ПРАВНИ МИСЛЕЊА

Јули 2016

ЖАРКО ХАЏИ-ЗАФИРОВ
Концептот на безбедна трета земја во врска со измените на Законот за азил и привремена заштита од 11.04.2016 година

МАЈА АТАНАСОВА
Протерување на лица – мигранти од територијата на Република Македонија

АЛЕКСАНДАР ГОЏО
Право на семејно обединување на присилни мигранти

ФИЛИП МЕДАРСКИ
Лишување од слобода на бегалци/мигранти

Македонско здружение на млади правници

КОНЦЕПТОТ НА БЕЗБЕДНА ТРЕТА ЗЕМЈА ВО ВРСКА СО ИЗМЕНИТЕ НА ЗАКОНОТ ЗА АЗИЛ И ПРИВРЕМЕНА ЗАШТИТА ОД 11.04.2016 ГОДИНА

Република Македонија како самостојна и независна држава од 18.01.1994 година[1] е потписник на Конвенцијата за статусот на бегалците од 1951 година и Протоколот на Конвенцијата од 1967 година. Согласно преземените обврски од Конвенцијата и Протоколот но и соочувајќи се повеќепати со голем наплив на бегалци поради војните во соседните држави (Хрватска 1991-95, Босна и Херцеговина 1992-95 и Косово 1999), во 2003 година го донесе Законот за азил и привремена заштита со кој всушност се операционализираа во голем дел одредбите од Конвенцијата и Протоколот, притоа додавајќи специфики карактеристични за македонскиот правен систем.

Законот за азил и привремена заштита од неговото донесување до денес претрпе седум измени и дополнувања, кои делумно беа во насока на поефикасно и поефективно спроведување на постапките за азил и доделување на заштита. Во април 2016 година до Собранието на Република Македонија беше доставен Предлог Закон за измена и дополнување на Законот за азил и привремена заштита, предложен по скратена постапка од група пратеници. Со предложениот закон, беше предвидено изменување и дополнувања во условите за стекнување статус бегалец и право на азил заради супсидијарна заштита со што дополнително ќе се прецизира постапката за признавање на правото на азил, а во светло на зголемениот обем на влез и транзитирање на лица низ територијата на РепубликаМакедонија.[2] Притоа, во Предлог Законот беше наведено дека основната цел која што се сака да се постигне со предложеното изменување и дополнување на Законот е допрецизирање на одредбите со јасни критериуми, процедури и услови во кои одредено лице ќе може да го оствари правото на азил и супсидијарна заштита во Република Македонија како и **намалување можноста од злоупотреби**, со задржување на отворениот и хуман пристап кон лицата на кои им е потребна помош и заштита.

Предожените измени и дополнувања беа во насока на измена на членот 8 „Семејно обединување“ од постојниот Закон за азил и привремена заштита. Овој член пред дополнувањето го уредуваше прашањето за семејното обединување на членовите на потесното семејство на признаен бегалец и лице под супсидијарна заштита, како и дефинирање на членови на потесно семејство. Овој член исто така предвидуваше и ограничувања при семејното обединување во насока на постоење на причини за исклучување (дефинирани во членот 6 од Законот) како и постоење на можност за ефективна заштита од држава различна од матичната држава од која членот на семејството има државјанство. Предлог Законот предвидуваше дополнување на членот 8 со нов став 3, кој гласи *„Принципот на семејно обединување на членовите на потесното семејство на признаен бегалец или лице под супсидијарна заштита може да се оствари по (3) три години од добивањето на правото на азил.“*

[1] http://www.unhcr.org/protect/PROTECTION/3b73b0d63.pdf
[2] ПРЕДЛОГ НА ЗАКОН за изменување и дополнување на Законот за азил и привремена заштита, по скратена постапка од април 2016 година

Другите измени и дополнувања на Предлог законот се однесуваа на дефинирање на поимот безбедна трета земја, со додавање на нов член 10-а кој дефинира дека под безбедна трета земја ќе се смета секоја држава членка на Европската Унија, држава членка на Северноатланска договорна организација (НАТО) или држава членка на Европската асоцијација за слободна трговија (ЕФТА) која ги ратификувала и ги применува одредбите од Конвенцијата за статусот на бегалците од 1951 година и Европската конвенција за заштита на човековите права и основните слободи, вклучувајќи ги стандардите за ефективно правно средство, како и има воспоставена постапка за азил пропишана со Закон и во согласност со Конвенцијата за статусот на бегалците од 1951 година.

Во образложението на Предлог Законот како објаснување беше наведено и дека *„Со ова изменување и дополнување на Законот за азил и привремена заштита ќе се допринесе прецизирање на постапките во однос на новонастанатата состојба со зголемениот обем на влез и транзитирање на мигранти низ територијата на Република Македонија.“*[3]

Законот беше објавен во Службен весник на Република Македонија бр. 71/2016 на 11.04.2016 година а стапи на сила на 19.04.2016 година.

Дополнувањето на Законот за азил и привремена заштита (ЗАПЗ) од 11.04.2016 година, може да се каже дека е во согласност со дискрецијата која ја има секоја држава потписничка на Конвенцијата за статусот на бегалците од 1951 година и Протоколот на Конвенцијата од 1967 година, од причина што и самата Конвенција стрикно не го уредува прашањето за проток на временски период како услов за семејно обединување. Дополнително на тоа, и Европскиот суд за човековите права во предметот Hode and Abdi v. The United Kingdom прифатил дека не постои апсолутна обврска на државата за почитување на желбите на луѓето кои се однесуваат на нивниот брачен престој во однос на почитување на членот 8 од Европската конвенција за човековите права. Но Стразбуршкиот суд сепак не остава прашањето за семјено обединување да биде чиста дискреција на државите, и поради тоа во случајот Rodrigez Da Silva and Hoogkamer v. Netherlands, навел дека *„Недостатокот на апсолутна обврска меѓутоа, не значи дека одбивањето да се дозволи семејно обединување никогаш нема да ги прекршат правата гарантирани со член 8. Во случаи во врска со семејниот живот и имиграција, Судот наведе дека обврските на државата да ги прифатат на нејзината територија, роднини на лица кои престојуваат таму ќе зависи од конкретните околности на инволвираните лица како и општиот интерес. Покрај тоа, еднаш за секогаш, Државата мора да постигне правичен баланс помеѓу конкурентните интереси на поединецот и на заедницата како целина.“*[4]

За разлика од Конвенцијата од 1951 и Протоколот од 1967 година, Директивата на Европскиот совет 2003/86/ЕС од 22 септември 2003 година за правото на семејно обединување, во членот 8 предвидува дека „Државите членки можат да предвидат услов за спонзорот да престојува законски на нивната територија во период не подолг од 2 години, пред неговите/нејзините

[3] Ibid
[4] Rodrigez Da Silva and Hoogkamer v. Netherlands 2006 para. 39

членови на семејството да му/и се придружат. По пат на дерогација, каде веќе законодавството на Државите членки во однос на семејното обединување е во сила во моментов на усвојување на оваа Директива имајќи ги предвид нејзините прифатни капацитети, Државата членка може да предвиди период за чекање кој не може да биде подолг ид 3 години помеѓу поднесувањето на барањето за семејно обединување и издавањето на дозвола за престој на членовите на семејството."[5] Но во однос на лицата кои уживаат право на азил, во членот 12 став 2 од истата Директива се предвидува дека „По пат на отстапување од член 8, Државите-членки нема да бара од бегалец да престојувал на нивната територија одреден временски период пред да имаат неговите / нејзините членови на семејството да му се придружат."[6]

И меѓународните невладини организации во своите анализи ја наведуваат потребата од флексибилност, хуманост и експедитивност кога станува збор за семејното обединување на бегалиците. Имено, ECRE во Информацијата за семејно обединување за корисниците на меѓународна заштита во Европа од јуни 2016, наведува дека „Ова одложување на правото на семејно обединување е одговорно за поткопување на член 8 од ЕКЧП и основното право на семејно обединување. Директивата за квалификација јасно укажува дека содржината на меѓународна заштита се однесува на сите корисници на меѓународна заштита, а тоа вклучува и право на семејна unity. Во случаите во кои единствена можност за членовите на семејството да уживаат такви права е по пат на повторно семејството обединување во земјата-домаќин, долгото одлагање може да се смета дека е непропорционално, во отсуство на објективно и разумно оправдување.

