

Nasir Muftić\*

## Obavještenje o derogaciji Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda – pravi put za Bosnu i Hercegovinu?

Sadržaj

### 1. Uvod

### 2. Konvencijsko uređenje obaveze notifikacije derogacije i nejasna sudska praksa

2.1. *Uslovi za derogaciju i pozicija obaveze notifikacije*

2.2. *Ispunjenost uslova za derogaciju od strane BiH*

### 3. Slobodna procjena države

3.1. *Slobodna procjena države usljed postojanja javne opasnosti*

3.2. *Slobodna procjena i COVID-19*

### 4. Specifikacija obavještenja i problemi sa nadzorom

4.1. *Dometi člana 15 Konvencije*

4.2. *Lekcija za postupanje u COVID-19*

### 5. Zloupotreba derogacije

### 6. Zaključak

### 1. Uvod

Kako bi se adekvatno suočile sa pandemijom virusa COVID-19, države širom svijeta poduzimaju različite mjere. S obzirom da je riječ o globalnoj zdravstvenoj prijetnji koja se brzo širi i ozbiljno remeti društvene procese, države se redovno odlučuju za mjere čija usklađenost sa međunarodnim instrumentima za zaštitu ljudskih prava nije savim izvjesna. Međunarodni instrumenti često predviđaju pravo države da odstupa od pune primjene za vrijeme trajanja opasnosti. Za Bosnu i Hercegovinu (BiH) je najznačajniji instrument Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (EKLJP), koja u članu 15 predviđa pravo države na derogaciju određenih konvencijskih prava tako što će država obavijestiti generalnu sekretarku Vijeća Evrope. Do sada, relativno mali broj članica Vijeća Evrope je iskoristio ovu mogućnost, iako gotovo sve primjenjuju mjere koje zadiru u konvencijska prava.

Trenutno se postavljaju brojna pitanja o derogaciji EKLJP. Tako nije sasvim jasno da li notifikacija derogacije iz člana 15 predstavlja obavezu svake države koja se želi pozvati na derogaciju, te do kojeg momenta će države moći obavijestiti generalnu sekretarku Vijeća Evrope

---

\* Autor je doktorant pravnih nauka i asistent na Pravnom fakultetu u Sarajevu.

o tome. Naredno pitanje je na koji će način Evropski sud za ljudska prava tretirati slobodnu procjenu države s obzirom na činjenicu da li su obavijestile generalnu sekretarku o derogaciji. Naposlijetku, derogiranje EKLJP otvara mogućnost zloupotrebe, zbog čega država ovoj mogućnosti mora pristupiti vrlo pažljivo.

U nastavku ću predstaviti otvorena pitanja i izložiti prednosti i nedostatke izbora koji je pred Bosnom i Hercegovinom.

## 2. Konvencijsko uređenje derogacije

### 2.1. Uslovi za derogaciju i pozicija obaveze notifikacije

EKLJP u članu 15 predviđa pravo države da odstupi od njene primjene za vrijeme rata ili druge javne opasnosti koja prijete opstanku nacije. U tim situacijama, države imaju pravo odstupiti od odredaba EKLJP “u najnužnijoj mjeri koju iziskuje hitnost situacije“ i usvojiti mjere koje ne smiju biti u „neskladu s njenim drugim obavezama prema međunarodnom pravu”<sup>1</sup>. Ukoliko se odluči za korištenje ovog prava, država je dužna obavijestiti generalnu sekretarku Vijeća Evrope “o mjerama koje preduzima i razlozima za njih”<sup>2</sup>, a dužna je obavijestiti i o prestanku preduzetih mjera i ponovnoj primjeni EKLJP u potpunosti. Primjena odredbe člana 15 koja govori o obavještenju o derogaciji nije sasvim jasna. Član 15 ne utvrđuje vrijeme u kojem je potrebno dostaviti obavještenje, a dosadašnja praksa ukazuje da ono ne mora prethoditi mjerama koje država planira poduzeti, nego da može uslijediti i nakon što ih država već poduzme. Pri tome je važno da do obavještenja dođe “bez kašnjenja”, što je pravni standard koji Evropski sud cijeni u konkretnom slučaju. U predmetu *Lawless protiv Irske*<sup>3</sup> je Evropski sud prihvatio obavještenje uprkos kašnjenju od dvanaest dana, dok u predmetu *Greek*<sup>4</sup> kašnjenje od četiri mjeseca nije tolerisano.

U stručnoj javnosti se u posljednje vrijeme pojavila i teza prema kojoj notifikacija čak i ne predstavlja nužni uslov za pozivanje na član 15 EKLJP.<sup>5</sup> Ovaj argument se bazira na nejasnom stavu u sudskoj praksi koja je u nekoliko navrata, kada je ovo pitanje bilo postavljeno, propustila dati odgovor i nedvosmisleno potvrditi vrijednost obavještenja kao nužnog elementa derogacije.<sup>6</sup>

<sup>1</sup> Detaljnije: N. Katić, Derogacija EKLJP za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda tijekom borbe protiv pandemije virusa COVID-19, ss. 2 i dalje, dostupno na: [http://www.fcjp.ba/analize/Nikolin\\_Katic3-Derogacija\\_EKLJP\\_za\\_zastitu\\_ljudskih\\_prava\\_i\\_temeljnih\\_sloboda\\_tijekom\\_borbe\\_protiv\\_pandemije\\_virusa\\_COVID-19.pdf](http://www.fcjp.ba/analize/Nikolin_Katic3-Derogacija_EKLJP_za_zastitu_ljudskih_prava_i_temeljnih_sloboda_tijekom_borbe_protiv_pandemije_virusa_COVID-19.pdf), očitavanje: 17. 04. 2020.

