

УДК: 614:314.151.3(4-672)

Bibliid 1451-3188, 23 (2024)

Год XXIII, бр. 86, стр. 217-242

Изворни научни рад

Рад примљен 12. 2. 2024. године

Рад одобрен 2. 4. 2024. године

DOI: https://doi.org/10.18485/iipe_ez.2024.23.86.12

ПОЛОЖАЈ ИРЕГУЛАРНИХ МИГРАНАТА У ТЕШКОМ ЗДРАВСТВЕНОМ СТАЊУ У ЕВРОПСКОЈ УНИЈИ

Ана МЕМЕТИ*

Апстракт: Директива о враћању илегалних миграната, усвојена од стране Европског парламента и Савета, има за циљ успостављање заједничких стандарда у поступцима враћања држављана трећих земаља који незаконито бораве у државама чланицама ЕУ. Циљ Директиве је да се повећа број спроведених одлука успостављањем ефективне процедуре. Ипак, Директива предвиђа и ситуације у којима особа не може бити враћена услед ризика од повреде принципа забране протеривања. Једна од тих ситуација је када особе не могу бити враћене услед њиховог медицинског стања и недостатка здравствене заштите у држави порекла. С тим у вези, ауторка ће представити основне принципе Директиве о враћању, као и стандарде заштите Европског суда за људска права и Суда правде Европске уније поводом положаја поменутих лица. У раду су испитана питања која се односе на решавање правног статуса на основу Директиве о враћању и решења држава на националном нивоу. Друго, приказана је пракса Суда правде Европске уније у односу на процедурална права у погледу забране протеривања, као и имплементација стандарда на националном нивоу. На основу анализе првог питања може се уочити да је Суд правде Европске уније искључио могућност пружања супсидијарне заштите истакавши да државе немају обавезу пружања боравишне дозволе, чиме је остављена могућност решавања правног статуса на националном нивоу. Анализа показује постојање неуједначене праксе при решавању статуса особа које дуготрајно не могу

* Правни факултет Универзитета у Београду. E-mail: amemeti@ius.bg.ac.rs, <https://orcid.org/0009-0002-2997-6835>

бити враћене, као и недостатак омогућавања трајне заштите. Други део анализе доводи до закључка да постоје позитивне промене у унапређивању процедуралних права, али и да недостаје примена принципа забране протеривања пре спровођења одлуке о враћању.

Кључне речи: Директива 2008/115/ЕЗ, забрана протеривања, поступак враћања, тешко здравствено стање, Суд правде Европске уније, здравствена заштита

1) УВОД

У Европској унији (ЕУ) и шенгенској зони сваке године се изда више од 300.000 одлука о враћању ирегуларних миграната из трећих земаља у државу порекла.¹ Издавање ових одлука део је политике која се спроводи у циљу контроле граница и регуларног боравка на територији ЕУ.² Упркос великом броју издатих одлука, у пракси се спроведе тек нешто више од 20% ових одлука, што за последицу има незаконити боравак држављана трећих држава у државама ЕУ.³ Како би се систематски смањило број ирегуларних миграната, ЕУ је 2008. године усвојила Директиву 2008/115/ЕЗ о заједничким стандардима и поступцима за враћање држављана трећих земаља са незаконитим боравком (у даљем тексту: *Директива о враћању/Директива*). Иако је регулисање законитог боравка и заштите граница основно право сваке државе, правила међународног права и људских права предвиђају одређена ограничења. Приликом враћања особа у одређену државу, морају се поштовати људска права и установљени стандарди у погледу забране протеривања у оне државе где лицу прети опасност од

¹ Члан 3. Директиве 2008/115/ЕЗ дефинише термин „враћање“ које се односи на: (а) државу порекла, (б) државу транзита на основу споразума Уније или билатералних споразума о реадмисији, или у (в) трећу државу коју лице у поступку добровољно одабере, а у којој ће бити прихваћено. У даљем тексту ауторка ће користити израз „држава порекла“ али ће се он односити на све државе у које лице може бити враћено по основу члана 3. Директиве. Видети: “Directive 2008/115/EC of the European Parliament and of the Council of 16 December 2008 on common standards and procedures in Member States for returning illegally staying third-country nationals”, Article 3, *Official Journal of the European Union* 348, 24.12.2008, p. 98–107.

² European Commission, “A humane and effective return and readmission policy”. Интернет: https://home-affairs.ec.europa.eu/policies/migration-and-asylum/irregular-migration-and-return/humane-and-effective-return-and-readmission-policy_en, 10.1.2024.

³ *Ibid.*

злостављања. С тим у вези, члан 5. Директиве о враћању предвиђа да ће државе узимати у обзир најбољи интерес детета, право на породичан живот, као и здравствено стање држављана треће земље и поштовати начело забране протеривања.⁴

У овом раду биће анализиран положај особа које услед здравственог стања не могу бити враћене у државу порекла. До оваквих случајева може доћи уколико особа не може бити враћена услед ризика по здравље током путовања, или уколико у држави порекла лице не може остварити заштиту због неадекватног здравственог система, или недоступне здравствене заштите. Наиме, многе државе суочавају се са недостатком приступа специфичним третманима лечења као и успостављању ефикасног здравственог система услед недостатка ресурса и различитог степена развијености. Неадекватни услови за остваривање здравствене заштите и недостатак приступа лековима у неким државама могу бити кобни за лица која болују од тешких болести. Стандарди заштите ових лица прво су установљени у пракси Европског суда за људска права (ЕСЉП). Усвајањем Директиве о враћању ови случајеви су постали релевантни за тумачење њених одредаба. С тим у вези, важно је истаћи да се Суд правде Европске уније (СПЕУ) позивао на стандарде ЕСЉП одлучујући о тумачењу Директиве о враћању. Основна хипотеза рада увиђа унапређивање процедуралне заштите, уз недостатак пружања суштинског решења њиховог статуса. Како би се адекватно приступило теми, у првом делу рада биће представљена Директива о враћању с фокусом на њене основне принципе. У другом делу рада, ауторка примећује да је СПЕУ био веома пажљив у постављању уједначених стандарда по питању регулисања статуса особа које не могу бити враћене. Остављено је широко поље слободне процене у решавању овог статуса на националном нивоу, уједно лишавајући државе могућности пружања супсидијарне заштите. Поменути стандарди довели су до неуједначене праксе држава у погледу пружања правног статуса, приступа неопходним правима и пружању дуготрајног решења. С друге стране, СПЕУ је развио процедуралну заштиту поменутих лица, захтевајући од држава да ускладе своје стандарде у циљу заштите од забране протеривања. Важност процедуралних права, као и стандарди који се захтевају на нивоу СПЕУ,

⁴ Directive 2008/115/EC, *op. cit.*, Article 5.

биће приказани у трећем делу рада као и праксе држава у којима је издата већина одлука о враћању. Може се приметити да, иако су праксе држава у погледу процедуралних права усклађеније, основни циљ миграционих политика је повећање броја спроведених одлука о враћању, који доводи до практичних проблема за остваривање ефективне заштите.

2) ОСНОВНИ ПРИНЦИПИ ДИРЕКТИВЕ О ВРАЋАЊУ

Директива о враћању усвојена је 2008. године како би се успоставила ефикасна процедура враћања и смањио број миграната који ирегуларно бораве на територији држава чланица ЕУ. Имплементирана је у свим државама ЕУ (осим у Ирској), укључујући и четири чланице шенгенске зоне: Швајцарску, Норвешку, Исланд и Лихтенштајн.⁵ Директива се односи на лица из трећих земаља која не испуњавају услове регуларног боравка у државама чланицама ЕУ.⁶ Један од основних принципа Директиве о враћању јесте успостављање *правичне и транспарентне процедуре*.⁷ Поред тога, Директива је заснована на принципу добровољног повратка, чиме се од државе захтева да пре спровођења присилног враћања омогући период за добровољни повратак лицу коме је издата одлука о враћању, или да се макар омогући да лице поднесе захтев за добровољни повратак.⁸ Поред периода за добровољни повратак, Директива предвиђа и успостављање система саветовања и пружања подршке лицима која су у поступку добровољног враћања, као и могућност продужења периода за добровољни повратак узимајући у обзир индивидуалне околности случаја.⁹ Посебно важан је члан 9. Директиве који предвиђа могућност одлагања одлуке о враћању, као и приступ посебним правима у периоду док је одлука одложена на основу члана 14. Основни принципи Директиве односе се и на ограничавање притварања миграната, чиме се истиче принцип пропорционалности. Сви наведени аспекти Директиве о враћању упућују на узимање у

⁵ *Ibid.*, Recital 26–30; Директива о враћању се не примењује на Уједињено Краљевство.

