



The AIRE Centre
Advice on Individual Rights in Europe



TRENING CENTAR ZA MIGRACIJE
MIGRATION TRAINING CENTER

ПРИРУЧНИК О МЕЂУНАРОДНИМ И ЕВРОПСКИМ СТАНДАРДИМА У
ОБЛАСТИ АЗИЛА И МИГРАЦИЈА И ЊИХОВА ПРИМЕНА И
РЕЛЕВАНТНОСТ У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ



British Embassy
Belgrade



International Organization for Migration (IOM)
The UN Migration Agency

ПРИРУЧНИК О МЕЂУНАРОДНИМ И ЕВРОПСКИМ
СТАНДАРДИМА У ОБЛАСТИ АЗИЛА И МИГРАЦИЈА
И ЊИХОВА ПРИМЕНА И РЕЛЕВАНТНОСТ
У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ

ПРИРУЧНИК О МЕЂУНАРОДНИМ
И ЕВРОПСКИМ СТАНДАРДИМА
У ОБЛАСТИ АЗИЛА И МИГРАЦИЈА
И ЊИХОВА ПРИМЕНА И РЕЛЕВАНТНОСТ
У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ

Уредник:

Biljana Braithwaite, програмски менаџер за Западни Балкан, АИРЕ Центар

Аутори:

Nuala Mole, оснивач и виши правни саветник, АИРЕ Центар

Ивана Крстић, ванредни професор, Правни факултет, Универзитет у Београду

Markella Papadoulis, предавач, London South Bank Универзитет, регистровани европски правник и пројектни менаџер, АИРЕ Центар

Бојана Чучковић, доцент, Правни факултет, Универзитет у Београду,

Adriana Tidona, сарадник на пројекту и правни консултант, АИРЕ Центар

Olivia Waddell, истраживач за правна питања, програм за Западни Балкану, АИРЕ Центар

"Штампање ове публикације је финансирала Влада Уједињеног Краљевства. Ставови изнесени у овој публикацији, међутим, не одражавају нужно званичну политику Владе Уједињеног Краљевства."

САДРЖАЈ

УВОД	5
-------------------	----------

ПОГЛАВЉЕ I

ПРАВО АЗИЛА: СТРУКТУРА МЕЂУНАРОДНИХ СТАНДАРДА	7
--	----------

A. ПРАВНИ ОКВИР СИСТЕМА МЕЂУНАРОДНЕ ЗАШТИТЕ У ЕВРОПИ	9
B. МЕЂУНАРОДНИ НИВО – ЖЕНЕВСКА КОНВЕНЦИЈА О СТАТУСУ ИЗБЕГЛИЦА ИЗ 1951. И ПРОТОКОЛ УЗ ЊУ ИЗ 1967. ГОДИНЕ	13
V. ОПШТИ АСПЕКТИ ЕКЉП	25
Г. ПРАВНЕ ТЕКОВИНЕ ЕУ КОЈЕ СЕ ОДНОСЕ НА АЗИЛ И ПРАКСА СУДА ПРАВДЕ ЕУ ВЕЗАНА ЗА МАТЕРИЈУ АЗИЛА	44
Д. ПРИМЕНА ЕВРОПСКЕ КОНВЕНЦИЈЕ ЗА ЗАШТИТУ ЉУДСКИХ ПРАВА И ОСНОВНИХ СЛОБОДА У МАТЕРИЈИ АЗИЛА И МИГРАЦИЈА – ПРАВНИ ОКВИР РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ	51

ПОГЛАВЉЕ II

ОПАСНОСТИ ОД МУЧЕЊА И НЕЧОВЕЧНОГ ИЛИ ПОНИЖАВАЈУЋЕГ ПОСТУПАЊА (ЧЛАН 3): НАЧЕЛА И ПРАКСА ЕСЉП У ПРЕДМЕТИМА КОЈИ СЕ ОДНОСЕ НА АЗИЛ	63
--	-----------

A. ПРИМЕНЉИВОСТ ЧЛАНА 3. У ПРЕДМЕТИМА КОЈИ СЕ ОДНОСЕ НА АЗИЛ	65
B. ПРИМЕНА ЧЛАНА 3. У ОДЛУКАМА О ПРОТЕРИВАЊУ И ВРАЋАЊУ	69
V. ПОВРЕДЕ ЧЛАНА 3. КОЈЕ ПРОИСТИЧУ ИЗ УСЛОВА ПРИХВАТА И ПРИТВОРА У ЗЕМЉИ АЗИЛА.....	80
Г. ПОВРЕДЕ ЧЛАНА 3. КОЈЕ ПРОИСТИЧУ ИЗ ДРУГИХ ОКОЛНОСТИ (ДИСКРИМИНАЦИЈА; ЗДРАВСТВЕНО СТАЊЕ; ХУМАНИТАРНИ УСЛОВИ) – У ЗЕМЉИ ПОРЕКЛА И У ЗЕМЉИ АЗИЛА	85
Д. ЧЛАН 3. ЕКЉП (ЗАБРАНА МУЧЕЊА, НЕЧОВЕЧНОГ ИЛИ ПОНИЖАВАЈУЋЕГ ПОСТУПАЊА) – ПРИМЕНА У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ	92

ПОГЛАВЉЕ III

НАЧЕЛО ЗАБРАНЕ ПРОТЕРИВАЊА (*NON-REFOULEMENT*) У МЕЂУНАРОДНОМ ПРАВУ И ПРАВУ ЕУ И ЊЕГОВЕ ДИМЕНЗИЈЕ У СУДСКОЈ ПРАКСИ ЕСЉП 105

- A. НАЧЕЛО ЗАБРАНЕ ПРОТЕРИВАЊА ПРЕМА ЖЕНЕВСКОЈ КОНВЕНЦИЈИ 107
- Б. НАЧЕЛО ЗАБРАНЕ ПРОТЕРИВАЊА И ЊЕГОВА ПРИМЕНА САГЛАСНО ПРАВУ ЕУ 112
- В. ДИМЕНЗИЈА НАЧЕЛА ЗАБРАНЕ ПРОТЕРИВАЊА У ЕКЉП И У ПРАКСИ ЕСЉП 129
- Г. ПРИМЕНА ЧЛАНА 3. ЕКЉП (ЗАБРАНА ПРОТЕРИВАЊА) У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ 143

ПОГЛАВЉЕ IV

НАЧЕЛО „СИГУРНЕ ТРЕЋЕ ЗЕМЉЕ“ И „ДАБЛИНСКИ“ ПРЕДМЕТИ СХОДНО ПРАВУ ЕУ И ПРАКСИ ЕСЉП 157

- A. НАСТАНАК И СВРХА ПРАВИЛА О „СИГУРНОЈ ЗЕМЉИ“ 159
- Б. „СИГУРНОСТ НЕГДЕ ДРУГДЕ“ – ВРАЋАЊЕ САГЛАСНО ДАБЛИНСКОЈ УРЕДБИ И КОНЦЕПТ СИГУРНЕ ТРЕЋЕ ЗЕМЉЕ ПО ПРАВУ ЕУ 163
- В. КОНЦЕПТ СТЗ У ПРАКСИ ЕСЉП..... 180
- Г. УТИЦАЈ ДАБЛИНСКОГ СИСТЕМА И КОНЦЕПТА СИГУРНЕ ТРЕЋЕ ЗЕМЉЕ НА РЕПУБЛИКУ СРБИЈУ 195

ПОГЛАВЉЕ V

ЗАБРАНА КОЛЕКТИВНОГ ПРОТЕРИВАЊА ПРЕМА ЧЛАНУ 4. ПРОТОКОЛА БР. 4. УЗ ЕКЉП И ЧЛАНУ 19. ПОВЕЉЕ ЕУ И ЊЕНЕ ИМПЛИКАЦИЈЕ ЗА ТРАЖИОЦЕ АЗИЛА И ИЗБЕГЛИЦЕ 205

- A. ДЕФИНИСАЊЕ „КОЛЕКТИВНОГ ПРОТЕРИВАЊА“ НА МЕЂУНАРОДНОМ НИВОУ, НИВОУ ЕУ И НИВОУ ЕКЉП 207
- Б. АНАЛИЗА – КОЛЕКТИВНА ПРОТЕРИВАЊА ПРЕМА ЕКЉП 211
- В. КАКО КОЛЕКТИВНО ПРОТЕРИВАЊЕ КОНКРЕТНО УТИЧЕ НА ТРАЖИОЦЕ АЗИЛА 223
- Г. ПРАВНИ ОКВИР И ПРАКСА У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ КОЈИ СЕ ОДНОСЕ НА ЧЛАН 4. ПРОТОКОЛА БР. 4 228

УВОД

„Па има ли веће, болније боли, но очинску груду, завичај напустити?

-Еурипид, Електра

Статус и дефиниција избеглица у међународном праву, описана је комплексном мрежом националних, регионалних и међународних права, укључујући, а заправо и изнад свега, Конвенцију Уједињених Нација о статусу избеглица из 1951.године, као и Протокол о статусу избеглица из 1967.године, а који су ратификовани у преко 140 земаља.

Међутим, Конвенција из 1951. године не садржи било какве процедуралне услове. Стога, релевантна права гарантована избеглицама, а која су садржана у Конвенцији – остављена су националном законодавству за даљу разраду.

У контексту Европске уније, директиве - за разлику од прописа - које се односе на азил као део правних тековина у области азила и заштите избеглица, примењују се као стандарди и захтевају преношење у национално законодавство, а које се односи на заштиту избеглица. Изузетак је Даблинска уредба ИИИ, која се непосредно примењује и не захтева преношење. Стога, ослањање на национални оквир азила се чини као најадекватнији начин да се испита делотворност и правичност процедура азила и могућност појединца да приступи правима и ужива иста, а која стиче по основу избегличког статуса.

Прошло је неких десетак година од када је успостављен национални систем азила у Републици Србији, усвајањем Закона о азилу (новембра 2017.године), а који је ступио на снагу априла 2008. године. Разматрајући број лица којима је одобрена међународна заштита у Србији и оних који су успешно интегрисани, можемо уочити да када је у питању процедура азила - као што је случај у већини претприступних земаља, у овој фази процеса приступања ЕУ - усклађивање са правним тековинама је већ увелико у току, док сам систем још увек није тестиран у значајној мери, а у односу на примене, признања и интеграције.

Овај Приручник има за циљ да допринесе синхронизованим напорима међународне заједнице (укључујући и међународне агенције као што су УНХЦР, ИОМ и АИРЕ центар), међународне и ЕУ донаторске заједнице, националних академика, као и компетентне заједнице невладиних организација које пружају помоћ надлежним државним органима у Србији, у настојању да приближе избегличко окружење, међународним и регионалним (ЕУ) стандардима.

Приручник је намењен да послужи као водич и извор референци за међународне и регионалне (ЕУ) стандарде, али уједно и као референца за најрелевантније судске праксе, за све оне који се баве или су заинтересовани за питања азила и заштиту избеглица.

Као такав, идеално би било да се Приручник нађе на столу сваког државног функционера у Србији, а ком је додељен задатак да разматра захтеве за азил или који је на други начин укључен, као и чланова судства, академске и НВО заједнице и свих оних који учествују и доприносе стварању повољног амбијента за заштиту.

John Andrew Young (Џон Ендру Јанг),
Шеф службе за заштиту избеглица, UNHCR Belgrade



ПОГЛАВЉЕ

ПРАВО АЗИЛА:
СТРУКТУРА
МЕЂУНАРОДНИХ
СТАНДАРДА

A. ПРАВНИ ОКВИР СИСТЕМА МЕЂУНАРОДНЕ ЗАШТИТЕ У ЕВРОПИ

Појава појединаца који траже азил у другој држави последица је пропуста њихових држава порекла да поштују своју обавезу да своје држављане заштите од забрањеног поступања. До оваквих ситуација може доћи када сама држава злоставља своје држављане, као и када она није кадра или вољна да их заштити од аката злостављања недржавних актера. Злостављање од стране државе или уз њену прећутну сагласност или њен пропуст да своје држављане заштити од злостављања понекад доводи до толико тешких ситуација да су њени држављани принуђени да напусте своје домове, а често и своје породице, и затраже заштиту (азил) у другој држави. Они су стога познати као „тражиоци азила“. Када до тога дође и лице које бежи од злостављања азил затражи из разлога који су релевантним међународним стандардима препознати као легитимни, то лице испуњава услове да му буде признана међународна заштита („азил“), а нарочито заштита од враћања у земљу порекла. Тим људима се потом додељује нека врста азила у земљи која их прими. У Европи постоји неколико облика „азила“, који су приказани у тексту који следи.

Државама је међународним правом забрањено да сопствене држављане протерују са своје територије,¹ али опште право државе да са своје територије удаљи лица која нису њени држављани представља једно од кључних својстава суверенитета.² Државе су, међутим, у обавези да штите лица која траже азил а чији је захтев за заштиту основан. Ова међународноправна обавеза према људима којима је потребна међународна заштита стога у знатној мери задире у једно од кључних својстава државног суверенитета.³

ПРИКАЗ ОКВИРА ПРАВА КОЈИМ СЕ УРЕЂУЈЕ ПОЛОЖАЈ ТРАЖИЛАЦА АЗИЛА И ЉУДИ КОЈИМА ЈЕ ПОТРЕБНА МЕЂУНАРОДНА ЗАШТИТА У ЕВРОПИ

Међународна заштита у Европи уређена је трима режимима који се узајамно преклапају:

- a. На глобалном нивоу примењује се инструмент Уједињених нација (УН) који представља темељ за заштиту тражилаца азила – Женевска конвенција о статусу избеглица из 1951. године⁴ (у даљем тексту „Женевска конвенција“, и Протокол уз

1 Документ за дискусију Канцеларије Високог комесара Уједињених нација за људска права, Протеривање странаца по међународном праву људских права (*Discussion paper, Expulsions of aliens in international human rights law*), Женева, септембар 2006, стр. 1.

2 *Ibid.*

3 Високи комесар Уједињених нација за избеглице (УНХЦР), Заштита избеглица: водич кроз међународно избегличко право (*Refugee Protection: A Guide to International Refugee Law*), 1. децембар 2001.

4 Генерална скупштина УН, Конвенција о статусу избеглица, усвојена 28. јула 1951, Уједињене нације, доступна на <http://www.unhcr.rs/media/1951RefugeeConventionSer.pdf> [приступљено 11. октобра 2017].

њу из 1967. године, на основу кога се прогон више не ограничава на „догађаје у Европи“ и „догађаје који су се десили пре 1. јануара 1951. године“).⁵

- б. На регионалном нивоу примењује се Европска конвенција о људским правима (у даљем тексту ЕКЉП, **Конвенција** или Европска конвенција).⁶ Премда овај инструмент не садржи конкретне одредбе о тражиоцима азила, у њему су прописане важне мере заштите миграната и тражилаца азила који потпадају под надлежност држава чланица Савета Европе. У одељку Б овог Поглавља су наведени остали инструменти Савета Европе од значаја за заштиту ове категорије лица.
- в. На нивоу Европске уније (ЕУ) је ситуација тражилаца азила у ЕУ свеобухватно уређена такозваним правним тековинама ЕУ које се односе на азил (односно Заједничким европским системом азила), то јест корпусом права који чине уредбе и директиве којима се уређују различити аспекти овог питања. У одељцима који следе је дата подробнија анализа ових инструмената. Правне тековине које се односе на азил примењују се у свим државама чланицама ЕУ - уз одређене изузетке⁷- као и државама које нису чланице ЕУ, али на основу споразума с ЕУ примењују неке делове правних тековина које се односе на азил.⁸

У миграционим кретањима опште узев учествују како тражиоци азила који беже од прогона по основама наведеним у Женевској конвенцији, тако и други тражиоци азила и лица која имају право на међународну заштиту јер су у опасности од злостављања у својој земљи порекла или земљи у коју би били враћени (такозвани корисници међународне заштите), као и мигранти који своје земље напуштају из разлога који се не признају као основ за право на међународну заштиту. Државе имају обавезе – додуше различите обавезе – према свим трима групама. Обавезе према тражиоцима азила су прече, а услов за њихово испуњење је да се правилно утврди којим је лицима потребна међународна заштита. С друге стране, мора се поступати с достојанством и у складу са важећим нормама међународног права и према мигрантима који не испуњавају услов за доделу међународне заштите, те немају право на исти ниво заштите као они који тај услов испуњавају.

Упоредо са „мигрантском кризом“ из 2015. и затварањем такозване Балканске руте је дошло до свеобухватног развоја трендова расељавања. Број миграната на путу ка Европи је врхунац достигао током 2015, што је медије навело да ову појаву назову „избегличком кризом“. Марта 2016. је дошло до изненадне промене, када је ЕУ потписала такозвану „Изјаву ЕУ и Турске“,⁹ по којој ће се у Турску враћати мигранти који у Грчку стигну након дана потписивања споразума, и у којој се наводи да ће у

5 Генерална скупштина УН, Протокол о статусу избеглица, усвојен 31. јануара 1967, доступан на <http://www.unhcr.rs/media/1967ProtocolRefugeeSer.pdf> [приступљено 11. октобра 2017].

6 Савет Европе, Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода, измењена у складу са Протоколима бр. 11 и 14 уз њу, од 4. новембра 1950, доступна на <http://www.profisistem.com/zakoni/strana/505>.

7 Уједињено Краљевство, Ирска и Данска имају посебан статус у погледу неких инструмената.

8 На пример, Норвешка, Исланд, Лихтенштајн и Швајцарска су део Даблинског система.

9 Изјава ЕУ и Турске од 18. марта 2016, доступна на: <http://www.consilium.europa.eu/hr/press/press-releases/2016/03/18/eu-turkey-statement/>.

тој земљи бити заштићени у складу са релевантним међународним стандардима. Потписивање споразума, заједно са затварањем Балканске мигрантске руте, довело је до оштрог пада броја тражилаца азила; само у Србији је њихов број опао на 4.146 октобра 2017.¹⁰

Иако су у почетку биле пропраћене тренутним смањењем броја тражилаца азила који стижу до Европе,¹¹ наведене промене нису темељно измениле нову динамику и карактеристике миграционих кретања, за која су и даље заинтересовани све већи делови становништва укљученог у њих. И саме мигрантске руте постају све опасније и компликованије. То се може приписати како ситуацији на терену, попут све чешћег коришћења пловила неподесних за прекоморске миграције, тако и све учесталијем коришћењу кријумчарских услуга криминалних мрежа, као и распрострањеном стварању бирократских и процесних препрека ради ограничавања секундарног кретања и чешћем одбијању по скраћеном поступку захтева за азил, због тога што су неосновани или представљају злоупотребу права.¹²

Ови су трендови довели до дубоке метаморфозе прилива миграната, која изискује поновно разматрање карактеристика и потреба људи у покрету. Велики обим и учесталост масовног кретања постали су уобичајени, услед чега је индивидуализовано разматрање захтева за азил, које изискује међународно право, све скупље и, као што неки тврде, неодрживо.¹³

Што је још важније, присилне миграције се описују као миграције које су чешће мотивисане насиљем у којем фокус није на прогону,¹⁴ што је услов за доделу уточишта по традиционалној Женевској конвенцији (види доле). Ова је промена довела до тога да је разлика између „избеглица“ и људи у потреби за међународном заштитом и осталих миграната све нејаснија,¹⁵ чиме је оправданост строге примене критеријума из Женевске конвенције доведена у питање.

Међутим, иако се реалност миграционих прилива изменила, Женевска конвенција се и даље усредсређује на групу која је првобитно одређена преко елемената у дефиницији избеглице коју садржи. Тиме је очувана подела на оне чији захтеви за

10 Чињенице о Србији, Европска цивилна заштита и операције хуманитарне помоћи (*Factsheet on Serbia, European Civil Protection and Humanitarian Aid Operations*), последњи пут ажуриране 9. октобра 2017.

11 Основни подаци о Изјави ЕУ и Турске – годину дана касније (*Background Information: EU-Turkey Statement – One year on*).

12 Види, на пример, документ Глобалног центра за анализу података Међународне организације за миграције (ИОМ), Опасна путовања – међународне миграције сву су мање безбедне 2016. године (*International Organisation for Migration (IOM), Global Migration Data Analysis Centre, Dangerous journeys – International migration increasingly unsafe in 2016*), од августа 2016.

13 Кеј Хејлбронер, Привремени и локални одговори на присилне миграције: коментар (Kay Hailbronner, *Temporary and Local Responses to Forced Migrations: A Comment*), 35 VA. J. INT'L LL 81 (1994), стр. 92-93, у овом се раду констатује да Конвенција „није кадра да изађе на крај са великим кретањем избеглица“.

14 Фицпетрик, Џоун, Да ли је Конвенција о статусу избеглица из 1951. застарела?, Пријем имиграната: потрага за ефикасном политиком у Немачкој и Сједињеним Америчким Државама (Fitzpatrick, Joan, *Is the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees Obsolete?, Immigration Admissions: The Search for Workable Policies in Germany and the United States*) 3 (1997), стр. 205-26.

15 УНХЦР, Заштита избеглица и међународне миграције (*Refugee Protection and International Migration*), од 17. јануара 2017, ставови 8. и 16.

заштиту задовољавају критеријуме (избеглице по Конвенцији) и на оне чији захтеви за заштиту не испуњавају услове из Конвенције, као и на трећу групу – остале мигранте – који су често на крају етикетирани као „економски мигранти“, те спречени да приступе облицима заштите који су упоредиви са онима прописаним Женевском конвенцијом. Стога се констатује да је Женевска конвенција и даље на снази – и нужна – као инструмент којим се додатне повластице пружају све мањем броју људи за које државе признају да потпадају под њено дејство,¹⁶ уз једно значајно ограничење: да они, чији захтеви за заштиту нису засновани на неком од основа из Конвенције, формално остају ван њеног поља дејства.¹⁷

Када је реч о Европи, Женевска конвенција не представља једини оквир којим се јемче права и заштита тражиоцима азила и лицима у потреби за међународном заштитом. Њене се одредбе морају тумачити у садејству са још два правна режима: са системом који је успоставио Савет Европе, у којем је најзначајнија Европска конвенција о људским правима, и са Заједничким европским системом азила ЕУ (ЗЕСА), свеобухватним законодавним оквиром којим су уређени различити аспекти азила и међународне заштите. Нека од права и гаранција који произлазе из ова три режима су посебно осмишљени да штите избеглице и мигранте, док други припадају ширем корпусу стандарда људских права који важе у погледу свих појединаца, без обзира на њихов миграциони статус.

Иако одредбе ових режима у одређеној мери одражавају стандарде Женевске конвенције и преклапају се са њима, ови су се режими значајно развили а у оквиру њих је развијен обим права зајемчених на међународном нивоу.¹⁸ У одељцима који следе је дат приказ основних карактеристика и гаранција које су прописане сваким од тих оквира, при чему ће бити истакнуте предности и ограничења сваког од њих и дат увид у релевантну судску праксу.

16 Мол, Нуала, Мередит, Кетрин, Савет Европе, Документи о људским правима бр. 9: Азил и Европска конвенција о људским правима (Mole, Nuala; Meredith, Catherine, *Council of Europe, Human rights files, No. 9: Asylum and the European Convention on Human Rights*), 15. децембар 2011, стр. 11.

17 *Ibid.*, стр. 11.

18 *Ibid.*, стр. 11: “Новим режимом ЕУ, успостављеним у складу са Заједничким европским системом азила (ЗЕСА), попуњене су неке од тих празнина, али он и даље не важи у погледу свих оних које Европски суд за људска права препознаје као лица којима је потребна међународна заштита и која на њу имају право”.

Б. МЕЂУНАРОДНИ НИВО – ЖЕНЕВСКА КОНВЕНЦИЈА О СТАТУСУ ИЗБЕГЛИЦА ИЗ 1951. И ПРОТОКОЛ УЗ ЊУ ИЗ 1967. ГОДИНЕ

Женевска конвенција о статусу избеглица из 1951. први је инструмент на међународном нивоу у којем је дата дефиниција „избеглице“. Њу су после Другог светског рата усвојиле Уједињене нације како би обезбедиле правни режим којим се уређује статус свих стотина хиљада избеглица расељених у Европи 1951. године. Због историјских околности у којима је усвојена, Женевска конвенција је садржала географско и временско ограничење опсега њене примене, којима је дејство предвиђене заштите било ограничено на избеглице из Европе које су побегле од догађаја насталих пре 1951. године. Протокол уз ову конвенцију усвојен је како би се одговорило на промењене историјске околности и заштита из Конвенције проширила и на избеглице чија је потреба за заштитом настала због ситуација независних за период после Другог светског рата и оних које су уследиле након 1951. године.¹⁹ Овај је протокол ступио на снагу 4. октобра 1967. године.

У смерницама УНХЦР се наводи да, иако је функционално повезан са Женевском конвенцијом, Протокол представља независни инструмент, а приступање том инструменту није ограничено на државе уговорнице Конвенције.²⁰ Протокол је имао за циљ да државама уговорницама Конвенције омогући да одреде обим својих обавеза по Конвенцији.²¹ Протоколом је државама дата могућност да у време потписивања, потврђивања или приступања дају изјаву у вези са значењем члана 1. Б, у којој ће навести да ли желе да задрже или укину географско ограничење којим је изворно поље дејства Конвенције било ограничено на догађаје у Европи.²² Турска је једина земља у Европи која је задржала географско ограничење. По основу сукцесије у односу на бившу Социјалистичку Федеративну Републику Југославију, Република Србија је од 12. марта 2001. године уговорница Конвенције о статусу избеглица и Протокола уз њу.

19 Високи комесар Уједињених нација за избеглице (УНХЦР), Приручник и смернице о поступцима и критеријумима за утврђивање статуса избеглице сходно Конвенцији о статусу избеглица из 1951. и Протоколу уз њу из 1967. године (*Handbook and Guidelines on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees*), децембар 2011, HCR/1P/4/ENG/REV. 3, став 8.

20 *Ibid.*, став 9.

21 УНХЦР, Државе уговорнице Конвенције о статусу избеглица из 1951. и Протокола уз њу из 1967. године (*United Nations High Commissioner for Refugees, States Parties to the 1951 Convention relating to the Status of Refugees and the 1967 Protocol*), април 2015.

22 *Ibid.*, Конвенцијом се државама даје могућност да члан 1. Б. тумаче као (а) „догађаји настали пре 1. јануара 1951. године у Европи“ или као (б) „догађаји настали пре 1. јануара 1951. године у Европи или другде“.

На нивоу материјалног права, у Женевској конвенцији се прописује а) дефиниција карактеристика на основу којих се одређује ко је избеглица, б) свеобухватан скуп права и обавеза избеглица, као и в) обавезе држава уговорница које су их примиле.

Битно је подсетити на то да је утврђивање статуса „избеглице“ „деклараторног“ а не „конститутивног“ карактера.²³ То фактички значи да је неко „лице избеглица у смислу Конвенције из 1951. чим испуни критеријуме садржане у дефиницији“,²⁴ без обзира на то да ли је тај статус формално утврђен. Чињенице због којих му је потребна заштита заправо настају у време пре „формалног утврђивања статуса“.²⁵ Да ли ће држава пријема лице признати као избеглицу и пружити му заштиту је посебно питање и зависи од исхода формалног поступка одлучивања о статусу азила.

Општа дефиниција „избеглице“ дата је у члану 1. А. став 2. Женевске конвенције (измењене Протоколом из 1967. године). Избеглица се дефинише као лице које се, бојећи се оправдано да ће бити прогоњено због своје расе, своје вере, своје националности, своје припадности некој социјалној групи или својих политичких мишљења, нађе изван земље чије држављанство оно има и које не жели или, због тога страха, неће да тражи заштиту те земље.

Упркос томе, за лица која задовоље наведене и друге правом прописане критеријуме а која затраже заштиту сходно одредбама Женевске конвенције се каже да траже „азил“ и, ако се утврди да имају потребе биће, исправно, називане избеглицама. У Женевској конвенцији „није прописан посебан поступак за утврђивање да ли је неко избеглица“, али из ње проистиче обавеза да сваки поступак „мора бити правичан и ефикасан“ а државе су дужне да успоставе „централни орган са одговарајућим знањем и стручношћу да разматра захтеве, обезбеде доступност процесних гаранција у свим фазама поступка и омогуће изјављивање жалбе или преиспитивање првобитних одлука“. Женевска конвенција се *prima facie* противи додели статуса избеглице искључиво на основу утврђених карактеристика које се сматрају показатељима прогона и без индивидуализоване процене ситуације. Иако ово често доводи до истог резултата као и групно разматрање захтева – јер људи који беже од исте ситуације прогона се обично у својим захтевима за заштиту позивају на исте основе – индивидуализовано разматрање и даље представља „приступ којем се даје предност“ по Женевској конвенцији.²⁶

23 Хетавеј, Џејмс К, Права избеглица по међународном праву (*Hathaway, James C, The rights of refugees under international law*), Cambridge University Press, 2005, стр. 184.

24 УНХЦР, Приручник и смернице о поступцима и критеријумима за утврђивање статуса избеглице сходно Конвенцији о статусу избеглица из 1951. и Протоколу уз њу из 1967. године, став 28: „Само признавање статуса избеглице не чини лице избеглицом већ се оно њиме проглашава избеглицом. Лице не постаје избеглица услед признавања статуса избеглице, већ му се тај статус признаје зато што је избеглица.“

25 *Ibid.*, став 29.

26 УНХЦР, Конвенција о статусу избеглица из 1951. године и Протокол уз њу, Правни оквир за заштиту избеглица (*1951 Convention Relating to the Status of Refugees and Its 1967 Protocol: The Legal Framework for Protecting Refugees*), септембар 2011, стр. 7.

■ „Основани страх од прогона“

На основу Женевске конвенције одлика „избеглице“ зависи од постојања **„основаног страха“ од прогона**. Као што је УНХЦР констатовао, избор да се ослоне на појединачни страх лица указује на намеру аутора Конвенције да напусте раније начине оцене основаности захтева избеглица, често засноване на „ситуацији која влада у њиховој земљи порекла“, а не на конкретним околностима појединца.²⁷

Субјективни „страх“ из Конвенције мора да се одликује и другим карактеристикама да би захтев за азил био основан, конкретно, мора да садржи објективни и субјективни елемент. То подразумева да страх мора и да (а) делује као да представља стање духа тражиоца азила, и да (б) је то стање „засновано на објективним чињеницама“.²⁸

Субјективни елемент: с обзиром на то да је оцена субјективног елемента страха „неодвојива од процене личности подносиоца захтева“,²⁹ доносиоци одлука треба да имају у виду да различити људи различито реагују на идентичне ситуације.³⁰ У том смислу, видљивост или јачину стања духа или реакција лица – или њихово одсуство – не би требало сматрати показатељем њихове веродостојности или основаности њиховог захтева. Да би нека процена имала субјективну димензију, доносиоци одлука уз пет основа за прогон по Конвенцији (који ће бити размотрени ниже у тексту) треба да узимају у обзир и личну и породичну ситуацију тражиоца азила, *његово сопствено тумачење ситуације и лична искуства*.³¹

Изражавање потребе за заштитом: Потребно је имати у виду да избеглице обично не изражавају своје потребе за заштитом користећи изразе из Женевске конвенције (не помињу изричито страх од прогона), услед чега доносиоци одлука морају пажљиво да изводе закључке о томе да ли ситуација потпада под дефиницију из Женевске конвенције, при чему треба да оцењују суштину захтева за азил, а не само формалне аспекте захтева.³²

Објективни елемент: Као што је поменуто, постојање субјективног страха од прогона представља нужан, али не и довољан услов да би неки захтев за азил био основан. Захтев мора бити поткрепљен чињеницама које се могу односити како на непосредна и посредна лична искуства лица, тако и на опште услове у земљи порекла. УНХЦР у смерницама наводи следеће елементе којима се могу поткрепити наводи о опасности од прогона:

27 УНХЦР, Приручник и смернице о поступцима и критеријумима за утврђивање статуса избеглице сходно Конвенцији о статусу избеглица из 1951. и Протоколу уз њу из 1967. године, став 37.

28 *Ibid.*, став 38.

29 *Ibid.*, став 40.

30 *Ibid.*, став 40.

31 *Ibid.*, став 41.

32 *Ibid.*, став 46.

- Прогон којем су били изложени пријатељи и сродници тражиоца азила и остали припадници његове расне или друштвене групе;³³
- Постојање одређених закона и њихова примена у земљи;³⁴
- Ситуације које су довеле до расељавања „целих група“, чији се припадници „могу појединачно сматрати избеглицама“³⁵ („групно признање“ избегличког статуса);
- Докази да је тражилац азила раније био жртва прогона (у смислу Женевске конвенције);³⁶
- Поседовање пасоша државе порекла у тренутку подношења захтева не сматра се одлучујућим показатељем за закључак да је захтев за азил неоснован или да наводни страх није основан.³⁷

▪ **Акти прогона сходно Женевској конвенцији и актери прогона**

И у Женевској конвенцији и у смерницама УНХЦР се „угрожавање живота или слободe“ утврђује у односу на пет основа наведених у дефиницији избеглице а који представљају недвосмислене облике прогона. Међутим и друге тешке повреде људских права³⁸ могу задовољити критеријуме из дефиниције, у зависности од тежине тих повреда и конкретних околности предмета.

Прогон може постојати и само због једног јединог акта прогона довољно озбиљног да сам по себи изазове страх или због комбинованог дејства „разних мера које саме по себи не представљају прогон“ када се посматрају понаособ или у комбинацији са „другим негативним факторима“.³⁹

Прогон може представљати последицу аката како државних органа, тако и делова становништва“ (недржавних актера) које власти свесно толеришу или у погледу којих власти одбијају или нису кадре да пруже делотворну заштиту.⁴⁰

Следећа дела у одређеним околностима могу представљати прогон:

- **Дискриминација** – Не представљају сва дела која карактерише различито поступање дискриминацију која се по својој природи може сматрати прогоном. Може се сматрати да дискриминација представља прогон само када разлика у поступању „доводи до битно негативних последица по лице о ком је реч“.⁴¹

33 *Ibid.*, став 42.

34 *Ibid.*, став 43.

35 *Ibid.*, став 44.

36 *Ibid.*, став 45.

37 *Ibid.*, ставови 47-48.

38 *Ibid.*, став 51.

39 *Ibid.*, став 53. (нпр. са општом атмосфером несигурности у земљи порекла).

40 *Ibid.*, став 65.

41 *Ibid.*, став 54. (нпр. „озбиљна ограничења права на стицање средстава за живот, исповедање вероисповести или приступ редовном школовању“).

Основи су јачи када су акти дискриминације бројни, а у обзир се узима њихово кумулативно дејство.⁴²

- **Кажњавање** – Санкције и казне које представљају последицу уобичајених противправних дела обично не представљају прогон.⁴³ Постоје, међутим, битни изузеци (а) ако се казна сама по себи може сматрати „претераном“;⁴⁴ (б) ако је казна заснована на карактеристикама подносиоца захтева из пет основа Женевске конвенције;⁴⁵ (в) ако је казна прописана законима који су у супротности са људским правима; (г) ако се закон примењује дискриминаторно.⁴⁶
- **Клаузуле о искључењу** – Нека су кривична дела, међутим, толико тешка да може доћи до активирања клаузуле о изузећу избеглице која их изврши (подробније о томе ниже у тексту).⁴⁷

У тексту који следи се подробно анализира пет основа прогона, при чему треба имати у виду да у једном случају може постојати више разлога за прогон и да може доћи до преклапања елемената ових основа.⁴⁸

Такође је битно напоменути да је у сврху доделе избегличког статуса важно и да се тражилац азила идентификује са једном или више карактеристика у темељу пет основа и да га актери прогона препознају као део групе која се због тих карактеристика налази на мети прогона, без обзира на то да ли је такво идентификовање оправдано.

▪ Раса

Прогон на основу расе треба схватати у најширем смислу, тако да обухвата „све врсте етничких група које се помињу као „расе“ у свакодневном говору“.⁴⁹ Због његовог историјског значаја овај се основ прогона не сматра контроверзним.⁵⁰ Дискриминација по основу расе је, по правилу, од значаја за доделу статуса избеглице ако се сматра да је услед једног или више аката људско достојанство нарушено у мери у којој је то неспојиво са најосновнијим и неутуђивим људским правима или када пренебрегавање расних баријера са собом носи тешке последице. У одређеним случајевима пука припадност некој расној групи „сама по себи представља довољан основ за страх од прогона“ због конкретних околности које на њу утичу.⁵¹

42 *Ibid.*

43 *Ibid.*, став 55.

44 *Ibid.*, став 57.

45 *Ibid.*, став 57.

46 *Ibid.*, став 59.

47 *Ibid.*, став 58.

48 *Ibid.*, став 67.

49 *Ibid.*, став 68.

50 *Ibid.*, став 68.

51 *Ibid.*, став 70.

■ Вера

Прогон по основу вере обухвата акте предузете у циљу да се неком лицу повреди или отежа коришћење права на слободу мишљења, савести или вероисповести, укључујући слободу да промени веру и слободу да јавно или приватно испољава веру учењем, практиковањем, обредима и придржавањем.⁵² Од важности је и чињеница да се сматра да ово право обухвата слободу човека да има или одбије да има било који облик теистичких, нетеистичких или атеистичких уверења.⁵³ Прогон из верских разлога може попримити различите облике:

- Забрана припадности верској заједници, богослужења на јавним местима или приватно, веронауке,⁵⁴
- Озбиљне мере дискриминације везане за исповедање одређене вероисповести или припадност верској заједници,⁵⁵
- Право на слободу вероисповести и приговор савести.⁵⁶

Као што је већ поменуто у погледу расе, (стварна или наводна) припадност некој вероисповести није сама по себи довољна да би оправдала тврдњу о прогону ако није поткрепљена другим елементима, осим у околностима када су проблеми са којима се одређена верска група суочава такви да се закључак о прогону може извести без потребе доказивања додатних елемената.

У смерницама УНХЦР о религијски утемељеним захтевима се вера у смислу Женевске конвенције дефинише троструко, као веровање (укључујући неверовање), као идентитет и као начин живота.⁵⁷ Док је вера као веровање описана горе у тексту, вера као идентитет се у ширем смислу описује као припадност или поистовећивање са заједницом која поштује или је повезана заједничким уверењима, ритуалима, традицијом, етничком припадношћу, националношћу или пореклом.⁵⁸ Коначно, манифестације вере као „начина живота“ подразумевају ношење препознатљиве одеће и поштовање одређених верских обичаја, као што су верски празници или захтеви везани за исхрану.⁵⁹

Као што је поменуто на почетку овог одељка, искреност верских осећања или практиковања о којима је реч нису од одлучујућег значаја док год се тражилац азила

52 *Ibid.*, став 71.

53 Хетавеј, Џемс К, Избеглице и азил (Hathaway, James C. *Refugees and asylum*) (2012), стр. 187.

54 *Ibid.*, став 72.

55 *Ibid.*, став 72.

56 УНХЦР, Смернице о међународној заштити бр. 6: религијски утемељени захтеви сходно члану 1. А. став 2. Конвенције из 1951. године и/или Протокола о статусу избеглица из 1967. године (*Guidelines on International protection No. 6: Religion-Based Refugee Claims under Art. 1A(2) of the 1951 Convention and/or the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*), 28. април 2004, HCR/GIP/04/06, ст. 25, доступно на: <http://www.unhcr.rs/media/Religijski%20utemeljeni%20zahtevi%20za%20izbeglicki%20status%20prema%20clan>.

57 *Ibid.*, став 5.

58 *Ibid.*, став 7.

59 *Ibid.*, став 8.

налази у опасности јер их актер прогона приписује тражиоцу азила.⁶⁰ Сходно томе, с процесне тачке гледишта и под условом да је потоње у питању, од тражиоца азила се не може неизоставно очекивати да ишта зна или схвата у погледу дате вере.⁶¹

Род и верски обичаји:⁶² када су некој групи, на пример женама, у складу са неком вероисповешћу додељене одређене улоге или наметнута правила понашања, а њихово непоштовање подлеже казни, ово може представљати доказ да нека жена има неприхватљива верска уверења без обзира на то шта она заправо верује.⁶³

■ Националност

Појам националности у смислу Женевске конвенције тумачи се тако да обухвата и „држављанство“ и „припадност некој етничкој или језичкој групи“.⁶⁴ Сматра се да је овај основ прогона подложен преклапању са осталим основима по Конвенцији, попут политичког мишљења или расе, нарочито у ситуацијама истовременог постојања две или више националних (етничких, језичких) група унутар граница једне државе⁶⁵ или у случајевима када се одређене политичке групе идентификују са одређеном „националношћу“.⁶⁶ Припадност мањинској или већинској групи није довољна да би се закључило да ли је страх од прогона оправдан, с обзиром на то да су могуће обе ситуације – и прогон од стране доминантне већине и прогон од стране мањине – премда је потоњи ређи.⁶⁷

У случају кад се ради о лицу које има више од једног држављанства, израз „земље чије држављанство оно има“ односи се на сваку земљу чије држављанство то лице има. Неће се сматрати да је лице лишено заштите земље чије држављанство има,

60 *Ibid.*, став 9.

61 *Ibid.*, став 9.

62 *Ibid.*, став 24: Пракса везана за род обухвата: правила о облачењу, ограничавање кретања, штетне традиционалне обичаје или неједнако или дискриминаторно поступање [...] У неким земљама се младе девојке заветују у име вере на традиционалне ролске дужности или пружање сексуалних услуга свештенству или другим мушкарцима [бивајући] присиљене на малолетнички брак, кажњаване за „нечасна“ дела у име вере, или подвргаване присилном гениталном сакаћењу из верских разлога [...] У неким заједницама се жене још увек идентификују као „вештице“, те се спаљују или каменују на смрт [...] поред тога, појединци могу бити прогоњени због свог брака или односа са неким ко је припадник друге вере.

63 УНХЦР, Смернице о међународној заштити бр. 1: Прогањање везано за потпу одређеност у контексту члана 1. А. став 2. Конвенције о статусу избеглица из 1951. године и/или њеног Протокола из 1967. године (*Guidelines on International protection No. 1: Gender-Related Persecution Within the Context of Art. 1A(2) of the 1951 Convention and/or its 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees*), од 7. маја 2002, HCR/GIP/02/01, ст. 25, доступно на: <http://www.unhcr.rs/media/Proganjanje%20vezano%20za%20polnu%20odredjenost%20u%20kontekstu%20clana%201A.pdf>.

64 УНХЦР, Приручник и смернице о поступцима и критеријумима за утврђивање статуса избеглице сходно Конвенцији о статусу избеглица из 1951. и Протоколу уз њу из 1967. године, став 74.

65 *Ibid.*, став 75.

66 *Ibid.*, став 75.

67 *Ibid.*, став 76.

ако без ваљаног разлога заснованог на оправданом страховању није тражило заштиту једне од земаља чије држављанство оно има.⁶⁸

■ Припадност одређеној друштвеној групи

Сматра се да овај основ прогона важи у случају људи сличног порекла, навика или друштвеног статуса [...] који деле неку заједничку карактеристику, а да то није опасност од прогона, или које друштво сматра групом. Широки дијапазон субјеката који се посредством ове дефиниције могу идентификовати довео је до тога да је најподложнији широком тумачењу, како од стране академске заједнице, тако и у међународној и судској пракси.

Род, сексуална оријентација и припадност одређеној друштвеној групи: Опис карактеристика заједничких некој групи као урођених, непроменљивих или на неки други начин фундаменталних за нечији идентитет, свест или уживање људских права⁶⁹ је у овој категорији довео до подношења захтева због прогона по основу сексуалне оријентације, идентитета или рода. Услед изворног приступа у Конвенцији, неповољни положај жена и хомосексуалаца у неким контекстима заправо није био препознат.⁷⁰ Премда род и сексуална оријентација не представљају самостални основ за тражење азила, прихвата се да они могу мотивисати одређене акте прогона. Све веће прихватање ових чинилаца као основа за прогон подстакнуто је квалификавањем дела као што је сексуално насиље ... као тешких повреда људских права које представљају прогон.⁷¹ У светлу дефиниције друштвене групе у смислу Женевске конвенције, која се, између осталог, ослања на карактеристике које су по својој природи „фундаменталне/урођене“, сматра се да прогон по основу рода/питања везаних за пол потпада под окриље прогона друштвене групе.⁷²

■ Политичко мишљење

Коначно, када је реч о прогону неког лица по основу његовог политичког мишљења, потребно је поновити нека од разматрања у вези са осталим основима прогона. Конкретно, чињеница да неко лице има другачије политичко мишљење од већине која влада земљом сама по себи не представља разлог за прогон.⁷³ Тражилац азила мора да има или се мора сматрати да има политичко мишљење које власти не толеришу, а власти морају бити упознате са његовим мишљењем. УНХЦР је конста-

68 Женевска конвенција, члан 1. А, став 2, одељак 2.

69 УНХЦР, Смернице о међународној заштити бр. 1: Прогањање везано за полну одређеност у контексту члана 1. А, став 2. Конвенције о статусу избеглица из 1951. године и/или њеног Протокола из 1967. године, од 7. маја 2002, HCR/GIP/02/01, став 29, доступне на: [http://www.unhcr.rs/media/Proganjanje%20vezano%20za%20polnu%20odredjenost%20u%20kontekstu%20clana%201A\(.pdf](http://www.unhcr.rs/media/Proganjanje%20vezano%20za%20polnu%20odredjenost%20u%20kontekstu%20clana%201A(.pdf).

70 *Ibid.*, став 5.

71 *Ibid.*, став 9.

72 *Ibid.*, став 30.

73 УНХЦР, Приручник и смернице о критеријумима за утврђивање статуса избеглице, став 80.

товао да узрочно-последична веза између политичког мишљења и аката прогона није увек непосредна, односно да лице обично не бива непосредно санкционисано због својих политичких мишљења, већ пре због „наводних кривичних дела против структура на власти“ или других дела,⁷⁴ те је од одлучујућег значаја да се акти прогона које је тражилац азила претрпео могу повезати са његовим политичким ставовима.⁷⁵ Потребно је напоменути да је у неким случајевима, када се сматра да су уверења лица о ком је реч довољно снажна, могуће извести закључак да оно има оправдан страх од прогона чак иако још увек није дошло ни до каквог прогона, али се разумно може претпоставити да би до њега ускоро могло доћи.⁷⁶

Прогон због политичког мишљења или политички мотивисаних дела: када прогон сходно овом основу има облик кривичног гоњења, мора се утврдити да ли се лице гони због кажњивог дела које је политички мотивисано и да ли је очекивана казна у складу са законима земље,⁷⁷ у ком случају лице које им подлеже нема право на заштиту сходно Женевској конвенцији. Међутим, ситуација у којој се гоњење или оптуживање лица користи као „изговор за кажњавање преступника због његовог политичког мишљења или изражавања“ или у којој постоји опасност да ће казна бити „претерана или произвољна“ може представљати прогон.⁷⁸

■ Клаузуле о искључењу и престанку статуса избеглице

Сходно Женевској конвенцији, по наступању одређених догађаја или испуњењу одређених услова, одређено лице губи статус избеглице јер му тај статус више није нужан због његових личних околности или околности у земљи у коју се враћа. Када постоје „разлози за искључење“, лице треба искључити из статуса избеглице због његовог личног понашања, иако иначе испуњава услове да му се тај статус призна.

Ови случајеви су уређени чланом 1. Ц. (клаузулама о престанку) и Ф. (клаузулама о искључењу).

Клаузулама о престанку статуса избеглице у члану 1. Ц. уређују се околности под којима се може укинути статус избеглице. Одредбе овог члана су формулисане и тумаче се тако да промене за које се сматра да могу оправдати престанак статуса не смеју бити привременог карактера а по природи морају бити фундаменталне, како би се избеглици пружила одређена сигурност у погледу његовог статуса.⁷⁹ Поред тога, оне су таксативно наведене и не могу се тумачити широко или по аналогији.

Заштита прописана Женевском конвенцијом престаје да важи у односу на неку избеглицу у следећим околностима:

⁷⁴ *Ibid.*, став 81.

⁷⁵ *Ibid.*, став 81.

⁷⁶ *Ibid.*, став 82.

⁷⁷ *Ibid.*, став 84.

⁷⁸ *Ibid.*, став 85.

⁷⁹ *Ibid.*, став 112.

- (1) ако је он добровољно поново тражио заштиту земље чије држављанство има; или
- (2) ако је, пошто је изгубио држављанство те земље поново добровољно примио то држављанство; или
- (3) ако је стекао ново држављанство и ужива заштиту земље чије је држављанство стекао; или
- (4) ако се добровољно вратио да би се настанио у земљи коју је напустио или изван које је живео из страха да ће бити прогоњен; или
- (5) ако, пошто су околности услед којих му је био признат статус избеглице престале да постоје, он не може и даље да одбија тражити заштиту земље чије држављанство има, подразумевајући, међутим, да се одредбе овог става неће примењивати на избеглицу из става 1. члана 1. А. Конвенције који може, на основу ранијих прогона, навести уверљиве разлоге због којих одбија заштиту земље чије држављанство има;
- (6) кад се ради о лицу које нема држављанство, ако је, пошто су околности услед којих му је био признат статус избеглице престале да постоје, оно у стању да се врати у земљу у којој је имало уобичајено место боравка, подразумевајући, међутим, да се одредбе овог става неће примењивати на избеглицу из става 1. члана 1. А. Конвенције који може, на основу ранијих прогона, навести уверљиве разлоге због којих одбија да се врати у ту земљу.

Клаузулама о искључењу у члану 1. Ф. се наводи да неко лице може бити изузето из статуса избеглице ако је:

- а) извршило злочин против мира, ратни злочин или злочин против човечности дефинисан у међународним инструментима сачињеним у циљу предузимања мера у погледу тих злочина;
- б) извршило тежак неполитички злочин изван земље уточишта пре него што је у њу примљено као избеглица;
- ц) криво за дела која су у супротности са циљевима и начелима Уједињених нација.

Сходно наведеним одредбама сматра се да су дела која је избеглица извршио толико тешка да легитимни интерес државе да га искључи са своје територије из безбедносних разлога претеже над њеном обавезом да му пружи заштиту као избеглицу.

Иако примена наведених клаузула о престанку статуса или искључењу спречава избеглицу да ужива заштиту у складу са Женевском конвенцијом и забраном протеривања (*non-refoulement*)⁸⁰ која је њоме прописана, она државу не ослобађа

⁸⁰ Сходно Женевској конвенцији, начелом забране протеривања се успоставља забрана враћања избеглица по Конвенцији или тражилаца азила у њихову земљу порекла или уобичајеног боравка или у земљу у којој су у опасности да ће им бити нанета штета. (Прим. прев. Израз *non-refoulement* се преводи различито на српски, као забрана протеривања, забрана враћања, забрана присилног враћања, забрана принудног удаљења, итд. Уредници српског издања овог приручника су се определили за „забрану протеривања“ и тај израз доследно користе).

обавезе да пружа заштиту у складу са њеним ширим обавезама везаним за људска права које произлазе из других инструмената међународног права.

Обим начела забране протеривања сходно Женевској конвенцији и осталим инструментима међународног и европског права биће подробно анализиран у одељцима који следе. У овој фази, пак, вреди истаћи да, премда је обавеза о забрани протеривања из Женевске конвенције по обиму ограниченија и важи само у погледу оних лица која испуњавају услове да буду призната као избеглице сходно тој конвенцији, шира забрана протеривања по међународном праву проистиче из:

- Чланова 6. и 7. Међународног пакта о грађанским и политичким правима (ППП), у светлу којих се од држава захтева да се уздржавају од протеривања не само у случају предвиђеном Женевском конвенцијом, већ и када „постоје снажни разлози за уверење да постоји стварна опасност од ненадокнадиве штете“ у смислу одредаба ППП.
- Чланова 2. и 3. ЕКЉП – којима се јемчи право на живот, односно прописује општа забрана мучења и нечовечног или понижавајућег поступања или кажњавања, а који се, по тумачењима, примењују у предметима о враћању странаца.⁸¹
- Члана 4. Повеље ЕУ о основним правима, који се подудара с (наведеним) чланом 3. ЕКЉП.

Потребно је имати у виду два главна аспекта Женевске конвенције и Протокола уз њу:

- (1) **члан 1.** у којем је дата основна дефиниција избеглице, укључујући списак разлога за прогон од којег се страхује по основу којих се додељује статус избеглице, као и околности у којима људи немају право на статус избеглице или престају да буду сматрани избеглицама (члан 1. Ц).
- (2) **чланови 2-33.** којима се уређују правни статус избеглица у земљи азила и њихова права и обавезе – укључујући пре свега право из члана 33. став 1. на заштиту од протеривања на територију на којој би им живот или слобода били угрожени. Као што је поменуто, неки људи у опасности од прогона изузети су из статуса избеглице (члан 1. Ф). Али чак и они који имају право и који су стекли статус избеглице сходно Женевској конвенцији могу изгубити заштиту од протеривања ако се њихово понашање сматра претњом по земљу домаћина. У том погледу је у члану 33, став 2. прописано:

На ову одредбу се, међутим, не може позвати избеглица ког из основаних разлога треба сматрати опасним по безбедност земље у којој се налази или који, пошто је правоснажно осуђен за нарочито тешко кривично дело, представља опасност по заједницу те земље.

81 Види, између осталог, пресуду Европског суда за људска права у предмету *Chahal v. the United Kingdom*, представка бр. 22414/93.

■ Обавезе држава према избеглицима:

Државе су, између осталог, у обавези да избеглицима омогуће уживање и поштовање њихових бројних социјалних и грађанских права прописаних Женевском конвенцијом. Асимилација и натурализација су прописане чланом 34:

Државе уговорнице омогућиће, у највећој могућој мери, асимилацију и натурализацију избеглица. Оне ће нарочито настојати да убрзају поступак натурализације и да смање, у највећој могућој мери, таксе и трошкове тог поступка.

■ Улога УНХЦР

Државе су такође у обавези да сарађују са Високим комесаром Уједињених нација за избеглице (УНХЦР) у вршењу његових дужности и да му олакшају дужност надзора над применом одредаба Женевске конвенције.

Постоји неколико смерница о поступцима и критеријумима које треба примењивати приликом утврђивања избегличког статуса. УНХЦР је објавио приручник⁸² а даје и савете у Закључцима свог Извршног комитета или у другим смерницама.⁸³

■ Надзорно тело

Не постоји ниједно наднационално тело које врши преиспитивање, нарочито судско преиспитивање, националних одлука о примени Женевске конвенције и спровођењу одлука донетих у складу са њом. Стога не постоји правна извесност када је реч о различитим националним одлукама. Не постоји међународно тело/суд којем се могу обратити они којима је одбијен захтев за признање статуса избеглице на националном нивоу са захтевом да преиспита ту одлуку. За разлику од неких других инструмената УН, у Женевској конвенцији није предвиђено факултативно право на појединачну представку неком надзорном комитету. Међутим, смернице о тумачењу Женевске конвенције издају се у облику докумената политике Извршног комитета УНХЦР. Женевска конвенција предмет је тумачења и у међународној јуриспруденцији, као и водећих научних радника који објављују своја мишљења.⁸⁴

82 УНХЦР, Приручник и смернице о поступцима и критеријумима за утврђивање статуса избеглице сходно Конвенцији о статусу избеглица из 1951. и Протоколу уз њу из 1967. године, од 1. јануара 1992.

83 Види, на пример, документ политике УНХЦР Оквир политике и стратегија спровођења: Улога УНХЦР у подршци унапређеном међуагенцијском одговору на заштиту интерно расељених лица (*UNHCR Policy Document 'Policy Framework and Implementation Strategy: UNHCR's role in support of an enhanced inter-agency response to the protection of internally displaced persons*), од 4. јуна 2007.

84 Види коментар чланова 2-11. и 13-37. Конвенције о статусу избеглица професорке Атле Грал-Мадсен у издању УНХЦР, 1997 (Atle Grahl-Madsen, *Commentary on the Refugee Convention 1951 Articles 2-11, 13-37*); Гудвин-Гил, Гај С, и Џејн Мекедам, Избеглица у међународном праву (Goodwin-Gill, Guy S, and Jane McAdam, *The refugee in international law*) Oxford University Press, 2007; Хетевеј, Џемс С, Права избеглица по међународном праву (Hathaway, James C, *The rights of refugees under international law*) Cambridge University Press, 2005; Лаутерпахт, Елиху и Данијел Бетлехем. „Обим и садржина начела забране принудног удаљења: мишљење.“ Заштита избеглица у међународном праву: Глобалне консултације УНХЦР о међународној заштити (Lauterpacht, Elihu, and Daniel Bethlehem, “*The scope and content of the principle of non-refoulement: Opinion.*” *Refugee protection in international law: UNHCR's global consultations on international protection*) (2003): 87-177.



В. ОПШТИ АСПЕКТИ ЕКЉП

Европска конвенција о људским правима представља један од најраније усвојених регионалних оквира заштите људских права, којим се постављају стандарди и унапређује поштовање основних права и слобода појединаца у скоро целом простору географске Европе.⁸⁵ Државе чланице могле су да приступе ЕКЉП почев од 4. новембра 1950. године а она је ступила на снагу 3. септембра 1953. године, након што ју је ратификовало 10 држава.-

ЕКЉП несумњиво представља инструмент Савета Европе којем је највише држава чланица приступило, као и инструмент којим се обезбеђује најделотворнији механизам за спровођење и надзор над његовим поштовањем од стране држава, што га чини основном институцијом за заштиту људских права у европском региону. ЕКЉП је до сада ратификовало 47 држава.

Европском конвенцијом о људским правима дозвољено је како подношење појединачних представки (сходно члану 34) тако и покретање међудржавних спорова (сходно члану 33), чиме се обезбеђују два важна начина за обраћање Европском суду за људска права (ЕСЉП) због повреда људских права. Право на појединачну представку је конкретно признато како појединцима, тако и невладиној организацији или групи лица као легитимним актерима.

Подносилац представке може поднети притужбу ЕСЉП против једне или више држава уговорница ЕКЉП које су наводно одговорне за повреду на коју се подносилац жали. У зависности од околности, могу постојати ограничења у погледу повреда на које се подносилац може жалити, с обзиром на одступања од одређених обавеза која су по ЕКЉП државама дозвољена у појединим ситуацијама.⁸⁶

Чланом 15. ЕКЉП се државама уговорницама даје могућност да одступају од неких својих обавеза у доба рата или друге јавне опасности која прети опстанку нације. С обзиром на то да такве мере представљају изузетак од кључних обавеза држава по ЕКЉП, оне су дозвољене само у најнужнијој мери коју изискује хитност ситуације,

85 Конвенцијом се првенствено уређују грађанска и политичка права док су „економска, социјална и културна права заштићена Европском социјалном повељом и/или Међународним пактом о економским, социјалним и културним правима“, види: Савет Европе – положај странаца у односу на Европску конвенцију о људским правима (CoE - *The position of aliens in relation to the European Convention on Human Rights*), стр. 11, у којој се у фусноти 20 цитирају: Херис, Обојл и Ворбрик, *Право Европске конвенције о људским правима* (Harris, O'Boyle and Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*) (1995), стр. 3.

86 Чл. 15. – 1. У доба рата или друге јавне опасности која прети опстанку нације, свака Висока страна уговорница може да предузме мере које одступају од њених обавеза по овој Конвенцији, и то у најнужнијој мери коју изискује хитност ситуације, с тим да такве мере не буду у нескладу с њеним другим обавезама према међународном праву. 2. Претходна одредба не допушта одступања од члана 2, осим у погледу смрти проузроковане законитим ратним поступцима, или члана 3, 4. (став 1.) и 7. 3 [...].

а како би биле ваљане, не смеју бити у нескладу с [...] другим обавезама [државе] према међународном праву.

Одступање од неких права и слобода заштићених ЕКЉП није дозвољено ни у наведеним околностима с обзиром на њихов фундаментални карактер. Ова права обухватају право на живот (члан 2),⁸⁷ забрану мучења и нечовечног и понижавајућег поступања или кажњавања (**члан 3**), забрану ропства и принудног рада (члан 4. став 1) и начело кажњавања само на основу закона (члан 7).

У циљу обезбеђивања заједничког спровођења ЕКЉП, Савет Европе је формирао Европски суд за људска права (ЕСЉП), судско тело задужено за праћење њеног поштовања од стране држава и санкционисање повреда права и слобода. Садашња структура суда резултат је развоја и проширења мандата двеју институција које су раније постојале (првобитног Европског суда и Европске комисије за људска права, формираних 1954. односно 1959. године). ЕСЉП је формиран спајањем ових двеју институција 1998. године, када је Протокол бр. 11 ступио на снагу. ЕСЉП тренутно има надлежност да разматра представке против свих 47 држава чланица Савета Европе.

Судске функције ЕСЉП надопуњују и јачају активности које после његових одлука предузима Комитет министара Савета Европе, тело које чине министри спољних послова држава чланица Савета Европе и које је задужено за надзор над спровођењем пресуда ЕСЉП од стране држава уговорница. Рад ЕСЉП и Комитета министара може се пратити посредством базе HUDOC.⁸⁸

1. Заштита тражилаца азила по ЕКЉП: неке претходне напомене

Иако ЕКЉП пружа важна јемства која важе у контексту миграција и мада се у њој конкретно помињу права странаца, она не садржи ниједну одредбу којом се штите тражиоци азила или признаје посебан положај избеглица.⁸⁹ Од значаја за миграције су неки касније усвојени Протоколи,⁹⁰ којима је проширено поље дејства ЕКЉП. Поред тога, ЕСЉП није надлежан да одлучује да ли је држава основано или неосновано одбила да неком лицу призна статус избеглице по Женевској конвенцији (види пресуду у предмету Ахмед против Аустрије (**Ahmed v. Austria**)).

По ЕКЉП, свако лице (не само држављани држава уговорница), без обзира на држављанство или миграциони статус, може да затражи заштиту свог права чију по-

87 Осим ако није повређено услед „законитих ратних поступака“ – члан 15. став 2.

88 Овде се могу наћи и преводи пресуда Европског суда на српски, босански, хрватски, црногорски и остале језике <https://hudoc.echr.coe.int>.

89 У члану 5. став 1. тачка ф. се као легитимни основ за лишење слободе странаца наводи спречавање неовлашћеног уласка у земљу и предузимање мера у циљу депортације или изручења.

90 Види нарочито Протокол бр. 4 уз ЕКЉП, којим се јемче одређена права и слободе поред оних већ прописаних ЕКЉП и Првим протоколом уз њу.

вреду приписује чињењу или нечињењу државе уговорнице. Стога је заштита коју ЕКЉП пружа у пракси доступна и мигрантима и тражиоцима азила.

У ЕКЉП и пракси ЕСЉП је недвосмислено заузет став да право државе да странцу дозволи или не дозволи да уђе на њену територију представља кључни атрибут државног суверенитета,⁹¹ из чега следи да ЕКЉП не јемчи опште право [...] недржављана да у неку државу уђе или у њој остане.⁹² ЕСЉП је у својој устаљеној пракси заузео став да обавеза државе да штити одређена права и интересе (када су, између осталог, у питању породични разлози или потреба за заштитом сходно члановима 2, 3. и 8) претеже над њеним правом да странцу не дозволи улазак на своју територију или да спроведе одлуку о његовом враћању из разлога јавне безбедности. Конкретно, када је реч о тражиоцима азила, ЕСЉП сматра да би недозвољавање уласка и/или враћање неког лица у одређеним случајевима могло представљати тешку повреду права заштићених ЕКЉП, укључујући право на живот, забрану мучења или нечовечног или понижавајућег поступања, или флагрантно ускраћивање правде и право на слободу.⁹³ Конвенцијски органи су развили богату праксу у овој области.⁹⁴

2. Одредбе ЕКЉП које се примењују у предметима који се односе на азил и миграције

Одредбе ЕКЉП од значаја у контексту миграција и азила:

- члан 2 (право на живот)
- члан 3 (забрана мучења)
- члан 4 (забрана принудног рада)
- члан 5 (право на слободу и безбедност)

91 Николсон и Туми (ур.), *Права и реалности избеглица* (Nicholson and Twomey, eds, *Refugee Rights and Realities*), Cambridge University Press, 1999 – Савет Европе, Документа о људским правима бр. 9: Азил и Европска конвенција о људским правима (*Human rights files, No. 9: Asylum and the European Convention on Human Rights*), 15. децембар 2011, стр. 10, где се цитира пресуда у предмету *Salah Sheekh v. the Netherlands*, представка бр. 1948/04, став 135.

92 Види, на пример, ставове. 54. и 56. пресуде у предмету *Üner v. the Netherlands*, представка бр. 46410/99.

93 Конкретно, у члановима 2. и 3. ЕКЉП су зајемчена апсолутна права сходно овој Конвенцији – право на живот и забрана мучења и нечовечног или понижавајућег поступања или кажњавања – од којих није дозвољено одступање и која морају бити узета у обзир при одлучивању о уласку странца у државу и о њиховом протеривању. Уједињено Краљевство је у предмету *Saadi v. the United Kingdom* [Велико веће], представка бр. 13229/03, тврдило да интерес заштите странца треба одмеравати у односу на интерес јавне безбедности у случају да је одлука о враћању странца донета са циљем спречавања опасности од тероризма а с обзиром на то да држава која га враћа није непосредно одговорна за забрањено поступање. Суд је разјаснио да држава која странца враћа има позитивну обавезу да странца не протерује када таква опасност постоји, а да је понашање тог лица (а тиме и јавна опасност о којој је реч) небитна за обавезу пружања заштите. Када је реч о члану 8 (праву на приватни и породични живот) или другим правима у погледу којих је одступање дозвољено, питање заштите лица се може одмеравати у односу на питање јавног интереса.

94 Предмети *Vilvarajah and others v. the United Kingdom*, представке бр. 13163/87, 13164/87 и 13165/87, и *Cruz Varas and Others v. Sweden*, представка бр. 15576/89, међу првима су које је ЕСЉП разматрао у **области азила**.

- члан 6 (право на правично суђење)
- члан 8 (право на поштовање приватног и породичног живота)
- члан 13 (право на делотворни правни лек)
- члан 14 (забрана дискриминације)
- члан 4. Протокола бр. 4 (забрана колективног протеривања странаца)

Следи кратак приказ основних одлика ових чланова и њихове применљивости у контексту предмета који се односе на миграције и азил. Потом ће у поглављима Приручника која следе бити подробно анализирана најзначајнија питања која се често појављују у предметима о азилу, с посебним нагласком на члановима 3. и 13. ЕКЉП и члану 4. Протокола бр. 4.

Члан 2 (право на живот)

Према члану 2. ЕКЉП којим се јемчи право на живот:

1. *Право на живот сваке особе заштићено је законом. Нико не може бити намерно лишен живота, сем приликом извршења пресуде суда којом је осуђен за злочин за који је ова казна предвиђена законом.*
2. *Лишење живота се не сматра противним овом члану ако проистекне из употребе силе која је апсолутно нужна:*
 - a. *ради одбране неког лица од незаконитог насиља;*
 - b. *да би се извршило законито хапшење или спречило бекство лица законито лишеног слободе;*
 - c. *приликом законитих мера које се предузимају у циљу сузбијања нереда или побуне.*

Ова се одредба мора тумачити у садејству са онима из **Протокола бр. 6** (о укидању смртне казне) и **Протокола бр. 13** (којим се смртна казна укида у свим околностима, укључујући у време рата), а којима се – државама које су ове инструменте ратификовале – забрањује како непосредно извршење смртне казне, тако и одлуке којима се лица враћају у земљу у којој им прети смртна казна (види пресуду ЕСЉП у предмету *Серинг против Уједињеног Краљевства*).⁹⁵ Држава уговорница се у контексту азила може сматрати одговорном за депортацију странца у земљу у којој постоји озбиљна опасност да ће бити погубљен јер му је изречена смртна казна (види пресуде у предметима *Бадер против Шведске*,⁹⁶ *Рапо против Албаније*,⁹⁷ *Ал Садун и Муфди против Уједињеног Краљевства*⁹⁸). ЕСЉП је у предмету *Ал Садун* одлучио да тврдњу подносиоца представке - да би пребацавањем у ирачки Виши суд били изложени стварној опасности од неправичног суђења пред тим судом и погубљења вешањем

⁹⁵ *Soering v. the United Kingdom*, представка бр. 14038/88.

⁹⁶ *Bader v. Sweden*, представка бр. 13284/04.-

⁹⁷ *Rrapo v. Albania*, представка бр. 58555/10.

⁹⁸ *Al-Saadoon and Mufdhi v. the United Kingdom*, представка бр. 61498/08.

- размотри ослањајући се на члан 3. уместо на члан 2. Битно је указати на то да је заузео став да је члан 2. измењен како би у свим околностима била забрањена смртна казна с обзиром на то да су све осим две државе чланице потписале Протокол бр. 13 а да су га затим све оне, с изузетком три државе чланице, и ратификовале. Суд је и у неким другим предметима о довођењу живота или физичког интегритета подносиоца представке у опасност одлуком о враћању одлучио да ово питање размотри сходно члану 3. а не члану 2. На пример, ЕСЉП је у предмету *Х.Л.Р. против Француске*⁹⁹ тврдњу подносиоца представке да би му живот био угрожен и право из члана 2. било повређено ако би био враћен у Колумбију разматрао на основу члана 3. То је учинио и приликом разматрања предмета *Д. против Уједињеног Краљевства*¹⁰⁰ и предмета Бахадар против Холандије.¹⁰¹ Суд је у пресуди у предмету *Бадер против Шведске* дао свеобухватну анализу свог садашњег приступа у погледу екстратериторијалне примене члана 2.

Бадер против Шведске

ЕСЉП је у пресуди у предмету *Бадер против Шведске* утврдио повреду члана 2, закључивши да је туженој држави забрањено да подносиоца представке врати у Сирију због постојања стварне опасности од изрицања смртне казне након „флагрантног ускраћивања правичног суђења“.

Руководећи се сличним начелима, ЕСЉП је у пресуди у предмету *Ал-Шари против Италије*¹⁰² утврдио да неко лице не може бити изручено или протерано у другу земљу ако постоје значајни и доказани основи за уверење да му у њој прети опасност од смртне казне, под условом да оно предочи доказе којима се, на први поглед, тврдња о таквој опасности поткрепљује.

Суд у пресуди у предмету *Рапо против Албаније* није утврдио повреду члана 2. и Протокола бр. 13 јер су пружена веродостојна уверавања да се неће захтевати смртна казна изрученог лица. С обзиром на то да у предмету *Ал-Садун и Муфди против Уједињеног Краљевства* није било јасно да ли ће подносиоци представке стварно бити окривљени за дела за која је запређена смртна казна, ЕСЉП је одлучио да тај предмет разматра у односу на елементе „страха и патње“ из члана 3.

* *Прикази поменутих предмета дати су у одељку о пракси ЕСЉП у овом поглављу.*

Члан 3 (забрана мучења и нечовечног или понижавајућег поступања)

Забрана мучења и нечовечног или понижавајућег поступања из члана 3. представља питање којем ЕСЉП стално придаје пажњу приликом разматрања предмета везаних за миграције и азил. Суд у својој пракси често разматра повреде овог члана које проистичу из одлуке да се странац протера, врати или да му се не дозволи улазак у земљу како на граници, тако и на отвореном мору, и утврђује одговорност државе уговорнице која странца враћа, а у неким случајевима и државе у коју се

99 *H.L.R. v. France*, представка бр. 24573/94.

100 *D. v. the United Kingdom*, представка бр. 30240/96.

101 *Bahaddar v. the Netherlands*, представка бр. 25894/94.

102 *Al-Shari and others v. Italy*, представка бр. 57/03.

враћа, када је и она потписница ЕКЉП и тужена. Важно је напоменути да, поред случајева враћања странаца, до повреде члана 3. у области миграција и азила такође може, између осталог, доћи због материјалних услова живота које су странци принуђени да трпе, услова лишења слободe или прихвата у објектима за мигранте. С обзиром на огроман значај заштите зајемчене чланом 3. и обимну праксу ЕСЉП о том питању, у **Поглављу II овог приручника** су подрбно приказане кључне пре-суде и питања која се отварају у складу са овом одредбом.

Члан 5 (право на слободу и безбедност личности)

Чланом 5. ЕКЉП се штити слобода и безбедност личности и у њему се наводе гаран-тије које важе у односу на лица лишена слободe. За разлику од одредаба размотре-них горе у тексту, у овом члану се изричито помињу конкретни услови под којима се може одредити лишење слободe странаца и јемства која у тим ситуацијама важе. Списак наведен у тачкама а. до ф. у ставу 1. члана 5. је исцрпан. Лишење слободe је законито само ако је одређено у једном од наведених циљева које треба рестрик-тивно тумачити. Циљ лишења слободe мора бити утврђен. Лишење слободe које није одређено у једном од циљева наведених у тачкама а. до ф. члана 5. став 1. је аутоматски незаконито.¹⁰³

Члан 5. – право на слободу и безбедност

1. *Свако има право на слободу и безбедност личности. Нико не може бити лишен слободe осим у следећим случајевима и у складу са законом прописаним поступком [...]:*
 - ф. у случају законитог хапшења или лишења слободe лица да би се спречио његов неовлашћени улазак у земљу, или лица против кога се предузимају мере у циљу депортације или екстрадиције.
2. *Свако ко је ухапшен биће одмах и на језику који разуме обавештен о разлозима за његово хапшење и о свакој оптужби против њега.*
3. *Свако ко је ухапшен или лишен слободe сходно одредбама из става 1. ц овог члана биће без одлагања изведен пред судију или друго службено лице законом одређено да обавља судске функције и имаће право да му се суди у разумном року или да буде пуштен на слободу до суђења. Пуштање на слободу може се условити јемствима да ће се лице појавити на суђењу.*
4. *Свако ко је лишен слободe има право да покрене поступак у коме ће суд хитно испитати законитост лишења слободe и наложити пуштање на слободу ако је лишење слободe незаконито.*
5. *Свако ко је био ухапшен или лишен слободe у супротности с одредбама овог чла-на има утуживо право на накнаду.*

¹⁰³ Мол, Нуала, Мередит, Кетрин, Азил и Европска конвенција о људским правима, стр. 143.

Странци могу бити лишени слободе или подвргнути строгим ограничењима слободе кретања у бројним околностима, нарочито у контексту масовног прилива и мешовитих миграционих токова а у циљу контроле миграција или у контексту лишења слободе до депортације, а могу им бити подвргнути када се погрешно сматрају нерегуларним мигрантима и када њихове потребе за заштитом нису узете у обзир или су одбијене.¹⁰⁴

Лишење слободе миграната не сме бити произвољно или неоправдано продужено, а националним правом мора бити јасно дозвољено и с њим у потпуности сагласно. Пресуде које је ЕСЉП касније изрекао у предметима *Јох Екале Мванџе против Белгије* (*Yoh-Ekale Mwanje v. Belgium*) и *Попов против Француске* (*Popov v. France*) пример су “теста мање строгих мера” који ЕСЉП уводи у разматрање повреда члана 5. став 1. ЕКЉП у предметима који се односе на лишење слободе миграната.

Суд је у неколико предмета разматрао конкретне гаранције које имају тражиоци азила лишени слободе. Он је у пресуди у предмету *С. Д. против Грчке*¹⁰⁵ истакао да се мора повући јасна разлика између тражилаца азила и осталих миграната, напоменувши да се мере лишења слободе које се одређују тражиоцима азила могу изрећи не само онима који су извршили неко кривично дело већ и странцима који су у страху за свој живот побегли из сопствене земље. Стога тражиоцима азила треба обезбедити широк дијапазон заштитних мера у складу са њиховим статусом, које премашују оне које важе за нерегуларне мигранте.¹⁰⁶

Ово је у складу са начелом некажњавања тражилаца азила и избеглица из Женевске конвенције и са правилом да само изузетно треба прибегавати лишењу слободе тражилаца азила.¹⁰⁷

Суд је у предмету *М.С.С. против Белгије и Грчке*¹⁰⁸ навео да је „...лишење слободе странаца, уз примену одговарајућих мера заштите лица о којима је реч, прихватљиво [...] само како би се државама омогућило да спрече незаконито усељавање, при чему треба да испуњавају своје међународне обавезе, нарочито из [Женевске конвенције и ЕКЉП]“.¹⁰⁹

Када је реч о предметима у којима је ЕСЉП разматрао услове лишења слободе тражилаца азила, потребно је указати на његове пресуде у предмету **С. Д. против Грчке**¹¹⁰ који се односио на задржавање тражиоца азила у станици пограничне по-

104 *Ibid.*, стр. 133.

105 *S. D. v. Greece*, представка бр. 53541/07, став 65.

106 *Saadi v. the United Kingdom*, представка бр. 13229/03, став 75, где се цитира став 43. пресуде у предмету *Amuur v. France*, представка бр. 19776/92.

107 УНХЦР, Ревидиране смернице о критеријумима и стандардима који се примењују у вези са притвором тражилаца азила (UNHCR, *Revised Guidelines on Applicable Criteria and Standards relating to the Detention of Asylum-Seekers*), од 26. фебруара 1998, Смернице 2 и 3, доступно на <http://www.unhcr.rs/media/Revidirane%20smernice%20o%20kriterijumima%20i%20standardima%20koji%20se%20opr.pdf>; Комесар за људска права, „Државе не треба да изричу казне тражиоцима азила који пристижу“, од 17. марта 2008.

108 *M. S. S. v. Belgium and Greece*, представка бр. 30696/09.

109 Чињенице о мигрантима лишеним слободе ЕСЉП (*ECHR Factsheet on Migrants in Detention*).

110 *S. D. v. Greece*, представка бр. 53541/07.

лиције, и **М. С. С. против Белгије и Грчке**, где је подносилац представке био лишен слободе одмах по доласку и држан у пренасељеном објекту у нехигијенским условима, као и на пресуде у предметима **Мубиланзила Мајека и Каники Митунга против Белгије (Mubilanzila Mayeka and Kaniki Mitunga v. Belgium)**, **Мушкаџијева и остали против Белгије (Muskhadzhiyeva and Others v. Belgium)** и **Рахими против Грчке (Rahimi v. Greece)**, у којима је ЕСЉП разматрао посебне потребе деце миграната без пратње која су лишена слободе.

