

УДК: 314.113:314.745.3-054.73(4-672EU)
Biblid 1451-3188, 16 (2017)
Год XVI, бр. 59, стр. 56–82
Изворни научни рад

ДИРЕКТИВА 2008/115/ЕЗ О ЗАЈЕДНИЧКИМ СТАНДАРДИМА И ПРОЦЕДУРАМА ЗА УДАЉЕЊЕ ДРЖАВЉАНА ТРЕЋИХ ДРЖАВА КОЈИ НЕЛЕГАЛНО БОРАВЕ НА ТЕРИТОРИЈИ ЕУ

*Марин ЦЕТИНИЋ*¹

Abstract: The aim of this article is to describe the basic characteristics, the legal basis and the practical application of Directive 2008/115 / EC, which lays down common standards and procedures in EU Member States for the returning illegally staying third-country nationals in a Member State of the European Union. The Directive is an essential instrument in the management of the problem of illegal migrants in the EU. This article deals with some of the most important elements of the Directive and with the analysis of the application of Directive provisions in the Union Member States. The analysis showed that the Directive has greatly contributed to the harmonization of legislation and the harmonization of law application, but also that a number of solutions from the Directive are not implemented in all Member States or are implemented unevenly due to the different possibilities and interests of individual member states. A major contribution to improved implementation of the directive is given by the Court of Justice of the European Union with its interpretations of issues and aspects that arise in a complex, complicated and sensitive real-world of illegal migration. The impact of the Court of Justice decisions on the positive evolution of the Directive can be clearly seen, however, its consistent implementation in accordance with the basic ideas of human rights of migrants remain as a problem.

Key words: human rights, irregular migrants, the Directive on returning illegally staying migrants, the Court of Justice of European union, legal protection of irregular migrants, non-refoulement principle, the decision on suspension, the decision on detention, voluntary return, harmonization of EU migration policy.

¹ Служба Повереника за информације од јавног значаја и заштиту података о личности, Београд, Е-маил: marin.cetinic@gmail.com

1) УВОД

„У свету у коме су миграције у Европу нова форма револуције, европска демократија лако постаје контрареволуционарна. Неуспех или недостатак воље власти да контролишу миграције постао је симбол губитка моћи грађанина”, Иван Крастев.²

Миграције становништва постојале су у свим временима у многобројним варијацијама: мигирала су племена, нације, верске заједнице, класе и појединци. Узроци великих миграција су климатски, економски, религиозни или политички, а најважније последице су промене у дистрибуцији становништва, мешање култура и раса, промена демографске структуре и економских резултата. Два су основна типа миграција: оне унутар државе и међународне миграције којима је скоро увек кроз историју Европа била централно подручје. Према расположивим подацима између 1846. и 1940. године из Европе се на два америчка континента преселило 55 милиона људи.³ Други светски рат и деколонизација у комбинацији са огромном економском експанзијом северно европских земаља, а касније велики покрети становништва у Европу и унутар ње (пад Берлинског зида, Балкански ратови деведесетих и велике кризе у ширем суседству Европе), довели су до тога да је 1. јануара 2015. године у ЕУ-28 живело 19,8 милиона људи из држава које нису чланице ЕУ, док је 34,3 милиона становника ЕУ рођено у државама које нису чланице ЕУ.⁴ У последње две године Европа је доживела најмасовније покрете људи после Другог светског рата. Преко милион избеглица и миграната стигло је у Европску унију, највећи број бежећи од рата и терора у Сирији и других угрожених држава.^{5,6} Готово 90% избеглица и миграната платило је организованим криминалцима и

² Иван Крастев, „Распад посткомунистичког поретка“, Интернет: <http://pescanik.net/raspad-postkomunistickog-poretka>, 29.09.2016.

³ Rainer Munz, Albert Reiterer, *Overcrowded World? Global Population and International Migration*, Haus Publishing Ltd, London 2009, p. 161.

⁴ Eurostat Statistics Explained, Migration and Migrant Population Statistics, Интернет: http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Migration_and_migrant_population_statistics, 03.10.2016.

⁵ European Commission, Directorate-General for Communication, *The EU and the Refugee Crisis*, Publication Office of the European Union, Luxembourg, 2016, pp. 1-4.

⁶ Након периода смањивања броја нелегалних миграната у периоду од 2008. до 2013. године, у 2014. години је број држављана трећих држава који илегално бораве у ЕУ-28 порастао на близу 670.000, да би се за само годину дана утростручио на око 2.136.000 у 2015. години. У 2015. години државе чланице са преко 50.000 нелегално присутних лица биле су Грчка (911.470), Мађарска (424.055), Немачка (376.435), Француска (109.720) и Аустрија (86.220). У ових пет држава боравило је 89% свих држављана трећих држава који су регистровани те године у ЕУ. Eurostat Statistics Explained, Statistics on enforcement

кријумчарима људи да их пребаце преко граница. Резултат су оно што зовемо „нерегуларни“ мигранти – лица која нису ушла у Европску унију легалним путем.⁷ Много угрожених људи долази у Европску унију тражећи азил. Европска унија начелно сматра да има правну и моралну обавезу да их заштити, а државе чланице ЕУ појединачно су одговорне за решавање захтева за азил и доношење одлуке коме га одобрити. Од 1999. године ЕУ ради на стварању Заједничког европског система азила (*Common European Asylum System – CEAS*) и побољшавању важећег правног оквира.⁸ Од 1999. до 2005. године уведено је неколико правних мера које хармонизују заједничке минималне стандарде азила и јачају финансијску солидарност (креиран је и Европски Фонд за избеглице и донета Директива привремене заштите избеглица) као одговор ЕУ на масовни прилив расељених лица која не могу да се врате у државу порекла. Такође, донета је и Директива о спајању породица. Упркос заједничким правилима и стандардима, велике су разлике међу државама чланицама ЕУ у погледу услова пријема, стопе прихватања миграната и мера интеграције, па је 2015. године Европска комисија покренула 74 прекршајна поступка против 23 од 28 држава чланица због неправилног спровођења Заједничког европског система азила.⁹ Више влада држава чланица ЕУ у пракси је уместо спровођења договорених стандарда заједничке политике азила користило тактику која се манифестовала највише у спречавању и обесхрабривању људи да уђу на територију ЕУ. Заједничка политика азила која се развија од 1999. године није била структурисана тако да ефикасно решава масовне приливе људи у кратком временском периоду. Спорна је Уредба ЕУ 604/2013 познатија као Даблинска уредба, која прописује обавезу државе чланице у коју азиланти прво стигну да процесуира њихове захтеве за азилом.¹⁰ Грчка и Италија у које практично сви масовни мигранти прво стижу, биле су жестоко критиковане што нису спречиле мигранте да нелегално и без регистрације прођу кроз њихову територију. Даблинска уредба, која прописује да је главна одговорност за решавање захтева за азил на првој држави чланици у коју азилант уђе, заснива се на нереалним

of immigration legislation, Интернет: http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Statistics_on_enforcement_of_immigration_legislation, 04.10.2016.

⁷ European Commission, Directorate-General for Communication, *The EU and the Refugee Crisis*, Publication Office of the European Union, Luxemburg, 2016, pp. 1-4.

⁸ European Commission, Migration and Home Affairs, *Common European Asylum System*, Интернет: https://ec.europa.eu/home-affairs/what-we-do/policies/asylum_en, 04.10.2016.

⁹ Europe's Refugee Crisis An Agenda for Action, Human Rights Watch, United States of America, 2015, Интернет: https://www.hrw.org/sites/default/files/report_pdf/europes_refugee_crisis_an_agenda_for_action-high_res.pdf, 07.10.2016, p. 16.

¹⁰ „Regulation (EU) No 604/2013 of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013”, *Official Journal of the European Union*, L 180/31, pp. 5-6.

очекивањима о усклађеним стандардима и условима европског система азила.¹¹ Овај пропис је наметнуо неправедно оптерећење државама на спољним границама ЕУ и у великој мери није успео да обезбеди сврху Уредбе – ефикасно и фер кретање тражиоца азила, јер су наведене државе у кратком врмену биле изложене приливу огромног броја миграната. Посебан проблем је што ни ЕУ систем удаљења особа којима је одбијен захтев за азил није успео да обезбеди да државе чланице брзо врате лица која немају права да остану. Подаци говоре да мање од 40% лица којима је уручено решење о удаљењу заправо и напусти ЕУ. У овом чланку разматра се конкретно правна регулатива удаљења држављана трећих држава који нелегално бораве на територији Европске уније и њена примена у пракси, што је само један важан аспект врло комплексног проблема међународних миграција у Европи у XXI веку.

