

Мр Анђела Ђукановић,*
Истраживач сарадник,
Институт за међународну
политику и привреду, Београд

НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 341.43:341.645(4)

Рад примљен: 29.10.2015.
Рад прихваћен: 13.11.2015.

ЗАШТИТА ЉУДСКИХ ПРАВА ТРАЖИЛАЦА АЗИЛА И ИЛЕГАЛНИХ МИГРАНАТА – ПРАКСА ЕВРОПСКОГ СУДА ЗА ЉУДСКА ПРАВА**

Апстракт: *С обзиром на трајно присутан интерес држава да сузбијају нежељене миграционе токове, заштита људских права тражилаца азила и илегалних миграната је често била у другом плану. Европски суд за заштиту људских права има значајну улогу у заштити људских права тражилаца азила и илегалних миграната кроз групу различитих људских права, у склопу којих је развио и посебне стандарде који су од велике важности. Привремене мере из члана 39. Пословника Суда такође имају посебан значај. Суд се у случајевима који се тичу илегалних миграната и тражилаца азила често налазио у донекле незахвалној позицији, обзиром на противречности које могу проizaћи из заштите људских права и легитимног циља држава да контролишу улазак, боравак и протеривање странаца. Из скорашње праксе Суда је посебно значајна пресуда у случају М. С. С. против Белгије, која је имала запажен утицај на схватање заједничког система азила у ЕУ, као и у случају Хирси Јама и други против Италије.*

Кључне речи: *Европски суд за људска права, Савет Европе, Европска унија, тражилац азила, илегални мигрант.*

* andjela@diplomacy.bg.ac.rs

** Чланак представља репринт изворног научног рада објављеног у часопису „Међународни проблеми“, вол. LXV. број 4. из 2013. године, стр. 481-510.

1. Увод

Један од основних елемената суверенитета државе представља право државе да регулише улазак, излазак, односно боравак странаца на сопственој територији.¹ Услед чињенице да су државе одувек биле заинтересоване да сузбијају нежељене миграционе токове, заштита људских права тражилаца азила, односно илегалних миграната је често била запостављена.

Право на азил представља категорију међународног права, и предвиђено је чланом 14., став 1. Универзалне декларације о људским правима из 1948. године: „Свако има право да тражи и ужива у другим земљама азил од прогањања“.² Иако није реч о правно обавезујућем документу, може се рећи да право на тражење азила представља део обичајног међународног права (Lehmann, 2011:743). Конвенција о статусу избеглица, донета у оквиру Уједињених нација 1951. године, не садржи експлицитно право на азил, већ у члану 33. садржи принцип невраћања (*non-refoulement* *принципле*): „Ниједна држава уговорница неће протерати или вратити силом, на ма који начин то било, избеглицу на границе територије где би његов живот или слобода били угрожени због његове расе, вере, држављанства, припадности некој социјалној групи или његових политичких мишљења“ и имплицитно право на тражење азила (Lavgyesen, 2012: 203). Пакт о грађанским и политичким правима из 1966. године не предвиђа право на азил.

За разлику од тражилаца азила, илегални мигранти напротив, представљају категорију домаћег права, односно процена илегалности (односно ирегуларности) статуса мигранта се врши искључиво у складу са дефиницијом која је прихваћена у домаћем праву. Илегалност се у суштини састоји у недостатку неопходних дозвола за улазак и останак на територији државе.³ Једини аспект који се тиче илегалних миграната, а

1 *H.L.R. v. France*. Представка бр. 24573/94.

2 Universal Declaration of Human Rights. Paris. 10 December 1948. General Assembly Resolution 217 A (III).

3 У овој области је присутна значајна неконзистентност у погледу терминологије. Наиме, у литератури и документима се користе различити придеви: „ирегуларни“, „илегални“, „нерегистровани“, „неодобрени“, „недозвољени“, који се онда комбинују са различитим именицама: „мигранти“, „имигранти“, „странци“, „страни држављани“. Може се приметити да се последњих година термин „илегалан“ у све мањој мери користи, односно његово место све више заузима термин „ирегуларан“, са образложењем да се у контексту људских права он сматра мање понижавајућим, односно да ниједно људско биће не може бити илегално, као и да је реч о нешто ширем појму. Видети више у: (Triandafyllidou 2010: 2) У том смислу се онда такође може рећи и да људско биће не

који је дефинисан међународним правом јесте илегалан улазак предвиђен чланом 3. Протокола УН против кријумчарења миграната копном, морем и ваздухом из 2000. године. (Међутим и овај појам се везује за домаће право: „Илегалан улазак представља прелазак границе без испуњења потребних захтева за легалан улазак у државу примаоца“ (Lehmann, 2011:739).⁴ Илегални мигранти, наравно имају право на одређену међународну заштиту, упркос илегалности њиховог боравка, односно уласка у неку земљу, али не представљају категорију лица која је међународним правом посебно заштићена. Донекле је од значаја и Међународна конвенција о заштити права свих радника миграната и чланова њихових породица од 1990. године, у којој се у извесној мери штите права радника који су илегални мигранти.⁵ Међутим, врло мали број земаља чланица Савета Европе ју је ратификовао, при том ниједна од њих није чланица ЕУ.⁶ Од значаја је и принцип међународног права о обавези помоћи или спасавања оних који се налазе у невољи на мору, који је кодификован у већем броју међународних уговора.⁷

Са правом на азил и мигрантима је уско повезано и право свакога да напусти земљу, укључујући ту и сопствену земљу, предвиђено у члану 13. Универзалне декларације о људским правима, као и у члану 12. Пакта о грађанским и политичким правима.⁸

може бити ирегуларно. Можда би ипак било правилније када је то могуће користити термин који се односи на радњу (миграција) односно статус, дакле не на субјекта (мигрант). Тако је на пример у извештају Опште комисије за међународне миграције, основане у оквиру Уједињених нација, прихваћен термин „миграната са ирегуларним статусом“ (Migration in an Interconnected World: New Directions for Action - Report of the Global Commission on International Migration, *Global Commission on International Migration (GCIM)*. 5 Oct 2005: 32). Ипак, поменута коректност би изискивала употребу и сувише сложених реченица за „мигранта чији је боравак, статус или улазак ирегуларан“. У сваком случају, последњих година је евидентно фаворизовање термина „ирегуларан“. Законска решења у земљама Европе се такође разликују у овом смислу.

4 Protocol against the smuggling of migrants by land, sea and air, supplementing the United Nations Convention against transnational organized crime. United Nations. Palermo. 2000.

5 International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families. United Nations General Assembly. A/RES/45/158. 69th plenary meeting. 18 December 1990.

6 Само Босна и Херцеговина, Азербејџан, Албанија и Турска. Преузето: 11.04.2013. http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=IV-13&chapter=4&lang=en

7 United Nations Convention on the Law of the Sea of 10 December 1982. *Treaty Series*. Vol. 1833. United Nations, New York, 1998, Article 28.

8 International Covenant on Civil and Political Rights. United Nations. General Assembly resolution 2200A (XXI) of 16 December 1966. Article 12.

Тражиоци азила и илегални мигранти, представљају уско повезане категорије лица, јер у пракси често долази до промене у њиховом статусу у смислу да илегални мигрант постане тражилац азила и обрнуто, уколико је захтев за азил одбијен лице у питању може постати илегални мигрант. При том је евидентно да тражиоци азила имају обезбеђен већи обим заштите од онога који се односи на илегалне мигранте.⁹ Основна разлика између њих лежи у њиховим мотивима. За илегалне мигранте се често претпоставља да су њихови мотиви углавном економске природе (осим наравно у случају трговине људима), а када је реч о тражиоцима азила, мотив на основу којег могу добити азил, јесте страх од прогона у држави порекла било због расе, пола, језика, вероисповести, националне припадности или припадности некој групи или због политичких уверења.¹⁰ Треба имати у виду да сиромаштво може бити резултат кршења социјалних, економских и других права. Социјална и економска права могу имати ефекат који је по тежини сличан ономе који настаје услед кршења традиционално схваћених грађанских и политичких права (Lehmann, 2011:748).

2. Регулатива у области заштите људских права азиланата и илегалних миграната – европски систем заштите људских права

2.1. Савет Европе

Европском конвенцијом за заштиту људских права и основних слобода од 1950. године (у даљем тексту: Конвенција) се не предвиђа посебно право на азил, нити заштита илегалних миграната. Међутим, присутан је низ људских права које Европски суд за људска права примењује у односу на тражиоце азила и илегалне мигранте. Осим тога, Суд је у својој пракси развио низ принципа који су од значаја за заштиту тражилаца азила и илегалних миграната, о чему ће касније бити више речи. Од значаја је и Европска конвенција о спречавању мучења и нечовечних или понижавајућих поступака и кажњавања којом је установљен Европски комитет за спречавање мучења и нечовечних или понижавајућих казни или поступака, који има вансудску, превентивну улогу у заштити лица

9 20 Years of Combating Torture: 19th General Report of the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) (1 August 2008-31 July 2009). Committee for the Prevention of Torture. 20 October 2009: 37.

