



EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS
COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

EUROPSKI SUD ZA LJUDSKA PRAVA

VELIKO VIJEĆE

PREDMET N.D. I N.T. protiv ŠPANJOLSKE

(Zahtjevi br. 8675/15 i 8697/15)

PRESUDA

Članak 4. stavak 4. • Zabrana kolektivnog protjerivanja stranaca • Neposredno i prisilno vraćanje stranaca s kopnene granice nakon pokušaja velikog broja migranata da je prijeđu neovlašteno i u skupini • Ne postoji razlika između odbijanja ulaska i protjerivanja stranaca za potrebe primjenjivosti članka 4. stavka 4. • Dostupnost stvarnog i djelotvornog pristupa sredstvima zakonitog ulaska koja omogućavaju zahtijevanje zaštite na temelju članka 3. • Nepostojanje uvjerljivih razloga za nekorisćenje službenih postupaka ulaska, a koji razlozi bi se temeljili na objektivnim činjenicama za koje je tužena država odgovorna • Nedostatak pojedinačnih odluka o udaljavanju posljedica je vlastitog ponašanja podnositelja zahtjeva

STRASBOURG

13. veljače 2020.

Ova je presuda konačna, no može biti podvrgnuta uredničkim izmjenama.

SADRŽAJ

POSTUPAK.....	5
ČINJENICE	8
I. POZADINA PREDMETA.....	8
II. OKOLNOSTI PREDMETA	9
A. Okolnosti iz kojih proizlazi predmet.....	9
B. Događaji od dana 13. kolovoza 2014.....	9
C. Naknadni ulazak podnositelja zahtjeva u Španjolsku	10
MJERODAVNI PRAVNI OKVIR I PRAKSA	11
I. DOMAĆE PRAVO I PRAKSA.....	11
A. Organski zakon 4/2000 od 11. siječnja 2000. godine o pravima i slobodama stranaca u Španjolskoj i njihovoj društvenoj integraciji („LOEX“)	11
B. Zakon 12/2009 od 30. listopada 2009. godine o azilu i supsidijarnoj zaštiti.....	13
C. Kraljevska uredba 203/1995 od 10. veljače 1995. godine (provedbena uredba za Zakon o azilu)	13
D. Kraljevska uredba 557/2011 od 20. travnja 2011. godine (provedbena uredba za LOEX).....	15
E. Protokol za aktivnosti granične kontrole <i>Guardia Civila</i> od 26. veljače 2014. godine (primjenjiv u relevantno vrijeme), kojim je uveden izraz „operativna granica“	16
F. Okružnica svim španjolskim veleposlasticima	16
G. Ured španjolskog pučkog pravobranitelja	17
II. PRAVO EUROPSKE UNIJE	18
A. Ugovor o Europskoj Uniji (izmijenjen i dopunjen Ugovorom iz Lisabona, koji je stupio na snagu 1. prosinca 2009.).....	18
B. Povelja Europske Unije o temeljnim pravima	18
C. Ugovor o funkcioniranju Europske Unije (kako je izmijenjen i dopunjen Ugovorom iz Lisabona, koji je stupio na snagu 1. prosinca 2009.).....	19
D. Sporazum o pristupanju Kraljevine Španjolske Konvenciji o provedbi Schengenskog sporazuma od 14. lipnja 1985. između vlada država Ekonomske unije Beneluksa, Savezne Republike Njemačke i Francuske Republike o postupnom ukidanju kontrola na zajedničkim granicama, potpisanoj u Schengenu 19. lipnja 1990.	21
E. UREDBA (EZ) br. 562/2006 Europskog parlamenta i Vijeća od 15. ožujka 2006. o Zakoniku Zajednice o pravilima kojima se uređuje	

kretanje osoba preko granica (Zakonik o schengenskim granicama)	21
F. Uredba (EU) 2016/399 Europskog Parlamenta i Vijeća od 9. ožujka 2016. o Zakoniku Unije o pravilima kojima se uređuje kretanje osoba preko granica (Zakonik o schengenskim granicama) (kodifikacija) 23	
G. Direktiva 2008/115/EZ Europskog Parlamenta i Vijeća od 16. prosinca 2008. o zajedničkim standardima i postupcima država članica za vraćanje državljana trećih zemalja s nezakonitim boravkom (“Direktiva o vraćanju”)	23
1. Tekst Direktive	23
2. Mjerodavna sudska praksa Suda Europske unije u odnosu na tu Direktivu	25
H. Direktiva Vijeća 2005/85/EZ od 1. prosinca 2005. o minimalnim normama koje se odnose na postupke priznavanja i ukidanja statusa izbjeglica u državama članicama [kasnija verzija: Direktiva 2013/32/EU od 26. lipnja 2013.]	26
I. Direktiva 2011/95/EU Europskog Parlamenta i Vijeća od 13. prosinca 2011. o standardima za kvalifikaciju državljana trećih zemalja ili osoba bez državljanstva za ostvarivanje međunarodne zaštite, za jedinstveni statusa izbjeglica ili osoba koje ispunjavaju uvjete za supsidijarnu zaštitu te sadržaj odobrene zaštite (preinačena)	28
J. Rezolucija Europskog parlamenta od 12. travnja 2016. o stanju na Sredozemlju i potrebi za cjelovitim pristupom EU-a migraciji (2015/2095(INI))	30
III. DOKUMENTI VIJEĆA EUROPE.....	31
A. Dvadeset smjernica Odbora ministara Vijeća Europe o prisilnom vraćanju, usvojenih 4. svibnja 2005. na 925. sastanku zamjenika ministara	31
B. Izvješće Europskog odbora za sprječavanje mučenja i neljudskog ili ponižavajućeg postupanja ili kažnjavanja (CPT)	32
C. Godišnje izvješće o radu za 2015. Nilsa Muižnieksa, povjerenika za ljudska prava Vijeća Europe („povjerenik za ljudska prava“), od 14. ožujka 2016.	33
D. Izvješće veleposlanika Tomáša Bočeka, posebnog predstavnika glavnog tajnika za migraciju i izbjeglice od 3. rujna 2018. o njegovom posjetu Španjolskoj u svrhu utvrđivanja činjenica od 18. do 24. ožujka 2018. (SG/Inf(2018)25)	35
E. Rezolucija 2299 (2019) Parlamentarne skupština Vijeća Europe usvojena 28. lipnja 2019.: Politike i prakse odgurivanja (<i>pushback</i>) u zemljama članicama Vijeća Europe	38
IV. DRUGI MEĐUNARODNI MATERIJALI.....	39
A. Povelja Ujedinjenih naroda (Povelja UN-a), potpisana 26. lipnja 1945. u San Franciscu.....	39
B. Bečka konvencija o pravu međunarodnih ugovora od 23. svibnja 1969.	39

C. Ženevska konvencija od 28. srpnja 1951. o pravnom položaju izbjeglica.....	40
D. Europska konvencija o sprječavanju mučenja i neljudskog ili ponižavajućeg postupanja ili kažnjavanja od 10. prosinca 1984. (UNCAT).....	42
E. Deklaracija o teritorijalnom azilu usvojena od strane Opće skupštine Ujedinjenih naroda od 14. prosinca 1967. (Rezolucija 2312 (XXII)).....	42
F. Nacrti članaka Komisije za međunarodno pravo o protjerivanju stranaca.....	42
G. Zaključci o međunarodnoj zaštiti izbjeglica koje je usvojio Izvršni odbor programa UNHCR-a 1975. – 2017.....	47
H. Stajališta koja je Odbor za prava djeteta usvojio 12. veljače 2019. na temelju Fakultativnog protokola uz Konvenciju o pravima djeteta o postupcima komunikacije, u vezi s Priopćenjem br. 4/2016	48
PRAVO	52
I. PRETHODNA PITANJA	52
A. Nastavak ispitivanja predmeta – članak 37. stavak 1. točka (a)	52
B. Ocjena dokaza i utvrđivanje činjenica od strane Suda.....	55
II. PITANJE JURISDIKCIJE NA TEMELJU ČLANKA 1. KONVENCIJE.....	57
A. Presuda vijeća	57
B. Tvrdnje stranaka.....	57
C. Očitovanja trećih strana	58
D. Ocjena suda.....	60
1. Opća načela	60
2. Primjena na ovaj predmet	60
III. OSTALI PRELIMINARNI PRIGOVORI VLADE.....	62
A. Navodni gubitak statusa žrtve podnositelja zahtjeva.....	62
B. Iscrpljivanje domaćih pravnih sredstava	63
1. Vlada.....	63
2. Podnositelji zahtjeva.....	63
3. Ocjena Suda.....	64
IV. NAVODNA POVREDA ČLANKA 4. PROTOKOLA BR. 4 UZ KONVENCIJU	65
A. Presuda vijeća	65
B. Tvrdnje stranaka pred Velikim vijećem.....	66
1. Vlada.....	66
2. Podnositelji zahtjeva.....	68
C. Očitovanja trećih strana	70

1. Povjerenica Vijeća Europe za ljudska prava.....	70
2. Vlade umješaci (treće strane).....	71
(a) Belgijska Vlada	71
(b) Francuska Vlada.....	72
(c) Talijanska Vlada.....	73
3. Ostali umješaci	73
(a) UNHCR.....	73
(b) OHCHR.....	74
(c) CEAR	74
(d) Centar AIRE, Amnesty International, Europsko vijeće za izbjeglice i prognanike (ECRE), Nizozemsko vijeće za izbjeglice i Međunarodna komisija pravnik, koji su djelovali zajednički	75
D. Ocjena suda.....	76
1. Primjenjivost.....	76
(a) Opća načela	77
(b) Primjena na ovaj predmet.....	83
2. Osnovanost	84
(a) Opća načela	84
(b) Primjena na ovaj predmet.....	87
(i) Činjenica da postoje samo dva podnositelja zahtjeva.....	87
(ii) Ponašanje podnositelja zahtjeva	87
(α) Tvrdnje stranaka	87
(β) Ocjena Suda.....	88
V. NAVODNA POVREDA ČLANKA 13. KONVENCIJE U VEZI S ČLANKOM 4. PROTOKOLA BR. 4	95
A. Dopuštenost	95
B. Osnovanost.....	96
1. Presuda vijeća	96
2. Ocjena Suda.....	96
SUGLASNO MIŠLJENJE SUCA PEJČALA.....	99
DJELOMIČNO SUPROTSTAVLJENO MIŠLJENJE SUTKINJE KOSKELO	105

U predmetu N.D. i N.T. protiv Španjolske,

Europski sud za ljudska prava, zasjedajući u Velikom vijeću u sastavu:

Linos-Alexandre Sicilianos, *predsjednik*,

Angelika Nußberger,

Robert Spano,

Vincent A. De Gaetano,

Ganna Yudkivska,

André Potocki,

Aleš Pejchal,

Faris Vehabović,

Mārtiņš Mits,

Armen Harutyunyan,

Gabriele Kucsko-Stadlmayer,

Pauliine Koskelo,

Marko Bošnjak,

Tim Eicke,

Lətif Hüseyinov,

Lado Chanturia,

María Elósegui, *suci*,

i Johan Callewaert, *zamjenik tajnika Velikog vijeća*,

nakon vijećanja zatvorenog za javnost 26. rujna 2018., 3. srpnja i 5. prosinca 2019.,

donosi sljedeću presudu koja je usvojena posljednje navedenog datuma:

POSTUPAK

1. Postupak u ovome predmetu pokrenut je na temelju dvaju zahtjeva (br. 8675/15 i 8697/15) protiv Kraljevine Španjolske. Malijski državljani N.D., podnositelj zahtjeva u zahtjevu br. 8675/15 („prvi podnositelj zahtjeva“), i državljani Obale Bjelokosti N.D., podnositelj zahtjeva u zahtjevu br. 8697/15 („drugi podnositelj zahtjeva“), podnijeli su zahtjeve na temelju članka 34. Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda („Konvencija“) dana 12. veljače 2015.

2. Podnositelje zahtjeva zastupali su g. C. Gericke i g. G. Boye, odvjetnici iz Hamburga odnosno Madrida. Španjolsku vladu („Vlada“) zastupao je njezin zastupnik, g. R.-A. León Caveró, državni odvjetnik i voditelj pravnog odjela za ljudska prava Ministarstva pravosuđa.

3. U svojim zahtjevima podnositelji zahtjeva konkretno su prigovorili povredi članka 3. i članka 13. Konvencije, povredi tih članaka zajedno, povredi članka 4. Protokola br. 4 uz Konvenciju i konačno povredi članka 13. zajedno s člankom 4. Protokola br. 4. Prigovorili su zbog njihova neposrednog vraćanja u Maroko, koje je prema njihovu mišljenju

predstavljalo kolektivno protjerivanje, zbog nedostatka djelotvornog pravnog sredstva u tom pogledu i zbog rizika od zlostavljanja koji im je, navodno, prijetio u Maroku. Ustvrdili su da im nije bila pružena prilika da im se utvrdi identitet, da objasne svoje pojedinačne okolnosti ili ospore svoje vraćanje koristeći sredstvo s odgovnim učinkom.

4. Zahtjevi su dodijeljeni Trećem odjelu Suda (pravilo 52. stavak 1. Poslovnika Suda). Odlukom od 7. srpnja 2015. godine Vlada je obaviještena o prigovorima na temelju članka 4. Protokola br. 4 i članka 13. Konvencije i na temelju tih članaka zajedno. Sud je odlučio spojiti zahtjeve, a preostale je prigovore proglasio nedopuštenima (pravilo 54. stavak 3.).

5. G. Nils Muižnieks, povjerenik Vijeća Europe za ljudska prava („povjerenik za ljudska prava“), ostvario je svoje pravo na sudjelovanje u postupku i podnio je pisano očitovanje (članak 36. stavak 3. Konvencije i pravilo 44. stavak 2.)

6. Sudu su pisana očitovanja dostavili Ured Visokog povjerenika Ujedinjenih naroda za izbjeglice (UNHCR), Visoki povjerenik Ujedinjenih naroda za ljudska prava (OHCHR), Španjolsko povjerenstvo za pomoć izbjeglicama (CEAR) i, djelujući zajednički, Centre for Advice on Individual Rights in Europe (Centar AIRE), Amnesty International, Europsko vijeće za izbjeglice i prognanike (ECRE) i Međunarodna komisija pravnikâ, kojima je predsjednik dopustio miješanje na temelju članka 36. stavka 2. Konvencije i pravila 44. stavka 3.

7. Stranke su odgovorile na ta očitovanja. Dostavile su i očitovanja nakon što je 15. prosinca 2016. godine Sud donio presudu *Khlaifia i drugi protiv Italije* [VV] (br. 16483/12).

8. U presudi od 3. listopada 2017. godine vijeće Trećeg odjela Suda jednoglasno je preostale dijelove zahtjeva proglasilo dopuštenima i presudilo da je došlo do povrede članka 4. Protokola br. 4 i članka 13. Konvencije u vezi s člankom 4. Protokola br. 4. U sastavu vijeća bili su Branko Lubarda, predsjednik, Luis López Guerra, Helen Keller, Dmitry Dedov, Pere Pastor Vilanova, Alena Poláčková, Georgios A. Serghides, suci, i Fatoş Aracı, zamjenica tajnika Odjela. Sudac Dedov iznio je djelomično suprotstavljeno mišljenje o dosuđivanju pravedne naknade.

9. Dana 14. prosinca 2017. Vlada je zatražila da se predmet podnese Velikom vijeću na temelju članka 43. Konvencije i pravila 73. Dana 29. siječnja 2018. odbor Velikog vijeća prihvatio je taj zahtjev.

10. Sastav Velikog vijeća određen je u skladu s člankom 26. stavcima 4. i 5. Konvencije i pravilom 24.

11. I podnositelji zahtjeva i Vlada podnijeli su pisana očitovanja o dopuštenosti i osnovanosti predmeta.

12. Vlade Belgije, Francuske i Italije, kojima je dopušteno da se umiješaju u pisani postupak (članak 36. stavak 2. Konvencije i pravilo 44. stavak 3.), dostavile su očitovanja kao treće strane. Očitovanja su dostavili i povjerenik Vijeća Europe za ljudska prava i UNHCR, CEAR te, djelujući zajednički,

Centar AIRE, Amnesty International, ECRE i Međunarodna komisija pravnika, kojima se pridružilo Nizozemsko vijeće za izbjeglice. U spis je uključeno i pisano očitovanje OHCHR-a u postupku pred vijećem. Svaka je stranka na raspravi odgovorila na ta očitovanja u svojim usmenim podnescima (pravilo 44. stavak 6.).

13. Gđa Dunja Mijatović, povjerenica za ljudska prava od 1. travnja 2018. godine, sudjelovala je na raspravi, u skladu s člankom 36. stavkom 3. Konvencije. Na raspravi je sudjelovao i UNHCR, kojemu je predsjednik dopustio da sudjeluje u usmenom postupku pred Velikim vijećem u skladu s člankom 36. stavkom 2.

14. Javna rasprava održana je u zgradi Suda u Strasbourgu 26. rujna 2018. godine.

Pred sudom su nastupili:

– za podnositelje zahtjeva

g. C. GERICKE,

g. G. BOYE,

gđa I. ELBAL,

gđa H. HAKIKI,

g. W. KALECK

gđa R. MORENO,

odvjetnici,

savjetnici;

– za Vladu

g. R.-A. LEÓN CAVERO,

g. F. DE A., SANZ GANDASEGUI,

g. A. BREZMES MARTÍNEZ DE VILLAREAL, *zamjenici zastupnika,*

g. M. MONTOBBIO, *stalni predstavnik Španjolske pri Vijeću Europe*

g. F. CORIA RICO,

g. J. RUEDA JIMÉNEZ,

g. L. TARÍN MARTÍN,

g. J. VALTERRA DE SIMÓN,

zastupnik,

savjetnici;

– za povjerenika Vijeća Europe za ljudska prava

gđa D. MIJATOVIĆ,

gđa F. KEMPF,

gđa A. WEBER,

povjerenica,

savjetnice;

– za Ured Visokog povjerenika Ujedinjenih naroda za izbjeglice

gđa G. O'HARA,

direktorica, odjel za međunarodnu zaštitu,

gđa M. GARCÍA,
g. R. WANIGASEKARA,

savjetnici.

Sud je saslušao obraćanja g. Leóna Cavera, g. Gerickea, g. Boyea, gđe Mijatović i gđe O'Hare, te odgovore g. Leóna Cavera, g. Gerickea, g. Boyea i gđe O'Hare na pitanja sudaca.

ČINJENICE

I. POZADINA PREDMETA

15. Autonomni grad Melilla španjolska je enklava površine 12 km² smještena na sjevernoj obali Afrike i okružena marokanskim državnim područjem. Nalazi se na migracijskoj ruti iz sjeverne i supsaharske Afrike koju koriste i sirijski migranti. Granica između Melille i Maroka vanjska je granica schengenskog prostora te pruža pristup Europskoj uniji. Stoga je izložena posebno snažnom migracijskom pritisku.

16. Španjolske vlasti izgradile su pregradu duž 13 km granice koja razdvaja Melillu od Maroka, a koju od 2014. godine sačinjavaju tri paralelne ograde. Cilj je spriječiti pristup nezakonitih migranata španjolskom državnom području. Pregrada se sastoji od blago konkavne ograde visoke šest metara („vanjska ograda“); trodimenzionalne mreže kablova popraćene drugom ogradom visokom tri metra; te, na suprotnoj strani ceste na kojoj se provodi ophodnja, još jedne ograde visoke šest metara („unutarnja ograda“). U ograde su u pravilnim razmacima ugrađena vrata kako bi im se omogućio pristup. Instaliran je sofisticiran sustav CCTV (uključujući infracrvene kamere), zajedno sa sensorima pokreta, a većina je ograda opremljena i mrežama koje onemogućavaju penjanje.

17. Između Maroka i Španjolske postoje četiri kopnena granična prijelaza, smještena duž trostruke ograde. Među tim prijelazima, na španjolskoj strani, *Guardia Civil* zadužen je za ophodnju kopnene granice i obale kako bi spriječio nezakonit ulazak. Redovito se organiziraju masovni pokušaji proboja kroz granične ograde. Skupine koje se uglavnom sastoje od nekoliko stotina stranaca, od kojih mnogi dolaze iz supsaharske Afrike, pokušavaju ući na španjolsko državno područje, jurišajući na opisane ograde. Često djeluju noću kako bi proizveli učinak iznenađenja i povećali izgled za uspjeh.

18. Oni migranti koji ne uspiju pobjeći *Guardia Civilu*, a koje službenici uspiju uvjeriti da sami siđu koristeći ljestve, odmah se vraćaju u Maroko i predaju marokanskim vlastima, osim ako im je potrebna medicinska skrb (vidi stavak 58. ove presude).

19. U vrijeme događaja takav je način djelovanja bio predviđen samo „Protokolom aktivnosti granične kontrole“ *Guardia Civila* od 26. veljače 2014. godine i službenim nalogom br. 6/2014 od 11. travnja 2014. godine (vidi stavak 37. ove presude).

20. Dana 1. travnja 2015. na snagu je stupila deseta dodatna odredba Organskog zakona 4/2000 od 11. siječnja 2000. godine o pravima i slobodama stranaca u Španjolskoj i njihovoj društvenoj integraciji („LOEX“). Dodatna odredba uvrštena je Organskim zakonom 4/2015 od 30. ožujka 2015. godine o utvrđivanju posebnih pravila za presretanje i udaljšavanje migranata u Ceuti i Melilli (vidi stavke 32. i 33. ove presude).

II. OKOLNOSTI PREDMETA

A. Okolnosti iz kojih proizlazi predmet

21. Prvi podnositelj zahtjeva rođen je 1986., a drugi podnositelj zahtjeva 1985. godine.

22. Prvi podnositelj zahtjeva napustio je svoje selo u Maliju zbog oružanog sukoba 2012. godine. Nakon što je proveo nekoliko mjeseci u izbjegličkom kampu u Mauretaniji i zatim u Alžiru, u ožujku 2013. godine došao je u Maroko te je navodno živio u neformalnom migrantskom kampu na gori Gurugu, blizu granice s Melillom. Naveo je da su marokanske sigurnosne snage nekoliko puta izvršile racije i da je tijekom ljeta 2014. godine slomio nogu dok je bježao od njih.

23. Drugi podnositelj zahtjeva stigao je u Maroko krajem 2012. godine nakon što je putovao kroz Mali. Također je boravio u izbjegličkom kampu na gori Gurugu.

B. Događaji od dana 13. kolovoza 2014.

24. Dana 13. kolovoza 2014. izvršena su dva pokušaja prelaska, koje su organizirale krijumčarske mreže: jedan u 4.42 sati u kojem je sudjelovalo 600 osoba i drugi u 6.25 sati u kojem je sudjelovalo 30 osoba. Podnositelji zahtjeva naveli su da su sudjelovali u prvom pokušaju. Tog su dana napustili kamp na gori Gurugu i pokušali su ući u Španjolsku sa svojom skupinom, penjući se na vanjsku ogradu zajedno s drugim migrantima. Prema navodima Vlade, marokanska policija spriječila je oko 500 migranata da se popnu na vanjsku ogradu, ali stotinjak migranata ipak se uspjelo popeti. Približno sedamdeset i pet migranata uspjelo je doći do vrha unutarnje ograde, ali samo je nekolicina sišla s druge strane i došla na španjolsko tlo, gdje su ih dočekali pripadnici *Guardia Civila*. Preostali migranti ostali su sjediti na unutarnjoj ogradi. Službenici *Guardia Civila* pomogli su im da se spuste niz ljestve, a

zatim su ih otpratili na marokansko državno područje s druge strane granice kroz vrata među ogradama.

25. Prvi podnositelj zahtjeva naveo je da je uspio doći do vrha unutarnje ograde i da je ondje ostao do poslijepodneva. Drugi podnositelj zahtjeva izjavio je da je primio udarac kamenom dok se penjao na vanjsku ogradu te je pao, ali je nakon toga uspio doći do vrha unutarnje ograde, gdje je ostao osam sati. Oko 15.00 odnosno 14.00 sati, prvi i drugi podnositelj zahtjeva navodno su se spustili s ograde uz pomoć španjolskih službenika odgovornih za provođenje zakona koji su im pružili ljestve. Čim su došli na tlo, službenici *Guardia Civila* navodno su ih uhitili i stavili im lisice, te ih vratili u Maroko i predali marokanskim vlastima. Podnositelji zahtjeva tvrdili su da nisu prošli nikakav postupak utvrđivanja identiteta i nisu imali priliku objasniti svoje osobne okolnosti ni primiti pomoć odvjetnika ili tumača.

26. Podnositelji zahtjeva zatim su prebačeni u policijsku postaju u Nadoru, gdje su zatražili medicinsku pomoć. Njihov je zahtjev odbijen. Navodno su nakon toga, zajedno s ostalim migrantima koji su vraćeni u sličnim okolnostima, odvedeni u Fes, oko 300 km od Nadora, gdje su ostavljeni da se sami snalaze. Podnositelji zahtjeva naveli su da je između 75 i 80 migranata iz supsaharske Afrike bilo vraćeno u Maroko 13. kolovoza 2014. godine.

27. Novinari i drugi svjedoci bili su na mjestu događaja tijekom pokušaja juriša na granične ograde i događaja koji su uslijedili. Oni su dali videosnimke koje su podnositelji zahtjeva dostavili Sudu.

C. Naknadni ulazak podnositelja zahtjeva u Španjolsku

28. Dana 2. prosinca odnosno 23. listopada 2014., u kontekstu daljnjih pokušaja juriša na ograde, prvi i drugi podnositelj zahtjeva uspjeli su se popeti preko ograda i ući u Melillu. Protiv njih su pokrenuta dva postupka. Podnositeljima su naknadno izdani nalozi o protjerivanju.

29. Nalog za protjerivanje prvog podnositelja zahtjeva izdan je 26. siječnja 2015. godine. Podnositelj je bio smješten u centar za privremeni boravak stranaca (CETI) u Melilli prije nego što je premješten u CETI u Barceloni u ožujku 2015. godine.

Podnio je žalbu u upravnom postupku (*recurso de alzada*) protiv naloga o protjerivanju.

Dana 17. ožujka 2015., dok je postupak po toj žalbi još uvijek bio u tijeku, prvi podnositelj zahtjeva podnio je zahtjev za međunarodnu zaštitu. Njegov zahtjev odbačen je 23. ožujka 2015. godine uz obrazloženje da je neosnovan i da podnositelj zahtjeva nije izložen riziku jer je ured UNHCR-a 20. ožujka 2015. godine donio mišljenje, utvrdivši da okolnosti prvog podnositelja zahtjeva ne opravdavaju odobravanje međunarodne zaštite. Zahtjev za preispitivanje koji je podnio podnositelj zahtjeva odbačen je odlukom Ureda za azil i izbjeglice Ministarstva unutarnjih poslova

26. ožujka 2015. godine, nakon daljnjeg negativnog mišljenja UNHCR-a donesenog istog dana.

Zastoj upravnog postupka protjerivanja stoga je ukinut, a prvi podnositelj zahtjeva zrakoplovom je vraćen u Mali 31. ožujka 2015. godine.

Prethodnog dana žalba protiv odluke o odbijanju međunarodne zaštite podnesena je upravnim sudovima, ali ju je punomoćnik podnositelja zahtjeva povukao 15. rujna 2015. godine.

Odlukom od 19. svibnja 2015. godine žalba prvog podnositelja u upravnom postupku protiv naloga za njegovo protjerivanje proglašena je nedopuštenom. Budući da protiv te odluke nije podnesena žalba pred upravnim sudovima, nalog je postao pravomoćan 26. rujna 2015. godine.

Prema verziji događaja prvog podnositelja zahtjeva, od povratka u Mali, živi u vrlo nesigurnim uvjetima i nema stalnu adresu.

30. Nalog za protjerivanje drugog podnositelja zahtjeva izdan je 7. studenog 2014. i potvrđen je 23. veljače 2015. godine, nakon odbijanja njegove žalbe u upravnom postupku (*de alzada*). Podnositelj je bio smješten u CETI u Melilli, a u studenom 2014. godine premješten je u kopneni dio Španjolske. Nalog za njegovo protjerivanje postao je pravomoćan 11. srpnja 2015. godine. Drugi podnositelj zahtjeva nije podnio zahtjev za međunarodnu zaštitu. Nakon isteka maksimalnog razdoblja zadržavanja imigranata od 60 dana pušten je na slobodu. Prema izjavama njegovih odvjetnika na raspravi pred Sudom, od tada, po svemu sudeći, nezakonito boravi u Španjolskoj, vjerojatno u Andaluziji, bez ikakve stalne adrese.

31. Oba podnositelja zahtjeva bila su zastupana po odvjetnicima tijekom ovog postupka.

MJERODAVNI PRAVNI OKVIR I PRAKSA

I. DOMAĆE PRAVO I PRAKSA

A. Organski zakon 4/2000 od 11. siječnja 2000. godine o pravima i slobodama stranaca u Španjolskoj i njihovoj društvenoj integraciji („LOEX“)

32. Mjerodavne odredbe LOEX-a, koje su bile na snazi u relevantno vrijeme, glasile su kako slijedi:

Članak 25. – Uvjeti za ulazak u Španjolsku

„1. Stranci koji žele ući u Španjolsku to moraju učiniti na ovlaštenim graničnim prijelazima. Moraju posjedovati putovnicu ili putnu ispravu kojom dokazuju svoj identitet i koja se prihvaća u tu svrhu prema međunarodnim konvencijama kojih je Španjolska stranka, te ne smiju imati izrečenu izričitu zabranu ulaska. Moraju predočiti

i dokumente propisane provedbenim uredbama [ovog Zakona] u kojima se objašnjavaju svrha i uvjeti njihova boravka, te moraju pružiti dokaz da imaju dovoljno sredstava za očekivano trajanje boravka u Španjolskoj ili da imaju način za zakonito pribavljanje tih sredstava.

...

3. Prethodni stavci ne primjenjuju se na strance koji zahtijevaju pravo azila prilikom ulaska u Španjolsku. Po tim zahtjevima postupa se prema posebnom zakonodavstvu o azilu.“

Članak 27. – Izdavanje viza

„1. Vize se traže i izdaju u španjolskim diplomatskim predstavništvima i konzulatima, osim u iznimnim okolnostima utvrđenim propisima ili u slučajevima kada je španjolska država, u skladu sa zakonodavstvom Zajednice u tom području, sklopila sporazum o zastupanju s drugom državom članicom Europske unije koji se odnosi na tranzitne ili boravišne vize.

...”

Članak 58. – Učinci protjerivanja i udaljavanja (*devolución*)

”...

3. Izrada spisa o protjerivanju nije potrebna za udaljavanje stranaca koji

...

(b) pokušaju nezakonito ući u zemlju;

...”

Članak 65. – Mogućnost podnošenja žalbe protiv odluka koje se odnose na strance

”...

2. U svim slučajevima, kada dotični stranac nije u Španjolskoj, može podnijeti odgovarajuće žalbe u upravnim ili sudskim postupcima putem diplomatskog ili konzularnog predstavništva, koje će ih proslijediti nadležnim tijelima.“

33. Organskim zakonom 4/2015 od 30. ožujka 2015. godine o zaštiti sigurnosti građana u LOEX je uvrštena deseta dodatna odredba, koja je na snazi od 1. travnja 2015. godine (nakon događaja u ovom predmetu). Odredbom su utvrđena posebna pravila za presretanje i udaljavanje migranata u Ceuti i Melilli. Predmetna odredba glasi kako slijedi:

„1. Stranci koji se pokušavaju probiti kroz objekte za sprječavanje prelaska kako bi neovlašteno prešli granicu i čija se prisutnost otkrije unutar teritorijalnih crta razgraničenja Ceute ili Melille mogu biti vraćeni kako bi se spriječio njihov nezakonit ulazak u Španjolsku.

2. Njihovo se vraćanje u svim slučajevima obavlja u skladu s međunarodnim pravilima o ljudskim pravima i međunarodnoj zaštiti koje je Španjolska priznala.

3. Zahtjevi za međunarodnu zaštitu podnose se na mjestima predviđenim za tu svrhu na graničnim prijelazima; postupak mora biti u skladu s utvrđenim standardima povezanim s međunarodnom zaštitom.“

B. Zakon 12/2009 od 30. listopada 2009. godine o azilu i supsidijarnoj zaštiti

34. Mjerodavne odredbe Zakona o azilu glase kako slijedi:

Članak 21. – Zahtjevi podneseni na graničnom prijelazu

„1. Ako osoba koja ne ispunjava uvjete za ulazak u Španjolsku podnese zahtjev za međunarodnu zaštitu na graničnom prijelazu, ministar unutarnjih poslova može obrazloženom odlukom proglasiti zahtjev nedopuštenim ako taj zahtjev spada u jednu od kategorija iz članka 20. stavka 1. U svakom slučaju, odluka se dostavlja dotičnoj osobi u roku od najviše četiri dana od podnošenja zahtjeva.

...”

Članak 38. – Zahtjevi za međunarodnu zaštitu u veleposlanstvima i konzulatima

„Kako bi ispitali zahtjeve podnesene izvan zemlje, i pod uvjetom da podnositelj zahtjeva nije državljanin države u kojoj se nalazi diplomatsko predstavništvo i da postoji rizik za njegov tjelesni integritet, veleposlanici Španjolske mogu olakšati premještaj jednog ili više tražitelja azila u Španjolsku u svrhu podnošenja zahtjeva za azil u skladu s postupkom utvrđenim ovim Zakonom.

Provedbenim odredbama ovog Zakona izričito se utvrđuju uvjeti pristupa veleposlanstvima i konzulatima za osobe koje traže međunarodnu zaštitu i postupak procjene potrebe za njihovim premještajem u Španjolsku.“

C. Kraljevska uredba 203/1995 od 10. veljače 1995. godine (provedbena uredba za Zakon o azilu)

35. Mjerodavne odredbe Kraljevske uredbe 203/1995 glase kako slijedi:

Članak 4. – Mjesto podnošenja zahtjeva

„1. Stranci koji traže azil u Španjolskoj podnose zahtjev kod jednog od sljedećih subjekata:

- (a) Ured za azil i izbjeglice;
- (b) granični prijelazi za ulazak na španjolsko državno područje;
- (c) Uredi za strance;
- (d) pokrajinske ili okružne policijske postaje određene ministarskom odlukom;
- (e) diplomatska predstavništva ili konzulati Španjolske u inozemstvu.

2. Ako predstavnik UNHCR-a u Španjolskoj podnese zahtjev španjolskoj Vladi za hitan prihvat jedne ili više izbjeglica na koje se odnosi UNHCR-a koje su izložene visokom riziku u trećoj zemlji, Ministarstvo vanjskih poslova, putem diplomatskog predstavništva ili konzulata Španjolske ili druge zemlje ... izdat će vize ... kako bi olakšalo premještaj dotičnih osoba u Španjolsku u skladu s člankom 16. i člankom 29. stavkom 4. ove uredbe.“

Članak 16. – Premještaj tražitelja azila u Španjolsku

„Ako je dotična osoba izložena riziku i podnijela je zahtjev iz treće zemlje putem diplomatskog predstavništva ili konzulata ili u okolnostima predviđenim u članku 4. stavku 2., Ured za azil i izbjeglice može predmet uputiti Međuministarskom odboru za azil i izbjeglice radi odobrenja premještaja osobe u Španjolsku do ispitivanja spisa, nakon izdavanja odgovarajuće vize, propusnice ili odobrenja za ulazak, koji će se hitno obraditi.

2. Ured za azil i izbjeglice o odobrenju Međuministarskog odbora obavještava Ministarstvo vanjskih poslova i Ravnateljstvo policije, koja obavještava nadležni granični prijelaz.

3. Tražitelj azila čiji je premještaj u Španjolsku odobren zbog rizika kojima je izložen bit će obaviješten o svojim pravima na temelju 2. dijela poglavlja I. ove uredbe. Ta prava može ostvariti u razdoblju od najviše mjesec dana od ulaska na španjolsko državno područje.

4. Nadležno tijelo Ministarstva za socijalna pitanja usvojiti će odgovarajuće mjere za prihvata tražitelja azila od strane određenih javnih ili privatnih ustanova.“

Članak 24. – Opća pravila za obradu zahtjeva

„1. Zainteresirana stranka može podnijeti onu dokumentaciju i dodatne informacije koje smatra prikladnima te formulirati navode koje smatra nužnima u prilog svom zahtjevu u bilo kojem trenutku tijekom obrade predmeta od strane Ureda za azil i izbjeglice. Te se radnje moraju provjeriti prije rasprave koja prethodi slanju predmeta Međuministarskom odboru za azil i izbjeglice, u skladu s člankom 6. Zakona 5/1984, kojim se uređuje pravo na azil i status izbjeglice.

2. Ured za azil i izbjeglice može od tijela državne uprave ili od bilo kojeg drugog javnog tijela zahtijevati ona izvješća koja smatra prikladnima.

3. Isto tako, izvješća UNHCR-a i pravno priznatih udruga koje pružaju savjete i pomoć izbjeglicama uključuju se u spis prema potrebi.

4. Najduže razdoblje za obradu predmeta je šest mjeseci. Ako nakon isteka tog razdoblja nije donesena odluka o zahtjevu za azil, može se smatrati da je zahtjev odbačen, ne dovodeći u pitanje obvezu upravnih tijela da donesu izričitu odluku. U slučajevima kada zahtjev obrađuje diplomatsko ili konzularno predstavništvo, šestomjesečno razdoblje počinje teći od dana kada je Ured za azil i izbjeglice primio zahtjev.

5. Ako se postupak zaustavi zbog razloga koji se mogu pripisati tražitelju azila, Ured za azil i izbjeglice obavijestit će tražitelja da će rok za postupak isteći nakon tri mjeseca. Ako to razdoblje istekne, a predmetni pojedinac ne poduzme potrebne radnje za ponovno aktiviranje postupka, postupak se obustavlja, a zainteresiranoj stranci dostavlja se obavijest na njezinu posljednju poznatu adresu.“

Članak 29. – Učinci odobravanja azila

„...“

4. Ako je podnositelj zahtjeva podnio svoj zahtjev u španjolskom diplomatskom ili konzularnom predstavništvu, ti subjekti izdaju vizu ili odobrenje za ulazak potrebne za njegovo putovanje u Španjolsku, zajedno s putnom ispravom ako je to potrebno, kako je predviđeno člankom 16.“

**D. Kraljevska uredba 557/2011 od 20. travnja 2011. godine
(provedbena uredba za LOEX)**

36. Mjerodavne odredbe Kraljevske uredbe 557/2011 glase kako slijedi:

Članak 1. – Ulazak putem službenih graničnih prijelaza

„1. Ne dovodeći u pitanje odredbe međunarodnih konvencija kojih je Španjolska stranka, stranci koji žele ući na španjolsko državno područje to moraju učiniti putem službenih graničnih prijelaza. Moraju posjedovati valjanu putovnicu ili putnu ispravu kojom dokazuju svoj identitet i koja se prihvaća u tu svrhu te, ako je to potrebno, valjanu vizu. Ne smiju imati izrečenu izričitu zabranu ulaska. Moraju predložiti i dokumente propisane ovom uredbom u kojima se objašnjavaju svrha i uvjeti njihova ulaska i boravka, te moraju pružiti dokaz da imaju dovoljno sredstava za očekivano trajanje boravka u Španjolskoj ili, prema potrebi, da imaju način za zakonito pribavljanje tih sredstava.

...”

Članak 4. – Uvjeti

„1. Ulazak stranih državljana na španjolsko državno područje podliježe ispunjavanju sljedećih uvjeta.

(a) Moraju posjedovati putovnicu ili putne isprave iz sljedećeg članka.

(b) Moraju posjedovati odgovarajuću vizu u skladu s člankom 7.

(c) [Moraju predložiti] popratne dokumente koji se odnose na svrhu i uvjete njihova ulaska i boravka, u skladu s člankom 8.

(d) [Moraju pružiti] jamstvo, prema potrebi, da imaju dovoljno sredstava za život za očekivano trajanje boravka u Španjolskoj ili da imaju način za pribavljanje tih sredstava, te da imaju dovoljno sredstava za putovanje u drugu zemlju ili povratak u zemlju iz koje su došli, u skladu s člankom 9.

(e) Moraju predložiti, prema potrebi, zdravstvene potvrde iz članka 10.

(f) Ne smiju imati izrečenu zabranu ulaska u smislu članka 11.

(g) Ne smiju predstavljati opasnost za javno zdravlje, javni red, nacionalnu sigurnost ili međunarodne odnose Španjolske ili odnose drugih država s kojima je Španjolska povezana nekom konvencijom u tu svrhu.

2. Ured glavnog povjerenika za strance i granice (*Comisaría General de Extranjería y Fronteras*) može dati dozvolu za ulazak u Španjolsku strancima koji ne ispunjavaju uvjete iz prethodnog stavka ako je to opravdano na temelju iznimnih humanitarnih razloga ili razloga od javnog interesa ili radi poštovanja obveza koje je Španjolska preuzela.“

Članak 23. – Udaljavanje

„1. U skladu s člankom 58. stavkom 3. LOEX-a, izrada spisa o protjerivanju nije nužna ... za udaljavanje stranaca u sljedećim okolnostima.

...

(b) Osobe koje pokušaju nezakonito ući u zemlju. Smatrat će se da stranci koji se presretnu na granici ili u blizini granice spadaju u ovu kategoriju.

2. U slučajevima obuhvaćenim prethodnom točkom (b), pripadnici obalnih i graničnih sigurnosnih snaga koji uhvate stranca koji pokušava neovlašteno ući u Španjolsku odmah će ga odvesti u policijsku postaju s ciljem utvrđivanja njegova identiteta i, prema potrebi, udaljavanja.

3. U svim slučajevima obuhvaćenim stavkom 1., stranci u odnosu na koje se poduzimaju koraci u svrhu donošenja naloga o udaljavanju imaju pravo na pomoć odvjetnika i prevoditelja ako ne razumiju ili ne govore službene jezike koji se koriste. Ta će pomoć biti besplatna ako dotična osoba nema potrebna financijska sredstva ...“

E. Protokol za aktivnosti granične kontrole *Guardia Civila* od 26. veljače 2014. godine (primjenjiv u relevantno vrijeme), kojim je uveden izraz „operativna granica“

37. Dijelovi protokola u vezi aktivnosti granične kontrole od značaja za ovaj predmet glase kako slijedi:

„Kod ovog sustava ograda postoji objektivna potreba da se utvrdi kada nezakonit ulazak nije izvršen, a kada se dogodio. Zbog toga je potrebno odrediti crtu koja razgraničava državno područje, isključivo za potrebe pravila kojima se uređuju pitanja povezana sa strancima; ta crta ima fizički oblik predmetne ograde. Prema tome, kada tijela za provedbu zakona zadužena za kontrolu granice suzbijaju i odbijaju pokušaje migranata da nezakonito prijeđu tu crtu, ne smatra se da je došlo do stvarnog nezakonitog ulaska. Smatra se da je ulazak izvršen samo ako se migrant probio preko navedene unutarnje ograde, čime je ušao na državno područje i došao u područje primjene pravila kojima se uređuju pitanja povezana sa strancima ...“

F. Okružnica svim španjolskim veleposlanicima

38. Mjerodavni dijelovi ove okružnice glase kako slijedi:

„Zakon 12/2009 od 30. listopada 2009. godine o azilu i supsidijarnoj zaštiti, objavljen u Službenom listu u subotu 31. listopada 2009. godine ...

[Članak 38. tog Zakona odnosi se na ‘osobe koje podnose zahtjev za međunarodnu zaštitu u veleposlanstvima i konzulatima’]

...

Ključni dijelovi tog članka su sljedeći:

(1) Taj članak nije primjenjiv ako je dotična osoba državljanin zemlje u kojoj se nalazi diplomatsko predstavništvo.

(2) Osim toga, njezin tjelesni integritet mora biti ugrožen zbog uzroka povezanih s područjem primjene Zakona (azil ili supsidijarna zaštita).

(3) Zadaća je španjolskih veleposlanika (ali ni pod kojim uvjetima konzula) ‘olakšati [prema potrebi] premještanje jednog ili više tražitelja azila u Španjolsku’ isključivo u svrhu ‘podnošenja zahtjeva za azil u skladu s postupkom utvrđenim ovim Zakonom’, odnosno u Španjolskoj. Tu ovlast imaju samo veleposlanici.

U svim slučajevima, ni veleposlanici ni konzuli nisu zakonom ovlašteni donijeti odluku o zahtjevima za azil ili zaštitu, a pogotovo ne obavijestiti Španjolsku o takvim zahtjevima. To je ključno. Ako bi se takva odluka donijela, španjolska država bila bi

dužna pružiti [tražitelju azila] pravnu pomoć i zaštitu [uključujući zaštitu od prisilnog vraćanja iz zemlje] i udovoljiti njegovim potrebama (u pogledu hrane i stanovanja), među ostalim i zdravstvenim potrebama; to nije predviđeno člankom 38.

Stoga činjenica da netko nastoji podnijeti zahtjev za azil veleposlanstvu ili konzulatu ni u kojem slučaju ne podrazumijeva pokretanje postupka za mogući prihvata.

To ne sprječava veleposlanika, ako je utvrdio da su gore navedeni uvjeti ispunjeni u određenom slučaju, da potvrdi stvarno državljanstvo [dotične osobe] i provjeri je li njezina fizička sigurnost ugrožena na gore opisan način. Potrebno je uložiti sve napore za prikupljanje što je moguće više podataka i sastavljanje cjelovite dokumentacije o predmetu i navodima potencijalnog podnositelja zahtjeva za azil ili zaštitu. Ti podaci i evidencija šalju se Upravi za konzularna pitanja i migracije kako bi ih nadzorno tijelo moglo uzeti u obzir, ocijeniti ih i donijeti odluku.

