

## TEST PROPORCIONALNOSTI U DOBA PANDEMIJE: LJUDSKA PRAVA VERSUS JAVNO ZDRAVLJE

### *Sažetak*

Pandemija kovida-19 je dovela do toga da brojne države ograniče neka od najvažnijih ljudskih prava i sloboda, pa se postavlja pitanje balansa između garantovanih prava i zaštite javnog zdravlja. U prvom delu se razmatraju doktrinarni stavovi o testu proporcionalnosti, drugi deo je posvećen testu proporcionalnosti u praksi Evropskog suda za ljudska prava, dok je treći deo posvećen testu proporcionalnosti u odlukama ustavnih sudova Nemačke i Bosne i Hercegovine. Zbog značaja koji imaju prava i slobode u svakoj državi, kao brana samovolji državne vlasti, očigledan je značaj razmatranja ove teme. Koristiće se pozitivnopravni i uporednopravni metod da bi se istražila sledeća hipoteza: ograničavanje ljudskih prava je opravdano samo u onoj meri u kojoj je to nužno za zaštitu javnog zdravlja.

**Ključne reči:** covid-19, ljudska prava i slobode, test proporcionalnosti, Evropski sud za ljudska prava, ustavni sudovi Nemačke i Bosne i Hercegovine.

---

\* Master prava, viši asistent, Pravni fakultet Univerziteta u Istočnom Sarajevu, Republika Srpska, Bosna i Hercegovina.  
E-mail: [brano.hadzi.stevic@pravni.ues.rs.ba](mailto:brano.hadzi.stevic@pravni.ues.rs.ba)

## PROPORTIONALITY TEST DURING PANDEMIC: HUMAN RIGHTS VERSUS PUBLIC HEALTH

### *Summary*

Due to the covid-19 pandemic, some of the most important human rights and freedoms were restricted in many countries, so the question of balance between guaranteed rights and public health protection arises. The paper consists of three parts. The first part discusses the doctrinal positions on the proportionality test, the second part is devoted to the proportionality test in the practice of the European Court of Human Rights, while the third part is devoted to the proportionality test in the decisions of the constitutional courts of Germany and Bosnia and Herzegovina. Due to the importance of rights and freedoms in every state, as a barrier to the arbitrariness of state power, the importance of considering this topic is obvious. Dogmatic and comparative law methods will be used to examine the following hypothesis: the limitation of human rights is justified only to the extent that it is necessary for the protection of public health.

**Keywords:** covid-19, human rights and freedoms, proportionality test, European Court of Human Rights, constitutional courts of Germany and Bosnia and Herzegovina.

### 1. Uvod

Usled pandemije izazvane virusom kovid-19, države su preduzimale različite mere s ciljem da suzbiju širenje virusa. Po prirodi stvari, vanredne prilike dovode do toga da se ljudska prava i slobode ograničavaju, a samim tim se postavlja i pitanje ustavnosti i proporcionalnosti takvih mera. Državna vlast ne može da bude pasivna, ali su vanredne prilike plodno tlo za kršenje ljudskih prava i sloboda, što nužno vodi pitanju granice delovanja državne vlasti. U praksi Evropskog suda za ljudska prava (dalje: ESLJP) prilikom odlučivanja o koliziji dvaju prava, primenjuje se test proporcionalnosti, utemeljen na trima osnovama: zakonitosti mera kojima se ograničavaju prava i slobode, legitimnosti cilja kojem se teži i neophodnosti tih mera u demokratskom društvu. U radu će se prvo analizirati test proporcionalnosti – kako s teorijskog aspekta tako i sa aspekta prakse ESLJP. Zatim će teorijski uvidi i standardi iz prakse ESLJP da budu primenjeni na analizu odluka ustavnih sudova Nemačke i Bosne i Hercegovine. Istraživanje bi

trebalo da pokaže da je ograničavanje ljudskih prava opravdano, ali samo u onoj meri u kojoj je to nužno za zaštitu javnog zdravlja. Da li je taj balans postignut ili ne, ispituje se testom proporcionalnosti.

## 2. Test proporcionalnosti

Test proporcionalnosti predstavlja sredstvo kojim se sudovi koriste prilikom odlučivanja o ljudskim pravima koja u konkretnom slučaju dolaze u koliziju. Na primer ukoliko dođe do sukoba principa slobode kretanja i principa zaštite javnog zdravlja, sud ima na raspolaganju test proporcionalnosti da reši taj sukob i utvrdi da li je jedno pravo povređeno nauštrb drugog prava. Sledstveno, da bi se razvila (teorijska i praktična) rasprava o testu proporcionalnosti, nužno je da se sažeto objasni šta su pravni principi, budući da su ljudska prava koja se garantuju različitim aktima (uključujući i Evropsku konvenciju o ljudskim pravima) pretežno principi, odnosno to je „najuticajnije shvatanje prirode normi kojima se ustanovljavaju ustavna prava i slobode” (Jovanović & Spaić, 2022, p. 89). U teoriji se često govori o principu proporcionalnosti kao sinonimu za test proporcionalnosti. Međutim, tu se ne radi o principu kao vrsti pravne direktive nego se misli na sredstvo kojim se sudovi koriste da bi rešili sukob pravnih principa koji jesu vrsta pravnih direktiva.<sup>1</sup> Dakle, pravni principi kao vrsta pravnih direktiva su predmet testa proporcionalnosti. Da bi se izbegla potencijalna zabuna koju može da izazove korišćenje izraza „princip proporcionalnosti”, u radu će se koristiti izraz „test proporcionalnosti”.

### 2.1. Šta su principi?

Među najvažnije vrste pravnih direktiva spadaju pravna pravila i pravni principi.<sup>2</sup> Pošto se u radu polazi od toga da su ljudska prava i slobode principi, izložiće se suština Dvorkinovog i Aleksijevog učenja o principima. Za Dvorkina (1977, p. 22) principi predstavljaju zahteve pravde, pravičnosti ili neke druge dimenzije moralnosti. Aleksi tvrdi da principi iskazuju ideju optimizacije, to jest principi su one norme koje nalažu da se nešto ostvari u najvećoj mogućoj meri, imajući u vidu pravne i stvarne mogućnosti – oni su optimizujuće komande, to jest *prima facie* zahtevi (Alexy, 2000, pp. 294–295).<sup>3</sup> Principi imaju određenu

<sup>1</sup> Pravna direktiva je genusni pojam za različite vrste pravnih standarda ponašanja, kao što su pravna pravila i pravni principi.

<sup>2</sup> Barak smatra da je svaki princip izraz neke od fundamentalnih vrednosti, koje pretenduju da se ostvare u najvećoj mogućoj meri, s tim da su ograničenja moguća na podustavnom nivou (zakonima i podzakonskim aktima). Vid. Barak, 2012, p. 41.

<sup>3</sup> Dvorkin smatra da se pravila primenjuju po formuli sve-ili-ništa što neki autori nazivaju

dimenziju težine, to jest važnosti, sva pravila imaju jednaku važnost. Kada više principa pretenduju da budu primenjeni na isti slučaj, onda se odmerava težina svakog od njih, pa se utvrđuje kojem će se dati prvenstvo, s tim da princip koji je *in concreto* nadjačan drugim principom i dalje važi (i u nekom drugom slučaju može da odnese prevagu). Jedan princip, postavljajući određeni zahtev, dolazi u sukob sa zahtevima koje postavlja drugi princip, te je određenje stepena zadovoljenja svakog principa moguće balansiranjem (vaganjem, odmeravanjem).<sup>4</sup> Za razliku od principa, pravilo je ona pravna norma koja nedvosmisleno može da se primeni ili ne primeni *in concreto*, to jest pravila su norme koje zahtevaju nešto određeno – definitivne komande čija se primena zasniva na supsumiranju (Alexy, 2014, p. 22).

## 2.2. Test proporcionalnosti – teorijski pogledi

Proporcionalnim se, u rečnicima, naziva onaj koji ima „pravilan odnos delova prema celini, koji stoje u nekoj srazmeri, srazmeran” (Klajn & Šipka, 2006, p. 997). U pravu, testom proporcionalnosti se ispituje postojanje ravnoteže između cilja i upotrebljenih sredstava za ostvarenje cilja. Ako se utvrdi postojanje ravnoteže, za određeno sredstvo se kaže da je proporcionalno cilju i da, sledstveno, pravo nije prekršeno.<sup>5</sup> Meler smatra da je test proporcionalnosti „doktrinarno sredstvo za rešavanje konflikta subjektivnog prava sa konkurentskim (kolidirajućim) pravom ili interesom, čija je suština u procesu balansiranja između njih” (2012, p. 710).<sup>6</sup> Melerov stav je najvećim delom tačan, budući da je nesumnjiv doprinos doktrine teorijskom uobličavanju testa proporcionalnosti, ali jednake

---

binarnom primenom pravila (Jovanović & Spaić, 2022, p. 90), dok to ne važi za principe. Barak iznosi kritički osvrt na Alesksijev stav o *prima facie* karakteru ustavnih prava, tvrdeći da ona nemaju taj karakter nego da predstavljaju definitivna prava. Vid. Barak, 2012, pp. 37–42. „Subjektivna prava kao ustavne vrednosti mogu da se ukinu samo drugi ustavnim vrednostima” (Klatt & Meister, 2012, p. 690).

<sup>4</sup> „Balansiranje je specifičan vid primene principa” (Alexy, 2014, p. 52). Balansiranjem se rađa novo derivativno ustavno pravilo, smatra Aleksi, koje je sazdano na temelju sukobljenih principa i koje određuje koji od njih ima primat. Dakle, to pravilo sužava obim ustavom garantovanog prava i važi u datim okolnostima, to jest *in concreto*, sa čim se Barak ne slaže (Barak, 2012, pp. 38–40).

<sup>5</sup> Test proporcionalnosti je relevantan za pravo Evropske unije, praksu međunarodnih i evropskih sudova i praksu drugih organa na nacionalnom nivou. U međunarodnom pravu se najčešće pominje u sferi ratnog prava. Vid. Brown, 1976, p. 136.

<sup>6</sup> Barak ističe da je odlučivanje o ustavnim pravima dvofazno: prvo se utvrđuje obim ustavnog prava a zatim se određuje doseg – da li ustav daje osnov da se podustavnim aktima odnosno pravo ograniči. U mogućnosti ograničenja leži jezgro testa proporcionalnosti. Vid. Barak, 2012, pp. 19–20.

zasluge idu i Saveznom ustavnom sudu Nemačke<sup>7</sup> i ESLJP, koji su doprineli da on zaživi u praksi drugih sudova. Svaka radnja države koja utiče na ljudska prava i slobode mora da bude nužna, podesna i razumno opravdana *in concreto*, tako da test proporcionalnosti „nameće pozitivnu obavezu javnim vlastima da dokažu neophodnost njihovih akcija” (Trykhlil, 2020, p. 128). Test proporcionalnosti može da se primeni samo ukoliko je u pitanju relativno pravo, dakle ono koje je podložno izuzecima, dok neka prava imaju apsolutni karakter i samim tim nema govora o odstupanju od njih.<sup>8</sup> Govoreći o relativnim pravima, Herards ističe da je zadiranje u njih prihvatljivo sve dok može da se pruži razumno obrazloženje za takvo postupanje (Gerards 2013, p. 466). Uistinu, kvalitet bilo koje sudske odluke može da se ocenjuje jedino na osnovu kvaliteta ponuđene pravne argumentacije.

