

Praksa Evropskog suda za ljudska prava relevantna za postupak azila u Republici Srbiji

Oktober 2014.



Beogradski centar za ljudska prava

Sadržaj

I. Uvod	3
II. Relevantne odredbe Evropske konvencije	3
1. Član 1 – Obaveza poštovanja ljudskih prava	4
2. Član 2 – Pravo na život	5
3. Član 3 – Zabrana mučenja	6
4. Član 5 – Pravo na slobodu i sigurnost	9
5. Član 13 – Pravo na delotvorni pravni lek	11
III. Zaključak.....	14

I. Uvod

Evropski sud za ljudska prava (ESLJP) nema mandat da ispituje zahteve za azil, niti po Ženevskoj konvenciji o statusu izbeglica iz 1951. godine modifikovanog Protokolom iz 1967, niti po bilo kom drugom međunarodnom ugovoru, uključujući i sekundarnu legislativu Evropske unije.¹ Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda iz 1950. godine (Evropska konvencija) ne poznaje pravo na azil kao takvo.² Međutim, Sud je razmatrao brojne zahteve vezane za postupak azila i razvio veoma značajnu sudsku praksu u vezi sa različitim odredbama Evropske konvencije.³

Republika Srbija preuzela je nadležnost za vođenje nacionalnog postupka za azil od Visokog komesara Ujedinjenih nacija za izbeglice (UNHCR) 2008. godine po stupanju na snagu Zakona o azilu.⁴ Srbija je Evropsku konvenciju ratifikovala 2003. godine.⁵ Od 2001. je strana ugovornica Ženevske konvencije iz 1951. i njenog Protokola.⁶

U ovoj studiji pokušaćemo da utvrdimo na koji način razvoj prakse ESLJP može biti relevantan u vezi sa nedostacima sistema azila Republike Srbije. Osnovni izvor informacija u pogledu stanja na terenu i samog postupka jesu izveštaji Beogradskog centra za ljudska prava o pravu na utočište u Republici Srbiji tokom 2012, 2013. i u periodu od januara do maja 2014. godine, kao i publikacija UNHCR-a *Srbija kao zemlja azila* iz 2012. godine. Domaća sudska praksa biće uzeta u obzir tamo gde je relevantna.

Ovu studiju je priredio istraživač Beogradskog centra za ljudska prava Pavle Kilibarda.

II. Relevantne odredbe Evropske konvencije

Odredbe Evropske konvencije u vezi sa kojima se Sudu najčešće podnose predstavke vezane za pitanja azila jesu članovi broj 1 (u smislu da li je tražilac azila bio pod nadležnošću države ugovornice o kojoj je reč), 2, 3, 5, 8 i 13. Mada je bilo predavki pod članom 6, može se reći da nijedna od njih nije bila uspešna, pa je malo verovatno da je ova odredba primenjiva u pitanjima vezanim za azil.⁷ Zato je proceduralne nedostatke u postupku azila najbolje tretirati kao moguća kršenja člana 13 čitanog u vezi sa drugim odredbom Konvencije.

S obzirom na to da izvori podataka o činjeničnom stanju na kojima je zasnovana ova studija nisu omogućili da se stekne uvid u moguća kršenja člana 8, o njemu ovde neće biti reči. O članu 1 biće

1 ESLJP, *T.I. v. the United Kingdom* (dec.), br. 43844/98, ECHR 2000-III.

2 ESLJP, *Chahal v. the United Kingdom* [GC], br. 22414/93, ¶ 73, ECHR 1996-II.

3 *Handbook on European law relating to asylum, borders and immigration* (2nd edn, European Union Agency for Fundamental Rights & Council of Europe, Luxembourg, 2014) [dalje: Priručnik] 36-37.

4 *Zakon o azilu* (Sl. glasnik 109/97) [dalje: Zakon o azilu].

5 Za više detalja videti zvanični sajt Saveta Evrope na <<http://hub.coe.int/>>.

6 Videti UNHCR 'States Parties to the 1951 Convention relating to the Status of Refugees and the 1967 Protocol' (April 2011), dostupno na <<http://www.unhcr.org/3b73b0d63.html>>.

7 Priručnik, *supra* 3, 100-102.

reči sasvim kratko, budući da je on samo preduslov za uživanje drugih prava zagwarantovanih Evropskom konvencijom.

1. Član 1 – Obaveza poštovanja ljudskih prava

Visoke strane ugovornice jemče svakome u svojoj nadležnosti prava i slobode određene u Delu I ove Konvencije.

Član 1 utvrđuje opseg Konvencije u pogledu nadležnosti. Iako se u ovom članu ne spominju bilo kakvi uslovi u pogledu teritorije – za razliku od člana 2 Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima – praksa ESLJP pitanjem ekstrateritorijalne primene Konvencije bavila se na nedosledan način.⁸ Kada je, međutim, reč o zahtevima za azil, izvesne situacije više puta su razmatrane i postignut je određeni stepen doslednosti u jurisprudenciji Evropskog suda.