10 Мотиви тражилаца азила представљају правну категорију, односно у неку руку услов за добијање азила, док се мотиви илегалних миграната налазе изван сфере права.

која се налазе у притвору.¹¹ Европска социјална повеља од 1961. године¹² (ревидирана 1996. године) такође може бити од помоћи у заштити права илегалних миграната и тражилаца азила, односно била би пожељна њена примена у већој мери. У контексту заштите људских права илегалних миграната, који су често и жртве трговине људима релевантна је и Конвенција Савета Европе о борби против трговине људима¹³ из маја 2005. године, донета у циљу спречавања и сузбијања трговине људима, заштите људских права жртава трговине људима и унапређења међународне сарадње у сузбијању трговине људима.¹⁴

2.2. Европска унија

За разлику од Конвенције, Повељом Европске уније о основним правима од 7. децембра 2000. године (у даљем тексту: Повеља) се чланом 18. посебно предвиђа да право на азил „мора бити гарантовано, уз дужно поштовање Конвенције о статусу избеглица из 1951. године (Женевска конвенција) и Протокола о статусу избеглица из 1967. године као и у складу са Уговором о Европској унији и Уговором о функционисању Европске уније“.¹⁵ У Повељи је први пут након Универзалне декларације о људским правима из 1948. године, експлицитно предвиђено право на азил. Наравно, Повеља такође садржи и круг општих људских права из Конвенције, која се не односе искључиво на заштиту права тражилаца азила и илегалних миграната, а која су релевантна за заштиту њихових људских права. Од значаја је и члан 19. Повеље, којим се предвиђа да „нико не може бити удаљен, протеран или екстрадиран у државу у којој постоји озбиљан ризик да ће он или она бити подвргнути смртној казни, мучењу или другим нехуманим или деградирајућим поступцима или казнама.“¹⁶ У текст Повеље је дакле укључен стандард који је усвојен у пракси Европског суда за људска права поводом члана 3. Конвенције (забрана мучења). Принцип је такође

11 European Convention for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment. Council of Europe. ETS No. 126, Strasbourg, 26.XI.1987.

12 European Social Charter (revised). CETS No.: 163. Council of Europe. Strasbourg. 3.V.1996.

13 Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings. Council of Europe. CETS No.: 197. Warsaw. 16.V.2005.

14 Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings. Preamble.

15 Charter of Fundamental Rights of the European Union. *Official Journal of the European Union*. C 83/391 30.3.2010. Article 18.

16 Charter of Fundamental Rights of the European Union. Article 19.

предвиђен и у члану 3. Конвенције против тортуре и других сурових, нељудских и понижавајућих казни или поступака УН из 1984. године.¹⁷

Када је реч о секундарном законодавству ЕУ, може се рећи да је од 1999. године, тачније након ступања на снагу Уговора из Амстердама, започет процес хармонизације у области илегалних миграција и азила (Уговором из Амстердама су пренета овлашћења на ЕУ у погледу спољашње контроле граница, азила и имиграције).¹⁸ Од тада па до данас су у овој области усвојене бројне директиве и уредбе. Поједини прописи ЕУ су били релевантни у пракси Европског суда за људска права, а у једном случају је дошло и до колизије са системом заштите људских права установљених Конвенцијом.¹⁹ Може се приметити да иако се у већини секундарног законодавства ЕУ истиче да је од суштинског значаја заштита људских права, ипак је оно превасходно усмерено ка борби против илегалних миграција, и на усвајање заједничких стандарда у погледу процедуре пријема у азил.

У контексту праксе Европског суда за људска права посебну пажњу заслужује Уредба 343/2003 (*Dublin II Regulation*), путем које је установљена одговорност само једне државе чланице ЕУ за испитивање захтева за азил, како би се избегло слање тражилаца азила из једне земље у другу, и како би се спречиле злоупотребе различитих система азила који су присутни у ЕУ.²⁰ Њоме је установљен хијерархијски систем како би се утврдило која држава чланица је одговорна за испитивање конкретног захтева за азил. Систем који је успостављен путем Уредбе 343/2003 (Даблински систем) је често критикован због његовог неуспеха да заштити људска права тражилаца азила. Тако се наводи да поменути систем још увек није у функцији, односно није испуњен захтев да тражиоци азила уживају једнаку процедуралну и материјалну заштиту у свим државама чланицама, због чега захтеви многих појединаца који су пребачени на основу њега нису разматрани на исправан начин.²¹ Такође је критикован и из разлога што може довести

17 Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment. United Nations. *Treaty Series*. vol. 1465. 10 December 1984: 85.

18 The Treaty of Amsterdam amending the Treaty on European Union, the Treaties establishing the European Communities and certain related acts. Amsterdam 2 October 1997. *Official Journal of the European Communities*. C 340/1. 10. 11. 1997: 5.

19 *M.S.S. v. Belgium and Greece* [GC]. Представка бр. 30696/09.

20 Council Regulation (EC) No 343/2003 of 18 February 2003 establishing the criteria and mechanisms for determining the Member State responsible for examining an asylum application lodged in one of the Member States by a third-country national. *Official Journal of the European Union*. L 50/1. 25.2.2003. Article 1.

21 UNHCR comments on the European Commission's Proposal for a recast of the Regulation of the European Parliament and of the Council establishing the criteria and mechanisms for

до повећане примене притвора, како би се осигурала његова примена, тј. трансфер тражилаца азила у државу чланицу која је одговорна да у складу са Даблинским системом одлучује о захтеву.²² У овом смислу је посебно значајан случај *M. C. S.* против Белгије и Грчке пред Европским судом за људска права (у даљем тексту „Суд“), у којем је утврђено кршење Конвенције које је настало услед примене Даблинског система у односу на подносиоца представке.²³ Наиме, подносилац представке, афганистански држављанин је ушао у Европску унију преко Грчке, затим је стигао у Белгију где је затражио азил. У складу са Уредбом 343/2003 белгијска Канцеларија за странце поднела је захтев грчким властима да преузму одговорност за разматрање захтева за азил (чланом 10. став 1. Уредбе 343/2003 се предвиђа да: „када тражилац азила из треће земље на ирегуларан начин пређе границу државе чланице, држава чланица у коју је ушао је надлежна за испитивања његовог захтева за азил“). Подносилац представке је уложио жалбу Одбору за жалбе странаца наводећи да му прети ризик од притвора у лошим условима у Грчкој, као и да у процедури азила у Грчкој постоји низ неправилности. Након што му је одбачен захтев за обуставу извршења, враћен је у Грчку. Иначе, од Суда је тражио примену привремене мере из члана 39. Пословника Суда, тј. суспензију одлуке о његовом враћању у Грчку, међутим Суд је одбио његов захтев.²⁴ По уласку у Грчку био је у притвору четири дана у лошим условима, након тога је пуштен, и затим живео у лошим условима на улици без средстава за живот. Када је покушао да изађе из Грчке са кривотвореном личном картом, ухапшен је и враћен у притвор где га је полиција према његовим наводима тукла, да би потом опет био враћен на улицу. Суд је утврдио кршење члана 3. Конвенције у односу на Грчку, у вези услова у притвору (иако је он кратко трајао) као и у вези са условима живота, када је био пуштен из притвора. Утврђено је кршење члана 3. и у односу на Белгију, будући да су белгијске власти морале бити упознате са неправилностима процедуре азила у Грчкој,

determining the Member State responsible for examining an application for international protection lodged in one of the Member States by a third country national or a stateless person («Dublin II») (COM(2008) 820 3 December 2008) and the European Commission's Proposal for a recast of the Regulation of the European Parliament and of the Council concerning the establishment of 'Eurodac' for the comparison of fingerprints for the effective application of [the Dublin II Regulation] (COM(2008) 825 3 December 2008). UN High Commissioner for Refugees. 18 March 2009; 2. Преузето: 03. 04. 2013. <http://www.unhcr.org/refworld/docid/49c0ca922.html>

22 Report on the Application of the Dublin II Regulation in Europe. *European Council on Refugees and Exiles (ECRE)*. AD3/3/2006/EXT/МН. March 2006: 162.

23 *M.S.S. v. Belgium and Greece* [GC]. Представка бр. 30696/09.

24 *M.S.S. v. Belgium and Greece* [GC]. Par.: 32.