⁶ *Ibid.*, Article 2 (1).

⁷ *Ibid.*, Recitals (4) and (6).

⁸ *Ibid.*, Recital 10, Article 7.

⁹ *Ibid.*, Recital 10, Article 7(2).

обзир индивидуалних околности и посебне осетљивости лица. У тренутку усвајања, постојала су очекивања да ће Директива о враћању посебно допринети заштити ирегуларних миграната од забране протеривања и праксе непропорционалног притварања.¹⁰ Неке државе су током усвајања Директиве истицале и забринутост због права која пружа, као и да ће она негативно утицати на ефикасност поступка враћања.¹¹ Ипак, Директива о враћању негативно је оцењена у стручној јавности због проблема у имплементацији. Разлог се може огледати и у супротним циљевима које има. Никола Делвино (*Nicola Delvino*) истиче да је Директива о враћању, с једне стране, усвојена као основ изградње „европске тврђаве“, док с друге она има за циљ да лицима која ирегуларно бораве омогући приступ правима уз поштовање њихових основних људских права и установљених стандарда.¹² Имплементација саме Директиве произвела је практичне и правне немогућности спровођења одлука, посебно у утврђивању идентитета миграната, успостављању сарадње са државама у које би лица била враћена, као и услед принципа забране протеривања.¹³ Негативни ставови према Директиви о враћању засновани су и на предлогу измена по убрзаној процедури без претходне процене утицаја на државе у којима је имплементирана, под образложењем да су измене хитне.¹⁴ Како би се превазишли изазови, ЕУ је предложила Нови пакт о миграцијама и азилу, чиме се једно од питања односило и на унапређење система враћања. Неједнака подела одговорности, успостављена у оквиру система азила, представљала је превелики терет за граничне државе чланице ЕУ, што је резултирало системским

¹⁰ Anneliese Baldaccini, "The Return and Removal of Irregular Migrants under EU Law: An Analysis of the Returns Directive", *European Journal of Migration and Law* Volume 11, Issue 1, 2009, pp. 1-17.

¹¹ Fabian Lutz, "Prologue: The Genesis of the EU's Return Policy", in: *Law and Judicial Dialogue on the Return of Irregular Migrants from the European Union*, Oxford: Hart Publishing, 2020, p. 7.

¹² Nicola Delvino, "European Union and National Responses to Migrants with Irregular Status: Is the Fortress Slowly Crumbling?", In: Sarah Spencer, Anna Triandafyllidou (eds), 73-97), p. 82.

¹³ Fabian Lutz, "Prologue: The Genesis of the EU's Return Policy", *op. cit.*, p. 30.

¹⁴ Izabella Majcher, and Tineke Strik, "Legislating without Evidence: The Recast of the EU Return Directive", *European Journal of Migration and Law*, Volume 23 Issue 3, 2021, pp. 103-126, p. 108.

проблемима.¹⁵ То је довело до потребе за подстицањем сарадње и солидарности међу државама чланицама. У циљу боље координације система враћања, 2022. године основан је Координатор за враћање ЕУ (*EU Return Coordinator*), како би се на високом политичком нивоу разговарало о изазовима између релевантних актера за поступак враћања.¹⁶ Најновији предлози у циљу успостављања ефикасног система јесу препоруке Европске комисије о међусобном признавању одлука о враћању и њихова имплементација кроз издвајање ресурса на ЕУ нивоу. Узимањем у обзир поменутих прилика, може се учити да је основни фокус ЕУ на смањењу броја ирегуларних миграната, што може довести до проблема за особе које не могу бити враћене.¹⁷

3) ОСОБЕ КОЈЕ СЕ НАЛАЗЕ У ТЕШКОМ ЗДРАВСТВЕНОМ СТАЊУ

Принцип забране протеривања забрањује државама да врате лице које се налази у њиховој надлежности у државу где му прети опасност од излагања мучењу, нечовечном или понижавајућем поступању или кажњавању, или другим озбиљним кршењима људских права. Овај принцип изричито је препознат чланом 19. став 2. Повеље ЕУ о основним правима,¹⁸ Конвенцијом о статусу избеглица, као и Конвенцијом против тортуре и других сурових, нељудских, и понижавајућих казни и поступака.¹⁹ Препознат је од стране надзорних тела, односно Општим коментаром 20. Комитета за људска права, и у оквиру праксе ЕСЉП на основу члана 3. Европске конвенције о

¹⁵ Eleonora Milazzo, "Asymmetric interstate solidarity and return sponsorship", *Journal of Common Market Studies*, Volume 61, Issue 5, pp. 1179–1193.

¹⁶ European Commission, "Migration management: First meeting of the High-Level Network for Return", 4.1.2024. Интернет: <https://www.pubaffairsbruxelles.eu/eu-institution-news/migration-management-first-meeting-of-the-high-level-network-for-return/>.

¹⁷ Olivia Sundberg Diez, Florian Trauner, and Marie De Somer, "Return Sponsorships in the EU's New Pact on Migration and Asylum: High Stakes, Low Gains", *European Journal of Migration and Law*, Volume 23 Issue 3, pp. 219–244, p. 243.

¹⁸ European Union, "Charter of Fundamental Rights of the European Union", 26 October 2012, 2012/C 326/02, Article 19 (2).

¹⁹ UN General Assembly, "Convention Relating to the Status of Refugees", 28 July 1951, United Nations, *Treaty Series*, vol. 189, p. 137, Article 33; UN General Assembly, "Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment", 10 December 1984, United Nations, *Treaty Series*, vol. 1465, p. 85, Article 3.

људским правима (ЕКЉП), док је Високи комесаријат УН за избеглице истакао да забрана протеривања чини међународни обичај.²⁰ Дакле, државе имају обавезу да воде рачуна о принципу забране протеривања пре него што лице врате у државу порекла. Овај принцип спомиње се у члану 5. Директиве о враћању. Члан 5. истиче да ће државе при имплементацији Директиве узети у обзир: (1) најбољи интерес детета, (2) породични живот, (3) здравствено стање и поштовати принцип забране протеривања.²¹ Иницијални предлог Европске комисије био је да се забрани издавање одлуке о враћању у случајевима када би оне повредиле принцип забране протеривања.²² Међутим, државе су се у процесу преговарања избориле за слабију формулацију члана 5, тако да ће оне поштовати принцип забране протеривања.²³ На особе које се налазе у тешком здравственом стању, а за које се установи да не би имале приступ неопходној здравственој заштити, услед чега би њихово враћање могло довести до повреде члана 19. став 2. Повеље ЕУ о основним правима, примениће се члан 5. Директиве. Поред члана 5, за ове категорије лица посебан значај има члан 9. Директиве као и члан 14. Наиме, члан 9. став 1. (а) предвиђа да ће државе одложити одлуку о враћању уколико би она повредила принцип забране протеривања.²⁴ Може се уочити да Директива о враћању нуди само могућност одлагања одлуке за лица којима прети изложеност мучењу у држави порекла, али не и њено укидање. Члан 9. истиче и да ће одлука бити одложена за одговарајући период узимајући у обзир индивидуални случај.²⁵ Ипак, код особа које су тешко болесне, постоји велика

²⁰ UN Human Rights Committee (HRC), "CCPR General Comment No. 20: Article 7 (Prohibition of Torture, or Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment)", 10 March 1992, para. 9; *Soering v. The United Kingdom*, Application no. 1/1989/161/217, Council of Europe: European Court of Human Rights, Judgment of 7 July 1989, para. 91; UN High Commissioner for Refugees (UNHCR), "The Principle of Non-Refoulement as a Norm of Customary International Law", Response to the Questions Posed to UNHCR by the Federal Constitutional Court of the Federal Republic of Germany in Cases 2 BvR 1938/93, 2 BvR 1953/93, 2 BvR 1954/93, 31 January 1994.