Ukratko, ako veleposlanik pri izvršavanju svojih dužnosti smatra da 'postoji rizik za tjelesni integritet [tražitelja azila]', može osigurati premještanje te osobe u Španjolsku (to može podrazumijevati izdavanje vize i jednosmjerne zrakoplovne karte za Španjolsku, uz prethodno odobrenje Ministarstva).

Drugim stavkom članka 38. predviđeno je donošenje provedbene uredbe koju će zajednički izraditi ministarstva unutarnjih poslova, pravosuđa i vanjskih poslova. Tom će uredbom biti utvrđen postupak kojim će se veleposlanicima omogućiti da ocjenjuju pitanje mogućeg premještanja u Španjolsku.

U pogledu postupaka koji su već u tijeku, prvom prijelaznom odredbom predviđena je, ako je to relevantno, primjena pravila koja su bila na snazi prije stupanja na snagu novog Zakona (koji se primjenjuje od danas, 20. studenog 2009. godine).

Za nove slučajeve, i sve dok na snagu ne stupi provedbena uredba za Zakon iz drugog stavka članka 38., trebali biste slijediti upute navedene u ovoj okružnici.

...

Madrid, 20. studenog 2009.“.

G. Ured španjolskog pučkog pravobranitelja

39. U svom godišnjem izvješću za 2005. godinu, španjolski pučki pravobranitelj napisao je kako slijedi:

„U pogledu pitanja treba li graničnu zonu smatrati španjolskim državnim područjem i, u skladu s tim, pitanja koja se pravila na nju primjenjuju, [može se ustvrditi, u] svjetlu različitih konvencija potpisanih tijekom devetnaestog stoljeća između Španjolske i Maroka kojima su određena ograničenja nadležnosti autonomnog grada Melille, da je zona izgrađena ... na španjolskom državnom području, da Španjolska ima potpuno vlasništvo [nad predmetnim područjem] i da ga kontroliraju španjolska tijela za provedbu zakona. Stoga nije na španjolskim upravnim tijelima da određuju gdje bi se trebalo početi primjenjivati zakonodavstvo naše zemlje. Ta teritorijalna primjena regulirana je međunarodnim ugovorima ili, kad je to primjenjivo, međunarodnim običajem, kojima su definirane granice sa susjednim državama.“

40. Podnoseći svoje godišnje izvješće za 2013. godinu Senatu 9. travnja 2014. godine, španjolska pučka pravobraniteljica izrazila je „žaljenje zbog prizora ljudi koji su se popeli na vrh ograda i naglasila je da bi se, nakon što se osoba nađe na španjolskom državnom području – kao što

vjerujemo da je slučaj [kada se osoba nalazi na ogradama granice s Melillom] – s tom osobom trebalo postupati u skladu s važećim zakonom.“ Pučka pravobraniteljica stoga je osudila praksu neposrednog udaljavanja (*devoluciones en caliente*), koje, kako je ponovila, nije predviđeno LOEX-om.

II. PRAVO EUROPSKE UNIJE

A. Ugovor o Europskoj Uniji (izmijenjen i dopunjen Ugovorom iz Lisabona, koji je stupio na snagu 1. prosinca 2009.)

41. Mjerodavni članci Ugovora o Europskoj Uniji glase:

Članak 2.

“Unija se temelji na vrijednostima poštovanja ljudskog dostojanstva, slobode, demokracije, jednakosti, vladavine prava i poštovanja ljudskih prava, uključujući i prava pripadnika manjina...”

Članak 6.

“1. Unija priznaje prava, slobode i načela određena Poveljom Europske unije o temeljnim pravima od 7. prosinca 2000., kako je prilagođena u Strasbourgu 12. prosinca 2007., koja ima istu pravnu snagu kao Ugovori.

...

3. Temeljna prava, kako su zajamčena Europskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda i kako proizlaze iz ustavnih tradicija zajedničkih državama članicama, čine opća načela prava Unije.

B. Povelja Europske Unije o temeljnim pravima

42. Mjerodavne odredbe Povelje glase:

Članak 4. - Zabrana mučenja i nečovječnog ili ponižavajućeg postupanja ili kazne

“Nitko se ne smije podvrgnuti mučenju ni nečovječnom ili ponižavajućem postupanju ili kazni.

Članak 18. –Pravo na azil

“Zajamčeno je pravo na azil, uz poštovanje pravila iz Ženevske konvencije od 28. srpnja 1951. i Protokola od 31. siječnja 1967. o statusu izbjeglica te u skladu s Ugovorom o Europskoj uniji i Ugovoru o funkcioniranju Europske unije.”

Članak 19. - Zaštita u slučaju udaljavanja, protjerivanja ili izručenja

„1. Zabranjeno je kolektivno protjerivanje.

2. Nitko ne smije biti udaljen, protjeran ili izručen u državu u kojoj postoji ozbiljna opasnost da bude podvrgnut smrtnoj kazni, mučenju ili drugom nečovječnom ili ponižavajućem postupanju ili kazni.”

Članak 47. – Pravo na djelotvoran pravni lijek i na pošteno suđenje

“Svatko čija su prava i slobode zajamčeni pravom Unije povrijeđeni ima pravo na djelotvoran pravni lijek pred sudom, u skladu s uvjetima utvrđenima ovim člankom..

Svatko ima pravo da zakonom prethodno ustanovljeni neovisni i nepristrani sud pravično, javno i u razumnom roku ispita njegov slučaj. Svatko ima mogućnost biti savjetovan, branjen i zastupan.

Pravna pomoć osigurava se za osobe koje nemaju dostatna sredstva, u mjeri u kojoj je takva pomoć potrebna za osiguravanje učinkovitog pristupa pravosuđu.”

C. Ugovor o funkcioniranju Europske Unije (kako je izmijenjen i dopunjen Ugovorom iz Lisabona, koji je stupio na snagu 1. prosinca 2009.)

43. Mjerodavne odredbe Ugovora o funkcioniranju Europske Unije (UFEU) (TFEU) glase:

PODRUČJE SLOBODE, SIGURNOSTI I PRAVDE

POGLAVLJE 1.

Opće odredbe

Članak 67.

„1. Unija predstavlja područje slobode, sigurnosti i pravde s poštovanjem temeljnih prava i različitih pravnih sustava i tradicija država članica.

2. ... oblikuje zajedničku politiku azila, useljavanja i kontrole vanjskih granica, koja se temelji na solidarnosti među državama članicama i koja je pravedna prema državljanima trećih zemalja. ...”

Članak 72.

“Ova glava ne utječe na izvršavanje odgovornosti koju države članice imaju u pogledu očuvanja javnog poretka i zaštite unutarnje sigurnosti.”

POGLAVLJE 2.

Politike koje se odnose na graničnu kontrolu, azil i useljavanje

Članak 77.

„1. Unija razvija politiku čiji je cilj:

- (a) osigurati da se osobe pri prijelazu unutarnjih granica bez obzira na njihovo državljanstvo ne provjeravaju;
- (b) obavljati kontrolu osoba i učinkovit nadzor prijelaza vanjskih granica;
- (c) postupna uspostava integriranog sustava upravljanja vanjskim granicama.

2. Za potrebe stavka 1., Europski parlament i Vijeće, odlučujući u skladu s redovnim zakonodavnim postupkom, usvajaju mjere koje se odnose na:

- (a) zajedničku viznu politiku i druge dozvole za kratkotrajni boravak;
- (b) kontrolu osoba koje prelaze vanjske granice;
- (c) uvjete pod kojima državljani trećih zemalja mogu slobodno putovati unutar Unije tijekom kraćeg razdoblja;
- (d) sve mjere koje su potrebne za postupnu uspostavu integriranog sustava upravljanja vanjskim granicama;
- (e) ukidanje svake kontrole osoba pri prijelazu unutarnjih granica, bez obzira na njihovo državljanstvo.

3. Ako se pokaže da je potrebno djelovanje Unije kako bi se olakšalo ostvarivanje prava iz članka 20. stavka 2. točke (a) te ako Ugovorima nisu predviđene potrebne ovlasti, Vijeće, odlučujući u skladu s posebnim zakonodavnim postupkom može usvojiti odredbe o putovnicama, osobnim iskaznicama, boravišnim dozvolama ili bilo kojim drugim sličnim ispravama. Vijeće odlučuje jednoglasno nakon savjetovanja s Europskim parlamentom.

4. Ovaj članak ne utječe na nadležnost država članica u pogledu zemljopisnog razgraničenja njihovih granica u skladu s međunarodnim pravom.”

Članak 78. (1)

„1. Unija razvija zajedničku politiku azila, supsidijarne zaštite i privremene zaštite čiji je cilj svakom državljaninu treće zemlje kojem je potrebna međunarodna zaštita ponuditi odgovarajući status i osigurati poštovanje načela zabrane prisilnog udaljenja ili vraćanja imigranta (non-refoulement). Ta politika mora biti u skladu sa Ženevskom konvencijom od 28. srpnja 1951. i Protokolom od 31. siječnja 1967. o statusu izbjeglica te s drugim odgovarajućim ugovorima.”

Članak 79.

„1. Unija razvija zajedničku politiku useljavanja čiji je cilj u svim fazama osigurati učinkovito upravljanje migracijskim tokovima, pravedno postupanje prema državljanima trećih zemalja koji zakonito borave u državama članicama te sprečavanje nezakonitog useljavanja i trgovanja ljudima i jačanje mjera za njihovo suzbijanje.

2. Za potrebe stavka 1. Europski parlament i Vijeće, odlučujući u skladu s redovnim zakonodavnim postupkom usvajaju mjere u sljedećim područjima:

(a) uvjeti za ulazak i boravak te standardi država članica koji se odnose na postupak izdavanja viza za dugotrajni boravak i boravišnih dozvola, uključujući one koje se izdaju radi spajanja obitelji;

...

(c) nezakonito useljavanje i neovlašteni boravak, uključujući udaljavanje i repatrijaciju osoba koje neovlašteno borave;

...”

D. Sporazum o pristupanju Kraljevine Španjolske Konvenciji o provedbi Schengenskog sporazuma od 14. lipnja 1985. između vlada država Ekonomske unije Beneluksa, Savezne Republike Njemačke i Francuske Republike o postupnom ukidanju kontrola na zajedničkim granicama, potpisanoj u Schengenu 19. lipnja 1990.

44. Mjerodavni dijelovi ovog Sporazuma glase:

”...“

III. Ugovorne stranke su primile na znanje sljedeće izjave Kraljevine Španjolske:

Izjava o gradovima Ceuta i Malilla

- (a) Trenutna kontrola roba i putnika koji ulaze u carinsko područje Europske ekonomske zajednice iz gradova Ceuta i Melilla nastavlja se obavljati u skladu s odredbama Protokola br. 2 Akta o pristupanju Španjolske Europskim zajednicama.
- (b) Nastavlja se s primjenom izuzimanja od sustava viza u graničnom prometu između Ceute i Melile i marokanskih provincija Teutan i Nador.
- (c) Marokanski državljani koji nisu rezidenti provincija Teutan ili Nador a koji žele ući na područje gradova Ceuta i Malilla, iznimno ostaju podložni zahtjevu viza. Valjanost tih viza ograničena je na spomenuta dva grada i omogućava višestruki ulazak i izlazak („visado limitado múltiple”) u skladu s odredbama članka 10. stavka 3. i članka 11. stavka 1. točke (a) Konvencije iz 1990.
- (d) Interes ostalih ugovornih stranaka uzima se u obzir prilikom primjene takvog sustava.
- (e) Sukladno nacionalnom zakonodavstvu a s ciljem provjere da li putnici i dalje ispunjavaju uvjete postavljene u članku 5. Konvencije iz 1990, na temelju kojih im je odobren ulazak na državno područje nakon kontrole putovnica na vanjskoj granici, Španjolska nastavlja s kontrolama (identiteta i dokumenata) na morskim i zračnim točkama odlaska iz Ceute i Melille, čije je odredište isključivo bilo koje drugo mjesto na području Španjolske.

U istu svrhu, Španjolska nastavlja s kontrolama na unutarnjim letovima i na redovnim trajektnim vezama iz gradova Ceute i Melile do odredišta u nekoj drugoj državi stranci Konvencije.”

E. UREDBA (EZ) br. 562/2006 Europskog parlamenta i Vijeća od 15. ožujka 2006. o Zakoniku Zajednice o pravilima kojima se uređuje kretanje osoba preko granica (Zakonik o schengenskim granicama)

45. Mjerodavne odredbe Zakonika o schengenskim granicama glase:

“EUROPSKI PARLAMENT I VIJEĆE EUROPSKE UNIJE,

...

budući da:

...

(6) Nadzor državne granice nije samo u interesu države članice na čijim se vanjskim granicama ona provodi već je u interesu svih država članica koje su ukinule kontrolu unutarnjih granica. Nadzor državne granice bi trebao pomoći u suzbijanju nezakonitog useljavanja i trgovanja ljudima te pri sprečavanju bilo kakve prijetnje unutarnjoj sigurnosti, javnom poretku, javnom zdravlju i međunarodnim odnosima država članica.
...”

Članak 1. – Predmet i načela

“Ovom se Uredbom ukidaju granične kontrole osoba koje prelaze unutarnje granice država članica Europske unije.

Njome se utvrđuju pravila granične kontrole osoba koje prelaze vanjske granice država članica Europske unije

Članak 4. – Prelazak vanjskih granica

“1. Vanjske se granice mogu prijeći samo na graničnim prijelazima i tijekom utvrđenog radnog vremena. Radno vrijeme je jasno naznačeno na graničnim prijelazima koji nisu otvoreni 24 sata dnevno.

...

3. Ne dovodeći u pitanje iznimke iz stavka 2. ili njihove obveze u pogledu međunarodne zaštite, države članice, u skladu sa svojim nacionalnim pravom, uvode kazne za neovlašteno prelaženje vanjskih granica na mjestima izvan graničnih prijelaza ili izvan utvrđenog radnog vremena. Te kazne su učinkovite, proporcionalne i odvraćajuće.”

Članak 6. – Provedba granične kontrole

„1. Službenici u obavljanju svojih dužnosti u potpunosti poštuju ljudsko dostojanstvo.

Svaka mjera koju poduzimaju u obavljanju svojih dužnosti je razmjerna ciljevima koji se tom mjerom žele postići.

2. Tijekom provedbe granične kontrole službenici ne diskriminiraju osobe na temelju spola, rasne ili etničke pripadnosti, vjere ili uvjerenja, invaliditeta, starosne dobi ili spolne orijentacije.”

Članak 7. - Granična kontrola osoba

“1. Kretanje preko vanjskih granica podliježe kontrolama službenika. Kontrole se provode u skladu s ovim poglavljem

...

2. Sve se osobe podvrgavaju osnovnoj kontroli u svrhu utvrđivanja njihovog identiteta na temelju predočenja njihovih putnih isprava. Takva se osnovna kontrola sastoji od brze i jednostavne provjere, prema potrebi uporabom odgovarajućih tehničkih sredstava i pregledom u odgovarajućim bazama podataka informacija isključivo o

ukradenim, otuđenim, izgubljenim i poništenim ispravama, o važenju isprave koja ovlašćuje zakonitog nositelja za prelazak granice ...

3. Državljeni trećih zemalja prilikom ulaska i izlaska podliježu temeljitim kontrolama. ...”

Članak 12. – Zaštita državne granice

„1. Glavna je svrha zaštite državne granice sprečavanje nezakonitog prelaska granice, suzbijanje prekograničnog kriminaliteta i poduzimanje mjera protiv osoba koje su nezakonito prešle granicu.

...”

Članak 13. – Zabrana ulaska

“1. Državljaninu treće zemlje koji ne ispunjava uvjete ulaska utvrđene u članku 5. stavku 1. i ne spada u kategoriju osoba iz članka 5. stavka 4., zabranjuje se ulazak na državna područja država članica. Time se ne dovodi u pitanje primjena posebnih odredbi o pravu na azil i na međunarodnu zaštitu ili na izdavanje viza za dugotrajni boravak.

...”

Članak 14. - Osoblje i sredstva za nadzor državne granice

“Države članice, u skladu s člancima od 6. do 13., raspoređuju dovoljan broj odgovarajućeg osoblja i sredstava za provođenje nadzora državne granice na vanjskim granicama kako bi osigurale učinkovit, visok i jedinstven stupanj nadzora na njihovim vanjskim granicama.”

F. Uredba (EU) 2016/399 Europskog Parlamenta i Vijeća od 9. ožujka 2016. o Zakoniku Unije o pravilima kojima se uređuje kretanje osoba preko granica (Zakonik o schengenskim granicama) (kodifikacija)

46. Kodificirane verzije članaka 14. i 15. Zakonika o schengenskim granicama odgovaraju prijašnjim člancima 13. i 14.

G. Direktiva 2008/115/EZ Europskog Parlamenta i Vijeća od 16. prosinca 2008. o zajedničkim standardima i postupcima država članica za vraćanje državljana trećih zemalja s nezakonitim boravkom (“Direktiva o vraćanju”)

1. Tekst Direktive

47. Mjerodavne odredbe Direktive o vraćanju glase:

Članak 1. – Predmet

“Ovom se Direktivom utvrđuju zajednički standardi i postupci koji se imaju primjenjivati u državama članicama za vraćanje državljana trećih zemalja koji nemaju zakonit boravak u skladu s temeljnim pravima kao općim načelima prava

Zajednice kao i međunarodnog prava, uključujući zaštitu izbjeglica i ljudskih prava.”

Članak 2. – Područje primjene

„1. Ova se Direktiva primjenjuje na državljane trećih zemalja koji nezakonito borave na državnom području države članice.

2. Države članice mogu odlučiti da neće primjenjivati ovu Direktivu na državljane trećih zemalja:

(a) kojima je odbijen ulazak u skladu s člankom 13. Zakonika o schengenskim granicama ili koji su uhićeni ili zadržani od strane nadležnih tijela zbog nezakonitog prelaska kopnene, morske ili zračne vanjske granice države članice i koji potom nisu dobili dozvolu ili im nije priznato pravo boravka u toj državi članici;

...”

Članak 4. – Povoljnije odredbe

”...

3. Ova Direktiva ne dovodi u pitanje prava država članica da donose i zadrže odredbe koje su povoljnije za osobe na koje se primjenjuju, ako su te odredbe u skladu s Direktivom.

4. U pogledu državljana trećih zemalja koji su izuzeti iz područja primjene ove Direktive u skladu s člankom 2. stavkom 2. točkom (a), države članice:

(a) osiguravaju da njihov položaj i razina zaštite ne budu manje povoljni nego što je to u članku 8. stavku 4. i 5. (ograničenja primjene prisilnih mjera), članku 9. stavku 2 točki (a) (odgoda udaljavanja), članku 14. stavku 1. točki (b) i (d) (hitna zdravstvena zaštita i uzimanje u obzir potreba ranjivih osoba), te članka 16. i 17. (uvjeti zadržavanja), te

(b) poštuju načelo *non refoulement*.”

Članak 5. – *Non-refoulement*, najbolji interes djeteta, pravo na obiteljski život i zdravstveno stanje

“Države članice prilikom provedbe ove Direktive uzimaju u obzir:

(a) najbolji interes djeteta;

(b) pravo na obiteljski život;

(c) zdravstveno stanje konkretnog državljanina treće zemlje,

te poštuju načelo *non refoulement*.”

Članak 8. – Udaljavanje

„1. Države članice poduzimaju potrebne mjere za izvršenje odluke o vraćanju, ako nije odobreno vrijeme za dobrovoljni odlazak u skladu s člankom 7. stavkom 4. ili ako obveza vraćanja nije izvršena u vremenu za dobrovoljni odlazak, odobren u skladu s člankom 7.

...”

Članak 12. – Obrazac

“1. Odluke o vraćanju te odluke o zabrani ulaska i odluke o udaljavanju, ako su izdane, izdaju se u pisanom obliku te sadrže stvarne i pravne razloge, kao i podatke o raspoloživim pravnim lijekovima.

Podaci o činjenicama mogu biti ograničeni ako nacionalno pravo omogućava ograničenje prava na informacije, posebno zbog očuvanja nacionalne sigurnosti, obrane, javne sigurnosti te zbog sprječavanja, istrage, otkrivanja i progona za kaznena djela.

...”

Članak 13. – Pravni lijekovi

„1. Konkretni državljani treće zemlje ima pravo na učinkovit pravni lijek žalbe ili preispitivanja odluke u vezi povratka, kako je navedeno u članku 12. stavku 1., pred nadležnim sudskim ili upravnim tijelom ili nadležnim tijelom koje je sastavljeno od članova koji su nepristrani i nezavisni.

2. Tijelo iz stavka 1. ima ovlaštenje preispitati odluke u vezi s povratkom, kako je navedeno u članku 12. stavku 1., uključujući mogućnosti privremene suspenzije njezinog izvršenja, osim ako je privremena suspenzija već u tijeku prema nacionalnom zakonodavstvu.

3. Konkretni državljani treće zemlje ima pravo na pravni savjet, zastupanje te, ako je potrebno, pomoć prevođenja.

4. Države članice osiguravaju da je omogućena potrebna pravna pomoć i/ili zastupanje na zahtjev i bez naknade u skladu s mjerodavnim nacionalnim zakonodavstvom, ili pravilima o pravnoj pomoći, te mogu odrediti da za takvu besplatnu pravnu pomoć i/ili zastupanje vrijede uvjeti iz članka 15. stavaka od 3. do 6. Direktive 2005/85/EZ.”

2. Mjerodavna sudska praksa Suda Europske unije u odnosu na tu Direktivu

48. Načela utvrđena sudskom praksom Suda Europske unije u vezi s pravom na saslušanje na temelju Direktive o vraćanju detaljno su izložena u presudi u predmetu *Khlaifia i drugi* (gore citiran, stavci 42. - 45.).

U novijem rješenju (presuda od 7. lipnja 2016., *Affum*, C-47/15), Sud Europske unije pojasnio je tumačenje članka 2. stavka 2. točke (a) te direktive, navodeći da se odnosi na državljane trećih zemalja koje su nadležna tijela uhitila ili presrela u samom trenutku nezakonitog prelaska granice ili blizu te granice nakon nezakonitog prelaska.

Mjerodavni stavci presude glase kako slijedi:

“72. Konačno, u vezi s tom drugom situacijom, članak 2. stavak 2. točka (a) Direktive 2008/115 pojašnjava da se uhićenje ili zadržavanje predmetnih državljana trećih zemalja treba dogoditi „zbog nezakonitog prelaska” vanjske granice, što podrazumijeva – kao što to u bitnome ističu S. Affum, grčka vlada i Komisija kao i nezavisni odvjetnik u točki 41. svojeg mišljenja – izravnu vremensku i prostornu vezu s tim prelaskom granice. Prema tome, ta situacija odnosi se na državljane trećih zemalja koje su nadležne vlasti uhitile ili zadržale u trenutku nezakonitog prelaska vanjske granice ili nakon tog prelaska u blizini te granice.

73. Kao drugo, važno je istaknuti da je iznimka predviđena člankom 2. stavkom 2. točkom (a) Direktive 2008/115, za razliku od one predviđene njezinim člankom 2. stavkom 2. točkom (b), povezana s određenim obvezama koje su iznesene u članku 4. stavku 4. te directive

74. Činjenica da članak 4. stavak 4. Direktive 2008/115 detaljno uređuje izvršenje ovlasti država članica predviđenih člankom 2. stavkom 2. točkom (a) te direktive može se objasniti, kao što je to Komisija izložila na raspravi, ciljem potonje odredbe, koji je vidljiv iz njezina razvoja, da se državama članicama omogući nastavak primjene pojednostavnjenih nacionalnih postupaka vraćanja na svojim vanjskim granicama a da ne trebaju slijediti sve postupovne etape predviđene tom direktivom kako bi mogle brže udaljiti državljane trećih zemalja zadržane prilikom prelaska tih granica. Navedeni članak 4. stavak 4. želi u tom smislu osigurati da ti pojednostavnjeni nacionalni postupci poštuju minimalna jamstva predviđena Direktivom 2008/115, među kojima su osobito uvjeti zadržavanja izneseni u njezinim člancima 16. i 17.”

Sud Europske unije definirao je i izraz „nezakonit prelazak granice“ kao prelazak granice koji ne ispunjava „pretpostavke nametnute propisima primjenjivim u državi članici u pitanju“ i koji se nužno mora smatrati „nezakonitim“, u smislu članka 13. stavka 1. Uredbe Dublin III (presuda od 26. srpnja 2017., *Jafari*, C-646/16, stavci 74. et seq.). U tom smislu zanimljiva je i presuda Suda Europske unije od 19. ožujka 2019. godine u predmetu *Arib* (C-444/17) jer se u njoj ponavlja da se, u skladu s sudskom praksom Suda Europske unije, dvije situacije obuhvaćene člankom 2. stavkom 2. točkom (a) Direktive 2008/115 odnose isključivo na prelazak vanjske granice države članice, kako je određena u članku 2. stavku 2. Zakonika o schengenskim granicama, i ne odnose se na prelazak zajedničke granice država članica koje čine dio schengenskog prostora (vidi *Affum*, citiran gore, stavak 69.).

H. Direktiva Vijeća 2005/85/EZ od 1. prosinca 2005. o minimalnim normama koje se odnose na postupke priznavanja i ukidanja statusa izbjeglica u državama članicama [kasnija verzija: Direktiva 2013/32/EU od 26. lipnja 2013.]

49. Mjerodavne odredbe Direktive 2005/85/EZ glase:

Članak 6. – Pristup postupku

„1. Države članice mogu zatražiti da se zahtjevi za azil podnose osobno i/ili na određenom mjestu.

2. Države članice osiguravaju da svaka poslovno sposobna, punoljetna osoba ima pravo podnijeti zahtjev za azil u vlastito ime.

3. Države članice mogu predvidjeti da tražitelj podnese zahtjev u ime svojih uzdržavanika. U tim slučajevima države članice osiguravaju da punoljetni uzdržavanici daju pristanak za podnošenje zahtjeva u njihovo ime, dok u suprotnome slučaju imaju mogućnost same podnijeti zahtjev u vlastito ime.

Pristanak se traži u trenutku podnošenja zahtjeva ili najkasnije tijekom usmenog saslušanja odraslog uzdržavanika.

...

5. Države članice osiguravaju da su tijela kojima će se vjerojatno obratiti osobe koje žele podnijeti zahtjev za azil, sposobna savjetovati spomenutu osobu o načinu i mjestu podnošenja tog zahtjeva i/ili mogu zatražiti od tih tijela da proslijede zahtjev nadležnome tijelu.”

Članak 7. – Pravo ostanka u državi članici u očekivanju razmatranja zahtjeva

„1. Tražitelji smiju ostati u državi članici isključivo u svrhu postupka sve dok ovlašteno tijelo donese odluku u skladu s prvostupanjskim postupcima navedenim u poglavlju III. Ovo pravo ostanka ne predstavlja pravo na dozvolu boravka. ...”

Članak 8. – Uvjeti za razmatranje zahtjeva

„1. Ne dovodeći u pitanje članak 23. stavak 4. točku (i) države članice osiguravaju da se zahtjevi za azil ne odbacuju i ne izuzimaju od razmatranja jedino zbog što nisu podneseni u najkraćem mogućem roku.

2. Države članice osiguravaju da ovlašteno tijelo donosi odluke o zahtjevima za azil nakon što provede odgovarajuće razmatranje. U tu svrhu države članice osiguravaju:

(a) pojedinačno, objektivno i nepristrano razmatranje i odluku o zahtjevima;

(b) da se iz različitih izvora, kao što je Visoki povjerenik Ujedinjenih naroda za izbjeglice (UNHCR), pribave precizni i ažurirani podaci o općoj situaciji koja prevladava u državama podrijetla tražitelja za azil i, prema potrebi, u državama njihova tranzita, te da spomenuti podaci budu dostupni osoblju koje je odgovorno za razmatranje zahtjeva i donošenje odluke;

(c) da osoblje koje razmatra zahtjeve i donosi odluke posjeduje odgovarajuće znanje s obzirom na relevantne norme koje se primjenjuju u području azila i prava izbjeglica.

3. Tijela navedena u poglavlju V., preko ovlaštenog tijela, tražitelja ili na drugi način, imaju pristup općim informacijama navedenima u stavku 2. točki (b), koje su potrebne za izvršenje njihove zadaće.

4. Države članice mogu predvidjeti pravila za prenošenje dokumenata koji su relevantni za obradu zahtjeva.”

Članak 9. – Zahtjevi za donošenje odluke nadležnog tijela

„1. Države članice osiguravaju da se o zahtjevima za azil dostavi pisana odluka.

2. Države članice, također, osiguravaju da odluka o odbijanju zahtjeva sadrži pisano obrazloženje činjeničnih i pravnih razloga te uputu o pravnom lijeku za pobijanje negativne odluke.

Kod odluke kojom se prema nacionalnom zakonodavstvu i zakonodavstvu Zajednice tražitelju priznaje status koji osigurava jednaka prava i povlastice kao i status izbjeglice na temelju Direktive 2004/83/EZ, države članice ne moraju navesti razloge odbijanja statusa izbjeglice. U tim slučajevima države članice osiguravaju da se razlozi odbijanja statusa izbjeglice navedu u spisu tražitelja i da tražitelj, na zahtjev, ima pravo uvida u taj spis.

Osim toga, države članice ne moraju, u pisanom obliku, dostaviti informacije o načinima pobijanja negativne odluke, ako se radi o odluci u vezi s kojom je tražitelj u

prethodnoj fazi bio obaviješten o ovim informacijama u dostupnom pisanom ili elektroničkom obliku.

3. U svrhu članka 6. stavka 3. i ako se zahtjev temelji na istim razlozima, države članice mogu donijeti samo jednu odluku koja obuhvaća sve uzdržavanike.”

Članak 10. - Jamstva za tražitelje azila

„1. S obzirom na postupke predviđene u poglavlju III. države članice osiguravaju da svi tražitelji azila uživaju sljedeća jamstva:

(a) informacije o postupku, njihovim pravima i obvezama tijekom postupka te moguće posljedice u slučaju neispunjavanja obveza i izbjegavanja suradnje s vlastima dostavljaju se na jeziku za koji se opravdano pretpostavlja da ga razumiju. Tražitelje se obavješćuje o rokovima i sredstvima koja im stoje na raspolaganju za ispunjavanje obveze podnošenja elemenata iz članka 4. Direktive 2004/83/EZ. Ove se informacije dostavljaju pravovremeno kako bi se tražiteljima omogućilo da iskoriste svoja prava zajamčena u ovoj Direktivi i ispune obveze iz članka 11;

(b) za iznošenje svojeg slučaja pred nadležnim tijelima, prema potrebi im se osiguravaju usluge prevoditelja. Države članice smatraju da je nužno osigurati ove usluge barem u trenutku kada ovlašteno tijelo pozove tražitelja na usmeno saslušanje kako je navedeno u člancima 12. i 13., i kada se bez ovih usluga ne može osigurati odgovarajuća komunikacija. U tom slučaju i u ostalim slučajevima kada nadležna tijela pozovu tražitelja, ove se usluge financiraju iz javnih fondova;

(c) ne uskraćuje im se mogućnost komuniciranja s UNHCR-om ili bilo kojom drugom organizacijom koja na državnom području države članice djeluje u ime UNHCR-a sukladno sporazumu s tom državom članicom;

(d) odluka ovlaštenog tijela o njihovom zahtjevu za azil se dostavlja u razumnom roku. Ako pravni ili drugi savjetnik pravno zastupa tražitelja, države članice mogu odabrati da obavijest o odluci dostave zastupniku umjesto tražitelju azila;

(e) o ishodu odluke nadležnog tijela obavješćuje ih se na jeziku za koji se opravdano pretpostavlja da ga razumiju, ako im ne pomaže ili ih ne zastupa pravni ili drugi savjetnik i ako nije dostupna besplatna pravna pomoć. Dostavljene informacije uključuju uputu o pravnom lijeku za pobijanje negativne odluke u skladu s člankom 9. točkom.

2. S obzirom na postupke propisane u poglavlju V., države članice osiguravaju da svi tražitelji azila uživaju jamstva ekvivalentna onima navedenim u stavku 1 točkama (b), (c) i (d) ovog članka.”

I. Direktiva 2011/95/EU Europskog Parlamenta i Vijeća od 13. prosinca 2011. o standardima za kvalifikaciju državljana trećih zemalja ili osoba bez državljanstva za ostvarivanje međunarodne zaštite, za jedinstveni statusa izbjeglica ili osoba koje ispunjavaju uvjete za supsidijarnu zaštitu te sadržaj odobrene zaštite (preinačena)

50. Mjerodavne odredbe Direktive 2011/95/EU glase:

Članak 14. - Opoziv, poništenje ili odbijanje obnavljanja statusa izbjeglice

”...

4. Države članice mogu opozvati, poništiti ili odbiti obnoviti status izbjeglice koji je odobrilo izvršno, upravno, sudsko ili neformalno sudsko tijelo ako:

(a) postoje opravdani razlozi da dotična osoba predstavlja opasnost za sigurnost države članice u kojoj se nalazi;

(b) dotična osoba, s obzirom da je pravomoćno osuđena za teško kazneno djelo, predstavlja opasnost za društvo države članice.

5. U slučajevima koji su opisani u stavku 4., države članice mogu odlučiti ne odobriti status izbjeglice ako takva odluka još nije bila donesena.

...”

51. U svojoj presudi od 14. svibnja 2019. godine (C-391/16, C-77/17 i C-78/17, *M. protiv Ministerstvo vnitra i drugih*), Sud Europske unije pojasnio je tumačenje izraza „izbjeglica“ i „status izbjeglice“ u smislu članka 2. točke (d) odnosno članka 2. točke (e) te direktive kao i, među ostalim, materijalne uvjete potrebne kako bi se državljanina treće zemlje ili osobu bez državljanstva moglo smatrati izbjeglicom.

Mjerodavni stavci presude Suda Europske unije glase kako slijedi:

“84. ... Imajući navedeno u vidu, valja istaknuti da kad je riječ o pojmu „izbjeglica“, članak 2. točka (d) te direktive preuzima, u biti, definiciju koja se nalazi u članku 1. odjeljku A stavku 2. Ženevske konvencije. U tom pogledu, odredbe poglavlja III. Direktive 2011/95 naslovljenog „Uvjeti za status izbjeglice“ sadržavaju pojašnjenja materijalnih uvjeta potrebnih kako bi se državljanina treće zemlje ili osobu bez državljanstva moglo smatrati izbjeglicom, u smislu članka 2. točke (d) te directive

85. Članak 2. točka (e) Direktive 2011/95 definira „status izbjeglice“ kao „priznavanje kao izbjeglice državljanina treće zemlje ili osobe bez državljanstva od strane države članice“. To priznanje, kao što to proizlazi iz uvodne izjave 21. Direktive 2011/95, ima deklarativan, a ne konstitutivan učinak na svojstvo izbjeglice.

...

90. Činjenica da svojstvo „izbjeglice“, u smislu članka 2. točke (d) Direktive 2011/95 i članka 1. odjeljka A Ženevske konvencije ne ovisi o službenom priznanju tog svojstva odobravanjem „statusa izbjeglice“ u smislu članka 2. točke (e) te direktive potkrijepljena je, nadalje, odredbama članka 21. stavka 2. navedene direktive prema kojima se „izbjeglicu“ može prisilno udaljiti ili vratiti, u skladu s uvjetom navedenim u toj odredbi, „bez obzira je li mu status službeno priznat ili nije“.

...

95. Dakle, ako bi prisilno udaljenje ili vraćanje izbjeglice u jednoj od situacija iz članka 14. stavaka 4. i 5. te članka 21. stavka 2. Direktive 2011/95 uzrokovalo opasnost da će mu biti povrijeđena temeljna prava zajamčena člankom 4. i člankom 19. stavkom 2. Povelje, predmetna država članica ne može odstupiti od načela zabrane prisilnog udaljenja ili vraćanja na temelju članka 33. stavka 2. Ženevske konvencije.

...

105. Stoga valja utvrditi da su države članice prilikom primjene članka 14. stavka 4. ili 5. te direktive u načelu dužne izbjeglicama koje se nalaze na njihovu državnom

području odobriti samo prava izričito predviđena člankom 14. stavkom 6. navedene direktive te prava određena u Ženevskoj konvenciji koja su zajamčena svakom izbjeglici koji se nalazi na državnom području države ugovornice, a čije ostvarivanje ne zahtijeva zakonit boravak.”

J. Rezolucija Europskog parlamenta od 12. travnja 2016. o stanju na Sredozemlju i potrebi za cjelovitim pristupom EU-a migraciji (2015/2095(INI))

52. Mjerodavni dijelovi ove rezolucije glase:

“*Europski parlament,*

...

73. podsjeća da Unija od uspostave schengenskog područja nema unutarnje granice, da su države članice schengenskog područja razvile postupnu zajedničku politiku u pogledu vanjskih schengenskih granica i da je implicitna logika tog sustava uvijek bila ta da ukidanje unutarnjih graničnih kontrola mora biti povezano s kompenzacijskim mjerama jačanja vanjskih granica schengenskog područja i razmjene informacija preko Schengenskog informacijskog sustava (SIS);

74. prima na znanje da integritet schengenskog područja i ukidanje unutarnjih graničnih kontrola ovisi o učinkovitom upravljanju vanjskim granicama, pri čemu sve države članice na vanjskim granicama primjenjuju visoke zajedničke norme i učinkovito razmjenjuju informacije;

75. prihvaća da Unija treba ojačati zaštitu svojih vanjskih granica i dodatno razviti zajednički europski sustav azila te da su potrebne mjere za jačanje kapaciteta schengenskog područja kako bi se rješavali novi izazovi s kojima se Europa suočava i očuvala temeljna načela sigurnosti i slobodnog kretanja osoba;

76. ističe da se pristup teritoriju schengenskog područja općenito kontrolira na vanjskoj granici na temelju Zakonika o schengenskim granicama i da je, osim toga, građanima mnogih trećih zemalja za ulazak u schengensko područje potrebna viza;

77. ponovno ističe poruku UNHCR-a da se poštovanje temeljnih prava i međunarodnih obveza može zajamčiti samo ako se u okviru operativnih postupaka i planova te obveze odražavaju u praktičnim, jasnim smjernicama za granične službenike na kopnenim, morskim i zračnim granicama; ističe potrebu za dodatnim jačanjem Mehanizma Unije za civilnu zaštitu kako bi se odgovorilo na događaje sa sveobuhvatnim učincima koji utječu na znatan broj država članica;

78. ponovno ističe da je, konkretno u pogledu zakonodavstva u području azila i migracije, radi postizanja učinkovitosti zakonodavstva o unutarnjim i vanjskim granicama od presudne važnosti da države članice propisno provode mjere dogovorene na razini Unije; ističe da je presudno da države članice bolje provode mjere na vanjskim granicama u razdoblju povećanog pritiska i da će se time donekle ublažiti strah građana u pogledu sigurnosti;

...

80. smatra da je schengensko područje jedno od najvećih postignuća europske integracije; napominje da su sukobi u Siriji i drugdje u regiji potaknuli dolazak rekordnog broja izbjeglica i migranata u Uniju, što je naposljetku ukazalo na nedostatke u dijelu vanjskih granica Unije; zabrinut je zbog činjenica da su, kao odgovor na to,

određene države članice odlučile zatvoriti svoje unutarnje granice ili uvesti privremenu graničnu kontrolu, čime se dovodi u pitanje pravilno funkcioniranje schengenskog područja;

...”

III. DOKUMENTI VIJEĆA EUROPE

A. Dvadeset smjernica Odbora ministara Vijeća Europe o prisilnom vraćanju, usvojenih 4. svibnja 2005. na 925. sastanku zamjenika ministara

53. Mjerodavnim dijelovima ovog dokumenta predviđeno je kako slijedi:

Preambula

„... države članice, s obzirom na dobro utvrđeno međunarodno pravo i svoje ugovorne obveze, imaju pravo kontrolirati ulazak stranaca na svoje državno područje i njihov boravak ondje;

... prilikom izvršavanja tog prava, države članice mogu smatrati da je potrebno prisilno vratiti osobe koje nezakonito borave na njihovom državnom području; ...“

Smjernica 2. Donošenje naloga o udaljavanju

„Nalozi o udaljavanju izdaju se samo na temelju odluke donesene u skladu sa zakonom.

1. Nalog o udaljavanju izdaje se samo ako su vlasti države domaćina uzele u obzir sve relevantne informacije koje su im odmah dostupne i uvjerene su, koliko se to razumno može očekivati, da postupanje u skladu s nalogom, ili izvršenje naloga, neće osobu koja se vraća izložiti:

a. stvarnom riziku da bude pogubljena ili izložena mučenju ili nečovječnom ili ponižavajućem postupanju ili kazni;

b. stvarnom riziku da bude ubijena ili podvrgnuta nečovječnom ili ponižavajućem postupanju od strane nedržavnih aktera, ako vlasti države vraćanja, stranke ili organizacije koje kontroliraju državu ili značajan dio državnog područja države, uključujući međunarodne organizacije, ne mogu ili nisu voljne pružiti odgovarajuću i djelotvornu zaštitu; ili

c. drugim situacijama koje bi, prema međunarodnom pravu ili nacionalnom zakonodavstvu, opravdavale odobravanje međunarodne zaštite.

...”

54. Odbor ministara Vijeća Europe primio je na znanje primjedbe u pogledu tih Smjernica koje je pripremio *ad hoc* Odbor stručnjaka za pravne aspekte teritorijalnog azila, izbjeglica i osoba bez državljanstva (CAHAR). Mjerodavni dijelovi koji se odnose na područje primjene smjernica glase kako slijedi:

„... Smjernice se primjenjuju na postupke koji vode do protjerivanja nedržavljanca s državnog područja država članica Vijeća Europe. Odbijanje ulaska na državno područje

na granici nije uključeno u njihovo područje primjene, premda se na takve odluke primjenjuju određene norme ponovljene u Smjernicama ...“

B. Izvješće Europskog odbora za sprječavanje mučenja i neljudskog ili ponižavajućeg postupanja ili kažnjavanja (CPT)

55. Izaslanstvo CPT-a bilo je od 14. do 18. srpnja 2014. godine u posjetu Španjolskoj. Jedan cilj tog posjeta bio je ispitivanje određenih aspekata postupanja s nezakonitim migrantima koji su presretnuti uz granicu s Marokom, u enklavi Melilli.

56. U svom izvješću objavljenom 9. travnja 2015. godine, CPT je utvrdio kako slijedi:

”...“

38. CPT priznaje da se brojne europske države moraju suočavati s čestim priljevima nezakonitih migranata. To se osobito odnosi na one zemlje koje se nalaze na vanjskim granicama Europske unije, a koje djeluju kao vrata prema ostatku Europe. Jedna od zemalja koja se suočava s tim pritiscima je i Španjolska.

39. Autonomna općina Melilla španjolska je eksklava površine 12 km² smještena na sjevernoj obali Afrike i okružena marokanskim državnim područjem. Ta autonomna općina nalazi se na migracijskoj ruti iz sjeverne i supsaharske Afrike prema Europi, a koriste je i sirijski migranti. Izaslanstvo je obaviješteno da se broj stranih državljana koji pokušavaju nezakonito prijeći granicu s Melillom drastično povećao u posljednjih godinu i pol dana.

Guardia Civil odgovoran je za ophodnju kopnene granice i obale kako bi spriječio nezakonit ulazak. Izaslanstvo je u Melilli obaviješteno da je *Guardia Civil* institucionalizirao suradnju s marokanskom žandarmerijom, ali ne postoji službena suradnja s marokanskim pomoćnim snagama ('MAF'), koje su glavne nadležne za nadzor granice.

40. Španjolske vlasti izgradile su pregradu od nekoliko ograda duž 13 km kopnene granice koja razdvaja Melillu od Maroka kako bi spriječile pristup nezakonitih migranata španjolskom državnim području. CPT napominje da je pregrada izgrađena unutar španjolskog državnog područja i stoga, s objiju strana, spada u punu nadležnost Španjolske.

Pregrada se sastoji od ograde visoke šest metara, blago nagnute prema Maroku, trodimenzionalne mreže kablova popraćene drugom ogradom visokom tri metra, te, na drugoj strani ceste na kojoj se provodi ophodnja, još jedne ograde visoke šest metara. U ograde su u pravilnim razmacima ugrađena vrata kako bi se omogućio pristup kroz pregradu s objiju strana. Osim toga, instaliran je sofisticiran sustav CCTV (uključujući infracrvene kamere), zajedno sa senzorima pokreta. Većina je ograda opremljena i mrežama koje onemogućavaju penjanje.

41. Dana 13. veljače 1992. Španjolska je s Kraljevinom Maroko sklopila Bilateralni sporazum o kretanju osoba, tranzitu i ponovnom prihvatu stranih državljana koji su nezakonito ušli na državno područje ('Sporazum o ponovnom prihvatu'). Prema Sporazumu o ponovnom prihvatu, 'nakon službenog zahtjeva graničnih vlasti države koja podnosi zahtjev, granične vlasti države kojoj je zahtjev podnesen ponovno će na svoje državno područje prihvatiti državljane trećih zemalja koji su nezakonito ušli na državno područje države koja podnosi zahtjev iz države kojoj je zahtjev podnesen.'

Zahtjev za ponovni prihvata podnosi se u roku od deset dana nakon nezakonitog ulaska na državno područje države koja podnosi zahtjev.

...

48. Skupine stranih državljana različitih veličina – od nekoliko osoba do njih tisuću – redovito pokušavaju pristupiti španjolskom državnom području. Kada je riječ o pokušajima pristupa španjolskom državnom području morem, CPT je obaviješten o incidentu koji se dogodio 6. veljače 2014. godine, o kojem se opsežno izvještavalo u medijima. Članovi *Guardia Civila* s plaže su ispalili gumene metke na osobe koje su pokušavale preplivati s marokanskog državnog područja u Melillu te su ih prisilili da se vrate u Maroko. Međutim, nisu sve osobe mogle otplivati natrag, a prijavljeno je da se utopilo 15 stranih državljana.