Ovde bi trebalo napomenuti da Sud načelno ima pravo da odredi privremene mere „za koje smatra da ih treba usvojiti u interesu stranaka ili pravilnog odvijanja postupka” u skladu sa pravilom 39 Poslovnika Suda. Privremene mere su obavezujuće za državu kojoj su upućene. Sud najčešće određuje privremene mere u slučajevima u kojima se podnosilac zahteva suočava sa mogućim *refoulement*-om kao kršenjem članova 2 ili 3 Konvencije.⁹

U pogledu zahteva za azil u tranzitnoj zoni aerodroma, Sud je utvrdio da se tražilac azila nalazi pod nadležnošću države ugovornice čak iako nije još uvek prešao granicu.¹⁰ U slučaju *Shamsa protiv Poljske*, Sud je odbacio argument tužene strane da je tranzitna zona ustvari ekstrateritorijalna i zaključio da je lišenje slobode podnosioca zahteva nastupilo kao posledica važećeg poljskog zakonodavstva.¹¹ U slučaju *Nolan i K. protiv Rusije*, Sud, pozivajući se na odluku u slučaju *Öcalan protiv Turske*, našao je da je podnosilac predstavke bio „efektivno pod kontrolom Rusije”,¹² što znači da kriterijumi utvrđeni u *Öcalan protiv Turske* imaju širu primenu:

„Sud primećuje da su podnosioca predstavke uhapsili pripadnici turskih snaga bezbednosti u vazduhoplovu registrovanom u Turskoj, a u međunarodnoj zoni aerodroma u Nairobiju [...] Neposredno nakon što su ga kenijski zvaničnici predali turskim zvaničnicima, podnosilac predstavke bio je efektivno pod turskom vlašću, te samim tim i pod ‚nadležnošću’ te države u smislu člana 1 Konvencije, uprkos tome što je Turska u ovom

8 Uporediti ESLJP, *Cyprus v. Turkey* [GC], br. 25781/94, ECHR 2001-IV; ESLJP, *Banković and Others v. Belgium and Others* (dec.) [GC], br. 52207/99, ECHR 2001-XII; ESLJP, *Öcalan v. Turkey* [GC], br. 46221/99, ECHR 2005-IV; ESLJP, *Issa v. Turkey*, br. 31821/96, 16. novembar 2004.

9 Videti ESLJP, *F. H. v. Sweden*, br. 32621/06, ECHR 2012.

10 Videti ESLJP, *Amuur v. France*, br. 19776/92, ECHR 1996-III; ESLJP, *Suso Musa v. Malta*, br. 42337/12, ECHR 2013; ECtHR, *Nolan and K. v. Russia*, br. 2512/04, ECHR 2009.

11 “La Cour constate que même si les requérants ne se trouvaient pas en Pologne au sens où l’entend le Gouvernement, leur maintien dans la zone de transit les faisait relever en fait du droit polonais. Rien dans l’argumentation présentée par le Gouvernement ne lui permet de considérer que la zone en question bénéficie du statut d’extraterritorialité”, u ESLJP, *Shamsa c. Pologne*, br. 45355/99, ¶ 45, 27. novembar 2003.

12 *Nolan and K. v. Russia*, *supra* 10, ¶ 95.

slučaju vršila vlast van sopstvene teritorije”.¹³

U Srbiji je bilo nekoliko poznatih slučajeva u kojima su vlasti pokušale da vrate ljude koji su izrazili nameru da traže azil na aerodromu, međutim, suočene s privremenim merama koje je Sud odredio u skladu sa Pravilom 39 Poslovnika Suda, popustile su i dozvolile tražiocima azila da pređu graničnu kontrolu. Takođe zabrinjava činjenica da je broj izraženih namera da se traži azil u Srbiji na aerodromu veoma mali svake godine, što ostavlja mogućnost da je mnogo ljudi odbijeno namerno ili zbog toga što pripadnici granične policije nedovoljno poznaju postupak azila. Prema podacima UNHCR-a, u 2009. i 2010. godini bilo je 1.500 ljudi kojima nije dozvoljeno da pređu granični prelaz na aerodromu, a samo jedan potvrđeni slučaj izražene namere da se traži azil; ranije, pre nego što je Republika Srbija od UNHCR-a preuzela vođenje nacionalnog postupka za azil 2008. godine, bilo je više od desetak izraženih namera godišnje.¹⁴ Nadležne institucije moraju biti svesne da se nadležnost Republike Srbije uspostavlja kada god se uspostavi efektivna vlast države nad pojedincem, a ne samo unutar državne granice.¹⁵

U pogledu zahteva za azil na granici, takođe više nije kontroverzno da li je tražilac azila pod nadležnošću države o kojoj je reč, budući da je pod autoritetom i kontrolom agenata te države.¹⁶

2. Član 2 – Pravo na život

Pravo na život svake osobe zaštićeno je zakonom [...]

Sud je valjano primetio da se član 2 „rangira kao jedna od najfundamentalnijih odredaba Konvencije”¹⁷. Smrtna kazna ukinuta je Protokolima 6 i 13 na Evropsku konvenciju, koje su ratifikovale skoro sve države članice Saveta Evrope.

Glavna veza ovog prava sa postupkom azila jeste princip *non-refoulement*. Iako se ovaj princip najčešće ističe u odnosu na član 3 Evropske konvencije, obimna i relativno istovetna praksa razvila se u ESLJP u vezi sa njegovom primenom u vezi sa članom 2. Međutim, neophodni stepen rizika od tretmana protivnog članu 2 mora biti viši nego onaj u vezi sa članom 3.¹⁸

U slučaju *Bader i Kanbor protiv Švedske*, sud je pronašao da se podnosilac predstavke suočava sa „pravim rizikom da će biti pogubljen i podvrgnut tretmanu koji je u suprotnosti sa [članom] 2”¹⁹ i da bi deportovanje u zemlju porekla predstavljalo kršenje člana 2. Mora se imati na umu da je

¹³ *Ibid*, ¶ 91.

¹⁴ UNHCR, ‘Srbija kao zemlja azila: Zapažanja o položaju tražilaca azila i korisnika međunarodne zaštite u Srbiji’ (Izveštaj) (avgust 2012.), dostupno na <http://www.unhcr.rs/media/Srbija_zemlja_azila.pdf> [dalje: UNHCR izveštaj] 6.

¹⁵ Videti *Öcalan v. Turkey*, *supra* 8.

¹⁶ *Ibid*.

¹⁷ ESLJP, *McCann and Others v. the United Kingdom*, br. 18984/91, 27. septembar 1995, ¶ 147, Serija A br. 324.

¹⁸ Priručnik, *supra* 3, 70.