Po Melerovom mišljenju (2012, p. 711), razlikuju se četiri faze testa proporcionalnosti:<sup>9</sup> (1) utvrđivanje legitimnog cilja, (2) postojanje racionalne veze između određene politike i cilja koji se nastoji ostvariti (podesnost), (3) nepostojanje alternativnog načina da se ostvari neka politika (nužnost) i (4) davanje prioriteta određenom pravu u konkretnom slučaju (balansiranje, proporcionalnost u užem smislu).<sup>10</sup> Aleksi (2014, pp. 52 i dalje) smatra da princip proporcionalnosti (test proporcionalnosti) podrazumeva tri potprincipa: podesnost, nužnost i proporcionalnost u užem smislu.<sup>11</sup> Prvi i drugi potprincip se tiču optimizacije u pogledu faktičkih mogućnosti, dok se proporcionalnost u užem smislu odnosi na optimizaciju u pogledu pravnih mogućnosti.

---

<sup>7</sup> „Princip proporcionalnosti započinje svoj trijumfalni marš u oblasti ljudskih i ustavnih prava pre otprilike pola veka”, budući da se odluka Saveznog ustavnog suda Nemačke (u slučaju *Apothekenurteil*) iz 1958. uzima obično kao zametak načela proporcionalnosti. Vid. Möller, 2012, p. 709. Takođe vid. Stone Sweet & Mathews, 2008, pp. 89–91. Za suprotan stav, prema kojem princip proporcionalnosti ima korene u jurisprudenciji pruskog upravnog sudstva, vid. Bezbradica & Marković, 2022, p. 181.

<sup>8</sup> Detaljnije razmatranje podele na apsolutna i relativna prava sledi u delu o testu proporcionalnosti u praksi Evropskog suda za ljudska prava.

<sup>9</sup> Barak govori o tri faze kontrole ustavnosti ograničenja ljudskih prava: prvo se utvrđuje da li zakon ograničava ustavom garantovano pravo, zatim se utvrđuje ustavnost ograničenja, a na kraju se analiziraju posledice neustavnosti zakona. Vid. Barak, 2012, p. 27.

<sup>10</sup> Test proporcionalnosti podrazumeva analiziranje moralnih i pravnih vrednosti koje se balansiraju, a sem uslova koje predviđa EKLJP, praksa je iznedrila još neke koji su relevantni pri balansiranju: postupanje javnih vlasti u dobroj veri, predvidljivost akcija države, legitimni interesi i očekivanja pojedinaca (Trykhlil, 2020, p. 138). „Pošto se balansiranje odnosi na vrednosti i vrednosne sudove, a ne na činjenice, ono je najsporniji deo testa proporcionalnosti... Balansiranje je neminovno subjektivno obojeno i političko” (Schlink, 2012, pp. 724–726).

<sup>11</sup> „Princip proporcionalnosti s tri potprincipa logički proizlazi iz prirode principa kao optimizujućih komandi, a priroda pravnih principa kao optimizujućih komandi logički proizlazi iz principa proporcionalnosti. Ta ekvivalentnost je nužna” (Alexy, 2014, p. 57). Vid. i Tsakyrakis, 2009, p. 474.

Obrazlažući prvu fazu u utvrđivanju proporcionalnosti, Meler nastoji da utvrdi šta je cilj a šta je legitiman cilj.<sup>12</sup> Obično se ciljevi poimaju kao zamišljene posledice čijem se ostvarenju teži, to jest daje im se subjektivni prizvuk. Meler objektivizuje shvatanje ciljeva svodeći ih na pitanje: koji interes treba da se zaštititi? Na primer ako odlučujemo između principa slobode okupljanja i principa zaštite fizičkog integriteta građana, prvenstvo će da ima drugi princip, ako postoji opasnost od sukoba – dakle, interes zaštite fizičkog integriteta opravdava ograničenje slobode okupljanja. Govoreći o legitimnosti cilja (interesa), Meler naglašava da je nužno moralno rasuđivanje za utvrđivanje (ne)legitimnosti u tom smislu, iako su u velikom broju slučajeva ciljevi *prima facie* (ne)legitimni (2012, pp. 711–712).

I Aleksi i Meler su saglasni da je jedna od faza testa proporcionalnosti *faza utvrđivanja podesnosti*. Aleksi kaže da se u ovoj fazi odbacuju sredstva koja sprečavaju ostvarenje bar jednog od konkurentskih principa, bez unapređenja drugog principa ili cilja zbog kojeg je princip prihvaćen.<sup>13</sup> Mera kojom se ograničava pravo mora da bude prikladna za ostvarenje cilja kojem se teži, to jest ona treba da vodi ostvarenju željenog rezultata. U fazi utvrđivanja podesnosti, tvrdi Meler, utvrđuje se u kojoj meri se određeni princip i legitimni cilj (iz prve faze) uistinu sukobljavaju. Davanje prvenstva jednom principu u odnosu na drugi mora da bude podesno sredstvo za ostvarivanje legitimnog cilja bar u maloj meri.<sup>14</sup> Ako neko sredstvo uopšte ne doprinosi ostvarenju cilja, onda sukob i ne postoji, to jest, *a contrario*, sukob principa postoji samo kad se jedan od njih može ostvariti samo nauštrb drugog.

Sledeća faza testa proporcionalnosti je *faza utvrđivanja nužnosti*. Njena se suština, smatra Aleksi, ogleda u tome da se za ostvarenje jednog principa bira uvek ono sredstvo koje manje remeti ostvarenje drugog principa. Meler to iskazuje kao nepostojanje manje restriktivne politike koja bi jednako doprinela ostvarenju legitimnog cilja.<sup>15</sup> Na primer ako se zaštita javnog zdravlja može postići

<sup>12</sup> „Ustavna prava uvek nadvladavaju bilo kakva druga razmatranja osim onih razmatranja koja imaju ustavni status. Samo dovoljno jake, to jest ustavne vrednosti mogu da se shvate kao legitimni ciljevi” (Klatt & Meister, 2012, p. 690).

<sup>13</sup> Npr. ako su sukobljeni principi P1 i P2, a sredstvo S koje je prihvaćeno zarad ostvarenja principa P1 nije u konkretnom slučaju podesno, ali sprečava ostvarenje principa P2, onda nema nikakvih štetnih posledica ako se S potpuno odbaci. Međutim, Aleksi naglašava da je pravilo da su sredstva koja zakonodavac predviđa za ostvarenje ciljeva podesna za to, bar u određenoj meri, iz čega proizlazi da je potprincip podesnosti malog praktičnog značaja. Vid. Alexy, 2014, p. 53.

<sup>14</sup> I Šlink smatra da je relevantno da se utvrdi ne samo da li mera uistinu doprinosi ostvarenju cilja nego je relevantno i pitanje koliko mera doprinosi tome, a to uključuje empirijsku analizu. Vid. Schlink, 2012, p. 722.

<sup>15</sup> Meler problematizuje tradicionalnu formulu testa nužnosti – „manje restriktivno, jednako efektivno” – govoreći da to nije uvek jednostavno, budući da je ponekad, primera radi, neki pristup manje restriktivan ali zahteva dodatne resurse. Ti se problemi rešavaju ili u fazi utvrđivanja

propisivanjem obaveze nošenja maske i držanjem fizičke distance, nije proporcionalno da se zabranjuje kretanje.

Poslednja i najvažnija faza testa proporcionalnosti je *faza balansiranja*.<sup>16</sup> Aleksi iznosi zakon balansiranja koji glasi: Što je veći stepen neostvarenja jednog principa ili narušavanja jednog principa, to mora da bude veći stepen zadovoljavanja drugog principa. Jedan princip može da slabo, umereno ili ozbiljno omogućuje ostvarenje drugog principa, pa su to tri stepena zadiranja jednog principa u drugi (Alexy, 2003, pp. 136–138), a to prihvataju i neki drugi autori (Klatt & Meister, 2012, p. 696). Ishod balansiranja je, smatra Meler, nalaženje odgovora na pitanje koji od dva ili više konkurentskih principa ima prioritet u datim okolnostima, to jest balansiranje vodi ka razumnom balansu između sukobljenih interesa (Gerards, 2013, p. 469). Sud u nekim odlukama navodi da je pronalaženje pravičnog balansa (proporcionalnost u užem smislu) između opšteg interesa i interesa pojedinca inherentno EKLJP (*Soering v. The United Kingdom*, predstavka br. 14038/88, presuda ECHR, 7. 7. 1989).

Test proporcionalnosti ima prvorazredni značaj iz više razloga. Prvo, on je ne samo koristan nego i nužan kako bi se rešila kolizija dva subjektivna prava koja imaju, apstraktno posmatrano, jednaku vrednost, ali u konkretnom slučaju jedno mora da odnese prevagu. Drugo, test proporcionalnosti kroz više faza omogućuje detaljno ispitivanje važnosti konkurentskih prava u kontekstu pojedinog slučaja. Treće, ovaj test je, naročito u fazi balansiranja, dokaz značaja moralnih principa u pravu jer se važnost pojedinog prava *in concreto* ocenjuje i na osnovu moralnog rasuđivanja. Tsakirakis tvrdi da test proporcionalnosti pretenduje da bude objektivna, neutralna i potpuno izolovana od moralnog rasuđivanja (2009, p. 474). Budući da sukobljene interese treba svesti na zajedničku meru, Tsakirakis smatra da bi trebalo odbaciti balansiranje kao metod presuđivanja jer se njim traži od sudije da mehanički odmerava vrednosti. Meler smatra da u procesu balansiranja između konkurentskih prava moralno rasuđivanje ima ključno mesto (2012, p. 715) jer bez moralnog rasuđivanja nema modusa da se pokaže da su sukobljeni interesi uporedivi (2012, pp. 719–721). Dakle, on smatra da primena testa proporcionalnosti nužno uključuje i moralno rasuđivanje i da je balansiranje prikladan metod jer „ljudska prava su plod moralnosti, pa je i rasuđivanje o njima moralno rasuđivanje” (2012, pp. 717 i 726). Taj stav prihvataju i Klatt i Majster (2012, p. 692). Teško je odbranljiv Tsakirakisov stav o mehaničkom karakteru

---

nužnosti ili u fazi balansiranja.

<sup>16</sup> Aleksi kaže da je balansiranje predmet trećeg potprincipa – proporcionalnosti u užem smislu. Test proporcionalnosti omogućuje sudiji da pronade „pravičan balans (*fair balance*) odmeravajući prava i interese, kako bi, posledično, dao prioritet jednom od njih” (Trykhlil, 2020, p. 129).

balansiranja jer sudija mora da argumentuje zašto jednom principu daju prvenstvo u datom slučaju. A da bi se dalo prvenstvo jednom interesu, odnosno ljudskom pravu, potrebno je da se sudija upusti u moralno rasuđivanje i oceni šta je u konkretnom slučaju vrednije, odnosno važnije. U prilog svojoj odluci, sudija će da navede pravne razloge (argumente) sadržane u odgovarajućim pravnim direktivama koje u značajnoj meri, kako kaže i Meler, predstavljaju pozitivizaciju moralnih postulata. Takođe, slučajevi u kojima se primenjuje test proporcionalnosti su uvek teški slučajevi – oni u kojima možemo da očekujemo neslaganje razumnih ljudi u pogledu ishoda, to jest njegovog rešavanja (Möller, 2012, p. 721), a moralno rasuđivanje u njima uvek ima određeno mesto. Meler govori o pravilnom balansiranju podrazumevajući pod tim onaj način i ishod balansiranja koji može da ubedi nekog ko nije ubeđen u ispravnost odabranog rešenja.<sup>17</sup> I to dokazuje da rasuđivanje o sukobljenim principima ne može da se oceni kao mehaničko jer sudija mora da pravno argumentuje svoju odluku i on u tome može da bude manje ili više uspešan, a snaga njegovih argumenata je merilo valjanosti njegovog rasuđivanja.