2) ПРАВНИ ОСНОВ

Правни инструменти које Европска унија примењује у процесу удаљења људи којима није одобрен боравак на територији ЕУ у оквиру Заједничког европског система азила заснива се на неколико међународних конвенција, пре свега на Конвенцији за заштиту људских права и основних слобода, познатој по колоквијалном називу Европска конвенција о људским правима, усвојеној у Риму 1950. године, а која је на снази од 1953. године.¹² Ова Конвенција била је прва правна регулатива у свету која је учинила обавезним одређена права заснована на принципима Универзалне декларације о људским правима из 1948. године.¹³ Универзална декларација о људским правима основа је Европске конвенције јер је експлицитно увела у међународно право акт азила и то у члану 14 став 1. који прописује да свако има право да тражи и ужива у другим земљама азил од прогањања, док је ставом 2. истог члана регулисано да се на ово право не може позвати у случају гоњења за кривична дела неполитичке природе или на поступке противне циљевима и начелима Уједињених нација.¹⁴ Важан правни основ у регулисању поступка удаљења је и Конвенција Уједињених нација о статусу избеглица усвојена 1951. године и њен амандман из Протокола 1967. године.¹⁵ Текст из 1951. године ограничавао

¹¹ Hugo Bacheга, „Migrant crisis: Have EU promises been kept?“, *BBC News*, 03.02.2016, Интернет: www.bbc.com/news/world-europe-35714715, 10.10.2016.

¹² Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода, *Службени лист СЦГ Међународни уговори*, бр.9/2003, 5/2005 и 7/2005-испр.

¹³ Универзална декларација о људским правима, усвојена и проглашена резолуцијом Генералне скупштине УН 217 (III) од 10.12.1948. године.

¹⁴ Ibid.

¹⁵ Конвенција о статусу избеглица, ступила је на снагу 22.04.1954. године, у складу са чланом 43, *Службени лист ФНРЈ Међународни уговори*, бр. 7/60.

је дејство Конвенције само на догађаје у Европи који су се догодили пре 1. јануара 1951. године. Ова територијална и временска ограничења уклоњена су 4.10.1967. године ступањем на снагу Протокола о статусу избеглица који је усвојила Генерална скупштина Уједињених нација.¹⁶ Укидањем два ограничења Протоколом из 1967. године, Конвенција је попримила универзални карактер и неподељено је мишљење да је била и остала основни међународни правни акт заштите избеглица. Међународни правни акти о избеглицама и међународни прописи о људским правима уско су повезани јер избеглице беже од власти које нису у стању или не желе да им заштите основна људска права. Конвенција из 1951. године увела је три битне формулације: дефиницију избеглице, *non-refoulement* принцип и признање права лицима којима је одобрен статус избеглице.

Конвенција је у члану 1(А)(2) дала дефиницију по којој је избеглица свако лице које: „...бојећи се оправдано да ће бити прогоњено због своје расе, своје вере, своје националности, своје припадности некој социјалној групи или својих политичких мишљења, нађе изван земље чије држављанство оно има и које не жели или, због тога страха, неће да тражи заштиту те земље; или које, ако нема држављанства а налази се изван земље у којој је имало своје стално место боравка услед таквих догађаја, не може или, због страха, не жели да се у њу врати...”¹⁷ Члан 1(Ф) ове Конвенције регулише да се њене одредбе неће примењивати на лица за која постоје озбиљни разлози да се мисли: да су починила злочин против мира, ратни злочин или злочин против човечанства, у смислу међународних инструмената који су израђени за предвиђене одредбе о тим злочинима; да су починила тежак злочин према међународном праву изван земље која их је прихватила пре него што су у њу примљени као избеглице; да су крива за поступке који су у супротности са циљевима и начелима Уједињених нација.¹⁸

Основни принцип националних прописа који регулишу заштиту избеглица је *non-refoulement*, садржан у члану 33 став 1. Конвенције о статусу избеглица који прописује забрану протеривања – „*refoule*”, односно да 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.¹⁹ Овај принцип данас се сматра

¹⁶ Протокол о статусу избеглица закључен 31.01.1967. године, ступио на снагу 04.10.1967. године, у складу са чланом. 8, *Службени лист СФРЈ*, 15/67.

¹⁷ Конвенција о статусу избеглица, ступила је на снагу 22.04.1954. године, у складу са чланом 43, *Службени лист ФНРЈ Међународни уговори*, бр. 7/60.

¹⁸ *Ibid.*, члан 1 (Ф).

¹⁹ Конвенција о статусу избеглица, ступила је на снагу 22.04.1954. године, у складу са чланом 43, *Службени лист ФНРЈ Међународни уговори*, бр. 7/60, члан 33 став 1.

универзалним људским правом, а важна му је одлика да се не односи само на појединце, већ забрањује и масовно протеривање избеглица. Принцип *non-refoulement* поновљен је и у члану 3 Конвенција против тортуре и других сурових, нељудских и понижавајућих казни или поступака УН из 1984. године.²⁰ Конвенцијом о статусу избеглица дефинисана су и остала права које државе заједно са правом азила морају да обезбеде избеглицама: право на образовање, приступ правном поретку, запослење и друге. Посебно је важан члан 16 наведене Конвенције из разлога што прописује право на појављивање пред судом. Државе које су ратификовале Конвенцију у обавези су да штите права избеглице на својој територији у складу са одредбама ове Конвенције. Конвенција не садржи одредбе о начину одобравања азила, већ је одлучивање о захтевима за азил препустила државама потисницама, а што је условило различите интерпретације кључних одредби Конвенције у законодавствима појединих земаља. У пракси, овлашћени службеници надлежног државног органа оцењују оправданост захтева за азил. Посебно је важно да је држава којој се азилант обраћа унела у своје законодавство одредбу члана 31 став 1. Конвенције који прописује да државе уговорнице неће примењивати кривичне санкције, због њиховог бесправног уласка или боравка, на избеглице које, долазећи директно са територије где су њихов живот или слобода били у опасности у смислу предвиђеном чланом 1, улазе или се налазе на територији без овлашћења, под резервом да се одмах пријаве властима и изложе им разлоге, признате као ваљане, свога бесправног уласка или присуства.²¹

Конвенција за заштиту људских права и основних слобода (Европска конвенција о људским правима) је од 1950. године имала више измена и допуна основног текста, међутим за тему која се у овом чланку обрађује, посебно су важни Протоколи 4 (из 1967. године)²² и 7 (из 1984. године).²³ Чланом 2

²⁰ Закон о ратификацији конвенције против тортуре и других сурових, нељудских или понижавајућих казни и поступака, *Сл. лист СФРЈ Међународни уговори*, бр. 9/91. члан 3.

²¹ Конвенција о статусу избеглица, ступила је на снагу 22.04.1954. године, у складу са чланом 43, *Службени лист ФНРЈ Међународни уговори*, бр. 7/60, члан 31 став 1.

²² Закон о ратификацији Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, измењене у складу са Протоколом број 11, Протокола уз Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода, Протокола број 4 уз Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода којим се обезбеђују извесна права и слободе који нису укључени у Конвенцију и први протокол уз њу, Протокола број 6 уз Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода о укидању смртне казне, Протокола број 7 уз Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода, Протокола број 12 уз Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода и Протокола број 13 уз Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода о укидању смртне казне у свим околностима, *Сл. лист СЦГ – Међународни уговори*, бр. 9/2003, 5/2005 и 7/2005 - испр.

²³ *Ibid.*

Протокола 4 уведено је опште право слободе кретања и слобода избора пребивалишта свакоме ко се на територији једне државе налази законито и право свакога да напусти било коју државу укључујући сопствену. При томе се експлицитно забрањује увођење било каквих ограничења осим оних која нису прописана законом. Чланом 4 истог Протокола прописана је забрана колективног протеривања странаца. Чланом 1 Протокола 7 прописано је да странац који законито борави у држави може бити удаљен само на основу одлуке донете у складу са законом, да има право да изнесе разлоге којима оспорава удаљење, право да се његов случај преиспита, као и право на заступника пред надлежним државним органима. Изузетак је предвиђен само у случају када је протеривање „неопходно у интересу јавног реда или се заснива на разлозима националне безбедности“.²⁴ Основна правна решења ЕУ о удаљењу странаца ослањају се и на Међународни пакт о грађанским и политичким правима²⁵ посебно на чланове 9 и 13 Чланом 9 наведеног Пакта регулисано је да свако има право на слободу и личну безбедност и забрањује хапшење или притвор ван поступка прописаног законом, утврђује обавезу да се сваком ко је ухапшен одмах саопшти разлог хапшења, да буде изведен пред судију у најкраћем року, те утврђује право улагања жалбе суду. Ова општа правила примењују се једнако како на тражиоце азила, тако и на избеглице и мигранте. Члан 13 поменутог Пакта прописује да странац који се законито налази на територији једне државе уговорнице може да буде протеран само у току извршења одлуке донете у складу са законом и, ако се виши разлози националне безбедности томе не противе, он мора да има могућност да истакне разлоге против његовог протеривања и да се његов случај преиспита од стране надлежних државних органа, а за коју сврху може да има правног заступника.²⁶

Исто тако основне поставке права о удаљењу странаца налазе се и у Повељи о основним правима Европске уније односно у Лисабонском споразуму.²⁷ Повеља о основним правима Европске уније утврдила је сва права произашла из судске праксе Суда правде ЕУ, права и слобода утврђених Европском конвенцијом о људским правима, као и других права и принципа који проистичу из заједничких уставних традиција земаља ЕУ и других међународних инструмената. Наведена Повеља је у потпуности усклађена са

²⁴ Ibid.

