

# eudaimonia

Revija za pravnu, političku i  
socijalnu teoriju i filozofiju

Br. 5 • 2021.

Izdavač

IVR **S**RBIJA

Srpsko udruženje za pravnu  
i socijalnu filozofiju

---

PRAVO OSOBA U POTREBI ZA  
MEĐUNARODNOM ZAŠTITOM NA  
JEDINSTVO PORODICE –  
(NE)UJEDNAČEN PRISTUP EVROPSKOG  
SUDA ZA LJUDSKA PRAVA

**Ljubomir Tintor**

Strane: 117–141



Ljubomir Tintor\*

PRAVO OSOBA U POTREBI ZA MEĐUNARODNOM  
ZAŠTITOM NA JEDINSTVO PORODICE –  
(NE)UJEDNAČEN PRISTUP EVROPSKOG SUDA  
ZA LJUDSKA PRAVA

*U radu se analizira na koji način najznačajniji međunarodni akti regulišu pravo na jedinstvo porodice. Problemom jedinstva porodice osoba u potrebi za međunarodnom zaštitom bavio se i Evropski sud za ljudska prava (ESLJP). U radu se analizira pristup ESLJP-a ovom pitanju. Kroz odabrane slučajeve u kojima je ESLJP odlučivao o spajanju roditelja i dece i njihovom pravu na jedinstvo porodice autor zaključuje da je ESLJP nedosledno primenjivao princip najboljeg interesa deteta. Kroz analizu biće ukazano na to da ESLJP, prilikom odlučivanja o pravu na jedinstvo porodice, neujednačeno ocenjuje činioce poput uzrasta deteta, jačine veza sa zemljom porekla i zemljom prijema, te jačine porodičnih veza između roditelja i dece. U drugom delu rada biće razmotreni slučajevi u kojima je ESLJP odlučivao da li je država proterujući učinioce krivičnih dela uspela da uspostavi ravnotežu između interesa države da štiti svoju javnu bezbednost i interesa osoba u potrebi za međunarodnom zaštitom da ostvare jedinstvo porodice.*

*Ključne reči: osobe u potrebi za međunarodnom zaštitom, Evropski sud za ljudska prava, jedinstvo porodice, spajanje porodice, Evropska konvencija o ljudskim pravima.*

## 1. UVOD

Položaj u kojem se nalaze osobe u potrebi za međunarodnom zaštitom često dovodi do razdvajanja porodice. Do narušavanja jedinstva njihove porodice može doći iz različitih razloga. Pitanjem poštovanja prava na porodični život bavio se i Evropski sud za ljudska prava (dalje: ESLJP, Sud). Slučaj *Kaplan* (Kaplan) predstavlja tipičan predmet koji pokazuje svu kompleksnost ove materije kao i izazove s kojima se

---

\* Autor je doktorant na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu, ljubomir.tintor@yahoo.com

Sud suočava odlučujući da li je razdvajanjem porodice država prekršila pravo na zaštitu porodičnog života predviđeno članom 8 Evropske konvencije o ljudskim pravima<sup>1</sup> (dalje: EKLJP, Konvencija).

U predmetu *Kaplan i drugi protiv Norveške*, podnosioci predstavke su bili članovi turske porodice kurdskog porekla. Otac je bezuspešno pokušavao da dobije azil u Norveškoj. Otežavajuću okolnost predstavljalo je to što je otac dva puta bio osuđen u Norveškoj zbog fizičkog napada i prebrze vožnje. Dvoje od njegovo troje dece, podnosioci predstavke, rođeni su u zemlji porekla. Najmlađi podnosilac predstavke je rođen u vreme kada je porodica pokušavala da reguliše svoj boravak u Norveškoj i pokazivao je znake autizma. Domaći sud je doneo odluku o deportaciji. Iako je ESLJP u obrazloženju svoje presude prihvatio tezu da su domaći sudovi imali diskreciono pravo da procenjuju nužnost kazni zbog učinjenih krivičnih dela, Sud je doneo odluku da bi očevo proterivanje dovelo do narušavanja porodične veze između oca i bolesnog deteta. ESLJP je doneo presudu da je prekršen član 8 Konvencije.<sup>2</sup>

Već u prvom navedenom slučaju možemo uočiti tipične probleme s kojima se Sud suočava prilikom uspostavljanja ravnoteže između prava države da deportuje učinioce krivičnih dela i da se rukovodi svojom migracionom politikom i posebnih okolnosti u konkretnom slučaju i interesa pojedinaca za jedinstvom porodice. Zatim, u ovom slučaju se može uočiti situacija koja se često u praksi dešava, a to je da se porodične okolnosti osoba u potrebi za međunarodnom zaštitom mogu bitno promeniti od momenta napuštanja zemlje porekla, što može biti važno prilikom donošenja presude. Ovaj slučaj nam pokazuje i koji je značaj porodičnih veza kada Sud odlučuje u predmetima spajanja porodice. Konačno, kroz slučaj *Kaplan* uočavamo neke od elemenata koje ESLJP mora uzeti u obzir prilikom odlučivanja da li je narušeno jedinstvo porodice osoba u potrebi za međunarodnom zaštitom, kao što su narušenost porodičnih odnosa, postojanje prepreka za jedinstvo porodice, dostupnost resursa za materijalno izdržavanje i prisustvo dece (Mole *et al.* 2019, 146–147).

Cilj ovog rada biće da ispita doslednost odluka i da li postoji ujednačen pristup prilikom odlučivanja Evropskog suda za ljudska pra-

<sup>1</sup> Čl. 8 EKLJP glasi: „Svako ima pravo na poštovanje svog privatnog i porodičnog života, doma i prepiske. Javne vlasti neće se mešati u vršenje ovog prava sem ako to nije u skladu sa zakonom i ako je neophodno u demokratskom društvu u interesu nacionalne bezbednosti, javne bezbednosti ili ekonomske dobrobiti zemlje, radi sprečavanja nereda ili kriminala, zaštite zdravlja ili morala, ili radi zaštite prava i sloboda drugih.“

<sup>2</sup> *Kaplan and Others v. Norway*, Application No. 32504/11, ECtHR, Judgment of 24 July 2014, paras. 92–96.

va po pitanju jedinstva porodice osoba u potrebi za međunarodnom zaštitom od prvog slučaja iz 1985. godine do danas. Kroz analizu sudskih presuda, pokušaćemo da ustanovimo da li su se i na koji način menjali stavovi Suda tokom vremena.

Na početku rada biće analizirano ko su sve osobe u potrebi za međunarodnom zaštitom i na koji način međunarodni akti regulišu njihovo pravo na porodičan život i jedinstvo porodice. Zatim će biti reči o uobičajenim preprekama koje se u praksi javljaju prilikom spajanja porodice, ali i konkretnim pravnim problemima na koje je Evropski sud u svojoj praksi nailazio, a koji se tiču specifičnog poimanja porodice osoba u potrebi za međunarodnom zaštitom. Potom će predmet analize biti najosetljivija kategorija slučajeva o kojima je Sud imao prilike da odlučuje, odnosno sudske presude koje su se odnosile na spajanje roditelja i njihove maloletne dece. Pre svega pokušaćemo da utvrdimo da li Sud dosledno primenjuje princip najboljeg interesa deteta i kako ga tumači u sudskim odlukama. Zatim ćemo analizirati koje činioce Sud uzima u obzir prilikom odlučivanja da li je narušen porodični život između roditelja i dece. Posebna pažnja biće posvećena uzrastu deteta kao možda odlučujućem faktoru pri odlučivanju. Biće data i analiza pojedinih standarda koje je Sud tokom vremena uspostavio u postupcima, naročito kada je odlučivao o jedinstvu porodice između roditelja i maloletne dece.

U drugom delu rada biće analizirane sudske presude u kojima je Sud ispitivao da li su države uspele da uspostave ravnotežu između interesa države da očuva javnu bezbednost i poredak, proterujući učinioce krivičnih dela u zemlju porekla, i interesa pojedinca da njegova porodica ostane na okupu. Analizirajući odabrane slučajeve, takođe će biti učinjen pokušaj da se ustanovi koji od dva navedena interesa je kroz jurisprudenciju ESLJP-a stekao primat. U okviru ovog poglavlja predmet analize će biti i slučajevi razdvajanja porodice usled deportacije zbog ilegalnog boravka osoba u potrebi za međunarodnom zaštitom.

