



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 - ПОГЛЕД ИЗБЛИЗА НА НЕКА
КОНКРЕТНА ПИТАЊА



British Embassy
Belgrade



International Organization for Migration (IOM)
The UN Migration Agency

ПРИРУЧНИК
О МЕЂУНАРОДНИМ
И ЕВРОПСКИМ СТАНДАРДИМА
У ОБЛАСТИ АЗИЛА И МИГРАЦИЈА –
ПОГЛЕД ИЗБЛИЗА НА НЕКА КОНКРЕТНА ПИТАЊА

ПРИРУЧНИК
О МЕЂУНАРОДНИМ
И ЕВРОПСКИМ СТАНДАРДИМА
У ОБЛАСТИ АЗИЛА И МИГРАЦИЈА –
ПОГЛЕД ИЗБЛИЗА НА НЕКА КОНКРЕТНА ПИТАЊА

Уредник:

Biljana Braithwaite, програмски менаџер за Западни Балкан, АИРЕ Центар

Аутори:

Nuala Mole, оснивач и виши правни саветник, АИРЕ Центар

Ивана Крстић, професор, Правни факултет, Универзитет у Београду

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

Бојана Чучковић, ванредни професор, 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 кроз пројекат Подршка јачању система управљања миграцијама и азилом у Србији – фаза 2, коју спроводи Међународна организација за миграције (ИОМ). Ставови изнесени у овој публикацији, међутим, не одражавају нужно став ИОМ-а, нити званичну политику Владе Уједињеног Краљевства."



САДРЖАЈ

УВОД.....	13
ПОГЛАВЉЕ I: ЈЕМСТВА ЗА ПРИСТУП ТЕРИТОРИЈИ УЗ ПОСЕБАН ОСВРТ НА ГРАНИЧНИ И УБРЗАНИ ПОСТУПАК	
ПРЕДГОВОР.....	17
1. ОСНОВИ ПРАВА ПРИСТУПА ТЕРИТОРИЈИ ДРЖАВЕ РАДИ ТРАЖЕЊА ЗАШТИТЕ ПРЕМА ПРАВУ ЕУ И СУДСКОЈ ПРАКСИ ЕКЉП	17
1.1 Увод у релевантна начела и инструменте права ЕУ.....	19
1.1.1 Увод у изворе права ЕУ о међународној заштити	19
1.1.2 Сажетак главних начела права ЕУ (примарног и секундарног) значајних за право приступа територији земље чланице ради подношења захтева за међународну заштиту	21
1.2. Увод у главна питања везана за приступ територији, приступ подношењу захтева за азил и за одговарајуће механизме заштите у убрзаној и пограничној процедури сагласно Европском праву и судској пракси	23
2. ОКВИР ПРОЦЕСНИХ И СУШТИНСКИХ ЈЕМСТАВА КОЈА ВАЖЕ ЗА ТРАЖИОЦЕ АЗИЛА У КОНТЕКСТУ ПОГРАНИЧНЕ ИЛИ УБРЗАНЕ ПРОЦЕДУРЕ И У ДРУГИМ ОКОЛНОСТИМА КОЈЕ ПОДРАЗУМЕВАЈУ ПРЕЛАЗАК ГРАНИЦЕ	25
2.1 Стандарди и јемства ЕКЉП онако како су се развијали кроз судску праксу	25
2.2 Стандарди и јемства према праву ЕУ	25
2.2.1 Измењена Директива ЕУ о заједничким поступцима за признавање азила	25
2.2.2 Директива о враћању ЕУ	27
3. СИТУАЦИЈЕ У КОЈИМА МОЖЕ БИТИ ПРЕКРШЕНО ПРАВО ТРАЖИОЦА АЗИЛА НА ПРИСТУП ТЕРИТОРИЈИ ДРЖАВЕ РАДИ ТРАЖЕЊА ЗАШТИТЕ И ЛЕГИТИМНОСТ ТАКВИХ КРШЕЊА САГЛАСНО ПРАВНИМ ИНСТРУМЕНТИМА ЕКЉП И ПРАВУ ЕУ	28
3.1 Заушљавање на граничним прелазима и приступ поступку подношења захтева за азил	28
3.1.1 Мере пограничне контроле и приступ тражилаца азила датом територији	28
3.1.1.1 Одредбе према Законик у шенгенским границама	28
3.1.1.1.1 Улога граничних службеника у идентификовању потреба за заштитом.....	29
3.1.2 Стандарди према ЕКЉП	31
3.1.2.1 Операције контроле копнене границе	31
3.1.2.2 Операције контроле границе на бродовима/поморској граници	32
3.1.2.3 Понашање граничних службеника и позитивне обавезе	33
3.2 Поступање на граници и разматрање захтева за азил у убрзаном поступку	34
3.2.1 Убрзани поступци (члан 31. став 8. измењене Директиве о заједничким поступцима за признавање азила)	35
3.2.2 Поступање на граници (члан 43. измењене Директиве о заједничким поступцима за признавање азила)	36
3.3 Међународне транзитне зоне.....	37
3.3.1 Према Директиви ЕУ о заједничким поступцима за признавање азила	37
3.3.2 Према ЕКЉП	37
3.3.2.1 Смештај у транзитном простору као притвор према члану 5. ЕКЉП	39
3.3.2.2 Питања по основу члана 3.	40
3.3.2.3 Ризици према члановима 3. и 13. услед непостојања процесних правних лекова помоћу којих би се могло оспорити смештање у транзитну зону или материјални услови које лица морају да трпе у том простору	42

3.4	Неформално удаљење (<i>push-back</i>) с границе (на копну, у ваздуху и на мору) и забрана уласка	42
3.4.1	ЕКЉП	42
3.4.1.1	Неформално удаљење с копнених граница	43
3.4.1.2	Неформално удаљење на мору	44
3.4.1.3	Забрана уласка путем конфинације	45
3.4.1.4	Забрана искрцавања	46
4.	ПРИСТУП ТЕРИТОРИЈИ И ПРОЦЕДУРАМА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ	47
4.1	Прелазак државне границе	47
4.2	Гранична провера	48
4.3	Улазак на територију	49

**ПОГЛАВЉЕ II:
ЛИШЕЊЕ СЛОБОДЕ И ОГРАНИЧЕЊА СЛОБОДЕ КРЕТАЊА ПРЕМА ЕКЉП
И ДРУГИМ МЕЂУНАРОДНИМ ИНСТРУМЕНТИМА ИЗ ОБЛАСТИ ЗАШТИТЕ ЉУДСКИХ ПРАВА**

	УВОД	55
1.	ЛИШЕЊЕ СЛОБОДЕ И ОГРАНИЧЕЊЕ СЛОБОДЕ КРЕТАЊА	56
1.1	Општа начела према ЕКЉП — лишење слободе према ограничењу кретања	56
1.2	Европски комитет за спречавање мучења и нечовечног или понижавајућег поступања или кажњавања	59
1.3	Међународни стандарди које су утврдила тела Уједињених нација	61
2.	ТРАЖИОЦИ АЗИЛА У ПРИТВОРУ	63
2.1	Женевска конвенција у УНХЦР	64
2.2	Став према ЕКЉП онако како га је разрадио ЕСЉП	66
2.3	Став Комитета министара Савета Европе	67
2.4	Став ЕУ	68
2.4.1	Одређивање притвора у случајевима у којима се ради о тражиоцима азила и лицима која су изразила потребу за међународном заштитом	68
2.4.2	Директива о враћању	69
3.	ШТА ПРЕДСТАВЉА НЕЗАКОНИТ ПРИТВОР МИГРАНАТА И ТРАЖИЛАЦА АЗИЛА У СМISЛУ ЕКЉП?	70
3.1	Места и врсте притвора и ограничење кретања у међународним миграцијама	70
3.2	Врсте притвора	72
3.2.1	Притвор ради спречавања неовлашћеног уласка и притвор ради процене статуса странаца	72
3.2.1.1	Притвор у транзитним зонама	73
3.2.1.1.1	Надлежност државе у транзитним зонама	73
3.2.1.1.2	На аеродромима	73
3.2.1.1.3	Могућност да се напусти транзитна зона	77
3.2.1.1.4	Задржавање у наменски изграђеним транзитним зонама на државној граници	78
3.2.1.2	Задржавање у полицијском притвору	79
3.2.1.3	Задржавање на бродовима	81
3.2.1.4	Задржавање тражиоца азила у центру за имиграциони притвор по хитном поступку, одмах пошто је ушао на територију	81
3.2.1.5	Задржавање тражилаца азила у „затвореним“ прихватним центрима	83
3.2.2	Притвор у циљу депортације или враћања	84
3.2.2.1	Тражиоци азила и лица с посебним потребама у притвору до депортације	85
3.2.2.2	Стандарди и јемства у притвору до депортације према ЕКЉП	86



4.	ЗАКОНИТОСТ И НЕПРОИЗВОЉНОСТ ПРИТВОРА ПРЕМА ЕКЉП	91
4.1	Јасан основ у унутрашњем праву.....	91
4.2	Непроизвољност.....	92
4.2.1	„Спроведено у доброј вери“.....	93
4.2.2	Дужина притвора	94
4.2.3	Постојање остварљивих и у мањој мери рестриктивних алтернатива за постизање дате сврхе	95
4.2.4	Примереност услова притвора према ЕКЉП.....	96
4.2.4.1	Недовољност и непримереност мера прихвата	97
4.2.4.2	Потреба да се мере прихвата прилагоде индивидуалним околностима тражилаца азила	97
4.2.4.3	Притвор као понижавајуће поступање.....	98
4.2.4.4	Потребе у погледу прихвата миграната и тражилаца азила који су посебно угрожени	100
4.2.4.5	Специфичан положај деце и породица које траже азил	101
4.2.4.6	Питања физичког и менталног здравља	104
5.	ПРОЦЕСНА ЈЕМСТВА У КОНТЕКСТУ ПРИТВОРА – ПРАВО ТРАЖИОЦА АЗИЛА ДА БУДЕ ОБАВЕШТЕН И ПРАВО ДА ПОКРЕНЕ ПОСТУПАК ЗА ИСПИТИВАЊЕ ЗАКОНИТОСТИ МЕРЕ ПРИТВОРА САГЛАСНО ЧЛАНУ 5. СТАВ 2. И СТАВ 4. ЕКЉП	105
5.1	Члан 5. став 2.	106
5.2	Члан 5. став 4.	107
6.	ЛИШЕЊЕ СЛОБОДЕ СХОДНО ЧЛАНУ 5 ЕКЉП И ОГРАНИЧЕЊА СЛОБОДЕ КРЕТАЊА СХОДНО ЧЛАНУ 2 ПРОТОКОЛА БРОЈ 4 УЗ ЕКЉП	108
6.1.	Однос између слободе и ограничења слободе кретања и значај квалификације у домаћем правном оквиру	108
6.2.	Уставне гаранције	109
6.2.1.	Уставне гаранције у вези са лишењем слободе	109
6.2.2.	Устав гарантује у вези са ограничењем слободе кретања	110
6.3.	Ограничење слободе кретања и лишење слободе према прописима о странцима и тражиоцима азила	110
6.3.1.	Ограничење слободе кретања миграната и тражилаца азила	111
6.3.1.1.	Ограничење слободе кретања миграната	111
6.3.1.2.	Ограничење слободе кретања тражилаца азила	111
6.3.2.	Лишење слободе миграната и тражилаца азила	114
6.3.2.1.	Опште гаранције које произилазе из кривичних закона и закона о прекршajима.....	114
6.3.2.1.1.	Лишење слободе због недозвољеног преласка државне границе.....	114
6.3.2.1.2.	Минималне процесне и материјалне гаранције предвиђене закоником о кривичном поступку и законом о прекршajима.....	115
6.3.2.2.	Разлози за лишавање слободе миграната	116
6.3.2.2.1.	Лишење слободе ради спречавања незаконитог уласка у земљу.....	116
6.3.2.2.2.	Лишење слободе до екстрадиције	116
6.3.2.2.3.	Задржавање у просторијама надлежног органа због утврђивања идентитета	117
6.3.2.2.4.	Задржавање у просторијама надлежног органа за обезбеђење принудног удаљења	118
6.3.2.2.5.	Боравак у Прихватилишту за странце	118
6.3.2.3.	Разлози за лишење слободе тражилаца азила	121
6.4.	Угрожене категорије лица	122
6.5.	Боравак у међународним транзитним зонама и на аеродрому.....	124

**ПОГЛАВЉЕ III:
СПАЈАЊЕ ПОРОДИЦЕ СХОДНО ЧЛАНУ 8. ЕКЉП И ДРУГИМ ИНСТРУМЕНТИМА**

УВОД.....	127
1. ОПШТА НАЧЕЛА НА КОЈИМА ПОЧИВА ПРАВО НА СПАЈАЊЕ ПОРОДИЦЕ У МЕЂУНАРОДНОМ И РЕГИОНАЛНОМ ПРАВУ ЉУДСКИХ ПРАВА.....	127
1.1 Заштита породице као ентитета.....	127
1.2 Чланови породице у смислу спајања породице и неки процесни и суштински стандарди у вези с поновним успостављањем породичних веза у контексту миграција	129
1.2.1 Међународни стандарди	129
1.2.2 Регионални стандарди.....	131
1.2.2.1 Савет Европе.....	131
1.2.2.2 Правни стандарди ЕУ	132
1.2.2.2.1 Спајање породице у другим инструментима ЕУ.....	135
1.3 Општа начела заштите права на спајање породица избеглица	138
1.3.1 Посебан положај раздвојене деце миграната у раздвојеним породицама.....	140
1.3.1.1 Међународни стандарди	140
1.3.2 Спајање породица миграната и тражилаца азила: стандарди заштите ЕКЉП и судска пракса ЕСЉП	142
1.3.2.1 Уводни појмови и породични живот према ЕКЉП.....	142
1.3.2.2 Општа начела и тест које ЕСЉП примењује у предметима у којима се ради о спајању породице	145
1.3.2.2.1 Добровољно заснивање нове породице у земљи и намера да се тежи спајању породице	147
1.3.2.2.2. Препреке за уживање породичног живота другде – приступ ЕСЉП који се развија.....	150
1.3.2.2.3. Присуство деце.....	152
1.3.2.2.4. Забрана дискриминације.....	156
2. СПЕЦИФИЧНА ПИТАЊА У ПРЕДМЕТИМА У КОЈИМА СЕ РАДИ О ИЗБЕГЛИЦАМА И ЛИЦИМА КОЈА СУ ПОДНЕЛА ЗАХТЕВ ЗА МЕЂУНАРОДНУ ЗАШТИТУ И ТРАЖЕ СПАЈАЊЕ ПОРОДИЦЕ	157
2.1 Хитност.....	158
2.2 Тешкоће у прибављању документације која сведочи о породичним везама и у томе како домаће власти прихватају валидност те документације.....	160
2.3 Породичне везе успостављене ван земље порекла	162
2.4 У избегличким предметима није значајно да ли је одлазак био „добровољан“	163
3. СТАНДАРДИ И НАЧЕЛА ИЗ СУДСКЕ ПРАКСЕ КОМИТЕТА УН ЗА ЉУДСКА ПРАВА У ОБЛАСТИ СПАЈАЊА ПОРОДИЦЕ МИГРАНАТА И ТРАЖИЛАЦА АЗИЛА	165
4. РЕЛЕВАНТНА СУДСКА ПРАКСА СПЕУ У ПРЕДМЕТИМА КОЈИ СЕ ОДНОСЕ НА СПАЈАЊЕ ПОРОДИЦЕ – СПЕЦИФИЧНА ПИТАЊА	168
4.1 Деца и спајање породица у јуриспруденцији СПЕУ	168
4.2 Захтев у погледу „ресурса“	170
4.3 Захтев да члан породице уложи напоре у погледу интеграције у земљ и у којој се остварује спајање породице.....	170
4.4 Предмети у којима се ради о зависности	171
5. СПАЈАЊЕ ПОРОДИЦЕ СХОДНО ЧЛАНУ 8. ЕКЉП.....	172
5.1. Право на поштовање породичног живота и посебна заштита породице.....	172
5.1.1 Устав Републике Србије	172
5.1.2. Породични закон Републике Србије	172

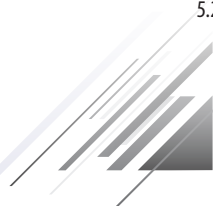


5.2. Спајање породице	172
5.2.1 Закон о странцима	173
5.2.1.1. Привремени боравак.....	173
5.2.1.1.1. Привремени боравак по основу спајања породице.....	173
5.2.1.1.2. Привремени боравак за чланове породице странца коме је одобрен азил	175
5.2.1.1.3. Привремени боравак из хуманитарних разлога.....	176
5.2.1.1.4. Привремени боравак странца за ког се претпоставља да је жртва трговине људима.....	176
5.2.1.1.5. Поступак по захтеву за привремени боравак	176
5.2.1.1.5.1. Начела поступка по захтеву за привремени боравак.....	177
5.2.1.1.5.2. Подношење захтева за привремени боравак.....	177
5.2.1.1.5.3. Трајање привременог боравака.....	177
5.2.1.1.5.4. Одбијање захтева за привремени боравак.....	177
5.2.1.2. Самостални боравак	178
5.2.1.3. Стално настањење у посебним случајевима	178
5.2.2. Закон о азилу и привременој заштити.....	179
5.2.2.1. Начело јединства породице	179
5.2.2.2. Појам породице	179
5.2.2.3. Право на спајање породице	180
5.2.2.3.1. Право на спајање породице лица коме је одобрен азил	180
5.2.2.3.2. Посебна права малолетног лица без пратње коме је одобрен азил	181
5.2.2.3.3. Право на спајање породице лица коме је одобрена привремена заштита.....	181
5.3. Раздвајање породице услед враћања и принудног удаљења.....	181
5.3.1. Значај начела јединства породице у поступку враћања	181
5.3.2. Значај начела јединства породице за одлагање принудног удаљења	182

ПОГЛАВЉЕ IV: ЗАШТИТА ПОСЕБНИХ ГРУПА

1. ИДЕНТИФИКАЦИЈА ЖРТАВА ТРГОВИНЕ ЉУДИМА ТОКОМ ПОСТУПКА ДОДЕЛЕ АЗИЛА	185
1.1 Правни инструменти који су специјализовани за трговину људима	187
1.1.1 Међународни ниво.....	187
1.1.2 Регионални ниво	187
1.1.2.1 Конвенција Савета Европе о борби против трговине људима.....	187
1.1.2.2 ЕКЉП.....	188
1.1.2.3 Европска социјална повеља и заштита деце која су жртве трговине људима	192
1.1.3 Ниво ЕУ.....	194
1.2 Инструменти којима се изричито уређује положај тражилаца азила који су жртве трговине људима.....	194
1.2.1 Ниво ЕУ.....	195
1.2.2 „Меко право“.....	196
2. ДЕЦА У ПОЛОЖАЈУ МИГРАНАТА, ТРАЖИЛАЦА АЗИЛА И ЖРТАВА ТРГОВИНЕ ЉУДИМА.....	198
2.1 Увод.....	198
2.2 Међународни правни стандарди и поступци који се примењују на децу тражиоце азила.....	199
2.2.1 Конвенција УН о правима детета и судска пракса Комитета УН за права детета у случајевима у којима се радило о деци мигрантима и деци тражиоцима азила	199
2.2.1.1 Начела специфична за децу мигранте	200

2.2.1.2	Релевантне одредбе	201
2.2.1.3	Релевантни општи коментари Комитета за права детета	203
2.2.1.4	Судска пракса Комитета за права детета у случајевима у којима се радило о деци мигрантима	206
2.3	Регионални оквир за заштиту деце миграната	208
2.3.1	Заштита деце миграната и избеглица у оквиру ЕКЉП и ЕСЉП	208
2.3.1.1	Повреде члана 3. у разним ситуацијама у којима се појављују деца тражиоци азила и мигранти	210
2.3.1.1.1	Контекст „даблинских трансфера“ у земље које немају адекватне стандарде за децу	210
2.3.1.1.2	Услови и дужина притвора који доводе до нечовечног и понижавајућег поступања	212
2.3.1.2	Повреда аспекта члана 5: законитост притвора деце миграната, процена расположивих алтернатива и приступ правним лековима	213
2.3.1.3	Поступци за процену узраста	216
2.3.1.4	Када постоје ризици од експлоатације/трговине људима	216
2.3.1.5	Приступ образовању	217
2.3.2	Релевантни стандарди права ЕУ	218
2.3.2.1	Повеља о основним правима у ЕУ	218
2.3.2.2	Секундарно законодавство о азилу	219
2.3.2.2.1	Заступање и старатељство	219
2.3.2.2.2	Посебна јемства током поступка признања азила	220
2.3.2.2.3	Помоћ, услови прихвата и приступ услугама служби за интеграцију	221
2.3.2.2.4	Деца жртве трговине људима	222
3.	ТВРДЊЕ О РОДНО ЗАСНОВАНОЈ ПОВРЕДИ ПРАВА, РОДНО СПЕЦИФИЧНИ ПРОГОНИ И ЗАШТИТА ТРАЖИЛАЦА АЗИЛА ИЗ РЕДА <i>LGBTI+</i>	223
3.1	Релевантност родно заснованих питања у контексту азила	224
3.2	Међународна сфера – кључни инструменти и референтна судска пракса	225
3.3	Регионални ниво	225
3.3.1	Инструменти Савета Европе (осим ЕКЉП)	225
3.3.1.1	Питања рода у међународним захтевима за азил	226
3.3.1.2	Родно засновано насиље и прогон	228
3.3.1.3	Процесна и супстанцијална јемства која се признају код родно заснованих захтева за азил и у случајевима на које битно утичу питања у вези с родном припадношћу	229
3.3.1.4	Захтеви за азил <i>LGBTI+</i>	230
3.3.2	Став ЕСЉП о родно заснованим захтевима и захтевима <i>LGBTI+</i> тражилаца азила	233
3.3.2.1	Приступ ЕСЉП родно заснованом прогону и/или родно специфичним облицима насиља и злостављања у предметима који се односе на азил	234
3.3.2.2	ЕСЉП примењује специфична мерила на захтеве за азил које подносе припадници <i>LGBTI+</i> популације	236
4.	ЗАШТИТА ОСТАЛИХ РАЊИВИХ ГРУПА У ПОСТУПКУ ДОДЕЛЕ АЗИЛА (ЛИЦЕ СА ИНВАЛИДИТЕТОМ, ЖРТВЕ МУЧЕЊА, СТАРИЈА ЛИЦА)	241
4.1	Тражиоци азила са инвалидитетом	241
5.	ЗАШТИТА ПОСЕБНИХ ГРУПА МИГРАНАТА	243
5.1	Устав Републике Србије	243
5.2	Законски оквири	243
5.2.1	Општи антидискриминациони закон	243



5.2.2. Специфични закони који се односе на тражиоце азила и мигранте	244
5.2.2.1 Закон о азилу и привременој заштити	244
5.2.2.2. Закон о странцима	246
5.3. Посебно заштићене категорије тражилаца азила и миграната	246
5.3.1. Деца	246
5.3.2. Деца без пратње	247
5.3.3. Жртве родно заснованог насиља	250
5.3.4. Жртве трговине људима	252
5.3.5. ЛГБТИ тражиоци азила	255

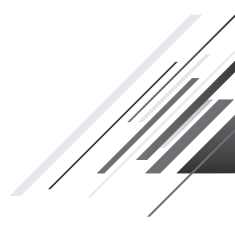
ПОГЛАВЉЕ V:

ПРОЦЕСНА ЈЕМСТВА И ПРАВО НА ДЕЛОТВОРАН ПРАВНИ ЛЕК У СЛУЧАЈЕВИМА ПРОТЕРИВАЊА

1. НАЧЕЛА МЕЂУНАРОДНОГ И РЕГИОНАЛНОГ ПРАВА О ПРАВНИМ ЛЕКОВИМА ЗА ОСПОРАВАЊЕ ОДЛУКА О ВРАЋАЊУ	259
1.1 Међународни пакт о грађанским и политичким правима и општи коментари уз њега	259
1.2 Стандарди права Европске уније	260
1.3 Инструменти „меког права“ Савета Европе (осим ЕКЉП)	261
1.4 Стандарди и судска пракса према ЕКЉП	262
1.4.1 Облик правног лека и власти којима је он поверен	265
1.4.2 „Обим“ делотворног правног лека према ЕКЉП	265
1.4.3 Приступачност правног лека	266
1.4.4 Делотворно „у пракси и праву“	267
2. СПЕЦИФИЧНИ СТАНДАРДИ И ОБЗИРИ КОЈИ СЕ ПРИМЕЊУЈУ НА ДЕЛОТВОРНЕ ПРАВНЕ ЛЕКОВЕ ПРОТИВ РЕШЕЊА О ВРАЋАЊУ ИЛИ УДАЉЕЊУ СТРАНАЦА	268
2.1 Општа начела	268
2.2 Шта се сматра „враћањем“ у смислу ЕКЉП за сврхе члана 13.	269
2.2.1 Решења о забрани уласка (Хлаифија и други против Италије)	269
2.2.2 Пресретање и спречавање уласка на територију (<i>push-backs</i>) (<i>Хирши Џама и други против Италије</i> [Велико веће])	269
2.2.3 Спречавање уласка на копненој граници / у транзитним зонама на аеродрому (<i>Гебремедин против Француске</i>)	270
2.2.4 „Даблински трансфери“ у државу чланицу која се сматра надлежном (<i>М. С. С. против Белгије и Грчке</i>)	270
2.3 Карактеристике које правни лек треба да има како би се могао сматрати делотворним у ситуацији у којој постоје опасности по члану 2. и 3.	271
2.3.1 Право на делотворни правни лек против одлука о враћању услед којих се отвара опасност од повреде чланова 2. и 3.	272
2.3.2 Правни лек са аутоматским суспензивним дејством	274
2.3.3 Независни и ригорозни надзор	278
2.3.4 У контексту убрзаног поступка доделе азила	278
2.4 Право на делотворни правни лек у контексту колективног протеривања према члану 4. Протокола бр. 4	279
3. ПРАВИЛА О ПРОЦЕНИ ТВРДЊИ ПОДНОСИОЦА ЗАХТЕВА И ИНДИВИДУАЛНИМ ПРОЦЕСНИМ ЈЕМСТВИМА КОЈА УТИЧУ НА ПРИСТУП ДЕЛОТВОРНОМ ПРАВНОМ ЛЕКУ У КОНТЕКСТУ РЕШЕЊА О ВРАЋАЊУ (УКЉУЧУЈУЋИ ТРАНСФЕРЕ ПО „ДАБЛИНСКОЈ УРЕДБИ“)	283
3.1 Одговарајући рокови	284

3.2	Дужност подносиоца представке да поткрепи тврдње о ризику	285
3.3	Процена ризика ex nunc и ex tunc	286
3.4	Ефективни изгледи да се побије претпоставка да је земља сигурна	287
3.5	Материјални докази	288
3.6	Дипломатске гаранције	288
3.7	Индивидуална процесна јемства	292
3.7.1	Право на добијање информација ради делотворног изјављивања правног лека	292
3.7.2	Правна помоћ	293
3.7.3	Помоћ у виду превобеза	293
4.	ПРОЦЕСНЕ ГАРАНТИЈЕ И ПРАВО НА ДЕЛОТВОРНО ПРАВНО СРЕДСТВО У ПРЕДМЕТИМА КОЈИ СЕ ОДНОСЕ НА ПРОТЕРИВАЊЕ	294
4.1	Устав Републике Србије	294
4.2	Закон о азилу и привременој заштити	295
4.2.1	Право на жалбу против првостепене одлуке у поступку азила	295
4.2.2	Право на жалбу у убрзаном поступку	295
4.2.3	Право на жалбу у случају када се поступак за азил води на граници или у транзитном простору	296
4.2.4	Право на жалбу против одлуке о одбацивању захтева за азил	296
4.2.5	Право на преиспитивање околности удаљења у светлу личних околности тражиоца азила и услова у земљи у коју се особа враћа	297
4.2.6	Право на судску заштиту у поступку азила	299
4.3	Закон о странцима	299
4.3.1	Право на правно средство против одлуке о одбијању уласка	300
4.3.2	Право на правно средство против решења о престанку привременог боравка	300
4.3.3	Право на правно средство против решења о престанку права на стално настањење	301
4.3.4	Право на правно средство против решења о враћању	301
4.3.5	Право на правно средство у случају принудног удаљења и одлагања принудног удаљења	301
4.4	Право на делотворно правно средство у случају изручења које се врши у складу с одредбама Закона о међународној правој помоћи у кривичним стварима	303





ПРИРУЧНИК О МЕЂУНАРОДНИМ И ЕВРОПСКИМ СТАНДАРДИМА У ОБЛАСТИ АЗИЛА И МИГРАЦИЈА

Детаљније разматрање конкретних питања представља значајан допринос даљем унапређивању система азила у Србији. У њему се разматрају стандарди 3 законска оквира у области азила и миграција у Европи: оквир успостављен у државама чланицама Савета Европе, Европска конвенција о људским правима и основним слободама, која је пак оквир правних тековина ЕУ у области азила, односно скупа правила ЕУ која утврђују заједничке високе стандарде држава чланица ЕУ, и коначно, национални правни оквир који је недавно ревидиран и приближен стандардима правних тековина ЕУ у области азила. Заштита избеглица је и даље утемељена на Конвенцији о статусу избеглица из 1951. године, којом се утврђују главни међународни стандарди заштите избеглица и стога је она саставни део законодавства ЕУ као и домаћег правног оквира Србије.

Приручник даје добар преглед закона и праксе Европског суда за људска права, чија је судска пракса директно примењива на Србију као државу потписницу Европске конвенције о људским правима и основним слободама и стога је релевантна за све правне стручњаке који у свом раду примењују законе којим се регулишу питања азила и избеглица. Осим тога, у Приручнику се дају објашњења правних тековина ЕУ у области азила. Иако ова регулатива још увек није примењива у Србији, изузетно је релевантна, јер ће српско законодавство везано за азил морати да буде у потпуности усклађено са нормама ЕУ законодавства о азилу пре уласка Србије у ЕУ. Због тога је даљи развој система азила интегрални део процеса приступања Србије ЕУ и укључен је у Акциони план за преговоре Србије и ЕУ у оквиру поглавља 24. Сходно томе, неопходно је да правни стручњаци који раде у овој области поседују солидно познавање релевантног права ЕУ, као и трендова за даљи развој стандарда ЕУ у овој области. У том смислу, Приручник обрађује и праксу Суда правде ЕУ, што осигурава уједначену примену права ЕУ.

Овај приручник представља правовремено и релевантно средство за све правнике у Србији који се баве питањима азила и миграција у Србији, тиме што добро повезује локални контекст с релевантним стандардима Европске уније и Савета Европе у овим областима.

John Andrew Young (Џон Ендру Јанг),

Шеф службе за заштиту избеглица, UNHCR Београд



Током протеклих неколико година „избегличка криза“ је довела земље у европском региону пред тест на више нивоа, стављајући на пробу њихову способност да пружи одговарајућу помоћ великом броју појединаца с различитим потребама за заштитом. Услед миграционих путева у Европи, чија слика се брзо мења, земље балканског региона све се више суочавају са изазовима које доносе масовне миграције.

Овај приручник, који следи после прве публикације посвећене тој теми, има за циљ пружање помоћи и обучавање субјеката одлучивања и оних који се у пракси баве тим питањима у Републици Србији да процене случајеве међународне заштите на начин који је у складу с преовлађујућим међународним и европским стандардима људских права, како су ти стандарди развијени према релевантним инструментима и судској пракси специјализованих органа, уз посебно тежиште на Европску конвенцију за заштиту људских права (ЕКЉП) и њен судски орган (Европски суд за људска права – ЕСЉП).

У ранијем издању овог приручника, који је био пропраћен и онлајн курсом, представљени су основни инструменти и стандарди којима се уређује међународна заштита и размотрена су кључна питања и механизми заштите. Ту спада право азиланата да буду заштићени од сваког мучења и нечовечног или понижавајућег поступања, забрана да се враћају лица која би се могла суочити са опасностима ако би била протерана (*refoulement*), концепт „сигурне земље“ и забрана колективног протеривања.

Настављајући да се даље гради на темељима које је поставило његово претходно издање, овај приручник се бави неким конкретним питањима која спадају у домен азилантског и миграционог права, пружајући детаљну анализу подручја која су посебно релевантна за српски контекст. Ту спадају правила и стандарди који се примењују у убрзаним и прекограничним азилним поступцима, специјални механизми заштите који стоје на располагању рањивим категоријама тражилаца азила (деца и деца без пратње, жртве мучења, жртве родно заснованог насиља, између осталог припадници ЛГБТИ), притвор, протеривање и спајање породице. У завршном делу сваког поглавља износимо општи преглед српског законодавства и домаћих стандарда који се примењују на ово питање.

Као и прво издање, и ово издање овог приручника је пропраћено онлајн курсом, у коме је садржај свих поглавља Приручника презентираан на начин који читаоцима омогућује да га лако и једноставно користе, уз тестове везане за сваког поглавље.





ПОГЛАВЉЕ

ЈЕМСТВА ЗА ПРИСТУП
ТЕРИТОРИЈИ УЗ ПОСЕБАН
ОСВРТ НА ГРАНИЧНИ И
УБРЗАНИ ПОСТУПАК

ПРЕДГОВОР

Суштински је важно обезбедити лицима која су тражиоци азила да приступе територији државе, како би у пракси уживали делотворно право да траже заштиту, а тиме им била призната права која су гарантована законом.

Нажалост, способност тражилаца азила и миграната који имају потребу за међународном заштитом да приступе територији неке државе понекад ометају **физичке, административне или законске препреке**. Те препреке настају оснивањем транзитних зона и граничних прелаза, постављањем ограда и других физичких препрека с једне стране, уз репресивно присилно удаљење с границе и политику и праксу да се та лица враћају и не прихватају, с друге стране. Образложење за та ограничења изводи се из **права држава да контролишу ко улази на њихову територију**, што се често проширује ван допуштених оквира како би се помоћу тог права спречили и контролисани миграциони приливи, науштрб права појединаца којима је заштита потребна. У овом поглављу испитујемо начело и механизме заштите који важе за мигранте који желе да ступе на територију неке државе, као и ограничења с којима се државе суочавају и позитивне обавезе које оне имају.



1. ОСНОВИ ПРАВА ПРИСТУПА ТЕРИТОРИЈИ ДРЖАВЕ РАДИ ТРАЖЕЊА ЗАШТИТЕ ПРЕМА ПРАВУ ЕУ И СУДСКОЈ ПРАКСИ ЕСЉП

Могућност физичког приступа територији неке државе и потоњег коришћења процедура за тражење међународне заштите суштински је важна како би се обезбедила практична и делотворна природа јемстава која су призната тражиоцима азила сагласно унутрашњем, европском и међународном праву. Приступ територији неке државе омогућује лицима која траже међународну заштиту да приђу надлежним органима те државе и предоче им своје захтеве и аргументацију којом ће поткрепити свој случај.

Међутим, с обзиром на све израженију тенденцију рестриктивног приступа држава миграционим кретањима, способност појединца да делотворно приступи територији неке државе често бива осујећена тако што се успостављају материјалне, административне и практичне препреке. У том смислу, вреди указати на становиште које је по том питању заузео Европски савет за избеглице и прогнанике (ECRE): препреке с којима се суочавају лица која траже међународну заштиту могу настати успостављањем *граничне контроле, изградњом ограда и транзитних зона, забраном*

уласка на државну границу или у територијалне воде, хапшењем одмах по ступању на територију, кашњењем или чак суспендовањем регистрације захтева за азил.¹ Како се путање миграција и миграционе тенденције развијају, а државе све више осећају потребу да остваре своје суверено право на заштиту сопствених граница, тако се и препреке за делотворан приступ азилу мењају и има их све више, толико да наведени списак више није исцрпан.

Прописани поступци за тражење азила могу бити само једна од многих могућих мера које су препрека странцима за приступ територији и које подривају или ограничавају њихово право на азил. Чак и када се тражиоцу азила омогући приступ територији државе, ако не постоје процесна јемстава или ако постојећа јемства нису адекватна, ако нема служби које би му пружиле информације о поступку за тражење азила и ако не постоје одговарајуће преводилачке службе или службе за правну помоћ – све то такође може негативно да се одрази на практичан приступ појединца међународној заштити.

Приступ на неку територију може бити отежан и такозваним **специјалним поступцима за тражење азила**, који, између осталог, обухватају **убрзане** и **пограничне процедуре** или **поступке за тражење азила који се воде на основу захтева поднетих у притвору**.

Убрзане и пограничне процедуре се, по правилу, спроводе у краћим роковима и требало би да се примењују само у изузетним условима, као што су ситуације у којима је миграторни притисак највећи. Иако се ти поступци разликују од редовних поступака већ због саме чињенице да трају краће и да се ослањају на мањи ниво анализе захтева, они не смеју лишити тражиоце азила свих мера безбедности ни заштитних механизма на које они имају право.

Међународно и регионално право људских права и право азила и јуриспруденција из те области уређују убрзане и/или пограничне поступке за доделу азила. Европска конвенција за заштиту људских права (ЕКЉП) представља општи инструмент људских права, а не инструмент који је специфичан за тражење азила. Конвенција сама по себи не садржи ниједну одредбу која би непосредно уређивала такве поступке. Међутим, надзорни орган који је повезан с Конвенцијом (Европски суд за људска права – ЕСЉП) процењивао је усклађеност тих поступака с Конвенцијом у једном броју конкретних предмета из области миграција и тражења азила, и на тај начин је утврдио одређене стандарде.

Насупрот томе, правом Европске уније (ЕУ) уведен је Заједнички европски систем азила (*Common European Asylum System – CEAS*) као далекосежни и мултидисциплинарни правни систем који се састоји од сложеног корпуса инструмената специфичних за азил и миграције; у том смислу **Право ЕУ** ближе утврђује садржај механизма заштите који су установљени у контексту убрзаног и пограничног поступка. Погра-

1 Европски савет за избеглице и апатриде/Европска мрежа правника у области азила, Напомена о судској пракси везаној за улазак на територију и поступак тражења азила (ECRE/ELENA Case Law Note on Access to the Territory and the Asylum Procedure), на: <http://www.asylumlawdatabase.eu/en/content/ecreelena-case-law-note-access-territory-and-asylum-procedure>

нични и убрзани поступак за тражење азила изричито се уређују измењеном Директивом о заједничким поступцима за признавање и одузимање међународне заштите (*Recast Asylum Procedures Directive – rAPD*), која ће бити представљена у даљем тексту. Међутим, права и начела на којима се заснивају ти поступци имају свој основ у примарним инструментима међународног права и такође се могу наћи у засебним, али повезаним областима права, као што су област која уређује управљање границом или питање враћања миграната који су незаконито ступили на територију државе.² Релевантни стандарди и судска пракса у тој области такође ће бити ближе објашњени у даљем тексту.

Стандарди права ЕУ релевантни су за све земље кандидате које настоје да усагласе своје право и праксу са стандардима ЕУ. С обзиром на то да право ЕУ уноси више детаља и специфичности у ту област, прво ћемо се позабавити тим режимом како бисмо пружили целовитији преглед свих питања и права која искрсавају онда када се постављају ограничења за приступ територији државе.

Право ЕКЉП и судска пракса у вези с тим питањем биће размотрени у одељку 1.2, како бисмо разјаснили степен и меру у којој су та два правна поретка повезана међу собом.

1.1 Увод у релевантна начела и инструменте права ЕУ

1.1.1 Увод у изворе права ЕУ о међународној заштити

Право ЕУ садржи веома детаљан опис процесних правила и стандарда међународне заштите, онако како су она разрађена у том аутономном корпусу права. У првом издању овог приручника детаљно смо представили хијерархију инструмената права ЕУ. Међутим, ради лакшег сналажења, вреди и овде подсетити на основне елементе. Право ЕУ је суштински изграђено на нормативној архитектури која има три нивоа: **примарно право**, **секундарно право** и **допунско право**.³

Примарно право ЕУ обухвата уговоре који леже у основи формирања ЕУ, пре свега Уговор о ЕУ (*Treaty on the EU – TEU*) и Уговор о функционисању ЕУ (*Treaty on the Functioning of the EU – TFEU*) и, откако је 1. децембра 2009. ступио на снагу Лисабонски уговор, Повељу основних права (*Charter of Fundamental Rights – CFR*).

Секундарно право ЕУ темељи се на уговорима којима се уређују посебне области секторских политика. То се одвија кроз два основна извора права: **уредбе** (законодавни инструменти који непосредно обавезују земље чланице) и **директиве** (које уводе обавезу да се постигне одређени резултат, а које морају бити транспоноване).

2 Више о режиму враћања миграната који незаконито бораве на територији неке земље у контексту ЕУ види у Директиви 2008/115/ЕЗ Европског парламента и Савета од 16. децембра 2008. о заједничким стандардима и поступцима држава чланица за враћање држављана трећих земаља с незаконитим боравком.

3 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=LEGISSUM%3A114534>

не у унутрашње право сваке земље како би произвеле дејство). Остали извори секундарног права (одлуке, мишљења и препоруке) немају упоредиву правну снагу и њихова вредност је углавном само консултативна. **Допунски извори права** обухватају судску праксу Суда правде ЕУ (СПЕУ), као и међународно право, који утичу на примену и развој права ЕУ и општих правних начела,⁴ пре свега стандарда ЕКЉП и судске праксе.

Захваљујући Лисабонском уговору, који је ступио на снагу 1. децембра 2009, мора се размотрити и **Повеља основних права ЕУ**. Институције ЕУ (као и земље чланице ЕУ) дужне су да се повинују одредбама Повеље „онда када спроводе право ЕУ“ (члан 51. Повеље):

Положај лица која траже међународну заштиту у ЕУ уређује се азилантским правним тековинама ЕУ/*acquis* (или **Заједничким европским системом азила ЗЕСА – Common European Asylum System – CEAS**), што је термин којим се означава корпус закона који се баве питањем међународне заштите сагласно праву ЕУ. Правне тековине ЕУ којима се уређује право азила примењују се – уз неке карактеристичне изузетке⁵ – на све земље чланице ЕУ, као и на оне земље нечланице које су склопиле споразуме са ЕУ о учешћу у неким сегментима правних тековина које се односе на азил.⁶ Инструменти који чине *CEAS* обухватају следеће:

- i. **Уредбу „Даблин III“**,⁷ о критеријумима којима се утврђује која је земља чланица одговорна за разматрање захтева за азил;
- ii. **Измењену квалификациону директиву**, о критеријумима на основу којих се утврђује ко има право на заштиту и шта је садржај заштите која се пружа кроз поступак за признавање азила;⁸
- iii. **Измењену директиву о заједничким поступцима за признавање азила**,⁹ о процесним правилима и механизмима заштите који се морају поштовати у обради захтева за азил;
- iv. **Директиву о условима прихвата**,¹⁰ о минималним стандардима за прихват подносилаца захтева за међународну заштиту;

4 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=LEGISSUM%3A114534>

5 Уједињено Краљевство, Ирска и Данска имају посебан статус у односу на неке од инструмената.

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

7 УРЕДБА (ЕУ) бр. 604/2013 Европског парламента и Савета од 26. јуна 2013. о утврђивању критеријума и механизма за одређивање државе чланице одговорне за разматрање захтева за међународну заштиту који је у једној од држава чланица поднео држављанин треће земље или лице без држављанства (измењена).

8 ДИРЕКТИВА САВЕТА 2004/83/ЕЗ од 29. априла 2004. о минималним стандардима за квалификацију и статус држављана треће земље или лица без држављанства као избеглица или лица којима је на други начин потребна међународна заштита, као и о садржају одобрене заштите.

9 ДИРЕКТИВА 2013/32/ЕУ Европског парламента и Савета од 26. јуна 2013. о заједничким поступцима за признавање и одузимање међународне заштите (измењена).

10 ДИРЕКТИВА 2013/33/ЕУ Европског парламента и Савета од 26. јуна 2013, којом се утврђују стандарди за прихват подносилаца захтева за међународну заштиту (измењена).

- v. Уредбе којима се оснива Европска канцеларија за подршку систему азила (*European Asylum Support Office – EASO*)¹¹ и уредба ЕУ којом се оснива база отисака прстију (*EURODAC*)¹² о централизованом регистровању отисака прстију тражилаца азила.

У овом поглављу првенствено ћемо се позивати на одредбе Измењене директиве о заједничким поступцима за признавање и одузимање међународне заштите будући да се она конкретно бави процесним механизмима заштите и захтевима који имају кључну улогу у олакшавању приступа територији одређене земље чланице у сврху подношења захтева за међународну заштиту.

1.1.2 Сажетак главних начела права ЕУ (примарног и секундарног) значајних за право приступа територији земље чланице ради подношења захтева за међународну заштиту

- i. **Повеља ЕУ о основним правима** – Подједнако обавезујућа за државе као и одредбе примарног уговора – јемчи право на подношење захтева за азил сагласно члану 18, као и заштиту од протеривања (refoulement) и колективног протеривања сагласно члану 19.
- ii. **Секундарно законодавство ЕУ** утврђује различита начела која обезбеђују делотворност приступа поступцима за тражење азила:
 - a. Тражиоци азила се сматрају лицима која се налазе на територији државе, чак и ако се налазе „**на граници, у територијалним водама или транзитним зонама државе чланице**” (Директива ЕУ о заједничким поступцима за признавање азила 2013/32), Преамбула тачка 25. и чланови 3. и 43.
 - b. Припадници власти које се баве људима којима је потребна међународна заштита **треба да буду на одговарајући начин обучени како да препознају и решавају захтеве за међународну заштиту [и] да пруже [...] одговарајуће информације подносиоцима захтева** (Директива ЕУ о поступцима за признавање азила, Преамбула тачка 26. и члан 6);
 - c. Поступање у складу с правилима о међународној заштити које допушта да се одступи од граница утврђених **Шенгенским режимом ЕУ тако** да ограничења која ЕУ поставља за кретање људи не утичу на *права избеглица [...] посебно у погледу забране протеривања* (Законик о шенгенским границама – члан 3);
 - d. **Посебна заштита за лица која се налазе у територијалним водама: лица [која] се налазе у територијалним водама треба да буду искрцана на копно,**

11 УРЕДБА (ЕУ) бр. 439/2010 Европског парламента и Савета од 19. маја 2010, којом се оснива Европска канцеларија за подршку систему азила.

12 УРЕДБА (ЕУ) бр. 603/2013 Европског парламента и Савета од 26. јуна 2013. о оснивању базе *Eurodac* [...] (измењена).

а њихови захтеви треба да буду размотрени (Директива ЕУ о заједничким поступцима за признавање азила, Преамбула, тачка 26);

- e. **Мере заштите за лица која се налазе на граничним прелазима и у установама за задржавање:** тражиоци азила који се налазе у тим неизвесним условима, где постоји опасност да њихова права неће бити призната треба да добију информације о *могућности да поднесу захтев за међународну заштиту* и, где је то потребно, треба да добију услуге преводиоца [...](Директива ЕУ о заједничким поступцима за признавање азила – члан 8);
- f. **Приступ лица из рањивих категорија територији и поступцима за подношење захтева за азил** треба да буде делотворан, што ће се постићи тако што ће им се пружити одговарајућа јемства и подршка (Директива ЕУ о заједничким поступцима за признавање азила – Преамбула тачка 29. и члан 24. став 3);
- g. **Лицима која су лишена слободе или су задржана због незаконитог преласка границе** морају бити зајемчени минимални механизми заштите (члан 4. /**вероватно се мисли на члан 2. – прим. прев.**/ – Директива о враћању, 2008/115/EC);
- h. **Право на останак у држави чланици привремено, док се не оконча разматрање захтева за одобрење азила:** сагласно члану 9. измењене Директиве о заједничким поступцима за признавање азила: „1. Подносиоцима захтева дозвољава се останак у држави чланици искључиво због поступка, док орган одлучивања не донесе одлуку...“;
- i. **Право на низ процесних јемстава у контексту поступка разматрања захтева за азил, што обухвата:** 1. право лица да на језику који разумеју или за који се оправдано очекује да га разумеју буду информисана о поступку и о својим правима и обавезама током поступка; 2. право да им се омогући приступ услугама преводиоца; 3. право да комуницира са УНХЦР-ом или било којом другом организацијом која пружа заштиту; 4. ако је то применљиво, право да комуницирају с правним или другим саветницима; право да буду у разумном року обавештена о одлуци која је донета поводом њиховог захтева, као и о могућностима за побијање те одлуке, и то на језику који разумеју или за који се оправдано може очекивати да га разумеју (члан 12. измењене Директиве о заједничким поступцима за признавање азила).



1.2. Увод у главна питања везана за приступ територији, приступ подношењу захтева за азил и за одговарајуће механизме заштите у убрзаној и пограничној процедури сагласно Европском праву и судској пракси

Као што је горе већ назначено, ЕКЉП није инструмент везан искључиво за азил, већ је то свеобухватан инструмент заштите људских права, који се не бави посебно ниједном облашћу права. Упркос том општем, а не парцијалном, секторском приступу, кроз судску праксу Европског суда за људска права [ЕСЉП], надзорног органа Конвенције, развијени су многобројни стандарди и изведени закључци о правима лица која траже међународну заштиту.

Приступ тражилаца азила (или немогућност њиховог приступа) територији државе чланице може да отвори питања – и у суштини је и отворио многобројна питања – према ЕКЉП. Када се процењује усклађеност секторских политика и/или поступака држава који доводе до мешања у право на приступ територији ради подношења захтева за међународну заштиту, ЕСЉП је и у својој раније установљеној судској пракси, као и у оној новијој утврдио различите аспекте за које се сматра да се косе с Конвенцијом.

Сагласно ЕКЉП, право странаца да приступе територији државе како би затражили и добили заштиту сагледава се у контексту права државе да контролише миграције, што је право које ЕСЉП изричито признаје,¹³ али у границама забране протеривања, сагласно члановима 2. и 3, као и других обавеза у погледу заштите људских права (*Амур*, став 41; *Маидид и Адар против Аустрије*, представка бр. 74762/01). Државе ограничавају слободу странаца и/или слободу кретања странаца док се не донесе одлука о њиховом праву приступа територији или док се не предузму мере које за последицу имају враћање странаца и њихово излагање опасностима, између осталог и опасностима по живот или опасностима од наношења тешких повреда или штете. Сагласно судској пракси ЕСЉП, праксе којима се странцима ограничава приступ територији и посебно оне праксе које утичу на њихово право на заштиту приступа, обухватају:

- i. **Питања надлежности у вези с мигрантима који се нађу на поморској, копненој и ваздушној граници и у транзитној зони** - Сагласно члану 1. ЕКЉП, та конвенција се примењује на сва лица која су у „надлежности” државе. По ЕКЉП, тај појам у том смислу да он обухвата и лица која још нису ступила на географску територију државе или у њене територијалне воде, али у односу на која та држава има делотворну контролу или власт (између осталог: *Хирши Џама и други против Италије [ВВ]*, представка бр. 27765/09);

¹³ *Amuur v. France*, представка бр. 19776/92, став 41, *Mahdid and Haddar v. Austria* (Одл.), представка бр. 74762/01.

- ii. **Коришћење миграционог притвора да би се спречио неовлашћени улазак** – Сагласно члану 5. став 1. тачка (ф) Конвенције изричито је утврђена могућност да се лице законито ухапси или лиши слободе да би се спречио његов неовлашћени улазак у земљу. Таква могућност је допуштена само ако је мера притвора наложена *сагласно законом прописаном поступку, ii. у простору који пружа одговарајуће животне услове; уз вођење рачуна о индивидуалним потребама, iii. у ограниченом року, iv. уз могућност да се захтева да се преиспита одлука о притвору* (више о томе у Другом поглављу);
- iii. **Ограничење кретања лица која покушавају да приступе територији** – У случајевима у којима нема основа за притвор, странцима који покушавају незаконито да приступе територији државе слобода кретања може бити ограничена. Излишно или прекомерно коришћење ограничења сходно овој одредби такође може отворити нека питања (види Друго поглавље);
- iv. **Принудно удаљење, неприхватање и враћање људи с границе и начело забране протеривања** – У једном броју предмета ЕСЉП је разматрао и често позитивно закључивао да забрана уласка на територију, принудно удаљење и други поступци којима је циљ враћање људи који тек треба да уђу на територију државе (или људи који су пресретнути у покушају да ступе на територију државе), а да се не узму у обзир њихове животне околности и не води рачуна о потенцијалним ризицима којима ће они бити изложени ако буду враћени отвара питања по основу чланова 2. и 3. у смислу суштинских и процесних аспеката, као и по основу члана 4. Протокола бр. 4. (*Хирши, N. D. и N. T., Шарифи*) (што не мора нужно подразумевати повреде чланова 2. и 3. ЕКЉП);
- v. **Забрана уласка на територију којом се ускрађује право странца на спајање породице**¹⁴ – Овим се утиче на њихова породична права утврђена чланом 8. ЕКЉП. То питање је веома широко и детаљније ћемо га анализирати у Трећем поглављу овог приручника.

14 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*) – издање за 2014, фуснота 8, која се односи на предмет ЕСЉП *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. the United Kingdom*, представке бр. 9214/80, 9473/81 и 9474/81, ставови 82–83.

2. ОКВИР ПРОЦЕСНИХ И СУШТИНСКИХ ЈЕМСТАВА КОЈА ВАЖЕ ЗА ТРАЖИОЦЕ АЗИЛА У КОНТЕКСТУ ПОГРАНИЧНЕ ИЛИ УБРЗАНЕ ПРОЦЕДУРЕ И У ДРУГИМ ОКОЛНОСТИМА КОЈЕ ПОДРАЗУМЕВАЈУ ПРЕЛАЗАК ГРАНИЦЕ

2.1 Стандарди и јемства ЕКЉП онако како су се развијали кроз судску праксу

Као што је већ објашњено, ЕКЉП није инструмент који је специјализован за питања азила и он се, као такав, не бави конкретно правилима о обради захтева за азил поднетим на граници или у редовним околностима. Међутим, ЕСЉП се сусретао с питањима која се односе на пограничне/убрзане процедуре у читавом низу предмета и на основу тога је развио своју судску праксу.

Ради лакшег сналажења, питање пограничне и убрзане процедуре у оквиру ЕКЉП овде неће бити обрађено као засебно питање, већ у својим различитим појавним облицима (**лишење слободе на граници, принудно удаљење, поступак на копненој и поморској граници, поступак у транзитној зони, поступак на спасилачком броду итд.**) у односу на које се Суд у пракси опредељивао. Стога би, када је реч о конкретним стандардима и јемствима која важе у горњим околностима, требало погледати Одељак 3 овог поглавља.

2.2 Стандарди и јемства према праву ЕУ

2.2.1 Измењена Директива ЕУ о заједничким поступцима за признавање азила

Од свих горе описаних инструмената, питања у вези с делотворним приступом поступцима за тражење међународне заштите у земљама члицама ЕУ уређена су **измењеном Директивом о заједничким поступцима за признавање азила**. Та директива садржи свеобухватан правно обавезујући списак суштинских и процесних јемстава која морају бити на снази ради ефикасног решавања захтева за међународну заштиту. У том циљу, наведена директива утврђује колико је важно да се обезбеде процедуре за азил које су доступне подносиоцима захтева.

Појам „**приступа поступцима азила**” повезан је са засебним појмом „**приступа територији**” земље члице ЕУ, али се од тог појма разликује. Иако могућност приступа територији очигледно представља важан саставни део права појединца да се делотворно позове на заштиту пред државним властима, немогућност приступа

територији није једина препрека за остваривање тог права. Када уређује приступ предвиђеним поступцима, наведена директива узима у обзир и друге, често само административне препреке, и придаје им велики значај. Државе имају позитивну обавезу да осигурају доступност и квалитет предвиђених поступака, а пре свега следеће:

1. **Делотворна комуникација с властима:** Треба обезбедити да тражиоци азила имају „могућност да сарађују и ваљано комуницирају с надлежним властима“ (Преамбула, тачка 25), што им омогућује да изнесу „релевантне чињенице“ о своме случају;
2. **Приступ помоћи и службама заштите:** Треба обезбедити да тражиоци азила имају „приступ услугама преводиоца“ у контексту разговора како би се осигурало делотворно подношење захтева (члан 15. Директиве) што обезбеђује делотворну комуникацију и пружа им „могућност да комуницирају с представником [...] УНХЦР или других специјализованих организација за заштиту и „могућност да се консултују с правним саветником“;
3. „Могућност комуникације с представником [...] УНХЦР“ или с представницима других специјализованих организација за заштиту и „могућност да се [тражилац азила] консултује с правним саветником“ (члан 22. Директиве);
4. **Право тражиоца азила да буде обавештен о одлукама и о разлозима за доношење тих одлука у погледу чињеница и законског основа:** Пружање „довољних процесних јемстава“ подносиоцу захтева да „води свој случај кроз све фазе поступка“ (Преамбула, тачка 25);
5. **Право тражиоца азила да привремено остане на територији:** Признавање тражиоцу азила који је поднео захтев за међународну заштиту условног права на останак „до доношења одлуке надлежног органа власти“ (члан 9. Директиве).

Већ је разјашњено да примена права азила ЕУ није ограничена на географску територију државе, већ се проширује на **границе, територијалне воде и транзитне зоне**. С обзиром на миграционе путање које се мењају и различите модалитете миграција у Европи, тај широк опсег примене ЗЕСА посебно је важан и актуелан зато што намеће обавезу да се пруже процесна и суштинска јемства свима онима којима је потребна међународна заштита, од тренутка који претходи њиховом ступању на територију државе.¹⁵

У неким случајевима захтеви за међународну заштиту могу бити поднети у неповољним околностима, као што су гранични прелази или притворске јединице. У таквим околностима, сматра се да постоје **објективне тешкоће** када је реч о обезбеђивању горе наведених механизма заштите и да то намеће додатне захтеве земљама-чланицама како би извршиле своје обавезе. Приступ поступцима за одобравање азила из тих објеката отежан је зато што су актери који би омогућавали специјализовану заштиту изоловани или их нема, као ни органа власти који би мог-

15 Европска унија: Европска агенција за основна права – Правне тековине ЕУ о азилу примењују се само од тренутка када је појединац стигао на границу, укључујући територијалне воде и транзитне зоне.

ли да приме захтеве за азил. ЗЕСА изричито признаје такве околности и наглашава суштинску улогу **давања информација** о могућности да се поднесе захтев за азил, као и **омогућавања да се пруже услуге преводиоца** како би се олакшала комуникација (Преамбула, тачка 28).

У сличном духу, Измењена директива о азилу утврђује додатна јемства – па самим тим и појачане позитивне обавезе земаља чланица – подносиоцима захтева којима су потребна **„посебна процесна јемства“** због „њиховог узраста, пола, сексуалне оријентације, родног идентитета, инвалидности, тешке болести, менталних поремећаја или последица мучења, силовања или других тешких облика психолошког, физичког или сексуалног насиља“, између осталог. Ти услови стварају **субјективне препреке** припадницима тих категорија да делотворно приступе поступцима за одобравање азила. Субјективне рањивости лако могу постојати напоредо са објективним тешкоћама, као што је горе већ објашњено, што повећава потребе лица о којима је реч. Тако ће на пример **малолетник који се налази у притвору** или **трудница која се налази на граничном прелазу** по дефиницији бити у ситуацији у којој су њихове потребе за заштитом повећане. Да би земље чланице осигурале да таква лица могу равноправно приступити поступку за одобрење азила као и подносиоци захтева који нису у рањивом положају, оне су дужне да пруже допунска или специфична, ситуацији примерена, јемства. Да би се то постигло, Директива посебно наглашава **хабилитациону улогу идентификације** таквих потреба, која се сматра пресудно важном да те потребе буду адекватно задовољење (Преамбула, тачка 29). О специфичним потребама и јемствима која су с њима повезана, а која се дају рањивим категоријама детаљније ћемо говорити у **Четвртном поглављу**.

2.2.2 Директива о враћању ЕУ

„Директива о враћању“, 115/2008, није део основних правних инструмената од којих се састоји ЗЕСА. Она је донета како би се уредило (и спровело) враћање оних који су добили коначну одлуку којом им се ускраћује право да остану у земљи чланици.¹⁶

Будући да та директива не спада у поље дејства ЗЕСА, она није инструмент специјализован за азил, већ се примењује на све странце који немају важећу дозволу за улазак или боравак. Међутим, она је посебно важна због тога што садржи процесна јемства против одлуке о враћању. Та директива пружа странцима који подлежу мери враћања право да се чује њихов глас и да изнесу аргументе против те одлуке позивајући се на ризике који би могли проистећи из њене примене.

16 ДИРЕКТИВА САВЕТА 2008/115 о Заједничким стандардима и поступцима у државама чланицама за враћање држављана трећих земаља с незаконитим бораваком (Директива о враћању).

3. СИТУАЦИЈЕ У КОЈИМА МОЖЕ БИТИ ПРЕКРШЕНО ПРАВО ТРАЖИОЦА АЗИЛА НА ПРИСТУП ТЕРИТОРИЈИ ДРЖАВЕ РАДИ ТРАЖЕЊА ЗАШТИТЕ И ЛЕГИТИМНОСТ ТАКВИХ КРШЕЊА САГЛАСНО ПРАВНИМ ИНСТРУМЕНТИМА ЕКЉП И ПРАВУ ЕУ

3.1 Зауостављање на граничним прелазима и приступ поступку подношења захтева за азил

3.1.1 Мере пограничне контроле и приступ тражилаца азила датај територији¹⁷

3.1.1.1 Одредбе према Законику о шенгенским границама

Поред инструмената од којих се састоји **ЗЕСА**, постоје и други правни инструменти ЕУ који могу утицати на могућност тражилаца азила да приступе територији и поступку за подношење захтева за азил.

Међу тим инструментима кључни значај треба придати Законику о шенгенским границама,¹⁸ (у даљем тексту Законик) којим се уређује управљање границама ЕУ, укључујући активности на плану контроле, надзора и заштите. Тај законик утврђује правила о понашању чувара границе када дођу у контакт са онима који покушавају да уђу на територију државе, па су пресретнути на граници или им је спречен улазак. Примена Законика стога посебно утиче на делотворност приступа тражилаца азила територији државе.

Члан 7. Законика (Контрола спољних граница и забрана уласка) утврђује да активности надзора и контроле границе морају бити спровођене *уз пуно поштовање људског достојанства* и без икакве дискриминације:¹⁹

1. *Службеници контроле граница у обављању својих дужности у потпуности поштују људско достојанство, посебно у случајевима који укључују рањива лица. Свака мера коју они предузимају у обављању својих дужности сразмерна је циљевима којима се том мером тежи.*

¹⁷ Европска унија: Европска агенција за основна права, Приручник из европског права у области азила, граница и имиграције (EU FRA Handbook on European law relating to asylum, borders and immigration) – издање за 2014, став 1.4. Контроле на граници (§1.4. Border checks).

¹⁸ Уредба (ЕУ) 2016/399 Европског парламента и Савета од 9. марта 2016. о Законику Уније о правилима којима се уређује кретање лица преко граница (Законик о шенгенским границама).

¹⁹ Види поглавље I („Приступ територији“) Европска унија: Европска агенција за основна права, Приручник из европског права у области азила, граница и имиграције – издање за 2014.

2. *Током контроле граница службеници задужени за контролу граница не дискриминишу лица по основу њиховог пола, расне или етничке припадности, вере или уверења, инвалидности, узраста или сексуалне оријентације.*

Члан 14. Законика конкретно се бави **забраном уласка на територију државе чланице** након што се утврди да лице не испуњава услове из члана 6. ставови 1. и 5. Без обзира на случајеве који су побројани у тим одредбама, у члану се утврђује да забрана уласка *не доводи у питање примену посебних одредаба које се односе на право на азил и на међународну заштиту...*

Због миграционих путева којима се тражиоци азила крећу, често их пресрећу пограничне контроле; стога је суштински важно да поступање према њима у том контексту не осујети нити умањи њихове изгледе да делотворно изнесу своје потребе за заштитом.

У члановима 3. и 4. изричито се утврђује изузетна природа азила и међународне заштите. Примена Законика на лица која прелазе унутрашње и спољне границе земаља чланица не доводи у питање: [...] (b) *права избеглица и лица која траже међународну заштиту, посебно у вези с начелом забране протеривања (non-refoulement) (члан 3)²⁰* и у складу са одредбама Повеље и релевантним начелима ЕУ и међународним стандардима у погледу азила, посебно с начелом забране протеривања и Женевском конвенцијом из 1951. године о статусу избеглица и [...] *не доводи у питање [...] њихове обавезе везане за међународну заштиту (члан 4)*. Важно је то што се у наведеној одредби утврђује да одлуке донете на темељу Законика морају бити донете на индивидуалној основи, чиме се искључује могућност колективног/групног протеривања. (Појам „колективног протеривања“ и однос између колективног протеривања и приступа територији биће ближе размотрен у наставку текста.)

3.1.1.1 Улога граничних службеника у идентификовању потреба за заштитом

У склопу одговорности које имају према Законнику, граничари и други надлежни органи које земље чланице именују за обављање функције контроле граница дужни су да врше провере на тим граничним прелазима (**члан 8**). Та обавеза подразумева већу одговорност граничара који су дужни да као минимум обавезе изврше „минималну контролу“ да би утврдили идентитет свих лица која прелазе границу, и темељнију проверу држављана трећих земаља (**члан 8. став 3**).

Због одговорности које имају на том плану, граничарима се обраћају лица која имају потребе за међународном заштитом, па они често имају посебно важну улогу да обезбеде да – онда када такве потребе очигледно постоје или када се основано сумња да оне постоје – лица која имају те потребе добију приступ средствима и јемствима која су примерена да би она изразила своје потребе за заштитом и стекла могућност да користе одговарајуће поступке и јемства.

²⁰ Европска унија: Европска агенција за основна права, Приручник из европског права у области азила, граница и имиграције – 2014; Основна права на аеродромима: граничне контроле на пет међународних аеродрома у Европској унији.

Треба истаћи да право ЕУ, како се не би ограничио начин на који се изражавају потребе за међународном заштитом, налаже да се „**свако изражавање страха од тога да ће лице ако буде враћено у земљу порекла, претрпети велику патњу или штету**”,²¹ сматра истоветним с „подношењем захтева за међународну заштиту” из члана 2. тачка (б) Директива о заједничким поступцима за признавање азила (2013/32/ЕУ). Стога изричита употреба речи и фраза као што су **азил, статус избеглице или међународна заштита** није нужан предуслов да хуманитарне потребе и потребе за заштитом буду узете у обзир (Агенција ЕУ за основна права: *Није неопходно да путник изговори реч 'азил': оно што је битно јесте израз страха од тога шта би се могло догодити ако он буде враћен*).²² Мора се придати подједнака важност и неформалним формулацијама или нестручним изразима, а који дају повод за размишљање о томе да је лице о коме је реч можда у опасности. Агенција ЕУ за основна права (*The European Union Agency for Fundamental Rights - FRA*) о тим изразима говори као о „**имплицитним захтевима за међународну заштиту**”.²³

Бављење потребама за заштитом у контексту контроле на границама суштински је важно да би се осигурало да појединац има приступ поступцима за формално подношење захтева за међународну заштиту. У том смислу, Европска агенција за основна права примећује да током **процедура на граници** граничари имају обавезу да мигрантима пруже информације о азилу и о томе како треба поднети захтев за азил. Према Европској агенцији за основна права: [...] *Идентификовање захтева за азил зависи од иницијативе и информација које су доступне службеницима, као и од делотворне комуникације, укључујући проактивно и довољно испитивање, као и од обуке коју су службеници похађали*.²⁴

Способност да те информације делотворно предоче подразумева да су граничари стекли квалификовану **обуку о техникама идентификације** рањивих лица и о потребама за заштитом. (Члан 16. став 1. Законика.) Све земље чланице имају обавезу да распореде довољан број одговарајућег особља и средстава за спровођење операција контроле граница (члан 15), као и да се постарају да граничари буду квалификовани за идентификацију потребе за међународном заштитом; током обављања својих дужности граничари треба да примењују у пракси (оно што су научили кроз) циљани наставни план и програм који је развила Агенција ЕУ за управљање оперативном сарадњом на спољним границама земаља чланица (Фронтекс).

21 Европска унија: Европска агенција за основна права – Приручник, Поље дејства начела забране враћања у савременом управљању границом: развој подручја закона (Scope of the principle of non-refoulement in contemporary border management: evolving areas of law).

22 Европска унија: Европска агенција за основна права – Приручник, Основна права на аеродромима: Граничне контроле на пет међународних аеродрома у Европској унији.

23 Европска унија: Европска агенција за основна права – Приручник – 2014; Основна права на аеродромима: граничне контроле на пет међународних аеродрома у Европској унији, стр. 10: „Док лице о коме је реч мора затражити азил (види дефиницију 'захтева за међународну заштиту' у члану 2. тачка (б) Директиве о азилу) сваки израз страха од озбиљне штете или патње у случају враћања квалификује се као такав захтев.”

24 За цео став види: 3.1.1. – Европска унија: Европска агенција за основна права – Приручник, Основна права на аеродромима: граничне контроле на пет међународних аеродрома у Европској унији.

Ту потребу наглашава (или поново истиче) и Европска агенција за основна права: „**Десет препорука за практичне мере у ситуацијама управљања границом**”, где се земље чланице позивају да „[...] 4. обезбеде обуку из области основних права особљу које је распоређено у трећим земљама”, као и „5. [...] обуку из области људских права службеницима из трећих земаља [...] који делују као лица за контакт или пружају оперативну подршку мерама за интегрисано управљање границом које се примењује у трећим земљама”, нарочито онда када *делују у склопу помоћи земље чланице ЕУ појачавању капацитета трећих земаља за надзор над границом*.

У делу Приручника ЕУ ФРА који се односи на основна права на аеродромима,²⁵ наведене су препоруке о томе каква упутства треба дати граничарима у погледу идентификације потреба за заштитом. Ако се те препоруке сагледају ван контекста конкретног поља њихове примене, речено је да оне треба да *обухвате и дужност граничара да се активно распитају о разлозима за напуштање матичне земље и да им се јасно прецизира обавеза да провере потребе за заштитом чак и ако је путник покушао да уђе у земљу на основу лажних или фалсификованих исправа*.

Захтеви и обавезе граничара да идентификују потребе за заштитом и да дају информације обухватају и одговарајуће обавезе које су поверене надлежним органима који одлучују о захтевима за азил сагласно измењеној Директиви заједничким поступцима за признавање азила. Будући да мигранти покушавају прећи границу земаља чланица и сусрећу се с граничарима који обављају своју дужност често пре него што формално поднесу захтев за азил надлежним органима земаља чланица, до сада смо се бавили само преклапањем између патролних дужности граничара и њихових одговорности у контексту права људских права и права азила. У наредном одељку бавићемо се питањем приступа територији земље чланице када је реч о људима који траже међународну заштиту из угла оних инструмената права ЕУ који су специјализовани за азил.

3.1.2 Стандарди према ЕКЉП

Конвенција се не бави изричито аспектом људских права нити уређује тај аспект пограничних операција. Међутим, усклађеност операција контроле граница с правима која су утврђена у Конвенцији разматра се у судској пракси ЕСЉП. Следећи закључци у већини аспеката блиско одражавају стандарде који су идентификовани у правним инструментима ЕУ о којима је досад било речи у тексту.

3.1.2.1 Операције контроле копнене границе

У предмету *Н. Д. и Н. Т. против Шпаније*, о коме ћемо касније у тексту говорити у контексту „принудног удаљења са границе”, ЕСЉП је испитао поступке шпанске погра-

²⁵ Европска унија: Европска агенција за основна права – Приручник, Основна права на аеродромима: граничне контроле на пет међународних аеродрома у Европској унији.

ничне полиције (*Guardia Civil*) услед којих су на граници задржани и сместа враћени мигранти који су 2014. године покушали да уђу у шпанску енклаву Мелиља тако што су се попели преко граничне оgrade. Тај случај је отворио неколико питања у вези са остваривањем јурисдикције у подручјима за које се наводи да нису део географске територије државе – као што су гранични прелази – па се стога тврди да ту треба искључити одговорност државе за поступке који се тамо предузимају. О тим питањима ће бити говора касније у тексту, а уз то ће се размотрити суштинска и процесна јемства на која полажу право лица која су у датом случају колективно враћена.

Паралелно с тим, ЕСЉП се позабавио и позитивним обавезама власти, у датом контексту пограничне полиције, и тај предмет нам, као такав, омогућује да утврдимо општа начела понашања граничара у сличним случајевима, где су чињенице упоредиве.

Наведени предмет изричито упућује на **релевантне стандарде ЕУ из Директиве о враћању и Директиве о заједничким поступцима за признавање азила, као и из Законика о шенгенским границама**, који су у основним цртама већ предочени у овом тексту, при чему је посебно указано на специфична процесна јемства на која имају право тражиоци азила на граници, као и на одговарајуће дужности граничара.

Притужба (садржана у представци) суштински се односила на то што су припадници Цивилне гарде (став 12) ухапсили и сместа вратили подносиоце представке и друга лица у сличној ситуацији, а да их претходно нису идентификовали, нити су им пружили прилику да изнесу захтеве указујући на своје личне околности нити омогућили да добију правну помоћ, помоћ преводиоца или здравствених радника упркос томе што су подносиоци представке изричито захтевали да такву помоћ добију. Представке су анализирание кроз призму забране „колективног протеривања“ сагласно члану 4. Протокола бр. 4. (види Пето поглавље претходног Приручника).

У својој оцени ЕСЉП је стао на становиште да је понашање шпанских власти, а пре свега пограничне полиције, било такво да је могло отворити питања по основу члана 13. (право на делотворан правни лек) у вези са чланом 4. Протокола бр. 4. у неколико аспеката. ЕСЉП је закључио да су подносиоци представке, тиме што нису били идентификовани и, *a fortiori*, тиме што ни на који начин нису испитане њихове личне околности, били практично лишени могућности да изнесу своју аргументацију или да поднесу захтев за азил или за неку другу врсту заштите и тако уђу у земљу. Осим тога, ЕСЉП је констатовао да подносиоци представке нису били упућени на формалне административне или судске процедуре пре но што су враћени. Тренутно се тај предмет разматра пред Великим већем.

3.1.2.2 Операције контроле границе на бродовима/поморској граници

У предмету *Кебе и остали против Украјине* (Представка бр. 12552/12), ЕСЉП је испитивао да ли се одлука украјинских власти може сматрати сагласном с Конвенцијом с



обзиром да је броду на коме су се налазили спасени тражиоци азила забрањено да пристане и искрца та спасена лица, чиме је подносиоцима представке била ускраћена могућност да уђу на територију државе. У датом случају, притужбе подносилаца представке изричито су се односиле на то што украјинске власти „**нису поштовале Конвенцију приликом спровођења граничне контроле**“ (став 75), услед чега су власти разматране у пољу дејства Конвенције јер се сматрало да нису биле у стању да „пруже одговарајућа јемства која би могла да заштите првог подносиоца представке од произвољног удаљења у ситуацији у којој је опасност (од враћања које носи собом ризике по члану 3) била стварна, непосредна и предвидљива“ (став 104). Наведени предмет нам омогућује да утврдимо начела која се односе на операције контроле границе и ЕКЉП:

- i. **О надлежности:** Закључено је да је Украјина имала надлежност „од тренутка када су [...] граничари ступили на брод и срели се с подносиоцима представке“ (став 75). Та надлежност се односила на „могући улазак [подносилаца представке] у Украјину и остваривање с тим у вези права и слобода утврђених у Конвенцији“.
- ii. **О импликацијама које је по основу члана 3. ЕКЉП имало одбијање да се изда дозвола за искрцавање:** Подносилац представке је у датом предмету тврдио да је због тога што је Украјина одбила да му дозволи да се искрца био спречен да приступи поступку за одобравање азила, па је самим тим био лишен могућности да искаже своју забринутост у вези са опасностима с којима ће се суочити ако буде враћен [забрана протеривања] (став 78).
- iii. **О праву на делотворан правни лек (члан 13. у вези са чланом 3) како би се оспорила одлука о забрани искрцавања:** Сагласно члану 3, подносилац представке је тврдио да је одлука којом је спречен да се искрца на територију државе онемогућила његов приступ „поступку да пред домаћим институцијама оспори поступке граничара“ и да му није био пружен низ процесних јемстава, укључујући „правну помоћ, услуге преводиоца или објашњење поступка који се у Украјини примењује за одобравање азила“, чиме су осујећени његови стварни изгледи да се испитају његове потребе за заштитом (став 79).

3.1.2.3 Понашање граничних службеника и позитивне обавезе

У горе наведеном предмету *Кефе и остали против Украјине*, ЕСЉП је испитивао како је понашање граничара – чињеница да они нису испунили своје позитивне обавезе и њихово активно опструктивно понашање – утицало на права подносиоца представке по Конвенцији, притом посебно водећи рачуна о његовом праву да практично и делотворно искаже своје потребе за заштитом. Следећи закључци су посебно важни:

- i. ЕСЉП је том питању приступио из угла одговорности граничара у смислу **процене ризика**, закључивши да су „у предметном времену [они] знали или је тре-

бало да знају да је први подносилац представке тражилац азила коме може бити потребна међународна заштита" (став 104). ЕСЉП је осудио то што су граничари упркос томе „покушали да га одврате од подношења захтева за такву заштиту". То је учињено упркос томе што је подносилац представке изричито властима исказао своје потребе за заштитом.

- ii. Пропуст да се пружи **процесна јемства**: ЕСЉП је посебно нагласио то што граничари нису пружили „информације о поступцима за подношење захтева за азил", нити су ваљано размотрили потребе подносиоца представке за заштитом. Установљено је да му је управо због тога ускраћена свака „реална и практична могућност да (граничарима) поднесе захтев за азил" пре но што су они донели одлуку којом су му забранили улазак на територију државе.
- iii. **Пристап правном леку са суспензивним дејством када постоји опасност од враћања услед које се активира члан 3**. Коначно (став 106. и даље), ЕСЉП је испитао то што, независно од пропуста граничара, украјинско унутрашње право није имало правни лек са аутоматским суспензивним дејством, чак и да је подносилац представке био у могућности да то у пракси затражи будући да је одлука којом му је забрањен улазак у земљу сместа ступила на снагу и постала извршна.

3.2 Поступање на граници и разматрање захтева за азил у убрзаном поступку

У уводном одељку овог поглавља указали смо на то да појмови „**поступак (разматрања) захтева за азил**" и „**убрзаног поступка решавања захтева за азил**" (измењена Директива о заједничким поступцима за признавање азила члан 31. став 8) представљају варијанте редовног поступка решавања захтева за азил. Те варијанте су оправдане у одређеним условима зависно од величине прилива избеглица и његове специфичне динамике. У смислу права ЕУ, сматра се да се тражилац азила налази на територији државе чак и ако се налази „**на граници, у територијалним водама или у транзитним зонама земље чланице**" (измењена Директива о заједничким поступцима за признавање азила, Преамбула, тачка 25). То широко тумачење „територије" у смислу права азила ЕУ оправдава усвајање и примену свих тих путева.

Као „специјални" поступци азила, погранични и убрзани поступак, по правилу, карактеришу се **краћим роковима** (рок од четири недеље за обраду захтева од третунка његовог подношења) и **грубљом проценом потреба за заштитом**, услед чега може да дође до кршења индивидуалних процесних јемстава.

Према својој првобитној замисли, убрзани поступци су били намењени бржем разматрању „очигледно неоснованих захтева" или „захтева проистеклих из злоупотребе", за које се није сматрало да им је потребно „темељито испитивање на сваком

нивоу поступка” због тога што им је недостајао меритум или што им је садржај тако конципиран да доведе у заблуду онога ко доноси одлуку.²⁶

Према садашњем тумачењу, поступање на граници и убрзани поступак омогућују да се и **прихватљивост и/или суштина представке** (измењена Директива о заједничким поступцима за признавање азила, Преамбула тачка 38) и чланови 43. и 31. став 8) испитају на граници и на сличним неповољним местима, у складу са специјалним правилима која омогућују да се брже донесе одлука.

Могућност доношења одлука у том контексту треба тумачити у вези с лакшим одлучивањем о враћању на основу негативног решења по захтеву за азил, чиме се избегава да странци уопште уђу на територију (конкретне земље) док се разматра њихов случај. Међутим, када власти не донесу одлуку у року који им је дозвољен измењеном Директивом о заједничким поступцима за признавање азила (четири недеље), држава мора допустити странцу да уђе на њену територију и мора обрадити његов захтев за азил у складу с редовним поступком (члан 43. став 2).

УНХЦР опрезно приступа ризицима од таквих поступака, посебно када је реч о начелу забране враћања (Самба Диуф/*Diouf/ C-69/10*),²⁷ чиме се посебно наглашава то да се могу пренебрегнути индивидуални фактори ризика када се захтеви збирно разматрају, тј. када се не разматрају појединачно.

Да би се спречиле злоупотребе и ризици који су својствени таквим поступцима, право ЕУ предвиђа конкретна јемства и правила која се у датом контексту примењују, признајући – у одређеној мери – специфичне тешкоће које такви поступци могу подразумевати. Инструмент у коме се најближе објашњавају такви стандарди јесте измењена Директива о заједничким поступцима за признавање азила.

3.2.1 Убрзани поступци (члан 31. став 8. измењене Директиве о заједничким поступцима за признавање азила)

Убрзани поступак по којем органи земље чланице обрађују захтев за азил јесте изричита могућност која се допушта у посебним околностима, сагласно члану 31. став 8. Директиве о поступцима. Убрзани поступак није нужно алтернатива „поступку обраде на граници” будући да је у ставу 8. разјашњено да земља чланица може прописати да се захтев за азил „разматра **убрзано и/или на граници или у транзитном простору**”. Стога се захтеви могу обрађивати на граници по убрзаном поступку.

26 Европска унија, Резолуција Савета од 30. новембра 1992. о очигледно неоснованим захтевима за азил („Лондонска резолуција”), 30. новембар 1992.

27 УНХЦР, Саопштење о праву на делотворан правни лек у односу на убрзани поступак за одобрење азила издато у контексту одлуке о претходном питању које је Суду правде Европске уније упутио Управни трибунал Луксембурга у вези с тумачењем члана 39. Директиве о поступцима азила; као и чланова 6. и 13. ЕКЉП, у фебруару 2010, став 5: „потреба да се захтеви за азил решавају на брз и ефикасан начин не може претегнути над делотворним спровођењем забране протеривања”.

Као што је горе већ истакнуто, ти поступци се уобичајено користе да би се у најкраћем могућем року решили захтеви који су очигледно неосновани и којима се покушава злоупотребити/избећи систем у различитим видовима [члан 31. став 8. тачка (а) и (б)–(г)] или које на неки други начин поднесе лице чије личне околности указују на некооперативно или активно опасно понашање [члан 31. став 8. тачке (х)–(ј)].

3.2.2 Поступање на граници (члан 43. измењене Директиве о заједничким поступцима за признавање азила)

Важан аспект у вези с којим се тражиоци азила на граници могу наћи у неповољном положају јесте њихов **приступ информацијама, саветима и помоћи** у погледу поступка за одобрење азила и заштите у земљи у коју се надају да ће ући. Гранични прелази се, по правилу, одликују великом гужвом и неадекватним присуством актера који би им могли пружити заштиту и који су специјализовани за азил. Управо имајући на уму та ограничења право ЕУ утврђује конкретна правила која омогућују да се, без обзира на материјалне услове на граничним прелизима, информације и савети обезбеђују на задовољавајући начин.

Сличан приступ и конкретне мере заштите постоје и када је реч о подједнако неповољном сценарију у коме је реч о *лицама [која] се налазе у територијалним водама земље чланице и требало [би] да се искрцају на копно где би њихови захтеви били размотрени [...]* (измењена Директива о заједничким поступцима за признавање азила – Преамбула, тачка 26).

Право на информисање и добијање савета на граничним прелизима и у другим атипичним срединама: Сагласно члану 8. измењене Директиве о заједничким поступцима за признавање азила **када постоје индиције да ... држављани трећих земаља и лица без држављанства који су задржани у објектима за притвор или на граничним прелизима, укључујући транзитни простор на спољним границама, желе да поднесу захтев за међународну заштиту, државе чланице им пружају информације о могућности да то учине [и] обезбеђују услуге преводиоца у мери у којој је то потребно да би им се омогућио приступ поступку за одобрење азила.**

Треба нагласити да се питање подношења захтева за азил у **транзитном простору** изричито уређује тим одредбама.

Право на приступ правним саветницима, УНХЦР-у и другим актерима заштите: Поред званичних канала за информисање и саветовање, у измењеној Директиви о заједничким поступцима за признавање азила утврђује се да 2... *Организације и лица која обезбеђују саветовање и заступање подносиоцима захтева за азил морају добити делотворан приступ подносиоцима захтева у таквом окружењу, с тим што се ограничења таквог приступа могу одредити само у прецизно дефинисаним околностима.*



Искључење рањивих категорија: Измењена Директива о заједничким поступцима за признавање азила изричито утврђује да они којима су потребна посебна процесна јемства, којима се не може пружити одговарајућа помоћ у контексту убрзаног поступка или поступања на граници треба да буду изузети од таквих поступака (Преамбула, тачка 30).

Одговарајућа обука граничара и њихове дужности: Измењена Директива о заједничким поступцима за признавање азила такође признаје потребу да *службеници који надзиру копнену или поморску границу или обављају граничне контроле* буду обучени како би могли да идентификују потребе за заштитом (Преамбула, тачка 26.) и да буду у стању да пруже информације о томе како је могуће поднети захтев за азил. Та потреба је размотрена у одељку о „Граничарима“, горе.

3.3 Међународне транзитне зоне²⁸

3.3.1 Према Директиви ЕУ о заједничким поступцима за признавање азила

Право ЕУ тумачи захтеве за азил поднете у транзитним зонама као захтеве који спадају у категорију оних који су поднети у ситуацијама које су обухваћене „поступањем на граници“ (члан 8. измењене Директиве о заједничким поступцима за признавање азила). Стога се треба позвати на стандарде објашњене горе у пододељку 3.2.2.

3.3.2 Према ЕКЉП

Смештај и дуготрајно задржавање миграната у **транзитним зонама** отвара неколико питања по Конвенцији.

На самом почетку треба рећи да ЕСЉП када процењује поступање према мигрантима у транзитним зонама, примењује исти тест као у контексту притвора, генерално закључујући да иако *задржавање држављана трећих земаља у међународним зонама подразумева ограничење њихове слободе*, то ограничење може бити *прихватљиво само ако је пропраћено одговарајућим јемствима пруженим лицу о коме је реч*, ако не траје превише дуго и ако је пропраћено делотворним правним леком којим се може оспорити законитост одлуке. У предмету *Амур против Француске*, ЕСЉП је изричито разјаснио да се мере заштите ЕКЉП подједнако примењују и на лица која се налазе у међународним транзитним зонама на аеродромима у државама уговорницама.

²⁸ 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*) – издање за 2014, став 1. тачка 5. Транзитне зоне

Амур против Француске

У предмету **Амур против Француске**,²⁹ четворо држављана Сомалије који су у Француску ушли авионом поднело је захтеве за азил француској Канцеларији за заштиту избеглица и лица без држављанства (OFPRA) у **транзитном простору на француском аеродрому**. Њима је **забрањено да уђу на територију државе** и задржани су у транзитној зони. Подносиоци представке су због начина на који је с њима поступано тврдили да су била повређена њихова права утврђена чланом 5. став 1. ЕКЉП. ЕСЉП је подржао њихову тврдњу, придајући важност чињеници да задржавање у транзитној зони представља **ограничење слободе** јер је за подносиоца представке постојала само апстрактна могућност да добровољно напусти земљу.

У предметима **Ријад и Идијаб против Белгије** (представке бр. 29787/03 и 29810/03) и **Илијас и Ахмед против Мађарске** (Представка бр. 47287/15), ЕСЉП се бавио људско-правним аспектом продуженог боравка тражилаца азила у транзитним зонама.

У предмету **Илијас и Ахмед**,³⁰ подносиоци представке су били смештени у транзитној зони Реске, на копненој граници Србије, тако да им је био онемогућен улазак на територију земље, дуго су задржани у стању неизвесности и били су, између осталог, лишени делотворних могућности да приступе заштити. Тај предмет је подробно анализиран у претходној верзији овог приручника (у вези с правилом „сигурне треће земље“), а даље ће бити разматран из перспективе закључака који су у њему донети у вези са условима притвора и прихвата у **Другом поглављу**. Случај **Илијас и Ахмед против Мађарске** разматран је у априлу 2018. пред Великим већем ЕСЉП и очекује се да Велико веће изрекне своју пресуду у јануару 2019. године.

Илијас и Ахмед против Мађарске

У предмету **Илијас и Ахмед против Мађарске** (Представка бр. 15/47287), двојица држављана Бангладеша који су поднели захтев за азил у Мађарској у транзитној зони Реске између Мађарске и Србије, пожалили су се због различитих аспеката поступања државе са суштинског и процесног становишта. Међу повредама права које су они навели налазило се то што нису постојали делотворни правни лекови помоћу којих би могли да оспоре и обуставе извршење одлуке о враћању у Србију (сагласно члановима 13. и 3). Указали су на суштински неодговарајуће услове боравка у притвору и дужину тог боравка (23 дана) у транзитном простору, практичну забрану да напусте тај простор ако се не одрекну захтева за азил (чланови 3. и 5) и опасност од ланчаног протеривања (*chain-refoulement*) по повратку у Србију, услед чега су се отворила питања по основу члана 3. Конвенције.

И у том предмету ЕСЉП се изричито позвао на релевантне инструменте ЕУ у домену поступања на граници и враћања, уз посебно позивање на Директиву о заједничким поступцима за признавање азила, којом се утврђује постојање и уређује примена убрзаног поступка и поступка решавања захтева на граници (чланови 43. и 31, став 8) у утврђеним околностима и под условом да постоје основна јемства и

29 *Amuur v. France*, Представка бр. 19776/92.

30 Ово се односи само на закључке изнете у Пресуди већа. Та пресуда је упућена на одлучивање Великом већу и разматрана је у априлу 2018. Према томе, закључци из Пресуде већа нису правноснажни док Велико веће не донесе одлуку у том предмету.

механизми заштите. За овај случај посебно су важни (i) право подносилаца представке да им у таквом поступку буде омогућен привремени улазак на територију ако захтев за азил не буде обрађен у року од четири недеље и (ii) право државе да притвори тражиоца азила према члану 8. ЕКЉП.

3.3.2.1 Смештај у транзитном простору као притвор према члану 5. ЕКЉП

Задржавање странаца у транзитним зонама, на граничним прелазима или на аеродромима Суд је у више предмета оценио као основ за отварање питања по члану 5. Конвенције. Закључак о томе да ли је право прекршено зависи од материјалних услова и дужине примене мере, од правних лекова доступних за оспоравање ситуације и од субјективних околности лица која се у тој ситуацији налазе. Детаљна процена захтева који се примењују на различите облике притвора и лишења слободе које државе примењују када контролишу миграције биће изнета у Другом поглављу овог приручника.

У предмету *Ријад и Идијаб против Белгије* (представке бр. 29787/03 и 29810/03), ЕСЉП је установио да је задржавање двојице палестинских тражилаца азила у транзитној зони на Бриселском аеродрому представљало притвор у смислу члана 5. ЕКЉП (став 98).

- **Задржавање у транзитним зонама** *прихватљиво је само ако је пропраћено механизмима заштите лица о којима је реч и ако се не продужује прекомерно. Ако тих механизма заштите нема, пуко ограничење слободе претвара се у лишење слободе (Ријад и Идијаб против Белгије [представке бр. 03/29787 и 03/29810], став 68; Амур против Француске, став 43).*
- **Апстрактна могућност да подносиоци представке добровољно напусте транзитни простор** *не може искључити кршење права на слободу (Ријад и Идијаб против Белгије [представке бр. 03/29787 и 03/29810], став 68; Амур против Француске, став 48).*
- **Непружање информација или пружање недовољних/непримерених информација о основама** одлуке којом је наређено да подносиоци представке буду задржани у транзитној зони може утицати на легалност примене те мере по Конвенцији.

У предмету *Илијас и Ахмед против Мађарске* (Представка бр. 47287/15), ЕСЉП је испитивао прилично другачији контекст, разматрајући транзитне зоне формиране на копненој граници државе, а не међународну транзитну зону на аеродрому. ЕСЉП је изразио свој став о коришћењу транзитних зона као места у којима се обрађују захтеви за азил и испитао је да ли задржавање тражилаца азила на таквим местима може да се сматра притвором у смислу члана 5. став 1, без обзира на то како је то формално окарактерисано сагласно унутрашњем праву.

Утврдивши повреду те одредбе, ЕСЉП је констатовао да су суштински услови у транзитној зони били такви да се радило о незаконитом *лишењу слободе без обзира како је та мера окарактерисана у унутрашњем праву* (став 66).

То је првенствено било условљено тиме што **није постојао правни основ саме мере притвора**, која *није била отелотворена формалном одлуком која има правну снагу, уз одговарајуће образложење*, као и тиме што није постојао основ за оправдање, услед чега се појавила опасност од произвољности у поступању власти (став 68).

Поред тога, ЕСЉП је такође закључио да је, с обзиром да нису биле донете никакве одлуке о личној слободи подносилаца представке којима би та мера била поткрепљена, било неминовно *сасвим незамисливо како су подносиоци представке могли на било који начин да затраже да се судски преиспита то што су задржани и притворени у транзитној зони*, те је стога закључио да је у датом случају био прекршен **члан 5. став 4.** због тога што нису постојали правни лекови којима су могли да оспоре законитост спорне мере.

3.3.2.2 Питања по основу члана 3.

У предмету **Ријад и Идијаб против Белгије** (представке бр. 29787/03 и 29810/03), ЕСЉП је разматрао да ли је у складу/ са чланом 3. то што су двојица палестинских тражилаца азила смештена у транзитну зону на Бриселском аеродрому и ту задржана између једне и две недеље, где им нису били обезбеђени *правна ни социјална помоћ, [...] средства за издржавање, смештај или могућности за прање или спавање [...] место на коме би могли да остварују свој приватни живот, [...] приступ средствима за комуникацију, [...] било каква могућност да затраже да независни екстерни органи преиспитају услове њиховог притвора*. Осим тога, њих двојица су у представци навели да су жртве физичког и психолошког злостављања.

Изводећи закључак о повреди члана 3. ЕСЉП је придао значај следећим факторима:

1. Саопштени основ за смештај у транзитном простору

У предмету **Ријад и Идијаб против Белгије** (представке бр. 29787/03 и 29810/03), ЕСЉП је констатовао чињеницу да је једини разлог због кога су подносиоци представке били смештени у транзитну зону то што нису имали важећу дозволу боравка (став 100) и закључио је да је та чињеница значајна за разматрање начина на који је спроведено решење о притвору.

2. Дужина боравка

У предмету **Ријад и Идијаб против Белгије** (горе) – транзитна зона на Бриселском аеродрому описана је као објект који је пројектован само за краћи боравак и као таква *није била погодна место за држање подносилаца представке у притвору*. Суд је сматрао да рок од **10 дана** представља стандард прихватљи-

ности дужине боравка, уз опаску да је тај простор *потпуно неадекватан за потребе [дуже] боравка* (став 104).

3. Материјални услови у транзитном простору

У предмету **Ријад и Идијаб против Белгије** (горе наведеном) – оцењено је да су услови у транзитном простору били такви да су код подносилаца представке изазвали *осећај усамљености, без икакве могућности да се изађе напоље ради шетње или ради физичке вежбе, без могућности да се организује исхрана или да се ступи у контакт са спољним светом*. У истом том предмету, **животни услови, положај и модалитети задржавања** у транзитној зони, како је описано у представкама те двојице подносилаца и у другим поузданим извештајима, послужили су као средство за „вршење психолошког притиска који је требало да подстакне лица у притвору да оду одатле (да се врате)”, (став 88).

4. Понашање надлежних органа

У предмету **Ријад и Идијаб против Белгије** (види горе) – власти које су биле надлежне за трансфер подносилаца представке (Канцеларија за странце) *нису показале никакву бригу за то да ли они у том простору имају одговарајућу подршку* (став 101), нити су ту бригу показали службеници задужени за интерне провере у транзитној зони (став 101).

Ријад и Идијаб против Белгије

У предмету **Ријад и Идијаб против Белгије** (представке бр. 29787/03 и 29810/03) двојици палестинских избеглица забрањен је улазак у Белгију зато што нису имали визу (ставови 7. и 14). Оба подносиоца представке су изразила **потребу за међународном заштитом** и затражила су да им се призна статус избеглица, изричито саопштивши да ће ако се врате у Либан, бити изложени опасности. Након тога им је, у складу са унутрашњим правом, **наложено да остану у Транзитном центру бр. 127 на Бриселском националном аеродрому** (ставови 9. и 15). Захтеви за азил које су подносиоци представке поднели одбијени су, што је потом и потврђено, упркос њиховим покушајима да ту одлуку правно оспоре (ставови 10–12. и 16–17).