²⁵ Пакт о грађанским и политичким правима, усвојен резолуцијом Генералне скупштине УН 2200 А(XXI) од 16.12.1966. *Службени лист СФРЈ – Међународни уговори*, бр.7/71; *Службени лист СРЈ – Међународни уговори*, бр. 4/01.

²⁶ Ibid.

²⁷ Повеља о основним правима ЕУ доноси заједно у једном документу у шест наслова основна права и слободе које је ЕУ заштитила у разним фазама развоја своје правне регулативе: достојанство, слободе, једнакост, солидарност, грађанска права и правду.

Европском конвенцијом о људским правима из 1950. године. Одредбе Повеље спроводе институције и органи ЕУ, уз поштовање принципа супсидијарности; или надлежни органи држава чланица, али само у случајевима када они сами спроводе правне акте.²⁸ У вези са удаљењем лица која нелегално бораве на територији држава чланица, Повеља у члану 18 Прописује обавезу да се јемчи право на азил, уз поштовање правила Женевске конвенције из 1951. године и Протокола из 1967. године, који се односе на статус избеглица, и у складу са Уговором о Европској унији и Уговором о функционисању Европске уније. Такође је значајан и члан 19 Повеље који регулише заштиту у случају пресељења, удаљења или изручења, па је ставом 1. наведеног члана прописано да је забрањено колективно протеривање, док је ставом 2. прописано да нико не може бити пресељен, протеран нити изручен држави у којој постоји озбиљан ризик да ће бити подвргнут смртној казни, мучењу или другој врсти нечовечног или понижавајућег поступања или кажњавања.²⁹ Европска унија развија оперативну мигрантску стратегију од 1999. године и то у три фундаментална правца: први је хармонизација услова прихвата избеглица, други је утврђивање права легалног боравка лицима из трећих држава и трећи је увођење правних аката и практичне сарадње у спречавању „нерегуларних“ миграција.³⁰ Ова три основна правца формално су условљена основним принципима међународног права наведеним у претходном тексту. Људска права миграната и поштовање Европске конвенције о људским правима и основним слободама кључни су декларативни ставови из којих се развија оперативна легислатива Уније. Међутим, у којој мери се код одлучивања о удаљењу односно протеривању нерегуларних миграната поштују њихова људска права у правним формулацијама и у пракси покушаћемо утврдити у овом тексту. Иако је несумњиво да је увођење и примена Директиве 2008/115/ЕЗ имала позитивне последице (што је потврдио и УНХЦР), подробнија анализа показује да државе чланице још увек дају приоритет краткорочним политичким критеријумима и интересима. У случају да њиховим водећим бирократијама поједине одредбе Директиве не одговарају, спремне су да одбију примену исте, или бар да одуговлаче са применом принципа супсидијарности.

²⁸ "Charter of Fundamental Rights of the European Union of 18.12.2000", *Official Journal of the European Communities*, C 364/01, 9.

²⁹ *Ibid.*

³⁰ Заједничка политика о азилу, миграцијама, визама и спољним границама произлази из Поглавља V – Област слобода, безбедности и правде Уговора о функционисању ЕУ. Ваља обратити пажњу да се у оквиру поменуте политике дуго водила полемика око термина и на крају је прихваћено да је израз „нерегуларни мигрант“ политички коректнији и подобнији од израза „нелегални мигрант“.

Ако се занемаре чисто криминалне миграције (људи који беже од закона или прелазе нелегално границу обављајући криминалне активности), два су основна облика преласка граница Уније: легални и нелегални прелазак. Прелазак је легалан када странац уђе у државу са важећим документима као што је случај са туристима, сезонским радницима, пословним људима, тражиоцима азила и избеглицама. Међутим, легалност њиховог боравка постаје спорна када истекне време дозвољеног боравка, или уколико се запосле без радне дозволе. Дакле, нелегалне миграције настају код нелегалног преласка границе или преласка границе са фалсификованим документима, или код останка у држави ради нелегалног запослења, односно запослења са фалсификованим документима.³¹ Овај чланак се бави политиком Европске уније која се односи на удаљење нерегуларних миграната, која је део укупне стратегије ЕУ према овом проблему, а која још укључује и контролу спољних граница, кажњавање послодаваца који запошљавају нелегалне мигранте, као и борбу против кријумчарења људи. На декларативном нивоу Европска унија сматра да у процесу удаљења грађана трећих држава који немају право останка у Унији мора да поштује достојанство појединца, у складу са одредбама Повеље о основним правима ЕУ и Европске конвенције о људским правима. Сама политика удаљења уско је повезана и допуњује се са ЕУ политикама прихвата и реинтеграције миграната, а овај чланак се ограничава на легислативу, праксу и политику ЕУ, односно њених држава чланица, у комплексном процесу удаљења миграната.

3) ДИРЕКТИВА О УДАЉЕЊУ НЕЛЕГАЛНИХ МИГРАНАТА

Крајем 2010. године ступила је на снагу „Директива 2008/115/ЕЗ” од 16.12.2008. године о заједничким стандардима и процедурама у државама чланицама за удаљење нелегално настањених држављана трећих држава.³² Амбиција Директиве била је да пропише јасна, транспарентна и фер заједничка правила повратка и удаљења миграната који су ухваћени у нелегалном

³¹ „Нерегуларне миграције су оне које се одвијају изван регулаторних норми државе порекла, државе транзита и државе пријема. Не постоји јасна или универзално прихваћена дефиниција нерегуларних миграција. Из перспективе државе пријема нерегуларне миграције односе се на улазак, боравак или рад у држави без потребне дозволе или докумената која су прописана имиграционим прописима... Тенденција је да се употреба термина “нелегалне миграције” ограничи само на у случајеве кријумчарења миграната и трговине људима.” International Organization for Migration, Key Migration Terms. Интернет: <http://www.iom.int/key-migration-terms>, 25.10.2016.

³² “Directive 2008/115/EC, of 16 December 2008, on Common Standards and Procedures in Member States for Returning Illegally Staying Third-Country Nationals”, *Official Journal of the European Union*, L 348/98

боравку, да регулише употребу средстава принуде, притвора и процедуру поновног уласка, уз потпуно поштовање људских права и основних слобода наведених лица. Одредбе Директиве су преузела законодавства држава чланица (осим В. Британије и Ирске) и четири државе потиснице Шенгенског споразума, које нису државе чланице ЕУ. Рок за примену Директиве о удаљењу био је 24.12.2010. године, а у пракси 19 држава чланица извршило је транспозицију одредби Директиве у национална законодавства током 2011. године, а пет држава чланица током 2012. године. Због кашњења Европска комисија је покренула 20 прекршајних поступака против држава чланица. Једина држава чланица која није извршила транспозицију одредби Директиве јесте Исланд.

Садржај

Преамбула и првих пет чланова Директиве су декларативне природе и описују општи приступ и њене основне принципе. У њима се инсистира на поштовању међународних конвенција о људским правима и третману избеглица (описаних у претходном тексту). У преамбули посебно су истакнути најважнији принципи које државе чланице у спровођењу Директиве треба да поштују, и то: принцип „од случаја до случаја“; објективне критеријуме; став да држављанин треће државе који је затражио азил не сме да буде третиран као неко ко нелегално борави на територији државе чланице; приоритет добровољног одласка пред присилним удаљењем; обавези да саветодавно и средствима Европског фонда за повратак³³ помажу људима којима је уручено решење о удаљењу; минимум правних стандарда којима се обезбеђује заштита интереса сваког појединца којег држава чланица удаљује; коришћење мера присиле и задржавања у притвору пропорционално потреби. Све одредбе Директиве државе чланице морају да се спроводе без дискриминације на родној, расној, етничкој, социјалној, генетској, језичкој, религијској, мањинској или на основи боје коже, сексуалног опредељења или политичког и другог уверења. Приликом примене одредби Директиве државе чланице су посебно обавезне да дају приоритет интересима деце.³⁴ У првом поглављу описан је предмет и делокруг Директиве и дате су дефиниције појмова којима се бави Директива. Чланом 3 дефинисано је шта се подразумева под „држављанином треће државе“, „нелегалним боравком“, процесом враћања, решењем о удаљењу, присилном удаљењу, забраном уласка, ризиком од бега,

³³ Основан 23.05.2007. године одлуком Европског Парламента и Савета.

³⁴ “Directive 2008/115/EC, of 16 December 2008, on Common Standards and Procedures in Member States for Returning Illegally Staying Third-Country Nationals”, *Official Journal of the European Union*, L 348/98, 102.