као и да су подносиоца представке протеривањем изложили условима живота и притвора који су у Грчкој били понижавајући. И најзад, у вези са члановима 2. и 3. Суд је утврдио и кршење права на делотворан правни лек (члан 13. Конвенције) од стране Белгије. Импликације ове пресуде су значајне, будући да трансфери у складу са Дабилнским системом не могу да се предузимају док Грчка не побољша услове пријема тражилаца азила (Clayton, 2011:771).

3. Пракса Европског суда за људска права у заштити људских права азиланата и илегалних миграната

3.1. Релевантне одредбе Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода

Ова Конвенција не предвиђа посебно право на тражење азила или заштиту која би се посебно односила на илегалне мигранте. Међутим, присутан је низ људских права која су значајна за њихову заштиту. Такође, опште је познато да Конвенција представља један отворен систем, који је подложен еволуцији кроз праксу Европског суда за људска права, и у његовој пракси су се развили и принципи који су од директног значаја за заштиту права тражилаца азила и илегалних миграната.

Навешћемо пре свега круг права која могу бити релевантна за заштиту људских права тражилаца азила и илегалних миграната у контексту праксе Суда. То је пре свега право на живот (члан 2. Конвенције), мада се Суд у случајевима који се тичу протеривања на територију државе где би живот подносиоца представке могао бити угрожен, одлучивао пре да испитује представку у контексту члана 3. Конвенције (забрана мучења), него права на живот (Mole, Catherine, 2010: 89). Дакле, осим права на живот, посебно је значајна и забрана мучења (члан 3. Конвенције), затим право на слободу и безбедност (члан 5. Конвенције), право на поштовање приватног и породичног живота (члан 8. Конвенције), право на делотворан правни лек (члан 13. Конвенције), затим забрана колективног протеривања странаца (члан 4. Протокола бр. 4.). Релевантан је и члан 1. Протокола бр. 6. уз Конвенцију о укидању смртне казне. Наиме, Суд је у пракси поводом овог члана установио да појединац неће бити екстрадиран у земљу за коју постоје материјални и суштински докази за веровање да ће у њој бити подвргнут смртној казни (Mole, Catherine, 2010: 90). И ту је и низ права у погледу којих није присутна значајнија пракса Суда. То су: право

на склапање брака (члан 12. Конвенције),²⁵ забрана дискриминације (члан 14. Конвенције) заједно са Протоколом бр. 12., и слобода кретања (члан 2. Протокола бр. 4.). У контексту заштите илегалних миграната који су жртве трговине људима значајна је и забрана ропства и принудног рада (члан 4. Конвенције). Пракса Суда је поводом овог права и уопште гледано ретка, мада су присутни поједини случајеви у којима је утврђено кршење члана 4. Конвенције у овом контексту.²⁶ Када је реч о члану 1. Протокола бр. 7. Конвенције, који се тиче заштите у поступку протеривања странаца, он садржи процедуралне гаранције које се не односе на илегалне мигранте, већ само на странце који законито бораве на територији државе.²⁷

Међутим, у Конвенцији је чланом 16. предвиђено ограничење политичке активности странаца: „Ниједна одредба чланова 10. (слобода изражавања), 11. (слобода окупљања и удруживања) и 14. (забрана дискриминације) се не сме тумачити тако да спречава Високе стране уговорнице да ограничавају политичку делатност странаца“. Овакво ограничење је присутно једино у Конвенцији, а Парламентарна скупштина Савета Европе је препоручила брисање ове одредбе још 1977. године. Поводом ове одредбе праксе Суда готово да нема, али треба имати у виду и да државе и у склопу чланова 10. и 11. Конвенције могу ограничити ова права (Mole, Catherine, 2010: 205).

Кроз праксу Суда се показало да се у односу на случајеве протеривања странаца не примењује члан 6. Конвенције (право на правично суђење), будући да је обавеза поштовања овог права условљена схватањем предмета поступка у питању, тј. он се мора тицати утврђивања „грађанских права и обавеза“ или „кривичне оптужбе“ (Bryan, Langford, 2010: 463). Тако је у случају Маоуиа против Француске Суд заузео став да се: „одлука којом се странац овлашћује да остане у земљи чији није држављанин,

25 Тако је у једном случају Суд утврдио кршење члана 12., у вези са установљеном обавезом подношења захтева за добијање потврде о одобрењу закључења брака, која је била предвиђена у имиграционом систему Велике Британије и Северне Ирске. *O'Donoghue and Others v. the United Kingdom*. Представка бр. 34848/07.

26 *Siliadin v. France*. Представка бр. 73316/01.

27 „Странац који законито борави на територији једне државе не може се из ње протерати, осим на основу одлуке донете у складу са законом, и има право: да изнесе разлоге којима оспорава протеривање; да се његов случај преиспита; и да у ту сврху буде заступљен пред надлежном власти или лицем или лицима која та власт одреди. Странац се може протерати и пре него што искористи своја поменута права, ако је протеривање неопходно у интересу јавног реда или се заснива на разлозима националне безбедности“. European Convention on Human Rights as amended by Protocoles Nos. 11 and 14, supplemented by Protocols Nos. 1, 4, 6, 7, 12 and 13. European Court of Human Rights - Council of Europe. Преузето: 18.04.2013. http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/D5CC24A7-DC13-4318-B457-5C9014916D7A/0/Convention_ENG.pdf. Article 4. of Protocol 4.

не тиче утврђивања његових грађанских права и обавеза, или било које кривичне оптужбе против њега у смислу члана 6. став 1. Конвенције“, као и да „члан 1. Протокола бр. 7. Конвенције садржи гаранције које се односе на протеривање странаца“. ²⁸ Као што је и раније напоменуто, члан 1. Протокола бр. 7. Конвенције се не односи на илегалне мигранте, већ само на странце који законито бораве на територији државе. Иначе, исто важи и у односу на одлуке о протеривању странаца, тј. у односу на њих се такође не примењује члан 6. Конвенције, будући да Суд сматра да је реч „посебној превентивној мери за сврхе имиграционе контроле“. ²⁹ Већина земаља чланица сматра да је поступак протеривања странаца у сфери управног поступка, и тиме изван јаким процедуралних гаранција предвиђених у члану 6. Конвенције, и у складу са тим би требао бити регулисан слабијим гаранцијама, предвиђеним у члану 1. Протокола бр. 7. Конвенције (Bryan, Langford, 2010: 465). Овде је у принципу изостала примена аутономног концепта појма „кривичне оптужбе“ од стране Суда (који као такав није везан његовим одређењем у домаћем праву, нпр. чињеницом да је протеривање странаца у домаћем праву у сфери управног поступка), будући да је Суд предодредио каква је природа поступка протеривања странаца. (Bryan, Langford, 2010: 468).

У контексту заштите тражилаца азила и ирегуларних миграната, пракса Суда је дакле најбројнија у погледу забране мучења, права на слободу и безбедност, права на поштовање приватног и породичног живота као и права на делотворан правни лек, због чега ћемо им посветити посебну пажњу. Осим тога, у склопу ових права су се развили и посебни стандарди везани за тражиоце азила и за ирегуларне мигранте. Такође, значајна је и примена привремених мера из члана 39. Пословника Суда.

3.2. Забрана мучења (члан 3. Конвенције)

Чланом 3. Конвенције се предвиђа да: „Нико не сме бити подвргнут мучењу, или нечовечном или понижавајућем поступању или кажњавању.“ Забрана мучења је од велике важности за заштиту права илегалних миграната и тражилаца азила, и то пре свега у погледу услова у притвору. Тако је Суд у случају Доугоз против Грчке, утврдио кршење члана 3. Конвенције. ³⁰ Наиме, била је реч о лицу које је чекало протеривање у Сирију у притвору у Грчкој. С обзиром на услове у којима је било у притвору (препуна и прљава

28 *Maouia v. France* [GC]. Представка бр. 39652/98. Par.: 35-36.

29 *Maouia v. France* [GC]. Par.: 39.

30 *Dougoz v. Greece*. Представка бр. 40907/98. Par.: 45.; Слично: *Peers v. Greece*. Представка бр. 28524/95.

ћелија, недостатак дневног светла, свежег ваздуха, топле воде, места за спавање и сл.) и то у трајању од 18 месеци, Суд је утврдио кршење члана 3. Конвенције.