После боравка у транзитној зони, подносиоци представке су смештени у **затворени центар „Мерксплас“** до враћања у земљу из које су дошли.

ЕСЉП је размотрио да ли су усклађени с Конвенцијом услови у транзитној зони на Бриселском националном аеродрому, које су осудила различита белгијска удружења и сами подносиоци представке; њих двојица су у транзитној зони држани 11, односно 15 дана. Подносиоци представке су се жалили да су, с обзиром на материјалне услове и дужину притвора, тиме што су смештени у Центар, била прекршена њихова права по члановима 5,3. и 8. ЕКЉП.

3.3.2.3 Ризици према члановима 3. и 13. услед непостојања процесних правних лекова помоћу којих би се могло оспорити смештање у транзитну зону или материјални услови које лица морају да трпе у том простору

У својој судској пракси у случајевима у којима се бавио држањем тражилаца азила у транзитним зонама да би се обрадили њихови захтеви пре но што им се омогући да ступе на физичку територију државе, ЕСЉП придаје значајну пажњу примерености процесних јемстава предвиђених унутрашњим правом. Суштински је важно да се тражиоцима азила обезбеди одговарајући приступ информацијама, услугама преводиоца, правним саветима и подршци како би се у потпуности остварила њихова права на приступање заштити. Ако таквих јемстава нема, тражиоци азила су лишени могућности да приступе унутрашњем поступку или да делотворно затраже да се задовоље њихове потребе за заштитом.

У горе наведеном предмету *Ријад и Идијаб против Белгије* други подносилац представке није добио никакве информације о томе да **постоји, функционише и где се налази алтернативни смештај која би за њега био примеренија** – центар „ИНАДС“ (став 101), чиме су му заправо ускраћене могућности да приступи том центру.

У предмету *Илијас и Ахмед против Мађарске*, (обрати пажњу, у овом предмету се чека на пресуду Великог већа), ЕСЉП није закључио да је било повреде права када је реч о меритуму представке тих подносилаца на темељу члана 3. (на основу дужине притвора, животних услова и опште непримерености пружених услуга), али је оценио да те тврдње нису очигледно неосноване и да их зато треба помно испитати. ЕСЉП је констатовао да непостојање правног лека у том смислу додатно поткрепљује тврдње подносилаца представке, те је стога пресудио да је био прекршен члан 13. у вези са чланом 3. Стандарде и захтеве да **притвор тражилаца азила** буде у складу са ЕКЉП и другим међународним инструментима размотрићемо у **Другом поглављу**.

3.4 Неформално удаљење (*push-back*) с границе (на копну, у ваздуху и на мору) и забрана уласка

Државе често забрањују странцима да уђу на њихову територију или у сваком случају спречавају њихов улазак примењујући различита средства.

3.4.1 ЕКЉП

У ЕКЉП постоје две засебне одредбе којима се уређује питање неформалног удаљења – (i) забрана колективног протеривања странаца (што сада обухвата и колективно удаљење са границе), која се примењује без обзира на било какав ризик



од злостављања с којим би мигранти могли да се суоче у случају да буду враћени у земљу и (ii) забрана враћања ако ће лице по повратку бити злостављано (начело забране протеривања – *non-refoulement*). То јесу две одвојене одредбе, али се оне понекад преклапају. ЕСЉП је размотрио читав низ околности у којима су поступци које је држава предузела спречили улазак странаца на њену територију, било директном применом силе која је имала за циљ да се мигранти „одгурну“ и удаље од државне границе, било административном забраном да они уђу на њену територију, па су они били фактички приморани да се врате у земљу порекла или у интер-медијарну/транзитну земљу.

Са становишта Конвенције, важност поступака с таквим исходом сагледава се у светлости све израженијег разумевања начела забране протеривања у међународном праву. С обзиром на то да се путеви и кретање миграната мењају, применом Конвенције, па самим тим и деловањем ЕСЉП, све више се развија начело по коме Конвенција треба да представља „живи инструмент“ „тумачен у светлу актуелних услова“. Стога је ЕСЉП у најновијим предметима којима се бавио јасно ставио до знања да природа понашања о коме је у представци реч мора бити преиспитана ако то понашање доноси ризик од присилног враћања или доприноси том ризику.

У предмету *Хоџамбердијев против Русије /Khodzhamberdiyev/*, ЕСЉП је потврдио важност саветодавног мишљења УНХЦР (став 67) о *екстратериторијалној примени обавезе да се забрани протеривање*, где се акти протеривања (*refoulement*) широко дефинишу као „сваки облик присилног измештања, укључујући [...] **неформални трансфер или пребацивање (renditions) и забрану уласка на граници**“. Према томе, различити облици спречавања уласка на територију једне државе релевантни су за Конвенцију. У својој судској пракси ЕСЉП је за следеће мере сматрао да спречавају улазак странаца на територију државе.

3.4.1.1 Неформално удаљење с копнених граница

У предмету *Н. Д. и Н. Т. против Шпаније*, ЕСЉП је разматрао неформално враћање подносилаца представке с граничне оgrade између Марока и шпанске енклаве Мелиље 2014. године. ЕСЉП је испитивао да ли је Шпанија тиме што је спречила подносиоце представке да физички ступе на њену територију остваривала своју надлежност и да ли је потпадала под дејство члана 4. Протокола бр. 4. (**види Пето поглавље претходног Приручника, „Колективна протеривања“**).

Н. Д. и Н. Т. против Шпаније

У предмету *Н. Д. и Н. Т. против Шпаније*, двојица подносилаца представке била су део групе миграната која је покушала да уђе у Шпанију тако што би се попела преко троструке оgrade која дели Мелиљу од Марока. Док су се спуштали низ ограду, подносиоце представке је ухапсила шпанска цивилна гарда (гранична полиција) и вратила их у Мароко, а да претходно није испитала да ли они имају потребу за заштитом и омогућила приступ процесним јемствима, укључујући приступ адвокату или тумачу, преводиоцу.

У том случају веће ЕСЉП је установило да је за питање надлежности безначајно то да ли су подносиоци представке формално ступили на шпанско тле јер их је шпанска Цивилна гарда пресрела, физички задржала и вратила у Мароко, чиме је извршила **ефективну контролу** над њима и утврдило је фактичку надлежност Шпаније у датом питању.³¹ Након што је решио питање надлежности, ЕСЉП је прешао на разматрање тога да ли су у пракси поступци шпанских власти повредили права подносилаца представке, констатујући:

- i. **Пропуст да се обезбеди право подносилаца представке да буду обавештени о поступку који је о њима вођен, што је оцењено као одлучујући чинилац за делотворност правних лекова који су им били на располагању.**³²
- ii. **Немогућност приступа преводиоцу:** сматра се да је то знатно подрило конкретан приступ подносилаца представке поступку за азил и/или делотворном правном леку помоћу кога би могли да оспоре одлуку о враћању.³³
- iii. **Немогућност да делотворно предоче своју ситуацију** услед свега горе наведеног.³⁴

3.4.1.2 Неформално удаљење на мору

У предмету *Хирши Џама и други против Италије*,³⁵ ЕСЉП је изричито утврдио да – под условом да су испуњени одређени услови – неформална удаљења на пучини могу представљати колективно протеривање у смислу ЕКЉП. То је случај када се сматра да држава остварује своју **надлежност**³⁶ над странцима, тј. тамо где држава остварује **трајну и искључиву de jure и de facto контролу** над њима. У предмету *Хирши Џама*, ЕСЉП је утврдио да је та контрола постојала у времену између укрцавања на бродове и предаје либијским властима.³⁷

У предмету *Шарифи и други против Италије и Грчке*,³⁸ ЕСЉП је следио исти приступ који је применио у предмету *Хирши*, у ситуацији у којој се радило о томе да је погранична полиција сместа, без одлагања, вратила у једну италијанску луку 47 миграната који тек што су стигли из Грчке, и то је оцењено као колективно протеривање. ЕСЉП је одбацио примедбу државе Италије да члан 4. Протокола бр. 4. није применљив на случајеве у којима се лицима која су илегално стигла на границу забрањује да

31 Треба нагласити да и о овом случају засад постоји само одлука већа, а предмет је у међувремену достављен на разматрање Великог већу ЕСЉП. Рочиште је одржано у септембру 2108. године. Закључци наведени у Пресуди већа у датом предмету постаће правноснажни онда када и Велико веће донесе одлуку, под условом да задржи исте закључке.

32 *N. D. and N. T. v. Spain*, представке бр. 8675/15 и бр. 8697/15, став 120.

33 *N. D. and N. T. v. Spain*, представке бр. 8675/15 и бр. 8697/15, став 120.

34 *N. D. and N.T.*, претходно наведено у целисти, став 109.

35 *Hirsi Jamaa and Others v. Italy* [Велико веће], Представка бр. 27765/09, 23. фебруар 2012, став 185.

36 ЕСЉП је већ утврдио у предмету *Медведјев и други против Француске* да лица која су заточена на пловном објекту који су на пучини заузеле француске власти током полицијске операције, спадају у француску „надлежност“.

37 ЕСЉП – Основне чињенице о члану 4. Протокола бр. 4.

38 *Sharifi and Others v. Italy and Greece*, представка бр. 16643/09.

уђу на националну територију. **ЕСЉП није сматрао да је нужно да разматра да ли су подносиоци представке враћени након што су ступили на италијанску територију или пре тога** будући да би члан 4. Протокола бр. 4. био применљив и у једној и у другој ситуацији.

3.4.1.3 Забрана уласка путем конфинације

У предмету *Хлаифија и други против Италије*,³⁹ ЕСЉП је размотрио *поступак 'ускраћивања' уласка уз удаљавање*, 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 разматране њихове индивидуалне околности.

Да би ускраћивања или забране уласка били у складу са захтевима који су утврђени у Конвенцији, морају бити испуњени одређени услови. ЕСЉП је у својој судској пракси утврдио да је притом посебно важно следеће:

Када је реч о **могућности да се побије одлука о забрани уласка на територију** неке државе, ЕСЉП је у предмету *Хлаифија* разматрао такву одлуку и потоње задржавање подносилаца представке, прво у центру за притвор, а потом на бродовима, сагласно члану 5. став 4. Конвенције. Утврђено је начело ЕКЉП по коме одлуке које потенцијално утичу на индивидуална права морају поштовати начело правне сигурности и за њих се мора предочити јасан и доступан правни основ, што подносиоцу представке омогућује да предузме мере против такве одлуке. У том предмету ЕСЉП је уочио да у решењима којима се подносиоцима представке забрањује да уђу на територију државе и на основу којих се они потом држе у заточењу на бродовима у луци Палермо *није поменут правни нити фактички основ таквог заточења* [*Хлаифија*, став 97], па је закључио да је била прекршена наведена одредба.

Хлаифија и други против Италије

У предмету *Хлаифија и други против Италије*, ЕСЉП је утврдио да је заточење подносилаца представке у трајању од шест и осам дана на два брода на којима је било смештено 190, односно 150 других миграната, било спроведено на темељу одлуке којом се тим лицима забрањује да уђу на територију, што мора отворити одређена питања по Конвенцији. Иако је одбацио тврдњу подносилаца представке да је заточење на броду отворило и питања аутоматске повреде члана 3, ЕСЉП је установио да је у датом случају био прекршен члан 13. сагледан заједно са чланом 3. Конвенције. Он је такође уочио да су недостаци у смислу процесних јемстава, конкретно **чињеница да подносиоцима представке нису предочене информације о томе да су лишени слободе** [став 95], све њих лишили могућности да помоћу делотворног правног лека оспоре ту меру или да покрену њено преиспитивање.

39 *Khlaifia and Others v. Italy* [Велико веће], представка бр. 16483/12.

3.4.1.4 Зabrana искрцавања

У скоријем предмету *Кебе и други против Украјине* (Представка бр. 12552/12), ЕСЉП се поново позабавио људско-правним аспектом одлуке да се странцима који имају декларисане потребе за међународном заштитом забрани да се искрцају. У том предмету, подносиоцима представке је дозвољено да се на крају састану са својим адвокатом, у присуству граничара, и обавештени су о томе какав је поступак за тражење азила у Украјини [став 20] и они су фактички изразили своју намеру да поднесу захтев за азил и почели су да попуњавају одговарајуће формуларе. Међутим, у том случају **захтев за азил** су одбили сами граничари уз образложење да украјинске власти нису дужне да их приме и да су ти захтеви, будући да се тражиоци азила налазе на страном броду, морали бити предати капетану брода. Услед тога је адвокат замољен да напусти брод, а подносиоцима представке било је забрањено да се искрцају.

У својој процени ЕСЉП је узео у обзир специјалистичке међународне инструменте који постоје за то питање, укључујући Конвенцију УН о праву мора, из 1982. (*UNCLOS*), Конвенцију Међународне поморске организације, Конвенцију о унапређењу међународног поморског саобраћаја (*Fal*), из 1965. године, као и **Смернице УНХЦР о тражиоцима азила који су слепи путници** (став 52), у којој се, између осталог, утврђује да **страни бродови у лукама не могу одобрити азил на броду локалним или страним бегунцима** [...] *Другачије речено, начело екстратериторијалности не примењује се у овој ситуацији и стога се може тврдити да тражиоца азила који је слепи путник треба, у смислу међународне заштите, сматрати лицем које се налази на територији државе чија је лука.*

У закључку можемо рећи да је очигледно како прву и можда најтежу препреку за подносиоце захтева за међународну заштиту представља приступ територији, што је често предуслов за приступ поступцима за одлучивање о азилу. Предмет *Наас и други против Белгије /Nahhas/* (Представка бр. 3599/18), који је тренутно у разматрању пред Великим већем ЕСЉП, отвара питање да ли државе могу у неким околностима имати обавезу да појединцу издају визу која ће му омогућити да уђе на њихову територију ради подношења захтева за међународну заштиту. Параметри приступа територији се непрестано развијају, што ћемо видети и из наредних поглавља.



4. ПРИСТУП ТЕРИТОРИЈИ И ПРОЦЕДУРАМА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

Приступ државној граници и прелазак државне границе у Републици Србији регулисан је Законом о граничној контроли,⁴⁰ у складу са процедурама и принципима утврђеним Стратегијом интегрисаног управљања границом у Републици Србији, која је донета за период од 2017. до 2020.⁴¹ У Стратегији се наглашава да је Законом о министарствима и Законом о полицији Министарство унутрашњих послова одређено као орган државне управе који је надлежан, између осталог, и за послове безбедности државне границе и контролу преласка државне границе. За послове надзора државне границе и послове граничних провера на граничним прелазима, као и компензаторне мере у Републици Србији, надлежна је управа граничне полиције у саставу Дирекције полиције која обавља и послове азила.

4.1 Прелазак државне границе

Закон о граничној контроли дефинише да се државна граница прелази на граничном прелазу са важећом путном исправом или другом исправом прописаном за прелазак државне границе, у радно време граничног прелаза и у складу са међународним уговором (члан 12. став 2). Закон о странцима⁴² такође одређује да се у Републику Србију може ући само са важећом путном исправом у коју је унета виза или одобрење боравка, уколико законом или међународним уговором није другачије одређено (члан 6).

Закон о граничној контроли даље прецизира да послове граничне контроле врши гранична полиција (члан 27. став 2). Полицијски службеник примењује овлашћења на основу овог и других закона (првенствено Закона о полицији), али увек на начин којим се циљ постиже најмање штетним последицама (члан 28. став 1).

У складу са чланом 30. закона, полицијски службеници, у примени својих овлашћења, поступају поштујући следећа начела:

- непристрасност;
- једнакост и забрана дискриминације;
- хуманост;
- поштовање достојанства и части и угледа лица;
- поштовање људских права и слобода;
- давање предности правима угроженог у односу на иста права лица које та права угрожава и водећи рачуна о правима трећих лица.

40 „Сл. гласник РС”, бр. 24/18.

41 „Сл. гласник РС”, бр. 9/17.

42 „Сл. гласник РС”, бр. 24/18.

Принцип једнакости и забране дискриминације посебно наглашава и Закон о полицији,⁴³ који признаје и остале наведене принципе у члану 67. а предвиђа и да ће полицијски службеник приликом примене полицијских овлашћења, на захтев лица према коме се овлашћење примењује, омогућити пружање медицинске помоћи од стране здравствене установе.

Ови принципи требало би да обезбеде једнак третман и хумано поступање према свим мигрантима која желе да приступе територији Републике Србије.

Прелазак на граничном прелазу

Гранични прелаз је дефинисан Законом о граничној контроли као место које је одређено за прелазак државне границе у свим видовима саобраћаја – друмском, железничком, ваздушном и воденом (члан 15. став 1). Гранични прелаз може бити: 1) стални (место одређено за прелазак државне границе у току целе године); 2) сезонски (прелаз отворен у одређеном периоду године); и 3) привремени (место које је само привремено одређено за прелазак државне границе).

Да би се граница прешла ван граничног прелаза, утврђеног радног времена и начина преласка, потребно је гранично одобрење, као и одобрење надлежног органа суседне државе, а само онда када постоји оправдани интерес, или је то прописано међународним уговором (члан 13. став 1).

Гранично одобрење се неће издати уколико би прелазак државне границе негативно утицао на спровођење граничне контроле и безбедност државне границе (члан 13. став 3).

Гранично одобрење се издаје са роком важења до једне године, а може се одузети у случају злоупотребе или престанка разлога због којих је дато (члан 13. ставови 4. и 5).

Прелазак ван граничног прелаза

До преласка државне границе може доћи и ван граничног прелаза и утврђеног радног времена, уколико то узрокује елементарна непогода (пожари, поплаве, земљотрес или друге непредвиђене непогоде). Ако је елементарна непогода разлог преласка границе, она се може прећи у било које време и на било ком месту, али су лица дужна да без одлагања о томе обавесте полицију (члан 14. став 2).

4.2 Гранична провера

Током граничне провере на граничном прелазу, полицијски службеник има овлашћење да, између осталог, изврши увид у путне исправе лица које прелази државну границу, да провери или утврди његов идентитет, узме отиске прстију и дланова и друге биометријске податке, а проверава и да ли лице испуњава услове за улазак

43 „Сл. гласник РС”, бр. 6/16, 24/18.

у Републику Србију (члан 40). Истовремено, лица за које постоје основи сумње да могу угрозити безбедност државне границе, јавну безбедност, јавни поредак и јавно здравље могу бити подвргнута детаљној граничној контроли, али се лице мора обавестити о разлогу, сврси и поступку те провере (члан 41). Закон даље прописује да ће полицијски службеници вршити детаљне граничне провере и ван подручја граничног прелаза на територији Републике Србије, на основу анализе ризика угрожености безбедности граница, а у циљу откривања и расветљавања кривичних дела и прекршаја из области прекограничног криминала и ирегуларних миграција (члан 66).

Граничну контролу предвиђа и Закон о странцима, која се одређује као контрола лица и путних исправа, контрола превозног средства и контрола ствари које се врше на подручју граничног прелаза у вези са намеравањем преласком државне границе или непосредно након што је извршен прелазак државне границе и друге контроле (члан 3. став 1. тач. 7).

4.3 Улазак на територију

Закон о странцима у члану 3. став 1. тач. 5. дефинише шта се подразумева под "уласком" на територију Републике Србије. По закону, у питању је "долазак странца на територију Републике Србије, који је одобрен од стране граничне полиције, преласком преко државне границе, односно граничног прелаза на коме се обавља гранична контрола." Посебно је важно истаћи да се по закону задржавање странаца у транзитном простору аеродрома, сидришту пристаништа или луке не сматра уласком у Републику Србију. Међутим, зависно од тога како ће ова дефиниција бити примењивана у пракси, може доћи до одступања од релевантне међународне праксе, пошто се лице које се налази у транзитној зони аеродрома свакако налази под јурисдикцијом државе и она је одговорна за поступање којем је изложено. То истовремено значи и да ће држава бити одговорна уколико лицу у транзитној зони не омогући приступ процедури азила, а касније се утврди да је у питању особа која завређује међународну заштиту. Ово питање је од нарочитог значаја јер су већ забележени случајеви ограниченог приступа поступку азила у транзитној зони аеродрома.⁴⁴

Незаконит улазак

Закон о странцима у члану 14. дефинише и шта се подразумева под незаконитим уласком на територију Републике Србије. У питању је улазак: 1) ван места одређеног за прелазак државне границе; 2) избегавање граничне контроле; 3) без путне исправе или друге исправе која служи за прелазак државне границе; 4) уз употребу

⁴⁴ Видети Београдски центар за људска права, Право на азил у Републици Србији 2016, Београд, 2017, стр. 31–33; Београдски центар за људска права, Право на азил у Републици Србији 2017, Београд, 2018, стр.30–32; Београдски центар за људска права, Право на азил у Републици Србији, Извештај за период април-јун 2018, стр. 7–9, доступно на <http://azil.rs/en/reports/>.

туђе, неважеће, односно лажне путне или друге исправе; 5) уз давање неистинитих података граничној полицији; 6) за време заштитне мере удаљења или мере безбедности протеривања странца, односно мере забране уласка. Закон у члану 14. став 2. по први пут изричито забрањује помагање или покушај помагања странцу да незаконито уђе у Републику Србију. Ово помагање ће бити противзаконито осим ако се не односи на помагање ради спасавања живота, спречавања озлеђивања, пружања хитне медицинске помоћи, пружања хуманитарне помоћи, помагања из хуманитарних разлога, без намере да се спречи или одложи принудно удаљење странца.

Одбијање уласка

Закон о странцима у члану 15. наводи због којих разлога је могуће одбити странцу улазак у земљу. До тога може доћи у следећим ситуацијама: 1) странац нема важећу путну исправу или визу, уколико је потребна; 2) странац нема довољно средстава за издржавање за време боравка у Републици Србији, за повратак у државу порекла или транзит у другу државу, или му на други начин није обезбеђено издржавање за време боравка у Републици Србији; 3) странац је у транзиту, а не испуњава услове за улазак у другу државу транзита или државу крајње дестинације; 4) странцу је на снази заштитна мера удаљења, мера безбедности протеривања странца, односно забрана уласка у Републику Србију; 5) странац нема потврду о вакцинисању или други доказ да није оболео, а долази са подручја захваћеног епидемијом заразних болести; 6) странац нема путно здравствено осигурање за период за који намерава да борави у Републици Србији; 7) то захтевају разлози заштите безбедности Републике Србије и њених грађана; 8) утврди се да у вези са уласком и боравком странаца на територији Републике Србије постоји негативна процена безбедносног ризика; 9) то представља обавезу Републике Србије у вези са спровођењем међународних мера ограничавања; 10) утврди се да странац користи фалсификована документа; 11) странац је већ боравио у Републици Србији 90 дана током 180 дана, уколико међународним уговором није другачије одређено, осим ако се ради о странцу који има визу за дужи боравак (визу Д) или одобрени привремени боравак; 12) постоји оправдана сумња да боравак неће користити у намеравану сврху; 13) постоји оправдана сумња да неће напустити Републику Србију пре истека рока важења визе, односно ако постоји могућност незаконите миграције по уласку у Републику Србију.

Улазак се одбија путем одлуке о одбијању уласка издате на прописаном обрасцу у коме се наводе разлози одбијања уласка и то се уписује у путну исправу странца. Само изузетно, странцу за кога се утврди да постоје неке од горе поменутих сметњи, може се одобрити улазак у Републику Србију, уколико за то постоје хуманитарни разлози, интерес Републике Србије или то налажу међународне обавезе Републике Србије. Улазак се одобрава путем одлуке о одобрењу уласка издате на прописаном обрасцу у којој се наводи разлог уласка, место и адреса смештаја у Републици Србији, време у коме странац може законито боравити у Републици Србији и гранични прелаз на коме странац мора изаћи из Републике Србије. Провера услова и процена ризика регулисана је чланом 9. Закона о странцима.

Закон о азилу и привременој заштити⁴⁵ не уређује питање уласка на територију. Ипак, нови закон јасно наглашава у члану 4. да право да изрази намеру да поднесе захтев за азил, као и да поднесе захтев за азил у Републици Србији, има само странац који се налази на територији Републике Србије. Управо због овакве формулације, важно је нагласити да се сматра да се лице налази на територији Републике Србије, односно под јурисдикцијом државе, и када се налази у транзитној зони аеродрома. Супротно тумачење довело би до кршења релевантних међународних стандарда.

Закон прописује и неколико принципа релевантних за вођење поступка за добијање азила, али је посебно важно поменути два начела: *начело недискриминације* (члан 7) и *начело некажњавања за незаконит улазак или боравак* (члан 8).

Тако члан 8. прописује следеће:

“Странац неће бити кажњен за незаконит улазак или боравак у Републици Србији ако без одлагања изрази намеру да поднесе захтев за азил и пружи ваљано образложење за свој незаконит улазак или боравак.”

Овај члан подразумева да судије за прекршаје неће кажњавати тражиоце азила који буду приведени због незаконитог уласка на територију Републике Србије и омогућиће им приступ процедури азила када процене да се ради о лицу које завређује међународну заштиту, или оно изрази намеру да тражи азил у Републици Србији.⁴⁶

Нови закон посебно наглашава да се изражавање намере да се тражи азил чини већ приликом граничне контроле, или на самој територији државе, а само изузетно у објекту које је одређено за смештај странца. Тиме се тражи да странац већ на граничној контроли изрази намеру да тражи азил, чиме се квалификује за статус тражиоца азила, како би му се обезбедио приступ територији и процедури азила.

Члан 35. Закона о азилу и привременој заштити

„Приликом граничне контроле на уласку у Републику Србију или на територији Републике Србије, странац може усменим или писменим путем, пред овлашћеним полицијским службеником Министарства изразити намеру да поднесе захтев за азил.

Изузетно, странац намеру да поднесе захтев може изразити и у центру за азил, у другом објекту одређеном за смештај тражилаца, из члана 51. овог закона, као и прихватилишту за странце.”

Када странац изрази намеру да поднесе захтев за азил, он се одмах након тога упућује у центар за азил или у други објекат који је одређен за смештај тражилаца, у који се мора јавити у року од 72 сата од момента када му је издата потврда о регистрацији. Статус тражиоца азила по закону стиче оног тренутка када поднесе захтев за азил на територији Републике Србије и ужива га све до тренутка док се не донесе

45 „Сл. гласник РС”, бр. 24/18.

46 Више о обезбеђењу процедури азила у прекршајном поступку видети Београдски центар за људска права, *Право на азил у Републици Србији* 2016, Београд, 2017, стр. 34-35, Београдски центар за људска права, *Право на азил у Републици Србији* 2017, Београд, 2018, стр. 27.

правноснажна одлука (члан 4. став 1. тач. 4). Странцу се по закону мора омогућити и приступ поступку азила уколико се налази у прихватилишту за странце.⁴⁷

Законом се први пут уводи и поступак на граници или у транзитном простору, а који је уређен чланом 41. Закона о азилу и привременој заштити.

Члан 41. Закона о азилу и привременој заштити:

„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 уручења одлуке.”

Другим речима, члан 41. Закона о азилу и привременој заштити предвиђа могућност да се поступак за добијање азила у целини спроведе на граничном прелазу или у транзитном простору ваздушних лука и лука унутрашњих вода. На овај начин је поступак за добијање азила усклађен са Директивом 2013/32/EУ

⁴⁷ О пракси у погледу приступа поступку азила у Прихватилишту за странце видети Београдски центар за људска права, *Право на азил у Републици Србији* 2016, Београд, 2017, стр. 33- 34; Београдски центар за људска права, *Право на азил у Републици Србији* 2017, Београд, 2018, стр. 33.



ПОГЛАВЉЕ

ЛИШЕЊЕ СЛОБОДЕ И
ОГРАНИЧЕЊА СЛОБОДЕ КРЕТАЊА
ПРЕМА ЕКЉП И ДРУГИМ
МЕЂУНАРОДНИМ
ИНСТРУМЕНТИМА ИЗ ОБЛАСТИ
ЗАШТИТЕ ЉУДСКИХ ПРАВА

УВОД

Ограничавање слободе кретања тражилаца азила или лица којима је потребна заштита, или њихово лишавање слободе кроз различите видове притвора, представља суштински проблематичан аспект управљања миграцијама. Као што је назначено на почетку овог приручника, притвор је само једна од многих мера које државе могу да примене како би контролисале прилив миграната и спречиле да на њихову територију уђу странци пре него што им се реши статус и основ на коме они желе да уђу у земљу. У том смислу, притвор, односно лишење слободе представља привремено ограничење кретања тражилаца азила и миграната, које није забрањено у апсолутном смислу, али је, с обзиром на рањивост и потребе за заштитом које карактеришу учеснике тих миграционих кретања, примена те мере строго уређена инструментима који се на међународном, регионалном и локалном нивоу баве заштитом људских права и питањем миграција.

У овом поглављу ћемо се позабавити стандардима којима се регулише могућност државних органа да примењују мере којима мигранти бивају лишени слободе или им се ограничава слобода кретања. Пошто се пракса држава у том домену разликује, те мере се могу спроводити у званичним центрима за притвор или на другим локацијама на којима се налазе притворски центри или објекти који су прилагођени конкретним потребама таквих центара. Слично томе, и **полицијске станице, бродови, луке, пунктови за искрцавање, погранични пунктови и транзитне зоне** могу се користити на начин услед кога се отварају питања у области права на слободу кретања и права на слободу и безбедност.

Члан 5. и члан 2. Протокола бр. 4. уз ЕКЉП ближе уређују права на која се односе горе описане мере, пружајући суштинска јемства од понашања које представља мешање у та права. ЕСЉП је у неколико предмета које је имао пред собом разматрао ограничења наметнута азилантима управо са становишта тих двеју одредаба и разрадио је важне стандарде у вези с тим питањем. Такође разни инструменти регионалног и међународног права пружају важан увид у ту тему – слободу кретања или укупну слободу – којом се и сам ЕСЉП често бави у својој судској пракси.

У овом поглављу ћемо различито третирати две горе описане мере - **ограничење слободе кретања** и **лишење слободе** - истичући карактеристичне одлике и специфичне разлике међу њима и сагледавајући их у различитим контекстима, као и са становишта различитих правних инструмената.

1. ЛИШЕЊЕ СЛОБОДЕ И ОГРАНИЧЕЊЕ СЛОБОДЕ КРЕТАЊА

1.1 Општа начела према ЕКЉП – лишење слободе према ограничењу кретања

Члан 5. ЕКЉП штити слободу и безбедност лица и утврђује јемства која се примењују на појединце који се налазе у притвору. У том члану се изричито помињу одређени услови у којима се може наложити да се притворе странци и наводи се који се заштитни механизми у том случају примењују. Списак утврђен у члану 5. став 1. тачке а–ф је исцрпан. Лишење слободе је законито само онда ако се та мера доноси у конкретне сврхе, а то се мора рестриктивно тумачити. Сврха мора бити утврђена. Лишење слободе које није уведено с јасно утврђеном сврхом, како је то назначено у **члану 5. став 1. тачке а–ф**, аутоматски је незаконито.⁴⁸

ЧЛАН 5. – Право на слободу и безбедност

1. Свако има право на слободу и безбедност личности. Нико не може бити лишен слободе осим у следећим случајевима и у складу са законом прописаним поступком... **ф) У случају законитог хапшења или лишења слободе 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 лишен слободе има право да покрене поступак у коме ће суд хитно испитати законитост лишења слободе и наложити да буде пуштен на слободу ако је лишен слободе незаконито.

С правилом утврђеним у члану 5. повезано је, али је и одвојено, што је важно, правило утврђено у члану 2. Протокола бр. 4, којим су утврђена јемства за права појединца подвргнутог **ограничењу слободе кретања**. У релевантном делу тај члан гласи како следи:

1. Свако ко се **законито налази на територији** једне државе има, на тој територији, право на слободу кретања и слободу избора боравишта.
2. Свако је слободан да напусти било коју земљу, укључујући и сопствену.
3. Никаква ограничења не могу се поставити у односу на вршење тих права сем оних која су у складу са законом и која су неопходна у демократском друштву у интересу националне безбедности или јавне сигурности, ради очувања јавног

⁴⁸ Мол, Нуала; Мередит, Кетрин, „Азил и [ЕКЉП]” стр. 143 (Mole, Nuala; Meredith, Catherine, Asylum and the [ECHR], p. 143).

поретка, за спречавање криминала, за заштиту здравља или морала или ради заштите права и слобода других.

4. *Права из става 1. могу се, такође, у извесним областима подвргнути ограничењима која су уведена у складу са законом и оправдана јавним интересом у демократском друштву.*

Опште је прихваћено начело у судској пракси ЕСЉП (*Хлаифија и други против Италије*,⁴⁹ став 64) да је суштинска разлика између двеју наведених одредаба **само разлика у интензитету, а не у природи или суштини** услед чега ће ЕСЉП размотрити предочени случај са становишта једне или друге одредбе на основу посебних околности сваког предмета, узимајући у обзир низ утврђених критеријума који обухватају *врсту, дужину, последице и начин спровођења мере о којој је реч* (*Хлаифија уз позивање на Пресуду у предмету Амур против Француске*, став 42). Предмет **Гуцарди против Италије** /Guzzardi/ кључни је пример из кога се види како ЕСЉП на различите начине приступа ограничењу слободе кретања и лишењу слободе:

Гуцарди против Италије

У предмету **Гуцарди против Италије**, један италијански држављанин је 1972. године оптужен и није осуђен све до 1979. године. У међувремену је боравио у истражном притвору у програму „принудног боравка“ на острву Азинара. На острву је стално живело 200 људи и оно је највећим делом представљало један велики острвски затвор. Подносиоцу представке је било дозвољено да се креће на сасвим малом делу острва. У том предмету постојало је неколико важних чинилаца: подносилац представке је највећи део времена проводио у друштву осталих „становника“, није му било дозвољено да одлази у град у коме је живела обична популација, имао је сасвим мало могућности за друштвене контакте осим посета својих најближих рођака или осталих становника који су тамо принудно боравили, био је непрестано под надзором, морао је два пута дневно да се јавља у полицијску станицу и била му је потребна дозвола власти за било какву комуникацију са спољним светом или посету неког из спољног света. У том смислу, иако он није био формално затвореник, та мера се није могла сматрати пуким ограничењем кретања, већ је закључено да представља лишење слободе и да као таква, будући да за њу није било дато тражено образложење, представља повреду члана 5. став 1.

Нешто скорије ЕСЉП је разматрао предмет **Де Томазо против Италије**.⁵⁰

У предмету **Де Томазо против Италије**, један италијански држављанин је две године држан под посебним надзором на основу одлуке Окружног суда у Барију због тога што је раније био осуђиван и што је у датом тренутку наводно представљао претњу. Подносилац представке се између осталог позвао на члан 5. Конвенције и члан 2. Протокола бр. 4, притужујући се да је превентивна мера која му је изречена била произвољна и да је трајала прекомерно. Велико веће је прво установило да обавезе које су наметнуте Де Томазу нису представљале лишење слободе у смислу члана 5. став 1. Конвенције, већ само ограничење слободе кретања. У том смислу

⁴⁹ *Khlaifia and Others v Italy*, Представка бр. 16483/12.

⁵⁰ *De Tommaso v Italy*, Представка бр. 43395/09.

Велико веће је једногласно закључило да је у датом случају био прекршен члан 2. Протокола бр. 4. због тога што закон који је у датом случају примењен није био у довољној мери предвидљив. Закон је судовима пружио широко поље слободног одлучивања, а да није у довољној мери јасно назначио границе или начин на који се то слободно одлучивање може спровести. Изрицање превентивних мера није било у довољној мери предвидљиво, нити је било пропраћено одговарајућим механизмима заштите од различитих могућих злоупотреба, те стога закон није испунио стандарде предвидљивости који су установљени у судској пракси ЕСЉП.

Међутим, треба нагласити да наспрот члану 5. став 1. тачка (ф), Протокол утврђује додатни услов за применљивост јемстава у области ограничења слободе кретања јер се наводи да та јемства важе за она лица која се „**законито**“ налазе на територији државе. То је отворило извештан број питања у вези с тражиоцима азила и мигрантима који су незаконито ступили на територију неке државе и стога можда немају прописан имиграциони статус. Посебно у случају избеглица, на ту тешкоћу је изричито указао УНХЦР, који је у својим Ревидираним смерницама истакао да су „[...] тражиоци азила често приморани да дођу или ступе на територију илегално”.⁵¹

Не постоји консензус о томе да ли „тражиоци азила” који нису званично поднели захтев за азил могу да се сматрају лицима која се законито налазе на територији, иако се чини да је прихваћено да се она лица која су поднела такав захтев могу за неке сврхе сматрати законито присутнима.⁵² Међутим, у предмету *Саади против Уједињеног краљевства* закључено је да лице које још није добило право да ступи на територију може бити притворено да би се спречио његов неовлашћени улазак.⁵³

Тражиоци азила се могу наћи у притвору или им могу бити наметнута тешка ограничења слободе кретања у многим околностима, посебно у контексту масовног прилива и мешовитих миграционих токова. Мере којима се мигранти лишвају слободе и/или слободе кретања на основама које се по ЕКЉП сматрају прихватљивима, државе користе у остваривању својих права у вези са управљањем миграцијама и контролом миграција и оне могу бити примењене у различитим фазама индивидуалних искустава миграната и у широком спектру различитих физичких локација.

ЕСЉП изричито признаје таква права државе у склопу ширег права на контролу уласка странаца на територију државе и на „спречавање незаконите имиграције”.⁵⁴

51 УНХЦР, Ревидиране смернице за прихватљиве критеријуме и стандарде у вези с притварањем тражилаца азила, 1999. (UNHCR Revised Guidelines on Applicable Criteria and Standards Relating to the Detention of Asylum Seekers).

52 Волфе, Тара, „Притвор тражилаца азила у Европи”. Магистарска теза из међународног права, Универзитет Бристол 41 (2012) / “The Detention of Asylum Seekers in Europe.” у којој се цитира Хатавеј Џ., *Права избеглица према међународном праву* Кембриџ Университи Прес 2005, стр. 417 / *The Rights of Refugees under International Law*) и високи комесар УН за избеглице (2011б), „Повратак основама: Право на слободу и безбедност лица и ‘алтернативни начини притвора’ избеглица, тражилаца азила, лица без држављанства и других миграната”, (Back to Basics: The Right to Liberty and Security of Person and ‘Alternatives to Detention’ of Refugees, Asylum-Seekers, Stateless Persons and Other Migrants), април 2011, PPLA/2011/01.Rev.1.

53 *Saadi v. United Kingdom*, Представка бр. 13229/03, ставови 65–66.

54 *M. S. S. v. Belgium and Greece*, Представка бр. 30696/09, Пресуда Великог већа од 21. јануара 2011, ставови 216–218.

ЕСЉП изричито допушта да се користе мере којима се странци лишавају слободе и/или слободе кретања као средство којим државе остварују то своје право. Међутим, ЕСЉП такође утврђује границе остваривања тог права, на пример оне које проистичу из обавезе држава да поштују основна права и слободе свих лица која би могла бити погођена остваривањем контроле миграција и управљања миграцијама.⁵⁵ Када је реч о притварању миграната и ограничењима слободе кретања странаца, ЕСЉП утврђује да су те мере допустиве ако су „пропраћене одговарајућим механизмима заштите за лица на која се односе и ако су донете у складу с „међународним обавезама држава“. Када се ради о појединцима који имају потребу за међународном заштитом, треба посебно обратити пажњу на обавезе држава по „Женевској конвенцији о статусу избеглица из 1951. године“, између осталих инструмената, како би се осигурало да притвор и друге мере којима се ограничава слобода кретања странаца не лише тражиоце азила права на заштиту која им ти инструменти пружају.⁵⁶

Чланови 5. и 2. Протокола бр. 4. не праве изричиту разлику између поткатогија миграната на које се те мере односе. Механизми заштите и захтеви који се конкретно примењују на одређене групе морају бити изведени из тих двеју одредаба сагледаних у вези с приступом ЕСЉП конкретном положају тих група, онако како је тај приступ развијен у релевантној судској пракси. Када се ради о **тражиоцима азила и лицима која имају потребу за међународном заштитом** ЕСЉП је утврдио у својој јуриспруденцији да се они квалификују као припадници рањивих група у смислу Конвенције и стога имају право на посебне механизме заштите. Када су тражиоци азила додатно рањиви због личних околности у којима се налазе, као што су, између осталог, њихов узраст, пол, психичко или физичко стање, онда се њихова укупна рањивост појачава и они добијају додатна јемства.

ЕСЉП је у неколико предмета разматрао положај тражилаца азила у притвору, посебно наглашавајући јемства на која они имају право због своје инхерентне рањивости и правећи разлику између њиховог положаја и положаја илегалних миграната у притвору. Конкретни стандарди који важе за тражиоце азила у притвору биће ближе размотрени у даљем тексту, када ћемо испитати различите аспекте који су уређени Конвенцијом.

1.2 Европски комитет за спречавање мучења и нечовечног или понижавајућег поступања или кажњавања

Међу инструментима Савета Европе и другим збиркама прописа, мора се размотрити и специјализовани Европски комитет за спречавање мучења и нечовечног или

55 *Amuur v. France*, Представка бр. 19776/92, став 41; УНХЦР – Приручник о заштити избеглица и ЕКЉП (UNHCR Manual on Refugee Protection and the ECHR).

56 Основне чињенице о ЕКЉП – Мигранти у притвору (ECHR Factsheet – Migrants in detention) – април 2018, *M. S. S. v. Belgium and Greece*, Представка бр. 30696/09, Пресуда Великог већа од 21. јануара 2011, ставови 216–218.

понижавајућег поступања или кажњавања (*СРТ*). *СРТ* има правни основ у Европској конвенцији о спречавању мучења и нечовечног или понижавајућег поступања или кажњавања, која је ступила на снагу у фебруару 1989. године. Њоме је дозвољено *СРТ*-у да посети сва „места притвора“ у свакој држави чланици Савета Европе. *СРТ* не доноси закључке о повредама члана 3. ЕКЉП, већ само извештава о томе шта је уочио за време посете. *СРТ* такође доноси опште стандарде који су веома важни, али нису правно обавезујући.

СРТ се нашироко бавио појавом праксе имиграционог притвора, израђујући стандарде и износећи запажања како у контексту анализа постојећих стандарда и начела, тако и у контексту теренских посета притворима у државама чланицама Савета Европе.

Законски облик имиграционог притвора

Комитет дефинише имиграциони притвор као меру којом се странац лишава слободе у контексту „(наводне) повреде закона о странцима, као што је илегални улазак у земљу или илегални боравак у њој“. Као што је поменуто у уводу овог поглавља, Комитет примећује да се имиграциони притвор одређује као **административна** мера „у већини земаља чланица Савета Европе“.

Циљ имиграционог притвора

Наведено запажање додатно потврђује чињеницу да се имиграциони притвор суштински разликује од кривичног притвора будући да је његова сврха **контрола и спречавање илегалног кретања**.

Мигранти који се налазе у притвору или којима је слобода кретања привремено ограничена уобичајено потпадају под правни режим који се разликује од правног режима којим се уређује кривични притвор после изрицања осуђујуће пресуде. Та разлика проистиче из чињенице да циљ имиграционог притвора није постизање ефекта одвраћања ни казног ефекта, већ се уводи само да би се лакше утврдио имиграциони статус лица пре но што им се изда дозвола за улазак у земљу или док се не изврши одлука о депортацији. У том смислу, Комитет изричито наводи:

[...] имиграциони притвор **не сме бити казни по свом карактеру**: он није ни санкција ни казна. Стога лицима која се налазе у имиграционом притвору треба обезбедити и режим боравка и материјалне услове који су примерени њиховом правном положају.

Имиграциони притвор као „последња мера“

С обзиром на сврху којој служи и имајући на уму уочена негативна дејства те мере, примена имиграционог притвора мора бити у складу с начелом „последње мере“, што значи да се за имиграционим притвором посеже само онда када је утврђено и проверено да не постоји ниједна алтернативна мера која је мање интрузивна, а којом би се могао постићи исти циљ. У том смислу, Комитет примећује следеће:

[...] Лишење слободе илегалних миграната **не сме бити ни произвољна, ни аутоматска последица (наводне) повреде закона о странцима**, али његова примена треба да буде **изузетна, сразмерна** и, следствено томе, треба да представља **индивидуалну меру** која је неопходна да би се спречила незаконита имиграција.

Том формулацијом Комитет је саопштио да **аутоматско или опште примењивање** мере имиграционог притвора представља *prima facie* кршење основних стандарда људских права.

1.3 Међународни стандарди које су утврдила тела Уједињених нација

Заштита индивидуалних слобода и безбедности од произвољног и непримереног мешања један је од стубова заштите људских права у неколико међународних и регионалних инструмената и односи се како на држављане, тако и на оне који нису држављани. **Међународни пакт о грађанским и политичким правима** (ПГП), у члану 9. став 1. утврђује: „Свако има право на слободу и личну безбедност. Нико не може бити самовољно ухапшен или притворен.“⁵⁷

У свом Општем коментару бр. 8 о „хуманом поступању према лицима лишеним слободе“ Комитет за људска права УН – тело задужено за надзор над применом Пакта и за тумачење његовог значења – саопштио је да се тај инструмент примењује на имиграциони притвор.

Сличне одредбе налазимо у **Међународној конвенцији о заштити права свих радника миграната и чланова њихових породица** (чланови 16. и 17), као и у Конвенцији УН о правима детета (члан 37). Када је реч о људским правима деце у контексту међународних миграција, такође се мора узети у обзир Заједнички општи коментар бр. 3. и 4, који је објавио Комитет УН за заштиту права свих радника миграната и чланова њихових породица (СМВ) 2017 године.⁵⁸

Правила и јемства која се односе на лишење слободе могу се наћи и у **Конвенцији против мучења и других свирепих, нехуманих или понижавајућих казни или поступака**,⁵⁹ чланови 10. и 11, као и у **Опционом протоколу** уз њу (чланови 4, 12,

57 Пакт и одговарајућа јуриспруденција Комитета у предмету *A. и Ц. против Аустралије* изричито се помињу у ставу 31. Пресуде у предмету *Saadi v UK*.

58 Комитет УН за заштиту права свих радника миграната и чланова њихових породица, Заједнички општи коментар бр. 3 (2017) Комитета за заштиту права свих радника миграната и чланова њихових породица и бр. 22 (2017) Комитета за права детета о општим начелима у вези с људским правима деце у контексту међународних миграција; Комитет УН за заштиту права свих радника миграната и чланова њихових породица, Заједнички општи коментар бр. 4 (2017) Комитета за заштиту права свих радника миграната и чланова њихових породица и бр. 23 (2017) Комитета за права детета о обавезама држава у вези с људским правима деце у контексту међународних миграција у земљама порекла, транзитним земљама, одреденим земљама и земљама враћања.

59 Генерална скупштина УН, Конвенција против мучења и других свирепих, нехуманих или понижавајућих казни или поступака, 10. децембар 1984, Уједињене нације, Збирка уговора, том 1465, стр. 85.

14, 19. и 20)),⁶⁰ где стоји да Комитету, који надзире спровођење Конвенције, треба, између осталих овлашћења, дозволити и да посећује притворске објекте и обезбедити му приступ релевантним информацијама.

Међународни пакт о грађанским и политичким правима утврђује засебну заштиту права на слободу кретања, што је уређено чланом 12, и пружа је онима који се „законито налазе на територији“ државе.⁶¹ Као што је констатовао сам ЕСЉП, Комитет за људска права изричито наводи да лица која су поднела захтев за азил спадају у ту категорију.⁶² У својој пракси везаној за то питање Комитет за људска права УН је доносио различите одлуке и заузимао ставове о произвољном притвору тражилаца азила.

Ц. против Аустралије

У предмету **Ц. против Аустралије**,⁶³ Комитет за људска права се суочио с питањем да ли је депортационим притвором једног иранског држављанина у Аустралији била прекршена одредба о заштити од произвољног лишења слободе која је утврђена Међународним пактом о грађанским и политичким правима. Тај ирански држављанин је био у притвору од 1992. до 1998. године. Оболео је од тешког менталног поремећаја – параноидне шизофреније – услед боравка у притвору и на крају је због тога и пуштен на слободу. Пре но што је пуштен на слободу, обавештен је да министар није овлашћен да га ослободи ни на који други начин према важећем законодавству. Комитет је утврдио да то што уопште не постоје дискрециона овлашћења власти за преиспитивање притвора и даље оправдавање тог притвора нужно значи да је та зајемчена заштита била прекршена. Требало је да притвореник има могућност да пред судом покрене поступак којим ће побити законитост свог притвора. Исто тако, Комитет је установио да држава није показала да, с обзиром на тешко ментално стање притвореника, не постоје у мањој мери инвазивни начини за остваривање депортације. Оцењено је да је и то било произвољно и незаконито мешање у право тог лица на слободу.

А. против Аустралије

У предмету **А. против Аустралије**,⁶⁴ Комитет за људска права је стао на становиште да је притварање камбоџанског тражиоца азила до депортације било произвољно. Он је првобитно лишен слободе у Новом Јужном Велсу, а потом је након што је одбачен његов први захтев за азил, пребачен на Северне Територије. Одатле је пребачен још 2.000 километара даље у Западну Аустралију. Свеукупно у притвору је провео четири године. Комитет се није сложио с тим што одлука о његовом притварању није била образложена. Утврдио је да држава потписница није предочила никакав основ који би био специфичан за случај тог подносиоца и којим би се могло оправдати то што је он задржан у притвору четири године, током којих је пребациван

60 Генерална скупштина УН, Опциони протокол уз Конвенцију против мучења и других свирепих, нехуманих или понижавајућих казни и поступака, 9. јануар 2003, А/RES/57/199.

61 Члан 12. став 1. ПГП: *Свако ко се законито налази на територији једне државе има право да се у њој слободно креће и слободно изабере своје место боравка.*

62 *Saadi v. UK*, Представка бр. 13229/03, став 32: *Лице које је прописно поднело захтев за азил сматра се лицем које се законито налази на територији једне државе* (види *Celepi v. Sweden*, Саопштење бр. 456/1991, ССРР/С/51/Д/456/1991).

63 *C. v. Australia*, Саопштење бр. 900/1999, ССРР/С/76/Д/900/1999.

64 *A. v. Australia*, Саопштење бр. 560/1993.

из једног у други притворски центар. Осим тога, унутрашње право није дозвољавало да се „одређена лица“ пусте из депортационог притвора – а подносилац представке је спадао у ту категорију. Комитет је констатовао да та карактеристика унутрашњег права ограничава способност суда да одлучи да ли је подносилац представке заиста „одређено лице“, услед чега је суд лишен могућности практичне и делотворне контроле. Комитет је у том смислу закључио да је било повређено и подносиочево право да пред судом оспори свој притвор.

2. ТРАЖИОЦИ АЗИЛА У ПРИТВОРУ

Тражиоци азила и људи који имају потребу за међународном заштитом могу се у различитим околностима наћи у ситуацији да им је ограничена општа слобода и слобода кретања. Мигранти с таквим потребама на плану заштите могу бити изложени дејству тих мера зато што се сматрају илегалним мигрантима или зато што њихове конкретне потребе и рањивост нису ваљано процењени.⁶⁵ Тражиоци азила могу бити притворени **одмах пошто кроче у земљу** или касније, зависно од миграционих искустава која државе имају.

То може бити последица околности у којима су их државни органи лишили слободе, што се често догађа у контексту нереди на граничном прелазу, уз кратке законске рокове и неадекватна процесна јемства и информације које добију. У том контексту, поступање према мигрантским групама по кратком поступку може довести до тога да тражиоцима азила не буду дата ни средства ни време да изразе своје потребе за заштитом чим се за то укаже прилика. Међутим, тешкоће тражилаца азила које искрсавају када прелазе границу и улазе у неку земљу никада не би смеле да утичу на њихово право да изразе своје потребе за заштитом; та иста права морају бити обезбеђена и лицима која се налазе у притвору.

Разматрајући ту категорију миграната *CPT* (види одељак 1.2) саопштава да „тражиоци азила“ **нису лица која се налазе у „имиграционом притвору“** иако то могу постати ако њихов захтев за азил буде одбијен и ако буде стављена ван снаге дозвола о њиховом боравку у земљи. Према томе, друга околност у којој лица која су затражила азил могу бити приведена и одведена у притвор јесте ситуација која наступи када захтев за азил буде одбијен.

Због тога што не постоје или што су сасвим ретки **законити путеви** да тражиоци азила стигну у неку земљу, њихов улазак је често незаконит, услед чега, без обзира на своје потребе за заштитом, они могу бити третирани као *prima facie* странци с незаконитим боравком и самим тим могу бити подвргнути мерама којима је циљ спречавање или контрола незаконитих миграција, као што је на пример мера притвора.

65 Мол, Нуала; Мередит, Кетрин, Азил и ЕКЉП (Mole, Nuala; Meredith, Catherine, Asylum and the [ECHR]), стр. 133.

2.1 Женевска конвенција у УНХЦР

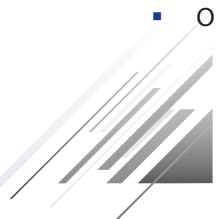
Рањивост и специфичан положај тражилаца азила у поређењу с положајем илегалних миграната признаје се и по међународним и по европским правним инструментима, а запажања и ставови о том питању утичу и утицали су и на развој судске праксе ЕСЉП. У неким случајевима, ти инструменти прихватају додатна и/или чвршћа јемства за заштиту наведене категорије.

Женевска конвенција (Конвенција о статусу избеглица) из 1951. године и Протокол уз њу из 1967. не садржи изричиту општу забрану да се притварају тражиоци азила, већ укључује шире начело **против кажњавања (начело некажњавања избеглица)** „због њиховог бесправног уласка или боравка [...] на територији без овлашћења, под резервом да се одмах пријаве властима и изложе им разлоге, признате као ваљане, свога бесправног уласка или присуства“ (члан 31). **(Овако стоји у потврђеном тексту Конвенције – „Службени лист ФНРЈ – Међународни уговори”, бр. 7/50 – прим. прев.)** Женевска конвенција је експлицитна у противљењу мерама које би имале за последицу ограничавање слободе кретања избеглица, што је забрањено како чланом 26, тако и чланом 31. став 2. Прва наведена одредба односи се само на „избеглице које се редовно налазе на територији“ (опет цитат из званичног потврђеног текста, боље би било да стоји прописно или у складу са законом или законито – прим. прев.), које су се самим тим већ сместили и вероватно им је одобрена заштита, дотле се члан 31. став 2. бави „избеглицама“ уопште, што, по свему судећи, обухвата и оне који нису могли да изразе властима своје потребе за државном заштитом. У том случају, наведени члан допушта изванпростор да се избеглицама ограничи слобода кретања, ако се та ограничења сматрају „потребнима“, јер се утврђује да ће се „та ограничења примењивати само док се у земљи пријема не регулише статус тих избеглица или док оне не успеју да буду примљене у неку другу земљу“.

Став Женевске конвенције у погледу притвора тражилаца азила и лица која имају потребе за међународном заштитом разрађен је и ближе утврђен у раду високог комесара за избеглице Уједињених нација и Извршног комитета те институције. Поред рада на терену, као орган који је надлежан за надзор над спровођењем и тумачењем Женевске конвенције, УНХЦР је у суштини одговоран да разјасни заштитни делокруг Конвенције с обзиром на различите сценарије миграција који се стално развијају и да утврди применљивост тог инструмента на садашње услове.

Извршни комитет УНХЦР то чини кроз доношење „закључака“, који представљају ауторитативне ставове Агенције о одабраним темама. Према питању тражилаца азила када су притворени или када им је ограничена слобода кретања Извршни комитет се током 1986. године мање или више експлицитно поставио у следећим закључцима:

- **О притвору тражилаца азила** (бр. 44 (XXXVII) – 1986);



- **О поступању према тражиоцима азила у ситуацијама великог прилива избеглица** (бр. 22 (XXXII));
- **О питању лишења слободе или притвора** у односу на протеривање избеглица који се законито налазе у земљи (бр. 7 (XXVIII));
- **О утврђивању избегличког статуса** (бр. 8 (XXVIII)).

УНХЦР је горе наведене документе допунио својим **смерницама**,⁶⁶ од којих се једне – ревидиране 1999. – конкретно баве питањем притварања тражилаца азила и одређује га као „инherentно непожељно“ и допустиво само у „изузетним“ и прецизно утврђеним околностима и у сваком случају само ако је осигурано поштовање стандарда људских права. Важно је то што се у истим тим смерницама изричито утврђују као важне околности у процени положаја тражилаца азила то што су они, како би могли да приступе заштити, „често приморани да на територију стигну или уђу илегално“, а због услова путовања они можда нису „у могућности да испуне формално-правне услове за улазак“ (Смерница 2).

У својим документима са **смерницама и закључцима**⁶⁷ УНХЦР је утврдио низ општих начела о притвору тражилаца азила, укључујући следећа:

1. Начело по коме „с обзиром на тешкоће које доноси, **притвор треба у основи избегавати**“ и „ако је то неопходно, [...] може му се прибећи само на законом прописаним основама“ ради провере идентитета; ради утврђивања чињеница на којима се заснива захтев за добијање избегличког статуса или азила; у случајевима када су лица која траже азил уништила своје путне и/или личне исправе или када су користила лажна документа како би органе власти државе у којој намеравају да траже азил довела у заблуду; или ради заштите националне безбедности и јавног реда“.
2. Чак и када постоје горе наведени основи, „није оправдан притвор за све време трајања поступка одлучивања о захтеву за азил, нити неограничени притвор“.
3. Ако тражиоци азила **нису у могућности да предоче ваљану документацију**, то не може бити „искључиви разлог“ да они буду притворени, уколико је узрок за то немогућност да „прибаве документе у својој земљи рођења“.
4. Обавеза да се размотре **алтернативне мере у односу на притвор** када су те мере могуће и делотворне да се помоћу њих оствари жељени циљ, осим у случајевима у којима постоје „докази који указују на то да у датом индивидуалном случају такво алтернативно решење неће бити делотворно“.⁶⁸

⁶⁶ Ревидиране смернице УНХЦР о применљивим критеријумима и стандардима који се односе на притварање тражилаца азила, фебруар 1999.

⁶⁷ Високи комесар УН за избеглице (УНХЦР), тематска компилација закључака Извршног комитета (*The-matic Compilation of Executive Committee Conclusions*), јун 2014, Седмо издање, доступно на: <http://www.refworld.org/docid/5538cfa34.html>

⁶⁸ Развијено у: Високи комесар УН за избеглице (УНХЦР), Извршни комитет, *Алтернативе притвору* (Ex-Com Comittee, *Alternatives to detention*), 3. јун 2015.

5. **Експедитивност поступка решавања захтева за азил** од кључног је значаја за то да се обезбеди да избеглице и тражиоци азила буду заштићени од „неоправданог и непрописно продуженог притвора“.
6. Потреба да се према тражиоцима азила и избеглицама поступа на другачији начин него што се поступа према „другим странцима“ сагласно унутрашњем праву.
7. Потреба да се обезбеди: да лицима која су подвргнута притвору буде на располагању могућност да захтевају да се **судски или административно преиспита та одлука**; да **услови притвора буду хумани** и да, кад год је то могуће, тражиоци азила и избеглице не буду смештени заједно с „лицима која су лишена слободе као обични криминалци“ и/или у небезбедном простору; да увек имају могућност да се обрате канцеларији УНХЦР или другим агенцијама које се баве заштитом.
8. Одређивање притвора **ради одвраћања, обесхрабривања, казне или примене дисциплинске мере** (Смерница 3, Смернице из 1999) у супротности је с нормама избегличког права.

2.2 Став према ЕКЉП онако како га је разрадио ЕСЉП

ЕСЉП је у неколико предмета разматрао специфична јемства на која тражиоци азила полажу право. У предмету **С. Д. против Грчке**,⁶⁹ ЕСЉП је нагласио да треба направити јасну разлику између тражилаца азила и других миграната, истичући да мере притвора које се одређују тражиоцима азила нису применљиве на лица која су починила кривична дела, већ на странце који су, често страхујући за сопствени живот, побегли из властите земље. Стога тражиоцима азила треба обезбедити широк спектар јемстава у складу с њиховим статусом, што надилази оно што се примењује на илегалне мигранте.⁷⁰ То је у складу с начелом некажњавања тражилаца азила и избеглица по Женевској конвенцији и с правилом по коме се само изузетно може прибећи мери притвора када је реч о тражиоцима азила.⁷¹

У предмету **М. С. С. против Белгије и Грчке** (Представка бр. 30696/09), ЕСЉП је закључио: *[П]ритварање странаца, уз примену одговарајућих мера заштите тих лица, омогућено је државама чланицама у смислу испуњавања међународних обавеза, нарочито оних из Женевске конвенције и ЕКЉП, само ради спречавања незаконитог усељавања.*⁷²

69 *S. D. v. Greece*, Представка бр. 53541/07, став 65.

70 *Saadi v. the United Kingdom*, Представка бр. 13229/03, став 75, где се цитира *Amuur v. France*, Представка бр. 19776/92, став 43.

71 УНХЦР, Ревидиране смернице о применљивим критеријумима и стандардима у вези с притвором тражилаца азила (Revised Guidelines on Applicable Criteria and Standards relating to the Detention of Asylum-Seekers), 26. фебруар 1999, Смернице 2. и 3; Комесар за људска права, „Државе не смеју да кажњавају тражиоце азила“ (Commissioner for Human Rights, “States should not impose penalties on arriving asylum-seekers”), 17. март 2008.

72 ЕКЉП, Основне чињенице о мигрантима у притвору (ECHR Factsheet on Migrants in Detention) на: http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Migrants_detention_ENG.pdf

У разним предметима ЕСЉП је разматрао стандарде који се примењују на **захтеве за азил поднете у притворским центрима**. У предмету **С. К. против Русије** (Представка бр. 52722/15), један сиријски држављанин који је осуђен за кривично дело, поднео је захтев за привремени азил у време боравка у притвору до извршења мере враћања, позивајући се на ризике с којима ће се суочити ако буде враћен у Алепо. У том случају, ЕСЉП је између осталог приметио да у *контексту члана 5. став 1. [...] позитивно решење захтева за привремени азил може утицати на меру враћања тако што ће одложити њено извршење док траје тај привремени азил* (став 114). Међутим, у конкретним околностима датог предмета, у време погоршања сиријске кризе, *националним властима требало је да буде у довољној мери јасно [...] да трансфер подносиоца представке није практично изводљив и да остају мали изгледи да се он спроведе*, па су стога **били дужни да размотре алтернативне мере**.

С. К. против Русије

У предмету **С. К. против Русије**, подносилац представке – сиријски држављанин који је поседовао исправну пословну визу за земљу, осуђен је за кривично дело и услед тога су судске власти одлучиле да му изрекну новчану казну и да наложе меру административног удаљења из земље. То је урађено ради *очувања националне безбедности, избегавања ширења разних инфективних обољења, као што је инфекција вирусом ХИВ, туберкулоза и лепра, и да би се обезбедила оптимална равнотежа радних ресурса и да би се, што је приоритет, обезбедило запошљавање руских држављана...* Подносилац представке који је смештен у притворски центар, где је требало да борави док не буде протеран, одатле је поднео захтев за привремени азил, позивајући се на актуелну кризу у Алепу и на опасност да, по повратку, буде присилно мобилисан у војне снаге. ЕСЉП је 2015. године, док је његов захтев за азил још био у разматрању, одредио привремене мере сагласно правилу 39. (Пословника ЕСЉП) како би зауставио враћање подносиоца представке, а пресуда је изречена 2017. године. ЕСЉП је у тој пресуди установио да је, између осталог, био прекршен члан 5. став 1. и став 4, будући да враћање подносиоца представке није могућно предвидети услед наставка конфликта у Сирији и чињенице да не постоји одговарајућа процедура која би омогућила да се преиспита одлука о притвору.

2.3 Став Комитета министара Савета Европе

У Препоруци (Rec (2003)5) Комитета министара Савета Европе подржана су начела која су установили УНХЦР и други међународни инструменти, потврђујући неказнену природу притвора тражилаца азила и подсећајући на ограничен основ по коме се мера притвора може легитимно одредити. У Препоруци се такође указује на потребу за разматрањем других, мање инвазивних алтернативних решења за сваки случај у коме се одреди притвор и истиче се колико је важно да се процени да ли је у том појединачном случају притвор примерен с обзиром на његово трајање и материјалне услове који су скопчани с том мером.

2.4 Став ЕУ

ЕУ је у неколико својих законодавних инструмената утврдила мере заштите од незаконитог притвора и ограничења слободe кретања. Сагласно члану 6. Повеље о основним правима, примарно право ЕУ штити право појединца на слободу и безбедност од нежељеног мешања. Међутим, слобода кретања је зајемчена у одељку о правима грађана (члан 45. став 2. Повеље), којим се „држављанима трећих земаља који законито бораве на територији државе чланице“ може одобрити слобода кретања и настањивања.

2.4.1 Одређивање притвора у случајевима у којима се ради о тражиоцима азила и лицима која су изразила потребу за међународном заштитом

С обзиром на суштинску различитост циљева којима се притвором тежи, притвор тражилаца азила према **Директиви о условима прихвата** управља се према начелу по коме земље чланице „не смеју да задрже лице само зато што је оно подносилац захтева за азил“ (члан 8).

Као што је горе објашњено, у случајевима у којима се ради о тражиоцима азила притвор се одређује на различитим основама и њиме се тежи остваривању и других циљева поред оних који се користе у контексту поступака враћања: наиме, док се у том потоњем случају притвор одређује ради извршења одлуке о враћању, у првом случају постоји намера да се утврде потребе лица док оно не пређе у редован поступак за азил (Преамбула, тачке бр. 15, 16). Конкретно, Директивом о условима прихвата прописано је да је дозвољено одредити притвор тражиоцима азила из следећих разлога: (а) [...] да се утврди или провери идентитет или држављанство тог лица; (б) [...] да се одреде они елементи на којима се заснива захтев за међународну заштиту, а који се без задржавања не могу прибавити, посебно онда када постоји опасност од бекства подносиоца захтева; (ц) [...] да се одлучи [...] о праву подносиоца захтева да уђе на територију државе; (е) када то захтевају разлози заштите „националне безбедности или јавног реда“; (ф) како би се спровело враћање сагласно члану 28. „Даблинске уредбе“⁷³[члан 8. став 3(3)].

Треба јасно разликовати предмет по **члану 8. став 3. тачка д**, где Директива о условима повратка изричито признаје могућност да се тражиоцима азила одреди притвор „ради спровођења поступка враћања сагласно [Директиви о враћању]“, независно од потреба које су они изразили. То се може догодити ако захтев за азил садржи очигледно неприхватљиве елементе, као што су ситуације у којима држава може предочити доказе да је подносилац представке „већ имао могућност да приступи поступку за одобравање азила“ и ако постоји „разуман основ“ да се верује

како је његов нови захтев за азил поднет „само да би се одложило или осујетило извршење одлуке о враћању“.

Директива о условима повратка такође уређује јемства која се дају тражиоцима азила у притвору (чланови 8–9), како у смислу материјалних јемстава и процесних правних лекова, тако и у смислу посебне заштите која се признаје **рањивим тражиоцима азила** (члан 11), о чему ће даље бити више речи у тематским одељцима који се на то односе.

2.4.2 Директива о враћању

Када је реч о положају миграната и тражилаца азила, случајеве у којима се притвор може користити ЕУ уређује одредбама садржаним у **Директиви о враћању** (Директива 2008/115/ЕЗ – о заједничким стандардима и поступцима држава чланица за враћање држављана трећих земаља с незаконитим боравком) и одредбама **Директиве о условима прихвата** (Директива 2013/33/ЕУ Европског парламента и Савета од 26. јуна 2013, у којој се утврђују стандарди за прихват подносилаца захтева за међународну заштиту). Док се Директива о враћању примењује на мигранте у мноштву различитих поступака враћања и самим тим се не ограничава на тражиоце азила и мигранте који имају потребу за међународном заштитом, дотле Директива о условима прихвата уређује примену мере притвора у односу на ту специфичну категорију, утврђујући више стандарде заштите који за њу важе.

Сагласно **Директиви о враћању**, коришћење мере притвора допуштено је само „како би се припремио повратак и/или спровео поступак враћања, посебно онда (а) када постоји опасност од бекства подносиоца захтева за азил или (б) када држављанин треће земље о коме је реч избегава или омета припрему поступка за враћање или удаљавање (*removal*)“. Тај притвор ради враћања подразумева јемства која се примењују на све мигранте, без обзира на њихове потребе за међународном заштитом, укључујући право да се према њима поступа уз поштовање достојанства, обавезу власти да размотре алтернативе притвору, као и обавезу да притвор траје најкраће могуће време и само дотле док трају аранжмани око враћања (Преамбула, тачка 17; члан 15. и 16). Ваљало би, међутим, указати на то да када постоје објективне препреке за извршење одлуке о враћању, притвор према Директиви о враћању може изузетно бити продужен до **18 месеци** (почетни период од највише шест месеци и даље продужење за додатних 12 месеци) (члан 15. ставови 5. и 6). Посебна јемства имају малолетници и породице које се налазе у притвору (члан 17), и о томе ће бити више говора у посебном одељку овог текста.

3. ШТА ПРЕДСТАВЉА НЕЗАКОНИТ ПРИТВОР МИГРАНАТА И ТРАЖИЛАЦА АЗИЛА У СМISЛУ ЕКЉП?

3.1 Места и врсте притвора и ограничење кретања у међународним миграцијама

Тражиоци азила могу бити лишени слободе или им може бити ограничено кретање у многим околностима.

Као што је поменуто у уводу, притвор и ограничење кретања могу се одредити у различитим фазама миграторних искустава тражилаца азила. За потребе овог приручника размотрићемо следеће:

- | | |
|-------------------------|--|
| I. До депортације | III. Ради спречавање уласка |
| II. Ради идентификације | IV. Прихватни центри /
Центри за задржавање |

Зависно од околности у датој земљи, локација, просторије и методи примене мере притвора знатно се разликују. Земље које имају излаз на море често ограничавају слободу кретања или укупну слободу тражилаца азила тако што их спречавају да се искрцају с **бродова** или их спречавају да се крећу изван подручја која су им одређена за боравак и привремених прихватних центара који су обично у близини лука (нпр. кризни центри).

Насупрот кривичноправном притвору који се уобичајено спроводи у посебним објектима, притвор странаца, због саме природе феномена миграција, понекад може да се спроводи и у неформалним објектима, у просторијама које су привремено прилагођене за њихов смештај или чак на местима која званично уопште нису одређена за издржавање притвора.

Земље које немају излаз на море теже остварењу истог циља, па зато спроводе притвор у наменски изграђеним објектима на земљишту, као што су **гранични прелази, транзитне зоне, међународне транзитне зоне на аеродромима**, који се привремено користе за прихват тражилаца азила ради њихове идентификације [...] [види у Закључку Извршног комитета УНХЦР бр. 22 (XXXII) – 1981, Заштита тражилаца азила у ситуацијама великог прилива, део о међународном праву], као и за **полицјски притвор**.

Као увод у својим Смерницама, УНХЦР утврђује специфичну природу имиграционог притвора, наводећи да се он може одвијати у контексту *затварања на рестриктивно одређеним или ограниченим локацијама, попут затвора, кампова затвореног типа, просторија за притвор или транзитних зона на аеродромима, где је слобода*

кретања знатно ограничена, а једина могућност да се напусти тако ограничен простор јесте да се напусти територија.⁷⁴

Док се постојећим одредбама изричито одређују просторије и објекти који се могу користити као **центри за притвор**, сама чињеница да **не постоји изричита квалификација/класификација** мере „притвора“ према унутрашњем праву није одлучујући чинилац да се донесе закључак како се у датом случају радило о лишењу слободe. Као што је ЕСЉП саопштио у Пресуди у предмету *Хлаифија и други против Италије* (став 71):

Класификација затварања подносилаца представке према унутрашњем праву не може изменити природу ограничавајућих мера које су им одређене (види, mutatis mutandis, Абдолхани и Каримнија [...] ставови 126–127) [...] применљивост члана 5. Конвенције не може бити поништена чињеницом [...] да је циљ власти био да помогну подносиоцима представке и да осигурају њихову безбедност... Чак и мере које се предузимају у циљу заштите... могу се сматрати лишењем слободe.

На основу постојеће јуриспруденције ЕСЉП, места имиграционог притвора могу обухватити:

- | | |
|---|-------------------------------|
| I. Центри за задржавање у контексту масовног прилива | IV. Пограничне/транзитне зоне |
| II. Кризни центри | V. Аеродроми |
| III. Прихватни центри са ограниченом могућношћу да се излази напоље и/или неадекватним условима | VI. Пловни објекти |
| | VII. Полицијске станице |

На крају, али не и на последњем месту по важности, треба укратко указати на ЕУ, упркос чињеници да она не спада у правни домен Савета Европе. Према праву ЕУ, ако је велик миграциони притисак или ако постоји забринутост за јавни ред или неке друге идентификоване потребе, тражиоцима азила може бити ограничена општа слобода или слобода кретања и на дужи рок. У таквим ситуацијама, постаје важнија **примереност животних услова и услуга** које им се пружају.

С обзиром на чињеницу да се миграциони токови све више шире, горе наведени примери ни у ком случају нису исцрпни. Онда када мере доводе до лишења слободe или ограничавања кретања у смислу ЕКЉП и других применљивих правних инструмената, не треба само на основу тога што се за притвор користе атипична места довести закључак како се ту ради о лишењу слободe или ограничењу слободe кретања.

⁷⁴ УНХЦП Смернице (ПРЕНЕСИ) UNHCR's Guidelines on Applicable Criteria and Standards relating to the Detention of Asylum-Seekers

3.2 Врсте притвора

3.2.1 Притвор ради спречавања неовлашћеног уласка и притвор ради процене статуса странаца

Притвор који је одређен да би се спречио незаконит улазак странаца на територију државе изричито се дозвољава државама као начин на који могу да остваре своје право на контролу миграција. Сагласно ЕКЉП, та могућност је утврђена чланом 5. став 1. тачка ф, који допушта да се притворе странци како би се спречио њихов „**неовлашћен улазак у земљу**“.

Иста могућност је предвиђена и релевантним инструментима права ЕУ,⁷⁵ укључујући **Законик о шенгенским границама**,⁷⁶ о којима је било говора у претходном поглављу. Када је реч о тражиоцима азила, члан 8. став 3. тачка ц Директиве о условима прихвата утврђује да подносиоци захтева за азил могу бити притворени „да би се у контексту поступка донела одлука о њиховом праву да уђу на територију државе“.

С обзиром на околности у којима се тражиоци азила/мигранти притварају и да њихов притвор уобичајено кратко траје, они се непосредно по доласку, осим у већ формиране притворске и прихватне центре, често, између осталог, смештају у **међународне транзитне зоне на аеродромима, наменски изграђене транзитне зоне на државним границама и у полицијске станице**, између осталог, поред већ формираних притворских и прихватних центара. Такође, мигранти који пристижу морским путем све чешће се задржавају на бродовима који их превозе – и тако се спречавају да се искрцају на копно.

Сагласно судској пракси ЕСЉП, притвор по члану 5. став 1. тачка ф може бити одређен тражиоцима азила (види *Саади против Уједињеног Краљевства*, став 64). У смислу Конвенције, прихваћено је да се „дотле док држава не 'изда дозволу' за улазак у земљу, сваки улазак сматра 'недозвољеним'“. Појам неовлашћеног (недозвољеног) уласка тумачи се широко према судској пракси Суда и превазилази случајеве у којима странац активно покушава да *заобиђе сва ограничења*. Стога се ова одредба спроводи и када је странац о коме је реч тражилац азила – који се властима одмах по доласку представи и изрази своју жељу да „овлашћено уђе у земљу“. Та околност не искључује тражиоце азила из делокруга члана 5. став 1. тачка ф (*Саади*, став 65).

75 Европска унија: Европска агенција за основна права, Приручник из европског права у области азила, граница и имиграције – издање за 2014, стр. 150.

76 УРЕДБА (ЕЗ) бр. 562/2006 ЕВРОПСКОГ ПАРЛАМЕНТА И САВЕТА од 15. марта 2006, којом се успоставља Законик Заједнице о правилима којима се уређује кретање особа преко граница (Законик о шенгенским границама), допуњен и замењен Уредбом (ЕУ) 2016/399 Европског парламента и Савета од 9. марта 2016. о Законику Уније о правилима којима се уређује кретање лица преко граница (Законик о шенгенским границама).

3.2.1.1 Притвор у транзитним зонама

3.2.1.1.1 Надлежност државе у транзитним зонама

Један од најспорнијих аспеката смештаја странаца у транзитне зоне (било да је реч о аеродромима или о копненим границама државе) јесте правна природа тих места која се често доводи у питање. У многим случајевима, нарочито у судској пракси ЕСЉП, државе су се успротивиле претпоставци да се њихова надлежност шири на транзитне зоне, тврдећи да су поступци у том простору „екстратериторијални“. ЕСЉП до сада није ниједном уважио такву примедбу, већ се уместо тога позива на појам контроле (*Амур против Француске*).

Упркос тој примедби, каква је била у предмету *Хирши* (детаљно размотрен у другим деловима овог приручника), тражиоци азила/мигранти притварају и да њихов притвор уобичајено кратко траје, они се непосредно по доласку, осим у већ формиране притворске и прихватне центре, често, између осталог, смештају у **међународне транзитне зоне на аеродромима, наменски изграђене транзитне зоне на државним границама и у полицијске станице** (у предмету *Хирши* догађај се одвијао на отвореном мору).

Када је реч о Мађарској, две њене транзитне зоне са Србијом нашле су се у жижи правних спорова: на пример организација *Global Detention Project* бавила се транзитном зоном Реске (види доле, предмет *Илијас и Ахмед*) изричито наводећи да *мађарске власти тврде да је транзитна зона лоцирана ван мађарске територије*.

Та тврдња је изнета у предмету ***Илијас и Ахмед против Мађарске***,⁷⁷ о коме је веће донело одлуку, а тренутно се чека пресуда Великог већа ЕСЉП, коме је предмет уступљен. У датом предмету, држава је заиста тврдила да *будући да су подносиоци представке имали слободу да напусте територију транзитне зоне и крену у правцу Србије, они у суштини нису били лишени слободe. Према томе, у датом случају није био применљив члан 5. Конвенције* (став 49). Веће у својој пресуди наглашава да је *већ установило да задржавање странаца у међународној зони подразумева ограничење слободe које није у сваком погледу упоредиво са оним ограничењем слободe које се примењује у притворским центрима. Међутим, такво затварање је прихватљива мера само ако је пропраћена заштитним механизмима за лица о којима је реч и уколико не траје прекомерно*.

Тамо где је утврђена надлежност државе, држава о којој је реч дужна је да поштује правне стандарде којима се уређује спровођење притвора.

3.2.1.1.2 На аеродромима

Предмет ***Амур против Француске***, формиран на основу Представке 19776/92, један је од првих случајева у којима је ЕСЉП разматрао дуготрајно задржавање миграната у међународној транзитној зони на аеродрому и утврдио да је том мером

⁷⁷ *Ilias and Ahmed v. Hungary*, Представка бр. 47287/15.

прекршен члан 5. став 1. ЕКЉП у датим околностима. У тој пресуди је изричито разјашњено да се јемства ЕКЉП подједнако примењују и на лица која се налазе у међународним транзитним зонама на аеродромима држава уговорница.

Подносиоци представке су се пре свега пожалили да је комбиновано дејство не-одговарајућих услова „притвора“ у транзитној зони (став 38) и прекомерне дужине примене мере задржавања довело до тога да се отворе питања по члану 5. став 1, имајући такође на уму и чињеницу да је требало обезбедити да они, „као тражиоци азила уживају посебну заштиту и повољнији третман од илегалних миграната“.

*Амур против Француске*⁷⁸

Подносиоци представке, четворица држављана Сомалије, стигли су у Француску, на париски аеродром, из Дамаска, у Сирији, авионом, након што су претходно побегли из Сомалије страхујући да их тамошњи режим животу угрожава. Они су припадали једној већој групи миграната која је у том тренутку стигла у Француску. Није им било дозвољено да уђу у земљу зато што су њихове исправе биле фалсификоване и задржани су у транзитној зони до **20 дана**, под сталним **полицијским надзором** и без икакве правне или социјалне помоћи. Током дужег периода „суд није преиспитао ни дужину ни нужност њиховог задржавања у транзитној зони“. Министар унутрашњих послова им је ускратио право да ступе на територију и коначно је одлучио да их врати у Сирију (чиме је прекршио привремене мере које је донела Европска комисија) и на тај начин их је лишио могућности да „упуте делотворан захтев надлежном органу да донесе одлуку о њиховом избегличком статусу“.

Осталих 18 држављана Сомалије који су с њима путовали добили су избеглички статус. Подносиоци представке су безуспешно уложили жалбу на одлуку о свом притвору Одбору за жалбе у избегличким питањима, притужујући се да се мера којој су изложени коси са **чланом 5. став 1. Конвенције**.

Тај предмет разјашњава да без обзира на формалну природу просторија које се користе за задржавање миграната, ЕСЉП придаје одлучујући значај суштини третмана коме су они подвргнути узимајући у обзир материјалне услове у којима живе лица подвргнута тим ограничењима и посвећујући дужну пажњу њиховим индивидуалним околностима, као и укупној дужини притвора. Наведени случај такође потврђује приступ за који се ЕСЉП доследно опредељује и по коме су – због свог неповољног полазног стања – **тражиоци азила** у притвору појачано рањиви и зато им треба пружити и додатна јемства осим оних која се дају илегалним мигрантима у притвору.

Не доводећи у питање све што је горе наведено, ЕСЉП је, међутим, у предмету *Амур* искористио прилику да изнесе једно важно начелно саопштење које се односи на **задржавање миграната у међународним зонама на аеродромима. Он је стао на становиште да је ту, по правилу, реч о „ограничењу“, а не о „лишењу“ слободе и да то ограничење може прерасти у лишење** уколико се прекомерно продужи. ЕСЉП је указао на разлику која постоји између таквих ограничења и

⁷⁸ *Amuur v. France*, Представка бр. 19776/92.

притвора у притворским центрима, који се формално одређује као „имиграциони притвор“ (став 43). ЕСЉП је саопштио:

43. Задржавање странаца у међународној зони *заиста подразумева ограничење слободе, али то ограничење није у сваком аспекту упоредиво са оним које се примењује у центрима* [...].

У исто време, међутим, и због суштинске разлике која постоји између тих мера, ЕСЉП је дао рестриктивно тумачење допуштених врста задржавања у транзитним зонама, где се морају поштовати следећи критеријуми како би се све одвијало у складу с Конвенцијом (став 43):

- Неки захтеви који морају бити испуњени да би задржавање у транзитним зонама било у складу с Конвенцијом
 1. Мера задржавања је прихватљива само ако је „**пропраћена јемствима за лица о којима је реч**“ (Амур, став 43);
 2. Мера задржавања не сме „**прекомерно трајати**“ и тамо где се донесе одлука о њеном продужењу мора бити омогућено „брзо судско преиспитивање“;
 3. Треба обратити дужну пажњу на околности тражилаца азила као људи који су „често из страха за сопствени живот побегли из своје земље“;
 4. Мера задржавања може бити примењена само „да би се омогућило државама да спрече незакониту имиграцију испуњавајући притом своје међународне обавезе, посебно [Женевску конвенцију и ЕКЉП]“. Задржавање у том смислу „**не сме лишити тражиоце азила заштите коју им пружају те конвенције**“. Са становишта одговорности државе, то треба тумачити као захтев да тражиоци азила имају делотворну могућност да изразе своје потребе за заштитом док се налазе у транзитној зони: задржавање „не сме лишити тражиоце азила права да добију делотворан приступ поступку за одређивање избегличког статуса“.

Подносиоци представке у предмету Амур задржани су током **20 дана**, држани су под сталним **полицијским надзором** и током дужег времена није им пружена никаква „правна ни социјална помоћ – посебно ако се има у виду завршавање свих формалности у вези с попуњавањем захтева за добијање статуса политичког избеглице“ (став 45), све док им се на крају није обратила једна хуманитарна организација (која им је омогућила контакт са адвокатом). Задржавање подносилаца представке није било ни на који начин **преиспитивано**, јер дуго – практично све док нису почели да добијају помоћ споља, „**ни дужина ни нужност** њиховог затварања није била судски преиспитана“.

У предмету **Ријад и Идијаб против Белгије** (представке бр. 29787/03 и 29810/03), ЕСЉП је поново разматрао питање задржавања у транзитним зонама на аеродромима, испитујући услове у којима су се наша двојица палестинских држављана у транзитној зони на Бриселском аеродрому. У том случају задржавање подносилаца представке искључиво се темељило на томе што су илегално ушли

у земљу и што нису поседовали закониту дозволу боравка [став 100]. Насупрот ситуацији која је постојала у предмету **Амур**, у овом случају ЕСЉП је морао да се бави битно другачијим временским околностима, јер њих двојица нису смештена у транзитну зону „**непосредно пошто су дошла** у земљу **него после више од месец дана**, након што су донете одлуке на основу којих је требало да буду пуштени на слободу” (став 67).

Надовезујући се на своје закључке из предмета **Амур**, ЕСЉП је овде придао значај чињеници да је притвор наложен „**без орочења** и да је он на крају трајао 15, односно 11 дана”.

Подносиоци представке су се притужили и на **незаконитост притвора** према члану 5. став 1. и на **материјалне услове живота и дужину** притвора (више од 10 дана), што отвара питања по члановима 3. и 8.

- ⇒ Детаљнију анализу предмета **Ријад и Идијаб против Белгије** види у Првом поглављу (Приступ територији).
- ⇒ Више о предмету **Ријад и Идијаб против Белгије** види доле, у одељцима „**Законитост притвора**” и „**Услови притвора**” у овом поглављу.

Ријад и Идијаб против Белгије

У предмету **Ријад и Идијаб против Белгије** (представке бр. 29787/03 и 29810/03) двојица палестинских избеглица стигла су у Белгију авионом из Сијера Леонеа, с либанским путним исправама. По доласку на аеродром забрањено им је да уђу у Белгију јер нису поседовали валидну визу (ставови 7. и 14) упркос томе што су **истог дана по доласку изразили потребу за међународном заштитом** и изричито изјавили да би, ако би били враћени у Либан, морали да се суоче са опасностима (ставови 7–8). Одлука о томе да се подносиоци представке задрже у транзитној зони донета је истог дана (став 9), а негативно решење захтева за азил првог подносиоца представке донето је само четири дана касније (став 10).

Док су се налазили у транзитној зони, подносиоци представке су упућени у издвојени простор у „Центру ИНАДС”, како би добили храну и нешто за пиће, али су наводно враћени у транзитну зону и ту држани три дана; саветовано им је „да се побрину за себе” када је реч о задовољавању основних потреба (став 29).

Шири сажетак овог предмета може се наћи у **Првом поглављу**

У нешто скоријем предмету **3. А. и други против Русије** (представке бр. 61411/15, 61420/15, 61427/15 и 3028/16), за који се тренутно чека одлука Великог већа, ЕСЉП се још једном позабавио проблематичним питањима која отвара продужено задржавање странаца у транзитним зонама на аеродромима, испитујући конкретан случај у коме су захтеви за азил који су поднети током тог времена обуставили од извршења одлуку о враћању.

3. А. и други против Русије

У предмету **3. А. и други против Русије** подносиоци представки су се притужили због притвора коме су били подвргнути у транзитној зони аеродрома Шереметјево и због

неадекватних услова које су тамо морали да истрпе. Подносиоци представки су држављани различитих земаља, укључујући Ирак, Палестину, Сомалију и Сирију. Подносиоци представки су били задржани у транзитним зонама у различитом трајању. Међутим, њихови наводи о томе шта им се догађало били су конзистентни у осуди **неадекватних услова у транзитној зони**, што је подразумевало недостатак пристојних постеља и тушева, опште нездраво окружење и недостатак хране и објеката за исхрану. Док су боравили у транзитној зони, подносиоци представки су поднели захтеве за азил наводећи различите личне факторе ризика с којима би се суочили уколико би били враћени у земље из којих су дошли, али њихови захтеви или нису били на договарајући начин обрађени или су по кратком поступку одбијени.

У својој процени да ли је поступање према подносиоцима представки у транзитној зони било такво да је могла наступити повреда права по члановима 3. и 5. Конвенције, у погледу услова притвора и материјалних и процесних аспеката те мере, ЕСЉП је (у пресуди већа) указао на нека питања по којима се горе наведени предмет 3. А. разликује од његове претходне судске праксе:

1. Веће је констатовало да је **дужина притвора** у транзитној зони износила од пет месеци и 22 дана до једне године и 11 месеци, што значи да се радило о **знатној дужини притвора**.
2. Веће је приметило да се, када се **утврђује да ли се ту радило о лишењу слободе**, положај подносилаца представки у предмету 3. А. битно разликује од положаја у коме су били подносиоци представке у предмету **Мадид и Адар против Аустрије /Mahdid. Haddar/** (Представка бр. 74762/01). Док су подносиоци представке у аустријском предмету – тражиоци азила чији је захтев одбијен – одбили да оду у другу земљу за коју су имали важеће визе и уништили своје пасоше у покушају да приморају аустријске власти да их прихвате, у предмету **3. А.** подносиоци захтева за азил су још чекали на решење својих захтева и нису имали могућност да уђу у неку другу државу осим оне из које су отишли. Како није постојала таква алтернатива, ЕСЉП је констатовоао да *подносиоци представке нису изабрали да остану у транзитној зони [...] па се стога не може рећи да су они дали важећи пристанак да буду лишени слободе* (став 89). Када странац који је задржан (у притвору) има изванредан степен избора – може да оде у другу земљу која није она у коју због страха не жели да се врати – то има одређену улогу када се утврђује да ли се у датом случају радило о лишењу слободе. Тај аспект ће бити додатно размотрен даље у тексту, када буде говора о „**могућности да се напусти**“ транзитна зона.

3.2.1.1.3 Могућност да се напусти транзитна зона

Кључна одлика по којој се задржавање у транзитној зони и у другим типичним местима за затварање разликује од притвора у наменски изграђеним центрима јесте **теоријска могућност за оне који су ту задржани да напусте тај простор**. ЕСЉП се тим спорним питањем позабавио у више наврата у својој судској пракси, одба-

цујући да је делотворно и у пракси изводљиво да се напусти транзитна зона и разматрајући ризике које би носила једна таква одлука.

У предмету **Амур**, држава се делимично позвала на полузатворену природу транзитне зоне – која је проглашена „затвореном само на француској страни“, али је „отворена на спољној страни“ – као на пресудни чинилац за утврђивање да ли се у датом случају уопште радило о лишењу слободе. Тачно је да је једина могућност коју су подносиоци представке имали на располагању у том тренутку било да се врате у Сирију где – по мишљењу државе – њихова безбедност не би била угрожена с обзиром на то да су власти те земље дале гаранције и да сами подносиоци представке нису у својим захтевима указали ни на један фактор ризика. ЕСЉП је међутим констатовао:

(став 48) *[С]ама по себи, чињеница да тражиоци азила имају могућност да добровољно напусте земљу у којој желе да нађу прибежиште не може искључити постојање ограничења слободе; тим пре што је право на напуштање земље, укључујући и сопствену земљу, зајемчено Протоколом бр 4. уз Конвенцију.*

Осим тога, **алтернативе које су конкретно биле на располагању** лицу које одлучује да напусти транзитну зону такође су оцењене као релевантне. У предмету **Амур** чињеница да „ниједна друга земља која би понудила заштиту упоредиву“ са оном која је очекивана у Француској није „била вољна нити спремна“ да прими подносиоце представке оцењена је као чињеница због које могућност напуштања транзитне зоне остаје само **теоријска**.

Амур против Француске

У предмету **Амур против Француске** делотворност могућности подносилаца представке да уђу и добију адекватну заштиту у Сирији „зависила је од ђудљивости дипломатских односа, с обзиром на чињеницу да **Сирија није потписница Женевске конвенције о статусу избеглица**“.

3.2.1.1.4. Задржавање у наменски изграђеним транзитним зонама на државној граници

С обзиром да се миграциони токови све више одвијају копненим путевима, посебно „балканском рутом“, све више се користе **транзитне зоне и центри** формиран на копненим границама државе.⁷⁹

Транзитне зоне успостављене између Мађарске и Србије у том смислу су привукле много критика. Мађарска је основала транзитне зоне на граници са Србијом 2015. године, у вези са институционалним увођењем бржих „пограничних“ поступака за решавање захтева за азил како би изашла на крај с појачаним мигрантским притисцима на балканској рути. Када буду примљени у транзитне зоне, „тражиоци азила не могу да напусте тај простор [...] **ако не повуку свој захтев за азил** и врате се

⁷⁹ За преглед постојећих транзитних зона на аеродромима, копненим и поморским границама које се тренутно користе види: <https://www.globaldetentionproject.org/c-search?search=transit+zones>

у Србију”; тако могу бити држани у притвору до 28 дана.⁸⁰ У Извештају организације **Global Detention Project** наведено је да су у септембру 2015. године формиране нове транзитне зоне на мађарској граници с Хрватском (**Беременд и Летење**).⁸¹

Веће ЕСЉП је већ донело одлуку у предмету **Илијас и Ахмед против Мађарске**, а сада се чека пресуда Великог већа. Ту се ЕСЉП позабавио питањем транзитних зона, конкретно испитујући да ли је у складу с Конвенцијом продужено задржавање тражилаца азила у транзитној зони Реске на граници са Србијом.

Илијас и Ахмед против Мађарске

У предмету **Илијас и Ахмед против Мађарске**, двојица држављана Бангладеша побегла су из своје земље порекла и стигли у Србију, да би потом провели 23 дана у транзитној зони Реске, из које нису могли да оду даље пут Мађарске.

Веће је утврдило да је то што су мађарске власти задржале подносиоце представке у транзитној зони фактички представљало притвор, тј. да су у сваком практичном смислу, ако не и у складу с мађарским унутрашњим правом, они били притворени у транзитној зони. Тај притвор је спроведен без иједне званичне или правне одлуке у том смислу. Стога се притвор подносилаца представке у датом случају не може сматрати „законитим” у смислу члана 5. став 1. С друге стране, то такође значи да, пошто није постојала званична одлука, подносиоци представке нису имали материјалну могућност да оспоре свој притвор и самим тим је био прекршен захтев према члану 5. став 4. – да лица која су лишена слободe имају право да покрену поступак у коме ће суд хитно испитати законитост тог чина.

Више о предмету **Илијас и Ахмед против Мађарске** види у одељцима **„Законитост притвора”** и **„Услови притвора”**

3.2.1.2. Задржавање у полицијском притвору

У контексту мера које се предузимају за осујећивање илегалних улазака, странци се често лишвају слободe или им се ограничава слобода кретања тако што се задржавају у полицијским станицама. Због специфичне намене тих просторија, задржавање миграната у полицијским станицама може се окарактерисати недовољним и/или неадекватним процесним и материјалним јемствима, посебно ако је реч о мигрантима с посебним потребама за заштитом, као што су тражиоци азила, а нарочито **деца**. У неким предметима о којима ЕСЉП тренутно одлучује отворени су извесни проблематични аспекти таквог поступања.

Х. А. и други против Грчке

У предмету **Х. А. и други против Грчке**,⁸² о коме је тужена држава обавештена и о коме се још одлучује пред ЕСЉП, ради се о представци **деветоро деце, тражилаца азила** која су стигла у Грчку и задржана у разним полицијским ћелијама у укупном трајању од око месец дана. Подносиоци представке тврде да су током притвора били жртве полицијског малтретирања,

80 Види: <https://www.globaldetentionproject.org/countries/europe/hungary>

81 <https://www.globaldetentionproject.org/countries/europe/hungary>

82 *HA and Others v Greece*, Представка бр. 19951/16.

да су проживели неколико епизода напада панике током којих им није пружена одговарајућа медицинска помоћ. Сама чињеница да су деца била притворена заједно са одраслима и другима, како се наводи, представља кршење захтева да њихов притвор буде законит у смислу члана 5. став 1. Поред тога, чињеница да им ни у једном тренутку нису понуђене услуге преводиоца нити правна помоћ, према наводима подносилаца представке, значи да они нису били у стању да делотворно покрену поступак и оспоре свој притвор пред домаћим судовима. Подносиоци представке такође тврде да ни у једном тренутку нису били обавештени на језику који разумеју о разлозима за свој притвор, чиме је такође био прекршен члан 5. став 2.

Абдолхани и Каримина против Турске

У предмету **Абдолхани и Каримина против Турске**,⁸³ ЕСЉП је разматрао положај двојице иранских држављана, бивших припадника једне иранске војнополитичке организације. Они су задржани у Турској, у коју су дошли из Ирака, где су боравили у једном избегличком кампу. Одмах пошто су дошли, притворени су у **одељењу за странце у седишту полиције**. Потом су осуђени за илегални улазак у Турску и изречена им је казна са одложеним дејством, тако да су остали у просторијама полиције. После помоћи коју им је пружио УНХЦР, двојица подносилаца представке су пребачена у „Центар за прихват и смештај странаца“. Даље информације о закључцима које је ЕСЉП извео у датом предмету могу се наћи у посебном одељку, доле.