добровољним одласком и угроженим особама. Члан 4 прописује да они који спроводе Директиву морају без предрасуда да поштују важеће споразуме и прописе који су повољнији за држављане трећих држава од мера Директиве, а посебно принцип *non-refoulement*. Посебно су чланом 5 истакнути и приоритети који се односе на: интерес деце, право на спајање породица, здравствену заштиту, уз обавезно поштовање принципа *non-refoulement*.³⁵ У другом поглављу описане су процедуре спречавања нелегалног боравка и то: процедура доношења решења о удаљењу, добровољни одлазак, процедура присилног удаљења, добровољно и присилно удаљење малолетника без пратње и забрана поновног уласка.³⁶ Треће поглавље бави се заштитом држављана трећих држава на које се односе процедуре из ове Директиве и прописује правна средства која им стоје на располагању за заштиту сопствених интереса.³⁷ Четврто поглавље посебно је посвећено проблему задржавања држављана трећих држава за које је донето решење о удаљењу ради њихове припреме за повратак и/или ради спровођења поступка удаљења из државе. Такође су предвиђене и одредбе о поступању у тешким кризним ситуацијама када је потребно удаљити велики број лица.³⁸ У петом поглављу регулисана је обавеза Европске комисије да сваке три године извештава Европски парламент и Савет о примени Конвенције у државама чланицама и утврђен је рок од две године за транспозицију одредби Директиве у националне законе, прописе и административне поступке.³⁹ Посебно је истакнуто у члану 21 да се одредбама ове Директиве замењују чланови 23 и 24 Конвенције о примени Шенгенског споразума.⁴⁰

Основни циљеви

Општи циљеви Директиве били су креирање ефикасне политике враћања држављана трећих држава који бораве у Европској унији увођењем брзих и ефикасних процедура уз пуно поштовање људских права. Директива је требало да промовише добровољни повратак и мере удаљења праћене забраном повратка у ЕУ за одређени период времена. Друго поглавље Директиве

³⁵ Ibid., 100-102.

³⁶ Ibid., 102-103.

³⁷ Ibid., 104-105.

³⁸ Ibid., 105-106.

³⁹ Ibid., 106.

⁴⁰ „The Schengen acquis - Convention implementing the Schengen Agreement of 14 June 1985 between the Governments of the States of the Benelux Economic Union, the Federal Republic of Germany and the French Republic on the gradual abolition of checks at their common borders”, *Official Journal of the European Union*, L 239.

прописује основне мере, процедуре и технике због којих је и донета. Упркос формалном позивању на заштиту основних права у процесу удаљења миграната, Директива није успела да осигура праксу којом би то и постигла. Главни разлог што је конкретно решавање проблема повратка миграната у надлежности држава чланица које проблем миграција виде више као проблем сопствене националне безбедности, а у пракси чешће примењују безбедносне него хуманитарне принципе. Ипак, након доношења Директиве очигледно је побољшање хармонизације поступака држава чланица у процесу регулисања повратка нерегуларних миграната. Процедуре из другог поглавља Директиве примењују данас практично све државе чланице, захваљујући напорима администрације ЕУ, али још више пресудама Суда правде ЕУ које су као преседане прихватили и још увек прихватају национални надлежни судови у државама чланицама. Директива је сузила и могућност држава чланица да делују у тзв. сивим зонама, јер обухвата све аспекте процеса повратка и оставља мало простора за волонтаристичке одлуке државних органа, у сваком случају мање него пре доношења Директиве. Серија одлука Суда правде ЕУ расчистила је кључне аспекте Директиве, посебно њен најконтроверзнији део који се односи на задржавање миграната у периоду чекања извршења удаљења, те је обезбедила и адекватнију примену својих одредби у државама чланицама. Транспозиција одредби Директиве у национална законодавства у пракси је неједнака, па је до краја 2014. године седам од једанаест држава које нису биле унеле у сопствено законодавство став 7. члана 3 и став 1. члана 15 то учиниле после одлука Суда правде ЕУ и унеле у сопствене прописе објективне критерије за процену да ли постоји опасност да ће мигрант побећи од закона. Исто тако, после пресуда Суда, шест од седам земаља у току 2014. године пренело је у сопствене прописе одредбу става 4. члана 15 Директиве који прописује укидање задржавања ако нема објективних услова да мигрант напусти државу чланицу. У истом периоду су, на пример, четири од шест држава чланица унеле амандмане у своје законе којима су укинули претходну забрану невладиним и међународним организацијама да посећују центре у којим су мигранти притворени. Државе чланице су под дејством пресуда Суда правде ЕУ унеле у своја законодавства и недостајуће одредбе Директиве о бесплатној правној помоћи прописане чланом 13 став 4.⁴¹ У складу са Резолуцијом 1226 (2000), усвојеном од стране Парламентарне скупштине Савета Европе о извршавању пресуда Европског суда за људска права,⁴² а према

⁴¹ Communication from the Commission to the Council and the European Parliament on EU Return Policy, European Commission Brussels, 28.3.2014 Com (2014) 199 Final, 12.

⁴² "Resolution 1226 (2000) – Execution of judgments of the European Court of Human Rights, adopted by Parliamentary Assembly of the Council of Europe on the 28 September 2000", Интернет: <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-EN.asp?fileid=16834&lang=en>, 25.10.2016.

принципу солидарности, јуриспруденција Европског суда чини саставни део Европске конвенције о људским правима, чиме се проширује обавезујуће дејство исте *erga omnes*. Ово подразумева да државе уговорнице нису само у обавези да извршавају пресуде Суда донесене у случајевима у којима су оне тужена страна у спору, већ такође морају да узму у обзир пресуде које су објављене у другим случајевима, а које могу имати утицаја на њихов сопствени правни систем и правну праксу. Национални судови већ играју веома позитивну улогу у овом процесу, као прва референтна тачка за спровођење права Уније у државама чланицама, јер се често обраћају Суду правде ЕУ ради интерпретације појединих одредби Директиве.⁴³ Неколико области које регулише Директива биле су предмет разматрања Суда правде ЕУ чешће од других, и то су: административна или судска одлука о нелегалном боравку заједно са решењем о удаљењу; покретање процедуре удаљења; добровољни одлазак; забрана повратка; процедуре заштите интереса миграната и задржавања лица ради удаљења.

Престанак нелегалног боравка и обавеза издавања решења о удаљењу

Члан 6 Директиве обавезује државе чланице да решење о удаљењу држављанину треће државе уручи у писаној форми и да садржи разлоге и законске чињенице које објашњавају зашто је донето, као и поуку о правном леку. Одлука мора бити преведена ако мигрант на којег се односи то тражи. Она садржи два битна елемента: изјаву о нелегалности боравка држављана треће државе и решење које га обавезује на удаљење из дате државе. Државе чланице су обавезне да издају решење сваком држављану треће државе који нелегално борави на њеној територији, осим у специфичним случајевима предвиђеним правом Уније. Не дозвољава се државама чланицама да у пракси толеришу присуство лица из трећих држава који нелегално бораве на њиховој државној територији, а да не: или покрену процедуру удаљења или да му званично одобре боравак. Решење о удаљењу мора да се донесе и у случају када се враћање спроводи путем споразума о реадмисији⁴⁴ и такво решење мора да буде индивидуализовано као и у случају појединачног удаљења. Ако државе чланице у националном законодавству имају пропис да држављани треће државе који бораве у њој нелегално морају да напусте ЕУ, та правна обавеза сама по себи не чини решење о удаљењу, него увек мора да се изда

⁴³ Communication from the Commission to the Council and the European Parliament on EU Return Policy, European Commission Brussels, 28.3.2014 Com (2014) 199 Final, 7.

⁴⁴ Споразум између држава чланица ЕУ и треће државе о организованом враћању држављана државе с којом је такав споразум ЕУ потписала.