Међутим, у пракси Суда примена ове одредбе у односу на илегалне мигранте и тражиоце азила се најчешће јавља у вези са принципом невраћања. Поменути принцип се развио у пракси и Суд се при том ослонио на члан 3. Конвенције против тортуре и других сурових, нељудских и понижавајућих казни или поступака УН из 1984. године,³¹ као и члан 33. Конвенције о статусу избеглица, из 1951. године.³² Суд је имајући у виду основне вредности Конвенције, заузео став да у случају када држава свесно преда бегунца другој држави, знајући да ће тамо бити изложен опасности од мучења, нечовечног или понижавајућег поступања или кажњавања, таква екстрадиција бити у супротности са духом ове одредбе, иако то није експлицитно наведено у Конвенцији.³³

У теорији је дакле Суд у целости пренео цео спектар обавеза из члана 3. Конвенције на случајеве који се тичу принципа невраћања, што би значило и осим неоправдане употребе физичке силе и мере које имају социоекономску димензију (Lehmann, 2011: 752). Тако је у појединим случајевима Суд утврдио да ће у случају изостанка адекватне медицинске неге, односно лечења лица које се налази у затвору бити реч о повреди члана 3. Конвенције.³⁴ Ипак, у пракси се чини да у случајевима које се тичу депортације странаца није укључен овако широк спектар обавеза у погледу члана 3. Конвенције (Lehmann, 2011: 752). Када је дакле реч о случајевима који се тичу лоших услова лечења у земљи у коју се лице у питању протерује, Суд је само у случају постојања врло изузетних

31 „1. Ниједна држава чланица неће протерати, истерати нити изручити једно лице другој држави ако постоје озбиљни разлози да се посумња да може бити подвргнуто тортури. 2. Да би утврдили постојање таквих разлога, надлежни органи водиће рачуна о свим релевантним околностима, укључујући, евентуално, постојање низа систематских, озбиљних, очигледних или масовних повреда права човека у тој држави.“ Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment. Article 3.

32 „Ниједна држава уговорница неће протерати или вратити силом, на ма који начин то било, избеглицу на границе територије где би његов живот или слобода били угрожени због његове расе, вере, држављанства, припадности некој социјалној групи или његових политичких мишљења“. Convention Relating to the Status of Refugees. United Nations Conference on the Status of Refugees and Stateless Persons at Geneva. 2-25 July 1951. *United Nations*. Article 33.

33 *Soering v. the United Kingdom*. Представка бр. 14038/88. Paras.: 88, 91.

34 *McGlinchey and Others v. the United Kingdom*. Представка бр. 50390/99. Paras.: 57-58; *Kudła v. Poland, (GC)*. Представка бр. 30210/96. Paras.: 94-95.

околности утврдио постојање кршења члана 3. Конвенције. Тако је у случају Д. против Уједињеног Краљевства Суд утврдио постојање оваквих, изузетних околности, будући да је била реч о лицу које је оболело од АИДС-а, и док се налазило у притвору у Енглеској предложено је његово протеривање. При том је било у завршној фази болести, без подршке породице, и сматрало се да би његово протеривање значило смањење трајања његовог животног века.³⁵ Међутим Суд се ограничио: „странци који су након одслужења казне подвргнути протеривању, не могу остати на територији државе како би имали предности медицинске или друге помоћи од стране државе из које се протерују.“³⁶ Тако је у случају Н. против Уједињеног Краљевства, држављанка Уганде, такође од АИДС-а, тврдила да у Уганди лекови који су јој неопходни нису доступни, и да се не могу приуштити у руралним областима. Међутим, Суд је сматрао да овде ипак није реч о изузетним околностима, иако прихвата чињеницу да би њен повратак у Уганду утицао на дужину њеног очекиваног животног века. Дакле, ипак је сматрао да није дошло до повреде члана 3. Конвенције, будући да се није налазила у завршној фази болести, и јер није било јасно у којој мери болест напредује.³⁷

Када је реч о ризику од прогона, у принципу је потребно да он потиче од власти државе у питању Суд је, међутим, заузео став да „не може бити искључена могућност да се члан 3. Конвенције такође примени и у случајевима када опасност потиче од лица која нису јавни званичници“, али такав ризик мора бити „стваран“, као и да званичне власти нису биле вољне, или у стању да обезбеде адекватну заштиту.³⁸ Иначе, у Директиви 2004/83/ЕЗ се у члану 6. наводе субјекти од којих може потицати страх од прогона, међу којима су наведени и недржавни актери, уколико држава, односно странке или организације које контролишу државу нису у могућности, односно нису вољне да обезбеде заштиту од прогона.³⁹

Ризик од прогона дакле мора бити „стваран“, што Суд процењује у сваком конкретном случају, реч је о „прагу озбиљности“ (*threshold of severity*). Дакле „мора постојати минимум озбиљности како би ризик у питању био у домаћају члана 3. Конвенције. Процена овог минимума је по природи

35 *D. v. the United Kingdom*. Представка бр. 30240/96.

36 *D. v. the United Kingdom*. Par.: 54.

37 *N. v. The United Kingdom*, [GC], Представка бр. 26565/05. Par.: 50.

38 *X. v. Sweden*. Представка бр. 60959/00; *Salah Sheekh v. the Netherlands*. Представка бр. 1948/04. Par.: 147.

39 Council Directive 2004/83/EC of 29 April 2004 on minimum standards for the qualification and status of third country nationals or stateless persons as refugees or as persons who otherwise need international protection and the content of the protection granted. Article 6.

ствари релативна, и зависи од конкретних околности случаја⁴⁰. Осим тога, изгледа да поменути ризик мора бити личне природе, тј. како је Суд у једном случају указао, докази који се тичу подносилаца представке, као и општа ситуација на Шри Ланци нису показали да је њихов положај гори од положаја већине младих припадника заједнице Тамила који се враћају у своју земљу, као и да сама могућност лошег поступања при повратку, није сама по себи довољна да доведе до кршења члана 3. Конвенције.⁴¹ У овом случају није утврђено кршење Конвенције, упркос чињеници да су подносиоци представке при повратку били подвргнути поступању које је у супротности са чланом 3. Конвенције (Mole, Catherine, 2010: 43) Тешко је дакле повезати апсолутни карактер ове одредбе са чињеницом да неко лице мора да доказује не само да се налази у стварном ризику од забрањеног поступања, већ и да је тај ризик већи од ризика других који се налазе у сличним околностима (Mole, Catherine, 2010: 43).

Када је реч о тренутку процене ризика, процена се мора вршити у складу са чињеницама које су биле познате, или требало бити познате у време протеривања.⁴² Међутим, уколико у тренутку подношења представке није још дошло до протеривања, релевантно време за процену ризика је тренутак у којем Суд разматра представку, дакле тренутна процена услова је одлучујућа.⁴³ Тако на пример, у случају Томић против Уједињеног Краљевства, лице српске националности, (чији је захтев за азил у Енглеској дефинитивно одбијен 2003. године) које у време подношења представке још увек није било протерано, је тврдило да би повратком у Хрватску било у ризику од прогона. Међутим, представка је одбијена будући да су непријатељства у Хрватској престала, а да према мишљењу Суда садашња ситуација у Хрватској не представља ризик у смислу принципа невраћања за подносиоца представке.⁴⁴ Када лице у питању још увек није протерано у време разматрања случаја од стране Суда, уколико Суд сматра да би подносилац представке био у ризику од прогона у случају протеривања, донеће одлуку којом ће прогласити да би његовим протеривањем дошло до повреде члана 3. Конвенције (дакле неће донети одлуку да је реч о кршењу Конвенције).⁴⁵

40 *Cruz Varas and Others v. Sweden*. Представка бр. 15576/89. Par.: 83.

41 *Vilvarajah and Others v. the United Kingdom*. Представка бр. 13163/87; 13164/87; 13165/87; 13447/87; 13448/87. Par.: 111.

42 *Cruz Varas and Others v. Sweden*. Par.: 37.

43 *Chahal v. the United Kingdom*. Представка бр. 22414/93. Par.: 86.

44 *Tomic v. United Kingdom*. Представка бр. 17837/03.

45 *Chahal v. the United Kingdom*. Представка бр. 22414/93.