Ш. Д. и други против Грчке

У предмету **Ш. Д. и други против Грчке** (Представка бр. 14165/16), о коме тренутно одлучује ЕСЉП, један од пет подносилаца представке – а сви они су били малолетници без пратње – притужио се ЕСЉП-у због услова у полицијском притвору у Грчкој. Та мера је донета непосредно пошто је грчка полиција на граници задржала подносиоца представке и сместила га по основу „заштите деце“ (*garde de protection pour mineurs*), а потом пребацила у прихватилиште за малолетнике.

ЕСЉП је недавно поново изнео своје становиште о коришћењу полицијског притвора као мере задржавања у случајевима у којима се ради о тражиоцима азила у предмету **С. З. против Грчке**,⁸⁴ где се радило о сиријском држављанину који је држан у притвору и потом у притвору до депортације; ту је ЕСЉП прихватио да је *смештање подносиоца представке у полицијску станицу у септембру 2013. представљало „лишење слободе“* (став 32). У том предмету, подносилац представке је тврдио да је то што је задржаван у притворским просторијама у подруму полицијске станице у укупном трајању од 52 дана, без одговарајућих материјалних услова и предуго, само по себи отворило питања по члану 3. ЕКЉП. Осим тога, ЕСЉП је пошто је разматрао услове у којима бораве странци затворени у полицијској станици, констатовао да **продужено коришћење** тих просторија као центара за притвор само по себи има одређени значај у смислу члана 3. због инхерентне неусклађености с *природом самих полицијских станица, будући да су оне пројектоване тако да се људи у њима могу смештати само на кратак рок* (став 40).

⁸³ *Abdolkhani and Karimina v Turkey*, Представка бр. 30471/08.

⁸⁴ *S.Z. v Greece*, Представка бр. 66702/13.

3.2.1.3. Задржавање на бродовима

У предмету *Хлаифија и други против Италије*, ЕСЉП је разматрао у којој је мери задржавање азиланата на два брода укотвљена у Палерму, на којима се налазило 190, односно 150 људи, било у складу са чланом 5. Та мера је наложена и спроведена у склопу извршења одлуке да им се забрани улазак на територију државе. Сваки подносилац представке у датом случају био је шест, односно осам дана затворен на броду.

Подносиоци представке у датом предмету, иначе држављани Туниса, првобитно су били смештени у привремени прихватни центар да би тек потом били пребачени на бродове, а ЕСЉП је стао на становиште да се бродови [...] *према наводима саме државе, морају сматрати „природним продужетком прихватног центра“*.

Када је реч о конкретним ограничењима која су одређена подносиоцима представке, у спису предмета нема доказа који би могли да укажу на то да су подносиоци представке могли да напусте бродове, чак нема доказа ни да су ти бродови стајали укотвљени у луци у Палерму (став 69), а притом је оцењено да дужина поступања није безначајна (став 70).

У предмету *Медведјев против Француске /Medvedyev/* (Представка бр. 3394/03), ЕСЉП је разматрао повреду члана 5. ставови 1. и 3. коју су наводно извршиле француске власти тиме што су подносиоце представке задржале на мору и што су их са закашњењем извеле пред суд. Подносиоци представке су били на камбоџанском броду када су их пресреле француске власти због сумње да кријумчаре дрогу. Лица која су се налазила на броду задржана су на њему 13 дана, док нису стигли у једну француску луку. Велико веће је у предмету *Медведјев* закључило да су подносиоци представке били у надлежности Француске и установило је повреду члана 5. став 1. Осим тога, Велико веће је нагласило потребу да се појединцима признају права и јемства која су заштићена Конвенцијом због тога што „посебна природа поморског окружења, на коју се у датом случају позива држава, **не значи да је то подручје ван закона, тј. не значи да ту бродске посаде нису покривене ниједним правним системом који би могао да им обезбеди уживање права и јемстава заштићених Конвенцијом, којом су се државе обавезале да та права и слободе јемче свакоме у својој надлежности**, ишта више него што може да обезбеди склониште починиоцима“ (став 81).

Даље у тексту овај предмет ће бити размотрен из угла **услова притвора**.

3.2.1.4. Задржавање тражиоца азила у центру за имиграциони притвор по хитном поступку, одмах пошто је ушао на територију

У неким случајевима притвор се може применити у доцније, након што је тражилац азила већ стигао на територију државе, ради провере ваљаности основа на којима то лице тражи дозволу за улазак. У случајевима у којима се ради о тражиоцима ази-

ла, таква мера се обично примењује да би се спречило њихово бекство док им се не процени статус. Притвор у те сврхе технички спада у поље дејства члана 5. став 1. тачка ф, док се притвор странаца може применити ради спречавања *неовлашћеног уласка* на територију. Међутим, с обзиром на признато инвазивно дејство притвора и имајући на уму пре свега иманентну рањивост тражилаца азила, примена те врсте притвора треба – као правило – да буде строго ограничена, посебно онда када се могу размотрити алтернативна решења која нису толико инвазивна.

У кључном предмету ***Саади против Уједињеног Краљевства /Saadi/*** (Представка бр. 13229/03), ЕСЉП се определио за нови приступ притвору тражилаца азила у сврху процене њиховог статуса. У пресуди у том предмету, ЕСЉП је први пут изнео тумачење члана 5. став 1. тачка ф, којим Конвенција уређује притвор „да би се спречио [...] неовлашћени улазак у земљу“.

Саади

У предмету ***Саади***, подносилац представке, ирачки држављанин курдског порекла, покушао је да затражи азил на аеродрому, чим је стигао у Уједињено Краљевство. После краћег времена проведеног у склопу програма привременог уласка, подносилац представке је убрзо пребачен у притворски центар (Центар Оукингтон). Подносилац представке је укупно био притворен **седам дана** (став 42) и ослобођен је након што је у првој инстанци донета негативна одлука о његовом захтеву за азил.

У том предмету ЕСЉП није оспорио природу мере одређене подносиоцу представке, а саму меру је непосредно оценио као лишење слободе.

Када је реч о томе да ли је такво лишење слободе било **оправдано** на основу Конвенције и да ли је било у складу са захтевима који се у њој постављају, ЕСЉП је закључио да с обзиром на ограничену дужину притвора, брзо пуштање подносиоца представке на слободу и одговарајуће материјалне животне услове који су му били обезбеђени у притвору, његово искуство није било такво да се отварају питања по члану 5. став 1. тачка ф. Међутим, упркос објективним условима притвора – који су горе размотрени – закључено је да подносиоцу представке нису била обезбеђена одговарајућа **процесна јемства**, укључујући захтев да буде обавештен *о разлозима због којих је ухапшен*; те информације су му предочене неколико дана (76 сати) након што је ухапшен и на изричит захтев његовог правног заступника. Стога је ЕСЉП закључио да Уједињено Краљевство није испунило захтев **хитности (одмах)** у давању обавештења притвореницима, како то налаже члан 5. став 2.

⇒ **Давање информација** по члану 5. став 2. биће детаљније размотрено када будемо разматрали процесна јемства у имиграционом притвору у целини.



3.2.1.5 Задржавање тражилаца азила у „затвореним“ прихватним центрима

У новије време, ЕСЉП се суочава с предметима у којима се оспорава легалност коришћења затворених прихватних центара за тражиоце азила и мигранте који тврде да имају потребе за међународном заштитом.

Након „споразума“ ЕУ и Турске који је постигнут 18. марта 2016. године, коришћење таквих затворених центара постало је уобичајена пракса на грчким острвима Хиос, Лезбос и Самос, између осталих.

Дуготрајно задржавање тражилаца азила и рањивих миграната у таквим центрима, често у ужасним животним условима и без приступа материјалним или процесним правним лековима ради добијања информација о своме статусу или оспоравања мере која им је одређена, завршило се тако што је тај притвор постао фактички притвор.

Ц. Р. и други против Грчке /Ј. Р./

У предмету *Ц. Р. и други против Грчке /Ј. Р./* (Представка бр. 22696/16), ЕСЉП је конкретно испитивао услове притвора у кризним центрима у Грчкој непосредно после договора између ЕУ и Турске, разматрајући да ли су у складу с чланом 3. у делу који се односи на животне услове, као и с чланом 5.

Закључак УНХЦР о тој ситуацији на који се сам ЕСЉП позвао у ставовима 80, 81. и 82, описује усвојене мере као затварање која траје по неколико недеља у „затвореним објектима“, а да се притом мигрантима не пружају информације о основима на којима је та мера донета нити о њеном трајању, као ни о правним лековима које имају на располагању да би је оспорили. Када је реч о специфичној ситуацији која је настала после постизања споразума између ЕУ и Турске, склопљеног у време изузетно великог миграционог притиска, УНХЦР је известио да се мера задржавања у том тренутку на грчким острвима **практично аутоматски примењивала** на сва лица која су стигла до Грчке након постизања „договора“ и да при томе нису процењиване индивидуалне околности миграната нити им је омогућен приступ правним лековима (став 82).

То што се тражиоци азила и мигранти све чешће смештају у „затворене“ центре за магљује разлику између њиховог „прихвата“ и „притварања или задржавања“, што има очигледне импликације по њихова права. Као места у која би требало сместити и привремено задржати мигранте који имају потребе за заштитом, прихватни центри и логори се, по правилу, одликују извесним карактеристикама због којих се разликују од центара за притвор.

Широко гледано, ти објекти за прихват би требало да се одликују релативном слободом и аутономијом лица која су ту смештена – тако да она могу привремено да напусте просторије, што би требало да одрази чињеницу да мигранти који се у том центру налазе нису подвргнути ниједној казненој мери, већ им је само привремено ограничено кретање у сврху одређивања њиховог статуса.

Горе је већ размотрено да **облик и правна дефиниција саме мере** нису одлучујући када треба установити да ли је лице о коме се ту ради лишено слободе или

му је пак произвољно ограничена слобода кретања. ЕСЉП је своје закључивање засновао на **суштинским аспектима и самој „сржи“ мере**, а не само на њеном имену. Према томе, да би се утврдило да је дошло до лишења слободе, ЕСЉП узима у обзир различите критеријуме, који обухватају „природу, дужину, последице и права спровођења мере о којој је реч“ (став 83, **Ц. Р. и други против Грчке**).

Из истих разлога, како је објашњено и горе, у одељку о ограничењима слободе кретања, ако једна мера и не досегне праг који је неопходан да би се могло утврдити како спада у поље дејства члана 5, она још увек може отворити питање неприменог ограничења слободе кретања по основу члана 2. Протокола бр. 4. уз Конвенцију будући да је разлика између тих двају облика повреде „разлика у степену или интензитету, а не у природи или суштини“ (став 83, **Ц. Р. и други против Грчке**, уз унакрсну референцу на предмет **Амур против Француске**, став 42). Према томе, смештање у објекте који су намењени „прихвату“ према унутрашњем праву земље о којој је реч не може се аутоматски искључити као мера лишења слободе само због начина на који је формално класификована; мора се обратити пажња и на суштинске аспекте те мере. Према томе, у неким околностима мере прихвата могу се косити са чланом 5 и/или чланом 2. Протокола бр. 4.

3.2.2. Притвор у циљу депортације или враћања

Након што су приведени на граници, странци који су задржани или притворени по основу свог илегалног уласка могу бити подвргнути различитим мерама. Ако се ради о потенцијалним тражиоцима азила, они се притварају на граници, по правилу, да би се прелиминарно проценила њихова ситуација. Појединац којем је на граници ограничено кретање требало би да брзо буде пуштен на слободу – оног тренутка кад се утврди да намерава да затражи азил или неке друге облике заштите у земљи.

ЕСЉП је то јасно назначио у предмету *Саади против Уједињеног краљевства*, када је саопштио: *Државама је дозвољено да притворе потенцијалне имигранте који су затражили дозволу за улазак, било у виду азила или у неком другом виду. Очигледно је из тона пресуде у предмету Амур да притвор потенцијалних имиграната, укључујући тражиоце азила, може да буде компатибилан са чланом 5. став 1. тачка ф.*⁸⁵

Међутим, у другим случајевима, од тренутка када статус лица о којем је реч буде проверен, а власти донесу негативни закључак о могућности да се том лицу дозволи улазак на територију, притвор понекад може бити продужен. У таквим случајевима основни разлог за притвор се мења и из притвора ради спречавања недозвољеног уласка у земљу претвара се у притвор у циљу извршења одлуке о враћању.

⁸⁵ *Saadi v. United Kingdom*, Представка бр. 13229/03, став 64.

3.2.2.1. Тражиоци азила и лица с посебним потребама у притвору до депортације

Притвор до депортације често се користи да би се странцима ограничила слобода кретања или општа слобода. Лица која су идентификована као тражиоци азила и која су поднела захтев за међународну заштиту не би смела да буду подвргнута таквој мери депортације пре но што буду обрађени њихови захтеви за азил с обзиром на ризике којима би могли бити изложени по повратку у земљу порекла и због рањивости која их као тражиоце азила одликује.⁸⁶

Мигранти који се налазе на територији државе након што им истекне важност визе/ дозволе боравка постају **лица која су прекорачила дозвољени рок боравка (overstayers)** и зато више немају формално право да остану у земљи. У таквим околностима, када полиција или нека друга јавна власт заустави такво лице и констатује да оно нема прописни статус, то лице може бити притворено ради депортације и може бити смештено у објекат за имиграциони притвор.

Када је реч о **лицима која су прекорачила рок важења виза и дозвола боравка и налазе се у притвору до депортације**, њихово измештање из простора ЕУ уређено је Директивом о враћању (2008/115). У предмету Суда правде ЕУ (СПЕУ) **Ахухбабиан/Achughbaban** (C-329/11), подносилац представке – који није био тражилац азила – а наводно је био држављанин Јерменије – ухапшен је у Француској и донето је решење о његовој депортацији. Будући да је имао боравак на територији Француске, али је остао у земљи и пошто му је виза истекла – што је кривично дело према француском унутрашњем праву – француске власти су му одредиле меру полицијског притвора, а потом и меру притвора због неовлашћеног боравка. Апелациони суд у Паризу је проследио тај предмет Суду правде ЕУ и поставио претходно питање да ли Директива 2008/115 спречава домаће правосудне органе да изрекну казну затвора држављанину треће земље искључиво по основу његовог илегалног уласка или боравка на територији те земље. СПЕУ је утврдио да право ЕУ спречава домаће правосудје да примени казну затвора за држављанина треће земље који илегално борави у тој земљи ако му није била одређена мера принудног враћања која је уређена Директивом. Земља чланица ЕУ ипак може донети кривичноправне одредбе, у сагласности с Директивом о враћању, којима ће уредити ситуације у којима су принудне мере предузете, али нису омогућиле да се спроведе враћање држављанина треће земље који у датој земљи илегално борави.

У другим околностима имиграциони притвор и депортација могу представљати **допунску или алтернативну казну**, поред казни изречених на основу осуђујуће кривичне пресуде. Када странац почини кривично дело одређеног степена тежине – зависно од околности самог предмета и унутрашњег права земље о којој је реч – може се донети одлука о одузимању боравишног статуса тог лица и његовом враћању, као алтернатива кривичној казни (или допуна те казне).

У таквим случајевима, странци на које се мере односе обично раније нису скретали пажњу на своје потребе за заштитом, нити су се на било који начин позивали на те

⁸⁶ *M. S. S. v Belgium and Greece* [Велико веће], Представка бр. 30696/09, став 251.

потребе током боравка у датој земљи. Можда се радило о томе да се нису позивали на те потребе ради добијања боравишне дозволе или због тога што таква потреба **још није постојала** у тренутку када су ушли у дату земљу, а појавила се тек у некој доцнијој фази услед промена у њиховим личним околностима или променама које су наступиле у њиховој земљи порекла / земљи претходног боравишта.

Иако се начелно препоручује да странци у првој могућој прилици изразе потребе за заштитом, њихов пропуст да то учине никако не би смео да се негативно одрази на њихово право да се помно проуче њихови захтеви оног тренутка када их буду изнели, посебно ако би се због тог пропуста могла донети одлука о враћању тих лица, која би се онда суочила са опасностима чије би последице биле непоправљиве. Услед тога, **право на тражење азила / међународне заштите из места притвора** треба заштитити и тако што ће се помно проучити околности тог странца и створити услови да такви захтеви за заштитом буду на одговарајући начин примљени у наведеном окружењу. То често захтева да држава уложи позитивне напоре, јер она треба да обезбеди да особље које ради у притворском објекту буде на одговарајући начин обучено за пријем захтева за заштиту и да онима који пружају одговарајућу здравствену, социјалну или правну помоћ буде омогућено да уђу у те просторије и састану се с притвореницима.

3.2.2.2. Стандарди и јемства у притвору до депортације према ЕКЉП

Притвор ради спровођења одлуке о враћању изричито је допуштен чланом 5. став 1. тачка ф, која предвиђа могућност да се примени притвор у односу на **[...] лица против кога се предузимају мере у циљу депортације или екстрадиције**. Следствено томе, притвор је оправдан само *док траје поступак екстрадиције и протеривања*. Поље дејства те одредбе ближе ћемо испитати касније у тексту.

Сагласно ЕКЉП, услови под којима је допуштено да се примени притвор против странаца утврђени су исцрпно у члану 5. став 1. тачка ф, што значи да **нема потребе да се доказују додатни елементи**, као што је да ли та конкретна мера треба да буде *сматрана разумно неопходном, на пример да би се спречило да лице на које се мера односи изврши деликт или побегне (Јемифова против Русије /Yemifova/ Представка бр. 39786/09 став 254)*. Самим тим, ЕСЉП не придаје никакву тежину томе да ли се на домаћем нивоу *одлука о протеривању на основу које је донета мера притвора може оправдати по домаћем праву или праву Конвенције* (Пресуда *Јемифова против Русије*, где се цитирају пресуде у предметима *Чонка против Белгије*, Представка бр. 51564/99, став 38. и *Чахал /Chahal/*, став 112).

У својој пракси везаној за то питање ЕСЉП је развио различите стандарде који се примењују на притвор до депортације, и ти стандарди се морају поштовати да би сама мера била усклађена с Конвенцијом. Неки од главних елемената и стандарда које је Суд развио у погледу усклађености имиграционог притвора с јемствима која су утврђена Конвенцијом биће објашњени даље у тексту.



1. **Законитост притвора до депортације:** као и сви видови притвора према члану 5, и притвор до депортације мора имати јасан основ у унутрашњем праву државе и не сме бити произвољно одређен. Тачан обим и значење тих појмова детаљно ћемо испитати у одељку о законитости и произвољности имиграционог притвора, даље у тексту. Међутим, овде је корисно да подсетимо на то да у конкретном контексту притвора до депортације одредба којом се уређује притвор и продужетак притвора мора бити „**прецизна и предвидљива**” и њоме морају бити одређени „**рокови за тај притвор**” (*Исмојлов и други против Русије /Ismoilov/*, представка 2947/06, став 140). Такође је суштински важно да се преиспитају оправданост и нужност притвора до депортације.

⇒ Више о законитости и произвољности притвора у одељку текста који је томе посвећен касније у овом документу.

2. **Трајност поступка депортације:** кључни чинилац легитимности притвора до депортације сагласно члану 5. став 1. тачка ф лежи у томе да држава континуирано спроводи мере које омогућују да се изврши одлука о враћању притвореника. ЕСЉП у том смислу говори о томе да ли се, у конкретном случају у коме је одређен притвор, „**та мера спроводи ради депортације**”. Кључни предмет у коме је тај тест примењен у контексту притвора у циљу депортације јесте предмет *Чахал против Уједињеног Краљевства* (став 112), где је у Пресуди наведено да „[с]вако лишење слободe према другом делу члана 5. став 1. тачка ф оправдано је само док је у току поступак депортације или екстрадиције” (види Пресуду у предмету *С. З. против Грчке*, Представка бр. 66702/13, где се цитира предмет *Чахал*).

Када тај услов престане да постоји, одлука о притвору и сама може изгубити своје унутрашње оправдање, оно на коме почива. У том смислу ЕСЉП је стао на становиште да ако *поступак [притвора] није спроведен с дужном пажњом, притвор престаје да буде дозвољен* (види *С. З. против Грчке*, Представка бр. 66702/13, Пресуда у којој се цитира Пресуда донета у предмету *А. и други против Уједињеног Краљевства* [Велико веће], бр. 3455/05, став 170). Да би установио шта се може узети у обзир у смислу закључка да се „**мера спроводи у циљу депортације**”, ЕСЉП је придао значај следећим околностима:

- Да ли удаљење, као намеравани циљ притвора, представља „**реалну могућност**” у предмету о коме је реч (*Ахмед против Уједињеног Краљевства*, Представка бр. 13/59727; *Лулед Масуд против Малте /Louled Massoud/*, Представка бр. 08/24340, став 69, *А. и други против Уједињеног Краљевства* [Велико веће], Представка бр. 05/3455, став 167, *Амие и други против Бугарске*, Представка бр. 08/58149, став 144, и *Миколенко*, Представка бр. 05/10664, став 68). О појму „реалне могућности депортације” види доле, у предмету *Mikolenko*:

Миколенко против Естоније

У предмету **Миколенко против Естоније**, подносилац представке је официр совјетске армије који је живео у Естонији од 1983. године. ЕСЉП је установио да је његов притвор до депортације у Русију трајао око три године и 11 месеци, чиме је била прекршена одредба о заштити од произвољног притвора утврђена у члану 5. став 1. Притвор у циљу депортације условљен је тиме да се депортација „спроводи с дужном пажњом“. У супротном, притвор се сматра произвољним. [...] Према томе, будући да његова депортација није била спроведена с „дужном пажњом“ – ЕСЉП, пре свега, није установио ниједан доказ о било ком кораку предузетом током једне и по године да би се та депортација спровела – притвор подносиоца представке је био произвољан, па је самим тим био у супротности с чланом 5. став 1. Конвенције.

- У том циљу, када се ради о лицима која тврде да ће бити изложена ризику уколико буду враћена, у судској процени се водило рачуна и о развоју догађаја у тој земљи. У предмету **С. 3. против Грчке** (Представка бр. 13/66702), који смо горе анализирали у вези са специфичним положајем тражилаца азила у притвору, подносилац представке је тврдио да његово враћање у Сирију није изводљиво јер би тиме био угрожен његов живот, између осталог и због тога што се у тој земљи управо распиреује војни сукоб. У том смислу, повећава се потреба да се **преиспита притвор** (С. 3. против Грчке). У предмету С. 3., где подносилац представке у почетку није могао да предочи свој пасош као доказ држављанства, његов притвор је настављен и након што је тај документ предочен и пошто су исказане примедбе, све док није донета позитивна одлука о његовом избегличком статусу (што је све трајало још 21 дан) (С. 3. против Грчке, став 57). ЕСЉП је закључио да је чињеница да су, због горе наведених доказа и информација које су биле предочене, *домаће власти морале да [...] размотре алтернативне мере*.

С. 3. против Грчке

У предмету **С. 3. против Грчке**, подносилац представке, који је сиријски држављанин, ухапшен је и осуђен под оптужбом да је за време свог боравка у Грчкој користио фалсификовани пасош; подносилац представке је притворен до депортације у **подруму полицијске станице**. Одлука о враћању подносиоца представке донета је на основу тога што је он илегално ушао и што није имао прописну дозволу боравка, као и на основу пресуде која му је изречена за коришћење лажних докумената, што је све оцењено као основ за уверење да његово присуство на грчкој територији представља опасност по јавни ред (ставови 7–8). ЕСЉП је утврдио да су у датом случају била повређена права подносиоца представке утврђена различитим одредбама Конвенције. Установио је повреду члана 3. због услова у којима је подносилац представке био приморан да борави – у полицијској станици. Тај закључак је донет и са становишта објективних карактеристика његовог притвора и у светлу утицаја који је све то имало на лични положај подносиоца представке.

Када је реч о лишењу слободе, ЕСЉП је установио да је био прекршен члан 5. став 1. тачка ф, као и став 4. истог члана услед тога што подносиоцу представке нису пружена одговарајућа процесна јемства и што нису постојали реални изгледи за његов стварни повратак, тако да

његов притвор више није могао бити оправдан.

- **Узроци кашњења у извршењу одлука о депортацији.** Разлози за неизвршење одлуке о враћању у разумном року могу проистећи из различитих фактора и могу бити повезани с понашањем притвореника, кашњењима у раду државних власти, непостојањем сарадње власти у земљи повратка или објективним разлозима, као што је непостојање доступних средстава или ресурса за практично остваривање повратка датог лица.

Миколенко против Естоније

У предмету **Миколенко против Естоније**, ЕСЉП је констатовао да је крајем прве године притвора подносиоца представке било јасно да не постоје реални изгледи да он буде депортован **због** тога што није био **спреман на сарадњу**, која је реално била потребна, **као и због неспремности руске државе да изда путне исправе** или да прихвати привремене путне исправе које изда естонска држава.

У предмету **Каџојев /Kadzoev/** (с-357/09), СПЕУ се суочио с представком једног држављанина Чеченије кога су бугарске власти држале у притвору пре но што је ступила на снагу Директива о враћању. Он је притворен у октобру 2006. године, а у августу 2009, када се одлучивало о том случају, још се налазио у притвору. Покушаји да се он депортује у Русију пропали су зато што је поседовао **неважеће путне исправе, а није постојала ниједна друга земља која би била вољна да га прими.**

Предмет **Синг против Чешке Републике /Singh/** (Представка бр. 60538/00), доле, пример је пропуста власти у земљи која враћа лице у комбинацији с неспремношћу земље повратка на сарадњу.

Синг против Чешке Републике

У предмету **Синг против Чешке Републике**, ЕСЉП се бавио случајем двојице држављана Индије који су били осуђени на 21 месец затвора због тога што су омогућавали илегалне миграције. Пошто су илегално боравили у земљи, издат је налог за њихову депортацију након што издрже казну затвора. Међутим, они су тек **две године од завршетка издржавања казне** пуштени из притвора. Власти нису обезбедиле релевантне путне исправе од индијског амбасадора, који је, између осталог, рекао да не постоји доказ да су та двојица држављани Индије. ЕСЉП је утврдио да је притвор те двојице подносилаца представке био произвољан – као и да је прекомерно трајао – јер власти нису успеле да с дужном пажњом покрену поступак депортације зато што нису биле у стању да им обезбеде важеће путне исправе. ЕСЉП је закључио да судови нису хитно и без одлагања решавали жалбе подносилаца представке на притвор, јер су ти поступци трајали три, односно осам месеци.

Чак и када се тврди да постоје „објективни“ разлози који спречавају депортацију, ЕСЉП је понекад установио да чињење или нечињење државе која спроводи депортацију и напори које она улаже да би превазишла те препреке могу утицати на целокупан поступак. У предмету **М. и други против Бугарске** (Представка бр. 41416/08), ЕСЉП је констатовао да је *препреку томе да се без одлагања изврши депортација [...]*

представљало то што није било директних летова из Бугарске у Авганистан, поред тешкоћа да се обезбеди правно ваљана исправа на основу које би подносилац представке могао да буде враћен у Авганистан. Такве тешкоће су тумачене као пропуст државе – јер није предузела одговарајуће кораке, нити је доказала да је уложила довољно труда да обезбеди реадмисију тог подносиоца представке (став 74).

- Када ЕСЉП одреди **привремене мере по члану 39. Пословника Суда**⁸⁷ како би зауставио удаљавање или враћање лица, држава не може неограничено држати то лице у притвору до депортације „а да не реши правни статус тог лица“ (*Рјабикин против Русије /Ryabikin/*, Представка бр. 04/8320, став 132). Када се **притвор продужи и након онога што је одређено привременим мерама сагласно правилу 39**, ЕСЉП је констатовао да иако чињеница да је поступак протеривања био претходно суспендован [...] сама по себи не чини притвор лица о коме је реч незаконитим, неопходно је, да би тај притвор остао оправдан, да власти и даље предвиђају протеривање у некој доцнијој фази, као и да мера не буде неразумно пролонгирана (*Ahmed против Уједињеног Краљевства*, Представка бр. 13/59727, став 44; *Кешмири против Турске/Keshmiri/*, Представка бр. 10/22426, став 34, *К. против Русије*, Представка бр. 11/69235, ставови 92–91). У предмету **L. М. и други против Русије**,⁸⁸ утврђено је да је тиме што је притвор странаца настављен и након што је ЕСЉП одредио привремене мере сагласно правилу 39, био прекршен члан 5. Домаћи судови нису проверили истрајност намере да се лица депортују, нити су ту намеру сагледали у вези с тим што, према унутрашњем праву, нису постојали правни лекови помоћу којих би било могућно затражити судско преиспитивање притвора у циљу протеривања, нити је постојала могућност да се та одлука аутоматски преиспитује у редовним временским размацама (став 50).

Suso Musa против Малте

У предмету **Suso Musa против Малте**, ЕСЉП је закључио да је то што је илегални мигрант држан две године у притвору до депортације, које на крају није ни било, представљало повреду члана 5. ставови 1. и 4. Поступак побијања одлуке о притвору пред надлежним судом трајао је око годину дана и закључено је да је тиме, поред недостатка осталих делотворних правних лекова, био прекршен захтев да лицима која су лишена слободе буде омогућено да покрену судски поступак како би се брзо и делотворно преиспитало да ли су законито лишени слободе.

Притвор овог подносиоца представке трајао је око шест месеци у првом периоду – да би он потом провео још пет месеци у казнено-поправном дому због побуне која је избила у притворском центру – а онда је уследио други период притвора, од око једне године, после кога је он ослобођен јер његово држављанство још није било утврђено. Сагласно члану 5. став 1. притвор је оправдан само дотле док траје поступак депортације. Будући да поступак депортације није ни почео до јануара 2013, а у фебруару је постало јасно да неће бити могућно

87 Европски суд за људска права може, према Правилу 39. Пословника Суда, да одреди привремене мере онда када постоји непосредна опасност од доношења ненадокнадиве штете. Више детаља о томе види у: Основне чињенице о ЕКЉП – Привремене мере, доступно на: https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Interim_measures_ENG.pdf

88 *L. M. and Others v. Russia*, представке бр. 40081/14, 40088/14 и 40127/14, ставови 148–149.

депортовати то лице, ЕСЉП је закључио да је и тиме био прекршен члан 5. став 1.

Јасна идентификација земље повратка: У предмету *М. и други против Бугарске*, Представка бр. 41416/08, ЕСЉП је стао на становиште да нејасна ситуација у погледу земље повратка може да се сматра *проблематичном у смислу захтева за правну сигурност који је инхерентан свим одредбама Конвенције* јер је то морало да науди делотворној контроли будности и дужне пажње власти у поступању у односу на депортацију (став 69). У истој тој пресуди каже се да иако је могуће суочити се с препрекама у спровођењу одлуке о депортацији у дату земљу, ако су у начелу могуће друге дестинације, онда држање у притвору док власти не уложе активне напоре да организују трансфер у трећу земљу може ући у поље дејства члана 5. став 1. тачка ф (*М. и други против Бугарске*, уз цитирање Пресуде у предмету *Чонка против Белгије*, Представка бр. 51564/99, став 38. и *Чахал*, став 112).

4. ЗАКОНИТОСТ И НЕПРОИЗВОЉНОСТ ПРИТВОРА ПРЕМА ЕКЉП

У претходном одељку испитали смо разлоге на основу којих државе могу да посегну за мером имиграционог притвора и идентификовали смо две ситуације у којима је притвор допуштен према члану 5. став 1. тачка (ф), тј. притвор у циљу спречавања недозвољеног уласка и притвор у циљу извршења одлуке о враћању. Усклађеност с наведеним циљевима је предуслов да би одлука о миграционом притвору по члану 5. став 1. тачка ф била у складу са ЕКЉП, али то није једини услов који мора бити задовољен. Као што ћемо испитати у наредним одељцима, да не би представљао повреду права притвореника, притвор по члану 5. мора бити **законит, непроизвољан и мора понудити одговарајућа процесна јемства и правне лекове који ће лицу које је притворено омогућити да оспори одлуку о том притвору.**

Сагласно члану 5. став 1. Конвенције, који утврђује захтев за **законитост** притвора и прописује да лишење слободe не само да мора бити извршено по једном од дозвољених основа већ оно исто тако мора бити у складу са поступком који је законом прописан. Прецизно тумачење делокруга и значења те одредбе било је у средишту је разних предмета о којима је ЕСЉП одлучивао, па је могуће идентификовати нека основна начела у решавању тог питања.

4.1 Јасан основ у унутрашњем праву

Минималан захтев да би притвор био у складу са ЕКЉП и да се може посегнути за таквом мером јесте да мора имати **правни основ** у закону. У предмету *Хлаифија*, ЕСЉП је разјаснио да се у смислу те одредбе треба позивати на *суштинска и процесна правила унутрашњег права* (став 93). Да би се могао квалификовати као „закон”

у смислу члана 5, међутим, правни инструмент којим је притвор дозвољен и надзиран мора такође задовољити критеријуме ЕСЉП у погледу *квалитета закона*, што опет налаже да тај инструмент буде *компатибилан с владавином права* (Хлаифија, став 93, унакрсно позивање на Амур, став 50. и Абдолхани и Каримнија /Abdolkhani, Karimnia/, став 130).

Када је реч о конкретним условима да закон који уређује питање притвора буде „довољно јасан“, ЕСЉП се ослања на своје опште поимање законитости у другим областима своје јуриспруденције, тако што констатује: закон такође мора бити *довољно прецизан да дозволи лицу [...] да предвиди, у мери која је разумна у датим околностима, последице које може имати дати поступак* (Хлаифија, став 92, где се цитира Барановски против Пољске /Baranowski/, Представка бр. 28358/95, ставови 50–52, између осталих).

Тако на пример **билатерални споразум** између земље пријема и земље у коју је предложен повратак (на који се позвала Држава у предмету *Хлаифија*), није оцењен као „јасан правни основ“ за притвор будући да „интегрални текст тог споразума није био јаван“, па самим тим није био ни „доступан подносиоцима представке“ (став 102). Из сличних разлога, у предмету **Худјакова против Русује /Khudyakova/**, Представка бр. 13476/04, очигледно неслагање међу различитим органима власти у вези с притвором лица која чекају екстрадицију, што се испољило кроз „неконзистентне и узајамно искључиве ставове“ према томе којим се правним инструментом уређује та мера (став 73) навело је ЕСЉП на закључак да „лишење слободе коме је била подвргнута подносиатеља представке није било ограничено одговарајућим механизмима заштите од произвољности (став 73).

Легалност притвора подносиоца представке поново је доведена у питање у предмету **Хлаифија** (горе наведеном) због чињенице да је он прво био приведен у привремени центар за прихват да би касније био пребачен на један од бродова укотвљених у локалној луци – без јемстава у притвору до депортације и само на основу обичне регистрације у полицији. Будући да мера притвора није имала правни основ, она није била пропраћена – што се иначе ради код притвора до депортације – формалним налогом за притвор који захтева потоњу „потврду“ судских власти (став 105). Стога је ЕСЉП приметио да мера којој су били подвргнути подносиоци представке није имала *јасан и приступачан правни основ*.

4.2 Непроизвољност

Веома је важно то што је за захтев да мера буде законита везан услов да она такође не буде произвољна. Док се законитост мере првенствено заснива на поштовању слова закона, њена непроизвољност зависи од сложеног низа чинилаца које није увек *a priori* могућно идентификовати. У својој судској пракси ЕСЉП је утврдио услове које притвор мора да испуни да се не би сматрао произвољним: *Он мора бити*



спроведен у доброј вери, [] мора бити тесно повезан са основом за притвор на који се Држава позива, **место и услови притвора морају бити одговарајући** и дужина притвора не сме прекорачити ону која је разумно потребна за дату сврху (С. К. против Русије, Представка бр. 52722/15, Сади против Уједињеног Краљевства [Велико веће], Представка бр. 13229/03, став 74, Рустамов против Русије, Представка бр. 11209/10, став 150, између осталих извора).

Тај спектар захтева, који нису строго везани за правни термин који се за притвор користи у унутрашњем праву, већ су усредсређени на његове суштинске аспекте, спречава државе да тврде како су испуниле своје обавезе и одговорности по Конвенцији самим тим што у свом унутрашњем праву имају правну одредбу којом се уређује питање имиграционог притвора.

Различити аспекти значаја за то да се обезбеди заштита од произвољности – нарочито услови притвора и његова дужина – биће ближе размотрени у даљем тексту.

4.2.1 „Спроведено у доброј вери“

Различити случајеви су допринели да се дефинише шта је то „зла вера“ („лоша намера“) власти код одређивања притвора.

У предмету **Сусо Муса против Малте**, Међународна комисија правника, која се као треће лице умешала у поступак, предпочила је аргумент по коме **добра вера код одређивања притвора подразумева меру отворености и ваљан поступак** како поступци који се одвијају сходно унутрашњем праву које дозвољава алтернативе за притвор или пуштање из притвора, као што је време за добровољни повратак, не би били заобиђени или изманипулисани толико да буду лишени сваког значења (став 84). Иако у свом закључку није у потпуности подржао то тумачење, ЕСЉП је приликом испитивања произвољности притвора узео у обзир постојање читавог низа случајева у којима су домаће власти примениле чудну праксу **заобилажења поступка добровољног одласка [..]** и насумичне одлуке о притвору за које је Држава сматрала да не налажу да се изврши индивидуална процена. У том светлу ЕСЉП је изразио **резерве у погледу добре вере Државе** у примени секторске политике општег притварања (осим када је реч о неким специфичним рањивим категоријама) у максималном трајању од 18 месеци (став 100).

У предмету **Лонга Јонкеу против Летоније /Longa Yonkeu/** (Представка бр. 57229/09), ЕСЉП се позабавио питањем „добре вере“ у случају депортације једног тражиоца азила, која је спроведена упркос томе што је постојао налог за суспендовање одлуке о депортацији. Ту је ЕСЉП одбацио аргумент Државе да се све то догодило зато што су граничари тек након што је депортација спроведена сазнали за суспензију те одлуке. ЕСЉП је стао на становиште да понашање Државе одражава „злу намеру“ („лошу веру“), што се види из тога да је без обзира на суспензију статус тражиоца азила који је имао подносилац представке, а кога су власти биле сасвим свесне, у сваком случају био такав да он није могао бити депортован (став 143).

4.2.2 Дужина притвора

Поред питања о законском основу притвора и процесним јемствима која се дају притворенику, важну улогу у одлучивању о томе да ли се притвор може сматрати произвољним у смислу члана 5. и да ли је такав да се услед њега могу отворити питања по члану 3. Конвенције јесте његова дужина. По општем правилу, ЕСЉП стоји на становишту да *како би се избегло да притвор буде окарактерисан као произвољан [...] његова дужина не би смела да прекорачи разуман рок за сврху којој се тежи* (види *А. и други против Уједињеног Краљевства*, став 164, и *Сади*, став 74). Међутим, не постоји ниједна експлицитна дефиниција разумног, нити постоје индикације за то коју дужину притвора ЕСЉП сматра неразумном или прекомерном. Оцена дужине притвора зависи од околности случаја, укључујући услове којима је лице подвргнуто и суштинска и процесна јемства која се притворенику дају. Иако није могућно унапред утврдити одређено правило на том плану, постоје неки параметри на које бисмо могли указати на основу постојећих примера у садашњој јуриспруденцији.

У предмету *Хлаифија*, ЕСЉП је стао на становиште да поступање коме су била изложена двојица подносилаца представке у две различите ситуације притвора: 1. на броду укотвљеном у локалној луци и 2. у привременом прихватном центру. У оба случаја подносилац представке је тврдио да је дужина притвора била прекомерна (став 142). Као што је већ наглашено, чак и онда када је знатна, дужина притвора се ретко сматра узроком повреде права по Конвенцији, сама по себи; значај и утицај дуготрајног притвора мери се у светлу услова притвора, уз узимање у обзир „**кумулятивног дејства** тих услова, као и конкретних тврдњи самог подносиоца представке“ (види *Дугоз против Грчке/Dougoz*, Представка бр. 40907/98, став 46, ЕСЉП2001-II).

Индикативно је да је велика дужина притвора посебно тешка онда када постоје и други негативни чиниоци – као што је претрпаност просторија, неадекватност санитарних и хигијенских услова – у том смислу што се нанета штета погоршава како време пролази. С обзиром на горе наведене разлоге, ЕСЉП је дошао до сличних закључака (па често оцењује меру као „понижавајуће поступање“, што је повреда права по члану 3. Конвенције) у случајевима у којима се дужина притвора битно разликовала. Тако је у предмету *М. С. С. против Белгије и Грчке* (ставови 223–234) притвор подносиоца представке на атинском аеродрому трајао свега **11 дана укупно**. Међутим, с обзиром на тежину услова којима је подносилац представке био изложен, где се радило о наводима о бруталности полиције и „**неприхватљивим**“ животним условима, што је потврђено из више извора (став 171, Пресуда у предмету *Хлаифија*, у којој се цитира *М. С. С.*), ЕСЉП је ипак закључио да је у датом случају био досегнут праг који је потребан да би се установило како је неко поступање противно члану 3.

Примењујући слично размишљање у предмету *С. Д. против Грчке* (Представка бр. 53541/07, ставови 49–54, види део Пресуде у коме се цитира *Хлаифија*, став 174), ЕСЉП је донео исти закључак (о повреди члана 3) и када је реч о два месеца при-

творца подносиоца представке у монтажном објекту у коме није могао имати одговарајуће животне услове (став 51), као и у погледу **шестодневног притвора**. (С. Д. против Грчке, ставови 53, 54)

С друге стране, у предмету **Сади против Уједињеног Краљевства**, ЕСЉП је стао на становиште да се **седмодневни притвор** тражиоца азила, који је пуштен на слободу након што је донета негативна одлука о његовом захтеву за азил, не може *оценити као притвор који је трајао дужи од разумно очекиваног притвора за сврху којој се његовим одређењем тежило* (став 79).

4.2.3 Постојање остварљивих и у мањој мери рестриктивних алтернатива за постизање дате сврхе

Када испитује да ли је одређивање притвора било произвољно, ЕСЉП разматра да ли је у предметном времену постојала **алтернативна и не толико инвазивна мера** којом су се могли остварити циљеви којима се тежило одређивањем притвора, као и да ли су **власти то размотриле** пре но што су се одлучиле да одреде притвор.

У претходном одељку овог поглавља говорили смо о општој непожељности притвора тражилаца азила и ограничењима имиграционог притвора. С обзиром на његову инвазивност, захтева се да се притвор миграната третира као последња мера којој се прибегава и из те премисе природно следи обавеза да се установи постоје ли неке алтернативне мере притвору. По мишљењу ЕСЉП, које је изразио у својој судској пракси, мере као што су *електронско означавање (таговање), надзор путем телефона и/или редовног јављања имиграционом службенику* разматрају се у склопу те категорије.

ЕСЉП је идентификовао различите случајеве у којима су се власти суочиле с том проценом, што је имало различите резултате. Тако су на пример у предмету **Ахмед против Уједињеног Краљевства** (Представка бр. 59727/13) власти оправдале свој избор мере притвора у конкретном случају на основу ранијег понашања подносиоца представке, позивајући се на *број и тежину престапа које је он раније починио и суштинску вероватноћу да ће престапе поновити, која је (вероватноћа) оцењена као „велика“*, као и на његових шест претходних покушаја да побегне (став 56). Вођење рачуна о тим чиниоцима је, по мишљењу Државе, учинило да алтернативе делују „неделотворно“ у конкретном случају.

ЕСЉП је донео другачије закључке у предметима **С. З. против Грчке** (Представка бр. 66702/13) и **С. К. против Русије** (Представка бр. 52722/15), где су власти толерисале то што се неразумно одлагало пуштање подносиоца представке из притвора, упркос томе што су биле свесне да је депортација у његовом случају неостварљива. Стање ствари је било такво да је, како је оценио ЕСЉП, *апсолутно налагало домаћим властима [...] да размотре алтернативне мере*.

Русу против Аустрије

У предмету **Русу против Аустрије**, ЕСЉП је имао пред собом случај румунске држављанке којој су путне исправе украдене у Француској и која је покушавала да се врати у Румунију. Када је покушала да напусти Аустрију, ухапсила ју је мађарска погранична полиција и вратила је у Аустрију, где је смештена у имиграциони притвор до депортације. Поред осталих разлога, њен притвор – уз образложење да би вероватно побегла и да је илегални имигрант у Аустрији – није био оправдан и ако се има на уму њена лична ситуација. Посебно је карактеристично то што је она ухапшена када је покушала да напусти Аустрију. Могле су бити примењене **мере које нису тако строге** да би се осигурало да се она повинује захтевима поступка депортације, па је стога у датом случају у њеном притвору постојао елемент произвољности, што значи да је био прекршен члан 5. став 1.

4.2.4 Примереност услова притвора према ЕКЉП

Поред члана 5. став 1. тачка ф, притвор миграната и тражилаца азила може отворити питања и по другим тачкама којима се забрањује лишење слободе, као и по другим члановима ЕКЉП. **Материјални услови** у којима се држе мигранти који су лишени слободе из једног од горе описаних разлога имају важну улогу у том смислу. Неадекватност тих услова може, сама по себи, представљати повреду члана 3. Неадекватни услови притвора такође могу дисквалификовати меру што значи да она престаје да буде „законита“ и непроизвољна према члану 5. став 1.

ЕСЉП начелно утврђује да државе *морају обезбедити да лице буде притворено у условима који су у складу с поштовањем људског достојанства*, да начин и метод извршења те мере нису такви да је лице *подвргнуто мучењу или тешкоћама чији интензитет превазилази онај неизбежни ниво патње који је својствен притвору и да се, узимајући у обзир практичне захтеве које поставља заточење, на одговарајући начин води рачуна о здравственом стању и добробити тог лица* (став 105, 3. А. и други против Русије, предмет тренутно у поступку пред Великим већем).

Када је реч о **тражиоцима азила и другим рањивим мигрантима**, важност адекватних услова притвора/прихвата додатно је појачана тиме што припадају „посебно угроженој и рањивој групи становништва, којој је потребна нарочита заштита“.

Дужност да се обезбеде достојанствени услови прихвата ЕСЉП је анализирао у једном броју случајева.⁸⁹ У предмету **М. С. С. против Белгије и Грчке**, који је послужио као стандард за судску праксу ЕСЉП у свим „Даблинским предметима“, подносилац представке се жалио да је због *намерног чињења или нечињења* грчких власти био остављен у стању потпуне немаштине и није могао да задовољи ни своје најосновније потребе.

⁸⁹ N. v. the UK [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; *Shari and Others v. Italy and Greece*, Представка бр. 16643/09; *Tarakhel v. Switzerland* [Велико веће], Представка бр. 29217/12.

Услови притвора у неким објектима могу због тога што нису адекватно пројектовани сами по себи могу бити такви да се њима крше права подносиоца представке. На пример, ЕСЉП је описао **транзитне зоне на аеродромима**, које су, по општем уверењу, суштински непогодне за дуготрајно задржавање, као просторије које су „по дефиницији лоше опремљене“ у том смислу, јер у њима нема ни „тако основне опреме, као што су лежајеви, тушеви и кухиња“. (Види став 107. Пресуде у предмету *З. А. и други против Русије*, Представка бр. 61411/15, предмет тренутно у поступку пред Великим већем).

4.2.4.1 Недовољност и непримереност мера прихвата

Важно је што је у предмету *М. С. С.* питање услова прихвата анализирано са становишта недовољности објеката за смештај тражилаца азила у предметном времену, због чега су тражиоци азила били принуђени на бескућништво. ЕСЉП је констатовао да је то што грчке власти нису испуниле своје обавезе према праву ЕУ у том смислу створило ситуацију у којој је подносилац представке био дуготрајно *приморан ... да живи на улици, без икаквих средстава за живот и без могућности пристуна било каквим санитарним просторијама, као и без могућности да на било који начин задовољи своје основне потребе* (став 263). Оцењено је да је таква ситуација подносиоцу представке изазвала *осећање страха, зебње или инфериорности, што је све могло да изазове очај*, а то је у комбинацији с *дуготрајном неизвесношћу... и потпуном одсуством било каквих изгледа да ће се положиј [подносиоца представке] побољшати*, које је досегло ниво тежине који је потребан да би се констатовала повреда члана 3. ЕКЉП.

4.2.4.2 Потреба да се мере прихвата прилагоде индивидуалним околностима тражилаца азила

У предмету *Таракхел против Швајцарске*,⁹⁰ ЕСЉП је констатовао да стање италијанског система прихвата тражилаца азила, *иако [...] није упоредиво са ситуацијом у Грчкој [...] у предмету М. С. С.*“ (став 121) није такво да се могу потпуно отклонити сумње у погледу адекватности објеката прилагођених за породице с децом. За таква закључак ЕСЉП одлучујуће је било то што италијанска држава није могла да пружи индивидуална уверавања да би подносиоцима представке да су били трансферисани из Швајцарске, били понуђени услови који су прилагођени узрасту мале деце, као и да би било поштовано начело спајања породица. Стога, иако није досегла ниво неусклађености с Конвенцијом који је упоредив са оним у предмету *М. С. С. (системски недостаци)*, ситуација у Италији ипак није примерена за задовољење повећаних потреба тих подносилаца представке – породица са шесторо мале деце.

Веома је важно што се у тој пресуди разјашњава да чињеница да „структура и општа ситуација аранжмана прихвата у Италији не може [...] деловати као препрека за из-

⁹⁰ *Tarakhel v. Switzerland*, [Велико веће], Пресуда од 4. новембра 2014, Представка бр. 29217/12.

мештање свих тражилаца азила у ту земљу⁹¹ (тест *М. С. С.*) није коначна индикација да је нека земља подобна да прими тражиоце азила, већ тај стандард мора бити проверен **у вези** са индивидуалном проценом индивидуалних околности лица на која се та мера односи.

У специфичном контексту притвора тражилаца азила, неадекватни животни услови тражилаца азила и миграната у притвору подједнако могу отворити питања по основу члана 3. Конвенције.⁹² Како би проценио ту адекватност, ЕСЉП је придао значај једном броју елемената, укључујући следеће:

- I. Место које се користи за притвор: где се налази задржано лице (на аеродрому, у полицијској ћелији, у затвору);
- II. Карактеристике објеката: ...величина простора; да ли га појединац дели с другима и с колико других лица; доступност и приступачност санитарног чвора и просторија за прање; вентилација и приступ свежем ваздуху; приступ спољном свету; да ли притвореници болују од неких болести и имају ли приступ медицинским објектима.⁹³ То може обухватити и недостатак постеља (види став 105. Пресуде у предмету *З. А. и други против Русије*, Представка бр. 61411/15 – чека се пресуда Великог већа).
- III. Доступност алтернативних мера које немају толико изражен елемент принуде

4.2.4.3 Притвор као понижавајуће поступање

Као што је размотрено у претходном приручнику, мера притвора се може наћи у пољу дејства једне или више тачака члана 3. на основу нивоа тежине и врсте дејства које притвор има на лице о коме је реч. С обзиром на то како утиче на људско достојанство и квалитет живота појединца, притвор тражилаца азила често се сврстава у категорију „**понижавајућер**“ поступања.

У том смислу, ЕСЉП разматра последице објективних околности, укључујући: **дужину** притвора, *крајњи недостатак простора у затворској ћелији*,⁹⁴ *немогућност приступа вежбању на отвореном, природном светлу или ваздуху, недоступност вентилације, неадекватност система за грејање...*, у вези с тим да ли је мера притвора (лишења слободе) примерена конкретним околностима лица о коме је реч.

У предмету *С. Д. против Грчке*, ЕСЉП је засновао свој закључак о притвору подносиоца представке на чињеници да је он *био принуђен да борави у монтажном објекту*

91 *М. С. С. v Belgium and Greece* [Велико веће], Представка бр. 30696/09, став 115.

92 *М. С. С. v Belgium and Greece* [Велико веће], Представка бр. 30696/09.

93 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, доступно на: <http://www.refworld.org/docid/51b6eb394.html> – где се цитира предмет *Sharifi and others v. Italy and Greece*, представка бр. 16643/09 – ту је више од стотину људи делило два тоалета, а лица која су боравила у истим просторијама морала су да спавају на заједничким душецима или на поду. ЕСЉП је посебно указао на поплављене тоалете, слабу вентилацију и опште нездраву окружење.

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

два месеца без [могућности приступа] спољном свету, без могућности да телефонира, без чисте постељине и с недовољном количином средстава за хигијену⁹⁵ и на томе да је он шест дана био притворен у ограниченем простору, без ... места за одмор, спавајући на прљавим душецима и без могућности да слободно оде у тоалет.⁹⁶

Слично томе, у предмету *А. А. против Грчке*,⁹⁷ ЕСЉП је установио да постоји несклад између услова **пренатрпаности и лоше хигијене и ниског степена чистоће објеката намењених тражиоцима азила и услова утврђених у члану 3**. Слични закључци могу се наћи у предметима *М. С. С. и Табеш против Грчке*.⁹⁸

Изводи из предмета у којима је ЕСЉП оценио да су материјални услови притвора миграната и тражилаца азила „неприхватљиви“

о Услови који подривају достојанство и добробит притвореника

У предмету *М. С. С. против Грчке* (како је то цитирано у Пресуди у предмету *Хлаифија*), тежина околности је утврђена с обзиром на чињеницу да су притвореници били *принуђени да пију воду из тоалета; [...] није било довољно вентилације и у ћелијама је било неподношљиво вруће*; приступ притвореника тоалетима био је битно ограничен и морали су да мокре у пластичне флаше; није било сапуна ни тоалет папира ни у једном сектору; санитарне просторије су биле прљаве и нису имале врата; притвореницима је било онемогућено да вежбају напољу, на отвореном. У предмету *А. А. против Грчке* (Представка бр. 12186/08, ставови 57–65), чи стоћа и **хигијенски услови су били ужасни**, [...] купатила су била до те мере руинирана и не одржавана да се практично нису могла користити и [...] притвореници су морали да спавају у прљавиштини и међу бубама.

Остали услови којима могу бити прекршена права притвореника по Конвенцији обухватају (како је то наведено у Пресуди у предмету *Хлаифија*):

- *Непроветреност и недостатак светлости (Тоређани и други против Италије/Torreggiani/, представке бр. 43517/09, 46882/09, 55400/09 и друге, став 69);*
- *Ограничен приступ вежбању на отвореном (Иштван Габор Ковач против Мађарске/István Gábor Kovács, Представка бр. 15707/10 став 26);*
- *Потпуно непостојање приватности у ћелији (Ховоселов против Русије, Представка бр. 66460/01, ставови 32. и 40–43).*

о Превелик број људи у просторији

У предмету *М. С. С. против Грчке*, **на простору од 110 квадратних метара [држано је] 145 притвореника; постојала је само по једна постеља на 14–17 људи**. Према судској пракси ЕСЉП, таква претрпаност сама по себи може отворити питања по члану 3. Конвенције. У разним предметима против Русије констатовано је да иако се *према стандардима СРТ сматра да је пожељан простор за скупне ћелије четири квадратна метра по притворенику, лични простор који је био на располагању подносиоцима представке у релевантним предметима био је мањи од три квадратна метра по једном човеку* (Пресуда у предмету *Хлаифија*, у којој су цитирани предмети *Кадикис против Летоније*, Представка бр. 62393/00, став 55; *Андреј*

⁹⁵ *S. D. v. Greece*, Представка бр. 53541/07, ставови 49. до 54.

⁹⁶ *Ibid.*, став 222.

⁹⁷ *A. A. v. Greece*, Представка бр. 12186/08, ставови 57–65.

⁹⁸ *Tabesh v. Greece*, Представка бр. 8256/07, ставови 38–44.

Фролов против Русије /Andrey Frolov/, Представка бр. 205/02, ставови 47–49; *Кантирев против Русије /Kantirev/*, Представка бр. 37213/02, ставови 50–51 од 21. јуна 2007; *Сулејмановић против Италије*, Представка бр. 22635/03, став 43, између осталих).

Према томе, ЕСЉП сматра да „**простор од три квадратна метра подне површине по једном притворенику**” представља минимални простор који се може дозволити у „скупним спаваоницама” (*Хлаифија*, став 166, где је цитирана Пресуда у предмету *Мурсич*, ставови 110 и 114).

4.2.4.4 Потребе у погледу прихвата миграната и тражилаца азила који су посебно угрожени

Иако процене услова притвора ЕСЉП највећим делом заснива на чињеничним елементима, како је горе размотрено, он придаје одлучујући значај и постојању околности или рањивости самог појединца, с обзиром на које то лице може тражити посебне механизме заштите, који се крећу у широком дијапазону од потпуног изузећа од примене мере која је толико тешка и строга, као што је притвор, до читавог низа специјалних третмана. То посебно важи када лице које се подвргава мерама спада у категорију коју ЕСЉП признаје као угрожену, као што је *дете, жртва мучења, трудница, жртва трговине људима, старије лице или лице са инвалидитетом*.⁹⁹

Зонтул против Грчке

У мучном предмету ***Зонтул против Грчке*** (Представка бр. 12294/07), ЕСЉП је разматрао поступање које је претрпео тражилац азила, хомосексуалац, који је задржан у неадекватном притворском објекту с другим мигрантима и био подвргнут физичком и сексуалном нападу граничара који су били чувари тих просторија. Сличан третман искусило је још 16 других миграната који су били смештени у том центру.

ЕСЉП је размотрио поступање и услове којима су били изложени подносиоци представке из призме забране мучења по члану 3, да би на основу тога установио како физичко злостављање – а посебно сексуално злостављање – које су они претрпели отвара посебно озбиљна питања с обзиром на утврђени став ЕСЉП према силовању затвореника од стране службених лица као о *посебно тешком и гнусном облику злостављања* (незванични превод француске верзије Пресуде, став 88), с обзиром на неравноправан однос снага између жртве и насилника у конкретном случају и имајући на уму „дубоке психолошке ране”, које, у целини узев, изазива сексуално насиље (став 88. горе – незванични превод француске верзије Пресуде – уз цитирање предмета *Ајдин против Турске /Aydin/*, 25. септембар 1997, став 83).

⁹⁹ Европска унија: Европска агенција за основна права, Приручник из европског права у области азила, граница и имиграције, горе наведен, стр. 167.

4.2.4.5 Специфичан положај деце и породица које траже азил

У својој судској пракси ЕСЉП децу карактерише као *угрожене припаднике друштва*,¹⁰⁰ и она као таква полажу право на специфична јемства. Деца која су истовремено и тражиоци азила још су више рањива због тога што у исти мах припадају двома категоријама које ЕСЉП 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 у исти мах реч о детету и о лицу које се суочава са ситуацијом која изазива растуће узнемирење, замор и оскудицу – а управо је то ситуација у којој се налазе тражиоци азила. ЕСЉП је у различитим приликама констатовао да су државе дужне да деци мигрантима у имиграционом притвору пружају посебна и појачана јемства. С обзиром на „крајњу угроженост“ деце миграната, обавеза да се те њихове потребе задовоље **има предност у односу на статус илегалног мигранта које то дете има** (види *Мубиланзила Мајека и Каники Митунга*, став 55).¹⁰¹

У својој судској пракси (види *Попов*, став 90 и доле) ЕСЉП се снажно ослања на начела и стандарде утврђене специјализованим правним инструментима. Када је реч о деци мигрантима у притвору, често се помиње члан 37. Конвенције УН о правима детета, којим је прописано да се *[с]а сваким дететом лишеним слободе мора поступати хумано и уз поштовање урођеног људског достојанства и на начин који уважава потребе особа њиховог узраста*.

Попов против Француске

У предмету **Попов против Француске**, представке бр. 39472/07 и 39474/07, ЕСЉП је осудио то што су деца – која су била са својим родитељима – била притворена оценивши то као повреду члана 5. став 1. и став 4. Подносиоци представке били су држављани Казахстана који су стављени у притвор до враћања и ту провели 15 дана. ЕСЉП је посебно обратио пажњу на чињеницу да власти нису разматрале специфичан положај деце и њихов притвор – због тога што су била са својим родитељима – није оцењен као мера којој се прибегло у крајњој нужди. Стога се њихов притвор није могао сматрати „законитим“. ЕСЉП је указао на то да у унутрашњем праву нема основа за смештај деце у такав притвор, као и да правни путеви за оспоравање одлуке о притвору који су били на располагању њиховим родитељима нису били на располагању деци. Самим тим, судија није могао да преиспита законитост њиховог смештаја у притворском центру.

Разматрајући предмете у којима се ради о деци, ЕСЉП истиче да примена притвора мора бити условљена специфичним околностима подносиоца представке, уз вођење рачуна о његовом најбољем интересу, како је то прописано чланом 3. Конвенције о правима детета и чланом 24. Повеље ЕУ. Опште је правило да се таквим мерама може прибећи само у **крајњој нужди**, онда када су размотрене друге мере које се не одликују толиким степеном принуде. Осим тога, **деца не смеју бити**

¹⁰⁰ *A. v. the United Kingdom*, Представка бр. 25599/94, став 22.

¹⁰¹ *Mubilanzila и Muskhadzhiyeva*, горе наведено.

смештена у исте објекте у којима су смештена одрасла лица (види *Рахими против Грчке*). Поред импликација које има у смислу примерености услова притвора, смештај деце у објекте заједно са одраслим лицима може отворити питања у вези са самом законитошћу такве мере.

Х. А. и други против Грчке

Види горе сажетак предмета **Х. А. и други против Грчке**, о коме је обавештена тужена земља, а у коме се ради о деветоро деце тражилаца азила која су око месец дана провела притворена у полицијским ћелијама.

У предмету **Билалова против Пољске** (Представка бр. 23685/14), који је тренутно у разматрању пред ЕСЉП, подносиатеља представке и њено петоро деце, узраста између четири и десет година, задржани су три месеца у притвору у центру за странце с појачаним надзором у Пољској, до протеривања у Русију. О том предмету су странке обавештене у октобру 2014.

Да би се утврдило да ли је било примерено притварање деце, ЕСЉП је разматрао различите чиниоце, укључујући, између осталог, и то да ли је обезбеђено **психолошко саветовање и образовна помоћ квалификованог особља**¹⁰² и да ли је именован **старалац, заступник (guardian)** малолетног лица без пратње који том лицу помаже да оспори меру притвора (као у предмету *Рахими против Грчке*).¹⁰³

Оцењено је да притворски објекти и услови који нису примерени посебним потребама деце отварају питања по члану 3.¹⁰⁴

Попов

У предмету **Попов**, закључци који су важни у горе наведеном смислу обухватили су неадекватност **објекта који су стављени на располагање у делу Центра који је намењен „породицама“ [...]** који нису добро прилагођени боравку деце: **нема постеља за децу, а постеље за одрасле имају оштре металне углове, нема активности за децу, одвојен им је само основни простор за играње на једном малом делу тепиха, бетонирано двориште површине 20 квадратних метара где се небо може видети само кроз жичану мрежу, густа решетка на прозорима спаваонице која замагљује поглед напоље и врата спаваонице која се аутоматски затварају што је само по себи опасно за децу** (став 96).

У предмету **Мубиланзила** оцењено је да удружено дејство чињенице да је реч о петогодишњој девојчици без пратње која тражи азил и тога што је смештена у притворски центар саму ту девојчицу ставља у *ситуацију изузетне угрожености*.

¹⁰² *Mubilanzila*, став 50.

¹⁰³ *Rahimi v. Greece*, Представка бр. 8687/08.

¹⁰⁴ *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.

Мубиланзила Мајека и Каники Митунга против Белгије

У предмету **Мубиланзила Мајека и Каники Митунга против Белгије**, ЕСЉП је оценио да то што је петогодишња девојчица без пратње која тражи азил смештена у притворски центар заједно са одраслима с којима није ни у каквом сродству представља повреду члана 3.¹⁰⁵ Чињеница да јој је пружена „правна помоћ“ и да су јој омогућени свакодневни телефонски контакти с мајком није оцењена као довољна за задовољење посебних потреба детета у тако раном узрасту.¹⁰⁶

Мухаџијева против Белгије

У предмету **Мухаџијева против Белгије**, утврђено је да је четворо чеченске деце до трансфера по „Даблинској уредби“ смештено у објект који није био опремљен за задовољење њихових специфичних потреба представљао повреду члана 3. Иако та деца нису била одвојена од своје мајке, ЕСЉП је ставио одлучујући нагласак на психолошки утицај продуженог притвора на њихово психичко благостање, посебно имајући на уму најмлађе дете међу њима (имало је пет година у то време) оцењујући да такав психолошки утицај представља повреду члана 3.

С обзиром на посебно рањив статус деце, повреда права деце према ЕКЉП може такође бити установљена и када исто такво поступање према одраслом лицу не би довело до повреде права по Конвенцији. Тако је због чињенице да – како је горе већ објашњено – личне околности сваког лица коме је одређена нека мера или према коме се на неки начин поступа могу одлучујуће утицати на конкретан начин на који та мера или то поступање погађа појединца. У неким случајевима, на пример, **лишење слободе на рок краћи** од онога које ЕСЉП уобичајено сматра знатним може се оценити као предуг ако погађа децу. То има везе са специфичном детињом перцепцијом протока времена и са урођеном склоношћу деце да лако постану ојађена или фрустрирана. У предмету **Попов** (став 100), ЕСЉП изричито указује на тај аспект, примећујући да *време притвора деце дуже од 15 дана, иако само по себи није прекомерно, деца могу схватити као неограничено, посебно имајући на уму да просторије у које су деца смештена нису прилагођене њиховом боравку и њиховом узрасту.*

Слично томе, када се разматра тежина материјалних услова притвора, њихов утицај је знатно јачи када се ради о детету (поново види **Попов**, став 90).

С. Ф. и други против Бугарске

Као пример горе наведене тезе, у предмету **С. Ф. и други против Бугарске** (Представка бр. 8138/16), једна ирачка породица је притворена у објекту за имиграциони притвор пограничне полиције у Бугарској, пошто је задржана у покушају да пређе границу између Бугарске и Србије. Подносиоци представке, који су касније добили међународну заштиту у Швајцарској, пожалили су се да се услови боравка у притвору у Бугарској морају сматрати нечовечним и понижавајућим поступањем у односу на њихово троје деце. Подносиоци представке су се пожалили да нису добили ни храну ни воду од тренутка када су приведени до касног поподнева тог дана, када је позвана хитна помоћ зато што је њихово десетомесечно дете

¹⁰⁵ *Mubilanzila*, став 50.

¹⁰⁶ *Ibid.*, став 52.

додирнуло електричну жицу у једној од ћелија, па је тек тада медицинска сестра установила да они уопште нису нахрањени. ЕСЉП је констатовао да **време боравка у притвору о коме је овде реч** (32 сата према наводима бугарске државе и 41 сат према наводима подносилаца представке) **јесте знатно краће од времена боравка у притвору које је разматрао у својој ранијој судској пракси** (нпр. *Попов против Француске*). Међутим, у овом предмету ЕСЉП је посебно тежиште ставио на услове у притворском објекту за које је установио да **нису били погодни за децу**, чак ни за тако кратак временски рок. ЕСЉП је овде установио повреду члана 3. Конвенције.

Када је реч о **психолошком дејству** притвора, ЕСЉП је констатовао да се могу извести важни закључци из саме чињенице да су услови притвора неадекватни. Тако у Пресуди у предмету *Попов* (став 101) ЕСЉП констатује да су лоше прилагођени услови у центру због којих су патили и деца и њихови родитељи без сваке сумње изазвали *зебњу, психолошку узнемиреност и деградацију представе о родитељу у очима детета*.

4.2.4.6 Питања физичког и менталног здравља

Стање **менталног здравља** подносиоца представке и његове потребе у том смислу такође представљају важан елемент који ЕСЉП разматра када процењује да ли је мера притвора у складу с чланом 3. У предмету **Аден Ахмед против Малте**, ЕСЉП је закључио да недовољан број жена полицајаца које могу пружити помоћ женама у притвору изазива *известан степен нелагодности притвореницама*. То је утолико важније ако се има на уму да је у конкретном случају здравствено стање подносиоце представке било последица њеног спонтаног побачаја, па је она услед тога имала епизоде *несанице, физичког бола који се непрестано враћа и ... депресије*. Прошлост подносиоце представке и њене личне емоционалне околности у комбинацији с њеним крхким здравственим стањем додатно су допринели њеној рањивости која је проистекла из статуса илегалног мигранта.¹⁰⁷ С обзиром на кумулативно дејство свих наведених околности, притвор који је одређен подносиоце представке представљао је понижавајуће поступање у смислу члана 3. Конвенције.

Међу осталим предметима у којима се радило о неадекватним условима у притвору у контексту тражилаца азила налази се и предмет **С. Д. против Грчке**, где се турски тражилац азила притужује због тога што је више од две године провео у притвору, где није било основних животних услова и просторија. Насупрот томе, у предмету **Сади против Уједињеног Краљевства**, ЕСЉП је разматрајући особине које треба да има притворски центар да би се могло сматрати да он одговара потребама тражилаца азила установио да је Центар „Оукингтон“, у коме је подносилац представке био притворен, прилагођен потребама тражилаца азила у смислу свих објеката које нуди „за рекреацију, задовољење верских потреба, здравствену негу и, што је веома важно, правну помоћ“.

¹⁰⁷ *Aden Ahmed v. Malta*, Представка бр. 55352/12, став 97 .

ЕСЉП често придаје значај информацијама које му угледне невладине организације и међународна тела достављају у погледу оцене услова притвора (*Сусо Муса против Малте*).¹⁰⁸

5. ПРОЦЕСНА ЈЕМСТВА У КОНТЕКСТУ ПРИТВОРА – ПРАВО ТРАЖИОЦА АЗИЛА ДА БУДЕ ОБАВЕШТЕН И ПРАВО ДА ПОКРЕНЕ ПОСТУПАК ЗА ИСПИТИВАЊЕ ЗАКОНИТОСТИ МЕРЕ ПРИТВОРА САГЛАСНО ЧЛАНУ 5. СТАВ 2. И СТАВ 4. ЕКЉП

У члану 5. ставови 2. и 4. Конвенције утврђују се суштински важна процесна јемства која морају постојати и морају бити делотворно примењена како би притвор странаца био у складу с Конвенцијом. Конвенција у свом члану 5. став 2, утврђује широко прихваћено начело по коме *свако ко је ухапшен биће одмах и на језику који разуме обавештен о разлозима за његово хапшење и о свакој оптужби против њега*.

У том смислу Велико веће је установило повреду члана 5. став 2. у предмету **Сади против Уједињеног Краљевства** (Представка бр. 13229/03) с обзиром на кашњење од 76 сати у обавештавању подносиоца представке преко његовог заступника о стварним разлозима због којих је притворен, што је оцењено као корак који се потпуно коси са захтевом хитности у члану 5. ЕСЉП је такође установио да опште изјаве – као што су парламентарна саопштења – не могу заменити потребу да појединац буде непосредно информисан (*Сади против Уједињеног Краљевства*, ставови 84. и 85).

Поред тога што је кључни индикатор транспарентности мере, па самим тим и јасноће поступака који се примењују, јемство утврђено у ставу 2. омогућује делотворност по члану 5. став 4, који гласи:

Свако ко је лишен слободе има право да покрене поступак у коме ће суд хитно испитати законитост лишења слободе и наложити пуштање на слободу ако је лишење слободе незаконито.

У суштини је очигледно да је конкретна могућност притвореника да оспори одлуку о одређивању мере притвора суштински повезана с давањем детаљних и јасних информација о основу на коме је та одлука донета и о правним лековима који постоје за њено оспоравање. ЕСЉП изричито признаје ту *тесну везу* између тих двеју одредба у својој судској пракси (између осталог, Пресуда у предмету *Русу против Аустрије*, став 41).

У предмету **Русу**, подносиатељка представке се притужила да због тога што јој власти нису дале адекватне информације сагласно члану 5. став 2, она *није била у положају*

¹⁰⁸ *Suso Musa v Malta*, Представка бр. 42337/12.

да исцрпи сва расположива правна средства (став 34). ЕСЉП је утврдио да јемства садржана у ставу 2. представљају „елементарни механизам заштите“ и „интегрални део укупне схеме заштите“ коју пружа члан 5. (између осталог, *Русу*, став 36).

ЕСЉП је у својој судској пракси разјаснио **обим преиспитивања** које треба да буде на располагању притворенику у контексту притвора, у том смислу да он треба да буде у могућности да затражи да се преиспита „законитост“ мере и у погледу [...] *захтева унутрашњег права [и] текста Конвенције (Попов, став 122)*. То је проистекло из чињенице да се, у смислу те одредбе, појам „законитост“ схвата широко, као и у члану 5. став 1, који је горе размотрен, што значи да он надилази пуку формалну усклађеност са одредбама унутрашњег права (*Аден Ахмед против Малте*).

5.1 Члан 5. став 2.

У суштинском смислу, да би биле у складу с начелом и духом Конвенције, информације које се дају подносиоцу представке морају испунити одређене захтеве у погледу форме и садржаја. Када је реч о **процесним захтевима**, информације које се дају по основу члана 5. став 2. морају бити предочене *на једноставан начин, језиком који није уско стручан* и који [притвореник] *може да разуме* и морају бити **одмах саопштене** како би се обезбедило да се доступни правни лекови могу правовремено искористити. Међутим, **„службеник који хапси“** није увек у позицији да пружи такве информације *у самом тренутку хапшења* (између осталих извора, види *Хлауфија*, став 115, *Русу против Аустрије*, Представка бр. 34082/02).

Када је реч о садржају информација, оне морају садржати *суштински правни и фактички основ за хапшење, како би то лице могло, ако налази за сходно, да се обрати суду и затражи испитивање законитости одлуке у складу са наведеним ставом, (Русу против Аустрије, Представка бр. 34082/02)*. Међутим, као и у другим подручјима своје судске праксе, ЕСЉП ни овде не утврђује унапред задати параметар на основу кога би предочене информације биле адекватне у свим случајевима, већ процена довољности и хитности у пружању информација мора бити *извршена у сваком појединачном случају у складу са специфичним одликама датог случаја (Русу против Аустрије, Представка бр. 34082/02, став 36; Чонка против Белгије, Представка бр. 51564/99, став 50)*.

Неки примери могу се наћи у различитим сценаријима:

1. У предмету *Сади против Уједињеног Краљевства* (Представка бр. 13229/03, став 84), *кашњење од 76 сати оцењено је као инкомпатибилно са захтевом „хитности“ утврђеним у члану 5. став 2. (Русу против Аустрије, став 43)*.
2. У предмету *Русу против Аустрије*, информације које су предочене подносиоцима представке, приведеној због тога што се није пријавила Управи пограничне контроле непосредно по уласку у Аустрију, нису садржале податке о разлозима због којих је привођење било неопходно, нити је у њима поменути

њена специфична ситуација, пре свега то што је покушала да напусти Аустрију и ухапшена је када ју је мађарска погранична полиција вратила аустријској пограничној полицији због тога што није имала валидну путну исправу, што је било значајно за процену њеног понашања у датом случају (ставови 38–39). Подробни разлози су предочени тек **10 дана касније** и самим тим није био задовољен тест „хитности“.

- У предмету *Хлаифија*, који смо горе размотрили у вези с другим ставовима члана 5, пропуст да се подносиоцима представке дају информације о њиховом задржавању оцењен је као поступак који је *лишио делотворне суштине* њихово право на жалбу (*Хлаифија*, став 132, *Шамајев и други /Shamayev/*, став 432) у погледу двеју одвојених мера којима су они били подвргнути – њиховог смештаја у привремени прихватни центар и њиховог притвора на спасилачким бродовима у луци у Палерму. У датом случају **пропуст да се предоче информације** оцењен је као толико важан чинилац да је постала излишна и сама процена са становишта члана 5. став 4. (став 133).

5.2 Члан 5. став 4.

ЕСЉП оцењује да члан 5. став 4. представља *lex specialis* у односу на општије захтеве утврђене у члану 13. (*Исмоилов и други против Русије*, представка бр. 2947/06, став 142). Када је реч о поступку за испитивање законитости лишења слободе и за, тамо где су услови за то испуњени, пуштање на слободу, ЕСЉП се у својој судској пракси позива на „**унутрашње правне лекове који су довољно сигурни**“ да испуне захтеве „**доступности и делотворности**“ (*Сусо Муса против Малте*, став 51 и *Аден Ахмед против Малте*, ставови 114–115, где се цитира пресуда у предмету *Кадем против Малте*, Представка бр. 55263/00, став 41; *Раза против Бугарске*, Представка бр. 31465/08, став 76). Како би се испунио „тест доступности“, околности у вези с правним леком о коме је у датом случају реч морају бити *такве да подносиоцима представке пружају реалну могућност да их искористе* (*Исмоилов и други против Русије*, Представка бр. 2947/06, став 145, *Чонка*, ставови 46. и 55, горе наведени).

Нужна одлика правних лекова по члану 5. став 4. јесте то да је у тим поступцима могућно постићи *брзу судску одлуку* о законитости притвора (*Аден Ахмед против Малте*, став 114). С обзиром на **осетљиву природу права о којима је реч**, захтев за „**брзином**“ (*Хлаифија*, где се цитира Пресуда у предмету *Хачисон Рејд против Уједињеног Краљевства /Hutchison Reid/*, Представка бр. 50272/99, став 79) у том смислу Суд тумачи рестриктивно, па време од *седамнаест и двадесет шест дана сматра прекомерним за одлучивање о законитости притвора подносиоца представке* (*Сусо Муса против Малте*, став 52, *Аден Ахмед против Малте*, став 115. у Пресуди у предмету *Кадем*, став 44–45; *Ребок против Словеније /Rehbock/*, Представка бр. 29462/95, ставови 82–86).

Оцењено је да **захтеви за пуштање на слободу уз кауцију**, који обезбеђују привремено пуштање на слободу, али не садрже преиспитивање законитости притвора, не испуњавају услове (*Сусо Муса против Малте*, став 56, *Аден Ахмед против Малте*, став 119).

Слично томе, правила која омогућују **пуштање из притвора по основу његове нерационалности услед „прекомерног трајања“** или због **непостојања „изгледа за депортацију“** такође не испуњавају захтеве садржане у члану 5. став 4. у том смислу што се они односе само на прецизно утврђене околности и нису применљиви на лице које се налази у почетној фази притвора, до доношења одлуке о захтеву за азил (*Сусо Муса против Малте*, став 56).

У контексту **притвора ради спречавања уласка на територију**, ЕСЉП је одбацио и аргументе Државе по којима су правни лекови који постоје за оспоравање одлуке о „забрани уласка“ представљали адекватна средства за испитивање законитости, уз образложење да „правни или фактички разлози“ за одређивање мере притвора нису у домашају таквог преиспитивања, па је стога сам тај правни лек непогодан да се њиме исходује пуштање на слободу (*Хлаифија*, став 134).

6. ЛИШЕЊЕ СЛОБОДЕ СХОДНО ЧЛАНУ 5 ЕКЉП И ОГРАНИЧЕЊА СЛОБОДЕ КРЕТАЊА СХОДНО ЧЛАНУ 2 ПРОТОКОЛА БРОЈ 4 УЗ ЕКЉП

6.1. Однос између слободе и ограничења слободе кретања и значај квалификације у домаћем правном оквиру

Лишење слободе и ограничење слободе кретања представљају различите правне институте које, међутим, није увек једноставно разликовати. Стога је за примену одговарајућих стандарда у поступцима пред домаћим органима од изузетног значаја став Европског суда за људска права о односу између лишења слободе и ограничења слободе кретања. Према устаљеној пракси Суда,¹⁰⁹ у случајевима када није јасно да ли је неко лице лишено слободе у смислу да треба применити члан 5. Европске конвенције или је пак у питању ограничење слободе кретања из члана 2. Протокола број 4, квалификација се не врши позивањем на квалификацију у домаћем праву, већ се у обзир узимају стварна ограничења која су наметнута особи у питању. Као што произлази из приказаних међународних стандарда, потребно је у обзир узети све околности ситуације у којој се лице налази, а нарочито су од значаја тип, трајање, ефекти и начин примене конкретне мере, област у којој је

¹⁰⁹ *Де Томасо против Италије*, представка број 43395/09, пресуда од 23. фебруара 2017, [BB], став 80; *Гузарди против Италије*, представка број 7367/76, пресуда од 6. новембра 1980, став 93; *Ранцев против Кипра и Русије*, представка број 25965/04, пресуда од 7. јануара 2010, став 314; *Станев против Бугарске*, представка 36760/06, пресуда од 17. јануара 2012, [BB], став 115.

кретање ограничено, обим друштвених контаката који су лицу дозвољени, могућност лица да напусти место без обавештавања власти, обавеза подношења извештаја, санкција у случају непридржавања обавеза, карактер установе у коју је лице смештено, постојање елемената принуде, специфичност ефеката које мера има на појединца,...

6.2. Уставне гаранције

6.2.1. Уставне гаранције у вези са лишењем слободе

Устав Републике **Србије**¹¹⁰ садржи неколико одредаба којима се штите право на слободу и безбедност и права која се гарантују лицу лишеном слободе. У члану 27. Устав прописује да свако има право на личну слободу и безбедност. За разлику од члана 5. Европске конвенције који у ставу 1, тачка ф, садржи основ за лишење слободе миграната, Устав Републике Србије у члану 27. то не чини јер се разлози за лишење слободе предвиђају законом, а не Уставом. Уставом се лична слобода и безбедност гарантују „свакоме“, што значи да мигранти и тражиоци азила уживају све гаранције које Устав пружа у контексту лишења слободе. Уставом је тако загарантовано право на обавештење о разлозима лишења слободе и другим правима, као и право да особа лишена слободе о томе обавести особу по свом избору. Оба права се морају остварити одмах и то на језику који особа лишена слободе разуме. Уставом се јемчи и право на оспоравање налога о лишењу слободе кроз право на жалбу надлежном суду, те се установљава обавеза суда да у хитном поступку одлучи о законитости лишења слободе. Устав регулише и материјалне гаранције које се тичу поступања с лицем лишеним слободе прописујући у члану 28. став 1. обавезу хуманог поступања, уз уважавање достојанство његове личности. Основне гаранције у погледу притвора лица за које постоји основана сумња да је учинило кривично дело садржане су у члановима 30. и 31. Устава.

Члан 27. Устава Републике Србије

“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.”

¹¹⁰ „Сл. гласник РС“ бр. 98/2006.

6.2.2. Устав гарантује у вези са ограничењем слободе кретања

Устав у посебној одредби јемчи слободу кретања. И ова слобода се гарантује сваком лицу, а гарантују се како слобода кретања и настањивања, тако и право сваког лица да напусти територију Републике Србије и право да се у њу врати. Устав прописује да се слобода кретања и настањивања може ограничити само законом и уколико је то нужно за вођење кривичног поступка, заштиту јавног реда и мира, спречавање ширења заразних болести или одбрану Републике Србије. За разлику од уставних одредаба којима се гарантује слобода и безбедност личности у односу на сва лица, одредба Устава којом се гарантује слобода кретања странаца предвиђа да су улазак странца у Републику Србију и боравак у њој предмет посебне законске регулативе, и прописује додатне гаранције који се примењују у случају протеривања странаца са територије Србије.

Члан 39. Устава Републике Србије:

„Свако има право да се слободно креће и настањује у Републици Србији, да је напусти и да се у њу врати. Слобода кретања и настањивања и право да се напусти Република Србија могу се ограничити законом, ако је то неопходно ради вођења кривичног поступка, заштите јавног реда и мира, спречавања ширења заразних болести или одбране Републике Србије. 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.“

6.3. Ограничење слободе кретања и лишење слободе према прописима о странцима и тражиоцима азила

Тражиоци азила и друге категорије миграната могу бити лишени слободе или подвргнути ограничењима слободе кретања у различитим ситуацијама и околностима. До лишења слободе најчешће долази из два разлога – да би се спречио незаконит улазак у земљу и да би се обезбедила доступност странца надлежним органима у циљу спровођења поступка екстрадиције. Поред наведених, надлежним органима су на располагању и друге, мање интрузивне мере, које се у начелу могу квалификовати као ограничење слободе кретања попут боравка у прихватилишту, обавезног боравка у одређеном месту и боравка у међународним транзитним зонама и на аеородрому. Треба, међутим, имати у виду да је квалификација мере као лишења слободе, или пак ограничења слободе кретања релативна, те да иста мера може, у



зависности од објективних околности и околности везаних за личне прилике особе у питању, за последицу имати лишење слободe или ограничење слободe кретања.

6.3.1. Ограничење слободe кретања миграната и тражилаца азила

6.3.1.1. Ограничење слободe кретања миграната

Као мање интрузивну меру за обезбеђење доступности странца надлежном органу у циљу спровођења принудног удаљења, **Закон о странцима** у члану 93. предвиђа **обавезни боравак у одређеном месту**. Обавезни боравак подразумева боравак на одређеној адреси, уз обавезу странца да се јавља надлежном органу. Одређује се решењем надлежног органа у временском трајању до једне године, уз могућност продужења на још годину дана у зависности од постојања разлога због којих се обавезни боравак одређује. Против решења о одређивању обавезног боравка странац може да изјави жалбу у року од осам дана од дана пријема решења. О жалби одлучује Министарство унутрашњих послова, с тим што жалба не одлаже извршење решења. Против решења донетог у другом степену може се покренути управни спор.

6.3.1.2. Ограничење слободe кретања тражилаца азила

Закон о азилу и привременој заштити експлицитно гарантује слободу кретања како лицу којем је одобрен азил у Републици Србији, тако и лицу чији је захтев у процедури. Када је у питању тражилац азила, слобода кретања се гарантује од тренутка пријема у центар за азил или други објекат намењен за смештај тражилаца.

Члан 49. Закона о азилу и привременој заштити:

„По пријему у центар за азил или други објекат намењен за смештај тражилаца, тражилац има право да борави у Републици Србији и за то време може се слободно кретати на територији, осим ако постоје разлози за ограничење његовог кретања из члана 77. овог закона.“

Члан 62. Закона о азилу и привременој заштити:

Лице којем је одобрено право на азил има право да се слободно креће на територији Републике Србије, као и ван територије Републике Србије, у складу са одредбама овог закона.“

Мере ограничења слободe кретања тражиоцима азила се могу изрећи у два случаја. Први се тиче ситуација у којима тражилац азила не извршава поједине обавезе предвиђене чланом 58. Закона, уколико се тражилац азила не придржава кућног реда центра за азил или другог објекта за смештај тражилаца, или пак не сарађује са овлашћеним службеницима приликом здравственог прегледа. С друге стране, тра-

жиоцу азила се кретање може ограничити из разлога наведених у члану 77. Закона о азилу и привременој заштити. У питању су следећи разлози:

- утврђивање идентитета или држављанства;
- утврђивање битних чињеница, доказа и околности на којима је захтев за азил заснован, а који се не могу утврдити без ограничења кретања тражиоца, посебно ако постоји ризик од бекства;
- обезбеђивање присуства тражиоца у поступку азила кад се основано може претпоставити да је захтев за азил поднео да би избегао депортацију;
- заштита безбедности Републике Србије и јавног поретка у складу са законом;
- одлучивање, у оквиру поступка, о праву тражиоца да уђе на територију Републике Србије.

Мера ограничења се одређује решењем Канцеларије за азил.

Закон о азилу и привременој заштити у члану 78. предвиђа неколико мера којима се може ограничити кретање тражилаца азила. У питању су:

- забрана напуштања центра за азил;
- забрана напуштања одређене адресе, односно одређеног подручја;
- обавеза редовног јављања у одређено време полицијској станици према месту боравка;
- одређивање боравка у установи социјалне заштите за малолетна лица са појачаним надзором; и
- привремено одузимање путне исправе.

У случају да тражилац азила не поштује мере у виду забране напуштања центра за азил или одређене адресе, може му се одредити боравак у прихватилишту за странце.

Ограничење кретања може трајати само док постоје разлози из члана 77. Закона, а најдуже три месеца. Изузетно, када се кретање ограничава из разлога из члана 77, став 1, тач. 2)-4) Закона, то ограничење кретања се може продужити за додатна три месеца. Тражилац азила има право жалбе надлежном вишем суду против одлуке о ограничењу кретања и то у року од осам дана од дана уручења. Међутим, жалба не поседује суспензивно дејство.

Члан 77. Закона о азилу и привременој заштити:

„Кретање тражиоца може се ограничити решењем Канцеларије за азил, када је то неопходно ради:

- 1) утврђивања идентитета или држављанства;
- 2) утврђивања битних чињеница, доказа и околности на којима је захтев за азил заснован, а који се не могу утврдити без ограничења кретања тражиоца, посебно ако постоји ризик од бекства;



- 3) обезбеђивања присуства тражиоца у поступку азила кад се основано може претпоставити да је захтев за азил поднео да би избегао депортацију;
- 4) заштите безбедности Републике Србије и јавног поретка у складу са законом;
- 5) одлучивања, у оквиру поступка, о праву тражиоца да уђе на територију Републике Србије.

Кретање тражиоца и странца чија је намера за тражење азила регистрована може се ограничити решењем Канцеларије за азил и у случају непоштовања обавеза из члана 58. став 1. тач. 3) и 7) овог закона.

Ризик од бекства процењује се на основу свих чињеница, доказа и околности конкретног случаја, при чему се нарочито узимају у обзир ранији покушаји тражиоца да самовољно напусти Републику Србију, његово одбијање да му се провери и утврди идентитет, прикривање или давање лажних података о идентитету или држављанству.”

Члан 78. Закон о азилу и привременој заштити:

„Ограничење кретања се спроводи:

- 1) забраном напуштања центра за азил, одређене адресе, односно одређеног подручја;
- 2) редовним јављањем у одређено време подручној полицијској управи, односно полицијској станици према месту боравка;
- 3) одређивањем боравка у прихватилишту за странце, образованом у складу са законом којим се уређује боравак странаца, под појачаним полицијским надзором;
- 4) одређивањем боравка у установи социјалне заштите за малолетна лица са појачаним надзором;
- 5) привременим одузимањем путне исправе.

Мера из става 1. тачка 3) овог члана може се изрећи ако се индивидуалном процесом утврди да се другим мерама не може остварити сврха ограничења кретања.

Ограничење кретања траје док постоје разлози из члана 77. овог закона, а најдуже три месеца.

Изузетно, када се кретање ограничава из разлога из члана 77. став 1. тач. 2)-4) овог закона, то ограничење кретања се може продужити за додатна три месеца.

Против одлуке о ограничењу кретања може се поднети жалба надлежном вишем суду у року од осам дана од дана уручења одлуке.

Жалба не одлаже извршење решења.”

Члан 79. Закона о азилу и привременој заштити:

Тражиоцу који прекрши забрану из члана 78. став 1. тач. 1) и 2) овог закона може се одредити боравак у прихватилишту за странце.

6.3.2. Лишење слободе миграната и тражилаца азила

6.3.2.1. Опште гаранције које произилазе из кривичних закона и закона о прекршајима

Уколико мигранти учине неко кривично дело или прекршај на територији Републике Србије, они могу бити подвргнути општем кривичном и прекршајном режиму. Међутим, када је у питању прекршај или кривично дело у вези са недозвољеним преласком државне границе, на мигранте ће бити примењен овај општи режим само уколико се на њих не примени принцип некажњавања због незаконитог уласка на територију Републике Србије, односно уколико се примени мера ограничења кретања или лишења слободе из разлога прописаних Законом о странцима и Законом о азилу и привременој заштити. У тим ситуацијама се, поред закона који се односе на странце, примењују и поједине одредбе садржане у кривичним и прекршајним законима.

6.3.2.1.1. Лишење слободе због недозвољеног преласка државне границе

Одредбе кривичних и прекршајних закона Републике Србије који уређују недозвољен и незаконит улазак не примењују се на тражиоце азила као посебно угрожену категорију миграната. Наиме, чланом 8. **Закона о азилу и привременој заштити** Републике Србије у домаћи правни оквир је уграђено једно од најзначајнијих начела међународног права у погледу лишења слободе миграната и тражилаца азила – начело некажњавања тражилаца азила због незаконитог уласка у земљу. У складу с чланом 8. Закона, странац неће бити прекршајно гоњен, нити лишен слободе због незаконитог уласка уколико су испуњена два услова. Прво, странац мора без одлагања изразити намеру да поднесе захтев за азил и друго, странац мора, такође без одлагања, пружити образложење за свој незаконит улазак.

Остали странци који незаконито пређу државну границу могу за то бити кажњени, па и лишени слободе. **Закон о граничној контроли** квалификује као прекршај прелазак или покушај преласка државне границе изван граничног прелаза, изван радног времена на граничном прелазу или супротно намени граничног прелаза, као и прелаз или покушај прелаза без важеће путне или друге исправе (члан 71. став 1). Као прекршај се квалификује и незаконит улазак регулисан чланом 14. **Закона о странцима**. Ипак, за разлику од Закона о граничној контроли који за кршење правила о недозвољеном уласку предвиђа како новчану казну тако и лишење слободе, Закон о странцима предвиђа искључиво могућност изрицања новчане казне. Уколико је у питању недозвољен прелазак границе уз ношење оружја или употребу



насиља, прелазак се, због повећаног степена опасности, може квалификовати као кривично дело предвиђено чланом 350. став 1. **Кривичног законика Републике Србије**¹¹¹ за које је прописана казна затвора до једне године.

6.3.2.1.2. Минималне процесне и материјалне гаранције предвиђене законом о кривичном поступку и законом о прекршајима

Законик о кривичном поступку Републике Србије¹¹² у члану 2. став 23. дефинише лишење слободе не само као хапшење и притвор већ и као задржавање, забрану напуштања стана и боравак у установи који се, у складу са одредбама самог законика, урачунавају у притвор. Чланом 188. Законика је предвиђено неколико мера за обезбеђење присуства окривљеног и несметано вођење поступка међу којима се налазе и мере које подразумевају лишење слободе, или пак ограничење слободе кретања (довођење, забрана прилажења, састајања или комуницирања са одређеним лицем и посеђивања одређених места, забрана напуштања боравишта, забрана напуштања стана и притвор). Приликом одређивања мере потребно је водити рачуна о општем услову који Законик предвиђа тј. да се не сме применити тежа мера уколико се иста сврха може постићи блажом мером (члан 189). Минималне појединачне процесне гаранције садржане су у члану 69. Законика.¹¹³ Правила о притвору као најтежој мери садржана су у члановима 210 – 223. Законика о кривичном поступку. Од посебног значаја су и одредбе члана 211. којима се таксативно набрајају разлози за одређивање притвора, као и одредбе чланова 217 – 220. којима су предвиђене материјалне гаранције које се тичу поступања са притвореницима (забрана вређања личности и достојанства притвореника, права и дужности притвореника, посете притворенику и преписка са притвореником).

Закон о прекршајима Републике Србије¹¹⁴ такође предвиђа могућност изрицања одређених мера за несметано вођење прекршајног поступка, као и низ процесних и материјалних гаранција које су од значаја за ситуације у којима изречене мере представљају лишење слободе или ограничење слободе кретања. И у прекршајном поступку важи основно правило да не треба применити тежу меру уколико се иста сврха може постићи блажом мером (члан 186). Разлози за привођење и задржавање, као и правила која се у том случају примењују, садржани су у члану 190, односно члану 191. Закона. Осим права на жалбу против решења о задржавању које се

111 "Сл. гласник РС" бр. 85/2005, 88/2005 – испр., 107/2005 – испр., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014 и 94/2016.

112 "Сл. гласник РС" бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013 и 55/2014.

113 Ухапшеном се јемчи неколико права: право да одмах буде обавештен о разлогу хапшења на језику који разуме; право на поверљив разговор са браниоцем пре него што буде саслушан; право да без одлагања о хапшењу буде обавештен неко од чланова његове породице или друго њему блиско лице, као и дипломатско-конзуларни представник државе чији је држављанин, односно представник овлашћене међународне организације јавноправног карактера, ако је у питању избеглица или лице без држављанства; право да захтева да га без одлагања прегледа лекар; право да без одлагања, а најкасније у року од 48 часова, буде предато надлежном судији за претходни поступак или ако се то не догоди, да буде пуштено на слободу.

114 "Сл. гласник РС" бр. 65/2013, 13/2016 и 98/2016 – одлука УС.

доноси у случају привођења, Закон о прекршајима предвиђа и друге појединачне гаранције попут права на накнаду штете неосновано задржаном лицу (члан 97), те право да о задржавању без одлагања буде обавештено лице по избору задржаног лица, као и дипломатско-конзуларни представник државе чији је држављанин задржан, односно представник одговарајуће међународне организације, ако је задржано лице избеглица или лице без држављанства.

6.3.2.2. Разлози за лишавање слободе миграната

6.3.2.2.1. Лишење слободе ради спречавања незаконитог уласка у земљу

Закони Републике Србије не садрже посебна правила о лишењу слободе ради спречавања незаконитог уласка у земљу. У зависности од околности, могу се применити правила о лишењу слободе предвиђена кривичним и прекршајним законима, док је **Законом о странцима** у члану 3. само предвиђено да прихватилиште за странце представља објекат у који се, између осталих, смештају странци којима није дозвољен улазак у земљу те им је, у складу са законом, одређен боравак под појачаним полицијским надзором.