Kada je riječ o pokušajima pristupa španjolskom državnom području penjanjem preko graničnih ograda, izaslanstvo je primilo dosljedne navode, potvrđene videosnimkama, da nezakonite migrante unutar ili neposredno nakon granice zaustavljaju članovi *Guardia Civila*, povremeno ih vežu liscama, a zatim ih odmah prisilno vraćaju u Maroko, a da ne utvrde njihov identitet. Nekoliko stranih državljana izaslanstvu je izjavilo i da su vraćeni u Maroko nakon što ih je *Guardia Civil* uhitio nekoliko stotina metara od granice. Čini se da se smatralo da dužnost *Guardia Civila* obuhvaća hvatanje nezakonitih migranata koji su na putu u CETI u Melilli i njihovo prisilno vraćanje u Maroko. Nadalje, strani su državljanin navodno ponekad bili vraćeni u Maroko iako su bili ozlijeđeni i jedva su hodali (vidi i stavak 51.).

CPT smatra da bi takva praksa neposrednog i prisilnog vraćanja nezakonitih migranata, bez prethodnog utvrđivanja njihova identiteta ili provjeravanja njihovih potreba, bila očito u suprotnosti s gore navedenim načelima i standardima.

...

50. ... CPT preporučuje sljedeće:

- dati jasne upute španjolskim službenicima odgovornim za provođenje zakona kako bi se osiguralo da nezakoniti migranti koji su ušli na španjolsko državno područje ne budu prisilno vraćeni u Maroko prije pojedinačne provjere s ciljem prepoznavanja osoba kojima je potrebna zaštita, procjene tih potreba i poduzimanja odgovarajućih mjera;

- propisati odgovarajuća jamstva u tom pogledu u nacionalnom zakonodavstvu.“

C. Godišnje izvješće o radu za 2015. Nilsa Muižnieksa, povjerenika za ljudska prava Vijeća Europe („povjerenik za ljudska prava“), od 14. ožujka 2016.

57. Dijelovi izvješća relevantni za ovaj predmet glase kako slijedi:

„1.2. Posjeti

Posjet Španjolskoj

Povjerenik je od 13. do 16. siječnja 2015. bio u posjetu Melilli i Madridu kako bi se raspravljalo o pitanjima koja se odnose na ljudska prava migranata, izbjeglica i tražitelja azila u Ceuti i Melilli, španjolskim teritorijima u sjevernoj Africi.

Povjerenik je u Melilli održao sastanke s Vladinim izaslanikom, g. Abdelmalikom El Barkanijem, i predsjednikom grada, g. Juanom Joséom Imbrodom Ortizom. Sastao se i

sa šefom Guardia Civila u Melilli, pukovnikom Ambrosiom Martínom Villaseñorom; šefom nacionalne policije, g. Joséom Angelom Gonzálezom Jiménezom; i predstavnicima organizacija civilnog društva. Posjetio je granični prijelaz Beni Ansar, gdje je ured za prijavu zahtjeva za azil počeo s radom u studenom 2014. godine. Posjetio je i trostruku ogradu oko Melille i Centar za privremeni boravak migranata (CETI), gdje se susreo s direktorom centra, g. Carlosom Monterom Díazom, drugim članovima osoblja i osobama smještenim u centar.

Povjerenik se u Madridu sastao s državnim tajnikom za sigurnost, g. Franciscom Martínezom Vázquezom. Sastao se i s pučkom pravobraniteljicom, gđom Soledad Becerril Bustamante, predstavnikom UNHCR-a u Španjolskoj i predstavnicima civilnog društva. Osim toga, povjerenik je 27. siječnja 2015. godine organizirao razmjenu stajališta s članovima španjolskog izaslanstva u Parlamentarnoj skupštini Vijeća Europe o pitanjima otvorenim tijekom posjeta.

Glavno pitanje posjeta bilo je nacrt izmjena i dopuna Zakona o strancima čiji je cilj uspostaviti poseban režim za Ceutu i Melillu i omogućiti neposredno vraćanje migranata koji nisu ušli u Ceutu i Melillu preko redovnog graničnog prijelaza. Iako je priznao da Španjolska ima pravo uspostavljati vlastite politike o imigraciji i upravljanju granicom, povjerenik je naglasio da mora poštovati i svoje obveze u pogledu ljudskih prava. Stoga je pozvao španjolske vlasti da osiguraju da svako buduće zakonodavstvo bude u potpunosti u skladu s tim obvezama, koje uključuju osiguravanje potpunog pristupa djelotvornom postupku azila, pružanje zaštite od prisilnog vraćanja i suzdržavanje od kolektivnog protjerivanja. Naglasio je i obvezu Španjolske da osigura da u praksi ne dolazi do odvratanja migranata i da provodi djelotvornu istragu svih navoda o prekomjernoj upotrebi sile protiv migranata od strane službenika odgovornih za provođenje zakona na granici.

Povjerenik je pozdravio otvaranje ureda za azil na jednom od graničnih prijelaza u Melilli i djelotvornu suradnju policije s UNHCR-om. Istovremeno je istaknuo potrebu za jačanjem sustava azila u Melilli kako bi se svim osobama kojima je potrebna zaštita, neovisno o njihovoj zemlji podrijetla, omogućilo da sigurno pristupe tom teritoriju, da se njihova situacija procijeni na pojedinačnoj osnovi i da podnesu zahtjeve za međunarodnu zaštitu. Osim toga, pozvao je vlasti da poduzmu hitne korake kako bi poboljšale postojeća rješenja za prihvatanje migranata u Melilli i razjasne pravila kojima su uređeni premještanji u kopneni dio zemlje.

Priopćenje za javnost objavljeno na kraju posjeta (16. siječnja) dostupno je na internetskim stranicama povjerenika. Posjet je poslužio i kao osnova za pisana očitovanja koja je povjerenik kao treća strana u studenom dostavio Sudu o dvama predmetima protiv Španjolske (N.D. i N.T., zahtjevi br. 8675/15 i br. 8697/15). Ti su se predmeti odnosili na navodno odgurivanje migranata iz španjolskog grada Melille u Maroko (vidi u nastavku, Europski sud za ljudska prava).

...

2. Tematske aktivnosti

...

2.3. Ljudska prava imigranata, izbjeglica i tražitelja azila

Ljudska prava imigranata, izbjeglica i tražitelja azila bila su posebno istaknuta u radu povjerenika 2015. godine. Aktivno je sudjelovao u raznim raspravama o tim pitanjima, podsjećajući države članice Vijeća Europe na njihove obveze u pogledu ljudskih prava prema imigrantima, tražiteljima azila i izbjeglicama. Pitanjima koja se odnose na

migraciju povjerenik se bavio tijekom ... *ad hoc* posjeta ... Španjolskoj te miješajući se kao treća strana pred Sudom.

...

6. Europski sud za ljudska prava

Godine 2015. povjerenik je opsežno koristio svoje pravo na podnošenje pisanih očitovanja u predmetima pred Europskim sudom za ljudska prava, sukladno članku 36. stavku 3. EKLJP-a. To je učinio u ... dvama predmetima protiv Španjolske koji su se odnosili na navodno odvracanje migranata iz španjolskog grada Melille u Maroko. ...

Dana 12. studenog 2015. povjerenik je objavio pisana očitovanja koja je dostavio Sudu o dvama predmetima protiv Španjolske (N.D. i N.T., zahtjevi br. 8675/15 i br. 8697/15) o navodnom odgurivanju migranata iz španjolskog grada Melille u Maroko. Na temelju, među ostalim, njegova posjeta Melilli i Madridu od 13. do 16. siječnja 2015. ..., povjerenik ukazuje na postojanje prakse prema kojoj migrante koji pokušaju ući u Melillu u skupinama tako što se penju na ogradu oko grada pripadnici španjolske granične straže po hitnom postupku vraćaju u Maroko. Povjerenik naglašava da se ta vraćanja odvijaju izvan bilo kakvog službenog formalnog postupka i bez utvrđivanja identiteta dotičnih osoba ili procjene njihove pojedinačne situacije, što im onemogućava djelotvorno ostvarivanje prava na traženje međunarodne zaštite u Španjolskoj. Osim toga, naglašava da migranti koji su po hitnom postupku vraćeni iz Melille nemaju pristup djelotvornom pravnom sredstvu koje bi im omogućilo da ospore svoje udaljavanje ili traže zadovoljštinu za bilo kakvo zlostavljanje kojem su bili izloženi tijekom takvih radnji.“

D. Izvješće veleposlanika Tomáša Bočeka, posebnog predstavnika glavnog tajnika za migraciju i izbjeglice od 3. rujna 2018. o njegovom posjetu Španjolskoj u svrhu utvrđivanja činjenica od 18. do 24. ožujka 2018. (SG/Inf(2018)25)

58. Mjerodavni dijelovi ovog izvješća glase kako slijedi:

„3. SITUACIJA U MELILLI I CEUTI

3.1. Sprječavanje pristupa državnom području

Tražitelji azila i migranti nezakonito ulaze u autonomne gradove Melillu i Ceutu i preko kopnenih i preko morskih granica. Kada je riječ o kopnenim granicama, Melilla je okružena trostrukom ogradom u dužini od 12 km – vanjska i unutarnja ograda visoke su šest metara, a srednja je ograda niža trodimenzionalna pregrada koju čini struktura čeličnih kabela zavezanih za stupove. Ograda je opremljena senzorima za otkrivanje pokreta prema njezinom vanjskom dijelu. Kad se takvi pokreti otkriju, *Guardia Civil* o tome obavještava marokanske vlasti, koje zatim često sprječavaju ljude na marokanskom državnom području da preskaču ogradu. ...

Ranije sam skrenuo pozornost na prakse dijeljenja informacija od strane granične policije s nadležnim vlastima susjedne zemlje u vezi sa sumnjom na neovlašteno prelaženje granice i naknadno postupanje vlasti u susjednoj zemlji kako bi presrele migrante i izbjeglice prije nego što prijeđu granicu. Istaknuo sam pitanja koja se otvaraju zbog te prakse u pogledu prava na traženje azila i poštovanja načela *non-*

refoulementa. Države članice Vijeća Europe, prilikom ostvarivanja svog prava na sprječavanje neovlaštenih prelazaka granice kao i na sprječavanje i borbu protiv prekograničnih kriminalnih aktivnosti, legitimno je da države članice surađuju sa susjednim zemljama, među ostalim i dijeljenjem relevantnih informacija. Međutim, u načelu, države članice trebale bi postupati s dužnom pažnjom u pogledu ljudskih prava u kontekstu takve suradnje. Trebale bi uzeti u obzir situaciju u susjednim zemljama i suzdržati se od razmjene informacija s tim zemljama ili zahtijevanja od njih da presreću ljude prije nego što dođu do granice država članica kad znaju, ili bi trebale znati, da će kao rezultat toga presretute osobe biti izložene stvarnom riziku od mučenja ili neljudskog i ponižavajućeg postupanja ili kazne i da im se neće pružiti zaštita u susjednim zemljama. ...

3.2. *Vraćanja po hitnom postupku*

U skladu sa španjolskim Zakonom 4/2000 o pravima i slobodama stranaca u Španjolskoj i njihovoj društvenoj integraciji (Zakon o strancima), strancima koji pokušaju nezakonito prijeći granicu, među ostalim i osobama koje su presretute na granici i blizu granice, može se uskratiti ulazak ili mogu biti odbijeni na granici kako bi se spriječio njihov nezakonit ulazak u Španjolsku. U skladu sa Zakonom o strancima, njihovo se vraćanje u svim slučajevima obavlja u skladu s međunarodnim standardima ljudskih prava; zahtjevi za međunarodnu zaštitu podnose se na mjestima određenim u tu svrhu na graničnim prijelazima. *Guardia Civil* objasnio nam je da se pokušaji stranaca da preskoče ograde događaju svakodnevno, iako u njima ne sudjeluju velike skupine ljudi kao što je to često bio slučaj 2016. i 2017. godine. Kada stranci pokušaju preskočiti ograde i u Melilli i u Ceuti, *Guardia Civil* ne miješa se ako se nisu spustili niz unutarnje ograde. U većini slučajeva stranci zadobivaju tjelesne ozljede dok skaču preko ograde. Iz tog su razloga vlasti sklopile protokol o suradnji sa Španjolskim Crvenim križem, koji pruža neposrednu medicinsku pomoć presretnutim strancima.

Guardia Civil objasnio nam je da su stranci koji skaču preko ograda obično nasilni i da ne komuniciraju s vlastima, već pokušavaju pobjeći od njih. *Guardia Civil* također ne nastoji uspostaviti komunikaciju sa strancima. Prema tome, stranci ne iznose zahtjeve za međunarodnu zaštitu ni dok se penju na ogradu ni kada budu presretnuti na granici ili blizu nje nakon skakanja preko ograde. Ubrzo nakon što prime pomoć Španjolskog Crvenog križa, vraćaju se u Maroko kroz posebna vrata koja su postavljena duž graničnih ograda i razlikuju se od graničnih prijelaza. Stranci nemaju pristup tumačima, odvjetnicima ili uredima za azil koji se nalaze na graničnom prijelazu. Na kraju se vraćaju u Maroko bez utvrđivanja identiteta ili registracije.

U presudi vijeća, Europski sud za ljudska prava utvrdio je da neposredno vraćanje u Maroko migranata iz supsaharske Afrike koji pokušaju ući u Melillu predstavlja kolektivno protjerivanje te je presudio da je došlo do povrede članka 4. Protokola br. 4 i članka 13. EKLJP-a zajedno s člankom 4. Protokola br. 4. Predmet je podnesen Velikom vijeću.

Članci 2. i 3. EKLJP-a podrazumijevaju obvezu država članica Vijeća Europe da ne vraćaju osobu u njezinu zemlju podrijetla, bilo koju drugu zemlju u koju se izvršava udaljavanje ili bilo koju drugu zemlju u koju može biti naknadno udaljena, kada je osnovano vjerovati da će osoba biti izložena stvarnom riziku za njezin život ili stvarnom riziku da bude podvrgnuta mučenju i drugim oblicima zlostavljanja. Na temelju načela *non-refoulement* sadržanog u članku 33. Ženevske konvencije o statusu izbjeglica iz 1951. i mjerodavne sudske prakse Europskog suda za ljudska prava, države su dužne izvršiti provjeru i pregled presretnutih migranata kako bi prepoznale osobe kojima je potrebna zaštita, procijenile te potrebe i omogućile tim osobama pristup postupcima azila.

Iako je u španjolskom Zakonu o strancima sadržano opće jamstvo da će se opisana vraćanja provoditi u skladu s međunarodnim standardima o ljudskim pravima, u praksi *Guardia Civil* još uvijek nema protokol o provjeri stranaca koji nezakonito prelaze granice u Melilli i Ceuti kojim bi se predvidjele upute za njegove službenike o prepoznavanju osoba kojima je potrebna međunarodna zaštita i poduzimanju potrebnih radnji u pogledu njihova pristupa poštenom i učinkovitim postupku azila. Budući da međunarodna tijela, uključujući povjerenika za ljudska prava, CPT i UNHCR, već nekoliko godina pozivaju na donošenje takvih uputa, sada je nužno da Španjolska to i učini. Vijeće Europe može pružiti svoje stručno znanje u području ljudskih prava kako bi se osiguralo da mjerodavnim uputama bude previđeno poštovanje načela *non-refoulement*, zabranjeno kolektivno protjerivanje i da sadržavaju nužna postupovna jamstva u vezi s pristupom poštenom i djelotvornom postupku azila.

4. PRISTUP POSTUPKU AZILA

Sve osobe koje žele zatražiti međunarodnu zaštitu u Španjolskoj moraju podnijeti službeni zahtjev nadležnim tijelima. Ako se tražitelj azila nalazi u zračnoj luci, pomorskoj luci ili na kopnenoj granici, mora podnijeti službeni zahtjev tijelu granične kontrole. Ako se osoba već nalazi na španjolskom državnom području, mora podnijeti službeni zahtjev OAR-u, u centrima za ograničenje slobode prava na kretanja starnaca na određeno vrijeme (*Centro de Internamiento de Extranjeros*, CIE-i) ili u policijskim postajama. Dopuštenost i osnovanost zahtjeva podnesenih na granicama i u CIE-ima ocjenjuju se u kraćem vremenskom razdoblju u odnosu na zahtjeve podnesene na španjolskom državnom području, koji se ispituju u redovnom postupku. Međutim, postupovne mjere zaštite za zahtjeve podnesene na granici ili u CIE-ima u pogledu prisutnosti tumača i pravne pomoći jednake su onima koje se primjenjuju u redovnom postupku.

4.1. Na kopnenoj granici

Na graničnom prijelazu Beni Enzar u Melilli obaviješteni smo da su osobe koje zakonito prelaze granicu kako bi zatražile azil uglavnom Sirijci, Palestinci, Alžirci ili državljani drugih sjevernoafričkih zemalja. Službenici Ministarstva unutarnjih poslova zakazuju im preliminarni razgovor u roku od dva ili tri dana, a najkasnije devet dana, od trenutka kada izraze namjeru traženja azila. Prijava zahtjeva za azil i preliminarni razgovor odvijaju se u namjenskim prostorijama u blizini Beni Enzara. U trenutku našeg posjeta, bilo je izneseno oko 700 zahtjeva za azil za 2018. godinu. OAR u Madridu obično donosi odluku o dopuštenosti zahtjeva u roku od 48 sati od prijave zahtjeva. Stopa dopuštenosti iznosi prilično visokih 90 %. Nakon donošenja odluke o dopuštenosti, osnovanost zahtjeva za azil prioritetno se ispituje u roku od tri mjeseca u redovnom postupku za azil (vidi stavak 4.3. u nastavku). Na graničnom prijelazu El Trajal u Ceuti španjolske su nas vlasti obavijestile da od 1993. godine nije podnesen nijedan zahtjev za azil.

U brojnim izvješćima naglašeno je da marokanske vlasti djelotvorno sprječavaju osobe iz supsaharske Afrike da se približe redovnim graničnim prijelazima, osobito u Melilli (vidi stavak 3.1. prethodno naveden). Prema tome, te osobe nemaju pristup postupku azila. Španjolske vlasti objasnile su da mogući razlozi zašto se osobe iz supsaharske Afrike ne mogu približiti granici uključuju značajne dnevne tokove osoba koje se bave takozvanom 'atipičnom trgovinom', a koje svakodnevno prelaze granicu ulazeći u Melillu i izlazeći iz nje. Iako razumijem poteškoće s kojima se španjolske vlasti susreću prilikom upravljanja tim tokovima, nisam bio uvjeren da oni utječu na mogućnost osoba iz supsaharske Afrike da se približe španjolskoj granici. Budući da nemaju nikakvu mogućnost za zakonit i siguran pristup španjolskom državnom području, osobe iz supsaharske Afrike, među ostalim žene i mala djeca, obraćaju se

mrežama organiziranog kriminala, skrivajući se u automobilima ili ukrcavajući se na gumene čamce kako bi pristupile autonomnim gradovima Melilli i Ceuti i tako se izlažu riziku od trgovanja ljudima, nasilja i seksualnog zlostavljanja. Stoga je važno da španjolske vlasti pruže osobama kojima je potrebna međunarodna zaštita mogućnost sigurnog pristupa španjolskom državnom području kako bi mogle podnijeti zahtjeve za azil ...“

E. Rezolucija 2299 (2019) Parlamentarne skupština Vijeća Europe usvojena 28. lipnja 2019.: Politike i prakse odgurivanja (*pushback*) u zemljama članicama Vijeća Europe

59. Mjerodavni dijelovi ovog izvješća glase:

“1. U pogledu kontrole i upravljanja migracijskim tokovima, države članice Vijeća Europe ulažu velike napore u zaštitu svojih granica. U tom kontekstu, odbijanje ulaska u zemlju i protjerivanja bez pojedinačnog ispitivanja potrebe za zaštitom postali su dokumentirani fenomen na granicama Europe kao i na teritoriju država članica koji se nalaze dalje u unutrašnjosti. S obzirom na učestalost ovih praksi i njihovu sustavnu upotrebu u određenim zemljama, ova se „odgurivanja“ mogu smatrati sastavnim dijelom nacionalnih politika, a ne kao izolirane akcije. Najveći rizik povezan s odgurivanjem je rizik prisilnog vraćanja (*refoulement*), što znači da se osobu vraća na mjesto gdje bi mogla biti podvrgnuta progonu u smislu Konvencije Ujedinjenih naroda iz 1951o statusu izbjeglica (“Konvencija o izbjeglicama”), ili nečovječnom ili ponižavajućem postupanju u smislu Europske konvencije o ljudskim pravima (ETS Br. 5, “Konvencija”).

2. Zbog toga je Europski sud za ljudska prava, na primjer u svojoj *Hirsi Jamaa i drugi protiv Italije* (prijava br. 27765/09), ali i *ND i NT protiv Španjolske* (Zahtjevi br. 8675/15 i 8697/15) zahtijeva pojedinačnu procjenu potrebe za zaštitom i sigurnošću povratka, kako bi se izbjeglo kršenje članka 3. Europske konvencije o ljudskim pravima i zabranu kolektivnih protjerivanja kako je predviđeno člankom 4. Protokola br. 4 uz Konvenciju (ETS br. 46). Odgurivanja se događaju osobito na granicama Europske unije; posljedica su, barem dijelom, neuspjeha trenutne Dublinske uredbe i neuspjeha pokušaja uspostave pravične podjele odgovornosti u Europi

3. Odgurivanja se vrlo često događaju kada migranti žele ući u teritorij države članice u većem broju, jer prolaz jest, ili se čini, mnogo propusnijim tamo nego drugdje ili jer je geografski blizu zemljama podrijetla tražitelja azila. Međutim, nedavni dokazi o odgurivanjima pokazuju da se ona događaju i na mjestima gdje migranti pristižu u malom broju, ali gdje su nacionalne politike općenito neprijateljske prema migracijama. Postoje i slučajevi „višestrukog odgurivanja“ kada nekoliko zemalja sukcesivno protjeruje migrante.

4. Parlamentarna skupština zabrinuta je zbog ustrajne i sve veće prakse i politike odgurivanja, koja predstavlja grubo kršenje prava tražitelja azila i izbjeglica, uključujući pravo na azil i pravo na zaštitu od *refoulementa*, koji su u središtu međunarodnog izbjegličkog prava i međunarodnog prava o ljudskim pravima. S obzirom na težinu dotičnih kršenja ljudskih prava, Skupština potiče države članice da osiguraju odgovarajuću zaštitu tražiteljima azila, izbjeglicama i migrantima koji dolaze na njihove granice, i suzdrže se od odgurivanja, kako bi se omogućio neovisan nadzor i temeljito istraživanje svih navoda o odgurivanjima.

5. Skupština je izuzetno zabrinuta zbog stalnih izvještaja i dokaza o nečovječnom i ponižavajućem postupanju s migrantima od strane država članica i njihovih agencija u

kontekstu ovih odgurivanja putem zastrašivanja, oduzimanja ili uništavanja imovine migranata, pa čak i upotrebom nasilja i uskraćivanjem hrane i osnovnih službi migrantima. Negiranjem izvršavanja odgurivanja, negira se i (ponekad sustavno) nečovječno i ponižavajuće postupanje i zbog toga se ne ispituje na odgovarajući način ili ga se uopće ne ispituje.

6. Slijedom toga, Skupština poziva države članice Vijeća Europe da u potpunosti poštuju svoje međunarodne obveze u vezi s tim, posebno one utvrđene u Europskoj konvenciji o ljudskim pravima o zabrani kolektivnog protjerivanja i nečovječnog ili ponižavajućeg postupanja, kao i pravo pristupa postupku azila i zabrane *refoulementa* utvrđene Konvencijom Ujedinjenih naroda za izbjeglice...”

IV. DRUGI MEĐUNARODNI MATERIJALI

A. Povelja Ujedinjenih naroda (Povelja UN-a), potpisana 26. lipnja 1945. u San Franciscu

60. Mjerodavne odredbe ove međunarodne isprave glase:

Članak 51.

“Ništa u ovoj Povelji ne dira u prirodno pravo individualne ili kolektivne samoobrane u slučaju oružanog napada na nekoga Člana Ujedinjenih naroda sve dok Vijeće sigurnosti ne poduzme mjere potrebne za održavanje Međunarodnog mira i sigurnosti. Mjere koje Članovi poduzmu u vršenju toga prava samoobrane odmah se dojavljuju Vijeću sigurnosti i nipošto ne diraju u ovlasti i dužnosti Vijeća sigurnosti da na temelju ove Povelje djeluje svakog časa na način koji smatra potrebnim za održavanje ili uspostavljanje Međunarodnog mira i sigurnosti.”

B. Bečka konvencija o pravu međunarodnih ugovora od 23. svibnja 1969.

61. Mjerodavne odredbe Bečke konvencije glase:

Članak 27. - Unutrašnje pravo i poštovanje ugovora

“Stranka se ne može pozivati na odredbe svoga unutrašnjeg prava da bi opravdala neizvršavanje ugovora. To pravilo ne dira Članak 46.”

Članak 31. - Opće pravilo o tumačenju

„1. Ugovor se mora tumačiti u dobroj vjeri, prema uobičajenom smislu izraza iz ugovora u njihovu kontekstu i u svjetlu predmeta i svrhe ugovora.

2. U svrhu tumačenja ugovora, osim teksta, uključujući preambulu i priloge, kontekst obuhvaća:

(a) svaki sporazum koji se odnosi na ugovor, a kojeg su sve stranke sklopile u svezi s ugovorom;

(b) svaku ispravu koju jedna ili više stranaka sastave u svezi s ugovorom, a koju ostale stranke prihvate kao ispravu koja se odnosi na ugovor.

3. Zajedno s kontekstom, vodit će se računa:

(a) o svakom naknadnom sporazumu između stranaka o tumačenju ugovora ili o primjeni njegovih odredba;

(b) o svakoj naknadnoj praksi u primjeni ugovora kojom se ustanovljuje sporazum između stranaka o tumačenju ugovora;

(c) o svakom mjerodavnom pravilu međunarodnog prava primjenjivom na odnose između stranaka.

4. Poseban smisao pridaje se nekom izrazu ako je ustanovljeno da je to bila namjera stranaka.

Članak 32. - Dopunska sredstva tumačenja

“Na dopunska sredstva tumačenja, uključujući pripremne radove i okolnosti pod kojima je ugovor sklopljen, može se pozivati da bi se potvrdio smisao koji proistječe iz primjene Članka 31., ili da bi se odredio smisao kad je tumačenje prema Članku 31.:

(a) dvosmisleno ili nejasno; ili

(b) dovodi do ishoda koji je očito besmislen ili nerazuman.”

C. Ženevska konvencija od 28. srpnja 1951. o pravnom položaju izbjeglica

62. Mjerodavne odredbe Ženevske konvencije iz 1951. glase:

Članak 1. - Definicija pojma »izbjeglica«

“A. U ovoj se Konvenciji pojam »izbjeglica« odnosi na svaku osobu:

(1) koju se smatra izbjeglicom temeljem Sporazuma od 12. svibnja 1926. i 30. lipnja 1928. ili temeljem Konvencija od 28. listopada 1933. i 10. veljače 1938., Protokola od 14. rujna 1939., ili Ustava Međunarodne organizacije za izbjeglice ...

(2) koja se nalazi izvan zemlje svog državljanstva uslijed događaja nastalih prije 1. siječnja 1951., te se uslijed osnovanog straha od proganjanja zbog svoje rase, vjere, nacionalnosti, pripadnosti određenoj društvenoj skupini, ili zbog političkog mišljenja, ne može, ili zbog tog straha, ne želi prihvatiti zaštitu dotične zemlje; ili osoba bez državljanstva koja se zbog gore navedenih okolnosti nalazi izvan zemlje prethodnog uobičajenog boravišta, a koja se ne može ili se zbog straha ne želi u nju vratiti...”

Članak 3. – Nediskriminacija

“Države ugovornice primjenjivat će odredbe ove Konvencije na izbjeglice, bez diskriminacije s obzirom na njihovu rasu, vjeru ili zemlju podrijetla.”

Članak 4. – Vjera

“Države ugovornice će, u pogledu slobode vjeroispovijesti i slobode vjerskog odgoja djece, primjenjivat prema izbjeglicama na svom teritoriju postupke koji su barem jednaki onima koji se primjenjuju na državljane vlastitih zemalja.”

Članak 16. – Pristup sudovima

- „1. Izbjegllica će imati slobodan pristup sudovima na teritoriju svih država ugovornica.
2. Izbjegllica će u državi ugovornici u kojoj ima uobičajeno boravište uživati isti postupak kao i njen državljanin glede pristupa sudovima uključujući pravnu pomoć i oslobađanje od *cautio judicatum solvi*.
3. S izbjeglicom će se u zemljama, izvan one u kojoj ima uobičajeno boravište, postupati kao i s državljaninom zemlje u kojoj ima uobičajeno boravište u pogledu odredbi stavka 2.”

Članak 22. – Javno obrazovanje

- „1. U pogledu osnovnog obrazovanja, države ugovornice postupati će s izbjeglicama na isti način kao i sa svojim državljanima.
2. U pogledu obrazovanja a koje se ne smatra osnovnim, posebice upisa na studij, te priznanja stranih školskih potvrda, diploma i stečenog stupnja obrazovanja, oslobađanja od plaćanja pristojbi i troškova kao i dodjeljivanja stipendija, države ugovornice primijenit će prema izbjeglicama što je moguće povoljniji postupak, u svakom slučaju postupak koji nije manje povoljan od onog koji se u istim okolnostima primjenjuje prema strancima.”

Članak 31. – Izbjegllice koje se nezakonito nalaze u zemlji izbjeglištva

- „1. Države ugovornice neće izreći kazne zbog nezakonitog ulaska ili boravka na svojem području izbjeglicama koje su došle izravno s područja gdje je ugrožen njihov život ili sloboda u smislu članka 1, a ušle su ili se nalaze na njenom području bez dozvole i pri tom su se bez odgode javile vlastima, te predočile valjane razloge svog nezakonitog ulaska ili boravka.
2. Države ugovornice neće ograničiti kretanje ovih izbjeglica, osim ako je to neophodno. Ta će se ograničenja primjenjivati dok se njihov status u zemlji ne odobri ili dok ne budu prihvaćene u nekoj drugoj zemlji. Države ugovornice dat će izbjeglicama razuman rok i sve potrebne olakšice kako bi bile prihvaćene u drugoj zemlji.”

Članak 32. – Protjerivanje

- „1. Država ugovornica neće protjerati izbjeglicu koja zakonito boravi na njenom teritoriju, osim ako je ugrožena nacionalna sigurnost ili javni red.
2. Protjerivanje takve izbjeglice može se provesti samo nakon odluke koja je sukladna zakonu. Osim u slučaju postojanja valjanih razloga povezanih s nacionalnom sigurnošću, izbjeglici će biti dopušteno da predoči dokaze koji potvrđuju njenu neudžnost te će se moći žaliti i u vezi sa svojim slučajem biti zastupana pred nadležnim vlastima ili osobama koje su nadležne vlasti imenovale.

3. Država ugovornica će takvoj izbjeglici dati razuman rok kako bi mogla zatražiti dozvolu za ulazak u drugu zemlju. Država ugovornica zadržava pravo da u tom razdoblju primijeni unutarnje mjere koje smatra neophodnima.”

Članak 33. – Zabrana protjerivanja ili vraćanja ('refoulement')

- “1. Nijedna država ugovornica ne smije protjerati niti vratiti (»refouler«) izbjeglicu, ni na koji način, na područje J bi njen život ili sloboda bili ugroženi zbog njene rasne,

vjerske, ili nacionalne pripadnosti ili pak zbog pripadnosti određenoj društvenoj skupini ili političkog mišljenja.

2. Olakšicu koju pruža ova odredba, međutim, ne može koristiti izbjeglica kojeg se opravdano smatra opasnim za sigurnost zemlje u kojoj se nalazi ili koji, nakon što je pravomoćno osuđen za posebno težak zločin, predstavlja opasnost za društvo te zemlje.”

D. Europska konvencija o sprječavanju mučenja i neljudskog ili ponižavajućeg postupanja ili kažnjavanja od 10. prosinca 1984. (UNCAT)

63. Mjerodavne odredbe ove međunarodne isprave glase:

Članak 3.

„1. Nijedna država stranka neće protjerati, vratiti (*refouler*) ili izručiti neku osobu drugoj državi ako je opravdano vjerovati da postoji opasnost da bi ta osoba mogla biti izložena mučenju .

2. U svrhu utvrđivanja postoje li takvi razlozi, nadležna tijela uzimaju u obzir sve relevantne okolnosti, uključujući, prema potrebi, postojanje niza sustavnih, ozbiljnih, očitih ili masovnih povreda ljudskih prava u toj državi.“

E. Deklaracija o teritorijalnom azilu usvojena od strane Opće skupštine Ujedinjenih naroda od 14. prosinca 1967. (Rezolucija 2312 (XXII))

64. Mjerodavni dijelovi deklaracije glase:

Članak 1.

„1. Azil koji je u ostvarivanju svog suvereniteta neka država odobrila osobama koje imaju pravo pozvati se na članak 14. Opće deklaracije o ljudskim pravima ... poštovat će sve ostale države ...

...”

Članak 3.

„1. Nijedna osoba iz članka 1. stavka 1. ne smije biti podvrgnuta mjerama kao što su odbijanje na granici ili, ako je već ušla na državno područje na kojem traži azil, protjerivanje ili prisilno vraćanje u bilo koju državu u kojoj bi mogla biti podvrgnuta proganjanju.

...”

F. Nacrta članka Komisije za međunarodno pravo o protjerivanju stranaca

65. Na svojoj šezdeset i šestoj sjednici 2014. godine, Komisija za međunarodno pravo usvojila je niz Nacrta članka o protjerivanju stranaca.

Tekst, koji je Opća skupština Ujedinjenih naroda primila na znanje (Rezolucija A/RES/69/119 od 10. prosinca 2014.), uključuje sljedeće odredbe:

Članak 1. – Područje primjene

„1. Ovi nacrti članaka primjenjuju se na protjerivanje od strane države stranaca prisutnih na njezinu državnom području.

...”

Komentar

....

(2) Navodom da se nacrti članaka primjenjuju na protjerivanje od strane države stranaca prisutnih na njezinu državnom području, u stavku 1. definirano je područje primjene nacrta članaka i *ratione materiae* i *ratione personae*. U pogledu područja primjene *ratione materiae*, koje se odnosi na mjere obuhvaćene nacrtima članaka, navodi se samo ‘protjerivanje od strane države’, koje obuhvaća sve mjere protjerivanja; nije navedeno nikakvo daljnje pojašnjenje jer je ‘protjerivanje’ definirano u nacrtu članka 2. točke (a) u nastavku. U pogledu područja primjene *ratione personae*, odnosno osoba obuhvaćenih nacrtima članaka, iz stavka 1. proizlazi da se nacrti članaka općenito primjenjuju na protjerivanje svih stranaca koji se nalaze na državnom području države koja protjeruje, bez razlikovanja raznih kategorija uključenih osoba, primjerice, stranaca koji se zakonito nalaze na državnom području države koja protjeruje, stranaca koji se ondje nalaze nezakonito, raseljenih osoba, tražitelja azila, osoba kojima je odobren azil i osoba bez državljanstva. Izraz ‘*stranac*’ definiran je u nacrtu članka 2. točke (b).

(3) Nacrti članaka obuhvaćaju protjerivanje i stranaca koji se zakonito nalaze na državnom području države koja protjeruje i onih koji se ondje nalaze nezakonito, kako je navedeno u stavku 1. nacrta članka. Kategorija stranaca koji se nezakonito nalaze na državnom području države koja protjeruje obuhvaća i strance koji su na državno područje ušli nezakonito i strance čija je prisutnost na državnom području naknadno postala nezakonita, prvenstveno zbog kršenja zakona države koja protjeruje kojima su uređeni uvjeti boravka. Iako se nacrti članaka općenito primjenjuju na protjerivanje stranaca koji se zakonito ili nezakonito nalaze na državnom području države koja protjeruje, na početku treba napomenuti da se u nekim odredbama nacrta članaka nužno razlikuju te dvije kategorije stranaca, osobito u pogledu prava koja imaju. Treba napomenuti i da uključivanje u područje primjene nacrta članaka stranaca koji se na državnom području države koja protjeruje nalaze nezakonito treba tumačiti u kombinaciji s izrazom iz članka 2. točke (a), *in fine*, koji iz područja primjene nacrta članaka isključuje pitanja koja se odnose na odbijanje ulaska stranca na državno područje neke države.“

Članak 2. – Korištenje izraza

„Za potrebe ovih nacrta članaka:

(a) ‘protjerivanje’ znači formalna radnja ili postupanje koje se može pripisati državi, a kojim je stranac prisiljen napustiti državno područje te države; ne uključuje izručenje drugoj državi, predaju međunarodnom kaznenom sudu ili odbijanje ulaska stranca u državu;

(b) ‘stranac’ znači pojedinac koji nema državljanstvo države na čijem se državnom području nalazi.“

Komentar

„(1) Za potrebe ovih nacrti članaka, u nacrtu članka 2. definirana su dva ključna izraza, ‘protjerivanje’ i ‘stranac’.

...

(4) Postupanje – osim donošenja formalne odluke – koje bi moglo dovesti do protjerivanja, može biti u obliku čina ili propusta države. Propust konkretno može uključivati toleriranje postupanja usmjerenog protiv stranca od strane pojedinaca ili privatnih subjekata, primjerice, ako država na odgovarajući način ne zaštiti stranca od neprijateljskog djelovanja nedržavnih aktera. Čini se da je presudno obilježje definicije protjerivanja činjenica da je, kao rezultat formalne radnje ili postupanja – aktivnog ili pasivnog – koje se može pripisati državi, predmetni stranac *prisiljen* napustiti državno područje te države. Osim toga, kako bi se zaključilo da je došlo do protjerivanja kao posljedice *postupanja* (odnosno, bez donošenja formalne odluke), bitno je utvrditi namjeru predmetne države da tim ponašanjem ostvari odlazak stranca s njezina državnog područja.

(5) Radi jasnoće, Komisija je smatrala korisnim odrediti, u drugoj odredbi točke (a), da pojam protjerivanja u smislu nacrti članaka ne obuhvaća izručenje stranca drugoj državi, predaju međunarodnom kaznenom sudu ili odbijanje ulaska stranca u državu. Kada je riječ o odbijanju ulaska, treba objasniti da se u nekim pravnim sustavima ponekad upotrebljava izraz ‘vraćanje (*refoulement*)’ umjesto ‘odbijanje ulaska’. Radi dosljednosti, u ovim nacrtima članaka koristi se potonji izraz u slučajevima kada je strancu odbijen ulazak. Izuzeće se odnosi na odbijanje od strane vlasti države – obično tijela odgovornih za imigraciju i graničnu kontrolu – da strancu dopuste ulazak na državno područje te države. S druge strane, mjere koje država poduzima da prisili stranca koji se već nalazi na njezinu državnom području, čak i ako se ondje nalazi nezakonito, da ga napusti, obuhvaćene su pojmom ‘protjerivanja’ kako je definiran u nacrtu članka 2. točke (a). Ta bi se razlika trebala tumačiti u svjetlu definicije područja primjene *ratione personae* nacrti članaka, koje obuhvaća i strance koji se zakonito nalaze na državnom području države koja protjeruje i one koji se ondje nalaze nezakonito. Nadalje, isključivanje pitanja koja se odnose na odbijanje ulaska iz područja primjene nacrti članaka ne dovodi u pitanje pravila međunarodnog prava koja se odnose na izbjeglice. Ta je rezerva objašnjena u nacrtu članka 6. točke (b), koji upućuje na zabranu vraćanja (*refoulement*) u smislu članka 33. Konvencije o statusu izbjeglica od 28. srpnja 1951. te se stoga neizbježno odnosi na pitanja prihvata.

...”

Članak 3. – Pravo protjerivanja

„Država ima pravo protjerati stranca sa svog državnog područja. Protjerivanje mora biti u skladu s ovim nacrtima članaka, ne dovodeći u pitanje druga važeća pravila međunarodnog prava, osobito ona koja se odnose na ljudska prava.“

Članak 6. – Zabrana protjerivanja izbjeglica

„Ovi nacrti članaka ne dovode u pitanje pravila međunarodnog prava koja se odnose na izbjeglice, kao ni bilo koja povoljnija pravila ili prakse o zaštiti izbjeglica, a osobito sljedeća pravila:

(a) država ne smije protjerati izbjeglicu koji se zakonito nalazi na njezinu državnom području osim iz razloga nacionalne sigurnosti ili javnog reda;

(b) država ni na koji način ne smije protjerati ili vratiti (*refouler*) izbjeglicu na granice teritorija na kojima bi život ili sloboda osobe bili ugroženi zbog njezine rase, vjere, državljanstva, pripadnosti određenoj društvenoj skupini ili političkog mišljenja, osim ako je opravdano sumnjati da se osoba smatra opasnom za sigurnost zemlje u kojoj se nalazi ili ako osoba, nakon što je osuđena pravomoćnom presudom za posebno teško kazneno djelo, predstavlja opasnost za zajednicu te zemlje.“

Komentar

„(1) Nacrt članka 6. odnosi se na protjerivanje izbjeglica, koje je podložno restriktivnim uvjetima na temelju mjerodavnih pravila međunarodnog prava. U njemu je sadržana odredba ‘ne dovodeći u pitanje’, čija je svrha osigurati stalnu primjenu na izbjeglice pravila o njihovom protjerivanju, kao i svih povoljnijih pravila i praksi o zaštiti izbjeglica. Konkretno, u točkama (a) i (b) nacрта članka 6. navedena su dva osobito važna pravila koja se odnose na protjerivanje ili vraćanje (*refoulement*) izbjeglica.

...

(5) U nacrtu članka 6. točke (a) izložen je tekst članka 32. stavka 1. Konvencije o statusu izbjeglica od 28. srpnja 1951. Na temelju pravila sadržanog u tom stavku, koji se odnosi samo na izbjeglice koji se zakonito nalaze na državnom području države koja protjeruje, osnove za protjerivanje takvih izbjeglica ograničene su na one osnove koje se odnose na razloge nacionalne sigurnosti ili javnog reda.

(6) Zabrana protjerivanja izbjeglice koji se zakonito nalazi na državnom području države koja protjeruje iz bilo kojeg drugog razloga osim nacionalne sigurnosti ili javnog reda obuhvaća i sve izbjeglice koji se nezakonito nalaze na državnom području države, a podnijeli su zahtjev za status izbjeglice, sve dok se taj zahtjev ispituje. Međutim, ta se zaštita može predvidjeti samo dokle god je ispitivanje zahtjeva u tijeku. Ta zaštita, koja odražava trend u pravnoj literaturi i koja je podržana u praksi nekih država i UNHCR-a, predstavljala bi odstupanje od načela prema kojem nezakonitost prisustva stranca na državnom području neke države sama po sebi može opravdati protjerivanje stranca. Zaštita bi se mogla ukinuti samo u slučajevima kada je očigledna namjera zahtjeva za status izbjeglice bila spriječiti odluku o protjerivanju koja bi se vjerojatno donijela protiv dotičnog pojedinca. Odnosi se samo na pojedince koji, iako ne uživaju status izbjeglice u predmetnoj državi, jesu udovoljili definiciji ‘izbjeglice’ u smislu Konvencije iz 1951. godine ili, u nekim slučajevima, drugih mjerodavnih instrumenata, kao što je Konvencija OAJ-a iz 1969. kojom se uređuju posebni aspekti problema izbjeglica u Africi, te bi se stoga trebali smatrati izbjeglicama prema međunarodnom pravu. Svaki pojedinac koji ne odgovara definiciji izbjeglice u smislu mjerodavnih pravnih instrumenata ne može uživati zaštitu priznatu u nacrtu članka 6. i može biti protjeran iz drugih razloga osim onih navedenih u točki (a), među ostalim isključivo zbog nezakonitosti njegove prisutnosti na državnom području države koja protjeruje. U svakom slučaju, članak 6. ne dovodi u pitanje pravo države da iz drugih razloga osim onih navedenih u točki (a) protjera stranca čiji zahtjev za status izbjeglice očito predstavlja zloupotrebu.

(7) U nacrtu članka 6. točke (b), koji se odnosi na obvezu poštovanja načela *non-refoulement*, kombinira stavke stavci 1. i 2. članka 33. Konvencije iz 1951. godine. Za razliku od ostalih odredbi nacрта članaka, koje ne obuhvaćaju slučajeve odbijanja ulaska stranca na državno područje neke države, nacrtom članka 6. točke (b) predviđeno je da ovi nacrti članaka ne dovode u pitanje ni te slučajeve, kako je

naznačeno u početnom izrazu: ‘Država ne smije protjerati ili vratiti (*refouler*) ...’ Nadalje, za razliku od zaštite propisane u točki (a), zaštita navedena u točki (b) primjenjuje se na sve izbjeglice, neovisno o tome je li njihova prisutnost u državi primateljici zakonita ili nezakonita. Treba naglasiti i da navođenje te posebne obveze poštovanja načela *non-refoulement* u odnosu na izbjeglice ne dovodi u pitanje primjenu na njih općih pravila o zabrani protjerivanja u određene države, koja su sadržana u nacrtima članaka 23. i 24.“

Članak 9. – Zabrana kolektivnog protjerivanja

„1. Za potrebe ovog nacrti članka, kolektivno protjerivanje znači protjerivanje stranaca u skupini.