### **2.3. Test proporcionalnosti u praksi Evropskog suda za ljudska prava**

#### *2.3.1. O prirodi prava iz EKLJP – kada test proporcionalnosti može da se primeni?*

Evropska konvencija o ljudskim pravima i osnovnim slobodama (dalje: EKLJP) sadrži katalog prava i sloboda, ali nemaju sva prava i slobode isti tretman. S obzirom na to da li se ljudska prava i slobode mogu ograničiti ili ne, pravi se dihotomna podela na apsolutna i relativna ljudska prava i slobode. Shodno EKLJP, određena prava imaju apsolutni karakter, to jest ne podležu nikakvim izuzecima (npr. zabrana ropstva)<sup>18</sup> dok su druga relativna, to jest nisu zaštićena u punom obimu (Barak, 2012, p. 32) i mogu da budu ograničena, ali samo pod uslovima koje EKLJP propisuje. Nomotehnički je to izvedeno tako što se za apsolutna prava propisuje da „svako ima pravo” ili da „niko ne sme”, dok se u slučaju relativnih prava navodi da je ograničenje moguće ako je to „neophodno u demokratskom društvu”, „u interesu nacionalne bezbednosti, javne bezbednosti ili ekonomske

<sup>17</sup> Möller, 2012, p. 728. O vezi između balansiranja, prava kao aduta i apstraktne težine principa vid. Dworkin, 1977, pp. 197–204. i Klatt & Meister, 2012, pp. 688–692.

<sup>18</sup> „Najveći deo ljudskih prava uživa samo delimičnu zaštitu” ali moderni ustavi poznaju „izuzetke od delimične zaštite, priznajući apsolutni karakter određenim ustavnim pravima” (Barak, 2012, p. 27). U Nemačkoj je, primera radi, oglašen neustavnim zakon koji je predviđao mogućnost obaranja civilnog vazduhoplova u situaciji kada se pouzdano zna da su ga oteli teroristi koji će da ga sruše, budući da se tim zakonom krši pravo na ljudsko dostojanstvo (apsolutno pravo) nedužnih putnika ili građana koji se nalaze tamo gde bi avion pao.



dobrobiti zemlje”, „neophodno radi zaštite zdravlja i morala”, „samo ako su ograničenja propisana zakonom”, „zbog zaštite prava i sloboda drugih” itd.<sup>19</sup> Dakle, veliki broj pravnih standarda sadrži EKLJP, pa je sudijama ESLJP ostavljen širok prostor za tumačenje.<sup>20</sup> EKLJP služi kao okvir kojim se određuje mera do koje mogu da se ograniče ljudska prava i slobode zarad ostvarenja legitimnog cilja. Shodno EKLJP, apsolutnog su karaktera zabrana mučenja, zabrana ropstva i prinudnog rada, te mogućnost kažnjavanja za krivična dela samo na osnovu zakona. S druge strane, relativan karakter imaju pravo na poštovanje privatnog i porodičnog života, sloboda misli, savesti i veroispovesti, sloboda izražavanja i sloboda okupljanja i udruživanja. U tom smislu je relativnost prava *condicio sine qua non* za primenu testa proporcionalnosti. Članom 15 EKLJP propisuje se, generalnom klauzulom, mogućnost odstupanja u vanrednim okolnostima.<sup>21</sup> Takođe, članom 18 EKLJP je predviđeno da se predviđena ograničenja prava i sloboda ne smeju primenjivati ni u koje druge svrhe sem onih zbog kojih su propisana, što je u stvari izraz načela da se izuzeci tumače usko.

### 2.3.2. Test proporcionalnosti u praksi Evropskog suda za ljudska prava

U EKLJP i praksi ESLJP test proporcionalnosti podrazumeva ispitivanje triju uslova koji kumulativno moraju da budu ostvareni da bi se ograničenje smatralo proporcionalnim: propisanost pravom, nužnost mera u demokratskom društvu i legitimnost cilja kojem se teži.<sup>22</sup> Kada se prava i slobode predviđeni EKLJP ograničavaju, to mora da bude *propisano pravom*, pa se postavlja pitanje značenja odnosnih reči. Praksa ESLJP daje odgovor na to pitanje u presudama. Prvenstveno, ESLJP smatra da se propisanost pravom odnosi kako na zakone tako i na podzakonske akte i na nepisano pravo. U presudi *Kruslin v. France* (predstavka br.

<sup>19</sup> Barak iznosi teorijske i praktične dileme u vezi s apsolutnim pravima, navodeći da ima teoretičara koji smatraju da su sva prava relativna. Postavlja se pitanje da li je prihvatljivo da se prema teroristi primeni tortura ako bi samo na taj način moglo da se dođe do saznanja o planiranim napadima, te se na taj način spreči smrt velikog broja ljudi? Da li bi bilo prihvatljivo žrtvovanje jednog apsolutnog prava (tj. njegova relativizacija) onda kad to spasava živote desetina ili stotina ljudi? Odgovori na ova pitanja nisu samo domen prava, nego su i domen morala. Vid. Barak, 2012, pp. 29–30.

<sup>20</sup> To su „neodređeni koncepti” koje „precizira praksa Evropskog suda za ljudska prava, utvrđujući suštinu i sadržaj propisanih izuzetaka” (Trykhljib, 2020, pp. 132 i 137). Neki autori ističu da neodređenost može da se prevaziđe uvođenjem „testa sredstava i ciljeva” (*means-end test*). Vid. Gerards, 2013, p. 470. Takođe, pojedini autori smatraju da su i brojni standardi koje je iznedrila praksa ESLJP nejasni i nekoherentni. Vid. Greer, 2004, p. 425.

<sup>21</sup> Deset evropskih država su iskoristile mogućnost predviđenu čl. 15 EKLJP na početku pandemije kovid-19 virusa. Više o tome: Ćorić, Knežević Bojović & Višekruna, 2021, p. 120.

<sup>22</sup> O testu proporcionalnosti u praksi ESLJP, između ostalog, vid. Zdravković, 2022, p. 81.

11801/85, presuda ECHR, 24. 4. 1990, par. 29 i 30) izričito se navodi da se „propisanaost pravom” mora tumačiti u supstantivnom a ne u formalnom smislu, te da ona u stvari znači pravni osnov – pravni akt javne vlasti koji je stupio na snagu. Međutim, to nije dovoljno jer odnosni akt mora da ispunjava određene kriterijume u kvalitativnom smislu: (1) mora da bude dostupan adresatima, (2) da im omogućuje da predvide posledice koje akt ima za njih (ako je to neophodno i uz odgovarajući savet) i to u razumnoj meri, imajući u vidu date okolnosti (*Gozelik and Others v. Poland*, predstavka br. 44158/98, presuda ECHR, 17. 2. 2004, par. 64) i (3) mora da bude kompatibilan sa vladavinom prava. Jasno je da se ovde radi o uslovima koji su elastično postavljeni, s tim da je ESLJP utvrdio da uslov predvidljivosti posledica ne znači da one moraju da budu apsolutno predvidljive jer iskustvo pokazuje da je to nedostižno a i rigidnost odredaba onemogućuje da se ide u korak sa novim okolnostima (*The Sunday Times v. The United Kingdom*, predstavka br. 6538/74, presuda ECHR, 26. 4. 1979, par. 46–49). Akt koji propisuje ograničenja treba da građanima pruži odgovarajuću indiciju o okolnostima i uslovima pod kojima su javni organi ovlašćeni da zadiru u prava i slobode (presuda *Kruslin v. France*, par. 30). ESLJP je zauzeo stav da EKLJP ima supsidijarni karakter i da su domaći organi bolje upućeni nego međunarodni sud u pitanje na koji način treba da se zadovolje potrebe unutar njenih granica (*Hatton and Others v. The United Kingdom*, predstavka br. 36022/97, presuda ECHR, 8. 7. 2003, par. 97).

Drugi uslov koji mora da bude ispunjen da bi ograničenje prava bilo osnovano ogleda se u *legitimnosti cilja kojem se teži*. Shodno sistematskom tumačenju EKLJP, legitimni su sledeći ciljevi: zaštita nacionalne bezbednosti, javne bezbednosti, teritorijalnog integriteta, ekonomske dobrobiti zemlje, očuvanje autoriteta i nepristrasnosti sudova, sprečavanje nereda i kriminala, zaštita zdravlja i morala, prava i sloboda drugih i tako dalje (o njima vid. Greer, 2004, pp. 416–418). Legitimni ciljevi su navedeni u odgovarajućim članovima, s tim da su neki od uslova relevantni za sva relativna prava (npr. zaštita zdravlja i morala) dok su drugi relevantni samo za neka relativna prava (npr. zaštita teritorijalnog integriteta).

Treći korak u primeni testa proporcionalnosti je utvrđivanje *nužnosti ograničenja u demokratskom društvu*. I ovaj uslov je široko postavljen pa ga je ESLJP u svojoj praksi konkretizovao. Test nužnosti treba da obezbedi zaštitu interesa demokratije i spreči prikrivenu političku celishodnost (Trykhlil, 2020, p. 134), s tim da nužnost mera ne označava korisnost, razumnost, uobičajenost niti poželjnost (*Handyside v. The United Kingdom*, predstavka br. 5493/72, presuda ECHR, 7. 12. 1976, par. 48). EKLJP je osmišljena da promoviše i održi ideale i vrednosti demokratskog društva kao što su: pluralizam, tolerancija i slobodoumnost. Demokratija nije samo oličenje volje većine nego je težnja ka balansu u kojem se osigurava pravičan tretman manjina i onemogućuje zloupotreba dominantne

pozicije (*Gorzelik and Others v. Poland*, predstavka br. 44158/98, presuda ECHR, 17. 2. 2004, par. 90). ESLJP takođe smatra da je nužno da se ispita da li su javne vlasti pokazale nemar pri odabiru mera koje preduzimaju (*Isayeva, Yusupova and Bazayeva v. Russia*, predstavka br. 57947/00, 57948/00, 57949/00, presuda ECHR, 24. 2. 2005, par. 171). Ovo ima veliku važnost za predmet ovog članka, budući da je osnovano zapitati se da li su nadležni organi restriktivne mere određivali bez ikakvih kriterijuma i procena, dakle proizvoljno. U određenim slučajevima, ESLJP uvodi standard „apsolutne nužnosti” koja je mnogo stroži i ubedljiviji modus testa nužnosti (*McCann and Other v. The United Kingdom*, predstavka br. 18984/91, presuda ECHR, 27. 9. 1995, par. 148–150) i to važi na primer za slučajeve iz čl. 2 EKLJP u kojem se navodi kad se lišenje života ne smatra protivpravnim – kad je apsolutno nužno zbog odbrane određenog lica od nezakonitog nasilja, dok se u drugim slučajevima (*Observer and Guardian v. The United Kingdom*, predstavka br. 13585/88, presuda, 26. 11. 1991, par. 59) govori o „uverljivoj nužnosti”. Odstupanje od garantovanog prava je izuzetak, a svi izuzeci moraju da se tumače usko i nužnost za odstupanje od garantovanog prava mora da bude očita, te utemeljena na prekoj društvenoj potrebi koja zahteva hitnu reakciju,<sup>23</sup> dovoljnom broju relevantnih razloga za zadiranje u pravo i proporcionalna legitimnom cilju kojem teže javne vlasti (*National Federation of Sportspersons’ Associations and Unions (FNASS) and Others v. France*, predstavka br. 48151/11, 77769/13, presuda ECHR, 18. 4. 2018, par. 167).<sup>24</sup>