<sup>2</sup> *Ibid.*

<sup>3</sup> *Lawless protiv Irske* (br. 3), zahtjev br. 332/57, presuda od 01. 07. 1961, dostupno na: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57518>, očitavanje: 13. 04. 2020.

<sup>4</sup> Predmet *Greek* - Danska protiv Grčke, Norveška protiv Grčke, Švedska protiv Grčke, Nizozemska protiv Grčke, zahtjev br. 3321/67, 3322/67, 3323/67, 3344/67, presuda od 24. 01. 1968, dostupno na: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-167795%22%5D%7D>, očitavanje: 13. 04. 2020.

<sup>5</sup> S. Martin, A Domestic Court's Attempt to Derogate from the ECHR on behalf of the United Kingdom: the implications of Covid-19 on judicial decision-making in the United Kingdom, dostupno na: [https://www.ejiltalk.org/a-domestic-courts-attempt-to-derogate-from-the-echr-on-behalf-of-the-united-kingdom-the-implications-of-covid-19-on-judicial-decision-making-in-the-united-kingdom/?utm\\_source=mailpoet&utm\\_medium=email&utm\\_campaign=ejil-tal](https://www.ejiltalk.org/a-domestic-courts-attempt-to-derogate-from-the-echr-on-behalf-of-the-united-kingdom-the-implications-of-covid-19-on-judicial-decision-making-in-the-united-kingdom/?utm_source=mailpoet&utm_medium=email&utm_campaign=ejil-tal), očitavanje: 13. 04. 2020. V. i diskusiju ispod teksta.

<sup>6</sup> *Ibid.* Također *Kipar protiv Turske*, zahtjev. br. 6780/74, 6950/75, presuda od 10. 07. 1976, dostupno na: <http://hudoc.echr.coe.int/webservices/content/pdf/001-142541?TID=thkbhnilzk>; Ujedinjeno Kraljevstvo protiv

Da je situacija ne sasvim jasna govori i nedavna odluka nacionalnog suda u Ujedinjenom Kraljevstvu<sup>7</sup> koji se u odluci od 25. marta 2020. godine pozvao na derogaciju prava iz člana 5 EKLJP, iako Ujedinjeno Kraljevstvo nije ranije obavijestilo generalnu sekretarku o tome.<sup>8</sup> Bez obzira na kritike na koje je ova presuda naišla<sup>9</sup>, ovakvo postupanje suda je indikativno jer svjedoči o konfuziji koja postoji u pogledu shvatanja vrijednosti obavještenja za uspješnost derogacije.

Čini se da bi razlikovanje između *derogacije* određenih konvencijskih prava i *ograničavanje* prava u redovnim okolnostima bilo obesmišljeno ukoliko obavještanje ne bude preduvjet za korištenje prava države iz člana 15 EKLJP. U suprotnom bi se državama omogućilo da se *ex post facto* pozivaju na pravo iz člana 15. Sudska praksa nije precizno odredila razliku u pogledu širine ovlaštenja koje država ima u redovnim okolnostima i onda kada je izvršila derogaciju<sup>10</sup> i upravo je postojanje obavještenja kriterij koji bi nedvojbeno upućivao obavještanje po principu dovođenja pred svršen čin. Zbog toga bi tretman obavještenja kao neobaveznog elementa situaciju učinio konfuznom i nepredvidivom. Na ovakav zaključak upućuje i dokument „Poštivanje demokratije, vladavine prava i ljudskih prava u okviru zdravstvene krize zbog COVID19. Priručnik za države“, izdanog od strane Vijeća Evrope 08. aprila 2020. godine, u kojem se obavještenje navodi kao formalni uslov za derogaciju.<sup>11</sup> Stoga, obavještenje je potrebno tretirati kao formalni uslov za derogaciju.

## 2.2. Ispunjenost uslova za derogaciju od strane BiH

BiH ispunjava uslove za derogaciju koju su predviđeni u EKLJP. Postojanje COVID-19 je javna opasnost za koju je jasno da će biti prihvaćena od strane Evropskog suda. Iako formalno prepoznavanje od strane države nije nužni uslov za utvrđivanje postojanja javne opasnosti u smislu člana 15<sup>12</sup>, u BiH je ono proglašeno<sup>13</sup>, zbog čega će ovaj uslov nesporno biti ispunjen. Da bi došlo do derogiranja EKLJP, BiH treba o tome dostaviti obavještenje generalnom sekretaru Vijeća Evrope, pri čemu to mora učiniti što prije usljed opasnosti da zbog kašnjenja derogacija ne bude tretirana kao neblagovremena.

U svakom slučaju, BiH ne mora derogirati EKLJP, budući da član 15 predviđa pravo države, a ne utvrđuje njenu obavezu. Benefit od korištenja derogacije će postojati ukoliko država koristi mjere koje značajno zadiru u konvencijska prava pojedinca ili su dugotrajne, što bi se u slučaju BiH moglo tvrditi. Indikativne su u tom pogledu mjera objavljivanja ličnih podataka lica koja su

---

Grčke, zahtjev br. 176/56, presuda od 02. 06. 1956, dostupno na: <http://hudoc.echr.coe.int/app/-conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-142534&filename=001-142534.pdf>, očitavanje: 12. 04. 2020.

<sup>7</sup> Puni naziv suda je *England and Wales Court of Protection*.

<sup>8</sup> Odluka je dostupna na: <https://www.bailii.org/ew/cases/EWCOP/2020/17.html>, očitavanje: 14. 04. 2020.

<sup>9</sup> Bilj 5.