¹⁹ ESLJP, *Bader and Kanbor v. Sweden*, br. 13284/04, ¶ 48, ECHR 2005-XI.

podnosilac predstavke u zemlji porekla bio osuđen na smrt *in absentia*. Sud nije smatrao potrebnim da istraži moguće kršenje Protokola 13.²⁰ Smrtna kazna je takođe relevantna za primenu člana 3.²¹ Mogućom smrću usled oružanog sukoba Sud se u suštini bavio u vezi sa članom 3.²²

Čini se da praksa u Srbiji ne uključuje prisilno vraćanje tražilaca azila čiji je zahtev odbijen u zemlju porekla – pošto im je uručena naredba o proterivanju i dat određeni rok da napuste zemlju, tražioci azila čiji je zahtev odbijen u suštini su prepušteni sami sebi, što se obično svodi na to da pokušaju ilegalno da uđu u zemlje Evropske unije.²³ Međutim, novembra 2011. i februara 2012. godine, UNHCR je dobio informaciju da su migranti koji su vraćeni iz Mađarske stavljeni na autobuse i odvezeni na granicu sa Bivšom Jugoslovenskom Republikom Makedonijom.²⁴ Procedura se ne poštuje – sudeći po razgovorima sa određenim tražiocima azila, deportacija se vrši tako što se lica o kojima je reč autobusom odvezu do srpsko-makedonske granice i naredi im se da je sami pređu.²⁵

Pitanje „lančanog *refoulement-a*” uglavnom se vezuje za primenu člana 3 Konvencije, a budući da Bivša Jugoslovenska Republika Makedonija ne praktikuje smrtnu kaznu, bilo bi teško tretirati ovu praksu vlasti Republike Srbije kao kršenje člana 2 Konvencije.

3. Član 3 – Zabrana mučenja

Niko ne sme biti podvrgnut mučenju, ili nečovečnom ili ponižavajućem postupanju ili kažnjavanju.

ESLJP već dugo zastupa stanovište da je zaštita koju pruža član 3 Evropske konvencije i apsolutna i nederogabilna.²⁶ Niko ne sme biti deportovan u zemlju u kojoj bi mogao biti podvrgnut postupanju suprotnom članu 3.²⁷ Premda praksa Suda u pogledu toga šta predstavlja mučenje ili nečovečno ili ponižavajuće postupanje nije sasvim konzistentna, on je u više navrata utvrdio sledeće:

„Loše postupanje mora dostići minimalni nivo ozbiljnosti pre nego što se može smatrati da je obuhvaćeno ovom odredbom. Procena ovog minimuma je relativna i zavisi od svih okolnosti određenog slučaja, uključujući trajanje takvog postupanja, fizičke i mentalne posledice i, u nekim slučajevima, starost, pol i zdravstveno stanje žrtve.”²⁸

Kada je reč o mučenju, Sud je prihvatio da „pored ozbiljnosti postupanja, postoji i element svrhe [...] kojim se mučenje definiše u smislu namernog nanošenja ozbiljnog bola ili patnje u cilju, *inter*

20 *Ibid*, ¶ 42.

21 Videti ESLJP, *Soering v. the United Kingdom*, br. 14038/88, 7 July 1989, Serija A br. 161; *Bader and Kanbor v. Sweden*, *supra* 19.

22 Videti ESLJP, *Sufi and Elmi v. the United Kingdom*, br. 8319/07, ECHR 2011.

23 UNHCR izveštaj, *supra* 14, 21.

24 *Ibid*.

25 Beogradski centar za ljudska prava, ‘Pravo na utočište u Republici Srbiji 2012.’ (Izveštaj) (Beogradski centar za ljudska prava, Beograd, 2013) [dalje: BCLJP izveštaj 2012], 32.

26 Videti ESLJP, *Ireland v. the United Kingdom*, br. 5310/71, 18. januar 1978, Serija A br. 25; ESLJP, *Aktaş v. Turkey*, br. 24351/94, ECHR 2003-V.

27 Videti *Soering v. the United Kingdom*, *supra* 22; *Chahal v. the United Kingdom*, *supra* 2.

28 *Aktaş v. Turkey*, *supra* 26, ¶ 312.

alia, da se dobiju informacije, kazni ili zastraši”²⁹. Dalje:

„Sud je postupanje smatrao ‘nečovečnim’ zato što je, *inter alia*, izvršeno sa predumišljajem, vršeno po više sati odjednom i prouzrokovalo bilo stvarnu telesnu povredu bilo intenzivnu fizičku ili mentalnu patnju. Postupanje je smatrao ‘ponižavajućim’ zato što je bilo takvo da u žrtvama izazove osećanja straha, bola i inferiornosti koja su u stanju da ih osramote i ponize.”³⁰

Iako je Sud pripisao različit stepen „stigme” raznim vrstama lošeg postupanja koju zabranjuje Evropska konvencija, za sve od njih utvrdio je da predstavljaju kršenje člana 3.³¹

U pogledu *non-refoulement-a*, sve vrste lošeg postupanja zabranjene članom 3 su prepoznate kao prepreka prinudnom izbacivanju ili deportaciji.³² Sud zahteva da podnosilac predstavke dokaže postojanje ozbiljnog osnova da se veruje da bi bio izložen stvarnom riziku od lošeg postupanja ukoliko bi bio izbačen.³³ Sud će prvo utvrditi da li bi vraćanje u tu zemlju samo po sebi predstavljalo kršenje člana 3,³⁴ a ako ne, Sud će utvrditi da li je podnosilac predstavke lično ugrožen takvim postupanjem ukoliko se izbacuje;³⁵ kako bi to učinio, uzeće u obzir lične okolnosti pojedinca (na primer, da li je član grupe koja je podvrgnuta sistematskom zlostavljanju), kao i opštu situaciju u zemlji o kojoj je reč (kao što je opšte stanje ljudskih prava). Od velikog je značaja sledeći nalaz Suda:

„Sud nikada nije isključio mogućnost da situacija opšteg nasilja u državi odredišta može da bude dovoljnog intenziteta pa da se podrazumeva da bi svako izbacivanje u tu državu nužno predstavljalo kršenje člana 3 Konvencije. U svakom slučaju, Sud bi takav pristup prihvatio samo u najekstremnijim slučajevima opšteg nasilja, gde postoji stvarni rizik od lošeg postupanja samim tim što bi mu pojedinac po povratku bio izložen.”³⁶

Ključni faktor u utvrđivanju da li je član 3 prekršen izbacivanjem jeste da li su vlasti države koja vrši izbacivanje znale ili su mogle da znaju da u vreme preduzimanja takvih mera postoji stvarni rizik od lošeg postupanja. U slučaju *Sharifi protiv Austrije*, Sud je utvrdio da Austrija deportacijom podnosioca predstavke u Grčku nije prekršila član 3 budući da austrijske vlasti „nisu mogle da znaju”³⁷ u to vreme da će postupanje prema podnosiocu predstavke dostići prag kršenja odredbe o kojoj je reč. Sud je ključni značaj pripisao podacima međunarodnih činilaca kao što su UNHCR i Komitet za prevenciju torture. Sud je smatrao da je dokument o poziciji UNHCR-a o transferima u

29 *Ibid*, ¶ 313.

30 ESLJP, *Ilaşcu and Others v. Moldova and Russia*, br. 48787/99, ¶ 425, ECHR 2004-VII.

31 *Ireland v. the United Kingdom*, *supra* 26, ¶ 165-168.

32 Videti *Chahal v. the United Kingdom*, *supra* 2.

33 Videti ESLJP, *Mohammed Hussein and Others v. the Netherlands and Italy* (dec.), br. 27725/10, ¶ 66, ECHR 2013; ESLJP, *Halimi v. Austria and Italy* (dec.), br. 53852/11, ¶ 55, ECHR 2013; ESLJP, *M.S.S. v. Belgium and Greece* [GC], br. 30696/09, ¶ 365, ECHR 2011; *Chahal v. the United Kingdom*, *supra* 2, ¶ 74.

34 Videti ESLJP, *M. A. v. Switzerland* (nov.), br. 52589/13, ¶ 57, ECHR 2014.

35 Videti *T.I. v. the United Kingdom*, *supra* 1; ESLJP, *K.R.S. v. the United Kingdom* (dec.), br. 32733/08, ECHR 2008.

36 ESLJP, *H. and B. v. the United Kingdom*, br. 70073/10, ¶ 91, ECHR 2013.

37 ESLJP, *Sharifi v. Austria*, br. 60104/08, ¶ 38, ECHR 2013.

Grčku od 15. aprila 2008. godine bio dvosmislen jer je, s jedne strane, tražio državama članicama da se suzdrže od vraćanja tražilaca azila u Grčku, ali je s druge primetio da je grčka vlada preduzela korake da unapredi postupak azila. Naposljetku, Sud je, u slučaju *M.S.S. protiv Belgije i Grčke*, primetio da je UNHCR uputio pismo belgijskim vlastima „nedvosmisleno im zahtevajući da se suzdrže od transfera tražilaca azila u Grčku”.³⁸ Iz gorenavedene sudske prakse može se izvući zaključak da UNHCR ima suštinsku ulogu u utvrđivanju rizika od lošeg postupanja u zemlji povratka.

Trebalo bi dodati da se stvarni rizik mora utvrditi u vreme izbacivanja (odnosno, ukoliko do toga još nije došlo, u vreme postupka pred ESLJP).³⁹ Naposljetku, odgovornost po članu 3 države koja vrši izbacivanje postoji ne samo u slučajevima kada je osoba o kojoj je reč u opasnosti od lošeg postupanja u državi u koju se vrati, već i tamo gde rizik proizilazi iz moguće dalje deportacije, pa se loše postupanje može dogoditi na konačnom odredištu. Ovo je poznato kao „lančani *refoulement*”.

U Srbiji, koncept sigurne treće zemlje je svakako najveći pojedinačni izazov za uspostavljanje efikasnog sistema azila.⁴⁰ Budući da zakonodavstvo zahteva da svi tražioci azila koji u Srbiju ulaze kroz sigurnu treću zemlju budu vraćeni u tu zemlju radi utvrđivanja izbegličkog statusa, velika većina zahteva za azil biva odbačena bez ispitivanja u meritumu, a tražiocu azila izdaje se naredba da napusti državu u određenom vremenskom periodu.⁴¹ Spisak sigurnih trećih zemalja, koji utvrđuje vlada, nije podložan preispitivanju od strane Ustavnog suda, kao što se pokazalo u nedavnom slučaju koji je pred taj sud iznela jedna nevladina organizacija.⁴² Dalje, Upravni sud Republike Srbije takođe je utvrdio da spisak sigurnih trećih država nije podložan sudskom preispitivanju, uprkos činjenici da taj spisak nije ažuriran od 2009. godine. Jedini kriterijum neophodan da bi se neka država smatrala sigurnom trećom zemljom jeste da je strana ugovornica Ženevske konvencije iz 1951, da postoji bezvizni režim između te države i Republike Srbije i da se uzme u obzir mišljenje Ministarstva spoljnih poslova.⁴³ Uprkos tome što tražioci azila čiji su zahtevi za azil odbačeni uglavnom dobijaju naredbu da napuste zemlju, a ne bivaju odmah deportovani (imaju pravo žalbe na prvostepenu odluku), u svakom slučaju su u opasnosti od eventualne deportacije;⁴⁴ UNHCR je takođe zabeležio navodne deportacije u Bivšu Jugoslovensku Republiku Makedoniju.⁴⁵ Uzimajući u obzir činjenicu da je, prema izveštaju Beogradskog centra za ljudska prava za 2013.

