants is legitimate and proportionate as long as suitable living conditions are ensured with due diligence.²⁷ Additionally, the Court has found on numerous occasions that poor detention conditions, including overcrowded facilities with lack or absence of adequate sanitation as well as medical care, can amount to degrading treatment.²⁸ Having said that,

²³ ECHR, application no. 30696/09, *M.S.S. v Belgium and Greece*, 2011, para. 233. Also see ECHR, application no. 19400/11, *R.R. and Others v Hungary*, 2013; ECHR, application no. 29217/12, *Tarakhel v Switzerland*, 2014; ECHR, application no. 28820/13, *N.H. and Others v France*, 2020.

²⁴ ECHR, application no. 5310/71, *Ireland v. the United Kingdom*, 1978, para. 162.

²⁵ *Ibid.*, para. 176.

²⁶ ECHR, application no. 5826/03, *Idalov v. Russia*, 2012, para. 41.

²⁷ ECHR, application no. 13229/03, *Saadi v the United Kingdom*, 2008.; ECHR, application no. 42337/12, *Suso Musa v Malta*, 2013.

²⁸ ECHR, application no. 1443705, *Modarca v. Moldova*, 2007; ECHR, application no. 9852/03 and 13413/04, *Hummatov v. Azerbaijan*, 2017.

temporary tent settlements such as “Lipa” camp, without sufficient physical space, access to heating, running water, sanitation or sewage, cannot be regarded as dignified and suitable solution for accommodation of migrants, refugees and asylum seekers, especially considering pandemic health concerns. Thus, overcrowding in densely populated reception facilities with no or limited possibility to practice widely prescribed social distancing and other relevant means of protection makes a perfect breeding ground for the virus transmission and associated health risks which could also possibly impact the right to life under Article 2 of the Convention.

The fact that respective State authorities were indifferent towards migrants, refugees, and asylum seekers, including highly vulnerable migrant sub-category comprised of women and children, makes the country internationally responsible for violation of both substantive and procedural duties under the international human rights law.²⁹ As the situation in reception camps across BiH deteriorates and turns into humanitarian crisis, a handful of alerts has been issued against a possible risk of smuggling and trafficking among migrants who are financially capable to facilitate their onward journey in search for better reception conditions and access to healthcare (Bird 2020, 19). Having in mind that the rise in COVID-19 infections is likely to increase health needs of both migrants and BiH nationals, there is a firm ground to believe that migrants will not be placed in the country’s framework of priorities when responding to the crisis and deciding upon reallocation of available resources.

3.3. Pandemic of Exclusion: Revival of Anti-Immigration Narratives

As some findings suggest, the pandemic fanned the flames of already high-rates of stigma and xenophobia towards people on the move (UNHCR 2021, 1) and BiH was no exception to this trend. Politically and economically fragile post-war countries such as BiH can

²⁹ General Comment No. 17 (2013) on the right of the child to rest, leisure, play recreational activities, cultural life and the arts, available at: <https://www.refworld.org/docid/51ef9bcc4.html>. Also see General Recommendation No. 28 (2010) on the core obligations of States parties under article 2 of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, available at: <https://www.refworld.org/docid/4d467ea72.html>.

serve as a conducive ground for proliferation of extremist behaviors and narratives which many have warned about, including IOM (2021). The COVID-19 related discrimination issues in the country should be tackled from two different angles, namely horizontal (tensions between migrants and host communities) and vertical (tensions between migrants and the host state).

Despite its different manifestations, the problem of growing anti-migrant sentiment seems to be rooted in the State's failure to effectively control spread of the virus, manage migratory movements and halt episodes of discontent and violence suffered by both local communities and migrants in the course of pandemic. Increasingly restrictive COVID-19 related policies, that criminalized not only migrants but all forms of solidarity with them, can be perceived as one of the main causes of these multifaceted tensions (Čebroň et. al. 2020, 412). In spite of its compliance with internationally prescribed standards, the national Law on Prohibition of Discrimination³⁰ remains largely ineffective as a result of, *inter alia*, political obstructionism within the country as well as continuous reductions in budget of BiH Ombudsman Institution which consequently disrupts its powers and operating practices in the field of human rights protection and promotion (Council of Europe, 2021).

Speaking of discrimination from the perspective of international human rights law, all individuals must be guaranteed equal treatment and protection regardless of, *inter alia*, their race, ethnicity, or immigration/citizenship status in any given country.³¹ Additionally, states are obliged to combat and condemn all forms of hatred, xenophobia and discrimination and promote positive narratives which reflect the reality of migrants' real-life experiences. Considering COVID-19 circumstances, the principle of non-discrimination also requires a proactive approach that would benefit the community as a whole and reduce the risk of virus transmission by providing vital life-saving services

³⁰ The BiH Law on Prohibition of Discrimination, BiH Official Gazette 59/09; The BiH Law on Amendments to the Law on Prohibition of Discrimination, BiH Official Gazette 66/16.

³¹ Articles 2(1) and 26 of the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR); Article 2(2) of the International Covenant on Economic, Social, and Cultural Rights (ICESCR); Article 1(1) of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (CERD); Articles 1(3) and 55 of the Universal Declaration of Human Rights (UDHR); Article 3 of the Convention Relating to the Status of Refugees (Refugee Convention).

irrespective of one's affiliation to a particular group. As correctly remarked in International Journal of Refugee Law (2020), COVID-19 pandemic knows no boundaries and respects no borders – it affects everyone irrespective of their nationality, age, gender, race or any other status. However, some might be more exposed and vulnerable to virus infection, such as migrants, refugees and asylum seekers residing in highly occupied facilities with limited or no access to life necessities.

In order to compensate for these differences and comply with the principle of non-discrimination, the State's COVID-19 containment and mitigation measures should be applied to everyone, but not equally, meaning that protection of vulnerable groups would urge additional attention in line with other non-derogable human rights such as right to life, protection from torture, slavery as well as the principle of *nullum poena sine lege*.³² Taking into account inaccessible national programs for socio-economic recovery from COVID-19, unaddressed health needs of migrants, but also other restrictions on citizens' movement during pandemic which did not entail complete movement bans³³, it is obvious that State's approach to the pandemic constituted multiple discrimination based on immigration status, national/ethnic origin and gender. If discrimination is perceived as an unequal treatment of equals (direct discrimination) and/or equal treatment of unequals (indirect discrimination) (Krstić 2018, 16), one might conclude that Bosnian migration policy can be viewed through the lens of the former definition as it disparately impacts rights of persons seeking international protection.

Although the rest of BiH population was also affected by arbitrary movement restrictions that were later declared unconstitutional, disproportional and discriminatory by the BiH Constitutional Court³⁴, it is important to highlight discrepancy between the measures im-

³² No punishment without law.

³³ Conclusion on the mandatory implementation of measures in response to the occurrence of diseases caused by COVID-19 in Republika Srpska, No. 01–3/20; Conclusion on restriction and prohibition of movement on the territory of Republika Srpska, No. 16–3/20, Conclusion on restriction and prohibition of movement of persons on the territory of Republika Srpska, No. 26–2/20; Order prohibiting the movement of persons under 18 and older than 65 in the territory of the Federation of Bosnia and Herzegovina, No. 12–40–6–148–34/20; Order on introduction of ban on movement of citizens on the territory of the Federation of Bosnia and Herzegovina, No. 12–40–6–148–32/20. Also see Constitutional Court of BiH, AP-3683/20 40, E.Š. and Others, 22.12.2020.

