

UDK: 342.737-054.73(4-672EU:497.11)
UDK: 342.721:[340.142:341.645.5(4)

ПРЕГЛЕДНИ
НАУЧНИ РАД

Рад примљен: 28.11.2023.
Рад прихваћен: 31.03.2024.

Александра Кастратовић,*
докторанд,
Правни факултет, Универзитет у Београду,
Република Србија

DOI: 10.5937/zgrfno-47958
ORCID 0009-0006-1119-2708

ОД ОГРАНИЧЕЊА СЛОБОДЕ КРЕТАЊА ДО ЛИШЕЊА СЛОБОДЕ ОСОБА У ПОТРЕБИ ЗА МЕЂУНАРОДНОМ ЗАШТИТОМ – УСКЛАЂЕНОСТ ДОМАЋЕГ ПРАВА СА СТАНДАРДИМА ЕВРОПског СУДА ЗА ЉУДСКА ПРАВА

Апстракт: Особе у потреби за међународном заштитом се већ налазе у тешкој ситуацији јер је њихов статус неизвестан. Када поднесу захтев за утврђивање статуса, уобичајено је да им слобода кретања буде ограничена, док се о том статусу не одлучи. Међутим уочава се проблем јер такво обично ограничење њиховог кретања у пракси може да прерасте у лишење слободе. Циљ рада је да се утврди када и под којим околностима ограничење слободе кретања прераста у лишење слободе и да ли се узима у обзир тежак положај лица којима је потребна међународна заштита, те да ли је право Републике Србије усаглашено са стандардима Европског суда за људска права о овим питањима. Анализа указује на закључак да на основу норме домаћег права из Закона о азилу и привременој заштити која се односи на ограничење слободе кретања тражилаца азила у пракси може настати проблем. Наиме, иако наш законодавац задржавање странаца и тражилаца азила у прихватилишту за странце квалификује као обично ограничење слободе кретања, у суштини ситуација у којој се они на основу норми домаћег права могу наћи је својствена лишењу слободе, те су дати предлози потребних промена на законодавном нивоу.

Кључне речи: међународна заштита, ограничење слободе кретања, лишење слободе, Европски суд за људска права, правни оквир Републике Србије.

* aleksandra.kastratovic12@gmail.com

1. Увод

Замислимо да је лице које не поседује документа, чије се држављанство не може утврдити, дошло на територију Републике Србије и да је приликом граничне контроле пред овлашћеним полицијским службеником изразило намеру да затражи азил у нашој земљи, јер је због постојања оправданог страха од прогона напустило своју земљу порекла. Замислимо и да је гранична полиција донела решење којим овом лицу ограничава кретање тако што му одређује меру боравка у прихватилишту за странце под појачаним полицијским надзором у трајању од 180 дана. И замислимо, најзад, да је то лице, када је стигло у прихватилиште за странце, могло да има само две посете недељно у трајању од сат времена, а прихватилиште није смело самовољно да напусти.

На основу домаћег правног система, оваква ситуација може да се оствари у пракси и не би било спорно што лицу може да се одреди мера ограничења слободе кретања. Спорно у овом случају је то што није јасно да ли би на овај конкретан начин лицу заиста била ограничена слобода кретања како то наш законодавац квалификује, јер се у суштини положај лица у овој ситуацији не би много разликовао од положаја у којем се налазе лица која су лишена слободе.

Ако би лица којима је потребна међународна заштита била лишена слободе, а да о њиховом захтеву за утврђивање статуса није одлучено, заштита им свакако не би била пружена. Осим тога, отворио би се додатно сложенији проблем јер би им била прекршена и друга људска права. Такође, имајући у виду да се особе у потреби за међународном заштитом већ налазе у тешкој ситуацији, оваква околност би могла итекако негативно да утиче на њих и додатно погорша већ рањив положај у којем се налазе.

2. Однос између ограничења слободе кретања и лишења слободе појединаца

Лишење слободе свакако у себи обухвата и ограничење слободе кретања. С друге стране, ограничење слободе кретања не подразумева да у конкретној ситуацији долази до лишења слободе. Када се ствари овако поставе јасно је да се ограничење кретања разликује од лишења слободе.

Наведена ограничења постоје самостално јер нису садржана у истој норми. Услови под којима је ограничење слободе кретања дозвољено су предвиђени у члану 2, ставу 4 Протокола број 4 уз Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода¹, а случајеви у којима је дозвољено

¹ Протокол 4 уз Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода којим се обезбеђују извесна права и слободе која нису укључена у Конвенцију и први протокол

лишење слободе су наведени у самој Конвенцији², у оквиру члана 5, става 1. Недостатак релевантних норми се огледа у томе што оне не дефинишу ни ограничење слободе кретања ни лишење слободе.

Норма Протокола број 4 садржи факултативно ограничење, што значи да држава може сваком лицу превентивно да ограничи кретање у циљу заштите јавног интереса. То није случај са лишењем слободе које је инхерентно ограничење и дозвољено је само у таксативно набројаним ситуацијама у оквиру члана 5 Конвенције. Имајући то у виду, потребно је строго тумачити члан 5 и не би требало ширити његов домашај јер када би се широко тумачио, те обухватао случајеве у којима је дошло до обичног ограничења слободе кретања, посебна одредба додатног Протокола не би ни имала сврху.

2.1. Неодређен и комплексан приступ разграничењу

Лишење слободе данас може имати различите форме. У пракси може доћи до различитих ситуација и због тога је потребно удаљити се од парадигме да до лишења слободе долази само када је реч о затворском хапшењу (European Court of Human Rights Council of Europe, 2020: 8). Проблем се уочава јер лишење слободе подразумева свако затварање у одређеном месту под рестрикцијама које спречавају појединца да оствари социјалне и друге активности (Goodwin - Gill, 1986: 138). У том смислу и ограничење слободе кретања, уколико је довољно озбиљно, чак и ако кратко траје (European Court of Human Rights Council of Europe, 2020: 9), може се сматрати лишењем слободе.