Члан 3. став 28. Закона о странцима:

„28) прихватилиште за странце је објекат за смештај странаца којима није дозвољен улазак у земљу или за које је донето решење о протеривању, удаљењу из земље или о враћању, али их није могуће одмах удаљити и којима је, у складу са законом, одређен боравак под појачаним полицијским надзором;“

6.3.2.2.2. Лишење слободе до екстрадиције

Лишење слободе до екстрадиције, тзв. екстрадициони притвор, регулисано је **Законом о међународној правној помоћи у кривичним стварима**.¹¹⁵ У складу са чланом 22. Закона, истражни судија може одредити притвор лицу чије се изручење захтева, пре испитивања претпоставки за изручење и без посебног захтева државе молиље за притварање. Притвор се у том случају може одредити из два разлога – услед постојања околности које указују да ће се лице сакрити или побећи у циљу ометања поступка одлучивања о замолници или спровођења изручења и ако постоје околности које указују да ће лице ометати прикупљање доказа у поступку изручења или у кривичном поступку пред судом државе молиље. Притвор у оба случаја може трајати најдуже до извршења одлуке о изручењу, а свакако не дуже од годину дана од дана притварања лица чије изручење се захтева. Законом је

¹¹⁵ „Сл. гласник РС“ бр. 20/2009. Одредбе Закона се примењују у случајевима када не постоји потврђени међународни уговор између Републике Србије и државе која је затражила изручење или када одређена питања њиме нису уређена. Поступак за изручење окривљених и осуђених лица у првом степену води виши суд, док је за одлучивање у другом степену надлежан апелациони суд. Када се правноснажно оконча поступак пред надлежним судом и утврди да су претпоставке за изручење испуњене, коначну одлуку о изручењу доноси министар правде.

предвиђено обавезно преиспитивање на свака два месеца да ли постоје разлози за продужење притвора. У хитним случајевима надлежни орган државе молиће може поднети захтев за притварање и пре подношења замолнице. Поступак по овом захтеву и правила о одређивању притвора регулисани су члановима 24–26. Закона.

У пракси се јавио проблем у ситуацијама у којима се екстрадициони поступак одвијао паралелно с поступком за добијање азила. У два случаја из 2017. године тражиоци азила су се налазили у екстрадиционом притвору.¹¹⁶ Након правноснажног окончања екстрадиционог поступка лица су изручена државама које су тражиле њихово изручење, а да поступци по захтеву за азил нису окончани правноснажно. Како су захтеви за азил били одбачени зато што су тражиоци азила дошли из земаља које се налазе на листи сигурних трећих земаља, управни органи у поступку азила нису испитивали захтев за азил у меритуму, а самим тим ни ризике од прогона у земљи порекла која се истовремено у екстрадиционом поступку јавља у улози државе молиће. Стога је за вођење поступка екстрадиције против лица које је затражило азил у Републици Србији важно у виду имати како члан 39. Устава Републике Србије који гарантује принцип *non refoulement*, тако и одредбе релевантних међународних уговора чија је уговорница Република Србија. Произлази да се приликом одлучивања у поступку екстрадиције мора, између осталог, ценити и потенцијални ризик од враћања тражилаца азила у земље порекла, те да ли би враћањем особа била изложена ризику од прогона или озбиљног кршења права зајемчених Уставом и међународним конвенцијама чија је уговорница Република Србија. Штавише, у једном од два поменута случаја паралелног вођења азилног и екстрадиционог поступка, Република Србија је изручила тражиоца азила Турској упркос привременој мери коју је издао Комитет УН против мучења.¹¹⁷

6.3.2.2.3. Задржавање у просторијама надлежног органа због утврђивања идентитета

Закон о странцима у члану 86. став 1. предвиђа могућност задржавања странца у просторијама надлежног органа уколико је то потребно да би се утврдио идентитет странца, или пак законитост његовог боравка на територији Републике Србије.

¹¹⁶ Београдски центар за људска права, *Право на азил у Републици Србији 2017*, 2018, стр. 35–36.

¹¹⁷ Одлука Комитета УН против мучења бр. 857/2017 од 11. децембра 2017. године.

Члан 86. Закона о странцима:

„(1) Странац се може задржати у просторијама надлежног органа, у складу са законом и другим прописима, због утврђивања његовог идентитета или законитости његовог боравака на територији Републике Србије.”

6.3.2.2.4. Задржавање у просторијама надлежног органа за обезбеђење принудног удаљења

У случају када је решење о враћању већ донето а надлежни орган процени да постоји потреба да се странац спроведе до граничног прелаза, члан 86. став 2. **Закона о странцима** предвиђа да странац може бити задржан у просторијама надлежног органа.

Члан 86. став 2. Закона о странцима:

„(2) Ако то налажу разлози обезбеђења принудног удаљења странац коме је донето решење о враћању може се задржати у просторијама надлежног органа ради његовог спровођења до граничног прелаза.”

6.3.2.2.5. Боравак у Прихватилишту за странце

У складу с чланом 87. **Закона о странцима**, странац се смешта у прихватилиште само уколико у конкретном случају обавезан боравак на одређеној адреси не би представљао ефикасну меру за обезбеђење доступности странца у сврху припреме враћања или извршења принудног удаљења. Решење о одређивању боравака у прихватилишту доноси надлежни орган или гранична полиција када постоји ризик да странац неће бити доступан надлежном органу ради спровођења принудног удаљења и када странац избегава или омета припрему за враћање односно принудно удаљење. Трајање боравака у прихватилишту регулисано је чланом 88. Закона о странцима. Боравак треба да траје што је краће могуће и не може бити дужи од 90 дана. После истека рока од 90 дана странцу се може продужити боравак у прихватилишту најдуже још 90 дана само уколико странац намерно омета принудно удаљење. У сваком случају, укупно време боравака у прихватилишту не може бити дуже од 180 дана. Против решења о смештају лица у прихватилиште и решења о продужењу смештаја, није дозвољена жалба. Чланом 90. Закона о странцима предвиђена је само могућност покретања управног спора и то у року од 8 дана од дана уручења одлуке с тим што тужба не одлаже извршење решења. Истом одредбом је предвиђена обавеза суда да о тужби одлучи у року од 15 дана од дана подношења тужбе.

С обзиром на то да у складу с одредбом члана 91. Закона о странцима странац не може да напусти прихватилиште без одобрења, дискутабилно је да ли је у питању мера која подразумева лишење слободе, или се пак може квалификовати као ограничење слободе кретања. Осим тога, Закон не предвиђа могућност подношења жалбе на решење о одређивању боравака у прихватилишту, док жалба као правни



лек постоји у случају одређивања обавезног боравка иако се ради о мање интрузивној мери.

Законом о странцима (члан 89. став 4) је прописано да ће странац одмах бити отпуштен из прихватилишта ако затражи азил у Републици Србији, осим уколико постоје разлози за ограничење кретања тражиоца азила у складу са одредбама Закона о азилу и привременој заштити.

Члан 87. Закона о странцима:

- „(1) Странцу који се налази у поступку враћања, а у сврху припреме враћања или извршења принудног удаљења одређује се боравак у прихватилишту на основу решења надлежног органа или решења граничне полиције о смештају странца у прихватилиште.
- (2) Смештај странца у прихватилиште из става (1) овог члана надлежни орган или гранична полиција ће одредити уколико се у конкретном случају не могу ефикасно применити одредбе које се односе на обавезни боравак странца из члана 93. овог закона, а нарочито ако:
- 1) постоји ризик да странац неће бити доступан надлежном органу ради спровођења принудног удаљења,
 - 2) странац избегава или омета припрему за враћање односно принудно удаљење.
- (3) Ризик да странац неће бити доступан надлежном органу ради спровођења принудног удаљења представља постојање оправдане сумње да страни држављанин неће добровољно напустити Републику Србију и поступити у складу са решењем о враћању. Основана сумња из овог става постоји уколико странац:
- 1) не поседује документа за утврђивање идентитета;
 - 2) не сарађује у поступку враћања или омета своје удаљење;
 - 3) није добровољно напустио Републику Србију;
 - 4) не сарађује у поступку утврђивања идентитета или држављанства или је о себи дао лажне или противречне податке;
 - 5) користи или је користио лажне или фалсификоване документе;
 - 6) покуша или је већ ушао у Републику Србију на незаконит начин;
 - 7) није поштовао обавезе из решења о обавезном боравку у одређеном месту;
 - 8) нема родбину или друштвене везе у Републици Србији;
 - 9) нема средстава за обезбеђивање смештаја, односно издржавање.
- (4) Сматра се да странац избегава или омета припреме за враћање или принудно удаљење уколико његов идентитет не може да се утврди, односно уколико странац не поседује путну исправу.
- (5) Изузетно од става (1) овог члана, странцу који има здравствене или друге посебне потребе, обезбедиће се други одговарајући смештај.

- (6) Странац коме се одређује боравак у прихватилишту се у најкраћем року, писаним путем, на језику који разуме или се оправдано претпоставља да га разуме, обавештава о разлозима за одређивање боравка.”

Члан 88. Закона о странцима:

- „(1) Боравак странца у прихватилишту траје што је краће могуће, а током боравка странца у прихватилишту мора бити довољно изгледа да се странац може принудно удаљити. Трајање боравка у прихватилишту не може бити дуже од 90 дана.
- (2) После истека временског периода из става (1) овог члана, странцу се може продужити боравак у прихватилишту најдуже још 90 дана уколико:
- 1) странцу и даље није утврђен идентитет;
 - 2) странац намерно омета принудно удаљење.
- (3) Решење о продужењу смештаја странца у прихватилишту доноси Министарство унутрашњих послова најкасније 15 дана пре истека времена за које је одређен боравак у прихватилишту.
- (4) Укупно време боравка у прихватилишту не може бити дуже од 180 дана.
- (5) Време које је странац провео на издржавању казне затвора или у притвору, не урачунава се у време боравка у прихватилишту.”

Члан 90. Закона о странцима:

- „(1) Против решења надлежног органа или граничне полиције о смештају лица у прихватилиште и решења о продужењу смештаја, није дозвољена жалба.
- (2) Против одлуке може се покренути управни спор, у року од 8 дана од дана уручења одлуке.
- (3) Тужба не одлаже извршење решења.
- (4) Суд је дужан да о тужби одлучи у року од 15 дана од дана подношења тужбе.”

Члан 91. Закона о странцима:

- „(1) Странац је дужан да се придржава кућног реда и правила боравка у прихватилишту, које не може да напусти без одобрења.
- (2) Кућни ред и правила боравка у прихватилишту прописује министар надлежан за унутрашње послове. Кућним редом се нарочито уређује:
- 1) обавеза странца да не напушта прихватилиште без одобрења;
 - 2) обавеза странца да сарађује у поступку враћања и да поштује кућни ред и правила боравка у прихватилишту;
 - 3) право странца да оствари контакт са адвокатом, члановима породице и надлежним конзуларним службама;



- 4) право странца на хитну медицинску помоћ;
- 5) право странца да одређени временски период у току дана проведе на отвореном и да има могућност за рекреацију;
- 6) право странца да у предвиђеној процедури искаже незадовољство условима смештаја у прихватилишту;
- 7) обавезе релевантних органа да узму у обзир потребе посебно угрожених лица;
- 8) право релевантних и надлежних националних, међународних и невладиних организација да посете прихватилиште;
- 9) обавезу прихватилишта да информације о кућном реду и правилима боравка у прихватилишту дају странцу на увид на језику који разуме, или се може претпоставити да разуме;
- 10) правила поступања полицијских службеника у прихватилишту у случају да странац крши кућни ред и правила боравка у прихватилишту.”

6.3.2.3. Разлози за лишење слободе тражилаца азила

Закон о азилу и привременој заштити садржи само одредбе о разлозима за ограничење слободе кретања тражилаца азила, не и за лишење слободе. Међутим, као што је више пута истицано, за примену релевантних међународних стандарда о лишењу слободе није пресудно на који начин домаћи закон квалификује одређену меру, већ то зависи од трајања и обима наметнутих ограничења као и од посебних околности особе у питању и утицаја који изречене мере на њу имају. Произлази да би се мера обавезног боравка у прихватилишту за странце уз појачан полицијски надзор, коју Закон о азилу и привременој заштити у члану 78. квалификује као меру ограничења слободе кретања, могла суштински квалификовати као лишење слободе тражиоца азила. До овог закључка се долази имајући у виду услове смештаја у прихватилишту који су предвиђени чланом 91. Закона о странцима, а нарочито забрану напуштања прихватилишта без одобрења, право на контакт само са адвокатом, члановима породице и надлежним конзуларним службама, као и чињеницу да мера може трајати и шест месеци. Стога би требало примењивати стандарде у вези са правом на слободу и безбедност из члана 5. Европске конвенције, а не ограничење слободе кретања из члана 2. Протокола број 4.

Наведена мера се може изрећи изузетно, само ако се другим мерама не може остварити сврха ограничења кретања. Законом је експлицитно предвиђено да се ова процена врши индивидуално, узимајући у обзир све околности у вези са тражиоцем азила. Боравак тражилаца азила у прихватилишту за странце може трајати најдуже три месеца. Изузетно, боравак се може продужити за додатна три месеца уколико је то потребно ради утврђивања битних чињеница, доказа и околности на којима је захтев за азил заснован, а који се не могу утврдити без ограничења кретања тражиоца, посебно ако постоји ризик од бекства, ради обезбеђивања присуства тражио-

ца у поступку азила кад се основано може претпоставити да је захтев за азил поднео да би избегао депортацију и из разлога заштите безбедности Републике Србије и јавног поретка у складу са законом. Законом је предвиђено право на подношење жалбе надлежном вишем суду у року од осам дана од дана уручења одлуке, с тим што жалба нема суспензивно дејство. Осим тога, Закон предвиђа смештај тражиоца азила у прихватилиште за странце и у случају да тражилац не поштује мање интрузивне мере ограничења слободе кретања као што су забрана напуштања центра за азил, одређене адресе, односно одређеног подручја и обавеза редовног јављања у одређено време полицијској станици према месту боравка (члан 79).

Мера одређивања боравка у прихватилишту за странце није у пракси често примењивана од стране Канцеларије за азил.¹¹⁸ Ипак, с обзиром на чињеницу да тражиоци азила сами по себи представљају угрожену категорију, те да имају права на виши ниво гаранција у односу на оне које се обично пружају у контексту лишења слободе, сасвим су оправдане критике које су упућене на рачун члана 78. Закона о азилу и привременој заштити.¹¹⁹ Наиме, Законом није предвиђена обавезна судска контрола одлуке која је донета у управном поступку, већ се предвиђа да тражилац азила може поднети жалбу надлежном вишем суду у року од осам дана од уручења одлуке. Осим тога, није јасно због чега Закон о азилу не прописује рок у којем би суд био дужан да одлучи о жалби, иако такво решење предвиђа Закон о странцима у случају да странцу буде одлуком одређена мера боравка у прихватилишту за странце. Произлази да је положај тражиоца азила, уместо да подразумева виши ниво гаранција, заправо нижи и то не само у односу на странце на које се примењују одредбе Закона о странцима, већ и у односу минималне гаранције у вези с лишењем слободе предвиђене законима из кривичне и прекршајне материје. Штавише, за разлику од Закона о странцима који у члану 87. предвиђа обавезу да се странац у најкраћем року, писаним путем, на језику који разуме или се оправдано претпоставља да га разуме, обавести о разлозима за одређивање боравка у прихватилишту, Закон о азилу и привременој заштити не предвиђа исту обавезу када је у питању одређивање боравка у прихватилишту за тражиоце азила.

6.4. Угрожене категорије лица

Закон о странцима и Закон о азилу и привременој заштити садрже низ одредаба којима се пружају посебне гаранције угроженим категоријама лица која су лишена слободе или им је кретање ограничено. У складу с чланом 92. **Закона о странцима** смештај малолетног странца у прихватилиште представља крајњу меру, мора траја-

118 Београдски центар за људска права, Право на азил у Републици Србији, Извештај за период јануар–март 2018, Београд, 2018, стр. 27, доступно на http://azil.rs/azil_novi/wp-content/uploads/2018/05/Periodicni-izvestaj-januar-mart-2018.pdf, 18.10.2018. Према подацима за 2017. годину, Канцеларија за азил је донела три решења о одређивању боравка у прихватилишту за странце ради несметаног одвијања азилног поступка. Београдски центар за људска права, Право на азил у Републици Србији 2017, 2018, стр. 33.

119 *Ibid.*, стр. 27–28.

ти најкраћи могући временски период, а малолетник мора бити смештен заједно са родитељем, старатељем односно законским заступником. Уколико је у питању породица која чека удаљење, она мора бити смештена у одвојеном смештају у којем је приватност гарантована. У истом члану Закон предвиђа да ће се приликом боравка малолетника у прихватилишту водити рачуна о његовом најбољем интересу. Када су у питању малолетници без пратње, надлежни центар за социјални рад одређује смештај у установи социјалне заштите или специјализованим прихватилиштима намењеним за смештај малолетних странаца без пратње. Обавеза да се у односу на правила боравка у прихватилишту у обзир узму потребе и других посебно угрожених категорија лица такође је експлицитно предвиђена Законом (члан 91. став 2. тачка 7). Осим тога, када је у питању одређивање боравка у прихватилишту у сврху припреме враћања или извршења принудног удаљења, Закон о странцима као изузетак предвиђа ситуацију када странац има здравствене или друге посебне потребе, а у односу на кога постоји обавеза надлежних органа да се обезбеди други одговарајући смештај (члан 87. став 5).

Ако су испуњени услови за ограничење слободе кретања малолетног тражиоца азила, **Закон о азилу и привременој заштити** као једину меру предвиђа одређивање боравка у установи социјалне заштите за малолетна лица са појачаним надзором (члан 78. став 1. тачка 4). Закон о азилу предвиђа и обавезу да се виши ниво заштите у вези са ограничењем кретања пружи особама са посебним процесним или прихватним гарантијама, као што су малолетна лица, малолетна лица без пратње, особе са инвалидитетом, старија лица, труднице, самохрани родитељи са малолетном децом, жртве трговине људима, 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. Поменути категоријама тражилаца азила може се одредити боравак у прихватилишту за странце само уколико се индивидуалном проценом утврди да такав смештај одговара њиховим личним околностима и потребама, а посебно здравственом стању (члан 80. став 1). Изузетак представљају малолетници без пратње којима се, као посебно угроженој категорији, не може одредити смештај у прихватилиште за странце већ искључиво боравак у установи социјалне заштите за малолетна лица са појачаним надзором, и то само ако се не могу делотворно применити алтернативне мере (члан 80. став 2).

Члан 80. Закона о азилу и привременој заштити:

„Лицу из члана 17. овог закона може се одредити боравак у прихватилишту за странце само ако се индивидуалном проценом утврди да такав смештај одговара његовим личним околностима и потребама, а посебно здравственом стању.

Малолетном лицу без пратње може се одредити боравак у установи социјалне заштите за малолетна лица са појачаним надзором ако се не могу делотворно применити алтернативне мере.”

6.5. Боравак у међународним транзитним зонама и на аеродрому

Као што је објашњено у првом поглављу овог приручника, **Закон о азилу и привременој заштити** као новину у члану 41. уводи могућност да се цео азилни поступак спроведе на граници, или у транзитном простору ваздушне луке. Законом су, међутим, постављени услови под којима се поступак може водити на поменутиим местима, а они се, између осталог, тичу обавезе државе да тражиоцу обезбеди адекватан смештај и храну. И пре увођења новог законског решења, у пракси су били уочени бројни примери држања странаца и тражилаца азила у просторијама на аеродрому у сврху одбијања уласка или пак спровођења одлука о враћању, уз различита становишта у погледу тога да ли се држање у аеродромским просторијама може квалификовати као лишење слободе.¹²⁰ У том контексту од посебног је значаја мишљење Специјалног известиоца УН за мучење да материјални услови у просторији у којој на аеродрому Никола Тесла бораве странци и тражиоци азила „очигледно нису адекватни за потребе притвора, а главни недостаци се тичу непостојања кревета и грејања, лоших хигијенских и санитарних услова те сталног вештачког осветљења“.¹²¹ Исте примедбе на смештај у просторијама аеродрома „Никола Тесла“ имао је и Заштитник грађана приликом посете која је у склопу Националног механизма за превенцију тортуре обављена у октобру 2017. године.¹²²

120 Београдски центар за људска права, Право на азил у Републици Србији 2017, 2018, стр. 30–31.

121 Известилац је такође констатовао да у просторији на аеродрому „није било воде на чесми, да просторије нису дуго чишћење, и да је свих седам особа које су тамо држане било принуђено да ноћ проведе седећи на столицама“. Preliminary observations and recommendations of the United Nations Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, Mr. Nils Melzer on the official visit to Serbia and Kosovo1 – 13 to 24 November 2017, доступно на <https://www.ohchr.org/en/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=22453&LangID=E>, 22.10.2018.

122 Уз примедбе које је изнео Специјални извештач, Заштитник грађана је констатовао да лицима која бораве у просторијама на аеродрому није омогућен излазак на свеж ваздух. Национални механизам за превенцију тортуре, Праћење поступања по препорукама НПМ, Извештај о посети Станици граничне полиције Београд на Аеродрому „Никола Тесла“, дел. бр. 37664, 13.10.2017., доступно на <https://www.npm.rs/attachments/article/734/37664.pdf>, 22.10.2018.



ПОГЛАВЉЕ

СПАЈАЊЕ ПОРОДИЦЕ СХОДНО
ЧЛАНУ 8. ЕКЉП И ДРУГИМ
ИНСТРУМЕНТИМА

УВОД

Раздвајање породица је честа појава у међународним миграцијама и оно може наступити из више различитих разлога, зависно од корена узрока миграционих кретања и околности путовања. Док у економским миграцијама економске препреке или неповољна визна политика често спречавају породице да се заједно селе, у хуманитарним миграцијама лица која имају потребу за међународном заштитом раздвајају се услед сукоба и других фактора ризика који им угрожавају живот или слободу у земљи порекла или неповољних догађаја у транзитним земљама. Спољна природа тих догађаја често лишава избеглице било какве контроле над њиховим животним околностима, чиме се њихове муке погоршавају. Услед тих догађаја породице се раздвајају, а притом се и тешкоће с којима се појединац суочава појачавају због неизвесности породичних околности. С обзиром на све што је напред речено, појам и сврха **спајања породице** као законски признат појам своди се на поновно успостављање породичних веза тамо где су те везе раскинуте услед миграционих искустава. Као што ћемо ближе објаснити у даљем тексту, заштита која се пружа породичној јединици разликује се зависно од врсте миграционих кретања и од индивидуалних околности лица о којима је реч. Право људских права штити породицу (као правни ентитет и кроз индивидуално право на поштовање породичног живота) од раздвајања и тежи одржавању или поновном успостављању породичног јединства, те уравнотежавању права по основу породичног живота с легитимним интересом државе да регулише миграције. У доњем тексту испитаћемо главне инструменте и стандарде који се примењују на мигранте који су раздвојени од породице из хуманитарних и других разлога, као и правне лекове који им стоје на располагању за исправљање те ситуације.

1. ОПШТА НАЧЕЛА НА КОЈИМА ПОЧИВА ПРАВО НА СПАЈАЊЕ ПОРОДИЦЕ У МЕЂУНАРОДНОМ И РЕГИОНАЛНОМ ПРАВУ ЉУДСКИХ ПРАВА

1.1 Заштита породице као ентитета

Различити међународноправни инструменти признају вредност породичних веза као важан чинилац у контексту миграција, посебно указујући на улогу коју породичне везе миграната имају у томе да се осигура очување њиховог идентитета, у културном, социјалном и емоционалном смислу. Сматра се да одржавање или поновно успостављање породичног јединства миграната доприноси њиховој лакшој интеграцији у земљу пријема. У целини узев, вредност породице и заштита њеног

јединства од неоправданог мешања признаје се уговорима о заштити људских права, како у контексту миграција, тако и у контексту унутрашњих питања. Иако ће се ово поглавље првенствено усредсредити на стандарде и судску праксу ЕСЉП, која ће бити детаљно размотрена у одељку 1.3.2, сам текст Конвенције се не бави изричито питањем спајања породице, нити положајем миграната. Мада је ЕСЉП у својој судској пракси знатно разрадио приступ Конвенције том питању, треба подсетити и на друге међународне и регионалне инструменте у којима се ближе уређује та тема јер се сам ЕСЉП у својим пресудама често позива управо на те инструменте.

Заштита од мешања у породицу има корен у основном признању вредности породице као друштвеног ентитета. Због улоге коју има у обликовању структуре целог друштва, породица је општепризната као социјални актер који завређује заштиту државе.

Као главни инструмент за заштиту људских права у законодавном окружењу УН, **Међународни пакт о грађанским и политичким правима** (овде је понегде означен и као ПГП)¹²³ штити породицу као основну ћелију друштва, која је носилац права по члану 23. став 1, где је утврђено да је *породица природна и основна ћелија друштва и има право на заштиту друштва и државе*. ПГП штити сваког појединца од **произвољног и незаконитог мешања** у његов породични живот (члан 17. став 1), признајући то као индивидуално право које је зајемчено *свакоме* (члан 17. став 1) без обзира на његов миграциони статус. Иако ПГП није инструмент специјализован за миграциона питања, због чињенице да је применљив на свакога без обзира на његов миграциони статус он је релевантан за ситуације у којима се ради о мигрантима и тражиоцима азила.

Начела слична горе наведеним начелима готово су дословно поновљена и у многим другим инструментима за заштиту људских права у оквиру Уједињених нација, као и у регионалном и унутрашњем законодавству.

Конвенција УН о правима детета, на пример, пружа исту заштиту породици, усредсређујући се на утицај који на децу имају догађаји услед којих долази до мешања у породицу или до ремећења њеног јединства. У Преамбули Конвенције о правима детета породица се дефинише као „основна јединица друштва”, али се нагласак ставља на њену улогу *природне средине за развој и благостање свих њених чланова, а посебно деце*. У даљем тексту ћемо се ближе позабавити управо том димензијом јединства породице у заштити права деце миграната.

Када је реч о правним инструментима који су специјализовани за област миграција, **Међународна конвенција о заштити права свих радника миграната и чланова њихових породица**¹²⁴ је један од инструмената у којима се изричито признаје важност породичног живота у миграцијама. У својој Преамбули та конвенција утврђује

123 Међународни пакт о грађанским и политичким правима, усвојен и отворен за потписивање и ратификовање или приступање Резолуцијом Генералне скупштине Уједињених нација 2200 (XXI) од 16. децембра 1966. године. Ступио је на снагу 23. марта 1976. године у складу са чланом 49.

124 Међународна конвенција о заштити права свих радника миграната и чланова њихових породица – усвојена Резолуцијом Генералне скупштине 45/158 од 18. децембра 1990. године.

да је миграција често узрок озбиљних проблема за чланове породица радника миграната, као и за саме раднике, посебно због раздвојености породице. То треба читати у вези са чланом 44, којим је утврђено да државе чланице имају обавезу да **олакшају поновно спајање** породица које су раздвојене услед миграционих кретања предузимајући *мере које сматрају потребнима и које су у домену њихових компетенција*. Иако се та конвенција формално не односи на положај избеглица и лица без држављанства,¹²⁵ општа начела која се из ње могу извести релевантна су за појединце у већини миграционих околности и одражавају се у другим међународним инструментима.

У даљем тексту ћемо посебно указати на специфичне механизме заштите који се на **тражиоце азила**, као рањиву групу миграната, примењују у смислу спајања породице, како је то утврђено у специјализованим законодавним актима и инструментима који немају снагу обавезне примене.

1.2 Чланови породице у смислу спајања породице и неки процесни и суштински стандарди у вези с поновним успостављањем породичних веза у контексту миграција

Чланови породице у смислу спајања породице дефинисани су на различите начине у разним инструментима који се примењују у европским земљама.

1.2.1 Међународни стандарди

На међународном нивоу постоје различити инструменти који утврђују ко се сматра чланом породице у смислу спајања породице. Састав те групе се разликује зависно од тога на шта наведени инструмент ставља тежиште. Као инструмент који се не бави хуманитарним миграцијама Међународна конвенција о заштити права свих радника миграната и чланова њихових породица, на пример, садржи минималну дефиницију, ограничавајући се само на то да се за потребе спајања породице са радником мигрантом квалификују **супружници** или лица која са радницима мигрантима имају однос који [...] има обележје брачне заједнице, [као и са] њиховом **малолетном нежењеном или неударом децом коју издржавају**. Слабија обавеза утврђена је за државе запослења које треба да *повољно размотре* прихватање осталих чланова породице на хуманитарним основама (члан 44. став 3).

Док Женевска конвенција о статусу избеглица нема изричиту одредбу која би се односила на право на спајање породице, **УНХЦР** (чији је мандат објашњен у претходним поглављима) у својим смерницама и закључцима Извршног комитета имао је могућност да разјасни став Женевске конвенције према спајању породица у више различитих прилика, обраћајући притом посебну пажњу на децу која су погођена

¹²⁵ Члан 3. тачка д.

услед кидања породичних веза.¹²⁶ Међутим, треба истаћи да, мада сва та запажања и ставови, који су доле наведени, пружају важну смерницу државама у погледу остваривања њихових обавеза према избеглицама, али да се неминовно веома ограничено примењују на ситуације које се не тичу непосредно избеглица и тражилаца азила по Женевској конвенцији (што је по дефиницији циљна група УНХЦР).

Закључци Извршног комитета УНХЦР-а бр. 15. из 1979. године утврђују основе приступе УНХЦР тим питањима, прописујући обавезу државе да олакша спајање **барем супружника и малолетне или зависне деце** сваког лица коме је одобрен привремене избеглички статус или трајни азил. После тога је став УНХЦР даље разрађиван, тако да су усвојене смернице о спајању породице како би се идентификовале „**врсте спајања породица**“ које полажу право на подршку агенције. Треба истаћи да, насупрот томе што су чланови породице експлицитно дефинисани у међународној Конвенцији о заштити права свих радника миграната и чланова њихових породица и другим инструментима, доле наведени сценарији не уживају исти ниво заштите. Као извор „меког права“, смернице УНХЦР једноставно разјашњавају делокруг Агенције у смислу пружања помоћи покушајима спајања породица. Оне као такви обезбеђују више стандарде заштите него што то чине други горе описани инструменти, јер се УНХЦР залаже за то да државе усвоје **широке и флексибилне критеријуме за „спајање породица“**. Иако ставови УНХЦР нису правно обавезујући, они би требало да утичу на начин на који државе остварују своја дискрециона права. УНХЦР на следећи начин утврђује чланове породице који могу бити обухваћени спајањем:

1. **Ужа породица**, која се састоји од мужа, жене и њихове зависне (малолетне) деце, што не обухвата само оне који живе у правним заједницама већ и оне који су верени ... или су ступили у ванбрачну заједницу (која је у неким земљама позната као брак по „обичајном праву“, или ... живе заједно у дужем периоду као муж и жена, као и супружнике у полигамним заједницама ако су те заједнице законито склопљене у земљи порекла.
2. Спајање између **родитеља и деце**, укључујући, у најмању руку, зависну неочењену, односно неудату децу, без обзира на њихов узраст, која су живела с родитељима у земљи порекла.
3. Спајање **малолетних лица без пратње одраслих с њиховим родитељима и рођацима** у складу с начелом по коме с дететом, на месту на коме се оно нала-

¹²⁶ Осим тога, у свеобухватној анализи: „Суштинско право“ избеглица и других лица којима је потребна међународна заштита на јединство породице у контексту спајања породице (‘The ‘Essential Right’ to Family Unity of Refugees and Others in Need of International Protection in the Context of Family Reunification’), коју је за УНХЦР написао Франсис Николсон (Frances Nicholson) у јануару 2018, друго издање (доступно на: <http://www.refworld.org/docid/5a902a9b4.html>) подсећа се да иако Женевска конвенција не прописује спајање породице, „Завршни акт Конференције опуномоћеника на коме је она усвојена потврђује да је ‘јединство породице ... основно право избеглица’ и препоручује владама да ‘предузму мере које су потребне да се заштити породица избеглице’, и нарочито: (...) да се осигура одржавање јединства породице избеглице, ... [и да се обезбеди] заштита малолетних избеглица, нарочито усамљене деце и девојака, посебно у погледу старатељства и усвајања“ (цитирано према: Конференција опуномоћеника УН о статусу избеглица и лица без држављанства, Завршни акт [...], 25. јул 1951, A/CONF.2/108/Rev. 1).

зи, треба да се споји најближи сродник, осим ако је у датим околностима *разумно да дете буде то које ће доћи и спојити се с најближим сродником.*

Смернице придају велики значај спајању **других зависних чланова** породице, као што су:

4. **Зависни родитељи одраслих избеглица;**
5. **Остали зависни сродници [...]** *неожењена браћа, неудате сестре, тетке, браћа и сестре у другом степену сродства, итд. [који су] били део породичне јединице у својој земљи порекла или чије су се околности промениле тако да они сада зависе од чланова породице који су избегли [...];*
6. **Лица која нису у крвном сродству,** *као што су пријатељи или усвојеници, ако се налазе у истој ситуацији као и горе наведени сродници.*
7. На основу културе порекла, спајање *других сродника [као што су] бабе и деде, унуци, ожењена браћа и удате сестре, њихови мужеви и деца* може бити размотрено, али није нешто што УНХЦР „**активно промовише**“, осим када је реч о лицима која се могу категорисати у неку од горе наведених група.

1.2.2. Регионални стандарди

1.2.2.1 Савет Европе

Када је реч о инструментима Савета Европе, препоруке Парламентарне скупштине (ПССЕ) и Комесара за људска права, између осталог, садрже важне смернице.¹²⁷ Признајући сву хетерогеност домаће праксе и позивајући на усклађивање тог појма међу свим земљама чланицама, ПССЕ у својим препорукама наводи да, за потребе спајања породице, израз „чланови породице“ треба схватити у том смислу да обухвата **природну породицу, партнере с којима није склопљен званични брак, укључујући истополне партнере, ванбрачно рођену децу, децу под заједничким старатељством, као и зависну пунолетну децу и зависне родитеље на основу начела зависности.**¹²⁸ Тиме је Савет Европе практично прихватио широко тумачење које УНХЦР даје том појму, како је то горе објашњено. Ни догађаји који изазивају поремећај односа међу родитељима, као што је развод или одвојени живот или раскид ванбрачне заједнице такође не би смели да утичу на однос детета са сваким родитељем понаособ.¹²⁹

127 ПССЕ, Комитет за миграције, избеглице и расељена лица, Документ о ставовима према спајању породице, AS/Mig (2012) 01, 2. фебруар 2012, доступно на: <http://www.refworld.org/docid/583ed4ef7.html>

128 ПССЕ, Комитет за миграције, избеглице и расељена лица, документ са ставовима о спајању породице, AS/Mig (2012) 01, од 2. фебруара 2012, на : <http://www.refworld.org/docid/583ed4ef7.html>; цитирано у: „Истраживање правне политике и политике заштите УНХЦР“, „Основно право“ на јединство породице избеглица и других лица која имају потребу за међународном заштитом у контексту спајања породице, јануар 2018 2018 PPLA/2018/02.

129 Комитет министара, Препорука о правном статусу лица примљених ради спајања породица, Res (2002)4, Заштита, такође потврђује овај приступ, објашњавајући да су чланови породице „супружник, зависна малолетна деца и, сагласно унутрашњем праву или пракси, остали сродници“.

Све што је горе наведено потврђују и **Препоруке комесара за људска права Савета Европе**, у којима налазимо одјек почетног става УНХЦР према том питању. У Препорукама се прихвата „широко тумачење“ ко су то све чланови породице, тако да се утврђује да категорија „супружник“ треба да се прошири тако да више не обухвата само брачне заједнице и грађанска партнерства него и *појединце који су се верили или који су ступили у обичајни брак [...] или који су у дуготрајном партнерству (што обухвата и истополну партнерску заједницу)*.¹³⁰

Када је реч о стандардима ЕКЉП, како је уочено у студији УНХЦР из 2018. године која је посвећена том питању, *ЕСЉП [...] прихвата да истополни парови који су у вези могу представљати породични живот, чак и онда ако не живе заједно, као и породичну јединицу* (референца на предмет *Шалк и Корф против Аустрије/Schalk, Kopf/ и Пајић против Хрватске*). Нарочито је у предмету *Пајић* ЕСЉП разматрао другачије поступање према ЛГБТ паровима као основ за покретање питања дискриминације, у том смислу да је подносиоцима представке *одбијен захтев за издавање боравишне дозволе ради спајања породице у Хрватској јер Закон о странцима искључује могућност да лица која живе у истополној вези добију дозволу за спајање породице*. Слично резонување налазимо у пресуди *Тадеучи и Макол /Taddeucci, McCall/ против Италије*.¹³¹

Пошто има пресудан значај за ово поглавље, следе информације о ставу ЕСЉП према спајању породице, будући да је ЕСЉП као кључно тело за одлучивање о примарном инструменту Савета Европе за заштиту људских права – ЕКЉП.

1.2.2.2 Правни стандарди ЕУ

У ЕУ се спајање породица уређује делимично другачијим инструментима, зависно од категорије миграната о којој је реч. Иако се у законодавству ЕУ, које је тој теми посветило целу једну директиву, појам „спајање породице“ рестриктивно тумачи, питања у вези са спајањем породице трансверзално се ослањају на инструменте који се односе на азил, барем тамо где се ради о породицама избеглица и њиховом јединству које мора бити одржано или поново успостављено. Нека од општих начела утврђена у Повељи ЕУ о основним правима такође су значајна за то питање. Начела која је разрадио СПЕУ и његова судска пракса у вези с тим питањем такође су кључно важна за разумевање става ЕУ према спајању породица различитих категорија миграната.¹³²

- **Повеља ЕУ о основним правима (у даљем тексту: Повеља).** Повеља представља основни инструмент за заштиту људских права у правном систему

¹³⁰ Види УНХЦР, „Основно право“ избеглица на јединство породице (цитирано на више места).

¹³¹ Текст целог тог става може се наћи у: УНХЦР „Основно право“ избеглица на јединство породице (цитирано на више места).

¹³² Информативна анализа у овом смислу може се наћи у: Савет Европе: Комесар за људска права, *Остваривање права на спајање породице избеглица у Европи*, јун 2017, доступно на: <http://www.refworld.org/docid/5a0d5eae4.html>

Европске уније. Пошто је прихваћена као део примарног законодавства ЕУ, Повељи се признаје иста правна снага коју имају и оснивачки уговори ЕУ. Стога су одредбе Повеље обавезујуће за земље чланице у тумачењу и примени законодавства ЕУ. То, за потребе овог поглавља, обухвата инструменте ЕУ којима се уређују питања миграција и азила. Када разматрамо питања у вези са спајањем породица у којима је горе било речи и којима се придаје велики значај како у међународном, тако и у европском праву, треба указати на следеће одредбе Повеље: *Право на поштовање породичног живота* (члан 7); *забрану дискриминације* (члан 21); *начело најбољих интереса детета* (члан 24. став 2); *право на добру управу* (члан 41) и *право на делотворно правно средство и правично суђење* (члан 47).¹³³ Такође треба узети у обзир и члан 9. о **праву на склапање брака и праву на заснивање породице**.

- **Директива ЕУ о спајању породице**, Директива Савета 86/2003/ЕЗ.¹³⁴ Делокруг Директиве ограничен је на „мигранте који су законито на територији државе“ и имају боравишну дозволу коју је издала држава чланица с роком важења **од годину или више дана** и који имају **основане изгледе за добијање права на стално боравиште** (члан 3). Делимично одражавајући општа начела утврђена другим међународним инструментима која су посвећена овом питању, та директива дефинише спајање породице као *преко потребан начин да се омогући породични живот* и меру која *помаже да се створи социокултурна стабилност која омогућује интеграцију држављана трећих земаља и служи унапређењу економске и социјалне кохезије* (Преамбула, 4). Директива се односи на различите фазе миграторног кретања и, што је веома важно, обухвата и оне случајеве у којима „породица долази заједно“ (Преамбула, 7).

Директива се, као таква, односи како на мигранте који се законито налазе на територији на основу радне визе или неке друге боравишне дозволе, тако и на лица с признатим међународним хуманитарним потребама, било да је реч о избеглицама или носиоцима супсидијарне заштите, мада у различитим степенима. Они који немају стабилан миграциони статус у земљи не улазе у поље дејства те директиве. Та искључена група обухвата, изричито, сва лица о чијем захтеву за признање статуса избеглице или неки други облик заштите *још није донета коначна одлука* или која су добила само привремену дозволу да бораве на територији земље чланице. Директива није инструмент који је „специфичан за азил“, већ је општија по својој природи. Међутим, она обухвата положај законитих миграната у земљама чланицама, укључујући она лица којима је одобрена међународна заштита.

Сагласно Директиви, право на спајање породице имају **чланови уже породице**, што подразумева: мигрантовог супружника и његову малолетну децу (члан 4). Полигамни бракови су изричито искључени из делокруга те одредбе, у том смислу да

133 Високи комесар УН за избеглице (УНХЦР), „Основно право“ на породично јединство избеглица и других лица којима је потребна међународна заштита у контексту спајања породица, јануар 2018, друго издање, www.refworld.org/docid/5a902a9b4.html

134 За детаљну анализу Директиве такође види УНХЦР, „Основно право“ на јединство породица избеглица [горе наведено].

уколико је мигрант (спонзор) већ ожењен у земљи боравка, други супружник не може добити право на спајање породице (члан 4.4).

Директива се тумачи у том смислу да обухвата **децу усвојену** редовним поступком усвајања, као и зависну децу која су под искључивим старатељством спонзора и/или његовог брачног друга или која су под заједничким старатељством ако *друга страна која учествује у заједничком старатељству да своју сагласност*. Земље чланице могу дискреционо одлучити да ли је спајање породице допуштено и другим сродницима – укључујући партнере у регистрованој партнерској заједници (члан 4. став 2).

Остали чланови породице који спадају у ту категорију обухватају зависне **сроднике у првом степену** у директној линији спонзора или његовог супружника, одрасла неожењена или неудата деца спонзора или његовог супружника, за које је доказано да нису у стању да се старају о себи због свог здравственог стања. Има извесног спорења око тумачења члана 4. став 3. Директиве, у коме се говори о **невенчаном партнеру [..] с којим је спонзор у уредно доказаном стабилном дугорочном односу** или о **регистрованом партнерству** са спонзором, које се може третирати на равној ноzi са супружницима у смислу спајања породица ако се земља чланица за то определи. Међутим, када је реч о доношењу одлуке о том питању, дискрециона права земаља чланица су ограничена обавезом да извесне чиниоце разматрају као релевантне, укључујући *заједничко дете, ранији заједнички живот, регистрацију партнерства или било какав други поуздан доказ* (члан 5. став 3).

Поред тога што спадају у **домен личног**, како је то утврђено Директивом, горе, захтеви за спајање породице морају бити поткрепљени прихватљивим доказима који сведоче о томе да је спонзор кадар да издржава члана породице који тражи дозволу да се с њим споји у земљи. Релевантни елементи обухватају доказ о адекватном смештају, осигурање за случај болести и *стабилна и редовна новчана средства која су довољна за властито издржавање и издржавање чланова породице, без посезања за системом социјалне помоћи* (члан 7).

Ограничења за спајање породице која су допуштена Директивом делимично су у складу са ограничењима допуштеним према ЕКЉП, о којима ће касније бити више речи, и обухватају „основе јавног поретка, јавне безбедности или јавног здравља” (члан 6). Слични разлози могу представљати основ за доношење одлуке о томе да се не продужи дозвола одобрена на основу права на спајање породице.

Коначно, тражиоци азила имају користи од повољнијих одредаба у смислу захтева који се односе на **документацију** (члан 11). Наиме, када избеглица није у стању да предочи *остале доказе... о постојању породичног односа*, то такође треба проценивати у складу са унутрашњим правом земље чланице и, у сваком случају, одбијање захтева не може се темељити искључиво *на чињеници да нема документационих доказа*. У истом духу, може се делимично одустати од захтева који се односе на одређену дужину боравка у земљи чланици (да би се могао поднети захтев за спајање породице) (члан 12).

Као на засебно, али повезано питање требало би указати на **начела која је СПЕУ елаборирао** у погледу начина на који ЕУ тумачи **Директиву о слободном кретању** (2004/38/ЕЗ). Иако је тај инструмент релевантан за спајање породица само када је реч о грађанима земаља које чине европски економски простор (ЕЕП), у Пресуди, коју је СПЕУ недавно донео, у предмету *Коман /Coman/* (C-736/16) разматрано је то да ли се прописи ЕУ о слободном кретању могу тумачити у том смислу да термин „супружници“ обухвата и истополне бракове, па самим тим допушта припадницима истополних бракова да користе то што им се пружа право на слободно кретање. У својој анализи датог предмета, Стив Пирс (*Steve Peers*) цитира став Пресуде у коме се наводи да је израз супружник (брачни друг) (*spouse*) према Директиви *генерички неутралан па самим тим може да означава истополног брачног друга грађанина Уније* указујући на то да *иако Директива изричито допушта земљама чланицама које су домаћини да примењују сопствено законодавство у прихвату чланова регистрованих партнерстава, она не садржи ниједну такву одредбу која би се односила на брачног друга, што значи да је та могућност била имплицитно искључена.*¹³⁵ Мада тај инструмент није непосредно релевантан за тражиоце азила, Став СПЕУ према датом питању може и треба да утиче на приступ других правних инструмената ЕУ правима истополних супружника, укључујући сврху спајања породице. У пракси, у студијама се указује да у тренутку примене, то што није прецизно утврђено ко се може оквалификовати као супружник, односно брачни друг у смислу спајања избегличких породица не угрожава појединце у земљама у којима су истополни бракови признати, будући да *земље чланице у којима постоје закони о регистрованим партнерствима који укључују истополне парове [...] по правилу задржавају сличан став у имиграционим питањима када је реч о венчаним истополним партнерима, као и о регистрованим партнерима* (нпр. Холандија, Шведска, Данска, Финска, Уједињено Краљевство) [...]. Међутим, та одредба, **по правилу, оставља чланове породице без заштите у оним земљама чланицама које не признају истополне парове** [...].¹³⁶

1.2.2.2.1 Спајање породице у другим инструментима ЕУ

Као што је већ поменуто, Директива о спајању породице бави се суштинским и процесним аспектима тог питања за различите категорије **миграната** који законито бораве у земљама чланицама. Основна начела и стандарди који леже у основи самог института спајања породице утицали су и на друге инструменте ЕУ, посебно оне у области азила. Побројаћемо их даље у тексту, указујући на оне одељке који су релевантни за питање спајања породице.

- I. **Квалификациона директива:**¹³⁷ Квалификациона директива, као таква, не уређује питање спајања чланова избегличких породица. Међутим, она се у свом

135 <http://eulawanalysis.blogspot.com/2018/06/love-wins-in-cjeu-same-sex-marriages.html>

136 https://www.ilga-europe.org/sites/default/files/directive_transposition_web.pdf, види стр. 12

137 Директива 2011/95/ЕУ Европског парламента и Савета од 13. децембра 2011. о стандардима за квалификацију држављана трећих земаља или лица без држављанства за остваривање међународне

основном тексту позива на изванредан број начела која су у том смислу релевантна. Конкретно, у Квалификационој директиви је утврђено да, онда када је реч о тражиоцима азила, *потребно је проширити појам чланова породице, узимајући у обзир различите посебне околности зависности и [...] најбоље интересе детета*. У складу са основним уговорима у области заштите људских права, сагласно члану 23. Квалификационе директиве мора се осигурати одржање јединства породице и утврђује се читав низ различитих путева којима се то може остварити. Конкретан досег те одредбе до сада је био изложен критикама зато што се чини да је текст конципиран тако да штити породицу само од протеривања, односно да у сваком случају искључује последице настале **„после бекства из матичне земље“** (о том питању ће бити више речи у даљем тексту) упркос *чињеници да избеглице могу формирати аутентичне и трајне породичне односе током бекства или после њега, а те везе су такође заштићене [чланом 8. ЕКЉП]*.¹³⁸

- II. **Директива о условима прихвата**, која уређује квалитет услова живота и с тим повезан приступ услугама које се пружају тражиоцима азила у земљама чланицама, непосредно се бави питањем спајања породица када уређује положај **деце миграната**. У члану 23. став 2. Директива налаже земљама чланицама да када процењују најбоље интересе детета, узму у обзир *могућност поновног спајања породице*. Постојање породичних веза мора се узети у обзир и онда када се улажу напори за **тражење чланова породице (члан 24)**, чему треба приступити *што је пре могуће пошто се поднесе захтев за међународну заштиту*.
- III. **„Даблинска уредба“**:¹³⁹ „Даблинска уредба“ суштински уређује правила о приписивању одговорности за захтеве за азил поднете широм земаља чланица ЕУ; она се, као таква, не бави породичним одредбама, посебно ако се то схвати у смислу Директиве о „спајању породице“, где се та мера у суштини тумачи као начин да се чланови породице придруже мигранту који – из различитих разлога и у различите сврхе – има релативно стабилан мигрантски статус у некој земљи чланици. Међутим, ако се спајање породице третира само као мера којој је циљ поновно окупљање раздвојених породица, без обзира на стабилност (или нестабилност) мигрантског статуса њихових чланова, онда ваљан увид у ту ситуацију пружа „Даблинска уредба“. У својим критеријумима за утврђивање **надлежности земаља чланица за одлучивање о захтеву за азил** „Даблинска уредба“ пружа читав низ критеријума који омогућују да се та одговорност

заштите, за јединствени статус избеглица или лица која испуњавају услове за супсидијарну заштиту и садржај одобрене заштите.

138 Савет Европе, комесар за људска права, Остваривање права на спајање породице избеглица у Европи, јун 2017, цитирајући: С. Пирс и сарадници, Имиграционо и азилантско право ЕУ: Коментар (Проширено друго издање, Brill Nijho, 2015), стр. 86–87. У студији Савета Европе указује се на то да Предлог из 2016. године о реформисању Квалификационе директиве како би се она претворила у уредбу садржи, између осталих позитивних аспеката, и „*проширену дефиницију чланова породице, узимајући у обзир различите околности зависности, и... чланове породица формираних после бекства*“.

139 У овом одељку референца треба да се односи на горе наведену студију Савета Европе, у којој се признаје да прописна примена неких одредаба „Даблинске уредбе“ може, *чак резултирати спајањем породица тражилаца азила*“.

пребацује с једне на другу земљу чланицу да би се осигурала заштита одређених интереса који се могу преклапати. Ти критеријуми (и интереси) обухватају следеће:

- a. **Заштита малолетника** (чланови 6. и 8), где се каже да држава чланица у којој је малолетник поднео захтев за међународну заштиту предузима што је пре могуће одговарајуће мере да идентификује чланове породице. Када захтеве поднесу **малолетници без пратње** (члан 8), одговорна држава чланица је она у којој је законито присутан члан породице или брат или сестра или **сродник** за кога се може доказати да је у стању да се брине за то малолетно лице и под условом да је то у најбољем интересу малолетника. Коначно, ако нема чланова породице или сродника на које се може ослонити, одговорност сноси она држава чланица „у којој је малолетник без пратње поднео захтев [...] под условом да је то у његовом најбољем интересу“ (члан 6. став 4).
- b. Поновно успостављање породичних веза када су **чланови породице подносиоца и сами тражиоци азила или када им је признат статус избеглица у другим земљама чланицама** (чланови 9. и 10). Сагласно тим одредбама, одговорност за захтев за азил треба приписати оној земљи чланици у којој члан или у којој чланови породице подносиоца захтева имају допуштен боравак (члан 9) или у којој им је признат избеглички статус (члан 10).
- c. Породичне везе се чувају и заштитом **зависних лица (издржавана лица) (члан 16)** (укључујући труднице, новорођену децу, лица с тешким обољењима, лица с тешким инвалидитетом или стара лица), где државе чланице „уобичајено“ задржавају заједно или спајају подносиоца захтева са члановима породице или рођацима од којих они зависе и који легално бораве у земљи чланици. Чак и ако нису испуњени горе наведени услови, државе чланице имају дискреционо право да преузму одговорност за захтеве за азил који не спадају у њихову надлежност (члан 17) да би омогућиле спајање било којих лица која су у родбинском односу, из хуманитарних разлога, посебно на темељу породичних или културних аспеката, под условом да лице о коме је реч за то да свој пристанак у писменом облику.

Када су у неком конкретном случају испуњени сви горе наведени услови, две или више земаља чланица у којима су први пут поднети захтеви морају проћи кроз јасно утврђена процесна правила којима се уређује **трансфер** тражилаца азила из земље чланице у којој се они тренутно налазе у ону земљу чланицу која – на основу горе наведених критеријума – треба или једноставно жели (када се о ради о члану 17) да преузме одговорност за тај захтев на основу чињенице да у њој бораве сродници подносиоца захтева или из других хуманитарних разлога. Они на које се трансфер односи – и на једној и на другој страни – по правилу су тражиоци азила о чијим захтевима још није донето решење, па стога њихов статус није онолико стабилан колико би требало да буде на основу Директиве о спајању породице. Ипак, „Даблин-

ска уредба” практично омогућава да се они споје са члановима породице и сродницима који се налазе у другим земљама чланицама. Иако се трансфер по „Даблинској директиви” формално не сврстава у категорију пресељења ради спајања породице, у суштини је ту реч о истоветном циљу.

Поред правила о „**даблинским трансферима**”, у Уредби постоје и друге процесне и суштинске одредбе које се описују као потенцијално подстицајне за заштиту јединства породице. Тако је, на пример, комесар Савета Европе за људска права у својој Студији о спајању породица из 2017. године указао на Преамбулу, тачка 15. те уредбе, којом је предвиђено да једна држава чланица може да обради захтеве за међународну заштиту свих чланова једне породице и која омогућује да се *сви захтеви размотре темељито, да одлуке донете о њима буду конзистентне и да чланови једне породице не буду раздвојени*.¹⁴⁰

Међутим, треба подсетити, као што је учињено и у самој студији Савета Европе, да уколико земља чланица не примени ваљано критеријуме утврђене „Даблинском уредбом”, тиме се ненадокнадиво подрива практична делотворност саме уредбе, посебно када је реч о поновном успостављању породичних веза, а поступци попримају карактеристику „дуготрајних процедура за тражење чланова породице, кашњења у процењивању узраста и многобројних различитих доказних захтева за успостављање породичних веза између различитих земаља чланица”.¹⁴¹ Начин на који се у пракси третирају горе наведене групе (малолетници без пратње, издржавана лица, чланови породице) испитаћемо у наредним одељцима, када будемо говорили о одлучивању у органима задуженим за надзор над поштовањем инструментне заштите људских права: **ЕСЉП, СПЕУ и Комитет за људска права УН – о чему ће детаљно бити говора у одељку 1.3.2, 1.3.3 и 1.3.4 овог поглавља.**

1.3 Општа начела заштите права на спајање породица избеглица

Будући да су миграциона кретања подстакнута хуманитарним разлозима, укључујући опасности од прогона или озбиљног страдања у земљи порекла, бекство тражилаца азила је често непредвидљиво и хаотично, па њихово путовање практично не садржи елемент „добровољности”. Услед принудне природе њиховог кретања и опасности тог путовања често је неизбежно раздвајање избегличких породица. Тражиоци азила не сnose одговорност за своје изборе када је реч о одредишту пута, што додатно појачава њихове потребе за заштитом у смислу спајања породица и, насупротив ономе што се често догађа у другим миграционим контекстима о којима ће касније бити више речи – они, по правилу, немају никакву контролу над околностима које их доводе у такву ситуацију.¹⁴² У својим давнашњим смерницама, УН-

¹⁴⁰ Види горе наведену Студију Савета Европе.

¹⁴¹ Види горе наведену Студију Савета Европе.

¹⁴² Слично томе у *Mugenzi v France*, став 53, и *Tuquabo-Tekle and Others*, став 47.

ХЦР све горе наведено изричито признаје¹⁴³ истичући да раздвајање избегличких породица, које често проистиче из околности њиховог бекства, *неминовно изазива тешкоће, а понекад има и трагичне последице* и може створити озбиљне препреке за интеграцију избеглица у нову домовину. Када је реч о ризицима које собом може да носи дуготрајна раздвојеност породица, УНХЦР захтева да *питања јединства породица добију приоритет у раној фази свих операција које се односе на избеглице*.¹⁴⁴

Сви ти разлози навели су УНХЦР да идентификује низ „**практичних тешкоћа**“ које често искрсавају на путу спајања избегличких породица како би помогао државама да донесу одговарајуће мере помоћу којих се оне могу ваљано ухватити у коштац с тим препрекама и исправити неповољан положај избеглица (став 9).¹⁴⁵

Неки заједнички сценарији карактеристични за раздвајање избегличких породица:

- (а) *Један део породице је стигао у земљу сталног настањења, док је остатак породице [...] још увек у земљи порекла [...];*
- (б) *Један део породице се налази у земљи у којој имају привремени азил – што значи да још нису стално настањени – док остатак породице још увек борави у земљи порекла [...];*
- (ц) *Један део породице је стигао у земљу сталног настањења, док други део породице још борави у земљи привременог азила [...];*
- (д) *Чланови исте породице стигли су у различите земље у којима имају привремени азил [или у] (е) [...] Различите делове исте земље у којој имају привремени азил [...]*
- (ф) *Чланови породице се налазе у различитим земљама трајног настањења.*

Да би се превазишле горе наведене тешкоће, УНХЦР препоручује државама¹⁴⁶ да, између осталог, промовишу *либералне политике и поступке пријема у земљама азила*,¹⁴⁷ као и – где год је то могуће – да **исти правни статус и повластице које ужива избеглица** одобре и члану или члановима његове породице. О посебној заштити коју УНХЦР предвиђа за избегличку децу, било да она имају или немају пратњу одраслих, говорићемо у посебном одељку.

Када је реч о **процесним јемствима**, с обзиром на специфичне одлике избегличког путовања и тешкоће којима је оно бременито, УНХЦР препоручује државама да олакшају спајање избегличких породица тако што ће се:

143 УНХЦР, СМЕРНИЦЕ О СПАЈАЊУ ИЗБЕГЛИЧКИХ ПОРОДИЦА (јул 1983) (UNHCR GUIDELINES ON REUNIFICATION OF REFUGEE FAMILIES), на: <http://www.unhcr.org/3bd0378f4.pdf>

144 Бр. 88 (L) – 1999 – Закључак о заштити избегличке породице.

145 *Ibid.*

146 Закључак Извршног комитета УНХЦР бр. 24, став 10.

147 Закључак Извршног комитета УНХЦР бр. 24, став 10.

- Уздржати од тога да *непостојање примарних документационих доказа за званични статус брака или за родитељство деце* представља препреку само по себи;¹⁴⁸
- Избегавати „непотребна кашњења“ у прихвату чланова породица;
- Олакшати доношење *специјалних мера помоћи* како би се ублажиле *економске и стамбене тешкоће у земљи азила*.

1.3.1 Посебан положај раздвојене деце миграната у раздвојеним породицама

1.3.1.1 Међународни стандарди

Деца која су услед миграција одвојена од својих породица налазе се у посебно осетљивој ситуацији и потребна им је одговарајућа заштита. У овом одељку анализираћемо важеће међународне стандарде.

- За детаље о правима деце миграната која су у притвору или која су протерана види Прво и Друго поглавље.
- За детаље о потребама и правима деце миграната у целини види Четврто поглавље.

Рањивост деце миграната, њихов узраст, зрелост и потребе имају кључну улогу када се утврђује потреба за спајањем породице у неком конкретном случају. Када у раздвојеним мигрантским породицама постоје малолетна деца, потреба за спајањем те породице је преча због тога што је неопходно заштитити дете мигранта од дуготрајне ситуације неизвесности и патње.

Свако дете је, генерално гледано, заштићено правном нормом од самовољног и незаконитог мешања у његов приватни или породични живот (члан 16. Конвенције о правима детета), док деца која се налазе у посебним ситуацијама, којој су својствене зависност и рањивост, полажу право и на читав низ посебних гаранција када је реч о заштити њиховог породичног живота. Та јемства обухватају:

- **Право деце да уживају у породичној средини**, која се сматра битном за *потпуни и складан развој личности, па стога деца треба да расту у породичној средини, у атмосфери среће, љубави и разумевања* (Конвенција о правима детета, Преамбула).
- **Право деце на очување идентитета**, што, и то је важно, обухвата **држављанство, име и породичне везе** (члан 8. став 1. Конвенције о правима детета) без *незаконитог мешања* и у случајевима када дође до мешања, право је детета да му идентитет буде заштићен и враћен.
- **Право детета да не буде подвргнуто дуготрајној психолошкој и емоционалној патњи**. По правилу, деца су – без обзира на свој миграциони статус – заштићена од раздвајања од породице управо због психолошке и емоционалне

¹⁴⁸ Извршни комитет УНХЦР – Закључак бр. 24, став 6.

патње коју собом носи кидање породичних веза, које утиче како на дете, тако и на чланове његове породице. Степен те патње зависи од узраста и нивоа зрелости детета, везе са чланом породице (члановима породице) о којима је реч и социјалних веза у земљи у којој дете борави.

С обзиром на посебне потребе деце, спајање породица када наступи таква ситуација (члан 10. Конвенције о правима детета) мора бити омогућено уз посебне мере предострожности и за њега важе виши механизми заштите. Конвенција о правима детета утврђује да:

1. [...] *Захтеве детета или његових родитеља да уђе у државу чланицу или да је напусти ради спајања породице државе чланице решавају на позитиван, хуман и експедитиван начин [...].*

Конвенцијом је такође утврђено право детета да *одржава личне везе и непосредне контакте са оба родитеља на сталној основи, осим под изузетним околностима* када родитељи живе у различитим државама (члан 10) и то право треба – између осталог – заштитити тиме што државе чланице поштују *право детета и његових родитеља да напусте сваку земљу, укључујући и сопствену, као и да уђу у своју земљу*. Сви наведени разлози треба да буду узети у обзир када државе процењују захтеве за спајање породице у којима се ради о деци.

Када деца нису у пратњи одраслих и **траже азил**, примењују се посебни разлози и правила. Када се ради о деци тражиоцима азила, њихова рањивост која проистиче из саме чињенице да су тражиоци азила, као и из чињенице да су деца налаже државама да донесу посебне мере, нарочито када је реч о обавезама које имају по члановима 9. и 10.

У свом општем коментару бр. 6. о деци без пратње одраслих која су одвојена од породица и налазе се ван земље порекла, Комитет за права детета УН утврђује да, у контексту међународних миграција, заштита од одвајања деце од родитеља по члану 9. Конвенције о правима детета налаже државама да предузму *све напоре ... да би дете које није у пратњи одраслих или које је одвојено од родитеља вратиле његовим родитељима, осим уколико је даља одвојеност од родитеља у најбољем интересу детета, узимајући у потпуности у обзир право детета да изрази своје мишљење*.¹⁴⁹

Комитет за права детета наглашава обавезу државе да се ангажује у „**тражењу чланова породице**“¹⁵⁰ ради поновног успостављања јединства породице (члан 22. тачка 2), осим у случајевима у којима постоје разлози да се верује како то не би било у најбољем интересу детета.¹⁵¹

Када се улажу напори за спајање породице, треба водити рачуна о земљи у коју ће дете бити пресељено и о ризицима који тамо постоје; УНХЦР, на пример, примећује

149 УНХЦР, „Основно право“ избеглица на јединство породице [горе наведено].

150 Извршни комитет УНХЦР – бр. 74 (XLV) – 1994.

151 „68. За децу подносиоце захтева која нису у пратњи одраслих и одвојена су од породице треба што је пре могуће уложити напоре у циљу потраге за члановима њихове породице и спајања с родитељима и другим сродницима.“

да у контексту азила **спајање породице у земљи порекла није у најбољем интересу детета** па му стога не треба тежити ако постоји „разуман ризик“ да би тај повратак могао довести до повреде основних људских права. Ако је детету признат статус избеглице, тврди УНХЦР, онда сама та чињеница треба да послужи као *неспоран доказ* да постоји такав ризик.¹⁵²

Спајање деце (било да су избеглице или да нису избеглице)

Када је реч о **деци која су одвојена од својих родитеља** или одговорног одраслог лица, посебну пажњу треба обратити на:

- **Изричиту заштиту од одвајања** (чланови 9. и 10. Конвенције о правима детета);
- **Хитну обраду захтева за спајање породице** (члан 10. став 1. Конвенције о правима детета);
- **Право на породични живот / јединство породице** (чланови 16. и 22. Конвенције о правима детета) и сарадњу у трагању за члановима породице.

1.3.2 Спајање породица миграната и тражилаца азила: стандарди заштите ЕКЉП и судска пракса ЕСЉП

1.3.2.1 Уводни појмови и породични живот према ЕКЉП

Као што је већ наведено, ЕКЉП није правни инструмент који је уско везан за миграције или питања азила, и он се, као такав, не бави експлицитно положајем миграната, осим у појединим својим члановима. Како бисмо схватили становиште Конвенције у одређеним питањима, суштински је важно да се усредсредимо на начела која су разрађена кроз судску праксу надзорног правосудног органа Конвенције – Европског суда за људска права (ЕСЉП).

Иако се не бави експлицитно питањем спајања породице,¹⁵³ ЕСЉП је установио да Конвенција обухвата ситуације у којима су мигранти, укључујући тражиоце азила и избеглице, претрпели раздвајање од чланова породице, па су услед тога њихова основна права била прекршена. Судска пракса Суда у тој области углавном се односи на заштиту коју Конвенција пружа породици као ентитету и праву појединца на поштовање породичног живота, сагласно **члану 8**, иако се ту понекад активира и **члан 14**. (о забрани дискриминације).

¹⁵² Текст целог става види у: УНХЦР, „Основно право“ избеглица на јединство породице [горе наведено].

¹⁵³ Види: Парламентарна скупштина Савета Европе (ПССЕ), Комитет за миграције, избеглице и расељена лица, Документ са ставовима о спајању породице, AS/Mig (2012) 01, од 2. фебруара 2012, <http://www.refworld.org/docid/583ed4ef7.html>: Иако [члан 8] не садржи право на спајање породице, [ЕСЉП] утврђује ограничење дискреционих права држава да се умешају у приватни и породични живот појединца, пре свега у случају уласка страних држављана на територију државе у циљу спајања породице.

Члан 8. гласи како следи:

Право на поштовање приватног и породичног живота 1. Свако има право на поштовање свог [...] породичног живота [...]. 2. Јавне власти неће се мешати у вршење тог права сем ако то није у складу са законом и неопходно у демократском друштву у интересу националне безбедности, јавне безбедности или економске добробити земље, ради спречавања нереда или криминала, заштите здравља или морала или ради заштите права и слобода других.

С обзиром на широко поље дејства Конвенције, која се примењује на „свакога“ у надлежности државе, а не само на лица која су у њој стално настањена захваљујући држављанству или неком другом статусу, тај члан важи и за илегалне мигранте, тражиоце азила и избеглице. Поштовање права по том члану првенствено је обезбеђено кроз „**негативне**“ обавезе државе, на основу права сваког појединца да буде заштићени од *самовољних поступака јавних власти*. ЕСЉП, међутим, признаје, такође, и одговарајућу потребу да та одредба наметне **позитивну обавезу** држави, и то ону обавезу која може бити *инхерентна делотворном „поштовању“ породичног живота (Каплан против Норвешке, Представка бр. 32504/11, став 69, где се цитира Пресуда у предмету Антви и други против Норвешке, Представка бр. 26940/10, став 89)*. Зависно од околности, поштовање члана 8. може захтевати од државе да предузме кораке за које се сматра да су оправдани потребом да се заштите права на која се наведена одредба односи.

За разлику од чланова 2. или 3. ЕКЉП (види подробну анализу у претходној верзији овог Приручника), који штите права појединца у апсолутном смислу и не допуштају никаква одступања ни под каквим околностима и без обзира на понашање лица о коме је реч, члан 8. се тумачи као **квалификовано право** према ЕКЉП и он, као такв, допушта ограничења у одређеним околностима и у јасно утврђене сврхе. То се види из става 2, којим је прописано да је мешање у остваривање тог права могуће само ако су испуњени следећи услови:

1. Мешање је у складу са законом и [...] неопходно у демократском друштву;
2. Мешањем се тежи допуштеном, легитимном циљу: у интересу националне безбедности, јавне безбедности или економске добробити земље, ради спречавања нереда или криминала, заштите здравља или морала или ради заштите права и слобода других.

Ситуације у којима су породице раздвојене пре, током и после мигрантског искуства сматрају се ситуацијама које могу утицати на права миграната и ЕСЉП се сматрао надлежним за разматрање тих ситуација сагласно члану 8. у мноштву предмета у којима се ради о мигрантима. Следе примери неких ситуација које је ЕСЉП током времена разматрао:

1. Ситуације у којима се ради о путевима спајања породица који стоје на располагању **држављанима трећих земаља који законито бораве на територији одређене државе** (види *Бијао против Данске*, Представка бр. 38590/10; *Женес*

против Холандије /Leunesse/, Представка бр. 12738/10; *К. А. и други против Белгије, С-82/16; Сениго Лонге и други против Француске /Senigo Longue/*, Представка бр. 19113/09) и траже да се споје са члановима својих породица или да се регулише положај чланова њихових породица.

2. Ситуације у којима се ради о признатим **избеглицама** и **подносиоцима захтева за међународну заштиту** који су поднели захтев на територији одређене државе и чекају одлуку о том захтеву (између осталог, *Ходе и Абди против Уједињеног Краљевства*, Представка бр. 22341/09; *Жу, Мугензи и Танда-Музинга против Француске/Jeu, Mugenzi, Tanda-Muzinga/*, *Тукабо-Текле против Холандије /Tuqabo-Tekle/*, Представка бр. 60665/00). Обратите пажњу да су у свим наведеним случајевима чињеничне ситуације различите.

У читавом низу предмета ЕСЉП се експлицитно бавио положајем **деце миграната** која су раздвојена од својих породица и њиховом специфичним положајем у односу на спајање породица, како у смислу суштинских, тако и у смислу процесних права. ЕСЉП је разматрао положај деце и онда када би она била **индиректно погођена** услед одлуке да се члану породице (родитељу или другом одговорном одраслом лицу) забрани да им се придружи у земљи у којој она бораве или где су она **непосредни примаоци** одлуке којом им се ускраћује могућност да се споје са члановима својих породица у траженој земљи (види *К. А. и други против Белгије, С-82/16; Мугензи против Француске*, Представка бр. 52701/09; *Сениго Лонге и други против Француске*, Представка бр. 19113/09; *Танда-Музинга против Француске*, Представка бр. 2260/10; *Тукабо-Текле против Холандије*, Представка бр. 60665/00).

Женес против Холандије

Иако се не бави искључиво спајањем породице, кључни предмет **Женес против Холандије**, Представка бр. 10/12738, садржи свеобухватан преглед разлога које ЕСЉП разматра у случајевима у којима се ради о предложеном враћању миграната који дуго бораве у земљи и успоставили су чврсте везе у њој, што подразумева и децу у раном узрасту. ЕСЉП је стао на становиште да је одбијањем да се подносиоцима представке изда боравишна дозвола био прекршен члан 8. Подносиоцима представке, иначе држављанка Суринама, живела је у Холандији више од 16 година, и имала у њој троје деце и мужа с холандским држављанством. Она је ушла у земљу на основу туристичке визе како би живела са својим мужем и остала је ту, прекорачивши рок на који је виза била издата. За одмеравање свих чинилаца карактеристичних за тај случај и њихово уравнотежавање било је релевантно неколико разлога: сви чланови њене најуже породице сем ње имали су холандско држављанство; она у тој земљи мирно живи више од 16 година, што јој је омогућило да успостави чврсте породичне везе; иселјавање ње и чланова њене породице изазвало би одређени степен тешкоћа за све њих; подносиоцима представке била је примарни старалац своје деце; интереси деце претегли су над разлозима за њено протеривање, а њихови интереси су имали приоритет. Услед свега тога, ЕСЉП је закључио, пошто је узео у обзир унутрашње поље слободне процене земље чланице, да власти нису успеле да успоставе правичну равнотежу између интереса државе за депортовање подносиоцима представке и њеног права и, што је посебно важно, права њене деце на поштовање породичног живота.

1.3.2.2 Општа начела и тест које ЕСЉП примењује у предметима у којима се ради о спајању породице

У контексту предмета у којима мигранти покушавају да се споје са члановима своје породице, индивидуална права по члану 8. одмеравају се и уравнотежавају у односу на конкурентне мере за контролу миграције које спроводи држава (између осталог, *Абдулазиз*) и у односу на друге друштвене интересе (који одговарају разлозима *националне безбедности, јавне безбедности и економског благостања земље [итд.]*, у ставу 2. члана 8). Мешања у права по члану 8. су, као таква, дозвољена само уколико постоје допуштени разлози и ако поступци и мере државе испуњавају захтеве ЕКЉП.

Као и када је реч о другим квалификованим правима по Конвенцији, могућност одступања од општих обавеза према члану 8, иако само у јасно утврђеним случајевима, у суштини допушта државама изван маневарски простор када успостављају равнотежу између потреба појединца за заштитом и ширих друштвених потреба. Степен **дискреционих овлашћења** на које државе имају право када разматрају могућност да ограниче своје обавезе по Конвенцији ЕСЉП описује као „**унутрашње поље слободне процене**“ државе.¹⁵⁴

ЕСЉП стога **не признаје апсолутно право уласка или боравка** у некој земљи (*Женес против Холандије*); то важи како за мигранте који покушавају да уђу у земљу, што је разматрано у првом поглављу овог приручника, тако и за чланове породица миграната који покушавају да им се придруже у земљи у којој они бораве. Услед тог правила сматра се да члан 8, сагледан засебно, не намеће општу обавезу државама да одобре спајање породице (*Женес против Холандије; Бијао против Данске*). Одлука о захтеву за спајање породице увек зависи од брижљивог одмеравања и уравнотежавања интереса, где се узимају у обзир **посебне околности** сваког појединачног случаја и легитимни друштвени интереси које заступа држава.¹⁵⁵

Како је то сам ЕСЉП формулисао, *мора се успоставити [...] правична равнотежа између конкурентних интереса појединца и заједнице у целини; и у једном и у другом контексту држава ужива одређено унутрашње поље слободне процене (Константинов против Холандије, Представка бр. 16351/03, став 46; Тукабо-Текле и други против Холандије, Представка бр. 60665/00, став 42).*

Присуство деце, статус подносиоца представке као тражиоца азила или признаог избеглице – па самим тим, рањиве особе – као и друге **суштинске околности**

¹⁵⁴ ЕКЉП - Водич за члан 8, горе, став 217.

¹⁵⁵ ЕКЉП – Водич за члан 8. – став 293. *Када је реч о имиграционим питањима, члан 8, сагледан засебно не може се сматрати чланом који држави намеће општу обавезу да поштује избор брачног пара у погледу земље у којој тај пар жели да води свој брачни живот нити да дозволи спајање породице на својој територији (Jeunesse v. Netherlands [Велико веће], став 107; Biao v. Denmark [Велико веће], став 117)... обим обавезе државе да прихвати на својој територији рођаке лица који у њој бораве разликује се зависно од посебних околности лица о којима је реч и општег интереса (Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. the United Kingdom, ставови 67–68; Gul v. Switzerland, став 38; Ahmut v. the Netherlands, став 63; Sen v. the Netherlands; Osman v. Denmark, став 54; Berisha v. Switzerland, став 60).*

предмета јесу они фактори који имају важну улогу и којима држава мора придати одговарајући значај када настоји да одмери дати предмет и успостави равнотежу.

У предмету *Ел Хатет против Швајцарске /El Ghatet/* (Представка бр. 56971/10), ЕСЉП је нашао за сходно да подсети на нека основна начела којима се руководи у предметима по члану 8. када је реч о спајању породица, те да укаже на своје раније изведене закључке. Ти закључци делимично одражавају, а делимично проширују правила на која смо овде већ указали (став 44):

- a. *Обим обавеза државе да на своју територију прими рођаке имиграната који у њој имају боравиште разликује се зависно од посебних околности лица о којима је реч и општег интереса;*
- b. *Према установљеном међународном праву и сходно својим уговорним обавезама, свака држава има право да контролише улазак на своју територију лица која нису њени држављани;*
- c. *[...] Члан 8. не може се сматрати чланом који држави намеће општу обавезу да поштује избор брачног пара у погледу земље у којој ће као брачни пар боравити или да дозволи спајање породице на својој територији.*

Кроз своју судску праксу ЕСЉП је разрадио и додатне елементе утврђујући опсег горе наведених правила, придајући одређену тежину читавом низу чинилаца које треба узети у обзир у различитим околностима у којима се тражи спајање породице. Неки од тих чинилаца обухватају следеће:

1. Степен поремећаја породичног живота у конкретном случају (између осталог, *Каплан против Норвешке*, Представка бр32504/11, став 70);
2. Временски редослед успостављања породичних веза – посебно да ли је *породични живот био формиран у време када су лица о којима је реч била упозната са имиграционим статусом једног од њих* тако да је породични живот у тој земљи од самог почетка био „неизвестан“;¹⁵⁶
3. Постојање и квалитет породичних и личних веза које лице о коме је реч има у високој страни уговорници (између осталог, *Каплан против Норвешке*, став 70);
4. Постојање „било какве **непремостиве препреке**’ или **’крупног камена спотицања**’ за успостављање или поновно успостављање живота у земљи порекла” (види *Тукабо-Текле и други*, став 48);
5. Постојање **препрека** за успостављање породичног живота негде другде;¹⁵⁷
6. Постојање *фактора који се односе на имиграциону контролу (нпр.] историје кршења имиграционих закона);*¹⁵⁸

¹⁵⁶ ЕКЉП – Водич за члан 8, горе, став 295.

¹⁵⁷ УНХЦР, „Основно право“ избеглица на јединство породице [горе наведено]: ЕСЉП „генерално гледано закључује да онда када чланови породице могу уживати породични живот негде другде, не постоји обавеза да се приме чланови породице – тај приступ се понекад назива „приступ: негде другде“.

¹⁵⁸ Види УНХЦР, „Основно право“ избеглица на јединство породице [горе наведено].

7. Присуство **деце** и размишљање о томе да ли би поновно спајање с родитељем/ родитељима или другом одговорном пунолетном особом у траженој земљи било у њиховом најбољем интересу (*Нојлингер и Шурук против Швајцарске /Neulinger, Shuruk/* [Велико веће], Представка бр. 41615/07, став 135);¹⁵⁹
8. Доступност **довољних и примерених ресурса** као материјалне подршке пресељењу чланова породице;¹⁶⁰
9. Оправданост разлике у поступању између категорија миграната и немиграната за потребе спајања породице (**начело недискриминације**).

Избеглице

Избеглице: Јача права на заштиту породичног живота – приступ који подразумева „живот другде“ не може се применити с обзиром на судбину избеглица – *de facto* „непремостиве препреке за успостављање породичног живота у земљи порекла, **трећој земљи**“: помна индивидуална анализа импликација трансфера по људска права.

Насупрот томе, када је реч о тражиоцима азила, њихова рањивост такође има одређену улогу када се процењује да ли би било могуће да они негде другде уживају породични живот. Обично се претпоставља да они не могу бити враћени у земљу јер би у њој били суочени с прогоном.

У даљем тексту ћемо детаљније размотрити неке од тема које смо овде навели само у основним цртама, усредсређујући се на приступ ЕСЉП питањима која се увек изнова понављају у предметима који се односе на поновно спајање породица.

1.3.2.2.1 Добровољно заснивање нове породице у земљи и намера да се тежи спајању породице

У неким случајевима ЕСЉП је морао да размотри породице где у основи предмета лежи то што су родитељи *неопозиво одлучили да оставе своју децу у земљи порекла и тако одустали од сваке идеје која би се односила на спајање породице у будућности* (*Ел Хатет против Швајцарске /El Ghatet/*, Представка бр. 56971/10, став 45, Шен /Şen/, став 40).

Деца: Разматрање о томе да ли су родитељи добровољно оставили децу у својој земљи порекла је чинилац који се потенцијално одмерава у односу на спајање породице (чак и поред тога што су избеглице и тражиоци азила, генерално узев, за-

¹⁵⁹ Предмет *Neuliger*, који се овде цитира, не односи се на контролу имиграције, већ се ту ради о отмици сходно Хашкој конвенцији о грађанскоправним аспектима међународне отмице детета од 25. октобра 1980. године. Овде се указује на тај предмет ради потпуности приказа и због чињенице да се он, зато што правницима практичарима износи веома важна начела, може користити за приступ заснован на „ширем“, неспутаном приступу решавању важних правних питања везаних за имиграцију.

¹⁶⁰ Види: Високи комесар за избеглице УН (УНХЦР), „Основно право“ избеглица на јединство породице [...] где се цитира: *Konstadinov v. The Netherlands* – у начелу, ЕСЉП не сматра неразумним захтев да странац који је постигао бораваши статус у некој високој страни уговорници и који тражи спајање породице у тој земљи мора да докаже да располаже довољним независним и трајним приходом, који не потиче од социјалне помоћи да би задовољио своје основне егзистенцијалне потребе и чланова своје породице с којима жели да се споји.)

штићени од враћања). У случају избеглица, ЕСЉП констатује да су они често услед самих околности приморани да оставе за собом чланове породице.

Када се ради о избеглицама и мигрантима који беже од ситуација у којима постоји хуманитарни ризик, ЕСЉП процењује „добровољни“ избор родитеља да се преселе узимајући у обзир различита питања јер су избеглички покрети по дефиницији подстакнути хуманитарним ризицима, које није могућно контролисати или предвиђати. Предмети **Тукабо и Текле и други против Холандије** (Представка бр. 60665/00), о коме ће у даљем тексту бити више речи, јасан је пример тога.

ЕСЉП је придао значај **понашању** оних који траже спајање породице, и пре и после њиховог доласка у одредишну земљу, третирајући то понашање као индицију да су они одувек намеравали да се споје са члановима својих породица и самим тим као доказ њихове озбиљности. Иако закључци указују на то да лице које тражи спајање породице није поступало без оклевања када је поднело предметни захтев, што има утицаја на одлучивање суда, то оклевање није, само по себи, одлучујући фактор.

Ел Хатет против Швајцарске

У предмету **Ел Хатет против Швајцарске**, став 48, ЕСЉП је придао значај чињеници да је први подносилац представке оставио другог подносиоца представке када је напустио Египат да би потражио азил у Швајцарској 1997. године, указујући на то да иако је његов захтев за азил одбијен [...], **треба опрезно приступити утврђивању да ли је он своје дете оставио „по својој слободној вољи“ у матичној земљи**. Иако ЕСЉП у понашању подносиоца представке није нашао довољно елемената на основу којих би могао да закључи да је он одувек планирао да живи са својим сином, остале породичне везе подносиоца представке у Швајцарској (тј. кћерка коју је имао с другом женом у земљи) довели су до тога да би било „неразумно“ ако би се он приморао да се пресели у Египат.

ЕСЉП се у својој судској пракси на различите начине бавио правом људи на јединство породице у различитим околностима. Тако је, на пример, предмет **Ахмут против Холандије** и горе наведени предмет **Ел Хатет против Швајцарске** илустративан за приступ ЕСЉП питању јединства породице у односу на различите ситуације у којима се налазе мигранти, зависно од тога да ли су својевољно отишли из земље порекла или су били принуђени да је напусте.

У предмету **Ахмут против Холандије** (став 70), одвојеност подносиоца представке од његовог најмлађег детета, у Мароку, описана је као **„резултат [његове] свесне одлуке да се настани у Холандији, уместо да остане у Мароку“**. Будући да је сам подносилац представке имао и холандско и мароканско држављанство (док је његово дете имало само мароканско држављанство, ЕСЉП је закључио да он није био спречен да одржава одређени степен породичног живота за који се сам определио када се преселио у Холандију, те да стога није постојала никаква препрека да се он у Мароку врати.

У сличним ситуацијама, **добровољни избор појединца** да се пресели у другу земљу, сагледан у вези с непостојањем значајних препрека које би ометале његов

повратак у земљу порекла, тако може имати одлучујућу улогу у настојању Суда да одмери све чиниоце и успостави равнотежу у случајевима по основу члана 8. ЕКЉП. То је у складу са општим начелом по коме члан 8. као такав не штити право појединца да се пресели у неку земљу по свом избору и борави у тој земљи. Како је утврдио ЕСЉП у горе наведеном случају (став 71), тачно је да *постоји могућност да би [подносилац представке] желео да одржи и оснажи своје породичне везе [са својим најмлађим дететом] и да се то догађа у Холандији. Међутим, [...] члан 8. не јемчи право на избор најпогоднијег места за развој породичног живота.*

Ахмут против Холандије

У предмету **Ахмут против Холандије**, подносилац представке који је имао и холандско и мароканско држављанство тражио је да му се омогући спајање породице – са сином кога је оставио да живи у Мароку. Подносилац представке је напустио своју жену и децу у Мароку неколико година раније и у Холандији се два пута поново женио. Када је преминула његова прва супруга у Мароку, подносилац представке је остао искључиви старалац своје деце. Двоје од те деце могли су да уђу у Холандију и ту похађају универзитет, док је најстарији син развијао професионалну каријеру у Мароку, а бака те деце, старица од 80 година, старала се о најмлађем сину подносиоца представке, који је на крају покушао да се настани у Холандији и живи с подносиоцем представке. Међутим, њихови захтеви у том смислу одбијени су по неколико основа. ЕСЉП је закључио да је одлука домаћег суда да одбије захтев подносиоца представке да се споји са својим сином у Холандији био оправдан из неколико разлога, који, између осталог, обухватају снажне **језичке, културне и породичне везе тог детета у Мароку**, с једне стране, и добровољни очев избор да се настани у Холандији, што га, међутим, није спречавало да се врати у Мароку и тамо ужива породични живот.

Придаје се значај и томе да ли су лица која су **успоставила нове породичне везе** у одредишној земљи *била свесна да је имиграциони статус једног од њих био такав да је сам **опстанак тог породичног живота у земљи домаћину од почетка био неизвестан.*** ЕСЉП је такве сценарије разматрао у предмету **Каплан против Норвешке**, где су подносиоци представке продужили боравак у земљи упркос томе што нису имали мигрантски статус.

По мишљењу ЕСЉП, појединчева свест о томе да има неизвестан имиграциони статус у земљи неминовно мора сам суд навести на строжу процену, тако да се у таквој ситуацији непредузимање мера за обезбеђивање спајања породица сматра повредом члана 8. само **у изузетним околностима** (Каплан, став 70, Абдулазиз, Кабалес и Алкандали, представке бр. 9214/80; 9473/81; 9474/81, став 68. и даље).

У предмету **Даран Омореджи и други против Норвешке /Darren Omoriegic/**, Представка бр. 265/07, налазимо пример примене горе наведеног правила будући да је закључено да у датом случају протеривање подносиоца представке, тражиоца азила нигеријског порекла, чији захтев за азил није позитивно решен, није оцењено као повреда члана 8. због чињенице да је он шест година боравио у Норвешкој без прописног мигрантског статуса у тој земљи. Без обзира на дуго време које је у Норвешкој провео и везе које је у њој успоставио, статус подносиоца представ-

ке, као човека који је прекорачио дозвољени рок боравка оцењен је као чинилац због кога је он морао бити свестан неизвесности свог положаја. Иако није оспорио тврдњу да је одлука о његовом протеривању представљала мешање у односе које је успоставио са својом супругом и дететом у Норвешкој (став 56), ЕСЉП је закључио да то мешање у датом случају није било незаконито. Подносилац представке у суштини није могао разумно да очекује да ће наставити породични живот у Норвешкој с обзиром на свој незаконити боравишни статус и чињеницу да му је у више наврата по различитим основама одбијен захтев за продужење боравка. Чврсте везе које је подносилац представке у Норвешкој успоставио и непостојање „**непремостивих препрека**“ за пресељење његове супруге и детета у Нигерију такође су оцењени као чиниоци који спадају у одлучујуће.

Дарен Омореџ и други против Норвешке /Darren Omoregie/, Представка бр. 265/07

Сажетак преузет из публикације Савета Европе: Нуала Мол и Кетрин Мередит – Азил и ЕКЉП (Nuala Mole, Catherine Meredith – Asylum and the ECHR)

У предмету *Дарен Омореџ и други против Норвешке* радило се о држављанину Нигерије који се оженио Норвежанком у време док је његов захтев за азил био у поступку разматрања. Њих двоје су добили кћерку. Када му је захтев за азил одбијен, наложено му је да напусти земљу, али је он ипак остао у њој и годину дана радио без дозволе, чиме је прекршио имиграционе прописе. Захтев за спајање породице му је одбијен и протеран је из Норвешке, уз забрану уласка у ту земљу која му је изречена на рок од пет година. ЕСЉП је констатовао да су везе које је успоставио у Норвешкој у којој је боравио само три године, упркос томе што је у њој основао ужу породицу, биле слабије од веза које има у Нигерији, где је одрастао. Иако никада није оспорио да је његов породични живот био истински, ЕСЉП је утврдио да је тај породични живот успостављен у време када је положај подносиоца представке у одредишној земљи био неизвесан, као и да подносиоци представке не би претрпели непремостиве тешкоће ако би се преселили у Нигерију. То је тужна одлука која одражава често нефлексибилну природу контроле имиграције када се донесе негативна одлука о захтеву за азил.

У слично позиционираном предмету *Каплан и други против Норвешке*, чији сажетак следи даље у тексту, ЕСЉП је извео супротан закључак на основу једне важне разлике. Иако је и у том предмету први подносилац представке био протеран по основу разлога јавног интереса, због кривичног досијеа који је имао и због тога што је дуго илегално боравио у земљи без дозволе, сматрало се да његово протеривање и, самим тим, одвајање од жене и троје деце – чији је боравак у Норвешкој био законски уређен – представља повреду члана 8. зато што је његова најмлађа кћерка боловала од тешког облика аутизма, па јој је била неопходна посебна нега.

1.3.2.2.2. Препреке за уживање породичног живота другде – приступ ЕСЉП који се развија

Као што је горе већ речено, да би доказали да ће одлука о одбијању њиховог захтева за спајање породице представљати повреду права која имају по члану 8, мигранти који траже да им се придруже чланови породице дужни су да докажу да се



породични живот не може одвијати „другде“ („тест могућности живота другде“). ЕСЉП је, када је реч о том тесту, у почетку примењивао прилично строг приступ, захтевајући да подносиоци представке докажу да је у њиховом случају спајање породице **једини начин да се (поново) успостави породични живот** (*Гул против Швајцарске/Guil/*). Тај прилично висок праг знатно је снижен када је ЕСЉП донео пресуду у предмету *Шен*, горе поменутом, у којој је *уместо тога закључио да је прихват најпримеренији начин за развој породичног живота.*¹⁶¹

Гул против Швајцарске

У кључном предмету *Гул против Швајцарске* (Представка бр. 23218/94), подносилац представке, турски држављанин, избегао је из земље да би потражио азил у Швајцарској, остављајући за собом у Турској супругу и двоје деце. Његов захтев за азил био је заснован на чињеници да је он Курд и у етничком смислу, и у смислу политичке афилијације. После извесног времена, супруга подносиоца представке, која је иначе боловала од епилепсије, доживела је тешку повреду за коју није било адекватног лечења у Турској, па се придружила подносиоцу захтева у Швајцарској. Када је пребачена у Швајцарску, хоспитализована је „као хитан случај“, а услед повреде коју је претрпела, остала је без два прста, који су морали да буду ампутирани. Убрзо потом жена подносиоца представке родила је њихово треће дете.

Иако је захтев за азил подносиоца представке био одбијен уз образложење да нема довољно елемената који би поткрепили његову тврдњу о индивидуалним ризицима од прогона у Турској, полиција је саветовала тај брачни пар да затраже дозволу боравка по хуманитарном основу, на темељу чињенице да је подносиочева жена болесна и тога што он већ дуго борави у земљи; полиција је оценила да за такав захтев постоје услови.

Након што је добио хуманитарну визу за њих двоје, подносилац представке је покушао да затражи да им се у Швајцарској придружи и њихово двоје деце (из Турске); тај захтев је, међутим, одбијен уз образложење да породица не испуњава потребна мерила за то, као и да подносилац представке нема довољно средстава којима би могао да их издржава и да је једно дете већ постало пунолетно. И остали покушаји које је подносилац представке уложио да би добио дозволу за спајање породице с млађим дететом, који је у том тренутку имао осам година, нису били успешни.

Резоновање и закључци: ЕСЉП је у својој пресуди изнео став да је одвајање од породице суштински представљало резултат чињенице да је подносилац представке побегао из Турске како би потражио азил у Швајцарској, мада у томе није имао успеха. Подносилац представке и његова супруга боравили су у земљи на основу жениног лошег здравственог стања, што им је обезбедило право на дозволу боравка из хуманитарних разлога. Насупрот томе, подносилац представке је добровољно посетио малолетног сина у Турској, и то је потврдило да за њега у Турској нема опасности од прогона. Статус супруге подносиоца представке се такође током времена развијао и она му се такође придружила у једној од његових посета Турској. То, по мишљењу ЕСЉП, указује на то да њене потребе више нису биле хитне по својој природи и да је могла да добије одговарајућу негу у Турској. Из свега наведеног, у комбинацији с језичким и културним везама које дете тог брачног пара има у Турској и чињеницом да оно нема таквих веза у Швајцарској допринело је оправданости закључка о томе да домаће власти нису прекршиле члан 8. када су одбиле захтев подносиоца представке за спајање породице.

¹⁶¹ УНХЦР, „Основно право“ избеглица на јединство породице [горе наведено].

1.3.2.2.3. Присуство деце

Као што је већ поменуто, добровољни избор родитеља да оставе за собом децу када прелазе у другу земљу може се сматрати значајним чиниоцем за оцењивање опортунитета давања дозволе за спајање породице, у мери у којој се може закључити да тај избор указује на то да родитељи нису имали намеру да у будућности теже спајању породице (горе). Међутим, нарочито када је реч о деци, такав начин резонувања сам по себи никада не може у потпуности исцрпсти целу ситуацију, већ се морају у обзир и други чиниоци.

ЕСЉП, посебно, када је реч о деци, наглашава **њихов узраст, положај који имају у земљи порекла, као и степен њихове зависности од родитеља**, што су све чиниоци које треба одмерити у односу на конкурентне разлоге родитељских намера (*Тукабо-Текле и други став 44*).

У својој компилацији овог питања, УНХЦР такође подсећа да је један од чинилаца које ЕСЉП свакако узима у обзир када је реч о деци то да ли постоји **било какав поступак о додељивању старатељства, да ли је раније било неког поремећаја или стреса и да ли постоје захтеви у погледу посебних потреба и неге**.¹⁶² Иако је наведена запажања ЕСЉП износио у предметима у којима је раздвајање породица наступило услед протеривања једног родитеља, а не услед тога што је одбијен захтев за спајање породице, ипак би их требало сматрати подједнако значајним чиниоцима које треба размотрити у наведеном контексту.

Кашњење у поступку одлучивања о захтевима за спајање породице такође може утицати на предмете у којима се ради о деци с обзиром на чињеницу да деца и одрасли другачије доживљавају време и да деца много више трпе и пате услед одуговлачења поступка.¹⁶³

Најбољи интерес детета у сценаријима за спајање породица

ЕСЉП у својој судској пракси посвећује дужну пажњу специфичној рањивости деце тражилаца азила и истиче значај који то питање има у предметима који се односе на спајање породица. У наведеном предмету **Тенда-Музинга**, ЕСЉП је поново изнео своје становиште према том питању, нагласивши да *када се ради о деци, националне власти морају, процењујући сразмерност свих чинилаца у односу на Конвенцију, узети у обзир управо најбоље интересе деце*,¹⁶⁴ који морају бити у *самом средишту [...] просуђивања домаћих судова (Манде против Француске /Mandet/, Представка бр.*

¹⁶² УНХЦР, „Основно право“ избеглица на јединство породице [горе наведено].

¹⁶³ Овде се треба позвати на: УНХЦР, „Основно право“ избеглица на јединство породице [горе наведено], где се цитира предмет *Saleck Bardi v. Spain*, у коме је на крају поступка вођеног по захтеву за спајање породице „одобрено старатељство над девојчицом шпанској хранитељској породици после дугог периода неизвесности и упркос захтеву њене биолошке мајке да се девојчица врати“. Стога је ЕСЉП закључио да су „*проток времена, недовољна будност надлежних власти и непостојање координације између различитих служби допринели томе да се у девојчици развије осећај да ју је мајка напустила, па је она стога одбила да се придружи мајци*“.

¹⁶⁴ *Tanda Muzinga став 67*, уз позивање на предмет *Popov v. France*, представке бр. 39472/07 и 39474/07, став 139, поред осталих.

30955/12, ставови 56–57). Шта ће конкретно садржати процена најбољих интереса детета зависиће од специфичних околности датог предмета. Међутим, у проценама ЕСЉП о томе да ли су домаћи судови ваљано проценили најбоље интересе детета могу се уочити неки елементи који се понављају.

