

Др Вељко Турањанин*

Прегледни научни чланак
УДК: 341.231.14:343.125-053.2

ЛИШЕЊЕ СЛОБОДЕ МАЛОЛЕТНИХ МИГРАНАТА СА И БЕЗ ПРАТЊЕ ПРЕМА СТАВОВИМА ЕВРОПСКОГ СУДА ЗА ЉУДСКА ПРАВА¹

Рад примљен: 07. 11. 2019.

Рад исправљен: 22. 11. 2019.

Рад прихваћен за објављивање: 09. 12. 2019.

Аутор у раду објашњава једно од најпроблематичнијих питања мигрантске кризе, а то је лишење слободе детета мигранта које нема пратњу на свом мигрантском путу. Положај миграната у кризи која је погодила Европу сам по себи није једноставан, али га чини још тежим чињеница да често са пунолетним мигрантима путују и деца, а најтежи аспект ове појаве свакако чине деца мигранти која путују без пратње. Државе које су највише погођене приливом деце без пратње су Грчка и Малта. Чланом 5. Европске конвенције о заштити људских права и основних слобода таксативно су наведени основи по којима неко лице може бити лишено слободе, а последњих година Европски суд за људска права је детаљно елаборирао основ за одређивање притвора мигрантима. Аутор у раду је највећу пажњу посветио ставовима овог суда када су у питању деца мигранти са и без пратње анализирајуће све пресуде донете до јула месеца 2019. године, а о томе колико је тежак њихов положај довољно говори чињеница да је у свим пресудама Суд нашао повреду конвенцијских права приликом њиховог лишења слободе.

Кључне речи: деца мигранти без пратње, деца мигранти са пратњом, лишење слободе, мигрантска криза, Европска конвенција о заштити људских права и основних слобода, јуриспруденција Европског суда за људска права.

I УВОД

Медитеранска мигрантска криза се не смирује. У периоду од 1950.-2010. године, пак, природа и карактер ових миграција се променила.² Италија је дуго

* Доцент Правног факултета Универзитета у Крагујевцу, vturanjanin@jura.kg.ac.rs.

¹ Рад је написан у оквиру пројекта Правног факултета Универзитета у Крагујевцу Усклађивање правног система Србије са стандардима Европске уније.

година суочена са приливом илегалних миграната морем, често организованих од стране криминалних група.³ Међутим, судећи по поступцима који су се водили и/или који се воде пред Европским судом за људска права (у даљем тексту: Суд), Грчка и Малта не заостају за Италијом. Са мањим успехом, мигранти подносе представке против других држава, попут земаља региона. Таква путовања су испуњена опасностима по живот, бродови често носе много више миграната него што брод сме да повезе, немају стандардну опрему, а ни капетани често нису професионални морепловци.⁴

Мигранти се налазе у тешком положају како у развијеним државама, тако и у земљама у развоју.⁵ Ради се о мешовитим миграцијама (*mixed migration*), при чему се овај концепт још увек развија, обухватајући мигранте различите националности, мотива итд.⁶ Међутим, притисак миграција не може да ослободи државе њихових обавеза у вези са поштовањем људских права.⁷ Тежиште овог рада биће на медитеранској кризи и положају малолетних миграната са и без пратње превасходно са становишта Суда када је у питању лишење слободе, с тим што су са сличним проблемима суочене и друге земље, попут Аустралије.⁸

На почетку је неопходно скренути пажњу, како се то наводи у многобројним пресудама, да је Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода (у даљем тексту: Конвенција) жив инструмент, што може да има за последицу да се њене одредбе тумаче временом на различит начин.⁹

² H. Haas, *Mediterranean migration futures: Patterns, drivers and scenarios*, Global Environmental Change, 2011, 60.

³ A. Pascale, *Migration Control at Sea: The Italian Case*. In & V. B. Ryan, *Extraterritorial Immigration Control: Legal Challenges*, Leiden-Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2010, 283.

⁴ A. Klug, *Strengthening the Protection of Migrants and Refugees in Distress at Sea through International Cooperation and Burden-Sharing*, International Journal of Refugee Law, 2014, Vol. 26, No. 1, 2014, 49.

⁵ K. Ogg, *Protection from 'Refuge': On What Legal Grounds Will a Refugee Be Saved from Camp Life?*, International Journal of Refugee Law, Vol. 28, No. 3, 2016, 385.

⁶ M. Sharpe, *Mixed Up: International Law and the Meaning(s) of "Mixed Migration"*, Refugee Survey Quarterly, vol. 37, 2018, 116–138.

⁷ V. Moreno-Lax, *Hirsi Jamaa and Others v Italy or the Strasbourg Court versus Extraterritorial Migration Control?*, Human Rights Law Review, vol. 12, no. 3, 2012, 598.

⁸ A. Schloenhardt, & C. Craig, *'Turning Back the Boats': Australia's Interdiction of Irregular Migrants at Sea*, International Journal of Refugee Law, Vol. 27, No. 4, 2015, 536–572, M. Marmo, & M. Giannacopoulos, *Cycles of judicial and executive power in irregular migration*, Comparative Migration Studies, vol. 5, 2017, 5, C. Henderson, *Australia's Treatment of Asylum Seekers: From Human Rights Violations to Crimes Against Humanity*, Journal of International Criminal Justice, vol. 12, 2014, 1161–1181.

⁹ D. Mekbrajd, *Ljudska prava u krivičnom postupku: praksa Evropskog suda za ljudska prava*, Beograd: Savet Evrope, 2009, 17; E. Bjorge, *Right for the Wrong Reasons: Silih v Slovenia and Jurisdiction Ratione Temporis in the European Court of Human Rights*, The British Yearbook of International Law, Vol. 83, No. 1, 2013, 120.

Вељко Турањанин, Лишење слободе малолетних миграната са и без пратње према ставовима европског суда за људска права (стр. 17-36)

Најпознатија пресуда у овој области датира из 2012. године, дочекана као историјска од стране бранилаца људских права¹⁰, а у којој је скренута пажња на кључне међународне акте који важе у овој области (*Hirsi Jamaa i drugi protiv Italije*, број 27765/09, 23. фебруар 2012. године), у којој је Суд нашао постојање повреде чланова 3. и 13. Конвенције и члана 4. Протокола 4. уз Конвенцију, при том не заборављајући одлуку Комисије о недопустивости представке у предмету *J.H.A. против Шпаније* (због непостојања *locus standi* подносилаца представке (*J.H.A. против Шпаније*, број 323/2007, 21. новембар 2008. године)). Ово је прва пресуда где је Суд једногласно једну државу нашао одговорном за кршење људских права миграната и избеглица пресретнутих на отвореном мору и враћеним у трећу државу¹¹ и представља унапређење судске праксе Суда на више поља, попут екстратериторијалне примене људских права и третмана који треба пружити мигрантима и азилантима.¹² И као што је судија *Pinto de Albuquerque* примећује у овој пресуди, постављено је ултимативно питање како Европа треба да препозна да мигранти имају право да имају права.¹³ Но, пре преласка на разматрање проблема лишења слободе малолетних миграната, неопходно је указати на принцип *non-refoulement*-а.

II О ПРИНЦИПУ НЕВРАЋАЊА

Кључни елемент еволуције ЕУ представља укидање унутрашњих граница и успостављање слободе кретања, што, међутим, није праћено јединственим правним системом.¹⁴ Основе савременог система заштите миграната постављене су након Другог светског рата.¹⁵ Последњу деценију, пак, обележавају два различита приступа мигрантском питању, па на једној страни имамо појачану милитаризацију и контролу граница, уз подизање ограда, а на другој јачање људских права и слобода миграната.¹⁶ Економска криза и политичке промене у појединим регијама Африке и Азије неминовно узрокују

¹⁰ I. Mann, *Maritime Legal Black Holes: Migration and Rightlessness in International Law*, *The European Journal of International Law* Vol. 29. No. 2, 2018, 357.