³⁴ Constitutional Court of BiH, AP-3683/20 40, E.Š. and Others, 22.12.2020.

posed on the general public and on persons in need of international protection. While the contested age-specific restriction of movement imposed upon entire BiH population might have caused some feelings of distress, migrants had been exposed to greater risks in terms of their physical and mental health as a consequence of absolute movement bans and unreasonably long confinement in overcrowded reception centers across the country. By comparing two different population groups, it is clear that disputed anti-COVID-19 measures were rather rooted in discriminatory preconceptions and attitudes towards people on the move, contrary to the values enshrined in Article 14 of the Convention but also Article 12 of the ICCPR, since no such measures have been inflicted upon host communities at the same point in time.

Therefore, the country has overstepped its discretionary powers when it comes to the proportionality requirement as well as permissible discriminatory treatment of aliens during pandemic times. Not only did the State fail to suppress anti-immigration narratives through different educational or media tools in accordance with its positive obligation, but it also breached its negative duty to abstain from human rights violations. Thus, discriminatory health and mobility measures only stirred up already existing tensions in the country and contributed to perpetuation of social stigma against irregular migrants, refugees and asylum seekers.

4. FUTURE PROSPECTS

Due to persistent institutional gaps and political disagreements at all levels, the country seems to be paralyzed amid numerous exigencies necessitating an effective and prompt response. Inadequate border protection and unequal distribution of the burden among state-level and local authorities pose a serious threat not only to persons seeking international protection but also host communities themselves. In order to prevent humanitarian crisis from unfolding, BiH urgently needs transparent and well-managed migration policy followed by fair distribution of available resources, but also articulated diplomatic action from external partners, including the EU, regional countries as well as migrants' countries of origin. The best-case scenario would also entail an effective management of migrant reception system in line with prescribed international standards as

well as adherence to inclusive and non-discriminatory health practices during the COVID-19 pandemic.

Even though it is important to welcome the latest legislative efforts made with respect to alignment of BiH Bylaw on Asylum with *acquis communautaire*, it is difficult to expect efficient practical implementation of the proposed amendments, bearing in mind persisting anti-immigrant trends. Also, the draft amendments to the Bylaw on Asylum should have been discussed with a wider political audience in BiH (rather than fewer), in line with the 'all-hands-on-deck' approach. The well-functioning asylum system requires a great deal of political support as well as practical functioning of institutions at all levels which is not the case at the moment. The substance of the proposed amendments could have been improved as well because the current ones do not seem suitable for the situations of increased migrant arrivals. Such scenario will most probably be inevitable in the coming months considering mass displacement caused by the ongoing Russia-Ukraine conflict. In order to effectively respond to existing and forthcoming challenges, BiH needs to facilitate internal political dialogue as well as government capacities. As stated by the UNHCR, the asylum procedures should be more efficient and conducted in a timely manner as to allow simultaneous submissions of asylum requests which is necessary in cases of increased migrant flows. Also, a special working group should be established to address the current backlog of pending asylum cases, while the particular attention needs to be drawn to safeguarding procedural guarantees for vulnerable sub-category of migrant groups such as women and children (UNHCR, 2021).

When it comes to irregular migrants and refugees, BiH is in urgent need of more adequate reception conditions from the perspective of both spatial and material requirements. The existing reception centers must be better equipped as required by the exigencies of the COVID-19 situation. Also, expansion of reception capacities should be taken into consideration in order to brace for inevitable migrant arrivals in the future. The country should also work on curbing xenophobic migrant narratives in media and promote fact-based public discourse in order to change the overall perception on migration. Finally, the country needs to ensure effective coordination of border management at all levels, but also to provide for more transparent and proportionate allocation of international humanitarian aid. The practical realization of the latter has been particularly problematic due

to multiple hurdles posed by decentralized power structure. In order to depart from corrupt practices, the country needs to reconsider its methods of aid distribution as to ensure that it is received only by the local governments in need.

5. CONCLUSION

For the aforementioned reasons, it can be concluded that BiH's COVID-19 emergency measures were inadequately implemented without due respect for standards and procedures set out in relevant international human rights instruments. As a result of reckless restrictions and prohibitions imposed in the fight against the ongoing pandemic, rights of persons in need of international protection were heavily affected, including those of both peremptory and discretionary nature.

More specifically, series of movement bans have disproportionately interfered with individual liberty rights under Article 5 of the ECHR, while poor reception conditions and migrants' treatment thereof can amount to inhumane and degrading treatment pursuant to Article 3 of the Convention. Despite the fact that BiH has not been subject to formal accusations within the meaning of the latter article, or at least not yet, it is hard to divert attention from such legal reasoning considering a great deal of the relevant ECtHR case law.

Besides, highly vulnerable migrant groups such as children and women were not taken into consideration, especially in decisions regarding mobility restrictions and family unity. Finally, persons seeking international protection were deprived of their equality rights and freedoms set forth in Article 14 of the Convention as a result of discriminatory treatment between the two comparing groups (migrant communities on one hand and other population groups on the other hand) based on nationality/ethnicity and gender. Therefore, what may have seemed as a justified derogation in time of global health crisis resulted in serious human rights violations and breaches of State's obligations under international law.

As some have correctly explained, portraying migrants as a national security challenge rather than humanitarian concern is related to a broader politicization of immigration issues in BiH (Hodžić 2020, 94). In the absence of adequate long-term solutions, internal coordination and much needed international pressure that goes beyond emer-

gency funding, BiH is likely to turn into a place of recurring humanitarian catastrophe.

LITERATURE

Books/articles:

1. Bird, Lucia. 2020. Smuggling in the time of COVID-19: The impact of the pandemic on human smuggling dynamics and migrant protection risks. Geneva: Global Initiative Against Transnational Organized Crime.
2. Deidda, Elisabetta. 2020. Bosnia and Herzegovina: A Migrant Hotspot at the Gates of Fortress Europe. Linköping: Linköpings Universitet.
3. Islam, Rafiquil, Jahid Hossain, Bhuiyan. 2013. An Introduction to International Refugee Law. Leden: Martinus Nijhoff Publishers.
4. Krstić, Ivana, Marko Davinić. 2013. Pravo na azil – međunarodni i domaći standardi. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
5. Krstić, Ivana. 2018. Zabrana diskriminacije u domaćem i međunarodnom pravu. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
6. Moya, David, Georgios Milios. 2021. Aliens Before the European Court of Human Rights: Ensuring Minimum Standards of Human Rights Protection. Boston: Brill.
7. Čučković, Bojana. 5/17. EU Asylum System in and after the COVID-19 pandemic: disclosing the weaknesses of the current rules and assessing the prospects of the new Pact on Migration and Asylum. EU and Comparative Law Issues and Challenges Series.
8. Hodžić, Kenan. Understanding the Migrant Crisis in Bosnia and Herzegovina. *Criminal Justice Issues* 77/2020; 78–98.
9. *International Journal of Refugee Law*. 2020. Human Mobility and Human Rights in the COVID-19 Pandemic: Principles of Protection for Migrants, Refugees, and Other Displaced Persons, Vol. 32, No. 3; 549–558.
10. Libal, Kathryn et. al. 2021/6. Human Rights of Forced Migrants During the COVID-19 Pandemic: An Opportunity for Mobilization and Security. *Journal of Human Rights and Social Work*; 148–160.
11. Mijović, Ljiljana. 55/2018. Migranti u BiH – praksa Evropskog suda za ljudska prava u odnosu na kolektivno protjerivanje stranaca. *Pravna riječ – časopis za pravnu teoriju i praksu* XV; 541–556.