Битни чиниоци:

- **Улога узраста детета у одлучивању о томе да ли је спајање породице у његовом најбољем интересу у конкретном предмету:**

У предмету *Тукабо-Текле и други против Холандије*, адолесцентски узраст кћерке подносиоце представке допринео је томе да ЕСЉП закључи како је управо због тога „још важније“ да се споји с мајком и напусти Еритреју, без обзира на то што има *чврсте културне и језичке везе* с том земљом и без обзира на чињеницу да тамо постоје могућности да се организује њена нега. Већ због саме чињенице да је досегла узраст када може ступити у брак, кћерку подносиоце представке је њена бака практично исписала из школе, па је постојала могућност да је удају против жеље подносиоце представке. ЕСЉП је сматрао да је та околност битна за закључак да су власти, тиме што су одбиле захтев подносиоце представке за њено спајање с кћерком прекршиле члан 8.

У предмету *Ел Хатет против Швајцарске /El Ghatet/*, узраст детета подносиоца представке с којим је он тражио спајање породице, оцењен је као значајан за **изгледе за његову интеграцију у нову земљу**. Будући да је подносилац представке био тинејџер на самом почетку поступка, али је у међувремену, током поступка, постао пунолетан, швајцарски судови су тврдили да његов узраст и чињеница да је у матичној земљи успоставио чврсте везе представљају препреку за његову интеграцију у египатско друштво, где је живео само релативно кратко време (годину и по).

Ел Хатет против Швајцарске

У предмету *Ел Хатет против Швајцарске* (Представка бр. 56971/10), подносиоци представке су били отац и син. **Први подносилац представке** (отац) био је тражилац азила у Швајцарској, коме захтев није прихваћен, али је он доцније регулисао свој боравак у тој земљи женидбом са швајцарском држављанком, па је добио боравишну дозволу. Њих двоје су добили кћерку. **Други подносилац представке**, син првог подносиоца, остао је у Египту и о њему се тамо бринула његова мајка. Када је добио дозволу за прву привремену посету Швајцарској, други подносилац представке је изразио жељу да се трајно споји с првим подносиоцем представке. Тај аранжман је функционисао само привремено због несугласица између другог подносиоца представке и нове супруге његовог оца у Швајцарској због чега се други подносилац представке после годину и по дана вратио у Египат. У међувремену, први подносилац представке је добио статус натурализованог држављанина Швајцарске и одвојио се од своје супруге у тој земљи. После тога, подносиоци представке су поново изразили жељу за спајање породице, али је њихов захтев одбијен. Природа аранжмана о бризи и старању који је други подносилац представке имао у Египту такође се у међувремену променила зато што се мајка другог подносиоца представке преселила у иностранство, тако да је о њему бринула само његова бака.

Узраст и ниво зрелости другог подносиоца представке и чињеница да је његово присуство

у Египту било етаблирано послужили су као основ за аргумент државе да би се он суочио с препрекама на путу своје интеграције да је дошао у Швајцарску. Чињеница да нису „предочени довољни докази“ који би поткрепили захтев за спајање породице такође је узета у обзир. Осим тога, ЕСЉП је приметио да понашање првог подносиоца представке, сагледано у целини, од почетка до краја, није са сигурношћу указивало на то да је он одувек планирао да се споји са својим сином. Међутим, чињеница да је он у међувремену успоставио нове породичне везе у Швајцарској била је релевантна за закључак да би било неразумно ако би се он преселио негде другде, као што би било неостварљиво да цела породица ужива у породичном животу негде другде.

Конечно, иако су **узраст детета** и његове успостављене везе у Египту у супротности са закључком да би пресељење било у његовом најбољем интересу, ЕСЉП је констатовао да начин на који су домаћи судови проценили интересе детета није био у складу са стандардима Конвенције. Услед тих разлога, ЕСЉП је закључио да је у датом случају био прекршен члан 8.

Слично томе, као што је истакнуто у студији УНХЦР о спајању породица у разним деловима овог поглавља,¹⁶⁵ у одлуци о неприхватљивости донетој у предмету *И. М. против Холандије*, ЕСЉП је саопштио да се представка одбацује због тога што би, у време када је донета правноснажна одлука о захтеву подносиоца представке, **С. до-сегла узраст у коме јој, како се може претпоставити, није потребно онолико бриге и старања колико и детету млађег узраста, као и да она има велики број рођака који живе на Зеленортским Острвима. Узраст детета размотрен у комбинацији с везама које оно има у земљи порекла оцењен је самим тим као одлучујући чинилац.**

▪ Квалитет друштвених веза у земљи пресељења

Горе је већ речено да везе које дете има са земљом порекла, као и везе које има са земљом предложеног пресељења, сагледане у светлу узраста тог детета, његове прилагодљивости итд., имају важну улогу у начину на који Суд процењује да ли су, одбивши захтев за спајање породице, домаћи судови погрешили покушавајући да успоставе равнотежу коју захтева члан 8. Између осталог, улога узраста детета у формирању његове прилагодљивости и веза са земљом порекла у односу на пресељење виде се из примера предмета *Осман против Данске*, Представка бр. 38058/09, који је разматран пред ЕСЉП.

У том предмету ЕСЉП је посебан значај придао чињеници да је *подносиатељка представке провела године у којима се формирала у Данској, говорила је дански и школована је на данском језику, као и да цела њена ближа породица живи у Данској. Према томе, она се могла сматрати мигранткињом која се добро прилагодила у земљи домаћину и провела у њој највећи део свог детињства и младости, тако да су били потребни веома озбиљни разлози ако би се желело оправдати одбијање да јој се обнови дозвола боравка.*¹⁶⁶ Према томе, установљено је да су власти Данске прекршиле своје обавезе према ЕКЉП.

¹⁶⁵ УНХЦР, „Основно право“ избеглица на јединство породице [горе наведено].

¹⁶⁶ УНХЦР, „Основно право“ избеглица на јединство породице [горе наведено].

▪ **Везе у земљи порекла – спајање породице и најбољи интереси детета**

У предмету **Ахмут против Холандије**, на пример, најмлађе дете подносиоца представке успоставило је извесне везе у својој земљи порекла Мароку, а присуство знатне породичне мреже у тој земљи навело је ЕСЉП да закључи како је одлука власти да не дозволе спајање породице са оцем у Холандији била у складу са унутрашњим пољем слободне процене које држава има сагласно члану 8. У том случају, ЕСЉП је придао већи значај чињеници да је дете већ уписано у интернат у Мароку, да има чврсте везе са језичким и културним окружењем, као и разгранату породичну мрежу у тој земљи (*његов старији брат Хамид, сестра Суада, двојица ујака или стричева и вероватно и његова бака*).

Антви и други против Норвешке

У предмету **Антви и други против Норвешке /Antwi/**, Представка бр. 26940/10, подносиоци представке били су супружници пореклом из Гане, који су у Норвешкој у браку добили кћерку – девојчица је у тренутку када су поднели представку имала 10 година. Први подносилац представке стигао је у Норвешку на основу лажних обећања, уз фалсификовани пасош у коме је стајало да је држављанин Португалије, док је друга подносиатеља представке добила право да остане у земљи на основу породичних веза које је у њој имала, да би касније добила норвешко држављанство. Исте године када су стигли у Норвешку први подносилац представке је добио радну дозволу на основу лажног статуса становника европског економског простора. Подносиоци представке су доцније ступили у брак и добили су кћерку, која је у датом предмету трећи подносилац представке. Када је установљено да је пасош првог подносиоца представке фалсификован, издат му је налог за протеривање уз двогодишњу забрану уласка у Норвешку.

Закључак: У датом предмету ЕСЉП је установио да протеривање првог подносиоца представке није представљало повреду његових права по члану 8. упркос последицама те одлуке по трећег подносилац представке – малолетну кћерку тог брачног пара. Одлука није донета једногласно јер је двоје судија издвојило мишљење, које је објављено уз Пресуду. ЕСЉП није пропустио да примети како је трећи подносилац представке *држављанка Норвешке, која има чврсте везе с том земљом, јер је потпуно интегрисана у норвешко друштво и [...] говори норвешки са својим родитељима*, и признао је да би се она суочила с тешкоћама када би била измештена у Гану. Међутим, без обзира на све горе наведено и слажући се са оценом домаћег суда, по коме пресељење породице не би било *корисно* за дете, ЕСЉП је закључио да препреке које ту постоје нису непремостиве (став 98).

У датом случају ЕСЉП је одступио од свог ранијег становишта изнетог у сличном предмету *Нуњез* (став 100), где је закључио да је протеривање мајке двоје мале деце представљало повреду члана 8. због **изузетних околности самог предмета**, које су обухватале дуге процесне рокове услед којих је одлука о протеривању донета у време када су деца посебно осетљива на *поремећаје и стрес*. У Образложењу је наведено да у предмету (*Антви*) нема таквих тешкоћа и да је управо тиме изазвана разлика у приступу ЕСЉП.

У истом смислу, ваљало би поменути и предмет **И. М. против Холандије**, Представка бр. 41226/98, о коме је раније било речи и где је оцењено да везе које дете има у земљи порекла и његова зрелост представљају разлог против његово пресељења.

1.3.2.2.4. Забрана дискриминације

У неким случајевима политика и/или пракса државе у подручју спајања породица може довести до фактичких разлика у поступању за које је каткад оцењено да представљају дискриминаторне поступке према мигрантима као категорији или према одређеним категоријама миграната.

На пример, у предмету **Бијао против Данске /Biao/** (Представка бр. 38590/10), то што данске власти нису одобриле спајање породице подносиоцу представке, позивајући се на домаћи закон којим је право на спајање породице резервисано само за оне који данско држављанство имају више од 28 година оцењено је као повреда члана 8. сагледаног засебно и сагледаног у вези са чланом 14. Конвенције.

Слично томе, у предмету **Ход и Абди против Уједињеног Краљевства /Hode, Abdi/**, Представка бр. 22341/09, ЕСЉП се поново бавио питањем спајања породице по члану 14. у вези са чланом 8. према правилима британског унутрашњег права којима се уређује питање спајања породице. Подносиоцу представке одобрен је избеглички статус у Уједињеном Краљевству, а потом је добио и дозволу боравка. Оженио се другом подносиоцем представке у Џибутију 2007. године, и онда поднео захтев да јој се одобри виза како би дошла у Уједињено Краљевство и придружила му се. Тај захтев је, међутим, одбијен јер **прописи то дозвољавају само онима који су били венчани пре него што је избеглица избегао из земље порекла**. ЕСЉП је оценио да постоји јасна разлика у поступању према избеглицама који су се венчали пре и избеглицама који су се венчали након што су добили избеглички статус. Оцењено је да не постоји објективно оправдање за такво поступање: Уједињено Краљевство је настојало да испуни своје међународне обавезе, а да у исто време не подстиче избеглице да долазе у ту земљу, дајући јој предност у односу на друге земље. ЕСЉП је оценио да је у датом случају био прекршен члан 8. у вези са чланом 14.

Бијао против Данске

У предмету **Бијао против Данске** (Представка бр. 38590/10), Велико веће ЕСЉП морало је да одговара на питање да ли је унутрашњи пропис којим се данским држављанима ограничава могућност да траже спајање породице тако што се та могућност допушта само онима који данско држављанство имају најмање 28 година сагласан са чланом 14. сагледаним у вези са чланом 8. Конвенције. У датом предмету разматрана је могућност подносиоца представке да се споји са супругом.

Правило о коме је реч примењује се само ако су везе брачног пара с другом земљом јаче од комбинованих веза оба партнера с Данском. Први подносилац представке живео је у Данској 10 година, од тога две године као држављанин те земље. Пре тога је живео у Гани. Његова супруга, која је други подносилац представке и има држављанство Гане, никада није живела у Данској. Према томе, за њих је било важно то правило о 28 година.

ЕСЉП је констатовао да је то правило индиректно дискриминаторно – реч је о, генерално гледано, неутралној секторској политици која се примењује тако да је њено дејство унапред диспропорционално за све оне који су у каснијем животном узрасту стекли држављанство. Потом је ЕСЉП разматрао да ли је та разлика у поступању оправдана по допустивом основу. Како би

доказала да је тај основ допустив, од државе је затражено да предочи „уверљиве разлоге“ који нису засновани на етничком пореклу како би ту меру оправдала. Данска држава није предочила такве доказе. У суштини, циљ такве политике јесте да, с једне стране, омогући данским држављанима који су се у неком тренутку иселили из земље и ступили у брак са супружником који није Данац, да се врате у Данску пошто су неко време провели у иностранству и да их на путу натраг прате њихови брачни другови. С друге стране, та политика је имала за циљ да се контролише брачни образац у коме појединац који је недавно стекао данско држављанство склапа брак с држављанином друге земље и заједно се враћају да живе у Данској. Када је реч о таквом „брачном обрасцу“, ЕСЉП је саопштио да стереотипне претпоставке о преовлађујућим друштвеним предрасудама у некој земљи не могу послужити као довољно оправдање за разлику у поступању на основу етничког порекла. Према томе, правило од 28 година фаворизује данске држављане данског порекла, а доводи у неповољан положај оне који су данско држављанство стекли касније у животу и другачијег су етничког порекла.

На основу свега тога, ЕСЉП је закључио да је у датом случају био прекршен члан 14. у вези са чланом 8. Он је, међутим, нагласио да члан 8. сагледан засебно не поставља државама општу обавезу да поштују избор брачног пара у погледу земље у којој ће живети, нити да одобре спајање породице.

Овај предмет је укључен у ово поглавље, упркос томе што се у њему не ради непосредно о тражиоцима азила или избеглицама, зато што се сматра веома корисним за разматрање случајева који се односе на спајање породица.

2. СПЕЦИФИЧНА ПИТАЊА У ПРЕДМЕТИМА У КОЈИМА СЕ РАДИ О ИЗБЕГЛИЦАМА И ЛИЦИМА КОЈА СУ ПОДНЕЛА ЗАХТЕВ ЗА МЕЂУНАРОДНУ ЗАШТИТУ И ТРАЖЕ СПАЈАЊЕ ПОРОДИЦЕ

У уводним одељцима овог поглавља већ је указано на то да се појачава важност поновног успостављања породичних веза када су у питању избеглице и корисници међународне заштите. Тој важности доприносе како услови избегличког путовања, тако и чињеница да они немају контролу над околностима које их терају у бекство, као и то што им породица помаже да сачувају осећај припадности и идентитета. Раније је већ објашњено да УНХЦР сматра да спајање породице представља важан пут за интегрисање избегличких породица.

ЕСЉП изричито признаје да избеглице не сnose одговорност за догађаје који изазивају раздвајање њихових породица, па је тако у предмету **Танда-Музинга** нашао за сходно да констатује како је *породични живот подносиоца представке био прекинут искључиво као резултат његове одлуке да побегне из земље порекла из истинског страха од прогона* [...], те се стога не може сматрати одговорним за раздвојеност од своје породице (став 74).

Међутим, с обзиром на ове своје специфичне околности, избеглице немају само специфичне потребе већ су суочене и са специфичним тешкоћама и изазовима у контексту спајања породица. Следе побројана нека од главних питања која је ЕСЉП идентификовао у својој судској пракси, како у смислу специфичних изазова, тако и у смислу посебно прилагођених механизма заштите за избеглице у поступцима за спајање породица.

Предмет **Танда-Музинга против Француске**, Представка бр. 2260/10, један од три предмета (**Танда-Музинга, Мугензи**, Представка бр. 52701/09 и **Сениго Лонге**, Представка бр. 19113/09), у којима је ЕСЉП у кратком временском размаку пресудио против Француске, пружа илустративан пример приступа ЕСЉП процесним и супстанцијалним механизмима заштите које треба признати избеглицама у поступцима спајања породица.

У предмету *Танда-Музинга* те околности су посебно важне. ЕСЉП је изнео своје становиште о специфичним околностима избеглица у таквом контексту, истакавши да је *јединство породице основно право избеглица и [...] спајање породице представља суштински важан елемент који омогућује лицима избеглим од прогона да наставе нормалан живот*. У истој тој пресуди ЕСЉП подсећа да само признање потребе за међународном заштитом треба сматрати *доказом рањивости лица о којима је реч*, што налаже државама да обезбеде да тим лицима буде омогућен *поступак спајања породице који је повољнији од поступка који имају на располагању остали странци*.¹⁶⁷

У склопу истог предмета, ЕСЉП је констатовао да су, због избегличког статуса подносиоца представке, државне власти биле у *обавези [...] да покрену поступак који би узео у обзир догађаје који су пореметили и деформисали његов породични живот и који су довели до тога да њему буде признат статус избеглице*.

2.1 Хитност

Процесно гледано, хитност и ефикасност коју власти испоље када разматрају избегличке предмете да би осигурале да се њихова неизвесност не продужава предуго јер то може додатно отежати њихове недаће, такође има кључни значај.

У три „повезана предмета“ **Танда-Музинга, Мугензи** и **Сениго Лонге**, ЕСЉП је разматрао хитност с којом Француска приступа решавању предмета који се односе на спајање породица, нарочито онда када се ради о лицима којима је признат избеглички статус. Доследно пресуђујући у наведеним предметима, ЕСЉП се држао становишта да је у предметном времену француском систему, у целини гледано, недостајала хитност и флексибилност за решавање захтева за спајање породице на начин који би био усклађен са чланом 8. У тим предметима се, пре свега, видело

¹⁶⁷ Цео став о овом предмету може се наћи у незваничном преводу у публикацији УНХЦР, „Основно право“ избеглица на јединство породице [горе наведено], у делу посвећеном предмету *Tanda-Muzinga c. France*, став 75.

како Француска није успела да пружи *правичан, флексибилан и брз поступак*, који је неопходан да би се сачували најбољи интереси деце о којој се у њима радило и да осигура да, када је реч о избеглицама, њихова подразумевана рањивост не буде више погоршана дугим процесним роковима.

У предмету **Танда-Музинга**, подносилац представке се притужио да због дугих процесних кашњења у његовом случају *није узет у обзир ни његов избеглички статус ни хитност с којом је потребно пажљиво размотрити захтеве за визу* (став 71). Сличне притужбе изнео је и подносилац представке у предмету **Мугензи**. ЕСЉП је у том предмету констатовао да је због признатог статуса избеглице који је подносилац представке имао било *пресудно важно да захтеви за визе буду испитани хитно, темељно и с дужном пажњом*.

Танди-Музинга

У предмету **Танда-Музинга**, подносилац представке је **15 месеци** од почетка поступка држан у неизвесности у погледу разлога због којих је домаћи суд одбио његов захтев за спајање породице. Исто тако, када је, конкретније, реч о провери докумената о очинству, протекло је *готово три и по године током којих није решен предмет у коме је оспорена веродостојност односа између оца и детета* и ЕСЉП је закључио да је тај рок био „прекомеран, имајући на уму специфичан положај у коме се налазио подносилац представке, као и значај целог спора за њега у поступку те провере”.

Исто тако, у вези с горе наведеним, оцењено је да су *нагомилавање и дуготрајна природа многобројних препрека које су искрсавале током поступка* морали више да погоршају положај подносиоца представке, нарочито с обзиром на то да је он *већ преживео трауматична искуства*.

Слично томе, у предмету **Мугензи против Француске**, протекло је 19 месеци од тренутка подношења захтева за спајање породице до тренутка у коме су власти донеле негативну одлуку о том захтеву, и цео случај је укупно узев закључен тек после пет година.

У том предмету, ЕСЉП је саопштио да су француске власти због своје нефлексибилности и кашњења у поступку спајања породице за избеглице прекршиле члан 8. Подносилац представке, држављанин Руанде коме је био признат статус избеглице, поднео је захтев за спајање породице 2003, да би негативан одговор добио тек после пет година, 2008. Иако по члану 8. одобравање виза члановима његове породице није могло представљати аутоматизам, од државе се захтева да уведе поступак који узима у обзир специфичан положај подносиоца представке и одмерава његове потребе у односу на интересе државе да контролише имиграцију. У овом случају, у предмету се одлучивало о томе да ли ће подносилац представке моћи да настави нормалан породични живот у земљи у коју је избегао. Према томе, цео систем је имао озбиљне недостатке због кашњења и нефлексибилности, што значи да Француска није успела да успостави потребну правичну равнотежу која је инхерентна позитивним обавезама по члану 8. – равнотежу између права подносиоца представке на породични живот и интереса државе да контролише усељавање.

2.2 Тешкоће у прибављању документације која сведочи о породичним везама и у томе како домаће власти прихватају валидност те документације

Већ је указано на тешкоће које искрсавају у вези с прибављањем документације којом избеглице смештене у избегличким логорима треба да поткрепе своје захтеве за спајање породице да би се удовољило стандардима утврђеним у праву ЕУ. ЕСЉП се у својој судској пракси и сам суочио с тим питањима у читавом низу предмета.

У том смислу, ЕСЉП заступа становиште да када је реч о терету доказивања у избегличким предметима: 69. [...] *Имајући на уму посебну ситуацију у којој се они налазе, примерено је да им се у многобројним случајевима призна веродостојност њихових исказа и поднетих исправа и онда када за то нема одговарајућих доказа. Исто тако када се предоче информације које пружају основ за сумњу у веродостојност исказа тражилаца азила, појединац мора на задовољавајући начин објаснити наводне нетачности у тим исказима и исто тако, подносилац захтева сноси одговорност за давање задовољавајућег објашњења у погледу свих релевантних примедба које би се односиле на аутентичност предочених исправа.*¹⁶⁸

Упркос свим тешкоћама које искрсавају у прибављању потврде да су веродостојни документи који се морају размотрити у избегличким предметима, домаће власти треба да се уздрже од тога да ступају у контакт с властима земље порекла подносиоца представке зато што би то могло да угрози безбедност саме избеглице за коју опасност од прогона у одређеном случају потиче управо од државних органа у матичној земљи.

На то је посебно указао и подносилац представке у предмету **Мугензи против Француске** (став 50) када се изричито пожалио због непримерености и ризичности одлуке француских власти да ступе у контакт с конзуларним органима његове матичне земље.

Када је реч о документима који се у пракси сматрају прихватљивима као доказ породичних веза избеглица, ЕСЉП се у својој судској пракси ослања на препоруке специјализованих тела (укључујући Комитет за права детета УН, Комитет министара и комесара за људска права Савета Европе, потврђујући тенденцију да се тврдње које износи избеглице *разматрају на флексибилан и хуман начин*, као и препоруке које у све већој мери истичу органи ЕУ и невладине организације да *треба прихватити и друге доказе* постојања породичних веза *ако избеглица није у стању да предочи званичне исправе којима би то могао да докаже* (Танда-Музинга, став 76).

У предмету *Танда-Музинга против Француске* с таквим тешкоћама се суочио подносилац представке када је требало да предочи доказе о очинству своје деце, с којом

¹⁶⁸ *Tanda Muzinga*, став 68, где се цитира Пресуда у предмету *F. N. and Others v. Sweden*, Представка бр. 28774/09, став 67 и *Mo. P. v. France* (Одлука), Представка бр. 55787/09).

је тражио спајање породице. У студији УНХЦР за тај предмет¹⁶⁹ се истиче да власти, када су подносиоцу представке изнеле компликован захтев да докаже свој однос с децом, нису водиле рачуна о документацији коју му је обезбедила *Француска канцеларија за заштиту избеглица и лица без држављанства [која] му је издала венчани лист и уверење о породичном статусу, у складу с француским законима*, као и то да је та канцеларија оверила исправу о саставу његове породице. Са сличним тешкоћама суочио се и подносилац представке у предмету **Мугензи**, где је поузданост процене узраста деце такође имала важно место у одлуци власти да одбију захтев за спајање породице.¹⁷⁰

Танди-Музинга против Француске

У предмету **Танда-Музинга против Француске**, који смо горе анализирали у вези са општим разлозима који се узимају у обзир када се разматра захтев избеглица за спајање породице и у вези с дужином поступка, француске власти су оспориле ваљаност **извода из матичне књиге рођених једног детета подносиоца представке** тврдећи да се можда ради о фалсификату. Подносилац представке је о томе обавештен тек када је уложио жалбу на претпостављену негативну одлуку власти, јер власти нису одговориле ни на један његов захтев за обавештење. Упућено је неколико жалби Државном савету, али је свака од тих жалби одбијена. На крају је, на основу једног судског процеса у Камеруну, било могуће извршити проверу извода из матичне књиге рођених тог детета и француске власти су издале тражене визе. Подносилац представке је о примедбама француских власти у вези с наводно фалсификованом исправом обавештен тек у септембру 2008. године. После тога су протекле још две године да би француске власти прихватиле валидност извода из матичне књиге рођених. Прекомерна дужина поступка допринела је томе да ЕСЉП закључи како у датом предмету власти нису поступале с траженом флексибилношћу, хитношћу и ефикасношћу.

Сениго Лонге против Француске

У предмету **Сениго Лонге против Француске**, ЕСЉП се бавио случајем једне држављанке Камеруна удате за Француза, која је тражила да јој се омогући да доведе своју децу како би живела с њом. Имала је законити боравак у Француској од 2005. године, али није имала статус избеглице. Захтев је поднела 2007. године. Тај захтев је коначно одбијен уз образложење да дејчи изводи из матичне књиге рођених нису аутентични и да није доказан родитељски однос с њима. Одбор за жалбе уопште није одговорио на жалбу коју је на ту одлуку изјавила подносиатељка представке. Стога се она жалила Државном савету, али ни у томе није имала успеха зато што је Државни савет у датом случају решавао пре него што је стигао текст њене жалбе у којој се налазио и ДНК тест из кога је било јасно да је неспорно да је она мајка те деце.

ЕСЉП је поново истакао да одбијање да се изда виза, само по себи, не представља мешање, али да чињеница да држава није успела да успостави ваљану равнотежу између свог интереса за контролу имиграције и права подносиоца представке да поведе поступак који ће му омо-

¹⁶⁹ УНХЦР, „Основно право“ избеглица на јединство породице, [горе наведено у више наврата].

¹⁷⁰ *Mugenzi*, став 51: *Мора се указати на то да је у овом предмету конзуларни орган установио постојање несасгласја између психолошког узраста деце и узраста који је наведен у исправама о грађанском статусу које су поднете у исто време када и захтев за спајање породице, као и да су домаћи судови закључили да је сама та околност довољна да се њоме оправда одбијање захтева за издавање виза.*

гућити да се поново успостави његов породични живот представља повреду члана 8. ЕКЉП. Сам поступак је био такав да подносиатеља представке уопште није могла да схвати природу примедба које су јој упутили државни органи. Такође, сам поступак није вођен онолико хитно и онако ургентно како је требало да буде вођен ако се има на уму колики је био његов значај за подносиатељу представке: од ње се, у ствари, с обзиром на дуга кашњења и стално одбијање власти, тражило да бира између спајања породице и статуса који је стекла у Француској. Међутим, судови нису узели у обзир ту хитност: цео поступак је трајао две-три године. Исто тако, у поступку вођеном пред француским судовима нису узети у обзир интереси деце. Стога је та дуготрајна природа поступка спречила подносиатељу представке да оствари своје право да живи са својом децом, чијем је положају требало придати знатно већу пажњу.

2.3 Породичне везе успостављене ван земље порекла

У неким околностима породична ситуација миграната може се битно мењати након што они напусте земљу порекла. Када је реч о избеглицама и тражиоцима азила, те промене могу бити резултат дугог трајања пресељења, што их понекад приморава да много времена проведу у транзиту, на местима као што су транзитни центри, отворени прихватни центри и избеглички логори.

Поменути сценарији често доводе у питање традиционалну (прилично застарелу) представу о томе како се породица ствара и како се одржава.

Предмет **Каплан и други против Норвешке** добар је пример у том смислу. Подносиоци представке у том случају чланови су једне турске породице, сви пореклом Курди: породицу чине мајка, отац и њихово троје деце. Родитељи су у Норвешкој били тражиоци азила чији захтев није прихваћен. Отежавајућу околност представљало је то што је отац два пута био осуђен у Норвешкој због физичког напада и пребрзе вожње. Двоје од њихово троје деце, трећи и четврти подносилац представке, рођени су пре него што је породица покушала да се пресели у Норвешку, док је пети подносилац представке рођен током покушаја породице да регулише свој боравак у Норвешкој. Пети подносилац представке показивао је знаке **дечјег аутизма**. У датом предмету је закључено да потребе за посебном негом и заштитом петог подносиоца представке, рођеног након што је породица стигла у земљу, претежу над интересима државе да протера првог подносиоца представке због његовог понашања и кривичног досијеа.

Каплан и други против Норвешке

У предмету **Каплан и други против Норвешке**, подносиоци представке, чланови породице турских држављана курдског порекла, тражили су спајање породице у Норвешкој. Први подносилац представке (отац) био је тражилац азила чији захтев није прихваћен и који је, током дугог периода упорно покушавао да се настани у Европи, прво у Данској, а потом у Норвешкој. И у једној и у другој земљи његови захтеви за азил су одбачени, а у два наврата подносилац представке је био кривично гоњен због физичког напада на друго лице и због претерано брзе

вожње. Због тога је донето решење о његовом протеривању. Други, трећи и четврти подносилац представке, супруга и двоје деце првог подносиоца, у Норвешку су стигли независно и такође су поднели захтев за азил. Њихови захтеви за азил су одбијени и за њих су такође донета решења о протеривању. У међувремену је у Норвешкој рођен пети подносилац представке, најмлађа кћерка прво двоје подносилаца представке. Када је донето последње решење о захтеву подносилаца представке да им се не дозволи боравак на хуманитарној основи, њихов тадашњи правни заступник је тврдио да та подносиатељка представке болује од тешког облика дечјег аутизма и да јој је потребна посебна нега, те стога није могао бити извршен налог за њихово протеривање. Поднет је захтев за обустављање од извршења. Тај захтев је прихваћен у односу на другог, трећег и четвртог подносиоца представке, али је у случају првог подносиоца представке одлука о протеривању потврђена због претходних осуђујућих пресуда и чињенице да је он у Норвешкој у том тренутку већ прекорачио дозволу боравака, што је, како је наведено, отворило питање јавног интереса који надјачава право петог подносиоца представке на добробит коју би тој девојчици могло да донесе стално присуство њеног оца у земљи (став 83). Оцењено је да је протеривање сразмерна мера и та одлука је извршена. У време када је протеривање извршено, породица је у Норвешкој живела већ готово осам година, али у неретулисаној статусу.

Одлука: Иако је ЕСЉП прихватио тезу да су домаћи судови имали дискреционо право да процењују нужност казни због тога што је подносилац представке прекорачио дозвољени рок боравака у земљи и због претходних кривичних пресуда које су му изречене, као и тезу да се за њега више није могло претпоставити да има јаке везе у Турској, када је реч о петом подносиоцу представке ЕСЉП се определио за другачије резонување. У том смислу ЕСЉП је пре свега испитивао да ли би се због очевог протеривања могле појавити *изузетне околности које се нарочито односе на најбоље интересе најмлађег детета* (став 85, где се цитира Пресуда у предмету *Нуџез*, ставови 78. и 84; као и Пресуда у предмету *Антиви*, ставови 101–100. и *Бат*, горе наведена у ставу 79). ЕСЉП је установио да, с обзиром на дугогодишњи боравак породице у Норвешкој, вероватно цепање породице услед очевог протеривања и с тим у вези раздвајање између првог и петог подносиоца представке – зато што би девојчица могла да види оца само ако би га посетила у Турској (став 97), одлука којом је потврђено решење о протеривању није била довољно поткрепљена аргументацијом на основу које би се могло доказати да је та мера *неопходна у смислу члана 8. став 2.* (став 97). С обзиром на – између осталог – *дуготрајне и блиске везе те девојчице с њеним оцем и њене посебне потребе у смислу неге*, ЕСЉП је констатовао да није *уверен у оправданост тврдње о конкретним и изузетним околностима датог предмета чија је тежина довољна да се оцени како је то у најбољем интересу детета*. Стога је утврђено да је у датом предмету **прекршен члан 8.**

2.4 У избегличким предметима није значајно да ли је одлазак био „добровољан“

Већ је истакнуто да у предметима у којима се ради о избеглицама и мигрантима који беже из ситуација хуманитарног ризика Суд на различите начине процењује елемент „добровољности“ избора пресељења у другу земљу и остављања чланова породице у земљи порекла. Будући да је реч о рањивој групи чије је кретање

подстакнуто спољним факторима који се не могу контролисати, поремећај јединства избегличке породице често је резултат различитих изнуђених путовања и непредвиђених догађаја. У предмету **Тукабо-Текле и други против Холандије**, ЕСЉП је закључио да је с обзиром на ситуацију у којој се налазила подносиатељка представке, избеглица која је побегла из грађанског рата у Еритреји, *било упитно у којој се мери може тврдити [да је она оставила своју кћерку] „по својој слободној вољи“*.

Тукабо-Текле против Холандије

У предмету **Тукабо-Текле против Холандије**, ЕСЉП се суочио с проблемом држављанке Еритреје која је тражила да се њеној петнаестогодишњој кћерки дозволи да јој се придружи. Подносиатељка представке је побегла из Еритреје за време грађанског рата и стигла је у Холандију, где се удала за избеглицу и у том браку родила двоје деце. Сама подносиатељка представке добила је хуманитарну визу за боравак у земљи. Пошто је регулисала свој боравак у земљи, подносиатељка представке је тражила да јој се омогући спајање породице с кћерком из претходног брака која је остала у Еритреји.

Домаће власти су одбиле да прихвате њен захтев за спајање породице тврдећи да мајка и кћерка **више немају заједнички породични живот**; разлог за то власти су нашле у чињеници да су њих две дуго одвојене једна од друге, као и да је кћерка интегрисана у Еритреји, где се о њој старају други чланови породице. Исто тако, домаће власти су тврдиле да не постоји однос између кћерке подносиатељке представке и подносиатељкиног супруга у Холандији.

Закључак: Позивајући се великим делом на закључке које је претходно донео у предмету *Шен*, ЕСЉП је поново истакао да подносиатељка није „по својој слободној вољи одлучила да остави дете и побегне из земље порекла, већ је била приморана да оданде избегне због великих хуманитарних ризика. Осим тога, констатовано је да је потоње понашање подносиатељке представке јасно показивало да је она одувек намеравала да доведе кћерку како би живеле заједно. Доказала је да постоје разлози због којих није раније тражила спајање породице и тешкоће с којима се суочила када је требало да прибави неопходну документацију из Еритреје, као и услед неспремности суседних земаља на сарадњу. Исто тако, с обзиром на нови породични аранжман који има у Холандији и чињеницу да постоји опасност да њена кћерка сада буде исписана из школе и удата у Еритреји, спајање породице у Холандији представља најпримеренији начин да се обезбеде права свих о којима је у датом предмету реч. Стога је ЕСЉП закључио да холандска држава није успоставила правичну равнотежу између својих интереса у погледу контроле имиграције и права подносиатељке представке и њене кћерке на породични живот.



3. СТАНДАРДИ И НАЧЕЛА ИЗ СУДСКЕ ПРАКСЕ КОМИТЕТА УН ЗА ЉУДСКА ПРАВА У ОБЛАСТИ СПАЈАЊА ПОРОДИЦЕ МИГРАНАТА И ТРАЖИЛАЦА АЗИЛА

Као и када је реч о праву и судској пракси према Европској конвенцији за заштиту људских права, тако се конкретан делокруг заштите међународног пакта о грађанским и политичким правима утврђује кроз судску праксу Комитета за људска права. У случајевима који се тичу **спајања породица**, предмети из те категорије се, по правилу, разматрају у склопу **заштите права на породични живот по члану 23**. Битан је и члан 17, који штити појединца од произвољног мешања у породични живот. У **Општем коментару бр. 15**, о положају странаца према Међународном пакту о грађанским и политичким правима **утврђено је да странци „могу уживати заштиту** [Пакта] чак и у односу на улазак или боравак, када се, на пример, поставе питања у вези с [...] поштовањем породичног живота”.

У својој судској пракси тело које је надлежно за надзор над спровођењем Пакта, Комитет за људска права додатно разрађује наведено становиште. Ево како Комитет гледа на предмет **Бенжамен Нгамби и Мари-Луиз Небол против Француске**¹⁷¹: „Члан 23. Пакта јемчи заштиту породичног живота, укључујући и интерес за спајање породице” (Став 6.4).

У општим коментарима Комитета, који садрже ауторитативно тумачење одредаба Пакта, такође се утврђује обим заштите коју тај инструмент пружа. Када је реч о овом поглављу, треба указати на општи коментар бр. 19. у погледу члана 23, којим се признаје и штити породица као основна ћелија друштва. Комитет такође указује на то да је заштита коју тај члан пружа допуњена повезаном одредбом по члану 17, којом је појединац заштићен од произвољног мешања у његов породични живот. У ставу 5. Комитет утврђује да *право на оснивање породице у начелу подразумева могућност рађања потомства и заједничког живота, што опет подразумева потребу да се донесу одговарајуће мере [...] да се обезбеди јединство или поновно спајање породица, посебно онда када су чланови породице раздвојени због политичких, економских или неких сличних разлога*. Јуриспруденција комитета и тумачење које он даје одредбама Пакта сведоче, како се чини, о благодоклинијем приступу дефиниције породичног живота у контексту породица раздвојених услед имиграција, у поређењу с тумачењем које истој тој теми даје ЕСЉП. То је очигледно из читавог низа питања на која овде вреди указати:

- **Улога културних и друштвених норми у признавању породичних односа миграната који траже спајање породице:** у горе наведеном предмету

171 *Benjamin Ngambi and Marie-Louise Nébol v. France*, CCRP/C/81/D/1179/2003, Комитет за људска права УН, 16. јул 2004, на: <http://www.refworld.org/docid/4162a5a46.html>

Бенжамен Нгамби и Мари-Луиз Небол, Комитет је заузео експлицитан став о потреби да се шире дефинише појам „породице“ у контексту спајања породица миграната. Културне специфичности и обичаји који владају у земљама порекла миграната често имају знатан удео у обликовању породичних односа, у том смислу да и везе између чланова породице који не спадају у оно што према западним параметрима чини „ужу породицу“ или „породично језгро“ често могу имати велики значај. Слично томе, **непостојање формалних аранжмана или института** који сведоче о одређеном породичном статусу такође не мора увек бити одлучујуће. У том смислу, Комитет за људска права, у ставу б. тачка 4, наводи следеће: *Комитет подсећа да се израз „породица“ у смислу овог пакта мора широко тумачити тако да обухвати све оне који чине породицу онако како се породица схвата у друштву о коме је реч [...] Заштита такве породице није нужно укинута [...] непостојањем формалних брачних веза, посебно онда када постоји локална пракса или обичај склапања обичајних брачних заједница.*

- **Релевантност илегалног боравка у одредишној земљи:** У предмету **Мохамед Ел-Ичу против Данске**, на пример, Комитет тврди да „**незаконитост**“ подносиоцевог боравка у земљи у коју је ушао да би био са својим оцем *не утиче на чињеницу да је он развио породичне везе не само са својим оцем већ и са својом полубраћом и њиховом мајком, и то ничим не доводи у питање чињеницу да је он, услед тога научио локални језик и развио одређене везе с локалном културом и друштвом.* То је, по свему судећи, благодонаклонији приступ од приступа ЕСЉП, о коме ће доле бити више речи, где се свесни избор неког лица да се настани у једној земљи и остане у њој упркос томе што нема одговарајући имиграциони статус сматра чиниоцем који утиче на степен заштите признат породичним плановима сачињеним у тој земљи, који се оцењују као „неизвесни“.

Мохамед Ел-Ичу против Данске

У предмету **Мохамед Ел-Ичу против Данске**,¹⁷² подносилац саопштења („аутор“, према терминологији Комитета за људска права) млађи је син разведених родитеља који живи у Мароку, званично под старатељством мајке, али се о њему практично брину његови баба и деда. Његов отац се преселио у Данску, где је основао нову породицу, али је наставио да подржава подносиоца и финансијски и емоционално, кроз сталне посете и телефонску комуникацију. Упркос томе, подносилац је остао под искључивим старатељством своје мајке. Због тога су локалне власти одбиле његов захтев да се споји са оцем у Данској. Када се његова мајка такође преудала, она је пристала да се старатељство пребаци на оца, овлашћујући га на тај начин да затражи да се преиспита његов захтев за спајање породице. Међутим, одговор на захтев је поново био негативан, уз образложење да отац нема довољно ресурса којима би могао да издржава подносиоца. Док су трајали сви покушаји да се оспори одлука локалних власти, подносилац захтева се придружио своме оцу и илегално је боравио у Данској. Иако му је издата дозвола за боравак у Данској до доношења коначног решења по захтеву, то решење је на крају ипак било негативно и наложено му је да напусти земљу.

¹⁷² CCPR/C/99/D/1554/2007 *Mohamed El-Hichou v Denmark*.

Подносилац је пред Комитетом за људска права тврдио да је Данска тиме што је одбила његов захтев за спајање породице прекршила његова права на породични живот по члановима 23. и 24. Пакта о грађанским и политичким правима, посебно указујући на то да он **као дете има право** да добије одговарајућу заштиту од раздвајања, што је Пактом предвиђено. Комитет је констатовао да је, упркос томе што му је одбијен захтев за спајање породице подносилац остао незаконито у Данској. Међутим, Комитет је прихватио да сама та чињеница не умањује вредност његовог односа са оцем, нити везе коју је он током тог периода успоставио у Данској. Констатовано је и да је раздвојеност између оца и сина наступила услед очеве одлуке да се пресели, али да је он све време улагао напоре да се споји са својим сином и да је, чим су се за то стекли услови, добио старатељство. С обзиром на све наведено, Комитет је закључио да је Данска, тиме што је одбила захтев за спајање породице, прекршила права „аутора саопштења утврђена члановима 23. и 24. Пакта због тога што [му] није обезбедила неопходне мере заштите као малолетнику“ (став 7. тачка 5).

У сценарију чији су актери **тражиоци азила и чланови избегличких породица који траже спајање породице**, Комитет за људска права је такође изнео своје ставовиште по коме постоји важна разлика између положаја у коме се налазе те рањиве категорије и општих правила која важе за мигранте у условима раздвојености породица, какав је био претходно описани случај. Предмет **Ел Дернави против Либије**¹⁷³ представља важан пример у том смислу:

Ел Дернави против Либије

У предмету **Ел Дернави против Либије**, Комитет за људска права УН суочио се са случајем у коме је отац добио избеглички статус у Швајцарској и желео је да му се жена и њихових шесторо деце тамо придруже. При покушају да напусти Либију, женин пасош је одузет и она је била приморана да се врати својој кући. Сви потоњи покушаји које је предузела да би поново добила пасош били су безуспешни. Будући да је отац обезбеђивао средства за породичну егзистенцију, то је значило да жена и деца остају без икаквог битнијег прихода. Комитет за људска права је саопштио да то представља повреду права на породични живот, као и права на слободу кретања. Објаснио је да спорна мера нема никакво разумно оправдање. Осим тога, држава није узела у обзир посебан статус деце, иако је била дужна да то учини. Комитет је искористио прилику да нагласи како државе имају обавезу да осигурају да у таквим околностима породица има на располагању делотворан правни лек, укључујући могућност надокнаде и враћања пасоша жени, као и могућност да она оспори одлуку којом је њој и њеној породици забрањен одлазак.

173 *El Darnawi v. Libya*, No. 1143/2002, UN HRC, CCPR/C/90/D/1143/2002 (2007).

4. РЕЛЕВАНТНА СУДСКА ПРАКСА СПЕУ У ПРЕДМЕТИМА КОЈИ СЕ ОДНОСЕ НА СПАЈАЊЕ ПОРОДИЦЕ – СПЕЦИФИЧНА ПИТАЊА

У Првом одељку објашњени су правни инструменти и начела која су важна за предмете у којима се ради о спајању породица. У жељи да допунимо начела која произлазе из приступа ЕСЉП таквим предметима, о чему је досад било речи, у овом одељку ћемо објаснити начин на који СПЕУ сагледава нека од тих већ анализираних питања, посебно указујући на извесне аспекте и специфична питања којима тај суд, сагласно праву ЕУ, приступа другачије него што им се приступа сагласно праву по ЕКЉП.

4.1 Деца и спајање породица у јуриспруденцији СПЕУ

У досадашњим одељцима овог поглавља видели смо да, према судској пракси ЕСЉП, узраст детета у време поступка за спајање породице има једну од кључних улога за утврђивање последица коју ће одлука имати по њега будући да тај узраст указује на зрелост, фазу развоја и прилагодљивост детета. Стога узраст детета битно условљава процену домаћих судова који одлучују о захтевима за спајање породица. Иако се сам ЕСЉП није у својој судској пракси непосредно суочио с тим питањем, вреди се упитати **шта се догађа ако дете на које се односи захтев за спајање породице наврши 18 година и постане пунолетно** пре окончања поступка. Док предмети из праксе ЕСЉП које смо досад разматрали не указују на директан одговор на то питање, пресуда коју је СПЕУ донео у предмету **А. и С. против државног секретара за безбедност и правосуђе** C 550/16 садржи корисну перспективу у том смислу.

У том предмету,¹⁷⁴ СПЕУ је посебно осветлио поље дејства Директиве ЕУ о спајању породице, нарочито у погледу применљивости одредаба које се односе на спајање малолетне деце с родитељима која су – до закључка релевантног поступка – постала пунолетна.

А. и Ц. против државног секретара за безбедност и правосуђе

У предмету **А. и Ц. против државног секретара за безбедност и правосуђе**, малолетна кћерка (С) родитеља А стигла је у Холандију и добила је избеглички статус. Док је трајао поступак, она је навршила 18 година. Када је поступак окончан, њени родитељи су поднели захтев за спајање породице сагласно Директиви ЕУ о спајању породице члан 2. тачка ф 2003/86/ЕЗ. Међутим, тај захтев је одбијен зато што њихова кћерка више није била малолетна. СПЕУ је јасно саопштио да без обзира на то да ли азилант током азилног поступка стекне пунолетство, он мора бити третиран као малолетник од тренутка подношења захтева за азил у надлежној земљи чланици. СПЕУ је нагласио да би другачији закључак подстакао земље чланице да

¹⁷⁴ Case C-550/16, A, S v Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie.

осујећују и одуговлаче азилни поступак док малолетни подносиоци захтева не постану пунолетни, пре но што им се одобри статус избеглице, чиме би они били лишени неких додатних видова заштите који су иначе за њих предвиђени. Према томе, захтев није смео да буде одбијен на основу тога што је кћерка С родитеља А постала пунолетна.

Одлука СПЕУ: *Члан 2. тачка ф Директиве 86/2003/ЕЗ од 22. септембра 2003. о праву на спајање породице, сагледан у вези са чланом 10. став 3. тачка (а) исте директиве, мора се тумачити у том смислу да држављанин треће земље или лице без држављанства које је у време уласка на територију земље чланице и подношења свог захтева за азил у тој земљи малолетно, али које, током азилног поступка постане пунолетно и потом добије статус избеглице, мора бити третирано као „малолетно“ у смислу наведене одредбе.*

Када је реч о посебним механизмима заштите које треба обезбедити за **децу избеглице** у поступцима пресељења (у овом случају реч је о трансферу по „Даблинској уредби“), важан путоказ можемо наћи у предмету (*МА, БТ и ДА*) *против државног секретара за унутрашње послове Уједињеног Краљевства*.¹⁷⁵

У предмету *Р (МА, БТ и ДА)*,¹⁷⁶ СПЕУ се суочио са ситуацијом у којој су три малолетника без пратње поднела захтеве за азил у Уједињеном Краљевству, али је претходно двоје од њих троје поднело захтеве у Италији, док је за једног од њих захтев био поднет у Холандији.

У датом предмету СПЕУ се позабавио пољем дејства члана 6. став 2. **уредбе „Даблин II“** (о којој смо у овом поглављу говорили у одељку о праву ЕУ (1.2.2.2) – и њеном еквиваленту по уредби „Даблин III“) о критеријумима за утврђивање надлежности за разматрање захтева за азил који поднесу малолетни мигранти без пратње, ако у земљи чланице није могућно идентификовати ниједног члана породице или рођака. На основу слова Уредбе, у таквим случајевима, „када је подносилац захтева за добијање азила малолетник без пратње“, надлежна је она држава чланица у којој је малолетник поднео свој захтев, али се не прецизира да ли је – ако је поднето више захтева – надлежна земља у којој је поднет први захтев за азил или она у којој је малолетно лице поднело „најновији“ захтев за азил (ставови 48–49).

С обзиром на посебну рањивост малолетника без пратње и имајући на уму утврђено дестабилишуће дејство које на њих могу имати дуги процесни рокови, СПЕУ је установио да у случајевима попут овога ту одредбу треба тумачити у том смислу да је надлежна земља чланица она **у којој тренутно борави подносилац захтева за азил**. Другачији закључак био би у супротности с начелом примарне важности најбољих интереса детета и начелом по коме се приступ малолетника **систему азила не сме непотребно одлагати**.

¹⁷⁵ C-648/11, MA, BT and DA v Secretary of State of the Home Department.

¹⁷⁶ R (MA, BT and DA), C-648/11 R.

4.2 Захтев у погледу „ресурса“

У предмету **О. и С. против Маханмутовирасто, Маханмутовирасто против Л.**,¹⁷⁷ СПЕУ је испитивао здружене предмете у којима се радило о следећој ситуацији: држављанка треће земље А удала се за држављанина Финске Б и добила је право на боравак у тој земљи. Из тог брака је рођено дете Ц. Када су родитељи престали да живе заједно, А је имала искључиво старатељство над Ц. Ц је фински држављанин. Потом се А упознала с другим држављанином треће земље Д, удала се и родила с њим дете Е – које нема финско држављанство. Финске власти су одбиле да издају дозволу боравка за Д, коју је он тражио како би могао да остане заједно са својом супругом А. СПЕУ је јасно ставио до знања да није постојало ништа што је спречавало домаће власти да не издају боравишну дозволу лицу Д.

Међутим, закључио је СПЕУ, власти нису могле да не издају боравишну дозволу у ситуацији када би одбијање издавања дозволе значило ускраћивање могућности на уживање суштине права које подразумева држављанство ЕУ, а то држављанство има Ц – дете из првог брака А и финског држављанина. Није потребно да Д и Ц буду у крвном сродству. Овде је релевантан однос зависности јер би, ако би лице од кога Ц зависи било измештено, била изгубљена суштина његовог права да ужива у држављанству ЕУ. Међутим, СПЕУ је приметио да је у датом случају мало вероватно, на основу доказа које има пред собом, да постоји тај неопходни однос. Ипак, на основу Директиве о спајању породице, **домаће власти увек морају настојати да промовишу породични живот и да поштују најбоље интересе деце о којој се ту ради. Ако би поступиле другачије, оне би подриле делотворност саме те директиве.**

4.3 Захтев да члан породице уложи напоре у погледу интеграције у земљи у којој се остварује спајање породице

У предмету **Државни секретар против К. и А.**,¹⁷⁸ од двеју држављанки трећих земаља – једне Азербејџанке и друге Нигеријке – тражено је да положи тест знања језика како би могле да се споје са члановима својих породица у Холандији. Трошкови курса и целокупан наставни материјал потребан за полагање теста износили су око 460 евра по једном покушају.

СПЕУ је констатовао да је начин на који су домаће власти примениле те мере и трошак који су наметнуле морао да подрије делотворност Директиве о спајању породице. Пре свега, СПЕУ је јасно ставио до знања да се такве **„мере интеграције“ могу користити само ако им је циљ олакшавање интеграције, а не „филтрирање“ подносилаца захтева.** Исто тако, као и у случају подносилаца захтева који

¹⁷⁷ Спојени предмети C-356/11 and C-357/11, O and S v Maahanmuuttovirasto and Maahanmuuttovirasto v L.

¹⁷⁸ Minister van Buitenlandse Zaken v. K. and A., C-153/14.

траже да буду изузети од полагања теста по основу здравствених разлога, домаће власти су дужне да испитају, на индивидуалној бази, да ли је подносилац у стању да полаже тај тест.

СПЕУ је констатовао: [У] складу с начелом сразмерности [...] мере које домаћи законодавац примењује када транспонује [Директиву о спајању породице] морају бити примерене остваривању циљева тог прописа и не смеју превазилазити оно што је неопходно за остваривање тих циљева [а то превазилажење] би наступило управо ако би се тај захтев примењивао систематски ради спречавања спајања чланова породице спонзора ... када они покажу спремност [да то учине] и уложе све напоре да постигну тај циљ.¹⁷⁹

4.4 Предмети у којима се ради о зависности

Већ је указано на то да **положај зависности** између чланова породице и њихових удаљених рођака или чак појединаца с којима нису ни у каквом сродству може бити важан за утврђивање потребе за пресељењем у неком конкретном случају у оној мери у којој зависно лице треба да буде у истој земљи у којој се налази особа од које је то лице зависно како би могло делотворно да користи пружену помоћ.

Када је реч о тражиоцима азила, у предмету **К. против Савезне канцеларије за азил /K v Bundesasylamt/**, C-245/11, СПЕУ је јасно ставио до знања да би, ако би се тражилац азила из једне земље чланице пребацио у земљу чланицу која је надлежна за обраду њеног захтева сходно **уредби „Даблин II”**, која је у то време била на снази, где та тражитељка азила има старатељство над лицем које од ње зависи, то било противно прописима. Због тога је држава у којој се налази зависно лице та која је надлежна за обраду захтева за азил старатељке. У датом предмету, радило се о мајци која је била тражилац азила и првобитно је поднела захтев за азил у Пољској. Међутим, она је одатле отишла у Аустрију, и ту почела да се стара о својој тешко болесној кћерки. Поново је поднела захтев за азил, сада у Аустрији. Члан 15. став 2. уредбе „Даблин II” (Уредба (ЕЗ) бр. 343/2003) није се могао тумачити искључиво у том смислу као да се односи на зависност једног тражиоца азила од другог, већ је обухватио и ситуацију у којој неко лице зависи од помоћи особе која је тражилац азила. У том смислу, земља чланица је у обавези да та два лица држи на окупу. То је у складу с хуманитарном сврхом на којој се заснива члан 15. став 2. уредбе „Даблин II”.

¹⁷⁹ Делимично прилагођен цитат из: Студије УНХЦР (више пута цитиране у овом поглављу).

5. СПАЈАЊЕ ПОРОДИЦЕ СХОДНО ЧЛАНУ 8. ЕКЉП

5.1. Право на поштовање породичног живота и посебна заштита породице

5.1.1 Устав Републике Србије

Устав Републике Србије не садржи посебну одредбу о поштовању приватног и породичног живота, што не значи да поједини аспекти овог права нису гарантовани највишим правним актом. Тако се Уставом штити достојанство и слободан развој личности (члан 23), неповредивост стана (члан 40), тајност писама и других средстава општења (члан 41) и заштита података о личности (члан 42). Ипак, принцип спајања породице као најважнији аспект члана 8. ЕКЉП у материји азила није гарантован Уставом Републике Србије, али се пружа посебна заштита породици (члан 66) и изједначавају се брачна и ванбрачна заједница (члан 62).

5.1.2. Породични закон Републике Србије

Породичним законом Републике Србије¹⁸⁰ породици се гарантује посебна заштита од стране државе, али и право сваком лицу на поштовање његовог породичног живота (члан 2).

Члан 2. Породичног закона Републике Србије:

- „(1) Породица ужива посебну заштиту државе.
(2) Свако има право на поштовање свог породичног живота.”

5.2. Спајање породице

Под спајањем породице подразумева се улазак и боравак чланова уже породице држављанина Републике Србије или странца који законито борави на територији Републике Србије, у циљу очувања јединства породице (члан 3. став 1. тачка 18. Закона о странцима Републике Србије). Одредбе од значаја за спајање породице садржане су у **Закону о странцима Републике Србије** и **Закону о азилу и привременој заштити**.

¹⁸⁰ „Сл. гласник РС“ бр. 18/2005, 72/2011 – др. закон и 6/2015.

5.2.1 Закон о странцима

Закон о странцима предвиђа неколико облика боравака на територији Републике Србије који се странцу може дозволити по основу спајања породице и потребе очувања јединства породице. Закон разликује привремени боравак, самостални боравак као и стално насељење у посебним случајевима, те прописује начела и правила поступка по поднетом захтеву. Од посебног значаја је разлика коју Закон о странцима предвиђа у погледу услова које различите категорије странаца морају испунити да би добиле одобрење боравака, односно чињеница да Закон прописује блаже услове за привремени боравак члана породице странца коме је одобрен захтев за азил.

5.2.1.1. Привремени боравак

Закон о странцима у члану 40. дефинише привремени боравак као дозволу боравака страног држављанина који намерава да борави у Републици Србији дуже од 90 дана. Међу основима за одобрење привременог боравака посебно је наведено спајање породице, али је принцип јединства породице од значаја и за друге основе попут привременог боравака из хуманитарних разлога и статуса претпостављене жртве трговине људима.

5.2.1.1.1. Привремени боравак по основу спајања породице

Привремени боравак по основу спајања породице може се одобрити трима категоријама странаца: странцу који је члан уже породице држављанина Републике Србије, странцу који је члан уже породице странца са одобреним привременим бораваком или сталним настањем, као и странцу који је члан уже породице странца коме је у Републици Србији одобрен азил (члан 55. став 1). Закон о странцима под ужом породицом подразумева супружнике, ванбрачне партнере, њихову децу било да су рођена у или изван брака, као и пасторчад до навршених 18 година живота која нису закључила брак. Изузетно, круг лица која чине ужу породицу може бити и проширен на одређене категорије лица и то из разлога зависности и непостојања адекватне породичне бриге у земљи порекла (члан 55. став 3. тачка 1), као и из разлога немогућности члана породице да подмирује своје потребе због здравственог стања (члан 55. став 3. тачка 2). У сваком случају, да би дошло до спајања породице по основу члана 55. Закона о странцима, потребно је да буду испуњени општи услови за одобрење привременог боравака предвиђени чланом 43. Закона који, између осталог, подразумевају обавезу подношења личних докумената и пријаве адресе, као и доказа о средствима за издржавање током боравака, о здравственом осигурању, о оправданости захтева и о уплати административне таксе. Рок важења привременог боравака по основу спајања породице регулисан је чланом 57. Закона.

Члан 43. Закона о странцима:

- „(1) Уз захтев за одобрење, односно продужење привременог боравка странац прилаже:
- 1) важећи лични или службени пасош;
 - 2) доказ о средствима за издржавање током планираног боравка;
 - 3) пријаву адресе становања у Републици Србији;
 - 4) доказ о здравственом осигурању током планираног боравка;
 - 5) доказе о оправданости захтева за одобрење привременог боравка у складу са основама прописаним чланом 40. овог закона, као и друга документа на захтев надлежног органа;
 - 6) доказ о уплати прописане административне таксе.
- (2) Ближе услове за одобрење привременог боравка, изглед захтева за одобрење привременог боравка, као и изглед и начин уношења налепнице привременог боравка у страну путну исправу прописује министар надлежан за унутрашње послове.”

Члан 55. Закона о странцима:

- „(1) Уколико су испуњени општи услови из члана 43. овог закона, привремени боравак по основу спајања породице може се одобрити странцу, члану уже породице држављанина Републике Србије, члану уже породице странца са одобреним привременим боравком или сталним настањем у Републици Србији, као и члану уже породице странца коме је у Републици Србији одобрен азил.
- (2) Ужом породицом, у смислу овог закона, сматрају се: супружници, ванбрачни партнери, њихова деца рођена у браку или ван брака, усвојена деца или пас-торчад до навршених 18 година живота која нису закључила брак.
- (3) Изузетно, чланом уже породице може се сматрати:
- 1) сродник по правој линији држављанина Србије или странца коме је одобрен привремени боравак или стално настањење у Републици Србији или сродник по правој линији његовог супружника или ванбрачног партнера, који зависи од њих и нема адекватну породичну бригу у земљи порекла или
 - 2) пунолетно дете држављанина Србије или странца коме је одобрен привремени боравак или стално настањење у Републици Србији или пунолетно дете његовог супружника или ванбрачног партнера које није закључило брак, које не може да подмирује своје потребе због здравственог стања.
- (4) У случају полигамног брака, спајање породице одобриће се само једном супружнику и њиховој заједничкој деци до навршених 18 година живота која нису закључила брак.”



Члан 57. Закона о странцима:

- „(1) Привремени боравак ради спајања породице из чл. 55. и 56. овог закона се одобрава у трајању од једне године и продужава се на исти период, изузев у случају из члана 44. став (5) овог закона.
- (2) Странцу коме се привремени боравак одобрава по основу спајања породице са странцем коме је одобрен привремени боравак у Републици Србији, привременни боравак се одобрава до истека рока важења одобрења привременог боравка странца са којим се тражи спајање породице.”

5.2.1.1.2. Привремени боравак за чланове породице странца коме је одобрен азил

Закон о странцима се у погледу спајања породице примењује и на странца коме је одобрен азил, изузев уколико има места примени члана 70. став 2. Закона о азилу и привременој заштити, тј. уколико је у питању малолетно дете рођено у браку или ван брака, малолетно усвојено дете или малолетни пасторак лица којем је одобрено право на азил, у ком случају о праву на спајање породице одлучује Канцеларија за азил. Као што је већ напоменуто, а због специфичне ситуације у којој се налазе особе којима је одобрена међународна заштита, за одобрење привременог боравка по основу члана 56. Закона о странцима није потребно да буду испуњени сви општи услови из члана 43. Закона. Виши ниво заштите законодавац пружа малолетницима којима је у Републици Србији одобрен азил, те члановима породице за потребе примене члана 56. става 2. Закона сматра и њихове родитеље. Рокови важења привременог боравка за члана породице странца коме је одобрен азил исти су као и у односу на остале странце и регулисани су чланом чланом 57. Закона о странцима.

Члан 56. Закона о странцима:

- „(1) За одобрење привременог боравка странцу који је члан уже породице странца коме је у Републици Србији одобрен азил није потребно да се испуне сви општи услови предвиђени чланом 43. овог закона као и услови из члана 41. став (2) овог закона, узимајући у обзир специфичне и личне околности странца са одобреним азилом и чланова његове уже породице.
- (2) Уколико је странац коме је одобрен азил у Републици Србији малолетник, одобрење привременог боравка по основу спајања породице могу остварити његови родитељи под истим условима прописаним у ставу (1) овог члана, а у циљу очувања јединства породице.
- (3) У случају да члан уже породице странца коме је одобрен азил у Републици Србији не поседује путну исправу, привремени боравак се одобрава решењем.”

5.2.1.1.3. Привремени боравак из хуманитарних разлога

Привремени боравак из хуманитарних разлога се може одобрити странцу у односу на којег постоје околности које налажу посебно разматрање у вези са, између осталог, његовим породичним везама у Републици Србији, у ком случају странац мора испуњавати опште услове из члана 43. Закона о странцима.

Члан 61. став 1. тачка 1. Закона о странцима:

„(1) Привремени боравак може да се одобри странцу који испуњава опште услове из члана 43. овог закона и за кога постоје друге околности које налажу посебно разматрање у вези са:

- 1) његовим породичним, културним или друштвеним везама са Републиком Србијом, степеном интеграције странца у друштвени живот Републике Србије у претходном периоду, посебно у погледу његовог школовања, радних активности или познавања језика;

(...)

- (3) Привремени боравак из хуманитарних разлога се одобрава у временском трајању од најмање шест месеци, а најдуже до годину дана и може се продужити, уколико околности на основу којих је привремени боравак одобрен и даље постоје.”

5.2.1.1.4. Привремени боравак странца за ког се претпоставља да је жртва трговине људима

Привремени боравак без испуњења општих услова из члана 43. може се одобрити странцу за којег се претпоставља да је жртва трговине људима. Због посебне осетљивости ове категорије лица, Закон о странцима предвиђа да у односу на малолетнике без пратње постоји обавеза надлежних државних органа да, у циљу спајања породице, предузму све мере како би се утврдило да ли се на територији Републике Србије налазе чланови његове породице. Међутим, Закон у члану 62. ставу 9. инсистира на примени принципа најбољег интереса детета, те предвиђа да ће до спајања малолетника са породицом доћи само уколико је то у најбољем интересу детета, односно да до спајања неће доћи ако постоји сумња да је породица умешана у трговину људима.

5.2.1.1.5. Поступак по захтеву за привремени боравак

Законом о странцима детаљно су регулисана правила поступка по захтеву за привремени боравак.



5.2.1.1.5.1 *Начела поступка по захтеву за привремени боравак*

У складу с чланом 65. ставом 1. Закона о странцима, приликом одлучивања о захтеву за привремени боравак надлежни орган има обавезу да цени како испуњеност општих услова за одобрење привременог боравка, тако и околности сваког појединачног случаја, а посебно да у обзир узме личне, породичне, економске и социјалне околности странца. Када су у питању малолетници, приликом одлучивања о захтеву за привремени боравак надлежни орган се мора руководити решењем које је у најбољем интересу малолетника.

5.2.1.1.5.2. *Подношење захтева за привремени боравак*

Члан 41. Закона о странцима предвиђа да захтев за одобрење привременог боравка странац подноси лично надлежном органу на прописаном обрасцу. Изузев уколико је у питању странац коме је у Републици Србији одобрен азил, захтев се подноси у року од 90 дана од дана последњег уласка, односно у року важења визе за дужи боравак. Захтев за продужење привременог боравка подноси се најраније три месеца, а најкасније 30 дана пре истека рока важења привременог боравка. У складу са ставом 6. истог члана, странац који благовремено поднесе захтев за одобрење привременог боравка, односно за продужење привременог боравка, може остати у Републици Србији до окончања првостепеног поступка, односно до окончања другостепеног поступка у случају улагања жалбе на решење о одбијању захтева. О захтеву одлучује надлежни орган у року од 30 дана од дана подношења захтева (члан 42. став 1. Закона о странцима).

5.2.1.1.5.3. *Трајање привременог боравка*

У складу с чланом 44, ставом 1. привремени боравак се може одобрити у трајању до једне године и може да се продужи на исти период важења, у зависности од основа боравка и постојања разлога због којих се привремени боравак одобрава. Привремени боравак се одобрава утискивањем налепнице привременог боравка у страну путну исправу (члан 44. став 2), при чему рок важења путне исправе мора бити најмање три месеца дужи од рока на који се одобрава привремени боравак (члан 44. став 5). Изузетно, уколико за то постоје хуманитарни разлози, интерес Републике Србије или виша сила, странцу који нема важећу путну исправу, а испуњава опште услове из члана 43. Закона о странцима, привремени боравак се одобрава или продужава решењем.

5.2.1.1.5.4. *Одбијање захтева за привремени боравак*

Чланом 45. ставом 1. Закона о странцима таксативно су наведени разлози за одбијање захтева за привремени боравак. У случају да се привремени боравак захтева по основу спајања породице, Закон у члану 60. посебно наводи и брак из ко-

ристи као разлог да се странцу не одобри привремени боравак. Наиме, уколико се након извршених провера које се односе на околности склапања брака основано може претпоставити да је брак склопљен из користи, односно да постоји оправдана сумња да је брак закључен у циљу одобрења привременог боравак, захтев неће бити одобрен (члан 60. став 3). Против решења о одбијању захтева за одобрење привременог боравак, односно за продужење привременог боравак странац може, преко надлежног органа, изјавити жалбу у року од 15 дана од дана пријема решења (члан 45. став 3). О жалби на решење о одбијању захтева одлучује Министарство унутрашњих послова (члан 45, став 5), при чему жалба одлаже извршење решења (члан 45. став 6). Против решења донетог у другостепеном поступку може се покренути управни спор, а покретање управног спора не одлаже извршење решења другостепеног органа (члан 45. став 7).

Члан 60. Закона о странцима:

„(3) Привремени боравак, односно продужење привременог боравак ради спајања породице неће се одобрити странцу ако се након извршених провера које се односе на околности склапања његовог брака основано може претпоставити да је брак склопљен из користи, односно да постоји оправдана сумња да је брак закључен у циљу одобрења привременог боравак.

(4) Одредбе овог члана се примењују и на ванбрачну заједницу.”

5.2.1.2 Самостални боравак

Осим привременог боравак, Закон о странцима предвиђа и могућност да се по основу спајања породице, уколико су испуњени услови из члана 59. Закона, одобри такозвани самостални боравак. Наиме, странцу који је по основу спајања породице непрекидно боравио на територији Републике Србије током периода од четири године, може се одобрити самосталан боравак уколико су испуњени услови из члана 43. Закона. Изузетно, у случају смрти особе у односу на коју је странац остваривао право на спајање породице, странцу се може одобрити самостални боравак чак и уколико је претходни период непрекидног боравак био краћи, тачније ако је трајао три године. Такође, самостални боравак се може одобрити и странцу који борави у Републици Србији по основу спајања породице ако се установи да је у питању жртва породичног насиља или у случају других посебно тешких околности, чак и уколико нису испуњени општи услови из члана 43. Закона о странцима.

5.2.1.3 Стално настањење у посебним случајевима

Привремени боравак по основу спајања породице може прерасти у стално настањење уколико су испуњени услови предвиђени чланом 68. Закона о странцима. Ако је у питању странац који је по основу спајања с породицом провео непрекидно најмање три године на привременом боравак, а у брачној је или ванбрачној зајед-



ници са држављанином Републике Србије или странцем коме је одобрено стално настањење, надлежни орган може одобрити стално настањење ако су испуњени услови предвиђени чланом 70. Закона. Стално настањење се може одобрити и малолетнику уколико је један од родитеља држављанин Републике Србије или странац коме је одобрено стално настањење. Захтев за стално настањење се, у складу с чланом 69. Закона о странцима, подноси лично, на прописаном обрасцу надлежном органу према месту где је одобрен привремени боравак. О захтеву за стално настањење одлучује Министарство унутрашњих послова у року од 60 дана од дана подношења захтева (члан 69. став 2).

5.2.2. Закон о азилу и привременој заштити

5.2.2.1. Начело јединства породице

Начело јединства породице спада међу основна начела на којима почивају одредбе **Закона о азилу и привременој заштити**. Посебно се гарантује у члану 9. Закона који предвиђа обавезу за надлежне органе да предузимају све расположиве мере у циљу одржања јединства породице, и то како током поступка по захтеву за азил, тако и по његовом одобрењу. Начело јединства породице је уграђено у одредбе којима се регулише право на спајање породице али и у друге одредбе Закона, попут одредбе којом се регулишу материјални услови прихвата (члан 50. став 3). О јединству породице се мора водити рачуна и приликом процене најбољег интереса малолетног лица (члан 10. став 2).

Члан 9. Закона о азилу и привременој заштити:

„Надлежни органи предузимају све расположиве мере ради одржања јединства породице у току поступка, као и по одобрењу права на азил или привремену заштиту. Лица којима је одобрено право на азил или привремена заштита имају право на спајање породице, у складу са одредбама овог закона.“

5.2.2.2. Појам породице

Чланом 2. став 1. тачка 12. Закона о азилу дефинисан је појам породице. Чланом породице сматра се супружник са којим је брак закључен пре доласка у Републику Србију, ванбрачни партнер у складу са прописима Републике Србије, њихова малолетна деца рођена у браку или ван брака, као и малолетна усвојена деца или малолетна пасторчад. Закон оставља могућност да се својство члана породице изузетно призна и другим лицима, при чему се посебно узима у обзир чињеница да их је издржавало лице којем је одобрено право на азил или привремена заштита, њихов узраст и психолошка зависност, укључујући и здравствене, социјалне, културолошке или друге сличне прилике.

5.2.2.3. Право на спајање породице

Право на спајање породице је Законом о азилу и привременој заштити предвиђено како за лица којима је одобрен азил, тако и за особе са одобреном привременом заштитом, док су посебне обавезе за надлежне органе предвиђене у односу на малолетна лица без пратње којима је одобрен азил у Републици Србији због њиховог посебно угроженог положаја.

5.2.2.3.1. Право на спајање породице лица коме је одобрен азил

Закон о азилу и привременој заштити посвећује посебну одредбу праву на спајање породице. Став 1. члана 70. гарантује право на спајање породице особама којима је одобрен азил у Републици Србији. Канцеларија за азил је надлежна за доношење одлуке о захтеву за спајање породице уколико је у питању малолетно дете рођено у браку или ван брака, малолетно усвојено дете или малолетни пасторак лица којем је одобрено право на азил, а које није засновало сопствену породицу (члан 70. став 2).¹⁸¹ Регулисање боравка осталих чланова породице се врши у складу с релевантним одредбама Закона о странцима (члан 70, став 3). У складу са ставом 4. истог члана, право на спајање породице се не може остварити у односу на чланове породице код којих постоје разлози због којих се право на уточиште може ускратити. У случају да право на спајање породице буде одобрено, члан породице ће имати сва права и обавезе које по основу члана 59. Закона има лице којем је одобрен азил, осим права на спајање породице (члан 59. став 5).

Члан 70. Закона о азилу и привременој заштити:

„Лице којем је одобрено право на азил има право на спајање са члановима породице.

Малолетно дете рођено у браку или ван брака, малолетно усвојено дете или малолетни пасторак лица којем је одобрено право на азил, а које није засновало сопствену породицу следи правни положај родитеља којем је одобрено право на азил, о чему Канцеларија за азил доноси одлуку.

Чланови породице лица којем је одобрено право на азил, а који нису наведени у ставу 2. овог члана регулишу боравак у складу са прописима којима је уређен правни положај странаца.

¹⁸¹ У питању је новина уведена Законом о азилу и привременој заштити. Према одредбама Закона о азилу који је важио до ступања на снагу Закона о азилу и привременој заштити, надлежна за одлучивање о захтеву за спајање породице лица којима је признато право на уточиште била је Канцеларија за азил, а не орган надлежан у складу са Законом о странцима. По новом Закону о азилу и привременој заштити, Канцеларија за азил је задржала надлежност када је у питању остваривање права на спајање породице само у односу на малолетно дете рођено у браку или ван брака, малолетно усвојено дете или малолетног пасторка лица којем је одобрено право на азил, а које није засновало сопствену породицу. Према подацима Београдског центра за људска права, поступак спајања породице у складу са одредбама Закона о азилу никада није спроведен, те, закључно са децембром 2017, нема података о томе како се право на спајање породице остварује у пракси. Београдски центар за људска права, *Право на азил у Републици Србији 2017, 2018*, стр. 106.

Члан породице код којег постоје разлози због којих му се може ускратити право на уточиште нема право на спајање породице.”

5.2.2.3.2. Посебна права малолетног лица без пратње коме је одобрен азил

У складу с чланом 73. ставом 5. Закона о азилу и привременој заштити, надлежни органи имају обавезу да, када је то неопходно, започну трагање за члановима породице малолетног лица без пратње штитећи најбољи интерес малолетног лица.

5.2.2.3.3. Право на спајање породице лица коме је одобрена привремена заштита

Чланом 76. Закона о азилу и привременој заштити регулисана су права и обавезе лица којем је одобрена привремена заштита. Лицу које у Републици Србији ужива привремену заштиту може се, у складу са ставом 3. овог члана, дозволити спајање породице у оправданим случајевима, при чему надлежни орган може привремену заштиту одобрити и члановима породице лица коме је одобрена привремена заштита.

5.3. Раздвајање породице услед враћања и принудног удаљења

О начелу јединства породице потребно је водити рачуна не само у контексту спајања странца или лица коме је одобрен азил са члановима његове породице, већ и како би се спречило раздвајање породице у поступцима враћања и принудног удаљења које регулише **Закон о странцима Републике Србије**.

5.3.1. Значај начела јединства породице у поступку враћања

Током поступка враћања, надлежни органи имају обавезу да воде рачуна о специфичној ситуацији посебно угрожених лица, те породичном и здравственом стању особе која се враћа (члан 75. став 1). Штавише, у став 3. истог члана изричито је уграђено начело јединства породице у смислу да се током поступка враћања мора поступати на начин који ће обезбедити обједињеност свих чланова породице који су присутни на територији Србије.

Члан 75. Закона о странцима:

„(1) Током поступка враћања надлежни орган ће имати у виду специфичну ситуацију посебно угрожених лица, породично и здравствено стање лица које се враћа, као и најбољи интерес малолетника.

(...)

- (3) Током поступка враћања поступа се у складу са начелом јединства породице, у смислу обједињености свих чланова породице присутних на територији Републике Србије.”

5.3.2. Значај начела јединства породице за одлагање принудног удаљења

Чланом 84. ставом 2. Закона о странцима прописана је обавеза да се о начелу јединства породице води рачуна и приликом одлагања принудног удаљења са територије Републике Србије. Уколико су испуњени разлози за одлагање принудног удаљења за једног члана породице, надлежни орган има обавезу да при одлучивању о одлагању принудног удаљења за остале чланове породице узме у обзир начело породичног јединства.

Члан 84. Закона о странцима:

- „(2) Када се одлаже принудно удаљење за једног члана породице, надлежни орган при доношењу решења о одлагању принудног удаљења осталих чланова породице узима у обзир начело породичног јединства.”





ПОГЛАВЪЕ

ЗАШТИТА ПОСЕБНИХ
ГРУПА

1. ИДЕНТИФИКАЦИЈА ЖРТАВА ТРГОВИНЕ ЉУДИМА ТОКОМ ПОСТУПКА ДОДЕЛЕ АЗИЛА

Трговина људима догађа се онда када људе у сврху експлоатације транспортују различитим средствима из једне у другу земљу или из једног места у друго у оквиру исте те земље, под лажним обећањима, на основу преваре или принуде.

Дефиниције тог облика савременог ропства могу се наћи како на међународном нивоу у Протоколу из Палерма за превенцију, сузбијање и кажњавање трговине људским бићима, нарочито женама и децом, тако и на регионалном нивоу у Конвенцији Савета Европе о превенцији и борби против трговине људима 2011/36/ЕУ.

На регионалном нивоу и Конвенција Савета Европе о борби против трговине људима и Директива ЕУ о борби против трговине људима користе сличне формулације у дефинисању трговине људима. Ако као пример узмемо Директиву ЕУ, видећемо да се у њој у члану 2. став 1. утврђује да је трговина људима: *врбовање, превоз, трансфер, скривање или примање лица, укључујући размену или пренос контроле над тим лицима помоћу претње, силе или неког другог облика принуде, отмицом, обманом, преваром, злоупотребом овлашћења или положаја беспомоћности, давањем или примањем новца или користи да би се добио пристанак лица које има контролу над другим лицем, у циљу искоришћавања.*

У случајевима у којима је дете жртва трговине људима, дефиниција се прилагођава специфичним механизмима заштите који се примењују када је реч о деци. У Директиви ЕУ о борби против трговине људима, утврђено је следеће: *Када поступање из става 1. обухвата дете, то поступање се сматра кривичним делом трговине људима и онда када није коришћена ниједна радња наведена у ставу 1. (члан 2. став 5), чиме се брише питање пристанка као део елемента кривичног дела.*

Суштински је важно да се идентификује појединац као жртва трговине људима зато што тек пошто су лица ваљано оцењена, она могу добити делотворан приступ регионалном и међународном систему заштите од трговине људима. Осим тога, ако се неко лице идентификује као жртва трговине људима, активира се обавеза државе да му пружи подршку да му пружи подршку, помоћ и услуге на плану рехабилитације.¹⁸² Осим тога, идентификација постојећих и потенцијалних жртава трговине људима представља, сама по себи, позитивну обавезу државе.¹⁸³

У неким околностима, појединци који стигну у неку земљу због потребе за међународном заштитом могу или не морају бити у опасности да постану жртве трговине људима услед своје рањивости која је својствена самом положају мигранта. Рањиви

182 Чланови 12–15. Конвенције о борби против трговине људима Савета Европе и чланови 11–17. Конвенције ЕУ.

183 Члан 10. Конвенције Савета Европе о борби против трговине људима.

мигранти, укључујући **тражиоце азила, могу бити посебно у опасности да буду искоришћавани пре, за време и после свог путовања у земљу у којој траже уточиште (у земљу избеглиштва)**. Они могу постати жртве организатора трговине људима због презадужености или због самих услова путовања. Такође могу бити предмет трговине људима од самог почетка путовања све до доласка у земљу домаћина.

Стога је могућно да лице које има потребу за међународном заштитом такође може бити жртва трговине људима, и обрнуто. Због тога правила и стандарде који се одnose на заштиту жртава трговине људима не треба читати изоловано. Напротив, да би се обезбедила свеобухватна заштита људских права појединца у невољи, пресудно је важно да законске одредбе из домена борбе против трговине људима прожимају све прописе и секторску политику којима се уређује међународна заштита.

У том смислу је суштински важно имати на уму да један статус не укида нити надјачава други статус. Тај статус „двоструке жртве” – и тражиоца азила и жртве трговине људима – само појачава рањивост тражилаца азила, тако да њихове потребе за заштитом и помоћи постају сложеније.

У овом одељку овог поглавља бавићемо се управо тим преклапањем између правног оквира борбе против трговине људима и правног оквира међународне заштите, разматрајући практична питања и правне обавезе за лица која су у исто време **жртве трговине људима и тражиоци азила или којима је признат статус избеглице**, што значи да спадају у простор у коме се те категорије преклапају (*nexus*).

Овај одељак Четвртог поглавља почиње анализом постојећих инструмената за борбу против трговине људима на међународном и регионалном нивоу, а потом прелази на оно што је заједничко азилу и борби против трговине људима, посебно разматрајући оне инструменте на међународном нивоу и нивоу ЕУ у којима се операционализује посебна потреба за заштитом те специфичне групе појединаца.

Широко узев, нека од питања с којима се може суочити лице које је у исти мах и тражилац азила и жртва трговине људима проистичу из његове неадекватне идентификације као жртве трговине људима у контексту поступка за доделу азила или из потпуног непостојања такве идентификације.

Како је у овом приручнику већ наведено, да би тражиоци азила добили избеглички статус, они морају имати један од пет признатих основа за прогон према Женевској конвенцији. То што је лице жртва трговине људима није побројано међу основима прогона који изискују међународну заштиту. Искуство тражилаца азила који су истовремено и жртве трговине људима стога се, по правилу, означава формулацијом *припадништво посебној друштвеној групи*, зависно од конкретних карактеристика положаја појединца о коме је реч. У целини гледано, жртве трговине људима у одређеној земљи – а често и припадници одређеног пола или одређене старосне групе (жене и/или деца) – сматрају се припадницима посебне друштвене групе на основу нивоа стигматизације коме су изложени и суштине ризика којима би били изложени да се налазе у земљи порекла.



Мора се указати на то да се, ако јој се одбије захтев за признавање избегличког статуса, жртва трговине људима ипак може квалификовати за друге облике међународне заштите, на пример за заштиту од враћања у потенцијалну опасност сагласно члановима 2. и 3. ЕКЛП, на основу начела забране протеривања (*non-refoulement*).

1.1 Правни инструменти који су специјализовани за трговину људима

1.1.1 Међународни ниво

На међународном нивоу је **Протокол УН за превенцију, сузбијање и кажњавање трговине људским бићима, нарочито женама и децом (Протокол из Палерма)** признат као кључни инструмент у законодавству намењеном борби против трговине људима. Тај протокол је донет као допуна Конвенцији Уједињених нација против транснационалног организованог криминала, која је донета са сврхом да се *на ефикаснији начин унапреди сарадња у погледу спречавања и борбе против транснационалног организованог криминала*.¹⁸⁴ Протокол из Палерма такође садржи прву међународно обавезујућу дефиницију трговине људима (члан 3), у којој се утврђују основни елементи од којих се то кривично дело састоји: сам чин, средства и сврху. Протокол даље обухвата заштиту жртава трговине људима у смислу пружања помоћи жртвама (члан 6) уз вођење рачуна о њиховим посебним потребама (члан 6. став 4); такође се говори и о могућности жртва да остану на територији државе (у којој се тренутно налазе) (члан 7).

1.1.2 Регионални ниво

1.1.2.1 Конвенција Савета Европе о борби против трговине људима

У мају 2005. године Савет Европе је донео **Конвенцију о борби против трговине људима**, у циљу даљег развоја дефиниције трговине људима и побољшања приступа тој појави путем јачања заштитних одредаба Протокола из Палерма. Намера Савета Европе да прошири обим заштите од трговине људима утврђена је у члану 2. Конвенције, који гласи како следи: *Ова Конвенција ... се примењује на све облике трговине људима, како националне тако и међународне, без обзира да ли је или није повезана са организованим криминалом*. Конвенција о борби против трговине људима дистанцира се од „кримоцентричног“ приступа Протокола из Палерма и јасно утврђује небитност међународног аспекта природе трговине људима.¹⁸⁵

¹⁸⁴ Члан 1. Конвенције Уједињених нација против транснационалног организованог криминала.

¹⁸⁵ Савет Европе, Експланаторни извештај уз Конвенцију Савета Европе о борби против трговине људима, став 61.

Неке од основних одредаба утврђених у том правном инструменту су: **обавеза да се идентификује жртва трговине људима (члан 10)**, која се односи како на то да се усвоје релевантне законодавне мере, тако и на то да се обезбеди одговарајућа обука и квалификација надлежних органа; **право на помоћ право (жртва) ради физичког, психолошког и социјалног опоравка (члан 12)**; њихово **право на опоравак и размишљање у трајању од најмање 30 дана (члан 13)**, као и њихово **право на добијање боравишне дозволе која не угрожава право на тражење и добијање азила (члан 14)**. Циљ потоње одредбе је отклањање конфликта између Конвенције и међународног права, укључујући међународно хуманитарно право и међународно право које се односи на људска права, а посебно на Конвенцију из 1951. и Протокол из 1967. године, који се односе на положај избеглица и принцип забране протеривања или враћања који је у њима садржан, тамо где се могу применити.¹⁸⁶

Осим том одредбом, Конвенција се (другде у тексту) не бави посебним положајем оних лица која су истовремено жртве трговине људима и имају потребу за међународном заштитом.

1.1.2.2 ЕКЉП

Обавезе утврђене у Конвенцији о борби против трговине људима морају се такође тумачити и примењивати доследно са обавезама које проистичу из **ЕКЉП**, уз посебно указивање на члан 4. ЕКЉП и на релевантну судску праксу **Европског суда за људска права (ЕСЉП)**.

Треба истаћи да иако се члан 4. ЕКЉП бави ропством, ропским положајем (*ser-vitut*) и принудним радом, **он не говори изричито о трговини људима**. У наредним сажецима предмета из судске праксе ипак ћемо показати начин на који је судска пракса ЕСЉП обликовала садржај члана 4. ЕКЉП и како су важне пресуде у предметима *Ранцев против Кипра и Русије* (Представка бр. 25965/04) и *Силијадин против Француске* (Представка бр. 73316/01) довеле до тога да се трговина људима утврди као повреда члана 4. ЕКЉП, који гласи:

Члан 4. ЕКЉП – Забрана ропства и принудног рада

1. *Нико се не сме држати у ропству или ропском положају.*
2. *Ни од кога се не може захтевати да обавља принудни или обавезни рад.*

Пресуда у предмету *Ранцев против Кипра и Русије* има пресудан значај зато што је у том случају ЕКЉП први пут стао на становиште да трговина људима, иако није изричито уврштена у текст члана 4, спада у повреде које су забрањене том одредбом Конвенције.

¹⁸⁶ Члан 40. став 4. Конвенције за борбу против трговине људима.

Ранцев против Кипра и Русије

У предмету **Ранцев против Кипра и Русије**, Представка бр. 25965/04, кћерка подносиоца представке, држављанка Русије Ранцева стигла је на Кипар користећи визу за кабаретске „уметнике“. Познато је да су управо ту врсту визе организатори трговине људима користили да би силом довели жене у индустрију секса, како се то догодило Ранцевој. После неколико недеља она је побегла из клуба у коме је радила, али ју је њен послодавац пронашао и одвео ју је у полицију како би је власти лишиле слободе и депортовале. Полиција је констатовала да она има радну дозволу и приморала ју је да станицу напусти заједно са својим послодавцем. Касније је Ранцева пронађена мртва и у истрази која је вођена на Кипру закључено је да је изгубила живот у случајном паду, када је покушала да побегне из стана. Русија је ту пресуду сматрала незадовољавајућом и понудила је даљу помоћ кипарским властима, али су кипарске власти то одбиле, као што су одбиле и да спроведу додатну истрагу.

ЕСЉП је установио повреде права подносиоца представке по члановима 2, 4. и 5. Конвенције. Утврђено је да трговина људима спада у поље дејства члана 4. ЕКЉП. Иако је Кипар успоставио довољан законодавни оквир, административна примена тих прописа и имиграциона политика земље нису пружили довољну заштиту стварним или потенцијалним жртвама трговине људима: схема са „уметничким“ визама на коју се ослањају директори кабарета преузимајући одговорност за жене о којима је реч само подстиче трговину људима; полицијски службеници су такође предали Ранцеву њеном менаџеру иако је било сасвим довољно индиција на основу којих су могли да је идентификују као потенцијалну жртву трговине људима. Русија није извршила своју дужност да спроведе истрагу: врбовање жртава догодило се на њеној територији, а она није предузела никакве кораке да идентификује оне који су заврбовали Ранцеву. Што се тиче права на живот Ранцеве, ЕСЉП је утврдио да је Кипар прекршио своју процесну обавезу да спроведе делотворну истрагу поводом њене смрти (како у непосредном, тако и у ширем контексту); Русија истрагу није спровела. Околности око смрти Ранцеве које су у кипарском закључку са увиђаја и истраге описане као „чудне“ нису даље истражене: нису испитани релевантни сведоци, а одбачена је и помоћ коју је понудила Русија.

Поред тога што је разјаснио да трговина људима спада у повреде које су забрањене чланом 4, ЕСЉП је у предмету *Ранцев* даље утврдио неколико **позитивних обавеза** које имају високе стране уговорнице у погледу спречавања и гоњења таквих кривичних дела:

- **Обавеза да се успостави одговарајући правни и управни оквир како би се забранила и спречила таква дела** (*Ранцев*, став 285);
- **Обавеза да се обезбеди одговарајућа обука за припаднике полиције и имиграционе службенике** (*Ранцев*, став 287);
- **Обавеза да се предузму оперативне мере ради заштите жртава** или потенцијалних жртава поступања којим се крши тај члан Конвенције. *Да би у вези са околностима конкретног случаја настала позитивна обавеза да се предузму оперативне мере, мора бити доказано да су органи власти државе били свесни или да су морали бити свесни околности које дају повода за основу сумњу да је одређено лице било жртва трговине људима или искоришћавања – или да се налазило у непосредној опасности да постане*

жртва трговине људима или искоришћавања у смислу члана 3. тачка а) Протокола из Палерма и члана 4. тачка а) Конвенције за борбу против трговине људима. Ако је одговор потврдан, постојаће повреда члана 4. Конвенције ако власти пропусте да предузму одговарајуће мере из домена својих надлежности да би избавиле неко лице из таквог положаја или опасности (Ранцев, став 286);

- Прекршена је процесна **обавеза да се спроведе истрага** када је постојала основана сумња да су прекршена права појединца по основу члана 4. (Ранцев, став 288).

Силијадин против Француске

У предмету **Силијадин против Француске**, ЕСЉП се поново забавио питањем искоришћавања, овог пута у вези с једном петнаестогодишњом девојком из Тогоа која је држана у ропским условима у домаћинству. Због тога што је жртва била малолетна, тим предметом се детаљније бавимо у одељку поглавља посвећеном **деци која су жртве трговине људима**.

ЕСЉП је даље проширио своје раније закључке о опсегу члана 4. ЕКЉП како би обухватио и услове који представљају принудни рад у оквиру рада који обављају радници мигранти. О томе је било речи у по злу познатом предмету *Чаудри и други против Грчке /Chowdury/* (предмет је познат и по имену узгајалишта јагода – Манолада).

Чаудри и други против Грчке

У предмету **Чаудри и други против Грчке**, Представка бр. 21884/15, представку је поднела група од 42 мигранта из Бангладеша који су без исправа и радне дозволе радили на плантажама јагода у Манолади, у Грчкој. Подносиоци представке су радили по 12 сати дневно под надзором наоружаних чувара, живели су у страћарама склепаним од картона, у којима није било тоалета ни текуће воде. Обећана им је надница од 22 евра за седмочасовни рад и по три евра за сваки сат прековременог рада, али никада нису добили своје плате и због тога су неколико пута штрајковали. Током једног од тих штрајкова на њих је пуцао наоружани чувар и том приликом је ранио њих неколико.

Поведена је кривична истрага против руководиоца засада јагода и против чувара који је отворио ватру за nanoшење тешких телесних повреда и трговину људима. Оптужени су ослобођени оптужбе за трговину људима.

ЕСЉП је стао на становиште да је та ситуација представљала трговину људима и принудни рад. Стога је ЕСЉП установио повреду права подносиоца представке по члану 4. због тога што грчке власти нису предузеле превентивне мере како би заштитиле подносиоце представке од опасности од трговине људима и због тога што нису водиле делотворну истрагу и судски поступак. За све подносиоце представке – и за оне који су били рањени и за оне који нису били рањени – установљено је да су жртве трговине људима у циљу принудног рада. ЕСЉП је констатовао да их је њихов статус миграната без исправа учинио посебно рањивима. Грчке власти су раније настојале да исправе ситуацију, али нису предузеле довољне кораке да то учине, па тако нису заштитиле подносиоце представке од поступања коме су били изложени. Када је реч о ограничењу слободе кретања радника, иако су домаћи судови заступали став да је ограничење слободе кретања неопходан услов да би се нека ситуација прогласила

трговином људима, ЕСЉП је закључио да то није неопходно и установио је да је у датом случају применљив члан 4. иако су радници мигранти могли – теоретски – слободно да се крећу и да напусте посао.

У Пресуди у предмету *Чаудри* јасно и прецизно је утврђено да се искоришћавање (експлоатација) кроз рад мора сматрати једним аспектом трговине људима и поново је указано на појам позитивних обавеза онако како је он установљен у предмету *Ранцев*, посебно на дужност да се спречи трговина људима и принудни рад; дужност да се заштите жртве; дужност да се спроводе делотворна истрага поводом почињених кривичних дела и да се казне лица која су одговорна за та дела и те повреде права. Осим тога, ЕСЉП је придао посебну тежину чињеници да су власти, кроз званичне извештаје и преко медија, знатно пре но што се догодио инцидент у коме је пуцано из ватреног оружја, биле упознате са ситуацијом у којој су се налазили мигранти, али нису предузеле одговарајуће мере да спрече трговину људима и да заштите подносиоце представке (*Чаудри и други против Грчке*, ставови 111–115).

Недавно је ЕСЉП имао прилику да се позабави заштитом по члану 4. ЕКЉП и у погледу повреде права која је наступила због тога што је жена која је била жртва трговине људима приморана на проституцију, као и самом сексуалном експлоатацијом у предмету *С. М. против Хрватске*.¹⁸⁷

С. М. против Хрватске

Предмет *С. М. против Хрватске* односи се на представку једне хрватске држављанке која се притужила да је била жртва трговине људима и да је потом била приморана на проституцију у самој Хрватској. Подносиатељка представке је пре свега тврдила да државне власти нису адекватно одговориле на њену кривичну пријаву против човека који ју је присиљавао на проституцију, али Хрватска, по њеним наводима, није имала одговарајући правни оквир за решавање таквих предмета.

ЕСЉП је установио да – иако је у Хрватској постојао одговарајући правни оквир за инкриминацију трговине људима, присиљавање на проституцију и искоришћавање проституције – истрага коју су власти повеле тим поводом није била адекватна. ЕСЉП је између осталог установио да су хрватске власти пропустиле да разговарају с могућим сведоцима и да су, закључивши да је она сексуалне услуге пружала добровољно, погрешно одлучиле да не узму у обзир међународне законе о трговини људима према којима пристанак жртве није релевантан чинилац.

ЕСЉП је констатовао да се члан 4. у том случају, када је реч о тврдњи те подносиатељке представке, може применити чак и ако **нема међународног елемента** у њеном положају жртве трговине људима будући да њу њен злостављач није приморао да пређе ниједну међународну границу. Осим тога, ЕСЉП је закључио да и трговина људима и искоришћавање проституције угрожавају људско достојанство и основне слободе, тако да не само трговина људима него и искоришћавање проституције спадају у поље дејства члана 4. ЕКЉП (став 54).

¹⁸⁷ *S. M. v. Croatia*, Представка бр. 60561/14.

1.1.2.3 Европска социјална повеља и заштита деце која су жртве трговине људима

Друго важно средство у контексту законодавства на коме почива борба против трговине људима јесте **Европска социјална повеља**, која представља главни инструмент којим Савет Европе уређује економска и социјална права, између осталог запошљавање, становање и образовање. Циљ Европске социјалне повеље јесте да допуни Конвенцију за заштиту људских права у домену економских и социјалних права будући да је ЕКЉП углавном усредсређена на грађанска и политичка права, па се не бави изричито извесним питањима која имају пресудан значај за рањиве категорије.

Повеља садржи неколико чланова који су усмерени на заштиту деце и омладине: члан 7. (право деце и омладине на заштиту, првенствено у смислу права везаних за рад и запошљавање) и члан 17. (право деце и омладине на социјалну, законску и економску заштиту), где је у ставу 1. тачка ц) утврђено *да обезбеде заштиту и посебну помоћ државе за децу и младе који су привремено или трајно лишени породичне подршке*, што има важне импликације за децу мигранте.