Европски суд за људска права (Европски суд, Суд) је у складу са начелом аутономног тумачења концепата из Конвенције о људским правима, у пракси истакао правило да квалификација државне власти да је појединцу ограничена слобода кретања не значи да се у конкретном случају не ради о лишењу слободе, те ће сам темељно испитати околности и чињенице сваке конкретне ситуације у којој се појединац нашао да би утврдио до које је од ове две врсте ограничења дошло (European Court of Human Rights Council of Europe, 2020: 8).

Да би се утврдило да ли је појединац коме је ограничено кретање у ствари лишен слободе у контексту члана 5 Конвенције, полазна тачка је конкретна ситуација и у обзир се морају узети различити критеријуми. Оваквим приступом Европски суд је установио да су основни стандарди на основу којих се опредељује да ли је појединцу ограничено кретање

уз њу, *European Court of Human Rights Council of Europe*, 16. септембар 1963.

² Конвенција за заштиту људских права и основних слобода, *European Court of Human Rights Council of Europe*, 4. новембар 1950.

или је лишен слободе: врста, трајање, ефекти и начин извршења мере у питању (European Court of Human Rights Council of Europe, 2020: 8), те је нагласио да се разлика између ограничења кретања и лишења слободе огледа у степену и интензитету, а не у природи мере (European Court of Human Rights Council of Europe, 2020: 8).

Европски суд на овај начин није поставио формалне и прецизне критеријуме разграничења ових ограничења. Напротив, разликовање се базира на стандардима који су релативно широко постављени. Иако овакав неодређен приступ не делује као најбоље решење јер је подложен различитом тумачењу што може довести до злоупотреба, то је било једино адекватно решење које Суду оставља простор да флексибилно процени различите ситуације и тако утврди да ли се ограничење кретања у конкретном случају може сматрати лишењем слободе.

2.2. Разумевање односа на основу стандарда Европског суда за људска права

Један од првих случајева у којима је Суд примењивао основне стандарде разликовања ових ограничења је случај *Гуцарди против Италије* који се тичао подносиоца представке који је био смештен у притвор због тога што су његова криминална историја и чланство у мафијашкој организацији упућивали на чињеницу да он представља опасност по јавни интерес. Иако на први поглед делује да се ради о ограничењу слободе кретања, примењујући стандарде о којима је било речи, Суд је утврдио да је у конкретном случају дошло до лишења слободе. Одлучујући фактори који су утицали на доношење овакве одлуке су били следећи: ограничење је трајало седам година, подносиоцу представке је кретање било и просторно и временски ограничено – на изузетно мали простор од свега осамсто метара острва чији је највећи део чинио затвор који није смео да напусти од 10 часова увече до 7 сати ујутру, при чему му је била одређена и мера скоро непрестаног специјалног надзора, те је морао да обавештава власти о свом кретању и није му била остављена могућност да остварује социјалне контакте.³

Насупрот томе, у случају *Раимондо против Италије*, у коме је подносиоцу представке био одређен кућни притвор у трајању од пола године због сумње да је припадао мафијашкој организацији⁴, Суд је истакао да изречена забрана напуштања куће од 9 сати увече до 7 часова ујутру, осим када за то има оправдан разлог и о томе благовремено обавести полицију, није могла да прерасте у лишење слободе, па спада у обично ограничење кретања.⁵

3 *Guzzardi v. Italy*, [1980], § 23, 26, 30, 90.

4 *Raimondo v. Italy*, [1994], § 7, 9, 10.

5 *Raimondo v. Italy*, [1994], § 39.

У новијој пракси, Суд је разматрао питање о односу ограничења кретања и лишења слободе у случају *Де Томазо против Италије*. Наиме, подносиоцу представке је била изречена мера специјалног полицијског надзора у трајању од две године при чему му је за то време био одређен принудни боравак јер је због његове раније осуђиваности и повезаности са криминалом представљао претњу. Одређене су му: мера обавезног јављања, забрана напуштања области у којој је живео и промене боравишта, забрана састајања са лицима која имају криминалну историју, забрана напуштања куће од 10 сати увече до 6 сати ујутру, осим када је то неопходно о чему је обавезан да на време обавести полицију, да не држи оружје, не посећује одређена места и не користи телефон.⁶ Суд је у овом случају нагласио да обавеза да лице не напушта кућу ноћу представља ограничење кретања. За разлику од ситуације у случају *Гуцарди*, подносиоцу представке кретање није било ограничено на мали простор и није му било онемогућено остваривање социјалних контаката.⁷ Пресудом је зато одлучено да му је била ограничена слобода кретања.

Коначно, у случају *Каспаров против Русије*, подносилац представке је био под полицијском контролом у трајању од 5 сати због постојања сумње да је користио фалсификовану авионску карту. Он је одведен у посебну собу, заплењени су му карта и пасош, након тога је био испитан и претресен, при чему је све време испред стајао оружани стражар који га је спречавао да напусти просторију у којој се налазио.⁸ Због наведених околности Суд је закључио да је подносилац представке био лишен слободе.

Европски суд је доносио одлуке о односу ограничења кретања и лишења слободе у случајевима чија је заједничка карактеристика да материјалне мере којима се појединцима намећу ограничења држава изриче превентивно, ради сузбијања криминалитета. С обзиром на чињеницу да до лишења слободе не може доћи ради превенције од будућих кривичних дела (Крстић, Маринковић, 2016: 153), требало би да се ради о ограничењу слободе кретања. Међутим, на основу представљених случајева произлази да различите околности, када се узму заједно у обзир, могу утицати на то да иако у први мах може деловати да је реч о ограничењу слободе кретања, у конкретном случају буду испуњени сви елементи лишења слободе.

То значи да ограничења која сама по себи не би прешла праг лишења слободе, кумулативно могу представљати лишење слободе (Међународна комисија правника, 2017: 202). Релевантни стандарди који служе као

6 *De Tommaso v. Italy*, [2017], § 11, 17.

7 *De Tommaso v. Italy*, [2017], § 85.

8 *Kasparov v. Russia*, [2017], § 45, 46.