2. Kolektivno protjerivanje stranaca je zabranjeno.

3. Država može istovremeno protjerati članove skupine stranaca, pod uvjetom da se protjerivanje odvija nakon i na temelju posebne ocjene svakog pojedinog člana skupine u skladu s ovim nacrtima članaka.

4. Ovaj nacrt članka ne dovodi u pitanje pravila međunarodnog prava koja se primjenjuju na protjerivanje stranaca u slučaju oružanog sukoba u koji je uključena država koja protjeruje.“

Komentar

„(1) U stavku 1. nacrti članka 9. sadržana je definicija kolektivnog protjerivanja za potrebe ovih nacrti članaka. Prema toj definiciji, kolektivno protjerivanje podrazumijeva protjerivanje stranaca ‘u skupini’. Taj se kriterij temelji na sudskoj praksi Europskog suda za ljudska prava, a taj je kriterij potvrdio i posebni izvjestitelj o pravima nedržavljana Komisije za ljudska prava, g. David Weissbrodt, u svom završnom izvješću 2003. godine. U toj se definiciji navodi samo ‘kolektivni’ aspekt, koji se mora tumačiti u svjetlu opće definicije protjerivanja sadržane u nacrtu članka 2. točke (a).

...

(4) Zabrana kolektivnog protjerivanja stranaca utvrđena u stavku 2. ovog nacrti članka trebala bi se tumačiti u svjetlu stavka 3., u kojem se ona razjašnjava određivanjem uvjeta pod kojima članovi skupine stranaca mogu biti protjerani istovremeno, a da se takva mjera ne smatra kolektivnim protjerivanjem u smislu nacrti članaka. U stavku 3. navedeno je da je takvo protjerivanje dopušteno pod uvjetom da se odvija nakon i na temelju posebne ocjene svakog pojedinog člana skupine *u skladu s ovim nacrtima članaka. ...*“

Članak 13. – Obveza poštovanja ljudskog dostojanstva i ljudskih prava stranaca koji podliježu protjerivanju

„1. Sa svim strancima koji podliježu protjerivanju mora se postupati čovječno i s poštovanjem urođenog dostojanstva ljudske osobe u svim fazama postupka protjerivanja.

2. Oni imaju pravo na poštovanje njihovih ljudskih prava, uključujući i prava utvrđenih u ovim nacrtima članaka.“

Članak 17. – Zabrana mučenja ili okrutnog, neljudskog ili ponižavajućeg postupanja ili kazne

„Država koja protjeruje ne smije stranca koji podliježe protjerivanju podvrgnuti mučenju ili okrutnom, nečovječnom ili ponižavajućem postupanju ili kazni.“

66. U svom drugom izvješću o protjerivanju stranaca od 20. srpnja 2006. (dokument A/CN.4/573), koje je razmatrano u vezi s pisanjem nacrtu članka, g. Maurice Kamto, posebni izvjestitelj, naveo je kako slijedi:

„40. ... Tradicionalni pojam protjerivanja ... odnosi se na strance čiji je ulazak ili boravak zakonit, dok se odbijanje ulaska odnosi na one strance čiji ulazak ili boravak na svom državnom području država nastoji spriječiti; udaljšavanje nezakonitog imigranta koji se nalazi na granici ili ju je tek prešao, strogo govoreći predstavlja odbijanje ulaska, a ne protjerivanje. Na temelju tog smislenog razlikovanja, prema mišljenju posebnog izvjestitelja, odbijanje ulaska ne spada u područje primjene ove teme.

...

170. Kao što je vidljivo, ne može se utvrditi stvarna terminološka razlika među trima pojmovima ‘protjerivanje’, ‘pratnja do granice’ i ‘*refoulement*’; oni se koriste kao međusobno zamjenjivi bez neke posebne semantičke strogosti. Izraz ‘protjerivanje’ stoga će se u kontekstu ove teme koristiti kao generički pojam koji označava sve situacije obuhvaćene svim trima pojmovima te mnogim drugima, kao što su ‘vraćanje stranca u zemlju’ ili ‘isključenje stranca’, pri čemu taj popis nije konačan.’

G. Zaključci o međunarodnoj zaštiti izbjeglica koje je usvojio Izvršni odbor programa UNHCR-a 1975. – 2017.

67. Mjerodavni zaključci glase:

Br. 6 (XXVIII), Non-refoulement (1977) – 28. sjednica Izvršnog odbora

“Izvršni odbor,

...

(c) *potvrdio je* iznova temeljnu važnost poštovanja načela non-refoulementa, kako na granici, tako i unutar državnog teritorija, u vezi sa osobama koje bi mogle biti podvrgnute proganjanju ukoliko budu vraćene u njihovu zemlju porijekla, bez obzira na to da li im je formalno odobren izbjeglički status ili nije.”

Br. 22 (XXXII), Zaštita tražitelja azila u priljevima velikih razmjera (1981.) – 32. sjednica Izvršnog odbora

„...“

II. Mjere zaštite

A. *Prihvat i non-refoulement*

1. U slučaju priljeva velikih razmjera, tražitelji azila se trebaju prihvatiti u državu u kojoj su prvo potražili utočište, a ukoliko ih ta država nije u mogućnosti prihvatiti na duže vrijeme, uvijek ih treba prihvatiti barem na privremenoj osnovi i osigurati im zaštitu sukladno dolje navedenim načelima.

...

2. U svim slučajevima se mora savjesno primjenjivati temeljno načelo *non-refoulementa*, uključujući i to da ne budu odbijeni na granici.

...”

Br. 82 (XLVIII), Zaključak o zaštiti azila (1997.) – 48. sjednica Izvršnog odbora

“Izvršni odbor,

...

(d) *Ističe iznova* ... potrebu za punim poštovanjem institucije azila općenito i smatra da je pravo vrijeme da skrene pažnju na njene sljedeće posebne aspekte:

(i) načelo *non-refoulement*, koje zabranjuje protjerivanje i vraćanje izbjeglica, na bilo koji mogući način, na granice teritorija gdje bi njihovi životi ili sloboda bili ugroženi zbog njihove rase, religije, nacionalnosti, pripadnosti određenoj društvenoj grupi, ili političkog mišljenja, bez obzira na to jesu li formalno dobili izbjeglički status ili ne, ili osoba u vezi sa kojima postoje bitne osnove za vjerovanje da bi bile podvrgnute mučenju, kako je to navedeno u “Konvenciji protiv mučenja i drugog okrutnog, neljudskog ili ponižavajućeg postupanja ili kazni” iz 1948. godine;

...

(iii) potrebu za prihvatom izbjeglica na teritorijima država, što uključuje zabranu odbijanja na granicama bez pristupa pravičnim i djelotvornim postupcima za određivanje statusa i potrebe za zaštitom;

...”

Br. 99 (LV) Općenito (2004)1 – 55. sjednica Izvršnog odbora

“Izvršni odbor,

...

(l) *izražava zabrinutost* zbog proganjanja, sveopćeg nasilja i kršenja ljudskih prava koji i dalje uzrokuju i produžavaju raseljavanje unutar i izvan nacionalnih granica, te povećavaju izazove sa kojima se suočavaju države u ostvarenju trajnih rješenja; i poziva države da se uhvate ukoštac sa ovim izazovima, jamčeći pritom puno poštovanje temeljnog načela *nonrefoulementa* uključujući zabranu odbijanja na granici, bez pristupa pravičnim i djelotvornim postupcima za određivanja statusa i potrebe za zaštitom;

...”

H. Stajališta koja je Odbor za prava djeteta usvojio 12. veljače 2019. na temelju Fakultativnog protokola uz Konvenciju o pravima djeteta o postupcima komunikacije, u vezi s Priopćenjem br. 4/2016

68. Mjerodavni dijelovi ovih stajališta glase kako slijedi:

„...Činjenice koje je iznio podnositelj prigovora

2.4. Dana 2. prosinca 2014., autor i skupina osoba podrijetlom iz supsaharske Afrike napustili su goru Gurugu s namjerom da uđu u Melillu. Autor je stigao do vrha treće ograde i vidio da španjolska civilna garda druge osobe koje se spuštaju s ograde s druge strane po hitnom postupku odvraća i predaje marokanskim snagama. Potom je autor, strahujući da će biti deportiran i podvrgnut mogućem zlostavljanju i nasilju od strane marokanskih snaga, nekoliko sati čekao na vrhu ograde. U tom razdoblju nije mu ponuđen nikakav oblik pomoći. Nije imao pristup vodi ni hrani. Nije mogao ni komunicirati s civilnom gardom jer nije govorio španjolski i nije bilo prisutnih tumača. Napokon se spustio s ograde ljestvama koju je pružila civilna garda. Čim je stao na tlo, civilna ga je garda uhitila i stavila mu lisice, predala ga je marokanskim snagama i po hitnom postupku deportirala u Maroko. Njegov identitet ni u jednom trenutku nije provjeren. Uskraćena mu je i prilika da objasni svoje osobne okolnosti, navede dob, ospori predstojeću deportaciju ili zatraži zaštitu kao dijete bez pratnje. Nije mu pružena pomoć pravnika, tumača ili liječnika...

2.5. Autor tvrdi da mu nisu bila dostupna djelotvorna pravna sredstva kojima bi mogao odgoditi svoju deportaciju iz Španjolske u Maroko 2. prosinca 2014. godine. Ističe da je deportacija izvršena po kratkom postupku, a da nije obaviješten o formalnoj odluci o protjerivanju koju bi mogao osporiti pred nadležnim tijelima.

2.6. Na datum 30. prosinca 2014. ili oko tog datuma, autor je ušao u Španjolsku preko Melille i otišao je u centar za privremeni prihvata migranata. U veljači 2015. godine premješten je iz enklave Melille u kopneni dio Španjolske. Krajem srpnja 2015., zahvaljujući pomoći *Fundación Raice*, nevladine organizacije (NVO), i konzularnoj registracijskoj kartici koju mu je izdao malijski konzulat u Madridu, na kojoj je kao datum njegova rođenja bio naveden 10. ožujka 1999., autor je dobio zaštitu kao dijete bez pratnje i smješten je u rezidencijalni centar za maloljetnike pod skrbništvom španjolskih vlasti.

2.7. Autor navodi da je 30. ožujka 2015. godine Španjolska donijela Organski zakon br. 4/2015 o zaštiti sigurnosti građana, koji je stupio na snagu 1. travnja 2015. godine. U tom se zakonu, a osobito njegovoj desetoj dodatnoj odredbi koja se odnosi na poseban režim primjenjiv u Ceuti i Melilli, legalizira španjolska praksa neselektivnih deportacija po kratkom postupku na granici, a taj zakon ne sadržava nikakva upućivanja na maloljetnike bez pratnje niti se u njemu uspostavlja bilo kakav postupak za utvrđivanje njihova identiteta i pružanje zaštite.

...

Pitanja i postupci pred Odborom*Ispitivanje dopuštenosti*

...

13.3. Što se tiče neusklađenosti između podataka o osobi koje su upisale španjolske vlasti i podataka koje je naveo autor, Odbor napominje da se u spisu ne nalazi nikakav uvjerljiv dokaz koji pokazuje da podnositelj nije osoba koja je 2. prosinca 2014. godine pokušala pristupiti u Melillu u opisanim okolnostima. Odbor smatra da teret dokazivanja ne može biti samo na podnositelju zahtjeva, osobito imajući u vidu činjenicu da podnositelj i država stranka nemaju uvijek jednak pristup dokazima i da često samo država stranka ima pristup relevantnim informacijama. U ovom predmetu Odbor smatra da je podnositelj naveo vjerodostojnu i dosljednu verziju činjenica, koja je potkrijepljena dokazima. Odbor prima na znanje i navode podnositelja da je država

stranka mogla usporediti otiske prstiju osobe upisane kao Y.D. s otiscima autora. Odbor stoga utvrđuje da je ovo priopćenje dopušteno *rationae personae*.

13.4. Odbor prima na znanje tvrdnju države stranke da je priopćenje nedopušteno *rationae loci* jer se postupci marokanskih vlasti ne mogu pripisati Španjolskoj. Međutim, Odbor napominje da je opseg ovog zahtjeva ograničen na postupke španjolskih vlasti 2. prosinca 2014. godine, isključujući postupke marokanskih vlasti. U tom pogledu, Odbor napominje da su podnositelja, prema njegovim navodima, uhitile španjolske sigurnosne snage na trećoj ogradi graničnog prijelaza u Melilli, da su mu stavile lisice i vratile ga na marokansko državno područje. S obzirom na te okolnosti i bez obzira na to smatra li se da je podnositelj stigao na španjolsko državno područje ili ne, bio je pod nadležnošću ili djelotvornom kontrolom države stranke. Odbor stoga utvrđuje da je ovo priopćenje dopušteno *rationae loci*.

13.5. Odbor prima na znanje i tvrdnju države stranke da je zahtjev nedopušten *rationae materiae* jer se odnosi na pravo podnositelja na azil, koje nije obuhvaćeno Konvencijom. Međutim, Odbor napominje da se ovo priopćenje odnosi na navodne povrede prava podnositelja na temelju članka 3., 20. i 37. Konvencije, a ne na njegovo pravo na azil. Odbor stoga utvrđuje da je ovo priopćenje dopušteno *rationae materiae*.

13.6. Konačno, Odbor prima na znanje tvrdnju države stranke da podnositelj zahtjeva nije iscrpio dostupna domaća pravna sredstva ... Odbor napominje i da iz spisa predmeta proizlazi da 2. prosinca 2014. godine nije izdan nikakav službeni nalog o protjerivanju protiv podnositelja. U skladu s tim, Odbor smatra da bi, u kontekstu podnositeljevog predstojećeg protjerivanja 2. prosinca 2014. godine, te u nedostatku službenog naloga o protjerivanju koji bi podnositelj mogao osporiti, pravna sredstva navedena u točki (d) tvrdnje države stranke bila beskorisna jer nisu bila ni dostupna ni djelotvorna. ...

13.7. ... Odbor stoga utvrđuje da je zahtjev dopušten te će nastaviti ispitivati njegovu osnovanost.

Ispitivanje osnovanosti

...

14.2. Pitanje podneseno Odboru jest je li, u okolnostima ovog predmeta, vraćanje podnositelja od strane španjolske civilne garde u Maroko 2. prosinca 2014. godine dovelo do povrede njegovih prava iz Konvencije. Konkretno, podnositelj je tvrdio da, deportirajući ga po hitnom postupku u Maroko 2. prosinca 2014. godine, bez provođenja bilo kakvog oblika provjere identiteta ili procjene njegove situacije, država stranka: (a) nije pružila podnositelju posebnu zaštitu i pomoć na koje je imao pravo kao maloljetnik bez pratnje (članak 20.); (b) nije poštovala načelo *non-refoulement* i izložila je podnositelja riziku od nasilja i okrutnog, neljudskog i ponižavajućeg postupanja u Maroku (članak 37.); i (c) nije uzela u obzir najbolje interese djeteta (članak 3.).

14.3. Odbor smatra da se obveze države da pruži posebnu zaštitu i pomoć djeci bez pratnje, u skladu s člankom 20. Konvencije, primjenjuju čak i 'u odnosu na onu djecu koja pod nadležnost države dođu prilikom pokušaja ulaska na državno područje zemlje'. Slično tome, Odbor smatra da 'pozitivni aspekt tih obveza zaštite obuhvaća i zahtijevanje od država da poduzmu sve potrebne mjere kako bi u najranijoj fazi u kojoj je to moguće, među ostalim i na granici, prepoznale djecu bez pratnje ili djecu odvojenu od roditelja'. Prema tome, važno je i nužno da država, kako bi ispunila svoje obveze iz članka 20. Konvencije i poštovala najbolje interese djeteta, prije svakog udaljavanja ili vraćanja provede početnu procjenu, koja uključuje sljedeće faze: (a) prioritarno ocjenjivanje je li dotična osoba maloljetnik bez pratnje, s tim da će se, u slučaju nesigurnosti, ostaviti mogućnost da dotični pojedinac govori istinu, tako da se, ako

postoji mogućnost da je pojedinac dijete, prema njemu tako i postupaj; (b) provjera identiteta djeteta početnim razgovorom; i (c) procjena posebne situacije i posebnih ranjivosti djeteta, ako postoje.

14.4. Odbor smatra i da, u skladu sa svojim obvezama iz članka 37. Konvencije, kako bi osigurala da nijedno dijete ne bude podvrgnuto mučenju ili drugom okrutnom, neljudskom ili ponižavajućem postupanju, država ne smije vratiti dijete u 'zemlju ako je opravdano vjerovati da ondje postoji stvarni rizik od uzrokovanja nepopravljive štete djetetu'. Odbor stoga smatra da, u skladu s člankom 37. Konvencije i načelom *non-refoulement*, država ima obvezu provesti prethodnu procjenu rizika, ako postoji, od uzrokovanja nepopravljive štete djetetu i ozbiljnih povreda njegovih prava u zemlji u koju će biti premješteno ili vraćeno, uzimajući u obzir najbolje interese djeteta, uključujući, primjerice, 'posebno ozbiljne posljedice za djecu zbog nedovoljnog pružanja hrane ili zdravstvenih usluga'. Odbor osobito podsjeća da bi, u kontekstu procjene najboljih interesa i u okviru postupaka određivanja najboljih interesa, djeci trebalo biti zajamčeno pravo na: (a) pristup državnom području, neovisno o dokumentaciji koju posjeduju ili ne posjeduju, i pravo da se upute vlastima zaduženim za procjenu njihovih potreba u smislu zaštite njihovih prava, uz osiguravanje njihovih postupovnih jamstava.

...

14.6. Odbor primana znanje i navod države stranke da se načelo *non-refoulement* ne primjenjuje u ovom predmetu jer se primjenjuje samo kad osoba dođe s nekog teritorija na kojem postoji opasnost od proganjanja. Međutim, Odbor ponavlja da država stranka ima obvezu ne vratiti dijete u 'zemlju ako postoje uvjerljivi razlozi da ondje postoji stvarni rizik od uzrokovanja nepopravljive štete djetetu'. Odbor napominje i da, prije vraćanja autora u Maroko, država stranka nije utvrdila njegov identitet, nije pitala za njegove osobne okolnosti i nije provela prethodnu procjenu rizika, ako postoji, od proganjanja i/ili uzrokovanja nepopravljive štete u zemlji u koju je trebao biti vraćen. Odbor smatra da, s obzirom na nasilje s kojim se migranti suočavaju na marokanskom graničnom području i zlostavljanje kojem je autor bio izložen, propust provođenja procjene rizika od nepopravljive štete za autora prije njegove deportacije ili uzimanja u obzir njegovih najboljih interesa predstavlja povredu članaka 3. i 37. Konvencije.

14.7. Odbor smatra da je, u svjetlu okolnosti predmeta, činjenica da nije provedena provjera identiteta autora kao djeteta bez pratnje ni procjena njegove situacije prije njegove deportacije i da nije dobio priliku da ospori svoju potencijalnu deportaciju dovela do povrede njegovih prava iz članaka 3. i 20. Konvencije.

14.8. Konačno, Odbor smatra da način na koji je autor deportiran, kao dijete bez pratnje lišeno obiteljskog okruženja i u kontekstu međunarodne migracije, nakon što je bio pritvoren i stavljen su mu lisice, a da nije bio saslušan, nije primio pomoć odvjetnika ili tumača i u obzir nisu uzete njegove potrebe, predstavlja postupanje zabranjeno na temelju članka 37. Konvencije.

14.9. Odbor, postupajući na temelju članka 10. stavka 5. Fakultativnog protokola, smatra da činjenice koje su mu podnesene predstavljaju povredu članaka 3., 20. i 37. Konvencije.

..."

PRAVO

I. PRETHODNA PITANJA

A. Nastavak ispitivanja predmeta – članak 37. stavak 1. točka (a)

69. U svojim očitovanjima pred Velikim vijećem danim kao odgovor na pisano pitanje strankama o održavanju kontakta između podnositelja zahtjeva i njihovih punomoćnika, potonji su naveli da oba podnositelja zahtjeva žive u nesigurnim uvjetima i nemaju stalnu adresu. Prvi podnositelj zahtjeva navodno je u Maliju i seli se s jednog mjesta u zemlji na drugo. Drugi podnositelj zahtjeva, po svemu sudeći, seli se unutar Španjolske. Jedan od punomoćnika podnositelja zahtjeva naveo je da je ostao u kontaktu s oba podnositelja zahtjeva, preko svog pravnog suradnika, telefona i WhatsAppa. Uz pomoć tumača za jezik bambara, on i njegov suradnik primaju najnovije informacije od podnositelja zahtjeva te su ih obavijestili o razvoju događaja u vezi s presudom vijeća i o podnošenju njihova predmeta Velikom vijeću. Podnositelji zahtjeva zadržali su interes za predmet.

70. Sa svoje strane, Vlada ni u postupku pred vijećem ni u svojem pisanom očitovanju pred Velikim vijećem nije spomenula pitanje nastavka ispitivanja predmeta od strane Suda. U dopisu koji je Sud primio 25. travnja 2018. godine, prigovorila je zbog nedostatka informacija od punomoćnika podnositelja zahtjeva u tom pogledu, ali nije zatražila brisanje predmeta na toj osnovi, iako se na raspravi pozvala na presudu u predmetu *V.M. i drugi protiv Belgije* (brisanje) ([VV], br. 60125/11, 17. studenog 2016.) u pogledu nedostatka adrese i podataka za kontakt podnositelja zahtjeva.

71. S obzirom na te okolnosti, Sud smatra nužnim prvo ispitati potrebu za nastavkom ispitivanja zahtjeva u svjetlu kriterija utvrđenih u članku 37. Konvencije. Ta odredba glasi kako slijedi:

„1. Sud može u svakom stadiju postupka odlučiti da izbriše neki zahtjev s liste slučajeva kad okolnosti dovode do zaključka:

- (a) da podnositelj ne namjerava ustrajati u svojem zahtjevu, ili
- (b) da je predmet riješen, ili
- (c) da iz nekog drugog razloga koji utvrdi Sud više nije opravdano nastaviti s daljnjim ispitivanjem zahtjeva.

Međutim, Sud će nastaviti ispitivanje zahtjeva ako to traže interesi poštovanja ljudskih prava zajamčenih Konvencijom i dodatnim protokolima. ...”

72. Sud primjećuje da je u predmetu *V.M. i drugi protiv Belgije* (gore citiran) ispitao potrebu za nastavkom ispitivanja predmetu u pogledu kriterija utvrđenih u članku 37. Konvencije. Naveo je, u svjetlu članka 37. stavka 1. točke (a), da ne samo da punomoćnik podnositelja zahtjeva mora dostaviti

punomoć ili ovlaštenje u pisanom obliku (pravilo 45. stavak 3. Poslovnika Suda) već je važno i da se kontakt između podnositelja i njegova punomoćnika održava tijekom cijelog postupka kako bi se saznalo više o konkretnim okolnostima podnositelja zahtjeva i kako bi se potvrdio stalan interes podnositelja zahtjeva za ispitivanje njegova zahtjeva (vidi i *Sharifi i drugi protiv Italije i Grčke*, br. 16643/09, stavci 124. - 34., 21. listopada 2014.).

73. Sud napominje da je u nekim predmetima u kojima je punomoćnik podnositelja zahtjeva izgubio kontakt sa svojim klijentom, među ostalim i u predmetima o protjerivanju stranaca, utvrdio da takva situacija može opravdati brisanje zahtjeva s liste na temelju članka 37. stavka 1. Nedostatak kontakta ponekad se smatrao pokazateljem toga da podnositelj zahtjeva više ne namjerava ustrajati u zahtjevu u smislu članka 37. stavka 1. točke (a) (vidi *Ibrahim Hayd protiv Nizozemske* (odl.), br. 30880/10, 29. studenog 2011., i *Kadzoev protiv Bugarske* (odl.), br. 56437/07, stavak 7., 1. listopada 2013.) ili da ispitivanje zahtjeva više nije opravdano jer punomoćnik nije mogao „smisleno“ ustrajati s postupkom pred Sudom u nedostatku uputa od podnositelja zahtjeva, unatoč činjenici da je punomoćnik imao ovlaštenje nastaviti postupak (vidi *Ali protiv Švicarske*, 5. kolovoza 1998., stavci 30. - 33., *Izvjешća o presudama i odlukama 1998-V*, i *Ramzy protiv Nizozemske* (brisanje), br. 25424/05, stavci 64. - 66., 20. srpnja 2010.). U nekim su predmetima u zaključcima Suda ta dva razloga bila spojena (vidi *M.H. protiv Cipra* (odl.), br. 41744/10, stavak 14., 14. siječnja 2014., i *M.Is. protiv Cipra* (odl.), br. 41805/10, stavak 20., 10. veljače 2015.). U predmetu *Sharifi i drugi* (gore citiran), Sud je izbrisao zahtjev sa svoje liste u odnosu na neke podnositelje zahtjeva o kojima su informacije koje je pružio odvjetnik bile nejasne i površne te nedovoljno potkrijepljene (stavci 127. - 29. i 131. - 34.).

74. Sud napominje da u ovom predmetu Vlada nije zatražila da se predmet izbriše s liste iz tog razloga. Primjećuje da su punomoćnici podnositelja zahtjeva naveli da su ostali u kontaktu s podnositeljima zahtjeva, koje su mogli kontaktirati telefonom i WhatsAppom. Nadalje, jedan od odvjetnika na raspravi je pročitao odlomak iz razgovora koji je navodno vodio s prvim podnositeljem zahtjeva, u kojem mu je podnositelj rekao da „još uvijek ne može prihvatiti da ljudska bića mogu tako postupati s drugim ljudskim bićima“, da je pretrpio štetu kad je Španjolska povrijedila njegova prava i da želi vidjeti da se „poduzimaju koraci kako drugi ljudi ne bi pretrpjeli istu štetu“. Sud primjećuje da su sve punomoći u ovom spisu potpisane i sadrže otisak prsta. Prema mišljenju Suda, ništa u spisu ne dovodi u pitanje izjave odvjetnika ili razmjenu informacija sa Sudom (vidi *Hirsi Jamaa i drugi protiv Italije* [VV], br. 27765/09, stavak 54., ESLJP 2012).

75. Međutim, Sud primjećuje da, čak i ako okolnosti nekog predmeta dovode do zaključka da podnositelj zahtjeva više ne namjerava ustrajati u zahtjevu, Sud može nastaviti ispitivanje zahtjeva „ako to traže interesi

poštovanja ljudskih prava zajamčenih Konvencijom i dodatnim protokolima“ (članak 37. stavak 1. *in fine*). U predmetima citiranim u stavku 73. ove presude, Sud je smatrao da ne postoje posebne okolnosti u pogledu poštovanja ljudskih prava utvrđenih u Konvenciji i njezinim protokolima koje bi zahtijevale nastavak ispitivanja zahtjeva (članak 37. stavak 1. *in fine*).

76. Nasuprot tome, u presudi Velikog vijeća u predmetu *F.G. protiv Švedske* ([VV], br. 43611/11, stavci 81. - 82., ECHR 2016), Sud je smatrao da su okolnosti predmeta opravdale brisanje predmeta s njegove liste na temelju članka 37. stavka 1. točke (c) jer više nije postojala opasnost da će se nalog o protjerivanju izvršiti. Ipak je odlučio nastaviti ispitivati zahtjev iz sljedećih razloga:

„81. Valja podsjetiti da je 2. lipnja 2014. godine predmet podnesen Velikom vijeću u skladu s člankom 43. Konvencije ...

82. Sud napominje da ovaj predmet uključuje bitna pitanja, osobito u pogledu dužnosti koje moraju poštovati stranke u postupku azila. Prema tome, utjecaj ovog predmeta nadilazi konkretnu situaciju podnositelja zahtjeva, za razliku od većine sličnih predmeta o protjerivanju o kojima je odlučivalo vijeće.“

77. Sud je sličan zaključak donio u presudi Velikog vijeća u predmetu *Paposhvili protiv Belgije* ([VV], br. 41738/10, 13. prosinca 2016.). U tom je predmetu utvrdio da je riječ o važnim pitanjima, osobito onima koja se odnose na tumačenje sudske prakse o protjerivanju teško bolesnih stranaca. Stoga je smatrao da utjecaj predmeta nadilazi konkretnu situaciju podnositelja zahtjeva (stavci 132. i 133.).

78. Sud primjećuje da je ovaj predmet podnesen Velikom vijeću u skladu s člankom 43. Konvencije, kojim je predviđeno da se predmet može podnijeti Velikom vijeću ako se u predmetu otvara „neko važno pitanje koje utječe na tumačenje ili primjenu Konvencije ili dodatnih protokola ili neki ozbiljan problem općeg značenja“. Napominje da je i u ovom predmetu riječ o važnim pitanjima, osobito u vezi s tumačenjem područja primjene i pretpostavki članka 4. Protokola br. 4 u odnosu na migrante koji pokušavaju neovlašteno ući u državu ugovornicu, iskorištavajući svoju brojnost. To je posebno važno u kontekstu „novih izazova“ s kojima se suočavaju europske države u pogledu kontrole imigracije, a koji su posljedica gospodarske krize i nedavnih društvenih i političkih promjena koje su imale poseban utjecaj na određene regije Afrike i Bliskog istoka (vidi gore citirani predmet *Khlaifia i drugi*, stavak 241.). Sudjelovanje brojnih trećih strana, i vlada i nevladinih organizacija (vidi stavak 12. ove presude), potvrđuje interes javnosti za ovaj predmet. Prema tome, utjecaj ovog predmeta nadilazi konkretnu situaciju podnositelja zahtjeva (vidi gore citirani predmet *F.G. protiv Švedske*, stavak 82.).

79. S obzirom na navedeno, Sud ponavlja da nema razloga doводити u sumnju vjerodostojnost informacija koje su dostavili punomoćnici podnositelja zahtjeva u pogledu istinitosti njihova kontakta s podnositeljima zahtjeva (vidi stavak 74. ove presude). U svakom slučaju, Sud smatra da

posebne okolnosti u pogledu poštovanja ljudskih prava zajamčenih Konvencijom i njezinim protokolima zahtijevaju da nastavi ispitivanje zahtjeva u skladu s člankom 37. stavkom 1. *in fine* Konvencije.

B. Ocjena dokaza i utvrđivanje činjenica od strane Suda

80. Vlada je ustvrdila da podnositelji zahtjeva nisu dokazali da su sudjelovali u pokušaju ulaska u Španjolsku na granici u Melilli u zoru 13. kolovoza 2014. godine. Komentirala je tvrdnju podnositelja zahtjeva da se prepoznaju na videosnimkama koje su dostavili (vidi stavak 27. ove presude). Temeljeći svoje tvrdnje na ocjenama vještaka, Vlada je kritizirala lošu kvalitetu predmetnih videosnimaka, zbog koje je, prema njezinu mišljenju, bilo nemoguće usporediti snimku s fotografijama u službenim arhivima identiteta, koje su provjerene kad su podnositelji zahtjeva naknadno ušli na španjolsko državno područje. Podnositelji zahtjeva nisu pružili dokaz o svom sudjelovanju u jurišanju na ograde, iako je na njima bio teret dokazivanja. U svakom slučaju, na temelju slika koje su dostavili podnositelji zahtjeva i s obzirom na ozljede i prijelome za koje su tvrdili da su ih pretrpjeli prije pokušaja ulaska, prvi podnositelj zahtjeva ne bi bio u stanju prijeći preko triju ograda, a drugi podnositelj zahtjeva, koji je navodno osjećao bol u koljenu, nije mogao biti osoba prikazana na dostavljenoj videosnimci, za koju se činilo da ima problema s petom i da joj je slomljena ruka. Vlada je osporila presudu vijeća u tom pogledu i tvrdila, pozivajući se na članak 34. Konvencije, da se zahtjevi trebaju proglasiti nedopuštenima zbog nepostojanja statusa žrtve.

81. U međuvremenu, podnositelji zahtjeva ustvrdili su da su prikupljeni dokazi – videozapisi jurišanja na ograde, za koje su tvrdili da se na njima prepoznaju među ostalim migrantima, i izvješća neovisnih međunarodnih institucija i organizacija – dostatni da dokažu da su doista bili dio skupine koja je pokušala ući u Španjolsku, penjući se preko ograde 13. kolovoza 2014. godine u velikom broju, i da su po kratkom postupku vraćeni u Maroko. Španjolska Vlada već je priznala postojanje sustavne prakse kolektivnog protjerivanja po kratkom postupku na graničnoj ogradi u Melilli. Podnositelji zahtjeva doveli su u pitanje neovisnost i kvalitetu izvješća koje je dostavila Vlada, tvrdeći da „usporedba“ nije moguća jer fotografije iz službenih arhiva identiteta koje je koristila Vlada nisu relevantne slike. Kritizirali su Vladu jer nije dostavila videosnimke infracrvenih sigurnosnih kamera i senzora pokreta postavljenih na ogradi u Melilli. Prema tvrdnjama podnositelja zahtjeva, te bi slike bile jasnije od onih koje su oni sami dostavili (vidi stavak 27. ove presude), a koje su snimile treće strane (novinari i drugi očevici), unatoč prijetnjama službenika *Guardia Civila* koji su ih pokušali spriječiti da snimaju.

82. Podnositelji zahtjeva primijetili su da je od iznimne važnosti za djelotvorno funkcioniranje sustava pojedinačnih zahtjeva da države dostave

sve potrebne sadržaje kako bi se omogućilo pravilno i djelotvorno ispitivanje zahtjeva (pozvali su se na predmet *Timurtaş protiv Turske*, br. 23531/94, stavak 66., ECHR 2000-VI). Primijetili su i da je, u svojoj presudi u predmetu *Hirsi Jamaa i drugi* (gore citiran), Sud posebnu važnost pridavao verziji podnositelja zahtjeva jer je bila potkrijepljena brojnim izjavama svjedoka koje su prikupili UNHCR, CPT i Human Rights Watch (stavak 203.), kao i u ovom predmetu (vidi, kao primjer, stavke 55 et seq. ove presude u vezi s izvješćima povjerenika za ljudska prava, CPT-a i posebnog predstavnika glavnog tajnika Vijeća Europe za migracije i izbjeglice). Tvrđili su da je njihova nemogućnost pružanja dodatnih dokaza o sudjelovanju u jurišanju na ograde 13. kolovoza 2014. godine rezultat nepridržavanja od strane španjolske Vlade postupaka za utvrđivanje identiteta i procjenu njihovih pojedinačnih okolnosti kako to zahtijeva članak 4. Protokola br. 4.

83. U svjetlu tvrdnji stranaka, Sud će sada ispitati prigovor Vlade da podnositelji zahtjeva nemaju status žrtve kao prethodno pitanje koje se odnosi na utvrđivanje činjenica.

84. U tom pogledu Sud primjećuje značajne razlike u verzijama činjenica stranaka. Pitanje je, stoga, je li Veliko vijeće uvjeren u istinitost izjava podnositelja zahtjeva o njihovu sudjelovanju u jurišanju na ograde 13. kolovoza 2014. godine, bez obzira na činjenicu da se dokazi koje su iznijeli ne doimaju uvjerljivima.

85. Prema sudskoj praksi Suda, raspodjela tereta dokazivanja i razina uvjerenosti koja je potrebna za donošenje određenog zaključka neodvojivo su povezane sa specifičnošću činjenica, prirodom iznesenih navoda i pravom iz Konvencije koje je dovedeno u pitanje (vidi, među drugim izvorima prava, *El Masri protiv bivše jugoslavenske republike Makedonije* [VV], br. 39630/09, stavak 151.). U tom kontekstu potrebno je imati na umu da neprovođenje utvrđivanja identiteta i nedostatak postupanja prilagođenog osobi od strane vlasti tužene države u ovom predmetu, što je doprinijelo poteškoćama s kojima su se podnositelji zahtjeva suočili prilikom iznošenja dokaza o svom sudjelovanju u događajima o kojima je riječ, predstavljaju samu bit predmeta prigovora podnositelja zahtjeva. Prema tome, Sud će pokušati utvrditi jesu li podnositelji zahtjeva iznijeli dokaze *prima facie* u prilog svojoj verziji događaja. Ako je to slučaj, teret dokazivanja trebao bi se prebaciti na Vladu (vidi, *mutatis mutandis*, gore citirani predmet *El-Masri*, stavak 152., i *Baka protiv Mađarske* [VV], br. 20261/12, stavak 149., 23. lipnja 2016.).

86. Sud napominje da su podnositelji zahtjeva pružili dosljedan opis svojih pojedinačnih okolnosti, svojih zemalja podrijetla, poteškoća koje su ih dovele do gore Gurugu i njihova sudjelovanja 13. kolovoza 2014. godine, s ostalim migrantima, u jurišanju na ograde postavljene na kopnenoj granici između Maroka i Španjolske (vidi stavke 24. et seq. ove presude), koje je neposredno odbio španjolski *Guardia Civil*. U prilog svojim tvrdnjama podnositelji zahtjeva dostavili su videosnimke na kojima je prikazano

jurišanje na ograde kako su ga oni opisali i na kojima se, prema njihovim tvrdnjama, prepoznaju. U međuvremenu, izvješća vještaka koja je Vlada dostavila poslužila su samo kako bi pokazala da nije moguće utvrditi identitet podnositelja zahtjeva na snimci, ali u njima nisu pobijene tvrdnje podnositelja zahtjeva.

87. Sud nadalje primjećuje da, kao što je navedeno u stavku 59. presude vijeća, Vlada nije opovrgnula da je došlo do protjerivanja po kratkom postupku od 13. kolovoza 2014. godine, a nedugo nakon događaja u ovom predmetu, čak je izmijenila Organski zakon o pravima i slobodama stranaca u Španjolskoj kako bi legalizirala tu praksu (vidi stavke 20 i 33. ove presude).

88. U takvim okolnostima i s obzirom na pozadinu ovog predmeta, Sud smatra da su podnositelji zahtjeva iznijeli dokaze *prima facie* o svom sudjelovanju u jurišanju na granične ograde u Melilli 13. kolovoza 2014. godine, koje Vlada nije uvjerljivo pobila. Posljedično, Sud odbija preliminarni prigovor Vlade o nepostojanju statusa žrtve i pretpostavit će da je verzija događaja koju su iznijeli podnositelji zahtjeva istinita.

II. PITANJE JURISDIKCIJE NA TEMELJU ČLANKA 1. KONVENCIJE

89. Člankom 1. Konvencije propisano je:

“Visoke ugovorne stranke osigurat će svakoj osobi pod svojom jurisdikcijom prava i slobode određene u odjeljku I. ove Konvencije.”

A. Presuda vijeća

90. Vijeće nije smatralo nužnim utvrditi nalaze li se ograde na koje su se podnositelji zahtjeva penjali na španjolskom ili marokanskom državnom području. Zauzelo je stav da su podnositelji zahtjeva, od trenutka kad su se spustili s ograde, bili pod stalnom i isključivom kontrolom, barem *de facto*, španjolskih vlasti. Nije bilo nikakvih čimbenika u pogledu ovlasti, funkcija i djelovanja španjolskih sigurnosnih snaga koji bi mogli dovesti do bilo kojeg drugog zaključka. Pozivajući se na presudu u predmetu *Hirsi Jamaa i drugi* (gore citiran), vijeće je stoga zaključilo da su, u svakom slučaju, navodne činjenice bile pod španjolskom „jurisdikcijom“ u smislu članka 1. Konvencije.

B. Tvrđnje stranaka

91. Vlada je osporila tvrdnju da je Španjolska odgovorna za događaje na graničnom području koje razdvaja Kraljevinu Maroko i Kraljevinu Španjolsku. Potvrdila je da su ograde postavljene na španjolskom državnom području. Međutim, ustvrdila je da tri ograde na granici u Melilli predstavljaju „operativnu granicu“ namijenjenu sprječavanju neovlaštenog

ulaska nedržavljana. Nakon uvođenja sustava granične kontrole, Španjolska je ograničila svoju „jurisdikciju“, koja je započinjala nakon policijske linije koja čini dio „mjera protiv osoba koje su nezakonito prešle granicu“ u smislu članka 13. Zakonika o schengenskim granicama. Drugim riječima, njezina se jurisdikcija primjenjuje tek kad migranti prijeđu sve tri ograde koje predstavljaju sustav granične kontrole i prođu policijsku liniju (vidi stavke 15. et seq. ove presude). Prema tvrdnjama Vlade, tek tada Španjolska ima obvezu na temelju Konvencije utvrditi identitet dotičnih osoba i poštovati postupovne mjere zaštite koje se primjenjuju na postupke protjerivanja. U suprotnom bi došlo do „učinka pozivanja“, koji bi mogao prerasti u humanitarnu krizu velikih razmjera.

92. Vlada je tvrdila da podnositelji zahtjeva, nakon što su se popeli na ograde, nisu sami sišli s „unutarnje“ ograde (treća ograde, na španjolskoj strani), već su ih uhitili službenici *Guardia Civila* i prepratili natrag u Maroko. Budući da nisu prešli policijsku liniju, nisu bili pod punom jurisdikcijom Španjolske.

93. Podnositelji zahtjeva zauzeli su stav da jurisdikcija Španjolske u ovom predmetu nije upitna s obzirom na to da se ograde nalaze na španjolskom državnom području, što je potvrdila i Vlada. Koncept nadležnosti jedne države u načelu je teritorijalan. Pretpostavka je da se ostvaruje u normalnim okolnostima na cijelom teritoriju države. (Podnositelji se pozivaju na to u predmetu *Hirsi Jamaa i drugi*, citiran gore, stavak 71). Iznimke od tog načela nisu moguće.

94. U svakom slučaju, udaljavanje ... radi sprječavanja migranata da dođu do granica države, ili čak radi potiskivanja u drugu državu, predstavlja ostvarivanje nadležnosti u smislu članka 1. Konvencije, koji podrazumijeva odgovornost date države prema članku 4. Protokola 4. (ibid., stavak 180.). Ako se radi o kontroli nad drugim od strane državnih službenika, tu kontrolu dotična država izvršava nad dotičnim pojedincima (ibid., stavak 77.).

C. Očitovanja trećih strana

95. Francuska Vlada nije se složila s ocjenom vijeća o prirodi kontrole koja je izvršena nad podnositeljima zahtjeva, zauzimajući stav da podnositelji zahtjeva nisu bili pod jurisdikcijom španjolske države u smislu članka 1. Konvencije. Prema njezinu mišljenju, „djelotvorna i stalna“ kontrola za potrebe sudske prakse Suda podrazumijeva određeno trajanje i stvarnu kontrolu (fizičku ili u obliku ovlasti) nad dotičnim osobama. Oblik kontrole koji je, kao u ovom predmetu, bio ograničen na kratku, ograničenu intervenciju u kontekstu djelovanja radi obrane kopnenih granica zemlje i zaštite nacionalne sigurnosti, prema njezinoj tvrdnji, nije mogao dovesti do izvanteritorijalne primjene Konvencije.

96. Sa svoje strane, talijanska je Vlada napomenula da podnositelji zahtjeva nisu boravili na državnom području španjolske države. Naglasila je

da se Direktiva 2008/115/EZ (Direktiva o vraćanju) primjenjuje samo na državljane trećih zemalja koji nezakonito borave na državnom području države članice. Pozvala se na pravila Europske unije i, posebice, na Zakonik o schengenskim granicama (vidi stavke 45. et seq. ove presude), kojima je propisano da države članice u kojima se nalaze vanjske granice EU-a provode strog nadzor granica.

97. Belgijska Vlada ustvrdila je da činjenično stanje predmeta spada isključivo u opseg nadzora vanjskih granica schengenskog prostora. Ako država članica provodi nadzor granica, od nje se ne može zahtijevati da dopušta ulazak osoba koje pokušavaju nezakonito prijeći granicu. Ako su takve osobe vraćene – neovisno o tome jesu ili nisu presretnute – ne može se reći da su ušle na državno područje dotične države i došle pod njezinu jurisdikciju. Zaključci o pitanju jurisdikcije u predmetima *Hirsi Jamaa i drugi* i *Khlaifia i drugi* ne mogu se prenijeti u ovaj predmet jer međunarodno pomorsko pravo, koje je u tim predmetima imalo ključnu ulogu, nije primjenjivo u ovom predmetu.

98. Nedržavni umješači treće strane tvrdili su u postupcima pred vijećem i Velikim vijećem da se na graničnom području primjenjuje španjolska jurisdikcija. Neki od njih posebice su osporavali protokol aktivnosti granične kontrole *Guardia Civila* od 26. veljače 2014. godine i službeni nalog br. 6/2014 od 11. travnja 2014. godine, kojima je isključena primjena zakonodavstva o pravima stranaca na graničnom području i nadležnost Španjolske u tom pogledu, osim ako se predmetni migranti spuste s unutarnje ograde i prijeđu policijsku liniju. Istaknuli su da je to zemljište pod jurisdikcijom Španjolske prema domaćem i međunarodnom pravu u svim drugim kontekstima.

99. CEAR je tvrdio da je u ovom predmetu primjenjiva španjolska nadležnost, pronalazeći uporište posebice u odlomcima iz godišnjih izvješća Ureda španjolskog pučkog pravobranitelja koja su izložena u stavcima 39 et seq. ove presude.

100. Centar AIRE, Amnesty International, ECRE, Međunarodna komisija pravnik i Nizozemsko vijeće za izbjeglice, koji su dostavili zajedničko očitovanje kao umješači (treće strane), citirali su presudu u predmetu *Hirsi Jamaa i drugi* (gore citiran, stavak 180.) u smislu da je „udaljavanje stranaca izvršeno u kontekstu presretanja na otvorenom moru, koje izvrši država u ostvarivanju svoje suverene vlasti radi sprječavanja migranata da dođu do granica države, ili čak potiskivanje u drugu državu, predstavlja[lo] ostvarivanje nadležnosti u smislu članka 1. Konvencije, koji podrazumijeva odgovornost date države prema članku 4. Protokola br. 4“. Prema njihovu mišljenju, isto mora vrijediti u slučajevima kada je osobama koje su nezakonito došle u Španjolsku bio odbijen ulazak u zemlju (pozvali su se na gore citirani predmet *Sharifi i drugi*, stavak 212.). Te su osobe bile pod djelotvornom kontrolom vlasti te države, neovisno o tome jesu li se nalazile unutar državnog područja države ili na njezinim kopnenim granicama.