За предмет овог поглавља треба посебно указати на **члан 7. став 10**, у коме је утврђено *да обезбеде посебну заштиту од физичких и моралних опасности којима су изложена деца и млади људи, а нарочито од оних опасности које, непосредно или посредно, настају као резултат њиховог рада*. Да би се повиновале обавезама из тог члана, државе морају донети **конкретне мере за забрану свих облика сексуалне експлоатације деце и борбу против ње** тако што ће инкриминисати све акте сексуалне експлоатације, као и друге облике искоришћавања који проистичу из трговине људима или боравка на улици, као што су, између осталог, израбљивање у кући, просјачење, џепарење, ропски рад (сервитут) или вађење органа.

*Defence for Children International (DCI),
Жалба бр. 47/2008, Одлука о меритуму од 20. октобра 2009. године*

У Жалби је указано на повреду чланова 31. став 2. и 17. став 1. тачка ц) због тога што деци која илегално бораве у Холандији није пружен смештај. Европски комитет за социјална права је закључио да су стране уговорнице дужне, према члану 31. став 2. Повеље, да обезбеде одговарајући смештај деци која се незаконито налазе на њиховој територији докле год су та деца у њиховој надлежности. Свако друго решење било би у супротности с поштовањем њиховог људског достојанства и не би узело у обзир тежак положај и посебну угроженост деце. Комитет је закључио да ситуација у Холандији представља повреду члана 31. став 2.

На основу те пресуде Холандија је проширила смештајне капацитете за породице с децом како би им свима био обезбеђен смештај, а Комитет је у доцнијој контролној процени констатовао да је ситуација у тој земљи усклађена с Повељом.

Difference for Children International (DCI) против Белгије, Жалба бр. 69/2011, Одлука о меритуму од 23. октобра 2012. године.

Подносилац жалбе организација *Defence for Children International (DCI)* тврдила је да се тиме што деци мигрантима и тражиоцима азила није обезбеђен смештај – због претрпаности постојећих прихватних центара – услед чега малолетници који су иначе посебно рањиви постају

практично бескућници, крше њихова права на социјалну, законску и економску заштиту (члан 17. став 1) и на заштиту од искоришћавања (члан 7. став 10). Европски комитет за социјална права је нагласио да, иако став 1. Додатка Европској социјалној повељи наизглед ограничава примену тих права на лица која се на територији те земље не налазе незаконито, он не ограничава примену тих одредаба када је реч о малолетницима. Ако би се та права на тај начин ограничила, деца би била изложена повреди права на људско достојанство.

У таквим околностима, Комитет је саопштио да белгијска држава мора да успостави одговарајући правни оквир и обезбеди довољно ресурса како би могла у пракси да спроведе тај оквир. Влада је тиме што је одбила да јемчи смештај малолетним странцима на својој територији повредила њихово право на заштиту по члану 17. став 1.

Када је конкретно реч о изложености деце експлоатацији, Комитет је констатовао да нема довољно доказа на основу којих би се могло закључити да у Белгији постоји широко распрострањено искоришћавање деце за просјачење. Међутим, Комитет је установио повреду члана 7. став 10. на основу тога што су тиме што им је ускраћен смештај ти малолетници – који су услед тога постали бескућници – изложени довољном ризику од експлоатације. Према томе, Белгија није предузела довољно позитивних корака за спречавање те опасности по малолетне мигранте.

У предмету **Федерација удружења католичких породица у Европи против Ирске /Federation of Catholic Family Associations in Europe (FAFCE)/** (Жалба бр. 89/2013) FAFCE је затражила од Европског комитета за социјална права да установи како је ниска стопа идентификације деце жртава трговине људима и ниска стопа осуђујућих пресуда изречених починиоцима трговине људима у Ирској доказ да су ирске власти прекршиле члан 17. став 1. Европске социјалне повеље. Комитет је одлучио да то питање размотри са становишта члана 7. став 10. (право деце и омладине на заштиту). Комитет је саопштио да члан 7. став 10. Повеље утврђује позитивну обавезу држава да се боре против сексуалног искоришћавања деце тако што ће успоставити одговарајући законодавни оквир и акциони план за борбу против дечје проституције, дечје порнографије и трговине децом; трговина децом обухвата све облике експлоатације укључујући искоришћавање у домаћинству / радно искоришћавање, просјачење и узимање органа. Тај закон мора бити свеобухватан и делотворан у пракси. Комитет је констатовао да Ирска побољшава резултате у погледу идентификације деце која су жртве трговине људима и да та идентификација представља велики изазов за већину европских држава. Комитет се позвао на извештаје Групе експерата Савета Европе за борбу против трговине људима (*Group of Experts on Action against Trafficking in Human Beings – GRETA*) и извештаје OEBС-а из 2013. године јер је и у једном и у другом извештају указано на то да ирске власти предузимају одређене напоре, али је наведено да постоје и додатне мере које још треба да предузму. Комитет је пресудио да ниска стопа идентификације и ниска стопа осуђујућих пресуда нису, саме по себи, довољан показатељ повреди члана 7. став 10, као и да тај члан намеће властима држава уговорница обавезу у погледу резултата и средстава за њихово остварење, коју су власти испуниле. Према томе, у датом случају није био прекршен члан 7. став 10.

1.1.3 Ниво ЕУ

Европска унија је 2011. године донела **Директиву 2011/36/ЕУ о спречавању и сузбијању трговине људима и заштити жртава трговине људима (Директива против трговине људима)**. Циљ те директиве јесте да се *устпостав[е] минимална правила у погледу дефинисања кривичних дела и казни у области трговине људима [...] ради јачања спречавања тог кривичног дела и заштите његових жртава* (члан 1).

У Директиви ЕУ против трговине људима утврђују се основне дужности и обавезе земаља чланица када је реч о жртвама трговине људима и њиховој заштити, као на пример:

Члан 11. налаже државама чланицама да пруже довољну **помоћ и подршку** жртвама трговине људима, пре свега кроз *пружање одговарајућег и сигурног смештаја и материјалне помоћи, као и потребног лечења, укључујући психолошку помоћ, саветовање и информисање и, према потреби, превођење и тумачење*. Пружање информација обухвата, између осталог, и давање, тамо где је то битно, информација о могућности да се добије међународна заштита.

Поред тога, важно је указати на **Директиву ЕУ о жртвама (2012/29/ЕУ)**, којом се утврђује свеобухватан оквир права (укључујући право на приступ информацијама, подршку, правни лек, заштиту током истраге, заштиту од контаката с починиоцем итд.) који се примењује на жртве различитих кривичних дела. Директива посебно наглашава важност индивидуализованог приступа потребама за заштитом и изричито признаје *жртве с посебним потребама за заштитом*. Када је реч о жртвама трговине људима, не доводећи у питање далекосежније обавезе садржане у Директиви ЕУ о борби против трговине људима, Директива ЕУ о жртвама такође идентификује жртве трговине људима као категорију жртава које су *у високом степену жртве секундарне и поновљене виктимизације, застрашивања и одмазде*, што захтева *посебну пажњу у процењивању такве опасности и снажну претпоставку да ће наведене жртве имати користи од посебних заштитних мера* (Преамбула, тачка 57).

1.2 Инструменти којима се изричито уређује положај тражилаца азила који су жртве трговине људима

Сви горе наведени инструменти, према томе, представљају свеобухватан правни оквир како на међународном нивоу, тако и на нивоу Савета Европе и Европске уније за заштиту жртава трговине људима и за спречавање тог кривичног дела. Ипак, они се не баве везом између трговине људима и међународне заштите будући да ниједан од њих не предвиђа тражиоце азила који су жртве трговине људима као аутономну категорију, која завређује посебно посвећену заштиту.

Када је реч о правним инструментима који **изричито** уређују ту везу, не постоји експлицитна одредба којом се штити та посебно рањива подгрупа на међународном

нивоу, мада међународна судска пракса и специјализовани инструменти „меког права“ **признају ту категорију** ближе одређујући специфична процесна и супстанцијална јемства која треба пружити лицима која у наведену категорију спадају.

Насупрот томе, инструменти на регионалном нивоу и неколико правних инструмената ЕУ изричито уређују положај тражилаца азила који су у исти мах жртве трговине људима, сврставајући их у категорију **тражилаца азила с посебним процесним потребама и потребама у погледу прихвата**. Ближе о томе у следећем одељку.

1.2.1 Ниво ЕУ

- **Измењена Директива о условима прихвата (2013/33)** изричито сврстава жртве трговине људима у категорију *тражилаца азила с посебним потребама*, који имају право на специфична јемства у смислу **услова прихвата и процесних јемстава**. Према **члану 2. тачка к)** подносилац захтева с посебним потребама означава *рањиво лице према члану 21. као лице коме су потребна посебна јемства како би могло да користи права и испуњава обавезе предвиђене овом директивом*.

Члан 22. изричито уређује посебне потребе те групе у погледу прихвата. Такође се наглашава да је важно обавити ваљану идентификацију „како би се ефикасно спровео члан 21.“ (члан 22. став 1). Земље чланице имају обавезу да у разумном року ваљано идентификују и иницирају процену рањивих подносилаца захтева након што буде поднет захтев за међународну заштиту (члан 22. став 1);

- Члан **24.** измењене **Директиве о заједничким поступцима за признавање азила** (Директива 2013/32/ЕУ) поново наглашава потребу да се **ваљано идентификују** они подносиоци захтева којима су потребна **посебна процесна јемства**. Та група подносилаца захтева идентификује се у тачки 29. Преамбуле Директиве, где су, између осталог, побројани *ментални поремећаји или последице мучења, силовања или других тешких облика психолошког, физичког или полног насиља*.

Државе чланице дужне су да предузму одговарајуће кораке како би омогућиле што ранију идентификацију подносилаца захтева којима су потребна посебна процесна јемства пре него што се донесе одлука у првом степену. Државе чланице такође треба да обезбеде да подносиоцима захтева који су идентификовани као лица којима су потребна посебна процесна јемства пруже одговарајућу подршку како би та лица остваривала права, а државе чланице испуњавали обавезе из те директиве током целог поступка за доделу азила (члан 24. став 3). Ту помоћ треба пружити довољно дуго да би се стекли услови који су потребни да та лица имају делотворан приступ поступцима и за предочавање елемената који су потребни да би поткрепили своје захтеве за међународну заштиту. Државе чланице дужне су да обезбеде да се потребе за посебним процесним

јемствима такође поштују, у складу са одредбама наведене директиве, ако се појаве у некој каснијој фази поступка доделе азила (члан 24. став 4).

- У складу с горе наведеним одредбама, жртве трговине људима идентификоване су као „**рањива лица**” и у члану 20. став 3. измењене **Директиве о стандардима за квалификацију за остварење међународне заштите (2011/95/EУ)**, где се говори о *малолетницима, малолетницима без пратње, лицима са инвалидитетом, старијим лицима, трудницама, самохраним родитељима с малолетном децом, жртвама трговине људима, лицима с менталним поремећајима и лицима која су била подвргнута мучењу, силовању или другим тешким облицима психолошког, физичког или полног насиља*;
- Уредба „**Даблин III**” садржи само једну посебну одредбу о жртвама трговине људима. Ту се у вези с малолетницима према члану 6. став 3. тачка ц) каже: 3. *Приликом оцењивања најбољих интереса детета, државе чланице [...] посебно узимају у обзир следеће чиниоце: [...] ц) питања везана за безбедност и заштиту, посебно када постоји опасност да је малолетник жртва трговине људима.* Нису предвиђене никакве специфичне одредбе за одрасла лица која су жртве трговине људима иако њихови случајеви могу да се решавају према дискреционој одредби утврђеној у члану 17, која допушта да се захтеви за азил разматрају и изван подручја одговорности државе ако у неком конкретном случају за то постоје хуманитарни или други основи.

1.2.2 „Меко право”

Досад је у тексту већ указано на то да на међународном нивоу не постоји ниједна изричита одредба која би штитила ту посебно осетљиву подгрупу. Ипак, треба истаћи да се у специјализованим инструментима **меког права утврђује да постоји та категорија** и да се ближе одређују посебна процесна и суштинска јемства која треба да имају лица која у ту категорију спадају. Високи комесар Уједињених нација за избеглице (УНХЦР), одговоран за тумачење Женевске конвенције и надзор над њеним спровођењем, издао је упутство за владе, правнике практичаре, субјекте одлучивања и носиоце правосудних функција о жртвама трговине људима у поступку за доделу азила.

У својим Смерницама о избеглицама које су жртве трговине људима или које су у опасности да постану жртве трговине људима,¹⁸⁸ УНХЦР се позива на члан 14. Протокола из Палерма и начело забране протеривања (горе наведено) као на доказе да постоји *имплицитна могућност да неке жртве или потенцијалне жртве трговине*

188 УНХЦР, Приручник и Смернице о поступцима и критеријумима за утврђивање статуса избеглице (UNHCR, Handbook and Guidelines on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status), доступно на: <https://cms.emergency.unhcr.org/documents/11982/49074/UNHCR,+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/30fe78f2-5414-47ec-9439-0f2663889e58>

људима потпадно под „дефиницију избеглице“ утврђену у члану 1. А (2) Конвенције из 1951. године и да [...] стога имају право на међународну заштиту избеглица.¹⁸⁹

У Смерницама УНХЦР-а констатује се да, како би трговина људима могла да представља легитиман основ за разматрање захтева за азил, надлежни органи који доносе одлуку о захтеву треба да процене **прогонитељску природу различитих аката који су повезани с трговином људима**, процењујући важност њиховог утицаја у сваком конкретном случају. У том циљу, разматрају се у целости све активности које обухвата трговина људима, што значи да се морају сматрати релевантним како стварно прогањање проистекло из самог чина искоришћавања, тако и могућност **одмазде по повратку** и могућност **поновне трговине људима**, као и страх жртве од *изопштености, дискриминације или казне којој ће је подвргнути породица и/или локална заједница или [...] саме власти*. Постоје посебна јемства и разлози који се узимају у обзир када је реч о женама и деци, чиме се признаје њихова појачана рањивост. У Смерницама се указује на то да *потенцијалне жртве могу бити рањиве и подложне трговини људима управо због тога што поседују карактеристике које су у Конвенцији из 1951. године наведене у дефиницији избеглице тако да чак и ако неко лице није предмет трговине људима искључиво и само из разлога наведених у Конвенцији, можда је из неког од тих разлога (једног или више њих) трговац људима одабрао за жртву управо њега, а не неко друго лице*.¹⁹⁰

У тим случајевима тражиоци азила који су жртве трговине људима сматрају се, по правилу, **припадницима посебне социјалне групе** у смислу међународне заштите с обзиром на опасност која постоји од њихове секундарне виктимизације с којом би се могли суочити по повратку.

189 УНХЦР, Смернице о међународној заштити бр. 7, примена члана 1А(2) Конвенције из 1951. године и/или протокола из 1967. године у вези са статусом избеглица за жртве трговине људима и лица која су у опасности да постану жртве трговине људима (UNHCR, Guidelines on International Protection представка бр. 7, The application of Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or 1967 Protocol relating to the Status of Refugees to victims of trafficking and persons at risk of being trafficked), став 12.

190 УНХЦР, Смернице о међународној заштити бр. 7, примена члана 1А(2) Конвенције из 1951. године и/или протокола из 1967. године у вези са статусом избеглица за жртве трговине људима и лица која су у опасности да постану жртве трговине људима (UNHCR, Guidelines on International Protection представка бр. 7, The application of Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or 1967 Protocol relating to the Status of Refugees to victims of trafficking and persons at risk of being trafficked), став 13.

2. ДЕЦА У ПОЛОЖАЈУ МИГРАНАТА, ТРАЖИЛАЦА АЗИЛА И ЖРТАВА ТРГОВИНЕ ЉУДИМА

2.1 Увод

Деца која су и тражиоци азила и мигранти категоризована су као посебно рањива лица. Када су та деца одвојена од својих родитеља или одговорних одраслих лица, њихова рањивост постаје још већа. Међународно и регионално право људских права признаје све више стандарде када је реч о деци мигрантима и избеглицама, и у смислу супстанцијалних и у смислу процесних права и јемстава. У овом одељку испитаћемо неке главне инструменте и начела који се примењују у заштити деце тражилаца азила и миграната, нарочито онда када су та деца одвојена од родитеља или других одговорних одраслих лица.

Деца мигранти као група и посебно деца тражиоци азила обухваћени су различитим поступцима на свом мигрантском путовању. Зависно од контекста, ти поступци могу бити део механизма намењеног за тражиоце азила, националних механизма за борбу против трговине људима или других заштитних механизма у одредишној земљи. Често статус малолетних миграната у некој страниој земљи може бити правно важнији од њиховог статуса тражилаца азила, тако да уживају заштиту превасходно по основу тога што су као деца рањиви.

Деца мигранти, због себи својствене рањивости и ограничене физичке и психолошке аутономности суочена су с већим бројем препрека током свог мигрантског искуства, нарочито онда када то искуство подразумева *имиграциони притвор и враћање, поступак пред националним механизмом за упућивање или пред одговарајућим органима надлежним за утврђивање положаја жртве трговине људима и експлоатације и за спровођење других медицинских поступака или поступака процене узраста, као и низа различитих лекарских и психолошких прегледа и анализа са становишта социјалне заштите*.¹⁹¹ У свим оним различитим ситуацијама у којима се дете које је мигрант или тражилац азила може наћи током свог путовања и у одредишној земљи, том детету треба обезбедити специјализована правна јемства и услове прихвата који се, по правилу, разликују – и повољнији су – од оних који важе за одрасла лица.

У наредном одељку испитаћемо главне међународне и регионалне инструменте који се примењују на децу мигранте, било да је реч о деци без пратње или о деци која имају пратњу. Као и у другим поглављима ове књиге и овде ће анализа поче-

191 Пројекат: Раздвојена деца у судским поступцима – Модул 2 – Деца тражиоци азила и деца жртве трговине људима (Separated Children in Judicial Proceedings Project – Module 2 – Asylum seeking and trafficked children).

ти општим прегледом међународних стандарда, да би се потом прешло на правни оквир и судску праксу ЕУ и СЕ.

2.2 Међународни правни стандарди и поступци који се примењују на децу тражиоце азила

2.2.1 Конвенција УН о правима детета и судска пракса Комитета УН за права детета у случајевима у којима се радило о деци мигрантима и деци тражиоцима азила

Конвенција УН о правима детета представља камен-темељац заштите деце на међународном нивоу. Иако та конвенција није инструмент који је специјализован за миграције или азил, она се примењује на децу као групу без обзира на њихову националност или њихов мигрантски статус. Међутим, та конвенција признаје положај деце миграната и деце тражилаца азила као посебне групе у тој категорији и изричито се бави њима, идентификујући посебне потребе и јемства која им треба признати.

Конвенција о правима детета одређеније се бави децом мигрантима и децом тражиоцима азила у **члану 22, где се** утврђује изричита обавеза држава да заштите децу која траже азил, обезбеђујући да *дете које тражи избеглички статус или које се сматра избеглицом у складу с важећим међународним или националним законом и поступком, било да је без пратње, било да је у пратњи родитеља или неке друге особе, добије одговарајућу заштиту и хуманитарну помоћ у уживању права утврђених овом конвенцијом и другим инструментима.*

Значење наведене одредбе додатно је разјаснио сам Комитет УН за права детета, који је у свом **Општем коментару бр. (2005) о деци без пратње и раздвојеној деци ван земље порекла** на следећи начин дефинисао те категорије:

- Став 7. **„дете без пратње“** (или малолетних без пратње) је, као што је дефинисано у члану 1. Конвенције, дете које је одвојено од оба родитеља и за бригу о њему ниједно лице не сноси примарну одговорност, било по закону било по обичајима.
- Став 8. **„раздвојена деца“** су, као што је утврђено у члану 1. Конвенције, деца одвојена од оба родитеља или од својих претходних правних старатеља или старатеља по обичају, али не нужно и одвојена од својих рођака. Стога та деца могу бити и деца која имају пратњу другог одраслог члана породице.

Комитет за права детета посветио је различите опште коментаре специфичним потребама те групе: **Општи коментар бр. 14 (2013)** утврђује да најбољи интерес детета мора бити *примарни разлог* у свим одлукама која се на њих односе, док **Општи коментар бр. 12 (2009)** утврђује право детета да се чује и његов глас. **Општи**

коментар бр. 6 (2005) о деци без пратње и раздвојеној деци ван њихове земље порекла посебно прецизира све аспекте дечјих мигрантских искустава и признаје деци циљана права.

У новије време **Комитет за права детета и Комитет за заштиту права радника миграната су се у заједничким општим коментарима бр. 3. и 4. и 22. и 23. (2017)** позабавили општим начелима људских права деце у међународним миграцијама и одговарајућим обавезама држава у земљама порекла, транзита, одредишним земљама и земљама повратка.

2.2.1.1 Начела специфична за децу мигранте

Конвенција за права детета и општи коментари уз њу садрже основна начела заштите деце миграната. Нека од тих начела су до те мере основна да се могу сматрати битним чиниоцем сваког поступка и сваке одлуке која се тиче детета. Укратко ћемо их навести:

- **Најбољи интерес детета:** начело најбољег интереса детета је опште начело међународног права и правило које се примењује у свим ситуацијама у којима се ради о деци. Према тумачењу Конвенције о правима детета, поштовање најбољих интереса детета дефинисано је на следећи начин: *У свим поступцима који се тичу деце, било да су то поступци јавних или приватних установа за социјално благостање, судова, управних органа или законодавних тела, најбољи интерес детета мора бити разлог од првенственог значаја.* Комитет за права детета схвата најбоље интересе детета као „троструки појам“ који утврђује различита права и обавезе. Конкретно, најбољи интерес детета се описује као нешто што је у исти мах **супстанцијално право, основно, интерпретативно правно начело и процесно правило** (Општи коментар бр. 14, став 6). Зато се на поштовање тог начела може позивати како у његовој димензији аутономног права, тако и у димензији **интерпретативног смера** код доношења било које одлуке која утиче на дете. Коначно, то начело служи као **извор процесног јемства**, у том смислу да када се донесе нека одлука у предмету који се тиче деце, процена најбољих интереса детета мора бити таква да се на њу може јасно указати. Од држава се тражи да *објасне како је то право поштовано у наведеној одлуци, тј. да наведу шта је то што је оцењено као најбољи интерес детета; на којим је критеријумима то засновано; и како су одмерени најбољи интереси детета у односу на друге разлоге, било да је реч о ширим питањима секторске политике или индивидуалним случајевима* (Општи коментар бр. 14, став 6. тачка ц). Када је реч о деци мигрантима, њихов **најбољи интерес** мора бити разматран и у *трагању за краткорочним и у трагању за дугорочним решењима.* (Општи коментар бр. 6, **став 19**). *У случају интерно расељеног детета, то начело се мора поштовати у свим фазама циклуса расељавања. У свим тим фазама, дефинисање најбољег интереса детета мора се документовати како би се адекватно припремило за доношење било какве одлуке која ће фундаментално*

утицати на живот деце без пратње и раздвојене деце (Општи коментар бр. 6, став 19).

- **Право детета да своје ставове изрази слободно** у свим питањима која га се тичу, сагласно члану 12. Конвенције о правима детета, битно је повезано с начелом најбољих интереса детета, утолико што захтев да дете учествује у свим поступцима одлучивања који на њега утичу помаже да само дете изрази своје ставове о томе како у тој конкретној ситуацији треба протумачити његов најбољи интерес. Те ситуације могу обухватити *сваки судски и управни поступак који се односи на дете* и ставови детета се могу добити *или непосредно или преко представника или одговарајућег тела*. Конкретан значај који се даје ставовима детета зависи од његовог **узраста и зрелости** (Општи коментар бр. 12, ставови 29, 28).

2.2.1.2 Релевантне одредбе

Поред горе поменутих далекосежних начела, Конвенција о правима детета садржи и низ супстанцијалних и процесних правила која се примењују на децу у миграцијама, како на тражиоце азила, тако и на децу мигранте која нису изразила потребу за међународном заштитом. Та правила обухватају следеће:

- **Заштита од одвајања (члан 9):** Као опште правило, Конвенција о правима детета штити децу од поступака који доводе до њиховог одвајања од родитеља или чланова породице, осим *ако је такво одвајање неопходно* у најбољем интересу детета у конкретном случају, *као што је случај који подразумева злостављање или запостављање*. Заштита према том члану посебно је релевантна за децу која бивају одвојена од родитеља током поступка за доделу азила или миграционих поступака или услед лишења слободе. Наведени члан пружа изричита процесна јемства, као што је право *свих заинтересованих страна да учествују у поступку и да изнесу своје мишљење* (став 2), и право детета да *редовно одржава личне односе и непосредне контакте са оба родитеља, осим ако је то у супротности с његовим најбољим интересима*. Та одредба изричито утврђује **одвајање као последицу поступака државе, као што је притвор, хапшење, егзил, депортација или смрт** (став 4).
- **Спајање породице (члан 10):** Горе наведено начело заштите од одвајања од породице непосредно утиче на потоње правило према члану 10. Конвенције, којим се уређују захтеви за **спајање породице** у случајевима у којима се ради о деци. У одредби је утврђено да ће *захтеве детета или његових родитеља да уђе на територију државе уговорнице ради поновног спајања породице решавати стране уговорнице [...] на позитиван, хуман и експедитиван начин* и (став 2) када дете и родитељи живе у различитим државама мора им се, осим у изузетним околностима, осигурати право да редовно одржавају контакте.

- **Проналажење породице (члан 22. став 2)** – Конвенција утврђује обавезу држава да учествују у међународним напорима за проналажење чланова породице: то обухвата и дужност да се помогне детету избеглици да пронађе родитеље или друге чланове породице ради спајања породице. У случајевима када родитељи или други чланови породице не могу бити пронађени, детету које је лишено породице мора бити пружена иста заштита као и сваком другом детету које је стално или привремено лишено породичне средине из било ког разлога.
- **Посебна заштита деце која су привремено или стално лишена породичне средине (члан 20):** када су деца привремено или стално лишена породичне средине због спољних околности које не подлежу контроли, њима се, по правилу, обезбеђује **алтернативна брига** како би се за њих поново успоставило познато окружење. Неки од тих аранжмана које Конвенција утврђује обухватају (став 3) *смештај у другу породицу, кафалах према исламском праву, усвојење или, ако је неопходно, смештај у одговарајуће установе за бригу о деци. Приликом разматрања решења, дужна пажња мора бити посвећена потреби за успостављањем континуитета у подизању детета, као и етничком, религиозном, културном и језичком пореклу детета.* Та одредба је посебно важна с обзиром на децу тражиоце азила и децу мигранте исламског порекла чији чланови породице или спонзори за *кафалах* желе да се споје с њима.
- **Право на животни стандард који одговара дететовом физичком, менталном, духовном, моралном и социјалном развоју (члан 27)** – када је реч о деци тражиоцима азила и деци жртвама трговине људима, која су често суочена са ситуацијама лишавања или немаштине.
- **Право на образовање (члан 28)** – где се посебно има на уму основно образовање, које државе уговорнице морају *учинити обавезним и бесплатним за све.* У светлу положаја деце без пратње и раздвојене деце, то право треба читати у вези с правом на заштиту етничких и језичких мањина или релевантним културним и социјалним правима према члану 30.
- **Право на заштиту од мучења или других видова окрутног, нехуманог или понижавајућег поступања или кажњавања (члан 37)** – имајући на уму да „хапшење, задржавање у притвору или затварање детета морају бити у складу са законом и примењени једино као последња могућа мера, и то на најкраћи могући временски период“, као и начело по коме деца и одрасли морају бити раздвојени у затворским објектима, „изузев уколико се сматра да то није у интересу детета и (дете) има право да одржава контакте са целом породицом“.
- **Јемства за заштиту, помоћ и опоравак деце која су жртве трговине људима, искоришћавања и злостављања (чланови 32–36. и 39)** – Конвенција признаје и штити децу која су жртве трговине људима или других облика експлоатације и злостављања. Поред тога што им пружа право на заштиту (члан 32. став 1. и 36–35) и поред тога што утврђује одговарајуће обавезе

држава да предузму законодавне, управне, социјалне и образовне мере у том циљу, Конвенција садржи изричите одредбе против искоришћавања деце кроз сексуалну експлоатацију и кријумчарење наркотика (чланови 34–33) у различитим облицима које то може да поприми. Будући да искуство трговине људима – као и други широко постављени аранжмани засновани на експлоатацији – често могу подразумевати кршење домаћих кривичноправних одредаба, треба подсетити да постоји начело **некажњавања** за дела почињена у условима широко схваћене принуде која је инхерентна таквим ситуацијама. Деца за коју се утврди да су жртве (трговине људима) *не смеју се кажњавати и морају добити помоћ као жртве тешког кршења људских права* (Комитет за права детета, Општи коментар бр. 6).¹⁹²

Посебна јемства у погледу заштите деце која су оптужена за повреде кривично-правних одредаба утврђене су у **члану 40**, како у смислу процесних јемстава која морају бити обезбеђена током целог поступка, тако и у смислу **обавезе државе** да утврди *најнижу старосну границу испод које деца не могу бити сматрана способном за кршење кривичног закона* (став 3), као и да обезбеде алтернативе смештају у затворене установе, *као што су брига, усмеравање, налог за надзор; саветовање, условно кажњавање, старатељство, образовање и програми стручне обуке и друго* [...].

Сматра се да тешке последице искуства жртве трговине људима, посебно када је реч о деци, намећу држави обавезу да обезбеди дугорочну рехабилитацију деце жртава експлоатације. Према **члану 39**. (државе уговорнице) морају предузети све одговарајуће мере *да подстичу физички и психолошки опоравак и друштвену реинтеграцију детета-жртве: сваког облика занемаривања, искоришћавања или злостављања; мучења или било ког другог облика окрутног, нехуманог или понижавајућег поступања или кажњавања; или оружаног сукоба. Такав опоравак и реинтеграција врше се у условима који подстичу здравље, самопоштовање и достојанство детета.*

2.2.1.3 Релевантни општи коментари Комитета за права детета

Све горе наведене одредбе морају се читати у вези са специјализованим инструментом УН у овој области, такозваним Општим коментарима. То су ауторитативна тумачења одредаба према инструментима УН. Када је реч о Конвенцији УН за права

¹⁹² О питању некажњавања жртава трговине људима и непостојању опште сагласности у погледу кривичних дела из области трговине људима у којима учествују малолетници види такође: члан 8. Директиве ЕУ о спречавању трговине људима: *Државе чланице, у складу са основним начелима својих правних система, предузимају потребне мере како би осигурале да надлежна државна тела буду овлашћена да не гоне нити да изричу казне жртвама трговине људима због њихове умешаности у кривична дела које су биле присиљене да почине као непосредну последицу тога што су били жртве неког дела из члана 2* (нагласак наш); члан 4. тачка ц Конвенције Савета Европе о борби против трговине људима: *Врбовање, превоз, премештање, сакривање или прихват детета ради искоришћавања сматра се „трговином људима“ чак и ако не укључује средства наведена у тачки а овог члана.*

детета, надлежни ауторитет за такво тумачење је Комитет за права детета. Комитет је сачинио различите опште коментаре у којима је изнео смернице за тумачење одредаба Конвенције. Неки од њих усредсређени су на садржај конкретних чланова Конвенције, разматрајући њихово значење у различитим контекстима; други коментари испитују примену Конвенције у целини на децу која припадају различитим групама. Када је реч о општим коментарима о значењу основних одредаба Конвенције, морају се узети у обзир следећи инструменти:

- **Општи коментар бр. 14 (2013) о праву детета да његови најбољи интереси буду од првенственог значаја (члан 3. став 1)** *У свим активностима које се тичу деце, без обзира да ли их предузимају јавне или приватне институције социјалног старања, судови, административни органи или законодавна тела најбољи интереси детета биће од првенственог значаја.*
- **Општи коментар бр. 12 о праву детета да се чује његово мишљење** (члан 12. Конвенције) *разрађује обим те одредбе утврђујући да су државе дужне да обезбеде да дете које је способно да формира сопствено мишљење има право да слободно изрази своје ставове у свим питањима која га се тичу. Када је, шире гледано, реч о деци тражиоцима азила, деци која су жртве трговине људима и деци мигрантима, та одредба се мора читати у том смислу да захтева да се чује мишљење детета и да се том мишљењу прида значај у поступцима решавања имиграционих питања и одлучивања о захтеву за азил, као и да буду обезбеђена сродна јемства, укључујући:*
 - а) *Вођење рачуна о миграционим плановима детета и чиниоцима који су га подстакли на миграцију (став 35);*
 - б) *Право детета да добије све релевантне информације о услугама, жалбеним механизмима, имиграционим поступцима и поступцима доделе азила и њиховим исходима на сопственом језику, благовремено, и на начин који му је прилагођен и који је прилагођен његовом узрасту.*
 - ц) *Ако је без пратње или одвојено, дете има право да му у најкраћем могућем року пошто је дошло буде одређен квалификован правни заступник и стручни старатељ, и то бесплатно;*
 - д) *Дететове ставове треба разматрати независно од ставова његових родитеља;*
 - е) *Дететове ставове треба разматрати у имиграционим поступцима у којима се одлучује о његовим родитељима тамо где те одлуке могу непосредно утицати на њега (осим уколико то није у његовом најбољем интересу).*
- **Општи коментар бр. 6 (2005) о поступању с децом без пратње и раздвојеном децом ван њихове земље порекла.** *Тај општи коментар, о коме је раније већ било речи, бави се, широко узев, децом без пратње и раздвојеном децом ван њихове земље порекла. У том смислу, тај коментар се посредно или непосредно односи како на тражиоце азила, тако и на децу која су у опасности од искоришћавања и тога да буду жртве трговине људима. Међу главним*

ставовима које Комитет за права детета износи у том општем коментару јесте онај у коме се утврђује да се Конвенција **не примењује само на географску територију државе већ се проширује на сву децу у надлежности државе**, што значи да обухвата *ону децу која дођу у надлежност државе када покушају да уђу на њену територију*. То је релевантно онда када се разматра положај деце у операцијама удаљења с границе (*push-back*) или враћања. У заједничким општим коментарима бр. 3. и 4. (доле) даље се прецизира наведени став и истиче да су државе потписнице у обавези да поштују права по Конвенцији и онда када остварују ефективну контролу ван граница државе. **Надлежност не може бити ограничена/искључена у зонама или областима у којима се одвијају операције контроле миграција, укључујући међународне воде или друге транзитне зоне** и може наступити и када је реч о деци *која покушавају да уђу на територију државе* (Заједнички општи коментар бр. 3, став 12).

- **Заједнички општи коментари бр. 3. и 4. (23. и 24) Комитета за заштиту права свих радника миграната и чланова њихових породица и Комитета за права детета** о општим начелима у вези с људским правима деце у контексту међународних миграција и о обавезама државе у погледу људских права деце у контексту међународних миграција у земљама порекла, транзита, одредишним земљама и земљама повратка. Комитет за права радника миграната и Комитет за права детета заједнички су 2017. године, свесни хитности положаја деце у миграционим токовима, усагласили текстове два општа коментара у којима се баве посебним правима деце и јемствима која важе за децу мигранте и њихове родитеље у контексту међународних миграција и одговарајућим обавезама држава које се њима баве. Међу најважнијим закључцима у тим заједничким општим коментарима јесте да су деца **двоструко рањива у контексту међународних миграција** јер се сматра да је тој деци потребна заштита *и као деци и као деци која су погођена миграцијама*. У општим коментарима усвојено је широко тумачење појма „миграције”, што обухвата све фазе миграционих искустава и покрива сва лица која су посредно или непосредно погођена. Због тога се Општи коментари одражавају на права деце која су *а) Мигранти [...] сама или са својим породицама; б) Рођена од родитеља миграната у одредишним земљама или ц) Остала у земљи порекла док су им један или оба родитеља мигрирали у другу земљу*.

Важно је то што општи коментари посебно осветљавају значење и обим процене најбољег интереса детета у поступцима везаним за миграције, испитујући његов утицај у смислу креирања секторске политике. Тако се у Општем коментару изричито каже да најбољи интерес детета **мора бити ствар од приоритетног значаја па самим тим има високо приоритетно место** у креирању **закона који се односе на имиграцију, као и у планирању, спровођењу и вредновању миграционих секторских политика**.

Иако се Конвенција о правима детета у целини гледано примењује на децу мигранте без обзира на њихов мигрантски статус у земљи, постоје неки посебни механизми

заштите који су предвиђени за децу тражиоце азила; она имају право на процесна и супстанцијална јемства како би делотворно остварила своје право на тражење међународне заштите. Да би испуниле своје обавезе у том смислу, државе су, између осталог, дужне да **успоставе функционалан систем азила, да донесу законе којима се пре свега уређује поступање с децом без пратње или раздвојеном децом и да изграде капацитете који су неопходни за спровођење тог поступања у складу с важећим правима утврђеним у Конвенцији и другим међународним инструментима у области људских права, заштите избеглица или хуманитарног права.** У истом том циљу, постоји још једно кључно начело када је реч о заштити деце избеглица: то је њихово право да им се **одреди старатељ** који је у стању да их делотворно заступа и да изрази њихове интересе. То треба да буде *одрасла особа која је упозната са биографијом детета и која је компетентна и способна да заступа најбоље интересе детета. Детету без пратње и раздвојеном детету у свим случајевима мора бити обезбеђен бесплатан приступ квалификованом правном заступнику, чак и када се захтев за добијање избегличког статуса разматра у склопу редовних поступака за одрасле. Старатељ и правни заступник треба да буду присутни у свим разговорима који се воде с дететом* (Општи коментар бр. 6. Комитета за права детета, став 69).

Остала процесна јемства обухватају **давање приоритета захтевима за азил која подносе деца** (став 70–72), помоћ преводиоца где је то потребно и **прихватање веродостојности исказа** уколико искрсну питања веродостојности, као и пружање могућности за жалбу ради формалног преиспитивања одлуке. Када је реч о суштинским аспектима горе наведеног, а ради се о деци која траже међународну заштиту, треба приступати имајући на уму да постоје **специфични облици прогањања везани за децу** (Општи коментар бр. 6. Комитета за права детета, став 74), који обухватају следеће облике, али нису ограничени само на њих: *прогон који врше породица или рођаци; регрутовање малолетника; трговину децом у сврху проституције; сексуално искоришћавање или подвргавање девојчица гениталном сакаћењу.*

2.2.1.4. Судска пракса Комитета за права детета у случајевима у којима се радило о деци мигрантима

Поред тога што има улогу тумача и надзорног органа, Комитет УН за права детета делује и као квазисудски орган који пресуђује о ваљаном тумачењу Конвенције у специфичним околностима и утврђује да ли су права детета у неком конкретном случају била повређена. Како би омогућиле Комитету да остварује ту функцију, државе морају бити потписнице Трећег факултативног протокола уз Конвенцију за права детета, који омогућује деци (или појединцима који их представљају) да поднесу жалбу Комитету за права детета.¹⁹³ Као и када је реч о поступку пред ЕСЉП, тако и у случајевима који се износе пред Комитет за права детета прво морају бити исцрпљени сви унутрашњи правни лекови да би се могла поднети жалба, а сама

193 Према стању од 1. јануара 2018. Трећи факултативни протокол ратификовало је 37 држава.

жалба мора бити поднета у року од годину дана од догађаја који је изазвао повреду права.

По завршетку поступка, међутим, тај поступак пред Комитет за права детета не обезбеђује исти ниво извршења какав постоји код ЕСЉП у том смислу што Комитет за права детета није властан да изрекне опште или појединачне мере како би се исправила повреда, већ може само дати **препоруке држави о којој је реч**. Ипак, на том правном путу постоји могућност да се затражи да држава уговорница предузме **привремене мере** које су потребне да би се избегла *могућа ненадокнадива штета жртви или жртвама наводних повреда* (члан 6). Та одредба је посебно релевантна када је реч о деци тражиоцима азила и деци која су жртве трговине људима јер њихов живот и слобода могу бити угрожени када им прети враћање или у контексту неадекватних аранжмана прихвата (између осталог).

До сада је **само у два случаја одлучивано о меритуму; од тих случајева један се односи на азил и његов сажетак следи:**

И. А. М. (у име своје ћерке К. И. М.) против Данске

И. А. М. (у име своје ћерке К. И. М.) против Данске (мишљења усвојена 25. јануара 2018) – **Поведа чланова 3. и 19. Конвенције о правима детета** – о предложеној депортацији у Сомалију новорођене кћерке жене чији је захтев за азил одбачен, уз ризик да девојчица буде подвргнута сакаћењу гениталних органа. Комитет је у својој одлуци подсетио на начело утврђено у Општем коментару бр. 6. (горе), којим је државама уговорницама забрањено да врате дете у земљу где се основано сматра да постоји стварни ризик од наношења непоправљиве штете (детету), који **превазилази ризике по члановима 6. и 37. Конвенције**. Такође је указано на **облике прогона који су специфични само за децу**, о којима је горе већ било речи, посебно ако се има на уму да се сакаћење женских гениталних органа помиње као врста таквог прогона. Утицај на права родитеља који имају поступци који се односе на њихову децу, у овом случају на права дететове мајке, такође је узет у обзир. У овом случају, немогућност мајке да се одупре друштвеном притиску и заштити своју кћерку од сакаћења гениталија јер је та пракса која је свеприсутна у земљи оцењена је као изузетно важан чинилац.

И. Б. и Н. С.

У случају **И. Б. и Н. С.** (Саопштење бр. 012/2017, Одлука од 27. септембра 2018) радило се о одбијању хуманитарне визе за дете у оквиру поступка усвајања према кафала начелу; где се у својству усвојитеља појављује један белгијско-марокански пар.¹⁹⁴

Услед могућности да се Конвенција користи као алтернативни правни пут за изјављивање жалбе у име деце тражилаца азила и друге рањиве деце, појавили су се у последње време и други случајеви у којима се ради о деци мигрантима.¹⁹⁵

194 Даље информације о том случају доступне су на: <http://juris.ohchr.org/Search/Details/2421>

195 Види пре свега случај *DD v Spain* (4/2016) о правима деце у поступцима процене узраста – у коме су *AIRE* центар и друге организације интервенисали у својству умешача, трећег лица: <http://www.asylum-lawdatabase.eu/en/content/third-party-intervention-dd-v-spain-42016-un-committee-rights-child-interveners>

2.3 Регионални оквир за заштиту деце миграната

2.3.1 Заштита деце миграната и избеглица у оквиру ЕКЉП и ЕСЉП

Као што је наглашено у претходним одељцима, Конвенција за заштиту људских права није инструмент који је специфичан за миграције, нити је инструмент који је специфичан за децу, већ је то далекосежан правни инструмент за заштиту људских права. Као таква, та конвенција не садржи одредбе посвећене деци мигрантима. Међутим, у неким њеним члановима помињу се деца и ти чланови су посебно релевантни у ситуацијама у којима фигурирају деца као учесници међународних миграција.

У својој судској пракси, ЕСЉП децу третира као **припаднике рањиве групе**, а децу која су тражиоци азила и децу која су жртве трговине људима третира као **посебно рањиве** појединце због тога што они истовремено припадају два различитим рањивим групама (тражиоцима азила и деци) (види: *Мубиланзила против Белгије* (Представка бр. 13178/03), *Попов против Француске* (представке бр. 39472/07 и 39474/07), *Таракел против Швајцарске* (Представка бр. 29217/12), *Рахими против Грчке* (Представка бр. 8687/080)).

То стање појачане рањивости није прост збир два наведена стања, већ се оно карактерише посебним потребама и специфичношћу која проистиче из здруженог дејства тога што је у питању дете суочено са ситуацијом која се иманентно изражава кроз патњу, умор и немаштину, као што је типична ситуација у којој се налази тражилац азила. Осим тога, ЕСЉП је у различитим приликама констатовао да су државе дужне да деци мигрантима у притвору обезбеде циљана и појачана јемства.

Неке од одредаба важних у предметима у којима се ради о деци мигрантима обухватају следеће:

- Члан 3: *Нико не сме бити подвргнут мучењу или нечовечном или понижавајућем поступању или кажњавању.* За децу важе посебни разлози када се процењује тежина поступања према члану 3. будући да *пол, узраст и стање здравља жртве* могу представљати релевантну околност;
- Члан 4: *Забрана ропског положаја и принудног или обавезног рада* (*Силијадин против Француске*, Представка бр. 01/73316 и *Ц. Н. и В. против Француске*, Представка бр. 09/67724);
- Члан 5: *Право на слободу и безбедност* (види доле: *Притвор и депортација*);
- Члан 8: *Право на поштовање приватног и породичног живота* (одвојеност од родитеља у притвору) (*Мубиланзила Мајека и Каники Митунга против Белгије*, Представка бр. 03/13178), *депортација детета без адекватних мера заштите* (*Мубиланзила*);
- Члан 14: *Забрана дискриминације*, нпр. *приступ деце миграната образовању* (*Пономаркови против Бугарске*, Представка бр. 05/5335);

- Члан 13: Право на делотворан правни лек – који мора бити примерен нивоу зрелости и потребама детета (*Рахими против Грчке*, Представка бр. 080/8687 – неадекватност информација које су предочене детету):
- Протокол бр. 1. уз ЕКЉП, члан 2: Право на образовање (горе);
- Протокол бр. 4, члан 4: Забрана колективног протеривања странаца.

Према судској пракси ЕСЉП, поштовање појачане рањивости деце мора имати прворазредни значај и **то је фактор који има приоритет у односу на њихов статус илегалних миграната** *Мубиланзила против Белгије* (горе), *М. С. С. против Белгије и Грчке*, Представка бр. 30696/09, став 232).

С обзиром на свој специфичан положај, деца која су тражиоци азила и деца која су жртве трговине људима уживају специфична и виша јемства према ЕКЉП. ЕСЉП је идентификовао специфична јемства која се дају деци мигрантима тако што је указао на посебно тешку ситуацију у којој се они налазе и у којој постоји вероватноћа да буду изложени повредама права по Конвенцији. На пример, ЕСЉП је у многим предметима разматрао како **неадекватан прихват или услови притвора утичу на децу**, често притом доносећи закључке различите од оних које би доносио када је испитивао случајеве одраслих који су се нашли у сличним ситуацијама (*Мусхаџијева и други против Белгије*, Представка бр. 41442/07).

Оцењено је да притворски објекти и услови притвора који су непримерени за задовољавање посебних потреба деце отварају питања према члану 3.¹⁹⁶ У предмету *Мубиланзила* здружено дејство ситуације у којој се налазила подносиатељка представке – у то време петогодишња девојчица без пратње и тражилац азила у центру за имиграциони притвор – оцењено је као фактор који је доводи у *изузетно рањив положај*.¹⁹⁷

Да би се утврдила адекватност услова у којима се налазе деца у притвору, ЕСЉП је разматрао да ли постоје мере које се предузимају да би им се пружила **психолошка и образовна помоћ стручног особља**.¹⁹⁸ Подједнако је важан захтев **да се именује старалац који ће заступати малолетника без пратње**, како би оспорио решење о притвору, што је констатовано у предмету *Рахими против Грчке*.

ЕСЉП је разматрао многе различите ситуације у којима су се налазила деца мигранти и у наставку овог текста детаљније ћемо говорити о стандардима и начелима које је утврдио.

196 *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*, 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.

197 *Mubilanzila Mayeka and Kaniki Mitunga v. Belgium*, Представка бр. 13178/03, став 55.

198 *Mubilanzila Mayeka and Kaniki Mitunga v. Belgium*, Представка бр. 13178/03, став 50.

2.3.1.1 Повреде члана 3. у разним ситуацијама у којима се појављују деца тражиоци азила и мигранти

Члан 3. ЕКЉП утврђује забрану мучења или нечовечног или понижавајућег поступања или кажњавања, и то у апсолутном смислу и без обзира на понашање саме жртве. У својој процени наводних повреда права утврђених у том члану Конвенције ЕСЉП резонује на основу тога да ли последице тих поступака могу да **досегну минимални ниво тежине**, чија процена зависи од свих околности предмета, као што је природа и контекст поступања или кажњавања, начин и метод на који је оно спроведено, његово трајање, његове физичке или менталне последице. Када процењује тежину поступања према члану 3, у неким случајевима пол, узраст и здравствено стање жртве такође могу представљати релевантне околности, услед чега се деци индиректно придаје посебна пажња и приоритет.

2.3.1.1.1 Контекст „даблинских трансфера“ у земље које немају адекватне стандарде за децу

У претходној верзији овог приручника посебно детаљно су размотрене последице враћања тражилаца азила у различите земље чланице сходно правилима утврђеним у „Даблинској уредби“. ЕСЉП је изазвао велики потрес у судској пракси када је у предмету *М. С. С. против Белгије и Грчке* утврдио да је због тежине услова и околности прихвата у Грчкој, враћање тражилаца азила у ту земљу само по себи могло проузроковати повреду члана 3. Иако је до тог тренутка ЕСЉП доносио закључке о томе да је прекршен члан 3. у предметима у којима је постојала опасност да странци буду враћени у неку трећу земљу, он је у предмету *М. С. С.* утврдио да је Грчка, упркос томе што је висока страна уговорница ЕКЉП и других релевантних конвенција, неподобна да се у њој адекватно сместе тражиоци азила.

М. С. С. против Белгије и Грчке

У кључном предмету *М. С. С. против Белгије и Грчке* (Представка бр. 30696/09) подносилац представке је допутовао из Авганистана у Грчку, где су му узети отисци прстију, а потом у Белгију, где је поднео захтев за азил. Сагласно „Даблинској уредби“ подносилац представке је враћен из Белгије у Грчку, где је започео поступак подношења захтева за азил. Након што се суочио с проблемима у том поступку и постао бескућник, подносилац представке је покушао да напусти Грчку с лажним, фалсификованим исправама и том приликом је ухапшен. Подносилац представке је задржан у притвору, осуђен на два месеца условне казне, да би га – после његовог другог покушаја да напусти Грчку – полиција одвела до турске границе како би га протерала, али је „у последњем тренутку одлучила да га не протера због, како је подносилац представке навео, присуства турских полицијских снага у том подручју“ (став 53).

ЕСЉП је установио да су у датом случају била повређена права подносиоца представке према различитим одредбама Конвенције. Суд је прво установио да је Грчка **повредила члан 3.** због услова притвора подносиоца представке у Грчкој и животних услова које је имао док је боравио у тој земљи. ЕСЉП је утврдио да је био прекршен члан 13. Конвенције сагледан заједно са чланом 3. због недостатака у грчком поступку за доделу азила као и због тога што у његовом случају уопште није била ваљано размотрена чињеница да би се он могао суочити

са опасностима ако би био враћен у Авганистан; такође му није био омогућен ни делотворан правни лек. ЕСЉП је такође установио да је Белгија својом одлуком да подносиоца представке врати у Грчку упркос томе што је знала да ће подносилац представке у тој ситуацији бити суочен с недостацима грчког поступка за доделу азила, као и да су услови притвора и животни услови, сами по себи, у тој ситуацији представљали повреду члана 3.

После кључне одлуке у предмету *М. С. С.*, ЕСЉП је и даље развијао свој приступ том питању у Одлуци донетој у предмету ***Таракел против Швајцарске*** [Велико веће], Представка бр. 29217/12. У том предмету, који „личи” на предмет *М. С. С.*, чињеница да је предложено да се породица тражилаца азила с малолетном децом врати из Швајцарске у Италију оцењена је као повреда члана 3. због тога што *нису постојала индивидуална јемства* у погледу старања о подносиоцима представке и због нечовечног и понижавајућег поступања коме би они били изложени услед *системских мањкавости* у аранжманима прихвата у Италији. Важно је указати да је ЕСЉП у предмету *Таракел* констатовао да постоји разлика између ситуације у Италији и ситуације у Грчкој, тврдећи да недостаци система азила у Италији нису толико тешки да се могу упоредити с Грчком. Ипак, сасвим млад узраст деце подносилаца представке и посебне потребе које они као породица имају у смислу неге и помоћи одиграли су кључну улогу, па је ЕСЉП формулисао свој индивидуални приступ предметима у којима се ради о враћању у друге земље чланице. Конкретно, и када се узме у обзир укупно боље стање италијанског система азила, тај систем још увек није био способан да задовољи **индивидуалне потребе подносилаца представке у том предмету**. Услед тога, враћање по „Даблинској уредби” у земљу чланицу у којој услови прихвата и службе које стоје на располагању враћеним лицима **нису адекватне за задовољење индивидуалних потреба појединца могу** отворити питање повреде члана 3, чак и тамо где недостаци самог система као целине нису толико тешки да доводе у опасност било ког појединца.

С тим у вези, у Пресуди се каже: 117. [...] *исто онако као што се целокупна ситуација азиланата у Италији не може поредити са ситуацијом азиланата у Грчкој, која је анализирана у Пресуди у предмету М. С. С. [...], тако се и конкретна ситуација подносилаца представке у овом предмету разликује од ситуације подносиоца представке у предмету М. С. С.* С обзиром на посебне потребе тих подносилаца представке као породице с малом децом и с обзиром на основане наводе о томе да се италијански систем азила суочава с тешкоћама, закључено је да су *швајцарске власти биле дужне да од својих италијанских колега добију уверавања о томе да ће подносиоци представке по доласку у Италију бити примљени у одговарајућим објектима и у услови-ма који су прилагођени узрасту њихове деце, као и да ће породица остати на окупу.*

Таракел против Швајцарске, Представка бр. 29217/12

У предмету *Таракел против Швајцарске*, подносилац представке, авганистански држављанин, његова супруга, Пакистанка, и њихово шесторо малолетне деце допутовали су из Ирана, у коме су живели, у Италију, где су регистровани. Након што се суочила с лошим животним условима у прихватном центру у Италији, породица је отпутовала у Аустрију, где јој је одбијен

захтев за азил, а потом у Швајцарску, где јој је такође одбијен захтев за азил. Сагласно „даблинским уредбама“ одлучено је да се породица трансферише у Италију упркос томе што су швајцарске власти признале да постоје „тешки животни услови у Италији“. Подносилац представке је уложио жалбу на ту одлуку, та жалба је одбијена, онда су поново уложили жалбу вишој домаћој судској инстанци, да би се пошто им је жалба други пут одбијена, обратили Европском суду.

Оцењено је да је капацитет прихватних објеката у Италији неадекватан, тако да су у неким градовима породице миграната биле редовно раздвајане. Такође је оцењено да у објектима за прихват често влада насиље и нездрава атмосфера. Будући да се у породици подносилаца представке налазило шесторо малолетне деце, било је посебно важно то што су италијанске власти биле дужне да им пруже посебну заштиту. То значи да је требало ту породицу сместити у условима који би били прилагођени њиховим потребама.

ЕСЉП је установио да би наступила повреда члана 3. ако би подносиоци представке били враћени у Италију, а да швајцарске власти претходно не добију индивидуална јемства да ће италијанске власти водити рачуна о подносиоцу представке и његовој породици на начин који је примерен узрасту деце и да ће породица остати на окупу.

2.3.1.1.2 Услови и дужина притвора који доводе до нечовечног и понижавајућег поступања

Општа начела која се примењују на имиграциони притвор према ЕКЉП детаљно су размотрена у Другом поглављу овог приручника. Међутим, за потребе овог одељка, вреди подсетити на конкретне закључке Суда у ситуацијама када се у притвору нађу деца, било да су деца без пратње или да имају пратњу.

Као што је поменуто у уводу овог одељка, у случајевима у којима је реч о деци ЕСЉП је установио повреде члана 3, чак и онда када наведени услови – ако би се разматрали у склопу неког предмета у коме се ради о одраслом лицу – не би довели до закључка о повреди права. Пример за то је предмет **С. Ф. и други против Бугарске**, Представка бр. 8138/16, где је притвор у полицијској станици трајао укупно **32–48 сати**, али је и то кратко време оцењено као повреда члана 3. Конвенције с обзиром на специфичну ситуацију лица који су били подвргнути тој мери – радило се о породици ирачких тражилаца азила с малолетном децом. ЕСЉП је пре свега указао на *изузетну рањивост деце тражилаца азила [која захтева да се] посебно пажљиво размотри у контексту притвора подносилаца представке.*

Конкретно: *Без обзира на укупно ограничен **временски период (краћи од времена које ЕСЉП обично кажњава)** услови у притворском објекту пограничне полиције били су знатно гори него што је то уобичајено за предмете којима се ЕСЉП бави у својој судској пракси о том питању (прљави, похабани душеци и исцепана постељина, отпаци и бачен картон на поду, ограничен приступ тоалету, недостатак хране – **посебно тешки услови ако се има на уму да је један од подносилаца представке имао само годину и по дана**). То комбиновано физичко и психолошко дејство на подносиоце представке, посебно оне најмлађе међу њима, било је такво да је изазвало повреду права према тој одредби.*

У предмету **Мубиланзила Мајека и Каники Митунга против Белгије** и у предмету **Мусахиџева против Белгије** налазимо два добра примера ситуације у којима су деца била одвојена од својих родитеља и притворена или држана заједно с родитељима у притвору. Иако се резонување у та два предмета делимично разликује због различитих искустава деце о којима се ту ради у погледу одвојености од родитеља, и у једном и у другом случају оцењено је да **недостатак одговарајућих услуга и јемстава** за децу, као и **продужено стање патње** изазвано искуством притвора доводе до повреде члана 3. Посебно је у предмету **Мубиланзила** ЕСЉП исказао опште начело по коме деца која су смештена у притворски или прихватни објекат, по правилу, не смеју бити смештена са одраслим лицима с којима нису у сродству јер их то излаже још већим ризицима од штете, злостављања и искоришћавања.

У предмету **Мубиланзила Мајека и Каники Митунга против Белгије**, ЕСЉП је разматрао смештај петогодишње подносиатељке представке као тражиоца азила у центар за имиграциони притвор са одраслима с којима није у сродству и тамо борави до депортације.¹⁹⁹

Девојчица је провела два месеца у притвору, смештена у центар који је намењен одраслима, без икакве психолошке или образовне помоћи стручног лица које би било посебно именовано у ту сврху.

ЕСЉП је посебно указао на дечји узраст подносиатељке представке и услове у којима је она била притворена и одвојена од породице. ЕСЉП је закључио да је подносиатељка представке била у *изузетно рањивој ситуацији* (став 55). Стога је закључио да је у датом случају био прекршен члан 3. у вези с неадекватним условима боравка у притвору. Осим тога, ЕСЉП је установио да је члан 3. био прекршен и у вези с враћањем девојчице. Закључено је да је тужена држава, тиме што ју је депортовала, прекршила своју позитивну обавезу да предузме одговарајуће мере предострожности или оперативне мере како би је заштитила.

У предмету **Мусахиџева против Белгије**, закључено је да је притвор четворо чеченске деце до трансфера по „Даблинској уредби“ у објекту који није био опремљен да задовољи њихове специфичне потребе представљао повреду члана 3. Иако деца о којој је реч нису била одвојена од мајке, ЕСЉП је ставио тежиште у свом разматрању на психолошки утицај који је дуготрајни притвор морао да има на њихово ментално благостање, посебно указујући на последице које је то морало оставити на најмлађе дете међу њима (у предметном времену то дете је имало пет година) сматрајући да су те последице толико тешке да представљају повреду члана 3.

2.3.1.2 Повреда аспекта члана 5: законитост притвора деце миграната, процена расположивих алтернатива и приступ правним лековима

Поред тога што пружају важан увид у приступ ЕСЉП повредама члана 3. у предметима у којима се ради о деци у притвору, наведени примери такође осветљавају став ЕСЉП у односу на право деце миграната на слободу и безбедност личности сагласно **члану 5.** Конвенције. Приступ Суда и процена према члану 5. у предметима

¹⁹⁹ *Ibid.*, став 52.

ма у којима се ради о мигрантима лишеним слободe детаљно је објашњен у Другом поглављу овог приручника. Стога ћемо у овом одељку само укратко указати на оне случајеве у којима се лишење слободe односило на децу мигранте.

Мубиланзила против Белгије

У предмету **Мубиланзила против Белгије**, о коме је овде већ било говора у вези с правима по члану 3, прва подносиатеља представке, конгоанска држављанка, добила је избеглички статус 2001. године да би јој 2003. године била издата неограничена дозвола боравка. Њену кћерку, петогодишњу конгоанску држављанку, у Белгију је довео ујак девојчице, да би се касније придружио својој мајци у Канади. Чим је дошла у Белгију, девојчица је притворена и у притвору је провела два месеца, одвојена од ујака. Касније је депортована у Демократску Републику Конго иако тамо није било ниједног члана породице који би могао да је прими.

ЕСЉП је установио да је прекршено неколико права друге подносиатеље представке. Установио је повреду чланова 3. и 8. због неадекватних услова притвора. Када је реч **о праву друге подносиатеље представке по члану 5**, ЕСЉП је констатовао да у белгијском унутрашњем праву нима ниједне одредбе која би се конкретно бавила имиграционим притвором малолетника. Девојчица је била притворена у центру који је био непримерен њеном изузетно рањивом стању. Стога тај притвор није био „законит“ у смислу члана 5. Осим тога, када је реч о члану 5. став 4, ЕСЉП је установио засебну повреду права услед понашања белгијских власти, које су издале *налог за депортацију детета пре но што је Веће првостепеног суда у Бриселу (Chambre de conseil) изрекло своју одлуку и нису ни у једној фази преиспитале своје решење о депортовању и извршење тог решења предвиђеног дана, упркос томе што жалбени рок од 24 сата, током кога је жалба поднета, још није истекао.*

У горе наведеном предмету **Мусхаџијева и други против Белгије**, ЕСЉП се суочио са делимично другачијом ситуацијом јер деца (било их је четворо, међу њима и једно сасвим мало) нису била одвојена од мајке, већ су притворена заједно с њом, у ишчекивању трансфера у Пољску према „Даблинској уредби“.

Мусхаџијева и други против Белгије

Подробније говорећи, у предмету **Мусхаџијева и други против Белгије** подносиоци представке, мајка и њено четворо деце, сви руски држављани, пребегли су из Чеченије у Белгију, где су затражили азил. Будући да су прво стигли у Пољску, белгијске власти су настојале да их врате сагласно уредби „Даблин II“. Подносиоци представке су држани у притвору месец дана у „затвореном транзитном центру“ до спровођења одлуке о трансферу. Центар није био прилагођен за смештај деце и она су држана у истим условима у којима су боравили одрасли. Њихов захтев за пуштање на слободу је одбијен. Резултати лекарских прегледа указали су на то да су се код деце појавили озбиљни физички и психолошки проблеми услед притвора, што је налагало да хитно буду пуштена на слободу.

ЕСЉП је установио повреду права деце, али не и повреду права мајке. Оцењено је да „најбољи интереси“ и изузетна рањивост деце претежу над њиховим статусом илегалних миграната. Чињеница да су деца била у пратњи мајке није ослободила власти њихове обавезе да ту децу заштите. Иако су лекари изразили забринутост због њиховог стања, подносиоци представке су месец дана држани у затвореном центру који није био пројектован за смештај деце и тиме је био прекршен члан 3.

Будући да су деца била притворена у условима који нису били примерени њиховој изузетној рањивости, **ЕСЉП је закључио да тај притвор није био у складу с начелом законитости, па је њиме био прекршен и члан 5. став 1.** Међутим, будући да су домаћи судови који су имали ефективну надлежност без одлагања размотрили све жалбе у време док су се подносиоци представке још налазили у Белгији, у датом случају није био прекршен члан 5. став 4.

ЕСЉП је установио повреду **члана 5.** и у старијем предмету ***Рахими против Грчке*** (Представка бр. 8687/08), где је законитост притвора оспоравана на основу чињенице да власти нису размотриле посебне потребе подносиоца представке као малолетника без пратње и да нису размотриле ни то да ли су имале на располагању *мање принудне мере*. И у том случају ЕСЉП је установио повреду процесног аспекта **члана 5. став 4.** у том смислу што *подносилац представке није могао да ступи у контакт са адвокатом, а информације које је добио није могао да разуме (биле су на језику који он не разуме) [..] и није му одређен старатељ који би поступао као његов правни заступник.*

Рахими против Грчке

У предмету ***Рахими против Грчке***, подносилац представке, петнаестогодишњи држављанин Авганистана, стигао је на грчко острво Лезбос. Смештен је на два дана у притвор до протеривања. Грчке власти су саопшtile да је подносиоца представке пратио његов „рођак” Н. М. Касније је подносилац представке ослобођен без икакве подршке. После неколико дана које је провео као бескућник, једна невладина организација му је нашла смештај. Његов захтев за азил је одбијен.

ЕСЉП је установио повреду права подносиоца представке по члановима 3. и 5. Када је реч о члану 3, ЕСЉП је закључио да је подносилац представке био малолетник без пратње, противно тврдњи Државе да је допутовао „с рођаком”. Комитет за борбу против мучења (CPT) и друге невладине организације потврдили су у својим извештајима да је на Лезбосу била рутинска пракса да се пунолетни тражиоци азила држављани Авганистана упишу као „браћа” или „рођаци” малолетних Авганистанаца без пратње. Сами услови притвора такође су представљали „понижавајуће поступање” према члану 3. иако је тај притвор трајао свега два дана: хигијена и инфраструктура су били у супротности с појмом људског достојанства; власти нису узеле у обзир посебне околности подносиоца представке – чињеницу да је он малолетник без пратње – када су донеле решење о његовом притвору. Након што је пуштен на слободу, власти нису предузеле позитивне мере које им налаже члан 3. с обзиром на рањив статус подносиоца представке: није му обезбеђен смештај, социјална или финансијска помоћ, нити су му обезбеђене карте за превоз да напусти Грчку. Никада му није одређен старатељ.

ЕСЉП је такође установио да притвор подносиоца представке није био оправдан са становишта члана 5. став 1. тачка ф) јер он није испуњавао услове „законитости”: није ни на који начин утврђено шта је то што је у најбољем интересу детета; притвор очигледно није био одређен као последња могућа мера; није се ни трагало за алтернативама притвору. Подносилац представке, у начелу, није могао да ступи у контакт са адвокатом; информације које је добио на летку биле су написане језиком који он не разуме. Стога је ЕСЉП закључио да, чак и да су расположиви правни лекови били делотворни, подносилац представке није био у могућности да их користи.

2.3.1.3 Поступци за процену узраста

У контексту међународних миграција све важније постаје питање **процене узраста детета**. Будући да лице за које се званично утврди да је малолетно аутоматски има приступ широком спектру процесних и суштинских јемстава и посебним видовима поступања, све се чешће догађа да државе оспоравају прокламовани узраст детета и примењују сумњиве технике и методе за процену узраста. То се догађа упркос начелу по коме би, по правилу, требало да се узраст детета процењује само онда када постоји сумња у податак о његовом узрасту и када је та сумња у довољној мери основана да држава одбаци **претпоставку малолетништва** које се иначе примењује у случајевима у којима се ради о деци. Када је реч о конкретним техникама које се користе за процену узраста, развио се широк консензус у правцу осујећивања **медицинске процене** (укључујући рендгенска снимања, процену полне зрелости детета, стоматолошко испитивање итд.), већ се уместо тога предност даје мултидисциплинарном и холистичком приступу процени узраста, који подразумева психосоцијалну евалуацију детета. ЕСЉП се досад још није бавио питањем процене узраста, али је, у предмету *Дарбо и Камара против Италије /Darboe, Camara/* (Представка бр. 5797/17), који је тренутно у разматрању пред судом, први пут покренуто то питање и то тако што је наведено да инвазивне технике процене узраста могу бити узрок мешања како по **члану 3**, тако и по **члану 8**. Конвенције. Иако одлука о том питању још није донета АИРЕ центар и холандски Савет за избеглице и ЕСРЕ укључили су се у својству умешача да би ЕСЉП-у предочили своје ставове према том питању.²⁰⁰

2.3.1.4 Када постоје ризици од експлоатације/трговине људима

Као што је уопштено већ назначено у одељку о трговини људима и азилу (одељак 1.1.2.2), ЕКЉП обухвата трговину људима и остале видове радне експлоатације у свом плану 4. који у релевантним деловима гласи како следи: *Забрана ропства и принудног или обавезног рада (члан 4): 1. Нико се не сме држати у ропству или ропском положају (сервитут). 2. Ни од кога се не може захтевати да обавља принудни или обавезни рад.*

ЕСЉП је трговину људима изричито укључио у поље дејства горње одредбе у предмету *Ранцев против Кипра и Русије*, о коме је било речи раније у тексту; ту је ЕСЉП утврдио да трговина људима спада у поље дејства члана 4. У својој судској пракси, ЕСЉП се бавио и ситуацијама у којима су деца мигранти погођена различитим видовима експлоатације. У таквим случајевима, ЕСЉП је изражавао своје становиште о томе које механизме заштите и посебна питања треба узимати у обзир. Предмети у којима је ЕСЉП изричито изнео своје ставове о том питању јесу *Силијадин (принудни рад)* и предмет *Ц. Н. и В. против Француске* (Представка бр. 67724/09).

²⁰⁰ Види текст интервенције на: <http://www.asylumlawdatabase.eu/en/content/darboe-and-camara-v-italy-applno579717-third-party-intervention-aire-centre-dutch-council>

Силијадин против Француске

У предмету **Силијадин против Француске**, подносиатеља представке, петнаестогодишња тогоанска држављанка, стигла је у Француску 1994. године на основу договора да ће радити за гђу Д. док тим радом не исплати трошкове путне карте. После неколико месеци, гђа Д. ју је „позајмила“ гђи Б. Подносиатеља представке је у стварности радила као неплаћена кућна помоћница госпође Б. око 15 сати дневно, седам дана у недељи и без иједног слободног дана. Спавала је у истој соби у којој је спавало једно дете гђе Б. како би могла да се побрине за њега ако се оно пробуди – и није добијала никакву плату. Тужилаштво је покренуло поступак против гђе Б., али је гђа Б. ослобођена у жалбеном поступку.

ЕСЉП је установио да су била повређена права подносиатељке представке по члану 4. Конвенције зато што јој француске унутрашње право није пружио практичну и делотворну заштиту од принудног рада и ропског рада. ЕСЉП је дефинисао „принудни рад“ тако да он обухвата сваки рад или услугу који су изнуђени од неког лица под претњом било какве казне, када то лице не ради по својој слободној вољи; ропски рад (сервитут) описује ситуацију у којој је лице принудом натерано да пружа своје услуге. Подносиатеља представке спада и у једну и у другу категорију. Будући да француско кривично законодавство није садржало ниједну одредбу која би се конкретно бавила правима зајемченим у члану 4. ЕКЉП, подносиатеља представке није могла у кривичном поступку да тужи одговорне за штету која јој је нанета. Правни лек који предвиђен у грађанскоправном поступку није довољан с обзиром на суштинску природу права по члану 4.

2.3.1.5 Приступ образовању

Коначно, област у којој су деца мигранти најчешће у изразито неповољном положају јесте област образовања. Рестриктивна миграциона политика, ограничења која проистичу из миграцијског статуса деце и препрека у смислу материјалног приступа услугама образовања могу деци мигрантима битно отежати делотворан приступ образовању, што отвара питања како по **члану 2. Протокола бр. 1. (приступ образовању)**, тако и по **члану 14. (забрана дискриминације)**.

Јасну илустрацију тог питања налазимо у предмету **Пономарјови против Бугарске**.

Пономарјови против Бугарске

У предмету **Пономарјови против Бугарске** (Представка бр. 5335/05), подносиоци представке су два брата рођена у Казахстану, који су као деца прешли у Бугарску са својом мајком и тамо се уписали у школу. Када су постали пунолетни, али су још увек били у средњој школи, први подносилац представке је обавештен да мора прибавити дозволу како би могао наставити да живи у Бугарској. И он и његов брат на крају су успели да добију боравишне дозволе пошто су узели кредит у банци како би платили тражене таксе. Пре но што су добили боравишне дозволе, школе су наложиле и једном и другом брату да им плате одређене таксе зато што су странци без сталне боравишне дозволе. Браћа су затражила судску ревизију одлуке, али су претходно донета решења у том поступку потврђена. Врховни управни суд је потврдио пресуде нижег суда и стао на становиште да подносиоци представке, чак и након што су добили

сталну боравишну дозволу, и даље дугују новац за школарину који је требало да плате онда када нису поседовали боравишне дозволе. Ситуацију је донекле одложило то што је старији брат стекао диплому средње школе за око две године. Други брат је могао да похађа наставу и током тих година за које је његова школа тражила школарину, али га је школа потом онда тужила због тог дуга, тражећи да га исплати. Тужба је прихваћена на обласном суду и другом брату је наређено да плати школарину.

Образовање је право које је непосредно утврђено Конвенцијом у члану 2. Протокола бр. 1. и унутрашње поље слободне процене државе смањује се што је нижи ниво образовања. **ЕСЉП је оценио да немогућност приступа средњем образовању спречава појединца да се прилагоди својој околини и има далекосежне последице за његово социјално и економско благостање.**

ЕСЉП је установио да је у датом случају био **прекршен члан 14. сагледан у вези са чланом 2. Протокола бр. 1.** будући да је подносиоцима представке било наложено да плате школарину искључиво по основу свог држављанства и имиграционог статуса. Та разлика у поступању није имала никакво објективно ни разумно оправдање јер браћа нису незаконито полагаала право на јавне услуге, нити су одабрала да се настане у Бугарској, већ реално нису била у могућности да пређу у неку другу земљу и наставе своје образовање и били су потпуно интегрисани у бугарско друштво, а ти чиниоци нису били узети у обзир.

2.3.2 Релевантни стандарди права ЕУ

Конечно, вреди подсетити на релевантне одредбе законодавства ЕУ којима се уређује положај деце миграната. У својим различитим инструментима у вези с тим питањем, право ЕУ значајно инкорпорира и проширује начела заштите деце миграната која проистичу из развоја догађаја у свету и еволуције става према том питању.

Права деце миграната заузимају истакнуто место и у примарном и у секундарном законодавству ЕУ, као и у инструментима специјализованим за азил и/или миграције. Структура и функција законодавства ЕУ подробно је размотрена у првом издању овог приручника. У овом одељку ограничићемо се на разматрање оних инструмената и оних одредаба које су релевантне за конкретна права деце миграната.

На крају, вреди указати на релевантне одредбе законодавства ЕУ којима се уређује положај деце миграната у различитим околностима.

2.3.2.1 Повеља о основним правима у ЕУ

Већ је објашњено да је Повеља ЕУ о основним правима основни инструмент којим се уређују људска права у Унији, као и део примарног права ЕУ. Као таква, Повеља има исту законску вредност какву имају уговори ЕУ и она обавезује државе чланице да испуњавају своје дужности. **Члан 24.** Повеље изричито се бави **правима детета** и тај члан у суштини инкорпорира у право ЕУ начела која су утврђена у Конвенцији о правима детета – пре свега право детета *да одржава редовне личне и директне контакте са оба родитеља, осим ако је то противно његовим интересима*, те је сто-

га – у начелу – важан за децу мигранте у том смислу што их штити од одвајања или омогућава да се споје с породицама. Заштита по том члану допуњена је чланом 7. Повеље, који штити право на породични живот (тај члан одговара члану 8. ЕКЉП). Када је реч о групи деце којој је посвећено ово поглавље, важно је подсетити на то да Повеља садржи и конкретне одредбе о азилу, укључујући **право на азил по члану 18. и право на заштиту од *refoulement* и колективног протеривања по члану 19.**

2.3.2.2 Секундарно законодавство о азилу

Посебно посвећене одредбе постоје, пре свега, када је реч о идентификацији, обради и прихвату деце тражилаца азила, а најбољи интерес детета је изричито инкорпориран у законе којима се уређује та област у целини. Према општем правилу, деца тражиоци азила сматрају се рањивим лицима према праву ЕУ о азилу и стога имају право на виши степен заштите (члан 21. измењене директиве о условима прихвата, доле). Следе главни инструменти којима се на нивоу ЕУ уређује питање азила:

- **Измењена Директива о условима прихвата 2013/33;**
- **Измењена Директива о заједничким поступцима за признање азила 2013/32;**
- **Измењена Квалификациона директива 2011/95/ЕУ (У изворнику штампарска грешка, пише 2011/9516);**
- **Уредба „Даблин III“.**

Уместо да по један одељак посветимо сваком од наведених инструмената, поделили смо се да у наредном одељку осветлимо неке од најважнијих аспеката које они уређују, као и јемства која сваки од тих инструмената пружа деци мигрантима.

2.3.2.2.1 Заступање и старатељство

Именовање **старатеља**, коме се ставља у задатак да заступа интересе детета онда када нема родитеља или другог одговорног одраслог лица, један је од кључних аспеката помоћу кога се штите права деце миграната. С обзиром на ту централну улогу старатеља, његовим именовањем баве се и инструменти који уређују питања азила и остали инструменти који се баве миграционим питањима зато што миграциони статус детета сам по себи не утиче на његово право да добије одговарајуће заступање.

За сваку категорију деце миграната постоје одредбе којима се уређује именовање старатеља и овлашћења и одговорности старатеља:

- **За децу тражиоце азила**
 - Именовање заступника и право на обавештавање (члан 24. став 1. измењене Директиве о условима прихвата);

- Право детета да му се, након што му је одобрена избегличка или супсидијарна заштита, одреди законски старатељ што је пре могуће – као законски старатељ може бити именовано физичко лице или неко тело, где је то потребно, које је *одговорно за заштиту и добробит малолетника или (да му се обезбеди) да на било који други начин, укључујући и онај прописан законом, или на основу судског налога буде заступано* (члан 31. измењене Квалификационе директиве);
- Прописно извршавање обавеза старатеља морају надzirати државе чланице кроз **редовне процене** (члан 31. став 2. измењене Квалификационе директиве).
- **Деца жртве трговине људима → ** Види такође одељак 1. овог поглавља: Азил и трговина људима**
 - **Тачка 23. Преамбуле Директиве ЕУ о спречавању трговине људима:** *Од тренутка идентификовања детета без пратње које је жртва трговине људима, па док се не пронађе трајно решење за његов случај [...] [м]орају се предузети потребне мере како би се осигурало да се, тамо где је то потребно, именује старатељ и/или заступник ради заштите најбољих интереса малолетника.*
 - **Члан 14. Директиве ЕУ за спречавање трговине људима: Помоћ и подршка деци жртвама:** *[...] Државе чланице именују старатеља или заступника за дете које је жртва трговине људима од тренутка када надлежни органи идентификују то дете ако су, према унутрашњем праву, носиоци родитељске одговорности због сукоба интереса између њих и детета које је жртва спречени да обезбеде најбољи интерес детета или да га заступају.*
 - **Када је дете без пратње, члан 16. Директиве ЕУ за спречавање трговине људима:** 3. Државе чланице предузимају потребне мере како би осигурале да се, тамо где је то потребно, именује старатељ детета без пратње које је жртва трговине људима.

2.3.2.2.2 Посебна јемства током поступка признања азила

Инхерентна рањивост, умањена аутономност и свест којима се одликују деца тражиоци азила налаже да им државе чланице приликом спровођења поступка доделе азила пруже посвећена јемства вишег степена како би се обезбедило да та деца стварно схвате поступке и да имају делотворан приступ свим поступцима. Нека од јемстава која обезбеђују активно и свесно учешће детета у поступку доделе азила су следећа:

- Право да се **непосредни разговор који се води с дететом о азилу води на начин који је примерен детету** (члан 15. став 3. тачка е измењене Директиве о азилним поступцима);



- Право детета да му се хитно одреди **заступник** и да буде обавештено о поступку (члан 25. став 1.(а) измењене Директиве о азилним поступцима);
- Право детета да непосредни **разговор с њим води лице које има одговарајуће квалификације за то** (члан 25. став 3. тачка а измењене Директиве о азилним поступцима);
- Право на **правне и процесне информације** (члан 25. став 4. измењене Директиве о поступцима доделе азила);
- Право на то да се малолетнику **верује и без доказа** у поступцима процене узраста, као и право на то да ти поступци буду у најмањој могућој мери инвазивни и да се одвијају уз одговарајућа јемства (члан 25. став 5. измењене Директиве о азилним поступцима).

2.3.2.2.3 Помоћ, услови прихвата и приступ услугама служби за интеграцију

Поред тих посвећених процесних јемстава, деца у поступку доделе азила исто тако треба да уживају одговарајуће посвећене услуге у смислу **материјалних услова прихвата и помоћи**. Измењена Директива о условима прихвата, која уређује услове прихвата тражилаца азила у Европи, пружа појачана јемства тражиоцима азила за које се изричито утврди да обухватају децу (чланови 23. и 24). Сагласно том инструменту, **деца уживају право на одговарајући животни стандард, што обухвата физички, ментални, духовни и друштвени развој**. Исто тако, државе морају узети у обзир *добробит и социјални развој малолетника [...] његово порекло... питања везана за безбедност и заштиту, пре свега онда када постоји опасност да је дете и жртва трговине људима*.

У том циљу, аранжмани прихвата који су предвиђени за децу морају испуњавати следеће услове:

- Објекти за прихват морају бити прилагођени потребама деце и у привременим центрима и у центрима за трајни прихват, **с тим што се деци мора осигурати приступ рекреативним активностима које су примерене њиховом узрасту** (члан 23. став 3. измењене Директиве о условима прихвата);
- Деца морају имати **приступ услугама рехабилитације** онда када су жртве „злостављања, занемаривања, експлоатације, мучења или окрутног, нечовечног или понижавајућег поступања или [...] оружаног сукоба“ (члан. 23. став 4. измењене Директиве о условима прихвата);
- Одговарајуће врсте смештаја за децу без пратње обухватају: (а) смештај са одраслим рођацима, (б) смештај у хранитељској породици; (ц) у центру за смештај који има посебне могућности збрињавања за малолетнике и (д) у другим смештајним капацитетима који су примерени малолетницима, с тим да се што је мање могуће премештају у други смештај (члан 24. став 2. измењене Директиве о условима прихвата);

- Генерално узев, забрањено је децу тражиоце азила смештати са одраслима – осим у изузетним околностима када деца која имају најмање 16 година и ако је то у њиховом најбољем интересу могу бити смештена у центар заједно са одраслима који им нису род (члан 24. став 2. измењене Директиве о условима прихвата);
- Промене места боравишта малолетника ограничавају се на најмању могућу меру да то не би изазвало узнемиреност малолетника (члан 30. став 4. измењене Квалификационе директиве и члан 24. став 2. измењене Директиве о условима прихвата);
- **Право на приступ школовању и образовању:** Сагласно члану 14. измењене Директиве о условима прихвата, деца тражиоци азила имају право на приступ образовном систему под сличним условима као и држављани земаља прихвата, а то образовање може се обезбедити у центрима за смештај. Сагласно истом члану, државама чланицама није дозвољено да *ускрате право на средњошколско образовање малолетнику само зато што је он постао пунолетан* (члан 14. став 1).

2.3.2.2.4 Деца жртве трговине људима

Слично као и деца тражиоци азила, и деца која су жртве трговине људима суштински су повређена траумом коју им је нанела експлоатација и стога им је неопходна рехабилитација. Да би таква деца могла да наставе нормалан живот и реинтегришу се у друштво земље домаћина, државе чланице су дужне да предузму одређене кораке према Директиви ЕУ о спречавању трговине људима. Мере које се предузимају ради пружања подршке деци која су жртве трговине људима и ради рехабилитације те деце увек морају узимати у обзир ставове и специфичне околности сваког детета (чланови 13. и 14), па треба, између осталог, да обезбеде таквој деци:

- Физички и психосоцијални опоравак (члан 14. став 1);
- Приступ образовању (члан 14. став 1);
- Помоћ и подршку породицама деце која су жртве трговине људима када се њихове породице налази на територији државе чланице (члан 14. став 3).



3. ТВРДЊЕ О РОДНО ЗАСНОВАНОЈ ПОВРЕДИ ПРАВА, РОДНО СПЕЦИФИЧНИ ПРОГОНИ И ЗАШТИТА ТРАЖИЛАЦА АЗИЛА ИЗ РЕДА *LGBTI+*

У претходном издању овог приручника разматрано је питање рода када је било говора о појму „посебне друштвене групе“ у смислу Женевске конвенције. У том контексту смо објаснили како се, да би се идентификовала опасност од прогона у смислу Конвенције, основ на који се позива подносилац представке ограничава на расу, вероисповест, држављанство, политичко мишљење и припадност одређеној друштвеној групи. Будући да међу квалификаторне основе које утврђује Женевска конвенција нису изричито уврштени „род“ и „сексуална оријентација“, тврдње о повредама права које су везане за та питања разматрају се, по правилу, у склопу широко дефинисане категорије **одређена социјална група**.²⁰¹

У тој смерници УНХЦР дефинише израз „одређена социјална група“ као категорију појединаца који имају заједничке карактеристике које су *урођене, непроменљиве или [...] на неки други начин суштински важне за идентитет, свест или остваривање људских права*.²⁰² Захваљујући духу те одредбе, како га је протумачио УНХЦР и како је он даље развијен у другим инструментима „меког права“, притужбе због повреда права на основу сексуалне оријентације, идентитета или рода разматрају се у оквиру те категорије.

Због таквог приступа Женевске конвенције, у неким контекстима је остао „непрепознат“²⁰³ неповољан положај жена и припадника *LGBTI+* заједнице. Иако родна и сексуална оријентација не представљају аутономни основ за тражење азила, прихваћено је да они могу бити у основи неких аката прогона.

Ти чиниоци се све више прихватају као основ за акте прогона откако постоји међународноправна карактеризација аката *као што је сексуално насиље... као тешких видова злостављања, који представљају прогањање*.²⁰⁴ У светлу дефиниције социјалне групе према Женевској конвенцији, која се, између осталог, ослања на карактеристике као што су **суштинска/урођена природа**, прогањање засновано на питањима рода/пола сматра се појавом која у потпуности потпада под основ који пружа одређена социјална група.²⁰⁵

201 УНХЦР, Смернице о међународној заштити бр. 2: Припадност посебној социјалној групи у контексту члана 1. А тачка (2) Конвенције из 1951. године и/или Протокола уз њу из 1967. године у вези са статусом избеглица, текст доступан на: <https://www.unhcr.org/3d58de2da.pdf>

202 УНХЦР, Смернице о међународној заштити, бр. 1: Родно засновани прогон у контексту члана 1.А(2) Конвенције из 1951. године и/или Протокола уз њу из 1967. године у вези са статусом избеглица, доступан на: <http://www.refworld.org/docid/3d36f1c64.htm>, став 29.

203 *Ibid.*, став 5.

204 *Ibid.*, став 9.

205 *Ibid.*, став 30.

У неким случајевима такође се могу повезати **род и вероисповест** и/или **социјално-културне норме**. Када нека вероисповест приписује одређене улоге или понашања некој групи, на пример женама, па се кажњава неиспуњавање таквих норми, то може представљати *доказ да жена има неприхватљиво друштвено мишљење без обзира на то у шта она стварно верује*.

Припадност одређеној групи у смислу рода и/или сексуалности у неким случајевима се признаје као основ за **специфичне облике прогона и друге видове поступања** који могу пружити основ појединцу на кога се односе да поднесе захтев за азил или неки други облик међународне заштите.

О захтевима које подносе *LGBTI+* биће говора посебно, касније у тексту, зато што се на њих односе посебни разлози за разматрање. У наредном одељку бавићемо се питањима у вези с родом у захтевима за одобравање азила.

3.1 Релевантност родно заснованих питања у контексту азила

У својој резолуцији о „**родно заснованим захтевима за азил**“ из 2010. године Парламентарна скупштина Савета Европе пригрлила је наведени појам позивајући државе да узму у обзир – у контексту поступка за доделу азила – *посебне проблеме с којима се суочавају: „11.1. жртве трговине људима, пре свега жене и девојке“*.

У том смислу, иако је горе већ било речи о тој испреплетености између азила и трговине људима, неопходно је подсетити да је, иако трговина женама и девојкама у сврху сексуалне експлоатације не исцрпљује све многобројне облике које то кривично дело може да има, трговина људима у сврхе сексуалне експлоатације у својој историјској димензији представља изразито родно специфично кривично дело. Зато га Резолуција СЕ описује као *облик прогањања на коме може бити заснован захтев за азил* (став 11.1.1).²⁰⁶

Међу осталим видовима родно специфичне праксе и аката који могу имати одлике прогањања у смислу основа за подношење захтева за азил или који могу бити довољно тешки да оправдају доделу других облика међународне заштите, у Резолуцији су побројани:

- *[Ж]ртве или потенцијалне жртве сакаћења женских гениталних органа*, што у том смислу треба идентификовати као *потенцијални основ за подношење захтева за азил*;
- Жене које су жртве психолошког и физичког насиља почињеног током оружаног сукоба [...] *што обухвата силовање, сексуалну експлоатацију, присилно*

²⁰⁶ Andrej Zernovski, Меморандум са објашњењима уз Извештај Парламентарне скупштине о родно заснованим захтевима за азил (Explanatory memorandum to the Parliamentary Assembly Report on Gender-related claims for asylum), доступан на: <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=12509&lang=en>, Нацрт резолуције, став 11.1.1

склапање брака, присилни абортус, присилну трудноћу и присилну стерилизацију;

- Жртве **систематског силовања** и **сексуалног насиља** које је коришћено као средство за кампање „етничког чишћења“.

Иако се сви горе наведени облици насиља и поступања битно одликују родним елементом, важност рода у контексту азила не изражава се само у том спољашњем појавном облику поступања коме је изложена група о којој је реч.

Вишеструки значај рода у контексту азила и миграција најбоље је објашњен у опсежној анализи коју је известилац Андреј Зерновски дао у Меморандуму са објашњењима уз Извештај Парламентарне скупштине о родно заснованим захтевима за азил; тај текст се подробно анализира у одељку о регионалним инструментима.²⁰⁷

У наредном одељку позабавићемо се неким од главних инструмената који уређују питање рода и азила и међународне заштите.

3.2 Међународна сфера – кључни инструменти и референтна судска пракса

У Женевској конвенцији род се не признаје изричито као један од квалификаторних основа који појединцу омогућују доделу заштите. Род, сексуалност и полни идентитет се, међутим, широко сврставају у категорију „**одређена социјална група**“ због тога што су по својој природи урођене и суштинске карактеристике појединца.

3.3 Регионални ниво

3.3.1 Инструменти Савета Европе (осим ЕКЉП)

Иако се у главним инструментима којима се уређује правно питање заштите избеглица не разрађује детаљно појам рода и његов утицај на поступак доделе азила, у осталим инструментима који се баве сродним питањима то питање се изричито разматра.

То посебно важи за **Конвенцију Савета Европе о спречавању и борби против насиља над женама и насиља у породици (Истамбулска конвенција)**,²⁰⁸ која, у свом члану 60. уређује питање родно заснованих захтева за азил:

207 Andrej Zernovski, Меморандум са објашњењима уз Извештај Парламентарне скупштине о родно заснованим захтевима за азил.

208 СЕ, Конвенција Савета Европе о спречавању и борби против насиља над женама и насиља у породици, 11. мај 2011, доступна на: <http://www.refworld.org/docid/4ddb74f72.html>

Члан 60:

- 1) Стране се обавезују да предузму неопходне законодавне или друге мере и обезбеде да родно засновано насиље над женама може бити **препознато као облик прогањања** у оквиру значења члана 1. А(2) Конвенције о статусу избеглица из 1951. године, **а као вид озбиљног угрожавања**, које захтева комплементарну, односно супсидијарну заштиту.
- 2) Стране обезбеђују да се изврши **родно осетљиво тумачење** по сваком основу Конвенције и да у случајевима где се утврди да постоји страх од прогањања по једном или више тих основа подносиоцима захтева одобри избеглички статус у складу с применљивим релевантним инструментима.
- 3) Стране се обавезују да предузму неопходне законодавне или друге мере и утврде родно осетљиве процедуре пријема и услуга подршке за лица која траже азил, као и родно осетљива упутства и процедуре за азил, које обухватају утврђивање избегличког статуса и захтев за међународном заштитом.

3.3.1.1 Питања рода у међународним захтевима за азил

Истамбулска конвенција бави се трима одвојеним питањима:

- Потреба да се родно специфично понашање и родно специфична дела третирају као аутономни облици прогањања или **тешких повреда** у смислу одобравања међународне заштите;
- Потреба да се обезбеди да се Женевска конвенција тумачи на **родно осетљив начин**;
- Колико је важно обезбедити да **потребе за заштитом које су повезане с родно заснованим захтевима за азил** добију свој израз у **посвећеним процесним јемствима**.

Приступ Истамбулске конвенције том питању представља одговор на оно што се описује као „**родно слепило**“ азилантског права када треба објаснити *разлику између жена и мушкараца у погледу тога зашто и како доживљавају прогањање*.²⁰⁹

У том смислу, као што се види из релевантног извештаја са објашњењима, Истамбулска конвенција покушава да превазиђе класични приступ у коме се питања рода првенствено разматрају кроз визуру **социјалне групе**, чиме се *пренебрегавају други основи*. Као инструмент који је оријентисан ка будућности, Истамбулска конвенција позива државе да признају **широку и свепрожимајућу** улогу коју род мигранта има у његовом искуству, без обзира на то да ли штета или прогањање које се у да том случају разматра у целини или примарно зависи од тог чиниоца, *признајући и разумевајући да род може утицати на разлоге који леже у основи такве врсте прогањања или претрпљене штете*.

²⁰⁹ Савет Европе, Извештај са објашњењима уз Конвенцију Савета Европе о спречавању и борби против насиља над женама и насиља у породици, доступан на: <https://rm.coe.int/16800d383a>

Према томе, питања рода могу се тумачити као примарни чинилац у сврху међународне заштите:

- Разматрање улоге рода у **избегличким захтевима** у којима питање рода и сексуалности представља примарни основ за страх од прогањања;
- У ситуацијама које ће вероватно потпадати под **категорију супсидијарне заштите** када, чак и ако не постоји опасност од прогањања, род или сексуалност мигранта може изазвати ризик од тога да му буде нанета озбиљна штета након што буде враћен.

Чак и када то питање није толико значајно да само по себи може послужити као основ за међународну заштиту, њега у сваком случају треба размотрити као додатни чинилац када се испитује рањивост тог лица. У том смислу, и када се неки мигрант може квалификовати за статус избеглице или за супсидијарну заштиту из разлога који се не односе на његов род или сексуалност, та питања не би никако смела да се запоставе када се разматрају теме као што су процесна јемства која треба обезбедити у конкретном случају, потреба за осигурањем приступа специфичним услугама или смештајни аранжмани.

У складу са широм релевантношћу питања везаних за род у контексту међународних миграција, у Објашњењима уз Истамбулску конвенцију наглашава се да *жене мигранти које не поседују исправе и жене тражиоци азила формирају две поткатегорије жена које су посебно рањиве на родно засновано насиље [и] суочене су са сличним тешкоћама и структурним препрекама у настојању да превазиђу насиље*. Том констатацијом признато је да су жене избеглице и жене које нису избеглице, без обзира на разлоге свог бекства, у већој мери изложене опасности од насиља у свом мигрантском искуству.²¹⁰ Такви облици насиља могу се појавити у земљи порекла или у каснијим фазама миграцијског путовања.

Члан 59. Истамбулске конвенције признаје могућност да се женама мигрантима додели *независна дозвола боравка*,²¹¹ одвојено од права на међународну заштиту, у случају развода брака, односно раскида везе и уколико постоје *посебно тешке околности* (члан 59. став 1).

Када је реч о односу између **рода** и **супсидијарне заштите**, у Коментарима и Објашњењима уз Конвенцију признаје се да је, како би родно засновано насиље с којим би се жртва суочила по повратку досегло ниво тежине који је потребан да би се могло говорити о опасности од „**озбиљног угрожавања**” према датој одредби, требало да *представља нечовечно или понижавајуће поступање или да озбиљно угрози живот лица о коме је реч*.

Конечно, а у вези с појмом супсидијарне заштите, забрана протеривања (*refoulement*), по којој нико не сме бити враћен на место на коме би се могао суочити са опасношћу по живот или слободу, релевантна је и у вези с родно специфичним питањима

²¹⁰ Савет Европе, Извештај са објашњењима уз Конвенцију Савета Европе о спречавању и борби против насиља над женама и насиља у породици, став 299.

²¹¹ *Ibid.*

ма. Не улазећи детаљно у садржај тог начела, Истамбулска конвенција у члану б1. потврђује да то начело *подједнако [важи] за жртве насиља над женама*, као и да су стране потписнице у обавези да *предузму све неопходне законодавне и друге мере да обезбеде да [жртве] не буду ни под којим условима враћене ни у једну земљу у којој би им животи били угрожени, односно где би могли да буду подвргнути мучењу или нехуманом или понижавајућем поступању или кажњавању [...] независно од статуса или боравишта жена о којима је реч*. Као што се експлицитно наводи у изводу са објашњењима,²¹² у пракси то појачава тезу да жене, чак и ако не испуњавају критеријуме за статус избеглице или супсидијарну заштиту **не могу бити лишене свог права да не буду враћене у земљу у којој постоји опасност да буду изложене нечовечном или понижавајућем поступању или кажњавању**.