индивидуализовано решење о удаљењу. Дакле, битан предуслов за издавање решења о удаљењу је утврђивање да ли држављанин треће државе борави нелегално. Дефиниција нелегалног боравака у великој мери је конзистентна у прописима практично свих држава чланица ЕУ. Већина држава у националном законодавству има листу детаљно описаних случајева који се сматрају нелегалним бораваком. Пет најважнијих је: истекао рок визе, истекла дозвола боравака, опозив дозволе боравака, опозив статуса избеглице и нелегални улазак у земљу.⁴⁵ Обавеза је држава чланица да уз решење о удаљењу коју прописује члан 6 Директиве издају и забрану повратка у ЕУ за одређени временски период, а што је прописаном чланом 11. Свака забрана повратка уписује се у Информациони систем Шенгена што спречава поновни улазак у датом периоду. Већина држава практикује једнострану процедуру за оба решења, односно издавање јединственог административног акта, а девет држава чланица има двостепену процедуру.⁴⁶ Ако је држављанину треће државе одређен добровољни повратак, у том случају му се не издаје забрана поновног уласка у ЕУ. Индикативна је пресуда Суда правде ЕУ од 23.04.2015. године у предмету C-38/14, у поступку *Subdelegación del Gobierno en Guipuzkoa – Extranjería* против Samira S. Zaizounea, а поводом његовог незаконитог боравака на шпанском државном подручју. Мароканског држављанина S. S. Zaizounea ухапсила је полиција 15.07.2011. године на шпанском државном подручју, јер није могао да покаже личне документе. Против њега је покренут поступак удаљења са шпанског државног подручја, а одговарајући државни орган усвојио је одлуку којом је наложено удаљење уз петогодишњу забрану поновног уласка у ЕУ. Марокоанац је поднео жалбу против те одлуке Управном суду бр. 2 у *San Sebastián*, који је поништио наведену одлуку заменивши удаљење новчаном казном, из члана 53 став 1. тачка (а) шпанског Закона о странцима. Државни орган који је донео решење о удаљењу је уложио жалбу против те пресуде надлежном суду. Овај шпански суд упутио је захтев Суду правде ЕУ за тумачењем предметне националне одредбе по којој је главна санкција за незаконит боравак држављана трећих држава новчана казна уколико не постоје додатне отежавајуће околности које оправдавају замену новчане казне удаљењем с националног државног подручја.⁴⁷ У пресуди Суда правде ЕУ наведено је да је циљ Директиве 2008/115/ЕЗ да осигура ефикасну политику враћања и репатријације. Члан 6 став 1. наведене Директиве превасходно прописује обавезу државама чланицама да издају решења о удаљењу сваком држављанину треће државе који незаконито борави на

⁴⁵ Communication from the Commission to the Council and the European Parliament on EU Return Policy, European Commission Brussels, 28.3.2014 Com (2014) 199 Final, 26.

⁴⁶ Ibid.

⁴⁷ C-38/14, *Subdelegación del Gobierno en Guipuzkoa – Extranjería v Samira S. Zaizounea*, 23.04.2015.

њиховом државном подручју. Другим речима, када се једном утврди незаконит боравак, надлежна државна тела би требало да, у складу са чланом 6 Директиве и независно од изузетака предвиђених у ставовима 2 до 5 истог члана, донесу решење о удаљењу.⁴⁸

Из тога следи да национални пропис, као што је то онај у главном поступку, не испуњава захтеве јасно одређене чланом 6 ставом 1. и чланом 8 ставом 1. Директиве 2008/115/ЕЗ, односно да би национални пропис, као што је онај у главном поступку, могао спречити примену заједничких стандарда и поступака утврђених Директивом 2008/115/ЕЗ и евентуално одложити удаљење, нарушавајући тиме корисно дејство Директиве.⁴⁹

Добровољни повратак

Институт добровољног повратка један је од најуспешнијих домета Директиве. Принципијелно су могућа два облика удаљења: добровољно и принудно. Први случај је када се мигрант удаљи својом вољом, а други када га на то присиле надлежни државни органи државе у којој нелегално борави. Међутим, ова подела је изазвала контроверзе јер нерегуларни мигрант има осим добровољног повратка још само две алтернативе, и то: да буде принудно удаљен или да буде ухапшен. Неки аутори који су анализирали проблематику удаљења миграната сматрају да постоји и трећи вид повратка који је наизглед добровољан, а уствари је изнуђен неповољним околностима и догађајима који онемогућавају нормалне мигрантске токове. Члан 7 Директиве одређује да у решењу о удаљењу мора да буде назначено време потребно за добровољни повратак и оно износи између седам и тридесет дана, не доводећи у питање изузетке из ставова 2. и 4. наведеног члана. Државе чланице могу у својим националним законодавствима одредити да се рок одређује само на основу захтева конкретног држављанина треће државе, али у том случају дужне су обавестити конкретне држављане трећих држава о могућностима за подношење таквог захтева. Пре доношања Директиве доста држава чланица није у својим законодавствима предвиђало могућност добровољног повратка, нити рокове за то. Данас све државе чланице имају ове одредбе у националним законодавствима. У већини њих добровољни повратак се одобрава аутоматски у решењу о удаљењу. Исто тако готово све државе чланице увеле су и мониторинг одвијања добровољног повратка. Занимљиво је да мониторинг обављају различите институције у појединим државама чланицама: у пет чланица омбудсман и невладине организације; у осам држава омбудсман; у пет држава невладине организације, а у осталим институције које су именовали

⁴⁸ Ibid.

⁴⁹ Case C-329/11, *Alexandre Achughbalian v Préfet du Val-de-Marne*, 06.12.2011.

Парламент, Министарство правде или најчешће Министарство унутрашњих послова, односно агенције које су надлежне за државну безбедност.⁵⁰ Све државе чланице су код примене Директиве пренеле члан 7 став 2. у своја национална законодавства и на тај начин омогућиле продужење рока добровољног повратка у изузетним околностима. Директива наводи три посебне околности под којима се може одобрити продужетак (дужина боравка, постојање деце која похађају школу, постојање породице и друштвених веза). У пракси, разлози које је већина држава прихватала за одобрење продужења боравка су здравствени проблеми и деца која похађају школу. Програми подршке добровољном повратку постоје у већини држава чланица и у већини држава су организовани (и финансирани) од стране владе у сарадњи са Међународном организацијом за миграције (ИОМ) и/или невладиним организацијама.⁵¹ Предност добровољног повратка у односу на присилни повратак за држављане трећих држава је што их не прати забрана повратка, нити се у пасош уноси податак о депортацији. Корист за државе чланице је то што је добровољни повратак обично јефтинији од поступка принудног удаљења. Директива, међутим, не прецизира сам процес добровољног повратка, остављајући државама чланицама да изаберу начин организовања добровољног повратка. С тим у вези је Суд правде Европске уније поводом захтева *Raad van State* (Државни савет) из Холандије за тумачење Директиве 2008/115/ЕЗ, донео пресуду у предмету C-554/13. Захтев је упућен у оквиру спора између особа Z. Zh. и I.O., држављана трећих држава, с једне стране, и холандског *Ministera voor Immigratie en Asiel* (Министар за имиграцију и азил) с друге стране, у вези са одлукама којима је тим држављанима одбијено одобрење времена за добровољни одлазак, те им је наређено да без одлагања напусте подручје Уније. Z. Zh., држављанин треће државе, ухапшен је 08.06.2011. године на аеродрому *Schiphol* док је био у транзиту за Канаду, на основу тога што је путовао са фалсификованим пасошем. Пресудом судије полиције града *Haarlem* од 21.06.2011. године осуђен је на основу члана 231 став 2. холандског Кривичног законика на казну затвора од два месеца због поседовања путне исправе за коју је знао да је фалсификована. Државни секретаријат *Staatssecretaris* наредио је 04.08.2011. године Z. Zh. да одмах напусти подручје Уније. Након истека казне затвора Z. Zh., је одмах 05.08.2011. године, на основу члана 59 холандског Закона о странцима, притворен у сврху удаљења. Одлуком од 02.09.2011. године, *Staatssecretaris* је одбио приговор Z. Zh. против решења о удаљењу од 04.08.2011. године, уз објашњење да му се због дела који је починио не може одобрити додатно време за добровољни

⁵⁰ Communication from the Commission to the Council and the European Parliament on EU Return Policy, European Commission Brussels, 28.3.2014 Com (2014) 199 Final, 21-22.

⁵¹ Ibid., 5.

повратак. I.O., држављанин треће државе, ушао је у Холандију 16.01.2011. године са визом за краткотрајни боравак у трајању од 21 дана. I.O. је 23.11.2011.године ухапшен на основу члана 300 став 1. и члан 304 став 1. холандског Кривичног законика, јер је био осумњичен за злостављање једне жене. Одлуком државног секретаријата *Staatssecretaris* од 24.11.2011. године, наређено му је да одмах напустити територију ЕУ. Истог дана је и притворен. *Staatssecretaris* је утврдио да I.O. представља опасност за јавни поредак у смислу члана 7 став 4. Директиве 2008/115/ЕЗ, те да му се због тога не може одобрити време за добровољни повратак. Суд правде Европске уније у параграфу 76 тачка 1. пресуде наводи следеће: члан 7 став 4. Директиве 2008/115/ЕЗ треба тумачити на начин да је неприхватљива национална пракса према којој се сматра да држављанин треће државе који незаконито борави на подручју државе чланице представља опасност за јавни поредак у смислу те одредбе, искључиво због тога што је тај држављанин осумњичен да је починио кривично дело према националном праву, или је за такво дело против њега изречена пресуда. У тачки 2 истог параграфа Суд је навео: члан . став 4. Директиве 2008/115 треба тумачити на начин да, у случају да је држављанин треће државе који незаконито борави на подручју државе чланице, осумњичен да је починио кривично дело прописано националним кривичним правом, или је за такво дело против њега изречена судска пресуда, приликом оцене питања представља ли наведени држављанин опасност за јавни поредак у смислу те одредбе могу бити релевантни и други елементи, попут природе и тежине дела, времена протеклог од његова почињења и околности да је тај држављанин намеравао да напусти подручје државе чланице кад су га националне власти ухапсиле. У оквиру те оцене такође је релевантан, ако постоји, сваки елемент који се односи на основаност сумње о почињеном кривичном делу које се држављанину треће државе ставља на терет. Тачком 3 поменутог параграфа Суд је навео да члан 7 став 4. Директиве 2008/115/ЕЗ треба тумачити на начин да могућност суздржавања од неодобрења времена за добровољни повратак у случају када конкретна особа представља опасност за јавни поредак није потребно обавити ново испитивање већ испитаних чињеница у циљу утврђивања постојања те опасности. У сваком пропису и пракси држава чланица мора да гарантује да ће од случаја до случаја проверавати да ли је неодобравање времена за добровољни повратак у складу с основним људским правима тог држављанина.⁵²

⁵² C-554/13, Z. Zh. V *Staatssecretaris voor Veiligheid en Justitie and Staatssecretaris voor Veiligheid en Justitie v I. O.*, 11.06.2015.