<sup>10</sup> Usp. više: N. Holcroft-Emmess, *Derogating to Deal with Covid 19: State Practice and Thoughts on the Need for Notification*, dostupno na: <https://www.ejiltalk.org/derogating-to-deal-with-covid-19-state-practice-and-thoughts-on-the-need-for-notification/>, očitavanje: 15. 04. 2020.

<sup>11</sup> Vijeće Evrope, *Poštivanje demokratije, vladavine prava i ljudskih prava u okviru zdravstvene krize zbog COVID19. Priručnik za države*, s. 2. Dostupno na: <https://rm.coe.int/sg-inf-2020-11-respecting-democracy-rule-of-law-and-human-rights-in-th/16809e1f40>, očitavanje: 15. 04. 2020.

<sup>12</sup> *Ibid*, s. 3.

<sup>13</sup> Odluka o proglašenju nastanka stanja prirodne ili druge nesreće na teritoriji Bosne i Hercegovine, *Sl. gl. BiH* 18/20.

zaražena, u obaveznoj samoizolaciji ili koja su prekršila naredbu o obaveznoj samoizolaciji (koju je Agencija za zaštitu ličnih podataka BiH proglasila nezakonitom)<sup>14</sup>, mjera ograničenja kretanja za osobe mlađe od 18 i starije od 65 godina koju će Ustavni sud BiH u narednim danima razmatrati<sup>15</sup> i Uredba sa zakonskom snagom o zabrani izazivanja panike i nereda za vrijeme vanrednog stanja u Republici Srpskoj<sup>16</sup> kojom se ograničava sloboda izražavanja.<sup>17</sup> Prema trenutnom stanju stvari, donošenje drugih mjera koje predstavljaju miješanje u konvencijska prava pojedinaca u budućnosti nije isključeno. Međutim, državno miješanje u prava pojedinaca će se moći adekvatno nadzirati i sankcionisati i bez derogacije.

### 3. Slobodna procjena države

#### 3.1. Slobodna procjena države usljed postojanje javne opasnosti

Evropski sud u svojoj praksi redovno ukazuje na primjenu doktrine slobodne procjene, potvrđujući da su države, u pravilu, u boljoj poziciji da procijene prikladnost konkretne mjere cilju koji se želi postići.<sup>18</sup> Primjena principa slobodne procjene ne zavisi od derogacije, odnosno od činjenice da li je država pristupila postupku derogacije prema članu 15 EKLJP. Vanredne situacije zahtijevaju da svaka država članica Vijeća Evrope efikasno poduzima mjere kako bi se suočila sa potencijalnom ili konkretnom prijetnjom. Ovo se osigurava olakšavanjem obaveze na poštovanja konvencijskih prava putem derogacije. Slobodna procjena države u slučaju primjene člana 15 EKLJP je vrlo široka i bazira se na tezi da su nacionalne vlasti primarni nosioci odgovornosti. Kao što je već naglašeno, one su u boljoj poziciji da procijene adekvatnost određenih mjera, ali njihovi postupci podliježu evropskoj superviziji.<sup>19</sup> Dakle, država nema apsolutnu slobodu u ograničavanju konvencijskih prava. Prije svega, u članu 15 EKLJP je propisano da se njegova primjena ne odnosi na odredbe koje govore o pravu na život iz člana 2,

<sup>14</sup> Detaljnije: N. Odošić, COVID-19 i Rješenje Agencije za zaštitu ličnih podataka BiH, dostupno na: [http://www.fcjp.ba/analize/Nihad\\_Odobasic1-COVID-19\\_i\\_Rjesenje\\_Agencije\\_za\\_zastitu\\_licnih\\_podataka\\_BiH.pdf](http://www.fcjp.ba/analize/Nihad_Odobasic1-COVID-19_i_Rjesenje_Agencije_za_zastitu_licnih_podataka_BiH.pdf), očitavanje: 18. 04. 2020. Također, v. i naknadno Saopštenje za javnost o nezakonitosti generalnog i proaktivnog objavljivanja ličnih podataka lica koja ne postupaju u skladu sa mjerama zabrane u vezi pandemije virusa korona Agencije za zaštitu ličnih podataka u BiH od 10. 04. 2020.

<sup>15</sup> Knežević: Ustavni sud 22. aprila odlučuje o zabrani kretanja djece i starijih, dostupno na: <http://ba.n1info.com/Vijesti/a425315/Knezevic-Ustavni-sud-22.-aprila-odlucuje-o-zabrani-kretanja-djece-i-starijih.html>, očitavanje: 17. 04. 2020.

<sup>16</sup> Uredba sa zakonskom snagom o zabrani izazivanja panike i nereda za vrijeme vanrednog stanja, *Sl. gl. RS* 32/2020. Slične mjere je uvela i Općina Stari Grad Sarajevo - OŠCZ Stari Grad: Oštre sankcije za prenošenje lažnih vijesti, izazivanje panike i narušavanje reda i mira, dostupno na: <http://starigrad.ba/v2/vijest.php?id=9569>, očitavanje: 18. 04. 2020.

<sup>17</sup> Zaštiti zviždače tokom pandemije COVID-19 i povući Uredbu o izazivanju panike, dostupno na: <https://ti-bih.org/zastiti-zvzdace-tokom-pandemije-covid-19-i-povuci-uredbu-o-izazivanju-panike/>, očitavanje: 17. 04. 2020.

<sup>18</sup> Osim toga, kriteriji koje Evropski sud primjenjuje kada utvrđuje usklađenost mjere sa Konvencijom u situacijama kada država koristi član 15 i kada ga ne koristi su vrlo slični i odnose se na proporcionalnost i nužnost mjere. V. A. Mokhtar, Human Rights Obligations v. Derogations: Article 15 of the European Convention on Human Rights, *International Journal of Human Rights* 8 1, 2007, s. 79.