## 2. POJAM I KATEGORIJE OSOBA U POTREBI ZA MEĐUNARODNOM ZAŠTITOM

Potreba za međunarodnom zaštitom javlja se kada se osoba nađe izvan svoje zemlje i ne može se u nju vratiti, jer bi tamo bila izložena riziku od gubitka života, a njena zemlja nije u stanju ili ne želi da je zaštititi (UNHCR 2018, 134). U okviru generičkog pojma „osobe u potrebi za

međunarodnom zaštitom“ može se uočiti više različitih kategorija lica, kao što su izbeglice, azilanti, tražioci azila, osobe koje u određenoj državi žive po osnovu odobrenog boravka iz humanitarnih razloga itd. Termin „izbeglica“ obuhvata sve osobe izvan svojih matičnih zemalja kojima je potrebna međunarodna zaštita zbog ozbiljne pretnje njihovom životu, fizičkom integritetu ili slobodi u zemlji porekla usled progona, oružanih sukoba, nasilja.<sup>3</sup> S druge strane, pod pojmom „azilant“ podrazumeva se stranac kojem je odlukom nadležnog organa države odobreno pravo na utočište ili supsidijarnu zaštitu.<sup>4</sup> Od kategorije „azilant“ treba razlikovati „tražilac azila“. To je osoba koja je podnela zahtev za azil na teritoriji države o kojem nije doneta pravosnažna odluka.<sup>5</sup> Korisnici supsidijarne zaštite su stranci koji bi u slučaju povratka u državu porekla ili državu uobičajenog boravišta bili izloženi trpljenju ozbiljne nepravde i koji ne mogu ili koji se zbog takve opasnosti ne žele staviti pod zaštitu te države, iz tog razloga im je država prijema odobrila ovaj oblik zaštite.<sup>6</sup> Treba imati u vidu da su osobe koje uživaju pravo boravka iz humanitarnih razloga osobe koje ne ispunjavaju uslove za međunarodnu zaštitu, ali im je iz humanitarnih razloga zbog zdravstvenog stanja odobren boravak od strane nadležnog organa države. Ovaj oblik zaštite pruža se i maloletnim migrantima bez pratnje.

Razlozi koji mogu dovesti do potrebe za međunarodnom zaštitom su različiti. To mogu biti razlozi prouzrokovani oružanim sukobima, ali i rizici poput gladi, nastali usled prirodnih katastrofa ili katastrofa prouzrokovanih ljudskom delatnošću (UNHCR 2018, 134).

### 3. DA LI MEĐUNARODNO PRAVO PRIZNAJE PRAVO NA JEDINSTVO PORODICE OSOBAMA U POTREBI ZA MEĐUNARODNOM ZAŠTITOM?

Mnogobrojni međunarodni ugovori, kako univerzalni tako i regionalni, direktno ili na posredan način i ograničeno priznaju pravo na jedinstvo porodice osobama u potrebi za međunarodnom zaštitom.

---

<sup>3</sup> UN General Assembly, Convention Relating to the Status of Refugees, 28 July 1951, United Nations, Treaty Series, Vol. 189, čl. 1.

<sup>4</sup> Zakon o azilu i privremenoj zaštiti, *Službeni glasnik RS*, 24/2018, čl. 2, st. 1.

<sup>5</sup> *Ibid.*, čl. 2, st. 4.

<sup>6</sup> *Ibid.*, čl. 2, st. 8.

Jedan od značajnijih instrumenata usvojen od strane Ujedinjenih nacija (UN) koji se bavi zaštitom ljudskih prava, Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima u članu 23 štiti porodicu kao osnovnu ćeliju društva.<sup>7</sup> Porodični život i porodično jedinstvo se u ovom aktu štite i članom 17 koji predviđa zaštitu porodičnog života od proizvoljnog i nezakonitog mešanja države.<sup>8</sup> Konvencija UN o statusu izbeglica iz 1951. godine takođe izričito ne reguliše pravo na spajanje porodice, mada se može uočiti da član 12 Konvencije posredno reguliše ovo pitanje. Značaj ovog člana ogleda se u tome što se državama ugovornicama nameće obaveza da poštuju prava koja je izbeglica ranije stekla, uz poseban naglasak na prava koja nastaju iz braka (Čučković 2018, 150). Georgios Milios iznosi stav da je pravo na jedinstvo i spajanje porodice implicitno sadržano upravo u članu 12 Konvencije UN o statusu izbeglica i da bi uskraćivanje prava na ponovno spajanje porodice predstavljalo kršenje pomenute odredbe (Milios 2017). Ovakav stav se smatra vrlo diskutabilnim iz razloga što pomenuti član reguliše prava samo onih osoba čiji je status priznat, ali ne i onih čiji je zahtev za azil u postupku (Čučković 2018, 150).

Konvencija UN o pravima deteta definiše porodicu kao osnovnu jedinicu društva sa posebnim naglaskom na njenu ulogu kao prirodne sredine za razvoj i blagostanje svih njenih članova, a posebno dece.<sup>9</sup>

Međunarodni akt koji priznaje značaj porodičnog života u procesu migracija i izričito spominje spajanje porodice jeste Međunarodna konvencija o zaštiti prava svih radnika migranata i članova njihovih porodica. Član 44 Konvencije nameće obavezu državama ugovornicama da omoguće spajanje porodice usled migracionih kretanja i preduzmu sve mere koje smatraju odgovarajućima u okviru svojih nadležnosti.<sup>10</sup> Treba naglasiti da se benefitima koje predviđa ovaj međunarodni ugovor mogu koristiti samo radnici migranti, a osobe u potrebi za međunarodnom zaštitom se ne mogu podvesti pod ovu kategoriju.

Direktiva 2003/86 Evropske unije – (EU) isključivo reguliše pitanje spajanja porodice. Delokrug Direktive je dosta ograničen pošto

---

<sup>7</sup> UN General Assembly, International Covenant on Civil and Political Rights, 16 December 1966, United Nations, Treaty Series, 171. čl. 3.

<sup>8</sup> *Ibid.*, čl. 17.

<sup>9</sup> UN General Assembly, Convention on the Rights of the Child, 20 November 1989, United Nations, Treaty Series, čl. 3.

<sup>10</sup> UN General Assembly, International Convention on the Protection of the Rights of all Migrant Workers and Members of Their Families: resolution / adopted by the General Assembly, 18 December 1990, A/RES/45/158, čl. 44.

se odnosi samo na migrante koji legalno borave na teritoriji države članice. Pritom migranti moraju ispunjavati predviđene uslove i imati boravišnu dozvolu koju je izdala država članica s rokom važenja od godinu ili više dana, kao i osnovane izglede za dobijanje prava na stalno boravište.<sup>11</sup> Osobe u potrebi za međunarodnom zaštitom koje nemaju stabilno regulisan status ne mogu se pozivati na prava predviđena Direktivom. U ovu kategoriju spadaju osobe koje su dobile samo pravo na privremeni boravak u državi članici ili čiji zahtevi za izbegličkim ili statusom azilanta još nisu rešeni. Prema odredbama Direktive pravo na spajanje porodice imaju samo migrant, njegov supružnik i njihova maloletna deca.<sup>12</sup> Državama članicama je ostavljena mogućnost da u svojim nacionalnim zakonodavstvima prošire krug osoba koje imaju pravo na spajanje porodice. Odredbe EKLJP-a se ne bave izričito položajem osoba u potrebi za međunarodnom zaštitom i njihovim pravom na spajanje porodice, mada treba napomenuti da osobe u potrebi za međunarodnom zaštitom mogu uživati u pravima predviđenim ovom Konvencijom čim se nađu na teritoriji neke od država ugovornica. Na ovaj način ove osobe se mogu pozvati na kršenje člana 8 Konvencije pred ESLJP-om.<sup>13</sup> Upravo se u mogućnosti da se ove osobe obrate Sudu i zaštite svoje pravo na jedinstvo porodice ogleda značaj EKLJP-a.

#### 4. POSEBNI ASPEKTI DEFINISANJA PORODICE OSOBA U POTREBI ZA MEĐUNARODNOM ZAŠTITOM – IZMEĐU RESTRIKTIVNOG I EKSTENZIVNOG PRISTUPA EVROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA

Spajanje porodice kao pojam podrazumeva ponovno uspostavljanje porodičnih veza prekinutih usled prepreka u migracionom procesu. Nivo zaštite koji se pruža porodici prilikom ponovnog spajanja zavisi od vrste migracionog kretanja i od individualnih okolnosti (Mole *et al.* 2019, 127). Osobe u potrebi za međunarodnom zaštitom

---

<sup>11</sup> Council Directive 2003/86/EC of 22. September 2003 on the right to family reunification, čl. 3.

<sup>12</sup> *Ibid.*, čl. 4.