Забрана мучења из члана 3. Конвенције је дакле апсолутне природе, а Суд је заузео став да је ова заштита подједнако апсолутна и у случајевима који се тичу протеривања. Тако на пример активности појединца у питању, колико год оне биле непожељне и опасне се не могу узети у обзир, односно држава не може правдати протеривање разлозима националне сигурности када је присутан ризик од прогона (као што је то случај са низом људских права која нису апсолутне природе, односно могу се дерогирати).⁴⁶

Посебно је занимљив случај Хирси Јама и други против Италије, из скорашње праксе Суда, који је изазвао доста медијске пажње, а тиче се илегалних миграната који су пресретнути од стране италијанских власти, које су спречиле њихов долазак на територију Италије, тачније на острво Лампедуза.⁴⁷ Наиме, између Италије и Либије је закључен низ споразума који се тичу имиграционе контроле, у складу са којим су италијанске власти пресретале на мору бродове са имигрантима, који су затим враћани у Либију. Три италијанска брода граничне полиције и обалне страже су маја 2009. године, пресрела три брода која су превозила око 200 миграната (35 наутичких миља од острва Лампедуза, дакле изван територијалног мора и спољњег морског појаса), који су затим враћени војним бродовима на територију Либије. У овој групи су се налазили и подносиоци представке (11 држављана Сомалије и 13 држављана Еритреје), који су тврдили да нису били обавештени о томе која је њихова права дестинација нити је појединачно спроведена процедура њихове идентификације, као и да нису имали могућност да поднесу захтев за азил.⁴⁸ Суд је испитао питање надлежности Италије, будући да је свака држава дужна у складу са чланом 1. Конвенције да штити права и слободе у оквиру своје надлежности, и указао на свој став од раније да је надлежност у принципу територијална, али у изузетним околностима може произаћи из ефективног спровођења контроле државе над неким местом, или када њени агенти спроводе физичку контролу и моћ над лицима.⁴⁹ Такође, екстратериторијална надлежност обухвата и активности дипломатских или конзуларних представника у иностранству као и на броду или авиону који је регистрован односно носи заставу те државе.⁵⁰ Затим је заузео став да су лица у питању од тренутка када су укрцани на бродове италијанских оружаних снага ради повратка, до тренутка њихове предаје либијским властима подносиоци представке били под сталном и ексклузивном *de jure*

46 *Chahal v. the United Kingdom*. Par.: 80.

47 *Hirsi Jamaa and Others v. Italy* [GC]. Представка бр. 27765/09.

48 *Hirsi Jamaa and Others v. Italy* [GC]. Paras.: 11, 87.

49 *Al-Skeini and Others v. the United Kingdom* [GC]. Представка бр. 55721/07. Paras.: 131-140.

50 *Medvedyev and Others v. France* [GC]. Представка бр. 3394/03, ECHR 2010. Paras.: 65, 67.

u de facto контролом од стране италијанских власти, и да су у складу са тим наводна кршења у надлежности Италије.⁵¹ Суд је затим утврдио да је до кршења члана 3. Конвенције дошло на два начина. Прво, Суд је утврдио да је до кршења дошло услед чињенице да су подносиоци представке били у ризику од нехуманог или понижавајућег поступања у самој Либији, и при том је указао на чињеницу да у периоду у питању, у Либији није важио ниједан закон који штити избеглице, па се самим тим није правила ни разлика између илегалних миграната и избеглица. Суд се при том ослонио и на различите извештаје који се тичу периода у питању, као нпр. извештаји делегације Високог комесеријата УН за избеглице, *Human Rights Watch-a*, *Amnesty International-a*, а који указују на лоше услове у притвору, случајеве мучења и недостатак медицинске неге.⁵² Међутим, Суд је утврдио кршење члана 3. Конвенције и услед чињенице да су подносиоци представке били изложени ризику од понижавајућег и нехуманог поступања због могућег арбитрарног повратка из Либије у њихове земље порекла, тј. Еритреју и Сомалију. Суд је заузео став да страна уговорница која спроводи повратак, мора осигурати да земља посредник нуди задовољавајуће гаранције којима се спречава да лице буде враћено у земљу порекла без процене ризика са којима је суочено.⁵³ У истом случају је Суд утврдио и кршење забране колективног протеривања странаца (члан 4. Протокола бр. 4. Конвенције), као и права на делотворан правни лек (члан 13. Конвенције). Може се приметити да је поменута пресуда Суда заиста значајна за заштиту људских права миграната, будући да се у овом контексту доводе у питање стратегије појединих земаља у борби против илегалних миграција.

3.3. Право на слободу и безбедност (члан 5. Конвенције)

Основна сврха права на слободу и безбедност јесте да се осигура да нико не буде лишен слободе на произвољан начин. Притвор неког лица може бити законит само уколико је одређен на основу неког од разлога који су наведени у члану 5. став 1. Конвенције, док се у ставовима 2-5 члана 5. Конвенције предвиђају процедуралне гаранције које морају бити поштоване.⁵⁴

51 *Hirsi Jamaa and Others v. Italy*. Представка бр. 27765/09. Paras.: 81-82.

52 *Hirsi Jamaa and Others v. Italy*. Par.: 125.

53 *Hirsi Jamaa and Others v. Italy*. Par.: 147.

54 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: а) у случају законитог лишења слободе на основу пресуде надлежног суда; б) у случају законитог хапшења или лишења слободе због неизвршења законите судске одлуке или ради обезбеђења испуњења неке обавезе прописане законом; ц) у случају законитог

Са правом на слободу и безбедност је уско повезано и право на слободу кретања (члан 2. Протокола бр. 4).⁵⁵ Које од овог права је применљиво у конкретном случају зависи пре свега од чињенице да ли је дошло до лишења слободе, или до ограничења слободе кретања, што представља чињеницу коју процењује Суд у складу са околностима конкретног случаја. У овом смислу је интересантан случај Амур против Француске, који се тичао тражилаца азила пореклом из Сомалије, који су на аеродрому у Паризу били задржани двадесет дана у хотелу који је адаптиран за задржавање тражилаца азила, а који се налази у међународној транзитној зони.⁵⁶ Суд

хапшења или лишења слободе ради привођења лица пред надлежну судску власт због оправдане сумње да је извршило кривично дело, или када се то оправдано сматра потребним како би се предупредило извршење кривичног дела или бекство по његовом извршењу. д) у случају лишења слободе малолетног лица на основу законите одлуке у сврху васпитног надзора или законитог лишења слободе ради његовог привођења надлежној власти. е) у случају законитог лишења слободе да би се спречило ширење заразних болести, као и законитог лишења слободе душевно поремећених лица, алкохоличара или уживалаца дрога или скитница. 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 мора бити обавештен без одлагања и на језику који разуме о разлозима за његово хапшење и о свакој оптужби против њега.

3. Свако ко је ухапшен или лишен слободе сходно одредбама из става 1. ц) овог члана мора без одлагања бити изведен пред судију или друго службено лице законом одређено да обавља судске функције и мора имати право да му се суди у разумном року или да буде пуштен на слободу до суђења. Пуштање на слободу може се условити јемствима да ће се лице појавити на суђењу.

4. Свако ко је лишен 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.

5. Свако ко је био ухапшен или лишен слободе у супротности с одредбама овог члана има утуживо право на накнаду. European Convention on Human Rights as amended by Protocoles Nos. 11 and 14, supplemented by Protocols Nos. 1, 4, 6, 7, 12 and 13. Article 5.

55 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 ових права сем оних која су у складу са законом и која су неопходна у демократском друштву у интересу националне безбедности или јавне безбедности, ради очувања јавног 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. European Convention on Human Rights as amended by Protocoles Nos. 11 and 14, supplemented by Protocols Nos. 1, 4, 6, 7, 12 and 13. Article 2. of Protocol 4.

56 *Amuur v. France*. Представка бр. 19776/92.

је дакле испитивао да ли је дошло до лишења слободе или до ограничења слободе кретања, и испитао врсту, трајање, ефекте, односно природу мере у питању, и при том утврдио да је ипак применљив члан 5. Конвенције, односно да је дошло до његове повреде.

У првој реченици члана 5. Конвенције се предвиђа да лишење слободе мора бити законито, дакле у складу са домаћим и међународним правом, тј. не може бити произвољно. „Међутим, ове речи не упућују само једноставно на домаће право“, већ се „такође односе на квалитет права, захтевајући да буде у сагласности са начелом законитости“.⁵⁷ Квалитет права у овом контексту, значи да закон који овлашћује лишење слободе, мора бити у довољној мери прецизан и доступан како би се избегао ризик од произвољности. Како је Суд указао у случају Амур против Француске, ово је посебно значајно када је реч о рањивим лицима као што су тражиоци азила, и имајући у виду потребу за усклађивањем захтева за заштитом људских права са једне стране, и захтева које налажу имиграционе политике држава са друге стране.⁵⁸

У контексту права илегалних миграната и тражилаца азила релевантан је пре свега став 1. тачка б) члана 5. Конвенције, по којем је дакле лишење слободе могуће: „у случају законитог хапшења или лишења слободе због неизвршења законите судске одлуке или ради обезбеђења испуњења неке обавезе прописане законом“. Имигранти се ретко задржавају у притвору због неизвршења законите судске одлуке. Други део одредбе је релевантан, и тиче се само случајева где право намеће обавезу доказивања идентитета, и дозвољава лишење слободе како би се лице приморало да испуни ову специфичну и конкретну обавезу (Mole, Harby). Када је реч о ставу 1. тачка ц) члана 5. Конвенције дакле „случај законитог хапшења или лишења слободе ради привођења лица пред надлежну судску власт због оправдане сумње да је извршило кривично дело, или када се то оправдано сматра потребним како би се предупредило извршење кривичног дела или бекство по његовом извршењу“, ова одредба се примењује само у вези са кривичним делима повезаним са преласком границе (Mole, Harby). И најзад, став 1. тачка ф) члана 5. Конвенције предвиђа ситуацију која је уско повезана са илегалним мигрантима и тражиоцима азила: „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“, тј. примењује се на две ситуације.