Члан 8 (право на поштовање приватног и породичног живота)

Суд је приликом разматрања заштите зајемчене овим чланом у контексту азила констатовао да би у неким случајевима депортације странца могло за последицу имати раздвајање породице, што би могло довести до повреде члана 8. Види, на пример, пресуду у предмету **Мустахим против Белгије (Moustaquim v. Belgium)** у одељку о пракси ЕСЉП у овом поглављу.

Члан 13 (право на делотворни правни лек)

Чланом 13. је зајемчено право на делотворни правни лек за сваку доказиву повреду јемстава из ЕКЉП. Овај члан није самосталан те се мора разматрати у вези са наводном повредом једног или више чланова ЕКЉП. Суд је у контексту азила разматрао одређене карактеристике правних лекова које тражиоци азила треба да имају на располагању када је испитивао делотворност оних правних средстава која су им била доступна, између осталог, како би оспоравали одлуке о лишењу слободе или протеривању или се жалили на негативну одлуку о њиховом захтеву за азил коју су сматрали погрешном. У контексту протеривања због којег би се суочили са стварном опасношћу да ће им бити нанета штета, прописани правни лек мора имати аутоматско суспензивно дејство, како би се спречило наношење ненадокнадиве штете лицу које се враћа. Мора постојати делотворна могућност преиспитивања одлуке о принудном удаљењу пре но што се она спроведе. Види, на пример, приказ пресуде у предмету **Гебремедин против Француске (Gebremedhin v. France)** у одељку о пракси ЕСЉП у овом поглављу.

На крају је потребно напоменути да члан 6. ЕКЉП, којим се установљава право на правично суђење, не важи у оспоравању ових одлука, јер се оне не односе ни на кривичне оптужбе ни на грађанска права.

Члан 4. Протокола бр. 4 (забрана колективног протеривања странаца)

Колективно протеривање је забрањено и по праву ЕУ и по конвенцијском праву. Колективно протеривање подразумева сваку меру којом се појединци приморавају да као група напусте неку територију или земљу и случајеве када таква одлука није заснована на разумном, објективном и индивидуализованом разматрању конкрет-



ног предмета сваког појединца. Питањем колективног протеривања се подробно бавимо у Поглављу V овог приручника.

■ Поступак подношења представке ЕСЉП

Европском конвенцијом о људским правима предвиђене су две могућности за тражење заштите права пред ЕСЉП, конкретно подношењем појединачних представки и покретањем међудржавних спорова. Када је реч о предметима везаним за азил, у највећем броју случајева се користи право на подношење појединачне представке.

Члан 34. (појединачне представке): Они који сматрају да је повређена нека одредба ЕКЉП могу да се жале ЕСЉП пошто су исцрпели све домаће правне лекове.

Правило 39. Пословника ЕСЉП: Поред наведеног права на подношење појединачне представке, још један посебно важан инструмент који се може користити пред ЕСЉП односи се на „привремене мере“ предвиђене правилом 39. Пословника ЕСЉП. Правилом 39. се ЕСЉП овлашћује да одређује привремене мере нужне како би се спречила непосредна опасност од ненадокнадиве штете. Мере из правила 39. заузимају централно место у контексту азила и миграција приликом разматрања одлука о принудном удаљењу или протеривању, с обзиром на то да се оне могу затражити како би се нека држава спречила да неко лице удаљи пре но што ЕСЉП размотри суштину његове притужбе, јер би оно било изложено опасности у случају удаљења, или како би се од државе затражило да предузме позитивне мере у односу на угрожено лице. Мере из правила 39. се такође користе како би се заштитиле посебне потребе младих тражилаца азила без пратње или посебно угрожених лица, која у већој мери могу бити изложена опасностима у овом смислу.

Раније се сматрало да мере одређене сходно овом правилу нису обавезујуће, али се од изрицања пресуда ЕСЉП у предметима *Маматкулов и Аскарлов против Турске (Mamatkulov and Askarov v. Turkey)*, *Олечеа Кауас против Шпаније (Olachea Cahuas v. Spain)*, и *Бен Хемаис против Италије (Ben Khemais v. Italy)* сматра да су државе у обавези да се повинују захтевима из правила 39. Заправо, сматра се да се неповиновањем тим мерама омета уживање права на појединачну представку те да се тиме крши члан 34 ЕКЉП. Након што одреди меру на основу правила 39, само је ЕСЉП надлежан да је укине.

* *Приказ пресуда у овим предметима дат је у одељку о пракси ЕСЉП у овом поглављу.*

■ Поље дејства ЕКЉП

Нико није изузет из заштите коју пружа ЕКЉП (Чahal против Уједињеног Краљевства), нити неко лице може изгубити ту заштиту због свог понашања (Ахмед против Аустрије, види Одељак Б горе у тексту) или опасности за коју се верује да то лице представља по земљу домаћина (види пресуде у предметима Сади против Италије и *Отман против Уједињеног Краљевства (Othman v. the United Kingdom)*).

У погледу географског дејства, Европском конвенцијом о људским правима се такође штите права лица пресретнутих на отвореном мору (види пресуду у предмету *Хирши Џама и остали против Италије (Hirsi Jamaa and Others v. Italy)*) или задржаних у транзитној зони аеродрома (види *Амур против Француске (Amuur v. France)*) док год се може доказати да органи тужене државе имају делотворну контролу над подносиоцима представки.

* *Приказ пресуда у овим предметима дат је у одељку о пракси ЕСЉП који следи.*

3. Прикази праксе Европског суда за људска права у области азила

Ахмед против Аустрије¹¹¹

■ Чињенице и одлука

Представку је поднео држављанин Сомалије којем је статус избеглице додељен пошто је поднео захтев за азил у Аустрији. Две године касније, након што је осуђен за покушај пљачке, статус избеглице му је одузет у складу са Законом о праву на азил, сходно којем неко лице може да изгуби статус избеглице ако изврши „нарочито тешко кривично дело“. Жалбе подносиоца представке на касније решење о његовом протеривању одбачене су јер се сматрало да он представља опасност по заједницу.

ЕСЉП је у овој пресуди јасно навео да није надлежан да утврђује да ли су аустријске власти исправно примениле израз „нарочито тешко кривично дело“ како би подносиоца представке лишиле статуса избеглице и заштите од протеривања која би му по том основу припадала. ЕСЉП није надлежан да одлучује о значењу одредаба Женевске конвенције. Међутим, ЕСЉП је затим утврдио да депортација подносиоца представке представља повреду члана 3. ЕСЉП.

■ Коментар

Овај предмет указује на значајне разлике између заштите коју пружа Женевска конвенција, по којој избеглица може изгубити право на забрану протеривања ако постоје основани разлози због којих га треба сматрати опасним по безбедност земље у којој се налази или ако, пошто је правоснажно осуђен за нарочито тешко кривично дело, представља опасност по заједницу те земље. Сходно ЕКЉП, понашање лица о ком је реч није битно. Лице за које ЕСЉП сматра да би по повратку било изложено поступању које је забрањено чланом 3. је заштићено од протеривања.

¹¹¹ *Ahmed v. Austria*, представка бр. 25964/94.

Бадер и Канбор против Шведске¹¹²

■ Чињенице и одлука

Представку је поднео држављанин Сирије, који је поднео захтев за азил у Шведској. Док се налазио у Шведској, у Сирији је осуђен у одсуству за саучесништво у убиству и изречена му је смртна казна. Истраживање које је касније спровела шведска амбасада указивало је на то да би му се по повратку поново судило и да му не би била изречена смртна казна ако би био осуђен, те је решење о његовом протеривању потврђено.

Суд је овај предмет разматрао само на основу чланова 2. и 3. ЕКЉП. Заузео је став да постоје основани разлози да се сматра да би г. Бадер био изложен стварној опасности од погубљења и поступања супротном члану 2. буде ли враћен у земљу порекла (будући да би му смртна казна била изречена после неправичног суђења) и члану 3. (услед страха и патње које би претрпео). Сходно томе, Суд је утврдио да би протеривање г. Бадера и његове породице у Сирију, уколико би до њега дошло, представљало повреду чланова 2. и 3. ЕКЉП.

■ Коментар

Самим чланом 2. се не забрањује изрицање смртне казне, али ЕСЉП је одавно стао на становиште сматра да њено изрицање после неправичног суђења представља повреду члана 3. Суд је 1989. у пресуди у предмету Серинг против Уједињеног Краљевства¹¹³ заузео став да је „феномен чекања на извршење смртне казне“ у САД у супротности са чланом 3. Протоколом бр. 6 је укинута смртна казна, осим у време рата. Протоколом бр. 13 је смртна казна укинута у свим околностима, а њиме се државама забрањује и да било кога доведу у опасност да буде изложен могућности да му та казна буде изречена. Довољан број земаља, укључујући и Шведску, је у међувремену ратификовао Протокол бр. 13 како би он могао да ступи на снагу. Међутим, услед чињенице да је у време разматрања овог предмета и даље велики број држава чланица Савета Европе тек требало да потпише или ратификује Протокол бр. 13, ЕСЉП није могао да констатује постојање устаљене праксе да државе уговорнице сматрају спровођење смртне казне нечовечним и понижавајућим поступањем супротним члану 3. ЕКЉП, од којег није дозвољено никакво одступање.

Бројне друге притужбе о протеривању лица која су тврдила да би била изложена опасности од смртне казне поднете су ЕСЉП откад је разматрао овај предмет. Суд није утврдио повреду ни члана 2. ни Протокола бр. 13 у пресуди у предмету **Рано против Албаније**,¹¹⁴ јер су пружена веродостојна уверавања да тужилац неће тражити смртну казну у случају да подносилац представке, који треба буде изручен,

¹¹² *Bader and Others v. Sweden*, представка бр. 13284/04.

¹¹³ *Soering v. the United Kingdom*, представка бр. 14038/88.

¹¹⁴ *Rrapo v. Albania*, представка бр. 58555/10.

буде осуђен. У предмету **Ал Садун и Муфди против Уједињеног Краљевства**¹¹⁵ је ЕСЉП одлучио да предмет разматра у складу са елементима “страха и патње” из члана 3. јер је било нејасно да ли су подносиоци представке заиста суочени са могућношћу изрицања и извршења смртне казне.

Сади против Уједињеног Краљевства¹¹⁶

■ Чињенице и одлука

Подносилац представке, држављанин Ирака, стигао је у Уједињено Краљевство и затражио азил на аеродрому. Одобрен му је „привремени боравак” и задржан је седам дана у прихватном центру док је његов захтев за азил разматран по убрзаном поступку.

Велико веће је разматрало концепт произвољног лишења слободе у контексту првог дела одредбе у тачки ф. члана 5. става 1, по којем је дозвољено лишити слободе лице како би се оно спречило да неовлашћено уђе у земљу. Веће је констатовало да је од кључног значаја да ниједно произвољно лишење слободе не може бити сагласно члану 5. став 1. и да се појам „произвољности” не своди само на несагласност са националним правом. Сходно томе, лишење слободе из члана 5. став 1. тачка ф. није произвољно ако задовољава следећа четири услова:

1. Сprovedено је у доброј вери;
2. Блиско је повезано са циљем спречавања неовлашћеног уласка у земљу;
3. Место и услови лишења слободе су прикладни, имајући у виду да је слободе лишено лице које је тражилац азила, а не лице осумњичено за извршење кривичног дела;
4. Трајање лишења слободе не премашује период оправдано потребан за остварење циља којем се тежи.

ЕСЉП није утврдио повреду члана 5. став 1. у овом предмету јер је седмодневно лишење слободе задовољавало ове услове.

■ Коментар

Велико веће се у овом предмету изричито уздржало од примене теста о мање строгим мерама из члана 5. став 1. тачка ф. ЕКЉП. Потребно је напоменути да се овај предмет односио на први део те тачке, по којој је дозвољено „законито хапшење или лишење слободе лица да би се спречио његов неовлашћени улазак у земљу”, али иста аргументација важи и у погледу другог дела те одредбе којом се дозвољава хапшење или лишење слободе лица у циљу његове депортације.

¹¹⁵ *Al-Saadoon and Mufdhi v. the United Kingdom*, представка бр. 61498/08.

¹¹⁶ *Saadi v. the United Kingdom* [Велико веће], представка бр. 13229/03.

Мустаким против Белгије¹¹⁷**■ Чињенице и одлука**

Представку је поднео држављанин Марока, који је емигрирао у Белгију када је био годину дана стар и од тада је континуирано живео у Белгији са својим родитељима, док није депортован када је имао 20 година због осуђиваности за бројна кривична дела. Након што је депортован, подносилац представке је живео као мигрант без исправа путујући од једне земље до друге. Током боравка у Стокхолму му је утврђена дијагноза депресије проузроковане прекидом породичних веза. Његов захтев за одлагање извршења белгијског решења о депортацији како би се вратио „дому“ је одобрен. Када се вратио у Белгију по основу одлагања извршења решења о депортацији, то решење је оспорио, тврдећи да се њиме крше његова права из члана 8. ЕКЉП.

Суд је сматрао да је, упркос значајном броју осуђујућих пресуда против подносиоца представке, дошло до неоправданог задирања у његово право да буде са својим родитељима и браћом и сестрама, који су сви рођени у Белгији.

■ Коментар

Овај предмет указује на значај члана 8. у предметима везаним за азил који се односе на раздвајање породице. Овде, међутим, постоји прилично висок праг: ЕСЉП је приметио да је подносилац представке у Белгију стигао кад је био годину дана стар и тамо континуирано живео двадесет година, а да се у Мароко вратио само два пута, на распуст.

Гебремедин против Француске¹¹⁸**■ Чињенице и одлука**

Представку је поднео држављанин Еритреје, који је стигао у Француску и био задржан у међународној зони аеродрома. Управни суд је одбио његов хитан захтев да му се одобри улазак у земљу како би затражио азил. Подносилац представке је поднео представку Европском суду за људска права који је француске власти обавестио у складу са правилом 39. Пословника ЕСЉП (о привременим мерама) да није пожељно да за сада подносиоца представке враћају у Еритреју.

Сходно француском праву, странац је морао да се налази на територији Француске да би поднео захтев за азил. Он такав захтев није могао да поднесе кад стигне на границу, осим ако му претходно није било дозвољено да уђе у земљу. Ако није имао потребне исправе да уђе у земљу, морао је да затражи дозволу за улазак у земљу како би затражио азил. Странац се затим задржавао у „чекаоници“ док власти не

¹¹⁷ *Moustaquim v. Belgium*, представка бр. 12313/86.

¹¹⁸ *Gebremedhin v. France*, представка бр. 25389/05.

размотре да ли је захтев за азил који намерава да поднесе „очигледно неоснован“. Ако су власти сматрале да је захтев „очигледно неоснован“, одбијале су да лицу о ком је реч дозволе да уђе у земљу. Лице се затим аутоматски удаљавало без могућности да претходно поднесе захтев за азил. Премда је лице о ком је реч могло поднети захтев управном суду да укине одлуку министра којом му се одбија дозвола за улазак у земљу, тај захтев није имао суспензивно дејство и није био прописан никакав рок за доношење одлуке о њему.

Суд је утврдио да правни лек који је подносилац представке имао на располагању како би оспорио одлуку којом му се одбија дозвола да уђе у земљу није делотворан јер нема суспензивно дејство. С обзиром на значај члана 3. и неповратни карактер штете која може настати ако се у пракси оствари опасност од мучења или злостављања, чланом 13. се изискује да када држава одлучи да страног држављанина измести у земљу у којој постоји стварни разлог за уверење да се оно може суочити са опасношћу од таквог злостављања, лице о ком је реч мора имати на располагању правни лек са аутоматским суспензивним дејством (правни лек са тим дејством „у пракси“ није довољан). Подносилац представке није имао на располагању такав лек док се налазио у „чекаоници“. Суд је утврдио повреду члана 3. у вези са чланом 13.

Маматкулов и Аскарлов против Турске¹¹⁹

■ Чињенице и одлука

Представку су поднела два држављанина Узбекистана, које је Турска изручила тој држави која је тврдила да су извршили кривична дела везана за тероризам. Подносиоци представке су, пак, тврдили да су политички дисиденти и да ће бити изложени злостављању буду ли враћени у Узбекистан. Упркос привременим мерама о одлагању изручења које је ЕСЉП одредио Турској, Турска је обојицу изручила Узбекистану где су им изречене казне затвора.

Суд није утврдио повреду члана 2, 3. или 6, али јесте утврдио повреду члана 34. јер се Турска није повиновала привременим мерама.

■ Коментар

Суд је у ставу 128. пресуде поновио да се сагласно члану 34. Конвенције, државе уговорнице [...] обавезују да се уздржавају од сваког чињења или нечињења којим би могле да осујете делотворно остваривање права неког лица да поднесе појединачну представку. Неповиновање држава уговорница привременим мерама треба посматрати као спречавање ЕСЉП да делотворно размотри притужбу подносиоца представке и као ометање вршења овог права подносиоца представке те, сходно томе, и као повреду члана 34. Судије које су делимично издвојиле мишљење су у својим напоменама констатовале да се на основу става 128. пресуде може закључити да већина жели да овим мерама припише обавезујуће дејство. У пресуди се

¹¹⁹ *Mamatkulov and Askarov v. Turkey* [Велико веће], представке бр. 46827/99 и 46951/99.

обавезни карактер привремених мера у суштини заснива на члану 34. Конвенције. У ставу 128. пресуде се наводи да неповиновање држава уговорница привременим мерама треба посматрати као спречавање ЕСЉП да делотворно размотри притужбу подносиоца представке и као ометање вршења овог права подносиоца представке те, сходно томе, и као повреду члана 34. (права на појединачну представку). Тиме је утврђен обавезујући карактер мера из правила 39, јер, ако се држава уговорница не повинује мерама из правила 39. и подносиоца представке протера пре но што ЕСЉП испита његове притужбе на одговарајући начин, подносилац представке је ометен у делотворном вршењу свог права из члана 34. ЕКЉП да поднесе појединачну представку.

Олеча Кауас против Шпаније¹²⁰

■ Чињенице и одлука

Подносилац представке ухапшен је 2003. године у Шпанији по међународној потерници коју су издале перуанске власти које су га сумњичиле за тероризам. Посебни суд (*Audiencia Nacional*) одобрио је његово изручење, уз напомену да је Перу приступио међународним инструментима за заштиту основних људских права, укључујући Америчку конвенцију о људским правима, и да је на себе преузео обавезу да подносиоца представке не осуди на смрт или казну доживотног затвора. Жалба коју је подносилац представке изјавио на ту одлуку је одбачена. Поступајући по захтеву подносиоца представке, ЕСЉП је применио правило 39. свог Пословника и затражио од Шпаније да подносиоца представке не изручи Перуу док ЕСЉП не размотри његову притужбу. Суд је усвојио захтев по основу правила 39, а шпанске власти су 6. августа 2003. у 19 часова о томе обавештене телефоном. Међутим, подносилац представке је следећег дана укрцан на авион и изручен Перуу, право из затворске болнице. Три месеца касније су перуанске власти одобриле његово условно пуштање на слободу.

Суд је утврдио да Шпанија није поштовала своје обавезе из члана 34. јер се није повинувала мерама одређеним сагласно правилу 39. те је утврдио повреду ЕКЉП.

■ Коментар

Суд је приметити да је привремена мера по самој својој природи привремена и да се потреба за њом оцењује у датом тренутку, када постоји опасност која би могла ометати делотворно вршење права на појединачну представку зајемчено чланом 34. Ако се држава не повинује привременој мери, опасност од ометања делотворног вршења права на појединачну представку и даље постоји а да ли ће та опасност заправо наступити зависи од догађаја који уследе након одлуке ЕСЉП и пропуста државе да меру примени. Привремена мера се сматра обавезујућом чак и ако опас-

¹²⁰ *Olaechea Cahuas v. Spain*, представка бр. 24668/03.

ност не наступи. Држава не може да одложи доношење одлуке о примени мере до могуће потврде постојања опасности.

Бен Хемаис против Италије¹²¹

■ Чињенице и одлука

Представку је поднео држављанин Туниса. Марта 2006. му је у Италији изречена казна затвора због физичког напада. Окружни суд у Кому је наложио његову депортацију из Италије по одслужењу казне. У међувремену је Војни суд у Тунису у пресуди изреченој 30. јануара 2002. подносиоца представке у одсуству осудио на казну затвора у трајању од 10 година због припадништва једној терористичкој организацији. Ова је осуда, чини се, била искључиво заснована на исказима саоптуженог. Подносилац је представку Европском суду за људска права поднео јануара 2007. Суд је у марту 2007. у складу са правилом 39. свог Пословника тражио од италијанских власти да одложе спровођење налога о депортацији подносиоца представке док ЕСЉП не донесе одлуку о суштини представке. Италијанске власти су, међутим, 11. јуна 2008. обавестиле ЕСЉП да је налог о депортацији подносиоца представке издат 31. маја 2008. због његове улоге у активностима исламских терориста и да је у Тунис депортован 3. јуна 2008. Италијанске власти су такође ЕСЉП поднеле документа која су садржала дипломатска уверавања туниских органа да подносилац представке неће бити подвргнут мучењу, нечовечном или понижавајућем поступању или произвољном лишењу слободе.

Суд је утврдио не само повреду члана 34, већ и члана 3, јер су „озбиљни и поуздани међународни извори“, попут организације *Amnesty International*, били известили да туниске власти не истражују наводе о мучењу и злостављању у туниским затворима. Уверавања туниских власти да подносилац представке неће бити мучен или злостављан нису била довољна с обзиром на непостојање делотворног система за спречавање мучења.

■ Коментар

Правило 39. Пословника ЕСЉП уведено је како би ЕСЉП могао да обезбеди да подносиоцу представке не буде нанета озбиљна ненадокнадива штета док он не размотри суштину његове представке. Ово се правило не примењује аутоматски, а подносиоци представки морају изнети снажне аргументе како би се одобрио захтев за примену правила 39. Државе уговорнице ЕКЉП су се до сада обично повиновале одлукама о одређивању привремених мера, али, откако је Велико веће донело пресуду у предмету **Маматкулов и Аскарлов против Турске**, јасно је да сагласно члану 34. ЕКЉП постоји обавеза држава да се повинују мерама одређеним сходно правилу 39. Италија у овом случају то није учинила. То је утолико неприхватљивије јер је до враћања Бена Хемаиса у Тунис дошло у веома сличним околностима какве су по-

¹²¹ *Ben Khemais v. Italy*, представка бр. 246/07.

стојале у предмету **Сади против Италије**. У том предмету, о којем је Велико веће одлучивало само четири месеца пре враћања Бена Хемаиса, ЕСЉП је недвосмислено потврдио апсолутни карактер забране враћања осумњичених за терористичке активности у ситуације у којима су у стварној опасности да ће бити изложени мучењу или нечовечном или понижавајућем поступању. Суд је посебну пажњу придао чињеници да Држава није од њега пре спровођења изручења захтевала да укине мере одређене сходно правилу 39, за које је знала да су и даље на снази.

Сади против Италије¹²²

■ Чињенице и одлука

Представку је поднео држављанин Туниса који је у Италији ухапшен под сумњом да је учествовао у међународном тероризму. Одлучено је да ће подносилац представке бити депортован у Тунис пошто одслужи казну. Подносилац представке је 2006. поднео представку ЕСЉП и затражио од њега да усвоји привремену меру и суспендује или укине одлуку о његовој депортацији у Тунис. Тврдио је да осумњичени за тероризам често бивају мучени у Тунису и да је полиција много пута посетила његову породицу тамо, која је стално изложена претњама и провокацијама. Италијанске власти су 2007. године од туниских власти затражиле дипломатска уверавања да Сади неће бити подвргнут поступању противном члану 3. ЕКЉП и претрпети флагрантно ускраћивање правде буде ли депортован у Тунис.

С обзиром на то да је подносилац представке доказао постојање стварне опасности да ће бити изложен тешком злостављању власти буде ли депортован у Тунис, Велико веће је утврдило да би члан 3. био прекршен ако би он био депортован.

■ Коментар

У овој пресуди, као и у пресуди у предмету **Чахал против Уједињеног Краљевства**, је видљив рестриктивни карактер члана 3; одступања од члана 3. нису дозвољена без обзира на особине лица о ком је реч. Уједињено Краљевство је интервенисало у овом предмету против Италије, додуше без успеха, у покушају да убеди ЕСЉП да промени став који је заузео у предмету **Чахал**. Велико веће је једногласно закључило да је забрана изручења апсолутна ако постоји стварна опасност од тога да ће лице бити изложено поступању које је апсолутно забрањено. Штавише, након изрицања пресуде у предмету **Сади**, потребно је размотрити „практичну примену“ дипломатских уверавања како би постојала „довољна јемства да ће подносилац представке бити заштићен од опасности од поступања забрањеног Конвенцијом“. „Значај који треба придавати уверавањима земље пријема у сваком случају зависи од околности које у дато време преовлађују.“

¹²² *Saadi v. Italy* [Велико веће], представка бр. 37201/06.

Хирши Џама и други против Италије¹²³

■ **Чињенице и одлука**

Подносиоци представке били су део групе од неких две стотине људи који су 2009. године напустили Либију у три пловила са циљем да стигну до италијанске обале. На дан 6. маја 2009, када су се пловила налазила у подручју надлежности малтешких органа за потрагу и спасавање, пресрели су их бродови италијанске царине и обалске страже. Путници на пресретнутим пловилима су пребачени на италијанске војне бродове и враћени у Триполи. Подносиоци представке су изјавили да их италијанске власти током путовања нису обавестиле о одредишту и да нису предузеле никакве кораке како би утврдиле њихов идентитет. Мигранти су предати либијским властима по доласку у луку у Триполију. По тврдњама подносилаца представке, они су се успротивили предаји либијским властима, али су били принуђени да напусте италијанске бродове. Италијански министар унутрашњих послова је на конференцији за новинаре следећег дана изјавио да су операције пресретања пловила на отвореном мору и принудног удаљења миграната у Либију последица ступања на снагу у фебруару 2009. билатералних споразума закључених са Либијом, означивши их као важну прекретницу у борби против илегалних миграција.

Суд је утврдио да су се подносиоци представке налазили у надлежности Италије у смислу члана 1. ЕКЉП. Сходно међународноправном начелу зајемченом италијанским Поморским закоником, пловило на отвореном мору подлеже искључивој надлежности државе под чијом заставом плови. Сходно томе, догађаји који су довели до наводних повреда потпадају под надлежност Италије у смислу члана 1. ЕКЉП.

■ **Коментар**

Ово је први предмет у којем је ЕКЉП изрекао пресуду о пресретању на мору, а од великог је значаја за државе на јужном и југоисточном ободу ЕУ. Забрањено је враћање у земљу у којој су добро познате опасности од враћања. До повреде члана 3. може доћи и када држава неко лице враћа у интермедијарну земљу, која га касније може вратити у земљу порекла. ЕКЉП сада очигледно важи и у погледу операција контроле миграција од стране држава где год се оне одвијале – чак и на отвореном мору.

Амур против Француске¹²⁴

■ **Чињенице и одлука**

Подносиоци представке, четворо држављана Сомалије, у Француску су стигли авионом, побегавши из своје земље порекла у страху за свој живот. Након што им је додељена правна помоћ поднели су захтеве за азил француској Канцеларији за

¹²³ *Hirsi Jamaa and Others v. Italy* [Велико веће], представка бр. 27765/09.

¹²⁴ *Amuur v. France*, представка бр. 19776/92.

заштиту избеглица и лица без држављанства. Министар унутрашњих послова им није дозволио да уђу у земљу те су подносиоци представке враћени у Сирију, док је осталих осамнаест сомалијских држављана који су са њима путовали добило статус избеглице. Одбор за разматрање жалби избеглица је одбио жалбу подносилаца представке на ту одлуку. Подносиоци представке су се жалили на задржавање у међународној зони аеродрома, тврдећи да је оно супротно члану 5. став 1. ЕКЉП.

Суд је примио к знању чињеницу да задржавање странаца у међународним зонама подразумева ограничења њихове слободе. Међутим, потврдио је да је такво задржавање прихватљиво када је пропраћено одговарајућим јемствима лицу о ком је реч, како би државе биле у могућности да спречавају незаконито усељавање, а да при том поштују своје међународне обавезе. Штавише, додао је да се такво ограничавање не може претерано продужавати. Суд је у овом предмету констатовао да су подносиоци представке држани под строгим полицијским надзором и да нису имали приступ правној или социјалној помоћи.

Суд је поред тога констатовао да чињеница да неки тражилац азила може добровољно да напусти земљу у којој жели да затражи уточиште не може искључити ограничавање његове слободе. Поред тога, право да се напусти било која земља – укључујући сопствену – које је зајемчено Протоколом бр. 4 уз ЕКЉП, може постати теоретско ако лицу ниједна друга земља не понуди заштиту сличну оној коју је очекивало да добије у земљи у којој је тражило азил. Суд је закључио да је задржавање подносилаца представке у транзитној зони аеродрома представљало лишење слободе те утврдио повреду члана 5. став 1.

■ Коментар

У овој пресуди је изричито разјашњено да јемства из ЕКЉП у подједнакој мери важе и у погледу лица задржаних у међународним транзитним зонама држава уговорница.

Чахал против Уједињеног Краљевства¹²⁵

■ Чињенице и одлука

Представку је поднео индијски активиста који је подржавао аутономију Пенџаба и који је у Индији био лишен слободе због пружања пасивног отпора. Постао је вођа активиста заједнице Сика у Уједињеном Краљевству. Године 1990. је од министра унутрашњих послова примио решење о депортацији јер његов даљи боравак у Уједињеном Краљевству није у јавном интересу из разлога националне безбедности. Подносилац представке је лишен слободе у циљу депортације. Жалио се да би његова депортација у Индију била противна члану 3.

Суд је поновио да је чланом 3. ЕКЉП, који важи и у случајевима изручења, забрањено мучење и нечовечно поступање у апсолутном смислу, те да одступање од ове

¹²⁵ *Chahal v. the United Kingdom*, представка бр. 22414/93.

забране није дозвољено ни у случају јавне опасности која угрожава опстанак нације. Следи да, ако би се неко лице суочило са стварном опасношћу да буде изложено поступању супротном члану 3. у случају измештања у другу државу, држава уговорница има обавезу да то лице заштити од таквог поступања у случају протеривања, при чему се активности лица о ком је реч, колико год биле непријатне или опасне, не могу узети као релевантан чинилац. Суд је стога одбацио тврдње Државе да опасност по националну безбедност треба одмерити у односу на све опасности којима г. Чахал може бити изложен. Сходно томе, извршење налога о депортацији подносиоца представке би представљало повреду члана 3.

■ Коментар

У овој значајној одлуци се афирмише кључни елемент ЕКЉП, који је од тада потврђен у бројним пресудама: да је забрана протеривања у земљу у којој лице може да се суочи са злостављањем супротним члану 3. апсолутна и да се не може одмеравати у односу на интересе националне безбедности. Државе су, разумљиво, невољне да обелодањују обавештајне изворе из страха да их не угрозе, али ЕСЉП јасно ставља до знања да морају да пронађу неки други механизам помоћу којег ће се бавити лицима која нису њихови држављани, а сумња се да представљају опасност по националну безбедност, што се обично ради преко механизма кривичног права (премда треба напоменути да су све кривичне оптужбе против г. Чахала одбачене или је он ослобођен).

Г. ПРАВНЕ ТЕКОВИНЕ ЕУ КОЈЕ СЕ ОДНОСЕ НА АЗИЛ И ПРАКСА СУДА ПРАВДЕ ЕУ ВЕЗАНА ЗА МАТЕРИЈУ АЗИЛА

Република Србија није чланица ЕУ те је не обавезују правне тековине ЕУ које се односе на азил, већ само подударне обавезе по основу Женевске конвенције и ЕКЉП (као и осталих релевантних међународних инструмената). Европски савет је Србији 2012. доделио статус земље кандидата, а Споразум о стабилизацији и придруживању (ССП) између Србије и ЕУ ступио је на снагу септембра 2013. године, док су преговори о приступању отворени јануара 2014. Како би доказала своју способност да преузме обавезе чланства, Србија мора своје законодавство, укључујући прописе који се односе на азил, да хармонизује са правним тековинама ЕУ.

Правне тековине ЕУ које се односе на азил означавају корпус права који обухвата уговоре, директиве и уредбе које је ЕУ усвојила у склопу успостављања **Заједничког европског система азила** (*Common European Asylum System*, ЗЕСА). Државе чланице морају да спровode ЗЕСА у складу са Повељом ЕУ о основним правима

(Повеља),¹²⁶ при чему треба да се руководе и праксом Суда правде Европске уније (СПЕУ). Наведеним инструментима се обезбеђују кључне материјалне и процесне гаранције у вези са разматрањем захтева за азил и прихватом и поступањем према тражиоцима азила. ЗЕСА се изричито мора примењивати у складу са обавезама држава које проистичу из Женевске конвенције из 1951. године¹²⁷ и „осталих релевантних уговора“, сходно члану 78. **Уговора о функционисању ЕУ (УФЕУ)**, укључујући **Конвенцију УН против мучења и Међународни пакт о грађанским и политичким правима (ПГП)**.

Заједнички европски систем азила чине следећи инструменти:

- i. **Уредба „Даблин III“**,¹²⁸ којом се утврђују критеријуми за одређивање државе чланице надлежне за одлучивање о захтеву за азил и уређује пребацавање тражилаца азила у надлежну државу чланицу;
- ii. **Измењена Квалификациона директива** у којој се утврђује ко има право на коју врсту заштите и каснији статус и повластице;¹²⁹
- iii. **Измењена Директива о поступцима азила (ДПА)**,¹³⁰ у којој се прописују поступци које треба примењивати приликом одлучивања о захтевима за азил;
- iv. **Директива о условима прихвата (ДУП)**,¹³¹ којом се утврђују минимални стандарди прихвата, смештаја и/или издржавања тражилаца азила;

126 Повеља Европске уније о основним правима (2000).

127 СПЕУ је у одлуци о спојеним предметима *H. C. и M. E.*, бр. C-411-10 и C-493-10, утврдио да се деловање ЗЕСА темељи на потпуној и инклузивној примени Женевске конвенције и начела забране протеривања, у складу са чланом 18. Повеље и чланом 78. УФЕУ, при чему се позвао на одлуке о спојеним предметима *Salahadin Abdulla and Others*, бр. C-175/08, C-176/08, C-178/08 и C-179/08, [2010] ECR I 1493, став 53, и предмет *Bolbol*, бр. C-31/09, [2010] ECR I-5539, став 38.

128 Уредба ЕУ бр. 604/2013 Европског парламента и Савета од 26. јануара 2013. о утврђивању критеријума и механизма за одређивање надлежне државе чланице за одлучивање о захтеву за азил који је једној од држава чланица поднео држављанин треће земље или лице без држављанства (измењена) (*REGULATION (EU) No 604/2013 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 26 June 2013 establishing the criteria and mechanisms for determining the Member State responsible for examining an application for international protection lodged in one of the Member States by a third-country national or a stateless person (recast)*). (Прим. прев. Већина правних тековина ЕУ које се наводе у овој и наредим фуснотама доступне су на хрватском језику на следећој интернет страници: <http://eur-lex.europa.eu/homepage.html>).

129 Директива Савета ЕУ бр. 2004/83/ЕС од 29. априла 2004. о минималним условима за стицање статуса избеглице односно статуса лица којима је потребна међународна заштита и положају држављана трећих држава или лица без држављанства и о садржају одобрене заштите (*COUNCIL DIRECTIVE 2004/83/EC of 29 April 2004 on minimum standards for the qualification and status of third country nationals or stateless persons as refugees or as persons who otherwise need international protection and the content of the protection granted*).

130 Директива 2013/32/ЕУ Европског парламента и Савета од 26. јуна 2013. о заједничким поступцима за одобравање и укидање међународне заштите (измењена) (*DIRECTIVE 2013/32/EU OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 26 June 2013 on common procedures for granting and withdrawing international protection (recast)*).

131 Директива 2013/33/ЕУ Европског парламента и Савета од 26. јуна 2013. о стандардима за прихват подносилаца захтева за међународну заштиту (измењена) (*DIRECTIVE 2013/33/EU OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 26 June 2013 laying down standards for the reception of applicants for international protection (recast)*).

- v. Уредба о формирању Европске канцеларије за подршку азилу;¹³²
- vi. Уредба о формирању базе података отисака прстију тражилаца азила **EURODAC**, којом се омогућује пренос отисака прстију тражилаца азила у централни систем.¹³³

У начелу, постојала је намера да се ЗЕСА примењује у свим државама чланицама ЕУ. Неке државе чланице ЕУ су, међутим, задржале посебан статус у погледу неких или свих инструмената ЗЕСА.

ЗЕСА треба да обезбеди уједначавање одлучивања на основу Женевске конвенције – у погледу оних који имају право на статус „избеглице“ у ЕУ – и да пружи уједначенију дефиницију „супсидијарне заштите“ онима који нису избеглице по Женевској конвенцији. Његови су креатори имали за циљ да обесхрабре „секундарно кретање“ тражилаца азила из једне државе чланице у другу у потрази за правичнијим и делотворнијим поступком азила или за бољим приступом правима. Он не обухвата целу Женевску конвенцију, а заштита која се њиме пружа ужег је обима од оне предвиђене ЕКЉП јер се њиме и даље искључују лица која сходно ЕКЉП имају апсолутно право на заштиту од враћања.

Мимо ЗЕСА, у „Директиви о враћању“, која се односи на одлуке о враћању миграната за које се утврди да незаконито бораве на територији државе, утврђују се правила везана за регулисање статуса или враћање миграната који су добили правоснажну одлуку којом се одбија право боравка у држави чланици.¹³⁴

132 Уредба ЕУ бр. 439/2010 Европског парламента и Савета од 19. маја 2010. о формирању Европске канцеларије за подршку азилу (*REGULATION (EU) No 439/2010 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 19 May 2010 establishing a European Asylum Support Office*).

133 Уредба ЕУ бр. 603/2013 Европског парламента и Савета од 26. јануара о успостављању система *Eurodac* за поређење отисака прстију ради делотворне примене Уредбе ЕУ бр. 604/2013 о утврђивању критеријума и механизма за одређивање надлежне државе чланице за одлучивање о захтеву за азил који је једној од држава чланица поднео држављанин треће земље или лице без држављанства и о захтевима за упоређивање с подацима из *Eurodac*-а од стране органа за спровођење закона држава чланица и Европола за потребе спровођења закона и о измени Уредбе ЕУ бр. 1077/2011 о оснивању Европске агенције за оперативно управљање обимним информационим системима у области слободе, безбедности и правде (измењена) (*REGULATION (EU) No 603/2013 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 26 June 2013 on the establishment of –Eurodac– for the comparison of fingerprints for the effective application of Regulation (EU) No 604/2013 establishing the criteria and mechanisms for determining the Member State responsible for examining an application for international protection lodged in one of the Member States by a third-country national or a stateless person and on requests for the comparison with Eurodac data by Member States' law enforcement authorities and Europol for law enforcement purposes, and amending Regulation (EU) No 1077/2011 establishing a European Agency for the operational management of large-scale IT systems in the area of freedom, security and justice (recast)*).

134 Директива Савета ЕУ бр. од 16. децембра 2008. о заједничким стандардима и поступцима у државама чланицама за враћање држављана трећих земаља са незаконитим боравком (Директива о враћању) (*COUNCIL DIRECTIVE 2008/115 on common standards and procedures in Member States for returning illegally staying third-country nationals (Returns Directive)*).

1. Релевантне одредбе Повеље ЕУ о основним правима

Повеља ЕУ о основним правима (Повеља) представља инструмент примарног законодавства ЕУ у којем су утврђени основни стандарди људских права које су државе чланице обавезне да обезбеде приликом спровођења права ЕУ. На основу Лисабонског уговора (члан 6), који је ступио на снагу 2009. године, Повеља је постала обавезујућа за државе чланице и дата јој је иста правна снага коју имају и уговори ЕУ. Јемства и одредбе Повеље о основним правима у целости прожимају правне тековине ЕУ које се односе на азил:

- **Члан 1 (заштита људског достојанства):** У члану 1. се признаје неповредивост људског достојанства. У Објашњењима Повеље, Глава 1. члан 1.¹³⁵ се наводи да *људско достојанство само по себи није само основно право већ чини стварни темељ основних права.*¹³⁶ СПЕУ је у одлукама о предметима који се односе на азил изјавио да је забрана из члана 4. „од суштинског значаја“ не само у погледу апсолутног карактера обавеза које из ње проистичу, већ и зато што је „блиско повезана са поштовањем људског достојанства“ из члана 1. Повеље.¹³⁷ На дужност заштите људског достојанства СПЕУ је подсетио и када је поново потврдио обавезе држава чланице да у поступку азила обезбеде минималне стандарде прихвата.¹³⁸
- **Члан 4 (забрана мучења и нечовечног или понижавајућег поступања):** овим се чланом апсолутно забрањује мучење и нечовечно или понижавајуће поступање и он се подудара са чланом 3. ЕКЉП.¹³⁹ СПЕУ је у својој пракси заузео став да *системски недостаци у поступку азила и условима прихвата тражилаца азила* могу представљати основ за закључак о повреди члана 4.¹⁴⁰
- **Члан 18 (право на азил):** У Повељи се изричито признаје право на азил који се додељује на начин сагласан са условима и јемствима утврђеним у Женевској конвенцији из 1951. године и Протоколом уз њу, као и условима из УФЕУ.¹⁴¹ Право

135 Објашњења која се односе на Повељу ЕУ о основним правима, Глава 1 - Људско достојанство, Објашњење члана 1. (*Explanations Relating to the Charter of Fundamental Rights, Title 1 - Human Dignity, Explanation on Art. 1*), 2007/С 303/02 (Прилог 25); види такође став 85. одлуке о спојеним предметима *Aranyosi and Căldăraru v Generalstaatsanwaltschaft Bremen*, бр. С-404/15 и С-659/15.

136 *Ibid.*, а, када је реч о ЕСЉП, види став 158. пресуде у предмету *Khlaifia v. Italy*, представка бр. 16483/12, у којој ЕСЉП наводи да забрана нечовечног или понижавајућег поступања представља цивилизацијску вредност која је блиско повезана са поштовањем људског достојанства, и чини део саме суштине ЕКЉП.

137 Види одлуку СПЕУ о спојеним предметима *Aranyosi and Căldăraru v Generalstaatsanwaltschaft Bremen*, бр. С-404/15, С-659/15 ППУ, ставови 85. и 86.

138 Види одлуку СПЕУ у предмету *Cimade and Gisti*, бр. С-79/13, став 56.

139 СПЕУ је експлицитно навео да је подударност члана 4. Повеље и члана 3. ЕКЉП, како у погледу „смисла“ тако и у погледу „поља дејства“, у складу са начелом успостављеним сходно члану 52. став 3. Повеље, види став 86. одлуке о наведеним спојеним предметима бр. С-404/15 и С-659/15.

140 Одлука о спојеним предметима *Н. С. и М. Е*, бр. С-411/10 и С-493/10, од 21. децембра 2011, став 123, параграф 2, тачка 2.

141 Објашњења која се односе на Повељу ЕУ о основним правима, (2007/С 303/02), Службени лист ЕУ, 14. децембар 2007, види такође одлуке у (спојеним предметима) С-411/10 и С-439/10, *Н.С. и М.Е.* и предмет С-175/11 *НID, ВА*.

на азил се признаје као **субјективно и извршиво** право лица која могу имати право на међународну заштиту по било којем инструменту међународног права или на основу примене начела забране протеривања утврђеног у пракси по Конвенцији. Члан 18. Повеље обухвата следеће елементе:

- (а) Приступ правичним и ефикасним поступцима азила и делотворном правном леку;
 - (б) Поступање у складу са одговарајућим условима прихвата и лишења слободе (када је то прописано законом, нужно и сразмерно); и
 - (ц) Доделу међународне заштите у облику избегличке или супсидијарне заштите када су испуњени критеријуми.
- **Чланом 19. став 1.** Повеље забрањено је колективно протеривање странаца, те је оно према праву ЕУ забрањено и у земљама које иначе нису високе стране уговорнице Протокола бр. 4 уз ЕКЉП (Уједињено Краљевство, Грчка, Турска и Швајцарска). У овом члану, који се подудара са чланом 4. Протокола бр. 4 уз ЕКЉП, је забрањено колективно протеривање, као и протеривање или изручење у земљу у којој би се лице које се враћа нашло у „озбиљној опасности“ да буде подвргнуто поступању супротном члану 4. или смртној казни.
 - **Чланом 19. став 2. и чланом 4.** Повеље се државама чланицама у суштини забрањује да неко лице врате у земљу у којој би се нашло у опасности од мучења, нечовечног или понижавајућег поступања или кажњавања. То обухвата недозвољавање уласка у земљу, пресретање и посредно протеривање.
 - **Чланом 24 (права детета)** се штити посебан положај детета по праву ЕУ, и у њега је уграђено начело из Конвенције о правима детета по којем су најбољи интереси детета од првенственог значаја у свим поступцима везаним за децу. Ово је начело од значаја у свим случајевима који се односе на децу мигранте, као што је то и начело из става 3. овог члана, по којем дете има право да одржава личне односе и контакте са родитељима осим ако је то у супротности са заштитом његових интереса.
 - **Члан 41.** Повеље, којим се јемчи право на добру управу, има веома широко поље примене и примењује се чак и у случају кад не постоји посебан поступак. У њему се одражава опште начело права ЕУ по којем сви који потпадну под дејство тог права имају право на делотворну правну заштиту права која им припадају по праву ЕУ, односно да заштита мора да буде гарантована и у праву и у пракси. То такође значи да лица пресретнута на отвореном мору морају бити доведена на територију неке државе чланице како би се утврдило да ли би њиховим враћањем било прекршено начело забране протеривања.¹⁴²

¹⁴² Бек, Гунар, Нуала Мол, и Марсел Ренеман, Примена Повеље ЕУ о основним правима на правне прописе о поступку азила, Европски савет за избеглице и прогнанике (Beck, Gunnar, Nuale Mole, and Marcelle Reneman, *The application of the EU Charter of Fundamental Rights to asylum procedure law, European Council on Refugees and Exiles*), 2014, стр. 39.

- **Чланом 47.** Повеље се прописује да гаранције правичног суђења из члана 6. ЕКЉП морају да се примењују у свим поступцима на које се Повеља односи. Дакле, те гаранције по праву ЕУ важе у погледу свих питања везаних за азил, иако се на та питања не односи сама ЕКЉП, у којој је право на правни лек зајемчено само чланом 13. У члану 47. је такође експлицитно прописано да мора постојати правни лек пред судом у складу са условима утврђеним тим чланом.

2. Заједнички европски систем азила (ЗЕСА)

Уредба „Даблин III“ (која се назива и „Даблинским системом“) представља правни основ за одређивање државе чланице ЕУ која је надлежна за одлучивање о захтеву за азил. Даблински систем представља механизам за расподелу одговорности међу државама чланицама ЕУ, а не механизам за расподелу терета у смислу дистрибуције броја захтева за азил поднетих у ЕУ. У овој уредби се утврђују критеријуми које треба примењивати како би се те одлуке донеле. Први корак који треба предузети када неко лице поднесе захтев за азил у било којој држави чланици ЕУ подразумева утврђивање државе која је надлежна да о том захтеву одлучује. Држава домаћин треба да захтева од друге државе чланице (у којој подносилац захтева има нпр. одговарајуће породичне везе) да „преузме надлежност“ за тај захтев, али такође може од друге државе чланице затражити да подносиоца захтева „поново прихвати“ ако су релевантни критеријуми испуњени. Критеријуми се примењују по строгом хијерархијском поретку, при чему предност имају породичне везе и интереси малолетника. У пракси се првенствено и најчешће у случајевима „поновног прихвата“ примењује критеријум који се односи на прву државу чланицу ЕУ у коју је подносилац ушао незаконито.

Уредбом о формирању базе података отисака прстију тражилаца азила **EURODAC**¹⁴³ се успоставља база података тражилаца азила у ЕУ, а отисци прстију свих подносилаца захтева за азил се шаљу у централни систем. Тиме се у оквиру Даблинског система државама чланицама пружа помоћ, конкретно докази о првој земљи ЕУ у коју је подносилац захтева незаконито ушао, како би се утврдило која је држава чланица надлежна да разматра његов захтев.

Европска канцеларија за подршку азилу (**European Asylum Support Office, EASO**) представља агенцију Европске уније која пружа подршку спровођењу Даблинског система, тако што помаже у пресељењу подносилаца захтева за међународну заштиту и државама чланицама нуди техничку и оперативну помоћ.

¹⁴³ Уредба ЕУ бр. 603/2013 Европског парламента и Савета од 26. јануара о успостављању система *Eurodac* за поређење отисака прстију ради делотворне примене Уредбе ЕУ бр. 604/2013 о утврђивању критеријума и механизма за одређивање надлежне државе чланице за одлучивање о захтеву за азил који је једној од држава чланица поднео држављанин треће земље или лице без држављанства и о захтевима за упоређивање с подацима из *Eurodac*-а од стране органа за спровођење закона држава чланица и Европола за потребе спровођења закона и о измени Уредбе ЕУ бр. 1077/2011 о оснивању Европске агенције за оперативно управљање обимним информационим системима у области слободе, безбедности и правде (измењена).

Људи који у једној држави чланици поднесу захтев за азил се обично пребацују у другу државу чланицу ако се покаже да је потоња држава за њих надлежна по даблинским критеријумима. У Даблинском систему учествују и одређене државе које нису чланице ЕУ (Исланд, Норвешка и Швајцарска).

У Квалификационој директиви је дата дефиниција применљива широм ЕУ о томе ко има право на међународну заштиту по праву ЕУ. У њој се утврђује могућност признања статуса „избеглице“ утврђеног у Женевској конвенцији или доделе „супсидијарне заштите“ онима који су изложени опасности да им буде нанета озбиљна штета. Дефиниција „озбиљне штете“ се у извесној мери преклапа са заштитом коју пружа ЕКЉП. Међутим, Квалификационом директивом, баш као и Женевском конвенцијом, али за разлику од ЕКЉП, су из избегличке заштите изузета лица за која се сматра да су непожељна или да не заслужују повластице предвиђене овом директивом (члан 12). У Квалификационој директиви су такође утврђене све повластице на које имају права лица за која се сматра да испуњавају услове да им буде додељена заштита (чланови 20-35).

У ДПА су детаљно прописане важне процесне гаранције и поступци које државе морају поштовати у односу на лица која траже азил. ДПА се примењује на територији, границама, територијалним водама и транзитним зонама држава чланица (члан 3).¹⁴⁴ Том директивом се такође утврђује и изванредан број ситуација у којима ти поступци не морају у потпуности да се примене (члан 33).

У ДУП су утврђени минимални материјални и социјални услови који морају бити обезбеђени тражиоцима азила док чекају одлуку о свом захтеву. Тражиоци азила подвргнути поступку повратка по Даблинском систему такође имају право на погодности које предвиђа ова Директива. И ДПА и ДУП садрже одредбе о слободи кретања и лишењу слободе (у члану 26. ДПА, односно члану 8. ДУП).

3. Улога Суда правде Европске уније и његове јуриспруденције

Јуриспруденција СПЕУ утиче на тумачење међународног избегличког права у одсуству наднационалног правног тела за спровођење Женевске конвенције из 1951. С обзиром на то да политика азила ЕУ мора бити у складу са том конвенцијом, ЕКЉП и осталим релевантним уговорима (види члан 78. став 1. Уговора о функционисању Европске уније, члан 52. став 3. Повеље, и уводне одредбе 2, 3, 4. и 17. Квалификационе директиве 2011/95/EU), СПЕУ би требало да игра кључну улогу у тумачењу права како би оно било сагласно са овим међународним инструментима. Суд правде Ев-

¹⁴⁴ Напомена: пресуда у горе наведеном предмету *Hirsi Jamaa and Others v. Italy* могла би имати утицаја на географско поље дејства ДПА. Иако се ова пресуда односила на повреду ЕКЉП, њоме је дефиниција „територије“ проширена и на пловила под заставом одређене државе. Премда у судској пракси још није јасно дефинисан став о овом питању, има простора за тврдњу да се приступ ЕСЉП у пресуди у предмету Хирши може применити и у праву ЕУ.

ропске уније (Луксембуршки суд) и Европски суд за људска права (суд у Стразбуру) често наводе одлуке оног другог како би поткрепили своја становишта.

У члану 52. став 3. Повеље се непосредно помиње ЕКЉП у погледу тумачења одредаба.

Међутим, појединачни тражиоци азила, који сматрају да им није омогућено да на одговарајући начин имају користи од правних тековина или Повеље, практично немају на располагању никакав непосредан приступ СПЕУ сличан оном који имају Европском суду за људска права. Појединци могу да оспоравају чињење или нечињење националних тела у вези са правом ЕУ које се односи на азил пред националним судовима држава чланица ЕУ. Ови судови могу (а понекад и морају) да упуте питања о тумачењу правних тековина или Повеље Суду правде ЕУ и од њега затраже да донесе претходну одлуку. Све одлуке СПЕУ у овом приручнику донете су у складу са овим поступком упућивања. Такође постоји могућност да Комисија ЕУ покрене „поступак због непоштовања прописа“ против држава чланица ЕУ које не испуњавају своје обавезе везане за азил по основу правних тековина ЕУ, као и поступак за укидање акта неког тела ЕУ.



Д. ПРИМЕНА ЕВРОПСКЕ КОНВЕНЦИЈЕ ЗА ЗАШТИТУ ЉУДСКИХ ПРАВА И ОСНОВНИХ СЛОБОДА У МАТЕРИЈИ АЗИЛА И МИГРАЦИЈА – ПРАВНИ ОКВИР РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

а) Статус међународног права у правном поретку Републике Србије

Приликом разматрања неког предмета везаног за азил, веома је важно разумети да се домаће норме не могу применити без осврта на међународне норме и стандарде који обавезују Републику Србију.

Устав Републике Србије¹⁴⁵ садржи неколико релевантних одредби којима се одређује статус међународног права у унутрашњем правном поретку. У члану 16. став 2. Устава се наводи да "општеприхваћена правила међународног права и потврђени међународни уговори" представљају саставни део правног поретка Републике Србије и да се непосредно примењују. Док се под општеприхваћеним правилима међународног права подразумевају обичајна правна правила, потврђени међуна-

¹⁴⁵ „Службени гласник РС“, бр. 98/2006.

родни уговори су заправо ратификовани међународни уговори које је Република Србија прихватила и обавезала се на њихово поштовање.

Сваки државни службеник који одлучује о статусу тражиоца азила, о правима избеглица и миграната, мора узети у обзир релевантне међународне норме. Оне се у правном поретку Републике Србије хијерархијски налазе одмах испод Устава, а изнад закона и подзаконских аката. У поменутом члану 16. став 2. Устава се одређује да ратификовани међународни уговори морају бити у складу са Уставом, али је у члану 194. прописано да ратификовани међународни уговори и општеприхваћена правила међународног права представљају део унутрашњег правног поретка, те да закони и други општи акти донети у Републици Србији "не смеју бити у супротности са потврђеним међународним уговорима и општеприхваћеним правилима међународног права."

У члану 18. Устава Републике Србије се прописује непосредна примена људских и мањинских права зајемчених Уставом:

"Уставом се јемче, и као таква, непосредно се примењују људска и мањинска права зајемчена општеприхваћеним правилима међународног права, потврђеним међународним уговорима и законима. Законом се може прописати начин остваривања ових права само ако је то Уставом изричито предвиђено или ако је то неопходно за остварење појединог права због његове природе, при чему закон ни у ком случају не сме да утиче на суштину зајемченог права."

Устав намеће и обавезу праћења и позивања на праксу, између осталих, Европског суда за људска права.

Члан 18. став 3. Устава:

"Одредбе о људским и мањинским правима тумаче се у корист унапређења вредности демократског друштва, сагласно важећим међународним стандардима људских и мањинских права, као и пракси међународних институција које надзиру њихово спровођење."

1. Конвенција о статусу избеглица из 1951. године

По основу сукцесије у односу на бившу Социјалистичку Федеративну Републику Југославију, Република Србија је уговорница Конвенције о статусу избеглица од 12. марта 2001. године.¹⁴⁶ Судови у Републици Србији и други државни органи имају обавезу да одредбе националног законодавства тумаче у складу са одредбама Конвенције о статусу избеглица. Одредбе Конвенције су, међутим, имплементиране у правни систем Републике Србије, конкретно кроз Закон о азилу, те надлежни органи примењују домаће прописе, а не непосредно одредбе Конвенције.

2. Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода (ЕКЉП)

Република Србија је 3. априла 2003. године потписала, а 3. марта 2004. године ратификовала Европску конвенцију о људским правима, када је она и ступила на снагу у односу на Републику Србију.¹⁴⁷ Ратификацијом ове конвенције, Република Србија је прихватила надлежност Европског суда за људска права (ЕСЉП). Судови у Републици Србији и други државни органи имају обавезу да одредбе националног законодавства тумаче у складу са одредбама ЕКЉП и праксом ЕСЉП. Они се у својим одлукама позивају на одредбе ЕКЉП, као и на стандарде установљене у пракси Европског суда за људска права.

Ипак, пракса Уставног суда показује да, када год су одредбе ЕКЉП у суштини идентичне одговарајућим одредбама Устава Републике Србије, Уставни суд повреду права цени у односу на одредбу Устава, а узимајући у обзир праксу ЕСЉП. Уставни суд примењује европске стандарде постављене од стране ЕСЉП и у материји азила.¹⁴⁸

И органи који одлучују у поступку азила имају обавезу праћења, поштовања и позивања на праксу ЕСЉП. Посебно је значајна пресуда Управног суда у којој је истакнута потреба да се води рачуна о људским правима и слободама прокламованим ЕКЉП:

- „Тужени орган ће у поновном поступку одлучивања по жалби дати јасну и потпуну оцену свих жалбених навода у смислу цитираних одредаба Закона о азилу и на основу такве оцене одлучити о садржини и обиму права које тужиоцу припада у складу са законом, водећи рачуна да је одлучивање управних органа у овој ствари у непосредној вези са остваривањем права тужиоца на заштиту основних људских права и основних слобода прокламованих Европском конвенцијом за заштиту људских права и основних слобода и Протоколима који су уз Конвенцију донети, а који представљају саставне делове правног поретка Републике Србије.”¹⁴⁹

3. Заједнички европски систем азила

Република Србија није чланица Европске уније (ЕУ) и у том смислу није обавезана правним тековинама ЕУ у материји азила и миграција. Међутим, као држава која од 2012. године има статус кандидата за пријем у чланство у ЕУ, Република Србија има обавезу да усклади своје законодавство и праксу надлежних органа са правним тековинама Европске уније.

147 „Службени лист СЦГ” - Међународни уговори”, бр. 5/2005.

148 Решење Уставног суда Србије у предмету бр. Уж-5331/2012 од 24. децембра 2012, одлука Уставног суда Србије у предмету бр. Уж-1286/2012 од 29. марта 2012, одлука Уставног суда Србије у предмету бр. Уж-3548/2013 од 19. септембра 2013, одлука Уставног суда Србије у предмету бр. Уж-6596/2011 од 30. октобра 2014. године.

149 Управни суд, предмет бр. 12 У 17279/13, пресуда од 10. јула 2015. године.

Споразум о стабилизацији и придруживању између Републике Србије и Европске уније ступио је на снагу у септембру 2013. године, а преговори о приступању су отпочели у јануару 2014. године. Област азила и миграција обухваћена је преговарачким поглављем број 24 које се односи на правду, слободу и безбедност.

Европска комисија се у својим годишњим извештајима о напретку Републике Србије редовно изјашњава о напретку који је постигнут у области азила и миграција, те даје препоруке у погледу даљих корака које Република Србија треба да предузме како би своје законодавство ускладила са Заједничким европским системом азила. У Извештају Европске комисије за 2016. годину констатовано је да је у току промена Закона о азилу Републике Србије како би се законодавни оквир ускладио са правним тековинама ЕУ. Наглашено је да нови закон треба да предвиди делотворан приступ поступку азила, независно од националности подносиоца захтева, кроз коректан и правовремени третман захтева за азил. Посебно су критиковани критеријуми за означавање земље као сигурне земље порекла или као сигурне треће земље, у смислу да ови институти тек треба да буду у потпуности усклађени са правом ЕУ. Комисија је похвалила усвајање плана за реаговање у ванредним ситуацијама који се тиче наглих прилива миграната. Када је у питању поступак азила, Комисија је изразила сумњу у погледу капацитета органа надлежних за испитивање захтева за азил, те указала на потребу даље обуке, посебно о земљама порекла и техникама интервјуисања. Додатни напори су потребни и у погледу интеграције корисника међународне заштите, а Европска комисија од Србије очекује и да настави блиску сарадњу са државама чланицама ЕУ и са земљама у окружењу како би се обезбедио делотворан приступ међународној заштити.

б) Положај странаца у Републици Србији

1. Релевантне уставне одредбе

Статус странаца у Републици Србији одређен је у члану 17. Устава:

“Странци, у складу са међународним уговорима, имају у Републици Србији сва права зајемчена Уставом и законом, изузев права која по Уставу и закону имају само држављани Републике Србије.”

Одредба о начелу једнакости и забране дискриминације која се примењује на свако лице уведена је у члан 21. Устава.

Уставом се признаје и право на азил у члану 57, који гласи:

- “Странац који основано страхује од прогона због своје расе, пола, језика, вероисповести, националне припадности или припадности некој групи или због својих политичких уверења, има право на уточиште у Републици Србији.”



Уставом се даље прописује да се поступак азила уређује посебним законом. Поред права на азил, Уставом Републике Србије се јемче и друга људска права која су релевантна за материју азила и миграција (право на живот, неповредивост физичког и психичког интегритета, право на слободу и безбедност, право на једнаку заштиту права и на правно средство, слобода кретања, неповредивост стана, тајност писама и других средстава општења, заштита података о личности, слобода мисли, савести и вероисповести, право на правну помоћ, здравствена заштита, право на образовање).

2. Законски оквир

За област азила и миграција, од значаја су два закона: Закон о странцима и Закон о азилу.

Законом о странцима¹⁵⁰ уређују се услови за улазак, кретање и боравак странаца и надлежност и послови органа државне управе Републике Србије у вези са уласком, кретањем и боравком странаца на њеној територији. Под странцем се подразумева свако лице које нема држављанство Републике Србије (члан 3. став 1. Закона). У складу са чланом 2, овај Закон се не примењује на странце који су поднели захтев за добијање азила или којима је у Републици Србији додељен азил, као и на странце који су стекли избеглички статус.

Законом о странцима уређује се незаконит боравак странаца на територији Републике Србије (чланови 42-45), а прописује се да странац може улазити и боравити у Републици Србији, под условима из овог закона, са важећом путном исправом у коју је унета виза или одобрење боравка, уколико законом или међународним уговором није другачије одређено (члан 4). С друге стране, под незаконитим уласком у Републику Србију сматра се улазак: 1. ван места или времена одређеног за прелазак државне границе; 2. избегавањем граничне контроле; 3. употребом туђе, неважеће, односно лажне путне или друге исправе; 4. давањем неистинитих података граничној полицији; 5. за време трајања заштитне мере удаљења странаца са територије Републике Србије, мере безбедности протеривања странца из земље или мере отказа боравка.

Овим је законом прописан и поступак принудног удаљења са територије Републике Србије.

Законом о азилу Републике Србије¹⁵¹ уређују се начела, услови и поступак за добијање и престанак азила, као и положај, права и обавезе лица која траже азил и лица којима је признато право азила у Републици Србији. Чланом 65. Закона предвиђено је да се његове одредбе тумаче у складу са Женевском конвенцијом о статусу избеглица из 1951. године, Протоколом из 1967. године, као и општеприхваћеним прави-

¹⁵⁰ „Службени гласник РС“, бр. 97/2008.

¹⁵¹ „Службени гласник РС“, бр. 109/2007.

лима међународног права. Закон у члану 4. гарантује право на подношење захтева за азил странцу који се налази на територији Републике Србије.

Законом о азилу утврђују се основна начела којима се штите тражиоци азила. У питању су забрана протеривања и присилног враћања (члан 6), начело недискриминације (члан 7), начело некажњавања за незаконит улазак или боравак (члан 8), начело јединства породице (члан 9), начело информисања и правне помоћи (члан 10), начело бесплатног превођења (члан 11), начело слободног приступа УНХЦР-у (члан 12), начело личне доставе (члан 13), начело родне равноправности (члан 14), начело бриге о лицима са посебним потребама (члан 15), начело заступања малолетника без пратње и пословно неспособних лица (члан 16), начело непосредности (члан 17) и начело поверљивости (члан 18).

Закон садржи одредбе о надлежним органима (чланови 19-21), поступку азила (чланови 22-35) и привременој заштити (чланови 36-38). Законом о азилу предвиђен је и каталог права и обавеза тражилаца азила, избеглица и лица којима је додељена супсидијарна заштита. У питању су право на боравак у Републици Србији, смештај и основне животне услове (члан 39), здравствена заштита (члан 40), право на бесплатно основно и средње образовање и право на социјалну помоћ (члан 41).

У Закону се повлачи разлика између права која избеглице уживају на једнак начин као држављани Републике Србије (члан 42) и права избеглица која су једнака правима стално настањених странаца (члан 43). Обавезе лица која траже азил регулисане су чланом 47. Закона.

в) Одредбе ЕКЉП релевантне за област азила у домаћим прописима

■ Члан 2. ЕКЉП (право на живот)

Устав Републике Србије у члану 24. гарантује право на живот прописујући да је људски живот неприкосновен, као и да у Републици Србији нема смртне казне.

Законом о азилу Републике Србије се уводи забрана протеривања, која подразумева и ризик од угрожавања живота.

Члан 6. став 1. Закона о азилу гласи:

“Ниједно лице не сме бити протерано или враћено против његове воље на територију где би његов живот или слобода били угрожени због његове расе, пола језика, вероисповести, националности, припадности одређеној друштвеној групи или политичких ставова.”

Угрожавање живота је имплицитно признато код одређења избегличке заштите, а експлицитно код преостала два облика међународне заштите: супсидијарне зашти-



те (члан 2. став 1. тачка 8) и привремене заштите (члан 36). Такође, угрожавање живота признаје се и као један од главних критеријума за одређивање земље која се не може сматрати "сигурном трећом земљом" (члан 2. став 1. тачка 11).

■ **Члан 3. ЕКЉП (забрана мучења, нечовечног или понижавајућег поступања)**

У Уставу и законима Републике Србије се прописује забрана мучења, нечовечног или понижавајућег поступања (видети Поглавље II).

■ **Члан 5. ЕКЉП (право на слободу и безбедност)**

Устав Републике Србије у члану 27. гарантује право на слободу и безбедност личности, а садржи још неке одредбе које су обухваћене чланом 5. ЕКЉП: члан 29. који прописује допунска права у случају лишења слободе без одлуке суда, члан 30. којим се уређује питање притвора, као и његово трајање (члан 31).

Члан 27 (право на слободу и безбедност):

"Свако има право на личну слободу и безбедност. Лишење слободе допуштено је само из разлога и у поступку који су предвиђени законом.

Лице које је лишено слободе од стране државног органа одмах се, на језику који разуме, обавештава о разлозима лишења слободе, о оптужби која му се ставља на терет као и о својим правима и има право да без одлагања о свом лишењу слободе обавести лице по свом избору.

Свако ко је лишен слободе има право жалбе суду, који је дужан да хитно одлучи о законитости лишења слободе и да нареди пуштање на слободу ако је лишење слободе било незаконито.

Казну која обухвата лишење слободе може изрећи само суд."

Кривични законик¹⁵² садржи одредбе о притвору (чланови 210-216) и прописује поступање са притвореницима (чланови 217-222).

Закон о странцима прописује могућност задржавања у просторијама надлежног органа.

Члан 48 (задржавање странца):

"Изузетно, ако то налажу разлози обезбеђења принудног удаљења, странац се може задржати у просторијама надлежног органа, али не дуже од 24 часа.

На задржавање странца примењује се Закон о полицији."

Закон садржи и одредбе о одређивању боравка у Прихватилишту (чланови 49-53) у случају када странца није могуће одмах принудно удаљити и странцу коме није утврђен идентитет или не поседује путну исправу, као и у другим случајевима ут-

¹⁵² „Службени гласник РС“, бр. 72/11, 101/11, 121/12, 32/13, 45/13 и 55/14.

врђеним законом, али и обавезни боравак у одређеном месту (члан 54) и његов престанак (члан 55).

Закон о азилу прописује начело некажњавања за незаконит улазак и боравак на територији Републике Србије (члан 8), разлоге за ограничење кретања (члан 51), мере ограничења кретања (члан 52), као и непоштовање ограничења кретања (члан 53).

Члан 8 (начело некажњавања за незаконит улазак или боравак):

“Лице које тражи азил неће бити кажњено за незаконит улазак или боравак у Републици Србији, под условом да без одлагања поднесе захтев за добијање азила и да пружи ваљано образложење за свој незаконит улазак или боравак.”

Члан 51 (разлози за ограничење кретања):

“Кретање лица које тражи азил може се ограничити решењем Канцеларије за азил, када је то неопходно ради: 1) утврђивања идентитета; 2) обезбеђивања присуства странца у поступку азила, у случају кад се основано може претпоставити да је захтев поднет у циљу избегавања депортације, или кад без присуства странца није могуће утврдити друге битне чињенице на којима је захтев за азил заснован; 3) заштите безбедности земље и јавног поретка у складу са законом.”

Члан 52 (мере ограничења кретања):

“Ограничење кретања се спроводи: 1) одређивањем боравка у Прихватилишту за странце под појачаним полицијским надзором; 2) забраном напуштања Центра за азил, одређене адресе, односно одређеног подручја.

Ограничење кретања траје док постоје разлози из члана 51. овог закона а најдуже три месеца.

Изузетно, кад је ограничење кретања одређено због разлога из члана 51. тачка 2) и 3) овог закона, ограничење кретања се може продужити за још три месеца.

О жалби на одлуку којом је изречена, односно продужена мера из става 1. тачка 1) овог члана, одлучује надлежни окружни суд.

На поступак одлучивања по жалби из става 4. овог члана сходно се примењује одредба члана 53. Закона о полицији («Службени гласник РС», број 101/05). Жалба на одлуку о ограничењу кретања не одлаже извршење.”

Члан 53 (непоштовање ограничења кретања):

“Лицу које тражи азил може се одредити боравак у Прихватилишту за странце уколико прекрши забрану из члана 52. став 1. тачка 2) овог закона.”



■ **Члан 8. ЕКЉП (право на поштовање приватног и породичног живота)**

Устав Републике Србије не садржи одредбу о поштовању приватног и породичног живота, али је оно ипак заштићено Уставом у следећим одредбама: достојанство и слободан развој личности (члан 23), неповредивост стана (члан 40), тајност писама и других средстава општења (члан 41), као и заштита података о личности (члан 42). Међутим, имајући у виду да је најважнији аспект члана 8. ЕКЉП у материји азила принцип спајања породице, треба нагласити да он није гарантован Уставом Републике Србије.

Члан 23 (достојанство и слободан развој личности):

“Људско достојанство је неприкосновено и сви су дужни да га поштују и штите. Свако има право на слободан развој личности, ако тиме не крши права других зајемчена Уставом.”

У Закону о странцима је прописано да се привремени боравак може одобрити странцу који намерава да борави у Републици Србији дуже од 90 дана због, између осталог, спајања породице (члан 26. став 1. тачка 3). У члану 32. се ближе прописује привремени боравак ради спајања породице, у члану 33. продужење привременог боравка, у члану 34. привремени боравак малолетног странца рођеног на територији Републике Србије а у члану 35. отказ боравка.

Члан 32 (привремени боравак ради спајања породице):

“Захтев за издавање одобрења за привремени боравак и боравак ради спајања породице, подноси странац - члан уже породице држављанина Републике Србије или странца коме је одобрен стални или привремени боравак.

Ужом породицом, у смислу овог закона, сматрају се: супружници, њихова малолетна деца рођена у браку или ван брака, малолетна усвојена деца или малолетна пас-торчад.

Изузетно, чланом уже породице се сматра и други рођак, ако постоје нарочито важни лични или хуманитарни разлози за спајање породице у Републици Србији.

Испуњеност услова из ставова 1. и 3. овог члана ближе се одређује прописом министра надлежног за унутрашње послове, уз сагласност министра надлежног за социјалну политику.”

Закон о азилу такође садржи неколико релевантних одредби, међу којима посебан значај има начело јединства породице.

Члан 9 (начело јединства породице)

“Надлежни органи ће предузети све расположиве мере ради одржања јединства породице у току поступка азила као и по добијању права на азил.

Лица којима је одобрен азил имају право на спајање породице, у складу са одредбама овог закона.”

На основу члана 2. став 1. тачка 12, под чланом породице подразумевају се: малолетно дете, усвојеник, односно пасторак који нису у браку, супружник ако је брак закључен пре доласка у Републику Србију, као и родитељ и усвојитељ који су по закону дужни да га издржавају. Својство члана породице може се изузетно признати и другим лицима при чему ће се посебно узети у обзир чињеница да су била издржавана од стране лица коме је одобрено уточиште или супсидијарна заштита.

Када је лицу признато уточиште, оно стиче право на спајање са члановима своје породице. На његов захтев, Канцеларија за азил ће и члану његове породице који се налази ван територије Републике Србије признати право на уточиште, уколико не постоје законом прописани разлози за ускраћивање тог статуса (члан 48).

Када је лицу додељена супсидијарна заштита, он стиче право на спајање породице у складу са прописима којима је уређено кретање и боравак странаца (члан 49).

Надлежни орган може у оправданим случајевима дозволити спајање породице и доделити привремену заштиту и члановима породице лица које ужива привремену заштиту у Републици Србији (члан 50).

■ Члан 13. ЕКЉП (право на делотворан правни лек)

Уставом Републике Србије се у члану 36. јемчи право свих на једнаку заштиту и на правно средство.

Члан 36 (право на једнаку заштиту права и на правно средство):

”Свако има право на жалбу или друго правно средство против одлуке којом се одлучује о његовом праву, обавези или на закону заснованом интересу.”

Законом о азилу се не гарантује право на делотворно правно средство, али је у њему прописан рок за жалбу против одлуке првостепеног органа, која се подноси у року од 15 дана од дана пријема првостепене одлуке. Остала правила поступка уређују се Законом о општем управном поступку,¹⁵³ којим се у члану 7. прокламује начело ефикасности:

”Органи који воде поступак, односно решавају у управним стварима, дужни су да обезбеде успешно и квалитетно остваривање и заштиту права и правних интереса физичких лица, правних лица или других странака.”

Међутим, тужба Управном суду, која је регулисана Законом о управним споровима,¹⁵⁴ по правилу не одлаже извршење правног акта против којег је донета, што другим речима значи да није прописано суспензивно дејство тужбе.

¹⁵³ „Службени гласник РС“, бр. 18/16.

¹⁵⁴ „Службени гласник РС“, бр. 111/09.

■ **Члан 14. ЕКЉП и члан 1. Протокола бр. 12 уз ЕКЉП (забрана дискриминације)**

Устав Републике Србије у члану 21. прокламује начело једнакости и забрањује дискриминацију по било ком основу, признајући изричито да се посебне мере неће сматрати дискриминацијом.

Члан 21. Устава (забрана дискриминације):

“Пред Уставом и законом сви су једнаки.

Свако има право на једнаку законску заштиту, без дискриминације.

Забрањена је свака дискриминација, непосредна или посредна, по било ком основу, а нарочито по основу расе, пола, националне припадности, друштвеног порекла, рођења, вероисповести, политичког или другог уверења, имовног стања, културе, језика, старости и психичког или физичког инвалидитета.

Не сматрају се дискриминацијом посебне мере које Република Србија може увести ради постизања пуне равноправности лица или групе лица која су суштински у неједнаком положају са осталим грађанима.”

Закон о забрани дискриминације¹⁵⁵ представља општи анти-дискриминациони пропис у Републици Србији, којим се забрањује свако неоправдано прављење разлике или неједнако поступање, односно пропуштање, које је између осталог засновано на држављанству. Законом се као посебан облик дискриминације признаје дискриминација пред органима јавне власти и прописује право сваког лица на једнак приступ и једнаку заштиту својих права пред судовима и органима власти (члан 15). Такође, под тешким обликом дискриминације подразумева се пропагирање или вршење дискриминације од стране органа јавне власти или у поступцима пред органима јавне власти (члан 13. став 1. тачка 2).

Законом о азилу се као једно од основних начела прокламује управо начело не-дискриминације (члан 7):

“У поступку одобравања азила у Републици Србији, забрањена је свака дискриминација по било ком основу, а нарочито по основу расе, боје, пола, националне припадности, друштвеног порекла или сличног статуса, рођења, вероисповести, политичког или другог убеђења, имовног стања, културе, језика, старости или интелектуалног, сензорног односно физичког инвалидитета.”

Законом се даље прокламује начело равноправности (члан 14), које подразумева да тражилац азила има право да буде саслушан од стране особља, преводилаца и тумача истог пола, осим када уживање тог права није могуће или је скопчано са несразмерним тешкоћама за орган који води поступак азила. Ипак, родна равноправност се примењује без изузетка код претресања, телесних прегледа и других радњи у поступку које подразумевају физички контакт са тражиоцем азила. Законом се предвиђа и начело посебне бриге о лицима са посебним потребама (члан 15):

¹⁵⁵ „Службени гласник РС“, бр. 22/09.

“У поступку азила водиће се рачуна о специфичној ситуацији лица са посебним потребама које траже азил, као што су малолетници, лица потпуно или делимично лишена пословне способности, деца одвојена од родитеља или старатеља, особе са инвалидитетом, старе особе, труднице, самохрани родитељи са малолетном децом и лица која су била изложена мучењу, силовању или другим тешким облицима психолошког, физичког или сексуалног насиља.”

Члан 4. Протокола бр. 4 (забрана колективног протеривања странаца)

Устав и закони Републике Србије не предвиђају изричито забрану колективног протеривања странаца. Ово право, међутим, произлази из следећих норми:

Сходно члану 39. став 3. Устава Републике Србије странац може бити протеран са територије Републике Србије само на основу одлуке надлежног органа, у законом предвиђеном поступку и ако му је обезбеђено право жалбе и то само тамо где му не прети прогон због његове расе, пола, вере, националне припадности, држављанства, припадности одређеној друштвеној групи, политичког мишљења или где му не прети озбиљно кршење права зајемчених уставом.