In press:

1. Kovačević, Danijel. 2020. 'No Man's Land': Migrants, Refugees Stranded at a Bosnian Roadside. *BIRN*, in press.

Reports:

1. Amnesty International. Bosnia and Herzegovina. 2020.
2. Bosna i Hercegovina – Ministarstvo Sigurnosti. Strategija u oblasti migracija i azila i Akcioni plan za razdoblje 2016–2020. 2016. Sarajevo: Amos Graf.
3. Council of Europe. Report of the fact-finding mission by Ambassador Drahošlav Štefánek, Special Representative of the Secretary General on migration and refugees to Bosnia and Herzegovina. 2021.
4. European Commission. Bosnia and Herzegovina: Factsheet. 2021.
5. Institution of the Human Rights' Ombudsman of Bosnia and Herzegovina. Special Report on Migration Situation in Bosnia and Herzegovina. 2018.
6. International Organization for Migration. Bosnia and Herzegovina – migrant presence outside temporary reception centers, round 6. 2021.
7. International Organization for Migration. Bosnia and Herzegovina – Crisis Response Plan. 2021.
8. OSCE, Banja Luka Center for Human Rights. Human Rights in times of COVID-19 – identified omissions in realization of human rights in Bosnia and Herzegovina. 2020. Banja Luka – Sarajevo: Banja Luka Center for Human Rights.
9. The UN Refugee Agency (UNHCR), Refugee and Migrant Situation in Bosnia and Herzegovina. 2018.
10. U.S. Department of State. 2020 Country Reports on Human Rights Practices: Bosnia and Herzegovina. 2020. Bureau of Democracy, Human Rights and Labor.
11. UNHCR. Recommendations concerning the Upcoming Amendment of the Bylaw on Asylum of Bosnia and Herzegovina. 2021.
12. European Civil Protection and Humanitarian Aid Operations Service – Bosnia and Herzegovina. https://ec.europa.eu/echo/where/europe/bosnia-and-herzegovina_en. Last visited 5 November, 2021.
13. Human Rights Watch: Bosnia and Herzegovina – events of 2020. <https://www.hrw.org/world-report/2021/country-chapters/bosnia-and-herzegovina>. Last visited 3 November, 2021.
14. Humanitarian crisis in Bosnia and Herzegovina: “an inevitable consequence” of EU border externalization. <https://www.statewatch.org/news/2021/january/humanitarian-crisis-in-bosnia-and-herzegovina-an-inevitable-consequence-of-eu-border-externalization-say-major-ngos/>. Last visited 1 November, 2021.

Andrej Confalonieri*

THE MEANING OF “WAR OR OTHER PUBLIC EMERGENCY THREATENING THE LIFE OF THE NATION” IN THE JURISPRUDENCE OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

The European Convention on Human Rights states that human rights can be derogated only during “war”, which has never been done, or “other public emergency threatening the life of the nation”, which was first defined a threat to the State’s community organised life affecting its whole population (Lawless case). In the Greek case the Court specified that the danger must be imminent and actual, have effects on the whole nation, threaten the continuance of the community’s life and be unmanageable by measures of ordinary law. The Court thereafter affirmed that a public emergency can last many years and that the crisis can be present only in part of a state’s territory. The State, however, has no “unlimited power of appreciation” due to the Court’s supervision. The author thinks that Covid-19 can be deemed a public emergency because the conditions from the Greek case are fulfilled.

Keywords: *war, other public emergency threatening the life of the nation, European Court of Human Rights, Lawless case, Greek case.*

1. INTRODUCTION

Sometimes, States can be faced with situations threatening the general safety of their people. Those precarious situations, during which violent conduct is frequent (Schreuer 1982, 113), could be referred to as the ones with a danger far beyond the normal limit and may be caused both by internal factors, such as civil wars, political tensions, uprisings, revolutions or natural disasters, and external, like international armed conflicts or international terroristic activity. In

* Undergraduate student, University of Belgrade Faculty of Law, andrej.confalonieri@gmail.com.

those particular circumstances, if certain additional conditions are met, the States can establish a specific “extraordinary legal system” in which the “legal protection of human rights is reduced” (Eboli 2010, 1–3). Indeed, most international¹ and regional² human rights treaties express the possibility of the parties to derogate human rights under some circumstances.³ Pursuant to this approach of the different human rights conventions, the legal doctrine considers the possibility to derogate (some)⁴ rights when certain conditions are fulfilled one of the basic principles of international human rights law, given that “their unlimited use would mean such rights do not really exist for everyone” (Paunović, Krivokapić, Krstić 2010, 62).

The same method was used when adopting the European Convention on Human Rights (hereinafter ECHR). According to Art. 15 (1) thereof, States need to satisfy three requisites to derogate human rights and freedoms. First, derogation can only be invoked “in time of war or other public emergency threatening the life of the nation”.

¹ See, for example, Art. 4 of the International Covenant on Civil and Political Rights (hereinafter ICCPR).

² See e.g., Art. 27 of the American Convention on Human Rights.

³ However, some do not. For instance, the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights does not explicitly declare the right of the State to limit rights, but instead generally affirms that “the State may subject such rights only to such limitations as are determined by law only in so far as this may be compatible with the nature of these rights and solely for the purpose of promoting the general welfare in a democratic society” (Art. 4). The topic is dealt in the same way in Art. 29(2) of the Universal Declaration of Human Rights. On the other hand, the African Charter on Human and Peoples’ Rights does not contain any general derogation clause and it allows the Contracting Parties to derogate human rights according to their domestic laws, which is really problematic since they are restrictive and extremely severe (wa Mutua 2000, 5–6; Paunović, Krivokapić, Krstić 2020, 63–64, 67).

⁴ Most human rights treaties have a list of some rights that can never be derogated, not even in situations of dangers for the whole nation. They are deemed to have a “special place in the hierarchy of rights” (Malcolm N. Shaw 2008, 274–275). According to the ECHR and its protocols, the non-derogable rights are the one to life except in cases resulting from lawful acts of war, the prohibition of slavery and forced labour, the non-retroactivity of criminal offences (Art. 15 (2) ECHR), the prohibition of death penalty in time of war (Art. 3 of the Protocol no. 6) and the right not to be tried or punished twice (Art. 34. of the Protocol no. 7). This was confirmed, for example, in *Selmouni v. France* (ECtHR, application no. 25803/94, judgement of 28 July 1999), when the Court declared that, “even in the most difficult circumstances, such as the fight against terrorism and organised crime, the Convention prohibits in absolute terms torture or inhuman or degrading treatment or punishment (para. 95). See Paunović, Krivokapić, Krstić 2010, 66–67; Lauso Zagato 2006, 143–144; Shaw 2008, 274–275.

Second, the measures can only be taken “to the extent strictly required by the exigencies of the situation”. Ultimately, they need to be consistent with the Contracting Party’s other obligations under international law. This paper deals only with the first condition, analysing the terminology used in Art. 15 and interpreted by the European Court of Human Rights (hereinafter ECtHR or the Court) in its jurisprudence. The importance of this issue has been brought up again with the outbreak of a global pandemic caused by *Covid-19*.

2. “WAR” IN THE LEGAL DOCTRINE

The term “war” is hitherto unexplained in the ECtHR’s jurisprudence. The Court has underlined in its Guide on Article 15 (2021) that it has never needed to give an explanation of the term, considering that derogations on this ground are yet to be made (see Stefan Kirchner 2010, 10). That is why this section only refers to the theoretical point of view of the legal doctrine on this topic.