<sup>19</sup> O. Gross/F. D. Ni Aolain, From Discretion to Scrutiny: Revisiting the Application of the Margin of Appreciation Doctrine in the Context of Article 15 of the European Convention on Human Rights, *Human Rights Quarterly*, 23/2001, s. 637.

o zabrani mučenja i nečovječnog postupanja i kažnjavanja iz člana 3, o zabrani ropstva iz člana 4 i zabrani retroaktivne primjene krivičnog prava iz člana 7 EKLJP.

Osim toga, propisano je i da sva druga prava smiju biti ograničena samo “u najnužnijoj mjeri koju iziskuje hitnost situacije”. U predmetu Irska protiv Ujedinjenog Kraljevstva<sup>20</sup>, Evropski sud je utvrdio da je u slučaju pozivanja na pravo iz člana 15 EKLJP državi na raspolaganju široka slobodna procjena, ali da ona nije apsolutna, a u predmetu Brannigan i McBride protiv Ujedinjenog Kraljevstva<sup>21</sup> da slobodna procjena države i slučaju pozivanja na član 15 EKLJP, iako bi u pravilu trebala imati širi domet, neće zaštititi državu kontrole Evropskog suda u pogledu konkretnih mjera. Sud će vršiti procjenu prirode prava koja su ograničena usljed derogacije, okolnosti pod kojima je vanredna situacija nastala i dužinu njenog trajanja.

Sa druge strane, čak i kada država nije koristila derogaciju, Evropski sud je vrlo široko shvatao slobodnu procjenu države ukoliko su razmatrane mjere donesene zbog izuzetne opasnosti. Kada je u pitanju bila finansijska kriza, Evropski sud je bio spreman prihvatiti ekstenzivno miješanje u prava podnosioca predstave s obzirom na izuzetnu opasnost radi koje je mjera donesena, uprkos tome što država nije koristila pravo iz člana 15.<sup>22</sup>

### 3.2. Slobodna procjena i COVID-19

U slučaju derogacije, BiH će također uživati širok stepen slobodne procjene o uvođenju neophodnih mjera. S obzirom na ranija iskustva, vjerovatno je da će Evropski sud slobodnu procjenu tumačiti izuzetno široko. Ovo važi i za situaciju u kojoj pravo iz člana 15 EKLJP ne bude iskorišteno, a radi se o potrebi za brzim donošenjem mjera koje su generalnog karaktera i nisu usmjerene na pojedince.<sup>23</sup> Činjenica da pandemija COVID-19 ima potencijal da proizvede nesagledive posljedice po cijeli svijet, govori u prilog još fleksibilnijem razumijevanju slobodne procjene država članica Vijeća Evrope u odnosu na slične situacije. Budući da pandemija pogađa sve članice Vijeća Evrope, moguće je da će Evropski sud zauzeti stajalište koje neće zavisiti od

<sup>20</sup> Irska protiv Ujedinjenog Kraljevstva, zahtjev br. 5310/71, presuda od 18. 01. 1978, dostupno na: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:%22ireland%20v%20united%20kingdom%22,%22documentcollectionid%22:%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22,%22itemid%22:%22001-181585%22}}>, očitavanje: 13. 04. 2020.

<sup>21</sup> Brannigan i McBride protiv Ujedinjenog Kraljevstva, zahtjevi br. 14553/89 i 14554/89, presuda od 26. 05. 1993, para. 43, dostupno na: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57819>, očitavanje: 13. 04. 2020.

<sup>22</sup> Koufaki i Adedy protiv Grčke, zahtjev br. 57665/12, presuda od 07. 05. 2013, dostupno na: <https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=002-7627&filename=002-7627.pdf>, očitavanje: 13. 04. 2020. Osim toga, Evropski sud je slobodnu procjenu države tumačio kao vrlo široku i u drugim predmetima koji su povezani sa teškom finansijskom situacijom u državi. Riječ je o predmetima Da Conceição Mateus i Santos Januário protiv Portugala, zahtjev br. 62235/12 i 57725/12, presuda od 08. 10. 2013, dostupno na: <https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#{%22itemid%22:%22003-4554859-5501215%22}}>, očitavanje: 14. 04. 2020. Savickas i drugi protiv Litvanije, zahtjev br. 66365/09, 12845/10, 28367/11, 29809/10, 29813/10 i 30623/10, presuda od 15. 10. 2013, dostupno na: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:%22001-128229%22}}>, očitavanje: 14. 04. 2020; usp. I. Pervou, Human Rights in Times of Crisis: The Greek Cases before the ECtHR, or the Polarisation of a Democratic Society, *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, Cambridge 1/2016, ss. 113 i dalje.

<sup>23</sup> J. McBride, An Analysis of Covid-19 Responses and ECHR Requirements, dostupno na: <http://echrblog.blogspot.com/2020/03/an-analysis-of-covid-19-responses-and.html>, očitavanje: 14. 04. 2020.

toga da li je država iskoristila pravo iz člana 15 EKLJP.<sup>24</sup> Osim toga, moguće je usporediti mjere koje države članice Vijeća Evrope poduzimaju u borbi sa COVID-19, zbog čega bi se od Evropskog suda moglo očekivati uspostavljanje jednog standarda za tretman jednakih ili sličnih mjera.<sup>25</sup>

#### 4. Specifikacija obavještenja i problemi sa nadzorom

##### 4.1. Dometi člana 15 Konvencije

Iako član 15 EKLJP ne postavlja kvalitativne zahtjeve u pogledu sadržaja obavještenja, Komisija je u predmetu *Lawless protiv Irske*<sup>26</sup> utvrdila da su države dužne pružiti dovoljno informacija na osnovu kojih bi se mogla procijeniti priroda i dužina trajanja derogacije. Također, država je dužna pružiti informacije o mjerama koje poduzima i razlozima za njih, kao i obavijestiti o tome kada mjere prestaju djelovati i kada se odredbe EKLJP ponovo počinju u potpunosti primjenjivati.