основ разграничења ограничења слободе кретања и лишења слободе су двојаки. С једне стране објективни, који се односе на услове живота и обухватају место у ком је појединцу наметнуто ограничење, те (не) могућност појединца да то место напусти, (не)могућност остваривања социјалних контаката, степен надзора и величину простора у коме је боравио. С друге стране субјективни који подразумева (не)постојање сагласности појединца са мером ограничења које му је наметнуто.

На основу приказане судске праксе, можемо приметити да је у односу на врсту мере Суд одлучивао у случајевима у којима је појединцима одређен притвор и кућни притвор односно мера принудног боравка и сматрао је, на основу конкретних околности, да је само прва ситуација довољно озбиљна да представља лишење слободе. У том смислу, узимао је у обзир и околност да ли је појединац пристао на ограничење које му је било наметнуто. Трајање није било од пресудног значаја као ни утицај који су мере имале на појединце. Важан фактор приликом доношења одлуке су били ефекти извршења мере у виду немогућности остваривања друштвених контаката, као и начин извршења мере. Можемо стога слободно рећи да Европски суд не издваја јединствен критеријум који би био кључан за разликовање ограничења слободе кретања и лишења слободе, међутим, одлуке Суда су у наведеним случајевима уједначене.

3. Особе у потреби за међународном заштитом на међи ограничења слободе кретања и лишења слободе

Проблем разграничења ограничења кретања и лишења слободе је посебно осетљив и изражен у погледу особа у потреби за међународном заштитом. Међународна заштита може бити потребна странцима уопште или странцима у контексту ирегуларних миграција. За потребе анализе стандарда Европског суда за људска права, у раду ће из потоње категорије бити разматрано поступање према мигрантима који се незаконито налазе на територији одређене државе а нису изразили намеру да затраже азил и према тражиоцима азила о чијем захтеву није одлучено.

Сва ова лица се налазе ван своје земље и у њу не могу да се врате, а заштиту траже у другој земљи у којој очекују да ће је наћи. Мада држава особама којима је потребна међународна заштита треба да пружи заштиту коју они очекују, дозвољено је да им ограничи кретање у циљу контроле своје територије, контроле уласка и боравка странаца, те спречавања ирегуларних миграција.

3.1. Ирегуларне миграције и оправданост мера

Истина, одређена лица се крећу ирегуларно да би избегла да буду регистрована (Köpöpen, 2020: 7) или подносе захтев за азил како би остала на територији земље док процедура не буде окончана⁹, а не из разлога специфичне ситуације у којој су се нашао. Стога, мере којима се особама у потреби за међународном заштитом ограничава слобода кретања у одређеним случајевима јесу оправдане, али је потребно прецизирати на који начин и у којим случајевима те мере могу бити примењиване.

Ограничење слободе кретања је оправдано из административних разлога – да би се утврдио идентитет појединца или основ на коме заснива свој захтев (Goodwin - Gill, 1986: 148) и уобичајено ради унапређења ефикасности процедуре (Hailbronner, 2007: 161). Лицима којима је потребна међународна заштита кретање тако ограничавају административни и полицијски службеници на различите начине. Најчешће форме су: задржавање у транзитним зонама – на међународним границама или аеродромима и смештање у прихватне центре или центре за задржавање и притвор.

Ипак, држава не би смела да злоупотреби своја широка овлашћења јер би на тај начин могла да доведе до ситуације да обично ограничење кретања лица којима је потребна међународна заштита прерасте у лишење слободе које је оправдано једино да би се предузеле мере у циљу изгона или екстрадиције када је утврђено да је улазак странца у земљу или његов боравак у њој неовлашћен.

3.2. Примери претварања ограничења слободе кретања у лишење слободе – уважавање специфичног статуса?

Амур против Француске је први случај у којем је Европски суд испитивао однос између ограничења кретања и лишења слободе у контексту задржавања тражилаца азила у транзитној зони на аеродрому. Подносиоци представке су били држављани Сомалије који су након смене режима побегли из државе јер су чланови њихових породица убијени, а њихови животи су били угрожени. Они су из Сирије стигли авионом у Француску користећи фалсификоване пасоше због чега су смештени у транзитну зону на аеродрому, у одвојени део оближњег хотела који је коришћен као центар за задржавање, у трајању од 20 дана и под сталним полицијским надзором¹⁰ пре него што су враћени у Сирију јер је њихов

9 Поједини аутори сматрају да би се у том смислу на ограничење слободе кретања могло гледати као на својеврсну казну за злоупотребу поступка азила (Lalić Novak, 2013: 140).

10 *Amuur v. France*, [1996], § 44.

захтев за азил одбијен.¹¹ Суд је идентификовао исте стандарде на основу којих утврђује границу између ограничења кретања и лишења слободе особа у потреби за међународном заштитом као што је то учинио у случајевима који се нису односили на лица којима је потребна заштита. Ипак, сада посебан значај даје трајању и наглашава да је ограничење кретања у транзитној зони оправдано ради спречавања ирегуларних миграција и неизбежно у вези са организовањем практичних детаља репатријације странаца или када је појединац затражио азил, док се његов захтев да му се допусти да уђе на територију у ту сврху разматра, али оно не сме да се претерано продужи јер би могло да прерасте у лишење слободе.¹² Суд је заузео став и да је теза француских власти да се у овом случају не може радити о лишењу слободе јер су подносиоци представке све време били слободни да напусте транзитну зону и оду назад у Сирију где им није био угрожен живот теоријска, посебно ако се лицу не нуди заштита која би била упоредива оној у земљи где је поднело захтев за азил.¹³ На основу наведених чињеничних околности, Суд је утврдио да су подносиоци представке били лишени слободе. Овакав став је оправдан посебно имајући у виду да кретање које им је *de facto* било потпуно ограничено делује као казна коју је држава одредила тражиоцима азила који су страхујући за свој живот напустили земљу порекла у потрази за заштитом. Тражење азила није незаконита радња, и лица која тако уђу и бораве на територији одређене државе без дозволе треба заштитити од кажњавања – ограничења кретања и лишења слободе (Edwards, 2013: 5,6).