Strictly referring to Art. 15, the term “war” would just regard conflicts between States. However, when adopting the ECHR, the lawgivers could not consider the subsequent advances of international humanitarian law, namely the ones in the second part of the 20th and the 21st century (Kirchner 2010, 10–11). Currently, the word “war” does not only mean a “formally declared conflict”, but also every declared or non-declared international conflict (Zagato 2006, 140). Even if before World War II, for a war to be considered as such legally, it required an officially made declaration, those declarations are now essentially “non-existent” (Andreas Paulus, Mindia Vashakmadze 2009, 97), especially in light of the possibility of the denial of the presence of war by a State in a conflict. Indeed, wars may exist if negated by one party (Jean Pictet 1952, 32; Zagato 2006, 140). In other words, as of today, a formal declaration of war or the acknowledgement that one exists is not necessary.⁵ Hence, the term “war” has been deliberately substituted with the expression “armed conflict”, which can be of international or internal character (see Shaw 2008, 1190–1199). The former, in relation to Art. 2 of the 1949 Geneva Conventions, was defined by Pictet (1952, 32) in the *Commentary on the I Geneva Convention* as “any difference

⁵ So, the Geneva Conventions are to be applied even without formal declarations of war (Shaw 2008, 1190).

arising between two States and leading to the intervention of member of the armed forces”, whilst the latter exists when there is resort to armed force “or protracted armed violence between governmental authorities and organised armed group or between such groups within a State”.⁶ Regarding the question whether an internal conflict can be regarded as a situation of war or if it should be considered a public emergency, Zagato (2006, 140–141) provides that in case of civil wars effectively taking place in the whole territory of a nation an armed conflict still exists. As an illustration, he mentions the jurisprudence given to the ICTY,⁷ which was responsible for the crimes committed in the former Yugoslavia in the 1990s. He concludes by stating that asymmetrical conflicts (international terrorism, which mostly involves both state and non-state entities)⁸ should be considered public emergencies that threaten the life of the nation. The author shares Zagato’s point of view on situations of internal armed conflicts, in light of the replacement of the term “war” with the expression “armed conflict”. Indeed, armed conflicts can be both internal and international and can thus be regarded as “war”, since the latter is a synonym of an “armed conflict”. Nevertheless, considering that international humanitarian law does not apply in situations of “internal disturbances and tensions, such as riots, isolated and sporadic acts of violence and other acts of a similar nature”,⁹ a “protracted armed violence” is what needs to exist for a state to be able to invoke Art. 15 of the ECHR.

Notwithstanding the aforementioned, defining the term “war” is not as important as elucidating the meaning of the locution “other public emergency threatening the life of the nation”, as the former constitutes just an illustration of the latter (Kirchner 2010, 10; Zeidy 2003, 283; Svensson-McCarthy 1998, 290). Svensson-McCarthy (1998, 290) adds that neither the *travaux préparatoires* nor the jurisprudence of the Court (and the opinions of the Commission) give any reason to dispute this conclusion. For a valid derogation in time of war, such war needs to be a threat to the life of the nation, as the status of war does not automatically mean that the nation is in danger (Zagato 2006, 140).

⁶ International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (hereinafter ICTY), *The Prosecutor v. Duško Tadić*, IT-94-1-A, judgement of 26 January 2000, para. 70.

⁷ Zagato, however, does not refer to a specific case.

⁸ E.g., the conflict between Israel and Hamas (Paulus, Vashakmadze 2009, 97, 108).

⁹ Art. 1 (2) of the Additional Protocol II of 1977 to the Geneva Conventions.

In the Report of the Commission of the *Lawless* case,¹⁰ nine out of 14 Commissioners¹¹ held that the expression “time of war” does not only mean “total wars”, but also “less comprehensive war situations” if they “threaten the life of the nation”. Indeed, considering only total wars would be revising the ECHR.

What can be concluded is that if a war is official declared by or towards a Contracting party, or if there exists its involvement in an international or internal armed conflict (Zeidy 2003, 283) and if the life of the nation is threatened, the first condition from Art. 15 is clearly fulfilled.

3. “OTHER PUBLIC EMERGENCY THREATENING THE LIFE OF THE NATION” IN THE JURISPRUDENCE OF THE ECTHR

3.1. The Court’s initial point of view in *Lawless v. Ireland*

3.1.1. *The facts of the case*

Having been arrested two times already after he admitted being a member of the illegal Irish Republican Army (hereinafter IRA), Gerard Richard Lawless was re-arrested on 11th July 1957 as it was suspected that he still was a member of the IRA.¹² He was detained with no charge nor trial until 11th December.¹³ The Court held that the situation could be regarded as a “public emergency threatening the life of the nation”, pointing out the three main points that contributed to bringing such judgement: first, the presence, in the Republic of Ireland, of a “secret army engaged in unconstitutional activities” which used violence for reaching its goals; second, its operations were not only undertaken within the Republic but also in the neighbouring states, outside the territory of the State, therefore endangering their relations with the Republic; third, the persistent and alarming growth of terrorist activity in the autumnal time of 1956 and the first half of 1957.¹⁴

¹⁰ ECtHR, *Lawless v. Ireland*, application no. 332/57 (A/3), judgement of 1 July 1961.

¹¹ Report of the Commission, ECtHR, Series B, 1960–1961, 81–82, para. 90; see also Svensson-McCarthy 1998, 294–295.

¹² *Lawless v. Ireland*, paras. 19–20.

¹³ See *ibid.*, paras. 20–28.

¹⁴ *Ibid.*, para. 28.

It was not specified how much those factors contributed to the final decision, so it is to be deduced that they cumulatively resulted in the final evaluation of the case (Svensson-McCarthy 1998, 293).

3.1.2. “Other public emergency threatening the life of the nation”

The expression was explained for the first time in the Commission’s report of the *Lawless* case.¹⁵ Nine of its members held that it could be regarded as “a situation of exceptional and imminent danger or crisis affecting the general public, as distinct from particular groups, and constituting a threat to the organised life of the community which composes the state in question”. However, in his dissenting opinion, the Commission member Ermacora¹⁶ affirmed that a state of emergency could only exist if the various branches of the government are no longer able to function, whereas Susterhenn¹⁷ held that the term “public emergency” has to be “tantamount to war”.

The aforementioned definition was rephrased in the judgement, where the Court stated that a public emergency is “an exceptional situation of crisis or emergency which affects the whole population and constitutes a threat to the organised life of the community of which the State is composed”.¹⁸ It can be deduced that the Court held that there are three main requisites for a situation to be considered a public emergency: first, its exceptionality and imminence; second, the whole population has to be affected; last, the “organised life of the community” must be threatened (Svensson-McCarthy 1998, 292). This definition is really important as it represented the “starting guideline” of all the later Court’s judgements on this topic (Zeidy 2003, 281), even if no closer explanation of those requirements was given. The issue with the definition is that the English version of the judgement is slightly different from the French one.¹⁹ Indeed, the latter affirms that the emergency should not only be exceptional but also imminent. On the one

¹⁵ Report of the Commission, ECtHR, Series B, 1960–1961, 82, para. 90.

¹⁶ *Ibid.*, 101, para. 96.

¹⁷ *Ibid.*, 95, para. 93.

¹⁸ *Lawless v. Ireland*, para. 28.

¹⁹ It is important to underline this due to both texts being “equally authentic”, as provided not only at the end of the ECHR, but also after every Protocol thereto. Moreover, the Commission held that the French version is neither a translation of the English one, nor that the preparatory material for the convention show this (*ibid.*, para. 11; Duke Law Journal 1962, 253–254).

hand, thanks to this addition, it can be deduced that situations that may only possibly become a threat to the nation cannot be regarded as imminent. On the other, it suggests that the danger does not need to be actual. The difference between “actuality” and “imminence” is that the latter means “existing” or “real”, whereas the former refers to a danger that is “about to happen” (Svensson-McCarthy 1998, 292, 298–299).