¹¹ M. Giuffrè, *Watered-down Rights on the High Seas: Hirsi Jamaa and Others V Italy (2012)*, *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 61, No. 3, 2012, 729.

¹² I. Papanicolopulu, *Hirsi Jamaa v. Italy*, *The American Journal of International Law*, Vol. 107, No. 2, 2013, 420.

¹³ A. L. Hirsch, & N. Bell, *The Right to Have Rights as a Right to Enter: Addressing a Lacuna in the International Refugee Protection Regime*, *Hum Rights Rev*, vol. 18, 2017, 418.

¹⁴ V. Mitsilegas, *Solidarity and Trust in the Common European Asylum System*, *Comparative Migration Studies*, vol. 2, no. 2, 2014, 182.

¹⁵ A. Betts, *Survival Migration: Failed Governance and the Crisis of Displacement*. Ithaca-London: Cornell University Press, 2013, 10.

¹⁶ K. F. Aas, & H. O. Gundhus, *Policing Humanitarian Borderlands: Frontex, Human Rights and the Precariousness of Life*, *Brit. J. Criminol.* vol. 55, 2015, 1.

изазове за Европу¹⁷, у овом контексту превасходно миграционе. У складу са дешавањима, политичари, правници, лаици оглашавају се путем друштвених мрежа, саопштења и радова. Међународне организације широм света сагледавају на који начин људска права могу да заштите права миграната¹⁸, а расправа о вези између људских права и права миграната од дубоког је значаја.¹⁹ Ради се о заиста великом проблему и политичком дискурсу²⁰, а притом, највећа дискусија око мигрантске контроле се води у вези са легалношћу активности потискивања (*push-backs*).²¹ Имиграциони системи контроле данас се одликују стратегијама „екстратериторијалности“²², које превасходно обухватају мере пресретања бродова на отвореном мору или у територијалним водама трећих земаља и постављање имиграционих службеника за спречавање укрцавања миграната на летове за трећу земљу.²³ Државе чланице ЕУ користе низ средстава за контролу својих граница, које шире ван својих територија.²⁴ И док са једне стране имамо активности држава око решавања мигрантских питања, појавио се проблем до које мере је Конвенција средство за екстратериторијалну контролу имиграције, поготово након што је пресуда *Banković и други против Белгије и других* додатно узбуркала море.²⁵ Како фигуративно тако и у природи.

¹⁷ J. L. Černič, *The European Court of Human Rights, Rule of Law and Socio-Economic Rights in Times of Crises*, Hague J Rule Law, vol. 8, 2016, 237.

¹⁸ D. J. Cantor, *Reframing Relationships: Revisiting the Procedural Standards for Refugee Status Determination in Light of Recent Human Rights Treaty Body Jurisprudence*, Refugee Survey Quarterly, vol 34, 2014, 79.

¹⁹ C. Harvey, *Time for Reform? Refugees, Asylum-seekers, and Protection Under International Human Rights Law*, Refugee Survey Quarterly, vol 34, 2014, 44, K. McConnachie, *Refugee Protection and the Art of the Deal*, Journal of Human Rights Practice, vol. 9, 2017, 191.

²⁰ M. H. Meçe, *Risk Factors of the Irregular Migratory Waves on the Western Balkan Route: Implications in the European Union Countries*. In E. Balica, & V. Marinescu, *Migration and Crime: Realities and Media Representations*, Bucharest: Palgrave Macmillan, 2018, 45.

²¹ N. Markard, *The Right to Leave by Sea: Legal Limits on EU Migration Control by Third Countries*, The European Journal of International Law Vol. 27 no. 3, 2016, 591–592.

²² B. Ryan, *Extraterritorial Immigration Control: What Role for Legal Guarantees?* In B. Ryan, & V. Mitsilegas, *Extraterritorial Immigration Control: Legal Challenges*, Leiden-Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2010, 3.

²³ A. Klug, & T. Howe, *The Concept of State Jurisdiction and the Applicability of the Non-refoulement Principle to Extraterritorial Interception Measures*. In B. Ryan, & V. Mitsilegas, *Extraterritorial Immigration Control: Legal Challenges*, Leiden-Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2010, 69-70.

²⁴ C. Costello, *Courting Access to Asylum in Europe: Recent Supranational Jurisprudence Explored*, Human Rights Law Review, vol. 12, no. 2, 2012, 290.

²⁵ E. Brouwer, *Extraterritorial Migration Control and Human Rights: Preserving the Responsibility of the EU and its Member States*. In B. Ryan, & V. Mitsilegas, *Extraterritorial Immigration Control: Legal Challenges*, Leiden-Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2010, 213.

Вељко Турањанин, Лишење слободе малолетних миграната са и без пратње према ставовима европског суда за људска права (стр. 17-36)

У Женевској конвенцији о статусу избеглица из 1951. године одређују се ситуације у којима држава мора да пружи избеглички статус лицима која траже тај статус. Чланом 1. Женевске конвенције одређује се појам избеглице, као лица које се због основаног страха од прогона на основу расе, вере, националности, припадности одређеној социјалној групи или политичког мишљења, нађе изван земље своје националности и није у стању или, због таквог страха, не жели да користи заштиту те земље; или лица које, пошто нема националност, а борави, због таквих догађаја, изван земље у којој је раније била насељена, и не може или, због таквог страха, не жели у њу да се врати. Затим, према члану 33. ставу 1. ниједна држава уговорница неће на било који начин протерати или вратити (*refouler*)²⁶ избеглицу до границе територије где би му живот или слобода били под претњом по основу расе, вере, националности, припадности одређеној социјалној групи или политичког мишљења. Наравно, међународно право дозвољава државама да предузму разумне мере у својим територијалним водама како би се спречио улазак бродова који превозе илегално мигранте.²⁷ Једноставно, веза између миграната и контроле миграција је увек била тачка сукоба између суверености државе и међународног права²⁸, али и између права и политике. Ипак, постојање међународних уговора и националног законодавства којим се гарантују права не значи истовремено да неће доћи до њихове повреде.²⁹

Као што видимо, један од базичних принципа у овој области јесте управо принцип невраћања, на који указује УНХЦР у Напомени о међународној заштити избеглица од 13. септембра 2001. године, наглашавајући да се ради о кључном принципу заштите отелотвореног у Конвенцији, на који није дозвољена било каква резерва.³⁰ У значајном смислу овај принцип је логичан наставак права да се тражи азил, признатом у Универзалној декларацији о људским правима, који је почео да се сматра правилом међународног обичајног права обавезујућег за све државе. Уз то, међународно хуманитарно право успоставља невраћање као темељну компоненту апсолутне забране мучења и окрутног, нечовечног или понижавајућег поступања или кажњавања. Дужност да се не врати (*refouler*) призната је и као примењива на избеглице без обзира

²⁶ Овај принцип датира још из 1933. Године. Вид. J. H. Bhuiyan, *Protection of Refugees through the Principle of Non-Refoulement*. In R. Islam, & J. H. Bhuiyan, *An Introduction to International Refugee Law*, Leiden-Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2013, 101.

²⁷ D. Guilfoyle, *Shipping Interdiction and the Law of the Sea*, Cambridge: Cambridge University Press, 2009, 222.

²⁸ T. Gammeltoft-Hansen, *Access to Asylum: International Refugee Law and the Globalization of Migration Control*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, 11.

²⁹ О томе и H. Storey, *The Meaning of "Protection" within the Refugee Definition*, *Refugee Survey Quarterly*, vol 35, 2016, 20.