Када је реч о ограничењу у односу на странце којима је потребна међународна заштита, Суд је давао примат различитим стандардима. Тако је у случају *Фока против Турске* Суд истакао да иако трајање ограничења које је било наметнуто подносиоцима представке, држављанки Кипра, није могуће прецизно одредити, оно није могло трајати дуже од неколико сати нити дуже него што је то било неопходно да би се спровеле одговарајуће административне мере. Међутим, због прекомерне употребе силе државних власти Турске које су је приморале да уђе у ауто којим је била превезена до полицијске станице јер је одбила да царински службеници још једном изврше претресање, постоји елемент принуде због чега се може сматрати да је она била лишена слободе.¹⁴ У наведеном случају Суд се определио да одлучујући значај на одлуку има елемент принуде. Принуда има двојаку димензију. С једне стране посматра се као начин

11 *Amuur v. France*, [1996], § 27, 11.

12 *Amuur v. France*, [1996], § 43.

13 *Amuur v. France*, [1996], § 48.

14 *Foka v. Turkey*, [2008], § 77, 78.

извршења мере, а с друге кроз непостојање сагласности лица са таквом мером. Имајући у виду да је одсуство сагласности субјективни елемент, постоји опасност да давање одлучујућег значаја овом критеријуму доведе до тога да процена разликовања ограничења кретања и лишења слободе буде релативна.

Насупрот томе, Суд је у случају *Нолан и К. против Русије* примат дао чисто објективним елементима, не разматрајући субјективне. Наиме, радило се о америчком држављанину коме је био забрањен улазак на територију Русије иако је имао визу, те је био закључан у малу просторију на аеродрому у којој није било телефона, вентилације и прозора у трајању од 9 и по сати¹⁵, а тек наредног јутра му је било дозвољено да оде до тоалета и да телефонира, при чему је све време био под сталним надзором службеника царинске контроле.¹⁶ На основу наведених околности у којима се подносилац представке нашао, Суд је одлучио је он био лишен слободе.

Суд је нашао да је ограничење кретања прерасло у лишење слободе и у случају *Хлаифија и други против Италије* када су италијанске власти пресреле на мору мигранте, држављане Туниса, приликом покушаја илегалног уласка у земљу. Они су ради идентификације одведени у прихватни центар и било им је забрањено да га напусте у трајању од 5 и 6 дана. Потом су били пребачени на брод који се налазио у локалној луци у Италији где су остали наредних 6 и 8 дана. При томе су били под сталним полицијским надзором и нису имали могућност комуникације са спољним светом, а Влада није пружила доказе који указују да су подносиоци представке били слободни да напусте места у којима им је слобода била ограничена.¹⁷ Суд је на основу трајања које није могао сматрати занемарљивим¹⁸ и свих наведених услова којима су били изложени¹⁹ установио да су подносиоци представке били лишени слободе.

У новијем случају *Илијас и Ахмед против Мађарске*, подносиоци представке су напустили Бангладеш: један због поплава у којима је живот изгубила његова породица, а други због тога што су две политичке партије покушале да га регрутују, претњама и nanoшењем телесних повреда. Када су из Србије стигли у Мађарску, било им је наметнуто ограничење у трајању од 23 дана у транзитној зони, на граници између ове две земље. Они су поднели захтев за азил и након тога нису могли да ступе на територију Мађарске ван транзитне зоне. Налазили су се у

15 *Nolan And K. v. Russia*, [2009], § 94.

16 *Nolan And K. v. Russia*, [2009], § 96.

17 *Khlaifia And Others v. Italy*, [2015], § 68, 69.

18 *Khlaifia And Others v. Italy*, [2015], § 70.

19 *Khlaifia And Others v. Italy*, [2015], § 66.

ограниченом простору, коме се није могло приступити споља, који је био ограђен жицом и под надзором полиције што је утицало на њихово ментално здравље.²⁰ Они нису могли ни да користе телефон, интернет или телевизију. Суд је и у овом случају нагласио да чињеница да су могли да напусте транзитну зону и да се врате у Србију која није узела у обзир њихову реадмисију, не значи да нису били лишени слободе.²¹ Случај је сложен, као и случај Амур, јер се ограничење кретања посматра из два угла. С једне стране у смислу немогућности лица да ступи на територију земље и с друге стране његове немогућности да напусти одређено место. Да су подносиоци представке напустили територију Мађарске, њихов захтев за признавање избегличког статуса би био одбачен, што даље значи да би били изложени ризику од протеривања.²² То би подразумевало да они треба да бирају између поступка азила и права на слободу, те Суд не може да прихвати да могућност напуштања транзитне зоне искључује лишење слободе.²³ На основу наведених околности ограничење које је било наметнуто подносиоцима представке у транзитној зони је прерасло у лишење слободе.

Предмет је био упућен Великом већу које мало другачије поставља стандарде које треба користити приликом разграничења ограничења кретања и лишења слободе у вези са особама у потреби за међународном заштитом. Истакнуто је да су стандарди којима се Европски суд руководи приликом одлучивања да ли је појединцу ограничено кретање или је лишен слободе у контексту затварања странаца на аеродрому у транзитној зони или смештања у прихватне центре, ради идентификације и регистрације миграната: конкретна ситуација појединца и његови избори, важећи правни режим државе и његова сврха, трајање посебно у светлости сврхе и процедуралне заштите појединца и природа и степен ограничења које му је наметнуто.²⁴ Мада је Суд већ узимао у обзир изборе појединца, сада се издвајањем овог стандарда њему даје већи значај. Изричито се наводи да је релевантан критеријум природа мере у питању, што је уосталом и уобичајено с обзиром на то да би требало да управо она указује на тежину мере, тј. повећан интензитет угрожавања права на слободу кретања, односно права на слободу и безбедност личности. Трајање се ближе одређује и уводи се нов стандард који раније није имао утицаја на разграничење ограничења слободе кретања и лишења слободе – важећи правни режим државе.

20 *Ilias And Ahmed v. Hungary*, [2017], § 10, 21.