38 *Ibid*, ¶ 36.

39 Videti *Chahal v. the United Kingdom*, *supra* 2.

40 “Gotovo svi slučajevi odbacuju se po osnovu toga što je podnosilac zahteva došao iz sigurne treće zemlje, bez razmatranja suštine zahteva”, u UNHCR izveštaj, *supra* 14, 12.

41 *Ibid*, 21.

42 Videti zaključak Ustavnog suda Republike Srbije br. IUo-812/2012 od 24. aprila 2013, dostupno na <<http://www.azil.rs/doc/NoIUo8122012.docx>>

43 Beogradski centar za ljudska prava, ‘Pravo na utočište u Republici Srbiji 2013.’ (Izveštaj) (Beogradski centar za ljudska prava, Beograd, 2014) [dalje: BCLJP izveštaj 2013], 42.

44 UNHCR izveštaj, *supra* 14, 21.

45 *Ibid*.

godinu, samo te godine 5.066 ljudi izrazilo na meru da traži azil u Republici Srbiji⁴⁶ (od kojih većina dolazi iz Sirije, a to će biti slučaj i u prvoj polovini 2014. godine, kada su od 3.467 izraženih namera, 1.542 dolazile od sirijskih državljana⁴⁷), a uzimajući u obzir ne samo da je UNHCR (da ne spominjemo druge organizacije,⁴⁸ uključujući i sam Evropski sud u određenim slučajevima) objavio dokumente o svojoj poziciji u odnosu na određene države azila, ali i o tražiocima azila koji dolaze iz zemalja poput Sirije i Avganistana, gore navedeno postupanje je zabrinjavajuće pod članom 3 Konvencije.

4. Član 5 – Pravo na slobodu i sigurnost

1. *Svako ima pravo na slobodu i bezbednost ličnosti. Niko ne može biti lišen slobode osim u sledećim slučajevima i u skladu sa zakonom propisanim postupkom:*

[...] 1 (f) *u slučaju zakonitog hapšenja ili lišenja slobode lica da bi se sprečio njegov neovlašćeni ulazak u zemlju, ili lica protiv kojeg se preduzimaju mere u cilju deportacije ili ekstradicije [...]*

Član 5, koji garantuje slobodu i sigurnost ličnosti svima koji su pod nadležnošću države, složena je odredba koja reguliše različite situacije, od kojih nisu sve neposredno primenjive na okolnosti u kojima se nalaze tražioci azila. Predstavke se uglavnom podnose pod članom 5 (1) (f).

Sud je više puta rekao da „Strane ugovornice imaju neprikosnovo suvereno pravo da kontrolišu ulazak i boravak stranaca na svojoj teritoriji”.⁴⁹ Uprkos tome, takve mere od strane države i dalje moraju biti u skladu sa Konvencijom.

„Član 5 bavi se fizičkom slobodom ličnosti; njegov cilj je da obezbedi da niko ne bude lišen slobode na arbitraran način [...] Kako bi se utvrdilo da li je neko bio lišen ‘slobode’ u smislu člana 5 (čl. 5), početna tačka mora biti njegova konkretna situacija, a u obzir se mora uzeti čitav niz kriterijuma kao što su vrsta, trajanje, efekti i način implementacije mere o kojoj je reč. Razlika između lišavanja slobode i ograničenja slobode jednostavno leži u stepenu ili intenzitetu, a ne u prirodi ili suštini.”⁵⁰

Da bi Sud utvrdio da postoji lišenje slobode, nije važno da li je podnosilac predstavke bio podvrgnut bilo kakvom upravnom ili krivičnom postupku. Važan element je kontekst lišenja slobode,⁵¹ kao i kombinacija objektivnih i subjektivnih faktora kako bi se utvrdilo da li su zadovoljeni zahtevi člana 5 (1).⁵² Nakon što je Sud utvrdio postojanje lišenja slobode ispitaće

46 BSLJP izveštaj 2013, *supra* 42, 16.

47 Videti Beogradski centar za ljudska prava, ‘Pravo na utočište u Republici Srbiji: Izveštaj za period januar-april 2014.’ (Izveštaj) (Beogradski centar za ljudska prava, Beograd, 2014) [dalje: BCLJP izveštaj jan-apr 2014], 4-5; Beogradski centar za ljudska prava, ‘Pravo na utočište u Republici Srbiji: Izveštaj za maj 2014.’ (Izveštaj) (Beogradski centar za ljudska prava, Beograd, 2014) [dalje: BCLJP izveštaj maj 2014], 2.

48 Videti CAT ‘Concluding observations of the Committee against Torture: The Former Yugoslav Republic of Macedonia’ (21. maj 2008.) UN Doc CAT/C/MKD/CO/, ¶ 8.

49 *Amuur v. France*, *supra* 10, ¶ 41.

50 *Ibid*, ¶ 42.

51 ESLJP, *Austin and Others v. the United Kingdom* [GC], br. 39692/09, ¶ 59, ECHR 2012.

52 ESLJP, *Stanev v. Bulgaria* [GC], br. 36760/06, ¶ 117, ECHR 2012.

njegovu legalnost u skladu sa članom 5.

Ključan kriterijum člana 5 (1) jeste da li je lišenje slobode bilo „zakonito”. Većina tražilaca azila suočenih sa povredom člana 5 pokriveni su paragrafom 5 (1) (f), koji dozvoljava „zakonito hapšenje ili lišenje slobode” osobe protiv koje se „preduzimaju mere u cilju deportacije”. Kada je reč o elementu „zakonitosti”, Sud je rekao:

„Kada je reč o ‘zakonitosti’ lišenja slobode, uključujući i pitanje da li je ‘ispoštovan postupak predviđen zakonom’, Konvencija se ustvari poziva na nacionalno pravo i uspostavlja obavezu da se poštuju supstantivna i proceduralna pravila propisana nacionalnim pravom, ali takođe zahteva da svako lišenje slobode bude u skladu sa svrhom člana 5 (čl. 5), naime da se pojedinac zaštiti od arbitrarnosti.”⁵³

To znači da će Sud zahtevati od strane ugovornice ne samo da poštuje sopstveno zakonodavstvo, već i da domaće zakonodavstvo bude u skladu sa svrhom Evropske konvencije.