101. U postupku pred vijećem, Visoki povjerenik Ujedinjenih naroda za ljudska prava naglasio je da mjere nadzora granica nisu izuzete od pojma jurisdikcije i da su međunarodne obveze u pogledu ljudskih prava u tom smislu u potpunosti primjenjive.

D. Ocjena suda

1. Opća načela

102. Na temelju članka 1. Konvencije, obveza država ugovornica je da moraju „osigurati“ („*reconnaître*“ na francuskom jeziku) svakoj osobi pod svojom „jurisdikcijom“ prava i slobode određene u Konvenciji (vidi *Soering protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, 7. srpnja 1989., stavak 86., Serija A br. 161, i *Banković i drugi protiv Belgije i drugih* (odl.), [VV], br. 52207/99, stavak 66., ECHR 2001-XII). Članak 1. ne pravi razliku u pogledu vrste dotičnog pravila ili mjere i ne isključuje nijedan dio „jurisdikcije“ država članica iz nadzora na temelju Konvencije (vidi *Ujedinjena komunistička partija Turske i drugi protiv Turske*, 30. siječnja 1998., stavak 29., *Izvešća* 1998-I, i *Matthews protiv Ujedinjenog Kraljevstva* [VV], br. 24833/94, stavak 29., ECHR 1999-I). Izvršavanje nadležnosti (*exercise of jurisdiction*) nužan je uvjet da bi ta država ugovornica bila odgovorna za djela ili propuste koji joj se mogu pripisati, a koji dovode do navoda o kršenju ljudskih prava i sloboda utvrđenih u Konvenciji (vidi *Ilaşcu i drugi protiv Moldavije i Rusije* [VV], br. 48787/99, stavak 311., ECHR 2004-VII).

103. Jurisdikcijska nadležnost države na temelju članka 1. prvenstveno je teritorijalna (vidi gore citirani predmet *Banković i drugi*, stavak 59.; gore citirani predmet *Ilaşcu i drugi*, stavak 312.; i *Güzelyurtlu i drugi protiv Cipra i Turske* [VV], br. 36925/07, stavak 178., 29. siječnja 2019.). Pretpostavlja se da se normalno izvršava na cijelom državnom području države. Samo u iznimnim okolnostima ta se pretpostavka može ograničiti, osobito ako je država spriječena u izvršavanju svojih ovlasti na dijelu svog državnog područja (vidi *Assanidze protiv Gruzije* [VV], br. 71503/01, stavci 137. - 39., ECHR 2004-II, i gore citirani predmet *Ilaşcu i drugi*, stavci 312. - 13. i 333.).

2. Primjena na ovaj predmet

104. Sud na početku napominje da nije sporno da su se događaji o kojima je riječ zbili na španjolskom državnom području. Štoviše, Vlada je potvrdila da su tri granične ograde u Melilli postavljene na njezinu državnom području. Međutim, pozvala se na iznimku od teritorijalne nadležnosti koja obuhvaća ne samo svako zemljište između marokansko-španjolske granice i vanjske ograde sustava zaštite granice u Melilli već i mjesto silaska s „unutarnje“ (treće) ograde (na španjolskoj strani) i područje između te ograde i policijske linije, sve do mjesta prelaska te linije.

105. Budući da se pretpostavlja da se nadležnost neke države izvršava na cijelom njezinom državnom području, pitanje koje je potrebno odgovoriti je može li španjolska država, pozivajući se na izvanredne okolnosti kao što je to i učinila, izmijeniti ili smanjiti opseg svoje nadležnosti, pozivajući se na „iznimku od nadležnosti“ koja se primjenjuje na dio njezina državnog područja na kojem su se odvijali događaji o kojima je riječ.

106. U tom pogledu, Sud na početku primjećuje da u njegovoj sudskoj praksi nisu dopuštene teritorijalne iznimke (vidi gore citirane predmete *Matthews*, stavak 29., i *Assanidze*, stavak 140.) osim u slučaju navedenom u članku 56. stavku 1. Konvencije (ovisna područja), koji nije primjenjiv u ovom predmetu. Međutim, Sud je ranije potvrdio da se države koje čine vanjske granice schengenskog prostora trenutačno suočavaju sa značajnima poteškoćama zbog povećanog priljeva migranata i tražitelja azila (vidi *M.S.S. protiv Belgije i Grčke* [VV], br. 30696/09, stavak 223., ECHR 2011; gore citirani predmet *Hirsi Jamaa i drugi*, stavak 122.; i gore citirani predmet *Sharifi i drugi*, stavak 176.), ali nije donosio nikakve zaključke u pogledu nadležnosti dotičnih država.

107. U ovom se predmetu Vlada pozvala na poteškoće pri rješavanju nezakonite imigracije kroz enklavu Melillu, a osobito jurišanja na granične ograde od strane skupina koje uglavnom čini nekoliko stotina državljana treće zemlje. Međutim, nije navela da je ta situacija sprječava u izvršavanju punih ovlasti nad tim dijelom državnog područja. Doista je jasno da su španjolske vlasti ondje same djelovale, kao što je vidljivo iz spisa i videosnimaka koje su dostavile stranke, na kojima se vidi da su španjolski službenici odgovorni za provođenje zakona pomogli dotičnim migrantima da se spuste s ograda.

108. Stoga, Sud ne može razlučiti nikakvu „ograničavajuću *de facto* situaciju“ ili „objektivne činjenice“ koje bi mogle ograničiti djelotvorno izvršavanje ovlasti španjolske države nad njezinim državnim područjem na granici u Melilli i, u skladu s tim, pobiti „pretpostavku nadležnosti“ u odnosu na podnositelje zahtjeva (vidi gore citirani predmet *Ilaşçu i drugi*, stavci 313. i 333.).

109. Sud nadalje ponavlja da se mora smatrati da pojam „jurisdikcije“ u smislu članka 1. Konvencije odražava značenje tog izraza u međunarodnom javnom pravu (vidi gore citirane predmete *Ilaşçu i drugi*, stavak 312., i *Assanidze*, stavak 137.). Prema tom pravu, postojanje ograde koja se nalazi na određenoj udaljenosti od granice ne ovlašćuje državu da jednostrano isključi, izmijeni ili ograniči svoju teritorijalnu nadležnost, koja počinje na liniji koja čini granicu. Nadalje, u pogledu tvrdnje određenih umješaca treće strane da je u pravu EU-a propisano da države članice moraju štititi vanjske granice EU-a na temelju Zakonika o schengenskim granicama (vidi stavke 45. i 46. ove presude), Sud primjećuje da je u članku 1., članku 2. stavku 2. točki (a) i članku 4. stavicima 3. i 4. Direktive o vraćanju jasno navedeno da države mogu donijeti ili zadržati odredbe koje su povoljnije za osobe na koje se primjenjuju, a da njihove odluke i postupanja u tom pogledu ne spadaju u

područje nadležnosti Europske unije (vidi stavak 47. ove presude). Nadalje, to zakonodavstvo EU-a ne utječe na španjolsku jurisdikciju prema međunarodnom pravu. Osim toga, kako je propisano člankom 27. Bečke konvencije o pravu međunarodnih ugovora, stranka se ne može pozivati na odredbe svoga unutrašnjeg prava da bi opravdala neizvršavanje međunarodnog ugovora (vidi stavak 61. ove presude).

110. Nadalje, Sud je već naveo da posebna priroda konteksta u kojem se odvijaju migracije ne može opravdati područje izvan zakona, gdje pojedinci nisu pokriveni nikakvim pravnim sustavom koji bi im mogao osigurati uživanje prava i garancija Konvencije, koja su se države obavezale da će osigurati za sve pod svojom nadležnošću (vidi, *mutatis mutandis*, *Hirsi Jamaa i drugi*, citiran gore, stavak 178). Kao ustavni instrument europskog javnog poretka (vidi *Loizidou protiv Turske* (preliminarni prigovor), 23. ožujka 1995., stavak 75., Serija A br. 310, i *Al-Skeini i drugi protiv Ujedinjenog Kraljevstva* [VV], br. 55721/07, stavak 141., ECHR 2011), Konvencija se ne može selektivno ograničiti samo na dijelove državnog područja države umjetnim smanjenjem područja primjene njezine teritorijalne nadležnosti. Ako bi se donio drugačiji zaključak, pojam djelotvorne zaštite ljudskih prava na kojem se temelji cijela Konvencija postao bi besmislen (vidi gore citirani predmet *Assanidze*, stavak 142.).

111. Prema tome, događaji koji su doveli do navodnih povreda spadaju pod „jurisdikciju“ Španjolske u smislu članka 1. Konvencije. Slijedom toga, Sud odbija Vladin prigovor o nenadležnosti.

III. OSTALI PRELIMINARNI PRIGOVORI VLADE

A. Navodni gubitak statusa žrtve podnositelja zahtjeva

112. Vlada je ustvrdila da su podnositelji zahtjeva, čak i pretpostavljajući da su doista oni osobe koje se vide na videosnimkama (vidi stavke 80.-88. ove presude), prestali imati status žrtve jer su, nekoliko mjeseci kasnije, uspjeli nezakonito ući na španjolsko državno područje i protiv njih su izdani nalozi o protjerivanju u okviru postupaka u kojima su, prema mišljenju Vlade, poštovane sve potrebne mjere zaštite (vidi stavke 28. et seq. ove presude). Nadalje, do trenutka kad su podnijeli zahtjeve Sudu, podnositelji zahtjeva već su bili predmet navedenih pojedinačnih postupaka protjerivanja. Samo je prvi podnositelj zahtjeva nakon toga podnio zahtjev za azil, iako je obojici podnositelja zahtjeva pružena pomoć pravnika i tumača. Stoga su prestali imati status žrtve kada su uspješno ušli u Španjolsku krajem 2014. godine, a da nisu u potpunosti iskoristili postupke koji su im bili na raspolaganju. U skladu s tim, prema mišljenju Vlade, zahtjevi bi se trebali izbrisati s liste predmeta na temelju članka 37. stavka 1. točaka (b) i (c) Konvencije.

113. U pogledu upravnih postupaka protjerivanja započetih 2015. godine, podnositelji zahtjeva naglasili su da se njihovi zahtjevi odnose samo na

protjerivanja po kratkom postupku od 13. kolovoza 2014. godine, a ne na naknadne postupke koje je navela Vlada, a koji su pokrenuti na temelju različitih činjenica.

114. U slučaju navodnog protjerivanja kao što je ono u ovom predmetu, Sud ne može uzeti u obzir događaje koji su se dogodili nakon zasebnog prelaska granice. Slijedom toga, odbija zahtjev Vlade za brisanje predmeta s njegove liste na toj osnovi.

B. Iscrpljivanje domaćih pravnih sredstava

1. Vlada

115. Prema tvrdnji Vlade, oba podnositelja zahtjeva mogla su pokušati pribaviti vize za ulazak za Španjolsku u svojim zemljama podrijetla, na temelju članka 27. stavka 1. LOEX-a (vidi stavak 32. ove presude). Prvi je podnositelj zahtjeva, konkretno, mogao zatražiti posebnu radnu vizu u skladu s Okvirnim sporazumom o suradnji u području imigracije između Španjolske i Malija od 23. siječnja 2007. godine. Između 2015. i 2017. godine izdane su 34 radne vize malijskim državljanima i 31 državljanima Obale Bjelokosti. Podnositelji zahtjeva mogli su i podnijeti zahtjeve za azil u Maroku ili u bilo kojem španjolskom konzulatu u zemljama kroz koje su prolazili na putu u Maroko, među ostalim i u svojim zemljama podrijetla (članak 38. Zakona 12/2009 od 30. listopada 2009. o azilu i supsidijarnoj zaštiti, vidi stavak 34. ove presude). Isto tako, mogli su podnijeti zahtjeve u španjolskom veleposlanstvu u Rabatu, konzulatu u Nadoru (16,8 km od Melille) ili na službenom graničnom prijelazu Beni Enzar, odakle bi bili odvedeni u policijsku postaju u Melilli (članak 21. stavak 1. Zakona 12/2009, gore citiran).

116. Vlada je primijetila i da nalozi za protjerivanje podnositelja zahtjeva nisu bili osporeni na upravnim sudovima i da je samo prvi podnositelj zahtjeva podnio zahtjev za azil, isključivo s namjerom da zaustavi izvršenje svog protjerivanja. Zahtjev je odbačen nakon što su dostavljena dva izvješća UNHCR-a u kojima je donesen zaključak da ne postoje osnove za odobrenje azila. Budući da nije podnesena nikakva žalba u upravnom postupku protiv naloga o protjerivanju, nalog je izvršen 31. ožujka 2015. godine i prvi podnositelj zahtjeva vraćen je u Mali. Što se tiče drugog podnositelja zahtjeva, on nije osporio odluku od 23. veljače 2015. godine o odbijanju njegove žalbe u upravnom postupku protiv naloga za njegovo protjerivanje, unatoč činjenici da je, kao i prvi podnositelj zahtjeva, bio zastupan po odvjetniku (vidi stavke 28. et seq. ove presude).

2. Podnositelji zahtjeva

117. Prema tvrdnji podnositelja zahtjeva, nije postojao nikakav mehanizam koji bi im omogućio zakonit pristup španjolskom državnom

području kako bi ondje podnijeli zahtjeve za azil. Tvrdili su da službeni granični prijelaz Beni Enzar nije dostupan migrantima iz supsaharske Afrike. Prema izvješćima koja su dostavili podnositelji zahtjeva i neki umješači treće strane u postupku pred Velikim vijećem, marokanske su vlasti u praksi ograničile pristup tom prijelazu. Prema tvrdnji podnositelja zahtjeva, jedine mogućnosti koje su im bile dostupne za ulazak u Španjolsku uključivale su penjanje na ograde ili nezakonit prelazak granice uz pomoć krijumčara.

118. Podnositelji zahtjeva tvrdili su da marokanske vlasti nisu priznavale nijedan mehanizam međunarodne zaštite do 2013. godine. U razdoblju od 2013. do 2014. godine, kada je Marokanski ured za izbjeglice i osobe bez državljanstva (BRA) nastavio s radom, njegove aktivnosti bile su ograničene na reguliranje statusa izbjeglica koje je UNHCR u međuvremenu priznao. Isto tako, u Mauretaniji nije postojao djelotvoran sustav zaštite izbjeglica (kojim upravlja ili sama država ili UNHCR), a situacija je bila ista i u Alžiru. U Maliju, nacionalni sustav azila, koji je postojao u teoriji, ali je djelovao na diskrecijskoj osnovi, nije stavio na raspolaganje nikakve podatke o zahtjevima za azil; štoviše, UNHCR je prekinuo je svoje aktivnosti ondje 2002. godine. Nadalje, navedene zemlje – Maroko, Alžir, Mauretanija i Mali – nisu bile na popisu sigurnih zemalja u tom pogledu. Prema mišljenju podnositelja zahtjeva, mogućnost podnošenja zahtjeva za međunarodnu zaštitu u trećim zemljama nije predstavljala djelotvorno pravno sredstvo i u svakom slučaju nije ni postojala. Predmetna pravna sredstva trebala su biti dostupna, djelotvorna i imati odgovdni učinak, te biti dokazano izvediva s obzirom na kolektivnu prirodu protjerivanja; to očito nije bio slučaj.

119. Podnositelji zahtjeva naglasili su da se njihovi zahtjevi odnose na protjerivanja po kratkom postupku od 13. kolovoza 2014. godine, a ne na naknadne postupke koje je navela Vlada, a koji su se odnosili na različite činjenice. U svakom slučaju, samo su domaća pravna sredstva koja su imala odgovdni učinak, i stoga su se smatrala djelotvornima, morala biti iscrpljena. Prema tvrdnji podnositelja zahtjeva, članak 4. Protokola br. 4 uz Konvenciju i članak 13. Konvencije usko su povezani (pozvali su se na predmet *Gruzija protiv Rusije (I)* [VV], br. 13255/07, stavak 212., ECHR 2014 (izvadci)). Što se tiče njihova protjerivanja po kratkom postupku 13. kolovoza 2014. godine, nisu imali pristup nikakvom djelotvornom pravnom sredstvu koje bi mogli iskoristiti prije ili nakon izvršenja naloga za njihovo protjerivanje.

3. Ocjena Suda

120. Sud primjećuje da je Vlada izložila različite postupke koji su, kako tvrdi, bili na raspolaganju podnositeljima zahtjeva kako bi zakonito ušli na španjolsko državno područje s vizom za ulazak ili ugovorom o radu ili kao tražitelji azila (vidi stavak 115. ove presude). U svjetlu prigovora podnositelja zahtjeva da su bili podvrgnuti kolektivnom protjerivanju, postupci koje je predložila Vlada ne mogu se smatrati djelotvornim pravnim sredstvima u odnosu na navodnu povredu. Sama Vlada izložila ih je kao alternativu

nezakonitom ulasku, a ne kao pravna sredstva. To će se pitanje dalje ispitati u nastavku.

121. Nadalje, u mjeri su kojoj se Vlada poziva na naloge o protjerivanju izdane nakon događaja koji se razmatraju u ovim zahtjevima i na postupak azila koji je prvi podnositelj pokrenuo 2015. godine dok je još bio u Španjolskoj (vidi stavke 112. et seq. ove presude), Sud je već utvrdio (vidi stavak 114. ove presude) da, iako podnositelji zahtjeva nisu iscrpili dostupna pravna sredstva u odnosu na naloge o protjerivanju ili odbijanje azila, ta pitanja ne predstavljaju bit stvari ovog predmeta, koji se odnosi na navodno kolektivno protjerivanje nakon događaja od 13. kolovoza 2014. godine.

122. Prigovor Vlade zbog neiscrpljenja stoga se mora odbiti.

IV. NAVODNA POVREDA ČLANKA 4. PROTOKOLA BR. 4 UZ KONVENCIJU

123. Podnositelji zahtjeva tvrdili su da su bili izloženi kolektivnom protjerivanju, a da nije provedena pojedinačna procjena njihovih okolnosti ni bilo kakav postupak niti im je pružena pravna pomoć. Prema njihovu mišljenju, ta situacija odražavala je sustavnu politiku udaljavanja migranata bez prethodnog utvrđivanja identiteta, koje u relevantno vrijeme nije imalo nikakvu pravnu osnovu. Naveli su da se ovi zahtjevi ne odnose na pravo na ulazak na državno područje neke države, već na pravo na pojedinačni postupak kako bi se protjerivanje moglo osporiti. U tom pogledu pozvali su se na članak 4. Protokola br. 4 uz Konvenciju, koji glasi:

„Kolektivno protjerivanje stranaca je zabranjeno.“

A. Presuda vijeća

124. Vijeće je utvrdilo da je preliminarni prigovor Vlade u pogledu primjenjivosti *ratione materiae* članka 4. Protokola br. 4 u ovom predmetu usko povezan s biti prigovora podnositelja zahtjeva i trebao bi se spojiti s osnovanošću predmeta. Vijeće nije smatralo potrebnim utvrditi jesu li podnositelji zahtjeva udaljeni nakon ulaska na španjolsko državno područje ili prije nego što su uspjeli ući kako je tvrdila Vlada. Presudilo je da, ako presretanja na otvorenom moru spadaju u okvir članka 4. Protokola br. 4 (vidi gore citirane predmete *Hirsi Jamaa i drugi*, stavak 180., i *Sharifi i drugi*, stavak 212.), isto mora vrijediti i za odbijanje ulaska na državno područje u odnosu na osobe koje nezakonito dolaze u Španjolsku. Vijeće je iz toga zaključilo da se predmet doista odnosi na „protjerivanje“ u smislu članka 4. Protokola br. 4 (vidi stavke 98. et seq., i osobito stavke 102. - 05. presude vijeća). Što se tiče osnovanosti prigovora koji se odnosi na „kolektivnu“ prirodu protjerivanja, vijeće je zaključilo da je, budući da su mjere udaljavanja bile poduzete bez provođenja bilo kakvog postupka i bez ikakve

procjene pojedinačnih okolnosti podnositelja zahtjeva ili bilo kakvog prethodnog donošenja upravne ili sudske odluke, njihovo protjerivanje doista bilo kolektivno, u suprotnosti s navedenom odredbom.

B. Tvrdnje stranaka pred Velikim vijećem

1. Vlada

125. Vlada je ustvrdila da je sudskom praksom Suda prošireno područje primjene članka 4. Protokola br. 4 i tvrdila je da predmetna odredba nije primjenjiva u ovom predmetu.

126. Prema mišljenju Vlade, predmetna odredba primjenjiva je na strance koji mirnim putem dolaze na državno područje neke države. U tom se kontekstu Vlada pozvala na članak 51. Povelje UN-a, u kojem je sadržano prirodno pravo država na individualnu ili kolektivnu samoobranu u slučaju oružanog napada na neku državu članicu. Prema tvrdnji Vlade, člankom 4. Protokola br. 4 nadalje je propisano da mora postojati opasna situacija za podnositelje zahtjeva (bilo u njihovoj zemlji podrijetla bilo zato što su stigli morskim putem) kao i nemogućnost podnositelja da podnesu zahtjev za azil ili zakonit ulazak jer se još ne nalaze na državnom području navedene države.

127. Članak 4. Protokola br. 4 stoga nije primjenjiv kad ne postoji opasnost za podnositelje zahtjeva i/ili kada postoje mogući načini za podnošenje zahtjeva za azil ili ulazak iz sigurne zemlje. Vlada se u tom pogledu pozvala na stavke 177. i 174. presude u predmetu *Hirsi Jamaa i drugi* (gore citiran) i naglasila je činjenicu da su podnositelji zahtjeva u ovom predmetu migranti koji su pokušali nezakonito ući u Španjolsku, prelazeći kopnenu granicu. Podnositelji zahtjeva nisu pružili nikakav dokaz da su spadali u neku od međunarodno priznatih kategorija za odobravanje azila.

128. Vlada je tvrdila da se načelo *non-refoulement* može primijeniti samo na osobe koje su u opasnosti ili se suočavaju s nekim od rizika priznatih prema međunarodnom pravu. Podnositelji zahtjeva u ovom predmetu nisu se suočavali s nekim takvim rizikom u Maroku, kako je Sud potvrdio u svojoj odluci kojom je prigovor na temelju članka 3. proglasio nedopuštenim. Štoviše, čak i nakon što su uspjeli ući u Španjolsku, podnositelji zahtjeva azil su zatražili prekasno (N.D.) ili ga uopće nisu zatražili (N.T.). Prema mišljenju Vlade, iz tog razloga se ne mogu smatrati tražiteljima azila. Podnositelji zahtjeva došli su iz sigurnih trećih zemalja, nisu bili izloženi riziku i mogli su zakonito ući u Španjolsku da su podnijeli zahtjeve za azil u španjolskom veleposlanstvu ili konzulatima u Maroku (vidi stavak 34. ove presude) ili u drugim zemljama kroz koje su putovali, ili na ovlaštenom graničnom prijelazu u Beni Enzaru. Podredno, mogli su iz svojih zemalja podrijetla pribaviti ugovore o radu u Španjolskoj. Vlada se u tom pogledu pozvala na izvješće policijske uprave u Melilli od 18. prosinca 2015. godine, u kojem je navedeno da je u Beni Enzaru od 1. siječnja do 31. kolovoza 2014. godine

podneseno šest zahtjeva za azil i da su, nakon što su španjolske vlasti u Beni Enzaru otvorile ured za registraciju zahtjeva za azil 1. rujna 2014. godine, na istom mjestu podnesena 404 zahtjeva tijekom posljednja četiri mjeseca te godine. Vlada je navela da bi „prije nego što je izgrađena i postavljena Posebna jedinica za međunarodnu zaštitu u [Beni Enzaru], podnositelj zahtjeva za azil bio obaviješten o svojim pravima, uz pomoć tumača i besplatnog specijaliziranog odvjetnika kojeg je imenovala Odvjetnička komora. Zatim bi bio odvezen u otvoreni Centar za privremeni boravak migranata, gdje bi njegove osnovne potrebe bile zadovoljene. Zdravstvene službe, socijalne službe i NVO-i također obavljaju svoj rad u tim centrima“. Prema mišljenju Vlade, podnositelji zahtjeva sudjelovali su u nezakonitom jurišanju na granične ograde u pokušaju da uđu na španjolsko državno područje bez korištenja određenih graničnih prijelaza. Nadalje, migracijski pritisci bili su posebno intenzivni 2014. godine zbog naglog širenja mreža krijumčara koji su organizirali opetovane, masovne i nasilne napade na ograde kako bi ušli u Španjolsku kroz Melillu.

129. Prema mišljenju Vlade, pravo na ulazak na španjolsko državno područje kako su ga potraživali podnositelji zahtjeva, odnosno pravo na ulazak na bilo kojem mjestu na granici bez podvrgavanja bilo kakvoj provjeri, protivno je sustavu Konvencije i predstavlja prijetnju uživanju ljudskih prava i od strane građana država članica i od strane migranata, a istovremeno osigurava značajnu zaradu kriminalnim organizacijama koje se bave trgovinom ljudima. Vlada je tvrdila da bi odluka Suda kojom se takvo protupravno postupanje legitimizira stvorila neželjeni „učinak pozivanja“ i rezultirala migracijskom krizom koja bi imala razorne posljedice za zaštitu ljudskih prava.

130. U tom pogledu, člancima 72. i 79. samog UFEU-a (vidi stavak 43. ove presude) propisano je da politike o provjerama na granici, azilu i imigraciji ne smiju utjecati na izvršavanje odgovornosti koju države članice imaju u pogledu očuvanja javnog poretka i zaštite unutarnje sigurnosti. Prema tvrdnji Vlade, poštovanje obveza koje proizlaze iz Konvencije i iz članka 4. Protokola br. 4 spojivo je s održavanjem sustava za zaštitu granica Španjolske.

131. Vlada se pozvala na posebna pravila za Ceutu i Melillu utvrđena u desetoj dodatnoj odredbi LOEX-a, kako je izmijenjen i dopunjen gore citiranim Organskim zakonom 4/2015 (vidi stavak 33. ove presude). Kao suverena država koja pripada Europskoj uniji i čini dio vanjske schengenske granice, Španjolska ima dužnost štiti, nadzirati i čuvati svoje granice. Stoga ta dužnost nadilazi isključivo nacionalni kontekst i predstavlja odgovornost prema Europskoj uniji u cjelini.

132. Vlada je tvrdila da, u svakom slučaju, činjenice u ovom predmetu ne predstavljaju „kolektivno protjerivanje stranaca“ jer, kako bi došla u područje primjene članka 4. Protokola br. 4, predmetna mjera mora predstavljati „protjerivanje“ osoba koje se nalaze na državnom području tužene države. Po

njezinu mišljenju, ovaj se predmet ne odnosi na „protjerivanje“, već na sprječavanje nezakonitog ulaska na španjolsko državno područje. Naglasila je jasnu razliku u Zakoniku o schengenskim granicama između sprječavanja ulaska u državu članicu Europske unije i postupka kojeg se treba pridržavati u odnosu na osobe koje su uspjele nezakonito ući.

133. Vlada je dodala da protjerivanje mora biti i „kolektivno“ (odnosno, mora utjecati na skupinu osoba povezanih istim spletom okolnosti, svojstvenih toj skupini), te se mora primjenjivati na „strance“.

134. Osparavala je zaključke u presudi vijeća u mjeri u kojoj, prema njezinu mišljenju, nije postojalo pravo na ulazak u određenu državu bez korištenja graničnih prijelaza. U prilog svojoj tvrdnji navela je Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima, Opću deklaraciju o ljudskim pravima i članke 2. i 3. Protokola br. 4 uz Konvenciju. Pozvala se i na stavak 184. presude u predmetu *Hirsi Jamaa i drugi* (gore citiran), prema kojem je Sud u svojoj sudskoj praksi o članku 4. Protokola br. 4 uzimao u obzir pitanje može li se nedostatak pojedinačne odluke o udaljavanju pripisati kažnjivom ponašanju dotične osobe (Vlada je navela predmete *Berisha i Haljiti protiv bivše jugoslavenske republike Makedonije* (odl.), br. 18670/03, ECHR 2005-VIII (izvadci), i *Dritsas i drugi protiv Italije* (odl.), br. 2344/02, 1. veljače 2011.). Zatražila je od Suda da utvrdi da su zahtjevi nedopušteni ili, ako to nije moguće, da nije došlo do povrede članka 4. Protokola br. 4 ili članka 13. Konvencije.

2. Podnositelji zahtjeva

135. Pozivajući se na *travaux préparatoires* Protokola br. 4, citirane u predmetu *Hirsi Jamaa i drugi* (gore citiran, stavci 171. i 174.), podnositelji zahtjeva primijetili su da nije moguće razlikovati izbjeglice i osobe koje nisu izbjeglice ili zakonite i nezakonite migrante u pogledu zaštite koju jamči članak 4. Protokola br. 4. Napomenuli su da je Odbor stručnjaka zadužen za sastavljanje Protokola izričito naveo da se izraz „stranci“ odnosi na „sve one koji [nisu] ima[li] stvarno pravo na državljanstvo u nekoj državi, neovisno o tome [jesu li] samo [prolazili] kroz neku zemlju ili [su] ondje ima[li] boravište ili prebivalište, neovisno o tome jesu li [bili] izbjeglice ili su [ušli] u zemlju na vlastitu inicijativu, ili neovisno o tome jesu li [bili] osobe bez državljanstva ili [su imali] neko drugo državljanstvo“ (*travaux préparatoires*, članak 61., stavak 34.). To se stajalište odražava u sudskoj praksi Suda (podnositelji zahtjeva pozvali su se na gore citirane predmete *Sharifi i drugi*, stavak 211., i *Gruzija protiv Rusije (I)*) i međunarodnom pravu, u kojima primjenjivost zabrane kolektivnog protjerivanja stranaca nije povezana s njihovim statusom izbjeglica ni s njihovom namjerom ili mogućnošću da zatraže azil u dotičnoj zemlji ili tranzitnoj zemlji.

136. Podnositelji zahtjeva pozvali su se na očitovanje Visokog povjerenika Ujedinjenih naroda za ljudska prava (OHCHR) u postupku pred vijećem, u kojem je navedeno da se zabrana kolektivnog protjerivanja

razlikuje od načela *non-refoulement* u mjeri u kojoj je ona dio prava na pošteno suđenje, i da se prema tom pravilu od država koje planiraju protjerati skupinu stranaca zahtijeva da ispituju pojedinačnu situaciju svake osobe na koju se odnosi mjera protjerivanja i da donesu odluke na pojedinačnoj osnovi provođenjem postupka kojim se osigurava da se dovoljna pažnja posveti okolnostima svakog pojedinca. OHCHR je dodao da pojedinci mogu imati neki drugi razlog, osim azila, za podnošenje žalbe protiv protjerivanja.

137. U pogledu tvrdnje Vlade da se, u skladu s pojmom operativne granice, ovaj predmet ne odnosi na protjerivanje, već na odbijanje ulaska ili obrambeni mehanizam protiv neovlaštenog ulaska, podnositelji zahtjeva ustvrdili su da je to nebitno u mjeri u kojoj se izraz „protjerivanje“ treba tumačiti „u generičkom značenju, kako se trenutačno koristi (otjerati s nekog mjesta)“ (pozvali su se na gore citirane predmete *Hirsi Jamaa i drugi*, stavak 174., i *Khlaifia i drugi*, stavci 243. - 44.). Prema mišljenju podnositelja zahtjeva, članak 4. Protokola br. 4 stoga je primjenjiv u ovom predmetu.

138. U pogledu „kolektivne“ prirode protjerivanja, podnositelji zahtjeva naveli su da je ključno pitanje prilikom utvrđivanja toga je li njihovo protjerivanje bilo protivno članku 4. Protokola br. 4 je li postupak udaljavanja bio pojedinačan. Kako što je Sud ponovno potvrdio u predmetu *Khlaifia i drugi* (gore citiran) „[s]vrha članka 4. Protokola br. 4 [bila je] spriječiti da države mogu udaljiti određeni broj stranaca, a da ne ispituju njihove osobne okolnosti i tako im ne omoguće da iznesu svoje argumente protiv mjere koju je poduzelo nadležno tijelo“ (ibid., stavak 238.). Odlučujući o tome je li došlo do kolektivnog protjerivanja, Sud je nastojao utvrditi, u svjetlu okolnosti predmeta, je li svaka od dotičnih osoba imala „stvarnu i djelotvornu mogućnost iznijeti argumente protiv svog protjerivanja“ i jesu li ti argumenti „[bili] ispitani na odgovarajući način od strane vlasti tužene države“ (ibid., stavak 248.).

139. Podnositelji zahtjeva naveli su da su bili dio skupine pojedinaca koji su pokušali prijeći preko ograde u Melilli i da su bili protjerani na sličan način kao i migranti u predmetima *Hirsi Jamaa i drugi* i *Sharifi i drugi* (gore citirani). Tvrdili su da su bili jednostavno protjerani bez provođenja ikakvog postupka, na temelju automatske primjene protokola aktivnosti *Guardia Civila* od 26. veljače 2014. godine i službenog naloga br. 6/2014 od 11. travnja 2014. godine, a da im nije utvrđen identitet i nisu sastavljeni niti su im izdani bilo kakvi dokumenti. Podnositelji zahtjeva primijetili su da je, prema sudskoj praksi Suda, činjenica da osoba pripada nekoj skupini bitna samo u onoj mjeri u kojoj ona odražava kolektivni način na koji je država postupila s dotičnim osobama kad je naredila i izvršila njihovo protjerivanje.

140. Podnositelji zahtjeva napomenuli su da službenici *Guardia Civila* koji su se 13. kolovoza 2014. godine nalazili u blizini ograde nisu bili u mogućnosti razmatrati argumente podnositelja zahtjeva protiv njihova protjerivanja jer je njihov zadatak bio ograničen na ophodnju granice.

141. Prema mišljenju podnositelja zahtjeva, njihovo kolektivno protjerivanje bilo je u suprotnosti i s pravom Europske unije, koje je bilo primjenjivo u Melilli, španjolskom autonomnom gradu. Direktivom EU-a o postupcima azila propisano je da države članice EU-a, među ostalim, moraju olakšati pristup postupcima azila svakoj osobi koje je podnijela zahtjev za zaštitu i za koju se „[može smatrati] da traži status izbjeglice“, među ostalim „na granici, teritorijalnim vodama ili tranzitnim zonama“. Čak su i u Zakoniku o schengenskim granicama izričito utvrđena ograničenja obveze država da nadziru svoje vanjske granice, pri čemu se od njih zahtijeva da pruže „obrazložen[u] odluk[u] u kojoj se precizno navode razlozi zabrane [ulaska]“, koju donosi „tijelo koje je za to ovlašteno nacionalnim pravom“, i da o odluci obavijeste dotične osobe, koristeći „standardni obrazac“.

C. Očitovanja trećih strana

1. Povjerenica Vijeća Europe za ljudska prava

142. Povjerenica za ljudska prava i njezin prethodnik primijetili su da kolektivno protjerivanje onemogućava zaštitu temeljnih prava migranata, osobito prava na traženje azila, i da je u praksi zbog neposrednog vraćanja migrantima uskraćeno pravo na djelotvorno pravno sredstvo kojim bi mogli osporiti svoje protjerivanje. Povjerenica za ljudska prava naglasila je da su predmetne granične ograde dio španjolskog državnog područja i da pitanje koje se otvara u ovom predmetu nije toliko pitanje jesu li podnositelji zahtjeva trebali zatražiti azil, već je li povrijeđeno njihovo pravo na zaštitu od kolektivnog protjerivanja.

143. Povjerenica za ljudska prava primijetila je da su teritoriji Ceuta i Melilla dio schengenskog prostora. Na temelju LOEX-a (Organski zakon br. 4/2000) koji je bio na snazi u vrijeme događaja, strancima se mogao odbiti ulazak na graničnim prijelazima, a stranci koji pokušaju ući u zemlju neovlašteno, uključujući one koji su presretnuti u blizini granice, mogli su biti vraćeni. Međutim, u tim je postupcima bilo propisano provođenje utvrđivanja identiteta i registracije osoba koje su presretnute, poštovanje postupovnih jamstava, osiguranje pristupa odvjetniku i tumaču i pristupa relevantnim pravnim sredstvima. Povjerenica je napomenula da je LOEX izmijenjen i dopunjen 2015. godine kako bi se uskladio Vladin koncept „operativne granice“ te da su te izmjene i dopune mogle dovesti do narušavanja zaštite temeljnih prava migranata i poticanja prakse vraćanja po kratkom postupku od strane drugih država članica. Stoga je pozvala nacionalne vlasti da ponovno razmotre te izmjene i dopune, poboljšaju nejasan pravni okvir kojim se uređuje odbijanje na granici („odvrćanja“) i za graničnu policiju u Ceuti i Melilli uspostave jasan postupovni sustav, koji je u skladu s međunarodnim pravom o ljudskim pravima. Primijetila je da je u Beni Enzaru u studenom 2014. godine otvoren ured koji je zadužen za

rješavanje zahtjeva za azil. Međutim, pristup tom graničnom prijelazu i dalje je bio onemogućen osobama iz supsaharske Afrike koje su se nalazile na marokanskoj strani granice, a čija je jedina mogućnost za ulazak u Španjolsku bila penjanje preko graničnih ograda. Povjerenica za ljudska prava posebno je uputila na Izvješće veleposlanika Tomáša Bočeka, posebnog predstavnika glavnog tajnika za migraciju i izbjeglice o njegovom posjetu Španjolskoj u svrhu utvrđivanja činjenica, čiji su mjerodavni stavci izloženi u stavku 58. ove presude.

2. Vlade umješāči (treće strane)

(a) Belgijska Vlada

144. Belgijska Vlada ustvrdila je da činjenično stanje predmeta spada isključivo u opseg nadzora vanjskih granica schengenskog prostora u smislu članka 77. stavka 1. točke (b) Ugovora o funkcioniranju Europske unije. Istaknula je da su pravila u vezi s prelaskom granica usvojena i na europskoj razini i da se od država članica zahtijeva da nadziru svoje vanjske granice i poduzmu mjere za sprječavanje nezakonitih prelazaka. Prema njezinoj tvrdnji, cilj je spriječiti da državljani trećih zemalja nezakonito prelaze vanjske schengenske granice na neovlaštenim mjestima.

145. Primijetila je da se, na temelju članka 5. stavka 1. Zakonika o schengenskim granicama, „[v]anjske ... granice mogu prijeći samo na graničnim prijelazima ...“. Uputila je i na članak 13. Zakonika, prema kojem je svrha nadzora granice „uhititi osobe koje su nezakonito prešle granicu“. Postupak predviđen Direktivom 2008/115/EZ (Direktiva o vraćanju) primjenjuje se na osobe koje su već prešle granicu bez odobrenja. Prema mišljenju belgijske Vlade, ta direktiva stoga nije primjenjiva u ovom predmetu jer su tijela za nadzor granice samo odbila pokušaj nezakonitog prelaska od strane nedržavljana, odnosno državljana trećih zemalja koji su pokušali ući na državno područje države, a da nisu poštovali važeća pravila (odnosno, nisu zatražili azil niti su se prijavili na graničnom prijelazu). Stoga se ne može smatrati da su te osobe ušle na državno područje zemlje. Prema mišljenju tog umješāča, dopuštanje ulaska na državno područje osobama koje su zaobišle pravila o prelasku granica, u slučajevima kada se ne prijave na ovlaštenom graničnom prijelazu i nemaju potrebne dokumente za ulazak i boravak u zemlji, bilo bi u potpunosti protivno europskim pravilima o nadzoru granica i prelasku granica, te bi oduzelo tim pravilima svaku svrhu i poticalo bi trgovinu ljudima. Osobe koje pokušavaju prijeći granicu na taj način moraju se presresti i predati, ako je potrebno, prisilnim sredstvima, vlastima države s čijeg su državnog područja pokušale nezakonito prijeći.

146. U pogledu „kolektivne“ prirode protjerivanja, belgijska Vlada tvrdila je, pozivajući se na predmet *Khlaifia i drugi* (gore citiran, stavak 234.), da je za primjenu članka 4. Protokola br. 4 prvo potrebno utvrditi da su se predmetni stranci nalazili na državnom području neke države članice i da su

vlasti te države poduzele mjere i/ili postupale s ciljem prisiljavanja dotičnih stranaca da napuste državno područje te države; to ne uključuje mjere kao što je odbijanje ulaska stranca u državu. Činjenica da je državljanin treće zemlje spriječen da nezakonito prijeđe vanjsku schengensku granicu na neovlaštenom mjestu na granici neke države članice nužno podrazumijeva da dotična osoba nikada nije ušla na državno područje te države, zbog čega ne može doći do primjene članka 4. Protokola br. 4 uz Konvenciju.

(b) Francuska Vlada

147. Francuska Vlada pozvala se na stavak 238. presude u predmetu *Khlaifia i drugi* (gore citiran) u pogledu svrhe članka 4. Protokola br. 4, koja je bila spriječiti da države mogu udaljiti veći broj stranaca, a da ne ispituju njihove osobne okolnosti. Istaknula je da ne dolazi do povrede te odredbe „kada bi se nepostojanje pojedinačne odluke o protjerivanju [moglo] pripisati kažnjivom ponašanju dotične osobe“. Navela je odluke u predmetima *Berisha i Haljiti i Dritsas i drugi* (gore citirani).

148. Francuska Vlada ustvrdila je da se ovaj predmet razlikuje od predmeta *Hirsi Jamaa i drugi* (gore citiran) i da se okolnosti ovog predmeta i okolnosti presretanja na otvorenom moru ne mogu usporediti. Podnositeljima zahtjeva u predmetu *Hirsi Jamaa*, koji su bili presretnuti na otvorenom moru, nije pružena prilika da se ispituju njihove pojedinačne okolnosti i, osobito, da podnesu zahtjeve za azil ili dozvolu boravka. To nije bio slučaj u ovom predmetu jer ništa nije sprječavalo podnositelje zahtjeva da iskoriste mogućnosti koje su im bile dostupne u pravu i u praksi kako bi ostvarili pojedinačno razmatranje svojih okolnosti od strane španjolskih nadležnih tijela. Francuska Vlada zauzela je stav da su se podnositelji zahtjeva doveli u nezakonitu situaciju koja je rezultirala ovim postupkom i činjenicom da se nisu mogle donijeti nikakve odluke.

149. U pogledu utjecaja prava Europske unije, francuska Vlada smatrala je da Direktiva o prihvatu (Direktiva 2003/9, koju je 21. srpnja 2015. zamijenila Direktiva 2013/33/EU) i Direktiva o postupku (Direktiva 2005/85, koju je 21. srpnja 2015. zamijenila Direktiva 2013/32/EU) nisu primjenjive jer se primjenjuju samo ako je državljanin treće zemlje podnio zahtjev za azil na granici ili na državnom području države članice (članak 3. direktiva). Podnositelji zahtjeva nisu pokrenuli takve postupke na dan događaja o kojima je riječ. Nadalje, prema tim direktivama pripadnici granične straže nisu bili dužni obavijestiti državljane trećih zemalja na drugim mjestima osim graničnih prijelaza o mogućnosti podnošenja zahtjeva za azil na državnom području dotične države članice. Čak i uz pretpostavku da takav zahtjev obavještavanja proizlazi iz članka 6. stavka 5. Direktive 2005/85 ili članka 8. Direktive 2013/32 ako postoje dokazi koji upućuju na to da su dotične osobe zapravo htjele podnijeti zahtjev za međunarodnu zaštitu, u ovom predmetu u svakom slučaju nisu postojali takvi dokazi.

(c) Talijanska Vlada

150. Talijanska Vlada primijetila je da, prema ustaljenoj praksi Suda, države ugovornice imaju pravo nadzirati ulazak, boravak i udaljavanje nedržavljana (pozvala se, među brojnim drugim izvorima prava, na predmet *Saadi protiv Italije* [VV], br. 37201/06, stavak 124., ECHR 2008), i da se ni u Konvenciji ni u Protokolima ne dodjeljuje pravo na politički azil (navela je predmet *Ahmed protiv Austrije*, 17. prosinca 1996., stavak 38., *Izvjješća* 1996-VI).

151. Napomenula je da podnositelji zahtjeva nisu ušli na španjolsko državno područje i primijetila je da se Direktiva 2008/115/EZ (Direktiva o vraćanju) primjenjuje samo na državljane trećih zemalja koji nezakonito borave na državnom području države članice. Ovaj se predmet odnosi na pokušaj državljana trećih zemalja da nezakonito uđu na španjolsko državno područje, unatoč tome što su imali mogućnost podnijeti zahtjeve za međunarodnu zaštitu, pa stoga ulazi u područje sigurnosne politike i suvereniteta država i Europe u cjelini. Talijanska Vlada istaknula je da se države moraju pridržavati svojih obveza provođenja nadzora i kontrole vanjskih granica Europske unije, u interesu svih njezinih država članica i napora u borbi protiv trgovine ljudima i nezakonite imigracije. Tvrdila je da je to u potpunosti spojivo s Konvencijom.

3. Ostali umješaci**(a) UNHCR**

152. U svojem pisanom očitovanju i na raspravi pred Sudom, UNHCR je naveo da prije studenog 2014. godine nije bilo moguće zatražiti azil na graničnom prijelazu Beni Enzar u Melilli ni na bilo kojem drugom mjestu te da nije postojao sustav za prepoznavanje osoba kojima je potrebna međunarodna zaštita.