Процедурална заштита интереса миграната

Члан 12 Директиве прописује посебан образац за обавештавање миграната о удаљењу који мора да садржи стварне и правне разлоге, као и податке о расположивим правним лековима. Државе чланице на захтев обезбеђују писани или усмени превод главних делова решења о удаљењу, укључујући податке о расположивим правним лековима на језику који држављанин треће државе разуме. Државе чланице стављају на располагање опште информације које објашњавају главне делове стандардног обрасца на најмање пет језика од оних које нерегуларни мигранти који улазе у државу чланицу најчешће користе или разумеју. Члан 13 садржи правне лекове који омогућавају држављанину треће државе право на жалбу или преиспитивање одлуке у вези удаљења, пред надлежним судским или управним телом, или надлежним органом састављеним од непристраних и независних чланова. Надлежни орган има овлашћење да преиспита одлуке у вези с удаљењем, укључујући могућности привремене суспензије њеног извршења, осим када је привремена суспензија већ у току према националном законодавству. Држављанину треће државе овај члан гарантује право на правни савет, заступање и помоћ преводиоца. Државе чланице обезбеђују потребну правну помоћ и/или заступање на захтев и без накнаде, те могу одредити да за такву бесплатну правну помоћ и/или заступање вреди услови из члана 15 став од 3. до 6. Директиве 2005/85/ЕЗ. Права нерегуларних миграната из ова два члана Директиве широко су пренета у национална законодавства држава чланица. Образац решења о удаљењу постоји у свим државама чланицама и примењује се, али су формулацију разлога за решење о удаљењу често стандардизоване и углавном ограничене на навођење законских основа без навођења разлога за конкретну одлуку. У многим земљама решења о удаљењу не преводе увек квалификовани преводиоци, посебно када је реч о специфичним или ретким језицима.⁵³ Што се тиче обавезе државе чланице да обезбеди делотворни правни лек, у складу са чланом 13 Директиве, законска одредба о праву на жалбу пренета је у национална права свих држава чланица. У пракси ово право је угрожено чињеницом да је информација о правном леку недовољно позната држављанима трећих држава, ефикасност жалбе често је смањена због неефикасног пружања правне помоћи. Директива је оставила државама чланицама да одлучи да ли жалба на решење о удаљењу има аутоматски суспензивно дејство, или само од случаја до случаја. У већини држава чланица мигрант мора да поднесе захтев за привремено суспендовање решења о удаљењу. У том смислу, важно је нагласити да је Суд правде ЕУ, у својој пресуди у случају *C-383/13 M. G., N. R. v Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, потврдио

⁵³ Picum Position Paper on EU Return Directive, *Platform for International Cooperation on Undocumented Migrants*, Brussels, 2015, 16.

да се права окривљеног из члана 41 став 2. Повеље ЕУ о основним правима (право да буде саслушан и право на увид у свој досије) морају поштовати приликом доношења решења у складу са Директивом, чак и када Директива то изричито не предвиђа. С обзиром да у неким државама чланицама улагање жалбе не суспендује извршење решења о удаљењу, то *de facto* обесмишљава право на жалбу јер је сувише компликовано и скупо наставити жалбени поступак из иностранства.⁵⁴ Такође, у неким случајевима када је жалба поднета државе чланице не омогућавају мигрантима да добију правни савет, заступника или преводилачку услугу како је предвиђено чланом 13 став 3. Директиве. У неколико држава период између уручења решења о удаљењу и реализације повратка може бити веома кратак, па мигрант нема време потребно да поднесе захтев за правну помоћ, односно у случају док се правни заступник појави мигрант је већ удаљен из државе. Важан фактор ефикасности правне помоћи је обезбеђење средстава за бесплатну помоћ (што у појединим случајевима обезбеђују или владе држава чланица или невладине организације) јер многи мигранти не могу да плате ту услугу. Мигрантима који немају приступ правном заступању значајно су угрожена основна људска права. У случајевима када се примењују одредбе Директиве које обавезују државу чланицу да одложи удаљење (ако би нпр. удаљење угрозило принцип *non-refoulement*) према члану 14 став 2. Директиве, држава чланица мора да обезбеди писмену потврду да се решење о удаљењу привремено не примењује. У својим пресудама у C-249/13 *Khaled Boudjlida v Préfet des Pyrénées-Atlantiques*, Суд правде ЕУ дао је важна објашњења о праву на саслушање код доношења решења о удаљењу и код доношења одлуке о задржавању. Ове пресуде обавезују државе чланице да морају увек поштовати следеће гаранције приликом доношења решења о удаљењу, забрани улаза у ЕУ, решења о задржавању, итд., чак и када то није изричито наведено у одговарајућим члановима Директиве: 1) право сваког лица да буде саслушан пре доношења било какве појединачне мере која би негативно утицала на то лице; 2) право сваког појединца да има могућност увида у свој досије, да анализира све доказе који служе да оправдају одлуку надлежних државних органа против њега или ње, поштујући при томе легитимне интересе поверљивости, професионалне и пословне тајне; 3) право сваког појединца да се обрати правном саветнику пре доношења решења о удаљењу, под условом да остваривање тог права не подрива ефикасну примену Директиве. Ово право не подразумева обавезу држава чланица да снесу трошкове правне помоћи; 4) обавеза администрације да посвети дужну пажњу аргументима конкретног лица и да испита пажљиво и непристрасно све релевантне аспекте појединачног случаја; 5) обавеза администрације да образложи разлоге својих одлука.⁵⁵

⁵⁴ C-383/13, *M. G., N. R. v Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, 10.09.2013.

⁵⁵ C-249/13 *Khaled Boudjlida v Préfet des Pyrénées-Atlantiques*, 11.12.2014.

Задржавање лица пре удаљења⁵⁶

Решења Директиве која се односе на проблем задржавања изазивају највише контроверзи како у судској пракси, тако и у оперативној примени. Задржавање у сврху удаљења је озбиљан удар на основна људска права и слободу лица на које се примењује, па је и у тексту саме Директиве наведено више строгих ограничења. Већ се у преамбули под тачком 16 као и у члану 15 став 1. Директиве изричито инсистира да је одређивање задржавања једна од могућих мера које државе чланице треба да користе као последњу могућу меру. На задржавање миграната државе чланице обавезује члан 8 Директиве који у ставу 1. прописује да државе чланице предузимају све неопходне мере да спроведу решење о удаљењу.⁵⁷ Како је формулација „све неопходне мере“ више декларативна него конкретно примењива, често је њена примена у државама чланицама била тема расправа Суда правде ЕУ. Тако је Суд у предмету *C-61/11 PPU Hassen El Dridi, alias Karim Soufi*,⁵⁸ став 41. нагласио да Директива за повратак предвиђа градацију мера које треба предузети да би се спровело решење о удаљењу, а градације иду од мера које омогућавају лицу највише слободе, односно одобрење периода за добровољни повратак, па до мера које највише ограничавају ту слободу, односно задржавање у специјализованој установи. Из наведеног произлази обавеза државе чланице да примењују задржавање само у ситуацијама у којима је јасно да је то једини начин да се процес повратка припреми или изврши. Притвор мора да траје што је краће могуће и то само док трају процедуре за удаљење. У пракси се догађало да су одредбе члана 8 Директиве злоупотребљаване за задржавање миграната по другим основама. Директива прописује два основа који оправдавају задржавање и то када постоји опасност од бекства, и када држављанин треће државе избегава или отежава припрему удаљења или сам процес удаљења.

⁵⁶ У тексту Директиве користи се термин „detention“ који преведен значи задржавање али и притвор. Како је овде фактички реч о притварању миграната у објекте који нису затвор (избеглички центри) усвојен је термин „задржавање“.