U pogledu pritvora na aerodromu, stranci koji u Srbiju ulaze ilegalno drže se posebno na aerodromu „Nikola Tesla”, a imaju pristup tranzitnoj zoni. Pripadnici obezbeđenja aerodroma ih drže pod stražom, a strani muškarci su ponekad zatvoreni i po nekoliko dana.⁵⁴ Prema izveštaju Beogradskog centra za ljudska prava, uslovi su neadekvatni za duži boravak.⁵⁵

Prema članu 5 (1) (f), ova praksa je prihvatljiva sve dok se poštuje postupak predviđen domaćim zakonodavstvom, a država postupa u dobroj veri. Kako bi lišenje slobode bilo legalno, u svakom trenutku mora postojati veza između postupka azila, imigracije i drugih procedura. Čak i ako je pritvor legalan, on ne sme biti arbitraran.⁵⁶ Takođe, uslovi pritvora moraju biti pod neprekidnim nadzorom kako ne bi pali ispod minimuma predviđenog članom 3.

U pogledu ilegalnog prelaska granice, zakonodavstvo Republike Srbije ilegalni ulazak u zemlju tretira kao prekršaj. Oni za koje se utvrdi da su ilegalno prešli granicu imaju izbor da plate novčanu kaznu ili da provedu nekoliko dana u zatvoru.⁵⁷ Iako je ovaj postupak predviđen Zakonom o strancima, ovaj akt ne reguliše prava i obaveze tražilaca azila u Republici Srbiji. Srbija je strana ugovornica Ženevske konvencije iz 1951. godine, a Zakon o azilu predstavlja nacionalnu implementaciju tog ugovora, uključujući i član 31 Konvencije. Zakon o azilu je primenjiv u odnosu na tražioce azila i utvrđuje da lica koja traže azil neće biti kažnjena za nezakonit ulazak ili boravak u Republici Srbiji.⁵⁸ To znači da ljudi koji su optuženi za nezakonit ulazak ne mogu biti lišeni slobode zbog ovog prekršaja ukoliko su izrazili nameru da traže azil u Republici Srbiji. Čak i ukoliko se ovo ne bi dogodilo na granici, već na suđenju zbog prekršaja, sud bi i dalje imao obavezu

53 *Chahal v. the United Kingdom*, *supra* 2, ¶ 118.

54 BCLJP izveštaj maj 2014, *supra* 46, 5-6.

55 *Ibid*, 6.

56 ESLJP, ‘Guide on Article 5’ (Council of Europe/European Court of Human Rights, 2012), dostupno na <http://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_5_ENG.pdf>.

57 UNHCR izveštaj, *supra* 14, 6.

58 Zakon o azilu, *supra* 4, član 8.

da obustavi postupak i omogući pokretanje postupka za azil.⁵⁹ Dalje, budući da treba imati na umu da tražioci azila po svoj prilici ne razumeju ni lokalni jezik, ni engleski, nadležni imaju obavezu da učine sve što je u njihovoj moći da im omoguće da predstave razloge za nezakonit ulazak i/ili boravak. Vlasti takođe moraju biti pažljive prilikom utvrđivanja razloga za nezakonit ulazak budući da ima slučajeva u kojima tražioci azila ne poznaju pravo, te samim tim nisu ni upoznati sa svojim pravima i mogućnošću da u Srbiji traže azil. Prijavljeni su slučajevi da policija svesno ignoriše traženje azila i tražioce azila vodi pred sudiju za prekršaje.⁶⁰

Ukoliko je tražilac azila *in casu* zaista zatražio azil, a uprkos tome je podvrgnut lišenju slobode zbog ilegalnog prelaska granice, postoji problem u odnosu na član 5. Razlog za moguće postojanje postupanja u suprotnosti sa članom 5 jeste lišenje slobode koje nastaje kao posledica postupanja državnih organa koje nije „zakonito” po nacionalnom pravu.

Član 13 – Pravo na delotvorni pravni lek

Svako kome su povređena prava i slobode predviđeni u ovoj Konvenciji ima pravo na delotvoran pravni lek pred nacionalnim vlastima, bez obzira jesu li povredu izvršila lica koja su postupala u službenom svojstvu.

Pravo na delotvorni pravni lek sadržano u Konvenciji ograničeno je u smislu da je previđeno samo u odnosu na druga prava zagarantovana Konvencijom. To znači da nije reč o samostalnom pravu, pa se član 13 mora čitati u vezi sa drugim pravima iz Konvencije kako bi se ustanovila njegova povreda.

Trebalo bi imati na umu da je Sud mahom odbacivao predstavke u kojima su tražioci azila tvrdili da im je u postupku azila povređeno pravo na pravično suđenje, koje je zagarantovano članom 6; ovakve predstavke uglavnom su ispitivane pod članom 13.⁶¹

Član 13 podrazumeva da na nacionalnom nivou postoji pravni lek koji je u stanju da obezbedi prava iz Konvencije „ma u kom obliku ona bila osigurana.”⁶² To znači da mora postojati pravni lek za svaku moguću povredu. Obim obaveza strane ugovornice „varira u zavisnosti od prirode žalbe podnosioca predstavke”.⁶³ Dalje, ne samo da član 13 zahteva zvanično postojanje pravnog leka, taj lek u praksi mora biti delotvoran.⁶⁴ Ne mora postojati samo jedan pravni lek koji sam po sebi zadovoljava sve ove kriterijume – to može da učini i skup domaćih pravnih lekova.⁶⁵ Takođe bi trebalo imati na umu da delotvorni pravni lek ne mora nužno biti obezbeđen sudskom revizijom,

59 BCLJP izveštaj 2013, *supra* 43, 29-32.

60 *Ibid*, 33.