³⁰ О правној природи овог принципа вид. K. Greenman, *A Castle Built on Sand? Article 3 ECHR and the Source of Risk in Non-Refoulement Obligations in International Law*, *International Journal of Refugee Law*, Vol. 27, No. 2, 2015, 264–296.

на формално признавање њиховог статуса, тако да очигледно укључује тражиоце азила о чијем статусу још није одлучено. Подразумева све мере које се могу приписати држави, а које би могле имати деловање враћања тражиоца азила или избеглице на границе територија где би им живот или слобода били под претњом, или где би били изложени ризику прогона. То укључује одбијање на граници, пресретање и индиректно враћање (*refoulement*), било појединца који тражи азил или у ситуацијама масовног прилива. Иако на први поглед може да делује да враћање неког брода на отворено море не мора довести до *refoulment*-а, јер брод теоретски може да плови у било коју државу на свету која има море, ствар је далеко компликованија.³¹ Веома је значајна и Резолуција 1812 Савета Европе из 2011. године о пресретању и спасавању на мору тражилаца азила, избеглица и нерегуларних миграната.³² Иако поједине државе

³¹ D. Guilfoyle, *Shipping Interdiction and the Law of the Sea*, Cambridge: Cambridge University Press, 2009, 222.

³²1. Надзирање јужних граница Европе постало је регионални приоритет. Европски континент мора да се носи с релативно великим приливом миграционих токова морским путевима из Африке, који до Европе углавном долазе преко Италије, Малте, Шпаније, Грчке и Кипра.

2. Мигранти, избеглице, тражиоци азила и други ризикују животе да би дошли до јужних граница Европе, углавном на несигурним пловилима. Та путовања, увек илегална, углавном бродовима који не плове под било каквом заставом, излажу их ризику да падну у руке круговима кријумчара и трговаца мигрантима, те одражавају очај путника који немају на располагању никакав законит, а првенствено никакав сигурнији начин да дођу до Европе.

3. Мада је број долазака морем у последњих неколико година драстично опао, што је резултирало променом рута миграције (нарочито према копненој граници између Турске и Грчке), Парламентарна скупштина, подсећајући, између осталог, на своју Резолуцију 1637 (2008.) о људима који у Европу путују бродом: о мешовитим миграционим токовима морским путем у јужну Европу, још једном исказује своју истинску забринутост мерама које се предузимају као одговор на долазак тих мешовитих миграционих токова морским путем. Многи који се на мору нађу у невољи буду спашени, а многи који покушавају доћи до Европе буду враћени, али листа инцидената с фаталним исходом – предвидивих колико и трагичних – дуга је и тренутно скоро свакодневно постаје дужа.

4. Надаље, недавни доласци у Италију и Малту након немира у Северној Африци потврђују да Европа мора увек бити спремна да се суочи с великим приливом нерегуларних миграната, тражилаца азила и избеглицана своје јужне обале.

5. Скупштина примећује да мере за решавање ових поморских долазака отварају бројне проблеме, од којих су посебно забрињавајући:

5.1. упркос неколико релевантних међународних инструмената применљивих на ово подручје, који на задовољавајући начин успостављају права и обавезе држава и појединаца примењиве на ово подручје, чини се да се разликују тумачења њиховог садржаја. Неке државе не слажу се у погледу природе и опсега својих одговорности у конкретним ситуацијама, а неке државе доводе у питање примену принципа невраћања на отворено море;

5.2. мада у случају пресретања на мору апсолутни приоритет јесте брзо искрцавање спашених на “сигурно место”, појам “сигурно место”, како се чини, не тумаче све државе чланице на исти начин. Међутим, јасно је да појам “сигурно место” не би требало да буде ограничен само на физичку заштиту људи, већ мора садржавати и поштовање њихових основних права;

5.3. разлижења ове врсте директно угрожавају животе људи који се спашавају, нарочито тиме што се одгађају или спречавају мере спасавања, те постоји вероватноћа да ће одвратити поморце од спашавања угрожених на мору. Надаље, то може резултирати кршењем принципа невраћања у погледу одређеног броја људи, укључујући и неке којима треба међународна азаштита;

5.4. мада Европска агенција за управљање оперативном сарадњом на вањским границама држава чланица Европске уније (FRONTEX) игра све значајнију улогу у пресретању на мору, не постоје адекватне гаранције поштовања људских права и обавеза које произилазе из међународног права и права Европске уније, у контексту заједничких операција које Агенција координира; (због своје улоге која је отишла далеко од поштовања људских права, FRONTEX је вишеструко критикован у научној и стручној јавности (Aas i Gundhus, 2015))

5.5. на крају, такви доласци морским путем несразмеран терет стављају на земље које се налазе на јужним границама Европске уније. Далеко је од тога да се остварио циљ праведније расподеле одговорности и веће солидарности међу европским земљама у сфери миграција.

6. Ситуацију усложњава чињеница да су ти миграциони токови мешовите природе, те, сходно томе, траже специјализоване и прилагођене одговоре, сензибилизоване у погледу заштите, у складу са статусом спашених. Да би се на доласке путем мора одговорило адекватно и у складу с релевантним међународним стандардима, државе у својим политикама и активностима везаним за управљање миграцијама морају узети у обзир и тај аспект.

7. Скупштина подсећа државе чланице на обавезе које имају по међународном праву, укључујући Европску конвенцију о људским правима (ETS бр. 5), Конвенцију Уједињених нација о праву мора из 1982, те Женевску конвенцију о статусу избеглица из 1952, и нарочито их подсећа на принцип невраћања и право на тражење азила. Скупштина наглашава обавезе држава потписница Међународне конвенције о сигурности живота на мору из 1974. И Међународне конвенције о поморском трагању и спашавању.

8. На крају и изнад свега, Скупштина подсећа државе чланице да имају и моралну и правну обавезу да спашавају угрожене на мору без и најмањег одгађања, те недвосмислено наглашава тумачење које је дала Канцеларија Високог комесара Уједињених нација за избеглице (UNHCR), које каже да се принцип невраћања подједнако примењује на отвореном мору. Отворено море није подручје где су државе изузете од својих правних обавеза, укључујући оне које произилазе из међународног права људских права и међународног избегличког права.

9. Сходно томе, Скупштина позива државе чланице, кад обављају операције поморског надзора, било у контексту спречавања кријумчарења и трговине људима или у вези с управљањем границама, било у вези с извршавањем своје *de jure* или *de facto* јурисдикције, да учине следеће:

- 9.1. да без изузетка и без одгађања извршавају своје обавезе спашавања угрожених на мору;
- 9.2. да осигурају да њихове политике рада и активности у управљању границом, укључујући мере пресретања, признају мешовит састав токова људи који покушавају да пређу поморске границе;
- 9.3. да гарантују свим пресретнутим лицима човечно поступање и систематично поштовање људских права, укључујући принцип невраћања, без обзира на то да ли су мере извршене унутар њихових територијалних вода, територијалних вода друге државе на основу *ад хоц* билатералног споразума, или на отвореном мору;
- 9.4. да се уздрже од било каквих поступака који би могли представљати директно или индиректно враћање, укључујући и на отвореном мору, у складу с UNHCR-овим тумачењем екстратериторијалне примене тог принципа, те у складу с релеватним пресудама Европског суда за људска права;
- 9.5. да као приоритетну активност обаве брзо искрцавање спашених на “сигурно место”, те да “сигурно место” тумаче као место где се могу задовољити непосредне потребе искрцаних, а да се ни на који начин не угрозе њихова основна права, јер појам “сигурност” превазилази границу пуке заштите од физичке опасности, те мора узети у обзир и димензију основних права у погледупредложеног места искрцавања;
- 9.6. да гарантују приступ правичној и ефективној процедури азила за оне који буду пресретнути, а којима треба међународн азаштита;
- 9.7. да гарантују приступ заштити и помоћи, укључујући процедуру азила, онима који су пресретнути, а жртве су трговине људима или постоји ризик да то постану;
- 9.8. да осигурају да смештај пресретнутих – увек искључујући малолетнике и рањиве категорије – без обзира на њихов статус, у објекте за задржавање увек буде уз одобрење судских власти, те да се дешава само кад је неопходан и по основама прописаним законом, кад не постоји друга одговарајућа алтернатива, те да такав смештај задовољава минималне стандарде и принципе одређене Резолуцијом Скупштине бр. 1707 (2010.) очувању тражилаца азила и нерегуларних миграната у Европи;
- 9.9. да суспендују све билатералне споразуме које су евентуално закључиле с трећим земљама, ако се њима примерено не гарантују људска права пресретнутих, нарочито право на приступ процедури азила, те кад би они могли представљати кршење принципа невраћања, и да закључе нове билатералне споразуме који ће конкретно садржавати такве гаранције људских права и мере за њихово редовно и ефективно праћење;
- 9.10. да потпишу и ратификују, ако то већ нису урадиле, горепоменуте релеватне међународне инструменте, те да узму у обзир Смернице за поступање с лицима спашеним на мору, које је из дала Међународна поморска организација (ИМО);
- 9.11. да потпишу и ратификују, ако то већ нису урадиле, Конвенцију Савета Европе о акцији против трговине људима (CETS br. 197) и тзв. “Протоколе из Палерма” уз Конвенцију Уједињених нација против транснационалног организованог криминала (2000.);
- 9.12. да осигурају да операције надзора поморских граница и мере контроле граница не погађају специфичну заштиту која се по међународном праву даје рањивим категоријама у које спадају избеглице, апатриди, жене и деца без родитељске пратње, мигранти, жртве трговине људима или потенцијалне жртве, или жртве мучења и трауме.

Вељко Турањанин, Лишење слободе малолетних миграната са и без пратње према ставовима европског суда за људска права (стр. 17-36)

закључују међусобне уговоре којима на неки начин покушавају да заобиђу правила међународног права, иста се не могу ставити ван снаге на тај начин. Рецимо, Италија и Либија су закључиле у периоду 2000-2012. године више тајних уговора, од којих су се поједини односили на контролу кријумчарења миграната у Италију и њиховог слања назад у Либију³³, а сличне уговоре Италија је закључила и са Тунисом. Уговор је стављен ван снаге³⁴, да би два месеца након пресуде био закључен нови, који обавезује Либију да ојача копнене и морске границе, а да Италија пружи техничку помоћ, опрему и обуку

10. Скупштина је забринута недостатком јасноће у погледу одговорности држава Европске уније, односно FRONTEX-а, те одсуством адекватних гаранција поштовања основних права и међународних стандарда у оквиру заједничких опреација које координира та агенција. Док Скупштина поздравља предлоге које је Европска унија представила у смислу измене правила везаних зарад те агенције, с циљем јачања пуног поштовања основних права, сматра их неадекватним и било би јој драго да се Европском парламенту повери демократски надзор над активностима агенције, нарочито кад се ради о поштовању основних права.

11. Скупштина такође сматра да је неопходно да се уложи напор да се исправе примарни узроци који наводе очајна лица да живот излажу ризику укрцавањем на бродове за Европу. Скупштина позива све државе чланице да појачају своје напоре на промоцији мира, владавине закона и просперитета у земљама порекла потенцијалних имиграната и тражилаца азила.

12. Коначно, у светлу озбиљних изазова које приобалним земљама поставља нерегуларни поморски прилив људи, Скупштина позива међународну заједницу, нарочито ИМО, UNHCR, Међународну организацију за миграције (IOM), Савет Европе и Европску унију (укључујући FRONTEX и Европску канцеларију за подршку азилу) да учине следеће:

12.1. да пружи сву потребну помоћ тим државама, у духу солидарности и поделе одговорности;

12.2. да под покровитељством ИМО-а уложи заједничке напоре да осигурају конзистентан и хармонизован приступ међународном поморском праву кроз, између осталог, споразум о дефиницији и садржају кључних појмова и норми;

12.3. да установе међуагенцијску групу, с циљем изучавања и решавања најважнијих проблема у пољу поморског пресретања, укључујући пет проблема идентификованих у овој резолуцији, те с циљем успостављања јасних приоритета у политици рада, давања усмерења државама и другим релевантним актерима, те праћења и оцене коришћења мера поморског пресретања. Ту групу би требало да чине чланови ИМО-а, UNHCR-а, IOM-а, Савета Европе, FRONTEX-а и Европске канцеларије за подршку азилу.

³³ A. T. Gallagher, & F. David, *The international law of migrant smuggling*, Cambridge: Cambridge University Press, 2014, 7, J. Hessbrügge, *Introductory note to the European Court of Human Rights: Hirsi Jamaa et al. v. Italy*, *International Legal Materials*, vol. 51, 2012, 423. О кријумчарењу и рутама опширно вид. у P. Tinti, & T. Reitano, *Migrant, Refugee, Smuggler, Savior*. Oxford: Oxford University Press, 2017.

³⁴ A. Pera, *The residence permit for third-country nationals who are victims of human trafficking: A double-face instrument between compliance strategy and protection of human rights*, *Journal of Financial Crime*, Vol. 24 No. 2, 2017, 358.

либијских службеника.³⁵ Ипак, у периоду од 06. маја до 06. новембра 2009. године 834 лица су враћена у Либију, 23 у Алжир³⁶, а генерално посматрано, са европских граница последњих година враћено је на хиљаде миграната.³⁷ Када су у питању малолетници, за ова разматрања је, пак, од великог значаја Директива 2005/85 којом је предвиђено да органи државне власти морају да избегавају одређивање притвора малолетнику.

III ОСНОВНЕ ПОСТАВКЕ ЛИШЕЊА СЛОБОДЕ ЗА МИГРАНТЕ

Члан 5. Конвенције гарантује да свако има право на слободу и безбедност личности, а да нико не може бити лишен слободе осим у таксативно набројаним случајевима и у складу са законом прописаним поступком. Овај члан се односи на заштиту сваког лица, што је Суд потврдио у пресуди *Nada против Швајцарске* (*Nada против Швајцарске*, број 10593/08, став 224, 12. септембар 2012. године). Већина држава ЕУ омогућава лишење слободе мигрантима по њиховом уласку у земљу. Лишење слободе, пак, најчешће одређује гранична полиција.³⁸ Установљавање глобалне слике о лишењу слободе миграната сматра се екстремно тешким.³⁹ Основи за лишење слободе су у Конвенцији исцрпно наведени и лице не може бити лишено слободе ван набројаних основа (видети *Saadi против Велике Британије*, број 13229/03, став 43, 29. јануар 2008. године). За ова разматрања значајна је тачка ф става 1. члана 5. Конвенције, којим је прописано законито хапшење или лишење слободе лица да би се спречио његов неовлашћени улазак у земљу, или лица против кога се предузимају мере у циљу изгона или екстрадиције. Другим речима, дозвољено је лишење слободе странаца у контексту имиграционе контроле. У поменутој пресуди *Saadi против Велике Британије* Суд је први пут објаснио значење ове тачке, сматрајући да све док држава не одобри улазак било којег странца у земљу, његов улазак се сматра незаконитим. Одређивање притвора лицу које жели да уђе у земљу, а за шта још нема дозволу, може бити законито у смислу Конвенције. Ипак, притвор мора да буде компатибилан са свеукупном сврхом члана 5. који обезбеђује да нико не сме произвољно да буде лишен слободе (*Saadi против Велике Британије*, став 66). Надовезујући се на

³⁵ T. Gammeltoft-Hansen, *International Refugee Law and Refugee Policy: The Case of Deterrence Policies*, Journal of Refugee Studies, Vol. 27, No. 4, 2014, 586.