153. Udaljavanje migranata koji pokušavaju nezakonito ući u Španjolsku preko neovlaštenog graničnog prijelaza moralo je biti u skladu s određenim mjerama zaštite utvrđenim LOEX-om, koji je bio na snazi u relevantno vrijeme. Međutim, to nije bio slučaj u Ceuti i Melilli, što je dovodilo do „odbijanja na granici“.

154. UNHCR je primijetio da je LOEX izmijenjen i dopunjen 2015. godine, nakon događaja u ovom predmetu, i da je izmjenama i dopunama u zakon uveden pojam „odbijanja na granici“, što vlastima omogućava da protjeraju strance koji pokušaju prijeći španjolsku granicu u Ceuti i Melilli kako bi spriječile njihov nezakonit ulazak u zemlju. Prema mišljenju UNHCR-a, ta praksa nije u skladu sa standardima međunarodnog prava o ljudskim pravima i prava o azilu, osobito zbog neprovođenja postupka utvrđivanja identiteta dotičnih osoba i nedostatka pristupa poštenim, učinkovitim i djelotvornim postupcima bez diskriminacije. Od stupanja na

snagu izmjena i dopuna i dalje se primaju redovna izvješća o takvim odbijanjima („odvraćanjima“).

155. UNHCR je primijetio da u stvarnosti migranti iz supsaharske Afrike nemaju pristup postupcima imigracije i azila na ovlaštenom graničnom prijelazu u Melilli jer ih se sustavno sprječava da dođu do granice na marokanskoj strani. Što je još gore, smještaj tražitelja azila u imigracijski pritvor u enklavama Melilli i Ceuti, duljina trajanja postupka azila i uvjeti u centrima za pritvor, osobito problem prenapučenosti, odvraćaju strance koji postupaju u dobroj vjeri od toga da ondje zatraže međunarodnu zaštitu. Prema tvrdnjama tog umješaka, i dalje se provode protjerivanja i odvraćanja migranata bez provođenja pojedinačnih postupaka utvrđivanja identiteta i u neprimjerenim uvjetima prihvata.

(b) OHCHR

156. OHCHR je primijetio da je zabrana kolektivnog protjerivanja pravilo međunarodnog prava svojstveno pravu na pošteno suđenje. To pravilo zahtijeva pojedinačno ispitivanje provođenjem postupka koji pruža dostatna jamstva koja dokazuju da su osobne okolnosti svake dotične osobe stvarno i pojedinačno uzete u obzir; u slučaju neprovođenja takvog ispitivanja, smatra se da su protjerivanja kolektivne prirode. Izraz „stranci“ primjenjuje se na sve nedržavljanke dotične države, neovisno o tome imaju li status izbjeglice ili ne. Prema tvrdnji OHCHR-a, zabrana kolektivnog protjerivanja razlikuje se od načela *non-refoulement* jer čini dio prava na pošteno suđenje. Države imaju obvezu osigurati žrtvama kolektivnog protjerivanja pravo na djelotvorno pravno sredstvo s automatskim odgodnim učinkom kako bi te osobe mogle osporiti predmetnu mjeru, te imaju obvezu spriječiti poduzimanje mjera koje bi bile u suprotnosti s međunarodnim pravom o ljudskim pravima, i prema potrebi, pružiti zadovoljštinu zbog povrede, zaustaviti je, ukloniti njezine posljedice i pružiti naknadu štete osobama protjeranim u suprotnosti sa zabranom kolektivnog protjerivanja.

(c) CEAR

157. CEAR je tvrdio da nema opravdanja za primjenu posebnih pravila za Ceutu i Melillu utvrđenih desetom dodatnom odredbom LOEX-a, kojom je upravnim tijelima omogućeno da migrante šalju natrag, a da ne provode nikakav postupak, na način potpuno nespojiv s načelom pravne sigurnosti. Taj je umješak uputio na operativni protokol *Guardia Civila*, prema kojem je, čak i prije predmetne izmjene zakonodavstva, bilo dopušteno kolektivno protjerivanje bez pretpostavke pružanja bilo kakvih mjera zaštite u trenutku protjerivanja.

158. Prema mišljenju CEAR-a, pravni okvir u Maroku u pogledu međunarodne zaštite nije primjeren. Od ratifikacije Ženevske konvencije o statusu izbjeglica 1956. godine, nije donesen nikakav zakon o azilu. BRA (vidi stavak 118. ove presude), koji je odgovoran za prepoznavanje osoba

obuhvaćenih mandatom UNHCR-a, nije bio aktivan od 2004. do 2013. godine, kad je nastavio s radom. U praksi od 2013. godine ured UNHCR-a u Rabatu rješava zahtjeve za azil, a BRA donosi odluke o priznavanju statusa izbjeglice u Maroku. Međutim, migranti koji pokušaju doći do ureda UNHCR-a u Rabatu većinom se uhićuju i pritvaraju, zbog čega su spriječeni u podnošenju zahtjeva za zaštitu (vidi stavak 163. ove presude). Iz izvješća posebnog izvjestitelja Ujedinjenih naroda za mučenje i druge oblike okrutnog, neljudskog ili ponižavajućeg postupanja ili kažnjavanja jasno proizlazi da su izbjeglice iz supsaharske Afrike podvrgnute teškom nasilju i seksualnom zlostavljanju na putu do Ceute i Melille.

159. CEAR je ustvrdio da se Direktiva o vraćanju (2008/115/EU, vidi stavak 47. ove presude) ne primjenjuje na osobe koje ulaze u Melillu penjanjem na ograde, a u odnosu na koje nije proveden nikakav postupak i neposredno su udaljene. Prema mišljenju tog umješaka, iako je moguće ne primijeniti direktivu na osobe kojima je odbijen ulazak ili koje su bile presretnute prilikom nezakonitog prelaska granice (članak 2. stavak 2.), odredbe članaka 12. i 13. uvijek se moraju uzeti u obzir. U Direktivi nisu dopuštene nikakve iznimke od prava na azil ili načela *non-refoulement*, a propisane su mjere zaštite od proizvoljnog i/ili kolektivnog protjerivanja. Neposredna vraćanja također su u suprotnosti s odredbama Direktive o postupku (2013/32/EU) i Direktive o prihvatu (2013/33/EU) od 26. lipnja 2013. koje se odnose na međunarodnu zaštitu i osobe koje traže tu zaštitu zbog neprovođenja pojedinačnog razmatranja zahtjeva i nedostatka obavještanja, postupovnih mjera zaštite i sličnog. U slučajevima neposrednog vraćanja, dotičnim osobama uskraćeno je pravo na traženje azila i ne mogu koristiti pogodnosti tih dviju direktiva.

(d) Centar AIRE, Amnesty International, Europsko vijeće za izbjeglice i prognanike (ECRE), Nizozemsko vijeće za izbjeglice i Međunarodna komisija pravnika, koji su djelovali zajednički

160. Ti su umješaci ustvrdili da je, kada dolazi do primjene članka 4. Protokola br. 4, na državi da osigura djelotvorno pravno sredstvo s odgovnim učinkom, barem u slučajevima kada postoji rizik za život ili rizik od zlostavljanja ili kolektivnog protjerivanja.

161. Istaknuli su da je člankom 19. stavkom 1. Povelje o temeljnim pravima Europske unije zabranjeno kolektivno protjerivanje, napomenuvši da države nisu oslobođene od svojih obveza u tom pogledu jer podnositelji zahtjeva mogu propustiti izričito zatražiti azil ili opisati rizike kojima bi bili izloženi u slučaju protjerivanja.

162. Ti umješaci treće strane pozvali su se na Direktivu o postupku (2013/32/EU, vidi stavak 49. ove presude), navodeći da se pravna stečevina koja se odnosi na pravo na azil primjenjuje ne samo na zahtjeve za međunarodnu zaštitu koje podnesu osobe kojima je dopušten ulazak na državno područje neke države već i na postupke na granici. Prema njihovu

mišljenju, zabrana protjerivanja primjenjuje se na radnje ili propuste koji rezultiraju protjerivanjem s državnog područja nedržavljana koji se nalaze pod teritorijalnom ili izvanteritorijalnom nadležnošću države. Odbijanje pristupa skupine nedržavljana državnom području ili granici bez uzimanja u obzir pojedinačnih okolnosti svakog nedržavljanina predstavlja povredu članka 4. Protokola br. 4 uz Konvenciju. Prema mišljenju tih umješaka, do odgovornosti država članica Europske unije u okviru sustava azila EU-a dolazi u odnosu na svakog pojedinca koji možda želi zatražiti međunarodnu zaštitu. Stoga određene mjere predstavljaju težu povredu članka 4. Protokola br. 4 zbog dodatnog kršenja obveza koje proizlaze iz prava EU-a.

163. Umješaci su ustvrdili da je Španjolska država članica EU-a s najvišom stopom odbijanja zahtjeva za azil. Napomenuli su da marokanska policija sprječava osobe određenog državljanstva da pristupe graničnom prijelazu Beni Enzar zbog rasnog profiliranja, što dokazuju razna izvješća nevladinih organizacija, među ostalim i organizacije Amnesty International i CEAR-a.

D. Ocjena suda

1. Primjenjivost

164. Kako bi utvrdio je li članak 4. Protokola br. 4 primjenjiv, Sud mora utvrditi jesu li španjolske vlasti podnositelje zahtjeva podvrgnule „protjerivanju“ u smislu te odredbe.

165. Prema mišljenju Vlade (vidi stavke 125. et seq. ove presude), članak 4. Protokola br. 4 nije primjenjiv na činjenice ovog predmeta jer podnositelji zahtjeva nisu bili podvrgnuti „protjerivanju“, već im je odbijen ulazak u tuženu državu. Tvrdila je da podnositelji zahtjeva nisu ušli na španjolsko državno područje, već su samo pokušali nezakonito ući u Španjolsku prelaskom kopnene granice. Točno je da su došli pod kontrolu pripadnika granične straže nakon što su prešli dvije ograde, ali u svakom slučaju nisu dobili dopuštenje da zakonito uđu na španjolsko državno područje. Da bi došlo do protjerivanja, dotična osoba prvo je morala ući na državno područje s kojeg je protjerana. Vlada je dovela u pitanje sudsku praksu Suda, koji je, kako je tvrdila, odstupio od namjere autora članka 4. Protokola br. 4 tako što je proširio njegovo područje primjene na izvanteritorijalne situacije (Vlada se pozvala na gore citirani predmet *Hirsi Jamaa i drugi*, stavci 170. i 171.). Prema njezinu mišljenju, ta se sudska praksa ni u kojim uvjetima ne može primijeniti na događaje koji su se, kao u ovom predmetu, dogodili u blizini kopnenih granica država s obzirom na to da se u presudi u predmetu *Hirsi Jamaa i drugi* ističe razlika između „migranata koji putuju morem, često riskirajući vlastiti život ako ne uspiju doći do granica neke države, ...[i] onih koji putuju kopnom“ (ibid., stavak 177.). Člankom 4. Protokola br. 4 nije pružena nikakva zaštitu

potonjima, koji su imali mogućnost zakonito prijeći kopnenu granicu, ali nisu je iskoristili. U ovom predmetu, podnositelji zahtjeva nisu dokazali da nisu mogli zakonito ući na španjolsko državno područje. Vlade Belgije, Francuske i Italije, u svojstvu umješaca, složile su se s tom tvrdnjom (vidi stavke 144. et seq. ove presude).

(a) Opća načela

166. Sud napominje da je u ovom predmetu prvi put pozvan riješiti pitanje primjenjivosti članka 4. Protokola br. 4 na neposredno i prisilno vraćanje stranaca s kopnene granice, nakon pokušaja velikog broja migranata da neovlašteno i masovnoprijeđu tu granicu. Iako se Vlada pozvala na prirodno pravo država na individualnu ili kolektivnu samoobranu u slučaju oružanog napada na neku državu članicu Ujedinjenih naroda, Sud napominje da Španjolska nije navela da je taj predmet uputila Vijeću sigurnosti Ujedinjenih naroda, kako je predviđeno člankom 51. Povelje UN-a (vidi stavak 60. ove presude) u tom pogledu. U okolnostima predmeta, Sud ne vidi potrebu da se dalje bavi tom tvrdnjom.

167. Sud smatra primjerenim u ovom predmetu staviti članak 4. Protokola br. 4 u kontekst svoje sudske prakse o migraciji i azilu. Na početku treba naglasiti da, sukladno dobro utvrđenom međunarodnom pravu i u skladu s preuzetim obvezama na temelju međunarodnih ugovora, uključujući obveze koje proizlaze iz Konvencije, države ugovornice imaju pravo kontrolirati ulazak, boravak i udaljavanje stranaca (vidi, među brojnim drugim izvorima prava, gore citirani predmet *Paposhvili*, stavak 172.; gore citirani predmet *Hirsi Jamaa i drugi*, stavak 113.; *Abdulaziz, Cabales i Balkandali protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, 28. svibnja 1985., stavak 67., Serija A br. 94; *Boujlifa protiv Francuske*, 21. listopada 1997., stavak 42., *Izvyješća* 1997-VI; i *N. protiv Ujedinjenog Kraljevstva* [VV], br. 26565/05, stavak 30., ECHR 2008). Sud ponavlja i da države imaju pravo uspostaviti vlastite imigracijske politike, moguće i u kontekstu bilateralne suradnje ili u skladu sa svojim obvezama koje proizlaze iz članstva u Europskoj uniji (vidi gore citirane predmete *Gruzija protiv Rusije (I)*, stavak 177.; *Sharifi i drugi*, stavak 224.; i *Khlaifia i drugi*, stavak 241.).

168. Imajući to na umu, Sud naglašava važnost kontrole i zaštite granica i uloge koju u tom pogledu, za dotične države, ima Zakonik o schengenskim granicama, prema kojem “[n]adzor državne granice nije samo u interesu države članice na čijim se vanjskim granicama on provodi, već je u interesu svih država članica koje su ukinule nadzor unutarnjih granica“ i „trebao bi pomoći u suzbijanju nezakonitog useljavanja i trgovanja ljudima te pri sprečavanju bilo kakve prijetnje unutarnjoj sigurnosti, javnom poretku, javnom zdravlju i međunarodnim odnosima država članica“ (uvodna izjava 6., vidi stavak 45. ove presude). Iz tog razloga, države ugovornice mogu u načelu uspostaviti sustav na svojim granicama osmišljen kako bi se pristup

njihovu državnom području omogućio samo osobama koje ispunjavaju relevantne zakonske uvjete.

169. Nadalje, Sud je prethodno istaknuo izazove s kojima se suočavaju europske države u pogledu kontrole imigracije, a koji su posljedica gospodarske krize i nedavnih društvenih i političkih promjena koje su imale poseban utjecaj na određene regije Afrike i Bliskog istoka (vidi gore citirani predmet *M.S.S. protiv Belgije i Grčke*, stavak 223.; gore citirani predmet *Hirsi Jamaa i drugi*, stavci 122. i 176.; i gore citirani predmet *Khlaifia i drugi*, stavak 241.). To se odnosi i na situaciju u Ceuti i Melilli, španjolskim enklavama u sjevernoj Africi.

170. Bez obzira na to, Sud je naglasio da problemi na koje države naiđu pri upravljanju migracijskim tokovima ili prihvatu tražitelja azila ne mogu opravdati pribjegavanje praksama koje nisu kompatibilne s obavezama u skladu s Konvencijom i protokolima uz nju (vidi *Hirsi Jamaa i drugi*, citiran gore, stavak 179).

171. U tom pogledu treba imati na umu da je zadaća Konvencije jamčiti prava koja su praktična i djelotvorna, a ne prava koja su teoretska ili prividna (vidi, među brojnim drugim izvorima prava, *Airey protiv Irske*, 9. listopada 1979., stavak 24., Serija A br. 32; *Leyla Şahin protiv Turske* [VV], br. 44774/98, stavak 136., ECHR 2005-XI; gore citirani predmet *Hirsi Jamaa i drugi*, stavak 175.; i *Ibrahim i drugi protiv Ujedinjenog Kraljevstva* [VV], br. 50541/08 i tri druga predmeta, stavak 272., 13. rujna 2016.). Sud je, kao i UNHCR, istaknuo vezu između područja primjene članka 4. Protokola br. 4 kako ga je definiralo Veliko vijeće i područja primjene Ženevske konvencije i načela *non-refoulement* (vidi gore citirani predmet *Sharifi i drugi*, stavak 211.). Prema tome, domaća pravila kojima se uređuje nadzor granice ne smiju lišiti učinka ili djelotvornosti prava zajamčena Konvencijom i njezinim Protokolima, a osobito člankom 3. Konvencije i člankom 4. Protokola br. 4.

172. Unatoč posebnoj prirodi Konvencije kao instrumenta o ljudskim pravima, ona je međunarodni ugovor koji se treba tumačiti u skladu s mjerodavnim normama i načelima međunarodnog javnog prava te, posebice, u svjetlu Bečke konvencije o pravu međunarodnih ugovora od 23. svibnja 1969. U skladu s Bečkom konvencijom, Sud mora utvrditi uobičajeni smisao izraza u njihovu kontekstu i u svjetlu predmeta i svrhe odredbe iz koje potječu. Mora uzeti u obzir i činjenicu da je kontekst odredbe ugovor za djelotvornu zaštitu ljudskih prava pojedinaca i da se Konvencija mora čitati kao cjelina te tumačiti na način kojim se potiče unutarnja dosljednost i usklađenost njezinih odredbi. Stoga Sud nikad nije smatrao da su odredbe Konvencije jedini referentni okvir za tumačenje prava i sloboda koji su u njoj sadržani. Naprotiv, mora uzeti u obzir i sva mjerodavna pravila i načela međunarodnog prava koja se primjenjuju u odnosima između ugovornih stranaka (vidi, među brojnim drugim izvorima prava, *Al-Dulimi i Montana Management Inc. protiv Švicarske* [VV], br. 5809/08, stavak 134.,

21. lipnja 2016.; gore citirani predmet *Güzelyurtlu i drugi*, stavak 235.; i *Cipar protiv Turske* (pravedna naknada) [VV], br. 25781/94, stavak 23., ECHR 2014).

173. U ovom predmetu, budući da je Vlada tvrdila da se predmet podnositelja zahtjeva odnosi na odbijanje ulaska na španjolsko državno područje, a ne na protjerivanje, Sud je pozvan utvrditi obuhvaća li pojam „protjerivanje“ kako se koristi u članku 4. Protokola br. 4 odbijanje ulaska stranaca na granici neke države ili – za države koje su dio schengenskog prostora – na vanjskoj granici tog prostora, ovisno o slučaju.

174. U tom kontekstu Sud napominje da je u članku 2. Nacrta članaka Komisije za međunarodno pravo o protjerivanju stranaca (citiranih u stavku 65. ove presude i u gore citiranom predmetu *Khlaifia i drugi*, stavak 243.) izraz „protjerivanje“ definiran kao „formalna radnja“ ili „postupanje koje se može pripisati državi, a kojim je stranac prisiljen napustiti državno područje te države“, pri čemu se naglašava da taj pojam „ne uključuje izručenje drugoj državi ... ili odbijanje ulaska stranca u državu“. Sličan je zaključak donesen u komentarima Smjernica Odbora ministara Vijeća Europe (vidi stavke 53. i 54. ove presude).

175. Kad je riječ o pojmu „odbijanja ulaska“, u komentaru na članak 2. Nacrta članaka navedeno je da se odnosi na slučajeve kada je strancu odbijen ulazak i da se, u nekim pravnim sustavima, umjesto izraza „odbijanje ulaska“ ponekad koristi izraz „vraćanje“ (*refoulement*) (vidi stavak 5. komentara na članak 2. Nacrta članaka Komisije za međunarodno pravo o protjerivanju stranaca, citiranih u stavku 65. ove presude).

176. Međutim, iz tog komentara proizlazi da isključivanje pitanja koja se odnose na odbijanje ulaska iz područja primjene Nacrta članaka „ne dovodi u pitanje pravila međunarodnog prava koja se odnose na izbjeglice“. To je predviđeno člankom 6. točkom (b), koji upućuje na zabranu vraćanja u smislu članka 33. Konvencije o statusu izbjeglica od 28. srpnja 1951. (vidi stavak 62. ove presude). Treba napomenuti da se u drugom izvješću o protjerivanju stranaca ispitanom u vezi s pisanjem Nacrta članaka napominje da se izrazi „protjerivanje“, „pratnja do granice“ i „*refoulement*“ koriste kao međusobno zamjenjivi bez neke posebne semantičke strogosti. Posebni izvjestitelj Komisije za međunarodno pravo, g. Maurice Kamto, zaključio je da će se izraz „protjerivanje“ stoga u kontekstu ove teme koristiti kao „generički pojam“ koji označava sve situacije obuhvaćene svim trima pojmovima te mnogim drugima, kao što su „vraćanje stranca u zemlju“ ili „isključenje stranca“, pri čemu taj popis nije isključiv (vidi stavak 170. izvješća, citiran u stavku 66. ove presude).

177. Prema članku 6. točki (b) Nacrta članaka, država ne smije protjerati ili vratiti (*refouler*) izbjeglicu ni na koji način u državu ili na granice teritorija na kojima bi bio ugrožen život ili sloboda osobe. U biti, ta se zabrana odražava, *inter alia*, i u člancima 18. i 19. Povelje o temeljnim pravima Europske unije (vidi stavak 42. ove presude), članku 78. stavku 1. UFEU-a

(vidi stavak 43. ove presude), članku 3. UNCAT-a (vidi stavak 63. ove presude), i članku 3. Deklaracije o teritorijalnom azilu koju je Opća skupština Ujedinjenih naroda usvojila 14. prosinca 1967. (vidi stavak 64. ove presude), te u smjernici 2. Smjernica Odbora ministara Vijeća Europe o prisilnom vraćanju (vidi stavak 53. ove presude).

178. U tom je smislu ključno napomenuti da zabrana vraćanja uključuje zaštitu tražitelja azila u slučajevima odbijanja ulaska i odbijanja na granici, kao što je to naveo UNHCR u svojem očitovanju u postupku pred vijećem i u zaključcima o međunarodnoj zaštiti koje je usvojio njegov izvršni odbor (vidi stavak 67. ove presude).

179. U pogledu pravila međunarodnog prava o zabrani vraćanja, važno je napomenuti i da je u komentaru na članak 6. Nacrta članaka Komisije za međunarodno pravo navedeno da pojam izbjeglice ne obuhvaća samo izbjeglice koji se zakonito nalaze na državnom području države koja protjeruje već i sve osobe koje se nezakonito nalaze na tom državnom području, a podnijele su zahtjev za status izbjeglice, sve dok se taj zahtjev ispituje. Međutim, to ne dovodi u pitanje pravo države da protjera stranca čiji zahtjev za status izbjeglice očito predstavlja zloupotrebu (vidi stavak 65. ove presude).

180. Sud, kao i UNHCR, napominje da se u posebnom kontekstu migracijskih tokova na granicama želja za podnošenjem zahtjeva za azil ne mora izraziti u nekom konkretnom obliku. Može se izraziti podnošenjem službenog zahtjeva, ali i bilo kojim ponašanjem koje jasno ukazuje na želju dotične osobe da podnese zahtjev za zaštitu (vidi *M.A. i drugi protiv Litve*, br. 59793/17, stavak 109., 11. prosinca 2018.; vidi i članak 8. Direktive o postupku, citiran u stavku 49. ove presude).

181. Ako se, kako je navela Komisija za međunarodno pravo, „odbijanje ulaska“ izbjeglice u biti izjednačuje s njegovim ili njezinim „vraćanjem (*refoulement*)”, proizlazi da sama činjenica da država odbija ulazak na svoje državno područje stranca koji je pod njezinom jurisdikcijom ne oslobađa tu državu od obveza prema dotičnoj osobi koje proizlaze iz zabrane vraćanja izbjeglica. Nacrta članaka o protjerivanju stranaca općenito se primjenjuju na „protjerivanje svih *stranaca* koji se nalaze na državnom području države koja protjeruje, bez razlikovanja raznih kategorija uključenih osoba, primjerice, stranaca koji se zakonito nalaze na državnom području države koja protjeruje, stranaca koji se ondje nalaze nezakonito, raseljenih osoba, tražitelja azila, osoba kojima je odobren azil i osoba bez državljanstva“ (vidi stavak 2. komentara na članak 1. Nacrta članaka). Prema tome, oni obuhvaćaju protjerivanje i stranaca koji se zakonito nalaze na državnom području i „onih koji se ondje nalaze nezakonito“ (vidi stavak 3. komentara).

182. U međuvremenu, pravo Europske unije, na koje se pozvalo nekoliko vlada umješaka, u primarnom pravu sadržava pravo na azil i pravo na međunarodnu zaštitu (članak 78. UFEU-a i članak 18. Povelje o temeljnim pravima, citirani u stavcima 43. i 42. ove presude), kao i zabranu kolektivnog

protjerivanja i načelo *non-refoulement* (članak 19. Povelje, citiran u stavku 42., ove presude). U pogledu državljana trećih zemalja koji nezakonito borave na državnom području neke države članice, u Direktivi o vraćanju (2008/115) utvrđeni su standardi i postupci kojima se uređuje njihovo vraćanje „u skladu s temeljnim pravima kao općim načelima prava Zajednice kao i međunarodnog prava, uključujući zaštitu izbjeglica i ljudskih prava“ (članak 1.). Nadalje, u Zakoniku o schengenskim granicama propisano je da se državljanima trećih zemalja koji ne ispunjavaju uvjete za ulazak zabranjuje ulazak na državna područja država članica donošenjem obrazložene odluke, ne dovodeći u pitanje posebne odredbe o pravu na azil i međunarodnu zaštitu (članci 13. i 14. Zakonika o schengenskim granicama važećeg u relevantno vrijeme, koji odgovaraju novom članku 14. i članku 15. kodificirane verzije Uredbe (EU) 2016/399 od 9. ožujka 2016. (Zakonik o schengenskim granicama), i članak 2. Direktive 2008/115, citirani u stavcima 45., 46. i 47. ove presude). Nadalje, države članice mogu odlučiti da neće primjenjivati Direktivu o vraćanju na državljane trećih zemalja kojima je odbijen ulazak ili koji su uhićeni ili zatečeni od strane nadležnih tijela zbog nezakonitog prelaska kopnene, morske ili zračne vanjske granice države članice i koji potom nisu dobili dozvolu ili im nije priznato pravo boravka u toj državi članici (članak 2. stavak 2. točka (a) Direktive o vraćanju). U takvim slučajevima, države članice mogu primijeniti pojednostavljene nacionalne postupke vraćanja, pod uvjetom da su ti postupci u skladu s uvjetima utvrđenim u članku 4. stavku 4. Direktive, među ostalim i s načelom *non-refoulement* (vidi presudu Suda Europske unije u gore citiranom predmetu *Affum*, stavci 72. - 74.).

183. Nadalje, na temelju članka 14. stavaka 4. i 5. Direktive 2011/95 (Direktiva o kvalifikaciji), načelo *non-refoulement* i određena prava utvrđena u pravu Europske unije na temelju Ženevske konvencije (članci 3., 4., 16., 22., 31., 32. i 33. te Konvencije), za razliku od drugih prava navedenih u tim dvama instrumentima, primjenjuju se na sve osobe koje se nalaze na državnom području neke države članice, a koje ispunjavaju materijalne uvjete da se smatraju izbjeglicama, čak i ako im nije formalno dodijeljen status izbjeglica ili im je taj status oduzet. Čini se da uživanje tih prava stoga nije uvjetovano stjecanjem statusa izbjeglice, već proizlazi iz činjenice da dotična osoba ispunjava materijalne uvjete iz članka 1. stavka A. točke 2. Ženevske konvencije i da se nalazi na državnom području države članice (vidi stavke 84., 85., 90. i 105. presude Suda Europske unije u predmetu *M. protiv Ministerstvo vnitra i drugih*, citiranom u stavku 51 ove presude). Nadalje, na temelju članka 4. i članka 19. stavka 2. Povelje, prema pravu EU-a državama članicama nije dopušteno derogirati načelo *non-refoulement* iz članka 33. stavka 2. Ženevske konvencije (ibid., stavak 95.).

184. Sa svoje strane, Sud do sada nije odlučivao o razlici između odbijanja ulaska i protjerivanja stranaca, a osobito migranata ili tražitelja azila koji se nalaze pod jurisdikcijom države koja ih prisilno udaljava sa svog

državnog područja. Za osobe u opasnosti od zlostavljanja u zemlji odredišta rizik je isti u oba slučaja, konkretno da će biti izložene takvom postupanju. Ispitivanjem gore navedenih materijala međunarodnog prava i prava Europske unije potvrđuje se stajalište Suda da zaštita Konvencije, koja se treba tumačiti autonomno (vidi, među brojnim drugim izvorima prava, *Micallef protiv Malte* [VV], br. 17056/06, stavak 48., ECHR 2009; *Del Río Prada protiv Španjolske* [VV], br. 42750/09, stavak 81., ECHR 2013; i *Allen protiv Ujedinjenog Kraljevstva* [VV], br. 25424/09, stavak 95., ECHR 2013), ne može ovisiti o formalnim čimbenicima, kao što je pitanje jesu li osobe koje je potrebno zaštititi ušle na državno područje države ugovornice u skladu s posebnom odredbom nacionalnog ili europskog prava koja se primjenjuje na predmetnu situaciju. Suprotan pristup podrazumijevao bi ozbiljan rizik od proizvoljnosti u mjeri u kojoj bi osobe koje imaju pravo na zaštitu na temelju Konvencije mogle biti lišene takve zaštite na temelju čisto formalnih čimbenika, primjerice, na temelju činjenice da, budući da nisu zakonito prešle granicu države, nisu mogle podnijeti valjan zahtjev za zaštitu na temelju Konvencije. Legitimna briga država članica da onemoguće sve učestalije pokušaje zaobilaznja imigracijskih ograničenja ne može ići toliko daleko/ne smije biti takva da zaštitu koju pruža Konvencija, posebice čl. 3., učini neučinkovitim (vidi, *mutatis mutandis*, gore citirani predmet *M.S.S. protiv Belgije i Grčke*, stavak 216., i *Amuur protiv Francuske*, 25. lipnja 1996., stavak 43., *Izviješća* 1996-III).

185. Zbog tih je razloga Sud tumačio izraz „protjerivanje“ u njegovu generičkom značenju kako se trenutačno koristi („otjerati s nekog mjesta“) (vidi gore citirani predmet *Khlaifia i drugi*, stavak 243., i gore citirani predmet *Hirsi Jamaa i drugi*, stavak 174.) tako da se odnosi na svako prisilno udaljavanje stranca s državnog područja neke države, bez obzira na zakonitost boravka te osobe, vrijeme koje je provela na državnom području, mjesto na kojem je uhićena, njezin status migranta ili tražitelja azila i njezino ponašanje pri prelasku granice. Sud je taj izraz koristio i u kontekstu članka 3. i 13. Konvencije (vidi, primjerice, *J.K. i drugi protiv Švedske*, br. 59166/12, stavci 78. i 79., 4. lipnja 2015., i gore citirani predmet *Saadi protiv Italije*, stavci 95., 124. i 125.), a osobito u odnosu na udaljavanje stranaca na granici (vidi *Gebremedhin [Gaberamadhien] protiv Francuske*, br. 25389/05, stavci 54. - 58., ECHR 2007-II; *Kebe i drugi protiv Ukrajine*, br. 12552/12, stavak 87., 12. siječnja 2017.; gore citirani predmet *M.A. i drugi protiv Litve*, stavci 102. i 103.; i *Ilias i Ahmed protiv Mađarske* [VV], br. 47287/15, stavci 123. - 28., 21. studenog 2019.).

186. Kao rezultat toga, utvrđeno je da se članak 3. Konvencije i članak 4. Protokola br. 4 primjenjuju na bilo koju situaciju pod jurisdikcijom države ugovornice, uključujući situacije ili vrijeme kada vlasti predmetne države još nisu ispitale postojanje osnova na temelju kojih bi dotične osobe imale pravo zatražiti zaštitu na temelju tih odredbi (vidi, među drugim izvorima prava, gore citirani predmet *Hirsi Jamaa i drugi*, stavci 180. et seq., i gore citirani

predmet *M.A. i drugi protiv Litve*, stavak 70.). Prema mišljenju Suda, takav pristup potvrđuju i Nacrti članaka Komisije za međunarodno pravo o protjerivanju stranaca, u kojima se, u pogledu izbjeglica, izjednačava odbijanje njihova ulaska na državno područje neke države s njihovim vraćanjem (*refoulement*) i u kojima se izbjeglicom smatra svaka osoba koja podnese zahtjev za međunarodnu zaštitu, sve dok se njezin zahtjev ispituje (vidi članke 2. i 6. Nacrta članaka i komentar na te članke, citirane u stavku 65. ove presude; vidi i drugo izvješće posebnog izvjestitelja o protjerivanju stranaca, citirano u stavku 66. ove presude).

187. Prema mišljenju Suda, ta razmatranja, koja su predstavljala osnovu za njegove novije presude u predmetima *Hirsi Jamaa i drugi*, *Sharifi i drugi* i *Khlaifia i drugi* (gore citirani), koji se odnose na podnositelje zahtjeva koji su pokušali ući na državno područje države morem, nisu izgubila na važnosti. Stoga nema razloga da drugačije tumači izraz „protjerivanje“ u odnosu na prisilno udaljavanje s državnog područja države u kontekstu pokušaja prelaska državne granice kopnom. Unatoč tome, trebalo bi navesti da taj pristup proizlazi iz autonomnog tumačenja pojmova iz Konvencije.

188. Sud naglašava i da ni Konvencijom ni njezinim Protokolima nije zaštićeno pravo na azil kao takvo. Zaštita koju oni pružaju ograničena je na prava sadržana u njima, uključujući osobito prava iz članka 3. Tom je odredbom zabranjeno vraćanje bilo kojeg stranca koji se nalazi pod jurisdikcijom jedne od država ugovornica u smislu članka 1. Konvencije u državu u kojoj bi se suočio sa stvarnim rizikom da bude podvrgnut nečovječnom ili ponižavajućem postupanju ili čak mučenju. U tom pogledu ona obuhvaća zabranu vraćanja u skladu sa Ženevskom konvencijom.

(b) Primjena na ovaj predmet

189. Vlada je u ovom predmetu tvrdila da podnositelji zahtjeva nisu bili podvrgnuti protjerivanju. Točno je da su došli pod kontrolu pripadnika granične straže nakon što su prešli dvije ograde, ali u svakom slučaju nisu dobili dopuštenje da zakonito uđu na španjolsko državno područje. Da bi došlo do protjerivanja, dotična osoba prvo je morala ući na državno područje s kojeg je protjerana.

190. Sud ne sumnja da su podnositelje zahtjeva na španjolskom državnom području uhitili pripadnici španjolske granične straže i da su stoga podnositelji bili pod jurisdikcijom Španjolske u smislu članka 1. Konvencije. Sud se u tom pogledu poziva na razmatranja koja je izložio kao odgovor na preliminarni prigovor Vlade zbog nedostatka nadležnosti Španjolske u ovom predmetu (vidi stavke 104. et seq. ove presude). Ta su se razmatranja temeljila na činjenici da država ne može jednostrano zahtijevati izuzeće od Konvencije ili mijenjati njezine učinke u odnosu na dio svog državnog područja, čak ni iz razloga koje smatra legitimnima. Sud primjećuje u tom pogledu da se, prema članku 27. Bečke konvencije, stranka ne može pozivati na odredbe

svoga unutrašnjeg prava da bi opravdala neizvršavanje međunarodnog ugovora (vidi stavak 61. ove presude).

191. Dalje nije sporno da su pripadnici *Guardia Civila* udaljili podnositelje zahtjeva sa španjolskog državnog područja i prisilno ih vratili u Maroko, protiv njihove volje i vezane lisicama. Stoga je došlo do „protjerivanja“ u smislu članka 4. Protokola br. 4. Prema tome, ta je odredba primjenjiva u ovom predmetu. Sud stoga odbija preliminarni prigovor Vlade o tom pitanju i proglašava zahtjeve dopuštenima u tom pogledu.

2. Osnovanost

192. Sada je potrebno utvrditi je li protjerivanje bilo „kolektivno“ u smislu članka 4. Protokola br. 4

(a) Opća načela

193. Sud upućuje na svoju sudsku praksu koja se odnosi na članak 4. Protokola br. 4, koja je, u vezi s migrantima i tražiteljima azila, izložena u presudama u predmetima *Hirsi Jamaa i drugi*, *Sharifi i drugi*, i *Khlaifia i drugi* (gore citirani). Prema toj sudskoj praksi, protjerivanje se smatra „kolektivnim“ u smislu članka 4. Protokola br. 4 ako se njime strance kao skupinu prisiljava da napuste neku zemlju, „osim u slučaju kad se takva mjera poduzima na temelju razumnog i objektivnog ispitivanja konkretnog slučaja svakog pojedinog stranca iz skupine“ (vidi gore citirani predmet *Khlaifia i drugi*, stavci 237. et seq.; gore citirani predmet *Gruzija protiv Rusije (I)*, stavak 167.; *Andric protiv Švedske* (odl.), br. 45917/99, 23. veljače 1999.; *Davydov protiv Estonije* (odl.), br. 16387/03, 31. svibnja 2005; *Sultani protiv Francuske*, br. 45223/05, stavak 81., ECHR 2007-IV (izvadci); i *Ghulami protiv Francuske* (odl.), br. 45302/05, 7. travnja 2009.).

194. U pogledu pitanja je li protjerivanje „kolektivno“ u smislu članka 4. Protokola br. 4, Sud ponavlja svoju sudsku praksu prema kojoj, kada koristi pridjev „kolektivno“ kako bi opisao protjerivanje, govori o „skupini“, a da pritom ne razlikuje skupine na temelju broja njihovih članova (vidi gore citirani predmet *Gruzija protiv Rusije (I)*, stavak 167.; gore citirani predmet *Sultani*, stavak 81.; gore citirani predmet *Ghulami*; i gore citirani predmet *Khlaifia i drugi*, stavak 237.; vidi i članak 9. stavak 1. Nacrta članaka Komisije za međunarodno pravo o protjerivanju stranaca, prema kojemu „kolektivno protjerivanje znači protjerivanje stranaca u skupini“, i pripadajući komentar, citirane u predmetu *Khlaifia i drugi* (gore citiran, stavci 46. - 47., i u stavku 65. ove presude)). Skupinu ne mora činiti neki minimalan broj pojedinaca ispod kojeg bi u pitanje bila dovedena kolektivna priroda protjerivanja. Prema tome, broj osoba na koje utječe određena mjera nebitan je prilikom utvrđivanja toga je li došlo do povrede članka 4. Protokola br. 4.

195. Nadalje, Sud dosad nije zahtijevao da se kolektivna priroda protjerivanja treba utvrditi na temelju pripadnosti određenoj skupini ili

skupini koju određuju posebne značajke, kao što su podrijetlo, državljanstvo, uvjerenja ili bilo koji drugi čimbenik, da bi došlo do primjene članka 4. Protokola br. 4. Presudni kriterij da bi se protjerivanje okarakteriziralo kao „kolektivno“ je neprovođenje „razumnog i objektivnog ispitivanja konkretnog slučaja svakog pojedinog stranca iz skupine“ (vidi gore citirani predmet *Khlaifia i drugi*, stavci 237. et seq., s daljnjim referencama).

196. Predmeti *Hirsi Jamaa i drugi* i *Sharifi i drugi* (gore citirani) odnosili su se na udaljavanje u Libiju odnosno Grčku skupine ljudi koji su zajedno presretnuti na moru, a da nisu u obzir uzeti njihovi identiteti ili pojedinačne okolnosti. U predmetu *Hirsi Jamaa i drugi* (stavak 185.), nije provedena nikakva provjera identiteta podnositelja zahtjeva, a vlasti su migrante, koje su presrele na otvorenom moru, samo ukrcale na vojna plovila kako bi ih vratile na libijsku obalu. U predmetu *Sharifi i drugi* (stavci 214. - 25.), Sud je utvrdio da su migranti, koji su presretnuti u jadranskim lukama, bili podvrgnuti „automatskom vraćanju“ u Grčku i da im je uskraćena svaka djelotvorna mogućnost traženja azila. U oba predmeta, brojni podnositelji zahtjeva bili su tražitelji azila koji su u odnosu na tuženu državu prigovorili, na temelju članka 3. Konvencije, da im nije pružena djelotvorna mogućnost osporavanja njihova vraćanja. Stoga je glavni navod podnositelja zahtjeva u tim predmetima bio da je bilo jasno da će, ako budu vraćeni u Libiju odnosno Grčku, biti izloženi „stvarnom riziku“ od zlostavljanja ili repatrijacije u Eritreju, Somaliju i Afganistan (vidi gore citirane predmete *Sharifi i drugi*, stavci 135., 180. i 215., i *Hirsi Jamaa i drugi*, stavci 131. i 158.).

197. U najnovijem predmetu *Khlaifia i drugi*, podnositelji zahtjeva stigli su u Italiju preko Sredozemnog mora, a talijanske vlasti vratile su ih u Tunis. U postupku pred Sudom nisu naveli povredu članka 3. zbog tog protjerivanja. Veliko vijeće, pozivajući se na gore citirane predmete *Hirsi Jamaa i drugi* (stavak 177.) i *Sharifi i drugi* (stavak 210.), ponovilo je da je člankom 4. Protokola br. 4 utvrđen skup procesnih uvjeta čija je svrha spriječiti da države mogu udaljiti veliki broj stranaca, a da ne ispituju njihove osobne okolnosti i tako im ne omoguće da iznesu svoje argumente protiv mjere koju je poduzelo nadležno tijelo (vidi gore citirane predmete *Khlaifia i drugi*, stavak 238., i *Andric*). Utvrdilo je da je za utvrđivanje toga je li bilo provedeno dovoljno individualizirano ispitivanje potrebno uzeti u obzir posebne okolnosti protjerivanja i „opći kontekst u relevantno vrijeme“ (vidi gore citirani predmet *Khlaifia i drugi*, stavak 238.; gore citirani predmet *Gruzija protiv Rusije (I)*, stavak 171.; i gore citirani predmet *Hirsi Jamaa i drugi*, stavak 183.).

198. Iz te sudske prakse proizlazi da je svrha članka 4. Protokola br. 4, u toj kategoriji predmeta, omogućiti svakom dotičnom strancu da ustvrdi da postoji rizik od postupanja nespojivog s Konvencijom – a osobito s člankom 3. – u slučaju njegova vraćanja, te omogućiti vlastima da izbjegnu izlaganje bilo koje osobe koja može imati takvu dokazivu tvrdnju takvom riziku. Iz tog razloga, člankom 4. Protokola br. 4 propisano je da državne

vlasti moraju osigurati da svaki od dotičnih stranaca ima stvarnu i djelotvornu mogućnost iznijeti argumente protiv svog protjerivanja (vidi gore citirani predmet *Hirsi Jamaa i drugi*, stavak 177.; gore citirani predmet *Sharifi i drugi*, stavak 210.; i gore citirani predmet *Khlaifia i drugi*, stavci 238. i 248.).

199. U tom kontekstu, činjenica da su slične odluke donesene o odnosu na više stranaca sama po sebi ne dovodi do zaključka da je došlo do kolektivnog protjerivanja ako je svakoj dotičnoj osobi pružena mogućnost da pojedinačno i pred nadležnim vlastima iznese argumente protiv svog protjerivanja (vidi gore citirani predmet *Khlaifia i drugi*, stavak 239.; vidi i *M.A. protiv Cipra*, br. 41872/10, stavci 246. i 254., ECHR 2013 (izvadci); gore citirani predmet *Sultani*, stavak 81.; gore citirani predmet *Hirsi Jamaa i drugi*, stavak 184.; i gore citirani predmet *Gruzija protiv Rusije (I)*, stavak 167.). Međutim, člankom 4. Protokola br. 4 nije zajamčeno pravo na pojedinačni razgovor u svim okolnostima jer pretpostavke te odredbe mogu biti zadovoljene ako svaki stranac ima stvarnu i djelotvornu mogućnost iznošenja argumenata protiv svog protjerivanja i ako te argumente na odgovarajući način ispituju vlasti tužene države (vidi gore citirani predmet *Khlaifia i drugi*, stavak 248.). U predmetu *Khlaifia i drugi*, punomoćnici podnositelja zahtjeva nisu mogli navesti ni „najmanju činjeničnu ili pravnu osnovu kojom bi se, prema međunarodnom ili nacionalnom zakonodavstvu, moglo opravdati prisustvo njihovih stranaka na talijanskom državnom području i spriječiti njihovo udaljavanje“. Time je dovedena u pitanje korisnost pojedinačnog razgovora u tom predmetu (ibid., stavak 253.).

200. Konačno, ponašanje samog podnositelja zahtjeva relevantan je čimbenik za procjenu zaštite koja se treba pružiti na temelju članka 4. Protokola br. 4. Prema dobro utvrđenoj praksi Suda, nije došlo do povrede članka 4. Protokola br. 4 ako se nepostojanje pojedinačne odluke o protjerivanju može pripisati ponašanju samog podnositelja zahtjeva: vidi gore citirani predmet *Khlaifia i drugi*, stavak 240., i gore citirani predmet *Hirsi Jamaa i drugi*, stavak 184.; vidi i gore citirani predmet *M.A. protiv Cipra*, stavak 247.; gore citirani predmet *Berisha i Haljiti*; i gore citirani predmet *Dritsas i drugi*. U posljednjim dvama predmetima, nedostatak aktivne suradnje u dostupnom postupku za pojedinačno ispitivanje okolnosti podnositelja zahtjeva doveo je Sud do zaključka da se Vlada ne može smatrati odgovornom za činjenicu da to ispitivanje nije provedeno.