U čl. 15 EKLJP generalnom klauzulom propisuje se mogućnost odstupanja u vanrednim okolnostima: (1) u „doba rata ili druge javne opasnosti koja pretila opstanku nacije” i (2) ovlašćuju se ugovornice da preduzimaju „mere koje odstupaju od obaveza iz Konvencije” s tim da one moraju da budu „u najnužnijoj meri koju iziskuje takva situacija” a (3) ne smeju da budu u neskladu s drugim obavezama prema međunarodnom pravu. Javna opasnost koja pretila opstanku nacije u praksi Suda je „posebno krizna situacija ili vanredna okolnost koja pogađa celokupno stanovništvo i predstavlja pretnju životu zajednice” (*Lawless v. Ireland (No. 3)*, predstavka br. 332/57, presuda, 1. 7. 1961, par. 28). Kad je reč o merama koje su najnužnije u datoj situaciji, ESLJP je u različitim odlukama utvrdio kriterijume

<sup>23</sup> Pod izrazom „*pressing social need*” podrazumeva se važnost ciljeva čijem ostvarenju se teži: nedovoljno je da se radi o legitimnom cilju, nego to mora da bude neko društveno stanje koje zahteva hitnu reakciju. Vid. Gerards, 2013, p. 467.

<sup>24</sup> Herards smatra da se test nužnosti u demokratskom društvu više koristi kao retoričko sredstvo nego kao instrument koji pomaže Sudu da pruži valjanu argumentaciju, pa nedostatak jasnih kriterijuma dovodi u pitanje racionalnost odluke. Isti autor govori o tome da bi trebalo da ESLJP utiče na zakonodavce i sudove ugovornice pokazujući im put kojim treba da idu u cilju zaštite ljudskih prava, a jedan od koraka ka tom cilju je i da se precizira test nužnosti i preduprede budući sporovi o ljudskim pravima. Vid. Gerards, 2013, p. 468.

koji su relevantni za tu ocenu: da li bi redovni zakoni bili dovoljan odgovor na javnu opasnost, da li su mere uistinu odgovor na javnu opasnost i da li su korišćene za dozvoljene svrhe, da li je potreba za odstupanjem konstantno preispitivana, da li je došlo do ublažavanja mera, da li je postojala mogućnost sudske kontrole mera, da li su one proporcionalne i slično (*Guide on Article 15 of the European Convention of Human Rights*, 2022). Praksa ESLJP je da prilikom ispitiivanja predstavke prvi korak predstavlja utvrđivanje da li je osnov za ograničenje prava sadržan u ranijim članovima EKLJP (jer određeni članovi garantuju pravo, pa u drugom stavu navode kad ono može da se ograniči), a samo kad je odgovor na to pitanje negativan, utvrđuje se valjanost odstupanja prema čl. 15 EKLJP (*A. and Others v. The United Kingdom*, predstavka br. 3455/05, presuda ECHR, 19. 2. 2009, par. 161 i *Tehres v. Romania*, par. 46). Načelno, ESLJP utvrđuje da je na državi ugovornici, u sklopu njene odgovornosti za opstanak nacije, da utvrdi da li je *in concreto* reč o javnoj opasnosti koja preči opstanku nacije i kako treba da se prevaziđe ta situacija, što ne znači da država ima neograničeno diskreciono pravo (*Ireland v. The United Kingdom*, predstavka br. 5310/71, presuda ECHR, 18. 1. 1978, par. 207).

### 3. Ustavnosudski test proporcionalnosti: primeri Bosne i Hercegovine i Nemačke

Pošto u demokratskim društvima primat pripada ljudskim pravima i slobodama, nužno je da se uspostavi ravnoteža između kolektivnog interesa (tj. zaštite zdravlja stanovništva) i interesa pojedinaca (ljudskih prava i sloboda). Da li je ravnoteža uspostavljena, ocenjuje se na osnovu testa proporcionalnosti. Ovaj deo rada podrazumeva primenu doktrinarnih uvida i standarda iz prakse ESLJP na komparativnu analizu odluka dva ustavna suda: Ustavnog suda BiH (dalje: USBH) i Saveznog ustavnog suda Nemačke (dalje: USN). U pitanju su odluka AP-1217/20 (Odluka USBH, 2020)<sup>25</sup> i odluka 1 BvR 781/21 (Odluka USN, 2021).<sup>26</sup>

<sup>25</sup> Odluka (kojom je ujedno odlučeno i povodom apelacije AP-1254/20) dostupna je na: [https://www.ustavnisud.ba/uploads/odluke/\\_sr/AP-1217-20-1234093.pdf](https://www.ustavnisud.ba/uploads/odluke/_sr/AP-1217-20-1234093.pdf).

<sup>26</sup> Odluka BvR 781/21 u kojoj je odlučeno o ustavnosti Zakona o prevenciji i kontroli zaraznih bolesti kod ljudi (*Infektionsschutzgesetz*) koji je menjan Četvrtim zakonom o zaštiti stanovništva tokom epidemije od nacionalnog značaja (*Viertes Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite*, dalje: Četvrti zakon), dostupna na: [https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2021/11/rs20211119\\_1bv-r078121en.html](https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2021/11/rs20211119_1bv-r078121en.html).

### 3.1. Polazna stanovišta ustavnih sudova

U brojnim državama nadležni organi su proglasili vanredno stanje te propisivali mere zaštite od širenja virusa. One su obuhvatale različite obaveze, poput nošenja zaštitnih maski i držanja fizičke distance,<sup>27</sup> do mera ograničenja i zabrane kretanja: uvođenje policijskog časa, zabrana napuštanja mesta prebivališta tokom vikenda, zabrana kretanja za starije od 65 godina i mlađe od 18 godina itd. Pošto EKLJP *a priori* ne zabranjuje ograničenje ljudskih prava i sloboda, sada se postavlja pitanje da li su države dužne da reaguju u kriznim situacijama i nameću restriktivne mere. Drugim rečima, da li je ograničenje prava obaveza države ili je država dužna da ne ograničava ljudska prava? Teške posledice koje je proizvodila pandemija, priroda odredaba EKLJP i praksa ESLJP, brojnost država koje su uvele restriktivne mere i praksa ustavnih sudova različitih država ukazuju na potvrđan odgovor. U odlukama ustavnih sudova nije negirana potreba propisivanja epidemioloških mera nego je, eventualno, bila sporna proporcionalnost tih mera.<sup>28</sup> EKLJP pruža tri osnova za ograničenje konvencijskih prava: prvi je sadržan u članovima koji garantuju relativna prava, drugi je sadržan u čl. 15 EKLJP, a treća kategorija su inherentna (ugrađena) ograničenja. Dok je USN posmatrao restriktivne mere kroz prizmu nemačkog Osnovnog zakona (koji poput EKLJP sadrži bogat katalog prava i sloboda), dotle je USBH kao polazište uzeo EKLJP<sup>29</sup> i to prvi osnov ograničenja sadržan u relativnim pravima. Ali oba ustavna suda su ocenili da je nužno ograničenje prava i sloboda kao reakcija na širenje virusa.

---

<sup>27</sup> U javnom diskursu se sve vreme govorilo o socijalnoj a ne o fizičkoj distanci. To nije odgovarajući naziv, s obzirom na to da je cilj bio da, u obavljanju svakodnevnih aktivnosti, građani svedu fizičke kontakte na minimum, a ne da se jedni od drugih potpuno izoluju u socijalnom smislu i prekinu svaku saradnju.

<sup>28</sup> Osim odluka USN i USBH, videti, primera radi, Odluku USH, 2020 i Odluku Ustavnog suda Austrije V 363/2020-25 (Odluka USA, 2020), dostupna na: [https://www.vfgh.gv.at/downloads/VfGH-Entscheidung\\_V\\_363\\_2020\\_vom\\_14.\\_Juli\\_2020.pdf](https://www.vfgh.gv.at/downloads/VfGH-Entscheidung_V_363_2020_vom_14._Juli_2020.pdf).

<sup>29</sup> U pravnom sistemu BiH EKLJP zauzima posebno mesto jer „bavljenje pitanjem ljudskih prava [...] nužno ima Evropsku konvenciju za polazišnu tačku” (Kreštalica, 2021, p. 68). Shodno čl. II 2 Ustava Bosne i Hercegovine, prava i slobode predviđeni u EKLJP i u njenim protokolima direktno primenjuju u Bosni i Hercegovini, te ovi akti imaju prioritet nad svim ostalim zakonima. Teoretičari nisu saglasni u pogledu mesta koje EKLJP ima u ustavnom sistemu BiH, ali je Ustavni sud BiH u odluci U-5/04 (Odluka US, 2004) utvrdio da nema govora o primatu EKLJP u odnosu na Ustav jer je EKLJP, kao međunarodni dokument, stupila na snagu na osnovu Ustava BiH. Vid. Marković, 2021, pp. 148–151. Problemi su nastali zbog engleskog teksta Dejtonskog sporazuma u kojem se pominje „*priority over all other law*“, što je izazvalo različita tumačenja reči *law* jer neki autori smatraju da označava (celokupno) pravo, a drugi ističu da se odnosi na zakone. Na osnovu toga, jedni smatraju da EKLJP ima nadustavnu snagu (Vehabović, 2006, p. 51), a drugi smatraju da ona ima prioritet nad svim aktima osim Ustava, budući da je sama odredba sadržana u Ustavu (Marković, 2017, p. 80).

USN je utvrdio da prilikom donošenja mera kojima se ozbiljno zadire u osnovna prava i slobode nije, načelno, dopušteno da se sporna pitanja tumače na štetu titulara prava. Ali USN smatra da pandemija kovida-19 zahteva „hitnu potrebu za ustavnom zaštitom” i država je dužna da se tim vodi (st. 171 Odluke USN, 2021). USN dodaje da i Osnovni zakon Nemačke nalaže da zakonodavac, vođen jakim demokratskim legitimitetom, uprkos neizvesnostima, rešava sukobe između interesa visokog i interesa najvišeg reda (st. 171). U tom smislu, moglo bi se zaključiti da USN smatra da zaštita javnog zdravlja, makar i kroz znatno ograničavanje ljudskih prava, predstavlja interes najvišeg reda. USBH navodi dužnost preduzimanja mera koje nalažu „aktivnu brigu i pravovremenu reakciju” jer se u suprotnom povređuju pozitivne obaveze države (st. 36 Odluke USBH, 2020), a to se navodi (st. 19) i u odluci U-I-1372/2020 hrvatskog Ustavnog suda (dalje: Odluka USH, 2020).<sup>30</sup> Dakle, ovi ustavni sudovi suštinski iskazuju da država mora da zaštiti javni interes (odnosno kolektivno pravo – zaštitu javnog zdravlja) pa makar i nauštrb interesa privatnih lica, ali mere moraju da budu proporcionalne.