21 *Ilias And Ahmed v. Hungary*, [2017], § 55.

22 *Ilias And Ahmed v. Hungary*, [2017], § 55.

23 *Ilias And Ahmed v. Hungary*, [2017], § 56.

24 *Ilias And Ahmed v. Hungary*, [2019], § 217.

Велико веће је кроз призму наведених стандарда на сасвим другачији начин сагледало и тумачило чињенице овог случаја. Тако, околност што су подносиоци представке пристали да оду у прихватни центар не искључује могућност да се ради о лишењу слободе. Међутим, они су и границу Србије и Мађарске прешли самоиницијативно јер им у Србији нису непосредно били угрожени живот или здравље.²⁵ Велико веће је нагласило и да је сврха националног правног режима Мађарске одређивање смештаја тражиоцима азила док се не одлучи о њиховом захтеву, па мађарске власти нису имале намеру да их лише слободе, посебно имајући у виду да је њихов захтев за азил одбијен и да им је наложено да напусте земљу у року који не прелази време које је разумно оправдано и потребно да се о захтеву одлучи.²⁶ Они су остали у транзитној зони на граници јер су се жалили на такву одлуку и нису могли да ступе на територију Мађарске, али таква мера је била повезана са процедуром одлучивања о захтеву за азил.²⁷ Велико веће је истакло да за разлику од случајева затварања у транзитној зони на аеродромима, где је могућност лица да напусти зону теоријска, у случају задржавања у транзитној зони на међународној граници таква могућност реална.²⁸ На крају, Србија се сматра сигурном трећом земљом, па није постојала опасност да они буду враћени у своју земљу порекла, што значи да су могли да напусте транзитну зону у сваком тренутку и уђу у Србију. Стога је Велико веће одлучило да мера задржавања у конкретном случају није могла да прерасте у лишење слободе, већ представља ограничење слободе кретања.

Чини се да Велико веће у овом случају однос између ограничења кретања и лишења слободе испитује на основу стандарда који се тичу узрока због којих мигранти прелазе државне границе. Међутим, такве околности не би требало ни на који начин да утичу на разграничење ових ограничења, већ се треба држати критеријума који се непосредно тичу услова живота током трајања ограничења и (не)постојања сагласности лица са таквим ограничењем. При томе, уколико се већ проширује опсег стандарда који се примењују приликом доношења одлуке, треба узети у обзир да се тражиоцима азила оваквим ограничењима смањује могућност успешног окончања поступка и заштите њихових гарантованих права.

На основу анализе конкретних случајева, примећује се да коришћење израза који би требало да одреди врсту мере, попут: „задржавање“,

25 *Ilias And Ahmed v. Hungary*, [2019], § 220, 222, 223.

26 *Ilias And Ahmed v. Hungary*, [2019], § 224, 229.

27 *Ilias And Ahmed v. Hungary*, [2019], § 233.

28 *Ilias And Ahmed v. Hungary*, [2019], § 236.

„смештање“, „затварање“, „притварање“ као ни карактеризација простора нису релевантни, те у сваком случају лице може бити лишено слободе, у зависности од објективних околности и околности везаних за личне прилике (Mole, Крстић, Papadouli, Чучковић, Tidona, Waddell, 2018: 111). То значи да као и у случајевима у вези са лицима којима међународна заштита није потребна, квалификација ограничења које се одређује свим особама у потреби за међународном заштитом треба да садржи и објективне и субјективни елемент (Давинић, Крстић, 2019: 35).

Међутим, када је испитивао стандарде на основу којих се одређује да ли је странцима ограничена слобода кретања или су лишени слободе, Европски суд није узимао у обзир обе врсте елемената и при томе је одлучујући значај придао потпуно супротним факторима. Такав приступ није применио приликом оцене да ли је ограничење кретања странцима у контексту ирегуларних миграција прерасло у лишење слободе, па разматра и објективне и субјективне елементе, међутим, није правио разлику којој категорији лица они припадају.

Уз већ раније утврђене критеријуме, Суд је узимао у обзир и утицај који је ограничење имало на ова лица и сврху важећег правног режима државе која је ограничење наметнула. Може се приметити да посебан значај даје трајању, (не)постојању сталног полицијског надзора и (не)постојању фактичке могућности особе да напусти место у ком се налази тако што ће просто обавестити надлежно лице. У том смислу, трајање ограничења слободе кретања се издваја као важан фактор уколико се очигледно прекорачи време које је потребно да се утврди статус лица, а чини се да би типичне ситуације у којима су ова лица под скоро непрестаним полицијским надзором, те нису слободна да напусте место у ком им је наметнуто ограничење на основу простог обавештења (O’Nions, 2008: 166) требало да представљају лишење слободе. Ипак то не значи да Суд неће у зависности од конкретне ситуације даље процењивати и остале стандарде на основу којих ће се коначно утврдити да ли је ограничење кретања постало лишење слободе.

На крају, намеће се питање зашто се уопште по правилу тражиоцима азила током трајања поступка фактички ограничава слобода кретања на начин који лако може да прерасте у лишење слободе? Мада практично неостварива, идеална ситуација би била када им се никаква ограничења уопште не би ни наметала јер су они сами поднели захтев за утврђивање њиховог статуса, те би требало да могу слободно да се крећу у оквиру те државе у којој су захтев поднели. У противном, могло би се можда сматрати да им држава ни не пружа заштиту. Иако се тражиоци азила, за разлику од миграната, странаца уопште или осталих појединаца налазе у посебно рањивом положају јер обично страхујући за свој живот напуштају

земљу порекла, а при томе су изразили намеру да регулишу свој статус, Суд није спустио границу на основу које ограничење кретања постаје лишење слободе²⁹, нити је придао посебан значај њиховој рањивости. Конкретне ситуације је процењивао на основу истих, како објективних тако и субјективних стандарда о којима је претходно било речи и на прилично сличан начин их је примењивао према свим лицима.