²¹ Directive 2008/115/EC, *op. cit.*, Article 5, Recital 12.

²² Izabella Majcher, Tineke Strik, "Legislating without Evidence: The Recast of the EU Return Directive" *op. cit.*, p. 125.

²³ *Ibid.*

²⁴ Directive 2008/115/EC, *op. cit.*, Article 9.

²⁵ *Ibid.*

вероватноћа да ће такво стање трајати дуг временски период, па и до краја њиховог живота, због чега се поставља питање на који начин је њихов статус регулисан и да ли постоји приступ трајном решењу. У том контексту члан 14. уређује корпус права која ће државе узети у обзир, „колико год је могуће“.²⁶ Оваква формулација омогућава државама да саме одлуче у којој мери ће права бити спроведена у пракси и производ су преговарања у процесу усвајања Директиве.²⁷ Како би се утврдило која лица остварују услове из члана 5. Директиве о враћању, биће представљена пракса СПЕУ при имплементацији Директиве и начин уређења њиховог статуса. Имајући у виду да су све државе на које се односи Директива уједно и уговорнице ЕКЉП у оквиру Савета Европе, обавезе установљене у оквиру овог система заштите се примењују. За тумачење члана 5. Директиве веома је важно да се стандарди развијени праксом ЕСЉП комплементарно примене у систему ЕУ. Правни основ за примену стандарда установљених у пракси ЕСЉП јесте члан 6. став 4. Уговора о ЕУ, који права загарантована ЕСЉП сматра општим начелима права Уније.²⁸ Поред тога, члан 52. став 3. Повеље ЕУ о основним правима предвиђа да обим и тумачење заштите на основу повеље одговарају оним загарантованим на основу ЕКЉП.²⁹ Приликом своје анализе, Суд ће пратити стандарде утврђене у пракси ЕСЉП посредно се позивајући се на њих.³⁰ У овом делу рада биће представљени случајеви у којима је разматрано да ли недостатак доступне здравствене неге може довести до повреде забране протеривања и члана 3. ЕКЉП, као и стандарди уређења статуса ирегуларних миграната.

²⁶ *Ibid.*, Article 14.

²⁷ Fabian Lutz, *The negotiations on the Return Directive: comments and materials*, Nijmegen, The Netherlands, Wolf Legal Publishers, 2010.

²⁸ European Union, “Treaty on European Union (Consolidated Version), Treaty of Maastricht”, 7 February 1992, *Official Journal of the European Communities* C 325/5; 24 December 2002, Article 6 (4).

²⁹ European Union, “Charter of Fundamental Rights of the European Union”, 26 October 2012, 2012/C 326/02, Article 52 (3).

³⁰ Alexandros Kargopoulos, “ECHR and the CJEU: Competing, overlapping, or Supplementary Competences?”, *The European Criminal Law Associations’ Forum*, 2015/01/01, pp. 96–100, Explanations relating to the Charter of Fundamental Rights *OJ* C 303, 14.12.2007.

Материјална заштита

Постављање (не)савладиве препреке

Заштита од забране протеривања на основу здравственог стања (*health-based non-refoulement*), почела је да се развија током 1990-их година услед епидемије АИДС-а, чиме је први случај пружања заштите лицу које болује од ХИВ-а био *Д. против Уједињеног Краљевства*.³¹ У поменутом случају, ЕСЉП је 1997. године по први пут препознао да враћање особе у државу порекла може довести до повреде члана 3. ЕКЉП. Подносилац представке је лице које се налазило у затвору услед трговине наркотицима у Уједињеном Краљевству и које је боловало од ХИВ-а.³² Након извршења казне, претила му је депортација у државу порекла, односно Светог Кристофера и Невиса.³³ Подносилац представке је истакао да приступ лечењу које је имао у Уједињеном Краљевству не би имао у својој земљи, као и да би недостатак приступа лечењу значајно смањило његов животни век.³⁴ Суд је у конкретном случају анализирао да ли би враћање довело до повреде члана 3. услед недостатака социјалне и здравствене заштите. При својој анализи Суд се ослонио на три кључне чињенице испитујући: (1) медицинско стање особе; (2) могућност приступа лечењу у држави порекла; као и (3) приступ подршке чланова породице у држави порекла.³⁵ Имајући у виду да се лице налазило у веома напредној фази болести, услед чега му је претила неминовна смрт, као и да не би имао приступ лечењу у држави порекла ни члановима породице који би могли да се брину о њему, Суд је нашао повреду члана 3.³⁶ Суд је био веома пажљив у својој анализи и експлицитно је истакао да лице које служи казну затвора и коме прети депортација не може захтевати неизвршење мере како би наставио да користи медицинску, социјалну или другу заштиту током

³¹ Cassandra Baker, "No Refuge for the Sick: How the EU's Health-Based Non-Refoulement Standard Compounds the Exclusionary Nature of International Refugee Law", *Washington International Law Journal*, Volume 31, No. 2, 2022, pp. 251–291, p. 272.

³² *D. v. The United Kingdom*, Application no. 30240/96, Judgment of 2 May 1997, Council of Europe: European Court of Human Rights, paras. 6–7.

³³ *Ibid.*, para. 7.

³⁴ *Ibid.*, para. 10.

³⁵ *Ibid.*, paras. 50–54.

³⁶ *Ibid.*, para. 53.

трајања затворске казне.³⁷ Ипак, установљено је да би из убедљивих хуманитарних разлога, као и због великих физичких и психичких болова којима би лице било изложено, такво поступање било противно ЕКЉП.³⁸ Пракса која је уследила пред ЕСЉП показала је да је постављена несавладива препрека, која је довела до одбацивања многих медицинских случајева.³⁹ На основу приказаног може се уочити да се заштита пружена у случају *Д. против Уједињеног Краљевства* односила на омогућавање достојанствене смрти засноване на принципу хуманости. Тиме се примећује да се основ повреде члана 3. ЕКЉП не базира на радњи враћања лица у државу порекла у којој би му здравље било озбиљно угрожено услед недостатака здравствене заштите. Суд је своје становиште додатно потврдио у случају *Н. против Уједињеног Краљевства* где је одбијена заштита лицу које болује од ХИВ-а након неуспешног поступка за азил. Истакнуто је да државе немају обавезу да пружају неограничену здравствену заштиту лицу које ту заштиту не би имало у држави порекла, као и да она не може повлачити повреду ЕКЉП имајући у виду да је болест природна појава, а не резултат повреде права државе порекла.⁴⁰ Чињеница да ће лицу значајно бити скраћен животни век услед недостатка система лечења у држави порекла не повлачи повреду члана 3.⁴¹ Суд се позвао и на принцип балансирања интереса заједнице и индивидуалних захтева за заштитом основних права.⁴² Овакво становиште супротно је апсолутној природи члана 3, на основу које је истакнуто да нису дозвољени никакви изузеци, оправдања или балансирање интереса, укључујући и пружање заштите лицима која су учинила кривична дела

³⁷ *Ibid.*, para. 54.

³⁸ *Ibid.*, para. 53–54.

³⁹ *S.C.C. v. Sweden* Dec. No. 46553/99, 15 February 2000, Council of Europe: European Court of Human Rights; *Arcila Henao v. the Netherlands*, Dec. No. 13669/03, 24 June 2003, Council of Europe: European Court of Human Rights; *Ndangoya v. Sweden*, Dec. No. 17868/03, 22 June 2004, Council of Europe: European Court of Human Rights; *Bensaid v. the United Kingdom*, Application no. 44599/98, Judgment of 6 February 2001, Council of Europe: European Court of Human Rights, par. 40; *Amegnigan v. the Netherlands*, Dec. No. 25629/04, 25 November 2004, Council of Europe: European Court of Human Rights.

⁴⁰ *N. v. The United Kingdom*, Application no. 26565/05, Judgment of 27 May 2008, Council of Europe: European Court of Human Rights, para. 43.

⁴¹ *Ibid.*, para. 51.

⁴² *Ibid.*, para. 44.