### **3.2. Ustavnosudski test proporcionalnosti: prava i slobode naspram javnog zdravlja**

Odluka USBH, 2020 je donesena povodom zabrane kretanja za lica koja su starija od 65 godina i lica koja su mlađa od 18 godina na teritoriji Federacije BiH (dalje: FBiH), ustanovljene Naredbom Federalnog štaba civilne zaštite od 20. 3. 2020 (dalje: Naredba). Naredba sadrži četiri tačke, od kojih prva i ključna glasi: „Naređuje se zabrana kretanja osobama mlađim od 18 godina i starijim od 65 godina na području FBiH.” Apelanti su tvrdili (st. 6–15 Odluke USBH, 2020) da se naredbom krše sloboda kretanja, pravo na dostojanstvo, pravo na slobodu ličnosti i pravo na delotvoran i efikasan pravni lek, otežava svakodnevni život i onemogućuje staranje o najboljem interesu deteta, uspostavlja diskriminatoran tretman na bazi godina; da nadležni organi nisu razmotrili blaže mere, da su određene kategorije lica u kućnom pritvoru i da donosioci odluka nisu uzimali u obzir zdravstveno stanje kao kriterijum (st. 6–15 Odluke USB, 2020). Pred USN se, povodom podnesenih ustavnih žalbi, raspravljalo o ustavnosti mera zabrane kontakata,<sup>31</sup> mere policijskog časa i ograničenja u raznim objektima čije je kršenje

<sup>30</sup> Odluka U-I-1372/2020 dostupna je na: [https://narodne-novine.nn.hr/clanci/sluzbeni/2020\\_09\\_105\\_1971.html](https://narodne-novine.nn.hr/clanci/sluzbeni/2020_09_105_1971.html)

<sup>31</sup> U nemačkom diskursu se hteo izbeći izraz „zabrana kretanja” pa se koristio izraz „zabrana kontakata” budući da problematično nije napuštanje stana, nego je problematičan kontakt sa drugim licima. Ipak, ako ne drugim merama, uvođenjem policijskog časa ipak je zabranjeno kretanje u određenom periodu iako se i iza te mere krije cilj smanjenja kontakata sa drugim licima.

bilo novčano sankcionisano. Podnosioci ustavnih žalbi su smatrali da se propisanim epidemijskim merama (koje su deo sistema *Bundesnotbremse*)<sup>32</sup> krše odredbe Osnovnog zakona Nemačke o slobodi ličnosti i delovanja, prava na zaštitu ličnosti, braka i porodice (st. 1 Odluke USN, 2021).

I USBH i USN su razmatrali da li se epidemijskim merama zadire u slobodu kretanja ili se radi o lišavanju slobode. Prema dvema odlukama ESLJP (*De Tommaso v. Italy*, predstavka br. 43395/09, presuda ECHR, 23. 2. 2017, par. 80. i *Nada v. Switzerland*, predstavka br. 10593/08, presuda ECHR, 12. 9. 2012, par. 255), razlika između lišenja slobode i mešanja u slobodu kretanja je u stepenu i intenzitetu, a ne u prirodi ili suštini, te zahteva razmatranje konkretne situacije, tipa ograničenja, trajanja, delovanja i načina sprovođenja mera. Na osnovu prakse ESLJP i sopstvene prakse, USBH je utvrdio da propisivanjem mere zabrane kretanja nije bilo stvarne fizičke prinude niti su propisane drastične novčane kazne ni prinudno zatvaranje zbog kršenja epidemioloških mera (st. 45 Odluke USBH, 2020). Iz toga US zaključuje da nema kršenja čl. 5 EKLJP koji se odnosi na lišenje slobode (st. 46 Odluke USBH, 2020). Za USBH je, u kontekstu podnesenih apelacija, relevantan čl. 2 Protokola br. 4 uz EKLJP, pa se apelacije analiziraju kroz prizmu tog člana. Nemački organi su pak propisali policijski čas kao jednu od epidemioloških mera pa se i tamo postavilo pitanje prirode te mere. U Odluci USN, 2021 nemački kontrolor ustavnosti je utvrdio da policijski čas nije lišenje slobode (st. 240 i 250) nego je mera ograničenja slobode (st. 242 i 249), a u prilog toj oceni je konstatovao da je policijski čas trajao sedam sati dnevno (od 22 do 5 č) i to u periodu kad je mobilnost stanovnika smanjena jer je to period odmora i sna a adresati su mogli da odaberu gde će da ostanu, sve dok se radi o stambenom prostoru (st. 250). Bitna razlika između mera nemačkih organa i organa FBiH je u tom što se u prvom slučaju kretanje ograničava u jednom delu dana dok se u drugom potpuno i celodnevno zabranjuje. Prihvatljivo je da se ne može govoriti o lišenju slobode, što su oba suda dobro argumentovala, ali je značajno da je odredba iz Naredbe najviši stepen zadiranja u slobodu kretanja i da suštinski predstavlja zabranu a ne ograničenje kretanja. U svakom slučaju, kad više prava dođu u koliziju, delovanje državnih organa mora da prođe test proporcionalnosti, to jest propisane mere moraju da budu zakonite, nužne u demokratskom društvu i preduzete zarad ostvarenja legitimnog cilja. U praksi EKLJP se test proporcionalnosti realizuje tako što se poštuje redosled iz teksta EKLJP: propisanost pravom, nužnost, pa legitimnost cilja. Međutim, bilo bi celishodnije da se ostvarenost uslova ispita sledećim redom: (1) propisanost, (2) legitimnost cilja

---

<sup>32</sup> Ako sedmodnevna incidenca (broj novih slučajeva korone na 100.000 stanovnika) tri dana zaredom bude veća od 100, pokreće se tzv. sigurnosna kočnica (*Notbremse*). Pooštrene epidemijske mere na snazi ostaju sve dok sedmodnevna incidenca pet dana zaredom ne bude manja od 100.

i (3) nužnost mera u demokratskom društvu. Taj redosled je celishodniji jer ako nema legitimnog cilja, onda nema govora o raspravljanju o nužnosti, što smatraju i neki drugi autori (Schlink, 2012, pp. 725–726).

Prvo pitanje na koje se odgovara testom proporcionalnosti tiče se ocene o zakonitosti zadiranja u garantovana prava i slobode. Budući da je, po mišljenju autora ovog rada, sporna zakonitost Naredbe, detaljnije će se ovaj uslov analizirati u pogledu nje nego u odnosu na nesporno zakonsko utemeljenje akata nemačkih organa.<sup>33</sup> Pošto zakonitost u praksi ESLJP u stvari označava propisanost pravom, to jest postojanje pravnog osnova za ograničenje prava, u tom smislu je, *prima facie*, uslov ispunjen u odnosu na Naredbu jer se osnov za izricanje mera nalazi u Zakonu o zaštiti i spasavanju (dalje: ZZS) i u Zakonu o zaštiti stanovništva od zaraznih bolesti (dalje: ZZB). Prema čl. 108 ZZS štabovi civilne zaštite naređuju provođenje odgovarajućih mera zaštite. Čl. 48 ZZS tog zakona propisuje aktivnosti i mere koje se preduzimaju s ciljem zaštite i spasavanja (ukupno 13 njih), a drugi stav tog člana navodi da sem navedenih mera „ako za to postoji potreba, mogu se planirati, pripremati, organizovati i sprovesti i druge delatnosti i mere u zaštiti i spasavanju”. Nesumnjivo je da epidemija predstavlja prirodnu nepogodu u smislu tog zakona jer se radi o „masovnoj pojavi ljudskih bolesti” (čl. 3 ZZS) ali povodom mera, zakonodavac je vrlo neodređen pa mora da se analizira kvalitet propisa u smislu kriterijuma koje predviđa praksa ESLJP. ZZS je dostupan adresatima, ali na osnovu formulacije „druge delatnosti i mere” malo je verovatno da građani mogu da steknu i indicije o tome koje mere bi mogle da se primene u odnosu na njih.<sup>34</sup> Precizniji u tom smislu je ZZB budući da navodi da *Federalno ministarstvo zdravlja* može narediti zabranu kretanja stanovništva, odnosno ograničenje kretanja. Dakle, ZZB je objavljen, predvidljive su posledice i moglo bi da se kaže da je u skladu sa vladavinom prava, bar formalno shvaćenom, u fulerovskom smislu (Fuler, 2011, pp. 49–102).

Za USBH dva zakona su dovoljan osnov za tvrdnju da su donesene naredbe štaba civilne zaštite zakonite, to jest pravom predviđene, čime ispunjavaju prvi uslov testa proporcionalnosti (st. 50 Odluke US, 2020). Ovaj stav, po mišljenju autora ovog rada, nije tačan. Utvrđeno je da Federalno ministarstvo zdravlja ima osnov da donosi naredbe kojim se ograničava ili zabranjuje kretanje stanovništva. Ima li to pravo Federalni štab civilne zaštite (koji je donosio naredbe o zabrani kretanja)? Čitanje odredaba ZZS ne pruža osnov za to federalnim štabovima civilne zaštite, koji se pozivaju upravo na čl. 108 tog zakona. Dakle, ministarstvo zdravlja je imalo

<sup>33</sup> Epidemijske mere koje su donosili nemački organi propisane su Četvrtim zakonom.

<sup>34</sup> U odluci *Kruslin v. France* se govori o tome da građani treba da imaju indiciju o okolnostima i uslovima pod kojima su javni organi ovlašćeni da zadiru u prava i slobode. Međutim, nedovoljno je da građani znaju kad mogu da očekuju ograničenje osnovnih prava, nego bi trebalo da postoji indicija o tome kako će ograničenja da se realizuju, to jest koje mere bi mogli da očekuju.



pravni osnov da donosi naredbe, a imajući u vidu da se radi o zaštiti zdravlja, po kriterijumu stručnosti, opravdano je rešenje iz ZZS. S obzirom na jezičku jasnoću odredbe iz ZZB, nema mesta pozivanju na slobodno sudijsko uverenje, višeznačnost odredaba ili pripisivanje odredbi ZZB bilo kog značenja osim onog koje je jezički potpuno jasno. Sem toga, trebalo je da USBH sistemski tumači dva zakona čime bi utvrdio ko je nadležan organ. Ipak, nijedan sudija USBH nije to uvideo ili bar nije to pokazao izdvojivši mišljenje. Budući da ZZS ne predviđa mogućnost ograničenja kretanja i budući da su sva ograničenja ljudskih prava i sloboda izuzetak, trebalo bi u spornim situacijama, to jest kad god ne postoji nesumnjiv pravni osnov za ograničenje ili zabranu slobode kretanja, da se odredbe tumače *in favorem* prava i sloboda građana. Iz toga proizlazi da su naredbe kriznog štaba nezakonite. S druge strane, čak i da za njih postoji formalni osnov, u kvalitativnom smislu one ne bi prošle test proporcionalnosti (i ne bi bile u skladu sa vladavinom prava) budući da nijedna naredba nije objavljena u službenom glasniku, a to je moralo da se uradi jer su naredbe opšti pravni akti.<sup>35</sup> Ako akt koji predviđa mogućnost ograničenja prava u vanrednim prilikama mora da bude, kako ESLJP kaže, pravni akt javne vlasti koji je stupio na snagu, trebalo bi *a fortiori* da akt kojim se ograničavaju prava i slobode bude objavljen u službenom glasniku i da stupi na snagu u određenom periodu nakon objavljivanja. U naredbama je na kraju samo navođeno da one stupaju na snagu danom donošenja, a materijalizacija putem objavljivanja na internet-stranicama nadležnih organa ili putem medija nije prihvatljiva. I da donošenje naredbi od strane štaba civilne zaštite ima zakonsko uporište, uslov predvidljivosti nije ispunjen. Vidna je i jedna kontradiktornost u odluci USBH – nakon što je u jednom delu odluke (st. 50 Odluke USBH, 2020) istakao da mere ispunjavaju uslov propisanosti pravom (uključujući i kvalitativni aspekt), na drugom mestu USBH navodi da zakonske odredbe ZZS i ZZB nisu dovoljno precizne u pogledu vrste mera, trajanja, obaveze kontinuiranog preispitivanja i posledica do kojih dolazi u slučaju kršenja tih mera (st. 56 Odluke USBH, 2020), dakle kvalitativno nisu valjane (*sic!*). Sve to ukazuje da prvi uslov, propisanost pravom, *nije ispunjen*. Budući da USBH ima drukčiji stav, analiziraće se i rasuđivanje USBH o narednom uslovu testa proporcionalnosti.