<sup>13</sup> Treba naglasiti da se svi pomenuti instrumenti, izuzev Konvencije o pravima radnika migranata, odnose i na osobe u potrebi za međunarodnom zaštitom, čim se one nađu na teritoriji, tj. u nadležnosti država ugovornica.



prilikom spajanja porodice suočavaju se sa mnogobrojnim problemima, kao što su nedostatak ličnih dokumenata, problem dokazivanja međusobnih porodičnih veza itd. Jedan od glavnih problema sa kojima se suočavaju prilikom spajanja porodice jeste taj što u međunarodnim aktima ne postoji jedinstvena definicija pojma „porodica“. Iz tog razloga je Parlamentarna skupština Saveta Evrope usvojila smernice upućene državama članicama za ujednačavanje pojma „porodica“. Tako Helen Lambert (Lambert 2013, 194–215) navodi da je u dosadašnjoj praksi Suda pojam „porodica“ vrlo ekstenzivno tumačen. Porodicom se smatra ne samo venčani par (muškarac i žena) već i par koji je začeo dete, bez obzira na to da li postoji zajednički suživot. Dete, čim se rodi, ulazi u porodičnu vezu sa svojim roditeljima (Lambert 2013, 194–215). Svedoci smo da su se i stavovi Suda po pitanju ko sve može da čini porodicu vremenom menjali. Helen Lambert (Lambert 2013, 194–215) zapaža da u „novijoj praksi Sud štiti i porodični odnos uspostavljen između ujaka i sestrića ili dede/babe i unuka, pošto ESLJP smatra da i ovaj oblik porodičnih veza može igrati značajnu ulogu u odrastanju i razvoju deteta“.

Prvi slučaj koji se odnosio na spajanje porodice pojavio se pred ESLJP-om davne 1985. godine. U slučaju *Abdulaziz, Cabales i Balkandali* (*Abdulaziz, Cabales and Balkandali*) protiv Velike Britanije, radilo se o tri podnositeljke koje su imale pravo boravka u Ujedinjenom Kraljevstvu, ali kojima nisu mogli da se pridruže njihovi muževi, usled čega su se one žalile da im je onemogućeno pravo na uživanje porodičnog života predviđeno članom 8 EKLJP-a. Sva tri braka su zaključena nakon što su se podnositeljke predstavke nastanile u Velikoj Britaniji. Prema propisima iz 1980. godine, postojala su drugačija, stroža pravila za muževe koji nisu britanski državljani, a pridružuju se svojim ženama u Velikoj Britaniji, nego za žene koje se pridružuju muževima. ESLJP je ustanovio da je član 8 EKLJP-a primenljiv na dati slučaj, iako pretpostavlja postojanje porodice, a dotična „porodica“ još nije postojala u vreme naseljavanja žena u Ujedinjeno Kraljevstvo. U ovom slučaju Sud, međutim, nije ustanovio kršenje prava predviđenih članom 8 EKLJP-a.<sup>14</sup> Osobe u potrebi za međunarodnom zaštitom u praksi se suočavaju sa diskriminacijom, pošto

---

<sup>14</sup> *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. The United Kingdom*, Application No 9214/80; 9473/81; 9474/81, ECtHR, Judgment of 28 May 1985, paras. 56–62. Sud je u obrazloženju naveo da iako postoje obaveze države da poštuje njihovo pravo na porodičan život, ovo ne znači da je država dužna da poštuje izbor prebivališta migranata.

često države omogućavaju spajanje porodice samo osobama koje su porodicu zasnovala u zemlji porekla, a ne i onim osobama u potrebi za međunarodnom zaštitom koje porodicu zasnuju na putu ili u zemlji krajnjeg odredišta. Ovim problemom bavio se ESLJP u predmetu *Abdi i Hode (Hode and Abdi) protiv Ujedinjenog Kraljevstva*. Sud je u ovom predmetu ustanovio diskriminatorno ponašanje organa Velike Britanije ne dozvolivši spajanje bračnih partnera na svojoj teritoriji i utvrdio kršenje člana 8 Konvencije.<sup>15</sup> Diskriminacija se može pojaviti i kada države unutrašnjim aktom predviđaju da pravo na spajanje porodice mogu tražiti samo one osobe koje državljanstvo dotične države imaju određeno duže vreme.<sup>16</sup> Sud je zaključio da ovakva odredba u nacionalnom zakonodavstvu dovodi u nepovoljan položaj one državljanke koji su državljanstvo stekli u kasnijem periodu života i drugačije su etničke pripadnosti. Iz tog razloga ESLJP je zaključio da je u datom slučaju bio prekršen član 14 u vezi sa članom 8. Sud je zaključio da nametanjem ovog diskriminatornog uslova emigranti koji su nedavno dobili državljanstvo ne mogu da zahtevaju spajanje sa supružnikom, čime im je posredno narušeno pravo na porodičan život predviđeno članom 8 Konvencije.<sup>17</sup>

Na kraju ovog poglavlja možemo zaključiti da ESLJP kao značajan momenat prilikom odlučivanja da li je došlo do narušavanja porodičnog života uzima u obzir vremenski period kada je zasnovan brak. Treba naglasiti da Sud pridaje odlučujući značaj činjenici da li je osoba u potrebi za međunarodnom zaštitom zasnovala brak u periodu dok status te osobe nije bio regulisan. Pojedinčeva svest o tome da ima nezvestan migracioni status i svest o mogućoj neodrživosti porodičnog života u zemlji neminovno mora sam Sud navesti na strožu procenu da li je narušeno porodično jedinstvo ili ne (Mole *et al.* 2019, 149). Sud u ovim slučajevima nije utvrdio kršenje prava na porodičan život. Zapaža se da Sud ipak nije sasvim dosledan i da posebne okolnosti u konkretnom slučaju, poput autizma deteta u predmetu *Kaplan*, opravdavaju odstupanja.

---

Takođe podnosioci predstave nisu dokazali da postoje prepreke za uživanje u porodičnom životu u zemlji porekla. Vid. paras. 67–68.

<sup>15</sup> *Hode and Abdi v. the United Kingdom*, Application No. 22341/09, ECtHR, Judgment of 6 February 2013, paras. 57–59.

<sup>16</sup> *Biao v. Denmark*, Application No. 38590/10, ECtHR, Judgment of 25 March 2014.

<sup>17</sup> *Ibid.*, paras. 130–140.

## 5. PRISUSTVO DECE U PREDMETIMA SPAJANJA PORODICE PRED EVROPSKIM SUDOM ZA LJUDSKA PRAVA

Konvencija UN o pravima deteta usvojena 1989. godine u Preambuli predviđa da deca treba da uživaju i rastu u porodičnoj sredini koja se smatra bitnom za potpuni i skladan razvoj ličnosti.<sup>18</sup> U članu 10 takođe je utvrđeno pravo deteta da održava lične veze i neposredne kontakte sa oba roditelja na stalnoj osnovi, osim pod izuzetnim okolnostima kada roditelji žive u dve države.<sup>19</sup>

Sud za ljudska prava u Strazburu u oblasti spajanja porodice osoba u potrebi za međunarodnom zaštitom često se bavio slučajevima u kojima su bila prisutna i deca. U ovom poglavlju će biti analizirano da li je Sud na dosledan način primenio princip najboljeg interesa deteta proklamovan u Konvenciji UN o pravima deteta i kakav uticaj uzrast deteta ima na odluke Suda.

### 5.1. Primena principa najboljeg interesa deteta u praksi Evropskog suda za ljudska prava

Član 3 Konvencije o pravima deteta predviđa da u svim aktivnostima koje se tiču dece, bez obzira na to da li ih preduzimaju javne ili privatne institucije socijalnog staranja, sudovi, administrativni organi ili zakonodavna tela, najbolji interesi deteta biće od prvenstvenog značaja.<sup>20</sup>

Prvi slučaj spajanja roditelja i njihove dece kojim se bavio Evropski sud za ljudska prava bio je *Gul (Gul) protiv Švajcarske* 1994. godine. Podnosilac predstavke je turski državljanin, izbegao iz zemlje da bi potražio azil u Švajcarskoj, ostavljajući za sobom suprugu i dvoje dece. Nedugo zatim podnosiocu predstavke se pridružila supruga koja

---

<sup>18</sup> UN General Assembly, Convention on the Rights of the Child, 20 November 1989, United Nations, Treaty Series, čl. 3.

<sup>19</sup> *Ibid.*, čl. 10, st. 2.