и независно од дела које је учињено.⁴³ Владислава Стојанова (*Vladislava Stoyanova*) истиче да узрок повреде права није релевантан за повреду принципа забране протеривања.⁴⁴ Уочава се да је ЕСЉП одступио од установљене праксе у другим случајевима по питањима повреде члана 3, упркос томе што је истакао да узрок ризика не утиче на ниво заштите у оквиру члана 3.⁴⁵ Другачија анализа Суда може се објаснити различитим разумевањем социјалних права у односу на политичка и грађанска права, као и страхом држава да би морале да издвоје ресурсе како би омогућиле ову заштиту.⁴⁶ Ипак, овакви налази Суда су критиковани и од стране судија 2011. године, који су у делимично одвојеном мишљењу изразили забринутост услед високо постављених стандарда. Иако је Суд дао предност правној сигурности и ускратио заштиту лицу, критиковани су ставови Суда који захтевају да лицу прети смрт. Указано је да би и смањење животног века било довољно да се установи повреда члана 3.⁴⁷ На праксу ЕСЉП ослонио се и СПЕУ у својој анализи и тумачењима могућности за добијање међународне заштите. Наиме, Белгија је лицу које не може бити враћено у државу порекла услед тешког здравственог стања и недостатка система здравствене заштите у Мауританији омогућила добијање боравишне дозволе. Белгија је упутила питање да ли би овим лицима могла да се пружи суспендијарна заштита, чиме би се омогућио приступ услугама социјалне и здравствене заштите. Позивајући се на случај *H. против Уједињеног Краљевства*, СПЕУ је истакао да лице не може бити

⁴³ *Gäfgen v Germany*, Application no. 22978/05, Judgment of 1 June 2010, Council of Europe: European Court of Human Rights, para. 107.

⁴⁴ Vladislava Stoyanova, "How Exceptional Must 'Very Exceptional' Be? Non-Refoulement, Socio-Economic Deprivation, and Paposhvili v Belgium", *International Journal of Refugee Law*, Volume 29, Issue 4, December 2017, pp. 580–616, p. 598.

⁴⁵ Cassandra Baker, "No Refuge for the Sick: How the EU's Health-Based Non-Refoulement Standard Compounds the Exclusionary Nature of International Refugee Law", *op. cit.*, p. 270.

⁴⁶ Slingenberg Lieneke, "European case law on migrants' social and mobility rights: The need for a comparative approach in assessing 'human rights overreach'", *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Volume 40, Issue 2, pp. 98–117, 2022; Sylvie Da Lomba, "The ECHR and the Protection of Irregular Migrants in the Social Sphere", *International Journal on Minority and Group Rights*, Volume 22, Issue 1, pp. 39–67, p. 67.

⁴⁷ *Yoh-Ekale Mwanje v. Belgium*, Application No. 10486/10, Judgment of 20 December 2011, Partially concurring separate opinion, Council of Europe: European Court of Human Rights. Делимично одвојено мишљење укључило је шест од седам Судија који су Судили у поменутом предмету.

враћено.⁴⁸ Ипак, експлицитно је напоменуто и да се не може пружити супсидијарна заштита на основу Директиве 2004/83.⁴⁹ Супсидијарна заштита дата је само оним лицима којима је намерно онемогућен приступ здравственој заштити који иначе постоји у држави, чиме би то био акт прогона особе. Оваквом одлуком указује се на недостатак жеље за пружањем адекватног решења и сужавање приступа социјалној заштити.

Превазилажење препреке или постављање нове

Високи стандарди постављени у пракси ЕСЉП делимично су измењени случајем *Папошвили против Белгије*, чиме је установљен нови тест који ће пружити заштиту ширем кругу лица. Наиме, Суд је даље развио приступ утврђен у *Н. против Уједињеног Краљевства* који је указао да заштита може бити пружена и у другим „веома изузетним случајевима“⁵⁰. Иако у том тренутку није дефинисано шта се подразумева под „веома изузетним случајевима“ они су разјашњени у поменутом случају. Захтева се да постоји (1) стварни ризик на основу (а) одсуства адекватног третмана у земљи пријема, или (б) недостатка приступа третману, као и да (2) изложеност ризику доводи до озбиљног, брзог и неповратног погоршања здравственог стања које се огледа у (3) интензивној патњи или значајном смањењу животног века.⁵¹ На овај начин дошло је до отварања могућности за пружање заштите и лицима која болују од тешког облика болести али којима не прети блиска смрт. Суд је такође истакао да обавеза забране протеривања лежи у негативној обавези државе да се уздржи од излагања лица ризику од мучења, а не у упоређивању нивоа здравствене заштите у државама.⁵² Владислава

⁴⁸ *Mohamed M'Bodj v État belge*, C-542/13, European Union: Court of Justice of the European Union, Judgment of 18 December 2014, para. 39.

⁴⁹ *Ibid.*, para. 45.

⁵⁰ *N. v. The United Kingdom*, *op. cit.*, para. 42.

⁵¹ *Paposhvili v. Belgium*, Application no. 41738/10, Judgment of 13 December 2016, Council of Europe: European Court of Human Rights, para. 183.

⁵² *Ibid.*, para. 188; *Saadi v. Italy*, Application no. 37201/06, Judgment of 28 February 2008, Council of Europe: European Court of Human Rights, para. 125; *M.S.S. v. Belgium and Greece*, Application no. 30696/09, Judgment of 21 January 2011, Council of Europe: European Court of Human Rights, para. 365; *Tarakhel v. Switzerland*, Application no. 29217/12, Judgment of 4 November 2014, Council of Europe: European Court of Human Rights, para. 93; *F.G. v. Sweden*, Application no. 43611/11, Judgment of 23 March 2016, Council of Europe: European Court of Human Rights, para. 111.

Стојанова и Наташа Мавраникола (*Natasa Mavronicola*) указују да обавеза лежи у суздржавању од излагања лица мучењу, нечовечном или понижавајућем поступању или кажњавању тиме што би се погоршало стање услед недостатка неопходне неге.⁵³ Услед тога, није јасно због чега је и даље задржан стандард „веома изузетних околности“.⁵⁴ Суд је такође указао на потребу анализе утицаја индивидуалних околности при анализи ефективног приступа здравственој заштити, као и могућностима ослањања на чланове породице.⁵⁵ Посебан допринос досадашњој пракси односи се и на указивање обавезе државе да пре протеривања лица у државу порекла мора да обезбеди индивидуална и довољна уверења да ће у држави порекла лице имати право на здравствену заштиту.⁵⁶ У недавном случају, Суд се позвао на *Папошвили* тест и пружио заштиту лицу које као третман лечења од рака крви користи медицински канабис који му није доступан у Русији, а како би ублажио болове.⁵⁷ Питања која су се нашла пред Судом односила су се на тумачење члана 4. Повеље ЕУ о основним правима, односно забране мучења. Истакнуто је да одлагање одлуке о враћању не може да се сведе на питање да ли је лице у стању да путује, већ и да ли би у држави порекла дошло до интензивне патње или смањења животног века.⁵⁸ Такође је истакнуто да државе не могу одредити конкретан период у закону до када би морала да се испољи интензивна патња након враћања у државу порекла.⁵⁹ На тај начин се узимају у обзир индивидуалне околности конкретног случаја, као и стандарди установљени у пракси ЕСЉП.⁶⁰ Међутим, док с једне стране Суд забрањује враћање, препознајући утицај болести на патњу, као и

⁵³ Vladislava Stoyanova, How Exceptional Must 'Very Exceptional' Be? Non-Refoulement, Socio-Economic Deprivation, and Paposhvili v Belgium, *op. cit.*, p. 596; Natasa Mavronicola, *Torture, Inhumanity and Degradation under Article 3 of the ECHR*, Bloomsbury Academic, London, 2021, p. 182.

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ *Paposhvili v. Belgium, op. cit.*, para. 190.

⁵⁶ *Ibid.*, para. 191.

⁵⁷ *Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid (Éloignement – Cannabis thérapeutique)*, Case C-69/21, Court of Justice of the European Union, Judgment of 22 November 2022, paras. 61, 63, 65.

⁵⁸ *Ibid.*, para. 82.

⁵⁹ *Ibid.*, para. 76.

⁶⁰ *Ibid.*, para. 95.