³⁶ M. Giuffr , *State Responsibility Beyond Borders: What Legal Basis for Italy's Push-backs to Libya?*, International Journal of Refugee Law, Vol. 24, No. 4, 2013, 697.

³⁷ G. Bevilacqua, *Exploring the Ambiguity of Operation Sophia Between Military and Search and Rescue Activities*. У G. Andreone, *The Future of the Law of the Sea: Bridging Gaps Between National, Individual and Common Interests*, Rome: Springer Open, 2017, 168.

³⁸ G. Cornelisse, *Immigration Detention and Human Rights Rethinking Territorial Sovereignty*. Leiden-Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2010, 8.

³⁹ L. Fiske, *Human Rights, Refugee Protest and Immigration Detention*, London: Palgrave Macmillan, 2016, 191.

Вељко Турањанин, Лишење слободе малолетних миграната са и без пратње према ставовима европског суда за људска права (стр. 17-36)

овај став, суд је у предмету *Suso Musa против Малте* заузео став да питање у ком моменту први део члана 5. Конвенције престаје да се примењује (јер је појединцу одобрено формално одобрење за улазак или боравак) у великој мери зависи од националног права (*Suso Musa против Малте*, број 42337/12, став 97, 23. јул 2013. године).⁴⁰

Лишење слободе мора да буде законито, а када је у питању законитост притвора, укључујући и питање поступка прописаног законом, Конвенција у основи упућује на национално законодавство и предвиђа обавезу да се поштују материјална и процесна правила конкретног законодавства. Међутим, поштовање домаћег законодавства није довољно, него свако лишење слободе мора да заштити појединца од произвољности. Дакле, чак и у случају да је неко лишење слободе у складу са националним законом који регулише дату материју, то још увек оставља простор да лишавање слободе буде произвољно, а самим тим и супротно Конвенцији. Другим речима, ниједан притвор који је произвољан не може бити компатибилан са чланом 5. Конвенције, при чему се појам произвољности протеже ван неусклађености са домаћим правом, тако да лишење слободе може да буде у сагласности са домаћим законодавством, али да је и даље супротно Конвенцији (*Saadi против Велике Британије*, став 67; *Mahamed Jama против Малте*, став 139). За ова разматрања су такође значајни и ставови које је Суд заузео у пресудама *A. и други против Велике Британије* и *Louled Massoud против Малте*. Наиме, да би се избегло да неки притвор буде означен као произвољан, он мора бити одређен у доброј вери. Затим, мора бити уско повезан са основима за одређивање притвора. Место и услови у којима је лице притворено морају да буду примерени имајући у виду чињеницу да се ова мера примењује не на лица која су извршила кривично дело већ на странце који су, често у страху за сопствени живот, побегли из своје земље, при чему дужина притвора не сме да прелази време које је разумно неопходно за сврху због које је одређен (*A. и други против Велике Британије*, број 3455/05, став 164, 19. фебруар 2009. године; *Louled Massoud против Малте*, број 24340/08, став 62, 27. јул 2010. године). У наставку рада елаборираћемо укратко до сада донете пресуде у вези са лишењем слободе малолетних миграната са и без пратње.

IV ЛИШЕЊЕ СЛОБОДЕ ДЕЦЕ СА ПРАТЊОМ У ЈУРИСПРУДЕНЦИЈИ ЕВРОПСКОГ СУДА ЗА ЉУДСКА ПРАВА

Пред Судом су се до сада водили бројни поступци у циљу заштите права миграната, али посебан акценат се ставља на заштиту права малолетних миграната, са и без пратње. У том правцу посебно је осетљиво питање лишења слободе. Због обима рада овде ће бити објашњено само питање лишења

⁴⁰ Погледати додатно у: L. Harta, *We Only Do What's Necessary: Detention of Asylum Seekers in European Law*, *Common Law Review*, vol. 15, 2018, 46.

слободе према члану 5. Конвенцији, док проблематика услова у притвору потпада под члан 3. Конвенције, о чему неће бити речи, иако је познато да мигранти трпе различите облике насиља приликом покушаја да пређу државну границу.⁴¹

На првом месту, према ставу Суда у пресуди *Роров против Француске*, мера притвора мора да буде пропорционална циљу који имају органи власти, а то је најчешће спровођење одлуке о депортацији. Међутим, органи власти морају пре свега да узимају у обзир најбољи интерес детета, што је став целокупне међународне заједнице и докумената, почев од Конвенције о правима детета. Најбољи интерес детета се огледа и у одржавању породице и размишљању о алтернативама притвору (*Роров против Француске*, број 39472/07 и 39474/07, ставови 140-141, 19. јануар 2012. године).

У предмету *Muskhadzhiyeva и други против Белгије*, троје малолетне деце је лишено слободе заједно са њиховом мајком у затвореном транзитном центру. Представка је уложена због незаконитог лишења слободе и неефикасности правног лека, будући да су удаљени из Белгије пре него што је суд донео одлуку по правном леку. Суд је заузео став да су подносиоци представке били у ситуацији у којој је начелно било могуће одредити притвор, али да, међутим, то не значи да је истовремено притвор према њима био законит.⁴² Будући да су деца била смештена у затвореном центру који је био намењен пунолетним лицима и који није био прилагођен њиховој крајњој рањивости, иако су били у пратњи мајке, дошло је до кршења њиховог права на слободу и сигурност. Притвор одређен према њиховој мајци био је, пак, законито одређен (*Muskhadzhiyeva и други против Белгије*, број 41442/07, став 74, 19. јануар 2010. године). Занимљив став Суд је заузео поводом правног лека. Наиме, према ставу Суда није спорно да је касациони суд Белгије донео одлуку након враћања миграната у Пољску, али су пре тога два суда надлежна *de jure* и *de facto* испитала захтев без одлагања, док су мигранти још били у Белгији, те будући да је довољно да само један суд испита жалбу, под условом да поступак има судску природу и да појединцу пружа довољно гаранције не постоји повреда члана 5. става 4. Конвенције (*Muskhadzhiyeva и други против Белгије*, ставови 82-85). Дакле, Суд је заузео исправан став како када је у питању одређивање притвора тако и проблем правног лека. Укратко, да би неком лицу био повређен члан 5. став 4. Конвенције неопходно је да одлука није испитана ни у једној инстанци. У конкретном случају, два суда су пре враћања миграната

⁴¹ J. Jeandesboz, *EU Border Control: Violence, Capture and Apparatus*. In Y. Jansen, R. Celikates, & J. d. Billois, *The Irregularization of Migration in Contemporary Europe: Detention, Deportation, Drowning*, London - New York: Rowman & Littlefield International, 2015, 87.

⁴² О томе и у: C. Costello, *Human Rights and the Elusive Universal Subject: Immigration Detention under International Human Rights and EU Law*, *Indiana Journal of Global Legal Studies* 19, no. 1, 2012, 278.