С друге стране, занимљиво је да је приликом утврђивања постојања повреде других права тражилаца азила и миграната која су гарантована Европском конвенцијом, попут права на забрану мучења³⁰, Суд управо инсистирао на давању значаја чињеници да они припадају рањивој групи лица којима је потребна посебна заштита.³¹ С обзиром на то да Европски суд узима рањивост као релевантан фактор када одлучује да ли је прекршено право на забрану мучења, није јасно због чега овај додатни стандард није могао да издвоји и примењује и у случајевима који су се тицали повреде права на слободу и безбедност личности или права на слободу кретања. Остаје отворено питање да ли ће Суд кренути истим стопама, тј. да ли ће рањивост као инхерентна карактеристика особа у потреби за међународном заштитом у будућности имати значај и у ситуацијама које се односе на утврђивање повреде ова два права.

4. Постоји ли усклађеност домаћег права са стандардима Европског суда за људска права?

Стандарди Европског суда за људска права су обавеза за нашу државу, те би требало да је домаће право усклађено са њима. Како би се утврдило да ли је то случај, релевантна су два прописа на нивоу домаћег права која уређују ограничење слободе кретања лица којима је потребна међународна заштита – Закон о азилу и привременој заштити и Закон о странцима.

4.1. Анализа правног оквира Републике Србије

Закон о странцима прописује да је задржавање странца у просторијама надлежног органа могуће због утврђивања његовог идентитета

²⁹ Професорка Костело сматра да тражиоци азила имају поверење у државу у којој подносе захтев за азил да ће надлежне власти њихов захтев испитати, па све док се о захтеву не одлучи, требало би узети да се они законито налазе на територији те државе (Costello, 2015: 147).

³⁰ Конвенција за заштиту људских права и основних слобода, члан 3.

³¹ *M.S.S. v. Belgium And Greece*, [2011], § 251, *A.S. v. Switzerland*, [2015], § 29, *Khlaifia And Others v. Italy*, [2015], § 135.

или законитости његовог боравака на територији Републике Србије.³² Надлежни орган би требало да одреди странцу обавезни боравак на одређеној адреси уз меру обавезног јављања када постоји ризик да он неће бити доступан ради принудног удаљења.³³ Међутим, ако је испуњен услов сразмерности, и алтернативно, странац избегава или омета припрему за враћање, може му се одредити мера боравака у прихватилишту за странце под појачаним полицијским надзором.³⁴ Ова мера треба да траје што је краће могуће и не сме да траје дуже од 180 дана³⁵, при чему престаје у моменту када странац затражи азил. Он се у тој ситуацији отпушта из прихватилишта, осим уколико постоје разлози за ограничење његовог кретања у складу са одредбама Закона о азилу и привременој заштити.³⁶

Закон о азилу и привременој заштити предвиђа бројне ситуације у којима се тражиоцима азила кретање у оквиру Републике Србије може ограничити и разврстава их у две групе. У прву спадају разлози који се тичу утврђивања идентитета или држављанства тражиоца азила, утврђивања битних чињеница, околности и доказа на којима заснива свој захтев, обезбеђивања његовог присуства у поступку када се основано сумња да је захтев поднео како би избегао депортацију, заштите безбедности и јавног поретка земље и одлучивања о праву да уђе у земљу³⁷, док у оквиру друге групе допуштени основи за ограничење кретања постоје ако се тражилац азила не придржава кућног реда који је одређен у центру за азил, тј. другом објекту за смештај и ако не сарађује са овлашћеним службеницима приликом здравственог прегледа.³⁸

Мере ограничења кретања које се одређују тражиоцима азила су у обе ситуације исте, а за питање односа ограничења кретања и лишења слободе је спорно што је наш законодавац боравак тражилаца азила у прихватилишту за странце под појачаним полицијским надзором³⁹ оквалификовао као ограничење слободе кретања. Ова мера се одређује ако се на другачији начин није могла постићи сврха ограничења слободе кретања, односно ако тражилац азила прекрши забрану напуштања центра за азил, одређене адресе, тј. одређеног подручја или обавезу редовног

32 Закон о странцима, *Службени гласник РС*, бр. 24/2018 и 31/2019, члан 86, став 1.

33 *Ibid.*, члан 93, став 1, 3.

34 *Ibid.*, члан 87, став 2, тачка 2.

35 *Ibid.*, члан 88, став 4.

36 Закон о странцима, члан 89, став 1, тачка 4.

37 Закон о азилу и привременој заштити, *Службени гласник РС*, бр. 24/2018, члан 77, став 1.

38 *Ibid.*, члан 58, став 1, тачка 3, 7.

39 *Ibid.*, члан 78, став 1, тачка 1, 3.

јављања полицијској управи⁴⁰, које са становишта домаћег законодавства неспорно имају карактер ограничења кретања. Имајући то у виду, већ се запажа да боравак у прихватилишту за странце подразумева виши степен ограничења у односу на остале мере.

Томе у прилог иде и дефиниција прихватилишта за странце коју даје Закон о странцима, према којој прихватилиште представља објекат за смештај странаца којима није дозвољен улазак у земљу или за које је донето решење о протеривању, удаљењу из земље или о враћању, али их није могуће одмах удаљити и којима је, у складу са законом, одређен боравак под појачаним полицијским надзором.⁴¹ Проблем нормативног оквира се огледа и у чињеници што Закон о странцима прописује да странац не сме да самовољно напусти прихватилиште без одобрења и мора да поштује кућни ред и правила боравка.⁴² С друге стране, у оквиру исте одредбе је прописано да има право да оствари контакт са члановима породице и да одређени временски период проведе на отвореном⁴³, али та права су ограничена јер странци имају право на само две, уз одобрење, три посете недељно у трајању од 60 минута, а током боравка на отвореном су све време под полицијским надзором и у тачно одређеном простору.⁴⁴ По аналогији, у истом положају су и тражиоци азила који се налазе у прихватилишту за странце и укупно трајање њиховог боравка у прихватилишту може да износи највише 6 месеци.⁴⁵

На основу норми које су садржане у националном законодавству, примећује се да се особама у потреби за међународном заштитом којима је одређен боравак у прихватилишту кретање ограничава на изузетно мали простор, под појачаним надзором и при томе немају могућности да слободно напусте прихватилиште, те им се прилично ограничава обим друштвених контаката. Такође, максимално трајање мере које предвиђају домаћи закони је претерано, посебно ако се узме у обзир да је Европски суд ограничења која су била наметнута лицима у сличној ситуацији, а која су трајала знатно краће, квалификовао као лишење слободе. Према томе, изводи се закључак да је прихватилиште за странце установа затвореног типа. С обзиром на то да су испуњени сви објективни елементи и имајући у виду интензитет и степен мере одређивања боравишта у

40 *Ibid.*, члан 79, 78, став 2.