57 *Amuur v. France*. Par.: 50.

58 *Amuur v. France*. Par.: 50.

Као што је раније наведено, члан 5. став 2. Конвенције, садржи извесне процедуралне гаранције које се морају обезбедити лицима која се налазе у притвору: „Свако ко је ухапшен мора бити обавештен без одлагања и на језику који разуме о разлозима за његово хапшење и о свакој оптужби против њега“. Суд је тумачио ову одредбу у смислу да свако ухапшено лице мора бити обавештено на једноставном језику који може разумети, о суштинским правним и чињеничним основима његовог хапшења, како би могао да пред судом испита законитост његовог хапшења, уколико је то неопходно.⁵⁹

Од значаја може бити и члан 5. став 3. Конвенције: „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“. Случај Гарабајев против Русије на пример, се тичао подносиоца представке који је лишен слободе док је чекао на екстрадицију, међутим његово лишење слободе никада није било разматрано од стране суда, упркос његовим жалбама. До разматрања је дошло тек након екстрадиције, и Суд је сматрао да се оно не може сматрати ефикасним, тј. сматрао је да је дошло до кршења члана 5. став 4. Конвенције.⁶⁰

3.4. Право на поштовање приватног и породичног живота (члан 8. Конвенције)

У складу са чланом 8. став 1. Конвенције: „Свако има право на поштовање свог приватног и породичног живота, дома и преписке“, а у ставу 2. се предвиђа да се „јавне власти неће мешати у вршење овог 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“.

Суд је први пут оквалификовао депортацију странца као повреду права на породичан живот 1991. године (Thum, 2008: 87).⁶¹ Ово право је релевантно пре свега у светлу чињенице да многи тражиоци азила, односно илегални мигранти у земљи у којој су тражили заштиту, односно у коју су емигрирали могу имати формиране јаке личне и породичне везе. Дакле када појединац има јаке породичне везе или установљену породицу у једној земљи, његово протеривање би могло представљати кршење члана 8. Конвенције.

⁵⁹ Fox, Campbell and Hartley v. the United Kingdom. Представка бр. 12244/86, 12245/86 и 12385/86. Par.: 40.

⁶⁰ Garabayev v. Russia. Представка бр. 38411/02.

⁶¹ Реч је о случају: Moustaqim v. Belgium. Представка бр. 12313/86.

Постојање породичног живота представља чињенично питање које зависи од стварног постојања блиских породичних веза у пракси.⁶²

У случају Боултиф против Швајцарске, на пример, подносилац представке, алжирски држављанин је у Швајцарску ушао са туристичком визом и потом се оженио швајцарском држављанком. Сматрао је да му је повређено право на породичан живот, будући да му није обновљена дозвола за боравак. Суд је поновио при том свој став од раније да „Конвенција не гарантује право странцима да улазе или бораве на територији поједине земље. Међутим, протеривање лица из земље у којој живе блиски чланови његове породице, може представљати кршење права на породичан живот из члана 8. Конвенције.“⁶³ Суд је утврдио кршење члана 8. став 1. Конвенције, и при том указао да у овом случају није била реч о мешању државе које је у складу са захтевима из члана 8. став 2. Конвенције.

За разлику од породичног живота, приватан живот руководе односи између лица који нису чланови породице. Приватан живот представља широк термин и обухвата различит круг елемента из личне сфере (Mole, Catherine, 2010: 182). У случају Сливенко против Литваније подносиоци представке, руски држављани, су протествовали због њиховог протеривања из Литваније након што су њихови захтеви за даљим бораваком на основу Руско-литванског споразума из 1994. године о повлачењу трупа одбијени. Суд је у овом случају сматрао да је дошло до повреде права на приватан живот, будући да су протерани из земље у којој су развили јаку мрежу личних, друштвених и економских веза које чине приватан живот сваког људског бића.⁶⁴ У овом случају се чини да је прихваћен шири домаћај „приватног живота“. Треба, међутим, претпоставити да је реч о сасвим специфичном случају (Thum, 2008).

Према мишљењу Суда право на приватан живот представља и концепт који обухвата право на физички и морални интегритет особе. У том смислу занимљив је раније наведен случај Н. против Уједињеног Краљевства, у којем је Суд сматрао да, иако прихвата чињеницу да би повратак држављанке Уганде која је оболела од АИДС-а назад у Уганду утицао на њен очекивани животни век, није дошло до повреде члана 3. Конвенције. Суд је одбио да разматра представку у погледу члана 8. Конвенције, будући да ју је испитао у вези са чланом 3. Конвенције, међутим поједине судије су у издвојеном мишљењу сматрале да, иако није била реч о „посебним околностима“ које се захтевају у склопу члана 3. Конвенције, ипак је у

62 *K. and T. v. Finland* [GC]. Представка бр. 25702/94. Par.: 150.

63 *Boultif v. Switzerland*. Представка бр. 54273/00. Par.: 40.

64 *Slivenko v. Latvia* [GC]. Представка бр. 48321/99. Par.: 96.

овом случају било неопходно посебно испитивање у контексту члана 8. Конвенције који гарантује право на физички и морални интегритет.⁶⁵ Међутим, у случају Бенсаид који се тицао ментално оболелог лица, чије би се стање према извештају доктора значајно погоршало повратком у Алжир, Суд се ипак упустио у разматрање повреде члана 8. Конвенције, али је сматрао да интегритет подносиоца представке није суштински угрожен у довољној мери, односно ризик од погоршања здравља не сме бити хипотетички.⁶⁶

3.5. Право на делотворни правни лек (члан 13. Конвенције)

У складу са чланом 13. Конвенције: „Свако коме су повређена права и слободе предвиђени у овој Конвенцији има право на делотворан правни лек пред националним властима, без обзира на то да ли су повреду извршила лица која су поступала у службеном својству.“ Члан 13. Конвенције је дакле релевантан у поступцима који се тичу имиграције, будући да члан 6. Конвенције није применљив у поменутих случајевима. Заштита из члана 13. Конвенције је посебно важна, обзиром да државе често покушавају да заобиђу испитивање суштине захтева за азил путем различитих префињених процедуралних метода (Spijkerboer, 2009: 49).

Делотворан правни лек из члана 13. Конвенције се не мора састојати од суда у формалном смислу речи, међутим „националне власти“, чак и ако није реч о суду, морају имати карактер који подсећа на суд у смислу надлежности и независности. Конвенција пружа право на делотворан правни лек не само када је неко од других права из Конвенције повређено, али тада захтев за делотворним правним леком мора имати посебан квалитет (*arguable claim*), што представља питање које зависи од процене Суда (Spijkerboer, 2009: 50).

Суд је на пример у случају Чонка против Белгије утврдио кршење члана 13. Конвенције заједно са чланом 4. Протокола бр. 4. Конвенције зато што странци немају никакву гаранцију да ће надлежни Државни савет уопште донети одлуку, или чак размотрити случај пре протеривања или да ће власти одобрити минимални разуман период за подношење молбе.⁶⁷ У раније наведеном случају Хирси Јама и други против Италије, Суд је такође утврдио постојање повреде права на делотворан правни лек, заједно са чланом 3. Конвенције као и чланом 4. Протокола бр. 4. Конвенције. Суд је сматрао да подносиоци представке нису имали никакву могућност

65 *N. v. The United Kingdom*. Представка бр. 26565/05. Joint dissenting opinion of judges Tulkens, Bonello And Spielmann. Par.: 26.

66 *Bensaid v. the United Kingdom*. Представка бр. 44599/98. Par.: 48.

67 *Čonka v. Belgium*. Представка бр. 51564/99. Par.: 84.

да поднесу жалбу пред надлежним властима, као ни процену њихових захтева пред властима пре него што је мера њиховог пребацавања ка Либији предузета.⁶⁸

3.6. Забрана колективног протеривања странаца (члан 4. Протокола бр. 4. Конвенције)

У Протоколу бр. 4. уз Конвенцију се у члану 4. забрањује колективно протеривање странаца, с тим да није реч о заштити која је лимитирана на странце који законито бораве на територији једне државе (као што је то случај са чланом 1. Протокола бр. 7. Конвенције).