3.3.1.2 Родно засновано насиље и прогон

У Меморандуму са објашњењима уз Извештај Парламентарне скупштине о родно заснованим захтевима за азил,²¹³ који је већ поменут у овом тексту, објашњено је да питања рода могу у исти мах представљати **карактеристику специфичног облика поступања или кажњавања** коме се подвргава појединац у одговору на његово понашање које не мора нужно бити везано за род, или **могу бити разлог који лежи у корену аката прогањања или насиља** (што не мора нужно зависити од родно специфичног елемента). Ти услови могу постојати у комбинованом или у изолованом виду. У том смислу у Меморандуму се идентификују три хипотезе (став 16):

1. **Тражилац азила може бити изложен родно заснованом прогону из разлога који немају везе с родом** (на пример жена може бити силована зато што припада некој политичкој странци);
2. **Жена може бити прогоњена на начин који није родно специфичан, али због свог рода** (на пример, може бити бичевана зато што одбија да носи вео);
3. Или у другим случајевима **може бити прогоњена на родно специфичан начин и због свог рода** (сакаћење женских гениталија или убиство прељубнице из разлога части).

Горња класификација заснована је на суштинској разлици између „прогањања у вези с родом“ и „родно специфичног насиља“. У Меморандуму то се описује на следећи начин:

- **Прогон у вези с родом [...] односи се на узрочно-последичну везу између прогањања и разлога прогањања**. У том случају, прогањање коме је жртва изложена има узрок у роду жртве и самим тим није ограничено на прогањање по основу биолошког пола него се шире везује за друштвена, политичка и верска

²¹² Савет Европе, Извештај са објашњењима уз Конвенцију Савета Европе о спречавању и борби против насиља над женама и насиља у породици, став 322.

²¹³ Andrej Zernovskij, Меморандум са објашњењима уз Извештај Парламентарне скупштине о родно заснованим захтевима за азил.

очекивања која се везују за одређени родни идентитет.²¹⁴ То, између осталог, може да обухвати: „Одбијање унапред договорених бракова, одржавање сексуалних односа ван брака, необезбеђивање задовољавајућег мираза или облачење одређене одеће – све то може имати за последицу прогањање.”

- Насупрот томе, **родно специфично насиље** у Меморандуму се описује као насиље чију основну одлику представља његов облик и своди се на то да појединац буде несразмерно тешко погођен и угрожен због свог рода. Међу примерима који се наводе у Меморандуму посебно се указује на **систематско силовање и сексуално насиље**, које се користи као инструмент етничког чишћења током рата, сакаћење женских гениталних органа и трговину људима.

3.3.1.3 Процесна и супстанцијална јемства која се признају код родно заснованих захтева за азил и у случајевима на које битно утичу питања у вези с родном припадношћу

- **Услови прихвата:** *поступци прихвата који узимају у обзир разлике између жена и мушкараца у смислу њиховог искуства и специфичних потреба за заштитом како би се осигурало њихово право на безбедност када се разматрају стандарди поступања у смислу прихвата тражилаца азила. Примери родно осетљивих поступака прихвата могу, између осталог, обухватити: **идентификацију жртва насиља над женама у најранијој могућој фази поступка; одвојен смештај за неожењене мушкарце и неудате жене; одвојене санитарне просторије или, у најмању руку, различито време** према утврђеном и контролисаном распореду како би се тачно знало када ће те просторије користити мушкарци, а када жене; просторије које се могу изнутра закључати; одговарајуће осветљење у целом прихватном центру; чуваре као обезбеђење, укључујући и жене чуваре, који су обучени у погледу родно специфичних потреба становника прихватног центра; обуку запослених који раде на рецепцији; кодекс понашања који важи и за приватнике који су пружаоци услуга; формалне аранжмане за интервенисање и заштиту у случајевима родно заснованог насиља; као и давање информација женама и девојкама о родно заснованом насиљу и службама помоћи које су им с тим у вези доступне;*²¹⁵
- **Приступ менталној и физичкој рехабилитацији и подршци:** Државе треба да ставе на располагање службе подршке тражиоцима азила како би им пружиле помоћ на родно осетљив начин [укључујући] предузимање таквих мера као што је обезбеђивање додатне психолошко-социјалне потпоре и психолошког саветовања ради превазилажења кризе, као и здравствене неге лицима која су преживела трауме зато што су, на пример, многе жене које су тражиоци азила

214 Andrej Zernovski, Меморандум са објашњењима уз Извештај Парламентарне скупштине о родно заснованим захтевима за азил, став 15.

215 Савет Европе, Извештај са објашњењима уз Конвенцију Савета Европе о спречавању и борби против насиља над женама и насиља у породици, став 314.

биле изложене сексуалном и другим видовима злостављања па су стога посебно рањиве;²¹⁶

- **Процесна јемства:** ...да би се ваљано испитали захтеви за азил жена и девојака које су жртве родно заснованог насиља, [државе морају] **развијати родно засноване поступке за доделу азила** [који ће обухватити] између осталог: **давање информација женама о поступцима за доделу азила; пружање могућности женама које су у зависном положају (издржавана лица) да разговор за азил воде засебно и без присуства чланова породице; омогућавање женама да независно искажу потребу за заштитом и да наведу родно специфичне основе које ће омогућити засебан захтев за међународну заштиту; разраду родних смерница за одлучивања о захтевима за азил и обуку за вођење родно осетљивих разговора, уз помоћ преводиоца, када је то неопходно; могућност да лице које подноси захтев за азил изабере пол службеника који ће водити разговор и преводиоца који ће помагати у разговору, тамо где је оправдано да се омогући такав избор; поштовање тајности информација које се изнесу у разговору с подносиоцем захтева за азил.**²¹⁷

3.3.1.4 Захтеви за азил *LGBTI+*

Иако се разматрања која се односе на родни идентитет, како је то претходно објашњено, могу применити без обзира на то да ли се лице о коме је реч истовремено идентификује са одређеном сексуалном оријентацијом, захтеви које подносе **LGBTI+** особе нису засновани само на роду појединца (претпостављеном или стварном) већ и на сексуалној оријентацији тог лица и, шире гледано, родном идентитету. То двоје су дубоко повезани, али овде вреди указати на одређену диференцијацију, тј. на посвећене стандарде који се примењују на потоњу категорију.

У том смислу, ваљало би указати на смернице УНХЦР бр. 9. (захтеви за признавање избегличког статуса на основу сексуалне оријентације и/или родног идентитета [...]).²¹⁸

LGBTI лица могу бити изложена – између осталог – родно заснованим облицима насиља,²¹⁹ као и многобројним другим облицима физичког и психолошког злостављања и социјалне изолације или неодобравања као *лица која су на мети убистава, сексуалног и родно заснованог насиља, физичких напада, мучења, произ-*

216 Савет Европе, Извештај са објашњењима уз Конвенцију Савета Европе о спречавању и борби против насиља над женама и насиља у породици, став 315.

217 Савет Европе, Извештај са објашњењима уз Конвенцију Савета Европе о спречавању и борби против насиља над женама и насиља у породици, став 317.

218 УНХЦР, Смернице о међународној заштити бр. 9: Захтеви за признавање статуса избеглица на основу сексуалне оријентације и/или родног идентитета у контексту члана 1А(2) Конвенције из 1951. године о статусу избеглица и/или Протокола уз њу из 1967. године, текст доступан на: <https://www.unhcr.org/publications/legal/50ae466f9/guidelines-international-protection-9-claims-refugee-status-based-sexual.html>

219 УНХЦР, Смернице о међународној заштити бр. 9: Захтеви за признавање статуса избеглица на основу сексуалне оријентације и/или родног идентитета у контексту члана 1А(2) Конвенције из 1951. године о статусу избеглица и/или Протокола уз њу из 1967. године.

вољног лишавања слободе, оптужби за неморално или девијантно понашање, ускраћивања права на слободу окупљања, изражавања и информисања, као и дискриминацију у погледу запошљавања, здравствене заштите и образовања [...].²²⁰

Савет Европе у свом приступу узима у обзир и прихвата горе наведене разлоге који су од важности за тражиоце азила припаднике **LGBTI+** утврђујући да су 4. [n]ојединци који су хомосексуалци, лезбејке, бисексуалци или трансродне особе суочени [...] такође са одређеним облицима прогањања у вези с родним идентитетом и облицима родно заснованог насиља и често морају да скривају своју сексуалну оријентацију или ризикују да буду прогањани или, у крајњем случају, да буду претучени, чак и убијени.²²¹

Када је реч о тражиоцима азила који подносе захтев за међународну заштиту на основу своје сексуалне оријентације или родног идентитета, ту постоје неки посебно значајни чиниоци. Следе нека од питања која је УНХЦР идентификовао у своме упутству:

- **Да ли је у њиховој земљи порекла или пребивалишта инкриминисано хомосексуално понашање** – иако то није неспорна индикација да ће лице о коме је реч бити изложено прогањању у земљи, тежина запређене казне повезана с таквом законодавном одликом или спровођењем у пракси тог закона може послужити као снажан доказ да ли ће безбедност лица о коме је реч бити изложена опасности у тој земљи.²²² Конкретно: *[а]ко су лица изложена опасности од гоњења или таквог кажњавања као што је смртна казна, казна затвора или тешка телесна казна, укључујући бичевање, посебно је очигледан карактер прогона*. Ако нису запређене тако тешке казне, *[ч]ак и ако се нередовно, ретко или никада не спроводе, кривични закони који забрањују истополне односе могу довести до неподношљиве патње за LGB лице, такве патње која досеже ниво прогањања.*²²³
- **Постојање других истовремених „чињилаца који се поклапају и укрштају”**, чиме се појединац излаже још већим ризицима, као што су *пол, узраст, држављанство, етничка припадност/раса, социјални или економски статус и зараженост вирусом HIV*.
- **„Дискриминација”** може сама по себи представљати прогањање у смислу захтева за азил који подносе лица из редова **LGBTI+** популације – *када дискриминаторне мере појединачно или кумулативно изазивају последице које суштински угрожавају лице о коме је реч.*²²⁴

220 *Ibid.*, став 2.

221 Савет Европе, Парламентарна скупштина, Захтеви за азил у вези са родном припадношћу, документ 12350 (Gender-related claims for asylum, Doc. 12350, Draft resolution), доступно на: <http://www.refworld.org/docid/4c6b8eb04.html>

222 Andrej Zernovski, Меморандум са објашњењима уз Извештај Парламентарне скупштине о родно заснованим захтевима за азил, став 15, став 4.

223 УНХЦР, Смернице о међународној заштити бр. 9: Захтеви за признавање статуса избеглица на основу сексуалне оријентације и/или родног идентитета у контексту члана 1А(2) Конвенције из 1951. године о статусу избеглица и/или Протокола уз њу из 1967. године, став 27.

224 *Ibid.*, став 17. – види, такође, општи одељак о дискриминацији и појединцима из **LGBTQIA** популације у овом поглављу.

- **„Прогон у прошлости“** није предуслов за избеглички статус и, у суштини, основаност страха од прогањања треба да буде утемељена на процени патње коју би подносилац захтева могао да доживи ако би био враћен у земљу порекла.²²⁵
- **Напори који се предузимају у циљу преобраћења могу представљати мучење:** Напори који се предузимају ради промене сексуалне оријентације или родног идентитета неког лица силом или помоћу принуде могу представљати мучење или нечовечно или понижавајуће поступање и могу указати на постојање других тешких повреда људских права, укључујући повреду права на слободу и безбедност лица. Дрastiчни примери који досежу ниво прогањања обухватају **принудну институционализацију, принудну операцију промене пола, принудну терапију електрошоковима и принудно убризгавање лекова или хормонску терапију.**²²⁶
- **Прикривање:** Наводна способност појединца да избегне прогањање тако што ће се скривати или тако што ће бити „дискретан“ у погледу своје сексуалне оријентације или родног идентитета, или што је тако радио у прошлости **није валидан разлог на основу кога се некоме може ускратити избеглички статус.** [Н]е поставља се питање да ли подносилац захтева може тако што ће бити дискретан да живи у тој земљи не привлачећи негативне последице, [...] чак и ако може то да уради или ако је раније успевао да таквим скривањем избегне да му се нанесе штета или повреда, његове околности се током времена могу променити и тајност не мора представљати опцију коју ће моћи спроводити током целог живота [...] То што је неко приморан да скрива своју сексуалну оријентацију и/или родни идентитет такође може изазвати знатну психолошку и друге видове штете.²²⁷
- **Алтернатива интерног бекства:** да ли је могуће да лице (**тражилац азила**) буде премештено у одређено подручје у земљи у коме ризик од прогањања од кога он иначе страхује не би био толико основан и у коме би, с обзиром на специфичне околности самог случаја, за то лице могло разумно да се очекује да се стабилизује и да живи нормалним животом – постојању алтернативе интерног бекства треба се успротивити:
 - а. [када] у земљи о којој је реч истополни односи подлежу инкриминацији и постоји одговарајућа законска регулатива;
 - б) [када] постоје законска ограничења која онемогућују појединцима транссродне или интерсексуалне оријентације приступ одговарајућем лечењу ако је оно потребно, или им се онемогућује промена родних ознака у личним ис-правама;

225 *Ibid.*, став 18.

226 *Ibid.*, став 21.

227 *Ibid.*, став 32–33.

- ц) *на алтернативу интерног бекства не треба се ослањати онда када пресељење подразумева (поновно) прикривање сексуалне оријентације и/или родног идентитета да би лице било безбедно;*
- д) *по правилу, треба обратити пажњу на то да ли враћање у предложено место или пресељење у то место може изазвати непотребне тешкоће, укључујући и разматрање личних околности тог тражиоца азила.*²²⁸
- **Захтеви поднети након што је лице стигло у земљу домаћина – такозвани *sur place* захтеви – у неким случајевима захтеви за азил који су повезани с подносиочевом сексуалном оријентацијом или родним идентитетом могу бити поднети у каснијој фази, после доласка лица о коме је реч у земљу азила. С обзиром на деликатну природу захтева заснованих на страху од прогањања услед сексуалне оријентације, лични чиниоци и избори могу утицати на одлуку тог лица да се позове на своју сексуалну оријентацију или родни идентитет ради добијања заштите. УНХЦР утврђује да: [...] неки подносиоци захтева из редова *LGBTI* популације можда се нису идентификовали као *LGBTI* пре доласка у земљу азила или су можда свесно одлучили да се у земљи порекла не позивају на своју сексуалну оријентацију или родни идентитет. Значајне промене у околностима подносилаца захтева за азил могу се, према томе, догодити након што то лице напусти земљу, на пример у случајевима у којима се појединац који је *LGBTI* ангажује у политичком активизму или медијском раду или у којима неко други обелодани његову сексуалну оријентацију.²²⁹**

3.3.2 Став ЕСЉП о родно заснованим захтевима и захтевима *LGBTI+* тражилаца азила

У пракси и јуриспруденцији ЕСЉП улога рода и, конкретно, импликације које он има у смислу решавања захтева за азил – разматрана је у неколико предмета. Иако Конвенција за заштиту људских права није инструмент специјализован за азил нити за питања рода, она се мора сагледавати у контексту ширег законодавног оквира Савета Европе, који поред ње обухвата и поменути Конвенцију о спречавању и борби против насиља над женама и насиља у породици (**Истамбулску конвенцију**). Истамбулску конвенцију треба сматрати инструментом који утиче на тумачење ЕКЉП у предметима у којима се решавају родно заснована питања.

У целини гледано, ЕСЉП сматра да род представља један од важних чинилаца приликом процене повреда одредаба ЕКЉП. Утврђено је начело да, на пример, у сврху процене да ли неки акт досеже потребан ниво тежине у смислу члана 3, **пол жртве може имати одређену улогу** (између осталих чинилаца).²³⁰

²²⁸ *Ibid.*, став 51–56.

²²⁹ *Ibid.*, став 57.

²³⁰ Између осталог: *Price v the United Kingdom*, представка бр. 33394/96, став 24.

Када је реч о тражиоцима азила, ЕСЉП је у једном броју предмета разматрао питања рода и сексуалне оријентације.

Ради лакшег сналажења, те предмете ћемо размотрити даље у тексту, указујући на разлику између оних у којима је Суд сагледавао **родно специфичне** облике прогањања, **који су се, по правилу, односили на жене** и оних предмета у којима је наводно насиље било везано за **родни идентитет** или **сексуалну оријентацију** подносиоца представке.

3.3.2.1 Приступ ЕСЉП родно заснованом прогону и/или родно специфичним облицима насиља и злостављања у предметима који се односе на азил

Када је реч о тој категорији притужби, један од кључних предмета у судској пракси ЕСЉП јесте предмет **Џабари против Турске**, Представка бр. 40035/98. Ту је ЕСЉП разматрао питање **прељубе** и перцепције прељубе у иранском друштву у предметном времену, усредсређујући се на услове и реперкусије с којима су се суочавале жене ако би починиле прељубу. У предмету о коме је реч, у случају да буде враћена у Иран, подносиатеља представке била би суочена са опасношћу да буде кажњена *каменовањем до смрти, бичевањем или батинањем*, како је то предвиђено иранским законима о прељуби. Иако ЕСЉП није изнео свој став о том питању, сам предмет је познат као референтни у том смислу што је УНХЦР навео захтев те подносиатељке представке о статусу жена које су – у предметном времену – починиле прељубу у Ирану као доказ да она **припада одређеној социјалној групи** којој је потребна међународна заштита.

Џабари против Турске

У предмету **Џабари против Турске** (Представка бр. 40035/98), подносиатеља представке, држављанка Ирана, ступила је у емоционалну и сексуалну везу са ожењеним мушкарцем. Када су заједно прошетали улицама, иранска полиција их је ухапсила због тога што је мушкарац био ожењен, па им је стога било забрањено да ступе у такав вид односа и тако се понашају. Подносиатеља представке је ухапшена, притворена и подвргнута **тесту утврђивања невиности**. Када је пуштена на слободу, избегла је из Ирана преко Турске на основу фалсификованог пасоша и на крају је затражила азил од турског Одељења за странце; њен захтев је на почетку одбијен зато што је закаснила с подношењем. Упркос томе што јој је УНХЦР признао избеглички статус због стварне опасности по живот и безбедност с којима се суочила у Ирану, Управни суд у Анкари је одбацио њен захтев да се обустави од извршења решење о депортацији, уз образложење да, између осталог, *спровођење тог решења неће нанети ненадокнадиву штету подносиатељки представке*.

Она се обратила ЕСЉП-у, притужујући се на повреду **члана 3. сагледаног засебно и сагледаног у вези са чланом 13.** због опасности с којима ће се суочити ако буде депортована. Она се у својој изјави позвала на извештај организације Амнести интернешенел који поткрепљује њену тврдњу да **у Ирану за жене које буду проглашене кривима за прељубу постоји ризик да ће бити кажњене смрћу каменовањем**. Стога је, како је тврдила, њој требало признати избеглички статус као припадници одређене социјалне групе, тј. групе жена које

су прекршиле друштвене обичаје, сходно смерницама УНХЦР о родно заснованом прогањању. Изражавајући осуду због казни које Иран изриче женама у случајевима прељубе, сматрајући да је реч о поступању које је забрањено према члану 3, ЕСЉП је закључио да, према тадашњем стању ствари, није било могућно предвидети никакву промену у иранској пракси или праву у том смислу да би када би била враћена у земљу, подносиатеља представке заиста била у опасности да се суочи с горе наведеним поступањем.

У скорије време ЕСЉП је питање у вези с родним идентитетом разматрао у контексту депортације, конкретно у контексту ризика да ће лице бити приморано да ступи у **принудни брак**; реч је о случају **В. Х. против Шведске**, Представка бр. 49341/10. Иако је тај предмет релевантан у погледу осветљавања положаја неударних ирачких жена, ЕСЉП није имао прилике да се изјасни о меритуму Представке, у том смислу што су обезбеђена алтернативна средства за решење спора.

Питање неповиновања друштвеним нормама, посебно кроз одржавање ванбрачних односа или друге видове понашања који се сматрају као „прекорачење норми“ ЕСЉП је разматрао и у предмету **Н. против Шведске**, Представка бр. 23505/09.

Н. против Шведске

У предмету **Н. против Шведске**, подносиатеља представке је поднела захтев за међународну заштиту због реперкусија и претњи које су јој претиле због политичких активности и личног понашања у Авганистану. Пре свега, 10. [...] њене активности на плану образовања жена и – у неком тренутку, њено одвајање од мужа и намера да се разведе од њега довели су до тога да у локалној заједници буде означена као „лоша жена“. Као и у предмету *Џабари*, и овде је подносиатеља представке навела да, због тога што одржава ванбрачну везу, ризикује да се суочи с могућом смртном казном уколико се врати у земљу. Између осталог, указала је на то да није у могућности да добије развод у Авганистану. Због тога ју је њена породица одбацила, а мужевљева породица гаји бес према њој. Слично приступу за који се определио у предмету *Џабари*, ЕСЉП се и у овом предмету позвао на информације УНХЦР о питањима о којима је реч, указујући на писмо које је добио тим поводом и у коме се наводи да „... процена захтева за признавање избегличког статуса Авганистанке која тражи азил треба да узме у обзир посебно рањив положај авганистанских жена, које су суочене с притиском својих породица, целе заједнице и јавности да се повинују понашању према одређеном кодексу понашања. У том смислу, раздвајање од супруга и/или развод остварени у земљи азила могу указивати на прихватање западњачког начина живота и самим тим могу бити схваћени као стварно кршење преовлађујућих друштвених обичаја, што самим тим сведочи о појачаној опасности од прогона *sur place* по основу вероисповести и/или политичког мишљења, што спада у поље дејства члана 1А(2) Конвенције о статусу избеглица из 1951. године...“. ЕСЉП је на крају закључио да би враћање подносиатеље представке у Авганистан представљао повреду члана 3.

Важно је да је у овом предмету (став 56. Пресуде) ЕСЉП придао значај чињеници **да је дуготрајни боравак подносиатеље представке у Шведској – иако је био илегалан – њој самој омогућио да прихвати „западњачки“ начин живота и навике**, што би могло указивати – у случају да буде враћена – на њено неповиновање *родној улози коју јој приписује авганистанско друштво, тамошња традиција и правни систем*. Такође је придат значај чињеници да би подносиатеља представке када би била враћена и у случају да буде одвојена од свог супруга,

као сама жена била суочена са *ограничењима у смислу вођења нормалног друштвеног живота*, као и *социјалним одбацивањем и дискриминацијом*.

Пракса **сакаћења женских гениталних органа** која је горе описана као родно специфичан облик прогањања и насиља такође је била предмет испитивања ЕСЉП у контексту наводних ризика по повратку и захтева за међународну заштиту. Предмет **И. А. М. (у име своје кћерке К. И. М.) против Данске**, који је прихватио Комитет за права детета и о коме било речи горе, у одељку о деци, такође се бави питањем сакаћења женских гениталија и на њега би такође требало указати.

Р. Б. А. Б. и други против Холандије

У предмету **Р. Б. А. Б. и други против Холандије**, Представка бр. 06/7211, који је ЕСЉП на крају избрисао са списка представки, захтев за азил подносилаца представке заснивао се на мишљењу да њихово предложено протеривање у Судан излаже њихове две кћерке опасности да буду подвргнуте сакаћењу гениталних органа. Подносиоци представке су тврдили да ту праксу (став 12) треба посматрати као *практику противну члану 3. Конвенције* и да власти у земљи неће бити у стању да их заштите од друштвеног притиска. Позивајући се на своју ранију судску праксу у вези с тим питањем (*Колинс и Аказиеби против Шведске /Collins, Akaziebie/* (Одлука), Представка бр. 05/23944, *Извевбехај и други против Ирске /Izevbekhai/* (Одлука), Представка бр. 08/43408, став 73) и упркос томе што на крају није утврдио повреду права у меритуму, ЕСЉП је потврдио (у ставу 54) да *није спорно да подвргавање детета или одрасле особе сакаћењу женских гениталних органа представља поступање које је забрањено чланом 3. Конвенције*.

На крају вреди истаћи да је, иако у сасвим ограниченом броју предмета, ЕСЉП такође разматрао и важност полног идентитета у случајевима у којима се радило о мушкарцима. Конкретно, у предмету **Н. А. против Уједињеног Краљевства**, Представка бр. 25904/07, узраст и род подносиоца представке, као *тамилског младића у Шри Ланки, управо у Коломбу* оцењени су као чиниоци који га излажу *релативно високом нивоу ризика*.²³¹ ЕСЉП је у том случају установио да подносилац представке припада специфичној групи чији су сви припадници изложени опасности од злостављања и због тога не може бити враћен у Шри Ланку.

3.3.2.2 ЕСЉП примењује специфична мерила на захтеве за азил које подносе припадници *LGBTI+* популације

У једном броју предмета ЕСЉП је разматрао специфична супстанцијална и процесна јемства која важе за лица чији су захтеви за азил засновани на страху од прогона услед њихове сексуалне оријентације или родног идентитета.

Према општем правилу, ЕСЉП је установио да дискриминација по основу сексуалне оријентације представља повреду **члана 8. сагледаног засебно и у вези са чланом 14.** (*Даџон против Уједињеног Краљевства /Dudgeon/*, Представка бр. 7525/76;

²³¹ *N. A. v the UK*, представка бр. 25904/07, став 32.

Норис против ирске /Norris/, Представка бр. 10581/83; *Модинос против Кипра*, Представка бр. 15070/89; *Шалк и Конф против Аустрије /Schalk/*, Представка бр. 30141/04, између осталог) и да разлике у поступању засноване на сексуалној оријентацији морају бити оправдане посебно уверљивим и важним разлозима, као и да је у тим случајевима унутрашње поље слободног одлучивања државе уско. (*Валианатос и други против Грчке /Vallianatos/*, Представка бр. 29381/09 и 32684/09, Пресуда у којој се цитира *Смит и Грејди /Smith, Grady/*, Представка бр. 33985/96, став 90. и *Карнер против Аустрије*, Представка бр. 40016/98, став 41, и *Козак против Пољске*, Представка бр. 13102/02, став 92), као и да су [р]азлике засноване искључиво на питању сексуалне оријентације неприхватљиве према Конвенцији (поново *Валианатос и други против Грчке*, где се цитира *Салгеиро де Силва Моута против Португала /Salgueiro da Silva Mouta/*, Представка бр. 33290/ 96, став 36. и други).

Неки од главних предмета које је ЕСЉП разматрао у вези с тим питањем, као и начела која је кроз те предмете разрадио, приказани су у наставку текста.

Предмет **О. М. против Мађарске**, Представка бр. 9912/15, по свему судећи на најбољи и најдетаљнији начин представља приступ ЕСЉП положају азиланата из редова *LGBTI+*. У наведеном случају подносилац представке, држављанин Ирана, ушао је илегално у Мађарску из Србије и тамо затражио азил позивајући се на опасности с којима се суочава као хомосексуалац у Ирану, нарочито с обзиром на чињеницу да је *против њега покренут кривични поступак из тог разлога*. У том предмету ЕСЉП је пре свега разматрао наводну повреду **члана 5**, која је наступила због тога што је подносилац представке смештен у азилантски притвор.

Подсећајући на већ цитиране Смернице УНХЦР о том питању и посебно на Смерницу бр. 97. о „лезбејским, хомосексуалним, бисексуалним, трансродним или интерсексуалним тражиоцима азила”,²³² ЕСЉП је поново указао на потребу да се обезбеди да тражиоци азила припадници *LGBTI+* популације буду заштићени од опасности од *насиља, малтретирања или физичког, менталног или сексуалног злостављања* и да им се обезбеди *приступ одговарајућој здравственој нези и психолошком саветовању, тамо где је то применљиво*, између осталих заштитних мера. Изражавајући своја мишљења о притвору подносиоца представке ЕСЉП је формулисао важна општа начела о тражиоцима азила из редова *LGBTI+* популације као групи, дефинишући их као припаднике рањиве групе. Конкретно, у ставу 53: [...] *током смештања тражилаца азила који тврде да припадају рањивој групи у земљи коју су морали да напусте, власти су дужне да испоље посебну бригу како би се избегле ситуације које би могле репродуковати ону патњу која је те људе већ на самом почетку приморала на бекство*. У овом конкретном случају, власти то нису учиниле када су наложиле да се притвори подносилац представке не узимајући у обзир размере у којима су рањиви појединци – на пример *LGBT* лица, као што је овај подносилац представке – безбедни или небезбедни у притвору међу осталим притвореницима,

232 УНХЦР, Заштита лезбејских, хомосексуалних, бисексуалних, трансродних и интерсексуалних тражилаца азила и избеглица (The protection of lesbian, gay, bisexual, transgender and intersex asylum-seekers and refugees), доступно на: <https://www.refworld.org/pdfid/4cff9a8f2.pdf>

од којих многи потичу из земаља у којима су широко распрострањене културне или верске предрасуде против таквих лица. Поново се догодило да су власти донеле одлуке без икаквог адекватног размишљања о индивидуалним околностима подносиоца представке који је припадник рањиве групе због тога што припада сексуалној мањини у Ирану (види, *mutatis mutandis*, Алајош Киш против Мађарске /Alajos Kiss/, Представка бр. 38832/06, став 42, 20. мај 2010).

И даље:

М. Е. против Шведске

У предмету **М. Е. против Шведске** (Представка бр. 71398/12), подносилац представке је у Шведској поднео захтев за азил пошто је у ту земљу стигао из Либије, преко Туниса. Он је у почетку тражио азил на основу тога што је у Либији био наводно изложен мучењу у рукама представника владе, тако да му је влада претила затвором, а локалне милиције (које је издао) претиле су му убиством у случају да се врати у земљу. Након што је поменуо да је планирао да ступи у брак с једном женом, подносилац представке је на крају у допунском разговору о азилу поменуо да је хомосексуалац и да је у односу с мушкарцем Н., који има стални боравак у Шведској. Пошто је ступио у брак са Н., подносилац представке је тврдио да ће, уколико се врати у Либију и поднесе захтев за спајање породице, његова сексуална оријентација тамо бити откривена тако да ће бити изложен опасности од прогона и злостављања. Одбор за миграције је одбацио захтев за азил М. Е. доводећи у питање његову хомосексуалност и природу његовог односа са Н. Суд за питања миграција одбацио је жалбу подносиоца представке не доводећи у питање његову сексуалност, али пресудивши да он ничим није поткрепио тврдњу да је с тим у вези изложен претњама у Либији. Подносилац представке је уложио жалбу Апелационом суду за миграциона питања, али је та жалба одбијена, а Одбор за миграције је одбио да још једном размотри цео предмет. Међутим, након промене безбедносне ситуације у Либији, што је размотрено у контексту сексуалности његовог партнера Н., подносилац представке је одлуком Одбора за миграције добио дозволу за стални боравак у Шведској.

ЕСЛП је избрисао представку овог подносиоца сматрајући да је ситуација решена у домаћим оквирима. ЕСЛП је такође установио да је Одбор за миграције у својој коначној одлуци узео у обзир хомосексуалност подносиоца представке, тако да није било никаквих посебних околности у вези с људским правима које би захтевале додатно испитивање тог случаја.

А. Е. против Финске

У предмету **А. Е. против Финске** (Представка бр. 11/30953), подносилац представке, ирански држављанин, избегао је из своје матичне земље у Турску, а потом у Финску, након што је полиција у Ирану открила његову хомосексуалност и ухапсила један број његових пријатеља хомосексуалаца. У Финској је почетни захтев за азил подносиоца представке био одбијен зато што суд није веровао да је полиција знала за његову сексуалност и сматрао је да је Иран релативно толерантна земља упркос томе што је хомосексуалност проглашена кривичним делом за које је запрећена чак и смртна казна. Управни суд је одбио жалбу подносиоца представке на ту одлуку, а Врховни управни суд је потврдио одлуку и одбио да подносиоцу представке изда дозволу за даљи жалбени поступак у циљу суспендовања решења о враћању. Након што је Врховни управни суд одбио захтев подносиоца представке да обнови судски

поступак, подносилац представке је други пут поднео захтев за азил. И тај захтев је одбијен, као и његова потоња жалба и накнадни захтев за усмено рочиште. Његову нову жалбу одбио је Врховни управни суд. Када му је одбачен и трећи захтев за азил и када је поднео четврти захтев, Имиграциона служба му је саветовала да затражи дозволу боравка на основу студирања или рада. Подносилац представке је то учинио и добио је радну дозволу с роком од годину дана, с тим што се та дозвола може обнављати. Будући да подносилац представке више није подлегао налогу за протеривање, ЕСЉП је сматрао да не постоји непосредна опасност да ће он бити враћен у Иран. Самим тим, решена је његова притужба да ће бити подвргнут злостављању или мучењу ако буде враћен у Иран и ЕСЉП је његову представку избрисао са списка представки.

Ф. против Уједињеног Краљевства

У предмету **Ф. против Уједињеног Краљевства** (Представка бр. 03/17341), подносилац представке, ирански држављанин, затражио је азил у Уједињеном Краљевству тврдећи да страхује од прогона у Ирану на основу своје хомосексуалности. Раније је био три месеца држан у затвору након што је његов партнер обелоданио полицији његову сексуалну оријентацију. Захтев за азил је одбачен јер власти нису биле уверене да је подносилац представке заиста ирански држављанин. Власти Уједињеног Краљевства су такође саопштиле да не верују да су иранске власти планирале да изврше смртну казну над подносиоцем представке због његове хомосексуалности. Његова жалба је одбачена, а арбитар је пресудио да иако је хомосексуалност у Ирану стављена ван закона и за њу су забрањене строге казне, у пракси су пресуде за то дело ретке и тешко их је изрећи. Арбитар такође није веровао у исказ подносиоца представке у коме је навео да је био у затвору и указао је на сведочења из којих је закључио да је хомосексуалност у Ирану релативно толерисана. Захтев који је Ф. поднео да му се дозволи да уложи жалбу на ту одлуку одбачен је и донето је решење о протеривању. ЕСЉП је пресудио да из материјала који су њему предочени не може да се изведе закључак о томе да власти у Ирану активно прогоне хомосексуалце и прихватио је ставове домаћих судова о ситуацији у погледу прогона хомосексуалаца у Ирану. Не постоје никакви новији веродостојни докази о суђењима која би била организована искључиво због тога што је неко хомосексуалац. ЕСЉП је закључио да нема основа за тврдњу подносиоца представке да је он изложен стварној опасности од поступања које би било супротно члановима 2. и 3. Конвенције, па је стога његова представка очигледно неоснована. Када је реч о притужби коју је подносилац представке поднео у вези са чланом 8. Конвенције, ЕСЉП је саопштио да, осим онога што је закључено у вези са члановима 2. и 3, не може захтевати да високе стране уговорнице враћају странце у земље само у потпуном и делотворном складу са Конвенцијом. Због тога је представка овог подносиоца проглашена неприхватљивом.

Коначно, **СПЕУ** такође нуди смернице у вези с питањем захтева за азил које подносе лица из редова **LGBTI+**. У предмету **X, Y и Z против министра за миграције и азил / X, Y and Z v Minister voor Immigratie en Asiel/** (здружени предмети од C-199/12 до C-201/12), на пример, подносиоци представке, иначе држављани Сијера Леонеа, Уганде, односно Сенегала, поднели су захтеве за азил у Холандији на основу тога што је њихова хомосексуалност наишла на жестоке реакције њихових породица и других и што су их власти у њиховим матичним земљама подвргле репресији.

Они су страховали да ће ако буду враћени у те земље бити суочени с даљим прогањањем. Захтеви које су поднели су одбијени уз образложење да нису доказали чињенице свог прогона и самим тим нису доказали да ће бити изложени прогону ако буду враћени. Х и У су поднели жалбе које су усвојене, али се на те одлуке потом жалио министар за имиграције, док је Z такође поднео жалбу, али је и та његова прва жалба одбијена, па се он онда поново жалио. Домаћи суд је сва три предмета тих подносилаца захтева за азил проследио Суду правде ЕУ тражећи одлуку о претходном питању. СПЕУ је прво пресудио да хомосексуалци морају бити третирани као лица која формирају посебну друштвену групу у контексту процене основа захтева за признавање избегличког статуса. Потом је СПЕУ саопштио да иако криминализација хомосексуалног чина сама по себи не представља прогон, систематско изрицање казни затвора као казне за тај чин мора бити сматрано несразмерним и третирано као акт прогона. Потом је СПЕУ саопштио да се када се разматра захтев за признавање избегличког статуса, не може очекивати да подносилац захтева прикрива своју хомосексуалност да би избегао прогон у матичној земљи тако што ће испољити већу уздржаност од хетеросексуалца у изражавању своје сексуалне оријентације.

Ф. против Канцеларије за имиграције и држављанство

У недавном предмету **Ф. против Канцеларије за имиграције и држављанство /F v Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal/, C-473/16**, СПЕУ је испитивао какве импликације по права имају **технике које се користе за процену сексуалне оријентације тражиоца азила** – укључујући ослањање на извештај психолога. СПЕУ је саопштио да Квалификациону директиву треба тумачити у том смислу да када се затражи **извештај вештака** да би се проценила *прокламована сексуална оријентација подносиоца захтева за азил*, поступци који се користе морају бити у складу са основним правима зајемченим Повељом Европске уније о основним правима и, у сваком случају, одлука власти не може бити заснована *искључиво на закључцима извештаја вештака*, као и да власти нису дужне да примене извештај вештака. Важно је то што наведени предмет такође разјашњава да тумачење Квалификационе директиве у том смислу да је она оријентисана на права која спречавају да се *припремају и користе [...] извештаји вештака психолога, као што је предметни извештај у главном поступку, чија је сврха да на основу пројекционог теста личности утврди сексуалну оријентацију подносиоца захтева за азил* како би **доказао веродостојност тврдњи тог подносиоца**.



4. ЗАШТИТА ОСТАЛИХ РАЊИВИХ ГРУПА У ПОСТУПКУ ДОДЕЛЕ АЗИЛА (ЛИЦЕ СА ИНВАЛИДИТЕТОМ, ЖРТВЕ МУЧЕЊА, СТАРИЈА ЛИЦА)

Коначно, важно је указати на то да чак и када не постоје разлози за разматрање питања рода или сексуалне оријентације, међународно и регионално право људских права посвећује посебну пажњу осталим рањивим категоријама тражилаца азила.

Треба поново истаћи да је будући да поседује свеобухватно законодавство које се бави питањима азила, право ЕУ посебно релевантно у том смислу зато што садржи знатно разрађенији став о том питању, изричито утврђујући да постоје друге рањиве категорије тражилаца азила и бавећи се њиховим потребама.

У Директиви о условима прихвата, члан 21. утврђује и штити *посебан положај рањивих лица, као што су [...] лица са инвалидитетом, старија лица, труднице [...] лица која су тешко оболела, лица с менталним поремећајима и лица која су била подвргнута мучењу, силовању и другим тешким облицима психолошког, физичког или сексуалног насиља, као што су жртве сакаћења женских гениталних органа*. Постојање таквог стања рањивости мора се процењивати *током целог поступка доделе азила* (члан 22), чиме ће се осигурати да се тим потребама – ако се индикатори у том смислу испоље у каснијој фази поступка доделе азила – приступи на адекватан начин.

4.1 Тражиоци азила са инвалидитетом

Сагласно међународном праву, лица са инвалидитетом обухваћена су као рањива група **Конвенцијом Уједињених нација о правима лица са инвалидитетом** и **Опционим протоколом уз ту Конвенцију** од 13. децембра 2006. Заштита тражилаца азила који су такође погођени физичким или менталним инвалидитетом предвиђена је у **члану 11**, којим је утврђено да *државе стране уговорнице предузимају [...] све потребне мере како би се обезбедила заштита и сигурност особа са инвалидитетом у ризичним ситуацијама, укључујући ситуације оружаног сукоба, хуманитарне катастрофе и елементарне непогоде*.

Слично деци и жртвама посебних облика насиља или злостављања, тражиоци азила са инвалидитетом налазе се у положају који додатно отежава ту њихову рањивост унапред их доводећи у још неповољнији положај. Како би се ухватиле у коштац с таквим њиховим тешким положајем и постарале се да тражиоци азила имају користи од заштите која им се пружа, *[д]ржаве стране уговорнице предузимају све одговарајуће мере ради унапређења физичког, когнитивног и психолошког опоравка, реха-*

билитације и социјалне реинтеграције особа са инвалидитетом. Та обавеза је утврђена наведеном Конвенцијом о заштити лица са инвалидитетом за сва лица са инвалидитетом која су постала жртве било каквог облика искоришћавања, насиља и злоупотребе. Као жртве тешких дела прогона или хуманитарних катастрофа, тражиоци азила треба да буду сматрани лицима која спадају у ту категорију.

Судска пракса **ЕСЉП** о тражиоцима азила са инвалидитетом и онима у поодмаклом животном добу није нарочито обимна. У предмету **Лулед Масуд против Малте**, Представка бр. 24340/08, тражиоци азила о којима је реч у том случају сматрани су рањивима или због свог узраста, свог здравственог стања или свог инвалидитета.²³³

Случај који се конкретније бавио положајем тражилаца азила са инвалидитетом био је **С. Х. Х. против Уједињеног Краљевства**, Представка бр. 60367/10. Ту је подносилац представке, држављанин Авганистана, постао инвалид после рањавања ракетним лансером. ЕСЉП је констатовао да је његов положај мигранта са инвалидитетом (став 19) подразумевао специфичне опасности и изазове за њега и притом је истакао: *Због свог инвалидитета, он је у неповољнијем положају од других.* Међутим, иако се тај његов инвалидитет (став 89) не може сматрати **болешћу која је наступила „природним путем“ и не захтева лечење [...] и у једном и у другом сценарију штета и тешкоће у будућности биће условљене недостатком довољних ресурса** који би могли да му обезбеде или лечење или олакшице у смислу социјалне помоћи, а не у смислу чињења или нечињења власти државе пријема. ЕСЉП је признао да **постоје велике тешкоће с којима се суочавају лица са инвалидитетом у Авганистану, укључујући дискриминацију, немогућност запошљавања и слабо развијену мрежу услуга**, али је закључио да то што подносилац представке има породичну мрежу у земљи њему пружа разумну перспективу да ће ту бити подржан.

Поред горе наведеног, у случајевима који се односе на избеглице, и мада није обавезујуће, вреди указати и на издвојено мишљење судије Ранционија (*Ranzoni*) у предмету *В. М. и други против Белгије* (Представка бр. 60125/11), у коме се он позвао на предмет *М. С. С. против Белгије и Грчке* (Представка бр. 30696/09), када је ЕСЉП подсетио да иако су тражиоци азила признати као „припадници посебно рањиве и депримиране групе становништва“ према Конвенцији, они **могу да се разликују по степену рањивости зависно од средстава којима располажу, врсте поступања или прогона коме су били изложени или чије жртве могу бити, свог узраста, породичне ситуације, здравственог стања или инвалидитета.** И инвалидитет и поодмакли узраст тражиоца азила могу, према томе, повећати његову рањивост.

Питање рањивости миграната са инвалидитетом, у целини гледано, појавило се и у предмету **Бијао против Данске** (Представка бр. 38590/10), у издвојеном сагласном мишљењу судије Пинта де Албукеркеа (*Pinto De Albuquerque*). Иако није обавезујуће, то мишљење указује на старија лица и лица са инвалидитетом као „став 42. [...] најрањивије чланове породице миграната, који су суочени са специфичним тешкоћама у смислу **интеграције и захтева заснованих на знању**“.

²³³ *Louled Massoud v Malta*, Представка бр. 24340/08, став 44.

5. ЗАШТИТА ПОСЕБНИХ ГРУПА МИГРАНАТА

Једно од основних начела заштите људских права, гарантовано и у правном систему Републике Србије, јесте начело једнакости и забране дискриминације. Ипак, законски текстови и стратегије препознају припаднике одређене групе као посебно осетљиве категорије, којима је потребна додатна помоћ и подршка, у виду предузимања посебних, афирмативних мера како би се њени припадници заштитили и оснажили.

5.1 Устав Републике Србије

Устав Републике Србије у члану 21. прокламује начело једнакости и забрањује дискриминацију по било ком основу, а нарочито по основу "ресе, пола, националне припадности, друштвеног порекла, рођења, вероисповести, политичког или другог уверења, имовног стања, културе, језика, старости и психичког или физичког инвалидитета." Устав даље признаје одступање од формалне једнакости у виду посебних мера (члан 21. став 4) и издваја одређене категорије лица којима је потребна посебна заштита, попут националних мањина (члан 14), жена (члан 15), мајки, самоохраних родитеља и деце (члан 66).

5.2 Законски оквири

5.2.1. Општи антидискриминациони закон

Начело једнакости и забрана дискриминације, којим се прокламује једнакост пред законом, гарантована је **Законом о забрани дискриминације**.²³⁴ Овим законом се уређује општа забрана дискриминације, облици и случајеви дискриминације, као и поступци за заштиту од дискриминације. Повереник за заштиту равноправности, независно, специјализовано тело које је основано на основу овог закона, донео је неколико мишљења у којима је потврдио да се Закон о забрани дискриминације односи и на тражиоце азила/избеглице/мигранте. Илустративно је мишљење које је донето по притужби једне невладине организације у којој је наведено да је банка В. приликом пружања услуге трансфера новца *MoneyGram*, од тражилаца азила и других избеглих лица тражила испуњење услова које иначе не тражи од других

²³⁴ „Сл. гласник РС”, бр.22/09.

страних држављана.²³⁵ Тако је банка више пута од фебруара до новембра 2015. године одбила да изврши услугу трансфера новца овим лицима, чиме их је ставила у неједнак положај у односу на друге стране држављане. Банка је од ових лица захтевала да доставе потврду о пријави боравка, коју иначе не тражи другим странцима. У изјашњењу банка је тврдила да за све странце који бораве дуже од 24 часа у Србији захтева на увид потврду о пријави боравка, као и да су трансакције које врше мигранти на основу Смерница за процену ризика од прања новца и финансирања тероризма сврстане у категорију високоризичних, због чега банка на ове клијенте и трансакције примењује појачане мере познавања и праћења. Истовремено, банка није оспорила доказе који указују на то да се у пракси не захтевају од свих странаца исти услови за извршење наведене трансакције. Такође, банка није пружила ниједан доказ да је додатни документ који је захтеван од тражилаца азила гаранција сигурности у смислу процене сумњивих трансакција, нити да ускраћивање пружања услуге у конкретном случају представља оправдану повреду начела једнаких права и обавеза. Тако је повереница пронашла да је ускраћивањем пружања услуге трансфера новца *MoneyGram* сиријском држављанину банка прекршила одредбе Закона о забрани дискриминације и да забрањен основ дискриминације подразумева и мигрантски статус.

5.2.2. Специфични закони који се односе на тражиоце азила и мигранте

5.2.2.1 Закон о азилу и привременој заштити

Закон о азилу и привременој заштити²³⁶ у члану 7. уводи као једно од основних начела азилног поступка начело недискриминације. Ово начело је веома широко постављено јер се забрањује свака дискриминација, по било ком основу. Тако је у свим центрима за азил и прихватно-транзитним центрима обезбеђен одвојени смештај за жене и мушкарце самце. У свим центрима обезбеђен је приступ гинекологу у припадајућем дому здравља и приступ међународним организацијама у чијем мандату је репродуктивно здравље миграната, чиме је осигуран стални приступ информацијама и услугама. Смештај се врши уз поштовање начела недискриминације, јединства породице, родне равноправности и посебне бриге о тражиоцима азила са посебним потребама.²³⁷

²³⁵ Повереник за заштиту равноправности, Притужба НВО Ц. З. П. Т. А. из Б. против В. банке а.д. Н. С., бр. 07-00-668/2015-02, мишљење од 29. марта 2016. Видети и мишљење у којем се повереница изјаснила о понашању раднице која је на шалтеру Главне железничке станице у Београду одбила да прода карту мигранту за релацију Београд – Шид (Повереник за заштиту равноправности, Притужба Ц. К. П. Р. против „Железница Србије“ а. д., бр. 07-00-575/2016/02, мишљење од 27. марта 2017), као и кондуктера који је одбио да пусти у воз два малолетна Авганистанца која су имала купљене карте (Повереник за заштиту равноправности, Притужба П. против „Србија воза“, бр. 07-00-2011/2017-02, мишљење од 7. септембра 2017).

²³⁶ „Сл. гласник РС”, бр. 24/18.

²³⁷ Четврти периодични извештај о примени Конвенције о елиминацији свих облика дискриминације жена, Београд, јул 2017, стр. 53, доступно на <http://www.ljudskaprava.gov.rs/sh/node/19867>.

Ипак, поштовање начела једнакости не значи да није дозвољено и потребно да се посвети посебна пажња одређеним категоријама миграната. Тако закон у члану 17. прописује начело обезбеђења посебних процесних и прихватних гаранција, где препознаје одређене категорије лица као нарочито осетљиве. У питању су: 1) малолетна лица, 2) малолетна лица без пратње, 3) особе са инвалидитетом, 4) старија лица, 5) труднице, 6) самохрани родитељи са малолетном децом, 7) жртве трговине људима, 8) тешко болесна лица, 9) особе са душевним поремећајима, као и 10) лица која су била мучена, силована или изложена другим тешким облицима психолошког, физичког или полног насиља. Овим лицима се пружа одговарајућа помоћ, а важно је да закон налаже њихову најранију идентификацију.

Члан 7. Закона о азилу и привременој заштити:

“Приликом спровођења одредаба овог закона, забрањена је свака дискриминација по било ком основу, у складу са посебним прописима којима су уређена питања забране дискриминације, а нарочито по основу расе, боје коже, пола, рода, родног идентитета, сексуалног опредељења, националне припадности, друштвеног порекла или сличног статуса, рођења, вероисповести, политичког или другог уверења, имовног стања, културе, језика, старости или интелектуалног, сензорног, односно физичког инвалидитета.”

Члан 17. Закона о азилу и привременој заштити:

“У поступку азила води се рачуна о специфичној ситуацији лица којима су потребне посебне процесне или прихватне гаранције, као што су малолетна лица, малолетна лица без пратње, особе са инвалидитетом, старија лица, труднице, самохрани родитељи са малолетном децом, жртве трговине људима, 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.

Посебним процесним и прихватним гаранцијама пружа се одговарајућа помоћ тражиоцу који с обзиром на своје личне околности није способан да остварује права и обавезе из овог закона без одговарајуће помоћи.

Поступак идентификације личних околности лица из става 1. овог члана надлежни органи спроводе континуирано, а најраније у разумном року након иницирања поступка азила, односно изражавања намере да поднесе захтев за азил на граници или у транзитном простору.”

5.2.2.2. Закон о странцима

Закон о странцима²³⁸ такође дефинише групу посебно угрожених странаца, у које спадају: 1) особе са инвалидитетом; 2) старија лица; 3) труднице; 4) самохрани родитељи малолетне деце; 5) жртве мучења, силовања или неког другог облика тешког насиља (укључујући и насиље у породици и партнерским односима које може бити узроковано полом, родом, сексуалном оријентацијом и родним идентитетом); 6) жртве трговине људима; 7) особе које се у својој земљи порекла суочавају са опасношћу од мучења, нечовечног или понижавајућег поступања или кажњавања због своје сексуалне оријентације или родног идентитета; 8) малолетници; и 9) малолетници без пратње (члан 3, став 1. тачка 24).

5.3. Посебно заштићене категорије тражилаца азила и миграната

5.3.1. Деца

Закон о азилу и привременој заштити дефинише малолетника као странца који није навршио 18 година живота (члан 2. став 1. тачка 13). Закон у члану 11. прописује да у поступку азила малолетног лица учествује родитељ или старатељ (изражава намеру да тражи азил у Републици Србији и подноси захтев за азил у име детета). Само изузетно, закон дозвољава малолетном лицу које је старије од 16 година и које је у браку, да самостално учествује у поступку азила (члан 11. став 3).

Закон даље прописује начело заштите најбољег интереса детета. Тако члан 10. став 1. закона налаже да се приликом спровођења најбољег интереса детета поступа у складу са овим начелом. Да би се проценило шта је у најбољем интересу детета, води се рачуна о следећим елементима: 1) добробити детета; 2) социјалном развоју и пореклу детета; 3) мишљењу детета, зависно од његовог узраста и зрелости; 4) начелу јединства породице; 5) заштити и безбедности детета, посебно ако постоји сумња да се ради о жртви трговине људима или родно заснованог насиља (члан 10. став 2).

Закон даље у члану 70. став 2. прописује да малолетно дете рођено у браку или ван брака, малолетно усвојено дете или малолетни пасторак лица коме је одобрен азил у Републици Србији, а које није засновало сопствену породицу, следи правни положај родитеља којем је одобрен азил. О овоме одлуку доноси Канцеларија за азил. Такође, закон први пут експлицитно уводи одредбу о обезбеђењу приступа образовању за малолетног тражиоца азила, које се обезбеђује одмах, а најкасније у року од 3 месеца од дана када је поднет захтев за азил (члан 55. став 2).

5.3.2. Деца без пратње

Деца без пратње су у посебном фокусу новог закона, који сада први пут прави разлику између деце без пратње и деце која су одвојена од родитеља. Тако се малолетно лице без пратње дефинише као "странац који није навршио 18 година живота и који приликом уласка у Републику Србију нема пратњу родитеља или старатеља, нити одрасле особе која је одговорна за њега или који је након уласка у Републику Србију остао без пратње родитеља или старатеља или пратње одрасле особе која је одговорна за њега (члан 2. став 1. тач. 14). С друге стране, под малолетним лицем одвојеним од родитеља подразумева се "странац који није навршио 18 година живота и који приликом уласка у Републику Србију нема пратњу родитеља или старатеља, нити одрасле особе која је одговорна за њега или који је након уласка у Републику Србију остао без пратње родитеља или старатеља или пратње одрасле особе која је одговорна за њега, али не нужно и без пратње других рођака, а на које се примењују одредбе овог закона које се односе на малолетно лице без пратње" (члан 2. став 1. тач. 15).

Нови закон садржи и неколико одредби којима се гарантује положај деце без пратње, а посебно дефинише улога старатеља. Тако закон прописује да орган старатељства одређује привременог старатеља детету без пратње, осим уколико је у питању малолетник који је старији од 16 година и који је у браку (члан 12). Привремени старатељ ће бити одређен чим се утврди да се ради о детету без пратње, а најкасније до тренутка подношења захтева за азил. Малолетник се без одлагања обавештава да му је одређен привремени старатељ.

Закон дефинише и обавезе привременог старатеља, које се огледају у следећем:

- 1) привремени старатељ информише дете без одлагања о поступку азила, као и о његовим правима и обавезама;
- 2) обавезно је присутан у тренутку када дете без пратње изражава намеру да тражи азил;
- 3) обавезно је присутан када малолетник без пратње лично подноси захтев за азил, или га подноси у његово/њено име, када је то у најбољем интересу малолетника;
- 4) обавезно је присутан у тренутку када се малолетник без пратње саслушава поводом захтева за азил.

Законом је гарантовано да поступак по захтеву за азил малолетника без пратње, као и други поступци који се односе на његова/њена права, има приоритет у односу на друге поступке (члан 12. став 9).

Код малолетног тражиоца азила, закон у члану 52. намеће обавезу обезбеђења материјалних услова прихвата у центру за азил или другом објекту намењеном за смештај тражилаца азила, све до доношења правноснажне одлуке о захтеву за азил. Изузетно, уколико се смештај не може обезбедити у овим објектима, Комесаријат

за избеглице и миграције може обезбедити смештај у установи социјалне заштите, код другог пружаоца смештаја или другој породици, а на основу решења центра за социјални рад.

Чланом 73. Закона прописана су посебна права детета без пратње којем је одобрено право на азил. У питању су следећа права:

- 1) у што краћем року одређивање старатеља, односно законског заступника;
- 2) смештање првенствено са одраслим сродницима детета или лицима са којима га веже нарочита блискост;
- 3) могућност смештања детета у хранитељску породицу или установу социјалне заштите;
- 4) ако постоји могућност, браћа и сестре смештају се заједно, у складу са њиховим најбољим интересом, узимајући у обзир њихове године и степен зрелости.

Малолетном лицу без пратње може се одредити и боравак у установи социјалне заштите за малолетна лица са појачаним надзором, али само под условом да се не могу делотворно применити алтернативне мере (члан 80. став 2).

Закон даље прописује да када је то неопходно, надлежни органи започињу трагање за члановима породице малолетног лица штитећи његов/њен најбољи интерес. Ако живот или интегритет малолетног лица или његове блиске родбине могу бити угрожени, посебно ако су остали у држави порекла, мора се осигурати прикупљање, обрада и размена информација у складу са начелом поверљивости (члан 73. став 5).

Ове законске одредбе су уведене у циљу побољшања положаја деце миграната без пратње, а посебно имајући у виду запажања Комитета за права детета.

Закључна запажања о комбинованом другом и трећем периодичном извештају Републике Србије, Комитет за права детета (2017)

"22. Комитет поздравља иницијативе које је држава потписница увела у циљу решавања проблема дискриминације, нарочито ромске деце, али ипак изражава забринутост због: а. сталне дискриминације ромске деце у свим областима живота, што је један од главних разлога који доводи до смештања ромске деце у установе; б. чињенице да се ... мигранти, избеглице и деца тражиоци азила, ... и даље суочавају са дискриминацијом у погледу приступа образовању, здравственој заштити и адекватном становању;

...

23. Комитет апелује на државу потписницу да: а. осигура потпуну примену релевантних постојећих закона о забрани дискриминације кроз јачање јавних едукативних кампања које се баве негативним друштвеним ставовима према ромској деци, деци са сметњама у развоју, деци припадницима мањина, избеглицама и деци тражиоцима азила, деци мигрантима

...



И. Посебне мере заштите (чл. 22, 30, 32–33, 35–36, 37 (б)–(г), 38, 39 и 40)

Деца избеглице и тражиоци азила

56. Иако Комитет поздравља наставак сарадње државе потписнице са УНХЦР, као и напоре да се побољшају прихватни објекти за децу и да се систем заштите деце прилагоди тако да одговара потребама деце која траже азил и деце избеглица, забринут је што: а. нејасна упућивања у Закону о азилу у погледу посебног поступања према деци избеглицама и тражиоцима азила, као и одсуство одговарајућег поступка идентификације и недовољан број преводилаца на граници, повећава ризик да деца без пратње која улазе у земљу не буду идентификована као таква; б. према важећим прописима, не постоји посебан поступак азила за децу без пратње, што доводи до: кашњења у именовану правних заступника; неадекватне услуге тумачења; именовања до три различита старатеља (који често нису адекватно обучени да делују као старатељи); одређивање *ad hoc* смештаја за девојчице без пратње, док се дечаци у почетку смештају у Центре за малолетне стране држављане; дугорочно смештање деце без пратње млађе од 16 година која траже азил у Центре за азил (са неадекватним објектима и без обученог особља да се нон стоп ефикасно брине о њима); с. ограничен простор у центрима за азил је приморао велики број деце која траже азил и деце избеглица, укључујући децу без пратње и раздвојену децу, да спавају на улицама без адекватног смештаја у несигурним и нехигијенским условима, док се друга плаше да иду у центре због страха од депортације, што их чини рањивим на кријумчаре који наводно делују у држави потписници; д. нека деца без пратње и раздвојена деца су враћена, у складу са поступком реадмисије, без процене њихових најбољих интереса, а да нису била обавештена о свом праву да траже азил на језику који могу да разумеју; и е. један број деце непознатог држављанства су тренутно у опасности да постану лица без држављанства у држави потписници. **57.** У светлу Општег коментара бр. 6 о поступању с децом без пратње и раздвојеном децом ван њихове земље порекла, Комитет препоручује да држава потписница: а. успостави правичне и ефикасне поступке за азил који се спроводе на начин прилагођен за дете, и са процедуралног и са материјалног аспекта, а којима се систематски идентификују деца без пратње или раздвојена деца и упућују на одговарајућу заштиту и подршку, као и да, у том смислу, размотри измену важећег националног законодавства, укључујући Закон о азилу; б. осигура потпуно укључивање деце тражилаца азила и деце избеглица која су без пратње или раздвојена у постојећи систем заштите деце; обезбеди смештај у хранитељским породицама или другим смјештајним капацитетима који су адекватни за њихов узраст, пол и потребе, у складу са проценама најбољег интереса спроведеним на индивидуалној основи; и да успостави специјализоване услуге за децу са емоционалним, психијатријским и бихевиоралним проблемима; с. осигура да се свој деци која траже азил систематски пружају информације о њиховим правима и обавезама, поступцима за азил и расположивим услугама, како би се спречило да прибегну спавању без крова над главом због страха од депортације, као и да предузме неопходне кораке за

заштиту деце без пратње од кријумчара; d. осигура потпуно поштовање принципа забране протеривања и олакша приступ систему азила за децу којој је потребна међународна заштита у складу са члановима 6, 22 и 37 Конвенције; e. гарантује право на стицање српског држављанства за сву децу која тренутно бораве у држави потписници, која би иначе била без држављанства, без обзира на сопствени правни статус или правни статус родитеља.”

5.3.3. Жртве родно заснованог насиља

Закон о азилу и привременој заштити посвећује значајан простор родно заснованом насиљу, али га не дефинише. Тако члан 17. Закона о азилу и привременој заштити изричито наводи да се у поступку азила води рачуна о специфичној ситуацији лица којима су потребне посебне процесне или прихватне гаранције попут лица која су “силована или изложена другим тешким облицима психичког, физичког и других облика родно заснованог насиља.” Закон не даје дефиницију овог појма, па би државни службеници који поступају у области азила требало да се ослоне како на дефиницију из Закона о равноправности полова,²³⁹ тако и на Закон о потврђивању конвенције Савета Европе о спречавању и борби против насиља над женама и насиља у породици.²⁴⁰

Закон о равноправности полова дефинише род као “друштвено успостављене улоге, положаје и статусе жена и мушкараца у јавном и приватном животу, а из којих услед друштвених, културних и историјских разлика проистиче дискриминација заснована на биолошкој припадности одређеном полу” (члан 10. став 1. тач. 2), а родно насиље као “понашање којим се угрожава телесни интегритет, душевно здравље или спокојство, или наноси материјална штета лицу, као и озбиљна претња таквим понашањем, које спречава или ограничава неко лице да ужива права и слободе на принципу равноправности полова” (члан 10. став 1. тач. 5). С друге стране, још опсежније дефиниције пружа у члану 3. Закон о потврђивању конвенције Савета Европе о спречавању и борби против насиља над женама и насиља у породици.

Члан 3. Закона о потврђивању конвенције Савета Европе о спречавању и борби против насиља над женама и насиља у породици:

“Дефиниције

У сврху ове конвенције:

- a) “насиље над женама” означава кршење људских права и облик дискриминације над женама и представља сва дела родно заснованог насиља која доводе до или могу да доведу до: физичке, сексуалне, психичке, односно, финансијске повреде или патње за жене, обухватајући и претње таквим делима, принуду или произвољно лишавање слободе, било у јавности било у приватном животу;

²³⁹ „Сл. гласник РС”, бр. 104/09.

²⁴⁰ „Сл. гласник РС”, бр. 12/2013.

- б) “насиље у породици” означава свако дело физичког, сексуалног, психичког, односно економског насиља до којег долази у оквиру породице или домаћинства, односно између бивших или садашњих супружника или партнера, независно од тога да ли починилац дели или је делио исто боравиште са жртвом;
- ц) “род” означава друштвено одређене улоге, понашања, активности и атрибуте, које дато друштво сматра прикладним за жене и мушкарце;
- д) “родно засновано насиље над женама” означава насиље, које је усмерено против жене зато што је жена, односно оно које несразмерно погађа жене;
- е) “жртва” означава свако физичко лице које је изложено понашању описаном под тач. а) и б);
- ф) појам “жена” укључује девојке испод 18 година живота.

Овим инструментом се, поред психичког и физичког насиља, уређују и други облици родно заснованог насиља: сексуално насиље, укључујући и силовање (члан 36), принудни брак (члан 37), генитално сакаћење жена (члан 38), принудни абортус и принудну стерилизацију (члан 39), као и сексуално узнемиравање (члан 40). Сва ова дела треба узети у обзир приликом разматрања прогона у вези са родно заснованим насиљем.”

Да би се постигла заштита лица изложених родно заснованом насиљу, Закон уводи и родно сензитивну процедуру. Тако се као једно од основних начела која се морају поштовати током целе азилне процедуре признаје и начело родне равноправности и осетљивости (члан 16). Ово подразумева и да тражитељка азила може захтевати да поднесе захтев за азил и буде саслушана одвојено од своје мушке пратње. Ово је од изузетног значаја јер може омогућити лакшу и бржу идентификацију лица које је изложено родно заснованом насиљу. Такође, први пут се изричито гарантује да тражилац азила има право да преводиоци и тумачи који учествују у поступку азила буду истог пола, као и у случају службеника који долази у физички контакт са тражиоцем.

Члан 16. Закона о азилу и привременој заштити:

“Одредбе овог закона тумаче се на родно осетљив начин.

Тражиоцу се, на његов захтев, омогућава да поднесе захтев за азил и да га саслуша лице истог пола, односно да буде саслушан уз помоћ преводиоца или тумача истог пола, осим ако то није могуће или је повезано с несразмерним тешкоћама за орган који води поступак азила.

Начело из става 1. овог члана примењује се и без посебног захтева тражиоца приликом претресања, телесних прегледа и других радњи у поступку које подразумевају физички контакт са тражиоцем.

Особе женског пола у пратњи мушкараца које траже азил подносе захтев и дају изјаву одвојено од својих пратилаца.”

Закон у члану 26. прописује разлоге за прогон и, између осталог, изричито признаје да се под друштвеном групом подразумева и група која се заснива на заједничким карактеристикама пола, рода и родног идентитета. Притом, у закону се инсистира на томе да је довољно да су ово претпостављена лична својства, односно није важно да ли тражилац азила заиста и поседује наведене карактеристике које су разлог за прогон, ако му учинилац прогона приписује такве карактеристике. Такође, само дело прогона подразумева нарочито "физичко или психичко насиље, укључујући сексуално и родно засновано насиље" (члан 28. став 2).

Конечно, закон у члану који се односи на малолетнике без пратње указује да се приликом процене најбољег интереса детета узима у обзир, између осталог, његова/ њена заштита и безбедност, а нарочито уколико "постоји сумња да је малолетно лице ... жртва насиља у породици и других облика родно заснованог насиља" (члан 10. став 2).

Закон о странцима изричито гарантује да странац не сме бити принудно удаљен на територију где му прети прогон због његове припадности одређеној друштвеној групи (члан 83. став 1), а горе је речено да прогон који свој основ има у родно заснованом насиљу може да се подведе под припадност одређеној друштвеној групи.

5.3.4. Жртве трговине људима

Закон о азилу и привременој заштити садржи свега неколико одредби у којима се помињу жртве трговине људима. Најважнији је члан 17. закона, у којем се изричито наводи да се у поступку азила води рачуна о специфичној ситуацији лица којима су потребне посебне процесне или прихватне гаранције попут жртава трговине људима. Закон даље у члану који се односи на малолетнике без пратње указује да се приликом процене најбољег интереса детета узима у обзир, између осталог, његова/ њена заштита и безбедност, а нарочито уколико "постоји сумња да је малолетно лице жртва трговине људима" (члан 10. став 2).

Положај жртава трговине људима детаљније је уређен **Законом о странцима**, који уводи значајне новине. Прво, законом је признато право на привремени боравак странцу који намерава да остане у Републици Србији дуже од 90 дана по основу статуса претпостављене жртве трговине људима (члан 40. став 1, тач. 12) и жртве трговине људима (члан 40. став 1, тач. 13).

Члан 62. Закона о странцима:

„(1) Уколико се током спровођења поступка утврђивања идентитета странца, на основу посебних показатеља претпостави да је странац жртва трговине људима, надлежни државни орган за идентификацију и координацију заштите жртава трговине људима врши процену стања и потреба жртве, као и идентификацију жртве, у складу са законским овлашћењима у домену регистроване делатности.



- (2) Надлежни државни орган за идентификацију и координацију заштите жртава трговине људима обавештава Министарство унутрашњих послова о покретању поступка из става (1) овог члана и информисае странца о условима за одобрење привременог боравка и другим правима.
- (3) Привремени боравак странцу за којег се претпоставља да је жртва трговине људима може се одобрити без испуњавања општих услова из члана 43. овог закона у временском трајању од 90 дана.
- (4) Током трајања привременог боравка, омогућава се опоравак и елиминисање могућег даљег утицаја извршиоца кривичног дела на жртву, као и могућност да, на основу благовремених и потпуних информација о свом статусу, самостално, без условљавања на сведочење, донесе одлуку о даљој сарадњи са надлежним државним органом за идентификацију и координацију заштите жртава трговине људима, судом, тужилаштвом или полицијом.
- (5) У времену важења привременог боравка по овом основу не може се донети решење о враћању.
- (6) У времену важења привременог боравка по овом основу, надлежни државни орган за идентификацију и координацију заштите жртава трговине људима координира заштитом жртве трговине људима и у сарадњи са другим институцијама, установама и организацијама обезбеђује сигурност и заштиту, прикладан и сигуран смештај, психолошку и материјалну помоћ, приступ хитној медицинској заштити, приступ образовању за малолетнике, саветовање и информисање о његовим законским правима и правима која су му доступна, на језику који разуме.
- (7) Ако постоји потреба, обезбеђују се и услуге превоза, тумачења и помоћ у остваривању његових права и интереса у случају вођења кривичног поступка.
- (8) Када се за малолетног странца за ког се претпоставља да је жртва трговине људима утврди да нема пратњу родитеља, старатеља или законског заступника, надлежни орган, орган старатељства и полиција, у сарадњи са надлежним државним органом за идентификацију и координацију заштите жртава трговине људима, утврђује да ли се на територији Републике Србије налази његова породица, у циљу спајања породице.
- (9) Жртва се неће спајати са породицом када државни орган надлежан за заштиту жртава трговине људима оцени да спајање малолетника са породицом није у његовом најбољем интересу, а нарочито уколико постоји сумња да је породица жртве умешана у трговину људима. Спајање малолетника са породицом вршиће се само у ситуацијама када надлежни орган старатељства у сарадњи са надлежним државним органом за идентификацију и координацију заштите жртава трговине људима, утврди да је спајање са породицом у најбољем интересу детета.
- (10) Ако се на територији Републике Србије не налази породица жртве или је није могуће пронаћи, малолетнику ће се поставити старатељ у складу са законом.“

Члан 63. Закона о странцима:

- „(1) Уколико се у поступку из члана 62. став (1) овог закона утврди да је странац жртва трговине људима и да је донео самосталну одлуку о даљој сарадњи са надлежним државним органом за идентификацију и координацију заштите жртава трговине људима, судом, тужилашвом или полицијом, надлежни орган за заштиту жртава трговине људима у форми стручног мишљења о наведеном обавештава Министарство унутрашњих послова.
- (2) Жртви трговине људима може се одобрити привремени боравак без испуњавања услова из члана 41. став (2) или члана 43. овог закона.
- (3) Жртвама трговине људима, укључујући и малолетнике који су жртве, одобриће се привремени боравак уколико надлежни државни орган за идентификацију и координацију заштите жртава трговине људима сматра да је његов боравак нужан ради његове заштите, опоравка и осигурања безбедности или уколико суд, тужилаштво или полиција сматрају да је његово присуство неопходно због сарадње у кривичном поступку.
- (4) Привремени боравак странцу који је жртва трговине људима одобрава се на период од годину дана, са могућношћу продужавања под истим условима.
- (5) Странац коме је одобрен привремени боравак као жртви трговине људима, поред права из члана 62. овог закона, без условљавања на пристанак сведочења, има право на приступ тржишту рада, стручном усавршавању и образовању.
- (6) Странцу са одобреним привременим боравком за жртве трговине људима, који нема довољно материјалних средстава за неопходно лечење, надлежни државни орган за идентификацију и координацију заштите жртава трговине људима, самостално или у сарадњи са системом здравства, надлежним центром за социјални рад и другим пружаоцима услуга и организацијама, обезбедиће доступност медицинске и друге неопходне помоћи.
- (7) Приликом одобравања привременог боравка странцу који је малолетан, надлежни орган узима у обзир најбољи интерес малолетника, његов узраст и зрелост.

Престанак хуманитарног боравка и привременог боравка за жртве трговине људима.“

Члан 64. Закона о странцима:

- „(1) Привремени боравак за жртве трговине људима или привремени боравак из члана 61. став (1) тачка 3) може се укинути у било ком тренутку уколико странац више не испуњава услове, а нарочито:
- 1) ако је странац коме је одобрен привремени боравак активно, добровољно и самоиницијативно обновио контакте са лицима осумњиченим да су починили кривично дело из области трговине људима и ирегуларних миграција,



- односно ако се утврди да је пријава ових кривичних дела лажна или неоснована;
- 2) ако је странац коме је одобрен привремени боравак престао да сарађује или се у процесу сарадње служи преварама;
 - 3) када то захтевају разлози заштите безбедности Републике Србије и њених грађана;
 - 4) када правосудни органи одлуче да обуставе поступак.
- (2) Привремени боравак из хуманитарних разлога из члана б1. став (1) тач. 1), 2), 4) и 5) престаје ако престану околности због којих је странцу одобрен привремени боравак или то захтевају разлози заштите безбедности Републике Србије и њених грађана.

5.3.5. ЛГБТИ тражиоци азила

Сексуална оријентација се помиње изричито у Закону о азилу и привременој заштити. Прво је забрањено да лице другачије сексуалне оријентације буде изложено дискриминацији током трајања поступка азила у Републици Србији, као и у вези са његовим правима и обавезама (члан 7). Друго, закон изричито признаје да се под одређеном друштвеном групом може сматрати и група која је заснована на заједничким карактеристикама сексуалног опредељења (члан 2б. став 2). Значајно, инсистира се на томе да је довољно да су ово претпостављена лична својства, односно није важно да ли тражилац азила заиста и поседује наведене карактеристике које су разлог за прогон, ако му учинилац прогона приписује такве карактеристике.

Закон о странцима изричито гарантује да странац не сме бити принудно удаљен на територију где му прети прогон због његове сексуалне оријентације или родног идентитета (члан 83. став 1).

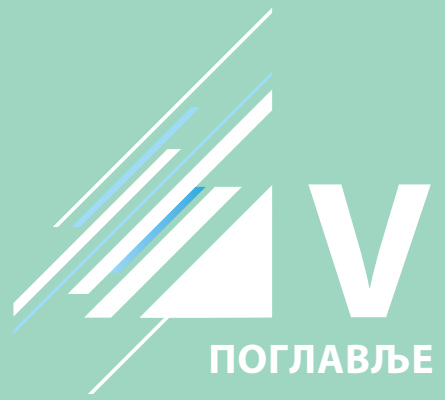
Канцеларија за азил је још 2013. године доделила уточиште двојици тражилаца азила који су били у истополној заједници.²⁴¹ Приликом доношења одлуке о додели статуса, првостепени орган је посебно узео у обзир извештаје којима се документује да су припадници ЛГБТ популације у Турској изложени правним изазовима и дискриминацији. Утврђено је да постоји распрострањена хомофобична дискриминација, а припадници ЛГБТ се соучавају са узнемиравањем и насиљем од стране својих рођака, комшија, колега, наставника, па чак и припадника полиције, док одговор власти често изостаје или је неадекватан. Посебно је узето у обзир да је дошло до убиства неколико припадника сексуалних мањина, као и чињеница да у Турској нема закона који их штите од дискриминације, а која је изражена у области запошљавања, образовања, становања, здравства, јавног смештаја, кредита и слично. Имајући ово у виду, првостепени орган је утврдио основ за прогон и пронашао да у конкретном случају треба доделити азил у Републици Србији. Значајно је споменути и да је

²⁴¹ Решење Одсека за азил, 03/9-4-26-1280/13, од 25.12.2013.

Управни суд недавно разматрао тужбу држављана Кубе који су напустили земљу порекла страхујући од прогона по основу сексуалне оријентације. Управни суд је пресудом поништио одбијајућу одлуку Комисије за азил, и предмет вратио на поновно решавање, образложивши своју одлуку тиме да управни органи, по службеној дужности, треба да утврде све околности и чињенице у складу са изнетим схватањем Суда, а везано за припадност тужилаца одређеној друштвеној групи, те да поново одлуче о њиховом захтеву за азил.²⁴²

²⁴² Пресуда Управног суда Републике Србије, 3 У 11867/17 од 7.9.2017. године.





ПОГЛАВЉЕ

ПРОЦЕСНА ЈЕМСТВА И ПРАВО
НА ДЕЛОТВОРАН ПРАВНИ ЛЕК У
СЛУЧАЈЕВИМА ПРОТЕРИВАЊА

У првом тому овог приручника бавили смо се правима о којима је реч када се разматрају одлуке о враћању тражилаца азила или других рањивих миграната у земљу порекла или транзита, тј. о апсолутном праву по коме ничији живот не сме бити угрожен (члан 2. ЕКЉП), као и о праву по коме нико не сме бити подвргнут мучењу или нечовечном или понижавајућем поступању или кажњавању (члан 3. ЕКЉП). Тамо су била размотрена и права која се признају појединцима чије се околности пренебрегавају у контексту колективних протеривања (члан 4. Протокола бр. 4). Када та права буду угрожена одлуком о враћању, ЕКЉП пружа појединцу на кога се та повреда односи право да примени делотворан правни лек како би наведену одлуку оспорио (члан 13).

У овом поглављу ћемо се пре свега бавити наведеном анализом (утврдићемо како стоје ствари у вези с том анализом) испитујући стандарде и судску праксу међународних и регионалних инструмената (како инструмената Савета Европе, тако и инструмената Европске уније) којима се уређује право на делотворан правни лек у ситуацијама протеривања или враћања. У овом поглављу ће бити размотрено како досег одлука о „враћању“ мора бити тумачен у светлу актуелних развојних тенденција и праксе у управљању миграцијама. Поред случајева када се повратак организује авионом или неким другим саобраћајним средством, овде ће бити размотрене и мере као што је удаљавање с границе (*push-backs*) и забрана уласка у земљу. Иако удаљавање с границе и забрана уласка нису „враћање“ у традиционалном смислу тих речи, они практично могу довести до тога да појединац буде присиљен да се врати у транзитну земљу или у своју земљу порекла, где се потенцијално суочава с ризикантном ситуацијом.



1. НАЧЕЛА МЕЂУНАРОДНОГ И РЕГИОНАЛНОГ ПРАВА О ПРАВНИМ ЛЕКОВИМА ЗА ОСПОРАВАЊЕ ОДЛУКА О ВРАЋАЊУ

1.1 Међународни пакт о грађанским и политичким правима и општи коментари уз њега

Иако ћемо се у овом поглављу углавном усредсредити на стандарде и судску праксу ЕСЉП у вези са овим питањем, било би корисно да укратко подсетимо на међународне стандарде којима се уређује право на делотворан правни лек и његово дејство у контексту одлука о враћању.

Међународни пакт о грађанским и политичким правима, главни уговор који се налази у законодавном оквиру УН, а тиче се заштите људских права, као и Општи коментари Пакта садрже важне одредбе о наведеној теми. Међународни пакт садржи опште правило по коме признаје право на „делотворан правни лек“ сваком лицу чија су права и слободе по Међународном пакту били прекршени, као и право да им се обезбеди да надлежне власти поступе у складу са сваким усвојеним правним леком (члан 2. став 3. тачке а и ц). Када је реч о странцима, применљивост Међународног пакта потврђена је чланом 2. став 1, којим се државе уговорнице Пакта обавезују да признају права која су њиме утврђена свим појединцима који се налазе на њиховој територији и потпадају под њихову власт, без икаквог разликовања (члан 2. став 1), што значи да ту никаквог утицаја нема миграциони статус лица о коме је реч.²⁴³

У основном тексту Пакта не утврђују се детаљно услови на основу којих се правни лек може сматрати „делотворним“, нити се прави разлика између повреде права у сваком појединачном случају.

У целини узев, према Пакту, странци су заштићени од одлука о протеривању или враћању чланом 13, у коме се прописује основни садржај релевантног правног лека, уз напомену да, по правилу, странац на кога се односи одлука о враћању мора имати могућност да истакне разлоге против [свог] протеривања и да се од стране надлежне власти или једног или више лица нарочито означених за то његов случај преиспита, у коју сврху ће имати заступника.

1.2 Стандарди права Европске уније

Пре но што пређемо на релевантне стандарде по ЕКЉП, у овом одељку ћемо испитати правни оквир ЕУ.

Према праву ЕУ, право на делотворан правни лек утврђено је чланом 47. Повеље Европске уније о основним правима. Тај члан се тумачи у том смислу да садржи право на правичну и јавну расправу (члан 47. став 2). У предмету *„Маркс и Спенсер“ против комесара за царине и акцизе /Marks and Spencer plc v. Commissioners of Customs & Excise/*, СПЕУ је разјаснио одредбу садржану у другом ставу члана 47, утврђујући начело по коме свако има [...] право да пред домаћим судовима покрене поступак против Државе [...] не само онда када Директива није примењена или када је погрешно примењена већ и онда када унутрашње правне мере којима се исправно спроводи Директива нису у пракси примењене на начин који омогућује да се оствари онај резултат ради чијег је остваривања Директива усвојена.

Тај члан представља опште јемство свакоме коме су повређена права и слободе зајемчени правом Уније, а не указује изричито на азилантске или мигрантске ситуације. Треба нагласити да се члан 6. ЕКЉП (право на правично суђење) не примењује на

²⁴³ Међународни пакт о грађанским и политичким правима, Општи коментар бр. 15: Положај странаца према Пакту утврђен на 27. седници Комитета за људска права, 11. априла 1986.

питање у вези са азилом/миграцијама јер се права у тој области не сматрају „грађанским правима“, па самим тим нису обухваћена наведеном одредбом. Стога се у земљама чланицама ЕУ том питању може приступити само са становишта заштите коју пружа члан 47. Повеље ЕУ јер на обим поља његовог дејства не утиче наведено ограничење.

Право на делотворан правни лек у специфичном контексту азила и миграција засебно је инкорпорирано у различите инструменте који, сви заједно, чине Заједнички европски систем азила (ЗЕСА), пре свега у измењену Директиву о поступцима доделе азила (члан 46. те директиве).

Шира применљивост члана 47, као и специфичне одредбе ЗЕСА значе да су земље чланице ЕУ према праву ЕУ везане правним стандардима делотворног правног лека и у ситуацијама миграција и азила. То није онако непосредно као што је случај у правном поретку Савета Европе, што ћемо анализирати у одговарајућем одељку овог поглавља.

1.3 Инструменти „меког права“ Савета Европе (осим ЕКЉП)

У свом документу **Двадесет смерница о присилном враћању** Комитет министара Савета Европе утврдио је важне смернице о стандардима и начелима које државе морају поштовати када спроводе одлуке о враћању. Када је реч о праву на правни лек, ваљало би размотрити **Смерницу бр. 5.**

Смерница бр. 5. Правни лек против решења о враћању

1. *У решењу о враћању или у поступку доношења решења о враћању лице на које се то решење односи има право на делотворан правни лек пред надлежним властима или органом састављеним од чланова који су непристрасни и којима је зајамчена независност у раду. Надлежна власт или орган има овлашћење да **преиспита решење о враћању, што обухвата и могућност привременог обустављања од извршења.***
2. *Правни лек о коме је реч садржи следећа процесна јемства и карактеристике:*
 - *рокови за изјављивање правног лека не смеју бити неразумно кратки;*
 - *правни лек мора бити доступан, што, пре свега, подразумева да, онда када лице на које се односи решење о враћању не поседује довољно новчаних средстава да плати потребну правну помоћ, оно ту правну помоћ добија бесплатно, у складу са одговарајућим унутрашњим правним прописима о правој помоћи;*
 - *ако лице на које се решење о враћању односи тврди да ће то враћање довести до повреде његових људских права, онако како је то утврђено у Смерници 2. став 1, правни лек треба да **предвиђа да се помно размотре** те тврдње.*

3. *Изјављивање правног лека има суспензивно дејство онда када лице на које се решење о враћању односи изнесе уверљиву тврдњу да ће ако буде враћено, бити подвргнуто поступању које се коси с његовим људским правима утврђеним у Смерници бр. 2. став 1.*

Права на чије се повреде указује у Смерници бр. 2. став 1. обухватају, у релевантном делу текста:

а. стварна опасност од извршења смртне казне или излагања мучењу или нечовечном или понижавајућем поступању или кажњавању; б. стварна опасност од тога да ће лице бити убијено или подвргнуто нечовечном или понижавајућем поступању или кажњавању чији ће починиоци бити недржавни актери, ако власти у земљи повратка, странке и организације које контролишу државу или знатан део територије државе, укључујући и међународне организације, нису у могућности или нису вољне да пруже одговарајућу и делотворну заштиту; или ц. остале ситуације које према међународном праву или унутрашњем праву оправдавају доделу међународне заштите.

Горе наведена одредба уводи неке од основних појмова на којима почива право на правни лек у контексту решења о враћању:

1. Потреба за **помним разматрањем решења о враћању** када лице на које се то решење односи тврди да ће бити изложено опасности од тешке повреде његових права, као горе.
2. Када се **уверљивом тврдњом** докаже да постоје такве опасности, потребно је да правни лек има **суспензивно дејство** како би се осигурало да лице на које се решење односи буде заштићено од потенцијално непоправљиве штете.

Горе наведене смернице и судска пракса ЕСЉП су међу собом комплементарни, па је захваљујући томе ЕСЉП у својој судској пракси користио и даље развијао исте те стандарде, што ће бити објашњено у наредним одељцима.

1.4 Стандарди и судска пракса према ЕКЉП

Према ЕКЉП, право на делотворан правни лек уређено је чланом 13. и сврха те одредбе јесте заштита појединца од **доказивих повреда** његових права по Конвенцији. Одредба гласи како следи:

Свако коме су повређена права и слободе предвиђени у овој Конвенцији има право на делотворан правни лек пред националним властима, без обзира јесу ли повреду извршила лица која су поступала у службеном својству.

Утврђујући то право, ЕСЉП настоји да у *пракси спроведе суштину права и слобода по Конвенцији у каквом год да су она облику утврђена у унутрашњем правном поретку.*²⁴⁴

²⁴⁴ *Abdolkhani and Karimnia v Turkey*, Представка бр. 30471/08, став 111; *Ilias and Ahmed v Hungary*, Представка бр. 47287/15, став 98.

Како се сугерише у наведеном исказу, тај члан није засебна, самостална одредба, већ се мора разматрати у вези с наводном повредом једног или више супстанцијалних права по Конвенцији.

Из перспективе враћања, горње начело поприма контекст у склопу Двадесет смерница о присилном враћању Савета Европе – о коме је горе било речи – где Смерница бр. 5. (о правним лековима у вези с решењима о враћању) почива на схватању да члан 13. ЕКЉП, сагледан у вези са [неком супстанцијалном одредбом ЕКЉП], пре свега, чланом 2, чланом 3, чланом 8. Конвенције или чланом 4. Протокола бр. 4. уз Конвенцију, **налаже да државе морају појединцу о коме је реч ставити на располагање стварну могућност да оспори решење о враћању и да сва релевантна питања притом уз довољно процесних јемстава и темељно размотри** одговарајући домаћи форум који ужива адекватна јемства независности и непристрасности (*Шебашов против Летоније /Shebashov v Latvia/* (Одлука) бр. 50065/99, *Ал-Нашиф против Бугарске /Al-Nashif v Bulgaria/*, Представка бр. 50963/99, став 133).

Да би био у складу с Конвенцијом, правни лек по члану 3. мора испунити низ општих начела.

Пре свега, право на делотворан правни лек није доступно у вези са сваком наводном повредом Конвенције, без разлике, већ само у вези са оним тврдњама које се сматрају „доказивима”, тј. у вези с тврдњама које имају одређени степен основности. У вези с тим питањем, Водич Савета Европе за члан 13. прецизира да **ЕСЉП иако досад није понудио прецизну дефиницију „доказивости”**, он је у више наврата поновио да правни лек треба да буде на располагању само за оне тврдње које су „доказиве”.²⁴⁵ У Водичу СЕ даље се каже да *питање да ли је нека тврдња о повреди права доказива треба решавати у светлу конкретних чињеница и природе правног питања или правних питања која се том тврдњом покрећу*. Међу чиниоцима који се сматрају релевантним када треба установити да ли се нека тврдња о повреди права може сматрати доказивом, на темељу судске праксе ЕСЉП, Водич Савета Европе указује на **доказе које предоче** подносиоци представки, као и друге разлоге који зависе од специфичних чињеница и околности датог предмета.

У вези с тим питањем, европски Програм едукације о људским правима и азилу за правнике (*Human Rights Education for Legal Professionals – HELP*) и ЕКЉП утврђују да, како би једна тврдња о повреди права била доказива, није неопходно да је *повређено супстанцијално право (Леандер против Шведске, став 79)*, а притом се додаје да је *тврдња доказива ако није очигледно неоснована у смислу члана 35. став 3. тачка (а) ЕКЉП и у том смислу се подудара – у извесној мери – са питањем прихватљивости (представке)*.²⁴⁶

²⁴⁵ *Athanassoglou and ors v Switzerland*, Представка бр. 27644/95, став 58, где се цитира Пресуда у предмету *Boyle and Rice v the UK*, 27. април 1988, Series A бр. 131, стр. 23, став 52.

²⁴⁶ Курс о ЕКЉП и азилу, који су заједнички припремили Програм *HELP* Савета Европе и УНХЦР (CoE HELP Course – Asylum and the ECHR).

У том смислу се суштина своди на делотворност којом се утврђује конкретно коришћење и утицај правног лека. Опште је правило да правни лек мора бити **делотворан како у пракси, тако и у праву**.²⁴⁷

У свом Водичу о том питању Комитет министара Савета Европе утврђује општа начела и захтеве које један правни лек мора испунити да би се сматрао „**делотворним**” према стандардима Конвенције, као и специфичне захтеве које треба испунити у случајевима када се ради о правном леку против решења о враћању и протеривању. С обзиром на интерпретативну вредност тог водича, на њега ћемо се у наредним одељцима у великој мери ослањати.²⁴⁸

Предмет Хлаифија и други против Италије

Предмет Хлаифија и други против Италије (Представка бр. 16483/12) – став 268 ... *правни лек чије постојање налаже члан 13. мора бити „делотворан” како у пракси, тако и у праву. „Делотворност” једног „правног лека” у смислу члана 13. не зависи од извесности повољног исхода за подносиоца представке. Исто тако, „власти” које се помињу у тој одредби не морају бити судске „власти”*.²⁴⁹

У истом том духу: ...*чак и ако један правни лек сам за себе не испуњава у потпуности све захтеве утврђене у члану 13, то је могуће постићи здруженим дејством свих правних лекова утврђених у унутрашњем правном поретку (Хлаифија, став 268; Кудла /Kudła/, став 157. и Хирши Џама и други, став 197).*

Делотворност неког правног лека такође зависи од чињеничног контекста у коме се он изјављује; чиниоци као што је понашање власти и њихов одговор на правни лек могу битно утицати на способност правног лека да произведе очекивано дејство. С тим у вези ЕСЉП је саопштио да *дејство [правног лека] не сме бити неоправдано спутано чињењем или нечињењем власти тужене државе (Чакици против Турске, Представка бр. 23657/94, став 112)*.²⁵⁰

Како би се сматрао компатибилним с горе наведеном дефиницијом по Конвенцији, правни лек мора задовољити и формалне и суштинске захтеве. Ако не испуњава формални и супстанцијални захтев, правни лек се може сматрати неадекватним за заштиту појединца од кршења његових права.

Треба додати да чак и онда када **у конкретном случају нема позивања на члан 13, на процесне пропусте може да се укаже на разне друге начине**. У том смислу програм *HELP* Савета Европе о азилу и ЕКЉП,²⁵¹ подсећа на то да процесна јемства у контексту повратка могу проистећи и из *процесног дела члана 3, као и члана 4.*

²⁴⁷ *Ibid.*, 115.

²⁴⁸ Савет Европе – Комитет министара – Водич добре праксе у односу на унутрашње правне лекове (Guide to good practice in respect of domestic remedies), Генерални директорат за људска права и владавину права, Савет Европе, 2013.

²⁴⁹ Такође и *Ilias and Ahmed v. Hungary*, Представка бр. 47287/15, став 98.

²⁵⁰ Савет Европе, Програм *HELP*, Курс: Азил и ЕКЉП, у коме се цитира Пресуда у предмету *Çakici v. Turkey*, став 112.

²⁵¹ Савет Европе, Програм *HELP*, Курс: Азил и ЕКЉП.

Протокола бр. 4. и члана 1. Протокола бр. 7. уз Конвенцију. И члан 3. и члан 4. Протокола бр. 4, који су релевантни за ово поглавље, сматрају се члановима који садрже и процесни елемент, што Европском суду за људска права омогућује да размотри наводне процесне пропусте чак и онда када се подносилац представке није засебно позвао на право на делотворан правни лек.

После сумарног прегледа општих одлика делотворних правних лекова према ЕКЉП, следи пододељак у коме ћемо се ближе позабавити неким аспектима који су посебно релевантни у контексту враћања.

1.4.1 Облик правног лека и власти којима је он поверен

Сам по себи прилично концизан члан 13. не прописује конкретан облик који правни лек треба да има, па самим тим не обавезује државе на унапред утврђене судске или управне мере.²⁵² Иако Конвенција не садржи конкретан захтев у том смислу, и сматра се да државе користе *унутрашње поље слободне процене у коме одлучују како ће испуњавати своје обавезе*, у Водичу Савета Европе констатује се да је то дискреционо право инхерентно ограничено *природом права о коме је овде реч*, што утиче на врсту правног лека који је држава дужна да обезбеди.²⁵³

Слично томе, власти којима је поверена надлежност да приме захтев за правни лек, када се подносилац захтева на то позове, не морају бити судске власти. И у вези с том тачком ЕСЉП препушта држави да утврди власт која је надлежна да разматра предмет, уз ограничење да надлежни орган мора преиспитати правни лек тако да је могућно проценити његову делотворност. У контексту миграција и враћања, у предмету **Илијас и Ахмед против Мађарске**, ЕСЉП је разјаснио да (98) „*власт*“ која се помиње у тој одредби [не мора] *бити судска власт; међутим, ако то није судска власт, њена овлашћења и јемства која она пружа морају бити релевантна за одлучивање о томе да ли је правни лек о коме је реч делотворан.*

1.4.2 „Обим“ делотворног правног лека према ЕКЉП

Према Конвенцији, сматра се да је један правни лек сагласан одредби у члану 13. у мери у којој може да *омогући надлежним домаћим властима [...] да се баве сушти-*

252 Савет Европе – Комитет министара – Водич добре праксе у односу на унутрашње правне лекове (CoE - Committee of Ministers - Guide to good practice in respect of domestic remedies): *Питање правосудне природе правног лека није одлучујуће. На пример, констатовано је да, у одређеним околностима, управна средства могу да се покажу делотворнима* (цитат из: *Torreggiani and Others v Italy*, став 51 и *Norbert Sikorski v. Poland*, Представка бр. 17599/05, став 111).

253 *Ibid.*, такође види *De Souza Ribeiro v France*, Представка бр. 22689/07, став 78: *Обим обавеза високих страна уговорница по члану 13. разликује се зависно од природе притужбе коју у својој представи износи подносилац. Државе имају одређено поље дискреционог одлучивања када је реч о начину на који испуњавају своје обавезе по тој одредби* (види *Jabari v. Turkey*, Представка бр. 40035/98, став 48, ECHR 2000-VIII). *Међутим, правни лек који је предмет захтева у члану 13. мора бити „делотворан“ у пракси као и у праву* (види *Kudła, горе наведено, став 157*); *Vidayeva and Others v. Russia*, Представка бр. 15339/02 и даље, став 190–191.

ном релевантне притужбе по Конвенцији и да пружи одговарајуће правно задовољење.²⁵⁴ Правни лек према члану 13 стога мора ићи даље од пуког разматрања и процене меритума тврдње, већ мора бити у стању да на основу закључка тог разматрања пружи неки облик надокнаде / правног задовољења како би се исправила наводна повреда.

У програму *HELP* Савета Европе додаје се да делотворан правни лек мора омогућити властима да *испитају меритум предмета (Чahal, ставови 155–1057) [...] а да притом не буду ограничене обимом преиспитивања које је спровео нижи орган.*²⁵⁵

1.4.3 Приступачност правног лека

У Смерницама Савета Европе о присилном враћању,²⁵⁶ о којима је горе било више речи, прецизира се да у решењу о враћању и у поступку који води ка доношењу тог решења делотворан правни лек који лице на које се решење односи треба да има на располагању мора бити **приступачан**. За ту сврху важни су различити елементи које ћемо засебно анализирати у овом одељку (као што су рокови и приступ правној помоћи).

Поред тога, један од елемената на основу којих се одређује да ли је правни лек приступачан јесте **доступност и предочавање информација** о њему подносиоцу представке. Немогућност приступа информацијама ствара, како се оцењује, крупну препреку за способност тражиоца азила да делотворно искористи релевантан систем заштите. У својој судској пракси, ЕСЉП наглашава колико је важно да се свакоме ко подлеже мери враћања или удаљења ... [гарантује] право да добије довољно информација које ће му омогућити да делотворно приступи релевантним поступцима и да поткрепи своје притужбе (*Илијас и Ахмед против Мађарске*, став 116, где се цитира Пресуда у предмету *М. С. С. против Белгије и Грчке*, ставови 301. и 304. и *Хирши Џама и други*, став 204).