И чланом 6. Закона о азилу се захтева брижљиво испитивање сваког случаја како не би дошло до протеривања лица у земљу у којем му прети опасност по физички и психички интегритет, што подразумева индивидуално испитивање сваког случаја.

Члан 34 (појединачне представке)

Прихватањем ЕКЉП, Република Србија је прихватила надлежност ЕСЉП да одлучује о повредама људских права и слобода до којих је дошло под њеном надлежношћу, а тиме је признала и право појединаца, група појединаца и невладиних организација на подношење индивидуалних представки ЕСЉП. Тако се у члану 22. став 2. Устава Републике Србије потпуно непотребно прописује да грађани имају право да се обратe међународним институцијама ради заштите својих права и слобода која су зајемчена највишим правним актом у земљи.

Члан 39. Пословника ЕСЉП (привремене мере)

Уставна жалба, по правилу, не спречава примену појединачног акта или радње против које је изјављена, али Уставни суд може на предлог подносиоца уставне жалбе одложити извршење и то онда када би извршење проузроковало ненадокнадиву штету подносиоцу, а одлагање није супротно јавном интересу, нити би се одлагањем нанела већа штета трећем лицу (члан 86. Закона о Уставном суду¹⁵⁶). Такође, у члану 139. став 3. Закона о општем управном поступку, који се сходно примењује и на поступак азила, предвиђено је доношење привременог решења ако је према околностима предмета пре окончања поступка потребно привремено уредити спорна питања или односе.

¹⁵⁶ „Службени гласник РС“, бр. 109/07, 99/11, 18/13 - одлука УС, 103/15, 40/15 - др. закон.



ОПАСНОСТИ ОД МУЧЕЊА И
НЕЧОВЕЧНОГ ИЛИ
ПОНИЖАВАЈУЋЕГ ПОСТУПАЊА
(ЧЛАН 3): НАЧЕЛА И ПРАКСА
ЕСЉП У ПРЕДМЕТИМА КОЈИ СЕ
ОДНОСЕ НА АЗИЛ

А. ПРИМЕНЉИВОСТ ЧЛАНА 3. У ПРЕДМЕТИМА КОЈИ СЕ ОДНОСЕ НА АЗИЛ

1. Увод у члан 3. ЕКЉП: Поље дејства и главне одлике

У претходном поглављу приказани су правни системи и инструменти којима се уређују права и јемства у вези с питањима азила и миграција на европском и међународном нивоу, уз широк преглед – између осталог – оних одредаба ЕКЉП које имају нешто значајнију улогу у заштити тражилаца азила и корисника међународне заштите. У овом поглављу ћемо се конкретно позабавити заштитом коју пружа члан 3, испитујући на који се начин ЕКЉП тумачи и примењује у оним предметима који се односе на миграције и азил, као и најчешћим аспектима којима се бави ЕСЉП и основним начелима и разлозима који се примењују на ту категорију. За то ће нам послужити разматрање кључних предмета из праксе ЕСЉП у датој области.

Члан 3. ЕКЉП гласи: *Нико не сме бити подвргнут мучењу, или нечовечном или понижавајућем поступању или кажњавању. Сматра се да та одредба утврђује једну од основних вредности демократских друштава која чине Савет Европе.*¹⁵⁷ Забрана која је утврђена тим чланом је апсолутна: нису дозвољена никаква ограничења нити одступања¹⁵⁸ од тог члана у хипотетичкој ситуацији на коју се односи члан 15. ЕКЉП, који у одређеним околностима допушта државама да у доба рата или друге јавне опасности која прети опстанку нације одступе у одређеној мери и под одређеним условима од оних права по Конвенцији која нису апсолутна. Важно је да апсолутност наведене забране подразумева да поступци или понашање лица које је предмет поступања не могу утицати на обавезу да се поштује члан 3.¹⁵⁹

С обзиром на изузетно озбиљну природу поступака који су обухваћени чланом 3, ЕСЉП захтева да поступање за које се тврди да по својој природи представља повреду права досегне одређени минимални степен озбиљности да би се то поступање могло заиста означити као повреда права. Према становишту ЕСЉП, тај минимални степен озбиљности зависи од околности конкретног предмета који се разматра. На темељу досадашње праксе ЕСЉП у вези с тим питањем, ту се разматрају како разлози „субјективне“, тако и разлози „објективне“ природе. У разлоге „објективне“ природе спадају **„природа и контекст поступања или кажњавања, начин и метод његовог спровођења, његово трајање, његове физичке или менталне последице“**.¹⁶⁰

¹⁵⁷ *Soering v. the United Kingdom*, представка бр. 14038/88, став 8.

¹⁵⁸ ЕКЉП, члан 15. став 2.

¹⁵⁹ Види, између осталог, *Chahal v. the United Kingdom*, представка бр. 22414/93, став 79.

¹⁶⁰ Види, између осталог, *Ireland v. the United Kingdom*, представка бр. 5310/71, став 162; *Tyrer v. the United Kingdom*, представка бр. 5856/7, ставови 29. и 30.

Индивидуалне околности: Међутим, ове околности се не могу проценити у вакууму, већ се приликом процењивања морају узети у обзир конкретне околности лица (једног или више њих) који су подвргнути таквом поступању, а те околности могу имати одлучујућу улогу у начину на који се тај чин/то поступање схвата и у штети која је њиме у пракси проузрокована. Другим речима, исто поступање може имати различите последице на људе у различитим ситуацијама. У својој пракси по члану 3. ЕСЉП је стога прихватио да се у неким случајевима такође морају узети у обзир и „**пол, узраст и здравствено стање жртве**”.¹⁶¹

Нпр. у једном од кључних предмета о којима је ЕСЉП одлучивао у вези с овим питањем (**Серинг против Уједињеног Краљевства**) оцењено је да је то што је подносилац представке био приморан да дуго буде подвргнут такозваном *феномену чекања у реду на извршење смртне казне*, што се карактерише постојањем *знатног одуговлачења извршења [смртне] казне* у америчким затворима у датом времену, оцењено као оно што изазива **стање душевне патње**, што, када се сагледа заједно са осталим околностима предмета (i. дужином боравка у затвору пре извршења казне;¹⁶² ii. условима у реду за извршење смртне казне; iii. узрастом и психичким стањем подносиоца представке), доводи до повреде члана 3.

■ Поступци који су забрањени по члану 3.

Кроз своју утврђену праксу ЕСЉП је дао аутономно значење поступцима који спадају под домаћај овог члана, у том смислу да се сматра да је члан 3. прекршен онда када постоје следећи поступци: **i. мучење; ii. нечовечно поступање; iii. понижавајуће поступање; iv. нечовечно кажњавање; v. понижавајуће кажњавање.** ЕСЉП сваком наведеном поступању приписује различите степене озбиљности и описује га помоћу различитих одређујућих карактеристика. У неколико наврата су у судској пракси ЕСЉП разматране квалитативне и квантитативне разлике између наведених типова поступања.

I. Мучење: У предмету *Ирска против Уједињеног Краљевства*,¹⁶³ у коме је разматрано поступање (такозваних пет техника) коме су били подвргнути припадници Ирске републиканске армије (ИРА) док су их британски полицајци држали у притвору, ЕСЉП је навео неке одлучујуће карактеристике и разлоге на основу којих је могућно утврдити разлику између мучења и нечовечног и понижавајућег поступања.

■ **Тежина патње:** избор да се мучење разматра засебно, на шта указује начин формулације члана 3, првенствено проистиче из разлике у интензитету изазване патње.¹⁶⁴

¹⁶¹ *Ibid.*

¹⁶² *Soering v. the United Kingdom*, представка бр. 14038/88. ставови 106, 107, 108.

¹⁶³ *Ireland v. the United Kingdom*, представка бр. 5310/71.

¹⁶⁴ *Ibid.*, став 167.

- **Посебна стигма:** посебна пажња која је посвећена мучењу представљала је начин да се мучењу припише посебна стигма, као као намерном нечовечном поступању које изазива веома тешку и сурову патњу.¹⁶⁵
- **Сврха и намерна природа поступка о коме је реч:** у предмету Аксој против Турске,¹⁶⁶ ЕСЉП је као један елемент мучења разматрао чињеницу да се ту радило о намерном поступању уз извесну дозу припреме и уложених напора и у циљу прибављања признања или информација од подносиоца представке. Захтев да мучење има одређену сврху, који у почетку није изазивао никакве недоумице, се све више доводи у питање.¹⁶⁷

II. Нечовечно и понижавајуће поступање: Да би неко поступање могло бити окарактерисано као нечовечно и понижавајуће, у њему морају бити заступљени извесни елементи:

- **„нечовечно“** – „поступање са умишљајем“, које проузрокује ако не стварну физичку повреду, а оно у најмању руку интензивну физичку и душевну патњу.¹⁶⁸
- **„понижавајуће“** – ЕСЉП је и у том смислу идентификовао карактеристичне одлике поступања о коме је реч, одређујући их на основу утицаја које то поступање има на достојанство и ментално стање жртве, констатујући да разматрани поступци треба да буду „такви да у жртвама изазову осећања страха, узнемирености и потчињености која могу да их понизе и постиде и да, могуће је, сломе њихов физички или морални отпор“.¹⁶⁹

Сагласност са ЕКЉП патњи које су проузроковане „законитом“ казном: У предмету Серинг (види ниже), ЕСЉП је запазио да се при сагледавању тежине мера којима се остварује „казна“, када се процењује њихова сагласност са ЕКЉП, мора узети у обзир *неизбежан елемент патње или понижења који је повезан с датим обликом законите казне*, што значи да последице поступања морају прекорачити наведени праг да би могле представљати повреду члана 3.

¹⁶⁵ *Ibid.*, став 167.

¹⁶⁶ *Aksoy v. Turkey*, представка бр. 21987/93, став 64.

¹⁶⁷ Примећено је да се захтев да поступање има „зобраћену сврху“ како би то поступање могло представљати мучење може уочити још у припремним радовима за Конвенцију УН против мучења и других свирепих, нехуманих или понижавајућих казни или поступака и у кључном „грчком предмету“ Европске комисије за људска права (*Denmark v. Greece*, представка бр. 3321/67; *Norway v. Greece*, представка бр. 3322/67; *Sweden v. Greece*, представка бр. 3323/67; *The Netherlands v. Greece*, представка бр. 3344/67), где је Европска комисија за људска права придала одлучујући значај сврси ради које је одређено поступање било спроведено. Важност која је првобитно била придавана сврси доцније је преиспитана и измењена, зато што је значајнија улога призната интензитету патње проузроковане одређеним поступањем и тежини последица по жртву, што се могло уочити у потоњим кључним предметима у којима је ЕСЉП одлучивао, као што је *Ireland v. the United Kingdom*, представка бр. 5310/71. Види: Асоцијација за спречавање тортуре (АПТ), Водич кроз судску праксу у области мучења и злостављања, члан 3. Европске конвенције (Association for the Prevention of Torture (APT), *Guide to Jurisprudence on Torture and Ill-treatment, Article 3 of the European Convention*), 2002, стр. 4.

¹⁶⁸ Види, нпр. *Ireland v. the United Kingdom*, представка бр. 5310/71, став 167.

¹⁶⁹ *Ibid.*

■ Поступак подношења представке

Као што је поменуто у претходном одељку, они који сматрају да је ова забрана прекршена могу се обратити Европском суду сагласно члану 34. пошто претходно исцрпе сва домаћа правна средства и испуне остале услове прихватљивости неопходне да би се представка могла наћи пред ЕСЉП.¹⁷⁰ Пут којим појединачне представке стижу до ЕСЉП задобио је једну од кључних улога у преиспитивању одлука домаћих органа/судова.

■ Апсолутна природа члана 3.

Као што је већ речено, заштита по члану 3. је апсолутна и члан 15. ту не допушта никакве изузетке, нити одступања. Јемства утврђена у члану 3. су апсолутна по свом карактеру, што значи да нису допуштени никакви изузеци и она се не могу одмеравати у односу на интересе националне безбедности (*Чахал против Уједињеног Краљевства, Саади против Италије*). Сходно томе, понашање подносиоца представке, колико год оно било непожељно или опасно, ту се не може узимати у обзир.

2. Члан 3. у предметима који се односе на миграције и азил – основна начела

ЕСЉП је током година поменута начела у све већој мери инкорпорирао у своју праксу у предметима који су се односили на **миграције и азил** и постепено их је развијао. У тим предметима ЕСЉП је полазио од темеља постављених у наведеним предметима, формулишући конкретне околности које се разматрају и узимају у обзир када се тражиоци азила позивају на повреду члана 3. ЕСЉП је изричито препознао да према Конвенцији тражиоци азила представљају рањиву категорију услед специфичних околности које су у основи њиховог мигрантског статуса.¹⁷¹

■ Апсолутна природа члана 3. и велики миграциони приливи

Друго важно начело које је ЕСЉП утврдио у вези с миграцијама и ситуацијом у погледу азила може се, између осталог, наћи у предмету **С. Д. против Грчке**,¹⁷² а потом и у предмету **М. С. С. против Белгије и Грчке**,¹⁷³ где је ЕСЉП нарочито приметио да, иако се мора признати да је ситуација која је настала услед великог миграционог прилива у државе на ободу Европске уније створила *знатне тешкоће*, које су биле

170 Савет Европе, Европски суд за људска права, Практични водич кроз услове прихватљивости, 2011, доступан на http://www.echr.coe.int/Documents/Admissibility_guide_SRP.pdf.

171 *M. S. S. v. Belgium and Greece* [Велико веће], представка бр. 30696/09, став 251, у којој се ЕСЉП позива на *Oršuš and Others v. Croatia* [Велико веће], представка бр. 15766/03, став 147.

172 *S. D. v. Greece*, представка бр. 53541/07.

173 *M. S. S. v. Belgium and Greece* [Велико веће], представка бр. 30696/09, став 223.

погоршане тиме што су друге земље чланице, примењујући Уредбу „Даблин“, пребацивале тражиоце азила, те тешкоће нису нимало измениле апсолутну природу забране по члану 3.

■ Члан 3. и посебно рањиви тражиоци азила

ЕСЉП је разматрао и додатне разлоге и посебне дужности у предметима у којима се радило о оним тражиоцима азила који се, због својих специфичних околности, могу сматрати лицима у статусу појачане осетљивости. Према пракси ЕСЉП, то су лица у која спадају малолетници (посебно ако су без пратње одраслих), породице, старији људи и лица са инвалидитетом.¹⁷⁴ У наредним одељцима ћемо подробније размотрити специфичне потребе заштите карактеристичне за сваку од тих група.



Б. ПРИМЕНА ЧЛАНА 3. У ОДЛУКАМА О ПРОТЕРИВАЊУ И ВРАЋАЊУ

1. Општа начела и рана судска пракса (предмет Серинг)

У претходним одељцима већ смо установили да ЕСЉП сматра да се члан 3. примењује у контексту миграција и азила. То обухвата и одлуке о протеривању и враћању, где члан 3. није релевантан само у погледу поступања државе која лице враћа, већ се првенствено примењује у вези с поступањем коме би лице које се враћа могло бити подвргнуто у земљи у коју се враћа. И у том контексту заштита која проистиче из члана 3. остаје апсолутна.

Од шездесетих година прошлог века Европски суд за људска права редовно разматра питање да ли **изручење, протеривање или депортација** у земљу за коју постоји основ за веровање да би се лице које би у њу било враћено суочило с поступањем које је одредбом члана 3. забрањено представља повреду члана 3, чак и онда када држава која то лице враћа не сноси непосредну одговорност за такво понашање. Питање применљивости члана 3. на држављане трећих земаља којима прети изручење први пут је подробно разматрано у предмету Серинг против Уједињеног Краљевства. Иако је ЕСЉП у више наврата заузео став да ни у ЕКЉП ни у протоколима уз њу не постоји право на азил, нити да постоји изричита одредба која би штитила мигранте у контексту протеривања, тај предмет је поставио основе за

¹⁷⁴ *M. S. S. v. Belgium and Greece* [Велико веће], представка бр. 30696/09; *Cruz Varas and Others v. Sweden*, представка бр. 15576/89; *Bader and Kanbor v. Sweden*, представка бр. 13284/04; *Saadi v. Italy* [Велико веће], представка бр. 37201/06; *N. v. the United Kingdom* [Велико веће], представка бр. 26565/05; *Rahimi v. Greece*, представка бр. 8687/08; *Samsam Mohammed Hussein and Others v. the Netherlands and Italy*, представка бр. 27725/10; *Tarakhel v. Switzerland* [Велико веће], представка бр. 29217/12.

начела која је ЕСЉП доцније развио у својој пракси када се радило о принудном удаљењу миграната у потенцијално опасне ситуације.¹⁷⁵

У предмету *Серинг* ЕСЉП је изнео неколико важних запажања у вези са домаћајем и сврхом ЕКЉП. Он је пре свега приметио да постојање специјализованих међународних инструмената, као што су **Женевска конвенција и Конвенција против мучења и других свирепих, нехуманих или понижавајућих казни или поступака**, који већ утврђују конкретну забрану да се људи враћају у опасне ситуације (начело забране протеривања сагласно члану 33, односно члану 3. поменутих инструмената), *не значи да једна суштински слична обавеза није садржана у тексту члана 3*, где се говори о томе да ниједна држава неће *предати неко лице другој држави ако има озбиљне разлоге да верује да ће у тој држави то лице бити изложено мучењу, без обзира на тежину наводно почињеног кривичног дела [...]*, што би било у потпуном нескладу са *заједничким наслеђем политичких традиција, идеала, слободе и владавине права на које се односи преамбула и супротно духу и намери [члана 3]* (став 88. пресуде у предмету *Серинг*). У контексту одлука о враћању, забрана по основу члана 3. повлачи одговорност државе која враћа појединца онда када због тог њеног чина *појединац бива непосредно изложен таквом поступању*. Таква држава не може опрати руке од одговорности коју има по члану 3. онда када изручи појединца у неку ситуацију за коју она није надлежна.

Серинг против Уједињеног Краљевства:

НАЧЕЛО: Члан 3. примењује се у предметима који се односе на изручење

У овом значајном предмету подносилац представке је био немачки држављанин који је у Сједињеним Америчким Државама оптужен за убиство. САД су покренуле поступак изручења тражећи да подносилац представке буде изручен из Уједињеног Краљевства како би му се судило у Вирџинији. У то време, затвореници у Вирџинији којима је на терет стављано слично кривично дело остављани су да чекају у реду за извршење смртне казне између шест и осам година. ЕСЉП је утврдио да, иако Европска конвенција, сама по себи, не забрањује изручење у свим случајевима, висока страна уговорница може бити одговорна када изручење има за последицу повреду права зајемчених Конвенцијом. У овом случају, чињеница да Уједињено Краљевство нема власт над органима савезне државе Вирџиније не ослобађа Уједињено Краљевство одговорности коју по члану 3. сноси за све предвидљиве последице изручења. ЕСЉП је приметио да је то „одговорност коју висока страна уговорница сноси због тога што је предузела радњу услед које се појединац непосредно излаже таквом поступању“. Висока страна уговорница не може опрати руке од одговорности коју сноси по члану 3. када изручи неког појединца у ситуацију ван своје надлежности - ако у земљи одредишта постоји опасност од излагања мучењу или нечовечном или понижавајућем поступању, земља која је извршила изручење је одговорна. Када је реч о суштини представке, тј. о поступању са којим би подносилац представке био изложен у САД, ЕСЉП је установио да страх и зебња који проистичу из самог ишчекивања извршења смртне казне у „реду за смртну казну“ представљају нечовечно или понижавајуће поступање које је у супротности са чланом 3.

¹⁷⁵ Цео пасус види у: Мол, Нуала, Мередит, Кетрин, Азил и Европска конвенција о људским правима, стр.

2. Примена теста из пресуде у предмету *Серинг* на предмете који се односе на миграције и азил

Један од првих предмета у којима су наведена начела примењена на тражиоце азила био је предмет ***Крус Варас и други против Шведске***,¹⁷⁶ у којем је ЕСЉП први пут изричито заузео став да се начело примењено у предмету *Серинг* примењује и на **одлуке о протеривању, као и на одлуке о изручењу.**

Крус Варас и други против Шведске:

НАЧЕЛО: Заштита по члану 3. проширује се и на одлуке о враћању тражилаца азила У овом предмету ЕСЉП је први пут размотрио питање да ли предлог да подносиоци представке, након што им је одбијен захтев за азил, буду депортовани у Чиле, где би, како су страховали, били изложени мучењу у рукама чилеанских власти, отвара питања могуће повреде члана 3, и поставио темеље за даљу праксу о овом питању. Иако је донео негативну одлуку о суштини представке, ЕСЉП је у овом предмету добио прилику да изричито примени тест установљен у пресуди у предмету *Серинг* на предмете који су се односили на протеривање и враћање тражилаца азила. Без обзира на то што је закључено да на основу чињеница и околности датог предмета ту у суштини не постоји опасност од злостављања које би било у супротности са чланом 3, сама та пресуда означила је почетак дугог низа одлука у којима је пре свега члан 3. примењен на ситуације с којима су се тражиоци азила чији су захтеви одбијени суочавали при повратку у земљу порекла.

У кључном предмету ***Чahal***,¹⁷⁷ у коме је ЕСЉП разматрао повреде члана 3. у контексту протеривања, Уједињено Краљевство је покушало да оспори апсолутну природу те одредбе тврдећи да би та природа требало да устукне пред питањима од интереса за националну безбедност. У датом предмету потврђено је кључно начело, кога се ЕСЉП отада доследно придржава, према коме се апсолутна забрана да се протера лице које ће услед тог протеривања бити изложено поступању противном члану 3. не може одмеравати у односу на интересе државе да то лице врати, чак ни онда када се сматра да је угрожена њена национална безбедност. Разумљиво је што државе оклевају да открију своје обавештајне изворе страхујући да би их тим откривањем могле угрозити, али је ЕСЉП јасно ставио до знања да се случајеви недржављана за које се сматра да представљају претњу националној безбедности морају решавати помоћу других механизма, који по правилу треба да буду механизми предвиђени кривичним правом.

Чahal против Уједињеног Краљевства:

Чињенице: Подносилац представке у овом кључном предмету био је борац за аутономију Пенџаба из Индије, који је у Индији био притворен због пасивног отпора, постао је активиста и вођа заједница сика у Уједињеном Краљевству. Њему је 1990. уручено решење о депортацији и потом је притворен ради депортације, уз образложење да његово присуство у Уједињеном

¹⁷⁶ *Cruz Varas and others v. Sweden*, представка бр. 15576/89.

¹⁷⁷ *Chahal v. the United Kingdom* [Велико веће], представка бр. 22414/93.

Краљевству не доприноси јавној добробити и да је у супротности је с националном безбедношћу. Подносилац представке се пожалио да ће његовом депортацијом у Индију бити прекршен члан 3.

Образложење: Поновивши да је заштита по основу члана 3. апсолутна и у контексту протеривања неког лица из разлога националне безбедности, ЕСЉП је остао при ставу да с обзиром на постојање значајних разлога да се верује да ће одлука о протеривању изложити лице које се протерује поступању које је у супротности са чланом 3, понашање и активности тог лица, **колико год били неприхватљиви или опасни**, не могу имати значаја при разматрању. Стога је ЕСЉП одбацио аргументе Државе да опасности с којима би се подносилац представке суочио по повратку у земљу треба одмерити у односу на интерес државе да отклони претњу по националну безбедност.

У потоњем предмету који се нашао пред ЕСЉП, **Сади против Италије**,¹⁷⁸ Уједињено Краљевство је још једном покушало да оспори апсолутну природу члана 3. у ситуацијама које се односе на протеривање, настојећи да увери суд у Стразбуру да одустане од приступа који је применио у претходно разматраном предмету Чахал. И овог пута су ти покушаји били неуспешни и ЕСЉП је поновио да одступања од члана 3. нису допуштена чак ни у време ванредних околности, нити онда када се ради о тешким инцидентима – као што је тероризам.

Сади против Италије:

Чињенице: Подносилац представке, држављанин Туниса, боравио је у притвору у Италији као осумњичени за међународни тероризам, а у Тунису му је суђено у одсуству и осуђен је на 20 година затвора под оптужбама за дела која су у вези с тероризмом. Стога су италијанске власти издале налог за његову депортацију у Тунис и сместиле су га у притворску јединицу до депортације. Подносилац представке се обратио ЕСЉП тражећи од њега да, сагласно правилу 39, предузме мере како би приморао италијанску владу да обустави поступак или поништи решење о депортацији, а притом је тврдио да су лица која су осумњичена за тероризам у Тунису често изложена мучењу, као и да његову породицу полиција непрестано посећује и да је она изложена претњама и провокацијама. Италијанска амбасада у Тунису је затражила од туниске владе копију пресуде домаћег суда, као и дипломатска уверавања да подносилац представке, ако буде враћен у Тунис, неће бити подвргнут – између осталог – поступању које је противно члану 3. ЕСЉП је стао на становиште да власти Туниса нису испуниле италијанске захтеве.

Образложење: У овом предмету је Уједињено Краљевство, у својству интервенијента, поново изнело становиште које је заступало у предмету **Чахал** тврдећи да чињеницу да појединац представља претњу заједници треба одмерити у односу на потенцијалне опасности с којима би се тај појединац суочио по повратку. Иако је прихватио тезу да су државе суочене са знатним тешкоћама због хватања у коштац с тероризмом, ЕСЉП је заступао становиште да та околност не може довести у питање апсолутну природу члана 3. Следствено томе, изгледи да лице које треба да се врати може представљати озбиљну опасност по заједницу ни у ком случају не умањују опасност да би том лицу, ако би било депортовано, могла бити нанета штета. ЕСЉП је сматрао да то начело не само да остаје на снази, већ да и сам захтев да докази које подносилац треба да предочи буду јачи од стандарда који се уобичајено тражи, такође није у складу са апсолутном природом члана 3.

¹⁷⁸ *Saadi v. Italy* [Велико веће], представка бр. 37201/06.

3. Територијално поље дејства члана 3. у предметима који се односе на миграције – одлуке о враћању и спречавању уласка на територију земље (*push-back*¹⁷⁹) и делотворна контрола државних власти

У првом поглављу овог приручника разјашњено је да се заштита коју пружа ЕКЉП примењује без обзира на то да ли је подносилац представке држављанин тужене државе, докле год се повреда о којој је реч може приписати чињењу или нечињењу те државе. То се може закључити из начина на који је формулисан члан 1, којим се поставља територијално ограничење за домашaj одговорности државе, тако што се њиме захтева да високе стране уговорнице заштите **„свакога“ у својој надлежности.**

Та карактеристика има кључни значај за заштиту миграната и тражилаца азила који се нађу у сфери одговорности државе која је висока страна уговорница ЕКЉП, у том смислу да могу уживати заштиту по Конвенцији равноправно с држављанима те земље.¹⁸⁰

Пошто је утврђено да држављанство не представља препреку за приступање заштити по ЕКЉП, питање се пребацује на то када се у пракси активира одговорност државе, тј. који су то поступци за које се може сматрати да спадају у „надлежност“ државе. Када се наводна повреда догоди на географској територији високе стране уговорнице, одговорност те високе стране уговорнице је релативно лако доказати,¹⁸¹ иако су понекад вођене расправе о томе шта стварно представља територију државе.¹⁸² Ако се, међутим, повреда догоди ван територије државе, али је та држава ипак суштински заинтересована у тој ствари, потребно је извршити процену како би се утврдили квалитет и обим њене улоге у наведеној повреди права и како би се установило да ли је та повреда била таква да је повукла за собом одговорност саме те државе.

Екстратериторијална примена члана 3: Нема никакве сумње у то да Конвенција не може управљати поступцима држава које нису њене високе стране уговорнице. Међутим, апсолутна забрана мучења и нечовечног или понижавајућег посту-

179 Прим. прев. Израз *push-back* се такође преводи на разне начине на српски, као потискивање, неформално враћање, итд.

180 Савет Европе, Положај странаца у односу на Европску конвенцију за заштиту људских права (*The position of aliens in relation to the European Convention on Human Rights*), стр. 10–11.

181 Види пресуду у предмету *Hirsi Jamaa and Others v. Italy* [Велико веће], представка бр. 27765/09, став 71. Надлежност државе у смислу члана 1. суштински је територијална (види *Banković and Others v. Belgium*, представка бр. 52207/99, ставови 61. и 67, и *Ilaşcu and Others v. Moldova and Russia*, представка бр. 48787/99, став 312. Претпоставља се да се та надлежност нормално остварује на целој територији државе (ор.цит., а види и *Assanidze v. Georgia*) [Велико веће], представка бр. 71503/01, став 139).

182 *Ibid.* Позивајући се на предмет *D. v. the United Kingdom*, представка бр. 30240/96, став 48, ЕСЉП је објаснио да, чак и да подносилац представке никада није ступио на тле Уједињеног Краљевства у техничком смислу, он јесте био у британској надлежности, у притвору, на аеродрому Гетвик, па је за ЕСЉП та чињеница била довољна да установи како је он ту био физички присутан.

пања изгубила би много од своје снаге ако би државе могле да изложе људе таквом поступању тако што би их протерале у земље у којима би били изложени таквој опасности.¹⁸³ Према томе, ЕКЉП се у одлукама о враћању примењује екстратериторијално у оној мери у којој су државе у обавези да лица која се налазе у њиховој надлежности не изложе поступању које је у супротности са чланом 3.¹⁸⁴ Изузетно, ЕСЉП је признао могућност екстратериторијалне примене Конвенције уколико постоје извесне околности у којима *поступци високих страна уговорница које су оне спровеле ван своје територије или који су изазвали последице ван њихове територије, могу представљати остваривање надлежности у смислу члана 1.*¹⁸⁵ У том циљу, ЕСЉП је одлучујући значај придао одговору на питање да ли је постојала ситуација **пуне и искључиве контроле** власти државе о којој је реч,¹⁸⁶ која је бар „фактички настављена и неометана“ по својој природи.¹⁸⁷ Ово питање је посебно важно за тему о којој је реч будући да ситуације у којима долази до протеривања, принудног удаљења или неформалног враћања по правилу имају ову кључну карактеристику. И у предмету **Џавара и други против Италије и Албаније**,¹⁸⁸ као и у предмету **Медведјев и други**, наведени тест је разматран у контексту поступака према мигрантима који су предузети на отвореном мору.¹⁸⁹ У предмету Хирши против Италије ЕСЉП је донео важну одлуку да наведени тест конкретније примени на ситуацију у којој су потенцијални тражиоци азила били пресретнути на отвореном мору и спречени да уђу на територију државе у коју су желели да уђу.

Хирши Џама и други против Италије

У предмету **Хирши Џама и други против Италије**,¹⁹⁰ који се доле анализира, ЕСЉП је применио приступ који се односи на екстратериторијалну примену члана 4. Протокола бр. 4 (забрана колективног протеривања странаца). У ставу 178. пресуде ЕСЉП је јасно ставио до знања да „иако је појам ‘надлежности’ у основи територијалан и претпоставља се да је реч о ономе што се остварује на националној територији државе, ‘онда када, међутим, као у датом предмету, ЕСЉП установи да је висока страна уговорница, изузетно, остварила своју надлежност ван своје националне територије, он не види ниједну препреку да прихвати да је остваривање екстратериторијалне надлежности те државе попримило облик колективног протеривања’“. Тиме је ЕСЉП изричито признао применљивост ЕКЉП, као и члана 4. Протокола бр. 4 уз Конвенцију, на ситуације колективног спречавања уласка у земљу на отвореном мору.

¹⁸³ Мол, Нуала, Мередит, Кетрин, Азил и Европска конвенција о људским правима, стр. 10.

¹⁸⁴ *Ibid.*

¹⁸⁵ *Ibid.*, став 72, у којој се ЕСЉП позива на *Drozd and Janousek v. France and Spain*, представка бр. 12747/87, став 91; *Banković and Others*, представка бр. 52207/99, став 67; и *Ilaşcu and Others*, представка бр. 48787/99, став 314.

¹⁸⁶ *Ibid.*, став 73, у којој се ЕСЉП позива на *Al-Skeini and Others v. the United Kingdom* [Велико веће], представка бр. 55721/07, став 132. и 136.

¹⁸⁷ *Ibid.*, став 80, у којој се ЕСЉП позива на *Medvedyev v. France*, представка бр. 3394/03, ставови 66–67.

¹⁸⁸ *Xhavara and Others v. Italy and Albania* (одлука), представка бр. 39473/98.

¹⁸⁹ У (наведеном) предмету *Xhavara and Others v. Italy and Albania*: покушај италијанских власти да пресретну и спрече искрцавање миграната на своју националну територију сагласно својим унутрашњеправним обавезама да протерају илегалне странце довели су до судара у коме је 58 људи изгубило живот.

¹⁹⁰ *Hirsi Jamaa and Others v. Italy* [Велико веће], представка бр. 27765/09.

4. Примена члана 3. у случајевима „спречавања уласка” миграната којима може бити потребна међународна заштита

Питање „делотворне” контроле коју остварују државни органи имало је и има одлучујућу улогу у оним предметима у којима се разматра ситуација мигранта коме је одбијен захтев за улазак на територију државе (спречен му је улазак – *pushed back*). У таквим случајевима, за разлику од ситуација у којима се ради о враћању, потенцијални тражилац азила није удаљен, већ је спречен да уопште уђе на територију одређене државе. То подразумева да је мигранту у пракси онемогућено да поднесе захтев за азил и да делотворно користи одговарајуће механизме заштите. Услед тога се лице може наћи у повећаној опасности да буде изложено мучењу или нечовечном или понижавајућем поступању у држави из које је оно као потенцијални тражилац азила првобитно побегло или из које је безуспешно покушало да уђе. Ситуације спречавања уласка у државу могу се догодити на копненој граници, на мору, као и у међународним транзитним зонама на аеродромима. О том питању ћемо детаљније говорити у Поглављу V овог приручника, у коме ће бити речи о колективном протеривању противно члану 4. Протокола бр. 4, али будући да се та тема отвара и у вези са чланом 3, овде ћемо навести краћи преглед главних одлука из судске праксе у тој области.

■ Спречавање уласка на мору

Хирши Цама и други против Италије

Хирши Цама и други против Италије – анализиран горе у вези с општим начелом о екстра-територијалној примени ЕКЉП

НАЧЕЛО: Члан 3. може се применити у вези са чланом 13. Конвенције (право на делотворан правни лек) онда када државне власти на отвореном мору пресретну потенцијалног тражиоца азила и спрече га да уђе на (њихову) територију како би поднео захтев за азил.

У овом предмету радило се о групи појединаца који су, у намери да стигну до италијанске обале, испловили из Либије на три брода. Пресрели су их бродови италијанске царине и обалске страже. Путници с пресретнутих бродова пребачени су на италијанске војне бродове и враћени у Триполи, а да нису имали могућност да поднесу захтев за азил у Италији.

Ово је било први пут да је ЕСЉП изрекао пресуду у вези с пресретањем на мору. У ситуацијама у којима је добро познато колика је опасност од враћања, враћање у дату државу забрањено је по основу члана 3. Ако држава врати неко лице у интермедијарну, трећу земљу, која то лице потом може вратити у земљу порекла, то такође може представљати повреду члана 3. Захваљујући овом предмету, сада се сматра да ЕКЉП важи у погледу свих операција које државе примењују за контролу миграција, где год да се оне догоде – чак и на отвореном мору.

■ Копнене границе/транзитне зоне на аеродромима

У својој пресуди у предмету Гебремедин против Француске, ЕСЉП је разматрао применљивост Конвенције у случају када је лице које је стигло на аеродром враћено, односно спречено да уђе у земљу по слетању на аеродром.

Гебремедин против Француске

НАЧЕЛО: Члан 3. може се применити у вези са чланом 13. Конвенције (право на делотворан правни лек) онда када је тражилац азила на граници државе спречен да уђе на њену територију како би поднео захтев за азил.

Подносилац представке је био држављанин Еритреје, који је стигао у Француску и задржан је у међународном транзитном простору. Он је поднео хитну представку Управном суду уз молбу да му се дозволи да уђе у земљу како би поднео захтев за азил, што је одбијено. Према француским законима, да би поднели захтев за азил у Француској, страни држављани морали су да се налазе на француској територији. ЕСЉП је приметио да је, с обзиром на важност члана 3. и неповратну природу штете која би могла бити нанета ако би се опасност од мучења или злостављања остварила у пракси, тај члан требало применити у оваквим случајевима (који се дешавају на копненој граници, укључујући и аеродроме) у вези са чланом 13, како би се лицима која су у опасности од тога да буду изложена забрањеном поступању по повратку омогућио приступ правном леку и заштити од враћања.

5. Члан 3. у контексту „даблинских предмета” и његов однос с применом правила о „сигурној трећој земљи”

i. Члан 3. и начело „сигурне треће земље”

Забрана по члану 3. може се такође применити у случајевима у којима се појединац шаље у неку другу државу, а не у ону из које је побегао, ако ће га то: i) изложити озбиљној штети супротно члану 3; или ii) изложити опасности да буде протеран у земљу из које је побегао те и опасности од озбиљне штете. Ситуације у којима се отвара питање повреде члана 3. често се односе на то што државе погрешно примењују начело „сигурне треће земље”. Реч је о концепцији по којој државе могу слати тражиоце азила назад у трећу земљу с којом они имају неку везу (нпр. земља кроз коју је тражилац азила прошао након што је напустио своју земљу порекла). У тој трећој земљи тражилац азила не сме бити изложен опасности од прогона, протеривања или било каквог поступања којим се крши члан 3. Међутим, не постоји исцрпан списак „сигурних трећих земаља” који је ЕСЉП одобрио, што значи да се државе ослањају на националне одредбе како би утврдиле да ли је нека трећа земља безбедна.

Предмет *Илијас и Ахмед против Мађарске* – који је тренутно у поступку пред Великим већем ЕСЉП – представља први покушај Европског суда да се експлицитно позабави питањем сигурних трећих земаља.

То питање ћемо подробније размотрити у **Поглављу IV овог приручника**.

ii. Члан 3. и „даблински предмети“

Као посебну хипотезу у склопу разматрања питања слања у „сигурну земљу“ ЕСЉП је у својој пракси прихватио да заштита по члану 3. не престаје онда када су тражиоци азила враћени у неку другу земљу чланицу Савета Европе у складу са Уредбом „Даблин III“, којом су утврђена правила о опредељивању одговорности за решавање по захтеву за азил.

Уредба „Даблин III“ (Уредба ЕУ бр. 604/2013), коју примењују 32 земље (међу њима су и државе чланице ЕУ и државе које то нису) и о којој је већ било говора у првом поглављу, утврђује правила на основу којих се одређује која је држава надлежна за разматрање захтева за азил. У тој су уредби утврђени критеријуми за одређивање надлежности државе чланице за разматрање захтева за азил неког појединца и правила за покретање поступка његовог пребацивања у ту државу (види Поглавље I ради ближег објашњења критеријума по Уредби „Даблин III“).

У тим специфичним случајевима тражиоци азила се враћају у земље које нису ван европског континента и које су - с обзиром на то да су део Даблинског система ЕУ – и чланице Савета Европе и потписнице ЕКЉП, из чега проистиче да се од њих оправдано очекује да поштују права и слободе утврђене том конвенцијом. Не доводећи у питање ту претпоставку, ЕСЉП је у неколико прилика уочио да се може оспорити претпоставка по којој свака држава чланица Савета Европе поштује основна права тражилаца азила онда када они бивају враћени у њу, и да је та претпоставка оборива у одређеним околностима.

ЕСЉП је морао да разматра предмете у којима је враћање појединца у неку другу земљу сагласно Уредби „Даблин III“ представљало повреду члана 3, било због тога што је постојала опасност од злостављања тог појединца ако би се нашао у тој земљи (због животних услова или због начина прихвата или због услова у притворском објекту), било зато што је постојала опасност од тога да буде протеран у земљу порекла или у неку трећу земљу *где би се суочио са опасношћу од злостављања*.

У предмету **М. С. С. против Белгије и Грчке**, који је представљао прекретницу у пракси ЕСЉП, овај је суд установио да је одлуком о враћању тражилаца азила у Грчку сагласно поступку према Уредби „Даблин III“ био повређен члан 3. Пре но што је донео одлуку у том предмету, ЕСЉП је у предметима *Т. И. против Уједињеног Краљевства*¹⁹¹ и *К. Р. С. против Уједињеног Краљевства*¹⁹² размотрио да ли је враћањем појединца у неку другу земљу чланицу Савета Европе била прекршена Конвенција и у оба предмета је утврдио да услови који су владали по повратку тих лица и јемства која су дале власти у земљи повратка нису били такви да би могли послужити као основ за закључак о повреди члана 3.

191 *T. I. v. the United Kingdom*, представка бр. 43844/98, одлука о прихватљивости.

192 *K. R. S. v. the United Kingdom*, представка бр. 32733/08.

■ Члан 3. и постојање „системских мањкавости“ у систему азила

ЕСЉП је у поменутој пресуди у предмету **М. С. С.** установио да је Белгија својим поступањем прекршила члан 3. тиме што је подносиоца представке вратила у Грчку, иако је знала да у тој земљи постоје **системске мањкавости** које су се нагативно одражавале на њен систем азила, и притом је посебно указао на следећа три аспекта:

1. Услове прихвата и притвора,
2. Услове крајњег сиромаштва на које су били приморани тражиоци азила,
3. Опасност од ланчаног протеривања (*chain-refoulement*).

Поред тога што је пресудом у предмету *М. С. С.* утрт пут за закључак ЕСЉП да услови у којима живе тражиоци азила у некој земљи чланици Савета Европе у неким случајевима могу сами по себи да угрозе права утврђена чланом 3, тај предмет је имао и додатну вредност у том смислу што је ЕСЉП у њему испитао повреду члана 3. узевши у обзир веома различите аспекте искуства подносиоца представке у Грчкој (детаљније о томе види у одељку о члану 3. и условима прихвата у овом поглављу).

М. С. С. против Белгије и Грчке

НАЧЕЛО: Члан 3. се може применити када постоји опасност од нечовечног или понижавајућег поступања (како због услова прихвата, тако и због потенцијалног даљег протеривања), услед мањкавости у поступку азила у земљи пријема.

У овом предмету радило се о Авганистанцу, тражиоцу азила који је побегао из Кабула 2008. године, а у Европску унију ушао кроз Грчку и потом путовао даље до Белгије, где је поднео захтев за азил. Сагласно правилима утврђеним Уредбом „Даблин III“ сматрало се да је Грчка надлежна за разматрање његовог захтева за азил. Стога су га белгијске власти пребациле у Грчку и он се тамо суочио с притвором у нездравим условима, пре но што је био принуђен да живи на улици без икакве материјалне подршке. ЕСЉП је у односу на Белгију установио да је прекршила члан 3. јер је подносиоца представке вратила у Грчку и изложила га опасностима повезаним с мањкавостима које постоје у поступку одобравања азила у тој земљи. ЕСЉП је такође утврдио да је Белгија прекршила члан 3. јер је послала подносиоца представке у Грчку и изложила га условима притвора и живота који су сами по себи представљали повреду те одредбе ЕКЉП. Коначно, ЕСЉП је установио да је Белгија прекршила и члан 13. ЕКЉП у вези са чланом 3. Конвенције.

■ Улога индивидуалних околности у одлукама о враћању које отварају питања по члану 3.

Поред материјалних услова система азила у земљи повратка, ЕСЉП приликом разматрања члана 3. придаје одлучујући значај индивидуалним околностима лица на које се односи мера враћања, будући да њихови услови и потребе могу имати једну од пресудних улога у утврђивању постојања опасности коју повратак носи собом или потенцијалне штете која може проистећи из одлуке да лице буде враћено.

ЕСЉП је у предмету **Таракел против Швајцарске** додатно разрадио питање околности услед којих може наступити повреда члана 3. у случајевима када су тражиоци азила враћени у другу земљу чланицу Савета Европе према решењу заснованом на Уредби „Даблин III” и заузео је став да процена опасности у случају враћања лица мора бити извршена тако што ће се узети у обзир и материјални услови у систему азила (као у предмету *М. С. С.*) и конкретне потребе за заштитом које проистичу из индивидуалних околности лица на које се та мера односи. Конкретно, у предмету *Таракел* сматрало се да враћање подносилаца представке у Италију представља повреду члана 3. зато што италијански систем азила није био примерен појачаним потребама подносилаца представке за подршком (реч је о породици која има шесторо малолетне деце). У пресуди је јасно наведено да општи тест системских мањкавости не може помоћи да се донесе коначан одговор на питање да ли ту може доћи до повреде члана 3; подједнак значај мора се придати тесту, односно процени индивидуалних околности.

Таракел против Швајцарске

НАЧЕЛО: Члан 3. може се применити у случајевима у којима је, иако систем азила у земљи пријема нема системских мањкавости, подносилац представке изложен опасности од злостављања која проистиче из немогућности државе пријема да задовољи индивидуалне потребе тог лица.

У том предмету радило се о једном авганистанском пару и шесторо њихове малолетне деце који су у ЕУ стигли преко Италије, а потом отпутовали у Швајцарску. Након што су размотриле породични захтев за азил, швајцарске власти су закључиле да је, сагласно Уредби „Даблин III” (Швајцарска је у обавези да поштује ту уредбу сходно одредбама посебног споразума са ЕУ у овој ствари), Италија била надлежна за разматрање захтева.

ЕСЉП је установио да је био прекршен члан 3. када су швајцарске власти одлучиле да врате породицу у Италију сагласно Уредби „Даблин III”, а да претходно нису прибавиле индивидуална јемства италијанских власти да ће се о подносиоцима представке водити рачуна на начин који је примерен узрасту њихове деце и да ће породица остати на окупу.

Ова важна пресуда јасно указује на то да рањиви тражиоци азила – посебно породице с малом децом – не могу бити враћени и присиљени да се суоче с потпуном неизвесношћу када је реч о условима који ће их чекати по повратку у земљу пријема. Из ове пресуде се јасно види да се у датом случају не примењује општи тест системских мањкавости, него тест индивидуалне процене свих околности.

ЕСЉП је, међутим, донео супротан закључак иако је разматрао упоредиве чињенице у пресуди у предмету **А. М. Е. против Холандије**¹⁹³ у коме се такође радило о враћању једног тражиоца азила у Италију. Конкретно, ЕСЉП је ту сматрао да не може донети исти закључак као у предмету *Таракел* због битно другачијих околности у којима се налазио сам подносилац представке, способан младић који никога није издржавао и који није имао тако преке потребе.

¹⁹³ *A. M. E. v. the Netherlands*, представка бр. 51428/10.

В. ПОВРЕДЕ ЧЛАНА 3. КОЈЕ ПРОИСТИЧУ ИЗ УСЛОВА ПРИХВАТА И ПРИТВОРА У ЗЕМЉИ АЗИЛА

Као што је уочено у предметима који се односе на Уредбу „Даблин III“, иако је у области азила пажња ЕСЉП у великој мери посвећена првенствено повредама члана 3. које наступају као последица враћања у трећу земљу, у неким случајевима услови прихвата или лишења слободе у земљи азила могу, сами по себи, проузроковати повреду овог права. У својој пракси ЕСЉП препознаје тражиоце азила као припаднике *нарочито запостављене и рањиве групе становништва којој је потребна посебна заштита*.¹⁹⁴ И сами услови њиховог прихвата и притвора морају бити тако конципирани да су прилагођени њиховом посебном статусу и морају бити пропраћени одговарајућим јемствима.

■ Услови прихвата

ЕСЉП је у одређеном броју предмета анализирао обавезу да се обезбеде достојанствени услови прихвата.¹⁹⁵ У неким од тих предмета ЕСЉП је донео важне пресуде о којима је већ било говора у претходним одељцима. Сада ћемо их испитати из угла доприноса који оне пружају развоју приступа и стандарда ЕСЉП у области прихвата тражилаца азила и услова у притвору.

У том смислу је био иновативан предмет *М. С. С. против Белгије и Грчке*, који смо већ поменули као прекретницу у пракси ЕСЉП у „даблинским предметима“ (види горе). У том контексту, подносилац представке се пожалио да је због *намерних поступака и пропуста* грчких власти био остављен у потпуном сиромаштву и да није могао задовољити ни своје најосновније потребе.

Пресуда у предмету *М. С. С.*, став 250: *Суд сматра [...] да је [...] обавеза да се пружи смештај и обезбеде пристојни услови за сиромашне тражиоце азила сада утврђена позитивним прописима, па су грчке власти дужне да испуне ту обавезу, у складу са сопственим законодавством у које је инкорпорирано право Заједнице [...]. У овом конкретном предмету подносилац представке сматра да су га грчке власти својим намерним чињењем или нечињењем онемогућиле да ужива своја права и задовољи основне животне потребе.*

¹⁹⁴ *Oršuš and Others v. Croatia* [Велико веће], представка бр. 15766/03, став 147, *M. S. S.*, став 251.

¹⁹⁵ *N. v. the United Kingdom* [Велико веће], представка бр. 26565/05; *Tabesh v. Greece*, представка бр. 8256/07; *Louled Massoud v. Malta*, представка бр. 24340/08; *Rahimi v. Greece*, представка бр. 8687/08; *I. M. v. France*, представка бр. 9152/09; *Samsam Mohammed Hussein and Others v. the Netherlands and Italy*, представка бр. 27725/10; *Sharifi and Others v. Italy and Greece*, представка бр. 16643/09; *Tarakhel v. Switzerland* [Велико веће], представка бр. 29217/12.

■ Недовољност и неадекватност мера прихвата

Важно је то што је у предмету *М. С. С.* питање услова прихвата анализирано са становишта недовољних капацитета објеката који су у то време били за то предвиђени у грчком систему азила, што је приморавало тражиоце азила да живе као бескућници. ЕСЉП је заузео став да је то што грчке власти нису испуниле своју обавезу по праву ЕУ да обезбеде достојанствене животне услове тражиоцима азила проузроковало ситуацију у којој је подносилац представке био за дужи период *приморан [...] да живи на улици, без средстава за живот и приступа санитарном чвору, и без икакве могућности да задовољи своје основне животне потребе* (став 263). Оцењено је да је таква ситуација морала изазвати у подносиоцу представке *осећања страха, узнемирености и потчињености која могу да проузрокују очајање*, што је, у комбинацији с *дуготрајном неизвесношћу [...] и потпуним недостатком било каквих изгледа да се положиј [подносиоца представке] побољша* досегло ниво озбиљности који је потребан да би се утврдила повреда члана 3. ЕКЉП.

■ Потреба да мере прихвата буду прилагођене индивидуалним околностима тражилаца азила

У пресуди у предмету ***Таракел против Швајцарске***,¹⁹⁶ о којем је било говора у претходним одељцима, ЕСЉП је приметно да стање италијанског система прихвата тражилаца азила, *иако [...] није упоредиво са ситуацијом у Грчкој, коју је Суд размотрио у предмету М. С. С.* (став 121), није било такво да потпуно отклони сумње у погледу постојања објеката који су прилагођени породицама с децом. ЕСЉП је сматрао да у томе одлучујућу улогу има немогућност италијанске државе да пружи индивидуална јемства да ће, ако подносиоци представке буду пребачени из Швајцарске, њима бити понуђени услови који су прилагођени узрасту деце, као и да ће бити поштовано начело очувања јединства породице. Стога, иако ситуација у Италији није досегла ниво који би се могао упоредити са стањем уоченим у предмету *М. С. С.* (**системске мањкавости**), она је ипак неадекватна за задовољавање појачаних потреба ових подносилаца представке: породице са шесторо мале деце.

Важно је то што се у овој пресуди разјашњава да то што не постоје системске мањкавости у систему азила (тест *М. С. С.*) није довољно да се на основу тога изведе закључак о прилагођености земље за прихват тражилаца азила, већ се ти стандарди морају проверити у комбинацији с проценом индивидуалних околности конкретних тражилаца азила.

¹⁹⁶ *Tarakhel v. Switzerland* [Велико веће], представка бр. 29217/12.

■ Услови лишења слободe

ЕСЉП је у својој пракси прихватио да неадекватни услови лишења слободe тражилаца азила могу довести до повреде члана 3.¹⁹⁷ У циљу процене те адекватности, Суд је придао значај једном броју елемената, укључујући следеће:

- Место лишења слободe: где је појединац лишен слободe (аеродром, полицијска ћелија, затвор);
- Карактеристике објеката и доступност алтернатива које не садрже тако изражен елемент принуде: да ли се могу или се не могу користити неки други објекти; величина подручја изолације; да ли су ту смештени и други људи и колико их има; постојање санитарних и хигијенских објеката и могућност приступа тим просторијама; проветреност и могућност приступа свежем ваздуху; могућност контакта са спољним светом; да ли лица лишена слободe болују од неких болести и да ли имају приступ здравственој заштити.¹⁹⁸

■ Лишење слободe као понижавајуће поступање

Већ је речено да Конвенција карактерише различите забрањене поступке по основу члана 3. на темељу различитог нивоа њихове озбиљности и на темељу њихових последица. С обзиром на утицај који има на људско достојанство и на квалитет живота појединца, лишење слободe тражилаца азила се често сврстава у категорију „понижавајућег” поступања. У том смислу, Европски суд разматра последице следећих околности: „**крајњи недостатак простора у затворској ћелији**”,¹⁹⁹ као и недостатак „**могућности за вежбање на отвореном, приступа природном светлу или ваздуху, доступност вентилације, адекватност система грејања [итд.]**”.

ЕСЉП је у пресуди у предмету *С. Д. против Грчке* констатовоао да је члан 3. био прекршен и зато што је подносилац представке био приморан да борави у **монтажном објекту два месеца без [могућности приступа] спољном свету и без могућности да телефонира, без чисте постељине и с недовољном количином хигијенских потребности**²⁰⁰ и зато што је био **притворен шест дана у ограниченом простору, без [...] места за одмор, принуђен да спава на прљавим душецима и без могућности да слободно иде у тоалет.**²⁰¹

197 *M. S. S. v. Belgium and Greece* [Велико веће], представка бр. 30696/09.

198 Европска унија: Европска агенција за основна права, Приручник из европског права у области азила, граница и имиграције (*Handbook on European law relating to asylum, borders and immigration*), јун 2013, ISBN 978-92-9239-105-8 (FRA), стр. 167, где се цитира предмет *Sharifi and others v. Italy and Greece*, представка бр. 16643/09 – где је више од стотину људи делило два тоалета, а лица која су боравила у истим просторијама морала су да спавају на заједничким душецима или да спавају на поду. ЕСЉП је посебно указао на поплављене тоалете, слабу вентилацију и опште нездраво окружење.

199 *Aden Ahmed v. Malta*, представка бр. 55352/12, став 87.

200 *S. D. v. Greece*, представка бр. 53541/07, ставови 49–54.

201 *Ibid.*, став 222.

Слични већ поменути закључци могу се наћи и у пресудама у предметима *М. С. С. и Табеш против Грчке*.²⁰² Исто тако, у предмету *А. А. против Грчке*,²⁰³ ЕСЉП је пресудио да су услови **пренасељености и лоше хигијене и ниског степена чистоће објеката намењених тражиоцима азила, где не постоје никакви објекти за одмор и разоноду, нити за задовољавање прехрамбених потреба**, несагласни условима утврђеним у члану 3.

■ Услови лишења слободе посебно рањивих миграната и тражилаца азила

ЕСЉП своју процену услова притвора у великој мери заснива на размотреним објективним елементима, али одлучујућу пажњу придаје и постојању специфичних околности или рањивости појединца о коме је реч, коме се услед таквих околности морају пружити нарочите гаранције у контексту лишења слободе. То пре свега важи онда када појединац који је лишен слободе спада у категорију коју Суд препознаје као рањиву, било да је реч о *детету, лицу које је преживело мучење, трудници, жртви трговине људима, старијем лицу или особи са инвалидитетом*.²⁰⁴

■ Посебна ситуација деце која траже азил

У својој пракси ЕСЉП препознаје да деца представљају рањиве чланове друштва²⁰⁵ и она као таква имају право да добију посебна јемства.

Деца која су истовремено и тражиоци азила налазе се у стању веће рањивости због тога што у исти мах припадају двома категоријама које Суд препознаје као рањиве. То стање појачане рањивости није само збир наведених двају услова већ се карактерише специфичним потребама и посебним стањем које проистиче из комбинованог дејства чињенице да је истовремено реч о детету и лицу које се суочава са ситуацијом која изазива растуће узнемирење, замор и оскудицу – што је ситуација у којој се налази тражилац азила. ЕСЉП је у различитим приликама приметио да су државе у обавези да деци мигрантима лишеним слободе пружају посебна и јача јемства.

ЕСЉП је стао на становиште да притворски објекти и услови који нису примерени задовољавању посебних потреба деце могу довести до повреде члана 3.²⁰⁶ У предмету *Мубиланзила*, ЕСЉП је заузео став да здружено дејство услова у којима петогодишња подносиатељка представке, као лице без пратње које тражи азил, борави у притворском центру, доводи ту девојчицу у *изузетно рањиву ситуацију*. Важно је

²⁰² *Tabesh v. Greece*, представка бр. 8256/07, ставови 38–44.

²⁰³ *A. A. v. Greece*, представка бр. 12186/08, ставови 57–65.

²⁰⁴ Европска унија: Европска агенција за основна права, Приручник из европског права у области азила, граница и имиграције, стр. 167.

²⁰⁵ *A. v. the United Kingdom*, представка бр. 25599/94, став 22.

²⁰⁶ *Mubilanzila Mayeka and Kaniki Mitunga v. Belgium*, представка бр. 13178/03 и *Muskhadzhiyeva and Others v. Belgium*, представка бр. 41442/07; *Kanagaratnam and Others v. Belgium*, представка бр. 15297/09; *Popov v. France*, представке бр. 39472/07 и 39474/07; *M. S. v. the United Kingdom*, представка бр. 24527/08; *Price v. the United Kingdom*, представка бр. 33394/96.

истаћи да обавеза да се задовоље потребе које проистичу из таквих услова **мора имати предност у односу на незаконит мигрантски статус детета.**²⁰⁷

Да би се утврдило да ли су услови и околности такви да је стављање деце у притвор одговарајуће, ЕСЉП је размотрио постојање мера које се предузимају како би им **квалификовани стручњаци пружали психолошку и образовну и васпитну помоћ.**²⁰⁸ Подједнако је важан и захтев да се **одреди старатељ који ће заступати малолетника без пратње,** како би овај могао да оспори одлуку о притвору, као што је ЕСЉП запазио у пресуди у предмету *Рахими против Грчке.*²⁰⁹

Мубиланзила Мајека и Каники Митунга против Белгије

ЕСЉП је у пресуди у предмету *Мубиланзила Мајека и Каники Митунга против Белгије* стао на становиште да је смештање петогодишње девојчице без пратње која је тражила азил у притворски центар са одраслима с којима није ни у каквом сродству представљало повреду члана 3.²¹⁰ То што су јој власти обезбедиле „правну помоћ“ и свакодневне телефонске контакте с њеном мајком није се сматрало довољним за задовољење посебних потреба детета у тако раном узрасту.²¹¹

Мухаџијева против Белгије

ЕСЉП је у пресуди у предмету *Мухаџијева против Белгије* утврђено је да је смештајем четворо чеченске деце до трансфера по Уредби „Даблин III“ у објекат који није био опремљен за задовољење њихових конкретних потреба био повређен члан 3. Иако деца о којој је реч нису била одвојена од мајке, ЕСЉП је ставио одлучујући нагласак на психолошки утицај продуженог притвора на њихово психичко благостање, посебно имајући у виду најмлађег међу њима (то дете је имало пет година у то време), оцењујући да је тај психолошки утицај био такав да представља повреду члана 3.

■ Питања физичког и менталног здравља

Стање менталног и физичког здравља подносиоца представке и његове потребе у том погледу такође представљају важан елемент који ЕСЉП разматра у својој процени сагласности лишења слободе са чланом 3. У предмету *Аден Ахмед против Малте* закључио је да недовољан број жена полицајаца које могу пружити помоћ женама у притвору проузрокује *известан степен нелагодности* притвореницама, што је утолико важније ако се има на уму здравствено стање подносиоце представке које је било последица природног побачаја који је имала, што је довело до тога да она има *епизоде несанице, физичког бола који се непрестано враћа и [...] депресије.* „Прошlost подносиоце представке и њене личне емоционалне околности“, као и

²⁰⁷ *Mubilanzila и Muskhadzhiyeva*, горе.

²⁰⁸ *Ibid.*, став 50.

²⁰⁹ *Rahimi v. Greece*, представка бр. 8687/08.

²¹⁰ *Mubilanzila*, став 50.

²¹¹ *Ibid.*, став 52.

њено крхко здравствено стање додатно су допринели њеној рањивости која је простекла из статуса незаконитог мигранта.²¹² С обзиром на кумулативно дејство свих тих околности, притвор у који је стављена подносиатеља представке представљао је понижавајуће поступање у смислу члана 3.

Г. ПОВРЕДЕ ЧЛАНА 3. КОЈЕ ПРОИСТИЧУ ИЗ ДРУГИХ ОКОЛНОСТИ (ДИСКРИМИНАЦИЈА; ЗДРАВСТВЕНО СТАЊЕ; ХУМАНИТАРНИ УСЛОВИ) – У ЗЕМЉИ ПОРЕКЛА И У ЗЕМЉИ АЗИЛА

Током времена ЕСЉП је разматрао сагласност са чланом 3. широког спектра поступака, постепено развијајући тестове и критеријуме које је разрадио у својој почетној пракси о том питању. Иако су неспорне недоследности у вези с неким поступцима које је разматрао, у другим аспектима становиште Суда се развијало у већој мери постепено, често подстицано ширим друштвеним променама. У овом одељку размотрићемо неке поступке чију је сагласност са ЕКЉП Суд подробно разматрао, а који су релевантни за контекст азила и миграција. Ту спадају: **смртна казна, расна дискриминација, страх од штете коју могу нанети недржавни актери, болест или хуманитарни услови у земљи повратка.**

■ Смртна казна

У неколико сложених предмета ЕСЉП је разматрао питање да ли висока страна уговорница крши члан 3. ако врати појединца у земљу у којој је он суочен са опасношћу од смртне казне. У кључном предмету *Серинг* (види горе), сам по себи феномен чекања у реду на извршење смртне казне, тј. комбинација таквих чинилаца као што су дуг период чекања коме су затвореници изложени до извршења смртне казне и продужено осећање страха и узнемирености које човека обузима у таквим околностима, оцењен је као повреда члана 3. У предмету *Ал Садун и Муфди против Уједињеног Краљевства*²¹³ то питање је још једном разматрано. ЕСЉП је у својој ранијој пракси заступао становиште да изрицање смртне казне у поступку у ком није било правичног суђења представља повреду члана 3. У овом предмету ЕСЉП је установио да је Уједињено Краљевство, тиме што није предузело све неопходне кораке да осигура да подносиоци представке не буду изложени изрицању смртне казне, повредило њихова права по члану 3. због страха и узнемирености којима су били изложени.

²¹² *Aden Ahmed v. Malta*, представка бр. 55352/12, став 97.

²¹³ *Al-Sadoon and Mufdhi v. the United Kingdom*, представка бр. 61498/08.

Ал Садун и Муфди против Уједињеног Краљевства:

Подносиоци представке, двојица ирачких држављана, оптужени су за учешће у убиству двојице британских војника после инвазије на Ирак 2003. године. Оптужени су за ратни злочин а Ирачки високи трибунал их је осудио на смрт. Подносиоци представке, који су држани у Басри, која је у то време била под надлежношћу Уједињеног Краљевства, оспорили су законитост одлуке Уједињеног Краљевства да их преда ирачким судовима; Уједињено Краљевство је било у обавези да их преда Ираку осим када постоје индиције да ће бити подвргнути поступању које је толико рђаво да представља злочин против човечности. Апелациони суд Уједињеног Краљевства је, међутим, утврдио да, иако постоји стварна опасност да ће над подносиоцима представке бити извршена смртна казна ако буду пребачени (ирачким властима), Уједињено Краљевство у датом случају нема надлежност зато што подносиоце представке држи у притвору на ирачкој територији и то по налогу ирачких судова. У пресуди у овом предмету ЕСЉП је стао на становиште да је Уједињено Краљевство свесно предало подносиоце представке без обзира на стварну опасност да ће над њима бити извршена смртна казна, а додатно је приметио и то да ирачке власти нису пружиле ниједну обавезујућу гаранцију да до тога неће доћи. Исто тако, ЕСЉП није био уверен да је неопходно да се повреди суверенитет Ирака да би се обезбедило остваривање права која подносиоци представке уживају према ЕКЉП. Оцењено је да није предузет ниједан стварни покушај да се преговара са ирачким властима како би се отклонила опасност од изрицања смртне казне. Из свега тога следио је закључак да су подносиоци представке били подвргнути поступању које је у супротности са чланом 3.

У овом предмету ЕСЉП је изричито признао да је развој начина на који државе приступају смртној казни важан за развој становишта самог ЕСЉП. Тако он, нарочито у ставу 120, примећује да су у време када се догађало то што чини садржину горе наведеног предмета, све чланице Савета Европе, осим њих две, [...] потписале *Протокол бр. 13* и да су га све те државе, осим њих три, ратификовале. Сматрало се да тај закључак означава да је члан 2. измењен у том смислу да забрањује смртну казну у свим околностима, па је од тог тренутка ЕСЉП престао да сматра како „формулација друге реченице става 1. члана 2. и даље представља препреку за то да се речи ‘нечовечно или понижавајуће поступање или кажњавање’ из члана 3. тумаче тако да обухватају и смртну казну (...)”. Последица је то што, према пракси ЕСЉП у контексту протеривања или враћања, поштовање чланова 2. и 3. (*Бадер и Канбар против Шведске*) изискује забрану враћања лица која би се могла суочити са стварном опасношћу од поступања које је у супротности са чланом 3.²¹⁴

²¹⁴ Протоколима бр. 6 и 13 уз ЕКЉП је забрањено враћање лица ако би се оно по повратку суочило са смртном казном.

■ Расна дискриминација

ЕСЉП је такође разматрао да ли у одређеним околностима дискриминација по основу расе може сама по себи представљати понижавајуће поступање у смислу члана 3. У том циљу ЕСЉП је дао кључни значај разматрању о томе да ли у смислу ЕКЉП појам „понижавајућег поступања“ обухвата и поступање која не мора нужно бити физички насилно, али је, шире гледано, у супротности с људским достојанством.

Ово питање је разматрано у предмету **Источноафрички Азијци (лица која уживају заштиту Велике Британије) против Уједињеног Краљевства**.²¹⁵ Ту се радило о притужби поднетој против одлуке Уједињеног Краљевства да одбије пријем и протера мужеве британских држављанки које су већ имале боравак у Уједињеном Краљевству на темељу Закона о имигрантима из земаља Комонвелта који су у то време били на снази и сагласно којима су држављани Уједињеног Краљевства и колонија у источној Африци који су били азијског порекла подлегали имиграционој контроли. Подносиоци представке били су *носиоци британских пасоша који нису имали право да се настане или да уђу у Уједињено Краљевство и који су били протерани из британских протектората у Африци*, па су се нашли „ни на небу ни на земљи“ услед одлуке британских имиграционих власти.²¹⁶ Пожалили су се да поступак британских власти није био у супротности само са чланом 14. (забрана дискриминације), већ да је представљао и повреду члана 3. у том смислу што се према њима поступало као да су они „грађани другог реда“.

Источноафрички Азијци (лица која уживају заштиту Велике Британије) против Уједињеног Краљевства:

Европска комисија за људска права је разматрала да ли дискриминација може да се сврста у категорију понижавајућег поступања у смислу члана 3.

У члану 3. утврђено је да нико не сме бити подвргнут „мучењу или нечовечном или понижавајућем поступању или кажњавању“. Израз „понижавајуће поступање“ у том контексту указује на то да је општа сврха дате одредбе да спречи нарочито тешко угрожавање достојанства човека. Из тога следи да поступак којим се неком лицу приписује нижи ранг, положај, углед или личне особине може искључиво да се сматра „понижавајућим поступањем у смислу члана 3. онда када досегне одређени степен озбиљности“, а за „поступање према неком појединцу може се рећи да је “понижавајуће” у смислу члана 3. ако се он тим поступањем драстично понижава пред другима или ако се приморава да поступа противно својој вољи или савести“. Ова дефиниција је слична наведеном тумачењу; пре свега реч „драстично“ указује на то да се члан 3. бави само оним „понижавајућим поступањем“ које досегне одређени степен озбиљности. Комисија је стала на становиште да у датом предмету није потребна никаква даља мера, зато што је подносиоцима представке потом било допуштено да уђу у Уједињено Краљевство.

²¹⁵ Европска комисија за људска права, *East African Asians (British protected persons) v. the United Kingdom* (одлука), представке бр. 4715/70, 4783/71 и 4827/71.

²¹⁶ Европска унија: Европска агенција за основна права, Приручник из европског права у области азила, граница и имиграције, стр. 37.

Иако у датом предмету није било наложено да се предузму било какве даље радње, Комисија је у вези с притужбом коју су подносиоци поднели по основу члана 3. приметила да дискриминација по основу расе може, у извесним околностима, и сама представљати понижавајуће поступање ако досегне довољан степен озбиљности.

■ Недржавни актери

Иако је првобитно било замишљено да ЕКЉП пружа заштиту од поступака државних власти, прихваћено је начело по коме се та заштита проширује на поступке недржавних актера који се могу приписати неуспеху или пропусту државе да спречи те поступке, да заштити или да обештети своје грађане којима је штета нанета зато што она није вољна или кадра да их заштити. По аналогiji, како је ЕСЉП закључио у пресуди у предмету **Н. против Уједињеног Краљевства**,²¹⁷ држава у ситуацијама протеривања сноси одговорност како када доноси одлуку о депортовању или протеривању *тамо где опасност од злостављања у земљи пријема проистиче из намерних радњи тамошњих јавних власти*, тако и када иста та опасност проистиче из поступака *недржавних тела пошто власти нису кадре да подносиоцу представке пруже одговарајућу заштиту*. Такви случајеви могу обухватити разне изворе опасности, укључујући приватна лица или групе.

У предмету **Р. Б. А. Б. и други против Холандије**²¹⁸ ЕСЉП је, тако, разматрао питање да ли би подносиатеља представке по повратку у Судан била изложена опасности од тога да буде присилно подвргнута сакаћењу гениталних органа због племенског и друштвеног притиска.²¹⁹

У предмету **Х. Л. Р. против Француске**²²⁰ један колумбијски држављанин који је радио као курир за кријумчаре наркотика био је суочен с могућношћу депортације из Француске у Колумбију након што су га француске власти користиле као доушника, те је страховао од освете кријумчара наркотика; радило се о појави таквих размера и такве сложености да колумбијске власти нису биле кадре да му пруже одговарајућу заштиту, између осталог и због тога што су се нарко-картели инфилтрирали у целокупан механизам власти у Колумбији. Иако на основу чињеница није установио да је у овом предмету био прекршен члан 3, ЕСЉП је потврдио да, сагласно Конвенцији, високе стране уговорнице имају општу обавезу да не депортују неко лице ако постоје значајни разлози за уверење да ће то лице бити изложено стварној опасности од подвргавања нечовечном или понижавајућем поступању или кажњавању у земљи пријема, чак и ако та опасност потиче од приватних лица или неке приватне групе. Држава у коју се подносилац представке протерује мора пружити заштиту тако да не постоји никаква стварна опасност, а ако земља пријема ту заштиту не

²¹⁷ *N. v. the United Kingdom* [Велико веће], представка бр. 26565/05.

²¹⁸ *R. B. A. B. and Others v. the Netherlands*, представка бр. 7211/06.

²¹⁹ *Ibid.*, став 54.

²²⁰ *H. L. R. v. France*, представка бр. 24573/94.

пружи, држава која подносиоца представке протерује ће повредити члан 3. ако га протера.

Х. Л. Р. против Француске

Након што је заустављен на једном француском аеродрому због поседовања наркотика, подносилац представке је помогао француској полицији да идентификује лице које је неколико година било под истрагом због кријумчарења наркотика и то лице је коначно – захваљујући информацији коју је полицији дао подносилац представке – ухапшено и депортовано у Колумбију. После те сарадње с властима, подносилац представке је ипак био осуђен у Француској због злоупотребе наркотика и наложено је његово трајно удаљење из земље и депортација с француске територије, уз образложење да „његово присуство [...] представља озбиљну опасност по јавни ред“. После покушаја да оспори одлуку о протеривању на националном нивоу, подносилац представке је пред ЕСЉП тврдио да је Француска дужна да га заштити зато што га је користила као доушника који је давао информације о организаторима кријумчарења дрога, као и због тога што колумбијске власти нису у стању да му пруже одговарајућу заштиту. Иако ЕСЉП није донео одлуку у корист подносиоца представке на основу доказног материјала који му је подносилац представке предочио како би показао да је наводна претња по његов живот у његовом конкретном случају стварна, битно је истаћи да је потврдио да онда када тврдња о таквој опасности може бити поткрепљена доказима, поступци недржавних актера такође могу довести до тога да се разматра повреда члана 3.

У пресуди у предмету **Суфи и Елми против Уједињеног Краљевства**²²¹ ЕСЉП је приликом оцене околности везаних за првог подносиоца представке процењивао поступке прогона које спроводи парадржавна милиција у Сомалији, која је убила оца и сестру подносиоца представке, а њега самог тешко ранила, због њихове припадности мањинском племену.

■ **Ситуације проузроковане здравственим разлозима које спречавају враћање подносиоца представке у земљу порекла**

У начелу, ЕСЉП не сматра да је озбиљно здравствено стање лица које подлеже враћању одлучујуће онда када се процењује сагласност враћања тог лица са чланом 3. Разлог за такво становиште налази се у чињеници да ЕСЉП, по правилу, разматра само оне опасности од повреда права по Конвенцији које проистичу из чинилаца који се могу приписати држави. Здравствено стање подносиоца представке у време његовог враћања тешко да може *било посредно, било непосредно отворити питање одговорности јавних власти те земље*,²²² па је стога на први поглед искључено из делокруга надзора ЕСЉП.

Постепено проширење надзора који врши ЕСЉП и на те околности одговара постепеном признању да би, када је реч о повредама члана 3, ограничавање поља дејства ЕСЉП у том смислу *подрило апсолутни карактер заштите по том члану.*

²²¹ *Sufi and Elmi v. the United Kingdom*, представке бр. 8319/07 и 11449/07.

²²² *D. v. the United Kingdom*, представка бр. 30240/96, став 56; *N. v. the United Kingdom*, представка бр. 26565/05, став 22.

Услед тога ЕСЉП прихвата да чак и када се ради о наведеним околностима, он треба да буде у стању да искаже свој став у вези с тим питањима ако су „све околности датог предмета [подвргнуте] темељном испитивању“. ЕСЉП опште узев приступа том питању на следећи начин: странци који су изложени протеривању у начелу не могу захтевати да остану на територији једне од високих страна уговорница да би наставили да примају медицинску, социјалну или друге видове помоћи и услуга које пружа држава која их протерује.²²³ Како је ЕСЉП установио у пресуди у предмету **Д. против Уједињеног Краљевства**, која представља преседан, постојање озбиљних здравствених разлога у ситуацијама у којима се такво лице враћа може само изузетно отворити питања повреде члана 3, и то онда када постоје *веома изузетне околности и снажни хуманитарни разлози*.

Само по себи, протеривање тешко оболелог странца у земљу у којој су могућности за лечење те болести инфериорне у односу на могућности за лечење које постоје у високој страни уговорници не може аутоматски отворити питање повреде члана 3. Исто тако, члан 3. не обавезује високу страну уговорницу да ублажи разлику у стандардима здравствене заштите тако што ће обезбедити бесплатну и неограничену здравствену заштиту свим странцима који немају право да бораве у њеној надлежности, јер би тиме она на себе преузела превелик терет. Важно је истаћи да је у овом предмету ЕСЉП повезао повреду права из Конвенције са чином депортације, констатујући да, иако услови којима би подносилац представке био изложен у земљи порекла сами по себи не би проузроковали повреду члана 3, „његово измештање може да га изложи стварној опасности од умирања у најтежим околностима, па би стога представљало нечовечно поступање“.

Д. против Уједињеног Краљевства

У предмету **Д. против Уједињеног Краљевства** подносилац представке је био тешко болестан, чинило се да је близу смрти и није му се могла зајемчити никаква нега нити здравствена заштита у земљи порекла.²²⁴ Сагледани заједно, терминална фаза његове болести, утицај изненадног прекида коришћења могућности за лечење које су му представљале подршку, што би „убрзало његову смрт“ и „подвргло га акутној менталној и физичкој патњи”,²²⁵ непостојање моралне и друштвене подршке у земљи порекла и неадекватност болничке инфраструктуре досегли су, по мишљењу ЕСЉП, онај степен озбиљности који је потребан да би се околности могле сматрати „изузетним”.²²⁶ Стога би његово измештање представљало нечовечно поступање тужене државе и повреду члана 3.

ЕСЉП је отада оклевао да прошири своје схватање о томе шта представља „веома изузетне околности“ или „снажне хуманитарне разлоге“, настојећи да остане при ономе што је раније закључио. У потоњем предмету **Н. против Уједињеног Краљевства** ЕСЉП је са становишта члана 3. разматрао предложено враћање у Уганду ази-

²²³ *D. v. the United Kingdom*, представка бр. 30240/96, став 49.

²²⁴ *Ibid.*, став 51.

²²⁵ *Ibid.*, став 52.

²²⁶ *Ibid.*, став 53.

ланткиње чији је захтев за азил одбијен, а која је већ била у поодмаклој фази заразе вирусом ХИВ; у представци те подносиоце тврдило се да би се њено враћање у Уганду негативно одразило на квалитет њеног здравља и очекивани животни век.