41 Закон о странцима, члан 3, став 28.

42 *Ibid.*, члан 91, став 1.

43 *Ibid.*, члан 91, став 3, тачка 3, 5.

44 Правилник о кућном реду и правилима боравка у прихватилишту за странце, *Службени гласник РС*, бр. 42/2018, члан 22, став 1, 2, члан 17, став 1, 3.

45 Закон о азилу и привременој заштити, члан 78, став 4.

прихватилишту за странце особама у потреби за међународном заштитом, закључује се да таква мера не може да представља ограничење слободе кретања, као што је квалификована у домаћем праву, јер потпуно одговара мерама за које се Европски суд за људска права определио да представљају лишење слободе.

4.2. Два предлога потребних промена

На основу анализе устаљених стандарда Европског суда за људска права којима одређује границу када ограничење слободе кретања лица којима је потребна међународна заштита постаје лишење слободе, примећује се да у оквиру домаћег права наш законодавац не препознаје наведену разлику на адекватан начин. Мада домаће право у овој области није у потпуности усклађено са стандардима Европског суда, ипак није ни предалеко од њих будући да отворена питања оставља једино спорна мера задржавања, тј. одређивања боравка овим лицима у прихватилишту за странце. Имајући у виду да домаће право мора да буде усклађено са стандардима Европског суда, потребно је да се неусклађеност која тренутно постоји превазиђе и у том смислу, могућа су два предлога за решавање овог проблема која захтевају измене законских решења.

Први би подразумевао да одговарајући део Закона о азилу и привременој заштити који квалификује меру одређивања боравка у прихватилишту за странце под појачаним полицијским надзором као меру ограничења слободе кретања треба брисати, а у оквиру Закона о странцима треба сузити домаћај одредбе којом се странцима одређује боравак у прихватилишту, како би се ова мера користила у циљу изгона или екстрадиције само када је утврђено да је њихов улазак у земљу или боравак у њој неовлашћен. На тај начин нормативни оквир не би указивао на проблем јер би таква одредба Закона о странцима представљала лишење слободе, али би била у складу са чланом 5 Европске конвенције, па се не би ни постављало питање разграничења ограничења кретања и лишења слободе.

Друго, ако не долази до измена у оквиру Закона о азилу и привременој заштити, могуће решење би значило да измене морају да се односе на норме Закона о странцима. У том смислу, требало би успоставити двоструки режим у оквиру прихватилишта за странце. Један би се тицао лица која немају намеру да регулишу свој статус, односно, у односу на која се може извршити изгон или екстрадиција, па би у тој ситуацији могле да се примењују одредбе којима се тренутно уређују услови боравка и трајање мере у прихватилишту за странце. С друге стране, други режим би се односио на лица којима је потребна међународна заштита и која су изразила намеру да регулишу свој статус, али су прекршила алтернативне мере обичног ограничења кретања. Како би и мера боравка лица

којима је потребна међународна заштита у прихватилишту у оквиру овог режима могла да одговара ограничењу слободе кретања, потребно је унети одговарајуће допуне у текст Закона о странцима, тако да максимално трајање њиховог боравка буде скраћено, и морала би им бити остављена могућност да напуштају прихватилиште, те остварују друштвене контакте, али би надзор могао да остане појачан.

Осим тога што је прво решење једноставније, чини се и да је потпуно адекватно посебно имајући у виду да би особе у потреби за међународном заштитом ипак требало да уживају одговарајуће гаранције и специјалну заштиту док се о њиховом захтеву за утврђивање статуса не одлучи. Стога, у оквиру прописа којима се они штите не би требало ни да постоји могућност ограничења њихове слободе смештањем у прихватилиште за странце које је део комплекса затвора. Ипак, оба решења воде остварењу циља – усклађивању домаћег права са стандардима Европског суда за људска права.

5. Закључак

У раду је анализиран однос између концепта ограничења слободе кретања и лишења слободе, прво у контексту појединачца уопште, а потом у контексту особа у потреби за међународном заштитом. Релевантни стандарди, на основу којих се ова два ограничења разграничавају, изведени су на бази анализе праксе Европског суда за људска права. Анализа је показала да Европски суд у свим ситуацијама на сличан начин примењује читав низ објективних и један субјективни стандард када одлучује да ли је ограничење кретања прерасло у лишење слободе. Може се приметити да се међу релевантним стандардима не издваја ни један којем Суд даје одлучујући значај, тј. који би био пресудан за постављање границе између ових ограничења, већ конкретну одлуку доноси сагледајући кумулативно све стандарде.

Закључује се да стандарди Европског суда за људска права неоспорно имају пресудну улогу приликом разграничења ограничења слободе кретања и лишења слободе. Начелно, они су широко постављени. Међутим, на тај начин остављају простор Суду да флексибилно приступи конкретним ситуацијама и адекватно тумачи околности сваког појединачног случаја. Једини аспект који би се могао истаћи у том смислу као споран јесте некоришћење рањивости као релевантног стандарда за утврђивање границе између ограничења слободе кретања и лишења слободе лица којима је потребна међународна заштита, што би могло представљати простор за даље унапређење ових стандарда у будућности.