ЕСЧП утврдил во однос на тоа дека постапката за повторното обединување на семејството треба да гарантира брзина, флексибилност и ефикасност за да се обезбеди усогласеност со правото на почитување на семејниот живот. Дискутабилно е дали во сите околности, пролонгиран рок за корисници на супсидијарна заштита се обезбеди усогласеност со член 8 од ЕКЧП. (види, *Mugenzi v France*, Application no. 52701/09, 10 October 2014, *Tanda Muzinga v France*, Application no. 2260/10, 10 October 2014 and ECtHR, *Senigo Longue and Others v. France*, Application no. 19113/09 10 October 2014)"[7]

Исто така, во анализата е даден осврт и на правата на децата, ECRE наедува дека „Членот 24 од Повелбата за фундаментални права, која е базирана на Конвенцијата на ОН за правата на детето, предвидува дека мерките што се преземаат од страна на институциите мора да имаат најдобар интерес на детето како нивна примарна грижа и дека секое дете има право да има редовни контакти со нивните родители, освен ако не е спротивно на нивните интереси. Комитетот на ОН за правата на детето утврди дека барањата за повторното семејно обединување треба да се решат на брз и хуман начин , за непотребни одложувања може да има негативни последици за детето за кое станува збор. ЕСЧП , исто така, покажа дека ако најдобрите интереси на детето не може да се заштитени освен ако детето не се приклучи на

[5] http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2003:251:0012:0018:EN:PDF
[6] Ibid
[7] Information Note on Family Reunification for Beneficiaries of International Protection in Europe - June 2016, paragraph 33

спонзорот во соодветната држава , ова обезбедува основа за право да се приклучат на семејството во државата на престој.“[8]

Заклучок

Видно од погоренаведеното, но и од многубројните заштити кои ги обебзедува меѓународното јавно право посебно кога станува збор за семејство, членови на семејство а посебно кога станува збор за деца, очигледно е дека ставот 3 од членот 8 од Законот за азил и привремена заштита е спротивен како на стандардите прифатени од страна на Европската Унија, така и од страна на другите меѓународни организации и судови.

Имено и самиот став 3 од членот 8 е спротивен на начелата прокламирани во Законот за азил и привремена заштита. Поточно, членот 8 став 3 е во судир со Начелото за најдобар интерес на детето и потребите на малолетните лица уредено со Член 22-а, Малолетните лица без продружба уредено со Член 23 и Ранливите лица со посебни потреби уредено со Член 23-а од Законот за азил и привремена заштита.

Имаќи го предвид досега кажаното, како и намерата со која се прави обид за рестрикција на можноста за семејно обединување на лицата кои уживаат или би уживале меѓународна заштита во Република Македонија согласно Законот за азил и привремена заштита, јасно е дека оваа одредба е во целсона спротивност на законодавството на Европската Унија, Обединетите Нации, Советот на Европа но и на праксата на Европскиот суд за човековите права.

Доколку Република Македонија има јасна одредница за пристапување кон Европската Унија, како и во насока на почитување на веќе потпишаните и ратификувани меѓународни документи, треба во најскоро време да пристапи кон измена на Законот за азил и привремена заштита со цел да се суспендира правното дејство на ставот 3 од членот 8, а со цел да се спречи било каква можност за негативни последици од примената на истиот.

Јули 2016, Жарко Хаџи- Зафиров,
Скопје Адвокат

Авторот, Жарко Хаџи- Зафиров е адвокат и медијатор со големо искуство во стратешкото застапување и човековите права. Има диплома за Магистар по трудово право и индустриски односи од Универзитетот во Калгари. Во изминатите 20 години, господинот Хаџи- Зафиров е многу активен член во македонскиот невладин сектор, како и основач на неколку значајни НВОа, вклучително Националниот демократски форум, Здружението на медијатори, Македонско здружение на млади правници, Центар за правни истражувања и анализи, како и член на одборот на ЕСЕ, Коалиција сите за правично судење и други. Тој е исто така и еден од партнерите во адвокатското друштво „Бона Фиде“, каде покрај другите услуги, даваправна помош во случаи поврзани со човековите права, застапувајќи пред националните и меѓународните судови и други тела, вклучителнио

[8] Information Note on Family Reunification for Beneficiaries of International Protection in Europe - June 2016, paragraph 71

Европскиот суд за човекови права во Стразбур. Авторот е активен во изготвувањето на примарна и секундарна легислатива поврзана главно со човековите права и е надворешен правен експерт на македонскиот парламент. Господинот Хаџи- Зафиров активно учествува во изготвувањето на последната Стратегија за реформа на македонското судство 2016-2019. За време на неговата професионална кариера, господинот Хаџи-Зафиров изработувал анализи на разни правни и социјално прашања поврзани со владеењето на правото и човековите права. Тој исто така бил тренер за стратешко застапување на случаи од областа на човековите права, како и за различни аспекти на владеењето на правото.

ПРОТЕРУВАЊЕ НА ЛИЦА – МИГРАНТИ ОД ТЕРИТОРИЈАТА НА РЕПУБЛИКА МАКЕДОНИЈА

Вовед

Меѓународното право ги дефинира **мигрантите** како лица кои се движат од својата држава или место на живеење, во друга држава. Причините за ваквото движење, односно преселба, можат да бидат економски или образовни, можат да бидат како резултат на природни непогоди, но и заради избегнување на повреда на човековите права, закани по живот или физичкиот интегритет, војна и граѓански немири.

Постојат три категории на мигранти: 1) регуларни мигранти; 2) мигранти без соодветна документација и 3) други мигранти кои имаат потреба од заштита

Регуларните мигранти се лица кои влегле на територија на друга земја по обезбедување на сите неопходни документи заради реализација на таквиот влез.

Мигранти без соодветна документација се лица кои не поседуваат дозвола за престој – тие или влегле илегално, или пак во меѓувреме им истекла дозволата за престој.

Во категоријата на **„други мигранти кои имаат потреба од заштита“** влегуваат лицата без државјанство, жртви на трговија со луѓе, непридружувани деца, баратели на азил чие барање било одбиено, и слично, а кои имаат потреба од заштита врз основа на меѓународното право.[i]

Република Македонија во последниве неколку години се соочува со голем број на мигранти кои транзитираат преку територијата на Република Македонија до западноевропските земји. Овие лица спаѓаат во категоријата на мигранти кои имаат потреба од меѓународна заштита, од причина што се во категоријата на мигранти без соодветна документација, кои од свои причини – економски и заради заштита на своите човекови права и интегритет, побегнале од своите држави и се обидуваат да стигнат до западноевропските земји.

Во законите на Република Македонија се` уште не постои точна дефиниција за мигрант, ниту пак постојат одредби кои директно ги регулираат правата и обврските на овие лица, кои ги напуштиле своите домови со намера да најдат нов дом во економски и социјално побезбедна земја без воени немири и закани по нивниот интегритет и живот.

Законодавството на Република Македонија во поглед на не-државјани на Република Македонија, единствено се сведува на:

- Закон за странци, со кој се регулираат правата и обврските на странците кои не се баратели на азил ниту уживатели на права на привремена заштита;
- Закон за азил и привремена заштита, со кој се регулираат правата и обврските на лицата баратели на азил, како и на лицата на кои веќе им е признаен статус на бегалец или право на супсидијарна заштита.

Со цел да се регулира транзитот на овие лица на територијата на Република Македонија, на ден 18.06.2015 година е донесена измена во Законот за азил и привремена заштита, со која на секое лице, **без оглед на начинот на кој ќе влезе на територија на Република Македонија,** доколку изјави намера за поднесување на азил, му се гарантира заштита во временски период од 72 часа во кој може да поднесе барање за азил, или да ја напушти територијата на Република Македонија. На овој начин, сметано од 18.06.2015 година, мигрантите кои транзитираат низ Република Македонија се заштитени со член 16 од Законот за азил и привремена заштита како ***лица кои изразиле намера за поднесување на барање на правото на азил.***[ii]

Со оглед на статусот на овие лица, се поставува прашањето дали, и под кои услови овие лица можат да бидат присилно протерани од територијата на Република Македонија, како и дали постојат меѓународни инструменти кои ги штитат правата на овие лица против присилен прогон и враќање во земјата на потекло или трета земја.

Анализа на меѓународните инструменти и домашното законодавство

А. Меѓународна заштита на мигрантите од присилно протерување

Мигрантите, како категорија на лица кои имаат потреба од меѓународна заштита, се заштитени од протерување врз основа на:

- Член 33 од Конвенцијата за статусот на бегалците од 1951 година, со кој се воведува **принципот на не-враќање (non-refoulement) –** како принцип на заштита на бегалците од враќање во земја каде што нивниот живот или интегритет би биле загрозени.[iii]
- Член 4 од Протоколот 4 кон Европската конвенција за човекови права, со кој **се забранува колективно протерување на странци.** [iv]
- Член 1 од Протоколот 7 кон Европската конвенција за човекови права, со кој **се забранува протерување на странец кој законски престојува на територијата на една држава,** освен кога се работи за извршување на одлука донесена во согласност со законот, при што тој има право: а. да изнесе причини против таквото негово протерување; б. неговиот случај да се преиспита; в. за овие цели да биде застапуван пред надлежен орган или пред лице или лица назначени од тој орган. 2. Странец може да се протера пред да ги оствари правата согласно ставовите 1.а, б. и в од овој член, кога таквото протерување е неопходно во интерес на јавниот ред или националната безбедност.[v]

1. Принципот на не-враќање (non-refoulement) всушност ја претставува основата на која се базира заштитата на бегалците, а во конкретниот случај, на мигрантите, од протерување од територијата на една безбедна земја, во земја во која лицето се чувствува небезбедно, односно постои закана по неговиот живот или интегритет.

Принципот кој е воведен во меѓународното право со Конвенцијата за статусот на бегалците, претставува камен-темелмик на меѓународната заштита на бегалците, и веќе се третира како обичајно меѓународно право.[vi]

Во денешни услови, ова право не се однесува само на мигрантите кои се наоѓаат на територијата на Република Македонија, туку и на оние кои се наоѓаат на самата граница.[vii] Со тоа, ниту едно лице кое доаѓа на територијата на Република Македонија, не би смеело да биде вратено на територијата на друга земја, без претходно да се утврди дали таквата земја не ги загрозува основните човекови права на мигрантот кој побарал влез на територијата на Република Македонија.