У случају Хирси Јама и други против Италије, Суд је навео свој ранији став да се под колективним протеривањем странаца подразумева: „било која мера надлежних власти којом се странци као група приморавају да напусте земљу, осим у случају када је таква мера предузета након, и на основу разумне и објективне процене индивидуалне ситуације сваког појединог странца у оквиру групе.“⁶⁹ Након што је утврдио да у овом случају нема препрека екстратериторијалној примени члана 4. Протокола бр. 4. Конвенције (будући да се појам протеривања углавном повезује са територијом државе, односно углавном се спроводи са територије државе), Суд је утврдио кршење забране колективног протеривања странаца, обзиром да је пребацавање подносилаца представке предузето без икакве врсте процене појединачне ситуације сваког од подносилаца представке. Такође није оспорена чињеница да подносиоци представке нису подвргнути процедури појединачне идентификације од стране италијанских власти.⁷⁰

3.7. Привремене мере (члан 39. Пословника Суда)

Привремене мере представљају можда најзначајније средство Суда у заштити лица која се налазе у ризику од протеривања, предвиђено чланом 39, став 1. Пословника Суда: “Судско веће или председник судског већа може на захтев странке у поступку, друге заинтересоване особе или на сопствену иницијативу наложити странкама привремену меру за коју сматра да треба бити усвојена у интересу странака или правилног вођења поступка“.⁷¹ Суд одређује привремене мере у само неколико специфичних

68 *Hirsi Jamaa and Others v. Italy*. Представка бр. 27765/09. Par.: 207.

69 *Hirsi Jamaa and Others v. Italy*. Par.: 166.

70 *Hirsi Jamaa and Others v. Italy*. Par.: 185.

71 Rules of Court. *European Court of Human Rights*. 1 September 2012. Strasbourg. Article 39.

ситуација, али најчешће у случајевима који се тичу протеривања и екстрадиције (осим тога у случају извршења смртне казне, заштите здравља у контексту притвора и можда евентуално ради заштите доказа, али знатно ређе) (Наеск, Burbano Herrera, 2003: 631).

Дакле привремене мере се углавном захтевају како би се спречило предстојеће протеривање или екстрадиција, у случајевима у којима постоји опасност од мучења, нехуманог или деградирајућег поступања или чак од губитка живота, што наравно зависи од процене Суда. Из праксе Суда се може закључити да се привремене мере одређују кад су испуњена следећа три услова: мора бити реч о предстојећој и изузетној околности и да не постоји више ниједан доступан домаћи правни лек који се може у том смислу применити, затим мора постојати висок степен вероватноће да ће протеривањем бити прекршена одредба Конвенције (тј. члан 3. и члан 2. Конвенције) и најзад, мора постојати озбиљан ризик од неповратне штете (Mole, Catherine, 2010: 218). Уколико Суд одобри захтев за привременом мером, подносилац представке или његов представник ће о томе одмах обавестити надлежне домаће власти (у чијој је надлежности притвор, протеривање или екстрадиција подносиоца захтева) како би се спречило протеривање или екстрадиција, пре него што буде могуће да се то учини званичним путем (нпр. преко представника одговорне државе), (Наеск, Burbano Herrera, 2003: 654). Када је реч о њиховој природи, дуго се сматрало да је њихов карактер необавезан, тј. тачније до 2003. године, када је Суд у пракси заузео став да су ипак обавезујуће за државе уговорнице (Наеск, Burbano Herrera, 2003: 656). Тако је прво у случају Чонка против Белгије на пример, Суд одредио привремену меру, међутим белгијске власти су одлучиле да не поштују одлуку Суда, тако да су лица у питању протерана (Наеск, Burbano Herrera, 2003: 660). У одлуци о прихватљивости представке, Суд је окарактерисао акцију Белгије као тешко компатибилну са вољом за сарадњу на лојалан начин са Европским судом за људска права. Нешто касније је Суд дефинитивно заузео став да су привремене мере правно обавезујуће.⁷²

У последње време је дошло до алармантног пораста броја захтева за привременим мерама у контексту имиграционих питања и питања азила. Указано је да је дошло до пораста од чак преко 4000% у периоду између 2006. и 2008. године, а многи захтеви су некомплетни и без адекватне документације, тако да Суд не може да обави исправну процену, а такође постоји страх да пријаве лица која су у стварној опасности неће бити

72 *Mamatkulov and Abdurasulovic v. Turkey*. Представка бр. 46827/99, 46951/99. Par.: 110.

разматране на исправан начин.⁷³ Државе су позване да са једне стране не протерују лица, уколико након разматрања свих информација постоји ризик од озбиљне и неповратне штете, а са друге стране је указано и да Суд не представља жалбено веће за имиграциона питања и питања азила у Европи.⁷⁴

4. Завршне напомене

Илегални мигранти и тражиоци азила представљају ранљиве групе лица, које често предузимају огромне ризике како би доспели у државе Европе. Међутим државе, и то пре свега чланице Европске уније им приступају примарно као проблему. Може се приметити да се Суд у случајевима који се тичу илегалних миграната и тражилаца азила налазио у неку руку незахвалној позицији, обзиром на противречности које могу произићи из заштите људских права и легитимног циља држава уговорница да контролишу улазак, боравак и протеривање странаца. Суд је у погледу заштите права тражилаца азила и илегалних миграната развио значајну праксу, и треба имати на уму да Суд придаје велику важност околностима конкретног случаја, користећи се при том неодређеним појмовима. (нпр. да је реч о „стварном“ ризику у вези члана 3. Конвенције или у вези квалитета захтева из члана 13. Конвенције). Понекад је тешко инкорпорисати праксу Суда у домаће правне системе, будући да су закони који се тичу имиграције и азила често врло сложени. Међутим, Суд у извесној мери оставља државама дискреционо право, у смислу да државе могу тумачити Конвенцију на различит начин. У принципу, Суд ће утврдити кршење Конвенције у случајевима када домаћи правни поредак изазове резултат који се не може толерисати (Thum, 2008: 106). У светлу преоптерећености Суда представкама, Суд ће такође лакше утврдити кршење Конвенције у случајевима када постоји већи број представки из поједине земље поводом истог питања.

Поштовање људских права тражилаца азила и илегалних миграната у складу са Конвенцијом и праксом Суда је од великог значаја и за Републику Србију. Познато да је број тражилаца азила у Србији током последњих година порастао (са 52 захтева у 2008. години, на 3100 захтева у 2012. години), такође је присутан и значајан број илегалних миграната.

73 Statement Issued by the President of the European Court of Human Rights concerning Requests for Interim Measures (Rule 39 of the Rules of Court). *European Court of Human Rights*. Преузето: 20. 04. 2013. http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/B76DC4F5-5A09-472B-802C-07B4150BF36D/0/20110211_ART_39_Statement_EN.pdf,

74 Statement Issued by the President of the European Court of Human Rights concerning Requests for Interim Measures (Rule 39 of the Rules of Court).

та, додуше по природи ствари је тешко имати тачне податке у погледу броја илегалних миграната (Francesca Rolandi e Adél Alaker). У појединим истраживањима се указује да се у Републици Србији не пружа адекватна брига тражиоцима азила (Јелаčić, Zorić, Брајковић). Суд још увек није донео пресуду против Републике Србије које се тиче кршења права тражилаца азила или илегалних миграната. Ипак, број поднетих представки против Републике Србије је од 2011. године значајно порастао, па остаје да се види у наредном периоду да ли ће се у неким од донетих пресуда утврдити кршење људских права ових категорија лица (тренутно је пред Судом око 10.000 случајева против Србије о којима још увек није одлучено).⁷⁵ Треба имати у виду и да је добар досије пред Судом такође од значаја за пријем у чланство у ЕУ. Тако је на пример Турска упорно одбијала да плати досуђен износ на име правичног задовољења у случају *Лоизидоу* против Турске.⁷⁶ Након што је као услов у Споразум о придруживању Турске Европској унији укључена обавеза поштовања пресуда Суда, досуђени износ је коначно био исплаћен.⁷⁷ Осим тога, пресуде Суда које се тичу тешких кршења људских права илегалних миграната и тражилаца азила, као на пример у случају Хирси Јама и други против Италије, представљају значајан објект пажње међународне јавности. О значају праксе Суда такође говори и пресуда у случају М. С. С. против Белгије, која је имала запажен утицај на схватање заједничког система азила у ЕУ (шире о томе Gragl). Поменута пресуда има и практичне импликације на регулисање миграционих токова у Европи, тј. будући да се трансфер не може предузимати док Грчка не побољша услове пријема тражилаца азила, односно док се не буде сматрала сигурном земљом од стране Европског суда за људска права. Ово питање је од значаја и за Републику Србију, будући да се у складу са Одлуком о утврђивању листе сигурних држава порекла и сигурних трећих држава, Грчка налази на листи сигурних трећих држава.⁷⁸

Литература

Bryan, I., Langford, P. (2010). *Impediments to the Expulsion of Non-Nationals: Substance and Coherence in Procedural Protection under the European*

75 Serbia – press country profile, European Court of Human Rights, Internet: http://www.echr.coe.int/Documents/CP_Serbia_ENG.pdf, 23.05.2013.