апсолутну природу члана 3. ЕКЉП и члана 4. Повеље ЕУ о основним правима, истиче и да државе чланице нису дужне да лицу које се налази у ситуацији да не може бити враћено, издају боравишну дозволу.⁶¹ На тај начин Директива о враћању доводи до ситуације у којој се с једне стране лицу пружи заштита, док се с друге стране она потпуно негира у практичном смислу. Оно што је посебно проблематично јесте постојање велике вероватноће да ће особа која болује од тешке болести у овом стању бити дужи временски период, уз могућност да се то стање настави и до краја живота.⁶² То значи да се на основу Директиве о враћању лице може наћи у ситуацији да се његова одлука о враћању одлаже, чиме не постоје препреке да се она одлаже неограничени број пута. Ипак, државе ништа не спречава да на основу националног закона одлуче да издају боравишну дозволу лицу које се налази у оваквој ситуацији, али се Директива о враћању не може тумачити на начин да установљава ову обавезу.⁶³ То значи да државе могу издати регуларан статус овим лицима, али само по основу националног закона, што може довести до неуједначене праксе и различитих стандарда. Владислава Стојанова истиче забринутост услед неједнаког развоја материјалних и процедуралних права ових категорија људи.⁶⁴ Уочава се и да СПЕУ посебно указује на обавезе на основу ЕКЉП и праксу у случајевима када одређује да државе конкретно питање реше на националном нивоу, што додатно компликује ово питање уз пребацивање терета државама.⁶⁵ Позивање на национално право може се објаснити чињеницом да се ради о питањима из сфере социјалних права, услед чега СПЕУ предност

⁶¹ *Ibid.*, paras. 84–89.

⁶² Nicola Delvino, European Union and National Responses to Migrants with Irregular Status: Is the Fortress Slowly Crumbling?, *op. cit.*, p. 83.

⁶³ *Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid (Éloignement – Cannabis thérapeutique)*, Case C-69/21, Court of Justice of the European Union, Judgment of 22 November 2022, para. 86; Jean-Baptiste Farcy, “Unremovability under the Return Directive: An Empty Protection?”, In: Madalina Moraru, Galina Cornelisse, Philippe De Bruycker (eds.), *Law and Judicial Dialogue on the Return of Irregular Migrants from the European Union*, Hart Publishing, 2020, p. 453.

⁶⁴ Vladislava Stoyanova, How Exceptional Must ‘Very Exceptional’ Be? Non-Refoulement, Socio-Economic Deprivation, and Paposhvili v Belgium, *op. cit.*, p. 615.

⁶⁵ Tamás Molnár, “The impact of ECtHR case-law on the CJEU’s interpreting of the EU’s return acquis: More than it first seems?”, *Hungarian Journal of Legal Studies*, Volume 62, Issue 4, 2022, pp. 257–280, p. 270.

даје основној идеји Директиве о враћању, односно успостављању ефективне политике враћања у треће државе.⁶⁶

Уређење статуса⁶⁷

Приказани стандарди, развијени у погледу уређења правног статуса особа које не могу бити враћене, илуструју да државе не могу пружити супсидијарну заштиту овим лицима, као и да Директива о враћању не установљава обавезу издавања боравишне дозволе. Имајући у виду да је у великом броју случајева ситуација лица која не могу бити враћена услед недостатка лечења по природи трајна, поставља се питање на који начин је она уређена. На основу праксе СПЕУ и самог текста Директиве, државе могу одложити одлуку о враћању неограничени број пута, за период који оцене да је адекватан на основу индивидуалних околности. Оне такође могу пружити могућност издавања боравишне дозволе на основу националног закона, или неку врсту регуларног боравка из медицинских разлога. У даљем тексту биће анализирана студија о националним законима 26 држава на које се односи Директива о враћању и питање правног положаја ових особа. Наиме, може се приметити да су државе на различите начине регулисале положај миграната чији је ирегуларан боравак дуготрајан. Док ниједна држава не предвиђа разлику у боравку између лица која кратко бораве и оних који дуго бораве, седам држава узима у обзир дужину боравка при анализи околности индивидуалних случаја.⁶⁸ У седам држава се не прави разлика у разлозима због којих лице може бити спречено да се врати, нудећи им иста права.⁶⁹ Овакво решење може довести до проблема у мапирању

⁶⁶ Sylvie Da Lomba, "The ECHR and the Protection of Irregular Migrants in the Social Sphere", *op. cit.*, p. 67.

⁶⁷ У раду ће бити анализирани резултати истраживања Европске миграционе мреже (*European Migration Network*), која је укључила анализу националних закона у погледу решавања питања миграната који се трајно налазе у стању незаконитости. Видети: European Migration Network Study, "Responses to long-term irregularly staying migrants: practices and challenges in the EU and Norway", July 2021. Интернет: https://home-affairs.ec.europa.eu/system/files/2021-07/00_eu_long_term_irregular_staying_migrants_study_en.pdf, 24.12.2023.

⁶⁸ European Migration Network Study, "Responses to long-term irregularly staying migrants: practices and challenges in the EU and Norway", *op. cit.*, p. 12, Немачка, Француска, Шпанија, Хрватска, Луксембург, Летонија и Норвешка.

⁶⁹ *Ibid.*, Белгија, Кипар, Грчка, Мађарска, Италија, Малта, Португал.

потреба лица. Ипак, 18 држава прави разлику да ли је лице спречено да се врати услед правних или практичних разлога.⁷⁰ Међу државама које праве разлику између основа услед којих лице не може бити враћено, могу се уочити потпуно различите праксе регулисања боравка, као што су продужетак рока добровољног повратка,⁷¹ писмена потврда одлагања одлуке о враћању,⁷² али и издавање привремене боравишне дозволе посебно за лица која не могу бити враћена из медицинских разлога.⁷³ На основу приказаних решења која су понудиле државе може се уочити велика неуједначеност. У државама које нуде одлагање одлуке и државама које омогућавају продужење добровољног враћања може се уочити правна несигурност и нерегулисан статус у случају када одлагање траје дужи временски период. Овакви приступи доводе до практичних проблема у пружању трајног решења. На основу студије може се уочити и да државе предвиђају бројне мере у циљу одвраћања лица која ирегуларно бораве, кроз нуђење саветовања о повратку, али и усвајањем рестриктивних закона у погледу приступа јавним службама.⁷⁴ Важно је напоменути да само шест држава нуди могућност решавања ирегуларног боравка у виду издавања трајне боравишне дозволе.⁷⁵ Разлози због којих лице може добити трајни боравак могу бити услед болести (Луксембург), услед специјалних околности (Словачка), као и уколико је узрок такав да је дуготрајан по природи (Шведска).

⁷⁰ Правни разлози односе се на случајеве засноване на принципу забране протеривања, док практични разлози укључују недостатак неопходне документације, сарадње са државом порекла и сличне. Особе које не могу бити враћене услед здравственог стања и недостатка медицинске заштите у држави порекла представљају категорију која не може бити враћена услед правних разлога. *Ibid.*, Аустрија, Белгија, Чешка, Немачка, Естонија, Грчка, Финска, Француска, Хрватска, Ирска, Литванија, Луксембург, Летонија, Холандија, Пољска, Шведска, Словенија, Словачка и Норвешка.

⁷¹ *Ibid.*, Чешка, Италија, Летонија, Литванија, Пољска, Португал, Шведска и Норвешка.

⁷² *Ibid.*, Ирска, Италија, Литванија, Летонија, Холандија, Пољска, Шведска, и Норвешка.

⁷³ *Ibid.*, Белгија, Кипар, Немачка, Естонија, Грчка, Шпанија, Финска и Луксембург, Хрватска, Мађарска, Италија, Литванија, Летонија, Холандија, Пољска, Шведска, и Норвешка.

⁷⁴ European Migration Network Study, "Responses to long-term irregularly staying migrants: practices and challenges in the EU and Norway", *op. cit.*, pp. 30–31.

⁷⁵ *Ibid.*, p. 32; Белгија, Немачка, Луксембург, Холандија, Словачка и Шведска.

Издавање трајне боравишне дозволе може се истаћи као позитивна пракса која лицима омогућава приступ трајном регулисању статуса.