Битно је истаћи да је с обзиром на околности овог предмета ЕСЉП закључио да здравствено стање подносиоце представке *није критично, већ је стабилно захваљујући лечењу антиретровиралним препаратима које јој је омогућено у Уједињеном Краљевству*,²²⁷ те да је способна да путује, а њено стање је такво да се не очекује погоршање ако настави да узима лекове. По томе се ЕСЉП битно удаљио од става који је заузео у пресуди у предмету *Д. против Уједињеног Краљевства*, на који су одлучујући утицај имали неизлечива болест и прихваћена теза о могућем погубном утицају враћања у земљу порекла. Ти и други чиниоци, за чије је утврђивање „био потребан одређени степен спекулације“ (подршка добијена у земљи, квалитет лечења итд.) навели су ЕСЉП на закључак да враћање те подносиоце представке не би представљало повреду члана 3. Важно је да је у том предмету ЕСЉП оставио изван „простор наде“ за будуће предмете у којима би се отворила слична питања, јер је констатовоао да сценарио у предмету *Д. против Уједињеног Краљевства* не исцрпљује могућности појаве „подједнако снажних“ хуманитарних разлога који би посведочили против враћања неког лица.²²⁸ У анализи праксе ЕСЉП која је уследила након пресуде у предмету *Н. против Уједињеног Краљевства* није откривен ниједан такав пример.

Ова одредба је коначно добила значење у недавној пресуди у предмету ***Папошвили против Белгије***,²²⁹ у коме су „*други веома изузетни случајеви*“ релевантни по основу члана 3. тумачени екстензивно, тако да обухватају **ситуације које превазилазе терминална обољења** (стандард који је досад коришћен на трагу предмета *Д. против Уједињеног Краљевства*). Конкретно, у датом предмету су као оне које могу активирати питања повреде члана 3. идентификоване здравствене ситуације у којима би, *иако не постоји непосредна опасност од умирања, [подносилац представке] био суочен са стварном опасношћу [...] да буде изложен тешком, брзом и неповратном погоршању свог здравственог стања, што би довело до интензивне патње или до битног скраћења очекиваног животног века, због непостојања одговарајућег лечења у земљи пријема или због немогућности приступа таквом лечењу*.²³⁰

■ Хуманитарни услови

Процена о томе да ли је члан 3. прекршен или би могао бити прекршен такође може подразумевати испитивање било ког вида заштите који земља пријема или организације у њој могу ставити на располагање појединцу који треба да буде враћен. Ако опасност којој ће појединац бити изложен по повратку испуњава минимални степен

²²⁷ *N. v. the United Kingdom*, представка бр. 26565/05.

²²⁸ *D. v. the United Kingdom*, став 43.

²²⁹ *Paposhvili v. Belgium*, представка бр. 41738/10.

²³⁰ *Ibid.*, став 183.

озбиљности да би се применио члан 3, мора се проценити да ли је држава пријема заиста и практично кадра и вољна да заштити тог појединца од те опасности.

То питање је размотрено у предмету *Хида против Данске*,²³¹ у коме је показано како способност неке државе да пружи одговарајућу хуманитарну заштиту појединцима може ослободити ту државу одговорности за повреду члана 3.

Хида против Данске:

У овом предмету је представку поднео Ром са Косова* који је тврдио да ће бити подвргнут поступању супротном члану 3. буде ли присилно враћен на Косово*. Узимајући у обзир општу ситуацију на Косову* у то време (2004), ЕСЉП је приметио да инциденти насиља и злочина против припадника мањина и даље представљају разлог за забринутост и да постоји потреба за међународном заштитом припадника мањинских етничких заједница. Међутим, упркос том разлогу за забринутост, организују се присилни повраци на Косово који подлежу поступку процене индивидуалних околности (индивидуализовани скрининг) који обавља привремена административна мисија УН на Косову (УНМИК).

ЕСЉП је приметио да је Данска већ представила УНМИК-у један број људи са Косова* чији су захтеви за одобрење сталног боравка у Данској одбијени, после чега су били приморани да напусте ту земљу. У неким случајевима, УНМИК је имао примедбе на повратак одређених лица и у таквим случајевима Данска је до даљњег одложила њихово враћање. У случају овог подносиоца представке такође је био примењен такав „безбедносни“ поступак процене индивидуалних околности, што значи да би, у случају да је УНМИК имао примедбе на његово враћање, поступак враћања био до даљњег одложен. Стога ЕСЉП није нашао да постоје битни разлози да се верује да ће подносилац представке, иначе етнички Ром, бити суочен са стварном и акутном опасношћу да буде подвргнут поступању које је противно члану 3.

Д. ЧЛАН 3. ЕКЉП (ЗАБРАНА МУЧЕЊА, НЕЧОВЕЧНОГ ИЛИ ПОНИЖАВАЈУЋЕГ ПОСТУПАЊА) – ПРИМЕНА У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ

а. Општи домашај забране мучења

Устав Републике Србије садржи неколико одредби којима се штити физички и психички интегритет личности. Чланом 25. Устава гарантује се неповредивост физичког и психичког интегритета и гарантује се сваком лицу да не може бити изложено мучењу, нечовечном или понижавајућем поступању или кажњавању. Овом устав-

²³¹ *Hida v. Denmark*, представка бр. 38025/02.

* Ова одредница се не односи на ставове о статусу и у складу је са РСБУН 1244/1999 и Мишљењем МСП о проглашењу независности Косова.

ном одредбом иде се и корак даље, те се прописује да ниједно лице не може бити подвргнуто медицинским или научним огледима без свог слободно датог пристанка. Уставом се у члану 28. прописује обавеза хуманог поступања са лицем лишеним слободе, уз уважавање достојанства његове личности. Такође, чланом 39. Устава забрањује се протеривање странца не само на територију на којој му прети прогон по неком од основа за добијање међународне заштите, већ и на територију на којој му прети озбиљно кршење права гарантованих Уставом, што укључује претњу од излагања мучењу, нечовечном или понижавајућем поступку или казни. Тиме је у Устав Републике Србије уведен важан принцип о забрани протеривања.

■ Устав Републике Србије

Члан 25 (неповредивост физичког и психичког интегритета)

„Физички и психички интегритет је неповредив.

Нико не може бити изложен мучењу, нечовечном или понижавајућем поступању или кажњавању нити подвргнут медицинским или научним огледима без свог слободно датог пристанка.”

Члан 28 (поступање с лицем лишеним слободе)

„Према лицу лишеном слободе мора се поступати човечно и с уважавањем достојанства његове личности.”

Закоником о кривичном поступку²³² забрањује се и предвиђа као кажњива свака примена мучења, нечовечног и понижавајућег поступања, силе, претње, принуде, обмане, медицинских захвата и других средстава којима се утиче на слободу воље или изнуђује признање или каква друга изјава или радња од окривљеног или другог учесника у поступку. Такође, на основу члана 84, докази прибављени противно члану 16. став 1. Законика, не могу се користити у кривичном поступку.

■ Законик о кривичном поступку

Члан 9 (забрана мучења, нечовечног поступања и изнуде)

„Забрањена је и кажњива свака примена мучења, нечовечног и понижавајућег поступања, силе, претње, принуде, обмане, медицинских захтева и других средстава којима се утиче на слободу воље или изнуђује признање или каква друга изјава или радња од окривљеног или другог учесника у поступку.”

Члан 16. став 1 (оцена доказа)

„Судске одлуке се не могу заснивати на доказима који су, непосредно или посредно, сами по себи или према начину прибављања у супротности са Уставом, овим за-

²³² „Службени гласник РС”, бр. 72/11, 101/11, 121/12, 32/13, 45/13, 55/14.

коником, другим законом или општеприхваћеним правилима међународног права и потврђеним међународним уговорима, осим у поступку који се води због прибављања таквих доказа.“

Члан 84. став 1 (незаконити докази)

„Докази који су прибављени противно члану 16. став 1. овог законика (незаконити докази) не могу бити коришћени у кривичном поступку.“

б. Апсолутни карактер забране мучења

На основу члана 202. **Устава Републике Србије**, којим се дозвољава дерогација људских права у случају проглашења ванредног или ратног стања, такво одступање није могуће у погледу чланова 25. и 28. Другим речима, ова права су апсолутно заштићена. Међутим, такав статус није дат и члану 39. Устава којим се прописује забрана протеривања, иако се посредно може извући закључак да је такав карактер дат признањем апсолутног карактера члану 25. Устава, којим се забрањује мучење. Код релативних права, односно права подложних ограничењу, Устав прописује да мере одступања не смеју да доведу до разликовања на основу расе, пола, језика, вероисповести, националне припадности или друштвеног порекла.

■ Устав Републике Србије

Члан 202 (дерогација људских права)

„По проглашењу ванредног или ратног стања, дозвољена су одступања од људских и мањинских права зајемчених Уставом, и то само у обиму у којем је то неопходно. Мере одступања не смеју да доведу до разликовања на основу расе, пола, језика, вероисповести, националне припадности или друштвеног порекла.

Мере одступања од људских и мањинских права престају да важе престанком ванредног или ратног стања.

Мере одступања ни у ком случају нису дозвољене у погледу права зајемчених чл. 23, 24, 25, 26, 28, 32, 34, 37, 38, 43, 45, 47, 49, 62, 63, 64. и 78. Устава.“

в. Дефиниција мучења

Уставом Републике Србије, као ни Европском конвенцијом о људским правима, није дефинисано шта се подразумева под мучењем. Ипак, дефиниција мучења уведена је у **Кривични законик Републике Србије**²³³ у члану 137, а који се налази у Глави 14. под називом “Кривична дела против слобода и права човека и грађанина”. Тиме се законодавац определио за инкриминисање овог дела ради обезбеђења

²³³ „Службени гласник РС”, бр. 85/05, 88/05, 107/05, 72/09, 111/09, 121/12, 104/13, 108/14, 94/16.

кривичноправне заштите људског достојанства сваког лица и његовог интегритета. Чланом 137. заједнички су инкриминисани злостављање и мучење. Тако се прво наводи да ће се казном затвора до једне године казнити лице које злоставља другог или према њему поступа на начин којим се вређа људско достојанство. Ставом 2. овог члана инкриминише се мучење за које може бити изречена казна у трајању од 6 месеци до 5 година. У питању је дело до којег долази применом силе, претње, или на други недозвољени начин, а којим се другоме нанесе велики бол или тешке патње, у циљу да се од њега или неког трећег добије признање или друго обавештење или да се он или неко треће лице застраши или незаконито казни, или ако се то учини из друге побуде засноване на било каквом облику дискриминације. Дело ће бити квалификовано ако га учини службено лице у вршењу службе, када се може изрећи затворска казна у трајању од 3 месеца до 3 године за прво дело, а од 1 до 8 година за друго дело. Поред кривичног дела злостављања и мучења, чланом 136. инкриминише се дело изнуђивање исказа, које ће бити кажњиво казном затвора од 3 месеца до 5 година када службено лице у вршењу службе употреби силу или претњу или друго недопуштено средство или недопуштен начин у намери да изнуди исказ или неку другу изјаву од окривљеног, сведока, вештака или другог лица. Постојаће квалификовано дело уколико је изнуђивање исказа или изјаве праћено тешким насиљем, или ако су услед изнуђеног исказа наступиле нарочито тешке последице за окривљеног у кривичном поступку, за шта је могуће изрећи затворску казну у распону од 2 до 10 година. Комитет против мучења је у својим Закључним запажањима о Другом периодичном извештају Републике Србије 2015. године изразио забринутост због непостојања усклађености ова два поменута члана који се баве делима мучења и због чињенице да они нису усаглашени са свим елементима кривичног дела мучења, како је дефинисано чланом 1. Конвенције УН против мучења, на коју се у својим пресудама ослања и Европски суд за људска права. Посебно је указано на проблем непостојања кривичног дела мучења у случају да је оно учињено од стране или уз подстицање, или уз изричиту или прећутну сагласност државног службеника или другог лица које поступа по службеној дужности.

г. Забрана мучења у контексту забрање протеривања

Чланом 39. **Устава Републике Србије** гарантује се слобода кретања и прописује да се улазак странца и његов боравак уређује законом. **Законом о заштити државне границе**²³⁴ одређује се да се државна граница може прећи само на граничним прелазима, а ван граничног прелаза државна граница се може прелазити у случају када је то одређено међународним уговором или у случају више силе. Самим Законом уређена је заштита државне границе и начин вршења заштите, која подразумева контролу прелажења и обезбеђење неповредивости државне границе, спречавање и откривање кажњивих дела и учинилаца тих дела, заштиту живота и здравља људи и животне средине, као и спречавање илегалне миграције.

²³⁴ „Службени гласник РС”, бр. 97/08 и 20/15.

■ Закон о странцима

Члан 11 (прелазак државне границе ван граничног прелаза)

„Ван граничног прелаза државна граница се може прелазити само у случају више силе или ако је тако одређено међународним уговором.

У случају више силе државна граница се може прећи у било које време и на било ком месту. Лица која су државну границу прешла у случају више силе дужна су да о томе обавесте граничну полицију без одлагања, односно одмах по престанку разлога који су условили такав начин преласка државне границе.“

Приликом граничне контроле на уласку у Републику Србију, или на њеној територији, странац може усмено или писаним путем да изрази намеру да тражи азил пред овлашћеним полицијским службеником Министарства унутрашњих послова, што је гарантовано чланом 22. став 1. Закона о азилу. Након изражене намере да се тражи азил, на основу члана 23. став 1. Закона странцу се издаје потврда о израженој намери за тражење азила и он се у року од 72 сата упућује да се јави одређеном центру за азил (члан 22. став 2).

Слобода кретања је подложна ограничењу, и Уставом се, у члану 39. став 3, прецизира да у случају странца, он може бити протеран само на основу одлуке надлежног органа, у законом предвиђеном поступку у којем је гарантовано право жалбе, и то тамо где му не прети прогон по неком од пет основа која се признају Конвенцијом о статусу избеглица, или где му не прети озбиљно кршење Уставом гарантованих права.

■ Устав Републике Србије

Члан 39. став 3 (слобода кретања)

„Улазак странаца у Републику Србију и боравак у њој уређује се законом. Странац може бити протеран само на основу одлуке надлежног органа, у законом предвиђеном поступку и ако му је обезбеђено право жалбе и то само тамо где му не прети прогон због његове расе, пола, вере, националне припадности, држављанства, припадности одређеној друштвеној групи, политичког мишљења или где му не прети озбиљно кршење права зајемчених овим уставом.“

Законом о странцима забрањује се принудно удаљење странца уколико му на територији земље на коју се протерује прети опасност по физички и психички интегритет. Ово право не односи се на странца који представља опасност за јавни поредак, што ће бити случај ако постоји основана сумња да угрожава беубедност Републике Србије, или да је правноснажном пресудом осуђен за тешко кривично дело. Ипак, овај изузетак се неће примењивати на странца који би удаљењем био изложен мучењу, нечовечном или понижавајућем поступку или казни. Занимљиво је поменути да се апсолутни карактер забране протеривања не односи на опасност

од лишавања живота, те се може закључити да апсолутни карактер члана 47. није до краја признат.

■ Закон о странцима

Члан 47 (забрана принудног удаљења)

„Странац не сме бити принудно удаљен на територију где му прети прогон због његове расе, пола вере, националне припадности, држављанства, припадности одређеној друштвеној групи или политичког мишљења.

Одредба става 1. овог члана неће се примењивати на странца за кога се основано може сматрати да угрожава безбедност Републике Србије или који је правноснажним пресудом осуђен за тешко кривично дело, због чега представља опасност за јавни поредак.

Независно од одредби става 2. овог члана странац не сме бити принудно удаљен на територију на којој постоји ризик да ће бити подвргнут мучењу, нечовечном или понижавајућем поступању или кажњавању.“

д. Услови пријема и боравка тражилаца азила и миграната у Србији

Странци који по оцени граничне полиције не испуњавају услове за улазак у Републику Србију смештају се у посебне транзитне просторије на аеродрому, где могу боравити од неколико дана до неколико недеља. Ове просторије нису погодне за дужи боравак. Странац који изрази намеру да тражи азил смешта се у један од пет центара за тражиоце азила који се налазе у Бањи Ковиљачи, Боговађи, Крњачи, Тутину и Сјеници.

Центри за азил налазе се у саставу Комесаријата за избеглице и миграције, као посебне организације, у смислу Закона о државној управи²³⁵ и Закона о државним службеницима.²³⁶ Средства за финансирање центара за азил обезбеђују се из буџета Републике Србије.

Пријем нових корисника центра врши се радним данима, у радно време центра, односно од 8.30 до 16.30 часова. Смештај се врши уз поштовање начела недискриминације, јединства породице, родне равноправности и бриге о лицима са посебним потребама, у складу са Законом о азилу и могућностима конкретног центра. У центар не могу бити смештена лица којима је потребна помоћ и нега другог лица, која имају психичких проблема, којима је потребна редовна дијализа и друга лица

²³⁵ „Службени гласник РС“, бр. 79/2005, 101/2007, 95/2010, и 99/2014.

²³⁶ „Службени гласник РС“, бр. 79/2005, 81/2005 - испр., 83/2005 - испр., 64/2007, 67/2007 - испр., 116/2008, 104/2009, 99/2014 и 94/2017.

којима је потребна здравствена заштита одговарајуће установе, а која се не може пружити у центру.

Приликом пријема у центар за азил, сви тражиоци азила се здравствено прегледају на начин утврђен **Правилником о здравственим прегледима лица која траже азил приликом пријема у центар за азил.**²³⁷ Здравствени преглед обавља лекар у надлежном дому здравља, оном који је основан за територију на којој се налази центар. По обављеном прегледу, лекар издаје одговарајућу потврду о прегледу и здравственом стању лица, а може издати и упут за другу здравствену установу, уколико је то потребно ради обављања других прегледа и анализа. Запослени у центру су дужни да прате здравствено стање лица која траже азил и евентуалну појаву болести и обољења пријаве надлежном лекару.

Боравак у центру регулисан је **Правилником о кућном реду у Центру за азил,**²³⁸ којим се дефинишу правила понашања лица која траже азил, као и остала питања од значаја за функционисање центара. У центру за азил се поред смештаја обезбеђују и одећа, обућа, исхрана, новчана помоћ и други услови. Активности у центру се одвијају од 6.00 до 22.00 часа, а у летњем периоду до 23.00 часа. Посете су дозвољене сваког дана од 10.00 до 12.00 часова и од 14.00 до 16.30 часова. Током боравка у центру, тражиоци азила могу слободно да се крећу ван центра, али им је за одсуствовање које је дуже од 24 сата потребно одобрење Канцеларије за азил.

■ Закон о азилу

Члан 39 (право на боравак у Републици Србији, смештај и основне животне услове)

„За време трајања поступка лице које тражи азил има право да борави у Републици Србији и за то време, уколико је потребно, има право на смештај у Центру за азил.

У Центру за азил лицима која траже азил обезбеђују се поред смештаја соновни животни услови: одећа, храна, новчана помоћ и други услови, у складу са посебним прописима и начелима поступка за азил.“

Услови у овим центрима су генерално оцењени као задовољавајући, иако се центри у Тутину и Сјеници оцењују као лошији, јер се налазе у хладним деловима земље, што отежава задовољење основних животних потреба тражилаца азила у зимском периоду. Уочено је и да квалитет смештаја и спровођење прописа није уједначено у свим центрима, што у великој мери зависи од величине центра. Такође, током 2015. и 2016. године, дошло је до преоптерећености смештајних капацитета центара, али је у другој половини 2016. и током 2017. године овај проблем у великој мери разрешен.²³⁹

237 „Службени гласник РС“, бр. 93/2008.

238 „Службени гласник РС“, бр. 31/2008.

239 Београдски центар за људска права, Услови у центрима за азил (Србија) (*Conditions in asylum centres (Serbia)*); Саопштење за штампу Делегације Европске уније у РС, „Нови објекат за смештај миграната у Центру за азил у Тутину“, доступан на www.europra.rs, као и подаци УНХЦР доступни на unhcr.rs.

Тражиоци азила могу боравити и у приватном смештају, уколико имају средства да бораве у њему. Ипак, у том случају, они морају добити дозволу од Канцеларије за азил и обавестити је о свакој промени адресе.²⁴⁰

Након избијања мигрантске кризе 2015. године надлежни органи почели су са отварањем прихватно-транзитних центара намењених за привремени смештај и пружање помоћи мигрантима, који нису предвиђени за дуготрајни боравак.²⁴¹

Коначно, лице може бити смештено и у Прихватилишту за странце, на основу члана 3. став 1. тачка 11. **Закона о странцима**. У питању је објекат за смештај странаца којима није дозвољен улазак у земљу или којима је изречено протеривање или удаљење из земље, али их није могуће тако удаљити и којима је, у складу са законом, одређен боравак под појачаним полицијским надзором. Сходно члану 52. **Закона о азилу**, ограничење кретања странца спроводи се одређивањем боравка у Прихватилишту за странце под појачаним полицијским надзором или забраном напуштања Центра за азил, одређене адресе, односно одређеног подручја. Ова мера ограничења слободе кретања може бити изречена из следећих разлога (члан 51. Закона о азилу):

- ради утврђивања идентитета лица;
- ради обезбеђивања присуства странца у поступку азила, у случају када се основано може претпоставити да је захтев поднет у циљу избегавања депортације, или кад без присуства странца није могуће утврдити друге битне чињенице на којима је захтев за азил основан; или
- ради заштите безбедности земље и јавног поретка у складу са законом.

ђ. Рањиве категорије тражилаца азила

Закон о азилу почива на начелу недискриминације (члан 7), начелу родне равноправности (члан 14), начелу бриге о лицима са посебним потребама (члан 15) и начелу посебне бриге о малолетницима без пратње и пословно неспособним лицима (члан 16). У категорију рањивих тражилаца азила спадају:

- малолетници;
- лица потпуно или делимично лишена пословне способности;
- деца одвојена од родитеља или старатеља;
- особе са инвалидитетом;
- старе особе;

240 Информације о азилу за Србију, Београдски центар за људска права, Врсте смештаја (*Asylum Information for Serbia, Belgrade Centre for Human Rights, Types of Accommodation*).

241 Види податке УНХЦР, и Београдски центар за људска права, Право на азил у Републици Србији, 2016, доступно на: <http://www.bgcentar.org.rs/bgcentar/wp-content/uploads/2017/03/Pravo-na-azil-u-Republici-Srbiji-2016-FINAL-za-stampu.pdf>.

- труднице;
 - самохрани родитељи са малолетном децом; и
 - лица која су била изложена мучењу, силовању или другим тешким облицима психолошког, физичког или сексуалног насиља.
- **Закон о азилу**

Члан 7 (начело недискриминације)

„У поступку одобравања азила у Републици Србији, забрањена је свака дискриминација по било ком основу, а нарочито по основу расе, боје, пола, националне припадности, друштвеног порекла или сличног статуса, рођења, вероисповести, политичког или другог убеђења, имовног стања, културе, језика, старости или интелектуалног, сензорног односно физичког инвалидитета.“

Члан 14 (начело родне равноправности)

„Лицу које тражи азил обезбедиће се да буде саслушано од стране особе истог пола, односно преводилац или тумач истог пола, осим када то није могуће или је скопчано са несразмерним тешкоћама за орган који води поступак азила.

Начело из става 1. овог члана увек се примењује приликом претресања, телесних прегледа и других радњи у поступку које подразумевају физички контакт са лицем које тражи азил.“

Члан 15 (начело бриге о лицима са посебним потребама)

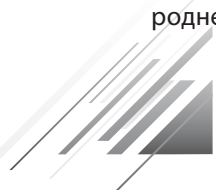
„У поступку азила водиће се рачуна о специфичној ситуацији лица са посебним потребама која траже азил, као што су малолетници, лица потпуно или делимично лишена пословне способности, деца одвојена од родитеља или старатеља, особе са инвалидитетом, старе особе, труднице, самохрани родитељи са малолетном децом и лица која су била изложена мучењу, силовању или другим тешким облицима психолошког, физичког или сексуалног насиља.“

Члан 16 (начело заступања малолетника без пратње и пословно неспособних лица)

„Малолетнику без пратње, као и пословно неспособном лицу које нема законског заступника, орган старатељства ће, пре подношења захтева за азил, одредити старатеља, у складу са законом.

Саслушању малолетника без пратње, односно пословно неспособног лица из става 1. овог члана мора присуствовати старатељ.“

Предлогом закона о азилу и привременој заштити признаје се начело недискриминације (члан 7), начело заштите најбољег интереса детета (чланови 11-12), начело родне равноправности и осетљивости (члан 16), као и начело обезбеђења посебних



процесних и прихватних гаранција (члан 17). Ово последње начело указује на потребу обраћања пажње на специфичну ситуацију лица којима су потребне посебне процесне или прихватне гаранције и проширује категорије "осетљивих тражилаца азила." У питању су:

- малолетна лица;
- малолетна лица без пратње;
- особе са инвалидитетом;
- старија лица;
- труднице;
- самохрани родитељи са малолетном децом;
- жртве трговине људим;
- тешко болесна лица;
- особе са душевним поремећајима; као и
- лица која су била мучена, силована или изложена другим тешким облицима психолошког, физичког или полног насиља, као што су жене жртве сакаћења полних органа.

Органи који одлучују о захтеву за азил признају системску дискриминацију као основ за прогон, када је заснована на једном од пет личних својстава из Конвенције о статусу избеглица, али ће често пронаћи да овакви наводи нису основани.

Тако је у једном предмету Канцеларија за азил утврдила следеће:²⁴²

- Успроведеном поступку Ђ.С.јенавеода удржави порекла постоји дискриминација по националној основи и угрожавање људских права. Поступајући орган био је мишљења да су изнети наводи неосновани и неутемељени. Приликом оцењивања је, између осталог, узет у обзир опсег пружања заштите приликом прогона или злостављања и то тако што се разматрало: 1) меродавно право земље и начин на који се примењује; 2) поштовање права и слобода из Европске конвенције о заштити људских права и основних слобода и/или Међународног пакта о грађанским и политичким правима и/или Конвенције Уједињених нација против мучења, посебно права од којих нису дозвољена одступања према члану 15. став 2. наведене Европске конвенције; 3) поштовање начела враћања у складу са Женевском конвенцијом; 4) постојање система делотворних правних лекова против повреда тих права и слобода.

Такође, лица са психичким сметњама завређују посебну пажњу и увек треба испитати да ли им је потребно поставити старатеља у поступку азила. Тако је Управни суд у једном предмету утврдио следеће:

²⁴² Канцеларија за азил, бр. 26-3689/14, решење од 27. новембра 2015.

- "Одсек за азил током обављања службених радњи од дана подношења захтева за азил и усмене расправе није поступао у складу са чланом 15. Закона о азилу, као и чланом 6. и 8. Закона о општем управном поступку, те је допустила да се радња подношења захтева за азил и саслушања спроведу са лицем које није у стању да разумно одговара на питање и да даје исказ пред првостепеним органом који очигледно има психичке сметње и проблеме са психичким здрављем, што показују извештаји поступајућег лекара специјалисте од 24.12.2012., 22.02.2013., 04.04.2013. и 03.09.2013. године и чињнице утврђене на последњој усменој расправи, на крају које тужилац изјављује да се осећа најлошије од када даје изјаве полицији и Одсеку за азил у Србији. Као доказ напред наведеног, прилаже фотокопије извештаја поступајућег лекара специјалисте, психијатра др С. Л. А. и предлаже саслушање поступајућег лекара специјалисте на наводе о психофизичком стању тужиоца и могућности да равноправно учествује у службеним радњама подношења захтева за азил и усмене расправе у азилном поступку. Првостепени орган и Комисија за азил уместо да утврде разлоге зашто тужилац не може да даје конзистентне изјаве, већ изјаве у којима се очигледно види да губи додир са реалношћу, те уместо да контактирају привременог старатеља и поступајућег лекара специјалисту – психијатра, као и информишу се о могућности лица са дијагнозама и, да учествује у азилном поступку, они одлучују формалистички да спроведу правне радње и одлуче да удаље лице из азилног система. Такође, Комисија погрешно констатује да, се о разлозима постављања привременог старатеља није ништа рекло у смислу способности тражиоца азила да учествује у радњама азилног поступка, иако се у образложењу решења Центра за социјални рад Л., о постављању старатеља, јасно и недвосмислено истиче да се привремени старатељ поставља, с обзиром да се ради о лицу које није способно да се стара о својим правима, због лошег психичког стања у коме се налази. Предлаже да се саслушају странке у спору, позове и саслуша поступајући психијатар др С. Л. А. и нареди поступак психијатријског вештачења у погледу способности подносиоца тужбе М. М., да даје изјаве у погледу разлога сопственог проблема у М. и способности да равноправно учествује у управним азилним радњама, као и сваки други тражилац азила, те да суд на основу приложених и изведених доказа, донесе пресуду којом ће тужбу да уважи и поништи оспорено решење, као и да се поново спроведе азилни поступак уз поштовање посебно осетљивог психо-физичког стања М. М."²⁴³

Примена концепта сигурне треће земље

Одредбом члана 33. став 1. тачка б. **Закона о азилу** прописано је да ће Канцеларија за азил одбацити захтев за азил без његовог мериторног испитивања, ако утврди да је лице које тражи азил дошло из државе у којој не би било изложено прогону, мучењу или понижавајућем поступку, осим ако се докаже супротно. Сагласно члану

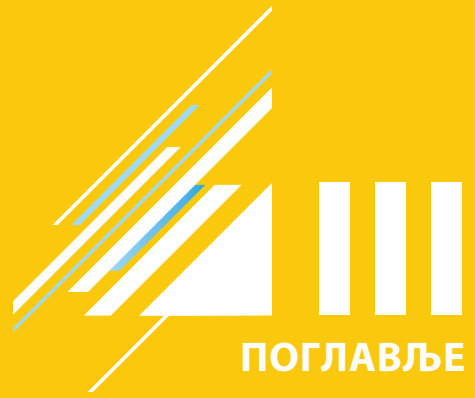
²⁴³ Управни суд, 21 У. 15736/13, пресуда од 9. марта 2015.

33. став 2. Закона, пре доношења решења којим одбацује захтев за азил, Канцеларија за азил ће испитати странца о свим околностима које искључују разлоге за одбацивање захтева за азил из става 1. овог члана.

Мада не прецизира о којим се конкретно гаранцијама ради, Уставни суд Србије је у Одлуци Уж-1286/2012 истакао да:

- Током азилног поступка тражиоцу азила морају бити пружене довољне гаранције да у државама у којима је боравио на путу до Републике Србије неће бити изложен ризику од мучења, деградирајућег или нечовечног поступања и да ће његов захтев за азил бити размотрен у поступку који је у складу са законом и међународним уговором.²⁴⁴

²⁴⁴ Уставни суд Србије, Уж-1286/2012, одлука од 29. марта 2012, «Службени гласник РС», бр. 42/2012.



ПОГЛАВЉЕ

НАЧЕЛО ЗАБРАНЕ ПРОТЕРИВАЊА
(NON-REFOULEMENT) У
МЕЂУНАРОДНОМ ПРАВУ И ПРАВУ
ЕУ И ЊЕГОВЕ ДИМЕНЗИЈЕ У
СУДСКОЈ ПРАКСИ ЕСЉП

A. НАЧЕЛО ЗАБРАНЕ ПРОТЕРИВАЊА ПРЕМА ЖЕНЕВСКОЈ КОНВЕНЦИЈИ

1. Увод

Начело забране протеривања првобитно је уведено Женевском конвенцијом из 1951. године, у којој је у члану 33. став 1. утврђено следеће: Ниједна држава уговорница неће протерати или вратити силом („*refouler*“), *на ма који начин то било, избеглицу на границе територије где би његов живот или слобода били угрожени због његове расе, вере, држављанства, припадности некој социјалној групи или његових политичких мишљења.*

То подразумева да, у начелу, избеглице не смеју бити враћене у земљу у којој имају разлога да страхују од прогона. Иако се формулација одредбе у Женевској конвенцији односи само на случајеве враћања или *протеривања* у верзији документа на енглеском језику, даље расправе о тумачењу тог члана довеле су до тога да се изгради схватање по коме забрана протеривања обухвата како невраћање, тако и неодбијање.²⁴⁵ То је утврђено тумачењем које је дато у Закључку бр. 6 Извршног комитета УНХЦР из 1977. године, у коме је изнова потврђена важност тог начела како на границама, тако и на територији државе.

Начело забране протеривања примењује се и на враћање у земљу порекла и на враћање у било коју интермедијарну земљу у којој би избеглица могао бити суочена с прогоном (ланчано протеривање – ***chain-refoulement***).²⁴⁶ Као изузетак од тог начела, онда када земља азила има ваљане разлоге да – на темељу информација из поузданих извора – сматра да је земља порекла или земља уобичајеног боравишта подносиоца захтева „безбедна“, захтев тог лица и његове потребе за заштитом сматраће се неоснованима, па ће то лице бити враћено у ту земљу на темељу примене правила „сигурне земље порекла“.²⁴⁷ Земља порекла тражиоца азила сматра се сигурном земљом порекла онда када *постоји опште уверење да се у њој не врши прогон.*²⁴⁸

245 Гудвин-Гил, Гај С, Џејн Мекедам, Избеглица у међународном праву (Goodwin-Gill, Guy S, and Jane McAdam, *The refugee in international law*), Oxford: Clarendon Press, 1996, стр. 208. и *Regina v. Immigration Officer at Prague Airport and Another, Ex parte European Roma Rights Centre and Others* [2004] Дом лордова Уједињеног Краљевства, (Правосудни комитет), 9. децембар 2004, став 26.

246 Види Саветодавно мишљење о екстратериторијалној примени *обавеза у вези са забраном протеривања према Конвенцији о статусу избеглица из 1951. године и према Протоколу уз њу из 1967. године*, 26. јануар 2007.

247 Када се уместо у односу на земљу порекла слични разлози размотре у односу на сигурност неке треће земље, та земља ће се сматрати „сигурном трећом земљом“ или „првом земљом азила“. О та два појма биће говора подробније у наредном поглављу.

248 Мол, Нуала, Мередит, Кетрин, Азил и Европска конвенција о људским правима, стр. 72.

Као што је указано у претходним поглављима, Женевска конвенција и Протокол уз њу из 1967. године представљају камен темељац заштите избеглица на међународном нивоу, и то су уједно први инструменти у којима су утврђене карактеристичне одлике и права избеглица као категорије. Међутим, иако ти инструменти представљају суштински темељ за заштиту избеглица и садрже широко прихваћену дефиницију захтева којима је тај статус пропраћен, брзе промене које утичу на тенденције и састав избегличких кретања подстакле су многе да постепено почну да доводе у питање адекватност Женевске конвенције за делотворно хватање у коштац с положајем људи којима је потребна међународна заштита, будући да се тај положај непрестано мења и развија.²⁴⁹

2. Границе начела забране протеривања у Женевској конвенцији

Обим и поимање начела забране протеривања према Женевској конвенцији вероватно представљају једно од најспорнијих питања. Онако како је формулисана у Женевској конвенцији, забрана протеривања у суштини садржи структурна ограничења због којих постаје неадекватна у хватању у коштац с праксом забране протеривања у целини гледано, а нарочито с њеном димензијом која се развија.

i. Субјективно поље дејства забране протеривања према Женевској конвенцији

Из формулације члана 33. Женевске конвенције се на први поглед може закључити да се она примењује само на појединца који испуњава захтеве утврђене у дефиницији избеглице садржане у члану 1. А. став 2. Конвенције из 1951. године („инклузивни критеријуми) и не спада у поље дејства неке од одредаба у којима се утврђује која су лица искључена из примене Конвенције.²⁵⁰ Сходно томе, заштита коју Женевска конвенција пружа ограничена је на „избеглице по Конвенцији“, тј. на оне тражиоце азила чији захтеви испуњавају услове утврђене у дефиницији садржаној у Женевској конвенцији. То ограничење, које очигледно није конзистентно с правилом по коме су тражиоци азила заштићени од репатријације све док се не реши њихов захтев, ближе је разјашњено у закључцима УНХЦР о питању забране протеривања.²⁵¹ Подсећајући на деклараторну и неконститутивну природу поступка за утврђивање из-

249 Кеј Хејлбронер, Привремени и локални одговори на присилне миграције: један коментар (Kay Hailbronner, *Temporary and Local Responses to Forced Migrations: A Comment*), 35 VA. J. INT'L 81, 92–93 (1994); у том тексту је примећено да Конвенција није примерена за решавање проблема великих избегличких таласа.

250 *Ibid.*, став 6.

251 УНХЦР, Саветодавно мишљење о екстратериторијалној примени обавеза у вези са забраном протеривања према Конвенцији о статусу избеглица из 1951. године и према Протоколу уз њу из 1967. године, 26. јануар 2007, став 6.

бегличког статуса, УНХЦР је констатовао да се заштита од протеривања примењује на „она лица чији статус још није формално утврђен”,²⁵² чиме је формално проширио заштиту садржану у тој одредби на тражиоце азила чији се статус још решава. Међутим, тиме што ограничава заштиту од протеривања само на избеглице по Конвенцији, Женевска конвенција искључује из поља свог дејства сва она лица која – иако не задовољавају услове постављене у дефиницији избеглице – ипак имају право на међународну заштиту сходно другим међународним и европским стандардима и инструментима.

ii. Природа опасности

Друго, на основу начина на који је формулисан, чланом 33. став 1. ограничава се заштита од протеривања на оне случајеве у којима би *живот или слобода* избеглице били угрожени у земљи повратка. Имплицитно, чини се да тај члан допушта повратак тамо где би тражилац азила и даље био изложен опасности од прогона, али не би био суочен са опасношћу по свој живот или слободу. И када је о том питању реч, интервенцијом УНХЦР разјашњено је да на основу припремних радова на тексту Женевске конвенције (*travaux préparatoires*) речи „где би његов живот или слобода били угрожени” [...] нису имале за циљ да утврде строжи критеријум од речи „оправдани страх од прогона”, које су наведене у дефиницији [...].²⁵³

iii. Одредбе о искључењу и о престанку статуса и избеглице које се сматрају лицима која представљају „опасност по безбедност”

У члану 1. Ц. ставови 5. и 6. и члану 1. Ф. у такозваним одредбама о престанку статуса и о искључењу из избегличког статуса Женевске конвенције утврђују се неке околности у којима неко лице престаје да ужива статус избеглице због свог понашања или – када је реч о одредбама о искључењу – појединац који иначе испуњава захтеве утврђене у дефиницији ипак бива изричито искључен из избегличког статуса из разлога који су у непосредној вези с његовим понашањем. Конкретно, тим одредбама је предвиђено:

Одредбе о престанку статуса (члан 1. Ц)

Ставовима 5. и 6. члана 1. Ц. утврђује се да Конвенција из 1951. године престаје да се примењује на свако лице на које се односе одредбе из члана 1. А:

252 Извршни комитет УНХЦР, Закључак бр. 6 (XXVIII) о забрани протеривања, *Non-refoulement* (1977), став (ц)2.

253 УНХЦР, Белешка о забрани протеривања (*Note on Non-Refoulement (Submitted by the High Commissioner)*, EC/SCP/2 (1977), став 4, доступна на <http://www.unhcr.rs/media/Beleska%20o%20zabrani%20protjerivanja%20ili%20vraćanja%20silom%20izvrsnog%20ko.pdf>.

- (5) ако, пошто су околности услед којих му је био признат статус избеглице престале да постоје, он не може и даље да одбија тражити заштиту земље чије држављанство има, подразумевајући, међутим, да се одредбе овог става неће примењивати на избеглицу из става 1. члана 1. А. Конвенције који може, на основу ранијих прогона, навести уверљиве разлоге због којих одбија заштиту земље чије држављанство има;
- (6) кад се ради о лицу које нема држављанство, ако је, пошто су околности услед којих му је био признат статус избеглице престале да постоје, оно у стању да се врати у земљу у којој је имало уобичајено место боравка, подразумевајући, међутим, да се одредбе овог става неће примењивати на избеглицу из става 1. члана 1. А. Конвенције који може, на основу ранијих прогона, навести уверљиве разлоге због којих одбија да се врати у ту земљу.

Одредбе о искључењу (члан 1. Е. и Ф)

Е. Ова конвенција се неће примењивати на лице за које надлежне власти земље у којој то лице борави сматрају да има права и дужности везане за поседовање држављанства те земље.

Ф. Одредбе ове конвенције неће се примењивати на лице за које постоје озбиљни разлози да се мисли да је:

- а) извршило злочин против мира, ратни злочин или злочин против човечности дефинисан у међународним инструментима сачињеним у циљу предузимања мера у погледу тих злочина;
- б) извршило тежак неполитички злочин изван земље уточишта пре него што је у њу примљено као избеглица;
- ц) криво за дела која су у супротности са циљевима и начелима Уједињених нација.

Осим тога, без обзира на то што постоје разлози за престанак због којих неко лице више неће бити сматрано избеглицом, односно разлози за искључење због којих тај статус неће ни стећи, Женевска конвенција утврђује и један случај у коме појединац, иако му је, по њеним одредбама, признат статус избеглице, може изгубити корист коју има од начела [забране протеривања] [члан 33. став 1] ако постоје **разумни основи да се тај појединац сматра опасношћу по безбедност земље у којој се налази** или у којој је на неки други начин осуђен правноснажном пресудом за нарочито тешко кривично дело, па се с обзиром на то учињено кривично дело сматра да тај појединац представља *опасност по заједницу у тој земљи*.²⁵⁴

Следствено томе, и она лица која имају право на стицање избегличког статуса и која су стекла статус избеглице могу изгубити заштиту од протеривања по Женевској конвенцији ако се сматра да њихово понашање представља претњу по земљу до-

маћина. Иако таква лица губе заштиту коју Женевска конвенција пружа од протеривања, она, међутим, не престају да буду избеглице.

Међутим, ово је делимично ублажено тиме што је примена члана 33. став 2. ограничена чланом 32, којим је утврђено да избеглица може бити протеран „само ако постоје разлози националне безбедности или јавног реда“, као и да ће се такво протеривање вршити само на основу одлуке донете у прописаном поступку.²⁵⁵ Следствено томе, морају постојати чврста јемства да би се осигурало да се овај изузетак разборито и промишљено користи.²⁵⁶

iv. Однос између Женевске конвенције и других међународних стандарда и инструмената

О свим горе наведеним ограничењима сведоче и виши стандарди заштите који су се развијали напоре, у осталим инструментима Уједињених нација у области заштите људских права. Конкретно, **Међународни пакт о грађанским и политичким правима и Конвенција против мучења и других свирепих, нехуманих или понижавајућих казни и поступака, у својим члановима 7, односно 3**, онемогућују високе стране уговорнице да се понашају на начин који би било ког појединца који је у њиховој надлежности изложио опасности од протеривања, враћања или изручења у државу ако постоје битни разлози за веровање да ће у тој држави то лице бити изложено мучењу²⁵⁷ (Конвенција против мучења, члан 3) или свирепом, нечовечном или понижавајућем поступању или кажњавању (Међународни пакт, члан 7). Чини се да већ само та два инструмента пружају екстензивнију заштиту од оне коју пружа Женевска конвенција, у том смислу што они забрањују да се спроводи ризично враћање без изузетака који би били засновани на избегличком статусу оних који се протерују и прецизно утврђују да опасност која се мора избећи превазилази оно што се односи само на „живот или слободу“ лица која се протерују. То је јасно стављено до знања у **Општем коментару бр. 31 Комитета за људска права**,²⁵⁸ у коме је, у ставу 10, наведено да се Међународни пакт примењује на *све појединце, без обзира на њихово држављанство или на то да су апатриди, као што су [између осталог] тражиоци азила.*

²⁵⁵ *Ibid.*, стр. 32.

²⁵⁶ *Ibid.*

²⁵⁷ Релевантну судску праксу у вези са овом одредбом види у: Комитет УН против мучења (*Agiza v. Sweden*), U.N. Doc. CAT/C/34/D/233/2003, 20. мај 2005.

²⁵⁸ Комитет УН за људска права, Општи коментар бр. 31 [80], Природа опште правне обавезе коју су преузеле државе уговорнице међународног пакта (*General comment no. 31 [80], The nature of the general legal obligation imposed on States Parties to the Covenant*), 26. мај 2004, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, доступан на <http://www.bgcentar.org.rs/bgcentar/wp-content/uploads/2013/04/Op%C5%A1ti-komentari-Komite-ta-za-ljudska-prava.pdf> адреси:

Значајно је то што се **забрана мучења** по члану 3. Конвенције против мучења такође сматра као *jus cogens*,²⁵⁹ па она самим тим има апсолутну природу према међународном праву, што подразумева да су државе у обавези да је поштују без обзира на то да ли су приступиле релевантним инструментима у којима је она садржана. Услед тога, исти ниво заштите примењује се на враћање појединца у ситуацију у којој се он суочава са опасношћу од мучења. То је УНХЦР изричито ставио до знања у једном од својих саветодавних мишљења,²⁶⁰ у којем је истакао да *забрана мучења [као jus cogens] обухвата као своју основну и инхерентну компоненту, забрану протеривања тамо где постоји опасност од мучења, и на тај начин утврђује апсолутну забрану у било ком облику присилног враћања тамо где постоји опасност од мучења; та забрана је обавезујућа за све државе, укључујући и оне које нису постале уговорне стране релевантних инструмената*. Исти ниво заштите примењује се у случајевима у којима постоји опасност од произвољног лишења живота, што УНХЦР тумачи као индиректну забрану да се лица враћају у такве ситуације.²⁶¹

Иако је још увек отворена дебата о *jus cogens* природи забране протеривања сагласно Женевској конвенцији, УНХЦР је у свом коментару²⁶² из 1977. истакао да је *сама чињеница да је већ 70 држава приступило [Женевској конвенцији] знак широке прихваћености начела забране протеривања, које је утврђено у њеном члану 33. став 1*. Све земље чланице ЕУ и Савета Европе су и државе уговорнице Женевске конвенције. Међутим, Турска примењује Женевску конвенцију само у односу на **избеглице из Европе** будући да је изјавила географску резерву у складу са чланом 1. Б. Конвенције, која је и даље на снази, чиме су у том смислу њене обавезе ограничене.

Б. НАЧЕЛО ЗАБРАНЕ ПРОТЕРИВАЊА И ЊЕГОВА ПРИМЕНА САГЛАСНО ПРАВУ ЕУ

Када је реч о начину на који ЕУ разуме начело забране протеривања, посебно су значајне следеће одредбе и инструменти:

1. Члан 78. став 1. Уговора о функционисању ЕУ;
2. Чланови 18. и 19. Повеље Европске уније о основним правима;

²⁵⁹ Тј. на основу неповредивости интереса које штити и због тога што је широко прихваћена на међународном нивоу, она се доживљава као „императивна норма међународног јавног права“, која је Бечком конвенцијом о уговорном праву (од 23. мај 1969. године) у члану 53. дефинисана као норма коју је међународна заједница држава у целини прихватила и препознала као норму од које никакво одступање није могућно [...].

²⁶⁰ УНХЦР, Саветодавно мишљење о екстратериторијалној примени обавеза у вези са забраном.

²⁶¹ *Ibid.*

²⁶² УНХЦР, Белешка о забрани протеривања, EC/SCP/2 (1977), став 5, доступна на <http://www.unhcr.rs/media/Beleska%20o%20zabrani%20proterivanja%20ili%20vracanja%20silom%20izvrsnog%20ko.pdf>.

3. Заједнички европски систем азила и Квалификациона директива;
4. Судска пракса о забрани протеривања и о Квалификационој директиви;
5. Директива о враћању.

Као што је већ истакнуто, на међународном нивоу начело забране протеривања сада представља темељну гаранцију против тешких повреда људских права које наступају услед одлуке о протеривању или враћању. Одрас све ширег прихватања тог начела јесте и чињеница да је заштита од протеривања такође попримила централно место у режиму основних права ЕУ, што се огледа како у уговорима ЕУ (примарном праву ЕУ), тако и у разним документима који спадају у секундарно право ЕУ. У суштини, снажно инкорпорирање забране протеривања у право ЕУ такође је одраз *међународне обавезе која је заједничка за све земље чланице ЕУ*, што је поменуто у преамбули Повеље ЕУ о основним правима и одраз је посвећености ЕУ и земаља чланица заштити међународних људских права и основних слобода.²⁶³

У инструментима примарног права ЕУ, укључујући и Уговор о ЕУ, као и Уговор о функционисању ЕУ и Повељу о основним правима, повиновање начелу забране протеривања у складу са Женевском конвенцијом и другим инструментима изричито је утврђено у **члану 78. став 1. Уговора о функционисању ЕУ** (када је реч о опредељености за успостављање Заједничког система азила ЕУ). Забрана протеривања такође се заснива на **члановима 18.** (право на азил уз поштовање правила из Женевске конвенције) и **19.** (заштита у случају удаљења, протеривања или изручења) Повеље. У Повељи се изричито забрањује да се лице врати у државу у којој постоји озбиљна опасност да ће бити подвргнуто смртној казни, мучењу или другом нечовечном или понижавајућем поступању или кажњавању. За материјално поље дејства начела забране протеривања подједнако су важне одредбе садржане у **члановима 2. и 4. Повеље ЕУ о основним правима** којима се у право ЕУ инкорпорирају међународно прихваћена начела о праву на живот и забрани мучења и нечовечног или понижавајућег поступања или кажњавања.

У конкретном контексту азила и миграција, начело забране протеривања је попримило делимично аутономну димензију у инструментима секундарног права ЕУ, уредбама и директивама које су у тој области донеле институције ЕУ. Тако **Квалификациона директива**²⁶⁴ и **Директива о враћању**²⁶⁵ изричито забрањују протери-

263 Члан 53. Повеље и Уговор о функционисању ЕУ, критеријуми за приступање ЕУ (Критеријуми из Копенхагена), сагласно члану 49. и б. став 1, где се помиње очување људских права.

264 Директива ЕУ 2011/95/EU Европског парламента и Савета од 13. децембра 2011. о стандардима за квалификовање држављана трећих земаља или лица без држављанства за остваривање међународне заштите, за јединствени статус избеглица или лица која испуњавају услове за супсидијарну заштиту и о садржају одобрене заштите (Квалификациона директива ЕУ) (*EU Directive 2011/95/EU of the European Parliament and of the Council of 13 December 2011 on standards for the qualification of third-country nationals or Stateless persons as beneficiaries of international protection, for a uniform status for refugees or for persons eligible for subsidiary protection, and for the content of the protection granted (EU Qualification Directive)*).

265 Директива Савета ЕУ бр. од 16. децембра 2008. о заједничким стандардима и поступцима у државама чланицама за враћање држављана трећих земаља са незаконитим боравком (Директива о враћању) (*COUNCIL DIRECTIVE 2008/115 on common standards and procedures in Member States for returning illegally staying third-country nationals (Returns Directive)*).

вање у својим члановима 21, односно 5. Правне тековине ЕУ које се односе на азил прошириле су групу лица обухваћену заштитом од протеривања (субјективно поље дејства), као и врсте штете од којих, како се тумачи, штити начело забране протеривања (материјално поље дејства). Циљ тих одредаба јесте развој заједничке политике азила, супсидијарне заштите и привремене заштите како би било могуће понудити одговарајући статус свим држављанима трећих земаља којима је потребна међународна заштита и обезбедити да се поштује начело забране протеривања.²⁶⁶

1. Члан 78. став 1. Уговора о функционисању ЕУ

Уговором о функционисању ЕУ изричито је утврђено да је ЕУ чврсто опредељена за стварање Заједничког европског система азила у складу са Женевском конвенцијом из 1951. године. У том смислу, у *члану 78. став 1.* наглашава се обавеза да се поштује начело забране протеривања:

- *Унија развија заједничку политику азила, супсидијарне заштите и привремене заштите којој је циљ да се сваком држављанину треће земље коме је потребна међународна заштита понуди одговарајући статус и обезбеди поштовање начела забране протеривања. Та политика мора бити у складу са Женевском конвенцијом о статусу избеглица од 28. јула 1951. године и Протоколом уз њу од 31. јануара 1967, као и с другим одговарајућим међународним уговорима.*

Сагласно праву ЕУ, забрана спровођења протеривања је на тај начин протумачена у складу са чланом 33. Женевске конвенције.

2. Релевантне одредбе Повеље ЕУ о основним правима

Већ је указано на то да је сагласно Повељи заштита од протеривања изричито утврђена у члану 19. и да је суштински покривена **члановима 2, 4. и 18.** тог документа.

Чланом 18. утврђује се право на азил уз пуно поштовање правила утврђених у Женевској конвенцији из 1951. године, чиме се обухвата и забрана да се спроводи протеривање *из члана 33. Члан 18. гласи:*

- *Зајемчено је право на азил, уз поштовање правила Женевске конвенције о статусу избеглица од 28. јула 1951. и Протокола уз њу од 31. јануара 1967, као и у складу са Уговором о Европској унији и Уговором о функционисању Европске уније (у даљем тексту: Уговори).*

²⁶⁶ Цео тај пасус могућно је наћи у: Чињенице о ЕУ, Заједнички европски систем азила, Трећа реформа (*Factsheet on the EU, The Common European Asylum System, Third Reform*), PE 580.866, стр. 3 на адреси: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/PERI/2017/580866/IPOL_PERI\(2017\)580866_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/PERI/2017/580866/IPOL_PERI(2017)580866_EN.pdf).

У тексту коментара о члану 18. пре свега је разјашњено шта је основ заштите која је у том члану утврђена.²⁶⁷ Текст и тумачење члана 18. првенствено настоје да повежу право на азил с постојећим правним тековинама Уније које се односе на азил и са ограничењима утврђеним у Протоколима уз уговоре. Помињање „Уговора“ указује на правни основ по члану 78. Уговора о функционисању ЕУ, у погледу циља који се односи на развој заједничке политике азила (види горе).

У складу с приступом који је усвојен када је реч о инструментима који чине заједничку европску политику азила, земља чланица може изабрати да ли ће се придружити или се неће придружити одабраним инструментима, те тако само делимично учествовати у креирању заједничке политике. На пример, Уједињено Краљевство и Ирска учествовале су само у „првој фази“ неких инструмената који улазе у састав заједничке европске политике азила, у том смислу да су се придружиле само првобитној, неизмењеној верзији Квалификационе директиве и директива о условима пријема и поступку, док су остале земље чланице ЕУ приступиле измењеним верзијама из 2011. и 2013. године.²⁶⁸ Данска не учествује ни у једном од горе наведених инструмената. Међутим, Уједињено Краљевство и Ирска учествују у измењеној Уредби „Даблин III“ и у Уредби *EURODAC*, које такође обавезују земље које припадају шенгенском простору.²⁶⁹

Протокол о азилу за држављане земаља чланица ЕУ уз Уговор о ЕУ и Уговор о функционисању ЕУ има за циљ да искључи држављане ЕУ из уживања права на азил у некој другој земљи чланице ЕУ.²⁷⁰ Уочено је да је начин на који се у Образложењу уз Повељу о основним правима²⁷¹ говори о члану 18, као о одредби која је „у складу са“ тим протоколом, „донекле нејасан“.²⁷² Исто тако, поред тога што се у тексту члана изоставља било какво помињање тога ко су корисници права на азил,²⁷³ нејасно је и да ли право (на азил сагласно члану 18) треба признати свакоме [...] или само држављанима трећих земаља.²⁷⁴

Чланом 19. се утврђује заштита у случају удаљења, протеривања или изручења на следећи начин:

1. *Забрањено је колективно протеривање.*

267 Образложење уз Повељу о основним правима (*Explanations relating to the Charter of Fundamental Rights*), 2007/C 303/02.

268 Пирс, С., *Анализа друге фазе Заједничког европског система азила: Врли нови свет или бацање бисера пред свиње?* (Peers, S., *Analysis The second phase of the Common European Asylum System: A brave new world – or lipstick on a pig?*), 8. април 2013.

269 Што обухвата и: Норвешку, Исланд, Швајцарску и Лихтенштајн.

270 Пирс, С., Харви, Т., Кенер, Џ., и Ворд, А. (ур.). (2014). Коментар Повеље основних права ЕУ (Peers, S., Harvey, T., Kenner, J., & Ward, A. (Eds.), *The EU Charter of fundamental rights: a commentary*), став 18.03.

271 Образложење уз Повељу о основним правима (*Explanations relating to the Charter of Fundamental Rights*), 2007/C 303/02.

272 Пирс, С., Харви, Т., Кенер, Џ., и Ворд, А. (ур.). (2014). Коментар Повеље основних права ЕУ, став 18.03.

273 *Ibid.*, став 18.04.

274 *Ibid.*, став 18.04.

2. Нико не може бити удаљен, протеран или изручен у државу у којој постоји озбиљна опасност да он буде подвргнут смртној казни, мучењу или другом нечовечном или понижавајућем поступању или кажњавању.

Текст коментара о члану 19. у Образложењу уз Повељу о основним правима гласи:

Став 1. овог члана има исто значење и поље дејства као и члан 4. Протокола број 4. уз ЕКЉП, који се односи на колективно протеривање. Његова је сврха да јемчи да је свака одлука утемељена на конкретном испитивању и да ниједна мера не може бити донета ради протеривања свих лица која имају држављанство одређене државе (види такође члан 13. Међународног пакта о грађанским и политичким слободама).

Став 2. инкорпорира релевантну праксу Европског суда за људска права у вези са чланом 3. ЕКЉП (види Ахмед против Аустрије, пресуда од 17. децембра 1996, 1996-VI, и Серинг, пресуда од 7. јула 1989).

Сагласно члану 4. Повеље о основним правима ЕУ утврђена је апсолутна забрана мучења и нечовечног или понижавајућег поступања, која се изричито подудара с текстом члана 3. ЕКЉП.²⁷⁵ У сфери азила и миграција та јемства су такође инкорпорирана у члан 19. Повеље, који је подударан члану 4. Протокола број 4. уз ЕКЉП и којим се забрањује колективно протеривање, као и протеривање и изручење у земљу у којој би постојала „озбиљна опасност“ да лице које се враћа буде подвргнуто поступању које је у супротности са чланом 4. или у којој би му могла бити изречена смртна казна.

У контексту азила, наведено јемство је изричито инкорпорирано у члан 21. Квалификационе директиве. Међутим, већ је указано на то да постоји потенцијално проблематична тачка у вези с применом члана 19. став 2. у случајевима у којима држављани ЕУ поднесу захтев за азил како би спречили да буду враћени у своју земљу порекла, такође чланицу ЕУ. Протокол 24. уз Уговор о функционисању и Уговор о ЕУ из кога се може извести претпоставка да држављани ЕУ не могу да траже азил у другим земљама чланицама ЕУ представља посебан изазов када је реч о пољу дејства члана 19. став 2. Повеље.²⁷⁶

У својој утврђеној пракси СПЕУ је заступао становиште да системске мањкавости у поступку решавања по захтеву за азил и у условима пријема тражилаца азила могу пружити основ за закључак о повреди члана 4.²⁷⁷

СПЕУ је у вези са захтевом једног холандског суда у предмету М. и Н. Елгафаци против државног секретара за правду, о којем ће доле бити више речи, такође закључио да

²⁷⁵ У пресуди у предмету *C. K. and Others v. Republic of Slovenia*, бр. С-578/16 PPU, Суд правде ЕУ (СПЕУ) је, између осталог, изричито указао на непосредну корелацију између члана 4. и члана 3. како када је реч о „смислу“, тако и када је реч о „пољу дејства“, у складу с начелима која су утврђена у члану 52. став 3. Повеље – спојени предмети бр. С-404/15 и С-659/15, став. 86.

²⁷⁶ Цео став може се наћи у: Пирс, С., Харви, Т., Кенер, Џ., и Ворд, А. (ур.) (2014). Коментар Повеље ЕУ о основним правима став 19.03.

²⁷⁷ Спојени предмети *N. S. and M. E*, бр. С-411/10 и С-493/10, 21. децембар 2011, став 123(2). Члан 19. – Заштита у случају удаљења, протеривања или изручења.

иако се члан 15. став б) у суштини подударан с чланом 3. ЕКЉП, ипак се члан 15. став ц) разликује по свом садржају од члана 3. ЕКЉП и стога га треба независно тумачити.²⁷⁸

3. Заједнички европски систем азила и Квалификациона директива

Као што је наведено у претходним поглављима, ЕУ је од 1999. године почела да поставља темеље за стварање заједничке регулативе о феномену азила кроз успостављање Заједничког европског система азила (ЗЕСА). Прва фаза тог заједничког система, која се одвијала од 1999. до 2005. године, имала је за циљ утврђивање минималних заједничких правила о азилу, да би после ње, од 2008. године, уследила друга фаза која је усмерена ка подизању нивоа заштите, што је значило искорак у односу на минималне стандарде. Правне тековине ЕУ које се односе на азил (*asylum acquis*), које су захваљујући томе настале, представљају корпус права који садржи све инструменте, како директиве, тако и уредбе које је ЕУ усвојила у склопу успостављања ЗЕСА.

Међу инструментима који чине ЗЕСА, **Квалификациона директива о азилу (измењена)** (2011/95/EU), која представља ревидирану верзију претходног, изворног текста (Директиве 2004/83) један је од кључних елемената ЗЕСА када је реч о поштовању начела забране протеривања.

Пре свега, како је горе већ истакнуто, **чланом 21. Квалификационе директиве** утврђује се забрана протеривања како би се осигурало да ниједно лице коме је потребна међународна заштита неће бити враћено тамо где за њега постоји опасност од прогона или опасност да ће му бити нанета озбиљна штета:

1. *Државе чланице поштују начело забране протеривања у складу са својим међународним обавезама.*
2. *Ако није забрањено међународним обавезама наведеним у ставу 1. овог члана, државе чланице могу протерати избеглицу, без обзира да ли је том лицу званично признат статус:*
 - (а) ако постоје оправдани разлози да се дотично лице сматра опасним по безбедност државе чланице у којој се оно налази; или*
 - (б) ако дотично лице, с обзиром на то да је правноснажно осуђено за нарочито тешко кривично дело, представља опасност за друштво те државе чланице.*

Директивом је такође утврђено право на **супсидијарну** заштиту држављана трећих земаља који не испуњавају услове да им се призна избеглички статус по Женевској конвенцији, али којима је ипак потребна међународна заштита зато што су изложени стварној опасности од „озбиљне штете”, онако како је она дефинисана у **члану**

²⁷⁸ Мол, Нуала; Мередит, Кетрин, Азил и Европска конвенција о људским правима, стр. 133.

15. Квалификационе директиве, ако буду враћени у трећу земљу. Чланом 15. дефинисана је „**озбиљна штета**” на следећи начин:

Озбиљна штета представља:

- а) смртну казну или извршење смртне казне;
- б) мучење или нечовечно или понижавајуће поступање или кажњавање подносиоца захтева у земљи порекла;
- ц) озбиљну и индивидуалну претњу животу или физичком интегритету цивилног лица услед општег насиља у ситуацијама међународног или унутрашњег оружаног сукоба.

У ситуацији **оружаног сукоба, међународног или унутрашњег**, озбиљна и индивидуална претња животу и физичком интегритету цивилног лица услед општег насиља такође представља озбиљну штету, као што је СПЕУ установио у предмету **Меки Елгафаџи, Нур Елгафаџи против државног секретара за правду**.²⁷⁹

ПРЕДМЕТ: Меки Елгафаџи, Нур Елгафаџи против државног секретара за правду

НАЧЕЛО: Стање **општег насиља** у земљи може представљати озбиљну штету сагласно члану 15. Квалификационе директиве.

У овом предмету радило се о враћању у Ирак једног ирачког држављанина. Од СПЕУ је тражено да размотри могућност да се подносиоцу представке, за кога је утврђено да не испуњава захтеве који би му омогућили да се квалификује за избеглички статус, призна статус корисника супсидијарне заштите. СПЕУ је своје образложење засновао на значењу израза „озбиљна и индивидуална претња животу и физичком интегритету услед општег насиља у ситуацијама међународног или унутрашњег оружаног сукоба” из члана 15. тачка (ц) Квалификационе директиве. СПЕУ је стао на становиште да тачка (ц) члана 15. те директиве има сопствено поље дејства, које премашује поље дејства на које указују изрази „смртна казна”, „извршење смртне казне” и „мучење или нечовечно или понижавајуће поступање или кажњавање”, који су употребљени у тачкама (а)–(б) члана 15. Квалификационе директиве. Тај израз обухвата ширу опасност од доношења озбиљне штете, на шта упућују специфичне околности самог подносиоца захтева и/или општа ситуација у предложеној земљи повратка. Тако је СПЕУ пре свега установио да *постојање тешке и индивидуалне опасности за живот или физички интегритет подносиоца захтева за супсидијарну заштиту не подлеже услову да тај подносилац захтева достави доказе из којих би се видело да је он посебно на удару због чинилаца који су специфични за његове личне околности.*

Да би подносилац захтева могао да полаже право на супсидијарну заштиту сагласно члану 15. тачка (ц), потребно је да се докаже да ће он, услед деловања чинилаца који су специфични за његове околности и/или услед тога што у датој земљи влада ситуација општег насиља, бити у опасности од тога да му буде нанета „озбиљна штета” уколико буде враћен у ту земљу. Два поменута елемента (општа ситуација и личне околности подносиоца захтева) у директној су корелацији у том смислу да *што је подносилац захтева у већој мери кадар да докаже како је он посебно погођен*

²⁷⁹ *M. and N. Elgafaji v. Staatssecretaris van Justitie*, предмет C-465/07, 2008/C 8/08.

дејством чинилаца који су специфични за његове личне околности, то је нижи ниво општег насиља који је потребан да би он могао да полаже право на супсидијарну заштиту.²⁸⁰ Важи и супротно: изузетно, ниво насиља може да досегне тако снажан интензитет да би цивилно лице о коме је реч, већ због саме чињенице да се нашло на територији те погођене земље или области, могло да буде суочено са стварном опасношћу од наношења озбиљне штете (став 43).

Важно је истаћи да је у наведеном предмету **Меки Елгафаџи, Нур Елгафаџи против државног секретара за правду**, СПЕУ утврдио да се може сматрати како постоји претња појединцу у ситуацијама општег насиља сагласно члану 15. тачка (ц) изузетно [...] онда када степен општег насиља које карактерише оружани сукоб – на основу процене надлежних националних власти којима је поднет захтев за супсидијарну заштиту, или на основу процене судова државе чланице којој је прослеђена одлука о одбијању таквог захтева – досегне толико висок ниво да постоје снажни разлози за уверење да ће то лице, ако буде враћено у релевантну земљу или, већ зависно од случаја, у релевантни регион, већ само због тога што је присутно на територији те земље или тог региона бити суочено са стварном опасношћу од тога да буде изложено таквој претњи (став 45. пресуде).

Према томе, у изузетним ситуацијама на основу којих је могућно извести горе наведени закључак, подносилац захтева може да се квалификује за право на супсидијарну заштиту само због тога што је **присутан у земљи или региону порекла**, тако да се не поставља захтев да то лице засебно докаже своје личне околности.

Сагласно **члану 18. Квалификационе директиве**, лица која се квалификују за супсидијарну заштиту имају конкретно право да им буде пружена заштита од протеривања. Када се процењује да ли се избеглица квалификује за супсидијарну заштиту, мора се размотрити да ли ће у земљи предложеног повратка тај подносилац захтева бити заштићен од штете од које страхује. **Чланом 7. Квалификационе директиве** је прописано:

1. *Заштиту од прогона или озбиљне штете могу да пруже само:*

(а) државни органи;

(б) странке или организације, укључујући међународне организације, које контролишу државу или битан део подручја те државе под условом да желе и да су у могућности да пруже заштиту сагласно ставу 2.

2. *Заштита од прогона или озбиљне штете мора бити делотворна и трајна. Та заштита се, опште узев, пружа ако актери из тачака (а) и (б) става 1. овог члана предузимају разумне мере у циљу спречавања прогона или наношења озбиљне штете, између осталог тако што примењују ефикасан правни систем за откривање, гоњење и кажњавање дела која представљају прогон или наношење озбиљне штете, и ако подносилац захтева има приступ таквој заштити.*

²⁸⁰ *Elgafaji*, став 39; *Aboubacar Diakité v. Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides*, бр. C-285/12, став 31.

3. *Када процењују да ли нека међународна организација контролише државу или битан део њеног подручја и да ли пружа заштиту онако како је то описано у ставу 2. овог члана, државе чланице узимају у обзир сваку смерницу која се може наћи у одговарајућим актима Уније.*

Потребно је предузети разумне кораке да се спречи прогон, а у те кораке спада и управљање делотворним правним системом за откривање, кривично гоњење и кажњавање. Подносилац захтева мора имати приступ таквим системима заштите.

Слично Женевској конвенцији, Квалификациона директива такође садржи и одредбе којима се уређује питање околности које налажу да се **искључи** супсидијарна заштита, па самим тим и да се искључи заштита од протеривања, сходно члану 17:

1. *Држављанин треће земље или лице без држављанства нема право на супсидијарну заштиту ако постоје озбиљни разлози због којих се може сматрати:*
 - (а) *да је извршио злочин против мира, ратни злочин или злочин против човечности дефинисан у међународним инструментима сачињеним у циљу предузимања мера у погледу тих злочина;*
 - (б) *да је извршио тешко кривично дело;*
 - (ц) *да је крив за дела која су у супротности с циљевима и начелима Уједињених нација онако како су ти циљеви и начела наведени у преамбули и члановима 1. и 2. Повеље Уједињених нација;*
 - (д) *да представља опасност за друштво или безбедност државе чланице у којој се налази.*
2. *Став 1. примењује се на лица која подстичу или на други начин учествују у извршењу кривичних и других дела наведених у овом члану.*
3. *Државе чланице могу искључити држављанина треће земље или лице без држављанства из права на супсидијарну заштиту ако је то лице пре свог доласка у државу чланицу извршило једно или више кривичних дела која нису обухваћена ставом 1, а која би, да су извршена у дотичној држави чланице, била кажњива казном затвора, и ако је дотично лице напустило своју земљу порекла искључиво зато да би избегло казне које проистичу из тих кривичних дела.*

Процењивање искључености из међународне заштите мора доћи као други корак, након што се процени да ли лице испуњава услове који га квалификују за међународну заштиту. Појединци који потпадају под одредбе о искључењу не сматрају се избеглицама, нити лицима која имају право на супсидијарну заштиту. Треба нагласити да, из разлога наведених у првом одељку у вези са апсолутном природом заштите од мучења и произвољног лишења живота (и с обзиром на апсолутни карактер еквивалентних одредаба по члану 2. и члану 3. ЕКЉП), чак и када постоје разлози за искључење, у свим случајевима је забрањено да лице буде враћено тамо где му, сагласно горе наведеним одредбама, прети опасност.



4. Начело забране протеривања у пракси СПЕУ по Квалификационој директиви

СПЕУ је у више различитих прилика разјаснио поље дејства и значење забране протеривања када је процењивао различите аспекте Квалификационе директиве и њен однос с другим инструментима ЕУ и међународним инструментима.

СПЕУ је у својој пракси разматрао начело забране протеривања у вези с враћањем у другу државу чланицу ЕУ подносиоца захтева за међународну заштиту. Пресуда која у тој области представља прекретницу била је пресуда у спојеним предметима *Н. С. и М. Е. против комесара за избегличке захтеве и министра правде, једнакости и реформе правосуђа*,²⁸¹ који је познат и као предмет СПЕУ који представља паралелу – истина, уз неке важне изузетке – предмета *М. С. С. против Белгије и Грчке*, који је разматрао ЕСЉП (предмет *М. С. С. против Белгије* већ је размотрен раније у тексту, а о њему ће бити више говора и у наредном одељку).

а. Правило тумачења члана 4. Повеље ЕУ о основним правима у ситуацијама враћања утврђено у предмету *Н. С. и М. Е.*

Спојени предмети C-411/10 и C-493/10 по представкама Н. С. и М. Е. против комесара за избегличке захтеве и министра правде, равноправности и реформе правосуђа

У овом предмету СПЕУ је разматрао да ли је са чланом 4. Повеље сагласна одлука о враћању подносиоца представке (држављана Авганистана, Ирана и Алжира) у прву земљу у коју су незаконито ушли – Грчку – сходно Уредби „Даблин III“ и не водећи рачуна о њиховим тврдњама да њихов повратак изазива опасност од протеривања и ланчаног протеривања, злостављања или прекида поступка по захтеву за азил, као и о наводима које су изнели у погледу неадекватности услова у грчком систему азила, како у смислу поступка, тако и у смислу прихвата.

Делимично прихватајући пресуду коју је ЕКЉП изрекао у предмету *М. С. С.*, СПЕУ је утврдио да право ЕУ онемогућује да се аутоматски претпостави и из тога изведе закључак како држава чланица [која је за то одговорна сагласно Даблинском систему] поштује основна права [ЕУ]. Сагласно томе, **у контексту враћања у неку државу чланицу ЕУ**, члан 4. Повеље (забрана мучења, нечовечног и понижавајућег поступања или кажњавања) мора се тумачити у том смислу да државе чланице [...] не могу пребацити тражиоце азила у „надлежну државу чланицу“ [...] **ако морају бити свесне да систематске мањкавости** у процедури за одобравање азила и у условима прихвата тражилаца азила у тој држави чланици представљају основане разлоге за уверење да би се тражилац азила суочио са стварном опасношћу од тога да ће бити подвргнут нечовечном или понижавајућем поступању у смислу те одредбе (став 104).

Сагласно праву ЕУ, један специфичан аспект питања забране протеривања односи се на могућност да државе чланице ЕУ пребаце тражиоце азила у сигурну трећу

²⁸¹ *N. S. v Secretary of State for the Home Department and M. E. and Others v Refugee Applications Commissioner and Minister for Justice, Equality and Law Reform* [Велико веће], спојени предмети, бр. C-411/10 и C-493/10.

земљу. Питање о томе шта представља сигурну трећу земљу и даље изазива много полемика и недоумица будући да се тај појам не разуме једнообразно на међународном нивоу и нивоу ЕУ, а национална пракса се разликује од земље до земље, тако да у некој земљи постоје виши, а у другој нижи стандарди. Питање **сигурне треће земље** подробније ћемо анализирати у наредном поглављу овог приручника. На овом месту треба указати само на то да је у смислу права ЕУ у члану 38. Директиве о поступцима азила сигурна трећа земља дефинисана као земља о којој држава чланица може размишљати као о земљи у коју ће вратити тражиоце азила ако су испуњени следећи услови:

- *живот и слобода тражиоца азила нису угрожени због његове расне, верске или националне припадности, припадности некој посебној друштвеној групи или политичког мишљења;*
- *не постоји опасност од озбиљне штете и поштују се начело забране протеривања у складу са Женевском конвенцијом и забрана удаљења ако би то довело до повреде његовог права на слободу од мучења и суровог, нечовечног или понижавајућег поступања;*
- *могуће је затражити статус избеглице и [...] остварити заштиту у складу са [Женевском конвенцијом].*

Када примењује концепт сигурне треће земље, држава чланица ЕУ мора се постарати да се поштују правила тако што ће „у сваком појединачном случају разматрати колико је сигурна дата земља за одређеног тражиоца азила и/или тако што ће поштовати националну одредницу земаља које се могу опште узев сматрати сигурним“. У том смислу, примена концепта сигурне треће земље мора бити пропраћена тиме што ће се подносиоцу захтева за азил пружити могућност да оспори употребу концепта сигурне треће земље уз образложење да та трећа земља није сигурна у његовим посебним околностима или да оспори постојање везе између њега и треће земље на основу које држава чланица сматра да је разумно да донесе одлуку о враћању у ту земљу.

СПЕУ је горње питање разматрао у недавном предмету **Шираз Баик Мирза против Канцеларије за имиграције и држављанство**.

**Шираз Баик Мирза против Канцеларије за имиграцију и држављанство,
предмет C-695/15 PPU²⁸²**

Резиме питања и пресуде (приређено на основу приказа чињеница који је садржан у пресуди СПЕУ у ставу 21. и даље):

У овом предмету СПЕУ је разматрао положај у коме се нашао г. Мирза, пакистански држављанин који је незаконито ушао у Мађарску из Србије 2015. године. По уласку у Мађарску, г. Мирза је тамо поднео захтев за међународну заштиту, а онда је напустио место боравка које му је

²⁸² *Shiraz Baig Mirza v Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal*, бр. C-695/15 PPU – захтев за претходно мишљење по основу члана 267. Уговора о функционисању Европске уније који су упутили Управни суд и суд за радне спорове, Дебрецин, Мађарска (*Debreceni közigazgatási és munkaügyi bíróság*) на основу одлуке од 18. децембра 2015. коју је Суд правде ЕУ примио 23. децембра 2015.

одређено, због чега је Канцеларија за азил обуставила поступак разматрања његовог захтева сматрајући „да је захтев пређутно повучен“ (члан 28. став 1. тачка (б) Директиве о поступцима азила). Када су чешке власти пресреле г. Мирзу у тренутку када је покушао да преко Чешке стигне у Аустрију, издат је захтев да Мађарска „поново прихвати“ г. Мирзу, сагласно члану 18. став 1. тачка (ц) Уредбе „Даблин III“, што је Мађарска прихватила.

Тада важећим мађарским правом било је предвиђено да нови захтев за азил г. Мирзе може да буде подвргнут претходном испитивању прихватљивости, што може резултирати тиме да подносилац представке буде враћен у Србију а да се и не приступи разматрању суштине његовог захтева, будући да је Србија, према мађарском праву, била категорисана као „сигурна трећа земља“. Други захтев за азил који је поднео г. Мирза у суштини је одбачен уз образложење да он није доказао да постоје **посебне околности услед којих Србија у његовом случају не може представљати сигурну земљу**. Г. Мирза је уложио жалбу на ту одлуку тврдећи да би он, по повратку у Србију, био суочен са опасностима. Поступак је прекинут док СПЕУ не разјасни питања права ЕУ која су у датом случају спорна.

Разматрајући, између осталог, понашање чешких власти које су вратиле подносиоца захтева у Мађарску, а да нису претходно прибавиле конкретне информације о томе каква су мађарска правила о пребацивању тражилаца азила у сигурне треће земље, СПЕУ је установио да члан 3. став 3. Уредбе „Даблин III“ не спречава да се тражилац азила пошаље у сигурну трећу земљу *када држава чланица која спроводи то пребацивање подносиоца захтева у надлежну државу чланицу није била обавештена током процедуре за поновни прихват о правилима која владају у тој другој држави чланице у вези са слањем подносиоца захтева у сигурне треће земље [...]*. Овај предмет изазива неслагања зато што допушта држави чланице која врши пребацивање тражиоца азила у државу која је надлежна или одговорна сагласно Уредби „Даблин III“ да примени мање ригорозан надзор, чак и онда када није добила никакве претходне информације о томе да ли можда постоји опасност од протеривања због праксе те друге земље чланице у погледу сигурне треће земље.