<sup>20</sup> *Ibid.*, čl. 3, st. 1. Iako se ESLJP prvi put izričito pozvao na princip „najboljeg interesa deteta“ u predmetu iz 2006. godine, mišljenja smo da je Sud barem prećutno uzimao ili je morao uzimati u obzir najbolji interes deteta i u ranijim slučajevima, s obzirom na to da je ovaj princip proklamovan u Konvenciji UN o pravima deteta koja je usvojena još 1989. godine. Vid. *Rodrigues Da Silva and Hoogkamer v. The Netherlands*, Application No. 50435/99, ECtHR, Judgment of 3 July 2006.

je bolovala od epilepsije. Gulu i njegovoj supruzi je odobren boravak u Švajcarskoj iz humanitarnih razloga, zbog zdravstvenog stanja supruge koja je u međuvremenu rodila i treće dete. Nakon izvesnog vremena Gul je podneo zahtev da im se u Švajcarskoj pridruže njihova deca. Švajcarske vlasti su odbile zahtev tvrdeći da gospodin Gul nema dovoljno sredstava za izdržavanje dece kao i da je jedno od dece u međuvremenu postalo punoletno. Sud je donoseći odluku da li je došlo do kršenja člana 8 Konvencije uzeo u obzir da je Gul mogao slobodno posećivati svoju decu u Turskoj, da su deca oduvek živela u Turskoj, te da je otac decu ostavio kad su bila veoma malog uzrasta. Sud je uzeo u obzir činjenicu da su deca čitav život provela u Turskoj, iz tog razloga ona su po oceni Suda imala puno jaču vezu sa zemljom porekla nego što bi imali sa Švajcarskom, kao zemljom prijema. Takođe, Sud je zaključio da Gul nije mogao zasnovati pravo na spajanje porodice s obzirom na to da je u Švajcarskoj boravio na osnovu humanitarne vize. Uzimajući u obzir ove faktore Sud je odlučio da nije došlo do kršenja prava na porodičan život.<sup>21</sup>

Istu odluku da nije došlo do kršenja člana 8 Konvencije Sud je doneo i u slučaju *Ahmut (Ahmut) protiv Holandije*.<sup>22</sup> ESLJP je prilikom donošenja ovakve odluke uzeo u obzir dobrovoljni odlazak Ahmuta iz Maroka, mogućnost podnosioca predstavke da se u svako doba vrati u zemlju porekla da bi posetio sina i slabe porodične veze između oca i sina. Značajan uticaj na odluku Suda imala je i činjenica da je sin podnosioca predstavke imao jezičke, kulturne i porodične veze u Maroku.<sup>23</sup>

Zapaža se da su ključni činioci koje je Sud razmatrao u ova dva slučaja sledeći: uzrast deteta, stvarne porodične veze, stepen zavisnosti dece od roditelja, kao i kakav bi položaj deca imala u zemlji prijema i kakav položaj imaju u zemlji porekla (Mole *et al.* 2019, 153).

Po činjeničnom stanju sličan prethodnom slučaju je slučaj *Sen (Sen) protiv Holandije*. Sud je vrlo detaljno upoređivao ova dva pred-

<sup>21</sup> *Gül v. Switzerland*, Application No. 23218/94, ECtHR, Judgment of 19 February 1996, paras. 36–43.

<sup>22</sup> Podnosilac predstavke je napustio svoju ženu i decu u Maroku i preselio se u Holandiju gde se dva puta ženio. Kada je preminula njegova prva supruga u Maroku, podnosilac predstavke je ostao isključivi staralac svoje dece. Starija deca imala su pravo ulaska u Holandiju, dok je o najmlađem sinu brigu vodila baka. Ahmut je podneo zahtev za spajanje sa najmlađim sinom. Holandski sud je odbio ovaj zahtev.

<sup>23</sup> *Ahmut v. The Netherlands*, Application No. 73/1995/579/665, ECtHR, Judgment of 28 November 1996.

meta. Prilikom donošenja odluke u predmetu *Sen*, Sud je istakao da je potrebno primeniti principe uspostavljene u predmetu *Gul*, a koji su potvrđeni u predmetu *Ahmut*. Tako je Sud kao osnovne parametre pri odlučivanju uzeo u obzir starost dotičnog deteta, njegovu situaciju u zemlji porekla i nivo zavisnosti u odnosu na roditelje.<sup>24</sup> Sud je takođe utvrdio da dete koje je podnosilac predstavke ima jake veze sa zemljom porekla Turskom. Međutim, suprotno svojoj presudi u slučaju *Ahmut*, Sud je procenio da je u ovom slučaju postojala velika prepreka za povratak porodice *Sen* u Tursku. Korisnici dozvola za boravak u Holandiji, dva prva podnosioca predstavke, započela su život kao bračni par u Holandiji, gde su legalno živeli mnogo godina i gde se rodilo još dvoje dece. Iz tog razloga Sud je utvrdio da bi s obzirom na princip najboljeg interesa deteta najadekvatnije bilo da se porodični život odvija u Holandiji i da se dopusti spajanje porodice.<sup>25</sup>

U slučaju *Tukabo-Tekle (Tuquabo-Tekle) protiv Holandije*,<sup>26</sup> podnositeljka predstavke pobešla je iz Eritreje, gde je besneo građanski rat, u Holandiju i za sobom ostavila maloletnu ćerku o kojoj je brigu vodila baka. Nacionalne vlasti su odbile zahtev majke za spajanjem porodice nakon što je regulisala svoj status u državi prijema, jer su smatrale da su nakon perioda razdvajanja porodične veze između majke i ćerke postale previše slabe i da ne postoji zajednički porodični život. Zatim je predmet dospelo pred ESLJP. Sud je ustanovio kršenje člana 8 EKLJP. Zasnovao je svoju odluku na jednoj činjenici koju su nacionalne vlasti prenebregnule. Naime, iako je podnositeljkinina ćerka imala već petnaest godina i jake veze sa rodnom Eritrejom, ESLJP je uzeo u obzir činjenicu da je ćerka ispisana iz škole i da baka namerava da je uda shodno lokalnim običajima.<sup>27</sup> Značaj odluke Suda ogleda se u činjenici da interesi maloletnog deteta za normalnim odrastanjem i obrazovanjem imaju primat nad drugim okolnostima, kao i u zaključku da Holandija nije uspela da uspostavi ravnotežu između interesa pojedinaca i svoje migracione politike.

Ako se izvrši uporedna analiza četiri navedena slučaja sličnog činjeničnog stanja, primetno je da je Sud donoseći odluke razmatrao

---

<sup>24</sup> *Sen v. The Netherlands*, Application No. 31465/96, ECtHR, Judgment of 21 December 2001, para. 37.

<sup>25</sup> *Ibid.*, paras. 39–40.

<sup>26</sup> *Tuquabo-Tekle and Others v. The Netherlands*, Application No. 60665/00, ECtHR, Judgment of 1. December 2005.

<sup>27</sup> *Ibid.*, para. 47.

zašto je došlo do razdvajanja porodice, zašto se spajanje traži baš u tom trenutku i zbog čega u dotičnoj državi. Razmatrajući ove činjenice Sud je uzeo u obzir da je Gul dobrovoljno napustio porodicu bez ubedljivih razloga, a da iako u početku gospođa Gul nije imala adekvatno lečenje u zemlji porekla, kasnije su se za to stvorili adekvatni uslovi. Takođe, Sud je uzeo u obzir činjenicu da je Gul posećivao svoju decu u Turskoj. Iako bi ovi argumenti mogli opravdati odluku koju je Sud doneo, primetno je da je u ovom slučaju Sud potpuno zanemario najbolji interes dece i na taj način, prema našem mišljenju, primat pogrešno dao interesima države za kontrolu migracione politike. Ovakvu odluku Suda kritikovao je sudija Martens (*Martens*), uz saglasnost sudije Russo (*Russo*), koji u svom izdvojenom mišljenju između ostalog navodi da su deca koja su ostala u Turskoj bila onemogućena da uživaju porodičan život sa svojom sestrom kao i da interes demokratskog društva ne može odneti prevagu nad spajanjem porodice i nije srazmeran potrebi za spajanjem porodice.<sup>28</sup> Iako je Sud i u slučaju *Ahmut* doneo sličnu presudu, zaokret stavova Suda vidi se u predmetu *Sen* u kome je naglašen značaj principa najboljeg interesa deteta. Sud je donoseći odluku utvrdio da su roditelji dobrovoljno napustili svoje dete, ali je zatim zaključio da napuštanje deteta u periodu od tri godine ne može predstavljati neopozivu i definitivnu odluku (Spijkerboer 2009, 207). Zatim se u obrazloženju Suda navodi da Holandija nije uspela da uspostavi ravnotežu između svojih nacionalnih interesa i principa najboljeg interesa deteta jer su roditelji uslovljeni da biraju između života uspostavljenog u Holandiji i porodičnog života sa ćerkom.<sup>29</sup> Za razliku od toga, u slučaju *Tukabo-Tekle* ESLJP je u svojoj odluci potvrdio stav da je kod osoba kojima je priznat izbeglički status irelevantno za donošenje odluke o spajanju porodice da li su svoju porodicu napustili dobrovoljno ili ne. Takođe, ESLJP je poseban značaj dao činjenici da je podnositeljka i ranije pokazivala nameru da se spoji sa ćerkom.

Kada se uporedi vreme kada je zahtevano ponovno ujedinjenje porodice, uočavamo nedoslednost Suda. U slučajevima *Tukabo-Tekle* i *Gul* roditelji su tražili spajanje porodice čim su uspeli da regulišu svoj status. Iz tog razloga nije jasno zašto je Sud ovu činjenicu u predmetu *Tukabo-Tekle* uzeo u obzir, a potpuno zanemario u predmetu *Gul*. Jedini

<sup>28</sup> *Gül v. Switzerland*, Application No. 23218/94, ECtHR, Judgment of 19 February 1996, mišljenje sudije Martensa.