Осим тога, у раду су испитане норме законодавства Републике Србије које се тичу проблема разграничења ограничења слободе кретања и лишења слободе. Компаративна анализа је показала да постоје извесна одступања законских решења у Закону о азилу и привременој заштити и у Закону о странцима у односу на стандарде који су претходно изведени из праксе Европског суда за људска права. Оваква ситуација указује на постојање потребе усклађивања националног законодавног оквира са поменутиим стандардима, у циљу заштите основних људских права лица која се нађу на територији Републике Србије, а којима је потребна међународна заштита. Имајући у виду да се ова лица већ налазе у рањивом положају, потребно је предузети одговарајуће кораке у смислу измене постојећег нормативног оквира, јер би се тиме умањила неизвесност са којом се они суочавају током поступка за утврђивање њиховог статуса, те би положај особа у потреби за међународном заштитом био унапређен.

Литература/References

Књиге и чланци у стручним часописима

Goodwin - Gill, G. S. (1986). The Detention of Non-Nationals, with Particular Reference to Refugees and Asylum-Seekers. *Defense of the Alien*. Vol. 9. 138–151.

European Court of Human Rights Council of Europe. (2020). *Guide on Article 5 of the European Convention on Human Rights - Right to liberty and security*.

Давинић, М. Крстић, И. (2019). *Водич за примену релевантних прописа у области азила и миграција*. Београд: Група 484.

Edwards, A. (2013) Detention under scrutiny. *Forced Migration Review*. Vol. 44. 4–6.

Könönen, J. (2020). Legal geographies of irregular migration: An outlook on immigration detention. *Population, Space and Place*. Vol. 26. 1–11.

Крстић, И. Маринковић, Т. (2016). *Европско право људских права*, Београд: Савет Европе.

Lalić Novak, G. (2013). Ograničenje slobode kretanja tražitelja azila: zaštitna mjera ili kazna?. *Pravni vjesnik*, Vol. 29. 139–156.

Међународна комисија правника. (2017). *Миграције и међународно право људских права, Водич за практичаре бр. 6*. Београд: Београдски центар за људска права.

Mole, N. Крстић, И. Papadouli, M. Чучковић, Б. Tidona, A. Waddell, O. (2018). *Приручник о међународним и европским стандардима у области азила и миграција – поглед изблиза на нека конкретна питања*. Београд: АИРЕ Центар и Међународна организација за миграције.

O’Nions, H. (2008). No Right to Liberty: The Detention of Asylum Seekers for Administrative Convenience. *European Journal of Migration and Law*. Vol. 10. 149–185.

Hailbronner, K. (2007). Detention of asylum seekers. *European Journal of Migration and Law*. Vol. 9. 159–172.

Costello, C. (2015). Immigration Detention: The Grounds Beneath Our Feet. *Current Legal Problems*. Vol. 68. 143–177.

Судска пракса и домаћи инструменти

ECtHR, *Guzzardi v. Italy*, Application no. 7367/76, Judgment of 6 November 1980.

ECtHR, *Raimondo v. Italy*, Application no. 12954/87, Judgment of 22 February 1994.

ECtHR, *Amuur v. France*, Application no. 19776/92, Judgment of 25 June 1996.

ECtHR, *Foka v. Turkey*, Application no. 28940/95, Judgment of 26 January 2008.

ECtHR, *Nolan And K. v. Russia*, Application no. 2512/04, Judgment of 6 July 2009.

ECtHR, *M.S.S. v. Belgium And Greece*, Application no. 30696/09, Judgment of 21 January 2011.

ECtHR, *Khlaifia And Others v. Italy*, Application no. 16483/12, Judgment of 1 September 2015.

ECtHR, *A.S. v. Switzerland*, Application no. 39350/13, Judgment of 30 November 2015.

ECtHR, *De Tommaso v. Italy*, Application no. 43395/09, Judgment of 23 February 2017.

ECtHR, *Kasparov v. Russia*, Application no. 53659/07, Judgment of 6 March 2017.

ECtHR, *Ilias And Ahmed v. Hungary*, Application no. 47287/15, Judgment of 14 March 2017.

ECtHR, *Ilias And Ahmed v. Hungary*, Application no. 47287/15, Judgment of 21 November 2019 (Grand Chamber).

Конвенција за заштиту људских права и основних слобода, *European Court of Human Rights Council of Europe*, 4. новембар 1950.

Протокол 4 уз Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода којим се обезбеђују извесна права и слободе која нису укључена у Конвенцију и први протокол уз њу, *European Court of Human Rights Council of Europe*, 16. септембар 1963.

Закон о азилу и привременој заштити, „Службени гласник РС“, бр. 24/2018.

Закон о странцима, „Службени гласник РС“, бр. 24/2018 и 31/2019.

Правилник о кућном реду и правилима боравка у прихватилишту за странце, „Службени гласник РС“, бр. 42/2018.

Aleksandra Kastratović, LL.M.,
PhD Student,
Faculty of Law, University of Belgrade,
Republic of Serbia

**FROM RESTRICTION OF FREEDOM OF MOVEMENT TO
DEPRIVATION OF LIBERTY OF PERSONS IN NEED OF
INTERNATIONAL PROTECTION: Compliance of Serbian
legislation with the European Court of Human Rights standards**

Summary

Persons in need of international protection are in a difficult situation due to their uncertain legal status. From the moment of filing an application for decision on their legal status until it is actually determined, their freedom of movement is commonly restricted. However, the problem arises because a simple restriction of movement may amount to deprivation of liberty. The paper aims to determine when and under what conditions the restrictions on the freedom of movement may amount to deprivation of liberty, whether the difficult position of persons in need of international protection is taken into account, and whether Serbian legislation implements relevant standards established in the practice of the European Court of Human Rights on this matter. On the basis of the provision envisaged in the Serbian Asylum and Temporary Protection Act concerning restriction of freedom of movement of asylum seekers, the analysis suggests that it may cause problems in practice. Although Serbian legislation qualifies the retention of foreigners and asylum seekers in the shelter for foreigners as a measure of restriction of movement, such a situation may be inherent to the deprivation of their liberty due to the enacted provision of the Asylum Act. In this context, the author proposes necessary changes in the Serbian legislation..

Key words: *international protection, restriction of freedom of movement, deprivation of liberty, European Court of Human Rights, Serbian legislation.*