Процедурална заштита принципа забране протеривања

*Издавање негативне одлуке захтева
за међународну заштиту и одлуке о враћању*

На основу начела забране протеривања државе имају и одређене процедуралне обавезе. Како би се обезбедила ефикасна заштита, државе морају водити рачуна о евентуалној повреди члана 19. става 2. Повеље ЕУ о основним правима, члана 5. Директиве о враћању, као и повреди члана 3. ЕКЉП. У циљу успостављања ефикасније процедуре враћања члан 6. став 6. истиче да у моменту када се статус лица може квалификовати као „незаконит“, држава може издати одлуку о враћању.⁷⁶ Ипак, важно је напоменути да су основи због којих се нечији боравак може квалификовати као „незаконит“ различити, и они могу укључити више правних поступака. Како су особе које не могу бити враћене услед ризика од повреде забране протеривања често изложене третману који може бити основ за добијање међународне заштите, посебно важан поступак јесте поступак азила. Ипак, као што је приказано, пракса СПЕУ јасно истиче да се лицима која би била изложена повреди забране мучења услед недостатка приступа здравственој заштити не може пружити међународна заштита по основу Директиве 2011/95/ЕУ (Квалификационе директиве).⁷⁷ Међутим, као што је приказано праксом

⁷⁶ Directive 2008/115/EC, *op. cit.*, Article 6 (6); У већини држава чланица одлука о враћању је издата истовремено са негативном одлуком о захтеву за азил. Ипак, у Италији и Белгији одлука о враћању није издата одмах након негативне одлуке, већ тек након што истекне период за жалбу. ASGI, Asylum Information Database, Country Report: Italy. Интернет: https://asylumineurope.org/wp-content/uploads/2023/05/AIDA-IT_2022-Update.pdf, 6.1.2024. p. 26; Vluchtelingenwerk Vlaanderen, "Asylum Information Database, Country Report: Belgium". Интернет: https://asylumineurope.org/wp-content/uploads/2023/04/AIDA-BE_2022update_final.pdf 6.1.2024. p. 30.

⁷⁷ Квалификациона директива успоставља заједничке стандарде за поступак добијања избегличког статуса и супсидијарне заштите на нивоу ЕУ. Видети: "Council of the European Union, Directive 2011/95/EU of the European Parliament and of the Council of 13 December 2011 on standards for the qualification of third-country nationals or stateless persons as beneficiaries of international protection, for a uniform status for refugees or for persons eligible for subsidiary protection, and for the content of the protection granted (recast)", 20 December 2011, *OJ L*. 337/9-337/26; 20.12.2011, 2011/95/EU.

пред ЕСЉП и СПЕУ, овим лицима би одлука о враћању била одложена на основу члана 9. Директиве о враћању. Оно што се истиче као потенцијални проблем јесте да ли је у поступку азила анализирана и евентуална повреда забране протеривања, која укључује ширу заштиту од оне која се даје на основу захтева за међународну заштиту. То би се материјализовало кроз пример који је истакао и СПЕУ. Наиме, лицима која су у држави порекла била изложена намерном ускраћивању здравствене заштите може се пружити међународна заштита. С друге стране, лице које се налази у тешком здравственом стању, а приступ лечењу не би имало у држави порекла, услед чега би његово стање довело до патње или смањења животног века, може бити заштићено на основу члана 5. Директиве о враћању, члана 19. става 2. Повеље ЕУ о основним правима као и члана 3. ЕКЉП. Међутим, особа неће добити међународну заштиту на основу Квалификационе директиве, након чега ће истовремено бити издата одлука о враћању. То доводи до недостатка заштите поменутих категорија лица из разлога што Квалификациона директива не предвиђа анализу ризика од забране протеривања, већ само право на међународну заштиту.⁷⁸ Белгија и Шведска су једине државе у којима закон предвиђа да ће бити анализирана потенцијална повреда ЕКЉП пре издавања одлуке о враћању, док се у Аустрији може спречити одлука о враћању уколико лице у жалби посебно истакне ризике од повреде међународних обавеза.⁷⁹

Суспензивно дејство одлуке о враћању

Како би се спречило враћање лица пре окончања поступка за азил, посебан значај има признавање суспензивног дејства одлуке о враћању. Наиме, у случају *Абдида*, Белгија је упутила питање СПЕУ да ли би правни лек против одлуке о враћању, издатог на основу одбијања

⁷⁸ Tamás Molnár, "Chapter 4 The Place and Role of International Human Rights Law in the EU Return Directive and in the Related cjeu Case-Law: Approaches Worlds Apart?", In: Carrera, Sergio, Arie Pieter Leonhard den Hertog, Marion Panizzon, and Dora Kostakopoulou (eds.), *EU External Migration Policies in an Era of Global Mobilities: Intersecting Policy Universes*, Brill, Boston/Leiden, 2019, p. 122.

⁷⁹ Swedish Refugee Law Center, "Asylum Information Database, Country Report: Sweden". Интернет: https://asylumineurope.org/wp-content/uploads/2023/04/AIDA-SE_2022_update.pdf, 6.1.2024, p. 21; Asylkoordination Österreich, "Asylum Information Database, Country Report: Austria", https://asylumineurope.org/wp-content/uploads/2023/05/AIDA-AT_2022-Update.pdf, 6.1.2024, p. 20.

захтева за законит боравак или за супсидијарном заштитом, имао суспензивно дејство. Суд је истакао да на основу члана 5. и члана 13. Директиве о враћању, и поштујући члан 19. став 2. и члан 47. Повеле ЕУ о основним правима, национални закон државе мора обезбедити суспензивно дејство одлуке о враћању у случају када би извршење те одлуке изложило држављанина треће земље озбиљном и неповратном ризику од погоршања његовог здравственог стања.⁸⁰ Истакнуто је да се у таквим ситуацијама одлука одлаже применом члана 9. Директиве о враћању, као и да се током периода одлагања одлуке примењују права садржана у члану 14.⁸¹ Овакви стандарди установљени пред СПЕУ усклађени су са стандардима ЕСЉП који је истакао апсолутну природу члана 3. ЕКЉП и указао на неповратну штету коју би лице претрпело услед чега се мора обезбедити правни лек са аутоматским суспензивним дејством одлуке.⁸² Као што је већ напоменуто, постоје случајеви у којима се лице може истовремено наћи у поступку враћања и покренути поступак за међународну заштиту. У случају *Арслан*, чешки Суд упутио је питање да ли се члан 2. став 1. Директиве о враћању примењује на лица која су тражиоци азила. Наиме, *Арслан* се налазио у притвору, и против њега је издата одлука о враћању услед чињенице да је незаконито боравио на територији Аустрије и Чешке.⁸³ Пре него што је одлука извршена, он је поднео захтев за азил. СПЕУ је истакао да се Директива о враћању неће примењивати на лице које је поднело захтев за међународном заштитом, од тренутка подношења захтева за азил до доношења првостепене одлуке.⁸⁴ Како је неколико држава истакло да би подношење захтева за азил могло да буде основ да се одложи одлука о враћању и на тај начин злоупотреби поступак азила, Суд је истакао да иако се одлука о враћању одлаже, она није трајно суспендована и примениће се након доношења првостепене

⁸⁰ *Centre public d'action sociale d'Ottignies-Louvain-La-Neuve v Moussa Abdida*, C-562/13, European Union: Court of Justice of the European Union, Judgment of 18 December 2014, paras. 53, 63.

⁸¹ *Ibid.*, para. 55.

⁸² *M.S.S. v. Belgium and Greece*, *op. cit.*, para. 293.

⁸³ *Mehmet Arslan v Policie ČR*, Krajské ředitelství policie Ústeckého kraje, odbor cizinecké policie (Police Force of the Czech Republic, Regional Police Directorate of the Ústí nad Labem Region, Foreigners Police Section), C-534/11, European Union: Court of Justice of the European Union, Judgment of 30 May 2013, par. 23.

⁸⁴ *Ibid.*, para. 49.