Concerning the last requisite, different points of view exist. Kirchner (2010, 11) maintains that a situation “threatening the life of the nation” does not signify a danger for the existence of the state or its people, but that it should be rather interpreted broader, in the context of the safeguarded “way of life”. It could also indicate danger for the present “power structure”, but this understanding could be problematic due to it not being specific. Its strict interpretation could lead to the conclusion that, in cases of oppositions winning an election, the “power structure” would also be in danger so human rights could be derogated by the Government. An even more doubtful interpretation of the term would be the “economic condition of a community”, owing to its unpredictability, which could result in a State introducing forced labour as an excuse to solve it. So, Schreuer (1982, 122–123) suggests that the proper meaning is the physical health of the citizens of a State, particularly in the context of widespread violence. The problem here would be the State causing a violent climate within it just to justify its claim of the existence of a dangerous situation. The author deems the possibility of the people to exercise the rights guaranteed to them to be the essential factor. First, agreeing with Schreuer, the “physical well-being of the population” is fundamental since, if the physical welfare of the people is in danger, especially in situations of violent disturbances, they will not be able to enjoy their rights. Second, the community relies on the government, the parliament, the courts, and the other organs to protect them when their rights are violated. If such organs are in jeopardy, they cannot possibly defend people’s rights.

3.1.3. The Court’s decision

Some unconvincing arguments can be found in the Court’s judgement. First, the ECtHR affirmed that, regardless of the dire situation, the Irish Government had been able to keep the “more or less” normal function of the public institution using measures of “ordinary legislation”.²⁰ The question that arises is: if a government can solve a

²⁰ *Ibid.*, para. 29.

crisis only utilising ordinary legislation, how can that situation be considered a public emergency? Svensson-McCarthy (1998, 294–295) maintains that the evidence that a state should be able to overcome a hazardous state of affairs resorting only to standard restrictions on the enjoyment of human rights strongly indicates that a situation should not be regarded as exceptional. Five members of the Commission also opined there was no ground for a public emergency, considering the ordinary functioning of the various Irish organs. For them, the emergency could only be regarded as latent (Svensson-McCarthy 1998, 298). Defending the decision of the Court, Oren Gross (1998, 469) provides that it was probably decided this way in light of the Court's opinion that there was the need for a derogation to “combat an illegal military organization” which had used violence versus a legitimate government, which is essentially the opposite situation of the “Greek case”²¹ (see below).

3.2. The Greek case – a more precise understanding of a “public emergency”

3.2.1. *The facts of the case*

Denmark, Norway and Sweden Netherlands thought the Greek junta, an unlawful military association that had made use of violence to overthrow a legitimate Government (Gross 1998, 469), successfully doing so, had violated the ECHR, banning political parties and parliamentary elections, setting up special courts, imprisoning thousands of people for prolonged time while not bringing them before a competent judicial authority and applying censorship to the press and private communications while not proving that those measures were taken in a public emergency.²² Despite the junta affirmations that such activities had been done because the Communists in Greece had created a situation “which was bringing the country to the brink of anarchy”, resulting in the killing of hundreds policeman and civilians in the quotidian political strikes,²³ the Court held that the ECHR had been breached as there was no basis for a public emergency.²⁴ The records did not show that the police was at or near the limit of their ability to

²¹ ECtHR, *Denmark, Norway, Sweden and the Netherlands v. Greece* (the “Greek case”), application no. 3321/67, 3322/67, 3323/67, 3344/67.

²² *Ibid.*, para. 40.

²³ *Ibid.*, paras. 133–136.

²⁴ *Ibid.*, para. 164.

deal with protests and disturbances and that “they acted without need of assistance from the armed services”.²⁵ It was added that not only was the picture of strikes and work stoppages similar to the one in many other countries in Europe over a similar period, but also “the length of strikes and stoppages” was “more favourable than in some”.²⁶ Therefore, the Greek junta had failed to “show that the conditions justifying measures of derogation under Art. 15” had been and continued to be met, since the burden to prove a public emergency exists lies upon the Government.²⁷

3.2.2. Further developments of the definition

A closer explanation of the locution “public emergency threatening the life of the nation” was given in the *Greek case*.²⁸ It was declared that a situation can be regarded as a public emergency if four conditions are fulfilled cumulatively. First, actuality and imminence are required. Second, “its effects must involve the whole nation”. Third, “the continuance of the organised life of the community” needs to be threatened. Finally, the crisis or the danger has to be “exceptional, in that the normal measures or restrictions, permitted by the Convention for the maintenance of public safety, health and order, are plainly inadequate”.

Unlike in the *Lawless case*, the ECtHR opted for the same French and English definition, this time adding the French term *imminent* to the English version. Therefore, a time limit was set. The Court also specified that imminence and actuality must exist at the moment when a State adopts the various extraordinary means to solve the hazardous situation.²⁹ Indeed, the Contracting Parties to the ECHR cannot invoke a public emergency as a preventive measure, which means that States cannot restrict human rights in response to exceptional situations that are yet to arise (Zeidy 2003, 284). So, the specific threatening circumstances need to be “present” (Svensson-McCarthy 1998, 301). Another dissimilarity with the *Lawless case* is that, instead of the term “population”, the Court decided that “nation” was the more suitable expression, despite not explaining the reason behind the switching.

²⁵ *Ibid.*, para. 160.

²⁶ *Ibid.*, para. 161.

²⁷ *Ibid.*, para. 154.

²⁸ Para. 153.

²⁹ *Ibid.*, para. 157.

Svensson-McCarthy (1998, 301–302) suggests that a possibility is that the Court regarded the latter term the better, since it is the one used in Art. 15. The criterion of “exceptionality” means that it is necessary the existence of “clear and reliable evidence” that measures of ordinary law are non-sufficient for dealing with a dangerous situation. This was clearly a correction of the *Lawless* judgement.

3.2.3. *The Court’s decision*

This Court’s judgement is the sole case wherein it had to decide whether a public emergency existed which resulted in a denial of the Government’s claims. Gross (1998, 468–469) thinks the Court’s job was easy since the Greek junta was a non-democratic regime, unsupported by all the other Contracting Parties to the ECHR. Being undoubtedly different from all the future cases concerning democratic regimes, this decision would not compromise them.

At this point, a question arises: had the Court instead found that the necessary grounds for a public emergency existed, would the derogation have been valid? Indeed, Art. 18 of the ECHR provides that the “restrictions permitted under this Convention to the said rights and freedoms shall not be applied for any purpose other than those for which they have been prescribed”. The ECtHR explicitly affirmed that the scope of Art. 18 is “to prohibit the misuse of power”.³⁰ It seems appropriate to deduce that a non-democratic Government trying to keep power by derogating human rights in a public emergency caused by itself when overthrowing the previous one is not acting within the scope of the ECHR. Hence, such derogations, even if made on plausible grounds, would not be accepted by the Court due to it not complying with Art. 18. Ermacora thought that the proclamation of a public emergency in the *Greek* case would have been “incompatible” with the Convention, even if there was the basis for a public emergency (Svensson-McCarthy 1998, 306–307).

3.3. The later jurisprudence

Despite being clear in the *Greek* case, not only has the Court analysed and explained more in detail some of the mentioned conditions, but it has also changed its point of view on some of them.