б. О аутоматском суспензивном дејству правних лекова којима се оспорава предложено враћање у трећу земљу у којој наводно постоји опасност од протеривања

Као што ће даље у тексту бити ближе размотрено у вези са праксом ЕСЉП у односу на забрану протеривања, једна од кључних карактеристика када се разматра питање заштите од ризичног враћања јесте доступност правних лекова са суспензивним дејством, тј. оних правних лекова који могу одложити извршење одлуке о враћању и самим тим спречити настанак потенцијално ненадокнадиве штете лицу које треба да буде враћено.

У склопу ЗЕСА, то се питање уређује у Директиви о поступцима азила 2013/32, којом је замењена Директива 2005/85, у члану 46 (право на делотворан правни лек пред судом), којим се од државе чланице ЕУ изискује *да дозволи подносиоцима захтева да остану на њеној територији док не истекне рок за подношење жалбе, као и до завршетка поступка по жалби*. Аутоматско право да останка на територији те држа-

ве искључено је за подносиоце „одређених врста неоснованих и неприхватљивих захтева“, о којима жалбени орган доноси одлуку разматрајући сваки захтев појединачно.²⁸³

СПЕУ је разматрао који то услови морају да постоје да би се отворило питање потребе за постојањем правног лека који има суспензивно дејство и чије дејство такође мора бити **аутоматско**. Предмет **X и Y**, који је размотрен у наставку текста, представља важан пример у том смислу.

*X и Y против државног секретара за безбедност и правосуђе (предмет Ц-180/17)*²⁸⁴

Захтев за одлуку о претходном питању односи се на значење и поље дејства заштите од протеривања у директивама ЕУ о поступцима азила и о враћању. Предмет се односио на питање да ли правни лек за оспоравање одлуке о враћању сагласно Директиви о враћању и Директиви о поступцима азила мора имати аутоматско суспензивно дејство ако лице које треба да буде враћено тврди да би се у том случају радило о озбиљној опасности од кршења начела забране протеривања.²⁸⁵

Претходно питање које је било постављено:

1. *Да ли члан 13. Директиве 2008/115/ЕЗ (Директиве о враћању) [...] у вези са члановима 4, 18, 19. став 2. и чланом 47 [Повеље ЕУ] треба тумачити тако да жалба, ако је унутрашње законодавство предвиђа у поступку против мере у којој је садржана одлука о враћању у смислу члана 3. став 4 [Директиве о враћању], према праву ЕУ мора имати **аутоматско суспензивно дејство** када држављанин треће земље тврди да би извршење одлуке о враћању имало за последицу озбиљну опасност од повреде начела забране протеривања? [...] Да ли у таквом случају треба одложити протеривање држављанина треће земље о коме је реч до истека рока за подношење жалбе, или, ако је жалба већ поднета, до доношења одлуке по њој, а да држављанин треће земље о коме је реч при том не мора да поднесе посебан захтев у том смислу?*
2. *Да ли члан 46 [Директиве о поступцима азила] у вези са члановима 4, 18, 19. став 2. и чланом 47 [Повеље ЕУ] треба тумачити на тај начин да жалба, ако је унутрашње законодавство предвиђа у поступку против одбијања захтева за признавање међународне заштите, пре-*

²⁸³ Европска унија: Европска агенција за основна права, Приручник из европског права у области азила, граница и имиграције – издање за 2014, стр. 102.

²⁸⁴ X, Y v. *Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, бр. С-180/17, захтев за одлуку о претходном питању који је упутио Државни савет (Холандије) 7. априла 2017.

²⁸⁵ Директива о поступцима азила, члан 46. став 6:

У случају одлуке:

- (а) да је захтев очигледно неоснован сагласно члану 32. став 2. или да је захтев неоснован према члану 31. став 8, осим у случајевима када се такве одлуке темеље на околностима из члана 31. став 8. тачка (х);
- (б) да је захтев неприхватљив сагласно члану 33. став 2. тачке (а), (б) или (д);
- (ц) о одбијању поновног разматрања предмета подносиоца захтева након што је претходно разматрање било обустављено сагласно члану 28;
- (д) о одбијању разматрања или непотпуном разматрању захтева према члану 39, суд је овлашћен да одлучује о томе може ли подносилац захтева остати на територији државе чланице, на захтев подносиоца захтева или по службеној дужности, ако таква одлука доводи до престанка права подносиоца захтева да остане у држави чланице и ако у таквим случајевима домаће законодавство не предвиђа право подносиоца захтева да остане у држави чланице до доношења одлуке по правном леку.

ма праву ЕУ, мора имати аутоматско суспензивно дејство? Другачије речено, да ли у таквом случају треба одложити протеривање подносиоца захтева до истека рока за подношење жалбе или, ако је та жалба већ поднета, док се не донесе одлука о њој, а да подносилац захтева о коме је реч не мора у том смислу да поднесе посебан захтев?

3. Да ли је за постојање таквог аутоматског суспензивног дејства још увек релевантно то да ли је захтев за међународну заштиту, који је био разлог за тужбу, а касније и за жалбу, одбијен због неког од разлога који су наведени у члану 46. став 6. Директиве 2013/32/ЕУ? Алтернативно, да ли тај захтев важи за све врсте одлука које су везане за азил, а наведене су у тој директиви?

** Захтев за одлуку о претходном питању је поднет и сада се чека пресуда СПЕУ.

Пресуда у том предмету биће донета на темељу досадашње праксе СПЕУ у вези с тим питањем, уз посебно позивање на предмет *Муса Абдида*,²⁸⁶ у коме је СПЕУ стао на становиште да се чланови 5. и 13. Директиве 2008/115/ЕЗ [Директиве о враћању], у вези са члановима 19. став 2. и 47. Повеље основних права ЕУ и чланом 14. став 1. тачка (б) те директиве морају тумачити у том смислу да **не допуштају да домаће законодавство не предвиђа правни лек са суспензивним дејством** на одлуку којом је држављанину треће земље оболелом од тешког обољења наложено да напусти територију државе чланице, када би извршење те одлуке могло изложити тог држављанина треће земље озбиљној опасности од тешког и неповратног погоршања његовог здравственог стања.

У предмету *Мердад Гезелбаш против државног секретара за безбедност и правосуђе*,²⁸⁷ СПЕУ је разјаснио могућност да се правило о суспензивном дејству правних лекова прошири на случајеве пребацивања сагласно Уредби „Даблин III“. Установивши да члан 27. став 3. Уредбе „Даблин III“ не пружа аутоматско суспензивно дејство захтеву тражиоца азила да се одложи извршење одлуке о његовом пребацивању по тој уредби, СПЕУ је приметрио да у ситуацијама које су упоредиве са ситуацијом из датог предмета, члан 27. став 3. мора да се тумачи у том смислу да, у ситуацији налик на ону из главног поступка, тражилац азила може у склопу правног лека против одлуке о свом пребацивању да се позове на неправилну примену критеријума за одређивање надлежности из поглавља III наведене уредбе, [...] (став 61).

в. Одлуке СПЕУ у предметима о укидању избегличког статуса и искључењу из њега (одредбе о престанку и искључењу) и њиховом односу с начелом забране протеривања на нивоу ЕУ:

- Престанак избегличког статуса и забрана протеривања

²⁸⁶ *Centre public d'action sociale d'Ottignies-Louvain-La-Neuve v. Moussa Abdida*, предмет бр. С-562/13.

²⁸⁷ *Mehrdad Ghezalbash v Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, предмет бр. С-63/15.

М. против Министарства унутрашњих послова (предмет бр. С-391/16)

Захтев за одлуку о претходном питању који је поднео Врховни управни суд (Чешка Република) 14. јула 2016. – М. против Министарства унутрашњих послова (предмет бр. С-391/16)

Питање које је упућено: Да ли је члан 14. ставови 4. и 6. Директиве 2011/95/EУ 1 Европског парламента и Савета о стандардима за квалификовање држављана трећих земаља или лица без држављанства за остваривање међународне заштите за јединствени статус избеглица или лица која испуњавају услове за супсидијарну заштиту и садржај одобрене заштите неважећи зато што крши члан 18. Повеле о основним правима ЕУ, члан 78. став 1. Уговора о функционисању ЕУ и општа начела права ЕУ у смислу члана 6. став 3. Уговора о Европској унији?

То је био захтев за одлуку о претходном питању који је у јулу 2016. године упутио један чешки суд (Врховни управни суд – Nejvyšší správní soud). Чешки суд је упитао СПЕУ да ли је члан 14. став 4. Квалификационе директиве ЕУ, којим се државама чланицама допушта да **опозову, пониште или одбију да обнове лицу статус избеглице због његовог криминалног понашања или тога што он представља безбедносни ризик, неважећи у светлу начела забране протеривања**. У свом објашњењу чешки суд је указао на то да „обавезујућа природа забране да се лице врати ако би се тим враћањем прекршило начело забране протеривања представља део обавезе да се нико не подвргне мучењу или нечовечном или понижавајућем поступању или кажњавању сагласно члану 3. ЕКЉП и члану 4. и члану 19. став 2. Повеле, а то начело се примењује кад год постоји стварна опасност да би се такво поступање могло догодити услед присилне депортације или изручења. Већ је примећено да ће одговор СПЕУ на питања чешког суда, који се још увек чека, „бити од пресудног значаја за будући развој права ЕУ“, јер би он у смислу тумачења могао да изазове отклон у односу на апсолутни карактер забране протеривања.

■ **Искључење из статуса избеглице и начело забране протеривања**

Када је реч о обиму и примени **одредаба о искључењу** Квалификационе директиве, мора се размотрити предмет СПЕУ С-57/09 и С-101/09, који приказујемо даље у тексту:

СПЕУ - С-57/09 и С-101/09 Савезна Република Немачка против Б. и Д.

У овом предмету СПЕУ је дао смернице за то како треба примењивати **одредбе о искључењу**. Чињеница да је лице о коме се у овом предмету ради било припадник једне организације и да је активно подржавало оружану борбу те организације **није аутоматски представљала озбиљан разлог да се може сматрати да су поступци тог лица „тешко кривично дело противно међународном праву“ или „дела која су у супротности са циљевима и начелима УН“**.

И једна и друга наведена класификација искључиле би то лице из заштите коју пружа статус избеглице. Појединачна процена чињеница карактеристичних за сваки случај понаособ мора бити основ на коме ће се утврдити да ли постоје озбиљни разлози да се сматра да је лице о коме је реч криво за такве поступке или кривична дела. Ту процену треба спровести како би се установило да ли радње које је извршила наведена организација испуњавају услове садржане у тим одредбама и да ли се индивидуална одговорност за извршење тих радњи може приписати одређеном лицу, водећи рачуна о стандарду доказивања који је потребан на

основу члана 12. став 2. Директиве. СПЕУ је такође додао да основ за искључење из избегличког статуса не зависи од тога да ли лице представља актуелну претњу за државу чланицу у којој се оно налази, нити од процене сразмерности у односу на конкретан предмет.

■ Укидање избегличког статуса и начело забране протеривања

Када је реч о питању **да ли се може сматрати да чланство у таквој врсти организације активира право државе чланице да примени своје дискреционо овлашћење и укине дозволу боравка избеглици** по основу „опасности за безбедност“ или друштвену заједницу и тиме ту избеглицу изложи потенцијално ризичном враћању, треба анализирати предмет C-373/13:

СПЕУ- C-373/13, Х. Т. против Савезне Покрајине Баден Виртемберг

***Овај резиме је преузет и делимично приређен из Европске базе података о праву азила EDAL.*

У овом предмету радило се о пољу дејства члана 21. Квалификационе директиве у односу на одступање од заштите од протеривања и могућности укидања боравишне дозволе која је издата некој избеглици по основу члана 24. те директиве.

Х. Т. је био турски држављанин курдског порекла, који је затражио азил у Немачкој због својих политичких активности у избеглиштву којима је подржавао Радничку партију Курдистана (ПКК). Године 1993. признат му је избеглички статус и добио је трајну дозволу боравка. Доцније је Х. Т. осуђен, сагласно унутрашњем праву Немачке, због тога што је прикупљао новчана средства за ПКК (та организација је у Немачкој забрањена) и што је учествовао на њеним састанцима. Донето је решење о његовом протеривању којим му је претходно издата боравишна дозвола аутоматски престала да важи. Извршење тог решења је одложено због снажних породичних веза које је Х. Т. имао у Немачкој и због тога што је он и даље уживао статус избеглице.

Немачки суд се обратио СПЕУ са следећим претходним питање: **да ли се може сматрати да чланство лица у таквој врсти организације активира право државе чланице да оствари своје дискреционо овлашћење и укине том лицу већ издату избегличку дозволу боравка** на основу тога што се то лице разумно може сматрати „*опасношћу по безбедност државе или, након што је осуђено правоснажном пресудом за нарочито тешко кривично дело, [...] опасношћу за заједницу*, у том смислу да треба да буде подвргнуто протеривању сагласно члану 21. Квалификационе директиве“.

СПЕУ је тумачио две групе основа за губитак дозволе боравка која су наведена у члану 21: „разуман основ“ за веровање да избеглица о којој је реч представља безбедносни ризик и „уверљиви разлози који се тичу националне безбедности или јавног реда“. Ти појмови се не дефинишу ближе у Директиви, а верзије текста Директиве на различитим језицима разликују се међу собом. Зато је СПЕУ прешао на тумачење тих правила у општем контексту Директиве – заштите људских права и развоја заједничке политике. По мишљењу СПЕУ, протеривање избеглице је „крајња мера“ када више нема никакве друге могућности за заштиту националне безбедности или јавности. Због тога што може имати „драстичне“ последице по избеглицу, сама та мера подлеже „ригорозним условима“.

Подршка некој терористичкој организацији уврштеној на списак приложен уз Заједничку позицију Савета 2001/931/ЦФСП од 27. децембра 2001. у вези с применом конкретних мера

за борбу против тероризма, у верзији која је била на снази у то време, може представљати један од „убедљивих, непобитних разлога националне безбедности или јавног реда“ у смислу члана 24. став 1. Директиве 2004/83, чак и ако нису испуњени услови утврђени у члану 21. став 2. те директиве. Како би дозволу боравка претходно издату избеглици могли да ставе ван снаге, на основу члана 24. став 1. те директиве, на основу тога што тај избеглица подржава такву терористичку организацију, надлежни органи су ипак дужни да спроведу, под надзором националних судова, индивидуалну процену конкретних чињеница које се тичу поступака како организације, тако и самог избеглице о коме је реч. Ако држава чланица одлучи да протера избеглицу чија је боравишна дозвола стављена ван снаге, али одложи извршење те одлуке, ускраћивање приступа повластицама зајемчених Поглављем VII те директиве није у складу са истом том директивом, осим ако је реч о изузетку који је изричито прописан у њеном самом тексту.

г. Директива о враћању

Забрана протеривања садржана је такође и у члану 5. Директиве о враћању (2008/115/EC), којом се шире уређују одлуке о враћању миграната у нередовне ситуације. Релевантна одредба гласи:

- *Државе чланице приликом спровођења ове директиве узимају у обзир:*
 - (а) *најбоље интересе детета;*
 - (б) *право на породични живот;*
 - (в) *стање здравља држављанина треће земље о којем је реч и*
 - (г) *поштују начело забране протеривања.*

Према томе, забрана протеривања важи за све мигранте у свакој нередовној ситуацији, без обзира на то какве су њихове потребе за заштитом.



В. ДИМЕНЗИЈА НАЧЕЛА ЗАБРАНЕ ПРОТЕРИВАЊА У ЕКЉП И У ПРАКСИ ЕСЉП

ЕСЉП је дефинисао забрану протеривања као инхерентну обавезу по основу члана 3,²⁸⁸ која налаже високим странама уговорницама да се уздрже од поступака због којих би појединац који је под њиховом контролом могао бити изложен мучењу или нечовечном или понижавајућем поступању или кажњавању.²⁸⁹

У предмету **Серинг** (анализираном у Поглављу II), ЕСЉП је потврдио начело по коме одговорност државе по основу члана 3. може наступити и услед понашања које се догађа на њеној територији и услед одлуке саме те државе да врати појединца у земљу у којој ће бити изложен стварној опасности од поступања које је у супротности с тим чланом (у предмету **Серинг** контекст је била одлука о изручењу).²⁹⁰ У пресудама донетим у предметима *Крус Варас против Шведске* и *Вилвараџа против Уједињеног Краљевства*, ЕСЉП је прихватио применљивост начела установљеног у пресуди у предмету **Серинг** на одлуке о враћању које се доносе у контексту миграција и азила,²⁹¹ истакавши да одговорност државе која враћа тражиоца азила постоји онда када су представљени **снажни разлози** за уверење да се лице на које се односи одлука о враћању суочава у земљи повратка са стварном опасношћу од тога да ће бити подвргнуто поступцима који су у супротности са чланом 3.

Наведено начело примењује се *a fortiori* у предметима у којима се враћањем отвара опасност од повреде по основу члана 2 (право на живот), иако је тражени стандард доказивања другачији. Обавеза поштовања чланова 2. и 3. ЕКЉП има апсолутни карактер и она **не толерише изузетке према члану 15**. ЕКЉП (рат или друге ванредне ситуације).²⁹² Следствено томе, исти ниво заштите примењује се на одлуке о враћању које би могле довести до повреде таквих права. То је одлика која уноси важну додатну вредност у поље дејства начела забране протеривања онако како је то поље дејства утврђено Женевском конвенцијом и правом ЕУ (горе).

²⁸⁸ УНХЦР, *Саветодавно мишљење о екстратериторијалној примени обавеза у вези са забраном протеривања сагласно Конвенцији из 1951. године о статусу избеглица и Протоколу уз њу из 1967*, 26. јануар 2007.

²⁸⁹ ЕСЉП се први пут позабавио овим питањем када је разматрао применљивост на предмете у којима се радило о изручењу (кроз пресуду у предмету *Soering v. the United Kingdom*, пресуда од 7. јула 1989), а потом и када се бавио проширивањем непосредних јемстава на захтеве тражилаца азила, у предмету *Cruz Varas and Others v. Sweden*, представка бр. 15576/89, и *Vilvarajah and others v. the United Kingdom*, представке бр. 13163/87, 13164/87 и 13165/87, пресуда од 30. октобра 1991. Доцније је Суд још једном потврдио то своје становиште у предмету *Chahal v. the United Kingdom*, представка бр. 22414/93, Извештај од 27. јуна 1995.

²⁹⁰ Мол, Нуала, Мередит, Кетрин, Азил и Европска конвенција о људским правима).

²⁹¹ *Ibid.*, где се цитира *Cruz Varas and Others v. Sweden*, представка бр. 15576/89, став 70. и *Vilvarajah and others v. the United Kingdom*, представке бр. 13163/87, 13164/87 и 13165/87.

²⁹² За детаљну анализу овог питања види: Мол, Нуала, Мередит, Кетрин, Азил и Европска конвенција о људским правима.

Заштита коју пружа ЕКЉП у предметима који се односе на протеривање примењује се без обзира на:

- **Миграциони статус лица које треба да буде враћено (депортовано)** (тј. да ли лице о коме је реч има право на азил или на друге облике заштите) → чиме се превазилазе ограничења из члана 33. став 2. Женевске конвенције и одговарајућих одредаба ЕУ која ограничавају заштиту од протеривања само на избеглице и тражиоце азила.
- **Када постоји опасност од протеривања, понашање лица које треба да буде враћено није од значаја** за одлуку о враћању: члан 3. се примењује без обзира на понашање мигранта, колико год то лице било непожељно или опасно → закључак да избеглица представља *опасност за друштвену заједницу у тој земљи* у случајевима који су утврђени по основу члана 33. став 2. Женевске конвенције безначајан је за питање применљивости члана 3. у случају дотичног избеглице.

Пресуде у предметима Сади и Чахал (види подробне анализе у претходном поглављу)

У предмету *Сади против Италије*, Уједињено Краљевство је у својству интервенијента безуспешно покушало да убеди ЕСЉП да измени приступ који је користио у предмету *Чахал*, тврдећи да због тешке природе кривичног дела које је у датом случају разматрано (саучесништво у тероризму) државама треба да буде дозвољено да (став 119. пресуде) *користе имиграционо законодавство да би се заштитиле од спољних претњи њиховој националној безбедности*. Залажући се за то, Уједињено Краљевство се изричито позвало на одредбе Женевске конвенције о искључењу из избегличког статуса. Због неизвесности у погледу обима и врсте опасности с којом би се мигрант стварно суочио у земљи повратка, Уједињено Краљевство је даље тврдило да *претња коју представља лице које треба да буде депортовано мора бити један од чинилаца који ће се процењивати у односу на могућност и природу потенцијалног злостављања, као и да разлози националне безбедности морају утицати на стандард доказивања који се тражи од подносиоца представке*. Задржавајући становиште које је претходно заузео у предмету *Чахал*, ЕСЉП је још једном потврдио да понашање лица које је изложено опасности од повреда по основу члана 3. није од значаја, али је признао да су **државе суочене са „знатним тешкоћама“ због хватања у коштац с тероризмом** (став 137. пресуде). Апсолутна природа члана 3. забрањује да се заштита која се пружа по том члану одмерава у односу на „интересе заједнице у целини“ (став 138. пресуде), као и да „опасност“ коју представља појединац и опасност с којом ће он бити суочен по повратку нису појмови између којих постоји узајамна веза и „могу се процењивати само независно један од другог“ (став 139. пресуде).

Опште карактеристике члана 3. и његова применљивост на случајеве миграција и азила већ су размотрене у претходном поглављу овог приручника у којем је дата подробна анализа начела која се односе на члан 3. и примене тог члана на азил). **Стога ћемо се у овом одељку усредсредити само на оне материјалне и процесне аспекте члана 3. који су значајни за предмете који се односе на протеривање тражилаца азила.**

■ **Забрана протеривања – процена опасности према ЕКЉП**

Већ је речено да за ЕСЉП, да би установио да се у неком предмету ради о повреди члана 3. у контексту одлуке о враћању, **„мора бити доказано да постоје снажни разлози за уверење да постоји стварна опасност од поступања које није у складу са чланом 3”**.²⁹³ У том циљу, ЕСЉП мора проценити „услове у земљи пријема у односу на стандарде утврђене у члану 3”. Наиме, у случају враћања и имајући на уму „све околности датог предмета”,²⁹⁴ укључујући конкретне околности лица које треба да буде депортовано, мора се доказати да би подносилац представке био изложен злостављању које би досегло „минимални степен озбиљности” који је потребан према члану 3.

■ **Доношење привремених мера сагласно правилу 39. Пословника ЕСЉП.**

Такозване *Привремене мере* које су предвиђене у правилу **39. Пословника ЕСЉП** представљају кључни инструмент конвенцијског система у контексту предмета који се односе на протеривање. Сходно том правилу:

1. *Веће, или, када је то примерено, председник одељења или дежурни судија именован (...) може, на захтев странке или било ког другог заинтересованог лица, или на сопствену иницијативу, одредити странкама сваку привремену меру за коју сматра да треба бити одређена у интересу странака или у интересу правилног вођења поступка пред тим већем.*
2. *Када се то сматра прикладним, Комитет министара може бити одмах обавештен о мери која је одређена у конкретном предмету.*
3. *Веће, или, када је то примерено, председник одељења или дежурни судија именован сагласно члану 4. овог правила, може да тражи информације од странака о сваком питању које је повезано с применом било које привремене мере која је одређена.*
4. *Председник суда може да прогласи потпредседнике одељења за дежурне судије који ће одлучивати о захтевима за привремене мере.*

Када се у контексту одлука о враћању одреде мере у складу с горе наведеним правилима, извршење одлуке о враћању/протеривању се, по правилу, одлаже до доношења одлуке о сагласности предвиђеног враћања с правима која су заштићена по Конвенцији, и притом се посебно води рачуна о могућим повредама чланова 2. или 3, будући да се за те повреде сматра да могу проузроковати **потенцијално непосредну и ненадокнадиву штету ако се остваре самим чином враћања**. У предметима *Маматкулов и Аскарров против Турске*, *Олаеча Кауас против Шпаније* и *Бен Хемаис против Италије*²⁹⁵ ЕСЉП је стао на становиште да се *неповино-*

²⁹³ Види, између осталог: *NA. v. the United Kingdom*, представка бр. 25904/07; *Mamatkulov and Askarov v. Turkey* [Велико веће], представке бр. 46827/99 и 46951/99, став 67.

²⁹⁴ *Hilal v. the United Kingdom*, представка бр. 45276/99, став 60.

²⁹⁵ *Mamatkulov and Askarov v. Turkey* [Велико веће], представке бр. 46827/99 и 46951/99, *Olaechea Cahuas v. Spain*, представка бр. 24668/03, *Ben Khemais v. Italy*, представка бр. 246/07.

вањем мерама одређеним на основу правила 39. осујећује **остваривање права на појединачну представку**, па самим тим крши члан 34. ЕКЉП.

Предмети у којима су тражене и одобрене привремене мере

** Из: Мол, Нуала; Мередит, Кетрин, Азил и Европска конвенција о људским правима, стр. 133.

Привремене мере су тражене и одобрене у многим предметима, укључујући:

- *Серинг 1988*, када је привремена мера искоришћена да би се спречило изручење у САД;
- *Д. против Уједињеног Краљевства* – да би се спречило пребацивање лица оболелог од сиде у терминалној фази болести на Сент Китс;
- *Хил против Холандије* – питање протеривања у Авганистан;
- *Ф. Х. против Шведске* – протеривање у Ирак;
- *Абдолхани и Кариманиа против Турске* – подносиоцима представке претило је протеривање у Ирак или Иран;
- *Бен Хемаис против Италије* – протеривање у Тунис појединца који је био осуђен због припадништва једној терористичкој организацији.

Докази и терет доказивања

У процесном смислу, ЕСЉП врши процену узимајући у разматрање „**целокупан материјал који му је предочен или, ако је то неопходно, материјал који је прибављен *proprio motu***“.²⁹⁶ Постојање стварне опасности према члану 3. ЕСЉП се, због тешке и ненадокнадиве природе последица, **темељно испитује**.²⁹⁷

Када је реч о терету доказивања, у начелу је подносилац представке тај који треба да приложи доказе који могу потврдити да постоје снажни разлози за уверење да ће наступити опасност од повреде члана 3, а потребно је да доказни материјал буде такав да отклони сваку сумњу у погледу доказа оног тренутка када буде предочен.²⁹⁸ Међутим, када се ради о тражиоцима азила, ЕСЉП признаје да, с обзиром на специфичне околности којима се одликује категорија којој они припадају, често је „у светлу [њихове] рањивости и [...] посебног положаја у коме се налазе“²⁹⁹ потребно применити начело *in dubio pro reo* у погледу веродостојности исказа и докумената који су предочени.

У односу на захтеве за азил који су засновани на **општепознатој опасности**, онда када су информације о таквој опасности слободно доступне из великог броја изво-

²⁹⁶ *Saadi v. Italy* [Велико веће], представка бр. 37201/06, став 128. у ком се цитира *H. L. R. v. France*, став 37. и *Hilal v. the United Kingdom*, став 60. Види, такође: *Chahal v. the United Kingdom*, став 96.

²⁹⁷ *Saadi v. Italy* [Велико веће], представка бр. 37201/06, став 142, *Jabari v. Turkey*, представка бр. 40035/98.

²⁹⁸ *Saadi v. Italy* [Велико веће], представка бр. 37201/06, став 139; *N. v. Finland*, представка бр. 38885/02, став 167.

²⁹⁹ *U. F. G. Sweden* (став 121) и *Salah Sheekh v. the Netherlands*, представка бр. 1948/04, став 148.

ра, ЕСЉП тумачи обавезе држава према члану 3. у том смислу да се од њих захтева да на сопствену иницијативу изврше процену те опасности.³⁰⁰

Ради утврђивања опасности која постоји да одлуком о протеривању буду повређена права утврђена Европском конвенцијом, пре свега чланови 3. и 2, ЕСЉП примењује тест у којем се узимају у обзир *предвидљиве последице* такве одлуке,³⁰¹ утврђене на основу анализе **личних околности**³⁰² појединца и **материјалних околности у земљи повратка**.³⁰³ У том смислу су изузетно значајна и **дипломатска уверавања** која даје земља у коју лице треба да се врати на захтев државе која тражиоца азила враћа. У пракси ЕСЉП у неколико наврата је оцењиван квалитет дипломатских уверавања. У том смислу су посебно илустративни предмети ***Бадер и Канбор против Шведске и Сади против Италије***.

Сагласно пракси ЕСЉП, дипломатска уверавања морају у најмању руку испунити 11 минималних услова који су таксативно наведени у кључној пресуди ***Отман против Уједињеног Краљевства***.³⁰⁴

Када настоји да утврди опасност од враћања, ЕСЉП придаје подједнак значај опасности која проистиче из општих услова у земљи (као што су драстична кршења људских права, политички немири, оружани сукоби) и личним карактеристикама услед којих би враћено лице могло да буде изложено већој или другачијој опасности.

Када је конкретно реч о **индивидуалним околностима**, ЕСЉП је признао да, у циљу процене опасности „дужну пажњу треба такође посветити могућности да извештан број индивидуалних чинилаца, ако се сваки од њих сагледава засебно, не мора представљати стварну опасност; међутим, када се сагледају кумулативно и када се размотре у ситуацији општег насиља и појачаних мера безбедности, исти чиниоци могу довести до стварне опасности”.³⁰⁵ **Међутим, докази о ранијем прогону у конкретном случају могу бити снажна назнака да ће лице о коме је реч и убудуће бити изложено великој опасности ако буде враћено.**³⁰⁶

■ Како се процењује „општа ситуација у земљи”

Ради процене опште ситуације у земљи, ЕСЉП узима у обзир информације садржане у извештајима независних међународних невладиних организација и владиних организација, укључујући „*Amnesty International*, ... Стејт департамент САД”,³⁰⁷ *Human*

300 *M. S. S.*, став 366.

301 *Vilvarajah and others v. the United Kingdom*, представке бр. 13163/87, 13164/87 и 13165/87, став 108.

302 *Ibid.*

303 Европска унија: Европска агенција за основна права, Приручник из европског права у области азила, граница и имиграције – издање за 2014. годину.

304 *Othman (Abu Qatada) v. the United Kingdom*, представка бр. 8139/09, став 189.

305 *NA. v. the United Kingdom*, представка бр. 25904/07, став 130.

306 Европска унија: Европска агенција за основна права, Приручник из европског права у области азила, граница и имиграције i *R. C. v. Sweden*, представка бр. 41827/07.

307 *M. S. S.*, став 348.

Rights Watch, Pro-Asyl и Европски савет за избеглице и прогнанике [ECRE]³⁰⁸ као и домаћих организација које су активне на терену. Да би се утврдила безбедност једне земље, придаје се дужна пажња учесталости публикација и непротивречној природи информација садржаних у њима.³⁰⁹

Када се догађало да су извори информација „непознати, а закључци неконзистентни с другим веродостојним извештајима“, ЕСЉП је закључивао да докази о којима је реч нису поуздани.³¹⁰

Савет Европе је у контексту враћања саопштио да власти треба да „размотре све информације које достави [...] (УНХЦР)“.³¹¹ Када се помоћу доказа који су предочени у датом предмету процени „општа ситуација“, онда је за анализу конкретних околности на које је подносилац представке указао „потребно да се ти наводи поткрепе другим доказима“.³¹²

■ Општа ситуација насиља и неизвесне ситуације

Ситуације **општег насиља** у земљи у коју се лице враћа не узрокују аутоматски повреду члана 3.³¹³ и морају бити додатно потврђене извештајем о конкретним индивидуалним околностима.³¹⁴

НА. против Уједињеног Краљевства

Тако је нпр. у предмету **НА. против Уједињеног Краљевства**, иако се није сматрало да је ниво општег насиља према Тамелима из организације Ослободилачки тигрови тамилског Елама (LTTE) у Шри Ланки такав да може оправдати општу забрану да се лица враћају у одређено подручје земље, ЕСЉП ипак прихватио да „поједини Тамели [а посебно Тамели који су веома познати као опозициони активисти или које LTTE из неких других разлога доживљава као отпаднике или издајнике] могу доказати да би чак и у таквим околностима били изложени стварној и личној опасности.“³¹⁵

Иако се није радило о томе у околностима овог конкретног подносиоца представке, ЕСЉП је ипак испитао његове наводе о опасности због здруженог дејства индивидуалних фактора ризика идентификованих у датом предмету, процењених у односу на контекст *погоршања*

308 *Saadi v. Italy* [Велико веће], представка бр. 37201/06, став 131. и види, нпр. *Chahal v. the United Kingdom* [Велико веће], представка бр. 22414/93, ставови 99–100; *Muslim v. Turkey*, представка бр. 53566/99, став 67; *Said v. the Netherlands*, представка бр. 2345/02, став 54, *Al-Moayad v. Germany* (одлука), представка бр. 35865/03, ставови 65–66.

309 *Ibid.*

310 Европска унија: Европска агенција за основна права, Приручник из европског права у области азила, граница и имиграције, стр. 128, *Sufi and Elmi v. the United Kingdom*, представка бр. 8319/07 и 11449/07, ставови 230–234.

311 Савет Европе: Комитет министара, Двадесет смерница о присилном враћању (*Twenty Guidelines on Forced Return*), 4. мај 2005, Г.2.3, ; *Jabari v. Turkey*, представка бр. 40035/98.

312 *Mamatkulov and Askarov v. Turkey* [Велико веће], представке бр. 46827/99 и 46951/99, став 73, и *Muslim*, горе наведен, став 68, *Saadi v. Italy* [Велико веће], представка бр. 37201/06, став 131.

313 Приручник Европске агенције за основна права, види горе, стр. 71.

314 *NA. v. the United Kingdom*, представка бр. 25904/07, став 114.

315 *Ibid.*, став 137.

безбедносне ситуације у Шри Ланки и пратећег појачавања општег насиља и поштрених мера безбедности.³¹⁶ Конкретно, чињеница да је подносилац представке неколико пута био хапшен у земљи под сумњом [иако је на крају та сумња одбачена] да је повезан са *LTTE*, као и то да је у Уједињеном Краљевству поднео захтев за азил који није усвојен, између осталог, били су значајни за доношење закључка о томе да у његовом случају постоји опасност од тога да ће бити изложен злостављању.

ЕСЉП је установио да општа ситуација, сама по себи, условљава повреду члана 3. само у најекстремнијим случајевима општег насиља, када постоји стварна опасност од злостављања због саме чињенице да би појединац, када би био враћен, био изложен таквом насиљу.³¹⁷ То се дешава онда када се сматра да је насилна ситуација таква да је досегла довољан ниво интензитета ... [у том смислу] да појединац уопште не мора да доказује да би му било горе него другим члановима групе којој он сам припада.³¹⁸ То је било карактеристично у кључној пресуди у предмету **Суфи и Елми против Уједињеног Краљевства**,³¹⁹ где је опште насиље у Могадишу у Сомалији [оцењено као] насиље довољног нивоа интензитета да представља стварну опасност по живот и физички интегритет сваког цивилног лица које се тамо нађе.

У овом предмету ЕСЉП је, што је веома важно, утврдио критеријуме за мерење интензитета који је потребан да би се нека насилна ситуација могла сматрати „крајње екстремном“ и самим тим таквом да сама може да проузрокује повреду члана 3, тако што је прихватио контролни списак који није исцрпан, а који је користио британски Трибунал за азил и имиграције у предмету *AM и AM* (Сомалија), оценивши да тај списак представља „**одговарајуће мерило**“ помоћу кога је могућно проценити ситуацију у датом предмету.

ЕСЉП је нарочито размотрио следеће:

1. Да ли је била примењена таква тактика ратовања која је повећавала опасност од цивилних жртава или је непосредно на мети имала цивиле;
2. Да ли је коришћење таквих метода и/или тактике било широко распрострањено међу странама у сукобу;
3. Да ли су борбе биле локализоване или су биле широко распрострањене;
4. Колики је био број цивила који су убијени, рањени или расељени услед тих борби.

Строже је и становиште ЕСЉП у **неизвесним ситуацијама**. ЕСЉП је често разматрао питање како је могућно проценити опасност од злостављања у ситуацији која се карактерише околностима које се непрестано мењају. У предмету **Муслим про-**

³¹⁶ *Ibid.*, став 142.

³¹⁷ *Ibid.*, став 115.

³¹⁸ Европска унија: Европска агенција за основна права, Приручник из европског права у области азила, граница и имиграције.

³¹⁹ *Sufi and Elmi v. the United Kingdom*, представке бр. 8319/07 и 11449/07, ставови 241 и 250, 293. За новију процену ситуације у Сомалији види пресуду ЕСЉП у предмету *K. A. B. v. Sweden*, представка бр. 886/11.

тив Турске, као и у предмету **Султани**, на пример, *сама могућност злостављања због неизвесне ситуације* није оцењена као чинилац који, сам по себи, узрокује повреду члана 3,³²⁰ већ је било потребно да се то поткрепи другим елементима. У предмету **Вилвараца и други**, иако је у целини гледано признао могућност да ће млади Тамили ако буду враћени у Шри Ланку бити притворени, ЕСЉП се уверио да су „посебне карактеристике“ које су предочили подносиоци представке у свом предмету *биле такве да је Уједињено Краљевство на основу њих могло или је требало да буде у стању да предвиди повреду члана 3. у овом предмету.*³²¹

■ **Изузеци од захтева да се предоче докази о личним факторима ризика**

Иако је опште правило да ЕСЉП разматра сваки предмет појединачно сагледавајући његове конкретне околности, како је то горе дефинисано, могу искрснути неке ситуације у којима је очигледна природа опасности таква да није неопходна процена личних фактора ризика.³²²

То је, на пример, случај *када је појединац припадник групе која је подвргнута систематском злостављању.*³²³ Када постоје наводи о припадништву таквој групи, ЕСЉП заступа становиште да *заштита по члану 3. Конвенције ступа на сцену онда када подносилац представке докаже [...] да постоје озбиљни разлози да се верује у то да постоји пракса о којој је реч и да је он заиста припадник те групе.*³²⁴ У таквим околностима и ако ти озбиљни разлози постоје, терет доказивања који лежи на подносиоцу представке се ублажава у том смислу да *ЕСЉП онда неће инсистирати на томе да подносилац представке докаже да постоје додатне посебне одлике ако би услед настојања да се то докаже, заштита по члану 3. постала илузорна.*³²⁵ Према томе, општа ситуација насиља у земљи јесте чинилац који ЕСЉП разматра када одлучује о томе да ли ће бити примерено да се у конкретном предмету траже додатни елементи.³²⁶

Салах Ших против Холандије³²⁷

Питање да ли постоје озбиљни разлози да се верује да је подносилац представке припадник групе која је подвргнута систематском злостављању *решава се у светлу навода самог подносиоца представке и информација о ситуацији у одредишној земљи које се односе на групу*

320 *NA. v. the United Kingdom*, представка бр. 25904/07, став 115; *Saadi v. Italy* [Велико веће], представка бр. 37201/06, став 131, *Vilvarajah and others v. the United Kingdom*, представке бр. 13163/87, 13164/87 и 13165/87, став 111.

321 *Vilvarajah and others v. the United Kingdom*, представке бр. 13163/87, 13164/87 и 13165/87, ставови 111–112.

322 *Ibid.*

323 *Ibid.*, где ЕСЉП цитира пресуде у предметима *H. and B. v. the United Kingdom*, представке бр. 70073/10 и 44539/11, став 91; *Salah Sheekh v. the Netherlands*, представка бр. 1948/04.

324 *Saadi v. Italy* [Велико веће], представка бр. 37201/06, став 132.

325 *NA. v. the United Kingdom*, став 116.

326 *Ibid.*, и *Salah Sheekh v. the Netherlands*, представка бр. 1948/04, став 148; *Saadi v. Italy* [Велико веће], представка бр. 37201/06, ставови 132. и 143.

327 *Salah Sheekh v. the Netherlands*, представка бр. 1948/04.

о којој је реч. У пресуди у предмету *Салах Ших* (став 148), поступање према припадницима племена *Ашраф* у неким деловима *Сомалије*, као и чињеница да припадништво овог подносиоца представке том племену није ничим оспорено, били су довољни да ЕСЉП на основу њих закључи како би његово протеривање представљало повреду члана 3.

■ Процена ризика: Временско поље дејства

ЕСЉП је утврдио да, према општем правилу, постојање опасности на коју се пози-ва подносилац представке *мора бити оцењено првенствено у односу на чињенице које су биле познате или је требало да буду познате* високој страни уговорници у време протеривања.³²⁸ Према томе, у начелу, време протеривања одређује праг обавезе државе која враћа подносиоца да испољи дужну пажњу како би утврдила каква је ситуација у предложеној земљи повратка.

Међутим, када се протеривање одложи и у време кад ЕСЉП разматра тај предмет оно још није спроведено, ЕСЉП у својој пракси прихвата да је *релевантно оно време у коме се одвија поступак пред Европским судом*,³²⁹ с обзиром на то да „иако су историјске чињенице занимљиве у тој мери што оне осветљавају актуелну ситуацију и указују на начин на који ће се она вероватно развијати, садашње околности имају одлучујући значај“ за утврђивање стварног, конкретног ризика. Према томе, неопходна је *целовита и ех-липс процена зато што се ситуација у одредишној земљи може током времена мењати*.³³⁰ Важно је приметити да је у предметима у којима протеривање још није спроведено, ЕСЉП стао на становиште да је *ех-липс процена* неопходна и онда када се ради о наводној повреди члана 3 (апсолутно право), као и онда када се ради о повреди неког права које **није апсолутно**, као што је члан 8.³³¹

Осим тога, ако релевантне информације постану доступне чак и **после датума протеривања** – а у интересу прикупљања елемената који су значајни за то да се потврди или оспори оцена коју је висока страна уговорница дала у погледу основаности страхова подносиоца представке³³² – ЕСЉП је истакао да није спречен [...] да се упозна са информацијама које су релевантне до тог тренутка.³³³

328 *Saadi v. Italy* [Велико веће], представка бр. 37201/06, став 141, *Ilias and Ahmed v. Hungary*, представка бр. 47287/15, став 105; *Muminov v. Russia*, представка бр. 42502/06, ставови 91–92.

329 *Venkadajalasarma v. the Netherlands*, представка бр. 58510/00, став 63; *Saadi v. Italy* [Велико веће], представка бр. 37201/06, став 141.

330 *NA. v. the United Kingdom*, представка бр. 25904/07, став 112, *Saadi v. Italy* [Велико веће], представка бр. 37201/06, став 133; *Salah Sheekh v. the Netherlands*, представка бр. 1948/04, став 136.

331 Европска унија: Европска агенција за основна права, Приручник из европског права у области азила, граница и имиграције, *A. A. v. the United Kingdom*, представка бр. 8000/08, став 130.

332 Између осталог: *Cruz Varas and Others v. Sweden*, представка бр. 15576/89, став 76.

333 *Ilias and Ahmed v. Hungary*, представка бр. 47287/15; *Mamatkulov and Askarov v. Turkey* [Велико веће], представке бр. 46827/99 и 46951/99, став 69.

■ Извор опасности у ситуацијама протеривања

Као што је већ показано у општој анализи члана 3. у претходном поглављу овог приручника, ту одредбу подједнако могу прекршити државни актери, као и, својим чињењем, недржавни актери, а да њене повреде може доћи и услед самих хуманитарних услова у земљи. На темељу запажања изнетих у првим одељцима овог поглавља, исто то важи и за ситуације у којима опасност која се разматра проистиче из тога колики су изгледи да подносилац представке буде враћен у неку другу земљу. [Види анализу предмета *Х. Л. Р. против Француске* [недржавни актери], *Д. против Уједињеног Краљевства* и *Н. против Уједињеног Краљевства* [здравствено стање подносиоца представке], као и *Суфи и Елми* [хуманитарни услови] у **Поглављу II** овог приручника.

■ Захтеви везани за делотворан правни лек у односу на забрану протеривања

Сагласно члану 13, ЕКЉП се јемчи право на правни лек *да би се остварила суштина права и слобода по Конвенцији у ком год да су облику та права и слободе осигурани у унутрашњем правном поретку*.³³⁴ Према томе, на члан 13. се не можемо позивати засебно, већ се тај члан користи као средство помоћу кога се пред ЕСЉП може покренути питање неадекватности мера доступних на националном нивоу ради спречавања или исправљања повреде права по Европској конвенцији. Такав правни лек мора бити **делотворан у пракси, као и у смислу закона** како би били испуњени сви захтеви који су с тим у вези постављени у ЕКЉП.³³⁵

Када се тврди да је повређен члан 13. у вези са чланом 3. у контексту враћања, процена делотворности правног лека изискује „(i) **независно и темељно испитивање**“.³³⁶ Исто тако, када постоји ризик од протеривања, што *може имати за последицу неповратну опасност за подносиоца представке*, ЕСЉП налаже да, како би могао да буде делотворан, правни лек има „**аутоматско суспензивно дејство**“.³³⁷

У предмету **Абдолхани и Каримниа против Турске**,³³⁸ Турска је пропустила да размотри захтеве подносилаца представке за привремени азил, као и да их *обавести о разлозима због којих није узела у разматрање њихове захтеве за азил и да им дозволи приступ правној помоћи док су се налазили у полицијској станици у Хаскеју*. Поред тога, подносиоци представке нису могли да поднесу захтев за *поништење одлуке о њиховој депортацији у Ирак или Иран јер им никада нису достављена решења о депортацији* и нису били обавештени о разлозима за предложено удаљење с територије Турске.

³³⁴ *Abdolkhani and Karimnia v. Turkey*, представка бр. 30471/08, став 111.

³³⁵ *Ibid.*, став 115.

³³⁶ *Ibid.*, став 108. и *Muminov v. Russia*, представка бр. 42502/06, став 101; *Gebremedhin v. France*, представка бр. 25389/05, став 66; *Jabari v. Turkey*, представка бр. 40035/98, став 39.

³³⁷ Види Европска унија: Европска агенција за основна права, Приручник из европског права у области азила, граница и имиграције, стр. 102. и даље.

³³⁸ *Abdolkhani and Karimnia v. Turkey*, представка бр. 30471/08, ставови 111–117.

Правни лек који је у Турској било могућно применити против донете одлуке о депортацији **није имао аутоматско суспензивно дејство** – одлагање извршења могао је да одреди само управни суд по основу свог дискреционог права. Оцењено је да су горе наведене околности повредиле права подносилаца представке на делотворан правни лек против протеривања по основу члана 13, а у вези са чланом 3.

У Смерницама Савета Европе о присилном враћању додатно се прецизира да и у вези са решењем о депортацији и у поступку током кога је то решење донето, делотворан правни лек на који лице које се враћа треба да има право мора бити доступан, а у том смислу је посебно важно пружање правне помоћи; такође, требало би да буду утврђени и *рокови [који] не могу бити неразумно кратки* и треба обезбедити да се притужба подносиоца представке темељно испита онда када се тврди да ће одлука о враћању проузроковати повреду члана 3. ЕКЉП.³³⁹ Овај израз треба разумети у значењу које му је дато у пресуди у предмету *Џабари против Турске*, где је ЕСЉП оценио да *аутоматска и механичка примена рока од пет дана за подношење захтева за азил мора да се сматра супротном заштити основне вредности утврђене у члану 3. ЕКЉП* (став 40).

У својој пресуди у предмету **И. М. против Француске**, ЕСЉП је нагласио да делотворност жалбе зависи од захтева који се постављају у погледу квалитета, брзине и суспензивног дејства саме те жалбе, имајући у виду пре свега важност коју ЕСЉП придаје члану 3. и неповратној природи штете за коју постоји вероватноћа да ће бити проузрокована ако се оствари опасност од мучења или злостављања.

И. М. против Француске (бр. 9152/09)

Сценарио и начело: Тражилац азила, који је први пут поднео захтев за међународну заштиту, није добио могућност да користи делотворан правни лек у убрзаном поступку по ком је његов захтев решаван. Обрада захтева према убрзаном поступку није лишила подносиоца могућности да се детаљно размотре њихови захтеви. Међутим, правни лекови који су били на располагању нису предвиђали одговарајуће рокове, тако да су били доступни само у теорији али не и у пракси. Подносилац представке није добио сва релевантна јемства у смислу правне и језичке помоћи која би допринела да тај правни лек буде стварно делотворан те је био повређен члан 13. у вези са чланом 3.

У овом предмету подносилац представке је био судански држављанин који је побегао из Судана, где је држан у притвору, па је отишао у Шпанију надајући се да ће са фалсификованом француском визом успети да пређе границу и уђе у Француску. Подносилац представке је у Француској ухапшен због „незаконитог уласка“ и „коришћења фалсификованих исправа“. Осуђен је на месец дана затвора због кривичног дела, сагласно закону о странцима. Док је био у затвору поднео је захтев за азил, али надлежни орган није евидентирао тај захтев. Потом су предузети кораци у циљу његове депортације. Подносилац представке није добио одговарајућу језичку или правну помоћ како би могао да оспори решење о свом удаљењу с територије Француске. На крају је подносилац представке поднео захтев за азил који је евидентиран и стављен у категорију захтева који ће се решавати по „убрзаном“ поступку, који

³³⁹ *Mohamad v. Austria*, став 72 – природа неповратне штете која може бити нанета; види *Shamayev and Others v. Georgia and Russia*, представка бр. 36378/02, став 448.

је осмишљен за очигледно неприхватљиве или неосноване захтеве, а сматрало се да такви захтеви обухватају и оне који су поднети у контексту протеривања. Након што је поднео захтев за азил, подносилац представке опет није добио одговарајућу правну помоћ, а и званични разговор који је обављен с њим као с подносиоцем захтева за азил обиловао је озбиљним мањкавостима. Будући да су предузете мере за његову депортацију, подносилац представке је **тражио, сагласно члану 39**, да ЕСЉП **одреди привремене мере како би се одложило извршење решења о његовом протеривању и ЕСЉП је то учинио**. Пошто је утврдио да је у датом предмету био повређен члан 13. у вези са чланом 3, ЕСЉП је констатовао да самом обрадом захтева подносиоца представке по убрзаном поступку није онемогућено подробно разматрање његовог захтева. Подносилац представке је био принуђен да у изузетно кратком року упути захтев Управном суду, тако да, иако је он у теорији можда могао да обустави извршење депортације, тај правни лек није био практично остварљив; био је, дакле, доступан само у теорији, а не у пракси. Исто тако, подносиоцу представке нису била пружена сва релевантна јемства у смислу правне и језичке помоћи која су била потребна да би његов правни лек био делотворан.

■ Враћање у друге државе чланице Савета Европе

Важно је да се још једном истакне оно што смо навели у одељку о праву ЕУ у овом поглављу, да из забране протеривања нису изузети случајеви ризичних враћања у државе чланице ЕУ или Савета Европе. Иако је ЕСЉП у својој пракси везаној за предмете о депортацији разматрао одговорност државе која појединца предаје некој трећој држави у којој би се тај појединац могао суочити са опасношћу од озбиљне штете, иста могућност постоји и када би се радило о враћању у земљу која је и сама чланица Савета Европе.

Ту, међутим, постоји једна кључна разлика: она се огледа у чињеници да онда када опасност која се разматра проистиче из одлуке неке државе чланице Савета Европе да појединца врати у другу – и потенцијално ризичну – земљу, која је иначе и сама чланица Савета Европе, обе државе могу бити проглашене одговорнима за повреде права по Евопској конвенцији. У том смислу су илустративни предмети **М. С. С. против Белгије и Грчке** и **Тарахел против Швајцарске**. И један и други предмет већ су размотрени у претходним одељцима овог приручника јер су веома значајни за развој приступа ЕСЉП члану 3. ЕКЉП у контексту азила и миграција. Веома често се о тим предметима говори као о „даблинским предметима“, јер се у њима ради о одлукама о пребацивању које су донете на темељу Уредбе „Даблин III“. Због специфичних аспеката значења који им се приписују, ти предмети ће бити ближе анализирани и у четвртом поглављу овог приручника.

■ Забрана протеривања и могућност алтернативе интерног бекства

ЕСЉП је разматрао још један елемент како би проценио да ли би одлука о враћању довела до повреде начела забране протеривања: тај елемент је могућност алтернативе интерног бекства у предложеној земљи повратка. Када се каже алтернатива

интерног бекства или алтернатива интерног пресељења, у контексту заштите из-беглица, мисли се на могућност да се тражилац азила врати у неко друго подручје у земљи порекла или уобичајеног боравишта где би био безбедан од прогона или доношења штете. Може се догодити да подручје које је означено као „сигурно“, иако не представља општу опасност, није сигурно за одређеног тражиоца азила с обзиром на његове индивидуалне околности или пак није сигурно за целу категорију тражилаца с обзиром на то да они припадају некој посебној групи.

ЕСЉП је први пут изразио своје становиште о том питању у пресуди донетој у предмету ***Вилвараца и други против Уједињеног Краљевства*** 1991. године, саопштивши да сваки млади тамилски мушкарац који се враћа у Шри Ланку мора да покаже посебне карактеристике због којих ће вероватно бити у већој мери изложен забрањеном злостављању него други млади Тамили – иако је признато да су сви они, опште узев, изложени опасности. У својој доцнијој судској пракси, ЕСЉП је у предмету ***Салах Ших против Холандије*** прихватио да ***ако су сви чланови одређене групе изложени стварној опасности*** од злостављања, онда би заштита по члану 3. била лишена целокупне своје делотворности ако би они још додатно морали да доказују да је сваки од њих лично угроженији од других припадника исте групе, који су изложени опасности само због чињенице да су чланови те групе. Пресуда у предмету ***Салах Ших*** била је у исти мах и искорак и одскочна даска за будуће пресуде у предметима ***НА. против Уједињеног Краљевства*** и ***Суфи и Елми против Уједињеног Краљевства***.

Салах Ших против Холандије (бр. 1948/04)

Начело: *Будући да нема алтернатива које би омогућиле интерну заштиту, протеривање у Сомалију тражиоца азила, чији је захтев за међународну заштиту одбијен, представљало би повреду забране мучења и злостављања.*

Подносилац представке, држављанин Сомалије из Могадиша, припадник мањинског племена Ашраф, избегао је из ситуације грађанског рата и прогона која је погодила њега и његову породицу. Припадници племена Абгал из племенске групе Хавиве, који су командовали селом, убили су му оца и брата и силовали сестру. По одласку из Сомалије, подносилац представке је успео да стигне до Амстердама с фалсификованим пасошем, и одмах по доласку, затражио је азил. Његов захтев за азил је, између осталог, одбијен уз образложење да се он не би суочио са стварном опасношћу од повреде члана 3. ЕКЉП ако би био враћен у неко од умерено сигурних подручја у Сомалији. Подносилац представке је пред ЕСЉП тврдио да би он, с обзиром на своју личну ситуацију, тј. чињеницу да припада мањини у контексту општег кршења људских права у Сомалији, био изложен опасности да буде подвргнут мучењу и злостављању буде ли враћен у земљу.

ЕСЉП је подсетио да са становишта члана 3, одговорност државе која неко лице враћа налаже тој држави да процени услове у земљи у коју лице враћа ослањајући се притом како на домаће, тако и на међународне изворе (нпр. невладине организације, итд.). На темељу тога је у овом предмету ЕСЉП требало да утврди да ли би протеривање у „релативно сигурна“ подручја у Сомалији, како је то предложила холандска влада, представљало повреду члана 3. ЕСЉП је запазио да чак и на тим територијама – које се налазе на северу и које су опште узев

мирније од јужне и централне Сомалије – **постоји знатна разлика између појединаца који потичу из тих подручја и појединаца који долазе из других делова Сомалије** и истакао да су, како се тврди, три најрањивије групе у Сомалији управо интерно расељена лица, мањине и повратници из избеглиштва, као и да би подносилац представке, када би био враћен у *релативно сигурна* подручја, свакако спадао у све те три категорије.

Према томе, иако само по себи није у супротности са ЕКЉП да се државе ослањају на интерну заштиту, **морају постојати извесне гаранције: лице које треба да буде враћено мора бити у могућности да путује у област о којој је реч, да тамо буде примљено и настани се у њој, јер ако тих гаранција нема, може се отворити питање по члану 3.**

Утврђујући да ли би подносилац представке био изложен опасности од повреде члана 3. ако би био приморан да оде у друга подручја Сомалије која се по једнодушној оцени сматрају небезбеднима, ЕСЉП је приметрио да, будући да је г. Салах Ших већ био жртва нечовечног поступања у Сомалији – а у општој ситуацији у тој земљи није забележена никаква суштинска промена – нема ничега што би указивало на то да би се подносилац представке сада нашао у ситуацији која би се разликовала од оне из које је побегао.

У закључку, ЕСЉП је приметрио да су подносилац представке и његова породица били на мети напада зато што су припадници ашрафске мањине и управо из тог разлога нису имали никакву могућност заштите. **ЕСЉП је саопштио да се од подносиоца представке не може тражити да утврђује да постоје друге посебне карактеристике** када је реч о њему лично да би доказао да је он сам био у опасности и да је и даље у опасности. Правећи искорак у односу на приступ за који се определио у предмету *Вилвараца*, ЕСЉП је стао на становиште да би заштита коју пружа члан 3. могла постати илузорна ако би се, поред саме чињенице да је припадник племена Ашраф, од подносиоца представке још захтевало да докаже да постоје друге посебне одлике. Имајући на уму општу ситуацију у *релативно небезбедним* подручјима Сомалије, ЕСЉП је заузео став да би подносилац представке, када би тамо био враћен, вероватно био изложен поступању којим се крши члан 3. ЕКЉП.

■ Начело забране протеривања и колективно протеривање према члану 4. Протокола бр. 4

Конечно, од кључног значаја за начело забране протеривања јесте одредба садржана у члану 4. Протокола бр. 4 којом се забрањује колективно протеривање странаца. У сржи те забране је колективна природа поступка протеривања који се ту разматра, тј. реч је о околности по којој једна група странаца бива погођена мером протеривања, а да **није извршена процена индивидуалних околности** лица која су том мером погођена. Та одредба се сама по себи не односи ни на једну одређену групу миграната, те је потпуно безначајно да ли су лица погођена мером протеривања обични мигранти или тражиоци азила који су изложени опасности – свако је заштићен чланом 4. Протокола бр. 4. Забрана утврђена у тој одредби примењује се на одлуке о враћању или удаљењу донете у различитим околностима:

А. На аеродромима – види предмет *Чонка против Белгије* – ЕСЉП је процењивао сагласност са чланом 4. Протокола бр. 4. колективног протеривања ромских тражилаца азила, где су постојали озбиљни процесни недостаци.

- В. Пресретање и спречавање уласка на мору** – Забрана по основу члана 4. Протокола бр. 4. такође је протумачена као забрана која обухвата пресретање и спречавање уласка на територију (*push-back*) група људи на отвореном мору – види предмет *Хирши Џама и други против Италије*.
- С. На копненим границама** – исто резонување важи и за неформално враћање, тј. спречавање уласка на копненој граници – види предмет *Н. Д. и Н. Т. против Шпаније*.

Г. ПРИМЕНА ЧЛАНА 3. ЕКЉП (ЗАБРАНА ПРОТЕРИВАЊА) У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ

■ Апсолутни карактер забране протеривања

Чланом 6. **Закона о азилу** Републике Србије уводи се забрана протеривања сваког лица, исто као и чланом 47. **Закона о странцима**. Тако, уколико лицу прети ризик од излагања мучењу, забрана протеривања се јемчи чак и лицу које представља опасност за јавни поредак.

У Одлуци Уж-1286/2012 из 2012. године Уставни суд Србије је имао прилику да се изјасни о примени члана 3. Европске конвенције у контексту забране протеривања из члана 47. Закона о странцима и члана 6. Закона о азилу, као и да примени одговарајуће стандарде Европског суда за људска права:

- Законом о азилу је не само доследно спроведено начело забране протеривања или враћања утврђено Уставом и Женевском конвенцијом о статусу избеглица, већ је обезбеђена додатна заштита прописивањем да ниједно лице не сме бити протерано или против његове воље враћено на територију на којој постоји ризик да ће бити подвргнуто мучењу, нечовечном или понижавајућем поступању или кажњавању.
- Овакво законско решење омогућава ширу заштиту од оне која се гарантује чланом 3. Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода и у сагласности је са стандардима Европског суда за људска права који инсистира на забрани мучења у апсолутном смислу, независно од понашања жртве.
- Уставни суд се експлицитно позива на пресуду ЕСЉП у предмету *Чахал против Уједињеног Краљевства*,³⁴⁰ и преузима његов став да управо у апсолутном карактеру забране мучења треба видети разлог зашто се „увек преиспитује одговорност државе која је протерала странца у државу у којој он може бити

³⁴⁰ *Chahal v. the United Kingdom* [Велико веће], представка бр. 22414/93.

изложен мучењу,³⁴¹ као и да „без обзира на то колико су опасне или непожељне активности таквог појединца, оне не могу бити основ за протеривање“.

■ **Забрана протеривања у контексту међународне заштите**

Закон о азилу експлицитно наводи забрану протеривања код одредбе којом се дефинише супсидијарна заштита (члан 2. став 1. тачка 8), као и сугурна трећа земља (члан 2. став 1. тач. 11). Такође, током поступка азила, надлежни органи имају обавезу да по службеној дужности испитају да ли постоје услови за додељивање супсидијарне заштите, уколико се покаже да лице не испуњава услове за добијање права на уточиште. То значи да надлежни орган у поступку азила мора да размотри да ли би у случају повратка у државу порекла странац био изложен мучењу, нечовечном или понижавајућем поступању.

■ **Закон о азилу**

Члан 2. став 1. тачка 8.

„Супсидијарна заштита је облик заштите који Република Србија одобрава странцу, који би у случају повратка у државу порекла био изложен мучењу, нечовечном или понижавајућем поступању, или би његов живот, безбедност или слобода били угрожени насиљем општих размера које је изазвано спољном агресијом или унутрашњим оружаним сукобом или масовним кршењем људских права.“

Члан 2. став 1. тачка 11.

„Сигурна трећа држава је држава са листе коју утврђује Влада, која се придржава међународних начела о заштити избеглица садржаних у Конвенцији о статусу избеглица из 1951. године и Протоколу о статусу избеглица из 1967. године, у којој је тражилац азила боравио или кроз коју је пролазио, непосредно пре доласка на територију Републике Србије и у којој је имао могућност подношења захтева за азил, у којој не би био изложен прогону, мучењу или понижавајућем поступку или враћању у државу у којој би његов живот, безбедност или слобода били угрожени.“

Члан 4. став 2 (право на подношење захтева за азил)

„Уколико странац из става 1. овог члана, не испуњава услове за добијање права на уточиште, по службеној дужности ће се размотрити да ли постоје услови за одобравање супсидијарне заштите“.

Члан 6 (забрана протеривања или враћања)

„Ниједно лице не сме бити протерано или враћено против његове воље на територију где би његов живот или слобода били угрожени због његове расе, пола језика,

³⁴¹ Уставни суд Србије, предмет бр. Уж-1286/2012, одлука од 29. марта 2012, «Службени гласник РС», бр. 42/2012.

вероисповести, националности, припадности одређеној друштвеној групи или политичких ставова.

Одредба става 1 овог члана неће се примењивати на лице за које се основано може сматрати да угрожава безбедност земље или које је правноснажном пресудом осуђено за тешко кривично дело, због чега представља опасност за јавни поредак.

Независно од одредби става 2. овог члана ниједно лице не сме бити протерано или против његове воље враћено на територију на којој постоји ризик да ће бити подвргнуто мучењу, нечовечном или понижавајућем поступању или кажњавању.”

■ **Забрана протеривања и супсидијарна заштита**

О забрани мучења у контексту супсидијарне заштите Уставни суд Србије је имао прилику да се изјасни у једној одлуци из 2014. године. Подносилац уставне жалбе је у Србију дошао из Сомалије за коју је тврдио да у њој влада свакодневно насиље широких сразмера, убиства и тортура цивила, спровођење радикалног шеријата од самовољних група, интегралних делова Ал Шабаба и Ал Каиде. На основу садржине првостепеног решења у поступку азила од 31. марта 2011. године, Уставни суд је утврдио да је Канцеларија за азил као орган који одлучује у првом степену, полазећи од тога да је подносилац уставне жалбе давао различите, нејасне и контрадикторне исказе, као и нетачне информације током поступка, те да није доказао идентитет, оценила да се не може сматрати да је подносилац избеглица, нити лице коме се може доделити супсидијарна заштита у смислу члана 2. Закона о азилу. Уставни суд је такође утврдио да ни у поступку пред другостепеним органом, нити пред Управним судом нису изведени други докази, на основу којих би ти органи били у могућности да оцене да ли подносилац уставне жалбе испуњава услове да му се одобри супсидијарна заштита. По оцени Уставног суда:

- Из одредаба члана 2, члана 4. став 2. и члана 30. став 1. тачка 2. Закона о азилу, произлази да одлуци о одбијању захтева за азил мора да претходи утврђење да лице које подноси захтев за азил не испуњава услове за признавање права на уточиште или доделу супсидијарне заштите, што даље значи да разлози за одбијање захтева за уточиште, не морају, у сваком појединачном случају, бити довољни и за одбијање пружања супсидијарне заштите.
- С обзиром на то да се супсидијарна заштита одобрава странцу, поред осталог, уколико би повратком у државу порекла његов живот, безбедност или слобода били угрожени насиљем општих размера које је изазвано унутрашњим оружаним сукобима, првостепени орган је дужан да размотри извештаје међународних организација, невладиних организација које се баве заштитом људских права и остале доказе који се односе на актуелну политичко-безбедносну ситуацију у држави порекла, а на основу којих би утврдио да ли су, у конкретном случају, постојали услови за одобравање супсидијарне заштите подносиоцу уставне жалбе.

- У образложењу првостепеног решења морају бити наведени уставноправно прихватљиви разлози за оцену да подносилац уставне жалбе није лице коме се може доделити супсидијарна заштита у смислу члана 4. став 2. Закона о азилу, а пропуст првостепеног органа да, у складу са законом, испита постојање услова за доделу те врсте заштите подносиоцу, мора бити отклоњен у поступку пред другостепеним органом.
- Уколико Управни суд у пресуди прихвати као правилну оцену другостепеног органа о овом питању, он мора за такву одлуку дати нове разлоге и додатно је образложити. У противном, подносиоцу ће бити повређено право на образложену судску одлуку, као елемент права на правично суђење, зајемченог одредбом члана 32. став 1. Устава.
- Приликом процене да ли ће лице враћањем у земљу порекла бити изложено ризику од мучења треба узети у обзир став Европског суда за људска права изражену пресуди Суфи и Елми против Уједињеног Краљевства³⁴² да је одлучујуће оценити да ли је опште насиље у тој држави таквог нивоа и интензитета, да се може закључити како је свако лице које се враћа изложено стварном ризику од злостављања противно члану 3. Европске конвенције, самим својим присуством у том граду, осим ако није могуће доказати да је подносилац представке довољно добро повезан с моћницима у граду, што ће му омогућити добијање заштите.
- Међутим, овај став је, по мишљењу Уставног суда, неопходно сагледати у контексту ставова ЕСЉП изражених у пресуди К.А.Б. против Шведске.³⁴³ Тако, уколико подносилац представке није удаљен у тренутку када се испитује случај, полазна тачка у времену мора бити од разматрања предмета од стране датог суда; одлучујући ће бити садашњи услови те је неопходно узети у обзир информације до којих се дошло након што је донета одлука од стране органа који су претходно одлучивали; уколико ситуација, у датом тренутку, није такве природе да ставља све који су присутни у том граду у стварни ризик од поступања супротно члану 3. Европске конвенције, мора се утврдити да ли је лична ситуација подносиоца захтева таква да би његов повратак у државу порекла био у супротности са наведеном одредбом Европске конвенције; подносилац захтева мора у том случају учинити вероватним да би, у случају враћања у државу порекла био суочен са реалним ризиком да буде убијен или подвргнут злостављању, због чега би његова депортација у ту земљу представљала повреду члана 2. или члана 3. Европске конвенције.³⁴⁴

Предлог закона о азилу и привременој заштити полази од истих начела у вези са забраном мучења, нечовечног или понижавајућег поступања као важећи Закон о азилу, с тим што конкретне стандарде прецизира и подиже на виши ниво. Разлози за

342 *Sufi and Elmi v. the United Kingdom*, представке бр. 8319/07 и 11449/07.

343 *K. A. B. v. Sweden*, представка бр. 886/11.

344 Уставни суд Србије, предмет бр. Уж-6596/2011, одлука од 30. октобра 2014, «Службени гласник РС», бр. 124/2014.

додељивање привремене заштите усклађени су са правом Европске уније тако да Предлог закона квалификује мучење, нечовечно или понижавајуће поступање или кажњавање, између осталог, као озбиљну неправду, те гарантује да ће лице добити супсидијарну заштиту ако постоје оправдани разлози који указују да ће се лице суочити са стварним ризиком од трпљења озбиљне неправде уколико буде враћено у државу порекла или уобичајеног бораишта (члан 25).

■ **Забрана мучења и поступак азила**

За забрану мучења значајно је неколико одредби **Закона о азилу** које се тичу самог поступка азила. Тако је у члану 26. Закона прописано да ће тражилац азила бити саслушан од стране службеника Канцеларије за азил, те да ће током саслушања овлашћени службеник Канцеларије настојати да утврди све чињенице од значаја за одлучивање о захтеву за азил, нарочито о разлозима на којима се захтев за азил заснива.

Кроз праксу Уставног суда установљено је неколико стандарда од значаја за забрану протеривања уколико постоји ризик од поступања противно члану 3. Европске конвенције:

- Надлежни органи Републике Србије у примени Закона о азилу треба да коригују своје поступање у складу са извештајима Канцеларије Високог комесаријата за избеглице.
- Надлежни органи у поступку азила треба да воде рачуна и о одлуци Европског суда за људска права у предмету *М. С. С. против Белгије и Грчке*³⁴⁵ у смислу да постојање закона и приступање међународним уговорима није само по себи довољно да обезбеди заштиту од ризика злостављања, у ситуацији кад поуздани извори сведоче да се у пракси поступа супротно начелима ЕКЉП.
- У случају да је реч о општепознатој ситуацији за коју су надлежни органи морали знати, тражилац азила не треба да сам сноси сав терет доказивања да би враћањем био изложен поступању противном члану 3. Европске конвенције. На основу истраживања о томе на који начин се у држави у коју се лице враћа примењују прописи о азилу, надлежни органи морају закључити да ли су ризици са којима би се тражилац азила могао суочити довољно реални и индивидуализовани.
- Протеривање у другу државу „може повлачити одговорност државе за повреду члана 3. ЕКЉП, ако има основа за уверење да ће тражилац азила бити суочен са стварним ризиком од мучења, деградирајућег или нечовечног поступања, те је обавеза државе да се у таквом случају уздржи од изручивања тог лица.“³⁴⁶

Управни суд посебно захтева разматрање релевантних међународних извора да би се утврдили елементи прогона:

345 М. С. С.

346 Уставни суд Србије, предмет бр. Уж-1286/2012, одлука од 29. марта 2012, «Службени гласник РС», бр. 42/2012.

- "Код изнетог, по оцени Управног суда, тужени орган, у образложењу оспореног решења, није навео конкретне извештаје за које наводи да су разматрани при доношењу оспореног решења, садржину ових извештаја, те чињенице које су на основу њих утврђене, из ког разлога, оспорено решење не садржи разлоге из којих произлази као правилан закључак туженог органа да тужилац није понудио озбиљне доказе да се у С. у дужем периоду не налази због оправданог страха од прогона због своје расе, пола, језика, вероисповести, националне припадности и припадности некој групи или због својих политичких уверења, те у вези са тим да је решењем првостепеног органа правилно тужиоцу додељена супсидијарна заштита, као облик заштите прописана одредбом члана 2. тачка 8. Закона о азилу.

Код изнетог и како је одлучивање по захтеву за азил у непосредној вези са остваривањем права тужиоца на заштиту основних људских права и слобода прокламованих Европском конвенцијом за заштиту људских права и основних слобода и протоколима који су уз конвенцију донети, а који представљају саставне делове правног поретка Републике Србије, по оцени суда, из разлога датих у образложењу оспореног решења не произлази као правилна одлука у диспозитиву оспореног решења, из ког разлога је оспорено решење донето уз повреду правила поступка из члана 235. став 2. и 199. став 2. Закона о општем управном поступку („Службени лист СРЈ“, бр. 33/97 и 31/2001 и „Службени гласник РС“, бр. 30/10) и повређен је закон на штету тужиоца."³⁴⁷

■ Закон о азилу

Члан 26 (саслушање):

„...“

Овлашћени службеник Канцеларије за азил ће током саслушања настојати да утврди све чињенице од значаја за одлучивање о захтеву за азил, а посебно:

- 1) идентитет лица које тражи азил;
- 2) разлоге на којима се заснива захтев за азил;
- 3) кретање лица које тражи азил након напуштања државе порекла и
- 4) да ли је лице које тражи азил већ тражило азил у некој другој држави.

Лице које тражи азил је дужно да у потпуности сарађује са Канцеларијом за азил и да тачно изнесе све чињенице које су од значаја за одлучивање.“

Члан 33 (одбацивање захтева за азил):

„Канцеларија за азил ће одбацивати захтев за азил без испитивања да ли лице које тражи азил испуњава услове за признавање азила, ако утврди:

...“

³⁴⁷ Управни суд, предмет бр. 19 У 8792/14, пресуда од 15. октобра 2015.

б) да је лице које тражи азил дошло из сигурне треће државе, осим ако докаже да за њега није сигурна;

...

Пре доношења решења којим одбацује захтев за азил, Канцеларија за азил ће испитати странца на све околности које искључују разлоге за одбацавање захтева за азил из става 1. овог члана.“

■ Процена ризика од прогона

Уставни суд је у Одлуци Уж-5331/2012 применио стандарде Европског суда у случају када је подносилац представке тражилац азила који се позива на то да би удаљењем у државу порекла или у трећу државу могао бити изложен мучењу, понижавајућем или нечовечном поступању, односно поступању супротном јемствима из члана 3. ЕКЉП. Уставни суд је применио стандарде ЕСЉП који се тичу поделе терета доказивања приликом испитивања да ли се у конкретном случају може сматрати да су исцрпљена домаћа правна средства, али и критеријуме које домаћа правна средства у материји азила морају испунити да би се могла сматрати делотворним када протеривањем тражилац азила може бити изложен ризику од мучења и нечовечног поступања и тиме претрпети ненадокнадиву штету. Уставни суд као релевантне критеријуме Европског суда издваја следеће:

- Тврдња подносиоца представке изнета у жалби пред домаћим органима да би његово протеривање у трећу земљу било супротно члану 3. ЕКЉП «мора императивно бити предмет пажљивог испитивања домаће власти.»³⁴⁸
- Појам делотворног правног лека из члана 13. у вези са чланом 3. ЕКЉП изискује «независно и темељно» испитивање жалбених навода било ког појединца који се налази у ситуацији у којој постоје основани разлози да се верује да ће бити суочен са поступањем супротним члану 3. ЕКЉП.
- Захтева се «могућност одлагања спровођења спорне мере.»³⁴⁹
- Домаће власти су у обавези да брзо одговоре на наводе о поступању супротном члану 3. ЕКЉП.³⁵⁰

Примењујући наведене критеријуме на конкретан случај, Уставни суд је пошао од навода на којима подносилац заснива своју тврдњу о неделотворности правних средстава у поступку азила у Републици Србији, али и од законодавства Републике Србије у материји азила, сопствене праксе у поступку по уставним жалбама, као и доказа на којима подносилац у жалби изјављеној против оспореног првостепеног решења заснива своје уверење о ризику од повреде члана 3. ЕКЉП уколико буде враћен у неку од држава кроз које је прошао пре доласка у Републику Србију. С тим у вези, Уставни суд је констатовао следеће:

³⁴⁸ *Shamayev and Others v. Georgia and Russia*, представка бр. 36378/02, став 448.

³⁴⁹ *Ibid.*, став 460.

³⁵⁰ *Bati and Others v. Turkey*, представке бр. 33097/96 и 57834/00, став 136.

- Одредбом Закона о азилу о забрани протеривања омогућена је шира заштита од оне коју пружа Конвенција о статусу избеглица, а која у потпуности одговара гарантини садржаној у члану 3. Европске конвенције.
- Оцењујући да ли пресуде Управног суда достављене од стране тражиоца азила пружају поуздан основ за закључак да поднети захтеви за азил и правна средства изјављена у поступку азила у Републици Србији немају «разумног изгледа за успех», Уставни суд је утврдио да је став Управног суда у поменутих пресудама да је одредбом члана 33. став 1. тачка б. Закона о азилу дата могућност тражиоцу азила да докаже да би у држави која се налази на листи Владе био изложен опасности од мучења и нечовечног или понижавајућег поступања, те уколико успе у томе, првостепени орган неће одбацити његов захтев, већ ће мериторно испитивати услове за признавање азила (на пример, пресуда Управног суда У. 4132/11 од 2. фебруара 2012. године).
- Управни суд у образложењу својих пресуда мора да наведе на којим конкретним извештајима међународних организација су тужиоци у тужбама засновали своје наводе о лошем положају тражилаца азила у појединим земљама кроз које су пролазили на путу до Републике Србије.
- Званични извештаји УНХЦР имају одлучујући значај приликом оцене да ли у конкретном случају има основа за уверење да ће тражилац азила у држави прихвата бити изложен стварној опасности од поступања супротно члану 3. ЕКЉП.
- Приликом одлучивања о захтеву за азил и правним средствима која се могу изјавити у поступку азила, посебно је важан став ЕСЉП изражен у пресуди у случају *M.S.S.* да ризик од мучења, понижавајућег или нечовечног поступања са којим тражилац азила може бити суочен упућивањем у трећу државу, мора бити довољно стваран и индивидуализован, у присуству поузданих извора који сведоче да се поступак азила у тој трећој земљи спроводи супротно начелима ЕКЉП.
- Уставни суд је посебну тежину дао околности да извештај УНХЦР и пресуда Европског суда у предмету *М. С. С. против Белгије и Грчке* нису били употребљени као докази у поступцима азила окончаним приложеним пресудама Управног суда, те је оценио „да досадашња пракса надлежних управних органа и Управног суда, на коју се позива подносилац у уставној жалби, не даје основа за сумњу да приликом одлучивања о жалби подносиоца у управном поступку, а потом евентуално и о тужби у управном спору, неће бити озбиљно размотрени докази на којима подносилац заснива своје уверење да ће удаљењем у неку од означених трећих држава бити изложен стварном ризику од поступања супротно принципима Конвенције“. Напротив, Уставни суд сматра да се подносиоцу пружају гаранције да ће претходно бити испитани његови наводи којима истиче да би удаљењем у неку од означених трећих држава био изложен повреди члана 3. ЕКЉП.