⁵⁷ Тачка 16 Преамбуле: „Одређивање задржавања с циљем удаљења требало би бити ограничено уз примену начела пропорционалности код употребе конкретних мера ради остварење постављеног циља. Задржавање је оправдано само ради припреме за враћање или провођење поступка удаљавања, ако примена мање репресивних мера није“; Члан 15 став 1. Директиве гласи: „Ако у конкретном случају није могуће применити довољне, а мање репресивне мере, државе чланице могу задржати држављанина треће земље над којим се проводи поступак враћања само како би припремиле повратак и/или провеле поступак враћања, посебно када: (а) постоји опасност од бега; или (б) конкретни држављанин треће земље избегава или омета припрему поступка за враћање или удаљавање. Свако задржавање може трајати онолико времена колико је најмање потребно док траје поступак удаљавања које се спроводи уз дужну пажњу.“

⁵⁸ *C-61/11 PPU, Hassen El Dridi, alias Karim Soufi*, 28.04.2011.

Дакле, циљ је да се спречи неизвршење решења о удаљењу. Како је у више држава чланица злоупотребљавана одредба члана 15 Директиве, Суд је у пресуди C-357/09 PPU *Said Shamilovich Kadzoev (Huchbarov)*⁵⁹ упозорио да није сврха овог члана да заштити друштво од лица који представљају опасност по јавни ред или безбедност, јер то решавају други правни акти, те је навео: „Могућност задржавања лица по основу јавног реда и јавне безбедности не може да се заснива на Директиви 2008/115/ЕЗ. Околности које је суд у овом предмету наводио (агресивно понашање, непостојање места боравка, нерасполагање средствима за живот) не може само по себи бити основ за задржавање у складу са одредбама Директиве.”⁶⁰ Други важан проблем удаљења је чињеница да постоје алтернативе предвиђене Директивом, али се оне веома ретко користе иако су унете у национална законодавства већине држава чланица. Чланом 7 став 3. Директиве предвиђене су друге могућности сем задржавања ради спречавања бекства држављана треће државе којем је одређено удаљење. То су: редовно јављање надлежним државним органима, депоновање адекватне финансијске гаранције, предаја докумената или обавеза останка у одређеном месту. Од наведених могућности у пракси се најчешће примењују: редовно јављање надлежним државним органима, останак у одређеном месту односно предаја пасоша и/или других личних докумената. Став 2. члана 15 Директиве садржи најважније одредбе правне заштите у случају задржавања, па тако прописује да задржавање мора да одреди надлежни управни или судски орган, да мора да буде у писаном облику уз навођење стварних и правних разлога, односно обавезу да управни органи држава чланица приликом доношења решења о задржавању мора да обезбеде брзо судско испитивање и доношење одлуке о законитости задржавања. У најкраћем могућем року треба да омогуће држављанину треће државе право да покрене поступак у којем ће се одлучивати о законитости задржавања и то брзим судским испитивањем, који ће се провести у најкраћем могућем року од тренутка покретања наведеног поступка. У том случају државе чланице морају без одлагања обавестити конкретног држављанина треће државе о могућности покретања таквог поступка. На крају наведеног става прописано је да се конкретни држављанин треће државе мора пустити без одлагања, уколико задржавање није у складу са законом. Дакле, сматрамо да је наведени став најважнија правна заштита права миграната јер орган који доноси одлуку мора у сваком појединачном случају да узме у обзир и да оцени правна питања у вези задржавања (коректност процедуре и саме одлуке о задржавању са процедуралног и законског аспекта), као и чињеничну ситуацију сваког појединог мигранта (породичне везе, гаранције да ће напустити државу

⁵⁹ C-357/09 PPU, *Said Shamilovich Kadzoev (Huchbarov)*, 30.11.2009.

⁶⁰ *Ibid.*

чланицу ЕУ, изгледе да се удаљење спроведе). При томе, конкретни мигрант има право на све правне лекове прописане чланом 13 Директиве. Ставом 3. члана 15 Директиве регулисано је да се сваки појединачни случај задржавања преиспитује у разумним временским интервалима или по захтеву конкретног држављанина треће државе или по службеној дужности. У случају да је продужено време задржавања, преиспитивање надзире надлежни судски орган. Ставови 5. и 6. члана 15 Директиве обавезују државе чланице да националним законима пропишу максималну дужину задржавања. При томе, Директива одређује рок од шест месеци односно осамнаест месеци у случају да држављанин треће државе не сарађује у процесу удаљења или чека одређену документацију из треће државе. Ову одредбу Директиве критиковали су многи аналитичари наводећи да је у већем броју држава чланица максимални рок задржавања био краћи пре доношења Директиве. Директива је имала намеру да унифицира врло различита решења по државама, што је у већини случајева довело до продужења максималног рока. Суд правде ЕУ је у параграфу 73 пресуде у случају C-146/14 PPU *Bashir Mohamed Ali Mahdi* одлучио да чињеница што држављанин треће државе нема документе није сама по себи довољна за продужење задржавања, међутим у параграфу 85 исте пресуде Суд одлучује да ако у току већ одређеног задржавања држављанин треће државе не сарађује током процеса удаљавања са намером да одложи удаљење, у том случају је продужење задржавања оправдано.⁶¹ Контрoверзна и различита је и примена одредби члана 16 Директиве којима су прописани услови задржавања. Државе чланице, међутим, или немају капацитете да испуне одредбе овог члана, или нису у стању да их обезбеде, посебно у случајевима великих имиграционих таласа који по правилу погађају само неколико држава чланица у које емигранти прво улазе. Према одредбама Даблинске уредбе државе чланице у које мигранти прво уђу, дужне су да обаве све административне радње одређене Директивом, што је неке од њих натерало да прибегну мерама спречавања уласка у државу, уместо преиспитивања оправданости захтева за улазак у ЕУ. Члан 16 Директиве изричито прописује да се задржавање по правилу реализује у посебним објектима за задржавање. Ако држава чланица то не може да обезбеди, односно уколико је присиљена да организује смештај у редовном затвору, у том случају задржани држављани трећих држава требају да буду одвојени од редовних затвореника. Задржани држављани трећих држава могу да захтевају контакт са правним заступницима, члановима породице и надлежним конзуларним органима. Овим чланом Директива прописује и да се посебна пажња посвећује рањивим особама, као и да се осигура хитна здравствена заштита и лечење у случају болести. Директива прописује и да се релевантним и надлежним националним, међународним и невладиним организацијама и органима

⁶¹ C-146/14 PPU *Bashir Mohamed Ali Mahdi*, 05.06.2014.

омогући посећивање установе за задржавање. Треба подсетити да се у случајевима који нису директно регулисани Директивом, државе чланице морају придржавати стандарда Савета Европе, посебно стандарда Комитета за спречавање тортуре. Коначно члан 16 прописује да се задржаним држављанима трећих држава морају обезбедити информације о правилима која се у институцијама за задржавање примењују, путем којих се и утврђују њихова права и обавезе. Евалуација коју је провела Европска комисија показала је да све државе не поштују правило о боравку у посебним објектима за задржавање, већ да неке то практикују у полицијским станицама или затворима. Комисија је посебно нагласила да је у седамнаест држава чланица било случајева да су деца без пратње задржана, а у деветнаест држава породице са малолетном децом. Сматра се да је предвиђањем саме могућности задржавања деце Директива прекршила Конвенцију Уједињених нација о правима детета и нарушава прокламовани принцип да треба поступати у најбољем интересу детета.⁶² У извештају *Pueblos Unidos, „CIE Informe 2013, Criminalizados, Internados, Expulsados”* тврди се да државе чланице сувишно и неоправдано користе могућност задржавања, да се у пракси не узимају све чињенице у обзир приликом анализе и оцењивања појединачних случајева, те да полиције држава чланица често аутоматски захтевају пријем у изгличке или друге центре за сваког коме је одређено решење о удаљењу, чак и када је држављанин треће државе већ поднео захтев за азилом.⁶³ Специјални извештач УН, после анализе догађања у четири државе чланице ЕУ, утврдио је често неадекватне процедуре задржавања које укључују и немогућност ангажовања правног заступника, немогућност приступа конзуларним услугама, као и преводилачким услугама.⁶⁴

⁶² Communication from the Commission to the Council and the European Parliament on EU Return Policy, European Commission Brussels, 28.3.2014 Com (2014) 199 Final, 40.

⁶³ Pueblos Unidos, “CIE Informe 2013, Criminalizados, Internados, Expulsados”, Интернет: http://www.entreculturas.org/files/documentos/estudios_e_informes/InformeCIE2013.pdf?download, 30.10.2016.

⁶⁴ Видети: Report of the Special Rapporteur on the human rights of migrants, Francois Crepeau, Интернет: http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session23/A.HRC.23.46_en.pdf, 01.11.2016.