<sup>29</sup> *Sen v. The Netherlands*, Application No. 31465/96, ECtHR, Judgment of 21 December 2001, para. 41.

mogući zaključak koji se nameće jeste da je protekom vremena između ova dva slučaja došlo i do evolucije u stavovima Suda po ovom pitanju.

Na osnovu prikazanih slučajeva može se primetiti da su deca u četiri navedena slučaja imala jake veze s državama u kojima je zahtevano spajanje porodice. Sva deca su imala braću i sestre koji su rođeni i koji su čvrsto integrisani u zemljama u kojima je zahtevano spajanje. Iako bi suživot s ostalim članovima porodice bio potpuno u skladu s proklamovanim principom najboljeg interesa deteta, primetna je nedoslednost Suda po ovom pitanju. Uočava se da je prisustvo braće i sestara Sud uzeo u obzir u slučajevima *Sen* i *Tukabo-Tekle*, ali je potpuno prenebregnuta ova činjenica u slučaju *Gul* i na taj način nije ispoštovan princip najboljeg interesa deteta (Spijkerboer 2009, 279–280).

U novijoj praksi Suda slučaj *Beriša (Berisha) protiv Švajcarske* je postao vrlo interesantan zbog duboke podele članova Veća oko primene i tumačenja principa najboljeg interesa deteta u tom predmetu i činjenice da je odluka Suda doneta tesnom većinom četiri prema tri.<sup>30</sup> ESLJP je doneo presudu da deportacijom dece u zemlju porekla nije prekršeno pravo na porodičan život.<sup>31</sup> Obrazlažući svoju odluku Sud je naveo da deca starosti devetnaest i sedamnaest godina imaju jake veze sa zemljom porekla i da period od tri godine ilegalnog boravka ne može biti dovoljan za čvrstu i potpunu integraciju u švajcarsko društvo.<sup>32</sup> Primećuje se da članovi veća koji su doneli odluku o deportaciji olako prelaze preko utvrđene činjenice da su deca dobro integrisana u švajcarsko društvo. Sudije koje su glasale protiv u izdvojenom mišljenju su oštro kritikovale neprimenjivanje principa najboljeg interesa deteta u konkretnom slučaju. One su između ostalog izrazile sumnju u mogućnost povratka na područje Kosova i Metohije. Takođe, prema njihovom mišljenju, povratak bi predstavljao kršenje načela najboljeg interesa deteta.<sup>33</sup> Sudije su u izdvojenom mišljenju iznele stav da deca

---

<sup>30</sup> Beriša je pobjegao sa područja Kosova i Metohije u Švajcarsku dobrovoljno ostavivši suprugu i troje dece. U Švajcarskoj je boravio na osnovu dozvole za privremeni boravak, gde mu se nakon nekog vremena pridružila i supruga i dobili su još jedno dete. Kada su tražili spajanje sa svojom decom, odbijeni su. Zatim je Beriša ilegalno doveo decu i ponovo uložio zahtev za spajanjem porodice. Usledilo je novo odbijanje i deca su morala biti deportovana.

<sup>31</sup> *Berisha v. Switzerland*, Application No. 948/12, ECtHR, Judgment of 30 July 2013, paras. 52–61

<sup>32</sup> *Ibid.*, para. 62.

<sup>33</sup> *Ibid.*, Izdvojeno mišljenje sudija Jočiene (*Jočiene*) i Karakaša (*Karakaş*), paras. 1–7.

ne bi smela trpeti posledice lošeg ponašanja svojih roditelja i da interes njihove dobrobiti svakako ima primat nad interesom države za kontrolom migracione politike.<sup>34</sup>

U nizu slučajeva koji su se pojavili pred ESLJP-om evidentna je praksa Suda da utvrdi krivicu roditelja za napuštanje svoje dece u procesu emigracije. Prema Kjari Smit (Smyth 2015, 85) roditelj je tada doveden u situaciju da bira između stečenog statusa u zemlji prijema i zajedničkog života sa svojim detetom u zemlji porekla. Međutim, uočava se i određen broj slučajeva u kojima Sud u obrazloženjima svojih presuda kritikuje države što nisu uspele da uspostave ravnotežu između svojih interesa i interesa deteta da uživa u porodičnom životu. Prema Smitu (Smyth 2015, 85) ovakva praksa Suda dovodi roditelje u vrlo nepovoljan položaj. Kontradiktornost prakse Suda samo je dokaz nepostojanja jasnih kriterijuma i neujednačenog pristupa koji varira od slučaja do slučaja.

Ocenjujući da li je spajanje sa članovima porodice u najboljem interesu deteta, Sud uzima u obzir različite faktore, kao što su jačina veze sa zemljom porekla, zavisnost od roditelja, sposobnost integracije u zemlji prijema itd. Međutim, problematično je što Sud nije principijelan u oceni ovih faktora i što ova nedoslednost dovodi do pravne nesigurnosti. Ono što Sud pokušava da utvrdi u svim slučajevima jeste identifikovanje najboljih interesa deteta kroz objektiv relevantnih prava deteta. Mišljenja smo da bi Sud prilikom razmatranja slučajeva spajanja roditelja i maloletne dece prvenstveno trebao da se rukovodi članom 9 Konvencije UN o pravima deteta koji zabranjuje da dete bude razdvojeno od svojih roditelja, osim ako to nije u najboljem interesu deteta.<sup>35</sup> Odvajanje deteta od roditelja bilo bi, prema našem mišljenju, opravdano na primer u slučaju zlostavljanja i u slučaju starateljstva, kada roditelji ne žive zajedno.

Nakon detaljne analize može se zaključiti da princip najboljeg interesa deteta treba u praksi Suda da ima apsolutni primat u odnosu na druge principe koje Sud uzima u obzir prilikom procene da li je prekršen član 8 Konvencije UN o pravima deteta i da li treba dozvoliti spajanje porodice. Takav zaključak se zasniva na činjenici da je ovaj princip proklamovan u Konvenciji UN o pravima deteta, međunarod-

---

<sup>34</sup> *Ibid.*

<sup>35</sup> UN General Assembly, Convention on the Rights of the Child, 20 November 1989, United Nations, Treaty Series, čl. 9.



nom aktu koji se zbog svog značaja i opšte prihvaćenosti može s pravom smatrati delom međunarodnog običajnog prava.

Iako se vidi značajan pomak u primeni principa od prvih slučajeva koji su se pojavili pred Sudom, kada je princip bio potpuno zanemarivan, i u novijim slučajevima je moguće uočiti grubo i neopravdano odstupanje od ovog principa. Ovakva nedoslednost dovodi do situacija da Sud donosi odluke koje izazivaju kritike javnosti i mogu izazvati smanjeno poverenje u Evropski sud za ljudska prava.

## 5.2. Uzrast deteta kao značajan faktor prilikom odlučivanja o spajanju porodice

U dosadašnjoj praksi Evropskog suda za ljudska prava, u predmetima koji su se ticali spajanja roditelja i maloletne dece, može se zapaziti da je Sud primarno odlučivao na osnovu uzrasta. Starost deteta ima promenljiv uticaj na odluke ESLJP-a. Nije sasvim jasno koji procesni momenat Sud uzima kao relevantan prilikom određivanja uzrasta deteta. Da li se kao relevantan momenat uzima početak postupka pred domaćim sudom, da li je to trenutak kada se postupak završava pred domaćim sudom ili je u pitanju momenat kada predmet dospe pred ESLJP? (Spijkerboer 2009, 288–289). Ovo pitanje je za Alana Dezmonda (Desmond 2018, 266) značajno ne samo zbog stvaranja pravne sigurnosti već i zbog činjenice da Sud prilikom odlučivanja da li je prekršen član 8 Evropske konvencije o ljudskim pravima daleko veći stepen zaštite pruža porodičnom životu maloletne dece i njihovih roditelja nego porodičnom odnosu roditelja i odrasle dece. Da bi Sud porodični život odraslih osoba u potrebi za međunarodnom zaštitom smatrao narušenim, potrebno je da postoje posebne okolnosti, tj. potrebno je da se utvrde „dodatni elementi zavisnosti, koji uključuju više nego normalne, emotivne veze“ (Desmond 2018, 266).