201. Prema mišljenju Suda, isto se načelo mora primijeniti i u situacijama u kojima je ponašanje osoba koje neovlašteno prelaze kopnenu granicu, namjerno iskorištavaju svoju brojnost i koriste silu takvo da dovodi do očito disruptivne situacije koju je teško kontrolirati i koja ugrožava javnu sigurnost. Međutim, u tom kontekstu, ocjenjujući prigovor na temelju članka 4. Protokola br. 4, važno je da Sud vodi računa o tome je li, u okolnostima konkretnog predmeta, tužena država pružila stvaran i djelotvoran pristup sredstvima zakonitog ulaska, konkretno postupcima na granici. Ako je tužena država pružila takav pristup, ali ga podnositelj zahtjeva nije iskoristio, Sud će

razmotriti, u ovom kontekstu i ne dovodeći u pitanje primjenu članaka 2. i 3., jesu li postojali uvjerljivi razlozi da se taj pristup ne iskoristi, a koji se temelje na objektivnim činjenicama za koje je tužena država bila odgovorna.

(b) Primjena na ovaj predmet

(i) Činjenica da postoje samo dva podnositelja zahtjeva

202. U ovom predmetu Sud na početku primjećuje da je Vlada osporila „kolektivnu“ prirodu protjerivanja kojem su podnositelji zahtjeva navodno bili podvrgnuti jer se predmet odnosi samo na dvije osobe. Sud u tom pogledu napominje da su podnositelji zahtjeva u ovom predmetu bili dio velike skupine stranaca koji su djelovali istovremeno i da su bili podvrgnuti istom postupanju kao i ostali članovi te skupine.

203. Neovisno o tom činjeničnom razmatranju, Sud ponavlja svoju sudsku praksu prema kojoj je broj osoba na koje utječe određena mjera nebitan prilikom utvrđivanja toga je li došlo do povrede članka 4. Protokola br. 4. Štoviše, presudni kriterij da bi se protjerivanje okarakteriziralo kao „kolektivno“ uvijek je neprovođenje „razumnog i objektivnog ispitivanja konkretnog slučaja svakog pojedinog stranca iz skupine“ (vidi stavak 193. ove presude). Sud ne vidi razlog da donese drugačiji zaključak u ovom predmetu i stoga odbacuje tvrdnje Vlade u tom pogledu.

(ii) Ponašanje podnositelja zahtjeva

(α) Tvrdnje stranaka

204. Vlada je nadalje tvrdila da je udaljavanje podnositelja zahtjeva bilo posljedica njihova vlastitog „kaznjivog ponašanja“ u smislu ustaljene sudske prakse Suda. Podnositelji zahtjeva pokušali su neovlašteno ući na španjolsko državno područje (vidi članak 25. LOEX-a i stavak 32. ove presude) i ni na koji način nisu dokazali da nisu mogli iskoristiti brojne pravne postupke koji su im bili dostupni kako bi pribavili dozvolu za prelazak granice u Španjolsku. Vlada je tvrdila da svi stranci koji žele ući u Španjolsku kako bi zatražili azil ili međunarodnu zaštitu općenito imaju mogućnost podnijeti takav zahtjev na graničnom prijelazu Beni Enzar (članak 21. Zakona 12/2009, citiran u stavku 34. ove presude) ili u španjolskom veleposlanstvu u Rabatu ili u španjolskim konzulatima u Maroku (osobito u Nadoru), ili u španjolskom veleposlanstvu ili konzulatu u nekoj drugoj zemlji (članak 38. Zakona 12/2009, citiran u stavku 34. ove presude). Prema tome, podnositelji zahtjeva mogli su – ako su trebali zatražiti azil ili ishoditi međunarodnu zaštitu na drugim osnovama – podnijeti takav zahtjev navedenim institucijama (članak 38. Zakona 12/2009, vidi stavak 34. ove presude). Nadalje, u postupcima nakon njihova konačnog ulaska u Španjolsku 2015. godine podnositelji zahtjeva nisu dokazali postojanje bilo kakvih rizika kojima su bili izloženi zbog udaljavanja u Maroko ili u svoju zemlju podrijetla.

205. Podnositelji zahtjeva osporili su tvrdnju Vlade da im je tužena država pružila stvarne i djelotvorne pravne mogućnosti za ostvarivanje zakonitog ulaska u Španjolsku. Samo su istaknuli nemogućnost, osobito osoba iz supsaharske Afrike, da ostvare pristup većini mjesta na koja je uputila Vlada.

(β) Ocjena Suda

206. Sud na početku napominje da su podnositelji zahtjeva u ovom predmetu bili članovi skupine brojnih pojedinaca koji su pokušali ući na španjolsko državno područje neovlašteno prelazeći kopnenu granicu, iskorištavajući svoju brojnost i u kontekstu akcije koja je bila unaprijed isplanirana. Nadalje primjećuje da je vijeće prigovore podnositelja zahtjeva na temelju članka 3. proglasilo nedopuštenima.

207. U ovom predmetu nije utvrđen identitet podnositelja zahtjeva jer 13. kolovoza 2014. godine nije proveden nikakav pisani postupak za ispitivanje njihovih pojedinačnih okolnosti. Stoga je njihovo vraćanje u Maroko predstavljalo *de facto* pojedinačnu, ali neposrednu predaju, koju su izvršili pripadnici španjolske granične straže isključivo na temelju operativnog protokola *Guardia Civila* (vidi stavak 37. ove presude).

208. Sud prima na znanje tvrdnju Vlade da su podnositelji zahtjeva sudjelovali u „kažnjivom ponašanju“ zaobilaženjem postojeće pravne postupke za ulazak u Španjolsku. Stoga se otvara pitanje jesu li takvi postupci postojali u relevantno vrijeme; jesu li pružali podnositeljima zahtjeva stvarnu i djelotvornu mogućnost iznošenja razloga – uz pretpostavku da su takvi razlozi postojali – protiv njihove predaje marokanskim vlastima; i, ako je to bio slučaj, jesu li ih podnositelji zahtjeva iskoristili.

209. Kad je riječ o državama ugovornicama kao što je Španjolska čije se granice, bar dijelom, preklapaju s vanjskim granicama schengenskog prostora, da bi konvencijska prava bila djelotvorna, te države moraju omogućiti stvaran i djelotvoran pristup sredstvima zakonitog ulaska, osobito postupcima na granici za osobe koje su stigle na granicu. Ta sredstva trebala bi svim osobama koje se suočavaju s proganjanjem omogućiti da podnesu zahtjev za zaštitu, osobito na temelju članka 3. Konvencije, pod uvjetima koji osiguravaju da će se zahtjev obraditi na način koji je u skladu s međunarodnim normama, među ostalim i Konvencijom. U kontekstu ovog predmeta, Sud se poziva i na pristup naveden u Zakoniku o schengenskim granicama. Provedba članka 4. stavka 1. Zakonika, kojim je predviđeno da se vanjske granice mogu prijeći samo na graničnim prijelazima i tijekom utvrđenog radnog vremena, pretpostavlja postojanje dovoljnog broja takvih prijelaza. U nedostatku odgovarajućih mehanizama, posljedična mogućnost da države odbiju ulazak na svoje državno područje može dovesti do nedjelotvornosti svih odredbi Konvencije namijenjenih zaštiti pojedinaca koji se suočavaju sa stvarnim rizikom od proganjanja.

210. Međutim, ako takvi mehanizmi postoje i stvarno i djelotvorno osiguravaju pravo na traženje zaštite na temelju Konvencije, a osobito na

temelju članka 3., Konvencija ne sprječava da države, izvršavajući svoju obvezu nadziranja granica, zahtijevaju da se takvi zahtjevi podnose na postojećim graničnim prijelazima (vidi i članak 6. Direktive EU-a o postupku, stavak 49. ove presude). Slijedom toga, one mogu odbiti ulazak na svoje državno područje strancima, među ostalim i mogućim tražiteljima azila, koji se bez uvjerljivih razloga (kako je opisano u stavku 201. ove presude) nisu pridržavali tih mehanizama tako što su pokušali prijeći granicu na nekom drugom mjestu, osobito, kao što je to bilo u ovom predmetu, tako što su iskoristili svoju brojnost i koristili silu.

211. Sud stoga mora utvrditi jesu li mogućnosti koje su, prema tvrdnji Vlade, bile dostupne podnositeljima zahtjeva za zakonit ulazak u Španjolsku, osobito u cilju traženja zaštite na temelju članka 3., postojale u relevantno vrijeme i, ako jesu, jesu li bile stvarno i djelotvorno dostupne podnositeljima zahtjeva. Ako je to bio slučaj, a podnositelji zahtjeva nisu iskoristili te pravne postupke, već su neovlašteno prešli granicu (u ovom slučaju iskorištavajući svoju brojnost i koristeći silu), samo nepostojanje uvjerljivih razloga (kako je opisano u stavku 201. ove presude) zbog kojih bi bili spriječeni koristiti te postupke može dovesti do toga da se ta situacija smatra posljedicom ponašanja samih podnositelja zahtjeva, što opravdava činjenicu da pripadnici španjolske granične straže nisu pojedinačno utvrdili njihove identitete.

212. U tom pogledu, Sud napominje da je u španjolskom pravu predviđeno nekoliko mogućih načina na koje su podnositelji zahtjeva mogli zatražiti ulazak na državno područje, bilo podnošenjem zahtjeva za vizu (vidi stavak 115. ove presude) bilo podnošenjem zahtjeva za međunarodnu zaštitu, posebice na graničnom prijelazu Beni Enzar, ali i u španjolskim diplomatskim i konzularnim predstavništvima u njihovim zemljama podrijetla ili tranzita ili u Maroku (vidi članke 21. i 38. Zakona 12/2009, citiranog u stavku 34. ove presude, i članke 4., 16. i članak 29. stavak 4. Kraljevske uredbe 203/1995, citirane u stavku 35. ove presude). O raspoloživosti i stvarnoj dostupnosti tih pravnih puteva u predmetu podnositelja zahtjeva detaljno se raspravljalo u postupku pred Velikim vijećem, među ostalim i na raspravi.

213. Utvrđeno je da su 1. rujna 2014. godine, nedugo nakon događaja u ovom predmetu, španjolske vlasti na međunarodnom graničnom prijelazu Beni Enzar osnovale ured za registraciju zahtjeva za azil („Posebna jedinica za međunarodnu zaštitu“), koji je otvoren 24 sata na dan. Prema izvješću policijske uprave u Melilli (vidi stavak 128. ove presude), čak i prije osnivanja ureda za registraciju azila na taj datum, na temelju članka 21. Zakona 12/2009 uspostavljen je pravni put u tu svrhu (vidi stavak 34. ove presude). Vlada je navela da je na toj osnovi podnesen dvadeset i jedan zahtjev za azil u razdoblju od 1. siječnja do 31. kolovoza 2014. u Melilli, uključujući šest zahtjeva za azil podnesenih na graničnom prijelazu Beni Enzar, pri čemu su tražitelji azila prepraćeni u policijsku postaju u Melilli

kako bi podnijeli službeni zahtjev. Te su osobe došle iz Alžira, Burkine Faso, Kameruna, Konga, Obale Bjelokosti i Somalije.

214. Sud napominje da podnositelji zahtjeva i umješači nisu uvjerljivo osporili točnost statistika koje je o tom pitanju dostavila Vlada. Nisu osporili ni izjavu Vlade da bi „prije nego što je izgrađena i postavljena Posebna jedinica za međunarodnu zaštitu u [Beni Enzaru], podnositelj zahtjeva za azil bio obaviješten o svojim pravima, uz pomoć tumača i besplatnog specijaliziranog odvjetnika kojeg je imenovala Odvjetnička komora. Zatim bi bio odvezen u otvoreni Centar za privremeni boravak migranata, gdje bi njegove osnovne potrebe bile zadovoljene“ (vidi stavak 128. ove presude). Sud stoga nema razloga sumnjati da je čak i prije osnivanja Posebne jedinice za međunarodnu zaštitu u Beni Enzaru 1. rujna 2014. godine postojala ne samo zakonska obveza prihvaćanja zahtjeva za azil na tom graničnom prijelazu već i stvarna mogućnost podnošenja takvih zahtjeva.

215. Neosporena činjenica da su, prema statistikama Vlade, u Beni Enzaru podnesena 404 zahtjeva za azil u razdoblju od 1. rujna do 31. prosinca 2014. godine – dakle, mnogo više od šest zahtjeva podnesenih u prvih osam mjeseci 2014. – ne mijenja taj zaključak. Kao što je naveo povjerenik za ljudska prava Vijeća Europe, pozivajući se na godišnje izvješće španjolske pučke pravobraniteljice za 2014. godinu, ta 404 zahtjeva podnijele su sirijske izbjeglice u vrijeme kada se kriza u Siriji pojačala. To potvrđuje i Prilog 14. Vladinih podnesaka prema kojem je, zbog znatnog povećanja broja podnositelja zahtjeva za međunarodnu zaštitu krajem 2014. godine, a radi lakše obrade zahtjeva za azil, broj nacionalnih policijskih službenika u Beni Enzaru i Tarajalu povećan, a službenici su prošli odgovarajuću obuku za rješavanje podnesenih zahtjeva za azil. Prema tome, čini se da je veći broj zahtjeva od 1. rujna 2014. godine nadalje prvenstveno rezultat povećanog broja zahtjeva za zaštitu od strane sirijskih državljana u tom razdoblju i, kao takav, ne dovodi u pitanje dostupnost Beni Enzara prije 1. rujna 2014. godine.

216. Čini se da taj zaključak potvrđuje činjenica da se, prema statističkim podacima, broj zahtjeva za azil osoba iz supsaharske Afrike nije povećao nakon 1. rujna 2014. godine, za razliku od broja zahtjeva sirijskih državljana. Zaista, u Beni Enzaru nije podnesen nijedan zahtjev za azil osoba iz supsaharske Afrike u razdoblju od 1. rujna do 31. prosinca 2014. godine ili tijekom cijele 2015. godine, dok su samo dva takva zahtjeva podnesena 2016., a niti jedan 2017. godine. Na te su se podatke pozivali i podnositelji zahtjeva u svojim podnescima pred Velikim vijećem.

217. Slijedom toga, sama činjenica – koju Vlada nije osporila – da je u Beni Enzaru prije 1. rujna 2014. godine podnesen vrlo mali broj zahtjeva za azil (vidi stavak 213. ove presude) ne može dovesti do zaključka da tužena država nije pružila stvaran i djelotvoran pristup tom graničnom prijelazu. Općenita tvrdnja podnositelja zahtjeva u njihovim podnescima pred Velikim vijećem da „u relevantno vrijeme nije postojala mogućnost da itko zatraži azil

na graničnom prijelazu Beni Enzar“ nije dovoljna da se taj zaključak promijeni.

218. Sud će dalje utvrditi jesu li podnositelji zahtjeva imali uvjerljive razloge (kako je opisano u stavku 201. ove presude) zašto nisu koristili te postupke na granici na graničnom prijelazu Beni Enzar. U tom pogledu Sud primjećuje da je nekoliko trećih strana u postupku pred Velikim vijećem tvrdilo da je da je osobama iz supsaharske Afrike koje borave u Maroku u praksi bilo nemoguće ili vrlo teško fizički prići graničnom prijelazu Beni Enzar. Međutim, razna izvješća koja su podnesena u tom smislu, osobito od strane UNHCR-a i povjerenika za ljudska prava Vijeća Europe, nisu uvjerljiva kad je riječ o razlozima i činjeničnim okolnostima na kojima se te tvrdnje temelje. U nekima od njih spominje se rasno profiliranje ili stroga provjera putovnica na marokanskoj strani. Međutim, ni u jednom od tih izvješća nije navedeno da je španjolska Vlada na bilo koji način odgovorna za takvo stanje stvari.

219. Kad je riječ o zaključcima g. Bočeka u njegovu izvješću iz 2018. godine o tome da *Guardia Civil* obavještava marokanske vlasti o svim kretnjama kod ograde u Melilli, nakon čega marokanske vlasti sprječavaju da osobe na marokanskom državnom području preskaču ogradu, čini se da se ti zaključci odnose samo na neovlaštene prelaskne granice (vidi stavak 58. ove presude). Ništa ne ukazuje na to da slična situacija prevladava i na službenim graničnim prijelazima, među ostalim i u Beni Enzaru.

220. U pogledu podnositelja zahtjeva u ovom predmetu, u postupku pred Velikim vijećem isprva nisu ni tvrdili da su ikad pokušali zakonito ući na španjolsko državno područje, već su se pozivali na navedene poteškoće samo načelno. U svom drugom očitovanju pred Velikim vijećem i dalje su negirali bilo kakvu vezu između njihova zahtjeva na temelju članka 4. Protokola br. 4 i mogućeg zahtjeva za azil. Tek su na raspravi pred Velikim vijećem tvrdili da su sami pokušali prići Beni Enzaru, ali su ih „potjerali marokanski službenici“. Posve neovisno o sumnji u vjerodostojnost te tvrdnje koja proizlazi iz činjenice da je ta tvrdnja iznesena u vrlo kasnoj fazi postupka, Sud napominje da podnositelji zahtjeva ni u jednom trenutku nisu u tom kontekstu tvrdili da su za prepreke na koje su navodno naišli, ako se potvrde, bile odgovorne španjolske vlasti. Stoga, Sud nije uvjeren da su podnositelji zahtjeva imali potrebne uvjerljive razloge (kako je opisano u stavku 201. ove presude) zašto nisu koristili granični prijelaz Beni Enzar u relevantno vrijeme kako bi pravilno i zakonito iznijeli razloge protiv svog protjerivanja.

221. Sud naglašava da je zadaća Konvencije jamčiti osobama pod njezinom nadležnošću prava koja su praktična i ostvariva, a ne prava koja su teoretska ili prividna (vidi stavak 171. ove presude). Međutim, to ne podrazumijeva opću obvezu države ugovornice na temelju članka 4. Protokola br. 4 da osobe koje su pod jurisdikcijom druge države dovede pod svoju nadležnost. U ovom predmetu, čak i pod pretpostavkom da su postojale poteškoće u fizičkom približavanju tom graničnom prijelazu na marokanskoj

strani, pred Sudom nije utvrđena nikakva odgovornost tužene Vlade za tu situaciju.

222. To je utvrđenje dovoljno da Sud zaključi da u ovom predmetu nije došlo do povrede članka 4. Protokola br. 4. Sud prima na znanje tvrdnju Vlade da su, osim što im je bio osiguran stvaran i djelotvoran pristup španjolskom državnom području na graničnom prijelazu Beni Enzar, podnositelji zahtjeva imali i pristup španjolskim veleposlanstvima i konzulatima u kojima, prema španjolskom pravu, svatko može podnijeti zahtjev za međunarodnu zaštitu. Budući da je Sud već utvrdio da je tužena država osigurala stvaran i djelotvoran pristup španjolskom državnom području u Beni Enzaru u relevantno vrijeme, nije obvezan zauzeti stajalište u ovom predmetu o tome bi li ili u kojoj bi mjeri u tim veleposlanstvima i konzulatima podnositelji zahtjeva došli pod jurisdikciju Španjolske da su ondje zatražili međunarodnu zaštitu i bi li im ta veleposlanstva i konzulati mogli osigurati potrebnu razinu pristupa. Međutim, u svjetlu pozivanja Vlade na te postupke i primljenih detaljnih podnesaka, Sud će razmotriti to pitanje.

223. U tom kontekstu Sud napominje da su, na temelju članka 38. Zakona 12/2009, španjolski veleposlanici već u relevantno vrijeme morali organizirati premještaj u Španjolsku osoba za koje se pokaže da im je potrebna zaštita (vidi stavak 34. ove presude). Stoga će Sud ispitati zaštitni učinak članka 38. koji je sporan između stranaka.

224. Na raspravi pred Velikim vijećem podnositelji zahtjeva pozvali su se na izvješće Baze podataka o azilu (AIDA) za 2016. godinu, prema kojem je u odnosu na taj članak Zakona 12/2009 „još uvijek [nedostajalo] određeno provedbeno zakonodavstvo koje bi omogućilo njegovo ostvarivanje“. Međutim, Vlada je pokazala da je taj navod pogrešan, ističući da je, prema članku 2. stavku 2. Građanskog zakonika, još uvijek na snazi Kraljevska uredba 203/1995 (citirana u stavku 35. ove presude), kojom se utvrđuju provedbene odredbe za prethodnu verziju Zakona o azilu. Tom je uredbom predviđen poseban postupak koji veleposlanicima omogućava da utvrde jesu li zahtjevi za azil podneseni u španjolskim veleposlanstvima i konzulatima vjerodostojni i, prema potrebi, da organiziraju premještaj u Španjolsku dotičnih osoba hitnim prihvatom u slučaju visokog rizika u trećoj zemlji. Prema toj Kraljevskoj uredbi, upravna odluka morala se donijeti u roku od šest mjeseci i bila je podložna sudskom preispitivanju. Primjenjivost tog postupka potvrđena je okružnicom od 20. studenog 2009. godine, koju je Vlada uputila svim španjolskim veleposlanicima i koja sadržava upute o organiziranju takvih premještaja. Tom je okružnicom predviđeno da „ako veleposlanik pri izvršavanju svojih dužnosti smatra da ‘postoji rizik za tjelesni integritet [tražitelja azila]’, može osigurati premještaj te osobe u Španjolsku (to može podrazumijevati izdavanje vize i jednosmjernu zrakoplovnu kartu za Španjolsku, uz prethodno odobrenje Ministarstva)“ (vidi stavak 38. ove presude). Tvrdnja podnositelja da se članak 38. Zakona

12/2009 nije bio primjenjiv u relevantno vrijeme zbog nepostojanja provedbene uredbe stoga je pogrešna.

225. S tim u vezi, Vlada je iznijela i konkretne podatke o zahtjevima za azil registriranim 2014. godine u španjolskim veleposlanstvima i konzulatima. Prema tim podacima, koje podnositelji zahtjeva nisu osporavali, u španjolskim je veleposlanstvima i konzulatima u razdoblju od 2014. do 2018. godine podneseno 1308 zahtjeva za azil, uključujući 346 zahtjeva 2014. godine. Te su godine osamnaest zahtjeva podnijeli državljani Obale Bjelokosti u španjolskim veleposlanstvima u Abidjanu i Bamaku. Svih devet zahtjeva za azil u španjolskom veleposlanstvu u Rabatu u tih pet godina podnijeli su marokanski državljani. Štoviše, od njih su samo četiri podnesena 2014. godine. Podnositelji zahtjeva, sa svoje strane, nisu osporavali stvarnu dostupnost španjolskih veleposlanstava i konzulata, među ostalim španjolskog veleposlanstva u Rabatu i španjolskog konzulata u Nadoru, kao ni mogućnost da oni ili drugi državljani trećih zemalja ondje podnesu zahtjev za međunarodnu zaštitu.

226. Sud je svjestan ograničenih ovlasti španjolskih veleposlanika prilikom primjene posebnog postupka iz članka 38. Zakona 12/2009 kao i roka od šest mjeseci za donošenje odluke, koje okolnosti mogu podrazumijevati da neće svi tražitelji azila dobiti neposrednu zaštitu. Međutim, u ovom predmetu te okolnosti nisu bile presudne jer je u svojoj odluci o nedopuštenosti od 7. srpnja 2015. godine Sud odbio prigovor podnositelja zahtjeva na temelju članka 3. koji se odnosio na njihovu bojazan od zlostavljanja u Maroku te ga je proglasio očigledno neosnovanim. Stoga nema naznaka da bi podnositelji zahtjeva, da su iskoristili postupak iz članka 38., do ishoda tog postupka bili izloženi bilo kakvom riziku od zlostavljanja u Maroku, gdje su dulje vremena živjeli (vidi stavke 22. i 23. ove presude).

227. Prema tome, Sud nije uvjeren da ti dodatni pravni putevi koji su postojali u vrijeme događaja nisu bili stvarno i djelotvorno dostupni podnositeljima zahtjeva. S tim u vezi primjećuje da je španjolski konzulat u Nadoru udaljen samo 13,5 km od Beni Enzara, a samim time i od mjesta jurišanja na ograde od 13. kolovoza 2014. godine. Podnositelji zahtjeva, koji su naveli da su u kampu na gori Gurugu boravili dvije godine (u slučaju N.D.-a) i jednu godinu i devet mjeseci (u slučaju N.T.-a), lako su mogli oputovati onamo da su htjeli podnijeti zahtjev za međunarodnu zaštitu. Sudu nisu pružili nikakvo objašnjenje zašto to nisu učinili. Konkretno, čak nisu tvrdili da su bili spriječeni iskoristiti te mogućnosti.

228. Konačno, podnositelji zahtjeva nisu osporili ni da su imali stvarnu i djelotvornu mogućnost podnijeti zahtjeve za vizu u drugim španjolskim veleposlanstvima, bilo u njihovim zemljama podrijetla bilo u nekoj od zemalja kroz koje su putovali od 2012. godine. U slučaju N.D.-a, posebnim ugovorom između Španjolske i Malija čak je predviđena dodatna mogućnost ishoda posebne radne vize (vidi stavak 115. ove presude). Na raspravi pred

Velikim vijećem, Vlada je pružila konkretne podatke iz kojih je vidljivo da je građanima Malija i Obale Bjelokosti u relevantnom razdoblju izdan značajan broj radnih viza. Podnositelji zahtjeva nisu osporili ni te statističke podatke.

229. Kako god bilo, iz gore navedenih razloga (vidi stavke 213. - 220. ove presude), Sud nije uvjeren da tužena država nije osigurala stvaran i djelotvoran pristup postupcima za zakonit ulazak u Španjolsku, konkretno podnošenjem zahtjeva za međunarodnu zaštitu na graničnom prijelazu Beni Enzar, ni da su podnositelji zahtjeva imali uvjerljive razloge zašto nisu iskoristili te postupke, a koji razlozi bi se temeljili na objektivnim činjenicama za koje je tužena država bila odgovorna.

230. U svakom slučaju, Sud primjećuje da punomoćnici podnositelja zahtjeva, ni u pisanim očitovanjima ni na raspravi Velikog vijeća, nisu mogli navesti nikakvu konkretnu činjeničnu ili pravnu osnovu prema kojoj bi se, prema međunarodnom ili nacionalnom pravu, spriječilo udaljavanje podnositelja zahtjeva da su bili pojedinačno registrirani (vidi, *mutatis mutandis*, predmet *Khlaifia i drugi*, stavak 253.; međutim, vidi i stajališta Odbora za prava djeteta citirana u stavku 68. ove presude).

231. U svjetlu ovih zapažanja Sud smatra da su se zapravo podnositelji zahtjeva doveli u opasnost sudjelujući u jurišanju na granične ograde u Melilli 13. kolovoza 2014. godine, iskorištavajući brojnost skupine i koristeći silu. Nisu iskoristili postojeće pravne postupke za zakonit ulazak na španjolsko državno područje u skladu s odredbama Zakonika o schengenskim granicama koje se odnose na prelazak vanjskih granica schengenskog prostora (vidi stavak 45. ove presude). Stoga, u skladu sa svojom ustaljenom sudskom praksom, Sud smatra da se nepostojanje pojedinačnih odluka o udaljavanju može pripisati činjenici da podnositelji zahtjeva, ako su zaista željeli ostvariti prava prema Konvenciji, nisu iskoristili službene postupke ulaska koji su bili uspostavljeni u tu svrhu te je stoga nepostojanje takvih odluka bilo posljedica njihova vlastitog ponašanja (vidi reference u stavku 200. ove presude). Sukladno tome, nije došlo do povrede članka 4. Protokola br. 4.

232. Međutim, treba navesti da taj zaključak ne dovodi u pitanje široki konsenzus međunarodne zajednice o obvezi i potrebi država ugovornica da zaštite svoje granice – bilo svoje granice ili vanjske granice schengenskog prostora, ovisno o slučaju – na način koji je u skladu s jamstvima prema Konvenciji, a osobito s obvezom poštovanja načela *non-refoulement*. U tom pogledu, Sud prima na znanje napore koje je Španjolska, kao odgovor na nedavne migracijske tokove na svojim granicama, poduzela kako bi povećala broj službenih graničnih prijelaza i unaprijedila djelotvorno poštovanje prava na pristup tim prijelazima i tako, u korist osoba kojima je potrebna zaštita od vraćanja, osigurala djelotvorniju mogućnost pristupa postupcima predviđenim u tu svrhu.

V. NAVODNA POVREDA ČLANKA 13. KONVENCIJE U VEZI S ČLANKOM 4. PROTOKOLA BR. 4

233. Podnositelji zahtjeva prigovorili su zbog nedostatka djelotvornog pravnog sredstva s odgovornim učinkom kojim bi mogli osporiti svoje neposredno vraćanje u Maroko. Pozvali su se na članak 13. Konvencije u vezi s člankom 4. Protokola br. 4.

Člankom 13. Konvencije predviđeno je:

“Svatko čija su prava i slobode koje su priznate u ovoj Konvenciji povrijeđene ima pravo na djelotvorna pravna sredstva pred domaćim državnim tijelom čak i u slučaju kad su povredu počinile osobe koje su djelovale u službenom svojstvu.”

234. Vlada je primijetila da je pravo na djelotvorno domaće pravno sredstvo postupovno pravo koje mora biti povezano s mogućom povredom materijalnog prava iz Konvencije ili njenih protokola. Prema njezinu mišljenju, nisu postojale osnove za utvrđivanje povrede članka 13. Konvencije.

235. Sa svoje strane, podnositelji zahtjeva ustvrdili su da nisu imali pristup domaćem pravnom sredstvu koje bi im omogućilo da prigovore zbog kolektivne prirode protjerivanja od 13. kolovoza 2014. godine; takvo bi pravno sredstvo moralo biti dostupno i djelotvorno i moralo je imati odgovorni učinak.

236. Prema njihovu mišljenju, automatska protjerivanja po kratkom postupku, kojih su bili žrtve, bila su u neposrednoj suprotnosti sa španjolskim zakonodavstvom važećim u relevantno vrijeme. Postupak koji je trebalo primijeniti bio je postupak udaljavanja predviđen člankom 58. stavkom 3. točkom (b) LOEX-a i člankom 23. Kraljevske uredbe 557/2011 (vidi stavke 32. i 36. ove presude), prema kojima službenici granične policije koji uhite stranca moraju tog stranca prepratiti u policijsku postaju radi utvrđivanja njegova identiteta i mogućeg pokretanja postupka udaljavanja. Svaki nalog o protjerivanju izdan nakon završetka te faze podliježe sudskoj žalbi u postupku u kojem dotična osoba ima pravo na besplatnu pomoć odvjetnika i tumača.

237. Podnositelji zahtjeva nadalje su ustvrdili da su, u mjeri u kojoj u ovom predmetu nije donesena nikakva formalna pojedinačna odluka i u svjetlu činjenice da im nije bio utvrđen identitet ni pružena bilo kakva obavijest ili proveden bilo kakav postupak, bili lišeni svakog domaćeg pravnog sredstva u odnosu na njihovo protjerivanje, među ostalim i pravnih sredstava predviđenih domaćim pravom i pravom EU-a. Prema njihovu mišljenju, to je dovelo do povrede članka 13. Konvencije u vezi s člankom 4. Protokola br. 4.

A. Dopuštenost

238. Sud smatra da se ovim prigovorom otvaraju složena pravna i činjenična pitanja koja se ne mogu riješiti bez ispitivanja osnovanosti. Iz toga

proizlazi da prigovor nije očigledno neosnovan u smislu članka 35. stavka 3. točke (a) Konvencije. Sud primjećuje i da nije nedopušten ni po kojoj drugoj osnovi i da Vlada nije iznijela nikakav drugi preliminarni prigovor u tom pogledu. Stoga se mora proglasiti dopuštenim.

B. Osnovanost

1. Presuda vijeća

239. Vijeće je smatralo da je ovaj prigovor „argumentiran“ u smislu članka 13. Konvencije (vidi gore citirani predmet *Hirsi Jamaa i drugi*, stavak 201.) i da su podnositelji zahtjeva bili lišeni svakog pravnog sredstva koje bi im omogućilo da podnesu prigovor na temelju članka 4. Protokola br. 4 nadležnom tijelu i ishode temeljito i strogo ocjenjivanje svojih zahtjeva prije nego što budu vraćeni. Vijeće je stoga presudilo da je došlo do povrede članka 13. Konvencije u vezi s člankom 4. Protokola br. 4 uz Konvenciju.

2. Ocjena Suda

240. Člankom 13. Konvencije zajamčeno je da je na nacionalnoj razini dostupno pravno sredstvo kojim se u praksi izvršava bit konvencijskih prava i sloboda neovisno o obliku u kojem se oni jamče. Stoga se tom odredbom zahtjeva osiguranje domaćeg pravnog sredstva koje omogućava da se ispita bit „argumentiranog prigovora“ na temelju Konvencije i da se dodijeli odgovarajuća zadovoljština.

241. U mjeri u kojoj su podnositelji zahtjeva prigovorili zbog nedostatka djelotvornog pravnog sredstva kojim bi mogli osporiti svoje protjerivanje na temelju njegove navodno kolektivne prirode, Sud napominje da su se, iako je u španjolskom pravu predviđena mogućnost podnošenja žalbe protiv naloga o udaljavanju na granici (vidi stavak 32. et seq. ove presude), i sami podnositelji zahtjeva morali pridržavati pravila za podnošenje takve žalbe protiv njihova udaljavanja.

242. Kao što je prethodno naveo prilikom ispitivanja prigovora na temelju članka 4. Protokola br. 4 (vidi stavak 231. ove presude), Sud smatra da su se podnositelji zahtjeva doveli u nezakonitu situaciju kad su namjerno pokušali ući u Španjolsku prelaskom preko objekata za zaštitu granice u Melilli 13. kolovoza 2014. godine kao dio velike skupine i na neovlaštenom mjestu. Prema tome, odlučili su da neće koristiti postojeće pravne postupke kako bi zakonito ušli na španjolsko državno područje te tako nisu poštovali mjerodavne odredbe Zakonika o schengenskim granicama o prelasku vanjskih granica schengenskog prostora (vidi stavak 45. ove presude) i domaćeg zakonodavstva o toj temi. U mjeri u kojoj je Sud utvrdio da je nedostatak pojedinačnog postupka za njihovo udaljavanje posljedica ponašanja samih podnositelja zahtjeva jer su pokušali neovlašteno ući u Melillu (vidi stavak 231. ove presude), ne može tuženu državu smatrati

odgovornom jer u toj situaciji nije stavila na raspolaganje pravno sredstvo protiv tog istog udaljavanja.

243. Iz toga proizlazi da nedostatak pravnog sredstva u odnosu na udaljavanje podnositelja zahtjeva sam po sebi ne predstavlja povredu članka 13. Konvencije jer je prigovor podnositelja zahtjeva u pogledu rizika s kojima bi se suočili u odredišnoj zemlji odbijen na početku postupka.

244. Stoga nije došlo do povrede članka 13. Konvencije u vezi s člankom 4. Protokola br. 4.

IZ TIH RAZLOGA SUD

1. *Odlučuje*, jednoglasno, nastaviti ispitivati zahtjeve na temelju članka 37. stavka 1. *in fine* Konvencije (vidi stavak 79. ove presude);
2. *Odbija*, jednoglasno, preliminarni prigovor Vlade zbog nepostojanja statusa žrtve, koji je Sud ispitao sa stajališta utvrđivanja činjenica (vidi stavak 88. ove presude);
3. *Odbija*, jednoglasno, preliminarni prigovor Vlade zbog nenadležnosti (vidi stavak 111. ove presude);
4. *Odbija*, jednoglasno, preliminarni prigovor Vlade o navodnom gubitku statusa žrtve podnositelja zahtjeva zbog događaja koji su se zbili nakon 13. kolovoza 2014. godine i zahtjev Vlade da izbriše predmet s liste na toj osnovi (vidi stavak 114. ove presude);
5. *Odbija*, jednoglasno, preliminarni prigovor Vlade zbog neiscrpljivanja domaćih pravnih sredstava (vidi stavak 122. ove presude);
6. *Odbija*, većinom glasova, preliminarni prigovor Vlade o neprimjenjivosti članka 4. Protokola br. 4 u ovom predmetu (vidi stavak 191. ove presude);
7. *Utvrđuje*, jednoglasno, da su zahtjevi dopušteni (vidi stavke 191. i 238. ove presude);
8. *Presuđuje*, jednoglasno, da nije došlo do povrede članka 4. Protokola br. 4 uz Konvenciju (vidi stavak 231. ove presude);
9. *Presuđuje*, jednoglasno, da nije došlo do povrede članka 13. Konvencije u vezi s člankom 4. Protokola br. 4 (vidi stavak 244. ove presude).

Sastavljeno na engleskom i francuskom jeziku i doneseno na javnoj raspravi u zgradi Suda u Strasbourgu 13. veljače 2020. godine.

Johan Callewaert
Zamjenik tajnika

Linos-Alexandre Sicilianos
Predsjednik

U skladu s člankom 45. stavkom 2. Konvencije i pravilom 74. stavkom 2. Poslovnika Suda, ovoj se presudi prilažu sljedeća izdvojena mišljenja:

- (a) suglasno mišljenje suca Pejchala;
- (b) djelomično suprotstavljeno mišljenje sutkinje Koskelo.

L.A.S.
J.C.

SUGLASNO MIŠLJENJE SUCA PEJCHALA

1. Uvod

Ako ostavim po strani rješenje koje uključuje prethodno pitanje jesu li ispunjeni uvjeti za brisanje zahtjeva s liste predmeta na temelju članka 37. Konvencije, tada se mogu složiti s mišljenjem većine. Zato sam, nakon određenog oklijevanja, glasovao kao većina. Ipak, još uvijek imam velike nedoumice u pogledu toga je li se Veliko vijeće uopće trebalo baviti ovim predmetom. Konkretno, nisam siguran je li u ovom predmetu bilo pošteno prema zajednici slobodnih građana koji žive u državama članicama Vijeća Europe da međunarodni sud naloži održavanje rasprave na koje je utrošio značajna financijska sredstva, koja su mu visoke ugovorne stranke povjerile za provođenje pravde. Budući da te nedoumice smatram ozbiljnima, njima ću se baviti u svom suglasnom mišljenju.

2. Pravo na podnošenje pojedinačnog zahtjeva na temelju članka 34. Konvencije (opća razmatranja)

Ne postoji razlog da se ne prihvati Rawlsov postulat da je pravednost prije svega poštenost i da je prilikom uspostavljanja kriterija za pravednost potrebno krenuti od poštenosti. Ta ideja nije ni nova ni revolucionarna. Davno je Ciceron u svom „*De officiis*“ naveo: „*Fundamentum autem est iustitiae fides, id est dictorum conventorumque constantia et veritas*“.

U potrazi za pravednošću, Rawlsova teorija više je primjenjiva u području međunarodnog prava nego u domaćem pravu, u kojem postoji znatno više mogućnosti za provedbu pridržavanja zakona nego u međunarodnom pravu. Bečka konvencija o pravu međunarodnih ugovora, u kojoj su pružene smjernice za tumačenje međunarodnih ugovora, među ostalim i Konvencije, s pravom se temelji na načelu poštenosti u međunarodnim odnosima.

Korisno je podsjetiti da svaki pojedinačni zahtjev u kojem podnositelj zahtjeva tvrdi da je došlo do povrede Konvencije od strane visoke ugovorne stranke ne samo da utječe na život zajednice slobodnih građana koji žive na državnom području te visoke ugovorne stranke već i izravno ili neizravno utječe na život zajednice slobodnih građana u svim državama članicama Vijeća Europe.

Prema mojem mišljenju, svaki je podnositelj zahtjeva dužan podnijeti svoj zahtjev na stvarnoj i doista orpavdanoj osnovi. Tijekom ovog postupka podnositelji zahtjeva nadalje su dužni jasno istaknuti Sudu, ne samo putem svojih punomoćnika već i osobnim stavom prema predmetu koji je u tijeku, da su istinski uvjereni da je visoka ugovorna strana prekršila njihove temeljne slobode ili da stvarno nisu bili u mogućnosti ostvariti svoja prava zajamčena Konvencijom. Podnositelj zahtjeva zasigurno može pogriješiti u svom tumačenju Konvencije, ali u svakom slučaju mora biti očito da je zahtjev

motiviran ozbiljnom namjerom i da podnositelj zahtjeva želi ustrajati u zahtjevu. Ako to nije slučaj, dužnost je Suda pažljivo razmotriti takvu situaciju i, ako u predmetu podnositelja zahtjeva ne postoje nikakve iznimne okolnosti (kao što su bolest, psihička nezrelost i slično), onda sa stajališta univerzalne pravednosti zasigurno nije primjereno da se Sud bavi tim zahtjevom, čak ni u pogledu pitanja je li zahtjev opravdan ili ne. Prema mojem mišljenju, posljednju rečenicu stavka 1. članka 37. Konvencije („Međutim, Sud će nastaviti ispitivanje zahtjeva ako to traže interesi poštovanja ljudskih prava zajamčenih Konvencijom i dodatnim protokolima“) stoga je potrebno tumačiti isključivo u odnosu na podnositelja zahtjeva i njegov konkretan problem, a ne općenito u odnosu na pitanje koje je otvorio podnositelj zahtjeva, a koje može podrazumijevati općenito, a ne konkretnu povredu Konvencije.

Ako okolnosti predmeta jasno ukazuju na to da podnositelj zahtjeva ne pokazuje stvaran interes za predmet u bilo kojoj fazi postupka pred Sudom, tada prilikom eventualnog ispitivanja predmeta nije moguće ispuniti pretpostavku kontradiktornog postupka u smislu članka 38. Konvencije („Sud ispituje slučaj zajedno s predstavnicima stranaka i, ako je potrebno, provodi istragu za čije djelotvorno provođenje zainteresirane visoke ugovorne stranke pružaju svu potrebnu suradnju“). Cilj uvijek mora biti rješavanje dotičnog predmeta, koji se mora temeljiti na ozbiljnoj namjeri, a ne akademsko tumačenje pitanja koje je otvorio podnositelj zahtjeva u situaciji kada podnositelj, kako okolnosti predmeta mogu pokazati, nije imao ozbiljnu namjeru da se to pitanje razmotri i u tom pitanju nije naveden nikakav ozbiljan problem s njegove strane. Naš je sud međunarodni sud koji mora pažljivo osigurati da se bavi samo ozbiljnim predmetima.

3. Razmatranje ovog predmeta na temelju Rawlsove teorije

Zahtjev su podnijeli građani dviju afričkih država koje nisu države članice Vijeća Europe i nisu pristupile Konvenciji (i ne mogu to učiniti jer nisu europske države). U skladu s tim, oba podnositelja zahtjeva zatražila su zaštitu temeljnih prava i sloboda koje jamči zajednica slobodnih građana drugih država na drugom kontinentu. Građani te (europske) zajednice ispunjavaju svoje porezne obveze u odnosu na svoje matične zemlje, države članice Vijeća Europe, koje tako prikupljeni porez koriste za plaćanje svojih doprinosa Vijeću Europe, među ostalim i Europskom sudu za ljudska prava. Ispunjavanje poreznih obveza i plaćanje doprinosa od strane država članica Vijeću Europe preduvjeti su za samo postojanje europskog mehanizma zaštite ljudskih prava za sve.

Čini se da nijedan od podnositelja zahtjeva ne ispunjava svoje osnovne obveze (uključujući porezne obveze) koje proizlaze iz članka 29. Afričke povelje (iz Banjula) o ljudskim pravima i pravima naroda, koji glasi kako slijedi:

„Osoba je dužna i:

1. Očuvati skladan razvoj obitelji i raditi na koheziji i poštovanju obitelji; poštovati svoje roditelje u svakom trenutku, uzdržavati ih u slučaju potrebe;
2. Služiti svojoj nacionalnoj zajednici, stavljajući joj na raspolaganje svoje fizičke i intelektualne sposobnosti;
3. Ne ugrožavati sigurnost države čiji je državljanin ili rezident;
4. Očuvati i jačati socijalnu i nacionalnu solidarnost, osobito kada je potonja ugrožena;
5. Očuvati i jačati nacionalnu nezavisnost i teritorijalnu cjelovitost svoje zemlje i doprinosti njezinoj obrani u skladu sa zakonom;
6. Raditi u skladu sa svojim mogućnostima i sposobnošću i plaćati porez određen zakonom u interesu društva;
7. Očuvati i jačati pozitivne afričke kulturne vrijednosti u svojim odnosima s drugim članovima društva, u duhu tolerancije, dijaloga i savjetovanja i, općenito, doprinosti promicanju moralne dobrobiti društva;
8. Doprinositi u skladu sa svojim mogućnostima, u svakom trenutku i na svim razinama, promicanju i postizanju afričkog jedinstva.“

Obje države čiji su podnositelji zahtjeva državljani ratificirale su Afričku povelju (iz Banjula) o ljudskim pravima i pravima naroda. Stoga se sa stajališta opće poštenosti nužno mora pretpostaviti da se podnositelji zahtjeva nalaze u iznimnoj situaciji zbog koje opravdano ne ispunjavaju svoje osnovne obveze u odnosu na svoju matičnu zemlju i svoj kontinent. Samo ako postoji takva iznimna situacija moguće je zamisliti da podnositelji zahtjeva mogu zatražiti zaštitu temeljnih prava i sloboda koje jamči zajednica slobodnih građana drugih država na drugom kontinentu. Isto tako, njihov stav prema postupku odobravanja zaštite tih prava i sloboda mora ukazivati na svjesnost o iznimnoj prirodi situacije. U suprotnom bi u ponašanju podnositelja zahtjeva u potpunosti nedostajala temeljna obilježja poštenosti; u takvom je slučaju, prema mojem mišljenju, nezamislivo da bi oni potraživali pravdu u području međunarodnog prava.