61 Priručnik, *supra* 3, 100-102.

62 ESLJP, *Hirsi Jamaa and Others v. Italy*, br. 27765/09, ECHR 2012, ¶ 197.

63 ESLJP, *Mohammed v. Austria*, br. 2283/12, ¶ 69, ECHR 2013.

64 *Ibid*.

65 ESLJP, *Kudla v. Poland*, br. 30210/96, ¶ 157, ECHR 2000-11.

„ali ako nije [sudska revizija], relevantne su moći i garancije kojima [organ] raspolaže kako bi se utvrdilo da li je pravni lek pred njim delotvoran.”⁶⁶

Iako se član 13 uvek mora čitati zajedno sa nekim drugim članom Konvencije, nije neophodno da postoji povreda tog drugog člana kako bi postojala povreda člana 13. U slučaju *Mohammed protiv Austrije*, Sud je utvrdio da je Austrija povredila član 13 u vezi sa članom 3 zato što je podnosioca predstavke lišila zaštite od prinudnog vraćanja kad je on osnovano tvrdio da bi mu vraćanjem bila ugrožena prava garantovana Konvencijom uprkos tome što Sud samim za samo vraćanje u Mađarsku nije našao da je povredilo član 3.⁶⁷

U vezi sa članom 3, član 13 zahteva postojanje delotvornog pravnog leka u pogledu zabrane mučenja, nečovečnog ili degradirajućeg postupanja. U slučajevima koji imaju veze sa azilom, ovo će se mahom odnositi na sudsku reviziju naloga za deportaciju, a ne na opštiji pravni lek za žrtve lošeg postupanja.

U slučaju *C. G. i ostali protiv Bugarske*, Sud je utvrdio da „mere za deportaciju koje zadiru u fundamentalna ljudska prava [moraju] da budu podvrgnuta nekom obliku akuzatornog postupka ispred nezavisne vlasti ili suda koji je kompetentan da delotvorno ispita razloge za njih i pregleda relevantne dokaze.”⁶⁸ U slučaju *Mohammad protiv Austrije*, podnosilac predstavke izrazio je strah od *refoulement*-a u slučaju da bude vraćen u Mađarsku u skladu sa Dablinskom regulativom, koja je imala automatsku primenu. Sud je utvrdio da suština člana 13 u slučaju o kojem je reč podrazumeva obustavu izvršenja naloga za transfer, do čega nije došlo. Shodno tome, povređen je član 13.⁶⁹ U slučaju *Jabari protiv Turske*, iz proceduralnih razloga nije bilo sudske revizije naloga za deportaciju koji je izdao upravni sud u Ankari. Rečima Evropskog suda:

„Uzimajući u obzir ireverzibilnu prirodu štete do koje bi moglo doći ukoliko bi se ostvario rizik od mučenja ili lošeg postupanja i značaj koji se zbog toga pridaje članu 3, ideja delotvornog pravnog leka u skladu sa članom 13 podrazumeva nezavisno i rigorozno ispitivanje tvrdnje da postoje osnovani razlozi za strah od stvarnog rizika od postupanja suprotnog članu 3 i mogućnost suspendovanja implementacije sporne mere. Budući da, pod datim okolnostima, upravni sud u Ankari nije uspeo da pruži ovakvu zaštitu, Sud došao do zaključka da postupak pravne revizije na koji se vlada oslonila nije zadovoljio zahteve člana 13.”⁷⁰

Razvijeno je još nekoliko principa u vezi sa primenom člana 13 u vezi sa članom 3. U slučaju *Čonka protiv Belgije*, podnosioci zahteva žalili su se na nedostatak delotvornog pravnog leka jer žalba upućena *Conseil d'Etat* na odluku belgijskog generalnog komesara za izbeglice i osobe bez državljanstva (nepriistrasno, nezavisno i kvazisudsko telo) nije imala automatsko suspenzivno dejstvo. Iako je tužena vlada tvrdila da belgijski sistem u celini pruža delotvorni pravni lek, Sud je

66 *Ibid.*

67 Videti *Mohammed v. Austria*, *supra* 63.

68 ESLJP, *C.G. and Others v. Bulgaria*, br. 1365/07, ¶ 40, ECHR 2008.

69 *Ibid.*

70 ESLJP, *Jabari v. Turkey*, br. 40035/98, ¶ 50, ECHR 2000-VIII.

odbacio ovaj argument i pronašao da je pod datim okolnostima nedostatak automatskog suspenzivnog dejstva predstavljao povredu člana 13.⁷¹ Takođe, u slučaju *Abdolkhani i Karimnia protiv Turske*, pronašao je da je povređen član 13 su i upravne i sudske vlasti bile ravnodušne prema ozbiljnim navodima da će podnosilac predstavke biti podvrgnut lošem postupanju ukoliko bude vraćen u Iran; nedostatak automatskog suspenzivnog dejstva sudske revizije predstavljao je deo razloga za postojanje povrede.⁷²

U slučaju *M. S. S. protiv Belgije i Grčke*, Sud je utvrdio da da usklađenost sa članom 13 zahteva „blizak i rigorozan nadzor i da [...] usklađenost sa članom 13 zahteva da kompetentno telo mora da bude u stanju da ispita suštinu žalbe i omogući adekvatnu reparaciju.”⁷³ Ključni nalaz suda u ovom slučaju jeste da je Grčka prekršila član 13 u vezi sa članom 3 zato što je imala nedostatke u sistemu azila bez ozbiljnog ispitivanja u meritumu ili delotvornog pravnog leka.⁷⁴