Trenutno je (kraj aprila 2020) deset država obavijestilo generalnu sekretarku o derogaciji zbog suočavanja sa pandemijom COVID-19.<sup>27</sup> Obavještenja koje su države podnijele se međusobno razlikuju, s obzirom na stepen specifikacije i količinu informacija koju sadrže. Neke od njih specifično navode na koje se odredbe EKLJP derogacija odnosi, dok su druge pružile generalnu informaciju bez navođenja pojedinih konvencijskih prava. Također, države su različito postupale i u pogledu obavještanja generalne sekretarke o mjerama koje su poduzele nakon obavještenja, kao i u pogledu najavljene dužine trajanja derogacije.<sup>28</sup> Osim pravnih problema koji mogu nastati u postupcima pred Evropskim sudom, nejasna ili generalna obavještenja stvaraju sumnju da je država koja ih je načinila sklona zloupotrijebiti derogaciju.

Informacije koje država pruži u obavještenju je obavezuju i Evropski sud će ih koristiti kao mjerilo za procjenu njenih postupaka.<sup>29</sup> Nedostatak adekvatnog obavještenja može kreirati problem za državu kada se o pojedinim predstavkama bude odlučivalo pred Evropskim sudom, jer nije isključeno da država neće moći opravdati određenu mjeru. Zbog toga je važno da obavještenje sadrži što konkretnije informacije koje je moguće provjeriti i na osnovu kojih će, u

<sup>24</sup> K. Dzehtsiaroun, COVID-19 and the European Convention on Human Rights, dostupno na: <https://strasbourgobservers.com/2020/03/27/covid-19-and-the-european-convention-on-human-rights/>, očitavanje: 15. 04. 2020.

<sup>25</sup> U slučaju BiH, izuzetak svakako predstavlja objavljivanje ličnih podataka lica koja su zaražena, u obaveznoj samoizolaciji ili koja su prekršila naredbu o obaveznoj samoizolaciji. Pored Crne Gore, BiH je jedina država u Evropi koja je primijenila takvu mjeru. Ipak, domaći sudovi imaju mogućnost sankcionisati ovu mjeru, što je vjerovatan ishod s obzirom da na stav Agencije za zaštitu podataka BiH koja je mjere proglasila nezakonitim. U tom smislu i Odošić (bilj. 14).

<sup>26</sup> Bilj. 3, §§ 39 i dalje.

<sup>27</sup> U pitanju su Albanija, Armenija, Estonija, Gruzija, Latvija, Sjeverna Makedonija, Moldavija, Rumunija, San Marino i Srbija. Spisak je dostupan na: <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/webContent/62111354>, očitavanje: 15. 04. 2020.

<sup>28</sup> Za detaljniji pregled v. P. Zghibarta, The Whos, the Whats, and the Whys of the Derogations from the ECHR amid COVID-19, dostupno na: <https://www.ejiltalk.org/the-whos-the-whats-and-the-whys-of-the-derogations-from-the-echr-amid-covid-19/>, očitavanje: 15. 04. 2020.

<sup>29</sup> Bilj. 13, § 74.

prvom redu, Evropski sud vršiti nadzor.<sup>30</sup> Iako je Evropski sud ranije utvrdio da *proprio motu* može ispitati kvalitativne karakteristike obavještenja<sup>31</sup>, ipak su prisutne sumnje u adekvatnost nadzora koji on provodi i zbog kojih je moguće da specifikacija neće ispuniti svoju svrhu.

Prvo, iz prakse proizilazi da Evropski sud neće uvijek voditi računa o tome da li se derogacija produžava bez stvarne potrebe, pozivajući se na široki stepen slobodne procjene države koja je u boljoj poziciji donijeti sud o tome (Brannigan and McBride v UK<sup>32</sup>; A and Others v UK<sup>33</sup>). Iz ugla države, ovakva situacija je povoljna jer će ona uglavnom imati ključnu poziciju. Zbog toga je važno da postupa u dobroj vjeri, a na tom principu se zasniva cjelokupna struktura EKLJP.<sup>34</sup> Sa *druge* strane, ova okolnost je nepovoljna za pojedince čija su konvencijska prava ugrožena bez jasno određenog vremenskog trajanja mjere koja potencijalno krši konvencijske garancije. Također je primijećeno da se mjere koje je država iskoristila ne procjenjuju uvijek adekvatno, budući da Evropski sud ponekad ne ulazi u njihovu detaljnu analizu, oslanjajući se na državnu procjenu.<sup>35</sup> *Treće*, predmete koji proizilaze iz člana 15 Evropski sud ne rješava prioritarno, zbog čega blagovremenost nadzora nije zagarantovana.<sup>36</sup> Zbog toga je moguće da se na izvršenje nadzora pred Evropskim sudom, tj. rješavanje pojedinog predmeta, čeka i više godina.<sup>37</sup> *Naposlijetku*, Evropski sud u svojim rukama nema alate kojima bi prema sopstvenoj inicijativi vršio nadzor.<sup>38</sup> Kako bi mogao donijeti presudu u određenom predmetu, postupak mora pokrenuti aktivno legitimisano lice i on mora biti dopustiv. Također, odluka Evropskog suda se zasniva na činjenicama i dokazima koji su vezani za taj predmet, a ne za mjeru države posmatranu u cijelosti.<sup>39</sup>