Drugi uslov koji se ispituje testom proporcionalnosti je analiza *legitimnosti cilja zbog kojeg se zadire u garantovana prava i slobode*. Shodno čl. 2 Protokola 4 uz EKLJP, legitimni ciljevi su zaštita interesa državne ili javne bezbednosti, očuvanje

---

<sup>35</sup> Hrvatski Sabor je u tom smislu izmenio Zakon o zaštiti pučanstva od zaraznih bolesti i predvideo da i stožer civilne zaštite može, osim ministra zdravlja, donositi zakonom navedene epidemiološke mere, a izričito je navedeno da se takve mere objavljuju u službenom glasniku Hrvatske – *Narodnim novinama*. Vid. Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o zaštiti pučanstva od zaraznih bolesti, *Narodne novine*, br. 47/2020.

javnog poretka, sprečavanje kriminala, zaštita zdravlja ili morala ili prava i sloboda drugih. USN navodi da je zakonodavčeva pretpostavka da postoji znatna opasnost po razne, zakonom zaštićene, interese utemeljena na dovoljno čvrstim nalazima (st. 172 Odluke USN, 2021) i da je legitiman bio cilj nemačkog zakonodavca da uspori dalje širenje virusa i spreči opterećenje zdravstvenog sistema u celini (st. 174 i 188) jer bez funkcionalnog zdravstvenog sistema bilo bi teško zaštititi i lica koja su obolela od drugih bolesti a ne samo kovid-19 bolesnike (st. 175).<sup>36</sup> S druge strane, USBH konstatuje da je cilj preduzetih mera zaštita zdravlja većeg broja ljudi i sprečavanje širenja epidemije u društvu (st. 51 Odluke USBH, 2020). O tačnosti stavova oba ustavna suda, odnosno legitimnosti ciljeva kojima se propisivanjem mera težilo, dovoljno govore broj zaraženih, brzina širenja virusa, teški simptomi kod značajnog broja zaraženih, broj hospitalizovanih, stopa smrtnosti itd.

Uslov koji se tiče *podesnosti sredstava* za postizanje legitimnog cilja, o čemu Aleksi i Meler govore, nesumnjivo je ispunjen i u FBiH i u Nemačkoj, budući da propisane mere doprinose manjoj interakciji među građanima, a samim tim se smanjuje mogućnost širenja zaraze. USN apostrofira da zakonodavac mora da stalno preispituje važeće mere<sup>37</sup> ističući da „što mere duže ostaju na snazi” sve je manje zakonodavcu dopušteno da se oslanja na prvobitne procene „pod uslovom da je mogao da dobije pouzdanije podatke” (st. 190 Odluke USN, 2021). U prilog ovoj tvrdnji USN-a ide i čl. 28c Četvrtog zakona u kojem je bilo predviđeno da savezna vlada može svojim aktima da reaguje na nova naučna otkrića u vezi sa epidemijom i propiše izuzetke u odnosu na vakcinisana lica i lica koja su već ozdravila od virusa. Pošto je odluka USN-a o ustavnosti donesena naknadno, USN ističe da, s aspekta momenta donošenja odluke, „ništa ne ukazuje da je zakonodavac možda neadekvatno ispunio svoje obaveze” (st. 191). USN ističe da je nemački parlament, dodeljujući zadatke institutu za javno zdravlje preduzeo „neophodne institucionalne korake kako bi obezbedio da se informacije potrebne za određivanje mera za borbu protiv zaraznih bolesti prikupe i procene”. Ovaj institut je ažurno pratio nalaze o epidemiji i upoznao savezne organe i javnost sa podacima o stopi infekcije, a posebno USN ističe da je u vreme usvajanja Četvrtog zakona izveštaj instituta pokazivao da je rizik po zdravlje nemačkog stanovništva veoma visok (st. 178). Sem toga, zakonodavac je posegao i za stručnim slušanjima pred nadležnim komitetom Bundestaga kako bi se detaljno

<sup>36</sup> U Odluci USA, 2020 (st. 48) takođe se ističe da mere protiv širenja virusa kovid-19 imaju za cilj zaštitu zdravlja, čime se istovremeno štiti i funkcionalnost zdravstvenog sistema.

<sup>37</sup> Ustavni sud Austrije (st. 49 Odluke USA, 2020) navodi da se epidemijske mere donose u uslovima neizvesnosti i promptno te da se saznanja o njihovim efektima mogu tek postepeno saznavati. Time je ovaj organ ukazao na to da je nužno preispitivanje tih mera s obzirom na efekte koje postižu.

upoznao sa epidemijskim prilikama, a USN konstatuje da su ekspertska mišljenja bila dostupna javnosti i da se o njima naširoko raspravljalo dok je trajao zakonodavni postupak. Kad se to sve uzme u obzir, ne iznenađuje stav USN-a da je „procena zakonodavca bila dovoljno pouzdana” (st. 187). Konsultovanje medicinske struke je glavna komparativna prednost reakcije nemačkih organa na epidemijske mere u odnosu na organe FBiH. Dok su nemački organi gradili sistem reagovanja na širenje zaraze na stavovima struke, to je, u najmanju ruku, sporno za organe FBiH. Ono što „krasi” mere organa FBiH u borbi protiv epidemije je upravo neuvažavanje stavova medicinske struke ili bar neprikazivanje da su oni razmotreni. A okolnosti su bile takve da je trebalo da odlučujući uticaj na izbor mera imaju upravo medicinski stručnjaci. Krajnje pozitivan primer predstavlja i hrvatsko rešenje. U Hrvatskoj je marta 2020. osnovan Znanstveni savjet za suzbijanje epidemije bolesti COVID-19 uzrokovane virusom SARS CoV-2, sačinjen od domaćih i inostranih naučnika i stručnjaka za javno zdravstvo, molekularnih biologa, epidemiologa, infektologa i slično. Takvo naučno-stručno telo u FBiH nije postojalo, a nesumnjivo je da je trebalo da postoji i da ima ključnu reč pri odabiru epidemijskih mera. Dalje, u FBiH pravila su postavljena bez ikakvih izuzetaka, što je neprihvatljivo u materiji ograničavanja osnovnih prava i sloboda. Posledice koje je apsolutna zabrana kretanja proizvela se čine apsurdnim: lice koje je starije od 65 godina i dobrog je zdravstvenog stanja ne može da se slobodno kreće, dok lice mlađe od 65 godina koje je u invalidskoj penziji zbog respiratornih bolesti (čime je *eo ipso* u kategoriji ugroženih lica) može da se slobodno kreće bez ikakvih ograničenja. USBH navodi da se iz Naredbe ne vidi zašto su stariji od 65 i mlađi od 18 godina naročito ugrožene kategorije lica koje nose veći rizik od širenja zaraze (st. 63 Odluke USBH, 2020), te da je neprihvatljivo da se mere propisuju bez izuzetka jer se nepredviđanjem izuzetaka, *inter alia*, onemogućuje rad zakonodavnih, izvršnih i sudskih organa (u kojima rade i stariji od 65 godina) koji moraju imati mogućnost da nastave sa radom i u vanrednim okolnostima, ali na onaj način koji je prilagođen posebnim okolnostima (st. 58). Neubedljivo zvuče, po mišljenu autora ovog rada, navodi Vlade FBiH (iz odgovora na apelaciju, st. 16 Odluke USBH, 2020) da je nužna apsolutna zabrana kretanja jer stariji od 65 godina imaju slabiji imunološki sistem, a mlađi od 18 godina imaju blaže simptome, ali prenose virus starijima. Treba dodati i da je opšteprihvaćeno da svaka odluka mora da bude obrazložena, a naredbe štabova nikakva obrazloženja ne sadrže, a ona jesu nužna i upravo tu su donosioci imali priliku da ukažu na ispunjenost svih uslova koji se inače traže za test proporcionalnosti.

Treći uslov koji se analizira testom proporcionalnosti se odnosi na *nužnost ograničenja u demokratskom društvu*. Nužnost mere, ističu neki autori, podrazumeva da ne postoji ona mera koja je manje restriktivna a da istovremeno

predstavlja podesno sredstvo za ostvarenje legitimnog cilja (Klatt & Meister, 2012, p. 705). USN ističe da su epidemijske mere bile nužne jer zakonodavac na raspolažanju nije imao „druga sredstva koja bi bila tako delotvorna kao ograničenje kontakata a da jednovremeno u manjoj meri pogađaju osnovna prava i slobode” (st. 202 Odluke USN, 2021). USN je razmotrio i alternativne mere koje su mogle da se donesu, utvrdivši da ni vakcinacija ni nošenje maski ne bi mogli da doprinesu cilju jednako kao i mere ograničavanja kontakata.<sup>38</sup> USBH ističe da mere koje se propisuju ne smeju da umanjuju „dugoročne interese zaštite osnovnih demokratskih vrednosti, vladavine prava i ljudskih prava” (st. 53 Odluke USBH, 2020). Dodaje da nije vidljivo da su nadležni organi FBiH razmotrili alternativne, blaže mere, niti je vidljivo da su se vodili stavovima medicinske struke.<sup>39</sup> Jedan od kriterijuma iz prakse ESLJP (presuda *Isayeva, Yusupova and Bazayeva v. Russia*) jeste ispitivanje da li su javne vlasti pokazale nemar pri odabiru mera. Po mišljenju autora, vlasti FBiH su pokazale nemar jer je, rečnikom ESLJP, trebalo da se pokaže uverljiva nužnost, dakle onaj stepen koji bi razumnog čoveka ubedio u ispravnost postupanja, ali organi FBiH nisu to ni pokušali da urade. Međutim, USBH ne navodi izričito da apsolutna zabrana kretanja nije bila nužna nego svojom argumentacijom u osnovi prelazi na proces balansiranja, kroz sledeće pitanje: da li je uspostavljena pravična ravnoteža između interesa zajednice i prava pojedinaca na slobodno kretanje? (st. 52 Odluke USBH 2020). Takav pristup je pogrešan, budući da je nužnost mere prethodno pitanje u odnosu na balansiranje – ako mera zabrane kretanja nije nužna, onda nema mesta za fazu balansiranja. Međutim, potpunosti radi, analiziraće se rasuđivanje USBH-a o postojanju pravične ravnoteže.