³⁰ ECtHR, *Merabishvili v. Georgia*, application no. 72508/13, judgement of 28 November 2017, para. 303; ECtHR, *Ilgar Mammadov v. Azerbaijan*, application no. 15172/13, judgement of 29 May 2019, para. 189.

As for the adjective “imminent”, the Court furtherly pointed out that there is no need for a state to suffer damage before taking action. In *A. and Others v. the United Kingdom*,³¹ it affirmed that the condition of imminence has to be understood wider, thereby not requiring a disaster to happen in a State for it to be able to handle a dangerous situation by derogating human rights. That is why it was accepted that, following the al-Qaeda attack in the United States, a threat to the United Kingdom could exist even if no terroristic attacks had taken place in the latter state. Due to the imminence of the attack, which means that an atrocity could have been committed at any moment without a warning, the Court held that “the danger was credible”.³² It also emphasised that, having in mind the scope of Art. 15, the presence of a danger threatening the life of the nation needs to be evaluated, in the first place, concerning the known facts at the moment when the derogation was made, but the ECtHR can still consider the information subsequently discovered.³³

As previously mentioned, in the *Greek* case, the Court stated that the crisis must involve the whole nation. This requisite needs to be furtherly explained, as one would think that the whole population of a country needs to be put in danger. In its jurisprudence, the ECtHR showed that there is no need for danger to be present in the whole territory of a State since it can exist only in a part thereof: human rights can be restricted only in a region of it. What is important is that the whole nation is endangered, which can be caused both by events happening in the whole State or only an area of it (*Zeidy* 2003, 284). It is not thus required for the whole country to be in danger. This was clarified, for example, in *Ireland v. the United Kingdom*.³⁴ The Court held that a public emergency existed in the six counties of Northern Ireland, considering the high number of deaths in the fight against the IRA.³⁵ The ECtHR used the same approach in *Aksoy v. Turkey*,³⁶ when it held that PKK terrorist activity³⁷ had created a public emergency in South-East Turkey.

³¹ ECtHR, *A. and Others v. the United Kingdom*, application no. 3455/05, judgement of 19 February 2009, para. 177.

³² *Ibid.*

³³ *Ibid.*

³⁴ ECtHR, *Ireland v. the United Kingdom*, application no. 5310/71, judgement of 18 January 1978, para. 205.

³⁵ See *ibid.*, paras. 12 and 29–75.

³⁶ ECtHR, *Aksoy v. Turkey*, application no. 21987/93, judgement of 18 December 1996, para. 70.

³⁷ Terroristic activity, in general, has been present in many of the cases regarding Art. 15 in light of the goal of terrorism, which is to endanger the most impor-

The question of the temporality of a public emergency must also be addressed. In other words, how much time can the emergency last? The ECtHR has never set a time limit. In *A. and Others v. the United Kingdom*,³⁸ it maintained that, in its jurisprudence, it had never expressly required the emergency to be temporary. Indeed, even if the proportionality of the reaction might be related to the length of the crisis, a public emergency could last several years. The Court did not consider the derogation in the UK to be unlawful just because it was not temporary. This principle was also applied in the situation in Northern Ireland in *Ireland v. the United Kingdom*,³⁹ *Marshall v. the United Kingdom*⁴⁰ and *Brannigan and McBride v. the United Kingdom*.⁴¹

3.4. The “margin of appreciation”

Given that a state can limit human rights before a disaster occurs, it is, at first, for the State to decide whether a situation can be considered a public. According to Steven Greer (2000, 5), this right of the State, called “margin of appreciation”, is the leeway that the “Strasbourg institutions” are willing to provide the national authorities in carrying their responsibilities under the ECHR. Gross (1998, 496) suggests that it signifies that, in the determination of an emergency situation, neither the Commission nor the Court will intervene in the decision of a State if it believed that extraordinary measures were essential to solving the crisis if this judgement “falls within a certain margin of appreciation”. Not contained in the Convention, the margin of appreciation was affirmed as a principle for the first time by the Commission in *Greece v. the United Kingdom*⁴² and it was confirmed in many cases.⁴³

tant democratic institutions of a state, which can result in a public emergency if the state is unable to protect itself and its citizens by ordinary means (Tanca 1990, 269).

³⁸ Para 178. The case is different with the ICCPR since the United Nations Human Rights Committee thinks that the measures derogating from this treaty have to be of “an exceptional and temporary nature”. See also para. 110 of the same case, which refers to General Comment No. 29 of 24 July 2001 on Art. 4 of the ICCPR.

³⁹ Paras. 205, 212.

⁴⁰ ECtHR, *Marshall v. the United Kingdom*, application no. 41571/98, judgement of 10 July 2001.

⁴¹ ECtHR, *Brannigan and McBride v. the United Kingdom*, application no. 14553/89; 14554/89, judgement of 25 May 1993, para. 47.

⁴² Yearbook of the European Convention on Human Rights, vol. 2 (1959), 1960, 172–197.

⁴³ E.g., *Brannigan and McBride v. the United Kingdom*, para. 43; ECtHR, *Mehmet Hasan Altan v. Turkey*, application no. 13237/17, judgement of 20 March 2018, para. 91.

In *Ireland v. the United Kingdom*,⁴⁴ the Court affirmed that it is first and foremost the obligation of every Contracting Party to evaluate if the life of the nation thereof is endangered by a public emergency. If the answer to this question is positive, the State, primarily, has also the right to decide “how far it is necessary to go” when trying to deal with the crisis, due to the national authorities being “in a better position” than the ECtHR when deciding about the existence of a public emergency and the useful measures undertaken to handle it, in light of “their direct and continuous contact with the pressing needs of the moment”. This is the appropriate way of coping with a crisis, considering that the management of a dangerous situation has a political character, not judicial, as well as because various states may require nonidentical ways of dealing with an emergency (Greer 2000, 24). Taking into account that it is almost a certainty that the Court will accept the government’s reasoning (Gross 1998, 497), most of the states interpreted the “margin of appreciation” less strictly (Zeidy 2003, 284). In addition, the principle varies depending on the protected right since the Court deems national interests to be more relevant than individual ones, making the “margin of appreciation” broader when the former ones are at risk. Kirchner maintains that approaching the principle in this way is dubious as the aim of human rights law is to safeguard individuals in opposition to the majority (Kirchner 2010, 8).

Nevertheless, an upper limit is set, which means that States have no “unlimited power of appreciation”, due to the ECtHR having the right to judge if they have exceeded the “extent strictly required” to handle the emergency.⁴⁵ The State’s right to primarily decide if the life of the nation is threatened is “accompanied by a European supervision”.⁴⁶ The problem is that this supervision does not take place *ex officio*, but rather there has to be a complaint filed by another Contracting Party or by a non-governmental organisation, an individual or a group thereof.⁴⁷ Under Art. 15(3), there is only a general obligation for the State to notify the Secretary General of the Council of Europe (hereinafter Secretary General) about the derogation and the undertaken measures, with the latter just registering notices of derogation without examining the merits. That’s why Schreuer (1982, 131) affirms

⁴⁴ Para. 207.

⁴⁵ *Brannigan and McBride v. the United Kingdom*, para. 43.

⁴⁶ E.g., *ibid.*; *Ireland v. the United Kingdom*, para. 207; *Mehmet Hasan Altan v. Turkey*, para. 91.

⁴⁷ See Art. 33–35 of the ECHR.

that the establishment of a perpetual supervisory organ analysing the derogations *ex officio* is recommendable.