Вељко Турањанин, Лишење слободе малолетних миграната са и без пратње према ставовима европског суда за људска права (стр. 17-36)

испитала ту одлуку, тако да није постојала повреда овог става члана 5. Конвенције.⁴³

Предмет *Kanagaratnam против Белгије* се односио на притвор мајке и њено троје малолетне деце у затвореном центру за илегалне странце који чекају протеривање. Апликанти су представку уложили ради незаконитог и арбитрерног лишења слободе. Слично као у претходном предмету, Суд је оправдано стао на становиште да је притвор био незаконит, јер смештање деце у затворени центар намењен пунолетним странцима, који је неприлагођен њиховој крајњој рањивости, не представља довољну гаранцију дечијег права на слободу. Чињеница да су деца била у пратњи мајке не мења такав закључак (*Kanagaratnam против Белгије*, број 15297/09, ставови 93-95, 13. децембар 2011. године).⁴⁴

У већ поменутом предмету *Роров против Француске* дошло је до административног лишења слободе тражилаца азила са двоје малолетне деце. Суд је дошао до закључка да је повређен члан 5. Конвенције у погледу деце, јер француски органи нису узели у обзир њихову посебну ситуацију нити су тражили неко друго решење осим административног притвора. Иако је стално понављан став Суда да пре сваког одређивања притвора превасходно треба да се испита могућност примене алтернативних мера, до тога, у пракси, на жалост не долази. Затим, неоспорна је чињеница да у оваквим случајевима одређивање притвора родитељима аутоматски вуче за собом и лишење слободе деце. У овом случају, родитељи су имали право да траже преиспитивање одлуке о одређивању притвора по члану 5. ставу 4. Конвенције, док су деца, пак, запала у правну празнину, те нису могла да користе овај правни лек. У овом случају нису постојале наредбе за протеривање деце које би могле да се оспоре на суду нити је према њима одређен административни притвор, услед чега судови нису могли да испитају законитост њиховог присуства у притвору. Самим тим, деца нису уживала заштиту коју пружа Конвенција (*Роров против Француске*, став 124). *Ciara Smyth* сматра да је након ове пресуде успостављено правило да је позиција међународног права таква да је обавезно лишење слободе малолетних миграната недозвољено, при чему може доћи до истог, али само на основу процене сваког појединог случаја, узимајући у обзир најбољи интерес детета и чињеницу да до одређивања притвора може доћи само у случају да су

⁴³ Важно је споменути да је Суд и кроз ове пресуде развијао концепт *рањивости*. Видети: A. Beduschi, *Vulnerability on Trial: Protection of Migrant Children's Rights in the Jurisprudence of International Human Rights Courts*, Boston University International Law Journal, vol. 36, no. 1, 2018, 59.

⁴⁴ И у *Muskhadzhiyeva и други против Белгије* и у *Kanagaratnam против Белгије* Суд постепено развија концепт рањивости, али се сматра да је на том пољу кључна пресуда *Mubilanzila Mayeka и Kaniki Mitunga против Белгије*, о којој ће бити речи нешто касније. T. Morochovic, *The Weight of Vulnerability: A Comparative Analysis of the Significance of Particular Vulnerability Attributes under ECHR Jurisprudence in Situations of Extreme Vulnerability concerning Migrants*, Exeter Law Review, vol. 44, 2017, 96.

исцрпљене све друге алтернативе, тј. слобода малолетних миграната је правило, а лишење слободе изузетак.⁴⁵ На жалост, пракса је показала да је лишење слободе правило.

Слично чињенично стање је и у предмету *A.B. и други против Француске*, где је Суд дошао до истог закључка. Суд је поново нагласио да је ситуација деце суштински повезана са ситуацијом њихових родитеља, од којих се не би смела раздвајати у највећој могућој мери. Та веза је у интересу деце и има за последицу да када су родитељи стављени у притвор, и деца буду *de facto* лишена слободе. То лишавање слободе произилази из легитимне одлуке родитеља да имају власт над својом децом и да их не поверавају на негу трећим лицима. Међутим, окружење у којем се деца тада налазе представља извор стрепње и напетости који им може нанети озбиљну штету (*A.B. и други против Француске*, број 11593/12, став 122, 12. јул 2016. године). Суд даље закључује да ће присуство детета у пратњи родитеља бити у складу са чланом 5. ставом 1. Конвенције само у ситуацији у којој су државни органи проверили да се ниједна друга мера која укључује лишење слободе не може спровести, осим притвора (*A.B. и други против Француске*, став 123). Идентичан став је Суд заузео и у предметима *R.K. против Француске* и *R.M. против Француске*. Као што видимо, Суд је у датим, предметима трасирао смернице у којима треба да се креће одлучивање националних власти поводом лишења слободе малолетних миграната. Међутим, у предметима *A.M. и други против Француске* и *R.C. и V.C. против Француске* није дошло до повреде овог члана, јер су француски органи покушали да нађу мање принудну меру. Другим речима, тражење алтернатива лишењу слободе јесте у складу са понашањем државних органа које захтева Конвенција.

V ЛИШЕЊЕ СЛОБОДЕ ДЕЦЕ БЕЗ ПРАТЊЕ У ЈУРИСПРУДЕНЦИЈИ ЕВРОПСКОГ СУДА ЗА ЉУДСКА ПРАВА

Нешто већи број предмета који су вођени пред Судом тиче се малолетних миграната без пратње. На самом почетку ових разматрања скренућемо пажњу на једно од најбољих запажања о положају детета које даје Суд у пресуди *Mubilanzila Mayeka и Kaniki Mitunga против Белгије*, који наглашава да се мора имати у виду да је екстремна рањивост детета одлучујући фактор у оваквим предметима и да има предност над статусом илегалних миграната (*Mubilanzila Mayeka и Kaniki Mitunga против Белгије*, број 13178/03, став 55, 12. октобар 2006. године). У овом случају дошло је како до лишења слободе у трајању од скоро два месеца, у центру за пунолетна лица, петогодишње мигранткиње,

⁴⁵ C. Smyth, *Is the Right of the Child to Liberty Safeguarded in the Common European Asylum System*, European Journal of Migration and Law, vol. 15, no. 2, 2013, 119. Видети и: E. K. Blondal, O. M. Arnardottir, *Non-Refoulement in Strasbourg: Making Sense of the Assessment of Individual Circumstances*, Oslo Law Review, vol. 5, no. 3, 2018, 168.

Вељко Турањанин, Лишење слободе малолетних миграната са и без пратње према ставовима европског суда за људска права (стр. 17-36)

држављанке Конга, која је требало да се нађе с мајком, која је стекла статус избеглице у Канади, тако и до њене касније репатријације.⁴⁶ Иако је представка поднесена од стране две апликанткиње, у конкретном случају је само једна била лишена слободе, те је Суд већ на почетку скренуо пажњу да само лице лишено слободе може бити сматрано жртвом у смислу члана 5. Конвенције (*Mubilanzila Mayeka и Kaniki Mitunga против Белгије*, став 96). У конкретном случају није била спорна чињеница да је апликанткиња била законито лишена слободе. Конкретна ситуација се подвела под члан 5. став 1ф Конвенције, којим је прописано законито хапшење или лишење слободе лица да би се спречио његов неовлашћени улазак у земљу, или лица против кога се предузимају мере у циљу изгона или екстрадиције. Закон који се примењује треба да буде довољно доступан, применљив и предвидив.⁴⁷ Суд је у низу пресуда јасно нагласио да мора постојати веза између основа за лишење слободе и места и услова издржавања притвора (примера ради, *Ashingdane против Велике Британије*, 8225/78, став 44, 28. мај 1985. године; *Aerts против Белгије*, 61/1997/845/1051, став 46, 30 јул 1998. године). Суд је скренуо пажњу на чињеницу да је дете било затворено у центру намењеном илегалним мигрантима под истим условима као и одрасли мигранти. Ови услови свакако нису били прилагођени положају екстремне рањивости у коме се нашло дете без пратње (*Mubilanzila Mayeka и Kaniki Mitunga против Белгије*, став 103). Стога је Белгија повредила члан 5. став 1ф Конвенције, будући да њен правни систем није довољно заштитио право на слободу апликанткиње. Истовремено, апликанткињи у овом случају није било допуштено ни право да изјави правни лек против одлуке о депортацији, у смислу члана 5. става 4. Конвенције, којим је предвиђено да свако ко је лишен слободе има право да покрене поступак у коме ће суд хитно испитати законитост лишења слободе и наложити пуштање на слободу ако је лишење слободе незаконито. Будући да се ради о *lex specialis*-у у односу на члан 13. Конвенције, који предвиђа право на делотворан правни лек, белгијски органи нису испунили своје обавезе ни према овом ставу, јер депортација није изједначена са хитним пуштањем на слободу, те су на још један начин повређена конвенцијска права.