76 *Loizidou v. Turkey, Loizidou v. Turkey*. Представка бр. 15318/89.

77 Interim Resolution Res DH(2001)80. *Committee of Ministers*. 26 June 2001; Resolution ResDH(2003)190. *Committee of Ministers*. 2 December 2003.

78 Одлука о утврђивању листе сигурних држава порекла и сигурних трећих држава. *Службени гласник Републике Србије*. бр. 67. 2004.

Convention on Human Rights. *Nordic Journal of International Law*. Vol. 79. Issue 4, 457-479

Clayton, G. (2011). Asylum Seekers in Europe: M.S.S. v Belgium and Greece. *Human Rights Law Review*. Vol 11. br. 4. 758-773

Haeck, Y., Burbano Herrera, C. (2003). Interim measures in the case law of the European Court of Human Rights. *Netherlands Quarterly of Human Rights*. Vol. 21/4. 625-675

Jelačić, M., Zorić, J., Brajković, R., Maloletni tražiocci azila u Srbiji: na ivici dostojanstva, Преузето: 23.05.2013. http://www.azil.rs/doc/2011_maj_Grupa_484_Maloletni_trazioci_azila_srpski_2.pdf

Lavrysen, L. (2012). European Asylum Law and the ECHR: An Uneasy Coexistence. *Goettingen Journal of International Law*. Vol. 4. Issue 1. 217-262

Lehmann, M. J. (2011). Rights at the Frontier: Border Control and Human Rights Protection of Irregular International Migrants. *Goettingen Journal of International Law*. Vol. 3. Issue 2. 733-775

Mole, N., Harby, C. Immigration, Asylum and Detention. *The Aire Centre Advice on Individual Rights in Europe*. Преузето: 30. 04. 2013. <http://www.refworld.org/pdfid/4158297d4.pdf>

Mole, N., Meredith, C. (2010). *Asylum and the European Convention on Human Rights*, Council of Europe Publishing. 283

Rolandi e Adel Alkaler, F. (F. Rolandi e Adél Alaker). Zahtev za azil: u Srbiji sanjajući Evropu“, *Centar za pomoć i zaštitu tražilaca azila*. Преузето: 23.05.2013. <http://www.apc-cza.org/sr-YU/liste-sigurnih-drzava/2-uncategorised/102-zahtev-za-azil-u-srbiji-sanjajuci-evropu.html>

Spijkerboer, T. (2009). Subsidiarity and ‘Arguability’: the European Court of Human Rights’ Case Law on Judicial Review in Asylum Cases. *International Journal of Refugee Law*. Volume 21. Issue 1. 48-74

Thym, D. (2008). Respect for Private and Family life under Article 8 ECHR in Immigration cases: A Human Right to regularize illegal stay?. *International and Comparative Law Quarterly*. Vol. 57. 87-112

Triandafyllidou, A. (2010). *Irregular Migration in Europe: Myths and Realities*, Ashgate Publishing, Burlington, 2010

Gragl, P., The Shortcomings of Dublin II: Strasbourg’s M.S.S.Judgment and its Implications for the European Union’s Legal Order, Преузето: 02.05. 2013. www.academia.edu

Судске одлуке

Al-Skeini and Others v. the United Kingdom [GC]. Представка бр. 55721/07. Пресуда од 7. јула 2007. године

Amuur v. France. Представка бр. 19776/92. Пресуда од 25. јуна 1996. године

Bensaid v. the United Kingdom. Представка бр. 44599/98. Пресуда од 6. фебруара 2001. године

Boultif v. Switzerland. Представка бр. 54273/00. Пресуда од 2. августа 2001. године. (Sect. 2), ECHR 2001-IX

Chahal v. the United Kingdom. Представка бр. 22414/93, Пресуда од 15. новембра 1996 године, Rep. 1996-V, fasc. 22

Cruz Varas and Others v. Sweden. Представка бр. 15576/89. Пресуда од 20. марта 1991. године

Čonka v. Belgium. Представка бр. 51564/99. Пресуда од 5. фебруара 2002. године. (Sect. 3), ECHR 2002-I

D. v. the United Kingdom. Представка бр. 30240/96. Пресуда од 2. маја 1997. године

Dougoz v. Greece. Представка бр. 40907/98. Пресуда од 6. марта 2001. године. (Sect. 3), ECHR 2001

Fox, Campbell and Hartley v. the United Kingdom. Представка бр. 12244/86, 12245/86 и 12385/86. Пресуда од 30. августа 1990. године

Garabayev v. Russia. Представка бр. 38411/02. Пресуда од 7. јуна 2007. године. (Sect. 1) (Eng)

H.L.R. v. France. Представка бр. 24573/94., Пресуда од 29. априла 1997 године. 1997-III, fasc. 36

Hirsi Jamaa and Others v. Italy [GC]. Представка бр. 27765/09. Пресуда од 23. фебруара 2012. године. ECHR 2012

K. and T. v. Finland [GC]. Представка бр. 25702/94. Пресуда од 12. јула 2001. године. ECHR 2001-VII

Kudła v. Poland [GC]. Представка бр. 30210/96. Пресуда од 26. октобра 2000. године

M.S.S. v. Belgium and Greece [GC]. Представка бр. 30696/09. Пресуда од 21. јануара 2011. године

Maouia v. France [GC]. Представка бр. 39652/98. Пресуда од 5. октобра 2005. године. ECHR 2000-X

Mamatkulov and Abdurasulovic v. Turkey. Представка бр. 46827/99, 46951/99. Пресуда од 3. фебруара 2003. године

McGlinchey and Others v. the United Kingdom. Представка бр. 50390/99. Пресуда од 29. априла 2003. године. (Sect. 2) ECHR 2003-V

Medvedyev and Others v. France [GC]. Представка бр. 3394/03. Пресуда од 29. марта 2010. године. ECHR 2010

Moustaquim v. Belgium. Представка бр. 12313/86. Пресуда од 18. фебруара 1991. године

N. v. The United Kingdom [GC]. Представка бр. 26565/05, Пресуда од 27. маја 2008. године

O'Donoghue and Others v. the United Kingdom. Пресуда од 14. децембра 2010. године. Представка бр. 34848/07. (Sect. 4) ECHR 2010

Peers v. Greece. Представка бр. 28524/95. Пресуда од 19. априла 2001. године, (Sect. 2) ECHR 2001-III

Siliadin v. France, Представка бр. 73316/01. Пресуда од 21. јула 2005. године. (Sect. 2) ECHR 2005-VII

Slivenko v. Latvia [GC]. Представка бр. 48321/99. Пресуда од 9. октобра 2003. ECHR 2003-X

Soering v. the United Kingdom. Представка бр. 14038/88. Пресуда од 7. јула 1989. године

Tomic v. United Kingdom. Представка бр. 17837/03. Одлука о прихватљивости представке од 14. октобра 2003. године

Vilvarajah and Others v. the United Kingdom. Представка бр. 13163/87; 13164/87; 13165/87; 13447/87; 13448/87. Пресуда од 30. октобра 1991. године

X. v. Sweden. Представка бр. 60959/00. Одлука о прихватљивости представке од 22. октобра 2002. године

Salah Sheekh v. the Netherlands. Представка бр. 1948/04. Пресуда од 11. јануара 2007 године. (Sect. 3)

M.Sc. Anđela Đukanović,

Research Associate,

Institute for International Politics and Economics, Belgrade

PROTECTION OF ASYLUM SEEKERS AND ILLEGAL MIGRANTS HUMAN RIGHTS - PRACTICE OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

Summary

Protection of asylum seeker and Illegal migrants human rights, has often been difficult due to the need of states to regulate unwanted migration flows. European Court of Human Rights plays an important role in protecting the rights of these individuals, through a set of human rights. Requests for interim measures under Rule 39 of the Rules of Court also have great importance. In cases involving illegal migrants and asylum-seekers, Court was often in difficult position, given the contradictions that could arise from the protection of human rights and the legitimate aim of the Contracting States to control the entry, residence and expulsion of aliens. Recent Courts judgment in case of M. S. S. against Belgium is particularly important, because of its remarkable influence on the perception of a common asylum system in the EU, as well as the judgment in the case of Jama Hirsi and Others v. Italy.

Key words: *European Court of Human Rights, Council of Europe, European Union, asylum seeker, illegal migrant.*