Ова право не смее да биде ограничено во никој случај, освен доколку определено лице се прогласи за закана за безбеноста на државата во која се наоѓа или **е осудено со конечна пресуда за особено тешко кривично дело кое претставува закана за заедницата на државата.**[viii]

2. Принципот на не-враќање, како основен принцип на кој се заснова меѓународната заштита на мигрантите, е признаен и во судската пракса на Европскиот суд за човекови права, а дополнително е опфатен и со член 4 на Протоколот бр.4 и член 1 на Протоколот бр. 7 кон Европската конвенција за човекови права.

Па така, Судот го препознава принципот на не-враќање како вид на обезбедување на заштита на правата на граѓаните од страна на државата, од причина што **не-враќањето на едно лице во земја во која има закана од повреда на основни права, како право на живот или забрана за тортура, е апсолутна обврска на државата, и од неа не смее да има отстапување.**[ix]

3. Со донесувањето на Протоколот 4, Европската конвенција за човекови права конечно и директно и недвосмислено го забрани колективното протерување на странци.

Како „колективно протерување“ се смета секое дејствие со кое се присилуваат странците како група да напуштат определна земја, освен доколку дејството на протерување настанало како резултат на објективна и разумна оцена на секој случај и на секој член од групата, поединечно.[x]

На овој начин, секоја држава е **обврзана** посебно да го разгледува секој случај на секој поединец, без оглед на тоа што истите можеби пристигнале во државата како група. Идејата позади ваквата обврска е, повторно, да се овозможи утврдување на тоа **колкава штета ќе му се нанесе на лицето кое се протерува** - дали се протерува во земја каде му се загрозени апсолутно загарантираните човекови права, дали се ризикува да се врати во земја каде што ќе добие несоодветен третман, ќе биде дискриминиран, или лично.

Европскиот суд за човековите права веќе има востановено пракса на наоѓање на повреда на оваа одреба во повеќе ситуации:

- Во ситуација кога повеќе членови на една иста група добиле **Решенија за протерување со идентична содржина, и покрај тоа што фактичката состојба во секој од предметите несомнено се разликувала;**[xi]

- На околност дека Владата на една држава **не преземала соодветни мерки** со кои би гарантирала дека при одлучување во секој посебен предмет, биле земени предвид посебните карактеристики од фактичката состојба на секое лице посебно.[xii]

На овој начин, Европскиот суд за човекови права **недвосмислено укажува дека од секоја држава очекува, при одлучување за протерување на еден мигрант, да ги има предвид специфичните околности на секој случај поединечно, причините поради кои мигрантот ја напуштил земјата, и можните последици од неговото враќање.**

4. Член 1 од Протоколот 7 кон Европската конвенција за човекови права дава нова димензија на заштитата на правото на мигрантот **да не биде вратен во земја која ја напуштил од одредени причини.**

Оваа одредба всушност го гарантира правото на процедурална заштита која се однесува на протерување на странци, односно се уредуваат минималните права кои му следуваат на лицето кому е донесено Решение за протерување од определена земја. Па така, оваа одредба му гарантира на лицето право на еднаквост на страните во постапката, односно – право да изнесе свои ставови и одбрана, неговиот предмет да биде разгледан од страна на овластени лица, како и да биде застапуван пред надлежните органи. **Во Република Македонија, ова право се гарантира со правото на жалба против Решението.** Видно од Образложението кон Протокол 7, идејата на оваа одредба е да овозможи **објективност** при оценувањето на околностите и причината за носењето на ваквото Решение, како и **еднаквост на страни,** при што на лицето ќе му се даде можност да даде свои наводи и докази во корист на сопствена одбрана. На овој начин, оваа одредба дополнително се врзува со постоечките загарантирани права на *ефективен правен лек, фер и правично судење,* како и *еднаквост на страни.* Дополнително, лицето кому му се заканува протерување, мора да има пристап до соодветна документација и инормации за правните постапки кои следат во неговиот случај. Доколку лицето не го разбира јазикот, би требало да се обезбеди и соодветен превод, ефективна правна помош и соодветно советување.[xiii]

Пожелно е да се има предвид и дека оваа одредба ги штити единствено мигрантите кои влегле на територијата на земјата по регуларен пат, или во меѓувреме го регулирале својот престој. Одредбата не гарантира заштита на лица кои влегле илегално на територијата на земјата, и при тоа не преземале мерки за озаконување на својот престој[xiv].

Оваа одредба е исто така доста рестриктивна во однос на тоа **кога е дозволено да се донесе вакво Решение:** единствено во случај кога *таквото протерување е неопходно во интерес на јавниот ред или националната безбедност.*

Од судската пракса произлегува дека е обврска на државата да го образложи својот став дека протерувањето е навистина неопходно и во интерес на јавниот ред или на националната безбедност. Европскиот суд за човекови права нашол повреда на оваа одредба во ситуација кога државата **пропуштила да прикаже дека ваквата исклучителна мерка е навистина неопходна во конкретниот случај.**[xv]

Б. Постапка за присилно протерување во Република Македонија

Причините за присилно протерување од територијата на Република Македонија се регулирани со член 101 од Законот за странци[xvi]:

- со правосилна пресуда е осуден на казна затвор во траење од најмалку една година,
- претставува сериозна опасност за јавниот ред, националната безбедност или меѓународните односи на Република Македонија,
- постојат сериозни причини да се смета дека сторил тешки кривични дела, а особено кривични дела поврзани со производство и пушта[xvii]ње во промет на наркотични дроги, психотропни супстанции и прекурсори или постојат цврсти докази за неговата намера да изврши такви кривични дела на територијата на Република Македонија,
- тоа го бараат причините на заштита на јавното здравје,
-незаконито престојува во Република Македонија или
- изврши повеќепати повторени или потешки повреди на одредбите од овој закон.

Принципот на не-враќање (non-refoulement) се гарантира со член 107:
Странец не смее присилно да се отстрани во држава:
- во која неговиот живот или слобода би биле во опасност поради неговата раса, вера, националност, припадност на социјална група или политичко уверување или
- каде што би бил подложен на мачење, нечовечко или понижувачко постапување или казнување.

Со цел да се обезбеди почитување на одредбите од член 4 од Протоколот 4 и член 1 од Протоколот 7 кон Европската конвенција за човекови права, Законот предвидува дека докажувањето на секој од овие основи ќе биде дополнително елабориран во Правилник.[xviii]

Правилникот за странците од своја страна, ги содржи сите елементи кои се бараат со цитираните одредби од протоколите на ЕКЧП[xix], вклучително и начинот на кој **објективно се доаѓа до материјалната вистина дали на страна на странецот постои соодветна причина за протерување од Република Македонија.**

Со Правилникот, исто така, се утврдува и **процедуралната заштита на странецот:** Странецот ќе биде протеран само ако во постапка утврдена со закон е донесено Решение за протерување/Пред донесување на Решението, службено лице на министрството за внатрешни работи ќе му даде можност на странецот да се изјасни за сите околности и факти кои се важни за донесување на Решението/Во случај кога странецот својата изјава ја дава усно, службеното лице изготвува службена белешка.[xx]

Во одредбите од член 59 – 65, Правилникот во целост ја предвидува постапката за протерување на странец – иницирање на постапката, околности кои органот ги има предвид при носење на Решението, насоки за утврдување на должината на периодот во кој ќе трае забраната за влез, форма и содржина на Решението за протерување и обврска за правна

поука, обврска текстот на Решението да биде на македонски и англиски јазик, постапка при врачување на Решението и прибележување на протерувањето и забраната за влез во пасошот на странецот.[xxi]

В. Позицијата на мигрантите кои транзитираат низ територијата на Република Македонија

Предвид член 3 од Законот за странци:
Одредбите на овој закон се однесуваат на сите странци, освен на странци кои:
- **Бараат заштита од Република Македонија согласно со Законот за азил и привремена заштита,** освен доколку со овој закон поинаку не е определено;
- Според меѓународното право уживаат привилегии и имунитети, доколку примената на овој закон е во спротивност со преземените меѓународни обврски и начелото за реципроцитет.

Како и член 16 од Законот за азил и привремена заштита:
Странец на граничен премин или во внатрешноста на територијата на Република Македонија може усно или писмено да искаже намера за поднесување на барање за признавање право на азил (во натамошниот текст: "искажал намера") пред полициски службеник на Министерството за внатрешни работи.
Полицискиот службеник од ставот 1 на овој член ги прибележува личните податоци на странецот кој искажал намера, му издава примерок од потврдата за искажаната намера и го упатува во рок од 72 часа да поднесе барање за признавање право на азил пред овластеното службено лице во просториите на Секторот за азил кои се наоѓаат во Прифатниот центар за баратели на азил.
Доколку странецот не постапи согласно со ставот 2 на овој член се постапува согласно со прописите за странците,

Со оваа одредба, Законот за азил и привремена заштита **ги штити лицата – мигранти чија намера е Република Македонија да биде само транзит земја,** на начин што им овозможува **рок од 3 дена** во кој, или ќе поднесат барање за признавање на правото на азил, или ќе ја напуштат територијата на Република Македонија.[xxii]

На овој начин, мигрантите во период од 72 часа од влезот во Република Македонија нема да бидат третирани како странци согласно Законот за странци, што повлекува и дека за нив не важат правата и обврските кои произлегуваат од Законот за странците.