Потом, члан 5. став 4. Конвенције није испоштован ни у предмету *Vibullima против Грчке*.⁴⁸ У овом предмету радило се о малолетном албанском држављанину, који је живео у Грчкој с ујаком који је вршио родитељско право.

⁴⁶ Видети: М. Bossuyt, *Judges on Thin Ice: The European Court of Human Rights and the Treatment of Asylum Seekers*, Inter-American and European Human Rights Journal, vol. 3, no. Issues 1-2, 2010, 4.

⁴⁷ X. Ruedin, *Aliens' and Asylum Seekers' Detention under Article 5(1)(f) ECHR*, Swiss Review of International and European Law, vol. 20, no. 4, 2010, 487.

⁴⁸ На основу пресуда које ће бити анализирани јасно је да Грчка има већих проблема са системом азила. Видети додатно у: L. Karamanidou, L. Schuster, *Realizing One's Rights under the 1951 Convention 60 Years on: A Review of Practical Constraints on Accessing Protection in Europe*, Journal of Refugee Studies 25, no. 2, June 2012, 169-192

Међутим, ухапшен је од стране имиграционе полиције која је против њега покренула поступак депортације због тога што није имао важећу боравишну дозволу. Одведен је у притвор, а након што је донета одлука о депортацији, задржан је у притвору због опасности од бекства. О укидању притвора одлучивало се 14 дана. Суд је донео одлуку у корист апликанта, сматрајући да правни лекови који су били доступни апликанту нису испуњавали критеријум хитности (*Bubullima против Грчке*, 41533/08, став 31, 28. октобар 2010. године). Временски период у ком се одлучивало о укидању притвора није испунио наведени захтев, а Суд је ослонац нашао у предмету *Kadem против Малте*, у ком је заузет став да период од 17 дана није испуњавао критеријум хитности (*Kadem против Малте*, број 55263/00, 09. јануар 2003. године). Одлучивање о притвору мора бити хитно, те се стога у потпуности слажемо са Судом у погледу наведене одлуке.

Хронолошки посматрано, следећи предмет у овом низу је *Rahimi против Грчке*, у коме је Суд такође нашао повреду члана 5.⁴⁹ У овом случају малолетни мигрант без пратње стављен је у притвор у центар за пунолетна лица. Иако је у центру задржан свега два дана, Суд је заузео став да грчки органи нису узели у разматрање најбољи интерес детета нити његову ситуацију као мигранта без пратње. Такође, није размотрена чак ни алтернатива притвору, која би била довољна да осигура депортацију. Наведени фактори су стога довели у сумњу добру веру приликом одређивања притвора (*Rahimi против Грчке*, број 8687/08, став 109, 05. април 2011. године).⁵⁰ У суштини, Суд је овде оправдано елаборирао своје ставове које је заузео када су у питању малолетни мигранти са пратњом. Оно што је у овом предмету проблематичније јесте повреда става 4. овог члана, због низа неправилности грчких органа. Наиме, малолетнику је практично било немогуће да дође до адвоката, затим брошура која је садржавала информације о доступним правним лековима била је написана на језику који малолетник није разумео, иако је његово саслушање спроведено на матерњем језику, а на крају је малолетник регистрован с пратњом. Суштински, све и да су апликанту били доступни правни лекови, Суд у овом предмету није дошао до закључка да је исти могао и да их искористи (*Rahimi против Грчке*, став 120).

До сличног закључка Суд је дошао и у предмету *Housein против Грчке*. Наиме, и у овом предмету малолетно лице без пратње је смештено у центар за пунолетна лица почев од 02. јуна 2011. године све до 28. јула исте године. Ни у

⁴⁹ О условима у притвору у овом случају видети у: L. Lavrysen, *European Asylum Law and the ECHR: An Uneasy Coexistence*, Goettingen Journal of International Law, vol. 4, no. 1, 2012, 197-242.

⁵⁰ Ова пресуда се често ставља у ранг са Попов против Француске. Видети: F. Ippolito, *The Contribution of the European Courts to the Common European Asylum System and Its Ongoing Recast Process*, Maastricht Journal of European and Comparative Law, vol. 20, no. 2, 2013, 271.

Вељко Турањанин, Лишење слободе малолетних миграната са и без пратње према ставовима европског суда за људска права (стр. 17-36)

овом случају грчки органи нису узели у обзир чињеницу да се ради о малолетнику без пратње нити су преиспитали могућност да ли се сврха може постићи блажом мером, иако је, док је текао поступак, стигао предлог да се малолетник пребаци у центар прилагођен његовим потребама (*Housein protiv Grčke*, број 71825/11, ставови 75-77, 83, 24. октобар 2013. године). Наравно, прекршен је члан 5. Конвенције, те нема потребе да се враћамо на разлоге за то, а који су у суштини идентични као у претходној пресуди.

Предмет *Mohamad protiv Grčke* је карактеристичан по томе што је у време хапшења подносилац представке, ирачки држављанин, био малолетник без пратње, који је достигао доба пунолетства у притвору. Суд је утврдио повреду члана 5. става 1. због тога што су грчки органи држали малолетника у притвору не обазирјући се на његов статус малолетника без пратње, а након што је стекао пунолетство продужили су му притвор без предузимања било којег корака у правцу његовог укидања (*Mohamad protiv Grčke*, број 70586/11, став 85, 11. децембар 2014. године). Став Суда је и овде јасан и немогуће је не сложити се са истим.

У предмету *Abdullahi Elmi u Aweys Abubakar protiv Малте* Суд је, надовезујући се на схватање изражено у *Mubilanzila Mayeka u Kaniki Mitunga protiv Белгије* веома лепо скренуо пажњу на чињеницу да деца имају специфичне потребе које су посебно повезане са њиховим годинама и недостатком независности, те статусом тражиоца азила, при чему Конвенција о правима детета охрабрује државе да предузму одговарајуће мере да детету које жели да добије избеглички статус пружи заштиту и хуманитарну помоћ, било да је дете само или у пратњи родитеља (*Abdullahi Elmi u Aweys Abubakar protiv Малте*, број 25794/13 и 28151/13, став 103, 22. новембар 2016. године).⁵¹ У овом случају први подносилац представке је илегалним путем стигао на Малту бродом, након чега је регистрован од стране имиграционе полиције. Органе власти је обавестио да има 16 година. Приликом испитивања није био присутан преводилац, те су му у разговору помогли други илегални мигранти који су говорили енглески језик. Притворен је, а уручена му је брошура о правилима и обавезама у притвору на арапском језику, који апликант није разумео. Други апликант је истим путем на Малту стигао петнаест дана касније. Приликом испитивања је навео да има 17 година, а уручена му је иста брошура на арапском језику, који ни овај подносилац представке није говорио. Након тога је притворен. Суд је и у овом предмету потпуно оправдано нашао повреду члана 5. ставова 1. и 4. Конвенције. Суштински посматрано, подносиоци представке су остали у притвору и више месеци након што је утврђено да су малолетни. Иако у овом случају није спорно да је одређивање

⁵¹ Суд је и у пресуди *Tarakhel protiv Швајцарске* напоменуо да услови пријема за децу која траже азил морају бити прилагођени њиховом узрасту, како се не би створиле ситуације стреса и анксиозности, са нарочито трауматичним последицама (*Tarakhel protiv Швајцарске*, број 29217/12, став 99, 04. новембар 2014. године).