Postoji, međutim, niz slučajeva u kojima je Sud zauzeo veoma zanimljivo stanovište da samim sticanjem punoletstva ne dolazi do automatskog slabljenja porodičnih veza roditelja i dece.<sup>36</sup> Zauzimanjem ovakvog stava Sud potpuno opravdano prihvata realnu životnu situaciju da mlađi punoletnici, koji nisu stupili u brak, imaju vrlo jake porodične veze. Treba naglasiti da ESLJP prilikom donošenja odluke ne razmatra samo da li formalno postoji porodica već i bliskost i jačinu

---

<sup>36</sup> *Maslov v. Austria*, Application No. 1638/03, ECtHR, Judgment of 23 June 2008, para. 62.

veza između članova porodice. Da bi postojao porodični život, u njemu moraju uživati obe strane. Ovaj stav potvrdio je i sudija Martens u svom izdvojenom mišljenju u predmetu *Gül protiv Švajcarske*, koji je bio predmet analize u ovom radu.<sup>37</sup>

Uzrast deteta je prema dosadašnjoj praksi ključan i u predmetima ESLJP-a u kojima je došlo do proterivanja roditelja usled neodobravanja azila, a u koju proceduru su uključena i deca. Sud smatra mlađu decu prilagodljivim promeni sredine, jer se smatra da nisu uspostavili dovoljno jake veze s državom u kojoj su živeli, za razliku od starije dece. Ovaj stav je ESLJP ustanovio u predmetu *Bajsultanov (Baj-sultanov) protiv Austrije*, u kome su deca uzrasta od dve i pet godina smatrana prilagodljivim za povratak u zemlju porekla. ESLJP je sličan stav po ovom pitanju zauzeo i u predmetu *Džozef (Josef) protiv Belgije*. Ovaj slučaj se odnosi na predloženi povratak majke sa HIV-om i njeno troje dece u Nigeriju. U ovom slučaju nije ustanovljena povreda člana 8 Konvencije, uz obrazloženje da su deca podnositeljke uzrasta od šest godina, četiri godine i godinu i po dana dovoljno mlada i imaju kapacitet da se prilagode životu u Nigeriji. Iz tog razloga nije ustanovljeno kršenje člana 8 EKLJP, iako su deca rođena u Belgiji.

## 6. POLJE SLOBODNE PROCENE DRŽAVE I HITNOST POSTUPKA U SLUČAJEVIMA SPAJANJA RODITELJA I DECE

Odlučujući u mnogobrojnim slučajevima spajanja roditelja i dece, Evropski sud za ljudska prava ustanovio je važne standarde. Uočava se standard da predmeti u kojima se odlučuje o spajanju roditelja i dece moraju da se reše u hitnom postupku. Ove stavove možemo videti u predmetu *Tanda-Muzinga (Tanda-Muzinga) protiv Francuske*. Prekomerna dužina postupka doprinela je tome da ESLJP zaključi kako u datom predmetu vlasti nisu postupale s traženom fleksibilnošću, hitnošću i efikasnošću.<sup>38</sup>

Navedeni predmet je značajan i zato što se u obrazloženju presude jasno navode obaveze koje država ima u postupcima spajanja ro-

---

<sup>37</sup> *Gül v. Switzerland*, Application No. 23218/94, ECtHR, Judgment of 19 February 1996, mišljenje sudije Martensa.

<sup>38</sup> *Tanda-Muzinga v. France*, Application No. 2260/10, ECtHR, Judgment of 10 July 2014, para. 82.

ditelja i dece. U kontekstu kako pozitivnih tako i negativnih obaveza, država mora uspostaviti pravičnu ravnotežu između konkurentskih interesa pojedinca i interesa zajednice u celini. U tom pogledu, država uživa određenu slobodu.<sup>39</sup> Sud je priznao pravo državama da kontrolišu ulazak imigranata na svoju teritoriju, iz čega proizlazi da države nisu u obavezi da poštuju izbor imigranata u pogledu mesta prebivališta.<sup>40</sup> Ipak, u slučaju koji se tiče porodičnog života i imigracije, obim obaveza države variraće u zavisnosti od posebnih okolnosti osoba koje su uključene, kao i od opšteg interesa. Polje slobodne procene ostavljeno državama prilikom omogućavanja spajanja porodice proizlazi iz međunarodnog običajnog prava koje je davalo pravo državama da kontrolišu ulazak nedržavljana na svoje teritorije (Lahav 1997, 351–352). U teoriji se zastupa i stav da na migracionu politiku države značajniji uticaj imaju odredbe međunarodnog nego unutrašnjeg prava (Lahav 1997, 351–352).

Sud je kroz svoju praksu u prvim slučajevima u potpunosti potvrdio suvereno pravo država da imaju široko polje procene u migracionim postupcima. S vremenom je sa pojavom sve većeg broja slučajeva spajanja porodice u kojima su bila involvirana deca, Sud sve više liberalizovao stav i primat je počeo davati principu najboljeg interesa deteta. Na taj način državi je značajno smanjeno polje slobodne procene i nametnute su joj pozitivne obaveze da omogući spajanje porodice. Promena pristupa i liberalizacija stavova Suda po ovom pitanju izvršena je pod uticajem odredaba Konvencije UN o pravima deteta koje su nametale obaveze državama da o zahtevima spajanja roditelja i dece odluče na pozitivan, human i brz način.<sup>41</sup> Ove odredbe nameću strože pozitivne obaveze državama prilikom spajanja porodice nego što je to bilo predviđeno drugim međunarodnim aktima koji regulišu ovu materiju. Teret dokazivanja da postoje opravdani razlozi zašto je onemogućeno spajanje porodice nametnut je državi. Ipak, ostaje utisak da zabrinjava to što je način sprovođenja obaveze država da omoguće spajanje porodice u potpunosti prepušten slobodnom nahođenju, što može prouzrokovati ozbiljne probleme u praksi i manipulacije od strane država.

Iako je u obrazloženju presude *Tanda-Muzinga* potvrđeno da države nisu u obavezi da poštuju izbor porodice po pitanju mesta pre-

---

<sup>39</sup> *Ibid.*, para. 64.

<sup>40</sup> *Ibid.*, para. 65.

<sup>41</sup> UN General Assembly, Convention on the Rights of the Child, 20 November 1989, United Nations, Treaty Series, čl. 10.

bivališta, novija praksa Suda nameće obavezu državi da mora dozvoliti spajanje porodice na svojoj teritoriji ako je to najadekvatnije za uživanje u porodičnom životu. Ovo maksimalno sužavanje suverenih prava država potpuno je u skladu sa trendovima globalizacije, danas prihvaćenog stava o primatu normi međunarodnog prava.

## 7. ODNOS IZMEĐU OČUVANJA JAVNE BEZBEDNOSTI DRŽAVE I PRAVA NA SPAJANJE PORODICE

Sudska praksa Evropskog suda za ljudska prava bogata je slučajevima u kojima je Sud odlučivao da li je država koristeći suvereno pravo da protera strance sa svoje teritorije koji ilegalno borave na njevoj teritoriji ili legalno borave, ali zbog svojih kriminalnih delatnosti predstavljaju pretnju po bezbednost države i javni poredak, prekršila odredbe EKLJP-a koje se odnose na porodičan život. Smatramo da osobe u potrebi za međunarodnom zaštitom koje ilegalno borave u državi najčešće zato što nemaju odgovarajuće dokumente nikako ne mogu predstavljati isti stepen opasnosti po državnu bezbednost kao i učinioi krivičnih dela poput teške krađe, krijumčarenja narkotika i slično. Iz tog razloga će ove dve vrste slučajeva koje su se pojavile pred Sudom biti zasebno razmatrane.

### 7.1. Deportacija usled učinjenih krivičnih dela

Deportacija učinilaca teških krivičnih dela iz države prijema može narušiti njihovo pravo na jedinstvo porodice i ugroziti pravo na uživanje u porodičnom životu predviđeno EKLJP-om. Parametri koje Sud uzima u razmatranje prilikom odlučivanja da li je postojala ravnoteža između proterivanja i prava na uživanje porodičnog života ustanovljeni su u predmetu *Bultif (Boultif) protiv Švajcarske* koji se ticao državljanina Alžira koji je zbog činjenja krivičnih dela trebalo da bude vraćen u državu njegovog porekla. Podnosilac predstavke je tvrdio da bi deportacija za posledicu imala povredu člana 8 EKLJP-a, jer bi bio razdvojen od supruge, državljanke Švajcarske.<sup>42</sup>

---

<sup>42</sup> Vid. *Boultif v. Switzerland*, Application No. 54273/00, ECtHR, Judgment of 2 August 2001.

Prvo, Sud treba da razmatra da li je deportacija od strane države bila u skladu sa zakonom te zemlje kako se zahteva u stavu 2, člana 8 EKLJP-a. Ako je tako, u drugom koraku Sud mora odlučiti da li je intervencija države imala legitiman cilj. Na kraju, u trećem koraku, neophodno je odlučiti da li je uplitanje države nužno u demokratskom društvu (Frontman-Cain 2003, 329). Ovaj postupak naziva se „test proporcionalnosti“. Donoseći odluku u ovom predmetu, Sud je uspostavio čak osam rukovodećih principa prilikom odlučivanja da li je deportacija neophodna u demokratskom društvu. Tako se u obzir uzimaju legitimnost državnog cilja koji se želi postići, ozbiljnost i priroda učinjenog krivičnog dela, dužina boravka u zemlji, dužina perioda od činjenja krivičnog dela do deportacije i ponašanje osobe koja treba da bude deportovana tokom tog perioda (Frontman-Cain 2003, 329). Između ostalog, ESLJP prilikom odlučivanja u obzir mora da uzme i porodičnu situaciju, da li je bračni partner znao za krivično delo prilikom zasnivanja porodičnih veza, da li u braku postoje deca i koji je njihov uzrast. Na samom kraju Sud mora uzeti u obzir i ozbiljnost teškoća s kojima će se suočiti članovi porodice, kao stranci, prilikom deportacije učinioca krivičnog dela u zemlju porekla. (Frontman-Cain 2003, 329).