Неспорно произлегува дека **мигрантите кои транзитираат на територија на Република Македонија** не подлежат на Законот за странци и можноста за протерување, **освен во случајот утврден со Законот за азил и привремена заштита:**
а) Барателот на азил чие барање било одбиено не ја напушти територијата на Република Македонија, во времето предвидено во одлуката на Одделението за азил, неговото протерување од Република Ма- кедонија, ќе биде спроведено во согласност со овој закон и со одредбите на Законот за странците.[xxiii]

Законот за азил и привремена заштита **исто така во себе го опфаќа принципот на невраќање.** Па така, согласно член 7:
Барател на право на азил, признаен бегалец или лице под супсидијарна заштита не може да се протера или на било каков начин со сила да се врати на грани- ците на државата:
- во која неговиот живот или слобода би биле во опасност поради неговата раса, вера, националност, припадност на одредена социјална група или политичко уверување, или
- каде би бил подложен на мачење, нечовечно или понижувачко постапување или казнување.

Забраната од став 1 алинеја 1 на овој член не се однесува на странец кој претставува опасност по безбедноста на Република Македонија или кој, откако против него е донесена правосилна одлука за злосторство или посебно поради тешко кривично дело, претставува опасност за граѓаните на Република Македонија.

На странецот од став 1 алинеја 2 на овој член, кој поради причините од член 6 на овој закон не може да ужива право на азил во Република Македонија, ќе му се дозволи да остане на територијата на Република Македонија се додека во државата чиј државјанин е или доколку е без државјанство во која имал вообичаено место на престој би бил подложен на мачење, нечовечно или понижувачко постапување или казнување.
Странецот од став 3 на овој член за време на престојот во Република Македонија има исти права и должности како и лицата под привремена заштита во Репуб- лика Македонија.

ЗАКЛУЧОК:

1. Постапката за прогон на странец согласно Законот за странци е усогласена со правилата на меѓународна заштита кои произлегуваат од Протоколот 4 член 4 и Протокол 7 член 1 на Европската конвенција за човековите права, и принципот на невраќање (non-refoulement), кој произлегува од Конвенцијата за статусот на Бегалците од 1951 година.

2. Лице заштитено со Законот за азил и привремена заштита не може да биде протерано од Република Македонија, освен во случај на губење на правата кои му следуваат со овој закон, и примена на одредбите од Законот за странци;

3. Мигрантите кои транзитираат низ територијата на Република Македонија имаат право на меѓународна заштита која им се гарантира особено со Протоколот 4 член 4 и Протокол 7 член 1 на Европската конвенција за човековите права, и принципот на невраќање (non-refoulement), кој произлегува од Конвенцијата за статусот на Бегалците од 1951 година.

4. Мигрантите во Република Македонија се заштитени под Законот за Азил и привремена заштита, и тоа до моментот на добивање на конечно решение со кое се одбива/престанува правото на азил, или до моментот на истек на 72 часа од влез во Република Македонија без лицето да поднесе барање за азил. Оттука, секој прогон на лице со статус на мигрант е спротивен на законските одредби;

Скопје МајаАтанасова
Јули 2016 Адвокат

[i] Protecting migrants under the European convention on human rights and the European social charter, Yannis Ktisakis, Council of Europe, February 2013

[ii] Член 16, Закон за азил и привремена заштита, односно член 1 од Законот за изменување и дополнување на Законот за азил и привремена заштита, Службен весник на РМ бр. 101/2015

[iii] Конвенција за статусот на бегалците, ООН, 1951

[iv] Европска конвенција за човекови права, Протокол 4, член 4, Совет на Европа

[v] Европска конвенција за човекови права, Протокол 7, член 1, Совет на Европа

[vi] Declaration of States Parties to the 1951 Convention and/or 1967 Protocol relating to the Status of Бегалци, U.N. Doc. HCR/MMSP/2001/09 (16 јануари 2002), at para.4; UNHCR Executive Committee Conclusion No. 25 (XXXII) (1982).

[vii] Protecting migrants under the European convention on human rights and the European social charter, Yannis Ktisakis, Council of Europe, February 2013, страница 80

[viii] Конвенција за статусот на бегалците, член 33 ст. 2

[ix] ЕСЧП, Saadi v. Italy (GC), 28.02.2008, par.138, M.S.S. v. Belgium and Greece (GC), 21.01.2011, par. 223-224

[x] Factsheet – Совет на Европа, јуни 2016

[xi] Khlaifia and Others v. Italy (CJ). Во овој предмет, на барање на италијанската Влада, на ден 22.06.2016 година е одржана расправа пред Големиот судски совет (GC)

[xii]Chonka v. Belgium (CJ)

[xiii] Protecting migrants under the European convention on human rights and the European social charter, Yannis Ktisakis, Council of Europe, February 2013, страница 104

[xiv] Explanatory report- ETS 117

[xv] C.G. and Others v. Bulgaria, 2008; Nolan and K. v. Russia, 2009

[xvi] Службен весник на РМ бр. 35/2006....217/2015

[xviii] Член 145, Закон за странци

[xix] Член 54-65 од Правилникот за странци

[xx] Поопширно, види: член 58, Правилник за странци

[xxi] Постапка за протерување на странец, Правилник за странци, член 54-65:

Член 54

Заради утврдување на постоење на околноста дека странецот со правосилна пресуда е осуден на казна затвор во траење од најмалку една година, како причина за негово протерување од територијата на Република Македонија согласно закон, надлежните организациони единици на Министерството за внатрешни работи, соработуваат со казнено поправните установи во Република Македонија.

Казнено поправните установи пред истекот на рокот на издржување на казната затвор писмено го известуваат Министерството за внатрешни работи за датумот на истекот на издржувањето на казната на странецот, времето за кое на странецот му е забрането влегување во Република Македонија во случај кога одлуката за протерување е донесена од страна на надлежен суд, за должината на издржаната казна затвор, како и за денот кога странецот трба да ја напушти казнено поправната установа.

Член 55

Заштитата на јавното здравје, како причина за протерување на странец согласно закон, се утврдува врз основа на претходно известување на здравствената установа која го примила странецот на лекување.

Во известувањето од став 1 на овој член, потребно е да биде утврдено дека болеста на странецот преставува опасност за јавнато здравје и да е определен периодот кога странецот се заболел од наведената болест. **Член 56**

Повеќепати повторени повреди на одредбите на Законот за странците во смисла на овој правилник, претставуваат повеќе повреди на одредбите на законот извршени истовремено или повеќепати повторени повреди на одредбите на законот извршени во временски период од најмалку една година.

Член 57

Потешки повреди на одредбите на Законот за странците, во смисла на овој правилник, претставуваат: - давање лажни податоци од страна на странецот за својот идентитет на барање на службените лица на Министерството за внатрешни работи; - кон барањето за издавање на виза, дозвола за престој или на патна исправа за странец, странецот приложил фалсификувани или туѓи исправи и - својата исправа со која го докажува идентитетот ја дал во залог поради ненадмирени обврски кон државните органи, правните и физичките лица, како и за остварување на друга корист или право.

Член 58

Странецот ќе биде протеран од Република Македонија само ако во постапка утврдена со закон е донесено решение за протерување. Пред донесување на решението од став 1 на овој член службено лице на Министерството за внатрешни работи ќе му даде можност на странецот да се изјасни за сите околности и факти кои се важни за донесување на решението. Странецот својата изјава по правило ја дава усно, а може да ја даде и писмено. Во случај кога странецот својата изјава ја дава усно, службеното лице изготвува службена белешка. Кога се потребни поопширни објаснувања, службено лице кое ја води постапката може да му наложи на странецот да даде писмена изјава во определен рок.

Член 59

Решение за протерување на странецот од Република Македонија донесува надлежната организациона единица на Министерството за внатрешни работи каде странецот има живеалиште, односно престојувалиште.

Член 60

При определувањето на рокот во кој на странецот му е забрането повторно влегување во Република Македонија се замаат во предвид сите релевантни околности во конкретниот случај, а особено: - видот и тежината на кривичното дело поради кое е донесено решение за протерување на странецот од Република Македонија; - личните, економските и другите врски на странецот со Република Македонија, како и последиците кои ќе произлезат од изречената мерка за него или за членот на неговото потесно семејство кој законски престојува во Република Македонија; - дали за странецот прв пат е донесено решение за протерување од Република Македонија; - дали за странецот веќе

се донесени повеќе од едно решение за протерување од територијата на Република Македонија; - дали странецот влегол на територијата на Република Македонија за време на претходно изречена забрана за влез во Република Македонија; - должината на претходно утврдениот незаконит престој во Република Македонија и - постоење на сериозна опасност од странецот за јавниот ред и националната безбедност на Република Македонија.