<sup>30</sup> Pored primarne nadzorne uloge koju ima Evropski sud, predviđen je i dodatni nadzor od strane drugih tijela - Komesara za ljudska prava i generalne sekretarke Vijeća Evrope. U tom smislu, v. Rezoluciju Vijeća Evrope 2209 koja predviđa proaktivnu ulogu generalne sekretarke. Dostupno na: [http://assembly.coe.int/nw/xml/Xref/Xref-XML2HTML-EN.asp?fileid=24680&lang=enhttp://semantic-pace.net/tools/pdf.aspx?doc=aHR0cDovL2Fzc-2VtYmx5LmNvZS5pbmQvbnceG1sL1hSZWYvWDJlURXLWV4dHIuYXNwP2ZpbGVpZD0yNDY4MCZsYW5nPUVO&xsl=aHR0cDovL3NlbWFudGljcGFjZS5uZXQvWHNsC9QZGYvWFJlZi1XRClBVC1YTUwyUERG LnhzbA==&xsltparams=ZmlsZWlkPTIONjgw](http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-EN.asp?fileid=24680&lang=enhttp://semantic-pace.net/tools/pdf.aspx?doc=aHR0cDovL2Fzc-2VtYmx5LmNvZS5pbmQvbnceG1sL1hSZWYvWDJlURXLWV4dHIuYXNwP2ZpbGVpZD0yNDY4MCZsYW5nPUVO&xsl=aHR0cDovL3NlbWFudGljcGFjZS5uZXQvWHNsC9QZGYvWFJlZi1XRClBVC1YTUwyUERG LnhzbA==&xsltparams=ZmlsZWlkPTIONjgw), očitavanje: 15. 04. 2020.

<sup>31</sup> U predmetu Aksoy protiv Turske, zahtjev br. 21987/93, presuda od 18. 12. 1996, dostupno na: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-58003%22%5D%7D>, očitavanje: 14. 04. 2020, Evropski sud je utvrdio da obavještenju Turske nedostaje specifikacija mjera koje su poduzete za vrijeme derogacije.

<sup>32</sup> Bilj. 21, § 41.

<sup>33</sup> A i drugi protiv Ujedinjenog Kraljevstva, zahtjev br. 3455/05, presuda od 19. 02. 2009, § 178, dostupno na: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22appno%22:%5B%223455/05%22%22%22itemid%22:%5B%22001-91403%22%5D%7D>, očitavanje: 14. 04. 2020.

<sup>34</sup> Ilgar Mammadov protiv Azerbejdžana, zahtjev br. 15172/13, presuda od 22. 05. 2014, § 137, dostupno na: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-193543%22%5D%7D>, očitavanje: 14. 04. 2020.

<sup>35</sup> S. Greer, *The European Convention on Human Rights - Achievements, Problems and Prospects*, 2006, s. 248; O. Gross, „Once More unto the Breach“: The Systematic Failure of Applying the European Convention on Human Rights to Entrenched Emergencies, *Yale Journal of International Law*, 23/1998, ss. 437 i dalje;

<sup>36</sup> K. Istrefi/S. Salomon, Entrenched Derogations From the European Convention on Human Rights and the Emergence of Non-Judicial Supervision Derogations, *Austrian Review of International and European Law*, Nijhoff 22/2019, s. 13.

<sup>37</sup> *Ibid.*

<sup>38</sup> J.F. Hartman, Derogation from Human Rights Treaties in Public Emergencies – A Critique of Implementation by the European Commission and Court of Human Rights and the Human Rights Committee of the United Nations, 22 *Harvard International Law Journal*, Harvard 50/1981, ss. 21 i dalje.

<sup>39</sup> Istrefi/Salomon (bilj. 36), s. 15.

#### 4.2. Lekcija za postupanje u COVID-19

Ukoliko se odluči za derogaciju, BiH je u obavezi obavijestiti generalnog sekretara Vijeća Evrope o svim pojedinostima koje će omogućiti nadzor nad njenim postupcima do ponovne primjene EKLJP u cijelosti. Različita praksa država koje su do sada izvršile derogaciju radi suočavanja sa pandemijom ukazuje na nedostatke prilikom pružanja potrebnih informacija, zbog čega će nadzor biti znatno otežan. Ukoliko ne dostavi adekvatne informacije, BiH se izlaže riziku da njenu derogaciju Evropski sud neće posmatrati blagonaklono. To može imati negativne posljedice u postupcima pred ovim sudom. Također, nedostatak informacija onemogućava i pojedince prema kojima BiH ima obaveze iz EKLJP da predvide postupanja države i moguća ograničavanja njihovih prava.

Usljed nedostataka u mehanizmu izvršavanja nadzora Evropskog suda, derogacija neće osigurati djelovanje mehanizma koji na vrijeme i na sistemski način može procijeniti mjeru i spriječiti kršenje ljudskih prava. Ako se uzme u obzir da su sve države Vijeća Evrope suočene sa COVID-19, zbog čega primjenjuju različite mjere koje zadiru u konvencijska prava, moguće je da će Evropski sud u budućnosti biti okupiran takvim predmetima, što će usporiti njegov rad. S obzirom na to, sudovi u BiH imaju ključnu ulogu u zaštiti prava pojedinaca koja su ugrožena, budući da samo oni imaju priliku na vrijeme reagovati i spriječiti njihovo kršenje. Doktrina slobodne procjena države koju primjenjuje Evropski sud uključuje i procjenu domaćih sudova, zbog čega njihov stav o usklađenosti pojedine mjere sa EKLJP može igrati važnu ulogu, posebno ako predmet bude razmatran pred Evropskim sudom.