Ono što se može reći *en general* o praksi Evropskog suda u primeni člana 13 u vezi sa članom 3 jeste da će se pre vrednovati kvalitet nacionalnog pravnog leka, a ne da se zauzima stav o obliku u kom bi on trebalo da bude. Ovo važi i u slučajevima kada sudsko telo odbije da ispita tvrdnju na osnovu toga što je izvršna vlast odredila sigurnu treću zemlju (ili sigurnu zemlju porekla). U jednom slučaju, Sud je zaključio sledeće:

„Ni savetodavni panel ni sudovi nisu mogli da preispitaju odluku ministra unutrašnjih poslova da deportuje g. Chahala u Indiju pozivajući se samo na rizik [...] Pristup suda bio je taj da se zadovolji time da je ministar unutrašnjih poslova izbalansirao rizik koji preti g. Chahalu i opasnost po nacionalnu bezbednost [...] U pogledu člana 13, ovo se ne može smatrati delotvornim pravnim lekom za žalbu g. Chahala pod članom 3 (čl. 3).”⁷⁵

U Republici Srbiji, postupak azila reguliše Zakon o azilu iz 2008. godine, koji je *lex specialis* u odnosu na Zakon o opštem upravnom postupku. Zahtev za azil podnosi se Kancelariji za azil koja odlučuje u prvom stepenu. Žalba protiv odluke Kancelarije za azil može se podneti Komisiji za azil, a u trećem stepenu protiv odluke Komisije može se podneti žalba i Upravnom sudu.⁷⁶

Postoje brojni problemi u vezi sa postupkom: vremenski rokovi se ne poštuju, što tražioce azila navodi da napuste zemlju pre nego da izdrže postupak koji bi mogao trajati mesecima;⁷⁷ intervjuje vrši policija, što bi moglo da „dovede do ili pogorša post-traumatski stres sindrom kod podnosilaca zahteva koji su ranije bili izloženi progonu ili su pretrpeli ozbiljne povrede od strane policije, vojske

71 Videti ESLJP, *Čonka v. Belgium*, br. 51564/99, ¶ 64-85, ECHR 2002-I.

72 ESLJP, *Abdolkhani and Karimnia v. Turkey*, br. 30471/08, ¶ 108, ECHR 2009.

73 *M.S.S. v. Belgium and Greece*, *supra* 33, ¶ 387.

74 *Idem*, ¶ 300-322.

75 *Chahal v. the United Kingdom*, *supra* 2, ¶ 153.

76 Videti UNHCR izveštaj, *supra* 14, 8-14.

77 *Ibid*, 10.

ili paravojnih grupacija u zemlji porekla”;⁷⁸ saslušanja su veoma duga i iscrpljujuća;⁷⁹ i zakon ne iziskuje da članovi Komisije za azil, koje imenuje vlada, budu stručnjaci za izbegličko pravo.⁸⁰ Najvažnije od svega, međutim, „gotovo svi slučajevi odbacuju se po osnovu toga što je podnosilac zahteva došao iz sigurne treće zemlje, bez razmatranja suštine zahteva.”⁸¹

Primena koncepta sigurne treće zemlje pokazala se gotovo nezaustavljivom i na drugom i na trećem stepenu. 2011. godine, Upravni sud je u odluci potvrdio da „lista sigurnih trećih zemalja koju je sastavila Vlada treba da se primenjuje automatski i bez izuzetaka.”⁸² U drugoj presudi od 28. marta 2013. godine, Upravni sud je čak odbacio praksu Evropskog suda na koju se pozivao tužilac, enigmatično govoreći kako presude Evropskog suda mogu biti relevantne samo u onoj meri u kojoj se raspravljalo o upravnom postupku u Srbiji ili ako taj postupak krši neko od prava u Konvenciji.⁸³ To znači da Upravni sud neće ispitati zahteve za azil u meritumu, već samo sa proceduralne strane. Gore navedene procedure naizgled nisu u stanju da pruže delotvorni pravni lek i postojeći postupak azila zabrinjava u pogledu člana 13 u vezi sa članom 3 Evropske konvencije. Pored svih drugih manjkavosti u sistemu azila, činjenica da su kako institucije azila, tako i sam Upravni sud, pa i Ustavni sud u jednom slučaju,⁸⁴ odbili da ispitaju u meritumu zahteve za azil iz proceduralnih razloga – što takođe znači da su konzistentno odbijali tvrdnje da unapred utvrđene sigurne treće zemlje nisu bile sigurne za tražioce azila o kojima je bila reč – znači da tražioci azila u Srbiji nemaju delotvorni pravni lek koji bi ih zaštitio od *refoulement*-a.

III. Zaključak

Pokušali smo da ispitamo moguće povrede članova 2, 3, 5 i 13 Evropske konvencije od strane Republike Srbije u vezi sa postupkom azila. Da rezimiramo, sledeće predstavlja postupanje državnih agenata koje bi moglo biti problematično u odnosu na Konvenciju: automatska primena koncepta sigurne treće zemlje, što vodi do gotovo univerzalnog odbacivanja zahteva za azil i eventualnog deportovanja tražioca azila iz Republike Srbije, a što bi moglo da dovede to *refoulement*-a; nedostatak delotvornog pravnog leka protiv izbacivanja; nezakonito pritvaranje tražioca azila zbog nezakonitog ulaska ili boravka; i moguća kršenja koja proističu iz pritvora

78 *Ibid*, 11.

79 BCLJP izveštaj 2013, *supra* 43, 40.

80 *Ibid*, 43.

81 UNHCR izveštaj, *supra* 14, 12.

82 *Ibid*.

83 Videti presudu Upravnog suda br. 23 U 1280/13 od 23. marta 2013, 4.

84 Videti Ustavni sud Republike Srbije, *supra* 41.