Член 61

На странецот за кој ќе се утврди дека незаконито престојувал во Република Македонија до еден месец, ќе му се изрече забрана за повторно влегување во Република Македонија во траење до две години. Во случај кога ќе се утврди дека странецот незаконито престојувал во Република Македонија подолго од еден месец ќе му се изрече забрана за повторно влегување во Република Македонија во траење од две до пет години. 33 Забрана за повторно влегување во Република Македонија во траење од пет години ќе се изрече и кога ќе се утврди дека странецот кој незаконито престојувал во Република Македонија, незаконито влегол во Република Македонија или работел во Република Македонија спротивно на прописите за работни односи. **Член 62**

Обрзацот на решението за протерување на странецот од Република Македонија е изработен од хартија во бела боја, со димензии 21 х 30 см и сорџи две нумерирани страници (Образец бр.12). Во горниот среден дел на првата нумерирана страница од образецот на решението за протерување на странецот од Република Македонија, отпечетен е грбот на Република Македонија, под кој има натпис „РЕПУБЛИКА МАКЕДОНИЈА" и натпис „МИНИСТЕРСТВО ЗА ВНАТРЕШНИ РАБОТИ", под нив се внесуваат податоци за организационата единица; бројот; местото и датумот, под нив отпечатен е правниот основ за донесување на ова решение, под него отпечатен е натпис „РЕШЕНИЕ ЗА ПРОТЕРУВАЊЕ НА СТРАНЕЦОТ ОД РЕПУБЛИКА МАКЕДОНИЈА", под него се внесуваат податоци за лицето кое се протерува: презиме; име; име и презиме на родителите; дата и место на раѓање; пол; државјанство; место на престојувалиште; вид и број на документот за идентификација, место и датум на издавање на документот за идентификација; рок на важност на документот за идентификација; рок во кој лицето е должно да ја напушти територијата на Република Македонија и правниот основ за протерување на лицето. На втората нумерирана страница од образецот на решението за протерување на странецот од Република Македонија, има место за образложение, под него има упатство за правно средство, а под него има место за печат и потпис на службено лице. Текстот на образецот на решението од став 1 на овој член е отпечатен на македонски јазик и неговото кирилско писмо и на англиски јазик и неговото латинско писмо.

Член 63

При врачување на решението за протерување на странецот од Република Македонија службените лица на Министерството за внатрешни работи го фотографираат странецот и земаат отпечатоци од неговите прсти кои се доставуваат до надлежната организациона единица во Министерството за водење на дактилоскопските збирки. Член 64 Во патната исправа на странецот кој се протерува се втиснува штембил на решението за протерување (Образец бр.13). Образецот на штембилот на решението за протерување е со димензии 8 х 5,5 см и содржи датум до кој странецот треба да ја напушти територијата на Република Македонија и време за кое на странецот му е забрането влегување во Република Македонија, како и број на решението за протерување; датум кога се втиснува штембилот; место за печат и потпис на службено лице. Во патната исправа на странецот од став 1 на овој член штембилот се втиснува по донесување на решението за протерување на странецот од Република Макеодонија, покрај македонската виза, а доколку според меѓународниот договор не е потребна виза, покрај печатот со кој е констатирано последното влегување на странецот во Република Македонија.

Член 65

Ако се утврди дека странецот кој треба да биде протеран од Република Македонија не поседува странска патна исправа, службените лица на Министерството за внатрешни работи ќе остварат соработка со дипломатско-конзуларното преставништво во Република Македонија на државата чиј државјанин е странецот, заради издавање на патна исправа од државата чиј државјанин е странецот. Во случај кога на странецот не може да му се издаде патна исправа од државата чиј државјанин е странецот, од страна на Министерството за внатрешни работи се издава пасош за странец кој ќе биде со важност само за напуштање на територијата на Република Македонија.

[xxii] Член 16, Закон за азил и привремена заштита, односно член 1 од Законот за изменување и дополнување на Законот за азил и привремена заштита, Службен весник на РМ бр. 101/2015

[xxiii] Член 25, Закон за азил и привремена заштита

Авторот, Маја Атанасова го стекнала своето образование на Правниот факултет на Универзитетот Свети Кирил и Методиј во Скопје. Во 2011, го положила правосудниот испит и оттогаш работи како адвокат во адвокатското друштво „Георги Димитров Адвокати".

ПРАВО НА СЕМЕЈНО ОБЕДИНУВАЊЕ НА ПРИСИЛНИ МИГРАНТИ

Вовед

1. Кога се зборува за ова прашање, не може да се избегне фактот што во изминатите години, светот, а особено европскиот континент ќе биде практично прегазен од мигранти. Тоа е последива на кризата на блискиот исток, која пак се прелева низ регионот, но исто така тоа е како резултат на војните во поранешна Југослацијa, кои оставија многу раселени лива од кои голем број се оставени без да се реши нивниот статус на територииите и државите каде тие се нашле како бегалци.
2. Традиционално, западно европските нации се гнездо за мигрантите и емигрантите во барање на подобри можности. Тие држави, доколку сакаме да ги гледаме работите фер го дале својот придонес во абспрпцијата на мигранти на нивните територии, од кои пак предоминантни се економските мигранти односно емигранти.Овие всушност можат да ја формираат и базата на семејното обединување на другите членови на нивните семејства, obiter, во опреелени случаи.
3. Лицата кои заминале од своите домашни јурисдикции и имаат определен статус во некоја друга јурисдикција сега претставуваат катализатор за ваквата нова форма на миграција-присилна миграција но и во обезбедувањето на и правата на овие лица да бидат реунифицирани со нивните семејства и роднини. Прашањето е –дали овие присилни мигранти сега имаат право валидно да бараат реунификација согласно меѓународните правни инструменти и пракса.
4. Сега, веќе постои јасна дистинкција помеѓу економска миграција, која не е отлку невообичаена дури и во рамките на Европската унија односно Европскиот континент во целина, и присилна миграција која е резултат на воени конфликти и непријателства. Овој тип на миграција се чини го донесе Европскиот континент но исто така и останатиот свет во дебата, дали сегашните правила и прописи се доволно јасни за да ја покријат оваа состојба во светлно на огромниот број на бегалци на прагот на Европа.
5. Сегашната правна рамка се чини не е дизајнирана за вакви големи бројки на бегалци кои бараат внимание, туку служи да се покрие легислативно ова поле на правото-само заради покритие. Сепак, извшувањето на оваа правна рамка сега е во конфликт со политиката која го ескалира проблемот уште повеќе.
6. Западните држави веројатно не беа спремни за ваков голем наплив на мигранти кои тропаат на нивните врати, во потрага по подобар живот односно реунификација со нивните роднини кои веќе имаат правно регулиран статус во некоја трета тржава.
7. Фер е да се напомене дека концептот на семејно обединување и правилата кои се однесуваат на овој концепт се во константна тензија со правото на определена држава да ја контролира и регулира иниграцијата. Затоа правилен баланс треба да биде постигнат. Но тоа не значи дека ова право треба да биде нарушено само заради тоа.Некои автори и професори ова го нарекуваат –дебата за изгубеното човеково право.И тоа е исто така точно, бидејќи ова право навистина не спаќа per se во перемпторните норми на меѓународното право, туку тоа е извдено право и тоа од правото на семеен живот кое е веќе етаблирано во ЕКЧП и други

меѓународни инструменти. Навистина, има многу правни инструменти кои го носат ова право на семејно обединување во нивните текстови,Некои се по-генерални како МПГЧП, УДХЛ, ЕКЧП, а други се по-специфични како Конвенцијата за Статусот на Бегалците од 1951 која влегла во правна сила на 22 Април 1954, Меѓународната конвенција за Заштита на Правата на Мигрантите Работници и членови на нивните семејства од 1 Јули 2003 [xxiii], Европската Социјална Повелба, Директивата на Советот на Европа за Право на Семјено Обединување од 27 Февруари 2003 итн.

8. Директивата **2003/86/ЕС од 22 Септември исто така етаблира правана рамка за правото на семејно обединување. Преамбулата на оваа директива inter alia пропишува дека**

"Special attention should be paid to the situation of refugees on account of the reasons which obliged them to flee their country and prevent them from leading a normal family life there. More favourable conditions should therefore be laid down for the exercise of their right to family reunification. "

Овој правен инструмент има исто така и посебна глава за семејно обединувањена бегалци , кое навистина го потенцира фактот дека и оваа група има свој уникатен правен статус кој бара посебно внимание и легилсатива.[xxiii]

9. Крајно, кога легислативата е во прашање речиси секоја нација има свои правила во врска со ова прашање. Но, поважно е што од аспект на доктрина и пракса ја формира базата за правото на семејно обединување.

10. Затоа, со овие горни параметри во предвид оваа кратка анализа ќе се обиде да го адресира ова прашање од аспект на Република Македонија.

Основи на семејни врски, релевантни за концептот и правото на семејно обединување.

11. Есенцијално, врските кои ја формираат базата за правото на семјено обединување се брак, биолошни врски и зависност (Dependency). Многу кратко ќе се осврнеме на секое од овие.

Брак

12. Иако прилично јасно во реалноста бракот не е баш лесно да се дефинира.Во определени јурисдикции тоа е не е само заедница на еден маж и една жена, туку постојат и полигамии и истополови бракови. Stricto sensu, ако еден е во брак во една јурисдикција, тогаш неговиот или нејзиниот брак е право признат насекаде. Тоа пак може да доведе во потешкотии во јуридсикциите кои го следат стриктно правилото еден маж/една жена дефиниција на бракот.