#### 5. Zloupotreba derogacije

Nedovoljno specificirana obavještenja zajedno sa ranije spomenutim nedostacima u nadzoru derogacije koju provodi Evropski sud (usp. gore pod 4) mogu stvoriti prostor za zloupotrebu. S obzirom da vanredno stanje u pravilu znači koncentraciju moći u izvršnoj vlasti koja može donositi odluke bez poštovanja redovnih procedura, derogacija EKLJP djeluje kao pogodan alat za nosioce vlasti, budući da ih ona, barem privremeno i djelimično, neće obavezivati. Ukoliko ne pruže dovoljno informacija u obavještenju, nosioci vlasti mogu period derogacije iskoristiti za ostvarivanje specifičnih ciljeva kao što su raspuštanje parlamenta, odgađanje izbora i sl.<sup>40</sup> Parlamentarna skupština Vijeća Evrope je prepoznala ovu mogućnost. Zbog toga se u njenoj Rezoluciji 2200 iz 2018. godine definišu preporuke prema kojima države, prije donošenja odluke o derogaciji, trebaju ispitati sve mogućnosti za korištenje redovnih mjera. Ukoliko se odluče za derogaciju, države trebaju voditi računa da u obavještenje navedu dovoljno informacija kao i da osiguraju najviši mogući stepen vladavine prava u konkretnoj situaciji, uz poštovanje demokratije, autoriteta parlamenta i lokalnih vlasti, nezavisnosti sudstva i slobode okupljanja i izražavanja, posebno u odnosu na NGO i medije.<sup>41</sup>

Opasnost od zlupotrebe derogacije zbog suočavanja sa COVID-19 je predmet debate koja se trenutno vodi. Sa jedne strane se može utvrditi, prema ranijim iskustvima sa slobodnom procjenom države, da će ona biti vrlo široko shvaćena i da praktična korist koju država dobija

<sup>40</sup> M. Scheinin, COVID-19 Symposium: To Derogate or Not to Derogate?, dostupno na: <https://opiniojuris.org/2020/04/06/covid-19-symposium-to-derogate-or-not-to-derogate/>, očitavanje: 13. 04. 2020.

<sup>41</sup> Bilj. 20, § 19.



derogacijom, ili neće postojati, ili neće biti dovoljna kako bi je opravdala.<sup>42</sup> Neprimjenjivanje EKLJP bi predstavljalo priliku za zloupotrebu i ispunjenje ciljeva za koje član 15 EKLJP nije predviđen. Štaviše, koncentrisanje neograničene moći u izvršnoj vlasti ne bi bilo tolerisano pred Evropskim sudom bez obzira na derogaciju.<sup>43</sup> Sa druge strane, prema suprotnom mišljenju, korištenje derogacije treba biti poželjno s obzirom da ona *per se* sadrži element provizornosti i pruža određenu garanciju nadzora nad postupcima države, bez obzira na sve njegove nedostatke. Nekorištenje derogacije znači “normalizaciju” koncentracije vlasti u rukama egzekutive, a to otvara opasnost da se ono pretvori u stalno stanje.<sup>44</sup>

Dosadašnja praksa pokazuje da su samo države, u kojima demokratija i vladavina prava ne baštine dugu tradiciju, obavijestile o derogaciji. Od 10 država koje su derogirale Konvenciju radi suočavanja sa COVID-19, njih devet su bivše članice SSSR-a ili drugih bivših socijalističkih država. Ukoliko bi izvršila derogaciju radi borbe sa pandemijom COVID-19, BiH bi se priključila manjinskoj skupini država Vijeća Evrope čiji ugled će, moguće, biti oštećen zbog nagovještaja koje ovakav postupak nosi.<sup>45</sup> U tom smislu, derogacija donosi i izvjestan politički rizik. Sa druge strane, okolnost da određena država nije derogirala primjenu EKLJP ne predstavlja apsolutnu garanciju da suočavanje sa pandemijom neće biti zloupotrijebljeno kao opravdanje za kršenje ljudskih prava, npr. radi jačanja ovlaštenja nosioca izvršne vlasti. Primjer za to je Mađarska, koja nije obavijestila o derogaciji, ali je usvojila zakon kojim su izvršnoj vlasti data široka ovlaštenja bez vremenskog ograničenja, što je izazvalo burne reakcije u javnosti.<sup>46</sup> Iz same okolnosti da određena država nije derogirala Konvenciju slijedi, istina slaba, garancija da će njeni postupci biti posmatrani i cijenjeni unutar standarda koju postavlja EKLJP u cijelosti. Tako da primjer Mađarske ne treba biti shvaćen kao pravilo, nego kao izuzetak.

Osim toga, pitanje je čiji interesi će se zaštititi ukoliko se BiH odluči za derogaciju. Riječ je, svakako, o interesima države, koja će lakše moći opravdati svoje postupke. Sa druge strane, iz perspektive pojedinaca, derogacija je nužno nepovoljna mjera jer daje mogućnost državi da se naročito mijesha u njihova konvencijska prava na način koji bi u redovnim okolnostima bio nedozvoljen. Štaviše, dosadašnja praksa ukazuje da država može izbjeći pružanje dovoljno informacija u obavještenju i da derogacija predstavlja prigodnu mogućnost za provođenje mjera koje nužno ne moraju biti usmjerene na suzbijanje COVID-19 ili mogu biti nesrazmjerne cilju koji se želi ostvariti.

Pored negativnih posljedica za pojedince, nesrazmjerne mjere mogu imati i negativne posljedice u borbi sa pandemijom. Koristeći se formulacijom koju je Agencija za zaštitu ličnih podataka BiH upotrijebila u Rješenju kojim je nezakonitim proglasila mjeru objavljivanja ličnih podataka

---

<sup>42</sup> Dzehtsiaroun (bilj. 24).