одлуке.⁸⁵ Ипак, као што се може приметити, Суд је заузео став да се од изрицања првостепене одлуке сматра да особа нелегално борави и да се Директива о враћању активира. Међутим, поставља се питање да ли одлука може да се спроведе пре завршетка жалбеног поступка? У случају *Гнанди*, белгијски Суд поставио је питање да ли одлука о враћању може бити извршена након одбијања захтева за азил, али пре исцрпљивања свих правних лекова? Суд је истакао да иако се сматра да особа „незаконито борави“ након окончања првостепеног поступка, државе морају сачекати да прође период за покретање жалбеног поступка. Уколико се он покрене, одлука о враћању биће суспендована до окончања жалбеног поступка.⁸⁶ Када лице поднесе жалбу, сва правна дејства одлуке о враћању биће суспендована до окончања жалбеног поступка.⁸⁷ Током овог периода, права из Директиве 2003/9 (тј. Директиве 2013/33/ЕУ), примењиваће се и даље на лице, услед чега оно има и право да се позове на нове околности случаја, као и да буде обавештено о могућностима подношења жалбе.⁸⁸ На овај начин, лице је у исто време и подносилац захтева за азил и лице у поступку враћања, те се обе Директиве примењују. Утицај *Гнанди* пресуде био је велики. Наиме, поменути случај представља корак напред у препознавању важности суспензивног ефекта одлуке о враћању, као и права на ефективан правни лек.⁸⁹ С друге стране, Паоло Менгози (*Paolo Mengozzi*) истакао је да је проблематична ситуација у којој је лице у исто време и у поступку азила као и у поступку враћања.⁹⁰ Иако је одлука о враћању

⁸⁵ *Ibid.*, para. 60.

⁸⁶ *Sadikou Gnandi v État belge*, Request for a preliminary ruling from the Conseil d'État (Council of State, Belgium), C-181/16, European Union: Court of Justice of the European Union, 22 February 2018, para. 61.

⁸⁷ *Ibid.*

⁸⁸ Директива 2003/9 више није на снази, већ је ажурирана Директивом 2013/33/ЕУ која се односи на утврђивање заједничких стандарда за пријем лица која су поднела захтев за међународном заштитом по основу Квалификационе директиве. Видети: "Directive 2013/33/EU of the European Parliament and Council of 26 June 2013 laying down standards for the reception of applicants for international protection (recast)", 29 June 2013, *OJ L* 180/96 -105/32; 29.6.2013, 2013/33/EU; *Sadikou Gnandi v État belge*, *op. cit.*, para. 63.

⁸⁹ Sarah Progin-Theuerkauf, "Asylum and Return: The Gnandi Case, or a Clarification of the Right to an Effective Remedy", *European Papers*, Volume 4, Issue 1, pp. 359–363, 2019.

⁹⁰ "Additional Opinion Of Advocate General Mengozzi in case C-181/16 *Sadikou Gnandi v État belge*, Request for a preliminary ruling from the Conseil d'État (Council of State,

суспензивног дејства, њено издавање ставља лице у ситуацију правне несигурности, уз обавезу враћања у државу порекла.⁹¹ Он истиче и да овакав начин не доводи до повећања ефикасности саме процедуре, већ до проблематичног приступа у погледу транспарентности саме процедуре. Ипак, током 2018. године усвојене су две пресуде у којима је холандски Суд упутио питање да ли је довољно да првостепена одлука буде аутоматског суспензивног дејства уколико постоји претња о кршењу начела забране протеривања. У оба случаја национални Суд је истакао да у жалбеном поступку одлука о враћању нема аутоматски суспензивно дејство. СПЕУ је истакао да државе нису дужне да успоставе двостепени поступак, услед чега не би дошло до повреде чланова 18, 19. и 47. Повеље ЕУ о основним слободама, уколико у жалбеном поступку одлука о враћању нема аутоматско суспензивно дејство.⁹² У пракси, државе чланице су предвиделе аутоматско суспензивно дејство у случају доношења негативне одлуке о захтеву за азил, док ниједна држава не предвиђа овакво дејство када је захтев одбачен као неприхватљив.⁹³ Уколико је одлука проглашена неприхватљивом, лице може поднети захтев за привременом мером у Немачкој, Холандији, Грчкој, и Аустрији.⁹⁴ Док се суспензивно дејство у погледу негативне одлуке сматра позитивним примером у складу са утврђеним стандардима, могу

Belgium)”, European Union: Court of Justice of the European Union, 22 February 2018, para. 51.

⁹¹ *Ibid.*

⁹² *X and Y v. Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, C-180/17, European Union: Court of Justice of the European Union, Judgment of 26 September 2018, para. 44; *X v. Belastingdienst/Toeslagen*, (C-175/17), European Union: Court of Justice of the European Union, Judgment of 26 September 2018, para. 34, 36.

⁹³ Анализа обухвата националне законе Немачке, Француске, Белгије, Холандије, Грчке, Италије, Аустрије, Шпаније и Шведске. Разлог издвајања поменутих система огледа се у највећем броју издатих одлука о враћању на основу података Еуростата.

⁹⁴ Ипак, у поменутих државама постоје препреке. Наиме, у Холандији се издаје обавезан притвор уколико је одлука одбачена као неоснована, док у Немачкој захтев за суспензивно дејство мора да се поднесе заједно са свом додатном документацијом у року од седам дана. У Грчкој постоји пракса да је у току 2021. године од 4.653 захтева суспензивно дејство одбијено у 4.476 одлука. Видети: Dutch Council for Refugees, “Asylum Information Database, Country Report: Netherlands”. Интернет: https://asylumineurope.org/wp-content/uploads/2023/05/AIDA-NL_2022_update.pdf, 6.1.2024. pp. 22–23; У Немачкој захтев за суспензивним дејством одлуке о враћању, након одбацивања захтева за азил као неприхватљивим износи 360, а лице мора да аплицира у посебном поступку за приступ фонду. Овакав поступак

се уочити проблеми у активирању суспензивног дејства када је одлука неприхватљива, као и процедуралне препреке у погледу другостепеног поступка у коме одлука нема суспензивно дејство. Овакве одлуке о враћању могу бити посебно проблематичне у случајевима када лицу прети опасност од изложености повреди члана 3. ЕКЉП, што је истакнуто и у случају *A. M. A. против Холандије*.⁹⁵

4) ИЗВОРИ

- Baker, Cassandra, “No Refuge for the Sick: How the EU’s Health-Based Non-Refoulement Standard Compounds the Exclusionary Nature of International Refugee Law”, *Washington International Law Journal*, Volume 31, No. 2.
- Baldaccini, Anneliese, “The Return and Removal of Irregular Migrants under EU Law: An Analysis of the Returns Directive”, *European Journal of Migration and Law* Volume 11, Issue 1.
- Da Lomba, Sylvie, “The ECHR and the Protection of Irregular Migrants in the Social Sphere”, *International Journal on Minority and Group Rights*, Volume 22, Issue 1.
- Delvino, Nicola, “European Union and National Responses to Migrants with Irregular Status: Is the Fortress Slowly Crumbling?”, in: Spencer Sarah, Triandafyllidou Anna (eds).
- Gkliati, Mariana, “The EU Returns Agency: The Commissions’ Ambitious Plans and Their Human Rights Implications”, *European Journal of Migration and Law*, Brill, Volume 24, Issue 4.
- Jean-Baptiste Farcy, *Unremovability under the Return Directive: An Empty Protection?*, Madalina Moraru, Galina Cornelisse, Philippe De Bruycker (eds.).
- Kargopoulos, Alexandros, “ECHR and the CJEU: Competing, overlapping, or Supplementary Competences?”, *The European Criminal Law Associations’ Forum*, Volume 1, Issue 1.

траје дуже, а у периоду од седам дана лица некада не могу имати ниједан састанак са адвокатом. Видети: Paula Hoffmeyer-Zlotnik and Marlene Stiller, Asylum Information Database, Country Report: Germany, https://asylumineurope.org/wp-content/uploads/2023/04/AIDA-DE_2022update.pdf, 6.1.2024, p. 23. Greek Council for Refugees, “Asylum Information Database, Country Report: Greece”. Интернет: https://asylumineurope.org/wp-content/uploads/2023/06/AIDA-GR_2022-Update.pdf, 6.1.2024, p. 65.

⁹⁵ *A. M. A. v. The Netherlands*, Application no. 23048/19, Judgment of 24 October 2023, Council of Europe: European Court of Human Rights, para. 69.