Генетски и Биолошки врски

13. Значењето на генетските врски е исто така предмет на дискусија. Дали треба да има дистинкција помеѓу биолошките деца и посвојувањето во врска со семејно обединување? Западните земји на пример за разлика од Исламското право го познаваат концептот на формално посвојување, за раслика од Исламското право кое најблизу до целосно

посвојување е концептот на kafala, кое пак не дава права на наследување и други права какви што имаат "вистинксите" деца ((UNICEF 2007: 99). Со потенцирањето на генетските врски може да бидат делегитимирани важни социјални релации, и да се приоретизираат роднини кои немаат емоционална врска со оние што таква имаат! [xxiii]

Зависност

14. Третиот и потенцијално најфлексибилна база за семејни врски е концепт на зависност.

15. Овој концепт базиран на зависност може да дозволи комоција во различните форми на семејни врски. Би било тешко да се дефинира зависноста во контекст на межународно право, бидејќи националните законодавства веќе имаат свои дефиниции за зависност. UNHCR ја користи следната работна дефиниција: "Изрджувано лице е лице кое зависи за неговата или нејзината егзистенција директноод друго лице, а посебно за економски причини, но исто така земајќи ги во предвид е емоционалната зависност".

Европски суд за човевови права

16. Еден инсрумент кон кој лесно се прибегнува кога се адресира ова прашање е ЕКЧП односно ЕСЧП како суд кој ја оживотворува оваа конвенција.Во неговото неколку деценско постоење продуцирал мноштво на мислења во неговата јуриспдуденција интерпретирајќи ја конвенцијата во индивидуални случаи.Следуваат некои од нив:

а. ..... не само семејниот живот, туку и имиграцијата, и опфатот на облигациите на државата за прими на нејзина територија роднини на примени мигранти ќе зависи од посебните околности на лицата и генералниот интерес. Како веќе етаблирано меѓународно право кое е регулирано со нејзините договорни обврски, државата има право да го контролира секое влегување на не-државјани на нејзина територија.Уште повеќе, каде што имиграцијата е во прашање, член 8 не може да се гледа дека става на државата генерална облигација да ги почитува и да дава семејно обединување на нејзината територија. За тоа да се случи, фактите на секој случај реба да бидат разгледувани.[xxiii]

17. Што всушност донесува до заклучок дека секој еден индивидуален случај за семејно обединување мора да биде опсервиран во рамките на фактите кои го опкружуваат и дека нема универзална формула кога се зборува за вакви случаи.

18. Во друг случај, ЕСЧП резонирал на следниот начин

а. "Судот потенцира дека есенцијален објект на член 8 е да даде заштита на индивидуата од арбитрерни дејствија на јавните авторитети. Може да има исто така и додавка на позитивните облигации вродени во ефективното респектирање на семејниот живот. Но, границите помеѓу позитивните и негативните облигации на Државата согласно оваа одредба не доведуваат до прецизна дефиниција. Принципите во примена се слични. ВО двата контексти, мора да се земе во предвид фер балансот кој треба да биде постигнат помеѓу компетитивните интереси на индивидуата и на заедницата како целина.и во целиот контекст Државата ужива опрделена маргина на толеранција."[xxiii]

19. Значи, ова ја доведува дискосијата повторно на полето број еден, т.е. концептот на Маргина на толеранција (Margin of appreciation).

20. Сепак, се чини дека каде што мигрант веќе живее на територија на држава на Советот на Еврпоа, која по дефиниција може да потпадне под ЕСЧП- е соочен со голема препрека за да ги развие своите семејни врски со неговата држава по раѓање.[xxiii] ЕСЧП резонирал на пример вака:

a. "сопругата на апликантот е родена во Грозни и го има поминато својот живот во Чеченија се додека таа заминала за Австрија со нејзитниo сопруг.Нивните деца се сеуште на возраст кога можат да бидат предмет на посвојување. Сопругата на апликантот кој име резидентен статус во Австрија за неа и за децата базирано на нивниот азиланстски статус, можеби имаат голем интерес да не се вратат во Чеченија.Но, иако судот не ги потценува потешкотиите кои се поврзани со релокација на семјество, нема индикации дека има некои непремостливи пречки на патот на сопсругата на апликантот и децата да го следата апликантот во Чеченја и да оформат семеен живот таму".[xxiii]

b. "Иако Судот го респектира тоа што апликантите сега преферираат да го одржат и интензивираат нивното семеен живот во Холандија, член 8, како што е нотирано погоре не гарантира да се бара и најде најсоодветното место за да се оформи семеен живот. Уште повеќе, Судот нашол дека нема индикации за непремостливи пречки за апликантите да оформат семеен ѓивот во Мароко. ВО оваа врска, Судот смета дека не е докажано дека би било невозможно за мајката и нејзиниот сегашен сопруг, двајцата марокански државјани, да се вратат во Мароко и да се населат со нивните деца."[xxiii]

c. "во принцип, СУдот не го смета за неразумно барањето дека сранец кој бара семејно обединување мора да демонстрира дека тој/таа има доволоно независен и долгорочен приход, да не биде на социјални бенефити, да може да ги подмирува базичните трошоци за живот на семејството со кого се бара реунификација. ПО однос на прашањето дали ваков услов бил разумен во овој случај, Судот зема во предвид дека не било покажано дека апликантот активно барал работа по 10 Октомври 2000, кога таа била во можност да работи во Холандија. Иако е вистина дека нејзининото познавање на холандски јазик и курсевите за шиење можеле да помогнат во оваа насока, нема индикации во списите дека таа всушност аплицирала за било која работа."[xxiii]

21. Што се однесува пак на ЕСЧП и правата на бегалците, ќе разгледаме 2 случаи односно резонирања на овој суд, според кои може да се осети сенсот на ЕСЧП по ова прашање.

*Abdulazis, Cabales, and Balkandali **v.** the United Kingdom*[xxiii]

a. ...за да има повреда на член 8 каде што не е дадена реунификација, (1) треба да има попстоечки или намера за семеен живот и (2) треба да има препреки кои го превенираат етаблирањето на семеен живот во друга држава.

Судот исто така нотирал дека "член 8 односно неговиот јазик може да содржи "позитивни облигации вродени во ефективно респектирање на семеен живот", иако на нациите им е

дадена широка “маргина на толеранција“ во ставањето на членот во ефект, таква што облигацијата на државата варира од лучај во случај.....“Должноста на државата дадена според член 8 не може да се гледа како генерална облигација на држава членка да ги респектира одлуките на брачни двојки на државата на нивното брачно седиште и да ги прими не- државјаните другари за населување во таа држава.
."

Gil v. Switzerland [xxiii]

Во овој случај, концептот на маргина на толеранција целосно е осветлен. Не е прашање дали државите имаат облигација да го почитуваат семејниот живот , туку дали таа облигација потпаѓа под опсегот на маргината на толеранција, која им е признаена на државите. Во овој случај, апликантот не успеал да покаже дека бил политички бегалец и дека медицинска нега би била дадена нема во неговата држава-две работи кои имаат широка маргина на толеранција дадена на државите кога одлучуваат за граѓанските слободи и права.

22. Провизорен заклучок би било тешко да се формулира.Сепак се чини дека ЕСЧП е внимателен кога дозволува односно застанува на страната на семејно обединување, само затоа што маргината на толернација е премногу широка и дека секој случај мора да биде пледиран на свои основи. Во случаите со бегалците, рамката поставена од ЕСЧП е уште повисока се чини, но не недостижна.

Македонија[xxiii]

23. Правото на семејно обединување е пропишано во домашната легислатива. Најновите измени во Законот за азил и привремена заштита од 2016 година, дозволуваат дека ова право може да се користи кон секој член на потесното семејство на признат бегалец или лице под супсудијарна заштита по 3 години од добивањето на правото на азил.

24. Сепак, оваа правна норма оперира со терминот *член на потесно семејство*. Оваа правна норма потенцијално може да донесе проблеми во интерпретацијата што точно спаѓа под член ан потесно семејство, а имајќи ги во предвид предходните параграфи и принципите навеедни во нив.

25. Не би било лесно да се постави сегашна шема или да се постави една за во иднина за сегашните и идни барања за семејно обединување. Токму поради фактот што има мноштово на критериуми и причини кои мигрантот мора да ги покаже и исполни за да го ужива ова право, кои –ако сите работи се еднакви, повторно мора да се гледа од случај до случај.

ЗАКЛУЧОК

26. Иако постојат меѓународни инструменти, секој случај е оставен да се носи со националните јурисдикции, каде што постои легислатива која е или треба да е во конформитет со меѓународните правни стандарди.

27. Сепак, нема единствена формула кога се однесува до семејното обединување за присилните мигранти, бидејќи суверените држави уживаат она што се чини дека е прилично широка маргина на толеранција.

28. Поради овие пречки или услови, секој слуќај за семејно обединување а особено за присилни мигранти мора да биде евалуиран посебно и зависи од фактите кои го сочинуваат секој индивидуален случај. Најголем недостаток е тоа што секој индивидуален случај мора да

ги исцрпи сите домашни правни лекови пред да ги тестира тие факти пред други форуми (ЕСЧП), што може да биде доста долг процес, повторно во зависност од околностите под кои оваа правна норма треба да се оживотворува, имајќи ги во предвид најновите развои на настаните во областа на присилната миграција.