<sup>43</sup> *Ibid.*

<sup>44</sup> A. Greene, States should declare a State of Emergency using Article 15 ECHR to confront the Coronavirus Pandemic, dostupno na: <https://strasbourgobservers.com/2020/04/01/states-should-declare-a-state-of-emergency-using-article-15-echr-to-confront-the-coronavirus-pandemic/>, očitanje: 14. 04. 2020.

<sup>45</sup> Coronavirus derogation from human rights send wrong message, say MEPs, dostupno na: <https://www.euractiv.com/section/justice-home-affairs/news/coronavirus-derogations-from-human-rights-send-wrong-signal-say-meps/>, očitanje: 18. 04. 2020.

<sup>46</sup> Između ostalih reakcija, generalna sekretarka Vijeća Evrope je uputila otvoreno pismo premijeru Mađarske, Viktoru Orbanu, u kojem poziva na poštovanje međunarodnih standarda prilikom suočavanja sa pandemijom. Pismo je dostupno na: <https://www.coe.int/en/web/portal/-/secretary-general-writes-to-victor-orban-regarding-covid-19-state-of-emergency-in-hungary>, očitanje: 15. 04. 2020.

lica koja su pozitivna na korona virus i koja se nalaze u izolaciji i samoizolaciji<sup>47</sup>, takve mjere, na primjer, mogu “narušiti povjerenje javnosti u zdravstveni sistem“. To posljedično može izazvati „širenje bolesti na druga lica. Time je bitno ugrožen i javni interes da se spriječi širenje bolesti”.

## 6. Zaključak

Pitanje da li BiH treba iskoristiti pravo iz člana 15 EKLJP nije jednostavno jer na njega nije moguće dati jedan tačan odgovor. Odluka o svakom izboru nosi određene prednosti i rizike.

BiH u svakom slučaju ispunjava uslove za derogaciju koji su predviđeni u EKLJP. Međutim, derogacija nije obaveza BiH, nego njeno pravo o čijem korištenju može samostalno donijeti odluku. Ukoliko se odluči za derogaciju, BiH ima obavezu što prije dostaviti obavještenje generalnoj sekretarki Vijeća Evrope. Kako bi se mjere koje država poduzima i namjerava poduzeti učinile transparentnim i podložnim nadzoru, obavještenje treba sadržati informacije o prirodi i dužini trajanja derogacije, kao i o mjerama koje poduzima i razlozima za njih. BiH je u tom slučaju, također, dužna obavijestiti, kada mjere prestaju djelovati i kada se odredbe EKLJP ponovo počinju u potpunosti primjenjivati.

BiH bi kroz korištenje derogacije dobila širi prostor za djelovanje, budući da bi Evropski sud fleksibilnije tumačio njenu slobodnu procjenu u primjeni mjera za suočavanje sa COVID-19. No, slobodna odluka o ograničenjima nije apsolutna. Prvo, EKLJP navodi spisak prava koja ne mogu biti ograničena, čak ni u slučaju derogacije. Drugo, Evropski sud će vršiti procjenu mjera, bez obzira da li je derogacija izvršena ili ne. Sudska praksa pokazuje da će i u redovnim okolnostima, u kojima pravo države iz člana 15 EKLJP nije iskorišteno, slobodna procjena države biti shvaćena izuzetno široko, ako je mjera donesena radi suočavanja sa javnim opasnostima. Moguće je da će Evropski sud postupiti istovjetno kada bude procjenjivao mjere države koje nisu derogirale EKLJP i koje su korištene u borbi sa COVID-19, usljed čega se gubi osnovna prednost koju derogacija donosi.

Derogacija EKLJP ima značajne negativne strane. Nadzor od strane Evropskog suda ne osigurava sistemsko razmatranje mjere i moguće je da neće pružiti zaštitu blagovremeno. Zbog toga, najznačajnija uloga pripada domaćim sudovima koji imaju obavezu vršiti nadzor nad poštovanjem konvencijskih prava od strane države. Zatim, derogacija je prilika za zloupotrebu. Postoje naznake da države koje su do sada iskoristile ovo pravo radi suočavanja sa COVID-19 koriste derogaciju radi zloupotrebe ovlaštenja izvršne vlasti. Ona može biti iskorištena u političke svrhe ili za kršenje ljudskih prava više nego što je nužno ili sa nekim drugim ciljem. Naposljetku, derogacija bi za BiH značila izlaganje riziku dobijanja negativne javne reputacije.

S obzirom na sve navedeno, smatram da bi u trenutnoj situaciji derogacija za BiH donijela više štete nego koristi.

<sup>47</sup> Rješenje Agencije za zaštitu ličnih podataka u BiH od 24. 03. 2020, dostupno na: <http://www.azlp.ba/rjesenja/?id=2921>, očitanje: 18. 04. 2020.

### *Summary*

#### *Notification of derogation from the European Convention of Human Rights – the right avenue for Bosnia and Herzegovina?*

*The global pandemic caused by the COVID-19 requires state action for purposes of protecting public health. The hitherto measures undertaken by Bosnia and Herzegovina for purposes of tackling the pandemic interfere with the rights guaranteed under the European Convention of Human Rights. As Article 15 of the Convention allows a state to derogate from certain provisions guaranteeing human rights, the point of focus is whether this avenue should be pursued in case of Bosnia and Herzegovina. The paper argues that derogation would do more harm than good. It presents the role of notification as a formal requirement for derogation and elaborates on its connection with the expanded of margin of appreciation. Due to the previous experiences, the European Court of Human rights is likely to afford a wide margin of appreciation to Bosnia and Herzegovina regardless of the derogation. Furthermore, the paper outlines the issues related to derogation and COVID-19, focusing on the impact of vagueness of the information provided in notification, the problems with the supervision of the European Court of Human Rights, and the potential of abuse.*