- Kidane, Won, “Procedural Due Process in the Expulsion of Aliens Under International, United States, and European Union Law: A Comparative Analysis”, *Emory International Law Review*, Volume 27.
- Lutz, Fabian, *Prologue: The Genesis of the EU’s Return Policy*, in: Law and Judicial Dialogue on the Return of Irregular Migrants from the European Union, Oxford: Hart Publishing, 2020.
- Lutz, Fabian, *The negotiations on the Return Directive: comments and materials*, Nijmegen, The Netherlands: Wolf Legal Publishers, 2010.
- Majcher, Izabella, and Tineke Strik, “Legislating without Evidence: The Recast of the EU Return Directive”, *European Journal of Migration and Law*, Volume 23 Issue 3.
- Mavronicola, Natasa, *Torture, Inhumanity and Degradation under Article 3 of the ECHR*, Bloomsbury Academic, London, 2021.
- Milazzo, Eleonora, “Asymmetric interstate solidarity and return sponsorship”, *Journal of Common Market Studies*, Volume 61, Issue 5.
- Molnár, Tamás, “The impact of ECtHR case-law on the CJEU’s interpreting of the EU’s return acquis: More than it first seems?”, *Hungarian Journal of Legal Studies* Volume 62, Issue 4.
- Molnár, Tamás, “Chapter 4 The Place and Role of International Human Rights Law in the EU Return Directive and in the Related cjeu Case-Law: Approaches Worlds Apart?”, In: Carrera, Sergio, Arie Pieter Leonhard den Hertog, Marion Panizzon, and Dora Kostakopoulou (eds.), *EU External Migration Policies in an Era of Global Mobilities: Intersecting Policy Universes*, Brill, Boston/Leiden, 2019.
- Progin-Theuerkauf, Sarah, *Asylum and Return: The Ghandi Case, or a Clarification of the Right to an Effective Remedy*, *European Papers*, Volume 4, Issue 1.
- Slingenberg Lieneke, “European case law on migrants’ social and mobility rights: The need for a comparative approach in assessing ‘human rights overreach’”, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Volume 40, Issue 2.
- Spencer, Sarah, *Multi-level governance of an intractable policy problem: migrants with irregular status in Europe*, *Journal of Ethnic and Migration Studies*, Volume 44, Issue 12.
- Stoyanova, Vladislava, “How Exceptional Must ‘Very Exceptional’ Be? *Non-Refoulement*, Socio-Economic Deprivation, and *Paposhvili v Belgium*”, *International Journal of Refugee Law*, Volume 29, Issue 4.

- Sundberg Diez, Olivia, Florian Trauner, and Marie De Somer, "Return Sponsorships in the EU's New Pact on Migration and Asylum: High Stakes, Low Gains", *European Journal of Migration and Law*, Volume 23, Issue 3.

5) ЗНАЧАЈ ЗА РЕПУБЛИКУ СРБИЈУ

Како би се повећао број спроведених одлука о враћању ирегуларних миграната на територији ЕУ, усвојена је Директива о враћању. Њен основни циљ односи се на успостављање ефикасније процедуре, која ће уз систем координације и издвајања ресурса довести до знатног смањења броја ових лица. Систем враћања мора бити успостављен на начин да не угрожава људска права особа која се налазе у поступку. Због тога Директива о враћању садржи и основне принципе који се односе на успостављање правичне и транспарентне процедуре, давање предности принципу добровољног повратка и ограничену примену притварања ирегуларних миграната. Ипак, неке особе не могу бити враћене у државу порекла услед различитих разлога. Један од разлога односи се на здравствено стање особе и ризик од повреде принципа забране протеривања. С тим у вези, у систему Савета Европе ЕСЉП је поставио стандарде у којима би враћање ових лица довело до повреде члана 3. ЕКЉП. То је недостатак здравствене заштите услед кога је лице изложено ризику од озбиљног, брзог и неповратног погоршања здравственог стања које се огледа у интензивној патњи или значајном смањењу животног века. Имајући у виду да се стандарди ЕСЉП могу комплементарно применити у систему ЕУ, СПЕУ је препознао обавезу забране враћања при имплементацији Директиве. Ипак, уочени су недостаци у погледу регулисања статуса лица која не могу бити враћена. Пажљива анализа СПЕУ, и искључивање могућности пружања супсидијарне заштите, допринеле су остављању широког поља слободне процене и пребацивању одговорности на државе и њихове националне законе. Иако пружање боравишне дозволе није забрањено, државе немају такву обавезу, већ се могу одредити за неограничено одлагање одлуке о враћању. У том погледу, уочено је да државе имају неуједначена решења која знатно доприносе правној несигурности, остављајући велики број људи без могућности остваривања трајног решења. Само шест држава нуди могућност издавања трајне боравишне дозволе, док се само за три експлицитно зна да се односе

на лица чија ситуација је трајна по природи, што укључује особе које су тешко болесне. Иако постоји недостатак пружања адекватног статуса, СПЕУ је развио процедуралну заштиту, која се посебно огледа у суспензивном дејству одлуке о враћању све до завршетка првостепеног поступка о захтеву за азил. Лица којима прети изложеност повреди члана 3. ЕСЉП често ће покушати да остваре право на међународну заштиту, посебно због сличних чињеница случаја у државама порекла. Ипак, СПЕУ је истакао да је намерно лишавање особе права на здравствену заштиту погодно за додељивање статуса супсидијарне заштите. С друге стране, особе које би биле изложене патњи која је толико интензивна да се може сматрати повредом члана 3. услед недостатка здравствене заштите или приступа здравственој заштити у држави порекла не остварују услове за супсидијарну заштиту, услед чега ће одлука о њиховом захтеву бити негативна. С обзиром на то да државе већински издају одлуку о враћању у истом поступку са негативном одлуком о захтеву за међународну заштиту, државни органи би требало шире да посматрају овај захтев и анализирају ризике од повреда међународних обавеза. На основу примера држава које издају највише одлука о враћању, уочава се позитивна пракса признања суспензивног дејства до окончања првостепеног поступка. Ипак, при одбацивању захтева због незаконитости или јасне неоснованости, лица не могу захтевати суспензивно дејство одлуке о враћању. У случајевима где је то дозвољено на захтев, велики број одлука је одбијено, уз шта се примећује и пракса притварања. Практика указује да постоји велика вероватноћа да ће лице бити враћено и пре подношења захтева за другостепени поступак, или да ће лице бити суочено са бројним процедуралним препрекама које имају за циљ да демотивишу особу да остане на територији држава чланица ЕУ. Поменути случајеви могу бити од значаја и за законодавну праксу у Републици Србији као кандидату за приступање ЕУ. Ово тим пре, јер се кроз анализу Директиве о враћању и њене примене у европској пракси јасно показује да је тежиште ЕУ и даље на страни смањења ирегуларних миграната, и промовисању процедуре враћања која је саставни део њене миграционе политике.

**THE POSITION OF IRREGULAR MIGRANTS IN SERIOUS HEALTH
CONDITIONS IN THE EUROPEAN UNION**

Ana MEMETI*

Abstract: The Return Directive adopted by the European Parliament and the Council aims to establish common standards in procedures for the return of third-country nationals illegally residing in the EU member states. The Directive aims to increase the number of implemented return decisions and establish an effective procedure. However, the Directive also foresees situations when a person cannot be returned due to the risk of violating the principle of *non-refoulement*. One of these situations is when a person cannot be returned due to their medical condition or lack of health care in their country of origin. In this regard, the author will represent the basic principles of the Return Directive and the practice of the European Court of Human Rights and the Court of Justice of the EU. The paper examines issues related to the regulation of legal status based on the Return Directive and the position of states at the national level. Second, the practice of the Court of Justice of the European Union concerning procedural rights is presented, as well as the implementation of standards at the national level. Based on the analysis of the first question, it can be seen that the Court of Justice of the European Union ruled out the possibility of providing subsidiary protection, pointing out that states do not have the obligation to provide a residence permit, which leaves the possibility of solving the legal status at the national level. The analysis shows the existence of divergent practices in resolving the status of long-term irregularly staying migrants as well as the lack of enabling permanent protection. The second part of the analysis leads to the conclusion that there are positive changes in the improvement of procedural rights. However, they also require an analysis of the non-refoulement principle before issuing a return decision.

Keywords: Directive 2008/115/EC, non-refoulement principle, return procedure, serious health conditions, Court of Justice of the European Union, health protection.

* Faculty of Law, University of Belgrade. E-mail: amemeti@ius.bg.ac.rs, <https://orcid.org/0009-0002-2997-6835>