4) ИЗВОРИ

- Bacheaga, Hugo, „Migrant crisis: Have EU promises been kept?“, *BBC News*, 03.02.2016, Интернет: www.bbc.com/news/world-europe-35714715, 07.10.2016.
- Charter of Fundamental Rights of the European Union of 18.12.2000, *Official Journal of the European Communities*, C 364/01.
- Directive 2008/115/EC, of 16 December 2008, on Common Standards and Procedures in Member States for Returning Illegally Staying Third-Country Nationals, *Official Journal of the European Union*, L 348/98.
- Europe's Refugee Crisis An Agenda for Action, Human Rights Watch, United States of America, 2015, Интернет: https://www.hrw.org/sites/default/files/report_pdf/europes_refugee_crisis_an_agenda_for_action-high_res.pdf, 17.10.2016.
- European Commission, Migration and Home Affairs, Common European Asylum System, Интернет: https://ec.europa.eu/home-affairs/what-we-do/policies/asylum_en, 04.10.2016.
- European Commission, Directorate-General for Communication, *The EU and the Refugee Crisis*, Publication Office of the European Union, Luxemburg, 2016, 1-4
- Eurostat Statistics Explained, Migration and migrant population statistics, Интернет: http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Migration_and_migrant_population_statistics, 03.10.2016.
- Eurostat Statistics Explained, Statistics on enforcement of immigration legislation, Интернет: http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Statistics_on_enforcement_of_immigration_legislation, 04.10.2016.
- Key Migration Terms, International Organization for Migration, <http://www.iom.int/key-migration-terms>, 25.10.2016.
- Koser, Khalid, Promoting the Assisted Voluntary Return and Reintegration of Migrants“, Occasional Paper Series, No. 16/2015.
- Munz, Rainer, Reiterer, Albert, *Overcrowded World? Global Population and International Migration*, Haus Publishing Ltd, London 2009, p. 161.
- Picum Position Paper on EU Return Directive, *Platform for International Cooperation on Undocumented Migrants*, Brussels, 2015.
- Pueblos Unidos, “CIE Informe 2013, Criminalizados, Internados, Expulsados“, Интернет: http://www.entreculturas.org/files/documentos/estudios_e_informes/InformeCIE2013.pdf?download, 30.10.2016.
- Regulation (EU) No 604/2013 of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013, *Official Journal of the European Union*, L 180/31.
- Resolution 1226 (2000) – Execution of judgments of the European Court of Human Rights, adopted by Parliamentary Assembly of the Council of Europe on the 28

- September 2000, Интернет: <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-EN.asp?fileid=16834&lang=en>, 25.10.2016.
- The Schengen acquis – Convention implementing the Schengen Agreement of 14 June 1985 between the Governments of the States of the Benelux Economic Union, the Federal Republic of Germany and the French Republic on the gradual abolition of checks at their common borders, *Official Journal L 239*
- Xu, Zhimei, Plaza, Sonia, „A Summary of news on EU’s “Return” Directive”, siteresources.worldbank.org/INTPROSPECTS/.../summaryofnewsreturndirective.doc, 15.10.2016, pp. 1-2.
- Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода, *Службени лист СЦГ Међународни уговори*, бр.9/2003, 5/2005 и 7/2005-испр.
- Закон о ратификацији конвенције против тортуре и других сурових, нељудских или понижавајућих казни и поступака, *Сл. лист СФРЈ – Међународни уговори*, бр. 9/91.
- Конвенција о статусу избеглица, ступила је на снагу 22.04.1954. године, у складу са чланом 43, *Службени лист ФНРЈ Међународни уговори*, бр. 7/60
- Крастев, Иван, „Распад посткомунистичког поретка“, Интернет: <http://pecanik.net/raspad-postkomunistickog-poretka>, 29.09.2016.
- Пакт о грађанским и политичким правима, усвојен резолуцијом Генералне скупштине УН 2200 А(XXI) од 16.12.1966. *Службени лист СФРЈ – Међународни уговори*, бр.7/71; *Службени лист СРЈ – Међународни уговори*, бр. 4/01.
- Протокол о статусу избеглица закључен 31.01.1967. године, ступио на снагу 04.10.1967. године, у складу са чланом. 8, *Службени лист СФРЈ*, 15/67.
- Сл. лист СЦГ – Међународни уговори*, бр. 9/2003, 5/2005 и 7/2005 - испр.
- Универзална декларација о људским правима, усвојена и проглашена резолуцијом Генералне скупштине УН 217 (III) од 10.12.1948. године.

5) ЗНАЧАЈ ЗА РЕПУБЛИКУ СРБИЈУ

У протеклој деценији, Европска унија донела је више мера с циљем да побољша контролу и руковање нелегалних миграција, а најважнија од њих је „Директива о удаљењу“ донета 2008. године. Одмах након доношења и пре сагледавања ефеката које ће остварити била је изложена оштрим критикама цивилног друштва и академских кругова. У периоду примене 2008–2016. Директива је била стално преиспитивана како великим бројем спорова пред Судом правде Европске уније, тако и мониторингом извршења од стране Европске комисије и међународних невладиних организација које се баве заштитом миграната. Примена правила значајно је утицала на побољшање правних формулација и оперативне примене у државама чланицама ЕУ које

Директиву спроводе у пракси. Намера Парламента и Савета Европске уније била је да Директивом хармонизују законодавство и праксу примене, који су се доста разликовали од државе до државе чланице, пре њеног усвајања. Контрoверза Директиве је у дихотомији њених циљева. Директива је донета да заштити државе Европске уније од нерегуларних миграната, а у исто време има обавезу да заштити елементарна људска права тих истих нерегуларних миграната. Предметна анализа показала је да и у овом случају примена правних норми може из прагматичних разлога да наруши владавину права и да доведе у питање усклађеност дејства норми са начелима заштите људских права. О томе би требало водити рачуна и у Републици Србији, будући да је она као кандидат за приступање Европској унији такође изложена одговарајућим изазовима мигрантске кризе, а посебно узимајући у обзир правилну примену правних стандарда у пракси, будући да је анализа показала да је процедура удаљења нелегалних миграната у државама чланицама Европске уније доста тежак посао, имајући у виду различите интересе држава унутар саме Уније. Правна решења, политички интереси, технолошки ниво, социјалне разлике и финансијска способност разликују се од државе до државе чланице, те је стога хармонична примена правних стандарда теже остварива. То се јасно види из емпиријских података о реализацији основних интенција Директиве. Иако већ годинама заговара приоритет добровољног повратка, већина држава чланица у пракси се више бави присилним удаљавањем нерегуларних миграната, посебно током великих имиграционих притисака. Бројни су и случајеви неодобравања права на добровољни повратак и поред очигледних предности таквог решења и за државу чланицу и за саме држављане трећих држава. Све државе чланице су до сада декларативно прихватиле главне интенције Директиве: поштовања основних права; фер и ефикасне процедуре; смањење случајева у којима су емигранти остали без јасног правног статуса; примат добровољног повратка; промоција реинтеграције и подстицање алтернатива задржавању. Овакве декларативне ставове поздравила је и Међународна правна комисија Уједињених нација у осмом извештају о удаљењу странаца, у којем Специјални извештач УН наводи да Директива садржи прогресивније одредбе упоређене са нормама које се примењују у другим регионима света. Несумњиво је, међутим, да је доношење Директиве и низ пресуда Суда правде ЕУ о њеном спровођењу допринело да велики број националних законодавстава побољша прописе који одређују судбину нерегуларних миграната у државама ЕУ.⁶⁵ Једна од препрека побољшању је неадекватан мониторинг примене Директиве, а

⁶⁵ Zhimei Xu, Sonia Plaza, „A Summary of news on EU’s “Return” Directive”, Интернет: site.resources.worldbank.org/INTPROSPECTS/.../summaryofnewsreturndirective.doc, 15.10.2016, 1-2.

досадашњи резултати *ad hoc* мониторинга су ипак показали критичне проблеме примене. Побољшања су најпотребнија у налажењу и промовисању алтернатива задржавању, затим је неопходно укидање сваке могућности задржавања деце, нужно је и увођење правила да се у току разматрања жалбе на решење о удаљењу примена истог одлаже, а као можда најважније, отворена је могућност за унапређење потпуног приступа правди, односно правним средствима заштите свим мигрантима који су задржани.⁶⁶

⁶⁶ Упркос постигнутом степену хармонизације судске праксе Суда правде ЕУ и Европског суд за људска права, у државама чланицама постоје одговарајућа одступања у примени заштитних мера које предвиђа Директива. То се објашњава дискреционим правом држава, што по себи представља одступање од стандарда људских права и процедуралних гаранција заштите држављана трећих држава. Стога је сарадња судова држава чланица ефикасан инструмент за остварење кохерентне политике удаљења и то много више него сарадња политичких структура националних држава чланица. Хоризонтални судски дијалог националних судова међусобно и националних судова са Судом правде ЕУ, примена страних решења у домаћим пресудама и размена искустава може значајно смањити неконзистентност у спровођењу ове осетљиве политике. Сарадња се базира на стручним интересима, а не на нестабилним политичким комуникацијама што представља гаранције да ће се пракса поштовања људских права у драматичним процесима одлучивања о удаљењу грађана трећих држава који бораве нелегално у ЕУ ширити правним системом Европске уније, односно у оквиру правних поредака држава чланица.