- Позивање на непостојање позитивно решених захтева за азил и незнатан број позитивних одлука поводом изјављених правних средстава против негативних првостепених решења у досадашњој пракси надлежних управних органа и суда у управном спору, не може само по себи указивати на неделотворност жалбе у управном поступку и тужбе у управном спору у поступку азила. Потврду оваквог става Уставни суд налази у ставу Европског суда да делотворност правног лека у смислу члана 13. Европске конвенције не зависи од извесности повољног исхода поступка по подносиоца представке.³⁵¹
- Оваква оцена поступка азила и делотворности правних лекова се може променити уколико се промене релевантне околности. Уставни суд је, наиме, на основу увида у статистичке податке изнете у извештају УНХЦР, закључио да ти подаци, „за сада“, не представљају поуздан основ за закључак да захтеви тражилаца азила и њихова правна средства изјављена у поступку азила у Републици Србији немају разумног изгледа за успех.
- Примењујући други критеријум Европског суда о обавезном суспензивном дејству жалбе на изречену меру удаљења тражиоца азила са домаће територије, Уставни суд сматра да правна средства у поступку азила у Републици Србији испуњавају наведени услов, што их чини делотворним. Овакав став Уставни суд темељи на одредби члана 42. став 4. Закона о странцима у којој се прописује да странац који је благовремено поднео захтев за азил може остати у Републици Србији до доношења правноснажног решења по том захтеву.
- Уставни суд је такође сматрао потребним да укаже на став Парламентарне скупштине Савета Европе изражен у Резолуцији број 1471/2005 од 7. октобра 2005. године да делотворни правни лек у материји удаљења странаца подразумева право на жалбу против негативне одлуке и право да се одложи извршење изречене мере удаљења до доношења одлуке домаћих власти о њеној сагласности са Европском конвенцијом, као и на недвосмислен став Европског суда да у материји удаљења странаца са домаће територије, правно средство без аутоматски суспензивног дејства не одговара захтевима делотворног правног лека из члана 13. ЕКЉП.³⁵²
- Осврћући се на трећи критеријум Европског суда према коме је о правним лековима у којима тражилац азила истиче повреду члана 3. ЕКЉП потребно, с обзиром на осетљивост његове ситуације, брзо одлучити, Уставни суд је утврдио да је о захтеву подносиоца за добијање азила решено у периоду краћем од три месеца, као и да досадашње трајање поступка у овом предмету не лишава делотворности изјављени правни лек. Осим тога, наведени критеријум је, сматра Уставни суд, задовољен и тиме што подносилац има право да поднесе и тужбу због ћутања управе под условима прописаним одредбом члана 19. став 1. Закона

351 *Gebremedhin v. France*, представка бр. 25389/05, став 53.

352 *Čonka v. Belgium*, представка бр. 51564/99, став 83.

о управним споровима, чиме може утицати на брже решавање о изјављеној жалби у управном поступку.

- Иако се у извештају УНХЦП који је коришћен током поступка пред Уставним судом наводе одређени недостаци у поступку решавања другостепеног органа о жалби и у поступку одлучивања суда о тужби у управном спору, Уставни суд се позвао на став Европског суда да чак и ако појединачни правни лек, сам по себи, не задовољава у потпуности захтеве из члана 13. ЕКЉП, укупност правних лекова у домаћем правном поретку може да испуни те захтеве,³⁵³ а да подносилац уставне жалбе након окончања двостепеног управног поступка и управног спора има право да поднесе уставну жалбу Уставном суду, која се сматра делотворним правним средством.
- Штавише, у току поступка по уставној жалби, Уставни суд је овлашћен да, сагласно одредби члана 86. став 2. Закона о Уставном суду, на предлог подносиоца уставне жалбе, одложи извршење појединачног акта или радње против кога је изјављена уставна жалба, ако би њихово извршење проузроковало ненадокнадиву штету подносиоцу, а одлагање није супротно јавном интересу, нити би се одлагањем нанела већа штета трећем лицу.
- На основу изложеног, Уставни суд је закључио да законодавство Републике Србије и пракса надлежних државних органа у области азила пружају довољно гаранција за заштиту тражилаца азила од доношења арбитражних одлука о њиховом удаљењу у трећу државу које би за последицу имало излагање поступању противном члану 3 Европске конвенције.³⁵⁴

Предлог закона о азилу и привременој заштити детаљније образлаже разлоге за прогон, уз прецизирање да приликом процене да ли постоји оправдан страх од прогона неће бити важно да ли тражилац азила поседује карактеристике које су разлог за прогон уколико му починилац прогона такве карактеристике приписује (члан 26). У члану 28. Предлога закона су набројана која ће се дела сматрати прогоном и какве карактеристике та дела морају имати. Услови из члана 28. постављени су алтернативно. Дела морају бити или довољно озбиљна по својој природи и понављању да би представљала кршење основних људских права, нарочито оних права која не могу бити ограничена у складу са чланом 15. став 2. Европске конвенције, или представљати скуп мера, укључујући кршење људских права, које су довољно озбиљне да на сличан начин могу утицати на појединца у питању. У дела прогона се нарочито убрајају физичко или психичко насиље, укључујући сексуално и родно засновано насиље. Починиоци прогона или озбиљне неправде могу бити не само државни органи већ и странке или организације које контролишу државу или знатан део државног подручја, као и недржавни органи (члан 29).

³⁵³ *Gebremedhin v. France*, представка бр. 25389/05, став 53.

³⁵⁴ Уставни суд Србије, предмет бр. Уж-5331/2012, одлука од 24. децембра 2012, «Службени гласник РС», бр. 4/2013.

■ Предлог закона о азилу и привременој заштити

Члан 25 (супсидијарна заштита)

„Супсидијарна заштита одобрава се тражиоцу који не испуњава услове за одобрење права на уточиште из члана 24. овог закона ако постоје оправдани разлози који указују да ће се повратком у државу порекла или државу уобичајеног боравишта суочити са стварним ризиком од трпљења озбиљне неправде и који није у могућности или због таквог ризика не жели да прихвати заштиту те државе.

Озбиљном неправдом сматра се претња смртном казном или погубљењем, мучењем, нечовечним или понижавајућим поступањем или кажњавањем, као и озбиљна индивидуална претња по живот изазвана насиљем општих размера у ситуацијама међународног или унутрашњег оружаног сукоба.“

Члан 29 (починиоци прогона или озбиљне неправде):

„Починиоци прогона из члана 24. овог закона и озбиљне неправде из члана 25. став 2. овог закона, могу бити:

- 1) државни органи;
- 2) странке или организације које контролишу државу или знатан део државног подручја;
- 3) недржавни органи, ако се докаже да државни органи или странке, односно организације које контролишу знатан део државног подручја, укључујући међународне организације нису у могућности или не желе пружити заштиту од прогона или трпљења озбиљне неправде.“

Предлогом закона о азилу и привременој заштити у члану 32. предвиђени су и јасни стандарди у вези са проценом чињеница и околности које су од значаја за утврђивање разлога на којима се заснива захтев за азил. Тражилац азила има обавезу да приложи сву расположиву документацију и изнесе истините податке, док Канцеларија за азил прикупља све релевантне чињенице, доказе и околности а нарочито актуелне извештаје о стању у држави порекла и државама кроз које је путовао, укључујући законе и прописе тих држава, те начин на који се примењују. Канцеларија за азил до тих података долази, између осталог, кроз изворе међународних организација као што су УНХЦР и Европска канцеларија за подршку азилу, као и других организација које се баве заштитом људских права. Осим података објективног карактера, Предлог закона о азилу и привременој заштити инсистира и на подацима о положају и личним околностима тражиоца како би се на основу тога проценило да ли поступци и дела којима је био или којима би могао бити изложен представљају прогон или озбиљну неправду. При томе, чињеницу да је тражилац већ био изложен прогону или ризику од трпљења озбиљне неправде, односно претњама таквим прогоном или претњама озбиљном неправдом Канцеларија за азил мора да узме као показатељ да постоји оправдан страх од прогона или трпљења озбиљне

неправде, осим ако постоје оправдани разлози да се верује да се такав прогон или озбиљна неправда неће поновити. Предлог закона у истом члану предвиђа и критеријуме на основу којих се врши процена веродостојности изјаве тражиоца азила у делу у којем одређена чињеница или околност није поткрепљена доказима.

■ Предлог закона о азилу и привременој заштити

Члан 32 (процена чињеница и околности)

„Тражилац је дужан да сарађује са Канцеларијом за азил и да приложи сву расположиву документацију и изнесе тачне и истините податке који се односе на идентитет, узраст, држављанство, чланове породице, државу и адресу претходног пребивалишта, претходне захтеве, кретање након што је напустио државу порекла, личне и путне исправе и разлоге на којима се заснива његов захтев за азил.

Приликом одлучивања о основаности захтева за азил, Канцеларија за азил прикупља и разматра све релевантне чињенице, доказе и околности, узимајући у обзир нарочито:

- 1) релевантне чињенице и доказе које је изнео тражилац, укључујући информацију да ли би био или би могао бити изложен прогону или ризику од трпљења озбиљне неправде;
- 2) актуелне извештаје о стању у држави порекла тражиоца или држави његовог уобичајеног боравишта и, по потреби, о државама кроз које је путовао, укључујући законе и прописе тих држава, као и начин на који се они примењују – који су сачувани у различитим изворима међународних организација, као што су УНХЦР и Европска канцеларија за подршку азилу (*European Asylum Support Office*, у даљем тексту: EASO), као и других организација које се баве заштитом људских права;
- 3) положај и личне околности тражиоца, укључујући његов пол и узраст како би се на основу тога проценило да ли поступци и дела којима је био или којима би могао бити изложен представљају прогон или озбиљну неправду;
- 4) да ли су активности тражиоца од момента када је напустио државу порекла биле усмерене на стварање одлучујућих услова за одобрење права на азил како би се проценило да ли те активности могу изложити тражиоца прогону или ризику од трпљења озбиљне неправде ако се врати у ту државу;
- 5) да ли тражилац може добити заштиту државе чије би држављанство могао доказати.

Чињеница да је тражилац већ био изложен прогону или ризику од трпљења озбиљне неправде, односно претњама таквим прогоном или претњама озбиљном неправдом показатељ је да постоји оправдан страх од прогона или трпљења озбиљне неправде, осим ако постоје оправдани разлози да се верује да се такав прогон или озбиљна неправда неће поновити.

Изјава тражиоца сматра се веродостојном у делу у којем одређена чињеница или околност није поткрепљена доказима:



- 1) ако је тражилац уложио искрен напор да поткрепи свој захтев доказима;
- 2) ако су сви релевантни елементи који су му на располагању поднети, уз задовољавајуће објашњење зашто недостају остале релевантне чињенице;
- 3) ако је утврђено да су изјаве тражиоца доследне и прихватљиве, као и да нису у супротности са специфичним и општим информацијама које су релевантне за одлучивање о захтеву за азил;
- 4) ако је тражилац изразио намеру да тражи азил у што краћем року или је оправдао зашто није тако поступио;
- 5) ако је утврђена општа веродостојност изјаве тражиоца.“

У члану 42. Предлога закона предвиђено је да се захтев за азил одбацује без испитивања основаности ако је могуће применити концепт прве државе азила или концепт сигурне треће државе, под условом да тражилац азила буде прихваћен.

Члан 45 (сигурна трећа држава)

„Сигурна трећа држава је држава у којој је тражилац сигуран од прогона из члана 24. овог закона или ризика од трпљења озбиљне неправде из члана 25. став 2. овог закона, у којој ужива гаранције које су прописане у начелу забране протеривања или враћања и у којој постоји могућност приступа ефикасном поступку одобрења и уживања заштите у складу са Конвенцијом о статусу избеглица из 1951. године (у даљем тексту: Конвенција из 1951).

Приликом утврђивања услова за примену концепта сигурне треће државе процењује се сваки захтев посебно, при чему се процењује испуњава ли нека држава услове из става 1. овог члана, као и да ли постоји веза између те државе и тражиоца на основу које се може разумно очекивати да у њој затражи азил.

Тражилац се благовремено обавештава о примени концепта сигурне треће државе како би му се омогућило оспоравање у складу са ст. 1. и 2. овог члана, с обзиром на његове личне околности.

Тражиоцу чији је захтев за азил одбачен у складу са чланом 42. став 1. тачка 2) овог закона, Канцеларија за азил издаје потврду којом се надлежни државни органи сигурне треће државе обавештавају да се у Републици Србији није разматрала основаност његовог захтева.

Ако трећа држава одбије да прихвати странца, о основаности његовог захтева за азил одлучује се у складу са одредбама овог закона.“

НАЧЕЛО „СИГУРНЕ ТРЕЋЕ ЗЕМЉЕ“
И „ДАБЛИНСКИ“ ПРЕДМЕТИ
СХОДНО ПРАВУ ЕУ И ПРАКСИ
ЕСЉП ³⁵⁵

³⁵⁵ У Србији 95% захтева за азил бива одбијено по основу примене начела „сигурне треће земље“. У овом одељку представљамо релевантне стандарде у вези са применом овог начела, као и податке о томе које се земље ЕУ могу сматрати сигурним у складу са јуриспруденцијом ЕСЉП.

А. НАСТАНАК И СВРХА ПРАВИЛА О „СИГУРНОЈ ЗЕМЉИ“

а. Претходне напомене

У претходном одељку смо указали на забрану враћања тражиоца азила у његову земљу порекла или трећу земљу у којој може бити изложен опасности од озбиљне штете у складу са начелом о забрани протеривања. И у међународном и у праву ЕУ су изричито препознате као изузетак од овог начела ситуације у којима се не сматра да би враћање тражиоца азила у његову земљу порекла или трећу земљу без разматрања суштине његовог захтева довело до наведене опасности, те да је оно дозвољено. У претходном поглављу смо навели да када држава која разматра захтев за азил на основу уверљивих доказа сматра да је земља порекла подносиоца захтева сигурна, она може да одлучи да одбије захтев у складу са правилом о „**сигурној земљи порекла**“ (СЗП).

б. „Сигурне треће земље“ (СТЗ) или „прве земље азила“ (ПЗА)

У складу са сличним размишљањима су развијени међународни и европски стандарди ради утврђивања када се и нека **трећа земља** може сматрати „сигурном“ у смислу заштите тражиоца азила. Скуп начела и стандарда развијених у овој области чине правила на основу којих се држава означава као „**сигурна трећа земља**“ (СТЗ) или као „**прва земља азила**“ (ПЗА).

У суштини, нека се земља означава као СТЗ или ПЗА када држава која разматра захтев за азил има основане разлоге да сматра да се било **земља порекла** тражиоца азила или **трећа земља** у коју се он може вратити може сматрати сигурном, односно кадром да тражиоцу азила пружи одговарајућу заштиту.

Критеријуми које треба примењивати приликом процене сигурности неке земље у наведене сврхе утврђени су у разним инструментима на међународном и европском нивоу.³⁵⁶ Иако је остварен напредак у стандардизацији правила о „сигур-

³⁵⁶ Потребно је напоменути да се на нивоу ЕУ предузимају кораци у правцу формирања списка сигурних трећих земаља ЕУ, који државе чланице треба међусобно да усагласе. У контексту свеобухватне реформе ЗЕСА, покренуте као одговор на Европску агенду о миграцијама из 2015. године, Европска комисија је изнела предлог у овом смислу у контексту опште реформе Директиве о поступцима азила (ДПА), сматрајући, између осталог, да ова директива треба да се трансформише у уредбу те да све њене одредбе буду подједнако обавезујуће, а дискрециона овлашћења држава чланица мања. Види: Европска комисија, Предлог уредбе Европског парламента и Савета којом се формира заједнички списак ЕУ сигурних земаља порекла у сврху ДПА (*EU Commission, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council establishing an EU common list of safe countries of origin for the purposes of the APD*), 2015/0211 (COD), Брисел, 9. септембар 2015.

ним трећим земљама“ и формирању „спискова сигурних земаља“, и даље не постоји у потпуности уједначено схватање СТЗ и ПЗА, а земље које примају тражиоце азила и даље ове концепте примењују на основу **националних спискова сигурних земаља**, што је довело до постојања значајних разлика између њихових правила и праксе о овом питању.³⁵⁷ Као што ће бити размотрено доле у тексту, без обзира на разлике у земљама које се сматрају сигурним сходно националним списковима таквих земаља које сачињавају државе чланице ЕУ, одлука о означавању једне или више земаља као „сигурних“ мора бити усвојена у поступку у којем се поштују правила и критеријуми ЕУ, а уз њу морају постојати посебни процесни аранжмани и гаранције, који ће такође бити размотрени доле у тексту.

Нека се земља сматра **сигурном трећом земљом** или **првом земљом азила**:

- ако је то држава „која није она држава за коју лице тврди да се у њој суочава са опасношћу од забрањеног поступања“, и
- ако се процењује да ће лице у тој држави моћи да затражи азил или добије „довољну заштиту“.

Ова два концепта заједно чине темељ такозваних „**правила о сигурној земљи**“.³⁵⁸ Ова правила у суштини представљају процесне механизме који – под утврђеним околностима – држави омогућавају да не разматра суштину захтева за азил, већ да поступак оконча у фази разматрања прихватљивости захтева,³⁵⁹ те да подносиоца представке пребаци у трећу земљу која се може сматрати „сигурном“ и којој се може поверити разматрање захтева за азил. Опште узев се сматра да правила о сигурној земљи служе остварењу **процесне економије и брзине**,³⁶⁰ јер је њима омогућено окончање разматрања захтева у убрзаном поступку или поступку о прихватљивости, при чему се не прејудцира одлука о суштини самог захтева за азил или о *индивидуалним околностима тражиоца азила*.³⁶¹

357 На пример, Европска комисија је септембра 2015. објавила документ у којем је обзнанила намеру ЕУ да формира заједнички списак СТЗ, и у којем је навела земље које су у то време државе чланице ЕУ сматрале „сигурним“ (напомена: могуће је да је у међувремену дошло до неких промена).

358 Основне информације о концепту сигурне земље и избегличком статусу (*Background Note on the Safe Country Concept and Refugee Status*), EC/SCP/68, УНХЦР, 26. јул 1991, став 3.

359 Мол, Нуала, Мередит, Кетрин, Азил и Европска конвенција о људским правима, стр. 72. УНХЦР је у погледу овог питања изјавио следеће „Политика по којој се неки тражилац азила који стиже из такозване сигурне треће земље враћа у ту земљу а да није донета мериторна одлука о његовом захтеву, заснована је на претпоставци да постоји међународно начело сагласно којем лице које је своју земљу напустило како би побегло од прогона мора да се пријави за [међународну заштиту] у првој сигурној земљи у коју успе да стигне. Иако је упорно понављање ове претпоставке многе навело да је некритички прихвате, такво међународно начело заправо уопште не постоји, а тврдња у том погледу је очигледно производ погрешног тумачења начела ‘прве земље азила’“.

360 Види Окли, Шерон „Убрзани поступци азила у Европској унији – правичност наспрам ефикасности“ (Oakley, Sharon, *Accelerated Procedures for Asylum in the European Union - Fairness Versus Efficiency* - Sussex Migration Working Paper no. 43), април 2007; УНХЦР, Глобалне консултације о међународној заштити/Трећи колосек: приступ поступку – „сигурне треће земље“, „сигурне земље порекла“ и „рокови“ (*Global Consultations on International Protection/Third Track: Access to Procedures - ‘Safe Third Countries’, ‘Safe Countries of Origin’ and ‘Time Limits’*), 1. јун 2001, стр. 3.

361 *Ibid.* У овом се раду цитира Ламберт, Тражење азила: упоредно право и пракса у одабраним европским земљама (Lambert, *Seeking asylum: Comparative law and practice in selected European countries*, Martinus Nijhoff Publishers), Дордрехт, 1995, стр. 89-90.

Међутим, примена ових концепата даје повода за забринутост јер може ићи на штету *индивидуализованог разматрања* ситуације сваког тражиоца азила, који представља основну одлику Женевске конвенције, и да уместо тога првенство даје оцени околности које преовлађују у трећој земљи.³⁶² Поред тога, распрострањена примена правила о СТЗ отвара питања везана за процесне гаранције које се пружају подносиоцима захтева за азил, јер се *захтеви тражилаца азила који долазе из [СТЗ] по правилу разматрају у убрзаном поступку*, а понекад им се по том основу не дозвољава чак ни улазак у земљу.³⁶³

Правила о **сигурној земљи** су се првобитно појавила у облику скупа норми и начела које су државе примењивале у пракси. Потом су се на међународном нивоу утемељила посредством механизма меког права.³⁶⁴

УНХЦР је питању дефинисања концепта сигурне земље пришао описавши га као „*заштиту негде другде*“,³⁶⁵ док се испуњавањем обавеза држава по Женевској конвенцији мора обезбедити „*заштита негде*“.³⁶⁶ Временом су се правила о сигурним земљама самостално развијала на регионалном и националном нивоу, а државе састављају сопствене спискове земаља које сматрају сигурним.

У вези са применом правила о сигурној земљи су утврђене следеће потенцијалне опасности:

1. Распрострањена примена правила о СТЗ доводи до опасности да ће се избеглице пребацивати из једне наводно „*сигурне треће земље*“ у другу, како која од њих одбије да разматра суштину њихових захтева. Аутори Женевске конвенције нису се бавили поступцима за разматрање захтева о азилу већ правима које статус избеглице треба да носи са собом, те ово питање није конкретно уређено Женевском конвенцијом. Међутим, Европска комисија за људска права (прет-

362 *Ibid.*

363 *Ibid.*

364 Види Окли, Шерон „Убрзани поступци азила у Европској унији – правичност наспрам ефикасности“.

365 Извршни комитет УНХЦР, Избеглице без земље азила (*Refugees Without An Asylum Country*), Закључак бр. 15 (XXX), 1979. Извршни комитет УНХЦР, Проблем избеглица и тражилаца азила који се на незаконити начин селе из земље у којој су већ нашли заштиту (*Problem of Refugees and Asylum Seekers Who Move in an Irregular Manner From a Country in Which they Had Already Found Protection*), Закључак бр. 58 (XL), 1989. Документи УНХЦР, Глобалне консултације о међународној заштити, Припремни документ бр. 1: Правни и практични аспекти враћања лица којима није потребна заштита (*Global Consultations on International Protection, Background paper no. 1: Legal and practical aspects of the return of persons not in need of protection*), мај 2001.

366 Мол, Нуала, Мередит, Кетрин, Азил и Европска конвенција о људским правима. Види такође УНХЦР, Глобалне консултације о међународној заштити, Припремни документ бр. 2: примена концепта „сигурне треће земље и његов утицај на управљање токовима и заштиту избеглица (*Global Consultations on International Protection, Background paper no. 2: the application of the 'safe third country' notion and its impact on the management of flows and on the protection of refugees*), мај 2001, и УНХЦР, Глобалне консултације о међународној заштити, Припремни документ бр. 3: Међудржавни споразуми о реадмисији држављана трећих земаља, укључујући тражиоце азила, и одређивању државе надлежне за разматрање суштине захтева за азил (*Global Consultations on International Protection, Background paper no. 3: Inter-State agreements for the re-admission of third country nationals, including asylum seekers, and for the determination of the State responsible for examining the substance of an asylum claim*), мај 2001.

ходница ЕСЉП) је опште узев сматрала да појава враћања у земље које се сматрају сигурним може довести до повреде члана 3.³⁶⁷

2. **Улазак на територију:** УНХЦР је констатовао да је враћање тражилаца азила у наводну „сигурну“ земљу сагласно са њиховим правима ако та земља пружи јемства да ће им дозволити да на њену територију уђу као тражиоци азила и да ће њихови захтеви за заштиту прописно бити размотрени.³⁶⁸
3. Недоследност праксе европских држава, која за последицу има различите нивое заштите коју оне пружају.³⁶⁹
4. Применом правила о СТЗ повећава се опасност од „ланчаног протеривања“ без мериторног разматрања захтева за азил.³⁷⁰

Ова је пракса на нивоу ЕУ изричито регулисана заједничким смерницама и захтевима прописаним у инструментима ЗЕСА, нарочито Уредбом „Даблин III“ и ДПА, које – иако државама чланицама ЕУ дају одређену слободу у погледу састављања спискова СТЗ – садрже општа начела и услове за одређивање тих земаља. Правила и начела којима се уређују концепти и правила о „сигурним земљама“ на нивоу ЕУ и ЕКЉП биће подробије размотрена доле у тексту.

в. “Даблински” предмети

Правила о пребацивању тражилаца азила из једне државе чланице ЕУ (или државе која је приступила Даблинском систему, а није чланица ЕУ) у другу по Даблинском систему представљају посебно питање, које пак има сличности са логиком примене правила о СТЗ и ПЗА. Уредба „Даблин III“³⁷¹ представља инструмент ЗЕСА за одређивање која је од држава чланица ЕУ и четири земље које нису чланице ЕУ, али су приступиле Даблинском систему (Норвешка, Исланд, Швајцарска и Лихтенштајн), надлежна за разматрање захтева за међународну заштиту. Овом се уредбом утврђују конкретни критеријуми и механизми за одређивање те надлежности. Уредба „Даблин III“, којом се реформишу њене претходнице, Уредба „Даблин II“ и Даблинска конвенција, ступила је на снагу 1. јануара 2014. године.

367 Мол, Нуала, Мередит, Кетрин, Азил и Европска конвенција о људским правима, стр. 73, у којој се цитирају пресуде у предметима *X v. the Federal Republic of Germany*, представка бр. 8100/77, и *Giama v. Belgium*, представка бр. 7612/76.

368 *Ibid.* у којој се цитира Политика „сигурне треће земље“ у светлу међународних обавеза земаља у односу на избеглице и тражиоце азила (*The ‘safe third country’ policy in the light of the international obligations of countries vis-à-vis refugees and asylum seekers*), УНХЦР, Лондон, јул 1993, став 4.2.14. Види Закључак бр. 85 (XLIX) 1998 Извршног комитета УНХЦР, став (aa).

369 *Ibid.*

370 *Ibid.*

371 Уредба ЕУ бр. 604/2013 Европског парламента и Савета од 26. јануара 2013. о утврђивању критеријума и механизма за одређивање надлежне државе чланице за одлучивање о захтеву за азил који је у једној од држава чланица поднео држављанин треће земље или лице без држављанства (измењена).

Даблинска правила о пребацивању тражилаца азила у великој су мери нормализовала праксу враћања тражилаца азила из земље у којој су присутни у неку другу земљу на основу скупа критеријума о одређивању европске земље надлежне за разматрање захтева за азил. Ови критеријуми и релевантне процесне гаранције биће подробније размотрени доле у тексту.

До јачања те тенденције дошло је и због све веће примене **билатералних споразума о реадмисији** које су европске државе закључиле са трећим земљама. Као што ће бити подробније размотрено доле у тексту, и даблинска правила о пребацивању тражилаца азила и билатерални споразуми о реадмисији са појединим трећим земљама се у суштини ослањају на претпоставку „сигурности“ земље у коју се предлага враћање тражиоца азила и о њеној способности да му пружи заштиту. Стога ће у овом поглављу бити размотрена и пребацивања по Даблинском систему у погледу примене претпоставке „сигурности“.

Б. „СИГУРНОСТ НЕГДЕ ДРУГДЕ“ – ВРАЋАЊЕ САГЛАСНО ДАБЛИНСКОЈ УРЕДБИ И КОНЦЕПТ СИГУРНЕ ТРЕЋЕ ЗЕМЉЕ ПО ПРАВУ ЕУ

Ситуација која је донекле упоредива са ситуацијом везаном за сигурне треће земље – у мери у којој је инспирисана начелом ЕУ о „узајамном поверењу“ – је она која се односи на пребацивање тражилаца азила у државе чланице које се сматрају надлежним за њихове захтеве по основу даблинских критеријума. По праву ЕУ, свако пребацивање неког лица у другу државу чланицу ЕУ према Уредби „Даблин III“ мора бити сагласно са правом на азил и начелом забране протеривања.

Поред тога, „распрострањена примена“ концепата СТЗ и ПЗА проистиче из Даблинске конвенције а потом уредбе којима је постављен правни основ за њихово уређивање, као и из „одређених циљева спољне политике или међународних односа“ с обзиром на чињеницу да „[п]ошто су земље централне и источне Европе „ослобођене“ комунизма и више нису представљале државе из којих избеглице долазе, у западној Европи се стекла представа да би оне требало да учествују у заштити избеглица, нарочито јер је значајан број тражилаца азила који је стизао у западну Европу током пута користио копнене руте кроз те земље.“³⁷²

372 УНХЦР, Глобалне консултације о међународној заштити/Трећи колосек: приступ поступку – „сигурне треће земље“, „сигурне земље порекла“ и „рокови“, став 5, 1. јун 2001.

а. Концепт „узајамног поверења“ и „једнаке заштите“ у темељу враћања сагласно Уредби „Даблин III“ према праву ЕУ

Постоји оборива претпоставка да су све државе чланице ЕУ (и државе које примењују Уредбу „Даблин III“, а нису чланице ЕУ) сигурне будући да су у обавези да поштују и штите основна права, прописана ЗЕСА, Повелем ЕУ о основним правима и ЕКЉП. Та се претпоставка углавном ослања на чињеницу да су све државе у Даблинском систему чланице ЕУ и/или потписнице ЕКЉП.

„Претпоставка о сигурности у темељу уређења односа у ЕУ заснована је на кључном начелу ЕУ о ‘узајамном поверењу’, којим се опште узев уређују односи и судски дијалог у ЕУ и којим се прописује да су правни системи држава чланица ЕУ кадри да пружају **једнаку и делотворну заштиту** основних права признатих на нивоу ЕУ, нарочито у [Повељи]“.³⁷³ То посредно обухвата њихову способност да поштују право на азил зајемчено чланом 18. Повеље.

У области слободе, безбедности и правде ЕУ, којом су - битно је истаћи - обухваћене и миграције и азил, овим се начелом изискује да „свака [држава чланица], осим у изузетним околностима, сматра да све остале [државе чланице] поштују право ЕУ а нарочито основна права призната правом ЕУ“.³⁷⁴ Следи да се све државе чланице ЕУ сматрају једнако кадрим да пружају делотворну заштиту људских права, изузев у наведеним „изузетним околностима“. У уводној одредби 22. Уредбе „Даблин III“ се изричито помиње начело узајамног поверења, као и начело „солидарности“.

Ово има важне импликације како по дисциплину ЕУ у вези са **даблинским пребацивањима**, тако и по њено разумевање правила о СТЗ и ПЗА.

б. Приступ ЕУ и СПЕУ враћању сагласно Уредби „Даблин III“

Из наведеног произлази да државе чланице у **оквиру Даблинског система** имају одређену слободу када одлучују да ли људе да врате у другу државу чланицу ЕУ (или државу која није чланица ЕУ, али је потписница Уредбе „Даблин III“ – Норвешка, Исланд, Швајцарска и Лихтенштајн, такозване државе које су се „придружиле Даблину“) а која је применом даблинских критеријума одређена као надлежна.

373 СПЕУ, пресуда Великог већа у спојеним предметима *Aranyosi and Căldăraru*, бр. С-404/15 и С-659/15 РПУ, став 77, у којој се цитира став 50. одлуке у предмету бр. С168/13 РПУ, *Jeremy F.*

374 *Ibid.* став 78. и мишљење бр. 2/13, ЕУ:С:2014:2454, став 191.

Ово се опште узев показало проблематичним када држава чланица ЕУ у коју се тражиоци азила враћају – чак иако се они у њој самој не суочавају са опасношћу од злостављања – *може затим да их протера даље у државу у којој би се суочили са таквом опасношћу* (концепт **ланчаног протеривања** размотрен је у претходним поглављима).³⁷⁵

Међутим, тражилац азила може се суочити са опасностима у самој држави чланици ЕУ у коју се враћа због пропуста у њеном систему азила (у погледу услова прихвата, поступка азила, итд.) или јер та држава није кадра или вољна да задовољи посебне потребе лица које се враћа. Ова два сценарија налазила су се у сржи **пресуда ЕСЉП** (подробно размотрених у посебном одељку доле у тексту) у предметима *М. С. С. против Белгије и Грчке и Тарахел против Швајцарске*. Битно је указати на то да је СПЕУ у пресуди о спојеним предметима *Н. С. и М. Е.* разматрао закључке ЕСЉП у пресуди у предмету *М. С. С.* и у извесној мери „увезао“ начела из ове пресуде на ниво ЕУ (премда уз неке разлике).³⁷⁶

Н. С. и М. Е.

СПЕУ је у пресуди у предмету **Н. С. и М. Е.**³⁷⁷ констатовао да обавеза неке државе чланице да *поштује основна права* у контексту спровођења пребацивања сагласно Даблинској уредби искључује примену *необориве претпоставке да ће надлежна држава да поштује основна права подносиоца захтева у складу са правом [ЕУ]*.³⁷⁸ СПЕУ је прихватио да, без обзира на „постојећу претпоставку“ по којој међу државама чланицама и државама учесницама у ЗЕСА постоји „узајамно поверење“ да ће према избеглицима поступати у складу са Женевском конвенцијом и ЕКЉП (став 81), *није незамисливо да се систем може суочити са [...] великим проблемима у пракси у датој [држави чланици], који би могли за последицу имати „значајну опасност“* да ће тражиоци азила који се у ту државу чланицу враћају бити подвргнути поступању које није у складу са њиховим основним правима. СПЕУ је стога закључио (у ставу 89) да би примена Уредбе „Даблин II“ (која је у то време била на снази) у смислу наведене претпоставке била (став 99) *супротна обавези [државе чланице] да је тумачи и примењује на начин који је у складу са основним правима*. Сходно томе је утврдио да се члан 4. Повеље мора тумачити тако да

375 Мол, Нуала, Мередит, Кетрин, Азил и Европска конвенција о људским правима, стр. 73 (фуснота): *T.I. v. the United Kingdom [...]*, представка бр. 43844/98 [...]. *Примењује се да је [ЕСЉП] од лета 2008. одредио привремене мере сходно правилу 39 у десетинама предмета у вези са враћањем сагласно Даблинској уредби у државе у којима би се подносилац представке могао суочити са даљим враћањем у трећу земљу, попут Сомалије или Ирака. [...]*

376 На списку СТЗ Владе Републике Србије налазе се и Грчка и Италија, упркос чињеници да је ЕСЉП указао на озбиљне проблеме у области азила у овим државама (поред пресуда ЕСЉП у предметима *М. С. С. и Тарахел*, види и пресуду у предмету *Sharifi and Others v. Italy and Greece*).

377 У пресуди у спојеним предметима бр. C-411/10 и C-493/10, *N. S. v. Secretary of State for the Home Department and M. E. and Others v. Refugee Applications Commissioner and Minister for Justice, Equality and Reform*, од 21. децембра 2011. године, Велико веће СПЕУ је, између осталог, јасно указало на то да се *деловање ЗЕСА темељи на потпуној и инклузивној примени Женевске конвенције и начела забране протеривања у складу са чланом 18. Повеље и чланом 78. УФЕУ*, при чему се позвало и на своје пресуде у спојеним предметима *Salahadin Abdulla and Others*, бр. C-175/08, C 176/08, C 178/08 и C 179/08 [2010] ECR I 1493, став 53, и у предмету *Bolbol*, бр. C-31/09, [2010] ECR I-5539, став 38.

378 Друго питање које су оба суда упутила СПЕУ односило се на то да ли су, у светлу лоших услова прихвата и поступања према тражиоцима азила у Грчкој, државе чланице у обавези да провере да ли држава чланица која је (по Уредби „Даблин II“) надлежна (у овом случају Грчка) у потпуности поштује основна права пре но што у њу пребаце тражиоце азила.

државама чланицама забрањује да тражиоце азила пребацују у државу чланицу надлежну за разматрање њихових захтева за азил на основу Даблинског система **ако морају бити свесне да систематске мањкавости** у процедури за одобравање азила и у условима прихвата тражилаца азила у тој држави чланици представљају основане разлоге за уверење да би се тражилац азила суочио са стварном опасношћу од [поступања супротног члану 4. Повеље].

i. Процесна правила и критеријуми за пребацивање тражилаца азила из једне државе чланице ЕУ у другу: „Даблински предмети“

Као што је поменуто, Уредбом „Даблин III“ се уређује одређивање надлежности за разматрање захтева за међународну заштиту у европском простору на основу скупа правила и критеријума. У Уредби „Даблин III“ је утврђена хијерархија критеријума (у члану 7) на основу којих се држава чланица Даблинског система проглашава надлежном за разматрање захтева за међународну заштиту поднетог у једној од земаља у Даблинском систему. Сходно тој уредби, ови се критеријуми имају примењивати по реду утврђеном у члану 7, у светлу веће осетљивости интереса које су осмишљени да штите. Примену критеријума стога треба разматрати по реду по којем су наведени у Уредби. То су следећи критеријуми:

1. **Малолетници (члан 8):** 1. Када је подносилац захтева **малолетник без пратње надлежна држава чланица је она у којој се законито налази члан породице или брат или сестра малолетника без пратње, под условом да је то у најбољем интересу малолетника.** . [...]; 2. Када је подносилац захтева малолетник без пратње који има сродника који се законито налази у другој држави чланици и када се на основу индивидуалног разматрања утврди да се сродник може старати о малолетнику, та држава чланица спаја малолетника са његовим сродником и биће надлежна, под условом да је то у најбољем интересу малолетника. 3. Када чланови породице, браћа или сестре или сродници [...] бораве у више држава чланица, надлежна држава чланица одређује се на основу **најбољих интереса малолетника без пратње.** 4. У одсуству [наведених чланова породице или сродника] надлежна је она држава чланица у којој је малолетник без пратње поднео захтев за међународну заштиту, под условом да је то у најбољем интересу малолетника. [...];
2. **Чланови породице који су корисници међународне заштите или који су поднели захтев за добијање те заштите** (чланови 9. и 10): члан 9: Када подносилац захтева има члана породице, независно од тога да ли је породица претходно заснована у земљи порекла, коме је као кориснику међународне заштите допуштен боравак у држави чланици, та држава чланица надлежна је за [разматрање захтева], под условом да лица о којима је реч **писаним путем изразе ту жељу;** члан 10: Када подносилац захтева има члана породице у држави чланици о

чијем захтеву [...] није донета првостепена одлука, та држава чланица надлежна је за [захтев], под условом да лица о којима је реч писаним путем изразе ту жељу;

3. **Породични поступак (члан 11):** када више чланова породице и/или малолетне браће или сестара који нису у браку истовремено поднесе захтеве за међународну заштиту у истој држави чланици или на датуме који су довољно близу да поступци за одређивање надлежне државе чланице буду спојени и кад би примена критеријума из ове уредбе довела до њиховог раздвајања, надлежна држава чланица одређује се на следећи начин: (а) за разматрање захтева за међународну заштиту свих чланова породице и/или малолетне браће и сестара који нису у браку надлежна је држава чланица која је по критеријумима надлежна за **највећи број дотичних лица**; (б) у недостатку наведеног, [...] држава чланица одговорна за разматрање захтева најстаријег лица о коме је реч;
4. **Издавање дозвола боравка или виза (члан 12):** 1. Када подносилац захтева поседује важећу исправу о боравку, за разматрање захтева [...] надлежна је држава чланица која ју је издала [у складу са Даблинским системом];
5. **Улазак и/или боравак (члан 13):** Када се на основу непосредних или посредних доказа [...] утврди да је подносилац захтева **незаконито при доласку из треће земље копненим, морским или ваздушним путем прешао границу неке државе чланице, држава чланица у коју је на тај начин ушао је надлежна [...]**. Та надлежност престаје 12 месеци од датума незаконитог преласка границе;
6. **Улазак без обавезе поседовања визе (члан 14):** 1. Када држављанин треће земље или лице без држављанства уђе на територију [државе чланице] за коју није у обавези да поседује визу, та [држава чланица] је надлежна [...];
7. **Захтев у међународном транзитном подручју аеродрома (члан 15):** Када [...] поднесе захтев за међународну заштиту у међународном транзитном подручју аеродрома [државе чланице], за разматрање захтева надлежна је та држава чланица.

Од критеријума наведених у Уредби „Даблин III“ се у великом броју случајева у Европи предност даје критеријуму „**незаконитог уласка**“ (види наведени члан 13), како у поднетим захтевима за преузимање надлежности, тако и у захтевима за поновни прихват, иако би малолетници и чланови породица могли да имају користи од поступка „преузимања надлежности“. Стога државе чланице на јужним и источним ободима европског региона на крају у великој мери сносе највећи терет мигрантске кризе, јер су у већини случајева то прве земље у које улазе држављани трећих земаља у потреби за међународном заштитом. Мање прибегавање примени осталих критеријума, нарочито оних осмишљених како би заштитили децу и јединство породице, главни је узрок критика на рачун функционисања Даблинског система у пракси.

Како би се утврдило у коју је државу чланицу тражилац азила прво ушао, по његовом доласку на територију му се узимају отисци прстију који се уносе у базу Eurodac

(види Уредбу ЕУ о успостављању система *Eurodac*, бр. 603/2013). Све државе чланице Даблинског система затим могу да приступе тим подацима и да их користе. На пример, ако тражилац азила стигне у земљу А, тамо поднесе захтев за азил и тамо му буду узети отисци прстију, а потом отпутује у земљу Б, отисци прстију који му се узму у земљи Б се пореде са онима узетим у земљи А, а земља Б онда примењује Даблинске критеријуме како би утврдила да ли је за разматрање захтева за азил надлежна она или земља А.

У Уредби „Даблин III“ су прописана процесна правила којима се уређује пребацивање тражиоца азила у надлежну државу чланицу ако се на основу критеријума успостављених том уредбом утврди да је нека друга држава, а не она у којој се тражилац азила налази, надлежна за разматрање његовог захтева за међународну заштиту. Ове активности су познате као захтеви и поступци „**преузимања надлежности**“ и „**поновног прихвата**“. Први се покрећу када тражилац азила поднесе свој први захтев за међународну заштиту у земљи која није она земља која је одређена као надлежна сходно Даблинској уредби. „Захтеви за поновни прихват“ и поступци пребацивања који следе се, пак, активирају када је подносилац захтева прво изразио своје потребе за заштитом у једној држави чланици ЕУ, али се потом преселио у другу земљу у којој је поднео нови захтев за азил.

■ Захтеви за преузимање надлежности

Члан 21: *Када држава чланица у којој је поднет захтев за међународну заштиту сматра да је друга држава чланица надлежна за разматрање захтева, може што је пре могуће, а у сваком случају у року од три месеца од дана подношења захтева у смислу члана 20. став 2, затражити од друге државе чланице да преузме надлежност над подносиоцем захтева.*

Члан 22: *Замољена држава чланица обавља све потребне провере и доноси одлуку о захтеву за преузимање надлежности над подносиоцем захтева у року од два месеца од пријема захтева.*

■ Захтеви за поновни прихват

Члан 25: *Замољена држава чланица спроводи потребне провере и доноси одлуку о захтеву за поновни прихват лица о коме је реч што је пре могуће, а најкасније месец дана од пријема захтева. Тај се временски рок скраћује на две недеље када се захтев темељи на подацима прибављеним из система Eurodac.*

Члан 29: *Пребацивање подносиоца захтева или другог лица из члана 18. став 1. тачке ц. и д. из државе молиће у надлежну државу чланицу спроводи се у складу с националним правом државе чланице молиће, након саветовања између држава чланица о којима је реч, што је пре могуће, а најкасније у року од шест месеци од када држава чланица прихвати захтев друге државе чланице да преузме надлежност или поново*



прихвати лице о коме је реч или правоснажне одлуке по жалби или ревизији, када је у складу са чланом 27. став 3. предвиђено суспензивно дејство.

ii. Како функционишу враћања сагласно Даблинској уредби – процесне гаранције³⁷⁹

Уредба „Даблин III“ садржи неколико захтева - у вези са роковима, јемствима, итд. – које државе чланице морају да поштују да би поступци азила били у складу са правом ЕУ. Ти захтеви, уређени члановима 21, 22, 25. и 29, обухватају:

- Потребу да држава чланица која пребацује подносиоца захтева прикупи **одређене доказе** пре но што га пребаци (члан 22) – [Европска] *Комисија у спроведбеним актима утврђује, и потом периодично прегледа, два списка, указујући на релевантне елементе посредних и непосредних доказа.*
- **Поверљивост:** Потреба за обезбеђивањем поверљивости личних података (члан 39): *Државе чланице обезбеђују да правила о поверљивости утврђена националним правом обавезују органе из члана 35. у погледу свих података до којих дођу током обављања својих послова.*
- **Право на обавештење:** Потреба да се лице уопштено обавести о Уредби „Даблин III“ (члан 4), о намери да буде пребачено у складу са том уредбом (поступак поновног прихвата или преузимања надлежности) и о расположивим правним лековима (члан 26). Члан 26: *Када замољена држава чланица пристане да преузме надлежност или поново прихвати подносиоца представке [...] држава чланица молиља обавештава то лице о одлуци о његовом пребацивању у надлежну државу чланицу и, по потреби, о одлуци да не разматра његов захтев за међународну заштиту. 2. Одлука из става 1. садржи обавештења о расположивим правним лековима, укључујући, када је предвиђено, и право лица да затражи одлагање извршења до одлуке о правном леку, те о роковима за подношење тих лекова и спровођење пребацивања.*
- **Лични разговор и право на делотворни правни лек:** у члану 5. Уредбе „Даблин III“ је прописано да се са сваким подносиоцем захтева мора обавити лични разговор. Подносиоци захтева имају право на делотворан правни лек: или им се мора дозволити да у земљи остану док другостепени орган не одлучи о њиховој жалби на одлуку о пребацивању или другостепени орган мора да има могућност да извршење одлуке о пребацивању одложи, било по сопственој иницијативи или на захтев (члан 27. став 3).³⁸⁰

³⁷⁹ Цео пасус доступан је у Приручнику из европског права у области азила, граница и имиграције, јун 2013, горе наведен, стр. 101.

³⁸⁰ Цео пасус доступан је у наведеном Приручнику из европског права у области азила, граница и имиграције Европске агенције за основна права, стр. 102.

- Процесне гаранције за рањиве категорије које се пребацују сагласно Уредби „Даблин III“

Малолетници без пратње и породице: Критеријуми за одређивање надлежне државе чланице у случају најближих чланова породице (дефинисаних у члану 2. став 1. тачка г) утврђени су у члановима **8-11. и 16.** Уредбе „Даблин III“.

Хуманитарна клаузула: изузетно од правила утврђених Уредбом „Даблин III“, држава чланица може затражити од друге државе чланице ЕУ да размотри захтев уколико постоје одређени хуманитарни разлози, обично како би се спојили “остали” чланови породице (сродници, итд.) или из посебних културолошких разлога, *чак и онда када та друга држава чланица није надлежна по основу критеријума утврђених у члановима 8-11. и 16.* Лица о којима је реч свој пристанак морају да дају у писаном облику (члан 17. став 2).

Држава чланица молиља мора уз захтев за преузимање надлежности да приложи сав материјал који поседује како би замољена држава чланица могла да оцени ситуацију. Замољена држава чланица спроводи све потребне провере ради испитивања наведених хуманитарних разлога и држави чланици молиљи одговара у року од **два месеца** од пријема захтева посредством мреже електронске комуникације ‘**DubliNet**’ формиране у складу са чланом 18. Уредбе (ЕЦ) бр. 1560/2003. У случају одбијања захтева наводе се разлози на којима се одбијање темељи. Када замољена држава чланица прихвати захтев, на њу се преноси надлежност за разматрање захтева.

Чланом 7. став 3. Уредбе „Даблин III“ се од држава чланица захтева да у обзир узму све расположиве доказе о присуству чланова породице и сродника подносиоца захтева у некој другој држави чланици, ако су ти докази предочени пре но што нека друга држава чланица прихвати надлежност за разматрање захтева за азил, а још није донета мериторна одлука о претходном захтеву. Када су у питању озбиљни хуманитарни разлози, држава чланица ЕУ може у одређеним околностима постати надлежна за разматрање захтева за азил када једно лице издржава друго, под условом да међу њима постоје породичне везе.

Алтернативно, држава чланица, чак и када није надлежна по Уредби „Даблин III“, ипак може одлучити да примени своја дискрециона овлашћења и размотри захтеве (на основу „**клаузуле о суверенитету**“ из члана 17. став 1). Према **члану 3. став 2.** Уредбе „Даблин III“, када би подносилац захтева пребацавањем у државу чланицу која се сходно уредби сматра надлежном био изложен опасности од злостављања забрањеног чланом 4. Повеље, држава која намерава да подносиоца захтева пребаци мора да размотри остале критеријуме из уредбе и у разумном року утврди да ли се сходно њима може одредити надлежност неке друге државе чланице за разматрање захтева. То би могло довести до тога да прва поменута држава постане



надлежна за разматрање захтева како би се елиминисала опасност од повреде основних права подносиоца захтева.³⁸¹

в. Пребацивање тражилаца азила у сигурну трећу земљу према праву ЕУ

Као што је поменуто, када држава чланица у којој је захтев за азил поднет сматра да она за њега није надлежна, она на основу даблинских критеријума може да поднесе захтев за поновни прихват или преузимање надлежности држави чланици коју сматра надлежном, а у циљу пребацивања подносиоца захтева у ту државу. То се заснива на претпоставци да државе чланице ЕУ и остале државе које учествују у Даблинском систему по правилу поштују људска права и да су кадре да обезбеде одговарајућу заштиту. Међутим, као што је СПЕУ констатовао у пресуди у предмету *Н. С. и М. Е.*, у неким општепознатим утврђеним околностима се не може сматрати да нека држава чланица ЕУ може да пружи одговарајућу заштиту с обзиром на услове који утичу на њихов систем азила, па би враћање тражиоца азила на њену територију могло довести до повреде права ЕУ.

Н. С. и М. Е.

СПЕУ је у пресуди у предмету *Н. С. и М. Е.*³⁸² закључио да би спровођење Уредбе „Даблин II“ на основу необориве претпоставке да држава чланица пружа адекватну заштиту у свим случајевима било (став 99) супротно обавези [државе чланице] да је тумачи и примењује на начин који је у складу са основним правима. Битно је указати на то да је СПЕУ изричито истакао (став 101) да исто важи и у погледу **„одредбе којом је прописано да су одређене државе „сигурне земље“** [...] ако се та одредба мора тумачити као необорива претпоставка, против које није дозвољено поднети било какве доказе који указују на супротно.

Концепт СТЗ се само успут помиње у Уредби „Даблин III“, и у потпуности се ослања на материјалне захтеве и дефиницију тог концепта у Директиви о поступцима азила (ДПА), у којој се концепти СТЗ и ПЗА уређују у члану 38, односно члану 35.³⁸³

СТЗ је у оквиру Даблинског система релевантна утолико што је чланом 3. став 3. Уредбе „Даблин III“ прописано да [...] 3. свака држава чланица задржава право да подносиоца захтева пошаље у [СТЗ] у складу са правилима и заштитним мерама утврђеним у [ДПА]. То подразумева да земља надлежна за разматрање захтева за азил сходно Уредби „Даблин III“ потом подлеже обичним одредбама ДПА, према

381 *Ibid.*

382 Види став 75. пресуде СПЕУ у спојеним предметима *N.S. and M.E.*, бр. C-411-10 и C-493-10; деловање ЗЕСА темељи се „на потпуној и инклузивној примени Женевске конвенције и на начелу о забрани протеривања у складу са чланом 18. Повеље и чланом 78. УФЕУ“, у којем се позива и на своју пресуду у спојеним предметима *Salahadin Abdulla and Others*, бр. C-175/08, C-176/08, C-178/08 и C-179/08 и у предмету C-31/09 *Bolbol* [2010] ECR I-5539, став 38.

383 Види Европска унија: Европска агенција за основна права, Приручник из европског права у области азила, граница и имиграције, 2014, стр. 64-65.

којима не мора нужно да разматра меритум захтева и може, када се стекну услови, позивањем на СТЗ своје разматрање да ограничи на оцену прихватљивости захтева.

Тиме што утврђује у коју трећу земљу - као сигурну трећу земљу или прву земљу азила – може да врати подносиоца захтева, држава која разматра његов захтев може да оконча поступак азила у фази разматрања прихватљивости, полазећи од основане претпоставке да ће *друга земља захтев размотрити или пружити довољну заштиту* (у случају СТЗ) или у случају да је *прва земља азила подносиоцу представке доделила статус избеглице или [...] довољну заштиту* и одобрила реадмисију подносиоца захтева (уводна одредба 44) у случају ПЗА.³⁸⁴ Основна разлика лежи у чињеници да је ПЗА већ имала контакта са тражиоцем азила о коме је реч, на основу чега се претпоставља да он може поново да буде примљен и добије заштиту у тој земљи.

Слична разматрања важе и када постоји веза између подносиоца захтева и треће земље на основу које се може *основано очекивати* да ће у тој земљи *затражити заштиту* и *постоје основи за уверење да ће подносилац захтева у њу бити примљен или поново примљен*. Битно је напоменути да ДПА такође мора да се спроводи **у складу са правима из Повеље и начелима Женевске конвенције, као и са начелом забране протеривања**, будући да и она чини део система ЗЕСА.

Сходно члановима 35. и 38. ДПА:

Члан 35. – Концепт прве земље азила

Држава се сматра првом земљом азила подносиоца захтева ако:

- а) **му је у тој земљи признат** статус избеглице и ако се он још увек може позивати на ту заштиту; или*
- б) иначе ужива довољну заштиту у тој земљи, укључујући гаранције које произлазе из начела забране протеривања, под условом да ће поново бити примљен у ту земљу.*

[...] Подносиоцу захтева је дозвољено да оспорова примену концепта прве земље азила на своје конкретне околности.

Члан 38. – Концепт сигурне треће земље

- 1. Државе чланице могу да примењују концепт сигурне треће земље само ако су надлежни органи уверени да ће се у трећој земљи о којој је реч према лицу које тражи међународну заштиту поступати у складу са следећим начелима:*

(а) његов живот и слобода неће бити угрожени због његове расе, вере, националности, припадности одређеној друштвеној групи или политичког мишљења;

³⁸⁴ Члан 33. став 2. тачка ц. Државе чланице могу да сматрају захтев за међународну заштиту неприхватљивим само ако: [...] се земља која није држава чланица сматра сигурном трећом земљом за подносиоца захтева у складу са чланом 38.

- (б) не постоји никаква опасност од озбиљне штете дефинисане у Директиви 2011/95/EU;
- (ц) поштује се начело забране протеривања у складу са Женевском конвенцијом;
- (д) поштује се забрана удаљења којим би било прекршено право на слободу од мучења и окрутног, нечовечног или понижавајућег поступања утврђена међународним правом; и
- (е) постоји могућност да лице затражи статус избеглице, и, ако се утврди да је избеглица, да добије заштиту у складу са Женевском конвенцијом.
2. Примена концепта сигурне треће земље подлеже правилима утврђеним у националном праву, укључујући:
- (а) правила којима се изискује постојање **везе** између подносиоца захтева и треће земље о којој је реч на основу које би било оправдано да то лице оде у ту земљу;
- (б) правила о методологији коју надлежни органи примењују како би се уверили да се концепт сигурне треће земље може применити на одређену земљу или одређеног подносиоца захтева. Та методологија обухвата појединачно разматрање сигурности земље за конкретног подносиоца захтева и/или национално одређивање земаља које се опште узев сматрају сигурним;
- (ц) правила која у складу са међународним правом омогућују индивидуализовано разматрање да ли је трећа земља о којој је реч сигурна за конкретног подносиоца захтева, и која подносиоцу захтева омогућују барем да оспорава примену концепта сигурне треће земље по основу тога да та трећа земља није сигурна у његовим посебним околностима. Подносилац захтева такође може да оспорава постојање везе између њега и треће земље у складу са тачком (а). [...]

Конечно, такозвана **европска сигурна земља (ЕСЗ)** представља трећу врсту „сигурне земље“, која постоји само у праву ЕУ. Одређивање неке земље као ЕСЗ сходно члану 39. нарочито је важно с обзиром на импликације које то може имати по разматрање захтева за азил. Док се применом концепата СТЗ и ПЗА сходно члановима 35. и 38. државе чланице могу ограничити на процену прихватљивости захтева, сходно овом члану могу одлучити да **уопште неће размотрити захтев или да га неће размотрити у целисти**. Ово се сматра последицом „строжих“ и подробнијих захтева везаних за сигурност те земље, услед којих је она наводно сигурнија у смислу враћања.³⁸⁵ Ови критеријуми обухватају прихватање и повиновање земље, иначе потписнице ЕКЉП, Женевској конвенцији без ограничења. ЕСЗ се дефинише на следећи начин:

385 Пирс, Стив, и др, ур. Право ЕУ у области имиграције и азила (Текст и коментар): Том 3: Право ЕУ у области азила (Peers, Steve, et al., eds. *EU Immigration and Asylum Law (Text and Commentary): Volume 3: EU Asylum Law*), Hotei Publishing, стр. 262, 2015.

Члан 39. – Концепт европске сигурне треће земље

1. Државе чланице могу одлучити да уопште неће размотрити [захтев за међународну заштиту] или да га неће у целости размотрити у случајевима када надлежни орган на основу чињеница утврди да подносилац захтева настоји да уђе или да је незаконито ушао са територије сигурне треће земље из става 2.
2. Трећа земља може се сматрати сигурном у смислу става 1. само ако:
 - (а) је ратификовала и поштује одредбе Женевске конвенције без икаквих географских ограничења;
 - (б) има законом прописан поступак азила; и
 - (ц) је ратификовала [ЕКЉП] и поштује њене одредбе, укључујући стандарде који се односе на делотворне правне лекове.
3. Подносилац захтева може да оспорава примену концепта европске сигурне треће земље уз образложење да трећа земља о којој је реч није сигурна у његовим посебним околностима.
4. Државе чланице у свом националном праву утврђују начине спровођења одредби става 1. и последице одлука донетих на основу тих одредби у складу са начелом забране протеривања, укључујући изузетке од примене овог члана из хуманитарних или политичких разлога или разлога везаних за међународно јавно право.
5. Приликом спровођења одлуке која се темељи искључиво на овом члану, државе чланице: (а) о томе обавештавају подносиоца захтева; и (б) достављају му документ којим се органи треће земље на језику те земље обавештавају о томе да није донета мериторна одлука.
6. Ако трећа сигурна земља не прими поново подносиоца захтева, државе чланице **обезбеђују приступ поступку** у складу са основним начелима и јемствима из Поглавља II.
7. Државе чланице периодично обавештавају [Европску] комисију о земљама на које се у складу са одредбама овог члана примењује овај концепт.

i. Оцена „сигурности“ земље

На основу формулација одредби и њиховог каснијег тумачења од стране СПЕУ, правом ЕУ се државе чланице обавезују да оцењују сигурност СТЗ, ПЗА или ЕСЗ на основу низа критеријума који се – значајно је истаћи – не односе само на **материјалне услове** у земљи већ и на **конкретне околности подносиоца захтева** и начин на који оне у пракси утичу на његову сигурност у тој земљи.

Као што је наведено, сходно члану 38, да би се нека земља сматрала сигурном трећом земљом, она мора, између осталог, да обезбеди да:

- а) живот и слобода нису угрожени по [једном или више основа за прогон по Женевској конвенцији];

- б) не постоји опасност од озбиљне штете дефинисане у Директиви 2011/95/ ЕУ;
- ц) поштује се начело забране протеривања у складу са Женевском конвенцијом;
- д) поштује се забрана удаљења којим би било прекршено право на слободу од мучења и окрутног, нечовечног или понижавајућег поступања утврђена међународним правом;
- (е) постоји могућност да лице затражи статус избеглице, и, ако се утврди да је избеглица, да добије заштиту у складу са Женевском конвенцијом.

Правила којима се уређује одређивање неке земље као СТЗ морају бити утврђена у националном праву (члан 38. став 2).

Додатни захтеви морају бити испуњени када земља која разматра захтев жели да се не упусти у разматрање захтева или да га скрати на основу тога што одређује неку земљу као ЕСЗ (види горе).

СПЕУ се у пресуди у предмету **Шираз Баиг Мирза против Канцеларије за имиграцију и држављанство**³⁸⁶ бавио применом и домашајем концепта сигурне треће земље, премда не исцрпно. Овај се предмет односио на последице пропуста државе, која је у складу са захтевом за поновни прихват спроводила пребацивање подносиоца захтева сагласно Уредби „Даблин III“, да прикупи информације о режиму и пракси државе чланице прихвата као сигурној трећој земљи.

Држава која је подносиоца захтева пребацивала (Република Чешка) је подносиоца захтева затекла на путу ка Аустрији и вратила га је у Мађарску, која је по Даблинском систему била надлежна да размотри његов захтев за азил, а где се он налазио у опасности од враћања у Србију која је по мађарском праву означена као СТЗ.

У пресуди нема довољних елемената којима се разјашњава разумевање концепта СТЗ од стране ЕУ, али у њој јесте појашњено поље слободне процене држава уговорница у вези са применом концепта СТЗ, као и ниво надзора који државе чланице морају да врше у поступку поновног прихвата.

**Шираз Баиг Мирза против Канцеларије за имиграцију и држављанство,
предмет бр. C-695/15 PPU**

Чињенице: Овај се предмет односио на држављанина Пакистана који је прошао кроз Србију, поднео захтев за азил у Мађарској и наставио пут ка Аустрији док се његов захтев још разматрао. Пошто је напустио место боравка које му је било одређено у Мађарској, разматрање његовог захтева обустављено је у складу са чланом 28. став 1. тачка б. ДПА, и сматрало се да га је он прећутно повукао. У међувремену је, на путу ка Аустрији, подносилац захтева заустављен и испитан у Републици Чешкој. Пошто су ушли у траг његовом првом захтеву за азил и утврдили руту којом је путовао, чешки органи су у складу са чланом 18. став 1. тачка ц. Уредбе „Даблин III“ издали захтев за поновни прихват, који је Мађарска прихватила. У то време се сходно мађарском законодавству и пракси прво разматрала прихватљивост захтева за азил, без разматрања суштине његовог захтева, што је могло да има за последицу враћање подносиоца захтева у Републику Србију која се налазила на мађарском списку СТЗ.

³⁸⁶ *Shiraz Baig Mirza v Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal (Mirza)*, бр. предмета C-695/15 PPU.

На основу списка предмета се чинило да чешки органи нису били обавештени о мађарској пракси да Србију сматра СТЗ. Подносилац захтева је по повратку у Мађарску поднео други захтев за азил и лишен је слободе. Други захтев је одбачен као неприхватљив, јер је подносилац захтева пре доласка у Мађарску пролазио кроз Србију, која је СТЗ по мађарском праву, те је требало тамо да се врати, изузев ако може да докаже постојање посебних околности услед којих Србија за њега није СТЗ. Иако је изричито заступао тај став у свом захтеву за азил, његов је захтев одбачен као неприхватљив и наложено је да се врати у Србију. Његово је враћање одложено до одлуке СПЕУ по захтеву за претходну одлуку.

Суду правде ЕУ су у захтеву за претходну одлуку упућена три питања како би он разјаснио правила и начела везана за примену правила о СТЗ када држава која му прибегава прихвата надлежност да разматра захтев за азил после поновног прихвата. СПЕУ је истовремено појаснио обавезе државе молиље за поновни прихват у вези са оценом ситуације у држави чланици која захтев за поновни пријем прихвати, а у смислу права и праксе о СТЗ. Суду правде ЕУ су упућена следећа три питања:

1. Да ли члан 3. став 3. Уредбе „Даблин III“ треба тумачити тако да држава чланица, која је прихватила надлежност сагласно Уредби „Даблин III“ по захтеву за поновни прихват, може послати подносиоца захтева у неку СТЗ ако је подносилац захтева напустио надлежну државу пре но што је донета мериторна одлука о његовом првом захтеву за азил;
2. Да ли је, ако држава чланица која прихвата подносиоца захтева **није обавестила** државу чланицу која га шаље о свом законодавству и пракси у вези са СТЗ, искључено слање тражиоца азила у СТЗ, и да ли је тиме повређено његово право на делотворни правни лек;
3. Да ли надлежна држава чланица која поново прихвати подносиоца представке има обавезу да настави поступак разматрања захтева у оној фази у којој је он прекинут.

Образложење:

1. СПЕУ је у погледу **првог питања** стао на становиште да концепт СТЗ могу да примењују све државе чланице, како оне надлежне за разматрање захтева сагласно Уредби „Даблин III“, тако и све остале државе чланице, а на основу члана 3. став 3. те уредбе. Разјаснио је да чињеница да је нека држава чланица прихватила надлежност за захтев сагласно Уредби „Даблин III“ *ту државу чланицу не спречава да касније подносиоца захтева пошаље у СТЗ*. По њему, другачији закључак би охрабрио подносиоце захтева за међународну заштиту, који су у једној земљи поднели захтев, *да путују у друге државе чланице и тиме изазову секундарно кретање, што Уредба „Даблин III“ управо и настоји да спречи*.
2. **Друго**, СПЕУ је размотрио питање да ли је пребацавање подносиоца захтева у целисти искључено због пропуста државе чланице која издаје захтев за поновни прихват да прикупи информације о правилима државе чланице прихвата у вези

са слањем подносилаца захтева у СТЗ или о релевантној пракси њених државних органа. Суд је приметио да се Уредбом „Даблин III“ од државе чланице која прими захтев за поновни прихват не изискује да обавести државу чланицу која врши пребацивање о својим законима или пракси. Заправо, државе чланице су у обавези да обавесте Европску комисију о својим националним списковима СТЗ, али не и друге државе чланице у контексту поступака поновног прихвата. Суд такође није сматрао да је необавештавањем *угрожено право подносиоца захтева на делотворни лек против одлуке о пребацивању и против одлуке о захтеву за међународну заштиту* сходно члану 27. Уредбе „Даблин III“.

ii. Правни лекови и процесне гаранције везане за примену правила о СТЗ по праву ЕУ

Према ДПА, када држава чланица неку земљу означи као СТЗ, ПЗА или ЕСЗ, подносилац чији је захтев проглашен неприхватљивим може да оспорава примену тих концепата у његовим посебним околностима.

Према члану 38. став 2. тачке а. и ц, подносилац захтева ће сходно одредбама националног права којима се уређује концепт СТЗ – када се заснивају на међународном праву – *барем [...] имати могућност [...] да оспори примену концепта СТЗ по основу тога да та трећа земља није сигурна у његовим посебним околностима*. Када се правила о СТЗ заснивају на постојању **везе**, *подносиоцу захтева ће бити омогућено да оспори постојање везе између њега и треће земље* (слична јемства се предвиђају и за ЕСЗ према члану 39. став 3).

У том је циљу [...] УНХЦР изричито захтевао да подносилац захтева који оспорава ову одлуку има на располагању правни лек са **суспензивним дејством**.³⁸⁷ Међутим, иако подносиоци захтева на које се то односи могу да поднесу захтев у том смислу, примена правила о сигурној земљи сходно наведеним члановима није увек пропраћена правом на правни лек с аутоматским суспензивним дејством. Конкретно, док жалбе сходно правилу о СТЗ имају суспензивно дејство, то није случај када се захтев разматра сходно правилима о СЗП или ЕСЗ, мада подносилац захтева може да поднесе захтев да остане на територији државе чланице до усвајања одлуке на основу његових посебних околности.³⁸⁸

У овом погледу је елемент постојања „везе“ између тражиоца азила и земље питање које изазива забринутост, јер је понекад овај услов задовољен чак и ако је тражилац азила само прошао кроз ту земљу. УНХЦР је и у овом погледу оспоравао то изједначавање у једном од првих ставова о том питању, навевши да „околност да је тражилац азила био у трећој држави у којој је могао да тражи азил, сама по себи

³⁸⁷ Слично томе, УНХЦР је у оквиру Глобалних консултација о међународној заштити навео жалбе са суспензивним дејством међу пожељним заштитним мерама у погледу одлука о враћању у СТЗ. Види УНХЦР, Глобалне консултације о међународној заштити/регионални састанци: Закључци (*Global Consultations on International Protection/Regional Meetings: Conclusions*), Регионални састанак у Будимпешти, 6-7. јун 2001, став 15, 15. јун 2001, EC/GC/01/14.

³⁸⁸ Пирс, Стив, и др, ур. Имигрантско и право азила ЕУ, стр. 262.

не представља довољни основ да [држава у којој је поднео нови захтев] одбије да размотри суштину његовог захтева и да „значајне везе (нпр. породичне или културне везе, или законито пребивалиште) с том другом државом“³⁸⁹ морају играти улогу у доношењу ове одлуке.

Слична су разматрања изнета и у погледу ситуације када је са трећом земљом потписан изричит споразум по којем она прихвата да преузме надлежност над тражиоцем азила, што се такође не сматра добрим начином за отклањање могуће забринутости у вези са сигурношћу те земље. Конкретно, иако се признаје да споразуми о реадмисији пружају већа јемства од једностраних одлука о враћању, садржај и практично спровођење тих споразума од кључног су значаја у погледу оправданости њихове примене и поштовања права. УНХЦР и коментатори дају предност доказима **о изричитом пристанку земаља да поново прихвате конкретног подносиоца** над општим споразумима.³⁹⁰

УНХЦР је појаснио да се постојање **споразума** са земљом и обезбеђивање **правичног одлучивања о захтеву за азил** сматрају одвојеним критеријумима у сврху оцене сигурности земље.³⁹¹

Сходно члану 39. став б, када држава означена као ЕСЗ не прихвати да поново прими подносиоца захтева на своју територију, државе чланице су у обавези да му „**обезбеде приступ поступку** у складу са основним начелима и јемствима из Главе II“ ДПА.

Поред тога, подносилац захтева у надлежној држави (у случајевима примене концепта ПЗА, СТЗ или ЕСЗ) сходно члану 46. ДПА има право на **делотоворан правни лек** пред судом те државе чланице којим може да оспорава одлуку усвојену у складу са правилима о СТЗ у националном праву на основу члана 38. или 39. те директиве, у зависности од своје конкретне ситуације. У Директиви су ове процесне гаранције предвиђене како би се обезбедило да примена концепата СТЗ или ЕСЗ не доведе до повреде основних права подносиоца захтева.

Право на делотоворан правни лек се у контексту ДПА тумачи као право на жалбу суду, изјављену, између осталог, на одлуку о захтеву (члан 46. став 1. тачка а. алинеје

389 УНХЦР, Општи закључак о међународној заштити бр. 87 (*General Conclusion on International Protection No. 87 (L) – 1999*), 8. октобар 1999; УНХЦР, Закључак о међународној заштити бр. 85 (*Conclusion on International Protection No. 85 (XLIX) – 1998*), 9. октобар 1998; УНХЦР – Припремни документ бр. 2, Примена концепта „сигурне треће земље и његов утицај на управљање токовима и заштиту избеглица“. Слична разматрања су наведена и у документу УНХЦР Сагледавање концепта „сигурне треће земље“ (*Considerations on the “Safe Third Country” Concept*), јул 1996.

390 Легомски, Стивен, Х. Секундарно кретање избеглица и враћање тражилаца азила у треће земље, значење делотворне заштите, (Legomsky, Stephen H, *Secondary refugee movements and the return of asylum seekers to third countries: the meaning of effective protection*), *International Journal of Refugee Law*, 15.4 (2003): 567-677, стр. 630-633.

391 *Ibid.* стр. 630, где се аутор позива на Напомене УНХЦР о предлогу поступака азила Европске комисије (*UNHCR Observations on EC Proposal on Asylum Procedures*), став 31. тачка iii; УНХЦР, Закључци из Будимпеште (*UNHCR, Budapest Conclusions*), став 15. тачка б; Припремни документ УНХЦР о Будимпешти бр. 2 (*UNHCR Budapest Background Paper No. 2*), ставови 2-3, итд.

i – iv) којом се захтев, између осталог, проглашава неприхватљивим услед постојања СТЗ (у складу са чланом 33. став 2, тачка ц).

У циљу поштовања члана 46. став 1. ДПА, у ставу 3. тог члана прописано је да државе чланице „обезбеђују да се делотворним правним леком омогућује потпуно и *ex nunc* разматрање чињеничних и правних питања, укључујући, по потреби, разматрање потреба за међународном заштитом у складу са Директивом 2011/95/EU, бар у жалбеним поступцима пред првостепеним судом.“ То значи да се потребе за заштитом оцењују на основу и личних и материјалних околности у тренутку када до враћања треба да дође, а не у време подношења захтева за азил.

Сходно члану 46. став 6, државе чланице „*утврђују разумне рокове и друга посебна правила за остваривање права подносиоца захтева на делотворни правни лек*“, а „*ти рокови не смеју да онемогуће или учине остваривање тог права изузетно тешким*“.

СПЕУ је у пресуди у предмету **Брахим Самба Диуф против министра за рад, запошљавање и имиграцију**³⁹² појаснио да правни лекови против негативне одлуке о захтеву за азил сходно члану 39. став 1. Директиве 2005/85/EC (*mutatis mutandis* измењена ДПА) морају подносиоцу захтева да омогуће да оспорава како одлуке којима се захтев одбија на основу меритума тако и оне којима се захтев одбацује из формалних или процесних разлога који онемогућују одлуку о меритуму (односно и одлуке о прихватљивости и мериторне одлуке). То изричито обухвата и „*одлуку да се захтев не разматра*“ применом концепта СТЗ (види став 33. пресуде).

iii. Право на обавештење о примени правила о СТЗ/ЕСЗ

Сходно члану 38. став 3, тачке (а) и (б), када је одлука искључиво заснована на примени концепта СТЗ, држава чланица је у обавези да о томе обавести подносиоца захтева и достави му документ којим се органи треће земље на језику те земље обавештавају о томе да није донета мериторна одлука о захтеву.

Поред тога, у складу са чланом 39. став 5, подносиоцу захтева после примене концепта ЕСЗ мора бити обезбеђен један број процесних гаранција, укључујући да буде обавештен о тој одлуци, и да му се достави документ којим се органи треће земље на језику те земље обавештавају о томе „**да није донета мериторна одлука о захтеву.**“

- **Извори информација који се сматрају поузданим у сврху одређивања земље као „сигурне“**

У циљу ове оцене у појединачним случајевима или састављања „спискова сигурних земаља“ (уводна одредба 46. ДПА),³⁹³ државе чланице треба да узимају у обзир изво-

³⁹² CJEU - C-69/10, *Brahim Samba Diouf v. Ministre du Travail, de l'Emploi et de l'Immigration* (2011).

³⁹³ Члан 37. – Национално одређивање трећих земаља као сигурних земаља порекла.

ре попут методологије извештавања о земљама порекла Европске канцеларије за подршку азилу и релевантне смернице УНХЦР (уводна одредба 48. ДПА). Заједно са „информацијама других држава чланица [...], Савета Европе и осталих релевантних међународних организација“, државе чланице би такође требало да користе ове изворе приликом „редовног“ **преиспитивања** „ситуације у тим земљама“ и да о пракси држава чланица обавештавају Европску комисију.³⁹⁴

СПЕУ је у поменутој пресуди у предмету *Н. С. и М. Е.* подржао приступ ЕСЉП у пресуди у предмету *М.С.С.* (види ставове 347-350) о ослањању, између осталог, на „редовне и унисоне извештаје међународних [НВО] које сведоче о практичним тешкоћама у примени [ЗЕСА], допис који је [УНХЦР] упутио надлежном белгијском министру“, и констатовао (у ставу 91) да „информације попут наведених [...] омогућавају држави чланици да оцени функционисање система азила у надлежној држави чланици, што омогућује оцену тих опасности“.

V. КОНЦЕПТ СТЗ У ПРАКСИ ЕСЉП

а. Еволутивни приступ ЕСЉП враћању сагласно Уредби „Даблин III“ и усаглашеност поступака држава на основу права ЕУ с ЕКЉП

ЕСЉП није надлежан да тумачи право ЕУ, укључујући Уредбу „Даблин III“, као ни да оцењује сагласност тога права са ЕКЉП. То, међутим, не спречава овај суд да оцењује да ли пребацивање тражилаца азила из једне државе чланице Савета Европе у другу у пракси, које се спроводи применом Уредбе „Даблин III“, представља повреду ЕКЉП.

Већ смо подробно разматрали могућност да враћање странаца у трећу земљу представља повреду ЕКЉП (види претходна поглавља о забрани протеривања и члану 3). Када је у питању враћање тражиоца азила, прилика да он добије не само заштиту од забране протеривања, већ и да његов захтев буде на одговарајући начин размо-

³⁹⁴ Честа аутоматска примена начела „сигурне треће земље“ од стране Канцеларије за азил Републике Србије представља изузетан проблем у функционисању националног система азила, нарочито с обзиром на чињеницу да држава све земље са којима се граничи, осим Албаније, сматра сигурним трећим земљама. Земље попут Турске, Грчке и БЈРМ сматрају се „сигурним“ искључиво јер су потписнице Женевске конвенције (чињеница да је Турска одлучила да примењује географска ограничења такође није узета у обзир), а списак никад није ревидиран у светлу општепознате судске праксе, попут пресуде ЕСЉП у предмету *M. S. S. v. Belgium and Greece* [Велико веће], представка бр. 30696/09.

трен, мора се посебно оцењивати приликом разматрања његовог враћања у „сигурну трећу земљу“ и заправо чини део оцене о сигурности те земље.

Приступ ЕСЉП поступцима које државе чланице предузимају приликом испуњавања својих обавеза по праву ЕУ је у великој мери заснован на преседану који је успоставио у својој пресуди у предмету *Босфор Ерлајн против Ирске*,³⁹⁵ у којој је ЕСЉП изразио свој став о овлашћењима и поступцима држава чланица Савета Европе у контексту међународних споразума. Сходно преседану у пресуди у предмету *Босфор* (став 338), ЕСЉП признаје као легитиман пренос суверених права у одређеним областима ради спровођења тих споразума, међутим, указује на то да је такво поступање *оправдано само док се сматра да релевантна организација штити основна права на начин који се може сматрати у најмању руку еквивалентним оном предвиђеном Конвенцијом* (став 153). ЕСЉП опште узев полази од претпоставке да је *заштита основних права коју пружа право Европске заједнице еквивалентна оној коју пружа конвенцијски систем* (став 165).