притвора било уско повезано са основима за притвор, који се у овом случају базирао на спречавању неовлашћеног уласка, кашњења након утврђивања старости подносилаца представке изазвале су озбиљну сумњу у добру веру органа власти, поготово узевши у обзир чињеницу да органи власти ни у једној фази нису утврђивали алтернативу притвору (*Abdullahi Elmi u Aweys Abubakar против Малте*, став 146). До које мере поједина законодавства имају лоша решења показује Суд с времена на време када се не упушта у разматрања појединих предмета, већ констатује повреду само се позивајући на старије предмете поводом истог питања. У конкретном случају Суд је сматрао да су правни лекови доступни подносиоцима представке неефективни и недовољни за потребе члана 5. става 4. Конвенције, уз позивање на ставове заузете у предметима *Mahamed Jama против Малте* и *Mohamed Ismaaciil u Abdirahman Warsame против Малте*.

Последње две пресуде када је у питању одређивање притвора малолетним мигрантима без пратње датирају из 2019. године. Упркос интензивној пракси Суда у овој области, испоставља се да како време тече тако државе чине све већи број повреда конвенцијских права, о чему сведоче управо ове две пресуде. На првом месту, у предмету *Н.А. и други против Грчке*, органи власти потоње државе лишили су слободе девет малолетних миграната без пратње, при чему су их држали у полицијским станицама у периодима између двадесет и једног и тридесет и три дана. Након тога су пребачени у прихватни центар, а потом у посебне установе за малолетнике. Суд је закључио да смештање малолетника у полицијске станице може да се сматра лишавањем слободе које није било законито. Јавни тужилац који је по закону био њихов старатељ није контактирао са адвокатом нити је уложио жалбу ради укидања притвора како би се убрзао њихов трансфер до одговарајућих објеката (*Н.А. и други против Грчке*, број 19951/16, ставови 207 и 212, 28. фебруар 2019. године). Приметно је да је Суд ширио заштиту миграната кроз јуриспруденцију, али то не оправдава кршења људских права од стране државних органа.⁵² Иако је ова пресуда донета након других пресуда против Грчке које смо разрадили, јасно је да се понашање државних органа није променило упркос констатовању кршења људских права.

На другом месту, у предмету *Sh. D. и други против Грчке, Аустрије, Хрватске, Мађарске, Северне Македоније, Србије и Словеније*, пет миграната без пратње старости између 14 и 17 година су ушли у Грчку 2016. године. Малолетни мигранти су смештени у заштитни притвор у полицијским станицама. Суд је већ на почетку одбацио представку против Аустрије, Хрватске, Мађарске, Северне Македоније, Србије и Словеније као очигледно неосноване. Међутим, у конкретном случају приликом одређивања притвора

⁵² A. Sinha, *Defining Detention: The Intervention of the European Court of Human Rights in the Detention of Involuntary Migrants*, *Columbia Human Rights Law Review*, vol. 50, no. 3, 2019, 223.

Вељко Турањанин, Лишење слободе малолетних миграната са и без пратње према ставовима европског суда за људска права (стр. 17-36)

грчки органи власти нису објаснили због чега су подносиоци представке прво били смештени у полицијским станицама уместо у алтернативним привременим смештајима, због чега је Суд поново закључио да су грчке власти повредиле члан 5. Конвенције. (*Sh. D. и други против Грчке, Аустрије, Хрватске, Мађарске, Северне Македоније, Србије и Словеније*, број 14165/16, став 69, 13. јун 2019. године). Дакле, Суд константно понавља захтев да се мора тражити алтернатива притвору, док државе константно избегавају ову обавезу. Став Суд је јасан и у складу са свим начелима међународног права. Ова пресуда јасно показује и на тежњу подносилаца представки да траже одговорност свих држава кроз које су прошли на својој мигрантској рути, што, уколико заиста није дошло до повреде права, води проглашењу дела представке очигледно неоснованом. Иако није спорно да се државни органи налазе пред великим проблемима у мигрантским предметима, људска права се налазе на првом месту. Стога је и ова пресуда у складу са тенденцијом Суда да, иако у потпуности разумевајући проблеме држава које се суочавају пред таласом миграција, препознаје и упозорава на повреду права гарантованих Конвенцијом.

VI ЗАКЉУЧАК

Другу половину XX и почетак XXI века обележили су таласи миграција, који се крећу са истока на запад, од сиромашнијих ка богатијим државама. Миграциони токови су различити, а трасе се мењају у зависности од става појединих држава према мигрантима. Као што је познато, од миграција није поштеђена ни Србија, иако свакако не припада државама које представљају крајњу дестинацију за мигранте него само транзициону земљу. Изузетака, наравно, има. С једне стране, Италија је најизложенија таласу миграција који долази са мора, најчешће из Либије и Туниса. Покушај италијанских власти да зауставе миграције склапањем уговора са дотичним државама није уродио плодом. Представке које су поднете Суду против Италије су биле успешне, посматрано са стране миграната, којима је Суд признао кршење Конвенцијом загарантованих права. С друге стране, пак, Грчка и Малта су државе које су такође погођене миграцијама, а судећи по пресудама Суда, у овим државама је до сада дошло до најтежих повреда конвенцијских права деци мигрантима са и без пратње. Иако постоји мноштво међународних и националних докумената, у којима се истиче да у свим поступцима где се појављују деца њихов најбољи интерес мора бити основна идеја водила, пракса је показала да није увек тако. Поштовање људских права овој категорији подносилаца представки било је далеко од потребног нивоа, што показују пресуде које смо анализирали у раду. Иако би се могло закључити да ће кроз године колико траје мигрантска криза доћи до помака, те да ће државе Савета Европе озбиљније да узму у обзир ставове Суда по овим питањима, пракса је показала да то није тако. Чак и у најновијим пресудама из 2019. године Суд заузима став да лишење слободе

деце без пратње и даље није у складу са законом. Наведено заиста отвара питање разлога за, могло би се чак рећи, толику незаинтересованост за поштовање основних људских права и слобода. Ипак, без обзира на све проблеме које носи мигрантска криза и са којима се државе суочавају, мора се максимално водити рачуна о том јединственом и универзалном делу популације – о деци.

Veljko Turanjanin, LL.D*

UNACCOMPANIED MIGRANT MINORS DETENTION BEFORE THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS AND FUNDAMENTAL FREEDOMS

Summary

The author deals with the one of the most problematic issues of the migrant crisis, namely the deprivation of liberty of a unaccompanied migrant minor in his or her migrant journey. The situation of migrants in the crisis that has hit Europe is not easy in itself, but it is made even more difficult by the fact that children often travel with adult migrants, and the most difficult aspect of this phenomenon is certainly unaccompanied migrant children. The countries most affected by the influx of unaccompanied children are Greece and Malta. Article 5 of the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms lays down the grounds on which a person may be deprived of his liberty, and in recent years the European Court of Human Rights has elaborated in detail the basis for ordering detention of migrants. The author has paid the greatest attention to the views of this Court when it comes to unaccompanied migrant children analyzing all the judgments rendered by July 2019, and the difficulty of their position is sufficiently illustrated by the fact that the Court found violations of convention rights in all judgments in their deprivation of liberty.

Key words: *unaccompanied minor, detention, migrant crisis, European Court of Human Rights, European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms.*

* Assistant Professor, Faculty of Law, University of Kragujevac.