01.07.2016 Александар Гоџо,

Гоџо, Кичеец & Новаковски

Авторот Алексар Гоџо работи како адвокат во адвокатска канцеларија веќе 16 години, а во моментов е партнер во адвокатското друштво „Гоџо, Кичеец и Новаковски". Постојано се усовршува, активно учествувајчи на бројни семинари, а и самиот е тренер на многу од нив, издвојувајќи го фактот дека е тренер во Академијата за обука на судии и јавни обвинители на Република Македонија, како и тренер на ЕЛСА за разни правни теми. Соработува со ОБСЕ, Американската адвокатска комора, Македонската адвокатска комора, а соработник е и на МЗМП. Автор е на разни анализи и правни мислења. Консултант е за повеќе домачни и странски правни и физички лица, застапува пред домашни и странски Судови, како и пред ЕСЧП за повреда на различни членови од ЕКЧП.

ЛИШУВАЊЕ ОД СЛОБОДА НА БЕГАЛЦИ/МИГРАНТИ

Притварањето на бегалците, барателите на азил и другите видови на мигранти се мерки кои многу често се употребуваат не само во Р.Македонија, туку и во многу други европски држави. Меѓутоа, во последните години постои многу засилен надзор и критика за ваквото притварање, пред се од меѓународните организации, кои ја следат оваа проблематика.

За разлика од сите останати видови лишувања од слобода, каде законскиот основ е поместен во кривично - правните прописи, во случај кога се притвора бегалец, односно мигрант се работи за административен притвор. За разлика од притворот или затворот во кривичната постапка, кои имаат репресивен карактер, притворот на бегалците е лишен од репесивна цел. Тоа значи дека државата има обврска да обезбеди гаранции дека третманот и условите за притвор се во согласност со обврските за почит на достоинството на личноста и статусот на притворените лица. Така, „Со цел да се избегне повреда на правото на слобода ибезбедност на личноста и да се обезбеди заштита од самоволие, притворањето и ограничувањето на слободата на движење на мигрантите мора да биде пропишано со закони неопходно, разумно и пропорционално на целите што треба да се постигнат“.[1]

Кога станува збор за лишувањето од слобода на бегалците, односно мигрантите, предмет на анализа треба да бидат пред се законските основи за нивно лишување од слобода, постапката во која се лишени од слобода, времетраењето на ваквото лишување од слобода и условите под кои тие лица се сместуваат за времето во објектите за кое се лишени од слобода. При анализата на оваа проблематика, треба да се тргне од меѓународните стандарди, кои се апликабилни во Р.Македонија, при што секако еден од најзначајните извори на овие стандарди за нас се Европската конвенција за човековите права и основните слободи и јуриспруденцијата на Европскиот суд за човекови права. Заради тоа, во ова правно мислење предмет на анализа ќе бидат пред сѐ одлуките на овој суд, стандардите, кои тие ги воспоставуваат и начинот на постапување на домашните органи и (не)примената на овие стандарди при тоа постапување.

Дополнително, европски документи со кои е регулирана оваа проблематика се: Директивата на Советот 2003/9/ЕК од 27.01.2003 година за утврдување минимум стандарди за прифаќање на баратели на азил; Директивата на Советот 2004/83/ЕК од 29.04.2004 година за минималните стандарди за квалификување и статусот на државјаните на трети земји или лица без државјанство, како бегалци или лица на кои им е потребен поинаков облик на меѓународна заштита, Директивата на Советот 2005/85/ЕК од 01.12.2005 година за минимум стандардите за постапките во земјите членки за доделување и одземање на статус на бегалец и Директивата за заеднички стандарди и процедури на земјите членки за враќање на државјаните на трети земји кои остариле нелегален влез број 115/ЕК од 16.12.2014 година. Најзначајни домашни закони во кои се поместени прописи со кои се регулира оваа материја се Законот за странци, Законот за кривичната постапка, Законот за гранична контрола, Законот за полиција, Законот за прекршоци и др.

Европската конвенција предвидува дека секое ограничување на слободата е дозволено само кога е предвидено со закон. Така, Конвенцијата во членот 5 го гарантира правото на слобода

и безбедност и предвидува дека никој не смее да биде лишен од слобода, освен во случаи таксативно определени со закон. Еден од таквите исклучоци е и „ако се апси или притвора лице врз основа на закон, со цел да се спречи илегален влез во земјата или лице против кое е во тек постапка за протерување“. Ова значи дека Конвенцијата дозволува лишување од слобода на бегалци и мигранти, но националното право мора да утврди материјални и процедурални правила кои пропишуваат кога и во какви околности едно лице може да биде притворено. Оваа обврска исто така се однесува и на квалитетот на правото и бара истото да биде компатибилно со владеењето на правото, концепт својствен на сите членови од ЕКЧП.

Во линија со начелото на законитост е дека било какви ограничувања на слободата на движење, вклучувајќи го и притворот, можат да се изречат само во случаи определени со закон и во постапка, предвидена со закон. Затоа, секој имиграциски притвор што не е конкретно предвиден во националното законодавство на државите нужно би бил незаконски и недозволив. При испитувањето дали определено лишување од слобода е во согласност со чл. 5 од Конвенцијата треба да се тргне токму од испитувањето на законитоста на притворот, ако не постои законски основ, испитувањето завршува и јасно е дека постои повреда на правото од чл. 5 од Конвенцијата.

Така, во случајот Shamsa v. Poland[2], Судот утврдил дека притворот против двајца браќа од Либан од неколку дена кој не бил определен од суд, судија или друг орган, на кој со закон му се дадени судски прерогативи, не може да се смета за „законски“ во смисла на член 5 став 1 од Конвенцијата. Тргнувајќи од тоа дека притворот на апликантите помеѓу 25 Август и 3 Октомври 1997 не бил „пропишан со закон” или „законски“, Судот утврдил дека постои повреда на член 5 став 1 од Конвенцијата.

Дополнително, лишувањето од слобода не смее да биде арбитрерно. Секое лишување од слобода мора да биде во согласност со целите на членот 5 од ЕКЧП со цел да се заштити поединецот од самоволие. Поимот „самоволие“ се протега надвор од компатибилноста со националното законодавство; лишувањето од слобода може да биде легално во однос на домашното право, но сепак произволно, а со тоа и во спротивност со Конвенцијата. Забраната за арбитререн притвор, бара голем број на дополнителни заштитни мерки за да се обезбеди правичност и недискриминација.

Прво, мерката притвор мора да биде изречена во согласност со легитимната цел. „Легитимни цели“ во контекст на имиграцискиот притвор се исти и за барателите на азил и мигрантите, како за секое друго лице: ризик од бегство од идните правни или административни процедури или опасност по личната или јавната безбедност. Криминализацијата на нелегалниот влез на баратели на азил и мигранти секогаш го надминува легитимниот интерес на државите и затоа во сите овие случаи изрекување на мерката притвор ќе биде произволна.

Во случајот Nolan and K. v. Russia[3], апликантот, државјанин на САД, се жалел до Судот заради тоа што на 2 Јуни 2002 година, по неговото враќање во Русија, тој бил задржан во заклучена просторија девет часа на Аеродромот Шеремтјево во Москва и иако имал важечка руска виза, не му било дозволен повторен влез во Русија. Судот нашол дека условите во кои апликантот бил задржан во просторијата во транзитниот дел на Аеродромот фактички можат

да се третираат како лишување од слобода, за кое руските власти биле одговорни. Тргнувајќи од недостатокот на достапност и предвидливост на Правилата за минување на границата, врз основа на кои апликантот бил задржан, Судот заклучил дека националните власти не го заштитиле апликантот од арбитрерно лишување од слобода, заради што утврдил повреда на членот 5 став 1 од Конвенцијата.

Понатаму, местото, режимот и условите на притворот мора да бидат соодветни, во спротивно тие може да претставуваат повреда на членовите 3, 5 или 8 од ЕКЧП. При одлучувањето на дали условите под кои се притворени лицата ги исполнуваат потребните стандарди, Судот ќе ги разгледа индивидуалните карактеристики на условите каде се прифаќаат лицата и нивниот кумулативен ефект. При ова одлучување, Судот ќе ги земе во предвид пред сѐ местото каде поединецот е притворен (аеродром, полициска ќелија, затвор), дали постоела можност да се користи друг објект, големината на просторот за задржување, колку луѓе го користат просторот, достапноста и пристапот до перење и хигиенски услови, вентилацијата и пристапот до отворено, пристап до надворешниот свет и дали приведените имаат пристап до медицински установи. Специфичните околности на една индивидуа се од особено значење, па така, кога се работи за дете, жртва на тортура, бремена жена, жртва на трговија со луѓе, постари лица или лица со пречки во развојот мора посебно да се внимава просторот и условите да бидат во согласност со нивните индивидуални карактеристики.

Во случајот Muskhadzhiyeva and Others v. Belgium[4], апликантите, Аина Мускаџиева и нејзините четири деца (на возраст од седум месеци, три и пол години и пет и седум години) на 22 декември 2006 година биле затворени во транзитен центар во близина на аеродромот, кој бил под надлежност на Бирото за странци на Белгија, чекајќи нивна депортација во Полска. Во центарот биле држени повеќе од еден месец. Пред нивното сместување во овој центар, биле сочинети неколку независни извештаи, во кои било нагласено дека центарот нема услови за сместување на деца. Имајќи го ова во предвид, Судот утврдил дека постои повреда на член 5 став 1 од Конвенцијата и покрај тоа што децата биле сместени заедно со нивната мајка, а токму заради тоа што центарот каде биле сместени бил предвиден за сместување на возрасни и ги немал потребните услови за сместување на деца. Судот нашол дека нема повреда на член 5 став 1 од Конвенцијата во поглед на мајката бидејќи таа била „законски притворена“, имајќи ја во предвид нејзината очекувана депортација од Белгија. Воедно, Судот утврдил повреда на член 3 став 1 од Конвенцијата во поглед на децата, бидејќи нивната „екстремна ранливост“, која била потврдена со неколку медицинска извештаи, била побитна од нивниот статус на лице кое чека депортација. Во поглед на нивната мајка, Судот повторно утврдил дека нема повреда на членот 3 од Конвенцијата. Токму преку овој случај, најдобро се илустрира потребата од индивидуален пристап на државата кон секој притворен мигрант и обврската да притворот се прилагоди на посебните својства на лицето.