Ово је постало познато као **начело еквивалентне заштите** на основу којег ЕСЉП формира своју оцену о поступцима држава у складу са правом ЕУ. У складу са тим начелом, државе су одговорне за сво чињење и нечињење својих органа у складу са домаћим правом и за поступке које предузимају у контексту преузетих међународноправних обавеза, али који не представљају, строго говорећи, њихове правне обавезе конкретно – када примењују своја дискрециона овлашћења.³⁹⁶

Дефиниција „**дискреционих поступака**“ предузетих у контексту обавеза по основу чланства у ЕУ подробно ће бити дата у анализи пресуде у предмету *М. С. С.* у овом одељку, јер је она битно обележила начин на који ЕСЉП тумачи начело из пресуде у предмету *Босфор* у контексту азила. ЕСЉП се у одлукама у предметима *Т.И.* и *К.Р.С.* бавио начелом еквивалентне заштите и по аналогiji, претпоставком „узајамног поверења“ међу државама чланицама у смислу заштите која се пружа по праву ЕУ и која се суштински налази у самом темељу функционисања Даблинског система. ЕСЉП је у тим пресудама имао прилику да *размотри дејства Даблинске конвенције а потом уредбе на права по Конвенцији*.³⁹⁷

Т.И. против Уједињеног Краљевства (представка број 43844/98, одлука о прихватљивости)

Опасност од ланчаног протеривања из Немачке у Шри Ланку (одлука о прихватљивости)

Представку је поднео држављанин Шри Ланке, који је из те земље побегао јер је био изложен злостављању безбедносних снага, *LTTE* (тамилске организације која је водила оружану борбу за независност) и тамилских провладиних активистичких организација. Тврдио је да је три месеца био лишен слободе у Коломбу и да су га безбедносне снаге мучиле. Подносилац представке је отпутовао у Немачку, где је затражио азил, а потом у Уједињено Краљевство, где је

³⁹⁵ *Bosphorus Hava Yollari Turizm Ve Ticaret Anonim Sirketi v. Ireland* [Велико веће], представка бр. 45036/98.

³⁹⁶ *Ibid.* види ставове 155-57. и приказ пресуде из Европске базе података о праву у области азила (*European Database of Asylum Law - EDAL*).

³⁹⁷ Види став 341. пресуде у предмету *M. S. S. v. Belgium and Greece* [Велико веће], представка бр. 30696/09.

поново затражио азил. Његов захтев за азил је у Немачкој размотрен искључиво на темељу његовог усменог сведочења и одбијен је као неуверљив. Уједињено Краљевство је од Немачке затражило да у складу са Даблинском конвенцијом прихвати надлежност за разматрање захтева за азил подносиоца представке. Немачка је била издала решење о депортацији подносиоца представке, услед чега је он страховао да ће га немачке власти једноставно вратити у Шри Ланку и да ће тамо бити изложен поступању супротном члану 3.

Суд је у овом предмету поновио неке од кључних начела која важе сходно члану 3, чиме је признао њихову примену на предмете у којима је примењен концепт СТЗ. Конкретно, поновио је да заштита по члану 3. може да обухвата и понашање недржавних актера и да је потребно узети у обзир последице мера враћања на здравствено стање лица о коме је реч. Поред тога је појаснио да испитивање могућности повреде овог члана изискује темељно испитивање током којег се узимају у обзир све околности предмета. Подносиоцу ове представке је претило удаљење у Немачку, интермедијарну земљу која је истовремено и висока страна уговорница ЕКЉП, а у којој је раније донето решење о његовој депортацији у Шри Ланку.

Суд је утврдио да ово посредно удаљење не утиче на одговорност УК да осигура да подносилац представке неће бити изложен мучењу или злостављању, те да УК не може аутоматски да се ослони на аранжман предвиђен Даблинском конвенцијом. Приликом разматрања опасности од злостављања у Шри Ланки, ЕСЉП је приметно да ни УК ни Немачка нису предочили значајне доказе, док су материјали које је предочио подносилац представке код њега изазвали забринутост у погледу опасности са којима би се подносилац представке суочио ако би био враћен у Шри Ланку.

*Пресудом у овом предмету постављен је темељ праксе ЕСЉП о „даблинским предметима“ и у њој су изложена важна начела у вези са **оценом доказа** за утврђивање сигурности треће земље, као и **утврђивањем опасности** у сличним околностима. Ови ће аспекти бити одвојено размотрени у одељцима који следе.*

Суд је у овој пресуди поставио темељ за своје становиште о овом питању, утврдивши да се Уједињено Краљевство „не може аутоматски у том контексту ослонити на аранжмане о одређивању надлежности европских земаља за одлучивање о захтевима за азил који су предвиђени Даблинском конвенцијом“.³⁹⁸ У овом је предмету Уједињено Краљевство тврдило да оно не треба да буде принуђено да врши функцију полицајца и проверава да ли Немачка поштује ЕКЉП, јер је надлежност Немачке за разматрање захтева у складу са правилима ЕУ о азилу.

Подносилац представке је, пак, тврдио да би био спречен да предочи нужне доказе у свој прилог услед процесних правила у Немачкој, да је релевантан терет доказивања превелик и да немачки судови не би сматрали да је поступање недржавних актера довољан разлог да његов захтев за азил сматрају основаним.

Битно је истаћи да је ЕСЉП у овој пресуди изнео став о последицама међународних споразума на одговорност држава по ЕКЉП. Конкретно, истакао је да закључивање међународних споразума у одређеној области – попут, нпр. Даблинске конвенције

³⁹⁸ Мол, Нуала, Мередит, Кетрин, Азил и Европска конвенција о људским правима, стр. 80.

– не може европске државе да ослободи њихове одговорности везане за људска права по ЕКЉП за питања у тим областима, јер би то било противно духу ЕКЉП.³⁹⁹

Такође је примио к знању коментар УНХЦР, по којем *иако Даблинска конвенција можда тежи остварењу похвалних циљева, њену делотворност у пракси могу подрити различити приступи држава уговорница обиму заштите која се пружа* (стр. 16 пресуде).

ЕСЉП се у одлуци о прихватљивости представке у предмету **К. Р. С. против Уједињеног Краљевства**⁴⁰⁰ поново бавио сличним питањима у оквиру, конкретно, Уредбе „Даблин II“ која је у међувремену сачињена на основу Даблинске конвенције и која је чинила кључни део настајућег режима азила ЕУ успостављеног том уредбом. Суд је донекле поновио наведене аргументе, подсетивши на начело које је истакао у одлуци у предмету *Т.И. да удаљење у интермедијарну земљу – која је истовремено и држава уговорница [ЕКЉП] – не утиче на одговорност [Уједињеног Краљевства] да осигура да подносилац представке неће бити изложен поступању противном члану 3. услед одлуке о протеривању* и да спровођење међународног споразума (у овом случају Уредбе „Даблин II“) државе чланице не ослобађа њихових обавеза по ЕКЉП.

Суд је стога поново заузео став да враћање тражиоца азила у контексту Даблинског система отвара питање одговорности држава по Конвенцији у погледу *постојања стварне опасности да ће подносилац представке бити послат у земљу у којој би се суочио са поступањем противним члану 3.*

К. Р. С. против Уједињеног Краљевства
(представка бр. 32733/08, одлука о прихватљивости)

Донекле прилагођени приказ одлуке коју је сачинила Европска база података о праву у области азила (EDAL)

Представку је поднео ирански држављанин који је у УК затражио азил а пре тога је прошао кроз Грчку. Британске власти су поднеле захтев Грчком да преузме надлежност за његов захтев у складу са Уредбом „Даблин II“, који је ова прихватила. Британске власти су захтев за азил подносиоца представке прогласиле неприхватљивим и одредиле његово удаљење у Грчку.

Подносиоцу представке није дата дозвола да затражи судско преиспитивање одлуке о удаљењу. Његово је удаљење, међутим, одложено јер је поднео захтев ЕСЉП да одреди привремену меру у складу са правилом 39. Пословника Суда, који је одобрен на основу документа УНХЦР у којем се државама препоручује да се до даљњег уздржавају од враћања тражилаца азила у Грчку сходно Уредби „Даблин II“. Пред ЕСЉП је тврдио да би његово протеривање из УК у Грчку представљало повреду члана 3. ЕКЉП.

Суд је овај предмет разматрао у складу са својим начелима у вези с протеривањем када се твр-

³⁹⁹ Види став 342. пресуде у предмету *M. S. S. v. Belgium and Greece* [Велико веће], представка бр. 30696/09 – “Суд је поновио да би потпуно ослобађање држава од одговорности по Конвенцији у случајевима када оне сарађују у стварима које би могле утицати на заштиту основних права било неспојиво са циљем и предметом Конвенције“. У овом се ставу ЕСЉП позива на став 67. пресуде Великог већа у предмету *Waite and Kennedy v. Germany*, представка бр. 26083/94.

⁴⁰⁰ *K. R. S. v. the United Kingdom*, представка бр. 32733/08.

ди да постоје значајни разлози за страх од стварне опасности од поступања супротног члану 3. и изјавио да се та опасност не може аутоматски утврдити или искључити применом процесних захтева. Када је то случај, сходно члану 13, ЕСЉП изискује да испитивање буде независно и темељно и да расположиви правни лек има аутоматско суспензивно дејство.

Априла 2008. године, након што је УНХЦР објавио свој извештај, ЕСЉП је примио велики број захтева од тражилаца азила у УК да одреди мере у складу са правилом 39. како би се спречило њихово пребацивање у Грчку. Суд је примио к знању забринутост изражену у документу УНХЦР, а коју је делила и организација *Amnesty International*, као и остале угледне НВО, да лица која треба да буду враћена у Грчку сагласно Уредби „Даблин II“ не би имала приступ делотворном правном леку. Међутим, докази предочени Европском суду за људска права указивали су на то да Грчка људе не удаљује у Иран, што је значило да се подносилац представке не суочава са опасношћу од ланчаног протеривања. **Суд је утврдио да се претпоставља да ће Грчка поштовати своје међународне обавезе прописане Уредбом „Даблин II“, као и правне тековине ЕУ у области азила о минималним условима прихвата и поступцима азила.**

Суд је сходно правилу 39. обавестио Уједињено Краљевство да мера треба да буде на снази до потврде да ће подносилац представке моћи у Грчкој да поднесе захтев за одређивање мера сходно правилу 39. у случају даљег протеривања из Грчке у Иран. То је заступника Уједињеног Краљевства пред Европским судом навело да у допису ЕСЉП пренесе информације које је добио од грчке јединице за Даблински систем да ће лица враћена сагласно Уредби „Даблин II“ моћи да поднесу захтеве за азил пошто буду пребачена у Грчку и да неће одмах бити удаљена. У допису се понавља посвећеност Грчке Европској конвенцији за људска права, коју је и она сама потписала. У одсуству доказа који указују на супротно, требало би претпоставити да ће она поштовати своје обавезе. Стога, ако се подносилац представке суочи са удаљењем у Иран од стране Грчке, он треба да поднесе захтев за одређивање мера против Грчке сходно правилу 39. када се у њој нађе. Слично томе, сву потенцијалну забринутост у вези са условима лишења слободе у Грчкој треба прво размотрити са грчким националним органима, а потом пред ЕСЉП.

Суд је једногласно закључио да УК неће прекршити своје обавезе из члана 3. ЕКЉП ако подносиоца представке удаљи у Грчку. Стога је представку прогласио неприхватљивом и очигледно неоснованом те укинуо привремену меру.

Суд је на основу ове одлуке прогласио неприхватљивим и друге представке у којима се оспоравало пребацивање у Грчку сагласно Уредби „Даблин II“, све до предмета *М. С. С. против Белгије и Грчке*, када је преиспитао свој став по овом питању (подробна анализа налази се у тексту који следи).

Битно је истаћи да, иако је примио к знању да су угледне НВО, као и УНХЦР, изразили забринутост због ситуације на терену у Грчкој и да су је при том формулисали у складу са ЕКЉП, јер су у њој помињале непостојање делотворног правног лека, Суд није сматрао да су њихови извештаји од одлучујућег значаја да би га навели да утврди повреду ЕКЉП. Суд је сматрао битним чињеницу да Грчка заправо у то време није удаљавала људе у Иран, те да је тврдња подносиоца представке о опасности од ланчаног протеривања неоснована.

Суд је први пут у овој одлуци елаборирао свој став о претпоставци „узајамног поверења“ и претпоставци сигурности коју државе чланице усвајају у контексту да-

блинских поступака, изјавивши да се мора претпоставити да ће Грчка поштовати своје обавезе из тих директива и да је у том смислу битан нови законски оквир који је Грчка усвојила. Суд је у овој прилици био уверен да би се, у случају да Грчка почне да враћа људе на опасне дестинације, прописном применом Уредбе „Даблин II“ обезбедила заштита у том смислу, те Уједињеном Краљевству омогућило да „ако то сматра прикладним, оствари своје право да захтеве за азил разматра у складу са [чланом] 3. став 2. Уредбе“.

Суд је такође придао значај дипломатским уверавањима која је пружила грчка јединица за Даблински систем, по којима тражиоци азила у Грчкој имају право жалбе на сваку одлуку о протеривању и да од овог суда захтевају одређивање привремених мера у складу са правилом 39. Пословника ЕСЉП.

ЕСЉП је у предмету Т.И. разматрао усклађеност пребацивања сагласно Даблинској конвенцији са ЕКЉП само у случају опасности од „ланчаног протеривања“ у земљи у коју се враћа, односно од његовог потоњег пребацивања из „сигурне“ у несигурну земљу.⁴⁰¹ Сходно томе, држава која је надлежна за спровођење пребацивања сагласно Даблинској уредби, по ЕКЉП постаје одговорна ако пропусти да на одговарајући начин надзире праксу земље и од ње добије одговарајућа уверавања да тражилац азила неће бити изложен опасности од протеривања, и да ће на располагању имати делотворан правни лек како би оспорио евентуалну каснију одлуку о његовом протеривању у трећу земљу.

Битно је истаћи да се ЕСЉП дистанцирао од овог става у предмету **К. Р. С. против Уједињеног Краљевства** (премда при одлучивању о суштини није одлучио у корист подносиоца представке) и, што је важно, у пресуди у предмету **М. С. С. против Белгије и Грчке**. Овај је предмет подробно размотрен у контексту праксе ЕСЉП о забрани протеривања у претходном поглављу, а сада ће бити размотрен само из угла улоге коју је одиграо у уобличавању приступа ЕСЉП враћању на основу Даблинског система. Суд је у овом предмету развио приступ из **К. Р. С.** и закључио да враћање подносиоца представке у Грчку само по себи представља повреду члана 3. ЕКЉП због услова прихвата и лишења слободе којима је подносилац представке био изложен и оскудици у којој је био приморан да живи. Поред тога, констатовао је да су неадекватни услови грчког система азила били супротни члану 13. у вези са чланом 3. јер тај систем није предвиђао одговарајуће правне лекове како би се избегла опасност од излагања подносиоца представке ланчаном протеривању (у Авганистан).

М. С. С. против Белгије и Грчке (представка бр. 30696/09)

Прилагођени извод из приказа предмета који је сачинила EDAL

Овај се предмет односио на авганистанског тражиоца азила који је 2008. године побегао из Кабула, преко Грчке ушао у ЕУ и отпутовао у Белгију, у којој је затражио азил. Сходно даблинским правилима, надлежност за разматрање његовог захтева за азил припала је Грчкој, као првој земљи у коју је незаконито ушао. Сходно томе, белгијске власти су подносиоца пред-

⁴⁰¹ Мол, Нуала, Мередит, Кетрин, Азил и Европска конвенција о људским правима, стр. 170.

ставке 2009. пребациле у Грчку. Подносилац представке се по повратку суочио са притвором у нездравим условима, пре но што је био принуђен да живи на улици без икакве материјалне подршке.

Суд је утврдио бројне разлике између овог предмета и предмета *К. Р. С. против Уједињеног Краљевства*:

1. Информације које су ЕСЉП биле на располагању од 2008. године, када је одлучио о предмету *К. Р. С.*, допуњене су бројним извештајима и материјалима (поменуо је, између осталог, публикације *ECRE*), нарочито оним објављеним 2008. и 2009. године.
2. Суд је кључни значај придао допису који је УНХЦР упутио белгијском министру за имиграциона питања априла 2009. године, у којем ова организација апелује на њега да суспендује пребацивање тражилаца азила у Грчку.
3. ЗЕСА се од 2008. налази у фази реформе, која обухвата и предлог за увођење механизма за привремену суспензију сходно Уредби „Даблин II“ „како би се спречило враћање тражилаца азила у државе чланице које нису кадре да им понуде довољан ниво заштите њихових људских права“.
4. Поступак по којем белгијска Канцеларија за странце разматра „даблинске случајеве“ не оставља подносиоцу представке никакву могућност да изјави зашто не би требало да буде пребачен у Грчку.

Битно је истаћи да је ЕСЉП у овом предмету заузео став да су и држава која подносиоца представке шаље (Белгија) и држава која га прихвата (Грчка) одговорне за чињење, односно нечињење сагласно Уредби „Даблин II“, те да је утврдио да су обе повредиле члан 3. и члан 13.

Док су се повреде Грчке односиле на услове притвора подносиоца представке и оскудицу у којој је био принуђен да живи, повреде Белгије су се односиле на њену мањкаву оцену Грчке као сигурне земље у коју може да врати подносиоца представке, чиме је суштински оспорен аутоматизам враћања сагласно даблинским правилима на основу паушалне претпоставке сигурности која је у темељу начела узајамног поверења. Суд је при том утврдио обавезу националних органа надлежних за враћање, чак и кад је у питању враћање у другу државу чланицу Савета Европе – да пре враћања утврде како [...] *органи [државе у коју се лице враћа] у пракси примењују национално законодавство о азилу.*

Суд је у овој пресуди потврдио начело које је успоставио у одлукама у предметима *T. И.* и *К. Р. С.*, по којем је држава која лице шаље дужна да надзире опасност од ланчаног протеривања у интермедијарној земљи. Као што је раније наведено, та обавеза не престаје аутоматски применом даблинских правила.

Суд је, међутим, увео и једну новину, да не само могућност злостављања по враћању у трећу земљу, већ и услови лишења слободе и прихвата и неадекватност поступка азила у интермедијарној земљи сами по себи могу представљати повреду члана 3. и члана 13.



Већ је поменуто да је ЕСЉП у пресуди у предмету *Босфор*, у којој је успоставио начело „еквивалентне заштите“, утврдио да се исправном применом права ЕУ пружа исти ниво заштите који пружа и ЕКЉП, те да се питање одговорности државе која примењује право ЕУ поставља само када је могуће тврдити да је поступак о коме је реч по карактеру „дискрециони“, те да не представља строгу последицу примене права ЕУ. Услед примене овог начела ЕСЉП, опште узев, није вољан да оцењује да ли су поступци држава чланица које оне предузимају у циљу испуњења њихових обавеза везаних за ЕУ сагласни са Конвенцијом.

Како би утврдио да ли је то био случај и у предмету *М. С. С.*, Суд се највише ослонио на постојање „**дискреционе клаузуле**“ у члану 3. став 2. Уредбе „Даблин II“, по којој би Белгија могла самостално да одступи од даблинских правила и преузме надлежност за разматрање захтева за азил ако утврди мањкавости у грчком поступку азила и условима који би могли довести до повреда ЕКЉП. Суд је на основу тога закључио да се не може сматрати да одлука Белгије да подносиоца представке врати у Грчку строго потпада под њене међународне обавезе и да би се заправо могла подвести под вршење дискреционих овлашћења, услед чега се претпоставка еквивалентне заштите не може применити (став 340).

Као што је поменуто, овај предмет представљао је темељ за „двоструку пресуду“ Великог већа СПЕУ у спојеним предметима *Н. С. и М. Е.*, у којој је оно - премда уз значајне разлике - утврдило услове када пребацивања сагласно Даблинској уредби отварају питање повреде Повеље ЕУ о основним правима.

Конечно, ЕСЉП је у пресуди у предмету *Тарахел против Швајцарске* поново размотрио сагласност враћања тражилаца азила у другу државу чланицу Савета Европе (Италију) са ЕКЉП. Ова је пресуда подробно размотрена у претходном поглављу због доприноса који је дала развоју приступа ЕСЉП повредама члана 3. у контексту азила.

Суд је у пресуди у овом предмету, који се односио на враћање породице са малолетном децом из Швајцарске у Италију, применио и додатно развио свој приступ из пресуде у предмету *М. С. С.*, при чему је истакао да претпоставка да ће држава која учествује у Даблинском систему поштовати основна права прописана ЕСЉП мора бити оборива. Конкретно, када се тврди да је угрожено право по члану 3, та се претпоставка мора оборити када „су предочени значајни основи за уверење“ да се лице чије се враћање одређује налази у „стварној опасности“ од тога да ће бити изложено поступању супротном тој одредби у земљи која га прима. Суд је у овој пресуди поновио захтев везан за „**посебну заштиту**“ тражилаца азила. Она је нарочито важна када се ради о деци, с обзиром на њихове специфичне потребе и изузетну угроженост.

Суд је у овом предмету изменио свој став изнет у пресуди у предмету *М. С. С.* јер је закључио да су за постојање повреде члана 3. релевантни не само објективни материјални услови у земљи у коју се лице враћа (у смислу услова прихвата, лишења слободе и поступка азила), већ се кључни значај мора придати **одређеним карак-**

теристикама, потребама и угрожености појединаца подвргнутих тој мери, услед чега, чак и када се сматра да су услови у земљи опште узев прикладни за тражиоце азила као групу, они то не морају бити за одређене појединце. Конкретно, услови прихвата деце која траже азил морају бити прилагођени њиховом узрасту.

Суд је закључио да швајцарске власти морају од својих италијанских колега да добију уверавања да ће подносиоци представке бити упућени у објекте и услове прилагођене узрасту деце и да ће породица остати на окупу. У тексту који следи се подробно разматрају процесни аспекти овог предмета.

Таракел против Швајцарске, представка бр. 29217/12

Оцена сигурности приликом разматрања посебних околности тражиоца азила – државе које се опште узев сматрају сигурним трећим земљама нису нужно сигурне за одређене категорије тражилаца азила.

Суд се у овом предмету усредсредео на покушај швајцарских органа да авганистански пар и њихово шесторо малолетне деце пребаце у Италију сходно Уредби „Даблин II“ пре но што добију појединачне гаранције од италијанских органа да ће се о подносиоцима представке старати на начин прилагођен узрасту деце и да ће породица остати на окупу. Суд је поновио ставове из своје пресуде у предмету *М. С. С.* у којој је придао значајну пажњу чињеници да је подносилац представке тражилац азила и да је, као такав, у положају нарочито угрожене и рањиве категорије становништва којој је потребна посебна заштита.

6. Приступ ЕСЉП државној пракси враћања у „сигурне треће земље“

У претходном одељку је размотрен приступ ЕСЉП враћању сагласно даблинским правилима о одређивању државе чланице ЕУ надлежне за разматрање захтева за азил. Приказано је како то питање обухвата концепт „сигурне треће земље“ кад постоји опасност да земља која се одреди као надлежна сагласно даблинским правилима само поступа као посредник, који одбацује захтев за азил и тражиоца азила враћа у трећу земљу где се он суочава са опасношћу од поступања супротног ЕКЉП (тзв. ланчаном протеривању). Одлука интермедијарне земље да тражиоца азила врати у трећу земљу може бити последица негативне одлуке о суштини захтева, чиме се отвара могућност удаљења подносиоца захтева у одсуству другог основа за његов останак на територији. Алтернативно, одлука да се неко лице врати може бити резултат одлуке интермедијарне земље да разматрање захтева препусти другој земљи коју сматра „сигурном“ и кадром да му пружи довољну заштиту, те да јој стога треба поверити захтев. Види први одељак овог поглавља у којем је дата дефиниција „сигурних трећих земаља“ у праву ЕУ и у међународном праву.

Констатовано је да је концепт СТЗ проблематичан из два основна разлога када су у питању права избеглица. С једне стране, отварањем могућности да се примени прет-

поставка о СТЗ настаје опасност да се тражилац азила „*пребацује из једне наводно „сигурне треће земље“ у другу*“, при чему свака од њих одбија надлежност јер на неком другом месту постоји уточиште (такозване „избеглице ни на небу ни на земљи“.⁴⁰² У смерницама Савета Европе о присилном враћању – које представљају инструмент меког права – приказује се одговорност државе која лице шаље кад постоји опасност од ланчаног протеривања, наводећи начело одговорности интермедијарне земље установљено у одлуци ЕСЉП у предмету *Т.И. против Уједињеног Краљевства*.

ЕСЉП је конкретно свој став о концепту и примени правила о „сигурној трећој земљи“ изнео у пресуди у предмету ***Илиас и Ахмед против Мађарске***.⁴⁰³ Пресуду у овом предмету је донело веће тог суда, а тренутно се налази пред Великим већем, којем је предмет упућен септембра 2017. Премда је веће у својој пресуди дозволило могућност да државе прибегавају концепту СТЗ, оно је размотрило конкретне околности класификовања Србије као СТЗ на националним списковима СТЗ који су сачињени на основу мађарског права (Уредба Владе бр. 191/2015).

Поред тога што је овај предмет Европском суду дао прилику да се експлицитно бави питањем СТЗ и националних спискова СТЗ, ова је пресуда од посебне важности јер су у њој наведени процесни елементи и гаранције који су по ЕКЉП нужни како би се обезбедило поштовање чланова 3. и 13. у потенцијално опасним одлукама о враћању.

ЕСЉП тренутно разматра примену концепта СТЗ у још једном предмету, ***Ј. Б. против Грчке*** (представка бр. 54796/16) који се односи на враћање тражилаца азила из Грчке у Турску под претпоставком да је потоња сигурна трећа земља, у складу са споразумом између ЕУ и Турске од марта 2016.⁴⁰⁴

Илиас и Ахмед против Мађарске (представка бр. 47287/15)

(Напомена: овај је предмет упућен Великом већу 18. септембра 2017).⁴⁰⁵

Овај се предмет односи на два држављанина Бангладеша који су прошли кроз Грчку, Бившу Југословенску Републику Македонију и Србију пре но што су стигли у Мађарску, где су одмах затражили азил и били задржани 23 дана у транзитној зони. Њихови захтеви за азил су одбијени у Мађарској јер она Србију сматра „сигурном трећом земљом“. Потом су испраћени до границе са Србијом. Подносиоци представке су, поред тога што су изнели притужбе у вези с лишењем слободе, тврдили да су протеривањем у Србију изложени стварној опасности од ланчаног протеривања, што представља нечовечно и понижавајуће поступање противно члану 3.

Суд је своју анализу спровео усредсредивши се на следећа три аспекта: терет доказивања, право на обавештење и да ли се Србија стварно може сматрати сигурном трећом земљом (потоњи аспект се анализира доле у тексту).

402 Мол, Нуала, Мередит, Кетрин, Азил и Европска конвенција о људским правима, стр. 73

403 *Ilias and Ahmed v. Hungary*, представка бр. 47287/15.

404 Изјава ЕУ и Турске од 18. марта 2016, доступна на: <http://www.consilium.europa.eu/hr/press/press-releases/2016/03/18/eu-turkey-statement/>.

405 Прилагођени изводи из приказа Европске базе података о праву о азилу.

в. Став ЕСЉП о праву на делотворни правни лек у контексту пребацивања сагласно Уредби „Даблин III“ и враћања у сигурну трећу земљу

і. Процесне гаранције и правни лекови у контексту пребацивања сагласно Уредби „Даблин III“

Указано је на одлучујући значај који ЕСЉП придаје приступачности, делотворности и адекватности процесног оквира и расположивих правних лекова које подносилац захтева може да искористи како би оспорио одлуку о враћању. Суд често у одсуству наведених правних лекова закључује да је дошло до повреде члана 3. у вези са чланом 13. чак и кад није спроведена анализа конкретне опасности у земљи у коју подносилац представке треба да буде враћен, при чему се ослања само на процесни део одредбе члана 3. У овом одељку се поново истичу нека од општих начела о делотворним правним лековима приказана у претходним одељцима, као и аспекти од нарочитог значаја у контексту враћања у земље које су одређене као СТЗ и у контексту враћања сагласно Уредби „Даблин III“.

іі. Елементи који се разматрају приликом процене сигурности неке земље у „даблинским поступцима“

■ *Ex nunc* и *ex tunc* оцена опасности:

Опште правило установљено у пракси ЕСЉП је да је на подносиоцу представке да докаже да постоји основана бојазан да ће се наћи у опасности од злостављања и да за то предочи одговарајуће доказе. Изузетно, међутим, када је захтев за азил заснован на **општепознатој опасности**, ЕСЉП сматра да су државе у обавези да по сопственој иницијативи спроведу оцену те опасности (види пресуду у предмету *Ф. Г. против Шведске*).⁴⁰⁶

Суд је у пресуди у предмету *Ф. Г.* сматрао да би враћање подносиоца представке „без спровођења *ex nunc* оцене“ његовог статуса могло довести до повреде члана 3. Иста обавеза постоји и када у земљи порекла подносиоца представке постоји „општепозната“ опасност коју потврђују доступни извори.⁴⁰⁷ Коначно, када подносилац представке конкретно тврди да је *припадник групе која је систематски изложена [...] злостављању активира се заштита из члана 3. када постоје оправдани*

⁴⁰⁶ *F. G. v. Sweden*, представка бр. 43611/11, став 126.

⁴⁰⁷ *Ibid.*, у којој се ЕСЉП позива на ставове 131-133. пресуде Великог већа у предмету *Hirsi Jamaa and Others v. Italy* и на став 366. пресуде у предмету *M. S. S. v. Belgium and Greece*.

разлози за веровање у постојање [такве] праксе [...] и његову припадност групи о којој је реч.⁴⁰⁸

■ Делотворна прилика да се обори претпоставка сигурности

Коначно, став да подносилац представке треба да буде у могућности да оспори – и обори – претпоставку да је нека земља за њега сигурна дубоко је укоренењена у пракси ЕСЉП. Суд, међутим, такође мора да се увери да је таква могућност практична и делотворна и да су национални правни лекови и поступци прикладни и да омогућавају подносиоцима представки да делотворно изнесу своје аргументе, како би се избегло да они сносе цео терет доказивања.

■ Писани докази

Извештаји НВО и међународних организација: Суд се редовно ослања на постојање доследних и честих извештаја којима се поткрепљују тврдње и наводи подносиоца представке, како у предметима везаним за СТЗ, тако и у онима који се односе на враћање сагласно даблинским правилима. ЕСЉП сматра да су следеће организације између осталог угледне, а њихови докази поуздани:

- **Т. И. против Уједињеног Краљевства:** извештаји организације Amnesty International, Медицинске фондације за жртве мучења (*Medical Foundation for the Victims of Torture*), Специјалног известиоца Уједињених нација о вансудским и преким погубљењима, америчког Стејт департамента,
- **Тарахел** (деца и посебни разлози за угроженост): Извештаји и изјаве организација Amnesty International, AIRE Centre, Одбране за децу (*Defence for Children*), Европског савета за избеглице и прогнанике (*European Council on Refugees and Exiles (ECRE)*).

■ Дипломатска уверавања

- **Т.И. против Уједињеног Краљевства:** Суд је на основу дипломатских уверавања Немачке био уверен да би захтев за азил подносиоца представке, ако би га власти прихватиле, могао потпасти под поље дејства члана 53. став б. немачког Закона о странцима и заштите из те одредбе. Тврдњу да органи ипак могу да одбију захтев описао је као спекулативну, те је закључио да није доказано да је могућност да ће подносилац представке бити удаљен довољно конкретна.

408 F. G, став 127: „...с обзиром на апсолутни карактер права зајемчених [члановима 2. и 3. ЕКЉП] и имајући у виду положај угрожености у којем се тражиоци азила често налазе, ако држава уговорница постане свесна чињеница у вези са конкретним појединцем због којих би могао бити изложен опасности од злостављања по повратку у земљу о којој је реч, супротно наведеним одредбама, обавезе држава сходно [члановима 2. и 3] обухватају и обавезу органа да по сопственој иницијативи спроведу оцену те опасности. Ово се нарочито односи на ситуације у којима су органи постали свесни чињеница да је тражилац азила вероватно припадник групе која је систематски подвргавана пракси злостављања и да постоје озбиљни разлози за веровање да таква пракса постоји и да је он припадник групе о којој је реч.“

■ Остале процесне гаранције

У смерницама Савета Европе о присилном враћању (СПВ)⁴⁰⁹ се наводи да лице које се враћа мора у погледу решења о удаљењу и поступка који му претходи имати на располагању делотворни лек који је **доступан**. У ту се сврху у обзир морају узети различити елементи:

- Од нарочите је важности да лицу буде обезбеђена **правна помоћ**,
- Потребно је обезбедити „**рокове** [који] нису неразумно кратки“ – овај се израз тумачи као у пресуди ЕСЉП у предмету *Џабари против Турске*, у којој је тај суд заузео став да “аутоматска и механичка примена рока од пет дана” за подношење захтева за азил мора да се сматра супротном заштити основне вредности отелотворене у члану 3. ЕКЉП” (пресуда од 11. јула 2000, представка бр. 40035/98, став 40).
- Постојање „темељног испитивања“ захтева подносиоца представке када он тврди да ће одлука о враћању довести до повреде члана 3. ЕКЉП (*Мохамад против Аустрије (Mohamad v. Austria)*, представка бр. 2283/12, став 72: о непоправљивости штете; види такође *Шамајев и други против Грузије и Русије (Shamayev and Others v. Georgia and Russia)*, представка бр. 36378/02, став 448).

iii. Студија случаја: Илиас и Ахмед и став ЕСЉП о процесним гаранцијама у контексту одлука о враћању у СТЗ:

ЕСЉП је у својој пресуди изразио ставове о процесним гаранцијама које морају да прате примену концепта СТЗ како би она била у складу са члановима 3. и 13. Суд се у својој анализи усредосредио на следећа три аспекта: **обим терета доказивања** наметнутог подносиоцима представке, **право на обавештење** и критеријуми и информације на основу којих је Мађарска **Србију класификовала као сигурну трећу земљу**.

A. Терет доказивања

Суд је констатовао да су подносиоци ове представке из Мађарске удаљени у складу са Уредбом Владе бр. 191/2015, којом је изненада промењен став Мађарске према Србији из перспективе поступка азила и којом је потоња увршћена у списак СТЗ, чиме је установљена претпоставка да је Србија сигурна земља (став 120. пресуде). Примена ове одредбе довела је до *пребацивања терета доказивања на штету подносилаца представке, укључујући и терет доказивања да постоји стварна опасности од нечовечног и понижавајућег поступања у ситуацији ланчаног протеривања у Србију, а потом у Бившу Југословенску Републику Македонију, да би на крају били*

⁴⁰⁹ Савет Европе: Комитет министара, Двадесет смерница о присилном враћању (*Twenty Guidelines on Forced Return*), 4. мај 2005.

протерани у Грчку. Суд је поново изложио своју поменуту праксу у области забране враћања, а у погледу терета доказивања, ЕСЉП је подсетио да, иако су у начелу подносиоци представке ти који треба да поткрепе своју тврдњу о повреди члана 3, државе су дужне да по сопственој иницијативи спроведу оцену те опасности када је та тврдња заснована на општепознатој опасности, а потврђују је и бројни извори.

Суд је у пресуди у предмету **Илиас и Ахмед** нечињење и невољност мађарских органа сматрао кључним за закључак да је терет доказивања који су подносиоци представке сносили био **претеран и неправичан**. Конкретно, ЕСЉП је закључио да Мађарска не само што није спровела оцену индивидуалне опасности са којом би се подносиоци представке суочили по враћању у Србију, „већ је одбила чак и да размотри значај информација које је предочио њихов заступник“, прибегавши пуком **шаблонском позивању** на национални списак СТЗ који обухвата и Србију.

Б. Необавештавање и непостојање делотворног приступа и учешћа у поступку (укључујући приступ адвокату и испуњеност захтева везаних за језик), као и осталих процесних гаранција

Иако је ЕСЉП изразио забринутост због [...] мањкавости које су констатовале НВО и остали актери у земљама у које је подносиоцима представке претило враћање, указао је на то да није позван [...] да утврди постојање системске опасности од злоупотреба у тим земљама с обзиром на то да је поступак који су спровели мађарски органи био неприкладан јер није могао пружити потребну заштиту од стварне опасности од нечовечног и понижавајућег поступања.

Језик: С аспекта појединачних гаранција које је требало пружити подносиоцу представке, овај је закључак између осталог заснован на чињеници да је један од подносилаца представке имао помоћ преводиоца за дари, *језик који не говори* (став 13. пресуде), те да је његова могућност да активно учествује у поступку и подробно објасни зашто је побегао из земље порекла била изузетно ограничена.

Право на обавештење: Такође, обавештење пружено подносиоцима представке било је изразито оскудно а, у сваком случају, пружено на начин који није могао да задовољи потребе подносилаца представке, јер им је дато на **летку**, иако су оба подносиоца представке неписмена.

Одсуство правне помоћи: наведене околности отежане су чињеницом да нису могли да се састану са својим адвокатом и подробно са њим разговарају о својим предметима пре судског рочишта (став 124).

В. Спискови сигурних земаља

Као што је напоменуто, земљама је дозвољено да у свом националном законодавству и у складу са захтевима утврђеним правом ЕУ – када оно за њих важи – утврде критеријуме по којима ће одредити да је нека земља СТЗ и да састављају спискове

земаља које те услове у датом тренутку испуњавају, као и да те спискове ажурирају у складу са значајним догађајима који се у међувремену збију.

Суд је у овом предмету указао на нека јемства нужна како би вршење овог овлашћења било у складу са ЕКЉП. Конкретно, у погледу одређивања Србије као СТЗ у овом предмету, Суд је заузео став да је дошло до оштре промене у ставу Мађарске према Србији као СТЗ с обзиром на то да је није сматрала „сигурном“ између 2013. и 2015. године, да би је потом као такву одредила у уредби Владе, и уврстила је на национални списак СТЗ. Суд је, међутим, констатовао да ова промена очигледно није била поткрепљена *суштинским унапређењем јемстава која се у Србији пружају тражиоцима азила... јер Држава није предочила никакво убедљиво образложење или разлоге за ову промену става, нарочито у светлу резерви које су УНХЦР и угледне организације за заштиту људских права изразиле и позније, децембра 2016. године.*

Суд је у циљу оспоравања основаности промене става Мађарске у обзир узео:

- i. Постојање **релевантних и ажурних извештаја које су припремили УНХЦР и ECRE**, а који су били супротни закључку да је Србија сигурна земља (на пример Извештај о Србији за 2016. годину организације AIDA), као и друге угледне НВО, које су указивале на мањкавости система азила у Србији. Овај елемент оцене сигурности неке државе није нов, јер се подједнако примењује и у погледу предмета везаних за враћање и, опште узев, предмета који се односе на враћање сагласно Уредби „Даблин III“.
- ii. Слични се закључци могу извести из расположивих писаних доказа о условима у БЈРМ и Грчкој у које су подносиоци представке ризиковали да потом буду враћени.
- iii. Пуко увршћивање земље на национални списак СТЗ и „**шаблонско позивање**“ на њега **државу уговорницу не ослобађа обавезе** да размотри основаност информација које подносилац представке предочава како би оспорио „сигурност“ у његовим посебним околностима. Суд је приметрио да је Мађарска на овај начин подносиоцима представке наметнула претеран и неправичан терет доказивања, као што је поменуто горе у тексту.
- iv. **Повреда процесних аспеката члана 3 може бити довољна:** Није нужно да Суд спроведе подробну анализу постојања опасности од злостављања у земљи у коју се подносилац представке враћа а која је одређена као „сигурна“ да би утврдио повреду ЕКЉП, будући да поступак који су мађарски органи применили није био адекватан да би се пружила потребна заштита од стварне опасности од нечовечног и понижавајућег поступања. Сходно томе, ЕСЉП је у складу са својом праксом о враћању, а у контексту враћања у СТЗ, констатовао да је неадекватност поступка установљеног на националном нивоу како би се оспорила примена овог правила довољна да доведе до повреде ЕКЉП.⁴¹⁰

410 Види саопштење за штампу ECRE, Пресуда ЕСЉП у предмету Илиас и Ахмед: Концепт „сигурне треће земље“ на испиту (*The ECtHR Ruling in Ilias and Ahmed: 'safe third country' concept put to the test*).

Г. УТИЦАЈ ДАБЛИНСКОГ СИСТЕМА И КОНЦЕПТА СИГУРНЕ ТРЕЋЕ ЗЕМЉЕ НА РЕПУБЛИКУ СРБИЈУ

■ Даблински систем

Република Србија није чланица Европске уније, па није ни део Даблинског система. Ипак, пракса ЕСЉП у односу на даблинске предмете итекако је важна за Републику Србију. Наиме, ЕСЉП је први оборио претпоставку да све чланице Европске уније поштују међународне стандарде у области избегличке заштите. Тиме је пракса ЕСЉП постала важна и за српске органе који одлучују о захтеву за азил и примењују концепт сигурне треће земље. Тако је чувена пресуда у *М. С. С. против Белгије и Грчке* више пута цитирана у одлукама домаћих тела која одлучују о захтеву за азил. На ову пресуду се редовно позивају правни заступници у жалбама на првостепено решење и у тужбама Управном суду којим побијају другостепено решење. У једној пресуди Управни суд узео је у обзир ову пресуду, али је нашао да се она не може применити на конкретан предмет.⁴¹¹

- “Наводи тужбе којима тужилац указује на одлуке Уставног суда Републике Србије и пресуду Европског суда за људска права у предмету *М. С. С. против Белгије и Грчке*, нису од утицаја на другачију одлуку у овом предмету, имајући у виду да се не ради о истом чињеничном и правном стању ствари, при чему, Управни суд налази да наведена пресуда Европског суда може бити релевантна само у случају да тужилац у тужби истиче да му је у управном поступку пред надлежним органима управе у Републици Србији или у поступку пред судом повређено неко право заштићено одредбама Европске конвенције о заштити људских права и основних слобода.”

■ Концепт сигурне треће земље

Концепт сигурне треће земље уведен је у законодавство Републике Србије **Законом о азилу**, у ком је чланом 2. став 1. тачка 11. одређена сигурна трећа држава као држава која се налази на листи „коју утврђује Влада, која се придржава међународних начела о заштити избеглица садржаних у Конвенцији о статусу избеглица из 1951. године и Протоколу о статусу избеглица из 1967. године ... у којој је тражилац азила боравио или кроз коју је пролазио непосредно пре доласка на територију Републике Србије и у којој је имао могућност подношења захтева за азил, у којој не би био изложен прогону, мучењу, нељудском или понижавајућем поступку или враћању у државу у којој би његов живот, безбедност или слобода били угрожени.”

Из ове дефиниције произлази да се под сигурном трећом земљом сматра држава која испуњава следеће критеријуме:

⁴¹¹ Управни суд, предмет бр. 17 У 8414/16, пресуда од 2. септембра 2016.

- налази се на Владиној листи;
- придржава се начела избегличке заштите;
- тражилац азила је у њој боравио или је кроз њу прошао пре доласка на територију Републике Србије; и
- у тој држави тражилац азила не би био изложен злостављању.

Поменута дефиниција не укључује и процену могућности или добијање гаранција да ће тражилац азила имати приступ поступку азила ако буде враћен у сигурну трећу земљу, што је велики пропуст у дефинисању овог концепта.

У члану 45. **Предлога закона о азилу и привременој заштити** се уводи дефиниција сигурне треће земље која је у већој мери усклађена са међународним стандардима. Тако се под овом земљом сматра држава у којој је тражилац азила сигуран од прогона. Овим предлогом закона је прописано да је у случају одбацивања захтева за азил применом концепта сигурне треће земље Канцеларија за азил у обавези да изда потврду којом се надлежни државни орган треће државе обавештава о томе да је концепт примењен и ако трећа држава одбије да прихвати странца и испита његов захтев, тада ће настати обавеза за Канцеларију за азил да испита тај захтев, улазећи у меритум предмета.

▪ Предлог закона о азилу и привременој заштити

Члан 45 (сигурна трећа држава)

„Сигурна трећа држава је држава у којој је тражилац сигуран од прогона из члана 24. овог закона или ризика од трпљења озбиљне неправде из члана 25. став 2. овог закона, у којој ужива гаранције које су прописане у начелу забране протеривања или враћања и у којој постоји могућност приступа ефикасном поступку одобрења и уживања заштите у складу са Конвенцијом о статусу избеглица из 1951. године (у даљем тексту: Конвенција из 1951).

Приликом утврђивања услова за примену концепта сигурне треће државе процењује се сваки захтев посебно, при чему се процењује испуњава ли нека држава услове из става 1. овог члана, као и да ли постоји веза између те државе и тражиоца на основу које се може разумно очекивати да у њој затражи азил.

Тражилац се благовремено обавештава о примени концепта сигурне треће државе како би му се омогућило оспоравање у складу са ст. 1. и 2. овог члана, с обзиром на његове личне околности.

Тражиоцу чији је захтев за азил одбачен у складу са чланом 42. став 1. тачка 2) овог закона, Канцеларија за азил издаје потврду којом се надлежни државни органи сигурне треће државе обавештавају да се у Републици Србији није разматрала основаност његовог захтева.



Ако трећа држава одбије да прихвати странца, о основаности његовог захтева за азил одлучује се у складу са одредбама овог закона.“

■ Сигурне треће државе

Влада Републике Србије је 2009. године донела **Одлуку о утврђивању листе сигурних држава порекла и сигурних трећих држава**,⁴¹² којом су следеће 42 државе одређене као сигурне:

1. Федерална Република Аустрија
2. Краљевина Белгија
3. Република Бугарска
4. Република Кипар
5. Чешка Република
6. Краљевина Данска
7. Република Естонија
8. Република Финска
9. Република Француска
10. Савезна Република Немачка
11. Република Грчка
12. Република Мађарска
13. Република Ирска
14. Република Италија
15. Република Летонија
16. Република ЛИТванија
17. Велико Војводство Луксембург
18. Република Малта
19. Краљевина Холандија
20. Република Пољска
21. Република Португал
22. Румунија
23. Словачка Република
24. Република Словенија
25. Краљевина Шпанија
26. Краљевина Шведска
27. Велика Британија
28. Република Босна и Херцеговина
29. Република Хрватска
30. Република Македонија
31. Република Црна Гора
32. Краљевина Норвешка
33. Република Исланд
34. Кнежевина Лихтенштајн
35. Швајцарска Конфедерација
36. Кнежевина Монако
37. Комонвелт Аустралија
38. Нови Зеланд
39. Јапан
40. Канада
41. Сједињене Америчке Државе
42. Република Турска

Овој листи највише се замера недостатак критеријума по којима су поменуте земље стављене на листу сигурних земаља порекла и сигурних трећих земаља. Проблем у пракси представља и чињеница да листа није ревидирана од 2009. године, док се ситуација у многим земљама које су на листи значајно променила, попут Турске, Грчке, Бугарске и Мађарске. Последице оваквог поступања су вишеструке јер је нај-

⁴¹² „Службени гласник РС“, бр. 67/2009.

чешћи основ за одбацивање захтева за азил, прописан чланом 33. став 1. тачка 6. Закона о азилу, управо примена концепта сигурне треће земље. Иако овај проблем може бити превазиђен директном применом међународног права, које се хијерархијски налази изнад закона а нарочито подзаконских аката, државни органи који одлучују о захтеву за азил показали су неспремност да одступе од Владине листе, сматрајући да је Владин задатак да ревидира листу.

Предлог закона о азилу и привременој заштити предвиђа укидање листе сигурних трећих земаља. Тако ће се након ступања на снагу овог законског текста у сваком конкретном случају испитивати да ли се конкретна држава може сматрати сигурном трећом државом за конкретног тражиоца азила.

■ Терет доказивања

Према садашњем **Закону о азилу**, Канцеларија за азил одбацује захтев за азил без испитивања да ли лице које тражи азил испуњава услове за признавање азила, ако утврди „да је лице које тражи азил дошло из сигурне треће државе, осим ако не докаже да за њега није сигурна.“ Тако овај услов поставља обориву претпоставку да тражилац азила може доказати да држава са Владине листе није сигурна за њега, али намеће пребацивање терета доказивања са државног органа на тражиоца азила, што није у складу са међународним стандардима.

Комисија за азил је у једном предмету указала на то да је оборива претпоставка да је трећа земља сигурна за конкретног тражиоца азила, па је указала на то да он треба да учини вероватним да она није за њега сигурна, а онда орган који одлучује о захтеву за азил треба да испита све наводе и да се ослони на релевантне изворе како би утврдио основаност навода. Комисија за азил закључује:⁴¹³

„Ово је оборива претпоставка и тражилац азила је у обавези да покаже да ова није била за њега сигурна, након чега се терет доказивања пребацује на првостепени орган да покаже да то јесте, или није тачно. У конкретном случају, подносилац жалбе ниједног тренутка није показао да је Црна Гора за њега несигурна земља јер у њој није ни имао намеру да затражи азил, нити је у томе онемогућен, већ је само желео да „се ‘среди’, набави новац и да иде даље,“ до крајње дестинације Немачке.“

С друге стране, и након тврдње тражиоца азила да је стање у Турској, Грчкој и Македонији погоршано након избијања мигрантске кризе у мају 2015. године, а што је документовано бројним међународним изворима, Управни суд закључује следеће:

- „Суд налази да нису од утицаја на другачију одлуку суда у овом предмету ни наводи тужбе којима тужилац указује на одлуке Уставног суда и Европског суда за људска права, будући да терет доказивања да држава из које је тужилац стигао за тужиоца није сигурна, је на страни тужиоца, при чему тужилац у току поступка није изнео наводе ни приложио доказе у прилог тврдњи да се ради

⁴¹³ Комисија за азил, бр. Аж-16/14, решење од 20. фебруара 2015.

о државама које поступак азила примењују на начин супротан Конвенцији о статусу избеглица или о државама у којима постоји реалан ризик по тужиочев живот и интегритет.⁴¹⁴

Према **Предлогу закона о азилу и привременој заштити**, одлука којом се одбацује захтев за азил без испитивања његове основаности биће донета ако је могуће применити концепт сигурне треће државе (члан 42, став 1, тачка 2). Ипак, ново решење предвиђа да ће тражилац азила бити благовремено обавештен о примени концепта сигурне треће државе како би му се омогућило да оспори његову примену, имајући у виду његове личне околности. Ова одредба у већој мери је усаглашена са међународним стандардима у овој области.

■ Досадашња пракса

■ Аутоматска примена концепта сигурне треће земље

Сви органи у Републици Србији који одлучују о захтеву за азил, укључујући и Управни суд, су на почетку примене Закона о азилу инсистирали на аутоматској примени Владине листе о сигурним трећим државама. У том смислу, илустративна је пресуда Управног суда у којој суд проналази да:

- „надлежни орган није надлежан да одређује да ли је држава која се налази на листи коју је утврдила Влада Републике Србије, сигурна за тражиоца азила, већ је дужан да прихвати да је држава сигурна уколико се налази на листи коју је Влада Републике Србије утврдила.“⁴¹⁵

Такође, Управни суд је у једном предмету закључио следеће:⁴¹⁶

- „правилно је по оцени овог суда тужени орган одбио жалбу тужиоца и нашао да је првостепени орган правилном применом одредбе члана 33. став 1. тачка 6. Закона о азилу, одбацио захтев тужиоца без испитивања да ли лице које тражи азил испуњава услове за признање азила, будући да је тражилац азила дошао из сигурне треће државе и уважавајући чињеницу да је Влада Републике Србије, према одредбама Закона о азилу утврдила листу сигурних трећих држава на којој се налазе државе кроз које је тражилац азила прошао и у којима је боравио. Наиме, Закон о азилу јасно одређује у одредби члана 2. да је сигурна трећа држава, држава са листе коју утврђује Влада, која се придржава међународних начела заштите избеглица садржаних у Конвенцији о статусу избеглица из 1951. године и Протоколу о статусу избеглица из 1967. године, у којој је тражилац азила боравио или кроз коју је пролазио непосредно пре доласка на територију Р. С. и у којој је имао могућност подношења захтева за азил, у којој не би био изложен прогону, мучењу, нељудском и понижавајућем поступку или враћању у државу

414 Управни суд, предмет бр. 17 У 12672/16, пресуда од 12. јануара 2017.

415 Управни суд, предмет бр. 8 У 3815/11, пресуда од 7. јула 2011; Управни суд, предмет бр. 15 У 10336/11, пресуда од 10. новембра 2011.

416 Управни суд, предмет бр. 1 У 9050/14, пресуда од 16. септембра 2014.

у којој би његов живот, безбедност или слобода били угрожени. Из изложене одредбе Закона о азилу, следи да надлежни орган није надлежан да одређује да ли је држава која се налази на листи коју је утврдила Влада Р. С., сигурна за тражиоца азила, већ да је дужан да прихвати да је држава сигурна уколико се налази на листи коју је Влада Р. С. утврдила. Будући да је у конкретном случају тражилац азила био у транзиту кроз М. и да како је то првостепени орган исправно утврдио, није имао никаквих проблема за време боравка у М. и Ц. Г., нити у току боравка у Г. и Т., јасно да у току поступка није доказао да те државе за њега нису сигурне.“

■ **Владина листа мора бити поткрепљена извештајима УНХЦР и других референтних организација**

Уставни суд је врло јасно ставио до знања у својој одлуци још из 2012. године да се Владина листа о сигурним трећим државама не примењује аутоматски и да су органи који одлучују о захтеву за азил у обавези да испитају стање у тој држави, узимајући у обзир релевантне извештаје УНХЦР и других референтних организација.⁴¹⁷

- „Уставни суд констатује да је важећим Законом о азилу, који је почео да се примењује 1. априла 2008. године, Република Србија прихватила концепт сигурне треће државе, којом се сматра држава са листе коју утврђује Влада, која се придржава међународних начела о заштити избеглица садржаних у Конвенцији о статусу избеглица из 1951. године и Протоколу о статусу избеглица из 1967. године, у којој је тражилац азила боравио или кроз коју је пролазио, непосредно пре доласка на територију Републике Србије и у којој је имао могућност подношења захтева за азил, у којој не би био изложен прогону, мучењу, нељудском или понижавајућем поступку или враћању у државу у којој би његов живот, безбедност или слобода били угрожени (члан 2. Закона). Уставни суд, такође, констатује да је одредбом члана 5. Закона предвиђено да надлежни органи Републике Србије сарађују са УНХЦР-ом у спровођењу његових активности у складу са његовим мандатом.“
- По оцени Уставног суда, наведене одредбе Закона упућују на закључак да се листа сигурних трећих држава, поред осталог, формира и на основу извештаја и закључака Канцеларије Високог комесаријата за избеглице. Такође, овај суд оцењује да извештаји те организације доприносе кориговању поступања надлежних органа Републике Србије у примени Закона о азилу, у том смислу да се захтев за азил неће одбацити иако лице долази из сигурне треће државе која је на листи Владе, уколико та држава поступак азила примењује на начин супротан Конвенцији. С тим у вези, Уставни суд указује да је Европски суд за људска права у предмету М. С. С. против Белгије и Грчке (број 30696/09, пресуда од 21. јануара 2011. године) утврдио и одговорност Белгије за повреду права из члана 3. Европске конвенције, јер је оценио да постојање закона и приступање

417 Уставни суд, предмет бр. Уж-1286/2012, одлука од од 25. априла 2012.

међународним уговорима није само по себи довољно да обезбеди заштиту од опасности од злостављања, у ситуацији кад поуздани извори сведоче да се у пракси поступа супротно начелима ЕКЉП. Тај суд је закључио да су на основу бројних извештаја Високог комесаријата УН за избеглице и недвосмисленог апела упућеног министру надлежном за послове имиграције, белгијске власти знале или су морале знати да нема гаранција да ће захтев тражиоца азила бити озбиљно размотрен од стране грчких власти. Будући да је у конкретном случају реч о општепознатој ситуацији, тражилац азила није требало да сам сноси сав терет доказивања, јер да су белгијске власти утврдиле на који начин се у Грчкој примењују прописи о азилу, оне би морале закључити да су опасности са којима би се могао суочити тражилац азила довољно стварне и индивидуализоване. Закључак суда у овом предмету је да протеривање у државу чланицу може повлачити одговорност државе за повреду члана 3. Конвенције, ако има основа за уверење да ће тражилац азила бити суочен са стварном опасношћу од мучења, понижавајућег или нечовечног поступања, те је обавеза државе да се у таквом случају уздржи од протеривања тог лица.

У уставној жалби која је поднета Уставном суду 2013. године, подносиоци уставне жалбе су указали на проблем погрешне примене концепта сигурне земље.⁴¹⁸

- „Подносиоци уставне жалбе се посебно позивају на то да су управни органи и Управни суд погрешно применили концепт сигурне треће земље, који није установљен да би држава избегла мериторно разматрање захтева за азил и пребацила одговорност на трећу земљу. С тим у вези, истичу да је пре враћања тражилаца азила у наводну ‘сигурну трећу земљу’ неопходно у сваком конкретном случају проценити да ли постоје гаранције да ће у тој земљи имати могућност да затраже азил, да остваре избегличку заштиту, те да ће се према њима односити у складу са општеприхваћеним међународним стандардима и да ће им бити пружена ефективна заштита од даљег протеривања. Као доказе за своја страховања да ће у Бившој Југословенској Републици Македонији (у даљем тексту: БЈРМ), Републици Грчкој (у даљем тексту: Грчка) и Републици Турској (у даљем тексту: Турска) бити суочени са ризиком од тзв. “ланчаног протеривања” до своје земље порекла, подносиоци достављају документацију (пресуде Европског суда за људска права, препоруке Комитета министара Савета Европе, извештаје Високог комесаријата Уједињених нација за избеглице и извештаје различитих невладиних организација) којом поткрепљују тврдње о недостацима који се у пракси јављују у поступцима азила у тим земљама. Указују да Управни суд није узео у обзир ставове Уставног суда изнете у Одлуци Уж-1286/2012 од 29. марта 2012. године, према којима се захтев за азил не може аутоматски одбацити ако тражилац азила долази из сигурне треће земље, која је обухваћена Одлуком Владе о листи сигурних трећих држава, уколико се поступак азила у тој држави спроводи супротно принципима Конвенције. Полазећи од наведеног, подносиоци сматрају да Управни суд није смео само да констатује да тражиоци

⁴¹⁸ Уставни суд, предмет бр. Уж-3548/2013, одлука од 19. септембра 2013.

азила долазе из сигурне треће земље, која је обухваћена наведеном Одлуком Владе, и да хипотетички закључи да су могли да затраже азил у државама у којима су боравили.“

Комисија за азил је променила своју праксу аутоматске примене концепта сигурне треће земље, инсистирајући на томе да тражилац азила у сваком конкретном случају треба да покаже да је одређена држава несигурна за њега лично. То је најилустративније у предмету у којем је тражилац азила приликом интервјуа изјавио да је економски мигрант и да Република Србија није његова крајња дестинација.⁴¹⁹

- “Првостепени орган није дужан даље да испитује под којим околностима је лице боравило у Црној Гори, јер тражилац азила децидирано тврди да нигде на путу до Србије није тражило азил. Штавише, тражилац азила више пута понавља да није ни имао намеру да тражи азил у транзитним земљама и да му је крајња дестинација била Немачка из економских разлога. Тражилац азила је на усменој расправи изјавио да је у Црну Гору отишао зато што је ‘на путу ка Европи, била је само пролазна дестинација.’ Тражиоцу азила би ишло у корист да је изјавио да је затражио азил у Црној Гори, јер би тек онда првостепени орган био у обавези да испита да ли је поступак азила у Црној Гори адекватан и да ли је у складу са међународним стандардима. Подносилац жалбе наводи да није могуће да лице добије право боравка у трајању од месец дана и да буде смештено у хотел, а да при том не уђе у процедуру азила. Међутим, из извештаја УНХЦР из Црне Горе, UNHCR, *The Main Protection Gaps in the Montenegrin Asylum System, May 2013*, и *Asylum System in Montenegro, Monitoring Report, January – June 2014*, произлази да је то могуће. Комисија за азил се једино слаже у оцени да првостепени орган треба убудуће да испита по ком основу је лице добило право боравка у трајању од месец дана у Црној Гори када је илегално ушло у земљу. Међутим, у конкретном случају та чињеница је ирелевантна јер се тражилац азила није жалио на поступак азила, нити на третман којем је у Црној Гори изложен и изнео је низ других тврдњи које су биле довољне да првостепени орган одбаци захтев за азил, примењујући члан 33. тачка 1. став 6. Закона о азилу. Првостепени орган је констатовао да су Турска, Грчка и посебно Црна Гора сигурне треће земље, као и да подносилац жалбе није доказао да је Црна Гора за њега несигурна.”

Временом је и Управни суд променио своју праксу. Тако је у једној пресуди из 2014. године Управни суд пронашао да је Комисија за азил само паушално оценила да:

- „тужиља није поднела валидне доказе да је нека од трећих држава кроз коју је пролазила и у којима је боравила за њу лично несигурна“, и тражио од Комисије да „у образложењу другостепеног решења мора ценити све наводе из жалбе да ове земље нису сигурне у случају подносиоце захтева за азил.“⁴²⁰

С друге стране, Управни суд у последње време поново примењује нешто рестриктивнији приступ примени концепта сигурне треће земље јер понавља да не може

419 Комисија за азил, бр. Аж-16/14, решење од 20. фебруара 2015.

420 Управни суд, предмет бр. УС 7 У. 3834/12, пресуда од 7. фебруара 2014.

одустати од Владине листе, која је подзаконски акт и мора бити усаглашена са међународним правом.

Тако је Управни суд у једној пресуди навео следеће:

- “Полазећи од наведеног чињеничног и правног стања ове управне ствари, правилно је, по оцени суда, тужени орган одбио жалбу тужиоца изјављену против првостепеног решења, будући да је захтев тужиоца за азил правилно одбачен, сагласно члану 33. став 1. тачка б. Закона о азилу, јер је дошао из сигурне треће државе, у којој је имао могућност подношења захтева за азил, а није при том доказао да та држава за њега није сигурна.
- Суд је ценио наводе тужбе, али налази да исти не доводе у сумњу законитост оспореног решења, с обзиром да су надлежни управни органи својим одлукама детаљно навели чињенично стање, разлоге који су били одлучни при оцени доказа, материјално право и прописе на основу којих су донели одлуке уз детаљно образложење зашто су применом тих прописа, на утврђено чињенично стање оценили да у конкретном случају нису испуњени законски услови да се тужиоцу призна тражено право. Ово посебно, јер није основан навод тужиоца да није могао да тражи азил у земљама кроз које је прошао, и то: Т., Г., М. и у М., будући да ничим није доказао да у наведеним државама није могао да тражи азил и да те државе за њега нису сигурне. Осим тога, у самој Одлуци о утврђивању листе сигурних држава порекла и сигурних трећих држава, ове три државе спадају у сигурне треће земље, па тужени орган није био надлежан да утврђује да ли су те државе сигурне, већ је дужан да их прихвати, самим тим што се налазе на листи коју је утврдила Влада Републике Србије. Овоме у прилог иде и чињеница на коју се првостепени орган позвао у образложењу оспореног решења, како на UNHCR, тако и на Европску комисију (као најрелевантније тело за оцену стања азила у државама Европе и света), те пресуде Европског суда за људска права.”

Може се очекивати да ће нови **Закон о азилу и привременој заштити** укидањем Владине листе омогућити темељније испитивање сваког случаја понаособ и неће обавезивати државне органе да се позивају и ослањају на Владину листу. Ипак, и до ступања на снагу новог закона, треба применити овај приступ јер и сам Закон о азилу у члану 65. намеће обавезу тумачења одредби из овог закона у складу са Конвенцијом о статусу избеглица, Протоколом уз Конвенцију и међународним обичајним правом.

▪ Закон о азилу

Члан 65:

„Одредбе овог закона тумаче се у складу са Женевском конвенцијом, Протоколом и општеприхваћеним правилима међународног права.”

ЗАБРАНА КОЛЕКТИВНОГ
ПРОТЕРИВАЊА ПРЕМА ЧЛАНУ 4.
ПРОТОКОЛА БР. 4. УЗ ЕКЉП И
ЧЛАНУ 19. ПОВЕЉЕ ЕУ И ЊЕНЕ
ИМПЛИКАЦИЈЕ ЗА ТРАЖИОЦЕ
АЗИЛА И ИЗБЕГЛИЦЕ

А. ДЕФИНИСАЊЕ „КОЛЕКТИВНОГ ПРОТЕРИВАЊА“ НА МЕЂУНАРОДНОМ НИВОУ, НИВОУ ЕУ И НИВОУ ЕКЉП

У претходном поглављу разјашњено је да враћање странаца, укључујући тражиоце азила као и лица која не траже међународну заштиту или којима она није потребна, у неку трећу земљу (која није њихова земља порекла) може представљати повреду људских права сагласно међународном праву, а посебно је указано на повреде права зајемчених ЕКЉП, када су одлуком о враћању изложени ситуацији у којој могу да претрпе озбиљну штету у земљи порекла или у интермедијарним земљама. Примећено је да, поред постојања такве опасности, и сами **процесни аспекти** одлуке о враћању могу довести до повреде права странаца зајемчених Европском конвенцијом. У том смислу, то што не постоје процесне и материјалне гаранције током „операције враћања“, што нису адекватно процењене околности лица које се враћа и што не постоји делотворан правни лек који би се могао применити против те одлуке – све су то чиниоци који имају кључни значај, и то без обзира на то да ли постоји опасност да ће лице бити злостављано по повратку.

Забрана **колективног протеривања**, која се анализира у овом поглављу, штити странце од таквих метода спровођења одлука о враћању у којима се не води рачуна о њиховим индивидуалним околностима. Разматра се и потенцијална проблематичност колективне природе „операције враћања“ саме по себи. Операције које потпадају под ту забрану уобичајено подразумевају колективно разматрање захтева неколико појединаца, до којег најчешће долази у окружењу у којеме влад ужурбаност (транзитне или граничне зоне итд.), без одговарајућих индивидуалних механизма заштите и рокова, што све може отворити питања поштовања људских права.

С обзиром на све што је досад речено, забрана по члану 4. Протокола број 4. значајно се разликује од забране протеривања (види Поглавље 3), чије је поље дејства ограничено на заштиту тражилаца азила и избеглица, као што се разликује и од шире заштите – оне која је утврђена чланом 3. ЕКЉП (чланом 4. и чланом 19. став 2. Повеље ЕУо основним правима) – заштите од одлука о враћању када постоји опасност да ће се враћено лице суочити с мучењем или нечовечним и понижавајућим поступањем, која је зајемчена сваком појединцу без обзира на његов имиграциони статус. Док у односу на ове две одредбе постојање опасности којој би лице било изложено по повратку има важну улогу, процесни аспект у вези са спровођењем одлуке о враћању има по члану 4. Протокола број 4. претежну улогу.

У суштини, изричита је сврха наведеног члана да се забрани свака *мера која приморав појединце да напусте неку територију или земљу као група, ако одлука о тој мери није заснована на разумном и објективном испитивању појединачног случаја*

сваког појединца.⁴²¹ Та забрана важи како у погледу миграната који су ушли или покушавају да уђу на територију државе, тако и у погледу других категорија странаца за које се сматра да могу бити враћени, нпр. лица која су одавно прекорачила рок важења дозволе боравка и друга лица чији је боравишни статус у земљи незаконит. Важно је приметити да *то правило не забрањује организацију одлазака група лица која се враћају, али решење о њиховом удаљењу мора бити засновано на индивидуалним околностима појединца који подлеже удаљењу*, а у процени тих околности не сме бити никаквих изузетака, чак и ако је с управне тачке гледишта положај припадника те групе сличан или ако сви они имају одређене заједничке карактеристике.⁴²²

С обзиром на значај интереса који су ту заштићени – процену индивидуалних околности и заштиту потреба лица која треба да буду враћена – у пракси ЕСЉП широко је тумачен обим активности и операција које могу бити обухваћене дефиницијом из члана 4. Протокола број 4, тако да обухватају широк спектар радњи и понашања државних власти, као што су удаљење, пресретање на мору, недозвољавање уласка у земљу на граници и свака друга радња која за последицу има протеривање које није пропраћено нужним процесним гарантијама.

Нагласак ће бити на положају оних лица која су колективно протерана или одбијена а која би можда хтела да поднесу захтев за **међународну заштиту** (а чије ће колективно протеривање или одбијање искључити ту могућност) или оних лица која – чак и ако нису изразила потребу за заштитом – треба да буду заштићена од враћања с обзиром на своје специфичне околности. У овом поглављу размотрићемо ту конкретну димензију наведене појаве бавећи се посебним питањима која утичу на тражиоце азила и рањиве мигранте у контексту колективних протеривања, а размотрићемо и јемства и правне лекове који треба да им буду доступни.

У тексту који следу су побројани неки од кључних инструмената и одредаба који објашњавају забрану колективног протеривања **на међународном нивоу, регионалном нивоу и на нивоу ЕУ**.

i. Међународна дефиниција и релевантни инструменти

На међународном нивоу постоје различити инструменти којима се уређују питање протеривања странаца. Поред Женевске конвенције, која је подробно разматрана у претходним одељцима овог приручника и којом се уређују само оне одлуке о враћању које се односе на тражиоце азила и избеглице, **Конвенција УН против мучења и других свирепих, нехуманих или понижавајућих казни или поступака**

421 Види *Andric v. Sweden*, представка бр. 45917/99, одлука о прихватљивости представке; *Çonka v. Belgium*, представка бр. 51564/99, став 59; *Sultani v. France*, представка бр. 45223/05, став 81; Европска унија: Европска агенција за основна права, Приручник из европског права у области азила, граница и имиграције, јун 2013, стр. 83; ЕСЉП, Основне чињенице о колективном протеривању (*Collective Expulsions; Factsheet*), јун 2012.

422 За текст целог става види Савет Европе: Комитет министара, Двадесет смерница о присилном враћању, 4. мај 2005, Смерница бр. 3, коментар. Доступно на адреси: <http://www.refworld.org/docid/42ef32984.html>.

(Конвенција против мучења) и Међународни пакт УН о грађанским и политичким правима (ПГП), у својим члановима 3, односно 7, забрањују да се лице протера ако ће оно у земљи у коју је протерано бити изложено мучењу или нечовечном или понижавајућем поступању или кажњавању, штитећи све појединце без обзира на њихов имиграциони статус. Иако садрже кључна јемства против злостављања, тим се инструментима не забрањује протеривање које има „колективну“ димензију, јер се не баве изричито тим питањем. Једини инструмент УН који препознаје да постоје засебна питања којима се треба позабавити када је реч о колективним протеривањима јесте **Конвенција УН о заштити права свих радника миграната и чланова њихових породица**, која у свом члану 22. изричито прописује да *радници мигранти и чланови њихових породица не подлежу масовним протеривањима. Сваки случај протеривања мора се испитати појединачно и о њему се на тај начин мора донети одлука*. Та одредба, иако се односи на једну специфичну категорију миграната, утврђује главно начело и бригу који леже у основи забране колективних протеривања: **потребу да се осигура процесна правичност тако што ће се испитати суштина сваког појединачног предмета**.

Иако већина инструмената УН не садржи изричиту одредбу о заштити од колективног протеривања, примећено је да *општа забрана [...] следи из процесних гаранција против произвољних протеривања*,⁴²³ тј. одлука о протеривању које нису пропраћене одговарајућим индивидуалним процесним гаранцијама за лице које се протерује, које су забрањене по међународном праву. Упркос томе што не постоји изричита одредба у том смислу, такође је уочено да *ако сваки странац има право на индивидуалну одлуку о свом протеривању, масовна или колективна протеривања морају бити забрањена* зато што би она као таква била несагласна са значењем и пољем дејства члана 13. ПГП.⁴²⁴ Коначно, концепт колективног протеривања у супротности је с потребом да се испитају индивидуалне околности лица која су подвргнута таквој мери. То је посебно проблематично с обзиром на обавезу да се идентификују потребе и да се пружи адекватна заштита појединцима који се налазе у условима у којима су рањиви, као што су **тражиоци азила**, *лица [која су у опасности од] мучења у случају да буду протерана, жртве трговине људима*.⁴²⁵

423 Канцеларија Високог комесара за људска права (ОХЦХР), радни документ, Протеривања странаца у међународном праву људских права (*Expulsions of aliens in international human rights law*), Женева, септембар 2006, стр. 15.

424 Међународна комисија правника (ИЦЈ), Књига о универзалном миграционом праву (*Book on Universal Migration Law*), „Комитет за људска права је јасно формулисао да су ‘закони или одлуке који омогућују колективна или масовна протеривања’ противни члану 13. Међународног пакта о грађанским и политичким правима” (Комитет за грађанска и политичка права, Општи коментар бр. 15, *op. cit.*, фуснота 30, став 10).

425 ОХЦХР, радни документ, Протеривања странаца у међународном праву људских права, Женева, септембар 2006, стр. 15. (горе).

ii. Начела која сходно ЕКЉП важе у погледу забране колективног протеривања

На нивоу ЕКЉП забрана колективног протеривања може се наћи у **члану 4. Протокола број 4** који гласи: *Забрањено је колективно протеривање странаца*. ЕСЉП је у својој пракси разматрао широк спектар различитих видова понашања и поступања у светлу тог члана, разрађујући кључне стандарде на основу којих се нека ситуација може квалификовати као ситуација „колективног протеривања” и процењујући њене импликације по индивидуална права. У овој анализи детаљно ћемо размотрити материјалне и процесне аспекте те одредбе и релевантну судску праксу.

iii. Остали релевантни инструменти Савета Европе

Забрана колективног протеривања проистиче из обичајног међународног права. У инструментима Савета Европе забрана колективног протеривања изнова је потврђена смерницом бр. 3 у документу **„Двадесет смерница о присилном враћању”**, сагласно којој „решење о удаљењу и враћању може бити издато само на основу разумног и објективног испитивања конкретног случаја сваког појединачног лица о коме је реч а при доношењу тог решења морају бити узете у обзир све околности карактеристичне за тај случај. Колективно протеривање странаца је забрањено”.⁴²⁶ Колективно протеривање је такође у супротности са Европском социјалном повељом, конкретно њеним чланом 19. став 8, у којем су утврђене гаранције у вези с протеривањем.

Члан 19. – Право радника миграната и њихових породица на заштиту и помоћ

У намери да обезбеде делотворно остваривање права радника миграната и њихових породица на заштиту и помоћ на територији било које друге стране уговорнице, стране уговорнице се обавезују: (...)

- 8. да обезбеде да такви радници који у складу са законом бораве унутар њихових територија не буду избачени осим ако угрожавају националну безбедност или ако се огреше о јавни интерес или морал.

Релевантна судска пракса о том питању обухвата предмет *Форум европских Рома и номадских народа против Француске*.⁴²⁷

iv. Забрана колективног протеривања према праву ЕУ

Поред описаних међународних и регионалних инструмената, и правом ЕУ је изричито забрањено колективно протеривање у било којој ситуацији која је

⁴²⁶ Мол, Нуала, Мередит, Кетрин, Азил и Европска конвенција о људским правима, у којој се цитира Савет Европе: Комитет министара, Двадесет смерница о присилном враћању, 4. мај 2005.

⁴²⁷ *European Roma and Travellers Forum v. France*, представка бр. 64/2011, Савет Европе: Европски комитет за социјална права, 24. јануар 2012.

обухваћена тим правом. **Чланом 19. став 1. Повеље ЕУ о основним правима** је прописано:

Члан 19. став 1.

Заштита у случају измештања, протеривања или изручења – 1: *Забрањена су колективна протеривања [...].*

У Објашњењима овог члана потврђује се оно што је претходно наведено, а то је да став 1. треба тумачити као да има *исто оно значење и поље дејства као и члан 4. Протокола број 4. уз ЕКЉП*. Та одредба ЕУ такође одражава потребу да се обезбеди да произвољност буде избегнута онда када нека мера протеривања погоди једну групу странаца, као и потребу појединачног разматрања посебних околности сваког конкретнoг случаја. Веома је важно и да се у Објашњењима разјашњава да се наведена одредба мора тумачити у том смислу да су такође забрањене мере протеривања које би биле усмерене против странаца који *имају држављанство одређене државе*.



Б. АНАЛИЗА – КОЛЕКТИВНА ПРОТЕРИВАЊА ПРЕМА ЕКЉП

У својој утврђеној пракси ЕСЉП је изградио схватање колективног протеривања као *сваке мере коју предузму надлежни државни органи да би приморали странце као групу да напусте земљу, осим ако је таква мера донета на темељу разумног и објективног испитивања конкретног случаја сваког појединачног странца припадника те групе*,⁴²⁸ при том поново наглашавајући да одлучујући значај за закључивање да је та мера „колективна“ по својој природи има чињеница да је она донета без индивидуалне процене околности сваког појединачног лица које подлеже враћању, као и чињеница да тим лицима није обезбеђен адекватан правни лек.⁴²⁹ Осим тога, тиме што се у наведеном члану пажња усредсређује на последице поступка, а не на форму тог поступка, тај члан примењује екстензиван приступ радњама које могу спадати у поље његовог дејства, и при том је индикативно да се користи израз „**свака мера**“ која може да произведе забрањени исход.

⁴²⁸ *Andric v. Sweden* (одлука), представка бр. 45917/99, *Čonka v. Belgium*, представка бр. 51564/99, став 59, *Sultani v. France*, представка бр. 45223/05, став 81, између осталих.

⁴²⁹ ЕСЉП је први пут разматрао појам колективног протеривања у једном од раних предмета, о коме је одлучивала Европска комисија за људска права (претходница ЕСЉП) – *Becker v. Denmark*, представка бр. 7011/75, који се односио на притужбу једног новинара и борца за права деце да би враћање 199 вијетнамских малишана из Данске, у коју су претходно били примљени, у Вијетнам могло довести до повреде члана 4. Протокола број 4. Представка је проглашена неприхватљивом зато што је установљено да је поступак који је Данска предузела био у складу са захтевом да се обезбеди појединачна процена околности сваког лица о коме је реч и зато што је закључено да то враћање може бити у интересу неке од те деце, па се због тога поступак враћања не може тумачити као колективно враћање.