Абдолхани и Каримнија против Турске

У предмету **Абдолхани и Каримнија против Турске**,²⁵⁷ Турска је пропустила да разматра захтеве подносилаца представке за привремени азил и да их обавести о разлозима због којих њихови захтеви за азил нису били узети у разматрање, као и да их овласти на приступ правној помоћи док су се налазили у полицијској станици у Хаскоју. Поред тога, подносиоци представке нису могли да поднесу захтев за поништење одлуке о њиховом депортовању у Ирак или Иран јер им решење о депортацији никада није било уручено и нису били обавештени о разлозима због којих је донето то решење.

ЕСЉП је, између осталог, утврдио да подносиоцима представке није био на располагању делотворан и доступан правни лек у односу на њихове притужбе по члану 3. и повреду члана 13.

²⁵⁴ Савет Европе – Комитет министара – Водич добре праксе у односу на унутрашње правне лекове; *M. S. S. v Belgium and Greece*, Представка бр. 30696/09, став 291.

²⁵⁵ Савет Европе, Програм *HELP*, Курс: Азил и ЕКЉП.

²⁵⁶ Комитет министара Савета Европе, *Двадесет смерница о присилном повратку /Twenty Guidelines on Forced Return/*, 4. мај 2005: <http://www.refworld.org/docid/42ef32984.html>

²⁵⁷ *Abdolkhani and Karimnia v. Turkey*, Представка бр. 30471/08, ставови 111–117.

Приступачност информација на којима се темељи одлука о депортацији – па самим тим и транспарентност поступка доношења решења у целини узев – такође је релевантан чинилац да би правни лек који стоји на располагању подносиоцу захтева могао да се сматра делотворним. Када је реч о 20 препорука Савета Европе,

[...] у предмету *Ал-Нашиф против Бугарске /Al-Nashif/*, ЕСЉП је установио да је прекршен члан 13. јер решење о депортацији није могло да буде делотворно оспоре **пошто се темељило на разлозима у домену националне безбедности, услед чега надлежни суд није могао да прикупи релевантне доказе о тој наводној безбедносној претњи**. ЕСЉП је установио да „чак и када се изнесу наводи о томе да постоји претња по националну безбедност, јемство делотворности неког правног лека захтева, као минимум, да надлежни независни жалбени орган буде обавештен о разлозима на којима се темељи одлука о депортацији, чак и ако ти разлози нису јавно доступни [...] (Ал Нашиф против Бугарске, Представка бр. 50963/99, ставови 137–138).

1.4.4 Делотворно „у пракси и праву“


Поред горњих одлика, одавно је утврђено начело да се **делотворност** неког правног лека у смислу Конвенције процењује на основу тога да ли тај правни лек постоји **и у праву и у пракси** (између осталог, *Илхан против Турске* [Велико веће], Представка бр. 22277/93, став 97).

Два аспекта значења (у праву и у пракси) која се дају појму „делотворности“ у смислу ове одредбе у суштини захтевају да правни лек о коме је реч постоји у унутрашњем праву и да исто тако, када се примени, стварно произведе дејство тако што ће спречити или исправити наводну повреду права. У том циљу, придаје се значај и *општем правном и политичком контексту у коме ти правни лекови функционишу, као и личним околностима подносиоца представке*.²⁵⁸

У Смерницама СЕ се, на пример, наводи у вези с превентивним правним лековима да такви лекови морају да би били делотворни у пракси, *[inter alia] бити у стању да спрече настављање и даље трајање наводне повреде права [...]*.²⁵⁹ То је посебно битно онда када се разматрају правни лекови против решења о враћању, јер се тиме спречавају ризици којима би појединац био изложен уколико би био враћен.

²⁵⁸ Савет Европе – Комитет министара – Водич добре праксе у погледу унутрашњих правних лекова у коме су цитиране пресуде у предмету *Dorđević v. Croatia*, Представка бр. 41526/10, став 101; *Van Oosterwijk v. Belgium*, Представка бр. 7654/76, ставови 36–40.

²⁵⁹ *Ibid.*



2. СПЕЦИФИЧНИ СТАНДАРДИ И ОБЗИРИ КОЈИ СЕ ПРИМЕЊУЈУ НА ДЕЛОТВОРНЕ ПРАВНЕ ЛЕКОВЕ ПРОТИВ РЕШЕЊА О ВРАЋАЊУ ИЛИ УДАЉЕЊУ СТРАНАЦА

2.1 Општа начела

Током година у предметима који се односе на враћање и удаљење странаца из неке земље чланице СЕ у трећу земљу или измештање странаца између земаља чланица отворили су многа питања у вези са „делотворним правним леком“ пред ЕСЉП. Међу сценаријима које је ЕСЉП разматрао, могу се направити разлике зависно од категорије странаца на које се мера односи (илегални мигранти, мигранти који су прекорачили допуштени рок боравка у земљи или странци којима је изречена кривична осуђујућа пресуда, као и тражиоци азила или признати корисници међународне заштите), као и зависно од наводних ризика (од повреде апсолутних права, по члану 2. и 3, до навода који се односе на квалификована права, као што су права утврђена у члановима 5. или 8). У суштини, подносиоци представки могу, како се то у пракси показало, указивати на повреду права на делотворан правни лек због **процесних или материјалних околности враћања**, процесних пропуста који се тичу **приступачности правног лека** или неделотворности самог правног лека, односно његове немогућности да донесе очекивани резултат (чланови 2. и 3) или да оспори то што, у контексту **групног враћања**, нису узете у обзир индивидуалне околности (члан 4. Протокола бр. 4).

Садржај и обим правног лека који постоји у унутрашњем праву за оспоравање мере о враћању – у смислу супстанцијалних и процесних права – ЕСЉП је такође разматрао и идентификовао његове основне компоненте.

Захтеви које правни лек мора да испуни како би се могао сматрати делотворним у смислу ЕКЉП разликују се зависно од тежине последица с којима ће се лице на које се односи решење о враћању вероватно суочити ако то решење буде спроведено, као и од ширег контекста у коме се враћање одвија и специфичних околности самог подносиоца представке.

У контексту азила, ЕСЉП је разматрао специфичне карактеристике правних лекова предвиђених за тражиоце азила. Ту се нарочит значај придаје делотворности правног лека који им, између осталог, омогућује да оспоре меру имиграционог притвора или меру протеривања или да уложи жалбу на одлуку о захтеву за доделу азила.



2.2 Шта се сматра „враћањем” у смислу ЕКЉП за сврхе члана 13.

Појам протеривање (*refoulement*) детаљно је разматран у претходном издању овог приручника и нећемо се више подробно бавити њиме у овом ставу. Ради јасноће довољно је подсетити на то да се сматра да је реч о протеривању (*refoulement*) онда када постоји **суштински основ** да се сматра да ће лице ако буде враћено, бити изложено опасности од поступања које је супротно члановима 2. и 3. ЕКЉП. У смислу судске праксе ЕСЉП, подједнака важност се такође придаје случајевима у којима је лице било жртва праксе колективног протеривања услед чега су његове специфичне околности могле бити пренебрегнуте и оно је могло да се суочи с подједнако тешким последицама пошто буде враћено. У судској пракси ЕСЉП, ситуације у којима се радило о решењима о враћању странаца – иако су поступци и путеви били различити – у другу земљу обухватају следеће:

2.2.1 Решења о забрани уласка (Хлаифија и други против Италије)

Пример

У предмету **Хлаифија и други против Италије** (Представка бр. 16483/12), подносиоцима представке издата су решења о забрани уласка, у којима је указано на могућност жалбе у року од 60 дана мировном судији у Агриђенту. Међутим, подносиоци представке су навели да тај правни лек не би обуставио од извршења само решење. Иако ЕСЉП на крају није утврдио повреду права 13. по Конвенцији сагледаног заједно са чланом 4. Протокола бр. 4, специфичне околности наведеног предмета чине га важном референцом.

2.2.2 Пресретање и спречавање уласка на територију (*push-backs*) (Хирши Џама и други против Италије [Велико веће])

Хирши Џама и други против Италије

У предмету **Хирши Џама и други против Италије** (Представка бр. 27765/09), о коме је већ било речи у претходним одељцима овог приручника, италијанске власти су пресреле 24 подносиоца представке који су заједно с још око 200 лица путовали на три брода из Либије у Италију. Подносиоци представке су пребачени на италијанске војне бродове на отвореном мору и враћени су у Либију. Подносиоци представке су навели да власти никада нису покушале да их идентификују, нити су их обавестили о томе куда их возе. Два подносиоца представке преминула су у непознатим околностима након што је представка поднета, за њих 14 УНХЦР у Триполију признао је статус избеглице, а откако је 2011. избила револуција у Либији, адвокат подносилаца представке може да оствари контакт само са шест подносилаца, од којих је једном лицу додељен избеглички статус у Италији.

Осим тога што је у датом предмету ЕСЉП донео веома важне закључке о екстратериторијалној примени Конвенције на отвореном мору, почев од тога да су док су се налазили на ита-

лијанским бродовима подносиоци представке били и *de jure* и *de facto* под контролом италијанских власти, установио је и повреде члана 3. када је реч о опасности од протеривања (*refoulement*) и ланчаног протеривања, као и повреда члана 4. Протокола бр. 4. јер су власти пребациле подносиоце представке у Либију, а да нису претходно размотриле индивидуални положај сваког појединачног подносиоца (види даљу анализу овог аспекта у Другом поглављу овог приручника).

Када је реч о правним лековима, **ЕСЉП је пресудио да су били повређени члан 13. у вези са чланом 3. Конвенције и члан 13. у вези са чланом 4. Протокола бр. 4.** будући да подносиоци представке нису имали приступ ниједном правном леку пре но што су измештени из надлежности Италије.

2.2.3 Спречавање уласка на копненој граници / у транзитним зонама на аеродрому (*Гебремедин против Француске*)

Гебремедин против Француске

У предмету ***Гебремедин против Француске*** (комплетан сажетак предмета следи у наставку овог текста), подносилац представке је држављанин Еритреје који је стигао у Француску и задржан у међународном простору за чекање на аеродрому. Поднео је хитан захтев Управном суду тражећи да му се изда дозвола за улазак у земљу како би поднео захтев за азил, што је одбијено. Подносилац представке је уложио представку ЕСЉП-у, а ЕСЉП је, сагласно правилу 39. Пословника Суда (привремене мере)²⁶⁰ указао француској држави на то да је пожељно да подносилац представке засад не буде враћен у Еритреју. **ЕСЉП је утврдио да је правни лек који је подносилац представке имао на располагању за оспоравање решења којим му се забрањује улазак био неделотворан због тога што није имао суспензивно дејство.** Подносилац представке није имао приступ таквом правном леку док се налазио у простору за чекање. ЕСЉП је установио да је у датом случају био прекршен члан 3. у вези са чланом 13.

2.2.4 „Даблински трансфери“ у државу чланицу која се сматра надлежном (*М. С. против Белгије и Грчке*)

Важно је да поново истакнемо како забрана протеривања (*non-refoulement*) такође обухвата случајеве опасног враћања у друге земље чланице СЕ. Иако су се, хронолошки гледано, предмети који су се нашли пред ЕСЉП бавили одговорношћу државе која испоручује појединца трећој држави у којој то протерано лице може бити суочено са опасношћу од тога да му буде нанета велика штета сагласно члановима 2. и 3. ЕКЉП, иста могућност постоји и када је реч о враћањима у земљу која је такође

²⁶⁰ Европски суд за људска права може, сагласно правилу 39. Пословника Суда, одредити привремене мере ако сматра да постоји непосредна опасност од наношења ненадокнадиве штете. Више о томе види у: ЕКЉП, Основне чињенице – Привремене мере. Текст доступан на: https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Interim_measures_ENG.pdf

члан СЕ.²⁶¹ Предмети који су најилустративнији за то јесу предмети **М. С. С. против Белгије и Грчке** и **Тарахел против Швајцарске**. И о једном и о другом предмету већ је било доста говора у претходним поглављима овог приручника зато што су они индикативни за начин на који се развијао приступ ЕСЉП члану 3. у контексту азила и миграција. Веома често се ти предмету означавају као „даблински предмети“ јер се баве одлукама о трансферу донетим по основу „Даблинске уредбе“ ЕУ.

М. С. С. против Белгије и Грчке

У предмету **М. С. С. против Белгије и Грчке** (Представка бр. 30696/09), подносилац представке је допутовао из Авганистана у Грчку, где су му узети отисци прстију, а одатле је отишао у Белгију, где је поднео захтев за азил. Сагласно „Даблинској уредби“, подносилац представке је враћен из Белгије у Грчку, где је започео поступак подношења захтева за азил. Након што се суочио с многобројним проблемима у том поступку и пошто је постао бескућник, подносилац представке је ухапшен када је покушао да напусти Грчку уз фалсификоване исправе. Задржан је у притвору, осуђен на казну затвора од два месеца чије је издржавање одложено да би га, после његовог другог покушаја да напусти Грчку – полиција пребацила на турску границу ради протеривања, али је „у последњем тренутку грчка полиција одлучила да га не протера“, навео је подносилац представке, „због присуства турске полиције“ (став 53).

ЕСЉП је установио да је у датом случају био прекршен члан 13. Конвенције прочитан заједно са чланом 3. због недостатака у грчком поступку доделе азила и могућности да се подносилац представке суочи са опасношћу од протеривања у Авганистан, а да није ваљано испитан цео његов случај и да он није имао приступ делотворном правном леку. Конкретно: (став 321) **ЕСЉП закључује да је прекршен члан 13. Конвенције сагледан у вези са чланом 3. због недостатака у начину на који су грчке власти разматрале захтев за азил који је поднео подносилац представке и ризик с којим се он суочава да буде директно или индиректно враћен земљу порекла без икаквог темељнијег испитивања суштине (меритума) његовог захтева за азил и без могућности да он приступи делотворном правном леку.**

2.3 Карактеристике које правни лек треба да има како би се могао сматрати делотворним у ситуацији у којој постоје опасности по члану 2. и 3.

Сажетак

Захтеви које треба испунити да би правни лек био делотворан у контексту одлуке о враћању:

- Правни лек мора пружити **делотворну могућност да се преиспита одлука о враћању** (*Гебремедин против Француске*, Представка бр. 25389/05; *Вилва-*

²⁶¹ Обратите пажњу на то да су све земље чланице Европске уније истовремено и земље чланице Савета Европе. Стога одлуке о премештању или враћању из једне земље чланице ЕУ у другу земљу чланицу ЕУ, сагласно „Даблинској уредби“, такође могу отворити питања по ЕКЉП ако до повреде неке одредбе ЕКЉП дође у контексту тог враћања.

раца и други против Уједињеног Краљевства, представке бр. 13163/87, 13164/87, 13165/87, 13447/87, 13448/87);

- Правни лек мора дозволити надлежном „домаћем органу“ **да решава суштину притужбе** и да измени одлуку (*Вилвараца и други*, став 122);
- Правни лек мора омогућити **„независну и ригорозну анализу“** притужбе жртве (*Шамажев и други против Грузије и Русије*, Представка бр. 36378/02 и *Џабари против Турске*, Представка бр. 40035/98);
- Правни лек мора имати **аутоматско суспензивно дејство** како би спречио да лицу које је предмет одлуке о враћању буде нанета ненадокнадива штета (*Маматкулов и Аскарлов против Турске*, представке бр. 46827/99 и 46951/99; *Гебремедин и Хриши Џама и други против Италије*) због „неповратне природе штете“ која би могла наступити ако би био враћен.

2.3.1 Право на делотворни правни лек против одлука о враћању услед којих се отвара опасност од повреде чланова 2. и 3.

У својој судској пракси у предметима у којима се ради о враћању у ситуације потенцијалног ризика за подносиоца представке, ЕСЉП придаје велики значај оним случајевима у којима подносилац представке тврди да би га одлука о враћању – ако би била спроведена у дело – могла изложити *стварном ризику од поступања које је противно члану 3. Конвенције или стварном ризику од повреде његовог права на живот које је заштићено чланом 2. Конвенције*.²⁶²

Као што је подробно објашњено у претходном издању овог приручника, чланови 2. и 3. ЕКЉП садрже апсолутна права од којих се ни под каквим околностима не може одступити. С обзиром на важност права и интереса заштићених тим одредбама, појачавају се одговарајући процесни механизми заштите које подносиоци представке треба да уживају. Како је сам ЕСЉП саопштио, ако би решење о враћању било спроведено, то би могло довести подносиоца представке у опасну ситуацију према члановима 2. и 3, што би подразумевало *потенцијално неповратни ризик*.²⁶³ У том смислу **превентивна компонента** правних лекова против такве врсте решења има пресудан значај. У Водичу Савета Европе за члан 13. побројана су нека од тих основних јемстава која морају постојати како би се такви ризици избегли.

У предмету **Ф. Г. против Шведске** (Представка бр. 43611/11), став 111, између осталих кључних прецедената, ЕСЉП износи два правна начела на којима све то почиња, изричито саопштавајући да *ако висока страна уговорница протера странца, то може отворити питање по члану 3. [...] уколико постоји суштински основ за веровање да ће лице о коме је реч ако буде депортовано, бити суочено са стварном опасношћу од тога да буде подвргнуто поступању које је противно*

²⁶² Савет Европе – Комитет министара – Водич добре праксе у односу на унутрашње правне лекове, стр. 36.

²⁶³ *Hirsi Jamaa and ors v. Italy*, Представка бр. 27765/09, ставови 199–200.

члану 3. у земљи дестинације. У таквим околностима, **члан 3. намеће обавезу да се лице о коме је реч не депортује** у ту земљу (цитат из Пресуде у предмету *Сади против Италије* [Велико веће], Представка бр. 37201/06, ставови 124–125).

У складу с релевантном судском праксом у вези с тим питањем, у случајевима у којима су постојали наводи о таквим ризицима, **главна брига ЕСЉП [...] јесте то да ли постоје делотворна јемства која штите подносиоца представке од производног протеривања, свеједно да ли директног или индиректног, у земљу из које је то лице побегло** (*Илијас и Ахмед против Мађарске*, став 113, где је цитиран део Пресуде у предмету *М. С. С. против Белгије и Грчке*, став 286).

Према томе, помна анализа коју ЕСЉП обавља знатно превазилази факторе ризика у земљи предложеној за повратак, тако да узима у обзир и то да ли земља о којој је реч може подвргнути подносиоца представке новом, даљем трансферу ка земљи у којој би то лице могло бити изложено опасности од повреда члана 2. или члана 3. ЕКЉП (ланчано протеривање, као горе у предмету *Хирши Џама и други против Италије*). Тежина повреде о којој се у наведеним предметима страхује толика је да ЕСЉП такође захтева посебне облике правних лекова.

У предмету ***Јарашонен против Турске /Yarashonen/*** (Представка бр. 72710/11), став 61, ЕСЉП је утврдио да *ако се ради о основном праву на заштиту од мучења, нечовечног или понижавајућег поступања, превентивне и компензационе мере морају бити комплементарне како би се [правни лек] могао сматрати делотворним [...]* постојање превентивног правног лека је услов без кога није могућно остварити делотворну заштиту појединца од врсте поступања која је забрањена чланом 3. Наведени цитат показује колику важност ЕСЉП придаје забрани по члану 3. и ненадокнадивој штети која би могла да настане када би се остварила опасност на коју се та одредба односи.²⁶⁴

У складу с тим, ЕСЉП је у предмету *М. С. С.* закључио да (став 293) *делотворност правног лека у смислу члана 13. категорички налаже [...]* независну и помну анализу сваке тврдње да постоји суштински основ за страх од стварне опасности од поступања које се коси са чланом 3.

Вреди још указати и на то да када се изнесе притужба да би враћање могло изложити подносиоца представке опасностима по основу члана 2. и члана 3, **само нашање лица на које се односи решење о враћању престаје да буде у материјалном смислу важно** за процену државе у датој ствари. Тежина дела за које је странац можда осуђен или под истрагом, укључујући и повезаност с тероризмом или друга тешка кривична дела, не може се сматрати елементом који оправдава његово депортовање.²⁶⁵

²⁶⁴ Види Савет Европе, Програм *HELP*, Курс: Азил и ЕКЉП, где се цитира Пресуда у предмету *De Souza Ribeiro v France*, став 82.

²⁶⁵ Европска агенција за основна права, Приручник ..., фуснота бр. 158, у којој се цитира Пресуда у предмету *Chahal v. the UK*, Представка бр. 22414/93, ставови 150–151.

К. И. против Русије

У предмету **К. И. против Русије** (Представка бр. 58182/14), подносилац представке који је држављанин Таџикистана, стигао је у Русију 2003. године. У одсуству је осуђен 2011. године као члан „екстремне верске“ групе. Таџикистански органи гоњења су тражили да он буде изручен. Руске власти су одбиле да га изруче уз образложење да дело које му је стављено на терет није кажњиво по руском унутрашњем праву. Подносилац представке је доцније поново ухапшен због прекршаја миграционог законодавства и задржан је у притвору до административног удаљења. Његов захтев за азил је одбијен.

Подносилац представке је тврдио да би његовим враћањем у Таџикистан **био прекршен члан 3. ЕКЉП јер би се он суочио с прогоном због екстремизма и јер постоји реалан ризик од тога да би га органи реда у Таџикистану злостављали ако би био враћен у ту земљу.**

ЕСЉП је установио да је у датом случају био прекршен члан 3. ЕКЉП. Када је реч о његовом административном удаљењу, руске власти нису помно испитале тврдње подносиоца представке да ће бити подвргнут злостављању. Уместо тога оне су, не удубљујући се, одбациле његов захтев за доделу азила. Исто тако, тиме што су одбиле да га изруче Таџикистану, руске власти нису отклониле опасност од тога да он буде злостављан по повратку у Таџикистан: његово административно удаљавање изложило би га истом реалном ризику од злостављања коме би га изложило и изручење.

ЕСЉП је такође установио повреду члана 5. став 4. у том смислу што жалбени поступак који је подносилац представке имао на располагању није омогућавао експедитиван и делотворан правни лек помоћу кога би се могло оспорити решење о притвору. Није установљена повреда члана 5. став 1.

2.3.2 Правни лек са аутоматским суспензивним дејством²⁶⁶

Према општем правилу, у случајевима када се прети враћањем, подносиоцу представке који има доказиву тврдњу по члану 2. или 3. треба обезбедити правни лек **са аутоматским суспензивним дејством**. У суштини, када има такво „суспензивно“ дејство, правни лек практично обуставља извршење одређених одлука и тиме спречава њихове последице.

Потреба да правни лекови против решења о протеривању имају „суспензивно“ дејство вероватно представља један од најконтроверзнијих аспеката питања депортације и приступа делотворном правном леку и управо се она нашла у средишту већине спорова у тој области. У контексту решења о враћању странаца у њихову земљу порекла или земљу у којој су раније боравили, посезање за правним леком који има суспензивно дејство обуставља, макар и привремено, управне и друге практичне аранжмане који су потребни да би се странац удаљио из земље у којој се тренутно налази. Висок ниво заштите се обезбеђује и онда када се поднесу притужбе или

²⁶⁶ Види: Европска агенција за основна права, Приручник из европског права у области азила, граница и имиграције – издање за 2014, стр. 102 и даље.

представке по члану 4. Протокола бр. 4. То ћемо ближе анализирати у наставку овог текста.²⁶⁷

Гебремедин против Француске

У предмету **Гебремедин против Француске**, Представка бр. 25389/05, подносилац представке је држављанин Еритреје који је стигао у Француску и тамо задржан у међународној зони за чекање на аеродрому. Поднео је хитан захтев Управном суду захтевајући да му се дозволи да уђе у земљу како би могао да поднесе захтев за азил, што је одбијено. Он се онда обратио ЕСЉП-у, и тај суд је наложио француској држави, сагласно правилу 39. Пословника Суда (привремене мере) да подносилац представке засад не сме бити пребачен у Еритреју.

Француско право којим се уређују питања странаца и њиховог боравка предвиђа посебан гранични поступак за тражење дозволе за улазак у земљу по основу азила када страни држављани авионом или бродом долазе у Француску. Граничари разговарају с тражиоцима азила и на основу тог разговора формулишу обавезујуће мишљење које даље преносе Министарству унутрашњих послова. Страни држављани потом остају задржани у „простору за чекање“ док власти испитују да ли је њихов захтев за азил који су намеравали да поднесу био „очигледно неоснован“. Ако власти сматрају да је захтев за азил „очигледно неоснован“, оне одбијају да дозволе лицу о коме се ради да напусти тај простор за чекање и уђе у земљу. То лице од тог тренутка аутоматски подлеже могућности да буде удаљено или враћено, а да му се није пружила прилика да поднесе захтев за азил. Појединци о којима је реч могу да се обрате управним судовима не би ли се изборили да одлука министарства којом им се одбија улазак у земљу буде поништена, таква представка нема суспензивно дејство и на њу се не односе никакви рокови.

ЕСЉП је утврдио да правни лек који је био на располагању подносиоцу представке за оспоравање одлуке којом је одбијен његов захтев да уђе у земљу није био делотворан зато што није имао суспензивно дејство. С обзиром на важност члана 3. и неповратну природу штете која би могла наступити ако би се опасност од мучења или злостављања остварила, члан 13. налаже да, када држава одлучи да трансферише неког странца у земљу у којој постоји стварна опасност да ће он бити суочен са ризиком од таквог злостављања, то лице мора имати приступ правном леку са аутоматским суспензивном дејством (правни лек који има такво дејство само „у пракси“ није довољан). Подносилац представке није имао приступ таквом правном леку док је боравио у „чекаоници“. ЕСЉП је установио да је у датом случају био повређен члан 3. у вези са чланом 13.

Абдолхани и Каримнија против Турске

У предмету **Абдолхани и Каримнија против Турске**,²⁶⁸ Турска није разматрала захтеве подносилаца представке за привремени азил и није их обавестила о разлозима због којих није узела у разматрање њихове захтеве за азил, нити им је омогућила да имају приступ правној помоћи док су се налазили у полицијској станици у Хескоју. Поред тога, подносиоци представке нису били у могућности да поднесу захтев за поништење одлуке о свом депортовању у Ирак или Иран јер им никада није уручено решење о депортацији које је донето у њиховим предмети-

²⁶⁷ Савет Европе – Комитет министара – Водич добре праксе у погледу унутрашњих правних лекова, стр. 36, где се цитира Пресуда у предмету: *Conka v. Belgium*, Представка бр. 51564/99, ставови 81–84. (CoE – Committee of Ministers – Guide to good practice in respect of domestic remedies)

²⁶⁸ *Abdolkhani and Karimnia v. Turkey*, Представка бр. 30471/08, ставови 111–117.

ма и нису били обавештени о разлозима за своје предложено удаљење из Турске.

Правни лек који је у унутрашњем правном систему био предвиђен против одлуке о удаљењу из земље **није имао аутоматско суспензивно дејство** – такво дејство је могло да проистекне само на основу дискреционе одлуке управног суда. ЕСЉП је закључио да су у датом случају била повређена права подносилаца представке по основу члана 13. у вези са чланом 3. зато што нису имали на располагању делотворан правни лек против решења о протеривању.

Поред тога, у Пресуди коју је донео у предмету **И. М. против Француске**, ЕСЉП је нагласио да делотворност једног правног лека *зависи од захтева у погледу његовог квалитета, брзине и његовог суспензивног дејства, пре свега, имајући на уму важност који сам ЕСЉП придаје члану 3. и неповратну природу штете која би вероватно наступила ако би се остварила опасност од мучења и злостављања.*²⁶⁹

И. М. против Француске (Представка бр. 9152/09)

У датом случају подносилац представке, судански држављанин који је побегао из Судана, где је боравио у притвору, путовао је у Шпанију да би оданде, како је планирао, прешао границу с Француском, и имао је код себе фалсификовану француску визу. Подносилац представке је у Француској ухапшен због „незаконитог уласка“ у земљу и због тога што је „користио фалсификоване документе“. Осуђен је на месец дана затвора због кршења Закона о странцима. Док је боравио у притвору, поднео је захтев за азил, који није евидентиран код надлежног органа. Потом су предузети кораци за његову депортацију. Подносилац представке није добио одговарајућу језичку нити правну помоћ да оспори решење о свом удаљењу из Француске. Коначно, подносилац представке је поднео захтев за азил који је евидентирао као захтев који ће бити обрађиван „по хитном поступку“, оном који је предвиђен за очигледно неприхватљиве или неосноване захтеве – а сматрало се да у такве захтеве спадају сви они који су донети у контексту протеривања. Ни тада подносилац представке није добио одговарајућу правну помоћ, а разговор који је с њим обављен поводом захтева за азил имао је многобројне велике недостатке. Када је покренут поступак за његову депортацију, подносилац представке је **затражио и добио, сагласно правилу 39, привремену меру коју је изрекао ЕСЉП ради обустављања од извршења решења о његовом протеривању.**

Пошто је утврдио да је у датом случају био повређен члан 15. у вези са чланом 3, ЕСЉП је закључио да се обрадом захтева за азил по хитном поступку не лишава подносилац тог захтева могућности да детаљно буду размотрене све његове тврдње. Међутим, подносилац представке је био приморан да свој захтев управном суду поднесе у изузетно кратком року, па је стога, иако је, гледано теоријски, он могао да заустави од извршења решење о депортацији, такав лек је био доступан само у теорији, а не и у пракси. Осим тога, подносиоцу представке нису пружена релевантна јемства у смислу правне и језичке помоћи која би његов правни лек учинила делотворним.

Међутим, не тврди се у свим случајевима у којима постоји опасност за људска права лица које је предмет враћања да правни лек треба да има суспензивно дејство. Као што је раније већ речено, важност суспензивног дејства је у суштини повезана с наводима о **непоправљивим последицама које би могле да уследе ако би се**

²⁶⁹ *I. M. v France*, Представка бр. 9152/09, став 132.

спорно решење спровело у живот. У том смислу, **способност правног лека да практично обустави одлуку о враћању** има централни значај за сам појам „суспензивног правног лека“, у том смислу да *сама могућност да се затражи суспензивно дејство у начелу није довољна (Гебремедин против Француске).*²⁷⁰

Насупрот томе, када постоје наводи да ће удаљење изложити подносиоца представке опасностима од повреда његових права која нису апсолутна (квалификованих права) по Конвенцији, *по правилу се не тражи правни лек са суспензивним дејством.*²⁷¹ То је обично онда када се ради о квалификованим правима по ЕКЉП (као што су права утврђена члановима 5. или 8), па је држави дозвољено унутрашње поље слободне процене код уравнотежавања интереса на једној и другој страни. Стога, када постоје и друге опасности, а не оне по члановима 2. и 3. (на пример, по члану 8), *није императив [да правни лек] има аутоматско суспензивно дејство [али] треба обезбедити делотворну могућност да се оспори решење о депортацији, уз довољна процесна јемства (Ал Нашиф против Бугарске, Представка бр. 50963/99).*

У предмету *Де Суза Рибейро*, ЕСЉП се изричито бавио питањем правног лека против одлука о враћању када би то враћање могло довести до ризика по квалификована права утврђена Конвенцијом и разматрајући утицај решења о враћању на права подносиоца представке утврђена чланом 8.

****Сажетак прилагођен на основу саопштења ЕСЉП у том предмету**

Де Суза Рибейро против Француске [Велико веће] Представка бр. 22689/07 – у датом случају подносилац представке је држављанин Бразила који је од 1988. са својом породицом живео у Француској Гвајани. Када га је 2007. године зауставила саобраћајна полиција, подносилац представке није могао да предочи ваљане боравишне исправе. Уручено му је управно решење о удаљењу и смештен је у притвор до извршења. Упркос томе што је он одмах уложио захтев за одлагање извршења тог решења, депортован је у Бразил 50 минута након доношења решења. ЕСЉП је размотрио представку овог подносиоца са становишта члана 13. у вези са чланом 8, констатујући да је, иако је подносилац представке **начелно имао могућност да уложи правни лек** који испуњава захтеве у погледу независности, непристрасности и стручности да се његова притужба испита, **краткоћа времена које је протекло између обраћања подносиоца представке управном суду и његовог принудног удаљења била је толика да је искључила сваку могућност да управни суд озбиљно размотри околности** и правну аргументацију за и против закључка о повреди члана 8. ЕСЉП је подсетио да дискреционо право које државе имају у погледу одлучивања о начину на који извршавају своје обавезе по основу члана 13. не може да се искористи на начин који лишава подносиоце представки минималних процесних јемстава против произвољног протеривања. У светлу свега наведеног, ЕСЉП је констатовао да подносилац представке у пракси није имао на располагању делотворан правни лек како би изјавио жалбу по основу члана 8. Конвенције у тренутку када је требало да буде депортован.

Док је веће ЕСЉП у својој пресуди изреченој 2011. године довело у питање статус жртве подносиоца представке уз образложење да је Управни суд (у Кајену) признао незаконитост

²⁷⁰ Савет Европе, Програм *HELP*, Курс: Азил и ЕКЉП.

²⁷¹ *De Souza Ribeiro v. France* [Велико веће], Представка бр. 22689/07, став 83.

мере (решења) на основу кога је подносилац представке депортован у Бразил и на основу тога што је подносилац представке касније могао да се врати у Француску и добије дозволу боравка која се може обнављати, дотле је Велико веће установило да његов положај није био исправљен тиме што му је коначно издата боравишна дозвола и одбацило је тврдње које је Држава у том смислу изнела.

2.3.3 Независни и ригорозни надзор²⁷²

Када је реч о суштини преиспитивања ситуације у погледу потенцијалног протеривања (као горе), државне власти су такође дужне да испуне појачане процесне обавезе. Конкретно, када се тврди да је прекршен члан 13. у вези са чланом 3. у контексту враћања, процена делотворности правног лека такође зависи од спровођења **„независног и ригорозног разматрања и надзора”**.²⁷³

Квалитет тог надзора зависиће од различитих компонената о којима ћемо подробно говорити у наставку текста. Да бисмо широко указали на то шта ЕСЉП све сматра релевантним када процењује да ли су власти могле на задовољавајући начин испитати у пракси основаност изнетих тврдњи, поново се можемо позвати на предмет *Илијас и Ахмед против Мађарске* (у коме се чека одлука Великог већа) и у коме су сажети неки од најчешћих процесних пропуста који се догађају када се ради о враћању тражилаца азила у потенцијално опасне ситуације.

У том предмету у ставу 124. ЕСЉП је констатовао да *поступак који су примениле мађарске власти „није био примерен да се пружи неопходна заштита од стварне опасности од нечовечног и понижавајућег поступања”*. ЕСЉП је ту оцену донео на основу чињенице да је процена безбедности у земљи у коју лице треба да буде враћено била донета на основу *схематског позивања на владин списак сигурних трећих земаља [...] пренебрегавајући извештаје о тој земљи (country reports) и друге доказе које су предочили подносиоци представке и тиме је на њих пребачено неправично и прекомерно бреме доказивања*.

2.3.4 У контексту убрзаног поступка доделе азила

Убрзани/приоритетни поступак доделе азила – зависно од домаће дефиниције која се користи – представља процесни пут за решавање захтева за азил у краћем процесном оквиру и, што се често догађа у пракси, уз ограничавање процесних јемстава. Поступци који се одвијају на граници и који су замишљени као испитивање захтева за азил по хитном поступку, по правилу, потпадају под ту дефиницију. Државама је дозвољено да користе такве поступке у одређеним условима, када имају

²⁷² *Ibid.*, 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.

²⁷³ *Ibid.*, 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.

посла са очигледно неоснованим захтевима који се притом понављају или с другим случајевима у којима се темељно испитивање захтева за азил не сматра неопходним.²⁷⁴ Конкретна хипотеза у којој ће примена убрзаних поступака бити сматрана легитимном у пракси зависи од услова које држава установи у унутрашњем праву. Међутим, ипак постоје неке границе за то.²⁷⁵

Посебно је, с обзиром на то да убрзани поступци теже снижавању процесних јемстава – у мери која проистиче из њихових строжих рокова – важно да примена таквих поступака не лиши лице на које се поступак односи у потпуности његовог права на делотворан правни лек.

О овом питању биће више речи када се буду разматрала **индивидуална процесна јемства** која су наведена у наредним одељцима и којима се ЕСЉП изричито бавио у предмету **И. М. против Француске**, о коме је такође било речи у одељку 2.3.2 и о коме ће бити још говора.

2.4 Право на делотворни правни лек у контексту колективног протеривања према члану 4. Протокола бр. 4

У претходним одељцима размотрена су општа начела која се примењују када одлука о враћању отвара питања према члановима 2. и 3, као и индивидуална јемства и процесне обавезе који морају бити поштовани да би се избегле повреде права по члану 13. у вези с тим одредбама. Наглашено је, међутим, да члан 13. не представља аутономну одредбу и да се он може наводити као основ притужбе само у вези с неким засебним супстанцијалним чланом према ЕКЉП. У контексту враћања, тврдње да одлука државе о враћању има и „колективну димензију“ такође отварају важна питања са становишта правних лекова. Будући да је колективно протеривање забрањено чланом 4. Протокола бр. 4. уз Конвенцију, онда лица на која се одлука о враћању односи такође морају бити заштићена одговарајућим процесним јемствима.

Као што је подробно размотрено у првом издању овог приручника, карактеристику колективних протеривања као праксе представља то што лица бивају протерана, а да претходно није извршена процена индивидуалних околности сваког појединца који је том мером погођен услед чега се пренебрегавају потенцијални фактори

274 Европска агенција за основна права, Приручник из европског права у области азила, граница и имиграције, стр. 105: *Сагласно праву ЕУ, у члану 31. став 8. Директиве о поступцима (доделе) азила побројано је 10 ситуација у којима се може применити убрзани поступак, као што је ситуација када се захтев сматра неоснованим зато што подносилац захтева потиче из сигурне земље порекла или ситуације у којој подносилац захтева одбија да дозволи да му се узму отисци прстију. Иако основна начела и јемства која су утврђена у тој Директиви остају применљива, жалба не мора имати аутоматско суспензивно дејство у том смислу да право на боравак током жалбеног поступка мора бити изричито затражено и/или одобрено за сваки случај понаособ [...]. У пракси, у убрзаном поступку се могу такође примењивати краћи рокови за подношење жалбе на одлуку о одбијању захтева.*

275 Када се разматра, на пример, нека земља чланица ЕУ, убрзани поступци и поступци на граници уређују се сагласно измењеној Директиви о поступцима доделе азила.

ризика. Зато се „колективни“ аспект враћања првенствено заснива на процесним недостацима и пропустима.

ЕСЉП је до сада одлучивао само о меритуму у шест предмета према члану 4. Протокола бр. 4, али се није у свим тим предметима експлицитно бавио чланом 13. Међутим, ЕСЉП је разматрао члан 13. у вези са чланом 4. Протокола бр. 4. у предметима *Чонка против Белгије*, Представка бр. 51564/99, *Хирши Џама и други против Италије*, Представка бр. 27765/09, *Хлаифија и други против Италије*, Представка бр. 16483/12 и *Н. Д. и Н. Т. против Шпаније*, представке бр. 8675/15 и 8697/15.²⁷⁶ У тим предметима, поред других правних питања, ЕСЉП је такође разматрао карактеристике које треба да испуни један правни лек да би био делотворан и у пракси и у праву у контексту колективног протеривања.

Пре свега, у предмету *Чонка* ЕСЉП је разматрао да ли је *протеривање о коме је реч пружило довољна јемства да су личне околности сваког лица на које се та мера односила биле истински и индивидуално узете у обзир* (став 63).²⁷⁷

Опште је правило да је у предметима у којима постоје ризици од повреде члана 4. Протокола бр. 4. ЕСЉП до сада резонувао на истим основама, примењујући исте разлоге које примењује када постоје ризици према члановима 2. и 3. (горе). Зато потреба за *независним и ригорозним надзором и могућност да се суспендује спровођење спорне мере*²⁷⁸ важе и у тим сценаријима.

Поред горе наведеног, ЕСЉП је закључио да како би један правни лек могао делотворно да се примени у вези с повредом члана 4. Протокола бр. 4, он такође мора пружити ефективну могућност да се оспори „колективна“ димензија одлуке о враћању.

На пример, у предмету *Н. Д. и Н. Т.* подносиоци представке су се пожалили да је *modus operandi* шпанских граничара био неодговарајући за **утврђивање њиховог идентитета, процену њихових индивидуалних околности и оспоравање одлуке о враћању путем жалбе која би имала суспензивно дејство**.²⁷⁹

У недавном предмету *Хлаифија*, о коме је такође било речи у претходним поглављима, подносиоци представке су се пожалили да нису имали на располагању *ниједан делотворан правни лек помоћу кога би могли да оспоре одлуку о свом протеривању из перспективе колективног аспекта те одлуке* (став 272).

У Пресуди већа, ЕСЉП је установио повреду члана 13. у вези са чланом 4. Протокола бр. 4. будући да правни лек који је био на располагању у конкретном случају није могао да има суспензивно дејство, па самим тим није *испунио захтеве из члана 13.*

²⁷⁶ Ти предмети су већ разматрани из више различитих угла у претходним поглављима овог Приручника.

²⁷⁷ Савет Европе, Програм *HELP*, Курс: Азил и ЕКЉП, где се цитира Пресуда у предмету *Џонка v. Belgium*, Представка бр. 51564/99.

²⁷⁸ *Hirsi Jamaa and Others v Italy*, Представка бр. 27765/09, ставови 198–199, где се цитира *Џонка v. Belgium*, Представка бр. 51564/99.

²⁷⁹ *ND and NT v Spain*, представке бр. 8675/15 и 8697/15, став 109.

Конвенције [...] како је то утврђено у предмету *Де Суза Рибейро* [...] у погледу захтева по члану 13. да се суспендовање извршења спорне мере **не може сматрати супсидијарним аспектом**.²⁸⁰ Нажалост, тај закључак није потврђен у Пресуди коју је Велико веће донело у истом предмету.

У предмету **Чонка против Белгије**, Суд се бавио враћањем из Белгије словачких држављана ромског порекла, који су у Словачкој били изложени расистичким нападима, али полиција није поводом тих напада предузела никакве мере. У датом случају, ЕСЉП је применио критеријуме разрађене у предмету *Андрић*,²⁸¹ и овог пута је установио да је у специфичним околностима датог предмета непостојање довољних процесних јемстава било таквог степена да се у пракси није могла извршити индивидуална процена сваког појединачног случаја услед чега је повређен **члан 4. Протокола бр. 4.**

Чонка против Белгије

Сажетак је приређен на основу текста ЕСЉП о члану 4. Протокола бр. 4.

У датом предмету подносиоци представке су словачки држављани ромског порекла. Они су побегли из Словачке, где су, како су тврдили, били изложени расистичким нападима у којима полиција није била вољна да интервенише, па су стога поднели захтеве за азил у Белгији. Белгијске власти су одбиле њихове захтеве као неприхватљиве и нису им дозволиле улазак у земљу. Касније су на превару наведени да се појаве у полицијској станици, где им је уручен налог да напусте територију земље, решење о протеривању у Словачку и решење о притварању. Подносиоци представке су потом пребачени у затворени транзитни центар, одакле су депортовани после пет дана, заједно с неким другим словачким породицама. Подносиоци представке су се, пре свега, пожалили на околности свог хапшења и на протеривање у Словачку.

ЕСЉП је заузео став да је у датом предмету био повређен члан 4. Протокола бр. 4, примећујући да поступак протеривања није садржао довољна јемства да су истински и појединачно размотрене личне околности сваког појединца. ЕСЉП је поново нагласио начело и дефиницију колективног протеривања како су они формулисани у предмету *Андрић против Шведске*, додајући уз то важан елемент према коме, чак и ако је постојала истинска појединачна процена околности, сам контекст извршења решења о протеривању такође игра одређену улогу када се утврђује да ли је поштован члан 4. Протокола бр. 4.

Према мишљењу 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 још неколико чинилаца:

- Политичке власти су и раније давале упутства надлежном органу да спроводи операције те врсте;

²⁸⁰ *Khlaifia and Others 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*, Представка бр. 27765/09, став 206.

²⁸¹ *Џонка v Belgium*, Представка бр. 51564/99, став 59: ЕСЉП поново наглашава [став] из своје судске праксе по коме колективно протеривање, у смислу члана 4. Протокола бр. 4, треба схватити као и сваку [другу] меру 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 који је припадник те групе (види *Андрић*, горе наведено). То, међутим, не значи да, када је потоњи услов испуњен, контекст извршења одлуке о протеривању нема никакву даљу улогу у одлучивању о томе да ли је поштован члан 4. Протокола бр. 4.

- Од свих странаца о којима је реч затражено је да у истом тренутку дођу у полицијску станицу;
- Решења која су им уручена и у којима им је наложено да напусте територију, као и налози за њихово хапшење, били су сви идентично формулисани;
- Странцима је било веома тешко да ступе у контакт са адвокатом;
- Поступак разматрања захтева за азил није био до краја спроведен.

Стога се у Пресуди у овом предмету наглашава чињеница да процесни детаљи, попут поменутих, имају кључни значај када се утврђује да ли је повређен члан 4. Протокола бр. 4.

Према томе, ЕСЉП је у предмету *Чонка* додао један нови елемент својој процени да ли је у пракси наступила повреда члана 4. Протокола бр. 4. тиме што је констатовао да, чак и када постоје решења о враћању издата за сваког појединца, **сам контекст извршења тог решења има одређену улогу када се утврђује да ли је била поштована та одредба.**²⁸² У предмету *Чонка*, елементи који су из те перспективе разматрани обухватили су следеће:

- Запажање да су политичке власти које су у та догађања биле умешане већ раније давале упутства надлежном органу да спроводи сличне операције протеривања;
- Уочена је **немогућност приступа адвокату**;
- Извршена је **непотпуна процена захтева за азил** које су подносиоци представке поднели.

Што се тиче формалних захтева у погледу решења о протеривању, у датом предмету иако су решења уручена појединачно, сва су она била **идентично формулисана** тако да је индивидуална процена постојала само у делу поступка који се односио на издавање решења, али не на разматрање суштине захтева. Та потреба да се сваки захтев [за азил] суштински индивидуално процени сада представља важан елемент процене која се спроводи према члану 4. Протокола бр. 4.

Поред свега наведеног, чини се да је ЕСЉП у предмету *Чонка* направио нови искорак у погледу питања која се односе на **терет доказивања**: *prima facie* предмет према члану 4. Протокола бр. 4. пребацио би терет доказивања на државу да докаже да повреде није било.²⁸³ ЕСЉП је установио да *поступак који су примениле [државне власти] није омогућио да се отклоне све сумње у то да је протеривање можда ипак било колективно.*²⁸⁴

ЕСЉП је пре свега истакао да *странцима поступак ни у једној фази између уручења позива да дођу у полицијску станицу и њиховог протеривања није понудио довољно јемстава да су личне околности сваког од њих истински и индивидуално узете*

²⁸² *Čonka v Belgium*, Представка бр. 51564/99, став 59.

²⁸³ Мол, Нуала, Мередит, Кетрин, Азил и [ЕКЉП], (*Mole, Nuala; Meredith, Catherine, Asylum and the [ECHR]*), раније цитирано у целости, стр. 127.

²⁸⁴ *Ibid.*

у *обзир*.²⁸⁵ На темељу таквог резонувања, ЕСЉП је прихватио да је, како би власти доказале да се сваком случају приступа засебно – и како би самим тим отклони-ле опасност од колективног протеривања – суштински важно да поступци које оне примењују садрже одговарајућа јемства.

3. ПРАВИЛА О ПРОЦЕНИ ТВРДЊИ ПОДНОСИОЦА ЗАХТЕВА И ИНДИВИДУАЛНИМ ПРОЦЕСНИМ ЈЕМСТВИМА КОЈА УТИЧУ НА ПРИСТУП ДЕЛОТВОРНОМ ПРАВНОМ ЛЕКУ У КОНТЕКСТУ РЕШЕЊА О ВРАЋАЊУ (УКЉУЧУЈУЋИ ТРАНСФЕРЕ ПО „ДАБЛИНСКОЈ УРЕДБИ“)

До сада су разматрана нека општа начела која се примењују на правне лекове против решења о протеривању код којих постоји потенцијална опасност од кршења права према ЕКЉП и у општим цртама је предочен појам „делотворност“ у односу на унутрашње правне лекове. У овом одељку бавићемо се питањем **индивидуалних процесних јемстава и услова** чијој је доступности – или недоступности – ЕСЉП придао значај када је процењивао да ли су домаће власти адекватно размотриле захтеве за азил подносилаца представке. Ти процесни аспекти се, по правилу, не односе само на члан 13. већ обично обухватају и **процесни део** члана 3.

У судској пракси ЕСЉП, процесни услови који се сматрају посебно важнима код одлука о враћању обухватају **адекватну дужину** процесних рокова, поштовање **потреба које повратник има у погледу језика** (његово право да буде информисан о одлуци на језику који разуме или да му – када је то потребно – помогне преводилац) и његово право да **добие правне информације и правну помоћ**. У тексту **који следи** биће детаљно размотрена та и друга јемства кроз примере из судске праксе ЕСЉП који упућују на карактеристичан рад Суда у вези са сваким од тих питања.

У предмету *М. С. С.* покренуто је питање већине процесних недостатака за које се сматра да се негативно одражавају на делотворан приступ тражилаца азила поступцима, укључујући и оне тражиоце азила који су обухваћени враћањима по „Даблинској уредби“. У том предмету сви ти недостаци су резимирани на следећи начин (став 301):

- *недовољно информација предочених тражиоцима азила о поступцима које треба да следе;*
- *тежак приступ полицијској станици у Атици;*
- *није постојао поуздан систем комуникације између власти и тражилаца азила;*

²⁸⁵ *Џонка v. Belgium*, Представка бр. 51564/99, став 63.

- *недовољан број преводилаца и необученост особља задуженог за вођење појединачних разговора с тражиоцима азила;*
- *недостатак правне помоћи, чиме су тражиоци азила били практично лишени могућности да користе правног саветника;*
- *прекомерна кашњења код примања одлуке, односно решења.*

Због свега наведеног ЕСЉП је установио, у ставу 321: *[П]ретходне примедбе које је изнела грчка држава (види став 283, горе) не могу бити прихваћене и ЕСЉП закључује да је у датом случају био прекршен члан 13. Конвенције сагледан у вези са чланом 3. због недостатака у начину на који су грчке власти испитивале захтеве за азил подносиоца представке и опасности којој је он изложен – да буде директно или индиректно враћен у земљу порекла без претходног темељног испитивања суштине његовог захтева за азил и без могућности приступа делотворном правном леку (нагласак наш).*

У наредним одељцима детаљније ћемо се бавити неким горе наведеним елементима.

3.1 Одговарајући рокови

Кључни елемент који доприноси делотворности једног правног лека има везе с могућношћу тог правног лека да хитно, без одлагања, произведе одређено дејство. У наведеном предмету *Де Суза Рибеиро*, став 82, *брзина самог поступка по правном леку и захтев да тај правни лек функционише у разумној мери хитно* такође је повезана с његовом делотворношћу, будући да *прекомерно трајање може подрити одговарајућу природу правног лека.*²⁸⁶

Слично томе, прекомерно кратак рок такође може умањити могућност подносиоца представке да ефикасно изнесе своје захтеве и тврдње. Тако је, на пример, у предмету *Џабари против Турске*, ЕСЉП оценио да се *„аутоматска и механичка примена” рока од пет дана за подношење захтева за азил мора сматрати нечим што је у потпуној супротности са заштитом основне вредности утврђене у члану 3. Конвенције* (став 40).

Та тема такође отвара и питање да ли **убрзани/хитни поступци могу представљати повреду члана 13. када је о том аспекту реч** (о том питању већ је било говора у одељку 2.3.4 овог поглавља).

У својој Пресуди у предмету *И. М. против Француске*, која је представљена раније у овом тексту, ЕСЉП је резимирао многе од горе наведених аспеката, наглашавајући да делотворност жалбе *зависи од захтева у погледу квалитета, брзине и суспензивног дејства саме жалбе, пре свега имајући у виду важност коју ЕСЉП придаје члану 3. и неповратној природи штете која ће вероватно бити нанета ако се у пракси оствари опасност од мучења или злостављања.*

²⁸⁶ Савет Европе, програм *HELP*, Курс – Азил и ЕКЉП, где се цитира предмет *De Souza Ribeiro v France*, Представка бр. 22689/07; такође и *M. S. S. v Belgium and Greece*, Представка бр. 30696/09, став 292.

3.2 Дужност подносиоца представке да поткрепи тврдње о ризику

Према утврђеној судској пракси ЕСЉП, у начелу је лице које тврди да су му повређена поменута права дужно да предочи неке доказе како би потврдило ризике с којима ће се суочити ако буде враћено. Упркос томе, ЕСЉП је утврдио читав низ изузетака и могућност повољнијег резонувања које се примењује на тврдње у вези са азилантима.

- о **Илијас и Ахмед против Мађарске**, став 115: *У начелу је лице које тражи међународну заштиту у високој страни уговорници дужно да, што је пре могуће, поднесе захтев за азил у коме ће бити наведени разлози да се тај захтев за азил подржи, као и да уз то предочи доказе који могу да посведоче да постоји суштински основ за веровање да ће депортација тог лица у његову матичну земљу подразумевати стварни и конкретан ризик од поступања које је у супротности са чланом 3.*

Иако се од појединца који тражи међународну заштиту захтева и да предочи елементе којим ће поткрепити своју тврдњу, ЕСЉП сматра да у односу на **захтеве за азил који се темеље на добро познатом општем ризику**, када су информације о том ризику слободно доступне из широког круга извора, обавеза је Државе по члану 3. Конвенције у случајевима протеривања да власти на сопствену иницијативу изврше процену тог ризика (*М. С. С. против Белгије и Грчке*, став 366, између осталих предмета).²⁸⁷

Слично томе, када подносилац представке конкретно тврди да је **члан групе која је систематски изложена [...] злостављању**, такође важе посебни разлози за разматрање у том смислу да се отвара питање заштите по члану 3. онда када постоје **озбиљни разлози за веровање у постојање [такве] праксе [...] и у припадност тог лица групи о којој је реч**, што је у супротности са општим начелом по коме захтеви изнети по члану 3. треба да буду поткрепљени **суштинским основом**.²⁸⁸

Наведени изузетак је одраз ширег приступа ЕСЉП онда када се ради о тражиоцима азила којима се понекад пружају повољнији услови у смислу процесних обавеза, управо због тога што припадају рањивој групи и због *специјалног положаја* у коме се налазе. На темељу тих околности, ЕСЉП сматра да је *често потребно да се [када је реч о тражиоцима азила] поверује у њихове тврдње и без одговарајућих доказа онда*

287 Такође и *F. G. v Sweden*, Представка бр. 43611/11, став 126.

288 *F.G. v Sweden*, став 127: „...имајући на уму апсолутну природу права зајемчених по члановима [2. и 3. ЕКЉП] и водећи рачуна о ситуацији рањивости у којој се тражиоци азила често налазе, ако је висока страна уговорница упозната са чињеницама које се односе на конкретног појединца и које би могле да га изложе опасности од злостављања којим би биле прекршене наведене одредбе пошто буде враћен у земљу о којој је реч, онда обавезе које имају високе стране уговорнице сагласно [члановима 2. и 3] подразумевају да власти на сопствену иницијативу изврше процену те опасности. То пре свега важи за ситуације у којима су националне власти упознате са чињеницом да тражилац азила може бити припадник неке групе која је систематски изложена пракси злостављања и постоје озбиљни разлози да се верује да постоји пракса о којој је реч, као и да се верује да тај тражилац азила припада групи о којој је реч.”

када се процењује веродостојност њихових изјава и документација коју поднесу да би те своје изјаве поткрепили.²⁸⁹

Предмет **Илијас и Ахмед**, који је у овом тексту већ цитиран, пружа савршен пример горњег начела. Као што је већ поменуто, тај предмет се односи на враћање из Мађарске у Србију лица чији захтев за азил није усвојен. ЕСЉП је констатовао да је мађарским владиним декретом наложено да подносиоци представке буду враћени и да је у том декрету Србија означена као „сигурна трећа земља”, чиме је успостављена претпоставка безбедности у том погледу (став 120. Пресуде).

Примена те одредбе довела је до тога да је *терет доказивања, укључујући захтев да докажу стварну опасност од нечовечног и понижавајућег поступања у ситуацији ланчаног протеривања – у Србију, а одатле у Бившу Југословенску Републику Македонију, која би их коначно протерала у Грчку – пребачен тако да то буде на штету подносилаца представке*. Поново потврђујући своју судску праксу у области забране протеривања, у сегменту који се односи на терет доказивања у таквим предметима, ЕСЉП је подсетио да, иако су, начелно гледано, подносиоци представки дужни да поткрепе своје доказе изнете по основу члана 3. онда када се таква тврдња заснива на добро познатој општој опасности и када је реч о информацијама које су доступне из великог броја извора, државе имају обавезу да на сопствену иницијативу изврше процену таквог ризика. Тај предмет је тренутно пред Великим већем ЕСЉП.

3.3 Процена ризика *ex nunc* и *ex tunc*

Као што је објашњено, према судској пракси ЕСЉП подносилац представке који се притужује на повреду права по члану 2. или 3. мора предочити одговарајуће доказе у том смислу, осим ако је ситуација опасности на коју он указује **добро позната** па се од власти очекује да помоћу елемената прибављених *proprio motu* потврде да постоји ризик уколико он буде враћен.

Када добију потребне информације, власти морају проценити да ли постоји опасна ситуација на коју подносилац представке указује. У том смислу пресудан значај има **временски опсег** надзора и анализе коју власти спроводе. Често се може догодити да спољни догађаји у земљи порекла или земљи у коју лице треба да буде враћено или промене у вези с личним околностима самог подносиоца представке имају одлучујући утицај када се утврђује да ли постоји ризик ако то лице буде враћено.

Циљ сваког правног оспоравања потенцијално штетне одлуке о враћању јесте обустављање враћања и спречавање потенцијално негативних последица за подносиоца представке. Стога је пресудно важно да власти буду свесне колико је битно да изврше **ex nunc процену** случаја лица на које се односи решење о враћању (које улаже жалбу). Процена *ex nunc* у суштини захтева да власти размотре околности самог тог лица и услове у земљи у коју лице треба да буде враћено у коју лице треба

²⁸⁹ F. G. v Sweden, Представка бр. 43611/11, став 113.

да буде враћено **у тренутку када враћање треба да буде извршено, што значи да треба да размотре све што се догађало у каснијим фазама.**

Као што је већ поменуто, елементи који се разматрају у сврху *ex nunc* процене могу обухватити и **промене у личним околностима** лица на које се односи решење о враћању и догађаје у земљи у коју лице треба да буде враћено.

На пример, у предмету *Ф. Г. против Шведске*, ЕСЉП је разматрао случај једног тражиоца азила муслиманске вероисповести који се преобратио у хришћанство за време свог боравка у Шведској. Тај догађај је оцењен као битан за нову процену његових околности.

3.4 Ефективни изгледи да се побије претпоставка да је земља сигурна

У претходном издању овог приручника уведени су појмови „**сигурне треће земље**“ (СТЗ) и „**прве земље азила**“ (ПЗА) који функционишу на претпоставци да нека трећа земља може представљати сигурно уточиште за одређеног тражиоца азила и да он стога може бити легитимно трансферисан из земље у којој се тренутно налази у такву трећу земљу уз то што ће му бити понуђена довољна заштита.

Показало се да су појмови СТЗ и ПЗА контроверзни, и у праву и у пракси, у том смислу што могу створити ригидне претпоставке о сигурности неке земље, што опет може довести до потцењивања индивидуалних фактора ризика који постоје у конкретном случају и, шире гледано, до снижавања нивоа процесних јемстава која се у пракси дају. Да би се избегла опасност коју у конкретним околностима неког предмета може створити ослањање на претпоставку сигурности земље, ЕСЉП је ради читав низ процесних правила чији је циљ да се обезбеди да појединац може да оспори решење о примени тог правила и да изрази своје примедбе с тим у вези.

У том смислу ЕСЉП наводи као опште правило да *подносилац представке треба да буде у могућности да оспори – и побије – претпоставку да је нека земља сигурна за њега, а то правило је чврсто укоренењено у судској пракси ЕСЉП. Међутим, ЕСЉП такође мора да обезбеди да та могућност буде практична и делотворна, као и да су унутрашњи правни лекови и поступци адекватни да омогуће подносиоцима представке да делотворно изнесу своју аргументацију како би се избегло да цео терет доказивања буде пребачен на њих.*²⁹⁰

²⁹⁰ Европски савет за избеглице и прогнанике (ECRE), Пресуда ЕСЉП у предмету Ilias and Ahmed: тест за појам „сигурне треће земље“, онлајн журнал, април 2017, доступно на: <http://www.asylumlawdatabase.eu/en/journal/ecthr-ruling-ili-as-and-ahmed-%E2%80%98safe-third-country%E2%80%99-concept-put-test> – (предмет је тренутно пред Великим већем).

На то питање је тренутно скренута пажња Суду кроз предмет *Ј. Б. против Грчке*, Представка бр. 54796/16,²⁹¹ у коме се разматра појам СТЗ и враћања тражилаца азила у Турску на основу заједничког саопштења за штампу ЕУ и Турске.

3.5 Материјални докази

Ако оставимо по страни наводе подносиоца представке као елементе које ЕСЉП узима у обзир када процењује да ли ће се то лице суочити с ризицима ако буде трансферисано у земљу у коју лице треба да буде враћено, ЕСЉП у својој процени узима у обзир и сазнања која стиче на основу објективних информација које могу да поткрепе или да побију верзију подносиоца представке.

Према установљеном начелу у судској пракси ЕСЉП, постојање извештаја и других докумената веродостојних и ауторитативних невладиних организација и других међународних организација, тела УН или других земаља чланица посебно је важно за ово питање.

То је ЕСЉП изричито саопштио у Пресуди у предмету *Ф. Г. против Шведске*, став 113, где је навео да држава мора извршити процену притужбе лица на које се односи решење о враћању *на адекватан и довољан начин уз подршку домаћих материјала и материјала који воде порекло из других поузданих и објективних извора, као што су, на пример, друге високе стране уговорнице, као и оне које нису приступиле Конвенцији, агенција Уједињених нација и угледне невладине организације.*

Постојање конзистентних и честих извештаја у којима се поткрепљују тврдње и наводи подносиоца представке јесте нешто на шта се ЕСЉП редовно ослања и када се ради о предметима везаним за СТЗ и када се ради о предметима који се односе на повратак по „Даблинској уредби“ (види *М. С. С. против Белгије и Грчке*, Представка бр. 30696/09, став 353; *Т. И. против Уједињеног Краљевства*, Представка бр. 43844/98, Одлука о прихvatљивости, стр. 16; *Таракел против Швајцарске*, Представка бр. 29217/12, став 57).

3.6 Дипломатске гаранције

Међу елементима које ЕСЉП узима у обзир када треба да утврди да ли ће одлука о враћању довести у опасност подносиоца представке у одређеним околностима, он редовно узима у обзир то да ли власти земље у коју лице треба да буде враћено нуде одговарајућа уверавања да ће подносилац представке уживати заштиту. Зависно од конкретних околности случаја, није увек могуће да земља која испитује

291 *J. B. v. Greece*, Представка бр. 54796/16. AIRE центар, Међународна комисија правника (ICJ), Холандски савет за избеглице (DCR) и ECRE заједнички су интервенисали као треће лице (умешачи у поступак) у овом предмету; доступно на: <http://www.asylumlawdatabase.eu/en/content/jb-v-greece-applno5479616-third-party-intervention-aire-centre-icj-dcr-and-ecrett>

тврдњу (о потенцијалној повреди права) добије таква уверавања. Осим тога, чак и тамо где се пруже уверавања, многи нису задовољни условима које ЕСЉП поставља да би се та уверавања сматрала поузданима. Зависно од околности самог предмета, дипломатска уверавања могу представљати важан, али не и одлучујући чинилац да би се закључило да ли се опасност од повреда (права по Конвенцији) непосредно по враћању може у потпуности отклонити.²⁹²

Кључни предмет *Отман (Абу Катада) против Уједињеног Краљевства*, Представка бр. 8139/09, поставља прецедент у том смислу што су ту набројана нека од питања која ће морати да буду конкретно размотрена када се испитује квалитет и поузданост уверавања датих у конкретном случају.

Важећи став ЕСЉП у вези с питањем дипломатских уверавања може се резимирати на следећи начин:

1. Уверавања **нису сама по себи довољна да се обезбеди адекватна заштита од опасности од злостављања**. Постоји обавеза да се испита да ли та уверавања, у својој практичној примени, пружају довољна јемства да ће подносилац представке бити заштићен од опасности од злостављања [*Отман (Абу Катада) против Уједињеног Краљевства*, став 187];
2. Да би се сматрала адекватнима за отклањање озбиљних ризика с којима би подносилац представке иначе могао бити суочен по повратку, дипломатска уверавања која пружа земља у коју лице треба да буде враћено морају бити процењена – у сваком појединачном случају – у односу на контекст „**околности које су преовлађивале у предметном времену**” [*Отман (Абу Катада) против Уједињеног Краљевства*, став 187, где се цитира Пресуда у предмету *Сади против Италије*, Представка бр. 37201/06, став 148];
3. У одређеним контекстима општа ситуација у погледу заштите људских права у некој земљи може бити таква да се искључује свака могућност прихватања уверавања од власти те земље [*Отман (Абу Катада) против Уједињеног Краљевства*, став 194];
4. Поред тога што треба да одражавају услове у земљи у време предложеног повратка, уверавања која даје земља прихвата морају бити **индивидуализована**, тј. не смеју бити изражена у општим оквирима, већ треба изричито да се позивају на специфичну ситуацију и потребе лица које је предмет решења о враћању (***М. С. С. против Белгије и Грчке***, став 354, уверавања које је дала грчка држава нису садржала ниједно јемство које би се односило лично на подносиоца представке. Исто тако, та уверавања нису садржала никаква индивидуална јемства);

292 Савет Европе, Програм, Курс о азилу и ЕКЉП.

Сади против Италије

У предмету **Сади против Италије**, власти Туниса – коме је требало да буде поверен повратак подносиоца представке – у почетку уопште нису доставиле уверавања која је Италија тражила, већ су тек касније доставиле *note verbale* у којој је уопштено речено да Тунис поштује права затвореника и приступа међународним инструментима (став 147).

На сличан начин ЕСЉП је оценио и тврдњу белгијске владе у предмету **М. С. С. против Белгије и Грчке**, став 354, да су поуздана уверавања која је дала грчка влада да пристаје да прими подносиоце представке. ЕСЉП је посебно указао на следеће: *[Т]ај документ је формулисан стереотипно [...] и није садржао ни једно једино јемство које би се односило лично на подносиоца представке. Исто тако, информативни документ који помиње Белгија, а који су доставиле грчке власти, није садржао ниједно индивидуално јемство; ту се само помиње меродавно законодавство, без иједне релевантне информације о томе какво је стање у пракси.*

5. **Квалитет уверавања**, па самим тим и њихову поузданост, ЕСЉП оцењује на основу низа од 11 критеријума који су разрађени у предмету **Отман (Абу Катада) против Уједињеног Краљевства**, став 189. (неки од наведених критеријума већ су поменути у овом тексту, али их поново истичемо, потпуности ради):
- i. *Да ли су ЕСЉП-у предочени услови датих дипломатских уверавања (Рјабикин против Русије, Представка бр. 8320/04, став 119; Муминов против Русије, Представка бр. 2242502/06, став 97);*
 - ii. *Да ли су та уверавања конкретна или су општа и неодређена (Сади; Клајн против Русије, Представка бр. 24268/08, став 55; Хајдаров против Русије /Khaydarov/, Представка бр. 21055/09, став 111);*
 - iii. *Ко је дао уверавања и да ли то лице може да обавеже државу прихвата (Шамајев и други против Грузије и Русије, Представка бр. 36378/02, став 344. и други);*
 - iv. *Ако је дипломатска уверавања дала централна влада државе пријема, може ли се очекивати да ће се локалне власти томе повинovati (Чахал, ставови 105–107);*
 - v. *Да ли се уверавања односе на поступање које је законито или није законито у земљи пријема (Кипријани против Италије /Cipriani/ (Одлука), Представка бр. 221142/07; Јуб Сауди против Шпаније /Youb Saoudi/ (Одлука), Представка бр. 22871/06, и други);*
 - vi. *Да ли је дипломатска уверавања дала висока страна уговорница Савета Европе (Чентијев и Ибрахимов против Словачке /Chentiev, Ibragimov/ (Одлука), представке бр. 21022/08 и 51946/08; Гасајев против Шпаније (Одлука), Представка бр. 48514/06);*
 - vii. *Дужина и снага билатералних односа између државе која враћа мигранте и државе пријема, што обухвата и начин на који се држава пријема у ранијим случајевима односила према поштовању својих обећања (Бабар Ахмад и други, ставови 107. и 108; Ал Моајад против Немачке /Al-Moaayad/ (Одлука), Представка бр. 35865/03, став 68);*

- viii. Може ли се накнадно дипломатским или неким другим путем, што би обухватило и омогућавање неометаног приступа адвоката лица о коме је реч, објективно проверити да ли се дата уверавања поштују (Између осталог: Колесник против Русије, Представка бр. 26876/08, став 73);
- ix. Да ли постоји делотворан систем заштите од мучења у земљи пријема, укључујући и то да ли је та земља спремна да сарађује с међународним надзорним механизмима (укључујући међународне невладине организације специјализоване за људска права), као и да ли је она спремна да истражи наводе о мучењу и кажњавању одговорних лица (Бен Хемаис, ставови 59. и 60; Солдатенко, став 73, Коктиш против Украјине /Koktysh/, Представка бр. 43707/07, став 63);
- x. Да ли је лице на које се односи решење о враћању раније већ било злостављано у земљи пријема (Коктиш, став 64);
- xi. Да ли судоваи судови државе која враћа мигранта/високе стране уговорнице испитали поузданост уверавања (Гасајев; Бабар Ахмад и други, став 106; Ал Моајад, ставови 66–69);
6. Захтев да се добију дипломатских уверавања од земље у коју лице треба да буде враћено не може се испунити пуким доказом да у тој земљи „постоје домаћи закони и да је она приступила међународним уговорима који јемче поштовање основних права“, посебно ако постоје докази о супротном о којима су известили ауторитативни извори (Сади против Италије, став 148);
7. Постојање **поузданих извора** [који извештавају] о пракси којој прибегавају или коју толеришу власти, а која је очигледно у супротности с начелима утврђеним у Конвенцији у земљи предложеног повратка мора бити пажљиво размотрено када се процењује поузданост добијених дипломатских уверавања (Сади против Италије, став 148);
8. У предметима у којима земља повратка пружи дипломатска уверавања, ЕСЉП задржава право да *размотри да ли та уверавања, у практичној примени, пружају довољна јемства да ће подносилац представке бити заштићен од опасности да се према њему поступа на начин који је забрањен Конвенцијом* (Сади против Италије, став 148, где се цитира Пресуда у предмету Чахал, став 105).

Т. И. против Уједињеног Краљевства

У једном од кључних предмета у вези с дипломатским уверавањима, **Т. И. против Уједињеног Краљевства**, Представка бр. 98/43844, ЕСЉП је, на основу дипломатских уверавања добијених од немачке државе, био уверен да тврдње подносиоца представке, ако власти прихвате његово враћање, могу ући у поље дејства члана 53. став 6. меродавног домаћег закона који би пружио заштиту подносиоцу представке. ЕСЉП је установио да је могућност да власти ипак одбију његов захтев само у домену нагађања. Стога није доказано да је та могућност у довољној мери конкретна.

3.7 Индивидуална процесна јемства

3.7.1 Право на добијање информација ради делотворног изјављивања правног лека

Поседовање информација које су неопходне да би се оспорило решење о враћању пресудно је важно за саму приступачност правног лека. Такве информације треба да се односе и на процесне услове и на рокове у којима лице које је предмет решења мора да изјави правни лек; подједнако су важне и информације које се односе на могућност приступа правној помоћи адвоката или на добијање правне помоћи специјализованих организација.²⁹³

Неадекватност или непостојање тих информација спречавају мигранте да делотворно искористе правни лек услед чега понуђена заштита постаје илузорна. ЕСЉП је немогућност приступа информацијама описао као *једну од крупних препрека у приступању поступцима за доделу азила*.²⁹⁴

У предмету *Шарифи и други против Италије и Грчке* (Представка бр. 16643/09), ЕСЉП је детаљно разматрао процесне аранжмане који су неопходни како би се осигурао приступ поступку за доделу азила у контексту извршења одлука о колективном враћању за које је установљено да се косе са чланом 4. Протокола бр. 4. Узимајући у обзир доказе из низа извора²⁹⁵ ЕСЉП је установио да пракса италијанских власти да враћају људе с границе у лукама на Јадранском мору није примерена обавези да се тражиоцима азила обезбеде одговарајућа процесна и суштинска права.

Слично томе, у контексту операција на отвореном мору, ЕСЉП је у предмету *Хирши против Италије* нагласио *важност да се сваком лицу на које се односи мера удаљења чије су последице потенцијално неповратне обезбеди право да добије довољно информација које ће му омогућити да стекне делотворан приступ релевантним поступцима и да поткрепи и образложи своје притужбе* (став 204).

У предмету *Илијас и Ахмед против Мађарске*, став 124, ЕСЉП је оценио да је *поступак који су примениле мађарске власти био непримерен томе да се обезбеди неопходна заштита од стварне опасности од нечовечног и понижавајућег поступања*. Посебно су предочене информације биле, саме по себи, недовољне и уопште нису биле обезбеђене на начин који је примерен задовољењу потреба подносилаца

293 Европска агенција за основна права, Приручник из европског права у области азила, граница и имиграције у делу у коме се цитирају пресуде у предметима *Hirsi Jamaa and Others v Italy*, Представка бр. 27765/09, став 204; *M. S. S. v. Belgium and Greece*, Представка бр. 30696/09, ставови 304–309.

294 *M. S. S. v. Belgium and Greece*, горе наведено, став 304.

295 Италијански Савет за избеглице (*Italian Refugee Council – CIR*), Извештај о активностима у 2007. – CIR ONLUS, доступно на: http://www.cir-onlus.org/wp-content/uploads/2017/08/cirnotizie_maggio_2008.pdf, Progetto Melting Pot Europa, *Diritti respinti. Gli atti dell'assemblea cittadina sul porto di Venezia*, 11 December 2008; International Catholic Migration Commission, *May Day! Strengthening responses of assistance and protection to boat people and other migrants arriving in Southern Europe*, September 2011.

представке јер су им све те информације одштампане на летку упркос томе што су оба подносиоца представке у датом предмету била неписмена.

3.7.2 Правна помоћ

ЕСЉП је у својој судској пракси у више различитих прилика указивао на то колико је важно да се обезбеди правна помоћ. С обзиром на техничку природу поступка, често је за делотворан приступ подносиоца представке правном леку пресудно важно да он може да се ослони на то да ће добити правне информације. У многим земљама, специјализоване организације које раде с мигрантима пружају такве информације у случајевима у којима се ради о тражиоцима азила и мигрантима у неизвесним ситуацијама зато што ти људи, по правилу, немају довољно ресурса да ангажују адвоката по свом избору. Међутим, у том смислу су државне власти одговорне да обезбеде да постоји тај облик подршке. Тако је, на пример, у предмету *М. С. С.*, ЕСЉП нагласио да подносилац представке (319) *није добио информације о могућности приступа организацијама које нуде правну помоћ и смернице*. По мишљењу ЕСЉП, та околност *такође може представљати препреку која спречава приступ правном леку и спада у поље дејства члана 13, нарочито уколико се ради о тражиоцима азила*.

У предмету *Илијас и Ахмед против Мађарске* (о коме Велико веће још одлучује), ЕСЉП је, бавећи се тим аспектом, саопштио да су околности подносилаца представке и њихово укупно поимање поступка били *додатно отежани чињеницом да они нису могли пре рочишта да се састану са својим адвокатом и детаљно размотре свој случај* (став 124).

3.7.3 Помоћ у виду превођења

Из перспективе индивидуалних јемстава која треба пружити подносиоцима представке у контексту решења о враћању, у предмету *Илијас и Ахмед против Мађарске* (о коме још већа Велико веће), између осталог, утврђен је пропуст да се подносиоцима представке пружи одговарајућа језичка помоћ и то се оцењује као један од кључних пропуста власти у погледу осигуравања њиховог приступа поступку и учешћа у поступку како би им било омогућено да схвате разлоге због којих се предлаже да они буду враћени.

Тај закључак је, између осталог, био донет на основу чињенице да је у конкретном случају једном од подносилаца представке језичку помоћ пружао преводилац за дари (авганистански дијалект персијског језика – прим. прев.), *што је језик којим он не говори* (став 13. Пресуде), те да су *услед тога, његови изгледи за активно учешће у поступку и да објасни детаље свог бекства из матичне земље били осуђени на то да буду крајње ограничени*.

Слична питања (у вези с језиком) отворила су се и у предмету *Ј. Б. против Грчке*, о коме је раније било говора и о коме ЕСЉП још већа.²⁹⁶ То указује да су питања језика и приступа делотворном правном леку међусобно чврсто повезана и да се развија судска пракса у погледу тог веома важног питања.

4. ПРОЦЕСНЕ ГАРАНТИЈЕ И ПРАВО НА ДЕЛОТВОРНО ПРАВНО СРЕДСТВО У ПРЕДМЕТИМА КОЈИ СЕ ОДНОСЕ НА ПРОТЕРИВАЊЕ

Једна од најважнијих новина коју доноси нови **Закон о азилу и привременој заштити** свакако је увођење суспензивног дејства правних средстава у поступку азила. Мада је **Уставом Републике Србије** право на правно средство експлицитно гарантовано, старим **Законом о азилу** оно није било предвиђено већ је само био прописан рок за жалбу против одлуке првостепеног органа, док тужба Управном суду није ни била предмет регулација Закона о азилу већ **Закона о управним споровима**.²⁹⁷ Ови недостаци у потпуности су отклоњени у новом **Закону о азилу и привременој заштити** јер су право на жалбу против првостепене одлуке и право на тужбу против коначне одлуке у поступку азила не само предвиђена законом, већ је изричито гарантовано и њихово суспензивно дејство.

Како до враћања миграната може доћи независно од вођења поступка за азил, од значаја су и релевантне одредбе **Закона о странцима** које такође садрже правила о праву на жалбу против различитих одлука надлежних органа на основу којих странцу може бити наложено да напусти територију Републике Србије.

На питања поступака који се спроводе у складу са Законом о азилу и привременој заштити и Законом о странцима, а која нису уређена овим законима, примењују се одредбе **Закона о општем управном поступку**.²⁹⁸

4.1 Устав Републике Србије

Устав Републике Србије гарантује у члану 36. право свих на једнаку заштиту и на правно средство, али и прописује у члану 39. да странац може бити протеран искључиво на основу одлуке надлежног органа, у законом предвиђеном поступку и уколико му је обезбеђено право на жалбу.

²⁹⁶ *J.B. v. Greece*, представка бр. 54796/16, стране у поступку обавештене 18. маја 2017. године.

²⁹⁷ „Сл. гласник РС“, бр. 111/09.

²⁹⁸ „Службени гласник РС“, бр.18/16.

Члан 36, став 2. Устава:

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

Члан 39, став 3. Устава:

„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.“

4.2 Закон о азилу и привременој заштити

4.2.1 Право на жалбу против првостепене одлуке у поступку азила

Против одлуке Канцеларије за азил, подносилац захтева за азил има право да у року од 15 дана од дана пријема одлуке изјави жалбу Комисији за азил, с тим што жалба има суспензивно дејство и одлаже извршење првостепене одлуке. Рок за изјављивање жалбе може бити и краћи уколико су у питању специфични првостепени поступци попут убрзаног поступка и поступка на граници, или пак ако првостепеном одлуком о захтеву за азил није мериторно одлучено.

Члан 95. Закона о азилу и привременој заштити:

„Против првостепених одлука донетих у поступку азила може се изјавити жалба у року од 15 дана од дана пријема првостепене одлуке, осим ако овим законом није другачије одређено.

Жалба одлаже извршење одлуке.“

4.2.2 Право на жалбу у убрзаном поступку

Новина коју уводи Закон о азилу и привременој заштити огледа се и у могућности вођења убрзаног поступка. Наиме, уколико је у питању нека од ситуација наведених у тачкама 1–8 првог става члана 40, а нарочито ако се утврди да је тражилац поднео захтев са очигледном намером да одложи или спречи извршење одлуке која би имала за последицу његово удаљење из Републике Србије, да тражилац представља озбиљну опасност по националну безбедност и јавни поредак или је могуће применити концепт сигурне државе порекла, одлуку о захтеву за азил је могуће донети у убрзаном поступку. Ипак, законом су наметнута и извесна ограничења за вођење убрзаног азилног поступка те се тако ова врста првостепеног поступка не може водити уколико је тражилац азила малолетно лице без пратње (члан 40.

став 4.), док је обавеза првостепеног органа да тражиоца азила обавести да ће се о његовом захтеву одлучивати у убрзаној процедури (члан 40. став 3). У случају да је првостепена одлука донета у убрзаном поступку рок за изјављивање жалбе Комисији за азил је краћи и износи осам дана од дана уручења одлуке. Мада члан 40. Закона о азилу и привременој заштити не предвиђа експлицитно да жалба против одлуке донете у убрзаном поступку одлаже извршење, она неспорно има суспензивно дејство јер се и у односу на првостепене одлуке донете у убрзаној процедури примењује одредба члана 95. Закона којом се гарантује да жалба против било које одлуке донете у првом степену одлаже извршење те одлуке.

4.2.3 Право на жалбу у случају када се поступак за азил води на граници или у транзитном простору

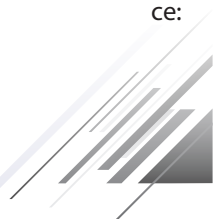
Право на жалбу предвиђено је и у специфичном случају када се поступак за азил одвија на граничном прелазу или у транзитном простору ваздушне луке који је регулисан чланом 41. Закона о азилу и привременој заштити. И у овом поступку закон гарантује право на жалбу, с тим што је рок краћи и износи свега пет дана од дана уручења одлуке. Законом је предвиђено да Канцеларија за азил има обавезу да донесе првостепену одлуку у року од 28 дана, а уколико првостепена одлука не буде донета у предвиђеном року, тражиоцу азила се мора омогућити улазак на територију Републике Србије ради спровођења поступка по поднетом захтеву за азил. Ни у овом случају, као ни код убрзаног поступка, закон не предвиђа да жалба има суспензивно дејство. Ипак, такво дејство жалбе је потпуно неспорно јер се и у односу на првостепене одлуке донете у поступку на граници или у транзитној зони примењује одредба члана 95. Закона којом се гарантује да жалба против било које одлуке донете у првом степену одлаже извршење те одлуке.

4.2.4 Право на жалбу против одлуке о одбацавању захтева за азил

Краћи рок за подношење жалбе предвиђен је и у односу на првостепену одлуку којом се захтев за азил одбацује без испитивања његове основаности. Другим речима, уколико је захтев за азил одбачен због примене концепта прве државе азила или сигурне треће државе, тражилац азила има право да у року од осам дана од уручења првостепене одлуке поднесе жалбу Комисији за азил. У складу с чланом 95. Закона о азилу и привременој заштити, жалба против одлуке о одбацавању захтева за азил одлаже извршење одлуке.

Члан 42. Закона о азилу и привременој заштити:

„Одлука којом се одбацује захтев за азил без испитивања основаности истог, доноси се:



- 1) ако је могуће применити концепт прве државе азила у складу са чланом 43. овог закона;
- 2) ако је могуће применити концепт сигурне треће државе у складу са чланом 45. овог закона.

Одредбе из става 1. тачка 1) овог члана ће се применити под условом да ће тражилац у првој држави азила бити поново прихваћен.

Канцеларија за азил доноси одлуку којом одбацује накнадни захтев за азил ако оцени да је недопуштен у складу са чланом 46. ст. 2. и 3. овог закона.

Против одлуке о одбацивању захтева за азил или накнадног захтева за азил може се поднети жалба Комисији за азил у року од осам дана од дана уручења одлуке.”

4.2.5 Право на преиспитивање околности удаљења у светлу личних околности тражиоца азила и услова у земљи у коју се особа враћа

Забрана протеривања, гарантована како највишим правним актом Републике Србије тако и Законом о азилу и привременој заштити, подразумева, између осталог, и обавезу надлежног органа да испита да ли би, на територији на коју се лице враћа, његов живот или слобода били угрожени због расе, пола, језика, вероисповести, националне припадности, припадности одређеној друштвеној групи или политичког уверења, као и да ли на тој територији постоји ризик да ће особа бити подвргнута мучењу, нечовечном или понижавајућем поступању или кажњавању (члан 6. ставови 1. и 3. Закона о азилу и привременој заштити). Важно је напоменути да обавеза постоји не само у контексту одлучивања о основаности захтева за азил у различитим фазама азилног поступка, већ и приликом доношења сваке друге одлуке која за последицу може имати удаљење странца са територије Републике Србије.

Закон о азилу и привременој заштити садржи неколико одредби којима се тражиоцу азила гарантују право на темељно испитивање захтева за азил и право на делотворно преиспитивање враћања као једног од могућих исхода окончаног азилног поступка. Гаранције су двојаке и тичу се како обавезе да се оцене појединачне околности тражиоца азила, тако и обавезе да се процене услови у држави у коју се лице враћа.

Законом о азилу и привременој заштити је предвиђено да Канцеларија за азил има обавезу прикупљања и разматрања свих релевантних чињеница, доказа и околности, а да нарочито у обзир треба да узме актуелне извештаје о стању у држави порекла тражиоца и, по потреби, о државама кроз које је путовао, укључујући законе и прописе тих држава, као и начин на који се они примењују (члан 32. став 2, тачка 2), те положај и личне околности тражиоца (члан 32. став 2. тачка 3). Поред тога, тражиоцу азила се изричито законом гарантује право да, с обзиром на његове личне околности, оспори примену концепта прве државе азила, сигурне државе порекла и сигурне треће државе, а испуњеност услова за примену поменутих концепата мора се процењивати посебно за сваки поднети захтев.

Члан 32. Закона о азилу и привременој заштити:

„(...)

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 садржани 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.”

Члан 43. став 2. Закона о азилу и привременој заштити:

„(...)

Тражиоцу се омогућава да оспори примену концепта прве државе азила у односу на његове посебне околности.”

Члан 44. ставови 5. и 7. Закона о азилу и привременој заштити:

„(...)

Испуњеност услова за примену концепта сигурне државе порекла процењује се посебно за сваки поднети захтев.



(...)

Тражилац се благовремено обавештава о примени концепта сигурне државе порекла како би му се омогућило да оспори ту примену у складу са ставом 5. овог члана с обзиром на његове личне околности.”

Члан 45. ставови 2. и 3. Закона о азилу и привременој заштити:

„(...)

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.”

4.2.6 Право на судску заштиту у поступку азила

Закон о азилу и привременој заштити у члановима 22. и 96. гарантује право на покретање управног спора против коначних одлука донетих у поступку азила, уз јасно квалификовање тужбе Управном суду као правног средства са суспензивним дејством.

Члан 96. Закона о азилу и привременој заштити:

„Против коначних одлука донетих у поступку азила може се покренути управни спор.

Тужба одлаже извршење одлуке.”

4.3 Закон о странцима

Закон о странцима Републике Србије у члану 83. предвиђа да странац не сме бити принудно удаљен на територију на којој му прети прогон или на којој постоји ризик да ће бити подвргнут извршењу смртне казне, мучењу, нечовечном или понижавајућем поступању или кажњавању, односно тамо где му прети озбиљно кршење права зајамчених Уставом. Забрана принудног удаљења односи се и на странца за кога се основано може сматрати да угрожава безбедност Републике Србије, под условом да постоји ризик да ће на територији на коју се враћа бити подвргнут извршењу смртне казне, мучењу, нечовечном или понижавајућем поступању или кажњавању (члан 83. став 3). Принудно удаљење малолетника без пратње није дозвољено,

осим у случају да је надлежни орган уверен да ће малолетник бити враћен члану породице, старатељу или одговарајућој установи за прихват деце (члан 83. став 4).

Одредба члана 83. Закона о странцима има двоструки значај када су у питању различите одлуке на основу којих странцима може бити наложено да напусте територију Републике Србије. С једне стране, одредбом члана 83. закона се намеће обавеза надлежном органу да приликом доношења сваке одлуке која за последицу може имати удаљење странца испита да ли постоји опасност од прогона или пак извршења смртне казне или мучења на територији на коју се странац враћа. С друге стране, уколико су испуњени услови за примену члана 83. закона, правна средства која странцу стоје на располагању против првостепених одлука ће одложити извршење тих одлука, чак и у ситуацијама у којима жалба нема суспензивно дејство.

4.3.1 Право на правно средство против одлуке о одбијању уласка

Странцу је гарантовано право на жалбу против одлуке којом се одбија његов улазак на територију Републике Србије (члан 38.). Одлуком о одбијању уласка сматра се не само одлука којом се одбија улазак на територију Републике Србије из разлога предвиђених чланом 15. закона, већ и одлука о одбијању захтева за визу, захтева за издавање визе на граничном прелазу, поништењу или укидању визе и продужењу рока важења визе. Рок за улагање жалбе износи осам дана од дана пријема одлуке (члан 38. став 1). Жалба на одлуку о одбијању уласка у начелу нема суспензивно дејство, али ће ипак одложити извршење првостепене одлуке уколико постоји неки од разлога за примену члана 83. Закона о странцима, тј. ако су испуњени услови за забрану принудног удаљења (члан 38. став 3). Против решења донетог у другом степену странац може покренути управни спор (члан 38. став 4).

4.3.2 Право на правно средство против решења о престанку привременог боравака

Уколико се након одобрења привременог боравака сазна да постоји неки од разлога за одбијање те врсте боравака, надлежни орган може донети решење о престанку права на привремени боравак и одредити рок у ком странац мора напустити територију Републике Србије (члан 66). Законом су предвиђене јасне гаранције за вођење ове врсте поступка те се од надлежног органа захтева да цени посебне околности сваког појединачног случаја, нарочито дужину трајања претходних привремених боравака странца и његове везе са Републиком Србијом (члан 66. став 3). Против решења о престанку права на привремени боравак странац има право да изјави жалбу у року од 15 дана од дана пријема решења (члан 66. став 4), а законом је експлицитно предвиђено суспензивно дејство овог правног средства (члан 66. став 7). За разлику од жалбе против првостепеног решења која по слову закона одлаже



извршење решења, покретање управног спора против решења донетог у другостепеном поступку нема суспензивно дејство (члан 66. став 8).

4.3.3 Право на правно средство против решења о престанку права на стално настањење

Странцу може бити наложено да напусти територију Републике Србије и у случају да је испуњен неки од разлога за престанак права на стално настањење предвиђених ставом 1. члана 72. Закона о странцима. Приликом одлучивања надлежни орган је у обавези да, у односу на претњу коју странац представља по јавни поредак, цени све околности случаја, а посебно да узме у обзир дужину трајања претходног боравка странца у Републици Србији, његове личне и породичне околности, као и везе са Републиком Србијом (члан 72. став 3). Против решења о престанку права на стално настањење странац има право на жалбу у року од 15 дана од дана пријема решења (члан 72. став 7). Жалба одлаже извршење решења за разлику од покретања управног спора против другостепеног решења које нема суспензивно дејство (члан 72. став 11).

4.3.4 Право на правно средство против решења о враћању

Странцу који незаконито борави на територији Републике Србије надлежни орган, у складу с чланом 77. Закона о странцима, доноси решење о враћању и одређује рок за добровољни повратак у коме је странац дужан да напусти Републику Србију. У случају да странац не напусти Републику Србију у складу са решењем о враћању, он ће бити принудно удаљен из Републике Србије. Међутим, чланом 80. ставом 1. закона странацу се гарантује право на жалбу против решења о враћању и то у року од 15 дана од дана достављања решења. Жалба не одлаже извршење решења о враћању али ће, изузетно, имати суспензивно дејство и то не само уколико су испуњени услови за примену члана 83. закона, тј. када постоји стварна опасност од прогона, извршења смртне казне или мучења, нечовечног или понижавајућег поступања, већ и ако за то постоје озбиљни хуманитарни разлози (члан 80. став 3). Против другостепеног решења предвиђена је могућност покретања управног спора (члан 80. став 4).

4.3.5 Право на правно средство у случају принудног удаљења и одлагања принудног удаљења

Уколико странац не напусти Републику Србију у року који му је одређен за добровољни повратак, период за добровољни повратак није изречен или је судском одлуком изречена мера безбедности протеривања или заштитна мера удаљења странца из земље, странац може бити принудно удаљен са територије Републике

Србије, с тим што се у сваком конкретном случају мора водити рачуна о томе да ли су испуњени услови за забрану принудног удаљења предвиђени чланом 83. Закона о странцима. У случају када се принудно удаљење спроводи зато што је судском одлуком изречена мера безбедности протеривања или заштитна мера удаљења странца из земље, законом је предвиђено да ће надлежни орган донети решење о отказу боравка и одредити рок за напуштање територије Републике Србије. Против овог решења жалба није дозвољена али је могуће покренути управни спор (члан 81. став 2. Закона о странцима).

Законом о странцима Републике Србије предвиђена је и могућност одлагања принудног удаљења. Решење о одлагању принудног удаљења доноси се у случају да су испуњени услови за забрану принудног удаљења из члана 83. или пак разлози наведени у ставу 1. члана 84. закона, тј. ако није утврђен идентитет странца, није могуће извршити превоз странца из Републике Србије или се појаве озбиљне потешкоће у вези са психичким, физичким или здравственим стањем странца. Одлагање принудног удаљења се може укинути уколико основ за одлагање престане да постоји или уколико се странац не придржава обавеза које проистичу из обавезног боравка (члан 85. став 2).

У сваком случају, странцу се гарантује право на жалбу против решења о одлагању принудног удаљења и решења о укидању одлагања принудног удаљења. Жалба се може изјавити у року од осам дана од дана достављања решења и изјављивањем жалбе се извршење решења одлаже. Против решења донетог у другом степену странац на располагању има покретање управног спора.

Члан 85. Закона о странцима:

- „(1) Одлагање принудног удаљења се одобрава на период до годину дана и може се продужити од стране надлежног органа.
- (2) Одлагање принудног удаљења се укида уколико основ за одлагање престане да постоји или уколико се странац не придржава обавеза које проистичу из обавезног боравка.
- (3) У случају истека, односно поништења одлагања принудног удаљења у складу са ставом (2) овог члана, странац мора вратити надлежном органу исправу из члана 84. став (б) овог закона.
- (4) Жалба против решења о одлагању принудног удаљења и решења којим се укида одлагање принудног удаљења се изјављује надлежном органу у року од осам дана од дана достављања решења.
- (5) Жалба се подноси у писаној форми, на српском језику, уз плаћање прописане таксе.
- (6) Жалба одлаже извршење решења.
- (7) О жалби одлучује Министарство унутрашњих послова.
- (8) Против решења донетог у другостепенном поступку може се покренути управни спор.”



4.4 Право на делотворно правно средство у случају изручења које се врши у складу с одредбама Закона о међународној правној помоћи у кривичним стварима

Иако је у другом поглављу овог приручника већ било речи о проблему који се појавио у пракси а који се тиче паралелног одвијања екстрадиционог поступка и поступка за добијање азила, тај проблем је био анализиран преваходно са аспекта екстрадиционог притвора и заштите права на слободу и безбедност личности тражилаца азила. Међутим, у пракси је до изражаја дошао и други аспект овог питања који се тиче права на правно средство у случајевима протеривања. Наиме, у два случаја из 2017. године, лица су након правноснажно окончаног екстрадиционог поступка изручена државама које су тражиле њихово изручење, при чему поступци по захтевима за азил нису били окончани правноснажно.²⁹⁹ У оба случаја захтеви за азил су одбачени на основу примене концепта сигурне треће државе. Како захтеви за азил нису били испитани у меритуму, предмет испитивања нису били ни ризици од евентуалног прогона, извршења смртне казне, мучења, нечовечног или понижавајућег поступања у земљи која захтева изручење странца. Имајући у виду одредбу члана 39. Устава Републике Србије којом је забрањено протеривање странца на територију на којој му 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, али и одредбе међународних конвенција, попут Конвенције УН против тортуре, чија је уговорница Република Србија, приликом доношења одлуке у поступку екстрадиције неопходно је ценити околности и потенцијалне ризике који прате враћање тражилаца азила у државу која захтева изручење, тим пре што се у својству државе молиће може наћи и држава порекла. У другом поглављу је већ речено да је у једном од два поменута случаја у којима су се азилни и екстрадициони поступак одвијали истовремено, Република Србија изручила тражиоца азила иако је Комитет УН против мучења изрекао привремену меру.³⁰⁰

299 Београдски центар за људска права, *Право на азил у Републици Србији 2017*, 2018, стр. 35–36, доступно на <http://www.bgcentar.org.rs/bgcentar/wp-content/uploads/2018/04/Pravo-na-azil-u-Republici-Srbiji-2017.pdf>.

300 Одлука Комитета УН против мучења бр. 857/2017 од 11. децембра 2017. године.