Finally, it can be concluded that, even if the “margin of appreciation” has its limits, it is very likely that a State will never reach them, as the ECtHR’s case-law shows. Except for *Greek* case, there are no judgments wherein the Court held that there were no grounds for accepting the reasoning of a state for declaring a public emergency.

3.5. Covid-19

According to the Council of Europe Factsheet (2020), at the beginning of 2020, the *Covid-19* pandemic spread, causing ten Contracting Parties to the ECHR, between March and April, to notify the Secretary General of the decision to invoke Art. 15. Despite having in common the declaration of the state of emergency, not all countries did use the same terminology. Only Romania,⁴⁸ Armenia,⁴⁹ the Republic of Moldova,⁵⁰ Georgia,⁵¹ the Republic of North Macedonia⁵² and the Republic of Serbia⁵³ referred to it as a “state of emergency”. Estonia⁵⁴ and Latvia⁵⁵ labelled it as an “emergency situation”, Albania⁵⁶ as a “state of natural disaster” and the Republic of San Marino⁵⁷ as “urgent measures” (Krstić 2020, 8).

The Court, of course, has not yet had the opportunity to give its opinion on whether those declarations have been made according to the ECHR, which means that it is an open question if a “disease” can be considered a public emergency. In its jurisprudence, the ECtHR

⁴⁸ See its Note verbale of 18 March 2020 at: <https://rm.coe.int/09000016809cee30>.

⁴⁹ See its Note verbale of 20 March 2020 at: <https://rm.coe.int/09000016809cf885>.

⁵⁰ See its Note verbale of 20 March 2020 at: <https://rm.coe.int/09000016809cf9a2>.

⁵¹ See its Note verbale of 20 March 2020 at: <https://rm.coe.int/09000016809cff20>.

⁵² See its Note verbale of 2 April 2020 at: <https://rm.coe.int/09000016809e1288>.

While most of the states notified the Secretary General in eight days or less, the Republic of North Macedonia did it after 14 days (Krstić 2020, 9).

⁵³ See its Note verbale of 7 April 2020 at: <https://rm.coe.int/09000016809e1d98>.

Serbia waited exactly three weeks to send its notification (Krstić 2020, 9).

⁵⁴ See its Note verbale of 20 March 2020 at: <https://rm.coe.int/09000016809cfa87>.

⁵⁵ See its Note verbale of 16 April 2020 at: <https://rm.coe.int/09000016809e2bd8>.

⁵⁶ See its Note verbale of 1 April 2020 at: <https://rm.coe.int/09000016809e0fe5>.

⁵⁷ See its Note verbale of 14 April 2020 at: <https://rm.coe.int/09000016809e2770>.

Of the ten aforementioned states, the Republic of San Marino is the one which sent its notification to the Secretary General with the biggest delay, that is 36 days (Krstić 2020, 9).

has discussed illnesses only in a little number of cases, which mainly concerned Art. 3 of the ECHR. Therefore, diseases have never been acknowledged as a public emergency (Krstić 2020, 4). So, there can only be speculations about that, as the answer to this question will only be given in the Court's future jurisprudence, if a complaint is filed.

The author is certain that complaints will be filed regarding the situation in Serbia. After declaring the state of emergency on 15 March 2020,⁵⁸ different acts⁵⁹ were adopted for dealing with the crisis. It was decided that individuals above the age of 65⁶⁰ and 70⁶¹ could not leave their houses. The only exception was made on Sundays from 3.00 a.m. to 8.00 a.m. for buying the necessary groceries.⁶² Nikola Kovačević (2020, 23–25) thinks that this “humiliating measure” (Petrović, Pokuševski 2020, 81) is practically the same as the prohibition of leaving the apartment without electronic surveillance provided in the Serbian Code of Criminal Procedure.⁶³ It is also stricter than house arrest, which was deemed a deprivation of liberty by the ECtHR in *Dacosta Silva v. Spain*⁶⁴ because, during home arrest, individuals can leave their home for maximum two hours from 7 a.m. to 5 p.m. to get fresh air or go to work or school. That is why he thinks that the Order and the Decree did not regard the freedom of movement, but the right to liberty and security as provided in Art. 5 of the ECHR. Noting that “compulsory isolation orders” are to be regarded as “deprivation of liberty”,⁶⁵ he emphasises

⁵⁸ See Odluka o proglašenju vanrednog stanja [Decision on declaring the state of emergency], *Official Gazette of the RS*, 29/2020–3.

⁵⁹ E.g., Naredba o ograničenju i zabrani kretanja lica na teritoriji Republike Srbije [Order on the Restriction and the Prohibition of Movement of Persons on the Territory of the Republic of Serbia (hereinafter Order)], *Official Gazette of the RS*, 34/2020–3, 39/2020–6, 40/2020–4, 46/2020–3, 50/2020–12 and Uredba o merama za vreme vanrednog stanja [Decree on the Measures During the State of Emergency (hereinafter Decree)], *Official Gazette of the RS*, 31/2020–3, 36/2020–3, 38/2020–3, 39/2020–3, 43/2020–3, 47/2020–3, 49/2020–3, 53/2020–3, 56/2020–3, 57/2020–11, 58/2020–3, 60/2020–5, 126/2020–21.

⁶⁰ In case they lived in cities with more than 5.000 people.

⁶¹ If they lived in cities with less than 5.000 inhabitants.

⁶² Order, point 1. On the other hand, younger people could go out from 5.00 p.m. to 5.00 a.m., with some exceptions on Saturdays and Sundays (see Order, point 2).

⁶³ Zakonik o krivičnom postupku [Code of Criminal Procedure], *Official Gazette of the RS*, 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014, 35/2019, 27/2021 and 62/2021, Art. 190.

⁶⁴ Application no. 69966/01, judgement of 2 November 2006, para. 45.

⁶⁵ ECtHR, *Enhorn v. Sweden*, application no. 56529/00, judgement of 25 January 2005, para. 33.

that there were no individual decisions nor was anyone individually informed about the reasons why they could not leave their homes, even if those reasons were publicly known. Finally, he maintains that they could not bring the question of lawfulness and constitutionality of their deprivation of liberty before a competent court, so he deduces that Art. 5 of the ECHR has been breached since they have not been “informed promptly” of the reasons for their deprivation of liberty⁶⁶ nor were they “entitled to take proceedings by which the lawfulness” of their detention would be “decided speedily by a court.”⁶⁷

4. CONCLUSION

While the term “war” has never given the Court any problems, as no derogations were made on this ground, the same cannot be affirmed about what a “public emergency” is. From the first definition given in *Lawless v. Ireland*, through the better explanation made in the *Greek* case, to some of the details expressed in cases such as *A. and Others v. the United Kingdom*, *Ireland v. the United Kingdom*, *Aksoy v. Turkey* and *Brannigan and McBride v. the United Kingdom*, the Court dealt with the topic various times, even changing its initial opinion concerning some of the issues.

By referring to the conditions explained in the *Greek* case and considering the later jurisprudence, the ECtHR will soon judge whether illnesses and diseases can be considered public emergencies. According to the author, having in mind that the virus, after having emerged unexpectedly, spread insanely fast in the whole world and that it has been present for almost two years now there is no doubt that the criterion of imminence and actuality has been fulfilled. Owing to the thousands of deaths⁶⁸ and all the individuals who were hospitalised and its capacity to spread quickly, the effects of the crisis undoubtedly involved the whole nation of most States and there existed a threat to the continuation of the community’s organised existence. Regarding the last condition, the author thinks that it was for each Contracting Party to decide whether the “crisis or danger must be exceptional in that the normal

⁶⁶ Art. 5(2) ECHR.

⁶⁷ Art. 5(4) ECHR.