Mera apsolutne zabrane kretanja za određena lica ozbiljno onemogućuje ostvarenje principa slobode kretanja, dakle to je najviši stepen zadiranja prema Aleksijevoj trijadičkoj skali. Stav USBH-a je da, zbog krizne situacije, zakonodavac može da novelira postojeće ili donosi nove zakone koji će organima da daju šira ovlašćenja u odnosu na važeće zakone (st. 53 Odluke USBH, 2020). Iz ovoga bi moglo da se zaključi da USBH kritikuje Parlament FBiH zbog pasivnosti, pripisujući mu ulogu nadležnog i legitimnog organa za reagovanje u vanrednim

<sup>38</sup> Vakcine nisu mogle da budu dovoljno sredstvo zaštite javnog zdravlja (st. 206) jer nije bilo moguće dosegnuti nivo vakcinacije koji bi zaštitio većinu stanovnika (zbog vremena potrebnog za proizvodnju, nestašice u nabavci, intervala između doza vakcina) a ni pravilno nošenje maski ne bi bilo dovoljno jer niti postoje dokazi koji pouzdano pokazuju da to smanjuje rizik od infekcije u istoj meri kao zabrana kontakata, niti je to jednako efikasno kao potpuno izbegavanje ličnih kontakata (st. 210). USN navodi da prema „pouzdanim naučnim saznanjima, ograničenja kontakata su i dalje efikasno sredstvo” za smanjenje širenja zaraze (st. 228).

<sup>39</sup> Štaviše, USBH navodi, *exempli causa*, blaže mere (st. 59 Odluke US 2020) koje su mogle da se propišu poput zabrane kretanja u određenom delu dana, zabrane pristupa izvorištima zaraze ili javnim ustanovama.

situacijama. Uporednopravni primer takve reakcije bili bi nemački i hrvatski zakonodavci (u Hrvatskoj je dopunjen Zakon o sustavu civilne zaštite čime su proširena ovlašćenja stožera civilne zaštite, a u Nemačkoj je donesen Četvrti zakon).<sup>40</sup> S obzirom na zakonodavčevu ulogu, trebalo bi da on vrši konstantan nadzor nad primenom epidemioloških mera kako bi se sprečila proizvoljnost u delovanju štabova jer nepostojanje tog nadzora može da vodi proizvoljnosti kriznih štabova pri određivanju epidemioloških mera (st. 56 Odluke USBH, 2020).<sup>41</sup> USBH osnovano kritikuje trajanje mera (st. 60 Odluke USBH, 2020) budući da se u jednoj od naredbi propisuje da se mere primenjuju „do daljeg” (Naredba Federalnog štaba civilne zaštite od 27. 3. 2020). Po mišljenju autora ovog rada, to isključuje svaku predvidljivost. S obzirom na to da se radi o znatnim ograničenjima ljudskih prava i sloboda, neophodno je da su precizno vremenski ograničene sve mere jer to (1) omogućuje adresatima da imaju predstavu o njihovom trajanju, stvarajući koliku-toliku pravnu sigurnost i (2) stvara obavezu organima da redovno preispituju mere, ublažavaju ih ili ukidaju.

USN, sprovođeci fazu balansiranja, ističe da ništa ne ukazuje da je zakonodavac, ispunjavajući svoju obavezu da uspostavi ravnotežu između javnog zdravlja i subjektivnih prava i sloboda „jednostrano dao prednost” interesima javnog zdravlja ili da je propustio da posveti dužnu pažnju ljudskim pravima (st. 232 Odluke USN, 2021). U prilog tome ide i činjenica da su akti imali ograničeno trajanje i da su bili prilagodljivi promenjenim okolnostima (st. 233). Dalje, zakonodavac je vodio računa o interesima lica koja su se oporavila od kovida-19 ili su vakcinisana, pa i to ide u prilog uspostavljenoj ravnoteži. Policijski čas je takođe bio jedna od mera koje su predviđene nemačkim zakonodavstvom (čl. 28b Četvrtog zakona), a i za njega je USN utvrdio da je saglasan nemačkom Osnovnom zakonu i ustavnim pravima. U pogledu posledica koje očekuju građane koji prekrše policijski čas, USN smatra da su i sama mera i sankcija za kršenje ispunile zahteve pravne jasnoće (st. 254 Odluke USN, 2021), a ni struka nije ukazala na neefikasnost ili kontraproduktivnost mera (st. 279). Mera policijskog časa služila je legitimnom cilju kao „deo ukupne zakonodavne strategije” (st. 275), bila je podesna (st. 276–281) i nužna (st. 284–286), a podrazumevala je i brojne izuzetke (st. 296). Iako je policijski čas nosio sa sobom znatna ograničenja, ipak njegove posledice

---

<sup>40</sup> Zakon o dopuni Zakona o sustavu civilne zaštite, *Narodne novine Republike Hrvatske*, br. 31/2020.

<sup>41</sup> Isti stav zauzimaju i ustavni sudovi Hrvatske i Austrije. „Nadzor neophodnosti produženja izvanrednog stanja mora biti pod nadzorom zakonodavnog tijela, kako izvršne vlasti ne bi zloupotrijebile i neprihvatljivo produžavale takvo stanje” (st. 20 Odluke USH, 2020). USA navodi obavezu zakonodavca da nadzire donosioce podzakonskih akata o epidemijskim merama i njihovo tumačenje zakona (Odluka USA, 2020, st. 52).

nisu nadmašile značaj ove mere za zaštitu javnog zdravlja (st. 290). Dakle, USN je pružio punu podršku merama zakonodavca ocenivši da je zakonodavac uspešno izmirio interes javnog zdravlja i interese titulara prava i sloboda u koja se epidemijskim merama zadiralo. Odluke nemačkih organa su ispunile sve uslove koje se traže za test proporcionalnosti i samim tim su bile u celosti saglasne nemačkom ustavu.

Kad se analiza ustavnosudskog testa proporcionalnosti sumira, uvidi su sledeći. USBH je utvrdio da zahtev proporcionalnosti nije ispunjen, te da se naredbama krše EKLJP i Ustav BiH (st. 66 Odluke USBH, 2020). Pošto organi FBiH nisu dokazali neophodnost apsolutne zabrane kretanja, samim tim nije uspostavljen razuman balans između zaštite javnog zdravlja i prava i sloboda građana i pri odabiru mera je pokazan nemar. Trebalo je iznositi i uvažavati stavove medicinskih stručnjaka, a mere konstantno preispitivati i uspostaviti izuzetke od restrikcija. Pošto Ustav BiH propisuje obavezu svih organa da usklade delovanje sa EKLJP, trebalo bi konstatovati da je konačna ocena USBH tačna. Ali na putu ka tom zaključku bi moglo da se istakne nekoliko grešaka. Prva je to što USBH nije uočio da ne postoji pravno utemeljenje za donošenje mere zabrane kretanja od strane federalnog štaba. Dakle, već je na prvom koraku trebalo da se odustane od ispitivanja daljih uslova testa proporcionalnosti jer su mere nezakonite. Drugo, nakon što je prevideo nezakonitost, USBH je utvrdio da nadležni organi FBiH ničim nisu pokazali nužnost mera, ali se ipak upustio u balansiranje ispitujući postojanje ravnoteže između zaštite javnog zdravlja i zaštite prava pojedinaca. Dakle, USBH je sproveo sve faze testa proporcionalnosti iako neispunjenost ranije faze onemogućuje upuštanje u ispitivanje naredne faze. Za razliku od brojnih manjkavosti koje karakterišu delovanje organa FBiH, nemačka reakcija na epidemiju izgleda kao pozitivan primer. Baziranje mera na stavovima medicinske struke, propisivanje mera zakonom (a ne podzakonskim aktima), ustanovljavanje brojnih izuzetaka i konstantno preispitivanje mera, idući u korak sa novonastalim okolnostima, neke su od osobina koje krase nemačku borbu za zaštitu javnog zdravlja. I test proporcionalnosti koje je USN sproveo zavređuje pohvale, budući da je ovaj organ svaku fazu detaljno ispitao i kvalitetno argumentovao ispunjenost uslova.

#### 4. Zaključak

Pandemija kovida-19 je predstavljala veliki izazov za sve države sveta s obzirom na značajne posledice koje je imala u odnosu na zdravlje stanovnika. U takvim okolnostima, veliki broj država je išao putem mera kojima su ograničena

neka od temeljnih prava i sloboda, što sa sobom povlači pitanje uspostavljanja balansa između dva legitimna interesa: zaštite javnog zdravlja i ljudskih prava i sloboda. Da bi se jednom od interesa dalo prvenstvo, mora da se sprovede test proporcionalnosti. ESLJP je višedecenijskom praksom dao izuzetan doprinos precizirajući postojeće standarde EKLJP, a praksa brojnih ustavnih sudova se na njih oslanja rešavajući koliziju legitimnih interesa. Analizirane odluke državnih organa i odluke ustavnih sudova Nemačke i BiH su ukazale na nemerljiv značaj testa proporcionalnosti, ali i na mogućnost da se lako učine brojni propusti. Komparativna analiza ukazuje da obe države imaju zakone o zaraznim bolestima, ali oni nisu istovetni u kvalitativnom smislu. A kad dođe vreme da se ti akti primene, kvalitativne manjkavosti dobijaju na značaju, a zakonodavac može promptno da to reši noveliranjem postojećih zakona. Drugo je rešenje da se izvršno-upravnim organima prepusti da oni biraju restriktivne mere, ali je bolje da o tako značajnom pitanju kao što je ograničenje temeljnih prava i sloboda odluči zakonodavac. Legitimnost cilja kojem se težilo propisivanjem mera i podesnost sredstava ne dovode se u pitanje ni u jednom od analiziranih slučajeva, kao ni potreba da država reaguje na opasnost po javno zdravlje. Ali zaštita javnog zdravlja ne može da bude izgovor za nekontrolisano ograničenje ljudskih prava nego je postupanje države višestruko ograničeno. Ključno je da reakcija države na ugroženost javnog zdravlja ne ignoriše stavove medicinske struke. A komparativna analiza je pokazala da su neke mere bile više izraz političke celishodnosti nego promišljene, medicinski utemeljene i nužne. Test proporcionalnosti postavlja stroge uslove, pa kad država uvede restrikcije ne pokazavši da su mere nesumnjiva nužnost, onda razuman balans između zaštite javnog zdravlja i zaštite prava i sloboda građana nije uspostavljen nego je pokazan nemar javnih vlasti i prekršen standard ESLJP. Dalje, propisane mere moraju da se redovno preispituju, a izuzeci treba da se uspostave kad god to ne utiče negativno na zaštitu javnog zdravlja, opet u skladu sa stavovima struke. Preispitivanje omogućuje da se svede na minimum ograničenje prava i sloboda i time se ispunjava uslov nužnosti iz testa proporcionalnosti. U tom smislu je postupanje nemačkih organa krajnje pozitivan primer, kao i stav USBH da su državni organi dužni da, uz učešće medicinskih stručnjaka, svakodnevno informišu građane o nužnosti mera i njihovom trajanju, ublažavanju ili pooštavanju. Time se ispunjava standard ESLJP i pokazuje da državni organi ne postupaju kao da imaju neograničeno diskreciono ovlašćenje. Čim se zaštita javnog zdravlja može ostvariti i blažim merama, nadležni organi moraju odmah da reaguju i pokažu da vode računa o svođenju restrikcija na nužnu meru. Analizirane odluke su pokazale i da su ustavni sudovi odabrali odgovarajuće sredstvo za ispitivanje balansa između sukobljenih interesa, ali da nadležni organi nisu u oba slučaja ispunili uslove koji se testom proporcionalnosti ispituju što je uzrokovalo

različite ustavnosudske odluke. Iskustvo sa pandemijom kovida-19 trebalo bi da bude signal za nadležne organe brojnih država da izvuku određene pouke, prilagode zakonodavstvo standardima ESLJP i stvore normativni okvir koji onemogućuje bilo kakvu proizvoljnost. Na taj način, zaštita javnog zdravlja neće biti dovedena u pitanje, a istovremeno se ljudska prava neće ograničavati više nego što je to nužno.