Upravo je poslednji navedeni faktor bio odlučujući da ESLJP ustanovi kršenje člana 8 EKLJP-a u slučaju *Bultif protiv Švajcarske*. Obrazlažući svoju odluku, Sud je naveo da bi Bultifova supruga odlaskom u Alžir doživela nepremostive teškoće zbog nepoznavanja arapskog jezika. Iz tog razloga, Sud je doneo odluku da bi deportacija dovela do narušavanja porodičnog života i da je porodični život moguć isključivo u Švajcarskoj.<sup>43</sup>

Odluka u ovom predmetu i uspostavljeni principi trebalo bi da pristup ESLJP-a koji se tiče prava bračnih drugova na uživanje porodičnog života u državi koja nije njihova država porekla učine jasnim i doslednim (Frontman-Cain 2003, 332). Ono što se najviše kritikuje u „testu proporcionalnosti“ jeste to što se pojam „neophodan u demokratskom društvu“ može tumačiti na najrazličitije načine i ostavlja širok prostor koji omogućava arbitrarnost i nedoslednost. Teret dokazivanja da je proterivanje neophodno u demokratskom društvu je na državi.

Sud je naveo niz činjenica koje treba uzeti u obzir prilikom ocenjivanja da li je deportacija neophodna u demokratskom društvu.

---

<sup>43</sup> *Ibid.*, paras. 52–55.

Često ESLJP težinu krivičnog dela uzima kao odlučujući faktor za donošenje odluke, neopravdano zanemarujući druge faktore. Dokaz koji potkrepljuje naš stav je odluka u predmetu *Buganemi (Boughanemi) protiv Francuske*. U ovom predmetu domaći sud je doneo odluku o deportaciji Buganemija zbog krivičnog dela. Sud nije ustanovio kršenje člana 8, iako je podnosilac predstavke bio druga generacija imigranata u Francuskoj, u kojoj je živio dvadeset godina, školovao se, imao braću i sestre. Činjenica da su krivična dela bila mnogobrojna i vrlo visokog stepena nasilja odnela je prevagu nad čvrstim vezama koje je podnosilac imao sa Francuskom.<sup>44</sup>

Ako se uporede ova dva slučaja, primećuje se nedoslednost Suda. U slučaju *Buganemi* Sud je dao apsolutni primat težini krivičnog dela i recidivizmu, a potpuno neopravdano zanemario ostale parametre. Činjenicu da je Buganemi zadržao državljanstvo zemlje porekla Sud je uzeo kao veoma značajnu prilikom odlučivanja. Za razliku od toga, u slučaju *Bultif* Sud je uzimao u obzir ravnotežu između učinjenog krivičnog dela i ostalih faktora i presudio u njegovu korist, iako nije imao čvrste veze sa državom prijema. Razlike u faktorima kojima je Sud dao odlučujući značaj možemo uočiti i ako slučaj *Buganemi* uporedimo sa slučajem *Mustakim (Moustaquim)*. Zapažamo da je Sud prevagu dao zdravstvenom stanju podnosioca predstavke u odnosu na broj i težinu krivičnih dela koje je počinio kao adolescent. U ovom slučaju Sud je zaključio da je mera deportacije kao oblik kažnjavanja nesrazmerna sa težinom krivičnih dela i legitimnim ciljem koji je država nameravala postići. Shodno tome došlo je do kršenja člana 8 Konvencije.<sup>45</sup>

Kada se govori o faktorima koje Sud razmatra prilikom ocene da li je deportacija srazmerna legitimnom cilju koji država želi postići u očuvanju javne bezbednosti, moramo spomenuti slučaj *Papošvili (Paposhvili) protiv Belgije* iz 2016. godine. Radilo se o teško bolesnom podnosiocu predstavke kome je pretilo proterivanje zbog učinjenog krivičnog dela. Veliko veće Suda kritikovalo je stanovište Veća da prvenstveno razmatra pitanje da li su belgijske vlasti bile u obavezi da dopuste podnosiocu predstavke da boravi u Belgiji kako bi uživao u

<sup>44</sup> *Boughanemi v. France*, Application No. 22070/93, ECtHR, Judgment of 24 April 1996, paras. 39–46.

<sup>45</sup> *Moustaquim v. Belgium*, Application No. 12313/86, ECtHR, Judgment of 18 February 1991, paras. 41–50. U izdvojenom mišljenju sudije koje su glasale protiv iznele su stav da porodični život nije mogao biti narušen deportacijom iz jednostavnog razloga što porodični život nije ni postojao, jer je podnosilac predstavke već više puta bežao od kuće i počeo da se osamostaljuje.

pravu na porodičan život. Naime, Veliko veće je utvrdivši kršenje člana 8 Konvencije istaklo da je član 8 morao biti ispitan sa stanovišta pozitivnih obaveza države, pogotovo imajući u vidu pogoršanje podnosočevog zdravstvenog stanja i smrt.<sup>46</sup> Očigledno je da je Veliko veće prilikom odlučivanja u ovom predmetu pošlo od standarda izuzetnih okolnosti koji se primenjuje na tražioce azila koji su lošeg zdravstvenog stanja, a treba da budu vraćeni u zemlju porekla.<sup>47</sup>

Čučković (2018, 161) zapaža da je ovaj standard izgrađen u odnosu na član 3 Evropske konvencije o ljudskim pravima i nameće pozitivnu obavezu državama da u slučajevima pred nacionalnim sudovima ispituju da li bi proterivanjem teško obolele osobe u zemlju porekla došlo do povrede prava na uživanje porodičnog života predviđenog članom 8 Konvencije usled razdvajanja od ostalih članova porodice.

Sud je u postupcima odlučivanja o tome da li je država uspela da uspostavi ravnotežu između očuvanja javne bezbednosti i interesa pojedinaca morao da razmotri sve faktore ustanovljene u slučaju *Bultif* kao celinu.

Prilikom razmatranja slučajeva deportacije uočava se da države praktikuju proterivanje imigranata druge generacije zbog učinjenog krivičnog dela. Države na taj način faktički proteruju sopstvene državljane, što je nespojivo sa današnjim pravom i može dovesti do razdvajanja članova porodice i grubog kršenja prava na uživanje porodičnog života. Može se zaključiti da zahvaljujući ovakvoj praksi stranci imaju veća prava od domaćih državljana, što je podložno kritici. Problematično je i to što Sud po ovom pitanju nije zauzeo jasne i precizne kriterijume. Loša praksa ogleda se u činjenici da Sud pruža zaštitu migrantima druge generacije samo ako oceni da se migrant integrisao i stekao čvrste veze u zemlji prijema uz potpuno nestajanje veza sa zemljom porekla. Ovakav stav Suda se može oceniti kao suviše rigidan jer se njime zanemaruje realnost da migrant želi da sačuva veze u obe države. Na ovaj način mnogi migranti ostaju bez potrebne zaštite.

Važno je istaći da se u teoriji pojavio stav da države ne bi ni u jednom slučaju smele proterivati neintegrisane migrante, već im pomoći u integrisanju u novo društvo (Farahat 2009, 267–269). Takav stav nije bez osnova i predstavlja, po našem mišljenju, adekvatno reše-

---

<sup>46</sup> *Paposhvili v. Belgium*, Application No. 41738/10, ECtHR, Judgment of 13 December 2016, paras. 209–211.

<sup>47</sup> Ovaj standard proklamovan je u slučaju *D. v. The United Kingdom*, Application No. 30240/96, ECtHR, Judgment of 2 May 1997.

nje ovog problema u budućnosti. Države bi na taj način priznale suodgovornost za neuspeh integrisanja svojih građana migrantskog porekla, a pravo na porodični život ne bi bilo narušeno.

## 7.2. Deportacija zbog ilegalnog boravka

Osobe u potrebi za međunarodnom zaštitom najčešće zasnuju porodicu u državi u kojoj se nalaze pre nego što im bude regulisan status. Problem nastaje ukoliko država ne reši pozitivno zahtev osoba u potrebi za međunarodnom zaštitom i one budu prinuđene zbog ilegalnog boravka da napuste državu i svoje porodice koje su zasnovale.