⁶⁸ On 23 February 2020 the number of deaths was about 2.500.000 (see Krstić 2020, 2).

measures or restrictions permitted by the Convention for the maintenance of public safety, health and order, are plainly inadequate”, as that could vary for different states. Keeping in mind how fast the virus spread and the copious number of deaths, the author thinks that the normal measures were not enough to handle the situation. Hence, in the author’s opinion, *Covid-19* may be deemed a public emergency. Of course, derogation can be valid only if all the other conditions from the ECHR and especially Art. 15⁶⁹ thereof are met (see Krstić 2020, 3–7).

However, even if the requisites from the *Greek* case were not satisfied so convincingly and were thus debatable, the author thinks that the ECtHR would, in principle, accept a derogation made by a State, except for the situation. when power has been obtained unlawfully by an illicit government, which overthrew a democratic one utilising violent conduct. In every other case, the ECtHR is most likely to accept the State’s claims for affirming there was an acceptable basis for declaring a public emergency. Considering that, currently, not in one of the forty-seven Contracting Parties to the ECHR has a government come into power illicitly, the Court is most likely to accept every declaration of the state of emergency caused by the pandemic. Analysing if a government is democratic or not is one of the ways whereby the issue of public emergencies has been handled in other regional systems protecting human rights. For example, the Inter-American Court on Human Rights underlined in the *Habeas Corpus in Emergency Situations* advisory opinion⁷⁰ that solely democratic governments can make use of the possibility of human rights derogations within a state of emergency (Shaw 2008, 389).

LITERATURE

1. Eboli, Valeria. 2010. *La tutela dei diritti umani negli stati di emergenza*. Milano: Giuffrè Editore.
2. Factsheet – Derogation in time of emergency, European Court of Human Rights. 2020. https://www.echr.coe.int/documents/fs_derogation_eng.pdf, last visited 22 October 2020.

⁶⁹ So, despite the existence of a public emergency, concerning Art. 15, the question remains whether the measures taken were strictly required by the situation and if there was consistency with the other obligations the state has under international law.

⁷⁰ IACtHR, *Habeas Corpus in Emergency Situations* (Arts. 27(2), 25(1) and 7(6) *American Convention on Human Rights*), Advisory Opinion OC-8/87, 30 January 1987.

3. Greer, Steven. 2000. *The Margin of Appreciation: Interpretation and Discretion Under the European Convention on Human Rights* (Human rights files No 17). Strasbourg: Council of Europe Publishing.
4. Gross, Oren. 1998. "Once More unto the Breach": The Systemic Failure of Applying the European Convention on Human Rights to Entrenched Emergencies. *Yale Journal of International Law* 23: 437–501.
5. Guide on Article 15 of the European Convention on Human Rights, Derogation in time of emergency, Updated on 30 April 2021. 2021. https://www.echr.coe.int/documents/Guide_Art_15_ENG.pdf, last visited 10 November 2021.
6. Kirchner, Stefan. 2010. Human Rights guarantees during states of emergency: the European Convention on Human Rights. *Baltic Journal of Law & Politics* 3, 2: 1–25.
7. Kovačević, Nikola. 2020. Analiza mera odstupanja od ljudskih i manjinskih prava tokom vanrednog stanja u Republici Srbiji izazvanog epidemijom zarazne bolesti COVID-19. Belgrade: A11 – Inicijativa za ekonomska i socijalna pitanja.
8. Krstić, Ivana. 2020. Reaction of the European Convention on Human Rights Contracting Parties to the COVID-19 Pandemic. *Iustinianus Primus Law Review* 11, Special issue: 1–13.
9. Mutua, Makau wa. 2000. *The African Human Rights System: A Critical Evaluation*, Prepared for United Nations Development Programme. Human Development Report 2000.
10. Note verbale from the Ministry of Foreign Affairs of the Republic of San Marino, Strasbourg, 14 April 2020. 2020. <https://rm.coe.int/09000016809e2770>, last visited 27 December 2021.
11. Note verbale from the Ministry of Foreign Affairs of the Republic of Serbia, Strasbourg, 7 April 2020. 2020. <https://rm.coe.int/09000016809e1d98>, last visited 27 December 2021.
12. Note verbale from the Permanent Representation of Albania, Strasbourg, 1 April 2020. 2020. <https://rm.coe.int/09000016809e0fe5>, last visited 27 December 2021.
13. Note verbale from the Permanent Representation of Armenia, Strasbourg, 20 March 2020. 2020. <https://rm.coe.int/09000016809cf885>, last visited 27 December 2021.
14. Note verbale from the Permanent Representation of Estonia, Strasbourg, 20 March 2020. 2020. <https://rm.coe.int/09000016809cfa87>, last visited 27 December 2021.
15. Note verbale from the Permanent Representation of Georgia, Strasbourg, 23 March 2020. 2020. <https://rm.coe.int/09000016809cff20>, last visited 27 December 2021.

16. Note verbale from the Permanent Representation of Latvia, Strasbourg, 16 April 2020. 2020. <https://rm.coe.int/09000016809e2bd8>, last visited 27 December 2021.
17. Note verbale from the Permanent Representation of Romania, Strasbourg, 18 March 2020. 2020. <https://rm.coe.int/09000016809cee30>, last visited 27 December 2021.
18. Note verbale from the Permanent Representation of the Republic of Moldova, Strasbourg, 20 March 2020. 2020. <https://rm.coe.int/09000016809cf9a2>, last visited 27 December 2021.
19. Note verbale from the Permanent Representation of the Republic of North Macedonia, Strasbourg, 2 April 2020. 2020. <https://rm.coe.int/09000016809e1288>, last visited 27 December 2021.
20. Paulus, Andreas, Mindia Vashakmadze. 2009. Asymmetrical war and the notion of armed conflict – a tentative conceptualization. *International review of Red Cross* 91, 873: 95–125.
21. Paunović, Milan, Boris Krivokapić, Ivana Krstić. 2020. *Međunarodna ljudska prava*. Belgrade: Univerzitet u Beogradu – Pravni fakultet.
22. Petrović, Vesna, Dušan Pokuševski. 2020. *Ljudska prava u Srbiji (januar–jun 2020. godine) – Poseban osvrt na poštovanje ljudskih prava u vreme vanrednog stanja*. Belgrade: Beogradski centar za ljudska prava.
23. Pictet, Jean. 1952. *Commentary on the I Geneva Convention*. Geneva: International Committee of the Red Cross.
24. Schreuer, Christoph. 1982. Derogation of Human Rights in Situations of Public Emergency: The Experience of the European Convention on Human Rights. *Yale Journal of International Law* 9: 113–132.
25. Shaw, Malcolm N. 2008. *International Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
26. Svensson-McCarthy, Anna-Lena. 1998. *The International Law of Human Rights and States of Exception: With Special Reference to the Travaux Préparatoires and the Case-law of the International Monitoring Organs*. The Hague: Kluwer Law International.
27. Tanca, Antonio. 1990. Human Rights, Terrorism and Police Custody: The Brogan Case. *European Journal of International Law* 1, 1: 269–277.
28. *The Lawless Case*. 1962. *Duke Law Journal* 2: 249–258.
29. Zagato, Lauso. 2006. *L'eccezione per motivi di emergenza nel diritto internazionale dei diritti umani*. DEP. *Deportate, esuli, profughe* 5–6: 137–156.
30. Zeidy, Mohamed M. El. 2003. The ECHR and States of Emergency: Article 15-A Domestic Power of Derogation from Human Rights Obligations. *San Diego International Law Journal* 4, 1: 277–318.