Мошне сличен е случајот Kanagaratnam and others v. Belgium[5]. Апликантката и нејзините три малолетни деца биле сместени во транзитен центар, кој не бил опремен за задржување на деца и таму биле задржани повеќе од два месеци. Како во погоре изложениот случај Muskhadzhiyeva and Others v. Belgium, Судот заради тоа нашол повреда на член 3 и член 5 од Конвенцијата во поглед на децата, но во овој случај, за разлика од погоре изложениот, нашол

повреда и на член 5 став 1 од Конвенцијата во поглед на мајката со образложение дека „задржувањето на апликантката од 23 март до 4 мај 2009 било „арбитрерно“ и спротивно на член 5 став 1 од Конвенцијата, а заради фактот што била задржана во установа, која не била погодна за семејства“.

Согласно Правилата на Комитетот за спречување на тортура на ОН[6], на притворените мигранти, како сите и други лица, кои се лишени од слобода, веднаш по нивото притворање мора да им се овоможат три основни права. Прво е правото на правна помош, односно на притворените лица мора без одлагање да им се овозможи контакт со адвокат, со кој ќе може да се консултираат како во врска со лишувањето од слобода, така и со прописите за барање азил, депортација и сл. Доколку лицето од лишено од слобода нема средства да плати адвокат, државата е должна да обезбеди бесплатна правна помош на лицето. Второто право е правото на неопходна медицинска помош, односно правото на притвореното лице да биде прегледано од доктор. Ова право го вклучува правото лицето да прегледано и од доктор по нејзин/негов избор, под услов лицето да е во состојба само да ги сноси трошоците на ваквиот преглед. Третото право е правото на лицето веднаш по притворањето да се овозможи да го извести семејството или трето лице по негов избор за лишувањето од слобода.

Понатаму, за лишувањето од слобода да биде во согласност со стандардите на член 5 од Конвенцијата, потребно е самата установа каде лицето е сместено да има определени услови. Во случајот Dougoz v. Greece[7], апликантот, сириски државјанин, бил лишен од слобода и задржан во полициски притвор, додека се чекало неговото враќање во Сирија. Тој бил држен неколку месеци во центарот за притвор при полициската станица во Драпецона, Грција, каде бил затворен во пренатрупана и нечиста просторија, без основни санитарни услови, без кревет, ретко имало топла вода. Во затворот немало свеж воздух, природна дневна светлина, ниту пак двор каде би можело да се шета. Подоцна, во април 1998 година, бил префрлен во централната полициска станица, каде условите биле многу слични на претходните, разликата се состоела во тоа што имало топла вода и природна дневна светлина. Таму бил задржан се до декември 1998 година, кога бил пренесен во Сирија. Судот завзел став дека условите под кои апликантот бил држен за времето додека бил лишен од слобода и тоа како во центарот за притвор, така во самата полициска станица, посебно пренатрупаноста на просториите, недостатокот на кревети за спиење, во комбинација со невообичаено долгото времетраење на овој притвор, можат да се третираат како понижувачки третман во смисла на членот 3 од Конвенцијата. Дополнително, Судот во овој случај констатирал и повреда на член 5 став 1 и 4 од Конвенцијата.

Доколку во предвид се имаат погоренаведените стандарди, се чини дека многу малку од нив се земаат во предвид како при лишувањето од слобода на мигрантите, така при создавањето на услови во установите каде истите се притворени во Р.Македонија. Кои се главни проблеми при определувањето на притвор и сместувањето на мигрантите во установи каде се држат до нивното протерување од Р.Македонија? Со мигрантите, кои се задржувани во прифатниот центар во Гази Баба се извршени повеќе интервјуа во периодот 05.04.-10.05.2016 година и се лоцирани следните групи проблеми, односно постапувања спротивно на меѓународните стандарди и домашната легислатива.

Прв проблем е што на лицата кои се лишени од слобода не им се дава документ, во кој би бил содржан законскиот основ за лишување од слобода, органот кој ја донел ваквата одлука и правна поука за можноста за оспорување на одлуката. Единствен документ кој на лицата им се дава е потврда за привремено одземени предмети за личните предмети, кои им се одземаат при лишувањето од слобода. Лицата воопшто не се изведуваат пред суд или друг орган со судски прерогативи пред притворањето, некои од нив се изведуваат пред суд во моментот кога се сослушуваат во својство на сведоци-оштетени во кривична постапка против осомничени за криумчарење на мигранти. Постојат случаи каде лица се жалат на тепање од страна на полицијата во моментите на лишување од слобода. Повеќе лица при интервјуирањето посочуваат дека едно лице има претрпено посериозни повреди на раката, нанесени од полициските службеници во моментот на апсењето. Ниедно од лицата не е известено до кога ќе биде задржано.

При лишувањето од слобода, на лицата по правило не им се овозможува правото на консултација со адвокат, односно правото на бесплатна правна помош или пак ова право се овозможува целосно неефективно. Постојат ситуации кога на лицата им е овозможено да разговараат со адвокат, но разговорот се одвива во присуство на полициски службеници. Генерално при лишувањето од слобода не се поучуваат за правата кои ги имаат. Во некои случаи, правото на бесплатна правна помош им се овозможува на јазик, кој лицата воопшто не го разбираат. Правото на лекарски преглед во некои случаи се овозможува, постои проблем за лицата на кои им е потребна специфична докторска грижа, односно кои примаат специфична терапија. Постојат определени притворени лица, кои се жалат дека воопшто не се прегледани од доктор, иако тоа го барале. Правото на јавување на роднини или трети блиски лица се овозможува на начин што лицата имаат пристап до телефон еднаш неделно или еднаш на пет дена.

Најголем проблем се условите во установата каде притворените лица се сместени, односно прифатниот центар во Гази Баба. Сите лица се жалат на пренатрупаноста на просториите каде се сместени. Скоро сите лица го посочуваат проблемот со храната во установата каде се притворени, дел од нив кажуваат дека храна примаат еднаш дневно, сите лица се жалат на квалитетот на храната, која ја примаат. Скоро сите притворени лица кажуваат дека се снаоѓаат во врска со храната на начин што преку полицајците кои ги чуваат дополнително купуваат храна, за да ја дополнат исхраната. Сите лица се жалат дека не се изведуваат на свеж воздух во тек на денот, немаат активности на отворено за време на периодот додека се лишени од слобода. Скоро сите лица се жалат на хигиенските услови, некои посочуваат дека не им се дадени основни средства за лична хигиена, како на пример сапун или тоалетна хартија. Има поплаки и во врска со хигиената во просториите каде се сместени, посочуваат дека собите и тоалетите се исклучително нечисти и многу ретко се чистат. По правило, нема забелешки на однесувањето на полициските службеници и вработените во установата.

По правило, мажите и жените се сместени во одделни простории, има случаи каде мажи се сместени во простории, предвидени за жени. Во некои случаи, членови на едно семејство се сместуваат одделно, најголем проблем е што постојат случаи каде деца се сместени одделно, во различни установи, од возрасните членови на семејството.

При прегледот на податоците добиени со интервјуирање на мигранти лишени од слобода, се доаѓа до генерален заклучок дека погореопишаните меѓународни стандарди многу ретко целосно се имплементираат. Во голем дел од случаите може да се детектира постапување со кое се повредува член 5 во ставот 1 и 4 од Конвенцијата, во одделни случаи има елементи и на нечовечко и понижувачко постапување, спротивно на член 3 од Конвенцијата.

Јули 2016,
Скопје

Филип Медарски,
Адвокат

[1].Special Rapporteur on the Human Rights of Migrants. A/HRC/20/24, §9, April 2012. [2].ECtHR, Shamsa v. Poland, No. 45355/99 and 45357/99, 27 November 2003
[3]. ECtHR, Nolan and K. Russia, No. 2512/04, 12 May 2009
[4]ECtHR, Muskhadzhiyeva and Others v. Belgium, No. 41442/07, 19 January 2010
[5]ECtHR, Kanagaratnam and Others v. Belgium, No. 15297/09, 13 December 2011
[6]CPT Standards, CPT/Inf(2002)1 rev. 2015, Section IV (Immigration detention) [7]ECtHR, Dougoz v. Greece, 40907/98 , 6 March 2001

Авторот Филип Медарски 12 години работи како адвокат во адвокатската канцеларија „Филип Медарски“ во Скопје. Ко-автор е на неколку стручни публикации, тренер во Академијата за судии и јавни обвинители на Република Македонија, искусен е и во полето на стратешкото застапување случаи, човековите права и застапувањето пред Европскиот суд за човекови права (12 случаи во различни фази на постапката).