У кључном предмету **Чонка против Белгије**, ЕСЉП је заступао наведени став, прецизирајући да и онда када се странцима издају појединачна решења о враћању, *то не значи, међутим, да [...] контекст извршења решења о протеривању нема никакву даљу улогу у одлучивању о томе да ли је поштован члан 4. Протокола број 4. ако ЕСЉП сматра да му поступак који је примењен не омогућује да отклони сваку сумњу у то да је протеривање могло бити колективно.*⁴³⁰ Битно је истаћи да је ЕСЉП при том истакао предност суштине и садржаја одлуке – и релевантног процеса одлучивања – у односу на форму саме одлуке, приметивши да то што је одлука у свом појавном облику „индивидуализована“ у пракси не мора да буде тако.

а. Општа начела која проистичу из праксе ЕСЉП, поље дејства одредбе и њена примена на протеривања спроведена у различитим контекстима

Треба истаћи да се пракса ЕСЉП у вези са чланом 4. Протокола број 4. односи на мере протеривања које погађају све недржављане.⁴³¹ Та одредба не прави разлику између миграната који бораве законито и оних који бораве незаконито на датој територији, већ обухвата *све оне који немају стварно право на држављанство у некој држави, без обзира на то да ли само пролазе кроз ту земљу или тренутно бораве у њој или у њој имају стално боравиште, без обзира на то да ли су то избеглице или су то лица која су земљу ушла на сопствену иницијативу, или су то лица без држављанства или лица која поседују неко друго држављанство.*⁴³²

На почетку је потребно напоменути да, за разлику од осталих одредаба у основном тексту Конвенције, **извршивост оних одредаба које су утврђене протоколима уз Конвенцију зависи од тога да ли је земља која је потписала релевантни протокол исти и ратификовала.** Када је конкретно реч о Протоколу бр. 4, иако га је Уједињено Краљевство потписало 1963, а Турска 1992. године, ниједна од тих двеју земаља тај протокол није ратификовала. Ни Грчка ни Швајцарска нису ни потписале ни ратификовале Протокол број 4. То је посебно проблематично зато што су се, као што смо видели у претходним одељцима, на све наведене земље – у различитом степену – односиле разне пресуде ЕСЉП којима су осуђене њихова политика и пракса у области миграција и азила. Тиме што су одлучиле да се не обавезу Протоколом, те земље су покушале да се заштите од могућности да пред конвенцијским органима буду сматране одговорнима за понашање које је забрањено тим делом Конвенције. Све остале земље које су високе стране уговорнице ЕКЉП по-

430 *Çonka v. Belgium*, представка бр. 51564/99, ставови 59. и 61.

431 Треба истаћи да се у овом поглављу речи *nationality* и *citizenship* (држављанство и грађанство) користе као синоними, иако је чињеница да у многим језицима реч „националност“ (*nationality*) означава етничку припадност, а не држављанство, односно грађанство.

432 Приручник Савета Европе, у ком се цитира предмет *Hirsi Jamaa and Others v. Italy* [Велико веће], представка бр. 27765/09, став 174, уз позивање на припремне радове на *Протоколу број 4; Georgia v. Russia (I)* [Велико веће], став 168.

тписале су и ратификовале Протокол број 4. уз Конвенцију, и он је у односу на те земље ступио на снагу.

Међутим, иако нису ратификовале Протокол, мора се подсетити да су Уједињено Краљевство, Грчка, Швајцарска и Турска дужне да поштују међународно право и одредбе које оно садржи против колективног протеривања (види увод у ово поглавље). Као државама чланицама ЕУ, Уједињеном Краљевству и Грчкој је конкретно забрањено да спроводе колективна протеривања странаца у ситуацијама које су уређене правом ЕУ (као што је азил) већ самим чланом 19. Повеље ЕУ о основним правима, који се непосредно подударе са чланом 4. Протокола број 4. уз ЕКЉП.

У једном од првих предмета који се односио на то питање, *Андрић против Шведске*, а тицао се протеривања у Хрватску и Босну и Херцеговину етничких Хрвата који су избегли из Босне и Херцеговине, а који су имали и босанско и хрватско држављанство, ЕСЉП је почео да дефинише свој приступ према колективном протеривању, тако што је формулисао своје **кључно начело**, у складу с којим **чињеница да извештан број странаца добије сличне одлуке у вези са својим захтевима за азил не би требало да доведе до закључка да се ту радило о колективном протеривању ако је сваком лицу о коме је реч пружена могућност да, на индивидуалној основи, изнесе аргументацију против свог протеривања надлежним органима.**⁴³³

Андрић против Шведске (одлука о прихватљивости представке)

Овај предмет се тицао протеривања у Хрватску и Босну и Херцеговину етничких Хрвата из Босне и Херцеговине који су имали и босанско и хрватско држављанство. Они су, након што су побегли из Босне и Херцеговине, затражили азил у Шведској. Шведске имиграционе власти су одбиле њихове захтеве и издат је налог за њихову депортацију. Подносиоци представке су се жалили по основу члана 3. (забрана нечовечног или понижавајућег поступања) Конвенције и члана 4. Протокола број 4. уз Конвенцију. Међутим, **ЕСЉП је представку прогласио неприхватљивом на основу тога што је закључио да је у овом конкретном предмету сваки подносилац представке поднео индивидуални захтев за азил имиграционим властима и био у могућности да изнесе аргументацију против своје депортације у Хрватску**. Према томе, власти нису размотриле само општу ситуацију, већ су размотриле и предисторију сваког подносиоца представке и све опасности с којима би се он суочио ако би био враћен. Штавише, власти су донеле индивидуална решења о сваком захтеву за азил, узимајући у обзир положај сваког појединца. ЕСЉП је прогласио представку неприхватљивом према члану 4. Протокола број 4, будући да је била очигледно неоснована.

У одлуци у овом предмету је разрађена дефиниција колективног протеривања која је у међувремену постала устаљена а по којој колективно протеривање означава сваку меру надлежних органа којом се странци као група приморавују да напусте земљу, осим ако се таква мера доноси након и на основу разумног и објективног испитивања конкретног случаја сваког појединачног странца припадника те групе.

У предмету *Чонка против Белгије*, о којем је раније већ било речи, ЕСЉП се позабавио случајем удаљења из Белгије словачких држављана ромског порекла, који су

⁴³³ *Andrić v. Sweden*, представка број 45917/99, *Sultani v. France*, представка бр. 45223/05, став 81.

у Словачкој били на мети расистичких напада, а да полиција није предузела никакве кораке поводом тих напада. У овом предмету ЕСЉП је применио критеријуме разрађене у предмету Андрић, али је овог пута закључио да је, с обзиром на конкретне околности датог предмета, недостатак процесних гаранција био толико снажно изражен да у пракси није било могућно спровести индивидуалну процену сваког појединачног случаја услед чега је дошло до повреде **члана 4. Протокола број 4.**

Као што смо већ напоменули, ЕСЉП је додао један нови елемент својој процени о томе да ли је у пракси прекршен члан 4. Протокола број 4. тако што је уочио да, чак и када постоје одлуке о враћању које се односе на индивидуална лица, **контекст извршења налога за протеривање сам по себи игра одређену улогу када се утврђује да ли је та одредба била поштована.**⁴³⁴ Следећи елементи су размотрени у пресуди у предмету *Чонка*:

- Запажање да су политички органи који су били умешани у тај случај и у прошлости издавали упутства за спровођење сличних операција протеривања;
- **Није било приступа адвокату;**
- **Непотпуно разматрање захтева за азил** које су поднели подносиоци представке.

Формални захтеви у погледу одлуке: Најкарактеристичније је то да су налози за депортацију, иако су били донети као индивидуалне мере, били **идентично формулисани** у том смислу да је индивидуална процена постојала само у форми, а не и у суштини мере протеривања. То начело данас представља важан елемент процене која се спроводи на основу члана 4. Протокола број 4.

Образложење Суда је, како се чини, представљало нови искорак када је реч о питањима **терета доказивања**: када предмет *prima facie* потпада под члан 4. Протокола број 4, терет доказивања пребацује се на државу, која је онда дужна да докаже да није дошло до повреде права.⁴³⁵ ЕСЉП је установио да му *поступак који су спровели [државни органи] није омогућио да отклони све сумње да је то протеривање могло бити колективно.*⁴³⁶

ЕСЉП је нарочито истакао да *ни у једној фази поступка у периоду од доставе позива странцима да дођу у полицијску станицу до њиховог протеривања нису пружена довољна јемства да су личне околности сваког од тих лица биле истински и појединачно узете у обзир.*⁴³⁷ Аргументација ЕСЉП наводи на закључак да је он, чини се, прихватио да је од кључног значаја да релевантни поступци које власти успостављају садрже одговарајућа јемства, како би се доказало да је сваки појединачни случај разматран засебно – чиме би се, одагнала и опасност од колективног протеривања.

434 *Čonka v. Belgium*, представка бр. 51564/99, став 59.

435 Мол, Нуала, Мередит, Кетрин, Азил и Европска конвенција о људским правима, стр. 127.

436 *Ibid.*

437 *Čonka v. Belgium*, представка бр. 51564/99, став 63.

Чонка против Белгије

Резиме је припређен на основу текста брошуре ЕСЉП о члану 4. Протокола број 4. уз ЕКЉП

Подносиоци представке у датом предмету били су словачки држављани ромског порекла. Побегли су из Словачке где су, како су тврдили, били изложени расистичким нападима у којима полиција није била вољна да интервенише. Подносиоцима представке је упућен позив да дођу у полицијску станицу како би допунили своје захтеве за азил, а онда су ухапшени како би били враћени у Словачку. Подносиоци представке су се пре свега жалили на околности свог хапшења и на протеривање у Словачку.

ЕСЉП је заузео став да је у датом предмету био повређен члан 4. Протокола број 4, примећујући да поступак протеривања није садржао довољне гаранције које би посведочиле да су истински и појединачно размотрене личне околности сваког појединца. ЕСЉП је поново нагласио начело и дефиницију колективног протеривања формулисана у наведеној одлуци у предмету *Андрић против Шведске*, додајући при том важан елемент према коме, чак и ако је постојала истинска појединачна процена околности, сам контекст извршења налога о изручењу такође игра одређену улогу када се утврђује да ли је поштован члан 4. Протокола број 4. По становишту ЕСЉП, поступак који су примениле белгијске власти не омогућује Суду да отклони сваку сумњу у то да је протеривање могло бити колективно. На то додатно утиче неколико чинилаца:

- Политичке власти су већ раније давале упутства надлежном органу да спроводи те врсте операција;
- Од свих странаца о којима је реч затражено је да у истом тренутку дођу у полицијску станицу;
- Налози који су им уручени и у којима је од њих захтевано да напусте територију, као и налози за њихово хапшење били су идентично формулисани;
- Странцима је било веома тешко да ступе у контакт са адвокатом;
- Поступак разматрања захтева за азил није био до краја спроведен.

У пресуди у овом предмету се стога наглашава чињеница да процесни детаљи, попут поменутих, имају кључни значај када се утврђује да ли је дошло до повреде члана 4. Протокола број 4.

б. Где се могу догодити колективна протеривања? Понашање које потпада под поље дејства члана 4. Протокола број 4. и географско поље дејства одредбе

Применљивост члана 4. Протокола број 4. првобитно је била **субјективно** ограничена, у том смислу што се он односио само на лица која су имала стални боравак или која су барем била у држави која их протерује. Током времена, ЕСЉП је разјаснио да у смислу те одредбе реч „странци“ треба тумачити тако да она обухвата *све оне који немају стварно право на држављанство у некој држави, било да само пролазе кроз земљу или тренутно бораве у њој или да су настањени у њој, било да су то избегли-*

це или лица која су у земљу ушла на сопствену иницијативу, било да су то лица без држављанства или лица која поседују неко друго држављанство, чиме је отклонио сумње у погледу значаја имиграционог статуса странаца и законитости њиховог боравка.⁴³⁸

Исто тако, кроз своју праксу која се непрестано развијала, ЕСЉП је све екстензивније тумачио **географско поље дејства**, толико да је проширио примену релевантних јемстава на веома различите контексте, као што су ситуације које се одвијају на отвореном мору, или у пограничним или транзитним зонама.

Разматрајући све поменуте различите ситуације, ЕСЉП је изражавао своје ставове о томе које околности и елементе треба сматрати одлучујућима да би се нека ситуација могла оквалификовати као колективно протеривање – без обзира на контекст у којем се одвија. У свом резонувању ЕСЉП се дотакао питања **места** с којег је протеривање извршено, што је потребно знати како би се тај чин могао оквалификовати као колективно протеривање и, још конкретније, питања о томе **да ли су странци морали стварно ступити на територију државе**, као и **које су то радње и кораци националних власти** који могу да услове појаву таквих ситуација. Даље у тексту размотрићемо неке примере из широког спектра ситуација које је с тим у вези разматрао ЕСЉП.

i. Пресретање и враћање на отвореном мору као „колективно протеривање”

У кључној пресуди донетој у предмету *Хирши Џама и други против Италије*,⁴³⁹ ЕСЉП је изричито прихватио да – ако су испуњени одређени услови – пресретање и враћање на отвореном мору може представљати колективно протеривање у смислу ЕКЉП. Да би установио да ли је то случај, ЕСЉП је на самом почетку утврдио да **постоји надлежност Државе**⁴⁴⁰ у ситуацији која се разматра, а потом испитао да ли лица која се враћају треба схватити као лица која су под **континуираном и искључивом *de jure* и *de facto* контролом италијанских власти**.

С обзиром на конкретне околности предмета *Хирши*, ЕСЉП је установио да је таква контрола постојала у периоду између укрцавања на бродове и предаје тих лица либијским властима, што значи да су у датом времену подносиоци представке потпадали под надлежност Италије у смислу члана 1. Конвенције (обавезе да се поштују

438 ЕСЉП, Водич за члан 4. Протокола број 4, април 2017, у ком се цитира предмет *Hirsi Jamaa and Others v. Italy* [Велико веће], представка бр. 27765/09, став 174, уз упућивање на припремне радове на Протокола број 4; *Georgia v. Russia (I)* [Велико веће], став 168.

439 *Hirsi Jamaa and Others v. Italy* [Велико веће], представка бр. 27765/09, став 185.

440 ЕСЉП је у предмету *Medvedyev and Others v. France* већ установио да лица која су била задржана на броду који су преузеле француске власти на отвореном мору за време полицијске операције потпадају под „надлежност” Француске.

људска права), из чега следи да су италијанске власти биле у обавези да их заштите њихов положај.⁴⁴¹

Хирши Џама и други против Италије

*Резиме приређен на основу извода из Водича ЕСЉП за члан 4. Протокола број 4.

У овом предмету се радило о операцијама пресретања и враћања миграната на отвореном мору које су спроводиле италијанске власти и које су, у овом конкретном случају, имале за последицу враћање сомалијских и еритрејских миграната у Либију. Важност овог предмета лежи у чињеници да је ЕСЉП разматрао да ли члан 4. Протокола број 4. **важи у погледу враћања која се одвијају ван националне територије, на отвореном мору.**

ЕСЉП је приметио да нема ничег у тексту ЕКЉП што би спречавало екстратериторијалну примену те одредбе, истакавши да је пре свега важно да се поље дејства одредбе тумачи на начин који узима у обзир актуелне миграционе трендове и посвећује им дужну пажњу. У суштини, ЕСЉП је истакао да ако би се члан 4. Протокола број 4. примењивао само на колективна протеривања с националне територије држава које су високе стране уговорнице ЕКЉП, онда **знатан број савремених мигрантских рута уопште не би потпадао под ту одредбу.** То би значило да мигранти који су пресретнути на мору, којим су кренули често ризикујући властити живот, а нису успели да стигну до граница неке државе, не би имали право на то да се испитају њихове личне околности пре но што буду протерани, за разлику од миграната који су путовали копном.

Иако је приметио да је појам протеривања, баш као и појам „надлежности“, очигледно преваходно територијалан, ЕСЉП је утврдио да је овде Држава, изузетно, остварила своју надлежност ван своје националне територије и да је остваривање те надлежности је попримило облик колективног протеривања.

ЕСЉП је такође нагласио да специфична природа поморског окружења не чини то подручје подручјем ван закона. Стога је закључио да **поступак државних органа који су удаљили странце у контексту пресретања на отвореном мору остварујући тако своју суверену власт и спречавајући мигранте да стигну до граница Државе, односно неформално враћање („потискивање“) у другу државу представља остваривање надлежности које активира одговорност државе према члану 4. Протокола број 4.**⁴⁴²

ii. Неформално враћање с границе

У предмету *Шарифи и други против Италије и Грчке*⁴⁴³ ЕСЉП је применио исти приступ за који се определио у предмету Хирши, у ситуацији која је подразумевала да је погранична полиција непосредно и неформално вратила с границе 47 миграната који тек што су стигли у једну италијанску луку из Грчке, одбацујући примедбу коју је изнела Држава да члан 4. Протокола бр. 4. није применљив на случајеве у којима је одбијен покушај лица која су ту незаконито стигла да уђу на националну

441 Брошура ЕСЉП о члану 4. Протокола број 4.

442 ЕСЉП, Водич за члан 4. Протокола број 4. – Забрана колективног протеривања странаца.

443 *Sharifi and Others v. Italy and Greece*, представка бр. 16643/09.

територију. **ЕСЉП није сматрао да је потребно да утврђује да ли су подносиоци представке враћени након што су стигли на италијанску територију или пре тога, будући да је члан 4. Протокола број 4. применљив и у једној и у другој ситуацији.**

***Овај предмет ћемо детаљније разматрати у наредном одељку у коме ћемо анализирати посебна питања која погађају тражиоце азила у контексту колективних протеривања.*

iii. Неформална враћања ваздушним путем / чартер-летовима

У одлуци о прихватљивости у предмету *Султани против Француске* разјашњено је питање да ли групно депортовање које је спроведено чартер-летом представља колективно протеривање у смислу члана 4. Протокола број 4. уз Конвенцију. Иако на крају поступка, одлучујући о суштини, није закључио да је дошло до повреде, ЕСЉП овом својом пресудом није искључио могућност да враћања спроведена чартер-летовима под одређеним околностима могу довести до кршења члана 4. Протокола број 4.

Султани против Француске, представка бр. 45223/05

Након што је стигао у Француску и поднео захтев за азил, подносилац представке (авганистански држављанин) ухапшен је у Паризу заједно с другим авганистанским држављанима. Он тврди да је француска полиција спровела циљано хапшење на основу држављанства лица лишених слободе, у настојању да организује „групни лет“ за њихову депортацију. Истог дана издат је налог да подносилац представке буде пребачен у Авганистан, а поред тог налога је донето и решење о административном притвору. Пошто се подносилац представке обратио Европском суду, у његову корист је одређена привремена мера сагласно правилу 39. Пословника ЕСЉП, тако да се он није нашао на групном лету из Француске за Авганистан 20. децембра.

Француска је тврдила да је коришћење посебних летова за транспорт одређеног броја странаца у њихове земље порекла засновано на практичним разлозима и да се то не може анализирати као пракса колективног протеривања у смислу Протокола број 4. Према тврдњи Државе, увођење таквих летова је неопходно зато што је веома тешко прибавити карте на стандардним летовима за одређене дестинације, посебно када је реч о летовима у земље за које постоји мали број редовних линија с француских аеродрома.

Подносилац представке је, с друге стране, тврдио да је ухапшен истог дана и на истом месту с другим авганистанским држављанима у циљаној акцији хапшења на основу њиховог држављанства, а све у намери да се организује „групни лет“ у Авганистан. Навео је да у великом броју случајева групни летови представљају пречицу помоћу које Држава машинацијом успева да врати странце у земље у које главне авио-компаније више не желе да слећу из безбедносних разлога, примећујући при том да више нема директних летова за Сомалију, Етиопију и Авганистан. У том смислу, подносилац представке је истакао да, будући да су се заједничке операције враћања странаца (између Француске и Британије у Авганистан) показале прекомерно компликованим и захтевним, полиција се руководила циљевима профитабилности, те да је приликом припреме тих летова и сама била изложена знатном притиску.



ЕСЉП је поново нагласио да се колективна протеривања морају протумачити као мере којима се приморавају странци као група да напусте земљу, осим онда када се протеривања спроводе на основу разумног и објективног разматрања конкретног случаја сваког појединог странца који је члан те групе. Према томе, ако се сваком лицу о коме је реч омогући да надлежним органима изнесе индивидуалну аргументацију против свог протеривања, као што је био случај са овим подносиоцем представке, онда чињеница да је неколико странаца добило сличне одлуке или да путује у истој групи због практичних разлога не доводи сама по себи до закључка да је ту реч о колективном протеривању.

Према томе, у овом предмету је разјашњено да најрелевантнији фактор који се узима у обзир када се утврђује да ли се догодила повреда члана 4. Протокола број 4. није метод протеривања, већ да ли су размотрене све индивидуалне околности.

Међутим, овом пресудом није искључена могућност да коришћење чартер-лета како би се на тај начин протерали странци може представљати повреду члана 4. Протокола број 4. у другачијим околностима и ако индивидуалне околности подносилаца представке нису узете у обзир.

iv. Неселективно неформално враћање с копнене границе

ЕСЉП се у предмету *Н. Д. и Н. Т. против Шпаније* суочио са ситуацијом која је довела у питање његово пређашње схватање колективног протеривања, јер се овде радило о посебним питањима која су отворена неселективним неформалним враћањем с границе између Марока и шпанске енклаве Мелиља 2014. године. ЕСЉП је размотрио да ли је Шпанија остваривала своју надлежност када је спречила подносиоце представке да физички уђу на територију Шпаније, те да ли сноси одговорност по основу члана 4. Протокола број 4. уз Конвенцију.

Предмет Н. Д. и Н. Т. против Шпаније

Предмет Н. Д. и Н. Т. против Шпаније⁴⁴⁴ – Резиме који приређен на основу извода из Европске базе података о праву азила EDAL

Предмет *Н. Д. и Н. Т. против Шпаније* формиран је на основу представки које су Европском суду упутили један држављанин Малија и један држављанин Обале Слоноваче који су 13. августа 2014. године прешли граничну баријеру између Марока и шпанске енклаве Мелиља. Чим су се спустили са ограде ухапсили су их припадници шпанске Цивилне гарде и вратили их у Мароко. Подносиоци представке нису били подвргнути никаквом поступку идентификације, нити су имали прилику да изразе своју жељу да поднесу захтев за азил, а камоли да добију помоћ од адвоката, тумача или здравствених радника. Шпанска држава је тврдила како подносиоци представке у суштини нису били на шпанској територији зато што се нису ни обрели иза унутрашње ограде, па се стога у датом предмету уопште није могао применити члан 4. Протокола број 4.

ЕСЉП је приступио овом предмету тако што је пре свега нагласио начело да контрола и власт

⁴⁴⁴ *N.D. and N.T. v. Spain*, представке бр. 8675/15 и бр. 8697/15.

над појединцем које остварује државни орган или које се остварују кроз поступке Државе, а које производе последице ван територије саме државе потпадају под поље дејства Конвенције (види пресуду у предмету *Хирши Џама и други против Италије*, горе). Овде је било неопходно проценити да ли погранична ограда између Шпаније и Марока потпада под шпанску територију. Оно што је било битно јесте то да су власти остваривале делотворну контролу над појединцем без обзира да ли се он налазио на самој територији или на граници територије. По мишљењу ЕСЉП, чим се појединац спустио с граничне ограде, он је био под континуираном и искључивом контролом шпанских власти, што је, у најмању руку, довело до *de facto* остваривања њене надлежности. Према томе, нема никакве сумње у то да су чињенице овог предмета, из којих су изведени наводи у представци, активирале надлежност Шпаније по Конвенцији. ЕСЉП је приметио да забрана колективног протеривања сагласно члану 4. Протокола број 4. спречава државе да удаље странце а да претходно не испитају њихов лични положај, што опет има за последицу да не могу да им не допусте да изнесу аргументе против мере протеривања. У овом конкретном случају није било потребно утврђивати да ли су подносиоци представке протерани након што су ушли на територију или су неформално враћени и пре но што су ступили на тло државе. Будући да је у предмету *Хирши Џама* установљено да пресретања на отвореном мору спадају у поље дејства члана 4. Протокола број 4, исто мора важити и у случају у којем лицима није допуштено да уђу у Шпанију када су то покушала. У светлу надлежности Шпаније над тим појединцима, није било никакве сумње у то да су подносиоци представке удаљени из Шпаније и послати у Мароко без свог пристанка, што је чин који очигледно представља протеривање у смислу члана 4. Протокола број 4.

в. Процесни захтеви и гаранције против колективног протеривања и право на делотворни правни лек

и. Процесни захтеви и гаранције

У предметима који су претходно разматрани уочено је да постоји неколико процесних недостатака који се негативно одражавају на право странаца на приступ поступку који би им омогућио да делотворно оспоре колективну природу одлуке о враћању донете у односу на њих. Неки од тих недостатака оцењени су као одлучујући чиниоци за доношење закључка о томе да није спроведено разматрање околности подносилаца представке, те да је услед тога дошло до повреде члана 4. Протокола број 4.⁴⁴⁵ Међу тим недостацима вреди поменути следеће:

- **Право лица да буду обавештено:** У предметима *Шарифи и Н. Д. и Н. Т.* није било обезбеђено право подносилаца представке на то да буду обавештени о поступку у ком су учествовали, што је ЕСЉП сматрао одлучујућим за оцену делотворности правних лекова који су им били на располагању.⁴⁴⁶

⁴⁴⁵ *Čonka v. Belgium*, представка бр. 51564/99, ставови 61–63.

⁴⁴⁶ *N. D. and N. T. v. Spain*, представка бр. 8675/15 и бр. 8697/15, став 120.

- **Приступ тумачу:** И у предмету *Шарифи* и у предмету *Н. Д. и Н. Т.* оцењено је да је немогућност приступа тумачу битно подрила конкретан приступ подносилаца представке поступку за признавање азила и/или приступ делотворном правном леку помоћу којег би могли да оспоре одлуку о враћању.⁴⁴⁷
- **Немогућност приступа адвокату:** и у предмету *Шарифи* и у предмету *Чонка*.
- **Подносиоцима представке није пружена делотворна могућност да поднесу захтев за азил (*Шарифи*) и да се до краја спроведе поступак за азил (*Чонка*)**

ЕСЉП је, међутим, установио да, насупрот ономе што је изнето, када постоје неке конкретне околности, **неће бити утврђена повреда члана 4. Протокола број 4.**

То су следеће околности:

- (1) Ако чињеница да није донета одлука о протеривању на индивидуалној основи представља последицу кажњивог понашања самог подносиоца представке (*Берриша и Хаљити против Бивше Југословенске Републике Македоније* (одлука));
- (2) Ако је у питању ситуација у којој су подносиоци представке подвргли заједничком поступку азила и на основу тога добили једну заједничку одлуку (*Дрицас против Италије* (одлука)).

ii. Право на делотворан правни лек против колективног протеривања

Природа члана 4. Протокола број 4. таква је да та одредба садржи инхерентне процесне механизме заштите, али, као и сви чланови Конвенције, и она ужива заштиту члана 13 (право на делотворан правни лек). ЕСЉП се није изричито позабавио захтевима везаним за делотворан правни лек у вези с колективним протеривањима ни у једном од шест горе поменутих предмета. Међутим, ЕСЉП је разматрао члан 13. у четири од тих шест предмета у којима је установио повреду члана 4. Протокола број 4. Конкретно, то су одлуке у предметима *Чонка*, *Хирши*, *Хлаифија* и *Н. Д. и Н. Т.*, од којих су неки већ подробније размотрени. У тим предметима ЕСЉП је разматрао какве одлике у овом контексту треба да има један правни лек да би био делотворан не само у тексту закона него и у пракси.

Као опште правило, када у контексту протеривања постоји опасност да ће протераном лицу бити нанета штета – за разлику од других предмета у којима се ради о колективном протеривању – ЕСЉП је стао на становиште да „делотворан правни лек“ у смислу члана 13. у вези са чланом 3. изискује, пре свега, „независно и темељно испитивање“ сваке притужбе коју поднесе неко лице у таквој ситуацији када „постоје снажни разлози за страховање од стварне опасности од поступања противног члану 3“ и, друго, „могућност да се суспендује извршење спорне мере“.⁴⁴⁸ Утврђено

⁴⁴⁷ Ibid.

⁴⁴⁸ *Hirsi Jamaa and Others v. Italy* [Велико веће], представка бр. 27765/09, ставови 198–199, уз цитирање предмета *Conka*.

је, међутим, да су слични елементи неопходни у предметима у којима се ради о наводним повредама члана 4. Протокола број 4.

У предмету *Н. Д. и Н. Т.* подносиоци представке су се пожалили да је начин поступања шпанских власти био такав да је онемогућио надлежним органима да **утврде идентитет подносилаца представке**, да **установе њихове индивидуалне околности**, а њима самима **да оспоре одлуку о враћању путем жалбе која би имала суспензивно дејство**.⁴⁴⁹

У предмету *Хлаифија*, о коме је ЕСЉП недавно одлучивао, подносиоци представке су се жалили на *непостојање било каквог делотворног правног лека помоћу кога би могли да оспоре своје протеривање из перспективе колективног аспекта тог протеривања*. ЕСЉП је установио да је у датом предмету прекршен члан 13. у вези са чланом 4. Протокола број 4. с обзиром на то да правни лек који је био на располагању подносиоцима представке у конкретном случају не би имао суспензивно дејство, те није *испуњавао захтеве члана 13. Конвенције [...] као што је утврђено у пресуди у предмету Де Соуса Рибейро [...] да се захтев по основу члана 13. Конвенције о суспензији извршења спорне мере не може сматрати споредним аспектом*.⁴⁵⁰

г. Развој новије судске праксе

У пресуди коју је донео у предмету *Хлаифија и други против Италије*,⁴⁵¹ ЕСЉП је, у контексту члана 4. Протокола број 4. уз Конвенцију, размотрио поступак 'ускраћивања уласка уз удаљавање' који је спроводила италијанска држава и у складу с којим су подносиоци представке прво били задржани у прихватном центру, а потом пребачени на бродове укотвљене у луци Палермо и враћени у Тунис, а да претходно нису размотрене њихове индивидуалне околности.

Велико веће је у пресуди коју је донело 2016. у том предмету разјаснило да се захтеви који се постављају у смислу да се странцима омогући учешће у поступку сматрају испуњенима онда када им се *пружи истинска и делотворна могућност да изнесу аргументацију против свог протеривања и када све те аргументе на примерен начин размотре власти у туженој држави*.⁴⁵²

У том смислу, иако су подносиоцима представке у овом предмету разлози за њихово протеривање били образложени сличним изразима, ЕСЉП није установио повреду члана 4. Протокола број 4. због чињенице да су подносиоци ипак били идентификовани током двеју процедура идентификације и да им је била пружена

449 *N. D. and N. T.*, претходно цитирано у целости, став 109.

450 *Khlaifia v. Italy*, представка бр. 16483/12, став 71, *M. S. S. v. Belgium and Greece* [Велико веће], представка бр. 30696/09, став 388, *Hirsi Jamaa and Others v. Italy* [Велико веће], представка бр. 27765/09, став 206.

451 *Khlaifia and Others v. Italy* [Велико веће], представка бр. 16483/12.

452 ЕСЉП, Водич за члан 4. Протокола број 4, април 2017. године и *Khlaifia v. Italy*, представка бр. 16483/12, став 248.

прилика да, ако то желе, изнесу аргументацију против свог враћања.⁴⁵³ Осим тога, ЕСЉП је установио да се поједностављени изрази којима је решење о протеривању било формулисано могу објаснити чињеницом да подносиоци представке нису код себе имали ниједну важећу путну исправу а да нису тврдили ни да страхују од злостављања у случају да буду враћени, ни да постоје било какве друге правне сметње за њихово протеривање.

ЕСЉП је тренутно позван да размотри представке поднете по основу члана 4. Протокола број 4. у једном броју предмета. Између осталог, у поступку је предмет *М. А. и други против Пољске* (представка бр. 42907/17), у којем ће ЕСЉП размотрити то питање при чему ће конкретно узети у обзир одређене интересе и јемства која су неопходна онда када колективна протеривања утичу на породице, малолетну децу и бебе.



В. КАКО КОЛЕКТИВНО ПРОТЕРИВАЊЕ КОНКРЕТНО УТИЧЕ НА ТРАЖИОЦЕ АЗИЛА

а. Приступ ЕКЉП колективном протеривању у контексту илегалних миграција

і. Општа разматрања

Пракса колективног протеривања инхерентно је у сукобу с начелима на којима почива азил. Као што је објашњено у претходним поглављима, признање правног статуса избеглице мора уследити после индивидуализоване процене. Индивидуална димензија права да се тражи азил лежи у самој основи начина на који је формулисано и на који се развијало право на међународну заштиту по међународним и домаћим стандардима. За исправну процену околности тражилаца азила нужно је узети у обзир опасности у земљи њиховог порекла, као и у свакој интермедијарној земљи у коју би повратак могао бити предложен, што може бити релевантно за утврђивање основаности захтева за међународну заштиту. Из тога следи да је пружање одговарајућих материјалних и процесних гаранција и правних лекова од одлучујуће важности за ваљано испитивање поднетог захтева за азил.

Већ је истакнуто да се, по ЕСЉП, колективна протеривања одликују тиме што не постоји *разумно и објективно испитивање конкретног случаја* сваког лица које се враћа. У том смислу, може се тврдити да је групна природа колективног протери-

⁴⁵³ *Ibid.*, ставови 249–254.

вања, према тумачењу ЕСЉП, у супротности с једним од основних аспеката важних за утврђивање потреба за међународном заштитом (тј. индивидуалне димензије тих потреба). Непостојање таквог јемства је утолико релевантније уколико група на коју се односи мера колективног враћања обухвата тражиоце азила и друга рањива лица којима је потребна међународна заштита зато што би их групно протеривање изложило великој опасности.

ЕСЉП је у једном броју предмета испитивао специфична питања која погађају тражиоце азила који се колективно протерују, указујући при том на који начин непостојање јемстава у том виду враћања конкретно погађа тражиоце азила. На пример, и у предмету *Алибакс и други против Холандије*⁴⁵⁴ и у предмету *Султани против Француске*, ЕСЉП је разматрао ситуације у којима су подносиоци представке тражили међународну заштиту (види резиме предмета *Султани*, горе). Исто тако, у предмету Чонка, у налогу за депортацију нису поменути захтеви за азил (види горе детаљнију анализу предмета Чонка).⁴⁵⁵

ii. Колективно протеривање и Даблински систем

Када је конкретно реч о тражиоцима азила, питање колективног протеривања може се отворити у вези с пребацавањима која се одвијају, наводно, у складу с правилима Уредбе „Даблин III” о утврђивању надлежности за захтеве за азил међу државама чланицама ЕУ (види Поглавље IV). Када се за неку државу чланицу ЕУ, која није држава у којој се тренутно налазе тражиоци азила, претпоставља да је надлежна за обраду њихових захтева сходно Уредби „Даблин III”, тражиоци азила могу постати предмет одлуке о пребацавању и враћени у земљу која се сматра надлежном. Када се догоди да једна држава чланица ЕУ као групу врати тражиоце азила у другу државу чланицу, наводно у складу са Уредбом „Даблин III”, онда се поставља питање да ли одлука коју је држава чланица донела о враћању може представљати колективно протеривање и бити у супротности са чланом 4. Протокола број 4. онда када спровођење те одлуке није пропраћено неопходним индивидуализованим јемствима.

ЕСЉП је изричито разматрао то питање у предмету *Шарифи против Италије и Грчке*, о коме је горе већ било речи. Са специфичног становишта поступка према Уредби „Даблин III”, у предмету *Шарифи* подносиоца представке су италијанске власти хитно вратиле у Грчку без спровођења икакве формалне процедуре (није било захтева за преузимање надлежности, нити за поновни прихват) сагласно Уредби „Даблин III” (подробније о поступцима у складу са Даблинским системом у Поглављу IV). ЕСЉП је размотрио начин на који је Италија групно вратила подносиоце представке у Грчку **на основу претпоставке да је Грчка надлежна за процену захтева за азил**. Став италијанске владе био је да је, по „даблинским правилима”, **Грчка надлежна за захтеве за азил, па је самим тим задужена и за индивидуализо-**

⁴⁵⁴ *Alibaks and Others v. the Netherlands*, представка бр. 14209/88.

⁴⁵⁵ *Conka* ставови 61–63.

вану процену случајева о којима је реч (став 223. пресуде: *италијанска Држава је објаснила да је, сагласно Даблинском систему, једино Грчка надлежна за разматрање евентуалних захтева за азил, као и за даљу процену специфичне ситуације сваког појединачног тражиоца азила, као што је изричито утврђено у члану 4. Протокола број 4*). На основу тога, Италија је сматрала да је она изузета од обавезе да разматра индивидуалне околности сваког мигранта.⁴⁵⁶

Суд је тај став одбацио и приметно да су, да би се утврдило да ли је Грчка надлежна према Уредби „Даблин III”, **италијанске власти биле у обавези да процене појединачне околности сваког лица на које се односило предложено враћање, а не да их све као групу протерају** (став 223). На основу тога ЕСЉП је пресудио да неселективна колективна враћања нису оправдана чињеницом да се извршавају на основу наводне примене начела из Уредбе „Даблин III”, будући да примена таквих правила мора бити у складу с правима утврђеним Конвенцијом.⁴⁵⁷ ЕСЉП је прихватио тврдњу да су у то доба владале веома тешке околности у вези с миграционим токовима, али је подсетио на своје начело по којем *проблеми у погледу управљања миграционим таласима или у погледу прихвата тражилаца азила не могу оправдати ослањање на праксу која није у сагласности с Конвенцијом или протоколима уз њу.*⁴⁵⁸

Шарифи и остали против Италије и Грчке

*** Резиме приређен на основу текста објављеног у публикацији АИРЕ центра, Европско право о азилу кроз судску праксу*

Водич за судије, доносиоце одлука и практичаре, 2016.

Чињенице у овом предмету односе се на 32 лица различитих држављанстава, међу којима је било Авганистанаца, Суданаца и Еритрејаца; сви су они побегли од оружаних сукоба у својим земљама у којима су страдали цивили, стигли су у Грчку да би потом бродовима отпутовали у Италију. ЕСЉП је, међутим, одлучио да разматра притужбе само четири подносилаца.

Када су стигли у разне италијанске луке, одмах их је пресрела гранична полиција и сместа их вратила у Грчку. Ни у једној ни у другој земљи подносиоцима представке није била пружена могућност да поднесу захтев за азил. Када је реч о Италији, подносиоцима представке није било омогућено ни да ступе у контакт са адвокатима и тумачима, нити су им дате информације о правима која имају. Такође они нису добили ниједно званично преведено писмено у вези са њиховим пребацивањем у Грчку. Чим су се искрцали у Италију, подносиоци представке су одмах враћени у Грчку истим бродовима којима су из ње дошли. Када су стигли у Грчку, подносиоци представке су притворени и издати су налози за њихову депортацију. Потом су смештени у провизорни монтажни логор, где су услови прихвата били такви да су се могли описати као нечовечни и понижавајући: нису имали никакве или тек веома слабе могућности приступа тоалетима, храни и здравственој помоћи.

Позивајући се на предмет *Хирши Цама и други против Италије*, ЕСЉП је нагласио да је циљ члана 4. Протокола број 4. да се забрани државама да држављане трећих земаља протерују, а да претходно нису испитале њихову индивидуалну ситуацију, чиме их још и додатно спре-

⁴⁵⁶ *Sharifi*, став 223.

⁴⁵⁷ *Sharifi*, незванични превод изворне француске верзије текста пресуде, став 223.

⁴⁵⁸ *Khlaifia v. Italy*, представка бр. 16483/12, став 240; *Hirsi Jamaa and Others*, став 179.

чавају да оспоре то протеривање. Истакавши да то важи за пресретања на отвореном мору, ЕСЉП је установио да би члан 4. Протокола број 4. био лишен сврхе и практичног дејства, ако би се извео супротан закључак у погледу ситуације с бродовима у лукама. Имајући увид у поднеске треће стране, као и у друге међународне изворе којима се документују „реадмисије“ миграната у Грчку које спроводе италијанске власти, ЕСЉП је установио да те акције спречавају држављане трећих земаља да поднесу захтев за азил и самим тим их такође лишавају могућности да остваре било каква процесна и материјална права везана за захтев за азил. ЕСЉП је нагласио да је Италија погрешно протумачила Споразум о реадмисији с Грчком из 1999. године јер од Грчке није затражила дозволу пре него што јој је вратила држављане трећих земаља по основу реадмисије.

Бавећи се потом аргументом који је изнела Италија, која је тврдила да је сагласно Даблинском систему Грчка једина земља која је надлежна за захтеве за азил подносилаца представке, ЕСЉП је стао на становиште да је за доношење таквог закључка потребно да се спроведе индивидуализована процена, а не да се примени италијанска пракса масовног протеривања. Исте процесне мањкавости уочене су и у позивању италијанске државе на Уредбу „Даблин III“.

Сматрајући да ниједан облик колективног масовног протеривања није оправдан сагласно Уредби „Даблин III“ (М. С. С. против Белгије и Грчке), као и да се пребацивања морају спровести на начин који је сагласан с Конвенцијом, ЕСЉП је констатовао да се ниједан вид такве праксе не може оправдати миграционим притисцима те да су четворица подносилаца представке колективно и неселективно протерана, закључивши да је у датом предмету повређен члан 4. Протокола број 4.

б. Процесна јемства и разматрања која се односе на тражиоце азила у контексту потенцијалних колективних протеривања

- **Право на делотворан приступ поступку за признавање азила**
- **Право на добијање информација о поступку за признавање азила**

Као што је већ истакнуто, право на обавештење о могућности тражења међународне заштите представља суштинску компоненту процесних јемстава која чине да приступ поступцима за признавање азила буде „делотворан“ у пракси. Неадекватност или одсуство тих информација пре свега спречавају мигранте да поднесу захтев за азил, услед чега само постојање таквих поступака за признавање азила губи значај, а заштита која се помоћу њих нуди постаје, на крају крајева, илузорна. ЕСЉП је описао то непостојање могућности приступа информацијама као „**једну од кључних препрека за приступање поступку за одобравање азила**“.⁴⁵⁹ ЕСЉП је у предмету *Шарифи* подробно размотрио процесне аранжмане који су неопходни да би се обезбедио приступ поступку за одобравање азила у контексту извршења

⁴⁵⁹ *M. S. S. v. Belgium and Greece*, представка бр. 30696/09, став 304.

одлука о групном враћању, **за које је потом утврдио да представљају повреду члана 4. Протокола број 4.** Узимајући у обзир доказе из извесног броја извора,⁴⁶⁰ ЕСЉП је утврдио да пракса италијанских власти да неформално враћају људе одмах са границе у јадранским лукама није примерена сврси тог протокола - да се лицима која траже азил обезбеде одговарајућа процесна и материјална права.

■ Право на обавештење

ЕСЉП је у овом контексту ЕСЉП посебно размотрио право лица на **обавештење** о могућности да се затражи азил, истакавши да мигранти о којима је реч нису имали никаквог изгледа да успоставе контакт с тумачима и људима који би били у стању да им пруже информације о тим поступцима, услед чега је у том конкретном случају њихов приступ тим поступцима зависио искључиво од личног нахођења пограничних службеника.⁴⁶¹

■ Важност језика

ЕСЉП је приметио да је немогућност приступа информацијама на **језику који разумеју** на граничном прелазу лишила мигранте могућности да делотворно затраже азил у Италији.⁴⁶² Даблинска правила примењују се само на оне који су затражили азил (види *Ел Ахмад против Грчке*, представка бр. 73398/14). Пружање конкретне могућности да се затражи азил суштински је било важно како би предмет могао бити размотрен у „Даблинској јединици“ при Министарству унутрашњих послова, задуженој да процењује да ли даблинска правила важе у погледу захтева за азил. Следствено томе, оцењено је да је, како би поступак за одобравање азила био доступан у пракси, неопходно присуство италијанских службеника за азил и компетентних тумача.⁴⁶³

в. Начела која проистичу из судске праксе

■ Општа начела о азилу и колективним протеривањима

■ Начело:

- Као и у другим предметима везаним за миграције, када се тврди да је спроведено колективно протеривање у неком предмету који се односи на тражиоце

⁴⁶⁰ CIR (Италијански савет за избеглице), Извештај о активностима за 2007. годину – *Progetto Melting Pot Europa, Diritti respinti. Gli atti dell'assemblea cittadina sul porto di Venezia*, 11. децембар 2008; Међународна католичка комисија за миграције, СОС! Појачавање одговора у виду помоћи и заштите за људе из чамаца и друге мигранте који стижу на југ Европе (*International Catholic Migration Commission, May Day! Strengthening responses of assistance and protection to boat people and other migrants arriving in Southern Europe*), септембар 2011.

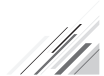
⁴⁶¹ *Sharifi*, став 216.

⁴⁶² *Ibid.*, став 217.

⁴⁶³ *Ibid.*, став 217.

азила, доказ да је у пракси спроведена индивидуална процена уз пружање одговарајућих јемстава и свеобухватно испитивање свих околности захтева за азил довољан је да се одагнају сумње у то да се ту радило о одлуци која има колективни карактер.

- **Пребацивања према Уредби „Даблин III” и колективна протеривања**
- **Начела:**
 - Пребацивања према Уредби „Даблин III” морају бити извршена у складу с Конвенцијом.
 - Ниједан облик неселективног колективног протеривања није допуштен Уредбом „Даблин III”. Без обзира на све миграционе притиске којима су изложене, државе су и даље у обавези да приликом спровођења мера враћања поступају у складу с правима зајемченим Конвенцијом.



Г. ПРАВНИ ОКВИР И ПРАКСА У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ КОЈИ СЕ ОДНОСЕ НА ЧЛАН 4. ПРОТОКОЛА БР. 4

- **Република Србија је уговорница Протокола број 4 уз ЕКЉП**

Република Србија је ратификовала Протокол број 4 уз ЕКЉП када и саму Конвенцију,⁴⁶⁴ што значи да Србију обавезује забрана колективног протеривања странаца гарантована чланом 4. Протокола број 4 уз Европску конвенцију.

- **Непосредна примена члана 4. Протокола број 4 у унутрашњем праву Србије**

Иако забрана колективног протеривања странаца није непосредно регулисана у унутрашњем праву Републике Србије, у поступцима пред домаћим органима се непосредно примењује како одредба члана 4. Протокола број 4 тако и стандарди Европског суда за људска права у вези са колективним протеривањем странаца.

Права утврђена Конвенцијом и Протоколима уз Конвенцију се непосредно примењују у поступцима који се воде пред домаћим судовима и другим органима и у оним случајевима када одређена питања нису непосредно уређена домаћим прописима. Директна примена забране групног протеривања произлази из одредбе члана 16. **Устава Републике Србије** којом се предвиђа непосредна примена свих потврђе-

⁴⁶⁴ „Службени лист СЦГ – Међународни уговори”, бр. 9/2003, 5/2005 и 7/2005.

них међународних уговора, али је непосредну примену члана 4. Протокола број 4 у поступцима пред домаћим органима експлицитно потврдио и Уставни суд Србије:⁴⁶⁵

- „(...) подносилац осим начела и права зајемчених Уставом, истиче и повреду права утврђених Конвенцијом и припадајућим јој Протоколима, чије одредбе се непосредно примењују у поступцима који се воде пред домаћим судовима и у оним ситуацијама када одређена питања нису непосредно уређена домаћим прописима, конкретно повреду начела забране дискриминације у вези са повредом забране колективног протеривања странаца (члан 14. у вези члана 4. Протокола 4) (...)“

Непосредној примени у поступцима пред домаћим органима подлежу и стандарди Европског суда за људска права. Мада то јасно произлази из одредбе члана 18. Устава Републике Србије, Уставни суд Србије је указао који стандарди Европског суда су од значаја за поступање органа Републике Србије у случајевима групног протеривања странаца:⁴⁶⁶

- колективно протеривање треба схватити као сваку меру којом се странци као група приморавају да напусте земљу, осим ако је та мера предузета после разумног и објективног испитивања конкретног случаја сваког појединачног странца из те групе и на основу таквог разумног и објективног испитивања;⁴⁶⁷
- чињеница да је одређени број странаца предмет сличних одлука сама по себи не упућује на закључак да је реч о колективном протеривању, уколико је сваком од њих појединачно пружена могућност да надлежним органима изнесе аргументе против свог протеривања;⁴⁶⁸
- удаљавање странаца које изврши држава у остваривању своје суверене власти, а чији је ефекат да спречи мигранте да дођу до граница државе, или чак да их потисне у другу државу, представља остваривање надлежности у смислу члана 1. Конвенције, који подразумева одговорност државе по члану 4. Протокола број 4.⁴⁶⁹

▪ Унутрашње право Републике Србије не садржи изричиту забрану колективног протеривања странаца али та забрана произлази из других норми

Устав Републике Србије у члану 39. став 3. прописује да странац може бити протеран са територије Републике Србије само на основу одлуке надлежног органа, у

⁴⁶⁵ Уставни суд Србије, предмет бр. Уж-3970/2015, одлука од 18. маја 2017. године, став 5.

⁴⁶⁶ *Ibid.*

⁴⁶⁷ *Ibid.* Уставни суд овде упућује на одлуку Европског суда за људска права у предмету *Andrić v. Sweden*, представка број 45917/99, одлука о прихватљивости од 23. фебруара 1999. године.

⁴⁶⁸ *Ibid.*

⁴⁶⁹ *Ibid.* Уставни суд се позива на пресуду Европског суда у случају *Hirsi Jamaa and Others v. Italy*, представка број 27765/09.

законом предвиђеном поступку и ако му је обезбеђено право жалбе и то само тамо где му не прети прогон или озбиљно кршење права зајемчених Уставом.

Законом о заштити државне границе⁴⁷⁰ прописано је да полицијски службеник граничне полиције врши увид у путне исправе или друге исправе прописане за прелазак државне границе, те проверава да ли лице испуњава услове за улазак, односно излазак из Републике Србије (члан 6). Гранична полиција је дужна да води евиденцију о лицима којима није дозвољен прелазак државне границе а садржај, начин вођења и рок чувања података у евиденцијама ближе прописује министар надлежан за унутрашње послове (члан 62).

Законом о странцима, ставом 1. члана 47, забрањено је принудно удаљење странца уколико му на територији земље на коју се протерује прети опасност по физички и психички интегритет. Истим Законом регулисан је незаконит улазак у Републику Србију (члан 10) као и одбијање уласка (члан 11). Из наведених одредби Закона о странцима произлази да надлежни државни орган мора појединачно да испита ситуацију сваког странца како би могао да утврди да ли је у питању незаконит улазак, да ли су испуњени услови за одбијање уласка или пак примену члана 47. Закона. О лицима којима није дозвољен прелазак државне границе воде се посебне евиденције, што је уређено конкретним подзаконским актима: **Уредбом о ближим условима за одбијање уласка странца у Републику Србију**,⁴⁷¹ **Правилником о начину вођења и садржају евиденција које се воде у Министарству унутрашњих послова на основу Закона о странцима**⁴⁷² и **Правилником о садржају, начину вођења и року чувања података у евиденцијама које води гранична полиција**.⁴⁷³

■ Закон о странцима

Члан 10 (незаконит улазак)

„Незаконитим уласком у Републику Србију сматра се улазак:

- 1) ван места или времена одређеног за прелазак државне границе;
- 2) избегавањем граничне контроле;
- 3) употребом туђе, неважеће, односно лажне путне или друге исправе;
- 4) давањем неистинитих података граничној полицији;
- 5) за време трајања заштитне мере удаљења странаца са територије Републике Србије, мере безбедности протеривања странца из земље или мере отказа боравка.“

470 „Службени гласник РС“, бр. 97/08.

471 „Службени гласник РС“, бр. 75/09.

472 „Службени гласник РС“, бр. 59/09.

473 „Службени гласник РС“, број 120/12.

Члан 11 (одбијање уласка)

„Улазак у Републику Србију, одбиће се странцу ако:

- 1) нема важећу путну исправу, или визу уколико је потребна;
- 2) нема довољна средства за издржавање за време боравка у Републици Србији, за повратак у земљу порекла или транзит у трећу земљу, или му на други начин није обезбеђено издржавање за време боравка у Републици Србији;
- 3) је у транзиту, а не испуњава услове за улазак у трећу државу;
- 4) је на снази заштитна мера удаљења или мера безбедности протеривања или му је отказан боравак, односно друга мера призната у унутрашњем или међународном праву која укључује забрану преласка државне границе - за време док та мера односно отказ боравка траје;
- 5) нема потврду о вакцинисању или други доказ да није оболео, а долази са подручја захваћеног епидемијом заразних болести;
- 6) то захтевају разлози заштите јавног поретка или безбедности Републике Србије и њених грађана;
- 7) се у одговарајућим евиденцијама води као међународни преступник;
- 8) постоји оправдана сумња да боравак неће користити у намеравању сврху.

Одбијање уласка уписује се у путну исправу странца.

Ближе услове из става 1. тач. 2), 5), 6) и 7) овог члана прописује Влада.“

Члан 47 (забрана принудног удаљења)

“Странац не сме бити принудно удаљен на територију где му прети прогон због његове расе, пола вере, националне припадности, држављанства, припадности одређеној друштвеној групи или политичког мишљења.“

Закон о азилу садржи низ одредби из којих произлази обавеза брижљивог испитивања сваког појединачног случаја како не би дошло до протеривања лица у земљу у којој му прети опасност по физички и психички интегритет. Обавеза пажљивог испитивања сваког појединачног случаја односи се не само на период трајања поступка азила, већ и на период пре него што поступак за добијање азила буде формално започет. То произлази из члана 22. којим се странцу даје право да изрази намеру да тражи азил приликом граничне контроле на уласку у Србију или на њеној територији. Такође, у члану 4. Закона о азилу је предвиђено право на подношење захтева за азил. Ономогућавање приступа поступку азила представља кршење Закона о азилу а може, под одређеним околностима, представљати колективно протеривање странаца и ни у ком случају се не сме тумачити као спречавање злоупотребе система азила. Удаљење странаца уређено је чланом 57. Закона. Од значаја је да странац може бити удаљен са територије Републике Србије искључиво на основу одлуке надлежног државног органа која мора бити коначна.

■ Закон о азилу

Члан 4 (право на подношење захтева за азил)

„Странац који се налази на територији Републике Србије има право да поднесе захтев за добијање азила у Републици Србији.“

Члан 6 (забрана протеривања или враћања)

„Ниједно лице не сме бити протерано или враћено против његове воље на територију где би његов живот или слобода били угрожени због његове расе, пола језика, вероисповести, националности, припадности одређеној друштвеној групи или политичких ставова.“

Одредба става 1 овог члана неће се примењивати на лице за које се основано може сматрати да угрожава безбедност земље или које је правноснажном пресудом осуђено за тешко кривичнодело, због чега представља опасност за јавни поредак.

Независно од одредби става 2. овог члана ниједно лице не сме бити протерано или против његове воље враћено на територију на којој постоји ризик да ће бити подвргнуто мучењу, нечовечном или понижавајућем поступању или кажњавању.“

Члан 17 (начело непосредности)

„Сваки странац који је поднео захтев за азил има право да усмено и непосредно буде саслушан од стране овлашћеног службеника надлежне организационе јединице Министарства унутрашњих послова, о свим чињеницама релевантним за признавање права на уточиште или доделу супсидијарне заштите.“

Члан 22 (намера да се тражи азил)

„Приликом граничне контроле на уласку у Републику Србију, или унутар њене територије, странац може усменим или писменим путем да изрази намеру да тражи азил пред овлашћеним полицијским службеником Министарства унутрашњих послова.“

Странац који је изразио намеру да тражи азил ће се евидентирати и упутити у Канцеларију за азил, односно у Центар за азил. Странац је дужан да се јави у року од 72 сата овлашћеном службенику Канцеларије за азил, односно Центра за азил.“

Члан 23 (евидентирање)

„Овлашћени службеник Министарства унутрашњих послова пред којим је странац изразио намеру да тражи азил извршиће његово евидентирање.“

Евидентирање обухвата издавање прописане потврде која садржи личне податке које је странац дао о себи или се могу утврдити на основу расположивих исправа и докумената које има са собом.



Потврда из става 2. овог члана служи као доказ да је странац изразио намеру да тражи азил и да има право боравка у трајању 72 сата.

Овлашћени полицијски службеник има право претресања странца и његових ствари ради проналажења личних исправа и докумената потребних за издавање потврде из става 2. овог члана. Све пронађене исправе и документа евидентираће се у потврди.

Начин евидентирања странца који изразе намеру да траже азил ближе се уређује прописом министра.“

Члан 26 (саслушање)

„Овлашћени службеник Канцеларије за азил ће лице које тражи азил лично саслушати у најкраћем могућем року. Лице које тражи азил може бити саслушано више пута.

Саслушање може бити тонски снимљено, кад се о томе обавести лице које тражи азил.

Саслушању могу присуствовати правни заступник лица које тражи азил и представник УНХЦР-а, уколико се томе не противи лице које тражи азил.

Овлашћени службеник Канцеларије за азил ће током саслушања настојати да утврди све чињенице од значаја за одлучивање о захтеву за азил, а посебно:

- 1) идентитет лица које тражи азил;
- 2) разлоге на којима се заснива захтев за азил;
- 3) кретање лица које тражи азил након напуштања државе порекла и
- 4) да ли је лице које тражи азил већ тражило азил у некој другој држави.

Лице које тражи азил је дужно да у потпуности сарађује са Канцеларијом за азил и да тачно изнесе све чињенице које су од значаја за одлучивање.“

Члан 57 (удаљење странца)

„Странац чији је захтев за азил одбијен или одбачен, или је одлучено да се поступак обустави, а који не борави по другом основу у земљи, дужан је да напусти Републику Србију у року који је одређен том одлуком.

Рок у коме је странац дужан да напусти Републику Србију не може бити дужи од 15 дана од дана пријема коначне одлуке из става 1. овог члана.

Уколико странац у остављеном року не напусти Републику Србију добровољно, као и у случају из члана 25. став 3. овог закона, биће принудно удаљен у складу са одредбама закона који уређује кретање и боравак странаца.

До удаљења из Републике Србије, странац из става 3. овог члана може бити смештен у Прихватилиште за странце.“

Предлогом закона о азилу и привременој заштити, за разлику од важећег Закона о азилу, се странцу који се налази на територији Републике Србије јемчи право да изрази намеру да поднесе захтев за азил у истој одредби у којој му се гарантује право на подношење захтева за азил (члан 4). Новину представља и могућност поступања на граници или у транзитном простору предвиђена чланом 41. Предлога закона.

Члан 4 (Право на подношење захтева за азил)

„Странац који се налази на територији Републике Србије има право да изрази намеру да поднесе захтев за азил и да поднесе захтев за азил у Републици Србији, у складу са законом.“

Члан 41 (Поступање на граници или у транзитном простору)

„На граничном прелазу, односно у транзитном простору ваздушне луке и луке унутрашњих вода спроводи се целокупан поступак азила уз поштовање основних начела прописаних овим законом, само:

- 1) ако се тражиоцу обезбеде адекватан смештај и исхрана;
- 2) ако се захтев за азил, односно накнадни захтев за азил може одбити као неоснован у складу са чланом 38. став 1. тачка 5) овог закона;
- 3) ако се захтев за азил, односно, накнадни захтев за азил може одбацити у складу са чланом 42. овог закона.

Представницима удружења која се баве пружањем правне помоћи тражиоцима и лицима којима је одобрено право на азил обезбеђује се ефикасан приступ граничним прелазима, односно транзитном простору ваздушне луке и луке унутрашњих вода, у складу са прописима којима је уређена заштита државне границе.

Пуномоћнику или представнику удружења које се бави пружањем правне помоћи тражиоцима и лицима којима је одобрено право на азил, осим УНХЦР-а, може се привремено ограничити приступ тражиоцу када је то неопходно ради заштите националне безбедности или јавног поретка Републике Србије.

Поступак азила по захтеву малолетног лица без пратње не може се водити на граници или у транзитном простору.

Канцеларија за азил одлуку о захтеву за азил у случају из става 1. овог члана доноси најкасније у року од 28 дана од дана подношења захтева.

Ако Канцеларија за азил не донесе одлуку у року из става 5. овог члана, тражиоцу се омогућава улазак у Републику Србију ради спровођења поступка по поднетом захтеву за азил.

Против одлуке из става 5. овог члана може се поднети жалба Комисији за азил у року од пет дана од дана ручења одлуке.“



■ Пракса Уставног суда Србије у случајевима колективног протеривања

Уставни суд Србије је до сада донео само једну одлуку која се тичала наводног колективног протеривања странаца. У питању је предмет у којем је на званичном граничном прелазу одбијен улазак на територију Србије групи Рома, држављана Македоније. Подносилац уставне жалбе је тврдио да је дошло до повреде члана 14. Европске конвенције у вези са повредом члана 4. Протокола број 4.

У предмету УЖ-3970/2015, подносилац уставне жалбе је истакао повреду члана 14. Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода у вези са повредом члана 4. Протокола 4 уз Конвенцију, те повреду члана 1. Протокола бр. 12 уз Конвенцију. Образлажући тврдње о повреди начела забране дискриминације из члана 21. Устава и повреди опште забране дискриминације из члана 1. Протокола бр. 12 уз Конвенцију, подносилац је навео да су му службеници Управе граничне полиције МУП РС онемогућили прелазак државне границе и улазак на територију Републике Србије само због његове етничке припадности, јер му је том приликом, како тврди, речено да „постоји наредба да се не пуштају Роми који путују у групама“. Подносилац уставне жалбе је такође тврдио да га нико није питао за позивна писма, новчана средства и радни статус, већ само за крајње одредиште и да повреда његових права произлази из пропуштања да се у предметном парничном поступку терет доказивања пребаци на тужену државу. Повреду права из члана 14. Конвенције у вези са чланом 4. Протокола бр. 4 уз Конвенцију подносилац уставне жалбе засновао је на тврдњи да је суд, доносећи оспорене одлуке, занемарио чињеницу да је њему и осталим путницима Ромима, држављанима БЈРМ, групно одбијен улазак у Србију.

Разматрајући наводе подносиоца Уставне жалбе, Уставни суд је пошао од тога да повреду члана 14. Конвенције у вези са чланом 4. Протокола бр. 4 подносилац жалбе искључиво везује за наводни пропуст суда да приликом одлучивања о његовом тужбеном захтеву за заштиту од дискриминације за подлогу своје пресуде узме и наводно утврђену чињеницу да је у питању било колективно протеривање странаца. Уставни суд је констатовао да је у предметном парничном поступку утврђено да је подносилац уставне жалбе био предмет индивидуалне процене испуњености услова за прелазак државне границе и да му улазак на територију Републике Србије није дозвољен из разлога прописаног чланом 11. став 1. тачка 2. Закона о странцима. Затим, Уставни суд је сматрао да је од значаја и то што током првостепеног парничног поступка предмет подносиоцевих навода, па самим тим ни утврђивања од стране суда, нису биле околности које су се тичале разлога због којих осталим путницима није дозвољен прелазак државне границе у смислу индивидуализације разлога за сваког од путника који је том приликом путовао са подносиоцем, а чија имена, што је Уставни суд сматрао неопходним да примети, нису ни наведена, нити је саслушање тих лица уопште било предложено на те околности. Према схватању Уставног суда, утврђена чињеница да је подносилац био предмет појединачне обраде у смислу испитивања испуњености услова за прелазак државне границе ис-

кључује примену члана 4. Протокола бр. 4 уз Конвенцију, те последично и члана 14. Конвенције.⁴⁷⁴

О случајевима колективног протеривања странаца у контексту актуелне мигрантске кризе Уставни суд до сада није одлучивао, али се очекује доношење одлуке по уставној жалби коју је поднео Београдски центар за људска права у вези са неформалним удаљењем (такозвани push-back) на територију Бугарске групе држављана Авганистана који су пре него што је враћање извршено изразили намеру да траже азил у Републици Србији.⁴⁷⁵

■ Делотворно правно средство у случајевима колективног протеривања и заштита од произвољности

У члану 36. **Устава Републике Србије** се сваком јемчи право на жалбу или друго правно средство против одлуке којом се одлучује о његовом праву, обавези или на закону заснованом интересу.

Чланом 22. **Закона о азилу** гарантује се сваком странцу право да изрази намеру да тражи азил у Републици Србији и не предвиђа се дискреционо овлашћење полицијских службеника да одлучују о томе ком странцу ће издати потврду о израженој намери за тражење азила. странац нема могућност да уложи ниједан правни лек у случају да полицијски службеник одбије да му изда потврду о израженој намери за тражење азила.

Закон о општем управном поступку⁴⁷⁶ у члану 208. предвиђа такозвану жалбу због ћутања управе.

Члан 208 (рок за издавање решења)

„Када се поступак покрене поводом захтева странке, односно по службеној дужности ако је то у интересу странке, а пре доношења решења није потребно спроводити посебан испитни поступак, нити постоје други разлози због којих се не може донети решење без одлагања, орган је дужан да донесе решење и достави га странци што пре, а најдоцније у року од једног месеца од дана предаје уредног захтева, односно од дана покретања поступка по службеној дужности, ако посебним законом није одређен краћи рок. У осталим случајевима, кад се поступак покрене поводом захтева странке, односно по службеној дужности, ако је то у интересу странке, орган је дужан да донесе решење и достави га странци најдоцније у року од два месеца, ако посебним законом није одређен краћи рок.

474 Уставни суд Србије, предмет бр. Уж-3970/2015, одлука од 18. маја 2017. године, став 5.

475 Београдски центар за људска права, Право на азил у Републици Србији - Извештај за период јануар-март 2017, април 2017, 26. Доступно на <http://www.bgcentar.org.rs/bgcentar/wp-content/uploads/2017/05/fin-periodicni-izvestaj-januar-mart-2017.pdf>.

476 „Службени лист СРЈ“, бр. 33/97 и 31/2001 и „Службени гласник РС“, бр. 30/2010.

Ако орган против чијег је решења је допуштена жалба не донесе решење и не достави га странци у прописаном року, странка има право на жалбу као да је њен захтев одбијен. Ако жалба није допуштена, странка може непосредно покренути спор.“

О примени члана 208, став 2. Закона о општем управном поступку у случајевима азила изјаснио се Уставни суд Србије:

- Уставни суд Србије је у Одлуци од 8. марта 2017. године нашао да су тражиоци азила, сагласно члану 208. став 2. Закона о општем управном поступку, имали могућност да уложе жалбу због ћутања управе Комисији за азил независно од тога што нису могли да поднесу захтев за азил јер им је приступ поступку азила био ускраћен због тога што Канцеларија за азил, у датом периоду, уопште није спроводила службене радње у центрима за азил у којима су они били смештени. Наиме, Уставни суд се ослонио на став Комисије за азил која жалбу због ћутања управе, у случају када странцу није омогућено подношење захтева за азил, сматра допуштеним и благовременим правним леком. Уставни суд је истакао да такав став другостепеног органа обезбеђује тражиоцима азила улагање правног лека и онда када не могу да поднесу захтев за азил услед неажурног поступања првостепеног органа, из чега произлази да жалба због ћутања управе може да се изјави када странцима није омогућено подношење захтева за азил, односно да другостепени орган у поступку азила мора да сматра такве жалбе допуштеним.⁴⁷⁷

▪ Пракса која може довести до колективног протеривања и документовани примери колективног протеривања у Републици Србији

Влада Републике Србије је у јулу 2016. године донела **Одлуку о образовању полицијских и војних снага за извршавање заједничких задатака**, којом се предвиђа формирање мешовитих патрола припадника два релевантна министарства за надгледање граница између Републике Србије и Бугарске и Републике Србије и Македоније, а ради спречавања илегалних улазака миграната.⁴⁷⁸ Према мишљењу Београдског центра за људска права, тиме је створено „погодно тле за спровођење колективног протеривања, односно враћања странаца у суседне земље без спровођења адекватне процедуре и обезбеђења евентуалног приступа поступку азила у Србији“.⁴⁷⁹

Изјаве више државних органа указују на то да су хиљаде људи „спречене да илегално пређу границу“,⁴⁸⁰ што пружа основ за сумњу да су се дешавали и случајеви колективног протеривања.

477 Одлука није доступна у бази судске праксе Уставног суда Србије. Наведено према: Београдски центар за људска права, Право на азил у Републици Србији - Извештај за период јануар-март 2017, стр. 16-17.

478 *Ibid.*, 21.

479 *Ibid.*

480 Последња у низу таквих изјава је дата у јулу 2017. године: „Вулин: Спречен илегалан прелазак више од 21.000 миграната“, *N1*, 14. јул 2017. године, доступно на <http://rs.n1info.com/a283450/Vesti/Vesti/Vulin-ulazak-ilegalnih-migranata.html>. Са овом изјавом је у медије изашло и Министарство одбране у марту 2017. године: „Спречено да 20.000 миграната илегално пређе границу“, *N1*, 22. март 2017. године,

Извештаји међународних и невладиних организација које се баве пружањем заштите тражиоцима азила, избеглицама и мигрантима, сведоче о случајевима присилног враћања који се дешавају на терену, а који се могу квалификовати као колективно протеривање странаца.

Невадина организација Београдски центар за људска права документовала је случај колективног протеривања који се десио у фебруару 2017. године када је патрола Станице граничне полиције Градина лишила слободе 24 држављана Авганистана и једног држављанина Пакистана. Полицијски службеници су им узели податке и издали решења о задржавању. Прекршајни суд у Пироту је донео решење о обустављању прекршајног поступка јер је установио да су у питању особе којима је потребна међународна заштита, као и да њихово враћање у Бугарску у складу са Споразумом о реадмисији није могуће због опасности да ће они бити подвргнути злостављању. Странци су изразили намеру да траже азил у Републици Србији а полицијски службеници су им издали потврде о израженој намери. Након тога су укрцани у полицијски комби и, после вожње која је трајала око сат и по, полицијски службеници су им наредили да изађу из комбија. Према наводима тражилаца азила, извршен је њихов претрес и одузета су им и уништена сва документа, укључујући и потврде о израженој намери за тражење азила, а њима је наређено да се врате у Бугарску. После неколико дана проведених у Бугарској, део групе је поново ушао у Србију преко зелене границе. Када су пристигли у Прихватни центар у Босилеграду, припадници Министарства унутрашњих послова су их укрцали у возило и превезли у погранични рејон. Оставили су их у шуми уз објашњење у ком правцу треба да се крећу како би изашли из Републике Србије.⁴⁸¹ Од значаја за квалификовање овог инцидента као кршења забране колективног протеривања странаца јесте, како наводи Београдски центар за људска права, сам начин на који су странци враћени у Бугарску, околност да је то учињено без одлуке надлежног органа, без спровођења поступка у коме би биле индивидуално размотрене личне околности сваког тражиоца азила, да нису на располагању имали преводиоца и правног заступника, као и да нису имали могућност да уложе жалбу са суспензивним дејством.⁴⁸²

Још један случај колективног враћања странаца у Бугарску забележен је у децембру 2016. године када је седмочлана породица из Сирије упутила позив за помоћ невадиној организацији Инфо Парк. Породица је тврдила да су мешовите патроле војске и полиције пресреле аутобус којим су (са уредно издатим потврдама о израженој намери за тражење азила) чланови породице путовали ка Прихватном центру у Босилеграду, извеле их напоље и одвезле на удаљену локацију у шуми у близини

доступно на: <http://rs.n1info.com/a236674/Vesti/Vesti/Spreceni-ilegalni-prelasci-migranata-na-granici.html>. Исто Министарство је у децембру 2016. године изјавило да је спречило 18.000 миграната у илегалном преласку границе: „Мигранти незадовољни условима живота“, *Danas*, 27. децембар 2016. године, доступно на: http://www.danas.rs/drustvo.55.html?news_id=335391&title=Migranti+nezadovoljni+uslovima+%C5%BEivota.

481 Београдски центар за људска права, Право на азил у Републици Србији - Извештај за период јануар-март 2017, стр. 21-25.

482 *Ibid.*, стр. 25-26.

границе са Бугарском. Такође су навели да су им припадници војске и полиције одузели и уништили потврде и наредили им да се врате пешке у Бугарску. Полицијска станица у Сурдулици је поступила по СОС позиву и породица из Сирије је смештена у Прихватни центар у Прешеву. Накнадно је утврђено да су они евидентирани као тражиоци азила, а Основно јавно тужилаштво у Владичином Хану је покренуло поступак утврђивања кривичне одговорности службених лица која су то вече била дежурна. Министарство одбране, као и поједини државни званичници, одбацили су овакве оптужбе тврдећи да су припадници мешовитих патрола понудили помоћ сиријској породици, али да су они то одбили и одлучили да сами наставе пут пешке ка Прихватном центру.⁴⁸³

Случај у вези са којим постоје индикације да је дошло до колективног протеривања странаца догодио се и у октобру 2016. године када су правници невладине организације MYLA у БЈРМ у Прихватном центру у Табановцима затекли стотине људи који су тврдили да их је српска полиција аутобусима вратила у Македонију из Прихватног центра у Прешеву. Код одређеног броја странаца су пронађена документа изда-та од стране надлежних органа Републике Србије, а у једном случају је чак у питању била лична карта за тражиоца азила која је пронађена код држављанина Пакистана који је тврдио да га је полиција лишила слободе у Београду и вратила у Македонију.⁴⁸⁴

Коначно, колективним протеривањем странаца се може сматрати и пракса која је на западно-балканској рути примењивана у новембру 2015. године, кроз неформални међудржавни споразум. Наиме, несметан прелазак државне границе допуштан је странцима који не испуњавају услове за законит улазак у европске земље, али само онима који су долазили из Сирије, Ирака и Авганистана. За разлику од тога, држављанима других држава није било дозвољено да уђу у Србију те је око стотину особа пореклом из Ирана, Пакистана, Бангладеша, Нигерије, Марока и Алжира остало у међуграничном простору између Србије и Македоније.⁴⁸⁵ Заштитник грађана Републике Србије је, у изјави поводом заједничког обиласка прелаза на граници Србије и БЈРМ са омбудсманом те земље, рекао да „Србија према међународном праву има обавезу да свим људима који изразе намеру да затраже азил омогући улазак у земљу, а не само држављанима Сирије, Ирака и Авганистана“.⁴⁸⁶ Како странци пристижу у групама, одбијање приступа поступку азила и њихово колективно враћање на територију Македоније се може се квалификовати као колективно протеривање странаца.

483 Београдски центар за људска права, *Право на азил у Републици Србији* 2016, Београд, 2017, стр. 28-29, доступно на <http://www.bgcentar.org.rs/bgcentar/wp-content/uploads/2017/03/Pravo-na-azil-u-Republici-Srbiji-2016-FINAL-za-stampu.pdf>.

484 Београдски центар за људска права, *Право на азил у Републици Србији* 2016, стр. 29.

485 Београдски центар за људска права, *Право на азил у Републици Србији* 2015, Београд, 2016, стр. 44, доступно на http://azil.rs/azil_novi/wp-content/uploads/2016/12/Azil-2016-SRP.pdf, приступљено 14. новембра 2017. године.

486 „Изјаве омбудсмана Србије и Македоније након обиласка прелаза на српско-македонској граници“, 7. децембар 2015. године, доступно на <http://www.ombudsman.rs/index.php/2011-12-25-10-17-15/2011-12-26-10-05-05/4465-2015-12-07-14-22-40>.

■ Препоруке Комитета за људска права и Комитета против мучења у вези са колективним протеривањем у Србији

Проблем колективног протеривања странаца у Републици Србији био је предмет разматрања уговорних тела Уједињених нација кроз механизам периодичног извештавања.

Комитет против мучења је у Закључним запажањима о Другом периодичном извештају Републике Србије изразио забринутост због спровођења поступака присилног враћања, као и информација да су странци који су враћени из Мађарске у Србију подвргавају присилном враћању у БЈРМ, без делотворних процесних гаранција да ће им бити омогућен приступ правним лековима против такве одлуке, без бесплатне правне помоћи или услуга превођења. Комитет је препоручио да Србија успостави формални механизам за надгледање граница у сарадњи са УНХЦР-ом и невладиним организацијама,⁴⁸⁷ чиме би се значајно смањили ризици од кршења међународних стандарда заштите људских права не само тражилаца азила већ и других категорија миграната.

Комитет за људска права је разматрао Трећи периодични извештај Републике Србије о примени Међународног пакта о грађанским и политичким правима. Комитет је у Закључним запажањима изразио забринутост у погледу поступка евидентирања, саслушања и издавања докумената тражиоцима азила, као и пријављених случајева одбијања приступа територији Србије и поступку азила, колективних и насилних протеривања странаца.⁴⁸⁸ У својим закључним запажањима, Комитет је препоручио Републици Србији да обезбеди приступ формалним процедурама за добијање азила на свим граничним прелазима, нарочито на међународним аеродромима и у транзитним зонама. Комитет од Србије захтева да сви захтеви за азил буду размотрени брзо и на индивидуалној основи, уз пуно поштовање начела забране протеривања, као и да се против одбијајућих одлука омогући употреба правног средства са суспензивним дејством. Од Србије се чак изричито захтева да се њени органи уздрже од колективног протеривања странаца и да обезбеди објективну процену нивоа заштите приликом враћања странаца у сигурне треће земље.⁴⁸⁹

487 Комитет против мучења, Закључна запажања о другом периодичном извештају Републике Србије (*Concluding observations on the second periodic report of Serbia*), CAT/C/SRB/CO/2, 12. мај 2015, став 15, доступна на http://www.ljudskaprava.gov.rs/sites/default/files/dokument_file/zakljucna_zapazanja_komiteta_povodom_razmatranja_drugog_periodicnog_izvestaja.pdf.

488 Комитет за људска права, Закључна запажања о трећем периодичном извештају Републике Србије (*Concluding observations on the third periodic report of Serbia*), CCPR/C/SRB/CO/3, 10. април 2017, став 32, доступан на http://www.ljudskaprava.gov.rs/sites/default/files/dokument_file/zakljucna_zapazanja_komitetaaccpr_c_srb_co_3_27019_e_srp.pdf.

489 *Ibid.*, став 33.