4. Kratka rekapitulacija činjeničnog stanja predmeta

Dva mladića – podnositelji zahtjeva – napustila su svoje matične zemlje na afričkom kontinentu. Sud je upoznat s navodnim razlozima zašto su to učinili samo putem posrednih podnesaka koje su pripremili njihovi odvjetnici. Objektivno postojanje tih razloga nemoguće je ocijeniti zbog gotovo potpunog nedostatka dokaza. Jedino što je sigurno poznato je da su, nakon što su napustili svoje matične zemlje, proveli neko vrijeme u Maroku, državi koja se sa stajališta međunarodnog prava smatra sigurnom i koja se 30. siječnja 2017. ponovno priključila Afričkoj uniji. Temeljno pitanje kojim se, prema mojem mišljenju, većina trebala baviti, je razlog zašto ta dva mladića – podnositelji zahtjeva – nisu pokušala riješiti svoju navodno nepovoljnu

situaciju u svojim matičnim zemljama dok su bili u Maroku podnošenjem zahtjeva Afričkom sudu za ljudska prava i prava naroda. Taj je sud mogao ispitati situaciju podnositelja zahtjeva izravno u odnosu na njihove matične zemlje jer su one članice Afričke unije i, kao što je navedeno, ratificirale su Afričku povelju (iz Banjula) o ljudskim pravima i pravima naroda.

Međutim, umjesto da su pokušali riješiti svoju navodno nepovoljnu situaciju navedenim sredstvima, podnositelji zahtjeva navodno su se pokušali nezakonito popeti preko granične ograde između Maroka i španjolskog državnog područja u Africi. Prema zahtjevu koji su podnijeli njihovi odvjetnici, španjolske snage sigurnosti vratile su ih na marokansko državno područje. Smatram da ne postoje objektivni dokazi da su se podnositelji zahtjeva popeli preko ograde ili, točnije, odvjetnici podnositelja zahtjeva nisu dostavili nikakve dokaze o tome.

Nekoliko mjeseci kasnije jedan od podnositelja zahtjeva službeno je zatražio azil od Španjolske. Po svoj prilici, ništa ga nije sprječavalo da i ranije pokrene taj pravni postupak. Nije mu odobren azil jer u redovnom postupku azila nisu utvrđeni nikakvi razlozi da se azil odobri.

Jedan od podnositelja zahtjeva vratio se u svoju matičnu zemlju i njegovo boravište nije poznato više od četiri godine. Međutim, njegovi odvjetnici navodno su u kontaktu s njim, iako ne osobno. Prema navodima odvjetnika drugog podnositelja zahtjeva, on se posljednje četiri godine nalazi negdje u Španjolskoj. Odvjetnici tvrde da su i s njim u kontaktu, iako ne osobno. Prema navodima odvjetnika, oba podnositelja zahtjeva ustraju na tome da bi Sud trebao ispitati njihov predmet, u kojem tvrde da je Španjolska povrijedila članak 4. Protokola br. 4 uz Konvenciju.

5. Razmatranje predmeta na temelju članka 37. stavka 1. točke (a) Konvencije

Formalno gledano, potrebno je uzeti u obzir pravilo 47. stavak 7. Poslovnika Suda, prema kojem „[p]odnositelji zahtjeva moraju obavještavati Sud o svakoj promjeni adrese i o svim okolnostima relevantnim za zahtjev“. Zašto? Zato što ni podnositelji zahtjeva ni njihovi odvjetnici duže vremena nisu ispunili tu obvezu. Ta obveza – jedna od rijetkih obveza koju podnositelji zahtjeva imaju u odnosu na Sud, kao i u odnosu na europsku zajednicu slobodnih građana – ne može se ispuniti izjavom odvjetnika da je u kontaktu sa svojom strankom, ali da njegova stranka nema stalnu adresu ili da on ne zna stalnu adresu svoje stranke. Samo na temelju te situacije – koja, štoviše, traje više od četiri godine – Sud može, i mislim da mora, zaključiti da okolnosti dovode do zaključka da podnositelj zahtjeva nema namjeru ustrajati u svom zahtjevu.

6. Razmatranje predmeta na temelju članka 37. stavka 1. točke (c) Konvencije

Ne postoji ni najmanja sumnja da je penjanje na ogradu, neovisno o tome jesu li podnositelji zahtjeva sudjelovali u tome ili ne, bilo u suprotnosti ne samo s pravnim poretkom Španjolske već i s međunarodnim običajnim pravom. Španjolske snage sigurnosti nisu ugrozile zdravlje, život, dostojanstvo ili slobodu bilo kojeg sudionika. Prije nego što je ispitao pitanje je li prigovor povezan s penjanjem na ogradu dopušten ili ne u svjetlu članka 4. Protokola br. 4 uz Konvenciju, Sud se, prema mojem mišljenju, mogao i trebao baviti pitanjem treba li ta konkretna činjenica dovesti do primjene članka 37. stavka 1. točke (c) Konvencije, kojim je predviđeno brisanje zahtjeva s liste predmeta kada okolnosti dovode do zaključka da više nije opravdano nastaviti s daljnjim ispitivanjem zahtjeva.

Oba podnositelja zahtjeva svoje su nezakonito ponašanje na granici Maroka sa Španjolskom objasnila namjerom da zatraže azil u Španjolskoj zbog nepovoljne situacije u njihovim matičnim zemljama. Međutim, nisu objasnili zašto od samog početka nisu odlučili pokrenuti pravni postupak koji podrazumijeva traženje azila. Štoviše, nalazili su se na državnom području druge afričke države – Maroka – koja je sa stajališta međunarodnog prava sigurna zemlja. Imali su jedinstvenu priliku obratiti se Afričkom sudu za ljudska prava i prava naroda, kako je prethodno naznačeno. Budući da to nisu učinili, smatram da bi u ovoj konkretnoj situaciji bilo logičnije da je Sud postupio na temelju članka 37. stavka 1. točke (c) Konvencije.

Europski sud za ljudska prava ne bi trebao ispitivati navodne posljedice (u ovom slučaju penjanje ograde) navodno nečovječne situacije (navodni uvjeti u matičnim zemljama obaju podnositelja zahtjeva) u situaciji kada je očito nadležan drugi međunarodni sud za ljudska prava. Praktično govoreći i blago pretjerujući, smatram da su španjolske sigurnosne snage počinile jednu malu pogrešku. Kad su sve osobe koje su sudjelovale u penjanju na ogradu vraćale na marokansko državno područje, mogle su ih obavijestiti da, ako nisu zadovoljne stanjem zaštite ljudskih prava u svojim matičnim zemljama, mogu pokrenuti tužbu pred Afričkim sudom za ljudska prava i prava naroda, koji je bio nadležan za to pitanje.

7. Zaključak

Svjestan sam da navedena ocjena predmeta predstavlja potpuno drugačiji i nov pristup razmatranju zahtjeva podnesenih Europskom sudu za ljudska prava. Vjerujem da s pravom smatram da članak 37. Konvencije zaslužuje mnogo dublje ispitivanje od strane Suda te, posebice, precizno tumačenje kako je prethodno opisano. Smatram da su se oba zahtjeva mogla izbrisati s liste predmeta čak i prije održavanja rasprave pred Velikim vijećem jer više nije bilo opravdano nastaviti s ispitivanjem zahtjeva. Većina nije dijelila to

mišljenje i stoga sam, svjestan te činjenice, kompromisno glasovao kao i većina. I primijenjeni je pristup jedan od načina rješavanja ovog predmeta, iako je, prema mojem mišljenju, manje djelotvoran. Unatoč tome, smatrao sam da je važno da pojasnim svoje stajalište jer su razlozi zašto sam se na kraju složio s tekstom ove presude donekle različiti od razloga većine.

DJELOMIČNO SUPROTSTAVLJENO MIŠLJENJE SUTKINJE KOSKELO

Uvodne napomene

1. Nažalost ne mogu se složiti sa zaključkom većine da je članak 4. Protokola br. 4 primjenjiv u okolnostima ovog predmeta. Prema mojem mišljenju, stajalište većine o tumačenju pojma „protjerivanja“ proširuje područje primjene te odredbe više nego što je to opravdano.

2. Podsjeća se, kao nesporno pitanje, da zabrana kolektivnog protjerivanja, kako je sadržana u članku 4. Protokola br. 4, zahtijeva da provođenje pojedinačnog postupka bude preduvjet za protjerivanje stranaca. Sud je u nekoliko navrata utvrdio da je svrha te odredbe spriječiti da države mogu udaljiti određeni broj stranaca a da ne ispituju njihove osobne okolnosti i tako im ne omoguće da iznesu svoje argumente protiv te mjere (vidi *Khlaifia i drugi protiv Italije* [VV], br. 16483/12, stavak 238., 15. prosinca 2016.).

3. Drugim riječima, zaštita koju pruža ta odredba procesne je prirode. Prema tome, ono što je ovdje sporno je područje primjene te procesne pretpostavke u kontekstu stranaca koji se pripremaju neovlašteno prijeći vanjsku granicu države stranke.

4. Većina je u ovom predmetu utvrdila da je članak 4. Protokola br. 4 primjenjiv u okolnostima kao što su okolnosti ovog predmeta, ali da nije došlo do povrede te odredbe. Stoga bi moglo biti korisno na početku ukratko objasniti zašto zauzeti to stajalište nije isto što i smatrati, kao što ja smatram, da ta odredba nije primjenjiva. Dva su glavna razloga zašto je ta razlika važna. Kao prvo, zbog tumačenja prema kojem okolnosti spadaju u područje primjene predmetne odredbe, bit stvari dolazi pod nadzor Suda. Prema mojem mišljenju, Sud time izlazi izvan granica svojih ovlasti. Kao drugo, kriteriji koje je razvila većina za ocjenu osnovanosti predmeta predstavljaju značajno preusmjeravanje fokusa u ovom kontekstu. Oba će poteza imati značajne posljedice u praksi.

Neka preliminarna pojašnjenja

5. Na početku bih naglasila da moje suprotstavljanje ni na koji način ne dovodi u pitanje nužnost osiguranja pridržavanja obveze poštovanja načela *non-refoulement* od koje se ne može odstupiti. U tom pogledu nema neslaganja.

6. Stoga bi, radi jasnoće, moglo biti korisno navesti neka od ključnih polazišta ponovljenih u ovoj presudi s kojima se u potpunosti slažem:

- Postoji veza između područja primjene članka 4. Protokola br. 4 i područja primjene načela *non-refoulement* (vidi stavak 171. presude);
- Načelo *non-refoulement* uključuje zaštitu tražitelja azila u slučajevima odbijanja ulaska i odbijanja na granici (vidi stavak 178. presude);

- Za migrante i tražitelje azila pod jurisdikcijom neke države članice rizik u slučaju prisilnog udaljavanja s državnog područja te države isti je neovisno o razlikama između odbijanja ulaska i protjerivanja, odnosno riječ je o riziku da će biti izloženi zlostavljanju u suprotnosti s člancima 2. i 3. Konvencije (vidi stavak 184. presude);

- Osobama koje imaju pravo na zaštitu na temelju Konvencije ne može se uskratiti takva zaštita zbog pozivanja (u smislu postupovnih mjera zaštite iz članka 4. Protokola br. 4) na isključivo formalna razmatranja (ibid.). Zaštita koju pruža Konvencija, osobito članak 3., u suprotnom bila bi nedjelotvorna (ibid.).

7. Doista, u svim ovim točkama naglašava se veza između članka 4. Protokola br. 4 i obveze poštovanja načela *non-refoulement* u kontekstu ulaska stranaca. Moje je mišljenje upravo to da se ta veza ne smije izgubiti. Kao što je Sud ranije presudio, Konvencija ne jamči, kao takvo, pravo stranaca na ulazak u neku državu, ali kontrola granice i imigracije mora se provoditi u skladu s obvezama iz Konvencije (vidi *Abdulaziz, Cabales i Balkandali protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, 28. svibnja 1985., stavak 59., Serija A br. 94). Dok za strance koji već borave u predmetnoj državi relevantni razlozi protiv protjerivanja mogu biti raznovrsniji (osobito na temelju članka 8.), za strance koji traže ulazak na granici relevantni razlozi na koje se mogu pozvati protiv mjere odbijanja takvog ulaska povezani su s obvezom poštovanja načela *non-refoulement*.

8. Međutim, stajalište većine podrazumijeva proširenje područja primjene članka 4. Protokola br. 4 čak i na situacije kad takva veza ne postoji. Tu pronalazim probleme: izraz „protjerivanje“ proširuje se na *svaki* slučaj „prisilno[g] udaljavanj[a] s državnog područja države u kontekstu pokušaja prelaska državne granice kopnom“. Takvo neograničeno i bezuvjetno širenje pojma „protjerivanja“ u ovoj presudi proširuje primjenjivost članka 4. Protokola br. 4 mnogo više nego što je to nužno i razumno za djelotvornu zaštitu obveze poštovanja načela *non-refoulement* u kontekstu ulaska stranaca u neku državu stranku.

Pravna pozadina ovog predmeta

9. Korisno je podsjetiti na kontekst ovog predmeta. Prigovori podnositelja zahtjeva na temelju članka 3. Konvencije u ranoj su fazi proglašeni nedopuštenima kao očigledno neosnovani (vidi stavke 4. i 226. presude). Drugim riječima, od samog početka obrade predmeta jasno je da prava podnositelja zahtjeva iz članka 3. Konvencije, u mjeri u kojoj on uključuje obvezu poštovanja načela *non-refoulement*, nisu bila dovedena u pitanje.

10. Prema tome, iako je Sud (kao što je prethodno navedeno) naglasio vezu između područja primjene članka 4. Protokola br. 4 i obveze poštovanja načela *non-refoulement*, ovaj se predmet ne odnosi na potrebu zaštite prava podnositelja zahtjeva u tom pogledu. Umjesto toga, ova presuda uključuje

tumačenje pojma „protjerivanja“ koje je odvojeno od bilo kakve stvarne veze sa zaštitom podnositelja zahtjeva od rizika od povrede načela *non-refoulement*.

Okvir Konvencije

11. Dalje, prikladno je podsjetiti na neke temeljne značajke i ograničenja sadržane u Konvenciji.

12. *Kao prvo*, opseg obveza koje proizlaze iz Konvencije izričito je ograničen na osobe pod jurisdikcijom relevantne države ugovornice. Tu činjenicu vrijedi istaknuti iako su podnositelji zahtjeva u ovom predmetu doista došli pod jurisdikciju tužene države. Važno je podsjetiti na osnovno jurisdiksijsko ograničenje u ovom kontekstu, jer će glavni budući korisnici proširenog područja primjene članka 4. Protokola br. 4 biti stranci *koji namjeravaju doći* pod jurisdikciju neke države stranke.

13. Kao što je Sud već potvrdio, obveza država ugovornica na temelju članka 1. ograničena je na „osiguravanje“ navedenih prava i sloboda osobama pod njihovom „jurisdikcijom“ (vidi *Soering protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, 7. srpnja 1989., stavak 86., Serija A br. 161, i *Banković i drugi protiv Belgije i drugih* (odl.), [VV], br. 52207/99, stavak 66., ECHR 2001-XII). Drugim riječima, obveze koje za države ugovornice proizlaze iz Konvencije nisu namijenjene primjeni u korist osoba izvan njihove jurisdikcije. Nadalje, Sud je potvrdio i da doktrina „živog instrumenta“ ne može služiti za proširenje područja primjene članka 1., koji je „presudan za samo područje primjene pozitivnih obveza ugovornih stranaka i, kao takav, za područje primjene i doseg cjelokupnog konvencijskog sustava zaštite ljudskih prava“ (vidi gore citirani predmet *Banković i drugi*, stavci 64. - 65.).

14. *Kao drugo*, Konvencija – za razliku od, primjerice, Povelje o temeljnim pravima Europske unije (EU) (vidi članak 18. povelje) – ne uključuje odredbe koje se odnose na pravo na azil ili međunarodnu zaštitu. Stoga osiguravanje pristupa postupku azila za strance koji žele doći pod jurisdikciju države stranke stoga nije pitanje koje spada u područje primjene Konvencije i, prema tome, nije pitanje pod ingerencijom Suda. Konvencijsko uređivanje pitanja koja se odnose na azil i međunarodnu zaštitu / ograničeno je na obvezu poštovanja načela *non-refoulement*, kako je obuhvaćena člancima 2. ili 3., odnosno, dužnost država ugovornica da nikoga pod svojom jurisdikcijom ne udalje ili ne predaju drugoj jurisdikciji kad bi dotični pojedinac bio izložen stvarnom riziku od postupanja zabranjenog tim odredbama.

15. *Kao treće*, Konvencija nije osmišljena kao instrument za nadzor nad obvezama država stranaka koje proizlaze iz drugih međunarodnih ugovora, kao što je Ženevska konvencija, ili na temelju prava Unije (vidi *Avotiņš protiv Latvije* [VV], br. 17502/07, stavak 100., 23. svibnja 2016.).

16. Prema tome, granice konvencijskog sustava nametnute su od strane država stranaka i nije na Sudu da ih ukine.

Neka zapažanja o primijenjenom pristupu

17. Čini se da je ideja na kojoj se temelji stajalište većine sprječavanje država stranaka da zatvore svoje granice strancima. To potvrđuju načela koja je većina razvila prilikom razmatranja osnovanosti ovog predmeta (o čemu se raspravlja dalje u nastavku). Ne iznoseći bilo kakvo mišljenje o tom cilju kao takvom, ono što, u svjetlu navedenih primjedbi, želim ustvrditi je samo da smatram da države stranke nisu Sud zadužile za to pitanje.

18. Većina se u tom kontekstu poziva, *inter alia*, na prijašnji članak 4. stavak 1., sadašnji članak 5. stavak 1., Zakonika o schengenskim granicama, kojim je predviđeno da se vanjske granice mogu prijeći samo na graničnim prijelazima i tijekom utvrđenog radnog vremena; većina navodi da provedba tog zahtjeva pretpostavlja postojanje dovoljnog broja takvih prijelaza (vidi stavak 209. presude). Iako je to točno, iz toga ne proizlazi da Sud ima pravo to razmatranje, koje proizlazi iz internog propisa koji je usvojila skupina država koje su udružile svoj suverenitet u pitanjima upravljanja granicama, pretvoriti u zahtjev iz Konvencije. (Štoviše, primjena Zakonika o schengenskim granicama u svakom slučaju podliježe usklađenosti s „obvezama vezanima uz pristup međunarodnoj zaštiti, posebno načelo zabrane prisilnog udaljenja ili vraćanja“ (članak 4. Zakonika) – obvezama koje su, kako je prethodno navedeno, izričito sadržane u primarnom pravu EU-a. Članak 5. Zakonika također sadržava posebnu iznimku za pojedince ili skupine osoba u slučaju nepredviđenih hitnih okolnosti.)

19. Kada stranci ipak dođu pod jurisdikciju neke države stranke, nakon što su ušli na njezino državno područje ili nakon što su predstavnici te države nad njima počeli izvršavati ovlasti na vanjskoj granici države, dolazi do primjene obveze poštovanja načela *non-refoulement* sadržane u Konvenciji. Moje je polazište u svjetlu navedenih ograničenja sadržanih u Konvenciji da šire obveze u smislu pružanja pristupa ulasku stranaca preko vanjskih granica države ili pristupa postupcima azila nisu pitanja koja spadaju u područje primjene Konvencije. U tom pogledu važno je napomenuti da je obveza poštovanja načela *non-refoulement* obuhvaćena Konvencijom negativna obveza, odnosno obveza suzdržavanja od mjera koje uključuju udaljavanje osoba iz jurisdikcije države, izravno ili neizravno, u drugu jurisdikciju u kojoj bi bile izložene stvarnom riziku od zlostavljanja. Međutim, u ovoj presudi većina čini više od pukog nadzora nad tim obvezama i formulira pozitivne obveze u korist stranaca koji namjeravaju ući na državno područje neke države stranke.

20. Prema mojem mišljenju, većina usvaja tumačenje članka 4. Protokola br. 4 kojim se njegova primjena i utjecaj previše rastežu.

21. Kao što je već navedeno, prema zaključcima samog Suda donesenim u ranoj fazi postupka, potreba da se osigura djelotvorna postupovna zaštita materijalnih prava iz Konvencije koja proizlaze iz članka 3. u ovom predmetu očito ne postoji. Podnositelji zahtjeva, nakon što su stigli na španjolsko državno područje – iako nisu imali nikakav zahtjev ni potrebu za zaštitom prema Konvenciji – sada su pružili priliku koju je Sud iskoristio za stvaranje osnove za formuliranje obveza koje će, u biti, djelovati u korist stranaca koji namjeravaju doći pod jurisdikciju neke države stranke. U tom smislu ovi prigovori služe kao kanal za značajno proširivanje uloge Suda. Nisam uvjeren u prikladnost ovakvog poteza.

O području primjene članka 4. Protokola br. 4

22. Nema sumnje niti je sporno da se obveza poštovanja načela *non-refoulement* u odnosu na strance koji pokušavaju prijeći vanjsku granicu neke države stranke ne može ograničiti na temelju pravnog razlikovanja između odbijanja ulaska i protjerivanja (vidi prethodno). Drugim riječima, zaštita od povrede načela *non-refoulement* mora obuhvaćati osobe koje su došle na granicu neke države stranke i obavijestile tamošnje vlasti (izričito ili, ovisno o slučaju, jasnim naznakama svojim ponašanjem) da žele ishoditi takvu zaštitu. Međutim, iz toga ne proizlazi da bi se područje primjene članka 4. Protokola br. 4 (odnosno, njegovih zahtjeva za provođenje individualiziranog postupka) trebalo proširiti tako da obuhvaća *sve* strance koji namjeravaju prijeći granicu neovisno o tome mogu li stvarne okolnosti dovesti do primjene obveze poštovanja načela *non-refoulement* od strane države u koju pokušavaju ući.

23. Međutim, tumačenje koje je usvojila većina dovodi do primjenjivosti članka 4. Protokola br. 4 u kontekstu svakog pokušaja stranaca da prijeđu vanjsku granicu neke države stranke kopnom (vidi stavak 187. presude), čak i ako nema nikakvih naznaka da traže međunarodnu zaštitu, pa čak i ako postoje okolnosti koje ukazuju na druge motive za dolazak pod tu jurisdikciju. Sud proglašava da smatra da je „primjereno“ tu odredbu staviti u kontekst njegove sudske prakse o migracijama i azilu (vidi stavak 167.), a da ne pruža nikakvo objašnjenje ni obrazloženje zašto bi bilo „primjereno“ zanemariti svaki drugi kontekst ili scenarij koji uključuju neovlašten pokušaj stranaca da prijeđu granicu neke države stranke. Može se primijetiti da je u novijem predmetu *Ilias i Ahmed protiv Mađarske* ([VV], br. 47287/15, 21. studenog 2019.), u kojem je u pitanju bio članak 3. Konvencije, Sud naveo da se, ako se tražitelji azila udaljuju u neku treću zemlju, a da se ne ispita osnovanost njihovih zahtjeva za azil, ne može znati izlažu li se osobe koje se protjeruju riziku od postupanja protivnog članku 3. u svojoj zemlji podrijetla ili su samo ekonomski migranti, i da se samo provođenjem pravnog postupka koji rezultira pravnom odlukom može donijeti zaključak o tom pitanju i na njega se može pozvati (ibid., stavak 137.). Čak se i u tom

kontekstu upućuje na tražitelje azila, a ne na *sve* strance koji dolaze na vanjsku granicu s namjerom da dođu pod jurisdikciju neke države stranke.

24. Navedeno stajalište zauzeto je u okviru djelotvorne zaštite načela *non-refoulement*. Međutim, zanemaruje se činjenica da dolazak na granicu osoba kojima je potrebna međunarodna zaštita i posljedična primjena obveze poštovanja načela *non-refoulement* sadržane u Konvenciji nije jedini scenarij koji se mora uzeti u obzir u kontekstu nadzora država stranaka nad njihovim granicama i kontrole ulaska stranaca preko njihovih granica.

25. Iako je masovni priljev migranata i tražitelja azila koji žele zatražiti međunarodnu zaštitu posljednjih godina postao i vjerojatno će i dalje biti jedno od najvažnijih pitanja diljem Europe, taj razvoj događaja ne bi trebao umanjiti važnost činjenice da su druga pitanja i drugi interesi također relevantni u kontekstu ovlasti koje države stranke moraju moći izvršavati na svojim granicama. Tu je riječ i o važnim pitanjima nacionalne sigurnosti, zaštite teritorijalne cjelovitosti i javnog reda. Ne vidim opravdanje za zanemarivanje tih pitanja u pravnoj analizi samo zato što, u određenom trenutku, brojni stranci koji se pojave na granici mogu biti osobe koje žele zatražiti međunarodnu zaštitu. Prema mojem mišljenju, dolazi do iskrivljenja perspektive ako se potonji scenarij smatra jedinim koji zaslužuje pažnju i razmatranje, a zanemaruje se legitimna potreba država stranaka da spriječe i odbiju, posebice, dolazak pod svoju jurisdikciju stranaca koji namjeravaju prijeći njihove vanjske granice kad je poznato da su njihove namjere neprijateljske ili kad predstavljaju opasnu prijetnju nacionalnoj sigurnosti.

26. Smatram da tumačenje prema kojem će Konvencija, u interesu djelotvornog pridržavanja obveze poštovanja načela *non-refoulement*, zahtijevati da se nitko, bez obzira na okolnosti, ne može odvratiti ili udaljiti s vanjskih granica neke države stranke, a da mu se ne odobri pristup individualiziranom postupku, nije ni nužno ni opravdano. Zapravo, doima se prilično čudnim. Teško mogu shvatiti zašto bi se od država stranaka trebalo očekivati da u načelu prihvate da se prema *svim* osobama koje će probiti njihove vanjske granice mora postupati kao s potencijalnim tražiteljima azila i da se *nikoga* ne može zaustaviti ni spriječiti da uđe bez primjene pojedinačnih postupovnih mjera zaštite, među ostalim i prema osobama čije su neprijateljske namjere očite ili su unaprijed poznate na temelju obavještajnih aktivnosti. Situacija u kojoj države stranke više ne bi mogle odgovoriti na krize nacionalne sigurnosti ili incidente na svojim granicama, a da se prvo ne moraju pozvati na članak 15. Konvencije (u mjeri u kojoj je to dopušteno), ne čini se ni razumnom ni baš razboritom. Ne čini se razumnim ni da pritvor kako je predviđen člankom 5. stavkom 1. točkom (f) bude jedina dostupna opcija u bilo kojoj situaciji koja uključuje nezakonit ulazak stranaca.

Pravna razmatranja

27. Osim navedenih primjedbi koje se odnose na osnovna ograničenja okvira Konvencije, čini mi se da su sljedeća pitanja relevantna s pravnog stajališta.

28. *Kao prvo*, većina se poziva na Nacrte članaka o protjerivanju stranaca, s komentarima, koje je Komisija za međunarodno pravo usvojila 2014. godine. Treba napomenuti da, prema članku 2. točki (a) Nacrta članaka, pojam „protjerivanja“ *ne uključuje* „odbijanje ulaska stranca u državu“. U komentaru je jasno navedeno da to ograničenje pojma „protjerivanja“, međutim, ne dovodi u pitanje pravila međunarodnog prava koja se odnose na izbjeglice i na načelo *non-refoulement*. Dakle, Nacrti članaka u skladu su sa stajalištem – o kojem nema neslaganja (vidi prethodno) – prema kojem je ključno pitanje u pogledu Konvencije, među ostalim i u pogledu tumačenja članka 4. Protokola br. 4, osiguranje i očuvanje pridržavanja obveze poštovanja načela *non-refoulement*. U Nacrtima članaka ne zahtijeva se niti se podržava tumačenje pojma „protjerivanja“ koje bi *u svim okolnostima* obuhvaćalo odbijanje ulaska stranaca, a time i zahtijevalo sveobuhvatno izjednačavanje svakog odbijanja ulaska s protjerivanjem i primjenu istih načela na jedno i na drugo. Stoga ne smatram da iz navedenih Nacrta članaka proizlazi bilo kakva odredba kojom bi se potvrdilo tumačenje koje je usvojila većina.

29. *Kao drugo* – imajući na umu da Španjolska pripada schengenskom prostoru uređenom pravom EU-a – može se primijetiti da mjerodavni pravni okvir EU-a zapravo pruža primjer činjenice da osiguravanje pridržavanja obveze poštovanja načela *non-refoulement* doista *ne* zahtijeva usvajanje potpuno neograničenog i nekvalificiranog tumačenja pojma protjerivanja kako je utvrđeno u ovoj presudi.

30. U pravu EU-a, u odnosu na državljane trećih zemalja, razlikuje se *odbijanje ulaska* na vanjskim graničnim prijelazima, *neposredno vraćanje* osoba koje su nadležne vlasti uhitile ili zatekle u trenutku nezakonitog prelaska vanjske granice ili nakon tog prelaska u blizini te granice (vidi presude Suda Europske unije u predmetima *Affum*, C-47/15, EU:C:2016:408, stavak 72., i *Arib i drugi*, C-444/17, EU:C:2019:220, stavci 46. i 54.), i *vraćanje* osoba s nezakonitim boravkom. Nijedan od scenarija ne dovodi u pitanje poštovanje načela *non-refoulement*.

31. Konkretnije, u pravnom okviru EU-a – sve od primarnog prava¹ preko mjerodavnog sekundarnog prava² pa do praktičnih smjernica za primjenu³ –

¹ Na razini primarnog prava, člankom 78. stavkom 1. Ugovora o funkcioniranju Europske unije (UFEU) predviđeno je kako slijedi: “Unija razvija zajedničku politiku azila, supsidijarne zaštite i privremene zaštite čiji je cilj svakom državljaninu treće zemlje kojem je potrebna međunarodna zaštita ponuditi odgovarajući status i osigurati poštovanje načela zabrane prisilnog udaljenja ili vraćanja imigranta (*non-refoulement*). Ta politika mora biti u skladu sa Ženevskom konvencijom od 28. srpnja 1951. i Protokolom od 31. siječnja 1967. o statusu izbjeglica te s drugim odgovarajućim ugovorima.”

Isto na razini primarnog prava, člankom 19. Povelje o temeljnim pravima, pod nazivom „Zaštita u slučaju udaljanja, protjerivanja ili izručenja, predviđeno je kako slijedi:

„1. Zabranjeno je kolektivno protjerivanje.

2. Nitko ne smije biti udaljen, protjeran ili izručen u državu u kojoj postoji ozbiljna opasnost da bude podvrgnut smrtnoj kazni, mučenju ili drugom nečovječnom ili ponižavajućem postupanju ili kazni.”

² Na razini sekundarnog prava, obveza poštovanja načela *non-refoulement* ponavlja se u nekoliko instrumenata. U ovom kontekstu, osobito vrijedi napomenuti sljedeće:

Člankom 4. stavkom 4. Direktive 2008/15/EZ („Direktiva o vraćanju“) predviđeno je sljedeće u odnosu na države članice koje koriste mogućnost da ne primjenjuju tu direktivu na državljane trećih zemalja kojima je odbijen ulazak ili koji su uhićeni ili presretnuti? od strane nadležnih tijela zbog nezakonitog prelaska:

“4. U pogledu državljana trećih zemalja koji su izuzeti iz područja primjene ove Direktive u skladu s člankom 2. stavkom 2. točkom (a), države članice:

...

(b) poštuju načelo *non refoulement*“ (isticanje dodano).

Člankom 5. Direktive o vraćanju predviđeno je kako slijedi:

“Države članice prilikom provedbe ove Direktive ... poštuju načelo *non refoulement*.”

Člankom 4. Zakonika o schengenskim granicama predviđeno je kako slijedi:

“Pri provedbi ove Uredbe, države članice djeluju u potpunoj sukladnosti s odgovarajućim pravom Unije, uključujući Povelju Europske unije o temeljnim pravima („Povelja“), odgovarajućim međunarodnim pravom, uključujući Konvenciju o statusu izbjeglica iz Ženeve, od 28. srpnja 1951. („Ženevska konvencija“), obvezama vezanima uz međunarodnu zaštitu, posebno načelo zabrane prisilnog udaljenja ili vraćanja (*non-refoulement*), i temeljnim pravima. ...”.

Nadalje, člankom 14. Zakonika o schengenskim granicama, koji se odnosi na odbijanje ulaska, predviđeno je kako slijedi:

“1. Državljaninu treće zemlje koji ne ispunjava uvjete ulaska ... zabranjuje se ulazak na državna područja država članica. Time se *ne dovodi u pitanje primjena posebnih odredbi o pravu na azil i na međunarodnu zaštitu ili na izdavanje viza za dugotrajni boravak*“ (isticanje dodano).

U Uredbi o Frontexu, koja je prethodno bila na snazi (Uredba (EZ) br. 2007/2004 kako je izmijenjena Uredbom (EU) br. 1168/2011), člankom 1. stavkom 2. predviđeno je da „Agencija obavlja svoje zadaće u punoj usklađenosti s odgovarajućim pravom Unije, uključujući Povelju o temeljnim pravima Europske unije...; odgovarajućim međunarodnim pravom, uključujući Konvenciju o statusu izbjeglica sastavljenu u Ženevi 28. srpnja 1951. ... ; obvezama o pristupu međunarodnoj zaštiti, posebno načelo nevraćanja (*non-refoulement*)...“. U novoj Uredbi (Uredba (EU) 2019/1896), člankom 80. stavkom 1. predviđeno je da „Europska granična i obalna straža jamči zaštitu temeljnih prava pri obavljanju svojih zadaća na temelju ove Uredbe u skladu s relevantnim pravom Unije, posebno Poveljom, i relevantnim međunarodnim pravom, uključujući Konvenciju o statusu izbjeglica iz 1951., njezin Protokol iz 1967., Konvenciju o pravima djeteta i obveze povezane

izričito je navedeno da sve mjere poduzete u kontekstu nadzora granica moraju biti u skladu s obvezom poštovanja načela *non-refoulement*. Nadalje, agencije EU-a, posebice Agencija za temeljna prava (FRA) i Europski potporni ured za azil (EASO), izdale su konkretne praktične smjernice o tim pitanjima⁴.

32. Nadalje, kada je riječ o djelotvornoj zaštiti, potrebno je razlikovati pitanja koja se odnose na sadržaj zakona s jedne strane i probleme primjene i usklađenosti s druge strane. Nisam uvjeren da je novo pravno tumačenje najbolji odgovor na nedvojbene izazove provedbe i usklađenosti u ovom području.

33. *Kao treće*, ovom se presudom proširuje pravni okvir ne samo u smislu područja primjene članka 4. Protokola br. 4 već i u smislu njegova sadržaja. Nakon što je utvrdila područje primjene te odredbe na način kojim se ne priznaje nikakvo ograničenje ni kvalifikacija pojma protjerivanja u kontekstu ulaska stranaca, većina zatim razvija „izuzetak“ prilikom ocjenjivanja toga je li došlo do povrede te odredbe.

34. Potonje ograničenje temelji se na kriteriju „ponašanja samog“ pojedinca. Prema tome, tužena država oslobođena je od obveze provođenja individualiziranog postupka i donošenja odluke o protjerivanju ako se neprovođenje takve mjere „može pripisati ponašanju samog podnositelja zahtjeva“ (vidi stavak 200. presude). Konkretnije, do primjene te iznimke dolazi u situacijama u kojima je „ponašanje osoba koje neovlašteno prelaze kopnenu granicu, namjerno iskorištavaju svoj velik broj i koriste silu takvo da dovodi do očito disruptivne situacije koju je teško kontrolirati i koja ugrožava javnu sigurnost“ (vidi stavak 201. presude). Međutim, ta će iznimka

s pristupom međunarodnoj zaštiti, posebno načelo zabrane prisilnog udaljenja ili vraćanja (*non-refoulement*)“.

³ U pogledu Schengenskog priručnika (Praktični priručnik za graničnu policiju, C (2006) 5186 završna verzija s naknadnim izmjenama i dopunama), u stavku 6.2. Dijela drugog o odbijanju ulaska navedene su moguće iznimke od odbijanja ulaska na temelju, *inter alia*, međunarodnih obveza, primjerice, u slučaju kada osoba zatraži azil ili joj je inače potrebna međunarodna zaštita.

⁴ Vidi posebice dokument FRA-e „Scope of the principle of *non-refoulement* in contemporary border management: evolving areas of law“ (Područje primjene načela *non-refoulement* u suvremenom upravljanju granicama: područja prava koja se razvijaju) (2016.). U tom se dokumentu, primjerice, naglašava sljedeće (str. 39):

„Pripadnici granične policije? koji izvršavaju djelotvornu kontrolu u potpunosti su vezani načelom *non-refoulement*. Ako se zatraži zaštita, mora se provesti pojedinačna procjena potrebe za takvom zaštitom. ... Ako se takva individualizirana procjena ne provede ili se zaštita nezakonito odbije, dolazi do povrede načela *non-refoulement*.

Do primjene te obveze može doći i ako migrant ne zatraži azil i odbije mu se ulazak usprkos naznakama da je toj osobi potrebna međunarodna zaštita.“

U tom kontekstu upućuje se i na praktično sredstvo koje je EASO razvio zajedno s Frontexom i FRA-om kako bi službenicima za prvi kontakt pomogao utvrditi postoje li naznake da osoba možda želi zatražiti međunarodnu zaštitu.

ovisiti o dostupnosti „stvarn[nog] i djelotvor[nog] pristup[a] sredstvima zakonitog ulaska“ (ibid.).

35. Na temelju toga, uvjeti pod kojima će države stranke biti oslobođene od obveze provođenja individualiziranih postupaka dalje su razrađeni u dvodijelni test. Prvi je uvjet da je država stranka osobama koje dolaze na granicu omogućila stvaran i djelotvoran pristup sredstvima zakonitog ulaska, osobito postupcima na granici (vidi stavak 209. presude). Onda i samo onda kad je taj uvjet ispunjen država stranka može odbiti ulazak na svoje državno područje strancima, među ostalim i mogućim tražiteljima azila, koji se bez uvjerljivih razloga nisu pridržavali tih mehanizama tako što su pokušali prijeći granicu na nekom drugom mjestu, osobito tako što su iskoristili svoju brojnost i koristili silu (vidi stavak 210. presude).

36. Takav pristup čini mi se pomalo paradoksalnim. U ime potrebe da se djelotvorno jamči obveza poštovanja načela *non-refoulement*, fokus se zapravo pomiče s tog pojma i s njime povezanih mjera zaštite na pojam „ponašanja same osobe“ kako je razrađen u presudi.

37. Nisam uvjeren da se takvim potezom najbolje ostvaruje ključna potreba da se osigura djelotvorno pridržavanje obveze poštovanja načela *non-refoulement*. Kao što je vidljivo u pravnom okviru EU-a, uloženi su značajni napori kako bi se zahtjevi te obveze konsolidirali na svim razinama mjerodavnih normi i smjernica. Umjesto toga, uvođenjem novih pojmova i kriterija otvorit će se novi problemi i pitanja. Osobito u svjetlu članka 52. stavka 3. Povelje, ova presuda može uzrokovati nepotrebne probleme u pogledu postojećeg pravnog okvira EU-a o tim pitanjima. To neće nužno pridonijeti urednom upravljanju priljevom migranata i tražitelja azila, koji će, po svemu sudeći, i dalje predstavljati težak izazov.

38. *Kao četvrto*, čini se da se, prema presudi, opća načela razvijena u pogledu osnovanosti odnose samo na situacije na vanjskim *kopnenim* granicama neke države stranke. Iako je jasno da se činjenične okolnosti graničnog nadzora i kontrole na moru ili na morskim granicama mogu razlikovati od okolnosti na kopnenim granicama, osobito jer situacije na moru mogu uključivati posebne pravne obveze koje se odnose na spašavanje dotičnih stranaca (vidljivo u sudskoj praksi u predmetima *Hirsi Jamaa* i *Khlaifia*), to ne mora uvijek biti slučaj. Nije jasno zašto bi pravna načela na kopnenim i morskim granicama trebala biti općenito različita, neovisno o tome razlikuju li se stvarne okolnosti određene situacije u bilo kojem značajnom smislu.

39. *Konačno*, treba napomenuti da Protokol br. 4 nisu ratificirale sve države članice Vijeća Europe. U mjeri u kojoj se djelotvorna zaštita materijalnih prava iz Konvencije temelji na postupovnim mjerama zaštite iz te odredbe, tako stvorena pravna situacija neće prevladati u svim državama koje su vezane mjerodavnim materijalnim odredbama.

Praktična razmatranja

40. Čak ni sam čvrsti pravni okvir nije dovoljno jamstvo djelotvornog pridržavanja obveze poštovanja načela *non-refoulement*. Ne podcjenjujem probleme i nedostatke vidljive u raznim situacijama. Međutim, kako je već navedeno, važno je i ne pomiješati nedostatke u provedbi i usklađenosti s potrebom preoblikovanja temeljnih pravnih normi. Naprotiv, preoblikovanje pravnih zahtjeva i uvođenje novih kriterija može prouzrokovati nepotrebne poteškoće u provedbi, osobito u kontekstu kao što je kontekst ovog predmeta, u kojem djelotvorno pridržavanje uvelike ovisi o sposobnosti pripadnika granične straže na terenu da ispravno primjenjuju mjerodavne pravne norme. Sumnjam da će ova presuda biti uistinu korisna u tom pogledu.

41. Nadalje, može postojati bojazan da će načela izložena u ovoj presudi stvoriti rizik od lažnih poticaja, i to poticanjem krijumčara ljudi da tokove migranata usmjeravaju na mjesta za koja se posebice može tvrditi da ondje ne postoji pristup mjestima zakonitog ulaska, što će pridonijeti izgovorima za jurišanje na granice od strane stranaca, posve neovisno o tome dolazi li u odnosu na njih do primjene obveze poštovanja načela *non-refoulement*. Takav razvoj može pak imati negativne posljedice na stavove javnosti čak i prema osobama kojima je zapravo potrebna zaštita prema tom načelu.

42. Na međunarodnoj razini, ova presuda znači da se Sud sada – u ime djelotvorne zaštite – postavlja za vrhovnog arbitra u stvarima kao što je pitanje „omoguć[avaju li] držav[e] ... stvaran i djelotvoran pristup sredstvima zakonitog ulaska, osobito postupcima na granici“ (vidi stavak 209. presude). Osim ranije navedenih pravnih rezervi, odnosno navoda da Sud izlazi izvan granica svojih ovlasti utvrđenih u Konvenciji, ovim potezom nameće se pitanje hoće li Sud biti u mogućnosti zapravo osigurati „djelotvornu zaštitu“ u pogledu „stvarnog i djelotvornog pristupa sredstvima zakonitog ulaska“. Ta je zabrinutost osobito relevantna u kontekstu kao što je ovaj, u kojem se pitanja odnose na okolnosti i situacije koje su osjetljive i u pogledu činjenica i u pogledu vremena. Nadzor suda provodit će se samo retroaktivno i sa značajnim odlaganjem. Zapravo, Sud nije u dobrom položaju da bude zadužen za zadatak koji je sada preuzeo.

Sažetak

43. Moji glavni razlozi za zabrinutost zbog ove presude mogu se sažeti na sljedeći način:

(i) Neograničeno i nekvalificirano tumačenje područja primjene članka 4. Protokola br. 4, na temelju kojeg je ta odredba, bez ikakvog razlikovanja, primjenjiva na svaki neovlašteni prelazak vanjske granice neke države stranke od strane stranaca, čime se njezina primjenjivost odvajava od bilo kakve veze s obvezom poštovanja načela *non-refoulement*;

(ii) Određivanje pozitivnih obveza za države stranke u pogledu pružanja „stvarnog i djelotvornog pristupa sredstvima zakonitog ulaska“ na njihovim

vanjskim granicama u korist stranaca koji žele doći pod jurisdikciju neke države stranke, kao i povezani nadzor nad izvršavanjem tih obveza od strane Suda;

(iii) Prebacivanje fokusa s relativno dobro utvrđenih zahtjeva koji proizlaze iz obveze poštovanja načela „*non-refoulement*“ na „izuzetak“ koji se temelji na kriteriju „ponašanja same osobe“, koje je razrađeno i ograničeno nizom novih kriterija čija primjena na terenu neće proći bez poteškoća;

(iv) Nedostatak razmatranja drugih važnih pitanja koja se odnose na nadzor granice i kontrole osim onih koji se odnose na ulazak stvarnih ili potencijalnih tražitelja azila, kao i rizik od stvaranja nepoželjnih poticaja za krijumčare ljudi.

Zaključak

44. Uz zaključak Suda, u ranoj fazi postupka, da u okolnostima ovog predmeta očigledno nije došlo do miješanja u prava podnositelja zahtjeva iz članka 3. (u smislu obveze poštovanja načela *non-refoulement*), trebalo je donijeti zaključak da, u tim okolnostima, članak 4. Protokola br. 4 nije primjenjiv. Ponavljam da ovo stajalište ne umanjuje apsolutnu narav članka 3. Radi se o tome da je na temelju Konvencije područje primjene obveza koje proizlaze za države članice iz tog članka, u specifičnom kontekstu mjera koje se odnose na strance koji su uhićeni ili presretnuti na granici u kontekstu neovlaštenog ulaska ili pokušaja takvog ulaska, ograničeno.

45. Stoga sam glasovala za točke od 1. do 5. i točku 7. izreke, koje se odnose na prethodna pitanja, ali protiv točke 6., koja se odnosi na primjenu članka 4. Protokola br. 4 u ovom predmetu. Prema mojem mišljenju, prigovori su nespojivi *ratione materiae* s tim člankom. Budući da je većina utvrdila da je ta odredba primjenjiva, glasovala sam za zaključak da nije došlo do povrede tog članka. Razlozi za potonje stajalište isti su kao i razlozi zašto smatram da ta odredba u prvom redu nije bila primjenjiva. Stoga ne moram ništa dalje pojašnjavati.

Prevela prevoditeljska agencija Alkemist