Tipičan ovakav slučaj koji se pojavio pred Sudom bio je slučaj *Omoredži (Omoregie) i drugi protiv Norveške*.<sup>48</sup> U ovom predmetu ESLJP je presudio da nije prekršen član 8 Konvencije, iako je podnosilac, koji je ilegalno boravio u Norveškoj, zasnovao porodicu. Sud je u obrazloženju naveo da podnosilac ima mnogo jače veze s rodnom Nigerijom nego sa zemljom iz koje se proteruje, iako je u njoj imao užu porodicu.<sup>49</sup> Ovakva odluka Suda samo potvrđuje naš stav o nedoslednosti odluka ESLJP-a kada razmatra pitanje spajanja porodice. Primetno je da donoseći odluku u ovom predmetu Sud uopšte nije uzeo u obzir prisustvo deteta i njegove interese.

Čučković (2018, 161–162) ističe da se nedoslednost Suda može uočiti i prilikom određivanja kriterijuma da li su ispunjeni uslovi da se utvrdi kršenje člana 8 kada su u pitanju osobe u potrebi za međunarodnom zaštitom koje su suočene s pretnjom deportacije i razdvajanjem od članova porodice. Kako velike razlike u kriterijumima ostavljaju neizvesnost u pogledu ishoda postupka i uspešnosti predstavke, realno je očekivati da će većina podnosilaca predstavki, kada god je to moguće, u slučaju proterivanja potezati član 3, a ne član 8 EKLJP. Primetno je da Sud mnogo veću zaštitu u postupcima spajanja porodice pruža u situacijama kada dolazi do razdvajanja usled deportacije nego prilikom spajanja porodica koje prvi put ulaze u zemlju prijema. Ovakva distinkcija u primeni prava od strane ESLJP-a nije osnovana,

---

<sup>48</sup> Omoredži je državljanin Nigerije koji se oženio Norvežankom u vreme dok je njegov zahtev za azil bio u postupku razmatranja. Njih dvoje su dobili kćerku. Kada mu je zahtev za azil odbijen, naloženo mu je da napusti zemlju, ali je on ostao u njoj i godinu dana radio bez dozvole, čime je prekršio imigracione propise.

<sup>49</sup> *Omoregie and Others v. Norway*, Application No. 265/07, ECtHR, Judgment of 31 July 2008, paras. 66–68.



a porodičan život i pravo na spajanje porodice bi trebalo da uživaju jednaku zaštitu u svim situacijama.

## 8. ZAKLJUČAK

Nakon sveobuhvatne analize odabranih slučajeva koji su se ticali pitanja jedinstva porodice osoba u potrebi za međunarodnom zaštitom, a koji su se pojavili pred Evropskim sudom za ljudska prava u Strazburu, nameće se zaključak da Sud nema ujednačen pristup po pitanju jedinstva porodice.

Kada su u pitanju slučajevi spajanja porodice koji uključuju roditelje i njihovu maloletnu decu, primetno je da je Sud u prvim slučajevima potpuno zanemarivao princip najboljeg interesa deteta i odluke zasnivao na drugim činjenicama. Ovaj princip je s vremenom stekao primat u odlukama Suda u odnosu na interes države za kontrolom migracione politike. Međutim, u novije vreme postoje i slučajevi u kojima Sud potpuno neopravdano zanemaruje ovaj princip i donosi odluku na štetu dece, te onemogućava spajanje porodice. Ilustrativan primer ovakvog neujednačenog pristupa Suda je slučaj *Beriša protiv Švajcarske*. Sud bi, zbog veće pravne sigurnosti, morao da uspostavi jasnije parametre koje razmatra kada odlučuje da li je spajanje porodice u konkretnom slučaju u najboljem interesu deteta ili ne, te da ih doslednije primenjuje. Neujednačen pristup Suda primetan je i prilikom ocenjivanja uzrasta dece kao, po svoj prilici, odlučujućeg faktora prilikom odlučivanja o spajanju porodice u sudskim odlukama. Kroz analizu prakse Suda izveden je zaključak da je nekada suvereno pravo država da kontrolišu svoje granice i diskreciono odlučuju da li će dozvoliti spajanje porodice osoba u potrebi za međunarodnom zaštitom pod uticajem Suda postalo u značajnoj meri ograničeno. Danas države moraju da omoguće spajanje porodice ne samo u situaciji kada je spajanje porodice moguće samo u toj državi već i ako je u toj državi najadekvatnije da osobe u potrebi za međunarodnom zaštitom uživaju u pravu na porodičan život.

Primećuje se da Sud ima ozbiljnih poteškoća prilikom prime-  
ne tzv. testa proporcionalnosti, kada ocenjuje opravdanost deportacije zbog pretnje državnoj bezbednosti u odnosu na pravo osoba u potrebi za međunarodnom zaštitom na uživanje porodičnog života. U budućnosti će Sud svakako morati da ustanovi čvršće standarde prilikom

ocenjivanja proporcionalnosti, jer smo svedoci lutanja i uzimanja različitih principa uspostavljenih u predmetu *Bultif* kao odlučujućih. Osim toga, Sud bi morao da ujednači praksu u slučajevima u kojima se odlučuje o deportaciji migranata druge generacije i promeni do sada loše uspostavljenju praksu. Konačno, može se zaključiti da odluke Evropskog suda za ljudska prava u Strazburu karakteriše izražena nedoslednost, što za posledicu ima ozbiljnu pravnu nesigurnost. Ipak, u pojedinim odlukama moguće je uočiti i težnju Suda za usklađivanjem prakse i ujednačavanjem pristupa prilikom odlučivanja o spajanju porodica osoba u potrebi za međunarodnom zaštitom, te ostaje da se vidi da li će u toj nameri ESLJP i uspeti.

## LITERATURA

1. Čučković, Bojana. 12/2018. Pravo izbeglica i tražilaca azila na poštovanje porodičnog života u međunarodnom pravu – od načela suverenosti države ka načelu jedinstva porodice? *Pravni život* 29: 147–164.
2. Desmond, Alan. 1/2018. The Private Life of Family Matters: Curtailing Human Rights Protection for Migrants under Article 8 of the ECHR?. *European Journal of Migration and Law* 29: 261–279.
3. Farahat, Anuscheh. 2009. The Exclusiveness of Inclusion: On the Boundaries of Human Rights in Protecting Transnational and Second Generation Migrants. *European Journal of Migration and Law* 11: 253–269.
4. Frontman-Cain, Sally. 2003. *Boultif v. Switzerland*: The ECHR Fails to Provide Precise Criteria for Resolving Article 8 Deportation Cases. *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review* 25: 323–345.
5. Gallya, Lahav. 1997. International versus National Constraints in Family-Reunification. *Migration Policy, 3 Global Governance*. 349–372.
6. Georgios, Milios. 2017. The Asylum Seekers and Refugees' Right to Family Life from an International and EU Law Perspective. <http://cermigracions.org/ca/blog/asylum-seekers-and-refugees%E2%80%99-right-family-life-international-and-eu-law-perspective> (poslednji pristup 18. januar 2021).
7. Lambert, Hélène. 2013. Family unity in migration law: the evolution of a more unified approach in Europe. *Research Handbook on International Law and Migration*, Edward Elgar Publishing. 194–215.
8. Mole, Nouala, Krstić Ivana, Papadouli Markela, Čučković Bojana, Tidona Adriana, Vadel Olivia. 2019. *Priručnik o međunarodnim i evropskim standardima u oblasti azila i migracija-pogled izbliza na konkretna pitanja*. Aire centar i Međunarodna organizacija za migracije. Beograd.

9. Smyth, Ciara. 2015. The Best Interests of the Child in the Expulsion and First-Entry Jurisprudence of the European Court of Human Rights: How Principled Is the Court's Use of the Principle. *European Journal of Migration and Law* 17: 70–103.
10. Spijkerboer, Thomas. 2009. Structural Instability: Strasbourg Case Law on Children's Family Reunion. *European Journal of Migration and Law* 11: 271–294.
11. Spijkerboer, Thomas. 2009. Structural Instability: Strasbourg Case Law on Children's Family Reunion. *European Journal of Migration and Law* 11: 271–294.

## RIGHT TO FAMILY REUNIFICATION OF PERSONS IN NEED OF INTERNATIONAL PROTECTION – A (NON)UNIFIED APPROACH OF THE ECtHR

### *Summary*

The situation of persons in need of international protection often leads to separation of their families for various reasons. The issue of unity of the family of persons in need of international protection was also considered by the European Court of Human Rights. This paper analyzes the inconsistency and unequal approach of the ECtHR in this matter. The paper analyzes how the most important international treaties regulate the right to family unity. Through selected cases in which the ECtHR ruled on the reunification of parents and children and their right to family unity, it will be seen how the ECtHR has inconsistently applied the principle of the best interest of the child. The analysis will point to a non-unified approach of the ECtHR to factors such as the child's age, strength of the relationship with the country of origin and the receiving country, the strength of family ties between parents and children, when making decisions about family reunification.

Key words: *person in need of international protection, European Court of Human Rights, family unity, family reunification, European Convention on Human Rights.*