## Literatura

- Alexy, R. 2000. On the Structure of Legal Principles. *Ratio Juris*, 13(3), pp. 294–304.
- Alexy, R. 2003. Constitutional Rights, Balancing, and Rationality. *Ratio Juris*, 16(2), pp. 131–140.
- Alexy, R. 2014. Constitutional Rights and Proportionality. *Revus*, (22), pp. 51–65.
- Barak, A. 2012. *Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Bezbradica, A. & Marković, V. 2022. Testovi balansiranja i ograničenje prava na pristup informacijama od javnog značaja u srpskom pravu. U: Blagić, D. (ur.), *Zaštita ljudskih prava i sloboda u svetlu međunarodnih i nacionalnih standarda*, Kosovska Mitrovica: Pravni fakultet Univerziteta u Prištini, pp. 173–200.
- Brown, Bernard L. 1976. The Proportionality Principle in the Humanitarian Law of Warfare: Recent Efforts of Codification. *Cornell International Law Journal*, 10(1), pp. 134–155.
- Ćorić, V., Knežević Bojović, A. & Višekruna, A. 2021. Notifications of Derogations from the European Convention on Human Rights in COVID-19 Context. *Arhiv za pravne i društvene nauke*, 116(3-4), pp. 119–143.
- Dworkin, R. 1977. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press.
- Fuler, L. 2011. *Moralnost prava*. Beograd: Centar za izdavaštvo Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu.
- Gerards, J. 2013. How to Improve the Necessity Test of the European Court of Human Rights. *International Journal of Constitutional Law*, 11(2), pp. 466–490.
- Greer, S. 2004. Balancing and the European Court of Human Rights: A Contribution to Habermans–Alexy Debate. *The Cambridge Law Journal*, 63(2), pp. 412–434.
- Jovanović, M. & Spaić, B. 2022. Obavezna imunizacija protiv kovid 19? Pravno-etičke dileme. U: Lošnoc, A. & Grković-Mejdžor, J. (ur.), *Društvo uprkos pandemiji*. Novi Sad: Srpska akademija nauka i umetnosti, pp. 81–111.
- Klajn, I. & Šipka, M. 2006. *Veliki rečnik stranih reči i izraza*, Novi Sad: Prometej.
- Klatt, M. & Meister, M. 2012. Proportionality – A Benefit to Human Rights? Remarks on the I-CON Controversy. *International Journal of Constitutional Law*, 10(3), pp. 687–708.
- Kreštalica, S. 2021. Ljudska prava u Bosni i Hercegovini (kroz prizmu odnosa Ustava Bosne i Hercegovine i Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda).



- U: Marković, G. (ur.), *Zbornik radova „Konstitucionalizacija Bosne i Hercegovine”*, Istočno Sarajevo: Pravni fakultet Univerziteta u Istočnom Sarajevu, pp. 67–87.
- Marković, G. 2017. Human Rights in the Constitution of Bosnia and Herzegovina: Problems and Contradictions. U: Simeunović-Patić, B. (ur.), *Policija i pravosudni organi kao garanti slobode i bezbednosti u pravnoj državi: tematski zbornik radova, tom 1*. Beograd: Kriminalističko-policijska akademija, Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu i Fondacija „Hans Zajdel”, pp. 79–93.
- Marković, G. 2021. *Ustavni lavirint – aporije ustavnog sistema Bosne i Hercegovine*. Beograd: Službeni glasnik.
- Möller, K. 2012. Proportionality: Challenging the Critics. *International Journal of Constitutional Law*, 10(3), pp. 709–731.
- Schlink, B. 2012. Proportionality (1). In: Rosenfeld, M. & Sajo, A. (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, pp. 291–302.
- Stone Sweet, A. & Mathews, J. 2008. Proportionality Balancing and Global Constitutionalism. *Columbia Journal of Transnational Law*, 47(1), pp. 68–149.
- Trykhlík, K. 2020. The Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights. *EU and Comparative Law Issues and Challenges Series*, (4), pp. 128–154.
- Tsakyrakis, S. 2009. Proportionality: An Assault on Human Rights. *International Journal of Constitutional Law*, 7(3), pp. 468–493.
- Vehabović, F. 2006. *Odnos Ustava Bosne i Hercegovine i Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i sloboda*. Sarajevo: ACIPS.
- Zdravković, A. 2022. SLAPP tužbe – Zloupotreba prava na sudsku zaštitu u službi ograničavanja slobode izražavanja. *Strani pravni život*, 66(1), pp. 75–96. DOI: <https://doi.org/10.5937/spz66-35644>.

### Pravni izvori

- Zakon o dopuni Zakona o sustavu civilne zaštite, *Narodne novine*, br. 31/2020.
- Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o zaštiti pučanstva od zaraznih bolesti, *Narodne novine*, br. 47/2020.
- Zakon o zaštiti i spasavanju ljudi i materijalnih dobara od prirodnih i drugih nesreća, *Službene novine Federacije BiH*, br. 39/2003, 22/2006 i 43/2010.
- Zakon o zaštiti stanovništva od zaraznih bolesti, *Službene novine Federacije BiH*, br. 29/2005.
- Odluka USA, 2020. Odluka Ustavnog suda Austrije V 363/2020-25. Dostupna na: [https://www.vfgh.gov.at/downloads/VfGHEntscheidung\\_V\\_363\\_2020\\_vom\\_14.\\_Juli\\_2020.pdf](https://www.vfgh.gov.at/downloads/VfGHEntscheidung_V_363_2020_vom_14._Juli_2020.pdf).
- Odluka USBH, 2020. Odluka Ustavnog suda BiH AP-1217/20. Dostupna na: [https://www.ustavisud.ba/uploads/odluke/\\_sr/AP-1217-20-1234093.pdf](https://www.ustavisud.ba/uploads/odluke/_sr/AP-1217-20-1234093.pdf).

- Odluka USBH, 2004. Odluka Ustavnog suda BiH U-5/04. Dostupna na: [https://www.ustavisud.ba/uploads/odluke/\\_sr/U-5-04-71799.pdf](https://www.ustavisud.ba/uploads/odluke/_sr/U-5-04-71799.pdf).
- Odluka USN, 2021. Odluka Saveznog ustavnog Nemačke 1 BvR 781/21. Dostupna na: [https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2021/11/rs20211119\\_1bvr078121en.html](https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2021/11/rs20211119_1bvr078121en.html).
- Odluka USH, 2020. Odluka Ustavnog suda Hrvatske U-I-1372/2020. Dostupna na: [https://narodne-novine.nn.hr/clanci/sluzbeni/2020\\_09\\_105\\_1971.html](https://narodne-novine.nn.hr/clanci/sluzbeni/2020_09_105_1971.html).
- Viertes Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite, Bundesgesetzblatt Jahrgang 2021 Teil I Nr. 18.

### Sudska praksa

- ECHR, *A. and Others v. The United Kingdom*, predstavka br. 3455/05, presuda, 19. 2. 2009. Dostupno na: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-91403>.
- ECHR, *De Tommaso v. Italy*, predstavka br. 43395/09, presuda, 23. 2. 2017. Dostupno na: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-171804>.
- ECHR, *Gorzelik and Others v. Poland*, predstavka br. 44158/98, presuda, 17. 2. 2004. Dostupno na: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-61637>.
- ECHR, *Handyside v. The United Kingdom*, predstavka br. 5493/72, presuda, 7. 12. 1976. Dostupno na: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57499>.
- ECHR, *Hatton and Others v. The United Kingdom*, predstavka br. 36022/97, presuda, 8. 7. 2003. Dostupno na: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-61188>.
- ECHR, *Ireland v. The United Kingdom*, predstavka br. 5310/71, presuda, 18. 1. 1978. Dostupno na: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57506>.
- ECHR, *Isayeva, Yusupova and Bazayeva v. Russia*, predstavka br. 57947/00, 57948/00, 57949/00, presuda, 24. 2. 2005. Dostupno na: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-68379>.
- ECHR, *Kruslin v. France*, predstavka br. 11801/85, presuda, 24. 4. 1990. Dostupno na: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57626>.
- ECHR, *Lawless v. Ireland (No. 3)*, predstavka br. 332/57, presuda, 1. 7. 1961. Dostupno na: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57518>.
- ECHR, *McCann and Other v. The United Kingdom*, predstavka br. 18984/91, presuda, 27. 9. 1995. Dostupno na: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57943>.
- ECHR, *Nada v. Switzerland*, predstavka br. 10593/08, presuda, 12. 9. 2012. Dostupno na: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-113118>.
- ECHR, *National Federation of Sportspersons' Associations and Unions (FNASS) and Others v. France*, predstavka br. 48151/11, 77769/13, presuda, 18. 4. 2018. Dostupno na: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-180442>.
- ECHR, *Observer and Guardian v. The United Kingdom*, predstavka br. 13585/88, presuda, 26. 11. 1991. Dostupno na: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57705>.

- ECHR, *Sejdić and Finci v. Bosnia and Herzegovina*, predstavka br. 27996/06, 34836/06, presuda, 22. 12. 2009. Dostupno na: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-96491>.
- ECHR, *Terhes v. Romania*, predstavka br. 49933/20, presuda, 13. 4. 2021. Dostupno na: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-210026>.
- ECHR, *Soering v. The United Kingdom*, predstavka br. 14038/88, presuda, 7. 7. 1989. Dostupna na: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57619>.
- ECHR, *The Sunday Times v. The United Kingdom*, predstavka br. 6538/74, presuda, 26. 4. 1979. Dostupno na: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57584>.
- ECHR, *A. and Others v. The United Kingdom*, predstavka br. 3455/05, presuda, 19. 2. 2009. Dostupno na: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-91403>.
- Guide on Article 15 of the European Convention of Human Rights. Dostupno na: [https://www.echr.coe.int/documents/Guide\\_Art\\_15\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/documents/Guide_Art_15_ENG.pdf) (28. 5. 2022).
- Naredba Federalnog štaba civilne zaštite od 20. marta 2020. godine. Dostupna na: <http://www.fucz.gov.ba/wp-content/uploads/2020/04/12-40-6-148-34-20.pdf> (27. 5. 2022).
- Naredba Federalnog štaba civilne zaštite od 27. 3. 2022. Dostupna na: <http://www.fucz.gov.ba/wp-content/uploads/2020/04/12-40-6-148-34-1-20.pdf> (27. 5. 2022).

